

## **Das Urteil des EuGH vom 7. März 2017 zur Erteilung humanitärer Visa und der Traum von einer grenzenlosen Grundrechtecharta\***

### **Summary**

When the Attorney General at the European Court of Justice, Paolo Mengozzi, presented his Opinion in the case X and X on 7 February 2017 he provoked a turmoil amongst the general public as well as amongst legal scholars and experts. Whilst politicians and society were debating unsuccessfully how the EU should address the international refugee crisis, the Attorney General derived from existing Union law what many had claimed before: the establishment of a legal possibility for refugees to enter the EU. He based this result in particular on the European Charter of Fundamental Rights. Before euphoria could spread on the fact that such a complicated matter could be solved in such a simple manner, despite the political standstill in Brussels, the ECJ intervened only a month later thereby attenuating the panic that had emerged in other circles that from now on masses of refugees would have to be allowed legal entry. The ECJ rejected the Attorney General's legal opinion in its judgment of 7 March 2017: the issuance of visas on humanitarian grounds with the purpose to submit an application for asylum is subject to national law exclusively as long as the EU has not made use of Art. 79 para.2 lit.a TFEU and therefore the Charter of Fundamental Rights cannot serve as a standard. After a short moment of hope or scare- depending on the perspective- the Union refugee law is right back where it started: in a deplorable state. The question whether the ECJ could or even should have changed this state was highly debated in the aftermath of the decision. Even though the ECJ is oftentimes confronted by facts with a political dimension it is nonetheless a judiciary body that is competent to interpret the Union law not to change it. Therefore the question must be: Is the ECJ's interpretation, in fundamental opposition to the Attorney General's view, compatible with Union law and in particular the Charter of Fundamental Rights?

### **Résumé**

Lorsque le procureur général auprès de la Cour de justice de l'Union européenne, Paolo Mengozzi, présenta le 7 février 2017 ses conclusions concernant le litige X contre X, il provoqua un séisme parmi les juristes et experts. Pendant que le monde politique et la société discutaient vainement sur la question de savoir comment l'Uni-

---

\* *Dr. Adela Schmidt* ist Lehrbeauftragte der Goethe-Universität Frankfurt am Main für Flüchtlingsrecht. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasserin wieder.

on européenne devait traiter la crise des réfugiés, le procureur général auprès de la Cour de justice de l'Union européenne déduisait du droit européen existant, ce qui était exigé de diverses sources: la mise en place d'un droit d'entrée légal pour les réfugiés. Il appuya particulièrement ce résultat sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Avant que l'euphorie née de la constatation qu'une situation si complexe puisse, malgré le marasme politique à Bruxelles, être résolue aussi facilement, la Cour de justice de l'Union européenne intervenait seulement un mois plus tard pour atténuer la panique apparue dans d'autres sphères et fondée sur le crainte de voir affluer les réfugiés en masse munis d'un droit d'entrée légal. Par sa décision du 7 mars 2017, elle rejetait l'opinion juridique du procureur général: depuis si longtemps l'accord d'un visa humanitaire permettant l'entrée dans un pays européen afin d'y demander l'asile, et ceci contrairement aux termes de l'article 79, 2, a) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dépend du droit national, de telle sorte qu'il ne peut pas être mesuré à l'aune de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Après un instant d'espoir ou d'effroi, c'est selon, le droit européen concernant les réfugiés se retrouve projeté dans l'état déplorable du point de départ. Après la décision du 7 mars 2017 la question de savoir si la Cour de justice de l'Union européenne avait eu le moyen, voire même l'obligation, d'apporter un changement à cette situation fut longuement discutée. Bien que les faits auxquels elle est confrontée soient le plus souvent empreints d'une dimension politique, il n'en reste pas moins que la Cour de justice est un organe du pouvoir judiciaire, dont la compétence réside dans l'interprétation du droit européen et non dans sa transformation. Ainsi la question qui se pose est plutôt celle-ci: l'interprétation de la Cour de justice, fondamentalement opposée à celle du procureur général est-elle compatible avec le droit de l'Union européenne, en particulier avec la Charte des droits fondamentaux?

Als der *Generalanwalt beim EuGH*, Paolo Mengozzi, am 7. Februar 2017 seine Schlussanträge in der Rechtssache X und X vorstellte,<sup>1</sup> löste er in der Öffentlichkeit, aber auch unter Rechtswissenschaftlern und Fachkundigen, einen Donnerhall aus. Während die Politik und die Gesellschaft ohne Ergebnis darüber diskutierten, wie die EU der weltweiten Flüchtlingskrise begegnen sollte, leitete der *Generalanwalt* aus bestehendem Unionsrecht ab, was vielfach gefordert wurde: Die Schaffung legaler Einreisemöglichkeiten in die EU für Flüchtlinge. Dieses Ergebnis stützte er insbesondere auf die Grundrechtecharta. Bevor sich Euphorie darüber verbreiten konnte, dass etwas so Kompliziertes entgegen des politischen Stillstands in Brüssel so leicht gelöst würde, griff der *EuGH* nur einen Monat später ein und dämpfte damit die wiederum in anderen Kreisen ausgelöste Panik, dass Flüchtlingen jetzt massenhaft die legale Einreise gewährt werden müsse. Mit seinem Urteil vom 7. März 2017 verwarf er die Rechtsmeinung des *Generalanwalts*: Die Erteilung eines humanitären Visums zur Einreise zwecks Asylantragstellung sei so lange ausschließlich nationalem Recht unterworfen, wie die EU nicht von Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV Gebrauch mache, und könne daher nicht an der Grundrechtecharta gemessen werden.<sup>2</sup> Nach einem kurzen

1 *Generalanwalt*, Schlussanträge vom 7. Februar 2017, Rs. C-638/16 PPU, X und X.

2 *EuGH*, Urteil vom 7. März 2017, Rs. C-638/16 PPU, X und X.

