Kein legaler Zugangsweg in die EU durch humanitäre Visa: Einordnung des Verfahrens „X und X gegen Belgien“ in die Europäische Migrations- und Flüchtlingspolitik

Kristina Müller*

Inhalt

A. Einleitung 162
B. Tatsächlicher Hintergrund und rechtlicher Rahmen 163
C. Die Schlussanträge des Generalanwalt Mengozzi 165
I. Anwendungsbereich des Visakodex eröffnet? 165
II. (Unions-)Grundrechtliche Pflicht zur Visumerteilung im extraterritorialen Kontext 166
D. Das Urteil 168
I. Anwendungsbereich des Visakodex eröffnet? 168
II. Dublin-Argument 169
III. Asylantragstellung in Auslandsvertretungen 169
E. Bewertung der Argumente des EuGH und des Generalanwalts 170
I. Die politischen Zwänge judikativer Flüchtlingspolitik 170
II. Anwendungsbereich des Visakodex eröffnet? 171
III. Das Dublin-Argument 172
IV. Asylantragstellung in Auslandsvertretungen 173
V. (Unions-)Grundrechtliche Pflicht zur Visumerteilung im extraterritorialen Kontext 175
F. Fazit und Ausblick 178
I. Legale Zugangswege durch sonstige (neue) EU-Rechtsakte? 178
II. Schlussbemerkung 183

* Ass. iur. Kristina Müller ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht sowie am Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europarecht und Europäische Integration von Univ.-Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

A. Einleitung

Die „Revolution in der EU-Asylpolitik“[1] ist ausgeblieben. Der EuGH ist in seinem Urteil[2] den viel beachteten Schlussanträgen von Generalanwalt *Mengozzi*[3] nicht gefolgt.[4]

Dieser hatte vertreten, dass aus dem unionsrechtlichen Visaregime in Verbindung mit Art. 4 (Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung) der EU-Grundrechtecharta (GRCh)[5] die Pflicht jedes Mitgliedstaats folge, in seinen Botschaften und Konsulaten humanitäre Visa zu erteilen, damit Antragsteller in den betreffenden Mitgliedstaat zur Durchführung eines Asylverfahrens einreisen könnten, sofern andernfalls eine gegen Art. 4 GRCh verstoßende Behandlung drohe und eine legale Möglichkeit vorenthalten würde, internationalen Schutz[6] im mit der Sache befassten Mitgliedstaat zu beantragen.[7]

Die Große Kammer des EuGH lehnt schon die Anwendbarkeit des sogenannten EU-Visakodex[8] und damit des Unionsrechts einschließlich der Grundrechtecharta ab. Die Erteilung von Visa zur Asylantragstellung auf ihrem Hoheitsgebiet könnten die Mitgliedstaaten ohne unionsrechtliche Vorgaben nach innerstaatlichem Recht regeln.

Während die Schlussanträge eindringlich auf die dramatische Situation in Syrien hinweisen und die Union und ihre Mitgliedstaaten an ihre humanitären und menschenrechtlichen Grundwerte erinnert werden,[9] findet sich im Urteil eine nüchterne

1 So titelte tagesschau.de am 7.3.2017, dem Morgen vor der Urteilsverkündung: EuGH zu humanitären Visa – Revolution in der EU-Asylpolitik?, www.tagesschau.de/ausland/eugh-humanitaere-visa-101.html (5.5.2017).

2 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173. Auf Antrag des vorlegenden Gerichts wurde die Vorlage dem Eilverfahren unterworfen, außerdem wurde die Sache an die Große Kammer verwiesen.

3 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93.

4 Zum Einfluss der Schlussanträge auf EuGH-Urteile vgl. *Arrebola/Mauricio*, Measuring the Influence of the Advocate General on the Court of Justice of the European Union: Correlation or Causation?, EU Law Analysis Blog v. 17.1.2016.

5 Charta der Grundrechte der Europäischen Union v. 12.12.2007, ABl. C 303 v. 14.12.2007, S. 1.

6 Internationaler Schutz meint nach Art. 2 lit. a der QualifikationsRL (RL 2011/95/EU v. 13.12.2011 über 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), ABl. L 337 v. 20.12.2011, S. 9) die Flüchtlingseigenschaft und den subsidiären Schutzstatus.

7 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 176.