Moment der – je nach Perspektive – Hoffnung oder auch des Schreckens befindet sich das unionale Flüchtlingsrecht damit genau dort, wo es sich zuvor befunden hat: in einem beklagenswerten Zustand. Die Frage, ob der *EuGH* hätte daran etwas ändern können oder sogar müssen, wurde nach dem Urteil vom 7. März 2017 vielfach diskutiert. Zwar sind die Sachverhalte, mit denen er konfrontiert ist, häufig von ihrer politischen Dimension geprägt, nichtdestotrotz ist der *EuGH* ein Organ der Judikative, der für die Auslegung des Unionsrechts und gerade nicht dessen Änderung zuständig ist. Daher muss die Frage vielmehr lauten: Ist die vom *EuGH* vorgenommene, dem *Generalanwalt* grundlegend widersprechende Auslegung mit dem Unionsrecht, insbesondere der Grundrechtecharta, vereinbar?

## I. Sachverhalt

Am 12. Oktober 2016 stellte ein syrisches Ehepaar, das mit seinen drei kleinen Kindern im syrischen *Aleppo* lebt, bei der belgischen Botschaft in *Beirut* Anträge auf humanitäre Visa mit räumlich beschränkter Gültigkeit gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex,<sup>3</sup> bevor es am folgenden Tag nach *Syrien* zurückkehrte. Die begehrten Visa sollten es ermöglichen, die belagerte Stadt *Aleppo* zu verlassen, um in *Belgien* Asyl zu beantragen.<sup>4</sup> Einer der Ehepartner gab bei der Antragstellung an, er sei von einer bewaffneten Gruppe entführt, geschlagen und gefoltert worden, bevor er schließlich gegen Lösegeld freigelassen worden sei. Die Familie hob insbesondere die Verschlechterung der Sicherheitslage in *Syrien* im Allgemeinen und in *Aleppo* im Besonderen sowie den Umstand hervor, dass sie aufgrund ihres christlich-orthodoxen Glaubens der Gefahr einer Verfolgung wegen ihrer religiösen Überzeugung ausgesetzt sei.<sup>5</sup> Eine Flucht in den *Libanon* komme nicht in Betracht, da – von der ohnehin prekären Lage registrierter Flüchtlinge abgesehen – die Registrierung syrischer Flüchtlinge im *Libanon* aufgrund der Grenzsicherungen nicht mehr möglich sei, unregistrierte Personen aber festgenommen würden.<sup>6</sup> Kein Verfahrensbeteiligter hat den Tatsachenvortrag der Familie bestritten.<sup>7</sup>

Am 18. Oktober 2016 lehnte das belgische Ausländeramt die Anträge mit der Begründung ab, dass die syrische Familie offensichtlich beabsichtigt habe, sich länger als 90 Tage in *Belgien* aufzuhalten, was im Widerspruch zum Visakodex stehe. Zudem liefe die Erteilung eines Einreisevisums für diese Familie darauf hinaus, es ihr zu ermöglichen, bei einer diplomatischen Vertretung internationalen Schutz zu beantra-

3 Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex), ABl. 2009, L 243, 1, berichtigt im ABl. 2013, L 154, 10, in der durch die Verordnung (EU) Nr. 610/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013, ABl. 2013, L 182, 1, geänderten Fassung.

4 EuGH, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 19.

5 Ebd., Rn. 20.

6 Ausführlich zur Situation syrischer Flüchtlinge im *Libanon* siehe *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 154 sowie Fn. 71 der Schlussanträge mit weiteren Verweisen.

7 EuGH, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 33; *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 149 ff.

gen.<sup>8</sup> Die syrische Familie klagte gegen die Entscheidung mit der Begründung, dass Art. 4 und Art. 18 GrCh sowie Art. 3 EMRK dem Staat *Belgien* die positive Verpflichtung auferlegten, das Asylrecht zu gewährleisten.<sup>9</sup> Die Gewährung internationalen Schutzes sei das einzige Mittel, um die Gefahr eines Verstoßes gegen das Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung abzuwenden.<sup>10</sup> Das mit der Klage befasste Gericht beschloss im Eilverfahren, den *EuGH* anzurufen. Es fragte, ob ein *Mitgliedstaat* – vorbehaltlich des Beurteilungsspielraums, über den er hinsichtlich der Umstände des Falles verfügt – verpflichtet ist, ein Visum nach Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex zu erteilen, wenn die Gefahr eines Verstoßes gegen Art. 4 und/oder Art. 18 GrCh oder gegen eine internationale Verpflichtung, insbesondere Art. 3 EMRK und/oder Art. 33 GFK, erwiesen ist.<sup>11</sup>

## II. Die Schlussanträge und das Urteil des EuGH

Ebenfalls im Eilverfahren<sup>12</sup> urteilte der *EuGH*, Art. 1 Visakodex sei dahin auszulegen, dass für einen Antrag auf ein Visum aus humanitären Gründen auf der Grundlage von Art. 25 Visakodex, der von einem Drittstaatsangehörigen bei der Vertretung des Zielmitgliedstaats im Ausland in der Absicht gestellt wird, sogleich nach seiner Ankunft in diesem *Mitgliedstaat* einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen, nicht der Visakodex gilt, sondern beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts allein das nationale Recht.<sup>13</sup> In diesem Punkt weicht der *EuGH* grundlegend von der in seinen Schlussanträgen dargelegten Rechtsmeinung des *Generalanwaltes* ab: Die Absicht, nach Einreise einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen, könne allenfalls einen Grund für die Ablehnung der Anträge gemäß den Vorschriften des Visakodex darstellen, aber sicherlich keinen Grund, den Kodex nicht anzuwenden. Gerade die Rechtmäßigkeit einer solchen Ablehnung sei laut dem *Generalanwalt* Gegenstand des Ausgangsverfahrens und bilde den Kern der vom vorlegenden Gericht zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen, mit denen die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 25 Visakodex unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens zu klären seien.<sup>14</sup>

Der *EuGH* stützt sein Ergebnis auch auf die mit der Dublin III-Verordnung<sup>15</sup> geschaffene Systematik, die eine Erteilung von Visa zwecks Asylantragstellung vom Ausland aus nicht vorsehe.<sup>16</sup> Trotz seiner Feststellung, dass im Fall der syrischen Fa-

8 Zur Argumentation des belgischen Staates siehe *EuGH*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 24.

9 *EuGH*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 23.

10 Ebd.

11 *EuGH*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 28.

12 Ebd., Rn. 29-34.

13 Ebd., Rn. 51.

14 Vgl. *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 49-70, insb. 51.

15 Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABl. 2013, L 180, 31.

16 *EuGH*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 48-49.

milie zum Zeitpunkt der Antragstellung eine tatsächliche Gefahr vorgelegen habe, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt zu werden,<sup>17</sup> schlussfolgert der *EuGH*, dass Art. 4 und Art. 18 GrCh mangels Durchführung des Unionsrechts nicht anwendbar seien.<sup>18</sup> Konsequenterweise hat sich der *EuGH* weder mit der territorialen Anwendbarkeit noch mit dem Gehalt der beiden Normen weiter befasst. Dabei ist insbesondere die materielle Bedeutung des Art. 18 GrCh nach wie vor umstritten.<sup>19</sup> Auch die Frage, ob Art. 3 EMRK und/oder Art. 33 GFK eine internationale Verpflichtung im Sinne des Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex darstellen und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben, lässt der *EuGH* offen.

Der *Generalanwalt*, der anders als der *EuGH* davon ausgeht, dass bei der Entscheidung über die genannten Visaanträge der Visakodex Anwendung finde, bejaht konsequenterweise auch das Vorliegen einer Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GrCh.<sup>20</sup> Insbesondere hänge die Anwendung der Grundrechtecharta auf die Situation der Antragsteller auch nicht von der Ausübung irgendeiner Form hoheitlicher Gewalt und/oder Kontrolle durch den belgischen Staat ihnen gegenüber ab – anders als es für die EMRK in deren Art. 1 vorgesehen sei.<sup>21</sup> Bei der Beurteilung der humanitären Gründe gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex werde den *Mitgliedstaaten* ein Spielraum gewährt, dem jedoch durch das Unionsrecht Grenzen gesetzt sei.<sup>22</sup> So sei ein *Mitgliedstaat*, bei dem ein Drittstaatsangehöriger die Erteilung eines Visums aus humanitären Gründen beantragt, dazu verpflichtet, ein solches Visum zu erteilen, wenn ernsthafte und durch Tatsachen belegte Gründe für die Annahme vorliegen würden, dass die Weigerung, dieses Dokument auszustellen, zur unmittelbaren Folge haben werde, dass die betreffende Person der Gefahr ausgesetzt werde, eine gegen Art. 4 GrCh verstoßende Behandlung zu erleiden, und ihr eine legale Möglichkeit vorenthalten werde, ihr Recht auf Beantragung internationalen Schutzes in diesem *Mitgliedstaat* auszuüben.<sup>23</sup> Die Anträge hätten auch nicht aufgrund des Art. 32 Abs. 1 lit. b Visakodex abgelehnt werden dürfen, da dieser „unbeschadet“ des Art. 25 Visakodex gelte und somit weiterhin anwendbar bleibe.<sup>24</sup> Der *Generalanwalt* stützt dieses Ergebnis ausschließlich auf Art. 4 GrCh. Zur Begründung führt er an, dass es einer Prüfung des Art. 18 GrCh, Art. 3 EMRK und Art. 33 GFK nicht mehr bedürfe.<sup>25</sup>

17 Ebd., Rn. 33.

18 Ebd., Rn. 45.

19 Der *EuGH* hat bis heute die in der Rechtswissenschaft umstrittene Frage, ob Art. 18 ein subjektives (einklagbares) Recht vermittelt oder lediglich Respektierungs-, Schutz- oder Unterlassungspflichten begründet, nicht geklärt. Auch könnte Art. 18 GrCh als Bestandgarantie im Unionsrecht verstanden werden. Siehe dazu *Jarass*, Art. 18 GrCh, in: *ders.* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 3. Auflage 2016, Rn. 2; *Bernsdorff*, Art. 18 GrCh, in: *Mayer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014, Rn. 10-11 a; *Rossi*, Art. 18 GrCh, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Rn. 1-3.

20 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 75-90.

21 Ebd., Rn. 94 sowie Fn. 29 der Schlussanträge mit weiteren Verweisen.

22 Ebd., Rn. 128.

23 Ebd., Rn. 163.

24 Ebd., Rn. 119.

25 Ebd., Rn. 107, 162.

### III. Die Erteilung von Visa für die Einreise zur Asylantragstellung aus Sicht des Unionsrechts

Der Widerspruch zwischen den dem *EuGH* vorgelegten Schlussanträgen und dessen anschließendem Urteil ist ungewöhnlich. In der Regel folgt der *EuGH* der Rechtsmeinung des jeweiligen *Generalanwaltes* oder der jeweiligen *Generalanwältin*.<sup>26</sup> In der vorliegenden Rechtssache fallen die Rechtsmeinung des *EuGH* und die des *Generalanwaltes* aber außergewöhnlich diametral aus. Dreh- und Angelpunkt des Auseinanderfallens ist die vom *EuGH* und vom *Generalanwalt* jeweils unterschiedlich beantwortete Frage, inwiefern der Sachverhalt überhaupt unter das Unionsrecht, namentlich den Visakodex, fällt und damit auch in den Anwendungsbereich der Grundrechtecharta. Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh gilt letztere für die *Mitgliedstaaten* nämlich ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts.

#### 1. Zulässigkeit der Vorabentscheidung

Dass der *EuGH* die Anwendbarkeit des Unionsrechts im weiteren Verlauf seiner Urteilsbegründung verneint, überrascht auch insofern, als dass er seine Zuständigkeit zunächst bejaht.<sup>27</sup> Gemäß Art. 267 Absatz 1 AEUV entscheidet der *EuGH* schließlich a) über die Auslegung der Verträge sowie b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der *EU*.

Für die Annahme seiner Zuständigkeit genügt dem *EuGH* das formelle Argument, dass die besagten Visaanträge auf Grundlage des Art. 25 Visakodex gestellt wurden.<sup>28</sup> Die Frage, ob der Visakodex auf Anträge wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden anwendbar sei, so der *EuGH*, sei untrennbar mit den Antworten verbunden, die auf das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen zu geben seien.<sup>29</sup> Ob die Anträge unter den Visakodex und damit das Unionsrecht fallen, ist für den *EuGH* somit zumindest nicht offenkundig.<sup>30</sup> Das ergibt sich zwar bereits aus der abweichenden Rechtsmeinung des *Generalanwaltes*, ist aber mit Blick auf die Beschlüsse des *EuG* vom 28. Februar 2017,<sup>31</sup> in denen das *EuG* seine Zuständigkeit mit einer zweifelhaften Begründung von vornherein ablehnte,<sup>32</sup> zunächst positiv zu bewerten.

26 *Frenz*, Handbuch des Europarechts, Band 5, Aachen 2010, Rn. 2252-2253.

27 *EuGH*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 35-37.

28 *Ebd.*, Rn. 36.

29 *Ebd.*, Rn. 36.

30 Ebenso *Zoetewij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe, in: European Law Blog vom 10. März 2017, zu finden unter <http://europeanlawblog.eu/2017/03/10/cjeu-case-c-63816-ppu-x-and-x-dashed-hopes-for-a-legal-pathway-to-europe/>, zuletzt aufgerufen am 1.9.2017 – diese Angabe gilt auch für weitere nachstehend zitierte Internetquellen.

31 *EuG*, Beschluss vom 28.2.2017, T-193/16, T-192/16 sowie T-257/16, NG, NF und NM / Europäischer Rat. Gegen alle drei Beschlüsse wurde jeweils Rechtsmittel eingelegt; die Verfahren werden beim *EuGH* als C-208/17 P, 209/17 P und 210/17 P geführt.

32 Ausführlich dazu *Hofmann/Schmidt*, „EU-Türkei-Deal“ ohne Beteiligung der EU? – Die Beschlüsse des *EuG* zur Erklärung EU-Türkei vom 18. März 2016, in: *EuGRZ* 2017, 317-327.

## 2. Anwendbarkeit des Visakodex

Dass er die Anwendbarkeit des Visakodex letztendlich trotzdem verneint, begründet der *EuGH* primär mit der Absicht der Antragsteller, sich länger als 90 Tage in *Belgien* aufzuhalten und dort einen Antrag auf internationalen Schutz zu stellen.<sup>33</sup> Laut *EuGH* hätten die belgischen Behörden die Anträge „fälschlich als Anträge auf Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt eingestuft.“<sup>34</sup> Dieses Ergebnis werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass nach Art. 32 Abs. 1 Buchst. b Visakodex „begründete Zweifel an der beklundeten 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 dieses Kodex seien. Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Situation sei nämlich nicht dadurch gekennzeichnet, dass solche Zweifel bestünden, sondern durch einen Antrag, der einen anderen Gegenstand habe als den eines Visums für einen kurzfristigen Aufenthalt.<sup>35</sup> Der formale Bezug der Antragsteller auf Art. 25 Visakodex genügt dem *EuGH* also nicht mehr. Fragwürdig ist allerdings, ob stattdessen ausschließlich auf die Absicht der Antragsteller abgestellt werden kann.

Nicht nur der *Generalanwalt* widerspricht dem *EuGH* in diesem entscheidenden Punkt, auch in der Rechtswissenschaft stößt die Argumentation des *EuGH* auf harsche Kritik.<sup>36</sup> Sowohl *Catharina Ziebritzki* als auch *Pauline Endres de Oliveira* kritisieren, dass der *EuGH* nicht konsequent zwischen „Aufenthalt“ und „Aufenthaltstitel“ differenziere. Der Umstand, dass die Familie keine Asylanträge gestellt, sondern Visa für eine Einreise zur Asylantragstellung beantragt habe, für die ein Zeitraum von bis zu drei Monaten völlig ausreichend gewesen wäre, habe der *EuGH* nicht beachtet.<sup>37</sup> Der *Generalanwalt* geht noch weiter und argumentiert, auf die Absicht eines Antragstellers dürfe es gar nicht ankommen: Weder in Art. 1 Abs. 1 noch in Art. 2 Nr. 2 Visakodex werde auf die Gründe Bezug genommen, aus denen das Visum beantragt werde. Die Gründe für die Beantragung eines Visums würden erst für die Anwendung von Art. 25 des Visakodex und bei der Prüfung des Vorliegens von Verweigerungsgründen nach Art. 32 Visakodex, d. h. in einem späteren Stadium der Bearbeitung des Visumantrags, eine Rolle spielen. Diese Auslegung werde, so der *Generalanwalt*, durch Art. 19 des Visakodex bestätigt. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift gelte der Visumantrag „als zulässig“, wenn das zuständige Konsulat befände, dass die Voraussetzungen ihres Absatzes 1 erfüllt seien. Dazu gehöre aber nicht, dass der Antragsteller die in

33 EuGH, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 42.

34 Ebd., Rn. 50.

35 Ebd., Rn. 46-47.

36 *Zoetewij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe (Fn. 30); Endres de Oliveira, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 1: Nicht mit der EU, VerfBlog vom 9. März 2017, zu finden unter <http://verfassungsblog.de/humanitaere-visa-fuer-fluechtlinge-nicht-mit-der-eu/>; *Ziebritzki*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 2: wirklich keine Angelegenheit der EU?, VerfBlog vom 9. März 2017, zu finden unter <http://verfassungsblog.de/humanitaere-visa-fuer-fluechtlinge-teil-2-wirklich-keine-angelegenheit-der-eu/>.

37 *Endres de Oliveira*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 1: Nicht mit der EU (Fn. 36); *Ziebritzki*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 2: wirklich keine Angelegenheit der EU? (Fn. 36).

Art. 14 des Visakodex aufgeführten und namentlich die in den Buchst. a und d dieser Vorschrift genannten Belege einreiche, d. h. Unterlagen mit Angaben zum Zweck der Reise bzw. Angaben, anhand deren die Absicht des Antragstellers beurteilt werden könne. Daraus folge, dass die Anträge der Antragsteller des Ausgangsverfahrens auf Erteilung eines Visums für eine auf 90 Tage begrenzte Dauer unabhängig von den Gründen, aus denen sie gestellt wurden, in den sachlichen Anwendungsbereich des Visakodex fallen und von den belgischen Konsularbehörden zu Recht nach Art. 19 des Kodex für zulässig erachtet würden.<sup>38</sup> Verstärkend weist der *Generalanwalt* auf das einheitliche Antragsformular im Anhang I des Visakodex hin. Dort sei ohne Präzisierung, für welche Art der im Visakodex geregelten Visa der Antrag gestellt werde, allgemein von einem „Antrag auf Erteilung eines Schengen-Visums“ die Rede. Erst beim Ausfüllen von Punkt 21 dieses Formulars, „Hauptzweck(e) der Reise“, unter dem eine Reihe von Reisegründen (Studium, Tourismus, offizieller Besuch, gesundheitliche Gründe usw.) aufgeführt sei, mache der Antragsteller nähere Angaben zur Art des beantragten Visums. Da diese Liste von Gründen nicht abschließend sei (als letzte Möglichkeit sei „Sonstiges [bitte nähere Angaben]“ vorgesehen), stehe es dem Antragsteller frei, seinen Antrag auf humanitäre Gründe gemäß Art. 25 des Visakodex zu stützen. Dies werde dadurch bestätigt, dass in dem für amtliche Eintragungen reservierten Teil des Formulars unter der Rubrik „Visum“ zu den möglichen Optionen im Fall einer positiven Entscheidung auch die Erteilung eines Visums mit räumlich beschränkter Gültigkeit gehöre.<sup>39</sup>

Überzeugend erscheint jedoch ein Argument, auf das weder der *EuGH* noch der *Generalanwalt* eingehen. Würden die *Mitgliedstaaten* bei der Bescheidung von Anträgen nach dem Visakodex entsprechend der jeweils geäußerten Absicht darüber entscheiden, ob der Visakodex überhaupt anwendbar ist, birgt dies mit Blick auf die einheitliche Anwendung des Unionsrechts ein Willkürmoment, das insbesondere wegen des Urteils des *EuGH* vom 19. Dezember 2013 mit dem Unionsrecht nur schwer vereinbar erscheint. Danach dürfen die zuständigen Behörden eines *Mitgliedstaats* nach Abschluss der Prüfung einem Antragsteller nur dann ein einheitliches Visum verweigern, wenn ihm einer der im Visakodex aufgezählten Gründe für die Verweigerung des Visums entgegengehalten werden kann.<sup>40</sup> *Margarite Zoetewij-Turhan* und *Sarah Progin-Theuerkauf* bilden hierzu einen aufschlussreichen Vergleich: Hätten dieselben Antragsteller bei der Antragstellung angegeben, sie würden in *Belgien* Urlaub machen wollen, hätte dies zwar zur Folge, dass die belgischen Behörden an der Rückkehr der Familie in das vom Krieg gezeichnete *Aleppo* gezweifelt und dass sie deshalb die Anträge gemäß Art. 32 Abs. 1 Buchst. b Visakodex abgelehnt hätten. Die Anwendbarkeit des Visakodex wäre aber zweifellos zu bejahen.<sup>41</sup> Ein hiervon abweichendes Ergebnis ist daher auch beim vorliegenden Sachverhalt juristisch nicht haltbar.

38 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 60.

39 Ebd., Rn. 64.

40 *EuGH*, Urteil vom 19.12.2013, Rs. C-84/12, *Rahmanian Koushaki* gegen *Bundesrepublik Deutschland*, Rn. 26 ff.

41 *Zoetewij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe (Fn. 30).

### 3. Anwendbarkeit der Grundrechtecharta

Welche Konsequenzen ergeben sich aus der – dem *EuGH* widersprechenden – Feststellung, dass die Visaanträge der Familie in den Anwendungsbereich des Visakodex fallen?

#### a. Anwendbarkeit

Laut dem *Generalanwalt* handelt es sich bei der Bescheidung von Visaanträgen, wie denen im vorliegenden Fall, wegen der Anwendbarkeit des Visakodex um Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh.<sup>42</sup> Dabei beruft sich der *Generalanwalt* auf die Feststellungen des *EuGH* in seinem Urteil in der Rechtssache *Fransson*.<sup>43</sup> In diesem aufsehen erregenden Urteil vom 26. Februar 2013 hat der *EuGH* klargestellt, dass keine Fallgestaltungen denkbar seien, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass diese Grundrechte anwendbar wären. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasse die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.<sup>44</sup> Dem *Generalanwalt* ist also auch in dem Schluss zuzustimmen, dass die Anwendbarkeit des Visakodex auf den vorliegenden Sachverhalt als Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh einzuordnen ist.

Die betreffenden Behörden verfügen bei der Prüfung eines Visaantrags zwar über einen weiten Beurteilungsspielraum, der sich sowohl auf die Anwendungsvoraussetzungen dieser Vorschrift als auch auf die Würdigung der Tatsachen bezieht, die für die Feststellung maßgeblich sind, ob dem Antragsteller einer der Verweigerungsgründe entgegengehalten werden kann.<sup>45</sup> Der Umstand, dass eine Unionsverordnung den *Mitgliedstaaten* ein Ermessen zuerkenne, stehe dem laut *Generalanwalt* aber nicht entgegen, dass die in Ausübung dieses Ermessens erlassenen Rechtsakte der Durchführung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh dienten. Dies habe der *EuGH* in seinem Urteil vom 21. Dezember 2011 klargestellt.<sup>46</sup>

Die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta knüpfe laut *Generalanwalt* ausschließlich an die Durchführung des Unionsrechts, gelte also unabhängig davon, ob sich die Antragsteller im Hoheitsgebiet eines *Mitgliedstaats* befinden würden, und davon, ob eine Verbindung zwischen ihnen und einem solchen Hoheitsgebiet bestehe.<sup>47</sup> Aus Sicht des *Generalanwaltes* gilt die Grundrechtecharta damit „unabhängig von jedem territorialen Kriterium“.<sup>48</sup> Bedauerlich ist, dass der *EuGH* sich zu der Frage des räumlichen Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta in seinem Urteil nicht mehr

42 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 88.

43 Ebd., Rn. 75, 91.

44 *EuGH*, Urteil vom 26.2.2013, Rs. C-617/10, *Fransson*, Rn. 21.

45 *EuGH*, Rs. C-84/12 (Fn. 40), Rn. 60.

46 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 82 mit Verweis auf *EuGH*, Urteil vom 21.12.2011, Rs. C-411/10 und C-493/10, N.S. u.a., Rn. 68-69.

47 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 90.

48 Ebd., Rn. 89. Die Hervorhebung dieser Worte erfolgt durch den *Generalanwalt* in seinen Schlussanträgen.

geäußert hat. Der Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh lässt – im Umkehrschluss zu Art. 1 EMRK – jedoch keine andere Auslegung als die des *Generalanwaltes* zu.<sup>49</sup>

## b. Rechtsfolgen

Ob sich aus der Anwendbarkeit des Art. 4 GrCh aber zwingend die Rechtspflicht der *Mitgliedstaaten* ergibt, in Fällen wie dem vorliegenden ein Visum nach Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex auszustellen, ist entgegen der Ausführungen des *Generalanwaltes*<sup>50</sup> zweifelhaft.<sup>51</sup> Der *Generalanwalt* entnimmt die gegenständliche Pflicht zur Visaerteilung der vom *EGMR* vorgenommenen Ableitung positiver Verpflichtungen aus Art. 3 EMRK, die gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh auch für die Auslegung des Art. 4 GrCh gelte.<sup>52</sup>

*Claus Dieter Classen* kritisiert, dass die sich aus der EMRK ergebende Pflicht damit durch den *Generalanwalt* substantiell ausgeweitet werde.<sup>53</sup> Die Verpflichtung aus der EMRK beziehe sich nämlich allein auf Personen, die im Sinne von Art. 1 EMRK der Hoheitsgewalt des Vertragsstaats unterworfen seien, und könne daher nicht ohne weiteres für die Grundrechtecharta übernommen werden. Formal würden Anwendbarkeit und Inhalt der Charta zwar zwei unterschiedliche Fragen bilden – darauf weist auch der *Generalanwalt* hin.<sup>54</sup> Jedoch komme es für die Frage, ob eine bestimmte positive Verpflichtung besteht, auf beide Punkte an: Die grundrechtlich bedingten positiven Handlungspflichten könnten nur bei Vorliegen einer territorialen Bindung entstehen, weil diese die Verantwortung des Grundrechtsverpflichteten begründe. Nur wenn es um das Grundrecht in seiner Funktion als Abwehrrecht gehe, könne das Grundrecht unabhängig von Territorialität gelten, da der Hoheitsträger seine Verantwortung durch sein Handeln gegenüber dem Grundrechtsberechtigten begründet habe.<sup>55</sup> Auch die belgische Regierung meint, dass eine Art. 1 EMRK entsprechende Bestimmung im System der Grundrechtecharta gelten müsse, wenn es um der EMRK entsprechende Rechte der Grundrechtecharta gehe. Der in Art. 1 EMRK verankerte Grundsatz umschreibe schließlich auch den Anwendungsbereich des Art. 3 EMRK und damit gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh den des Art. 4 GrCh.<sup>56</sup>

49 Ebenso etwa *Jarass*, Art. 51 GrCh, in: *ders.* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, Rn. 39; *Borowsky*, Art. 51 GrCh, in: *Meyer* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014, Rn. 16.

50 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 138 ff.

51 *Zoetewij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe (Fn. 30); *Ziebritzki*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 2: wirklich keine Angelegenheit der EU (Fn. 36); *Classen*, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, in: *EuR* 2017, 347, 353.

52 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 139-140.

53 *Classen*, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, in: *EuR* 2017, 347, 353.

54 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 97.

55 *Classen*, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, in: *EuR* 2017, 347, 353-354.

56 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 95.

Die Argumentation von *Claus Dieter Classen* und von der belgischen Regierung leuchtet zunächst ein. Zu Recht stellt *Claus Dieter Classen* die Frage nach der Begründung der Verantwortung des Grundrechtsverpflichteten gegenüber dem Grundrechtsberechtigten, wenn es um die Ableitung positiver Handlungspflichten aus Grundrechten geht.<sup>57</sup> Woher soll in einem Fall wie dem vorliegenden das Band zwischen Grundrechtsverpflichtetem und -berechtigten kommen, wenn es nicht durch Territorialität hergestellt wird? Die Antwort, die sich aus dem Wortlaut des Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh ergibt, ist jedoch so simpel wie eindeutig: Die Grundrechtecharta gilt für die *Mitgliedstaaten* bei der Durchführung des Unionsrechts. Auch wenn eine solche Antwort grundrechtsdogmatisch kritikwürdig sein mag, so ist es kein überzogener Formalismus, wenn bei der Auslegung auf den Wortlaut der einschlägigen Norm abgestellt wird. Und der bietet nun einmal wenig Raum für die andere Auslegung – weder in Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh noch in Art. 52 Abs. 3 GrCh.

Art. 52 Abs. 3 GrCh stellt ohne weitere Differenzierung klar, dass diejenigen Rechte der Grundrechtecharta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Art. 4 GrCh, der Art. 3 EMRK gleicht, gehört zu den der EMRK entsprechenden Rechten der Grundrechtecharta.<sup>58</sup> Die belgische Regierung beruft sich bei ihrer Auslegung des Art. 52 Abs. 3 GrCh auf die Erläuterungen zur Grundrechtecharta,<sup>59</sup> die gemäß Art. 52 Abs. 7 GrCh bei der Auslegung der Grundrechtecharta gebührend zu berücksichtigen sind. Danach solle mit Absatz 3 des Artikels 52 die notwendige Kohärenz zwischen der Grundrechtecharta und der EMRK geschaffen werden, indem die Regel aufgestellt werde, dass in dieser Grundrechtecharta enthaltene Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite, *einschließlich der zugelassenen Einschränkungen*,<sup>60</sup> besitzen würden, wie sie ihnen in der EMRK verliehen würden. Daraus ergebe sich insbesondere, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung von Einschränkungen dieser Rechte die gleichen Normen einhalten müsse, die in der ausführlichen Regelung der Einschränkungen in der EMRK vorgesehen seien. Diese würden damit auch für die von Art. 52 Abs. 3 GrCh erfassten Rechte gelten, ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des *EuGH* berührt werde.<sup>61</sup>

Mit vier überzeugenden Argumenten wendet sich der *Generalanwalt* gegen dieses Vorbringen:

- (1) Art. 1 EMRK enthalte eine „Gerichtsstandsklausel“, die zwar die Anwendung der EMRK bedinge, aber nicht die ihren Bestimmungen beizumessende „Bedeutung“ und „Tragweite“ betreffe, auf die sich Art. 52 Abs. 3 der Charta beziehe.
- (2) Art. 52 Abs. 3 GrCh stelle die Regel auf, wonach das Recht der EMRK vorgehe, wenn es einen Grundrechtsschutz auf höherem Niveau garantiert. Die Bezugnahme auf die „Einschränkungen“ in den Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 3 GrCh sei so zu verstehen, dass das Unionsrecht für die Rechte der Grundrechtecharta, die

57 Ebd.

58 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007, C 303, 17-35, 33.

59 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Rn. 95.

60 Hervorhebung durch die Verfasserin.

61 Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (Fn. 58), 33.

denjenigen der EMRK entsprechen, keine Einschränkungen vorsehen darf, die nach deren System unzulässig wären.

(3) Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GrCh stelle klar, dass die Grundrechtecharta einen weitergehenden Schutz als die EMRK gewähre.<sup>62</sup> Die Argumentation der belgischen Regierung laufe aber auf die Behauptung hinaus, dass die EU verpflichtet sei, auf diese Rechte dieselben Einschränkungen anzuwenden wie diejenigen, die im System der EMRK für die durch diese Konvention garantierten Rechte zulässig seien. Mit dieser These würde Art. 52 Abs. 3 Satz 2 der Charta offensichtlich jede praktische Wirksamkeit genommen.

(4) Aus dem Wortlaut des Art. 4 GrCh lasse sich keine Einschränkung mit Blick auf die Territorialität ableiten.

Entgegen der zum Teil nachvollziehbaren Einschätzung von *Claus Dieter Classen* und von der belgischen Regierung spricht also vieles dafür, dass sich aus Art. 4 GrCh die Rechtspflicht ableiten lässt, in Fällen wie dem vorliegenden ein Visum nach Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex auszustellen.

#### 4. Einordnung in die Systematik des Gemeinsamen Europäischen Asylsystems

Der *EuGH* untermauert seine Feststellung, dass der Sachverhalt ausschließlich unter das nationale Recht falle, mit dem zusätzlichen Hinweis, dass ein umgekehrtes Ergebnis die allgemeine Systematik des mit der Dublin III-Verordnung geschaffenen Systems beeinträchtigen würde, weil Antragsteller mit Beantragung eines Visums die Gewährung internationalen Schutzes im *Mitgliedstaat* ihrer Wahl erreichen würden.<sup>63</sup> Gleichzeitig würde das umgekehrte Ergebnis die *Mitgliedstaaten* dazu verpflichten, es Drittstaatsangehörigen de facto zu ermöglichen, einen Antrag auf internationalen Schutz bei den Vertretungen der *Mitgliedstaaten* im Hoheitsgebiet eines Drittstaats zu stellen,<sup>64</sup> obgleich der Unionsgesetzgeber bisher keinen auf Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV beruhenden Rechtsakt erlassen habe, der die Voraussetzungen für Visa oder Aufenthaltstitel für einen langfristigen Aufenthalt aus humanitären Gründen festlegen würde.<sup>65</sup> Außerdem gehe aus Art. 3 Abs. 1 und 2 Asylverfahrensrichtlinie<sup>66</sup> hervor, dass sie für Anträge auf internationalen Schutz gelte, die im Hoheitsgebiet – einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen – der Mitgliedstaaten gestellt werden, nicht aber für Ersuchen um diplomatisches oder territoriales Asyl in Vertretungen der *Mitgliedstaaten*.<sup>67</sup>

Auch diese Argumentation weist der *Generalanwalt* in seinen Schlussanträgen zurück: Er stellt fest, dass die Antragsteller des Ausgangsverfahrens keine Ersuchen um

62 Vgl. auch *Jarass*, in: *ders.* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, Art. 52, Rn. 37; *Borowsky*, Art. 52 GrCh, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage 2014, Rn. 30.

63 EuGH, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 48.

64 Ebd., Rn. 49.

65 Ebd., Rn. 44.

66 Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zum gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. 2013, L 180, 60.

67 EuGH, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 2), Rn. 49.

diplomatisches Asyl gestellt hätten, die nach dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 Asylverfahrensrichtlinie nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie und nicht unter das *Gemeinsame Europäische Asylsystem* fallen würden.<sup>68</sup> Den vom *EuGH* aufgegriffenen und geteilten Einwand der belgischen Regierung, wonach die Erteilung eines Visums zwecks Asylantragstellung entgegen der Dublin III-Verordnung zur Wahlfreiheit des Zielstaates führe, bezeichnet der *Generalanwalt* als deplatziert. Unter extremen Umständen wie denen, die die Antragsteller des Ausgangsverfahrens erdulden müssten, sei deren Wahlmöglichkeit ebenso beschränkt wie die der am Mittelmeer gelegenen *Mitgliedstaaten*, sich in Binnenländer zu verwandeln. Jedenfalls sei das Vorbringen der belgischen Regierung nachrangig gegenüber dem absoluten Charakter des durch Art. 4 GrCh garantierten Rechts und der positiven Verpflichtung, die er den *Mitgliedstaaten* auferlege.<sup>69</sup>

In seinem Urteil vom 26. Juli 2017 weist der *EuGH* darauf hin, dass die von der EU im Visabereich erlassenen Rechtsakte Kontextelemente darstellten, die bei der Auslegung von der Dublin-III-Verordnung zu beachten seien.<sup>70</sup> Dass der *EuGH* also die Dublin III-Verordnung zur Auslegung des Visakodex heranzieht, erscheint konsequent. Die Ausführungen des *Generalanwalts* verlieren an dieser Stelle dagegen an Schärfe. Es wirkt polemisch, wenn er ausführt, dass die Wahlmöglichkeit verfolgter Menschen, die sich im Ausland um ein Visum bemühen, ebenso beschränkt sei, wie die der am Mittelmeer gelegenen *Mitgliedstaaten*, sich in Binnenländer zu verwandeln. Dass Antragsteller wie die Familie im Vorlageverfahren nach der Ausreise aus *Syrien* in *Beirut* keine Möglichkeit der Auswahl der Botschaft hätten, bei der sie einen Antrag auf Erteilung eines humanitären Visums stellen, überzeugt nicht, insbesondere weil der *Generalanwalt* selbst zuvor anführt, dass das Fehlen von Verbindungen der Antragsteller zu *Belgien* aufgrund der Absolutheit des Art. 4 GrCh ein Umstand sei, der keine Auswirkung auf die Rechtspflicht zur Erteilung eines Visums aus humanitären Gründen habe.<sup>71</sup>

Viel einleuchtender erscheint auch an dieser Stelle der Hinweis von *Catharina Ziebritzki* und *Pauline Endres de Oliveira*: Die Antragsteller des Vorlagefalls haben bei der belgischen Botschaft keinen Antrag auf Zuerkennung internationalen Schutzes gestellt, sondern ein Visum für eine Einreise zur Asylantragstellung beantragt, für die ein Zeitraum von bis zu drei Monaten ausreichend gewesen wäre.<sup>72</sup> Daher müssten die Dublin III-Verordnung und die Asylverfahrensrichtlinie zunächst irrelevant sein.

Das ist *de jure* zwar zutreffend. Der *EuGH* argumentiert aber vielmehr, dass die Rechtspflicht zur Erteilung eines Visums nach Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex die *Mitgliedstaaten* dazu verpflichten würde, es Drittstaatsangehörigen *de facto* zu ermöglichen, einen Antrag auf internationalen Schutz bei den Vertretungen der *Mitgliedstaaten* im Hoheitsgebiet eines Drittstaats zu stellen. Das konterkariere die allgemeine

68 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Fn. 19.

69 Ebd., Rn. 174.

70 *EuGH*, Urteil vom 26.7.2017, Rs. C-646/16, Jafari, Rn. 45-47.

71 *Generalanwalt*, Rs. C-638/16 PPU (Fn. 1), Fn. 161.

72 *Zoetewij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe (Fn. 30); *Endres de Oliveira*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 1: Nicht mit der EU (Fn. 36); *Ziebritzki*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 2: wirklich keine Angelegenheit der EU? (Fn. 36).

Systematik des mit der Dublin III-Verordnung geschaffenen Systems. Dabei lässt der *EuGH* jedoch unerwähnt, dass das mit der Dublin III-Verordnung geschaffene System mit Art. 12 Abs. 2 Dublin III-Verordnung durchaus eine Regelung für den Fall der Ausstellung von Visa durch einen *Mitgliedstaat* getroffen hat. Kann ein Fall, der aufgrund seiner Vorhersehbarkeit gesetzlich geregelt ist, als systemwidrig bezeichnet werden?

#### IV. Ergebnis

Diese Frage entlarvt das Dilemma, in dem sich der *EuGH* bei der Urteilsfindung befand, in vollem Maße. Dass eine Regelung wie Art. 12 Abs. 2 in die Dublin III-Verordnung aufgenommen wurde, ist Ausdruck der Achtung mitgliedstaatlicher Souveränität. Dasselbe gilt für den Visakodex, der den *Mitgliedstaaten* durch dessen Art. 25 Abs. 1 lit. a das einem Nationalstaat genuine Recht belässt, frei über die Einreise einer Person in sein Staatsgebiet entscheiden zu können. Kann ein solches Recht des Staates in sein Gegenteil verkehrt werden und dazu führen, dass derselbe Staat aufgrund seiner Mitgliedschaft in der *EU* entgegen dem Telos des Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex dazu verpflichtet wird, einer Person die Einreise zwecks Asylantragstellung zu gewähren?

Bei konsequenter Anwendung der Normen des Visakodex und der Grundrechtecharta im Spiegel der Grundsätze, die der *EuGH* bei der deren Anwendung aufgestellt hat,<sup>73</sup> ist die Frage wohl zu bejahen. Hätte aber der *EuGH* diese Frage bejaht, hätte er *de facto* weitreichende Politik gemacht und damit seine Rolle als Instanz der Judikative verlassen.<sup>74</sup> Stattdessen hat er mit der Feststellung, der Visakodex sei nicht anwendbar, jedoch den nächstbesten, *de jure* wenig überzeugenden Notausgang genommen. Zu schlussfolgern bleibt, dass das Fehlen einer legitimen Entscheidungsalternative einem Dilemma immanent ist. Es obliegt einzig den Gesetzgebungsorganen der *EU*, gemeinsam mit den *Mitgliedstaaten* einen legitimen und legalen Ausweg aus der Flüchtlingskrise zu finden.<sup>75</sup> Der Traum von einer konsequenten Anwendung der Grundrechtecharta ist auch nach dem Urteil vom 7. März 2017 nicht ausgeträumt.

<sup>73</sup> Siehe Punkt III.3.a.

<sup>74</sup> Ebenso *Ruffert*, Europarecht: Visaerteilung für Flüchtlinge in Botschaften, in: JuS 2017, 703-705, 704.

<sup>75</sup> Wie dieser konkret aussehen könnte, skizzieren *Paul Collier* und *Alexander Betts* überzeugend: Siehe *Collier/Betts*, Gestrandet: Warum unsere Flüchtlingspolitik allen schadet – und was jetzt zu tun ist, 1. Auflage 2017.