8 VO (EG) Nr. 810/2009 v. 13.7.2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft, ABl. L 243 v. 9.5.2009, S. 1, berichtigt im ABl. L 154 v. 6.6.2013, S. 10, in der durch die VO (EU) Nr. 610/2013 v. 26.6.2013, ABl. L 182 v. 29.6.2013, S. 1 geänderten Fassung.

9 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 6 f. und 165.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und vor allem knappe Rechtsauslegung; kein Wort zu der humanitären Katastrophe und den aktuellen Herausforderungen der Union.[10]

Nach einer Einführung in den tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund (B.) sollen die wesentlichen Argumente des Generalanwalts und des EuGH dargestellt (C., D.) und bewertet (E.) werden, um schließlich die Bedeutung des Urteils für den künftigen Flüchtlingsschutz[11] und die Asylpolitik der EU ermessen zu können (F.).

B. Tatsächlicher Hintergrund und rechtlicher Rahmen

Das Vorabentscheidungsverfahren betraf eine syrische Familie aus Aleppo. Im Oktober 2016 stellte das Ehepaar für sich und seine drei Kinder bei der belgischen Botschaft in Beirut (Libanon) Anträge auf Visa mit auf Belgien beschränkter räumlicher Gültigkeit nach dem EU-Visakodex.

Sie erklärten, hiermit aus der belagerten Stadt Aleppo aus- und nach Belgien einreisen zu wollen, um dort um internationalen Schutz nachzusuchen. Einer der Antragsteller des Ausgangsverfahrens brachte vor, bereits von einer Terroristengruppe misshandelt worden zu sein. Im Übrigen wurde die prekäre Sicherheitslage in Syrien – besonders in Aleppo – angeführt und auf die Gefahr einer Verfolgung wegen des christlich-orthodoxen Glaubens der Antragsteller verwiesen. Schließlich hätten sie unter anderem wegen der Grenzschließung zwischen dem Libanon und Syrien keine Möglichkeit, sich in einem der angrenzenden Länder als Flüchtlinge registrieren zu lassen. Am Tag nach der Antragstellung reisten sie nach Syrien zurück.[12]

Die Erteilung der begehrten Visa richtet sich nach Art. 25 lit. a Visakodex, wonach ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit in Ausnahmefällen erteilt wird, namentlich, „wenn der betreffende Mitgliedstaat es aus *humanitären Gründen*, aus Gründen des nationalen Interesses oder *aufgrund internationaler Verpflichtungen für erforderlich hält*".[13] Art. 32 Abs. 1 lit. b Alt. 4 Visakodex bestimmt, dass das Visum unbeschadet des Art. 25 Abs. 1 Visakodex bei begründeten Zweifeln an der Absicht des Antragstellers, das Hoheitsgebiet vor Ablauf der Gültigkeit des beantragten Visums zu verlassen, verweigert wird.

Das belgische Ausländeramt lehnte die Anträge in Anwendung des Art. 32 Abs. 1 lit. b Alt. 4 Visakodex ab. Die Antragsteller hätten offensichtlich vorgehabt, länger als die im Visakodex vorgesehene Maximaldauer von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen

10 *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, CJEU Case C-638/16 PPU, X and X – Dashed hopes for a legal pathway to Europe, European Law Blog v. 10.3.2017, hätten sich eingedenk der Bedeutung des Urteils einen tieferen Einblick in die Argumente und Begründung des Gerichtshofs gewünscht.

11 Der Begriff des Flüchtlings wird hier und im Folgenden untechnisch für die durch die QualifikationsRL umfasste Personengruppe verwendet.

12 Vgl. EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 19 f.

13 Hervorhebung hinzugefügt.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(Art. 1 Abs. 1 Halbsatz 2,[14] Art. 2 Nr. 2 lit. a Alt. 2[15] Visakodex) im belgischen Hoheitsgebiet zu verbleiben.[16] Die Erteilung eines Visums zur Asylantragstellung liefe im Ergebnis auf die Möglichkeit hinaus, bei einer diplomatischen Vertretung um internationalen Schutz nachzusuchen, obwohl dies rechtlich nicht vorgesehen sei.[17]

Gegen die Entscheidung rief die syrische Familie den Rat für Ausländerstreitsachen in Belgien (*Conseil du contentieux des étrangers*) an und beantragte die Aussetzung der Vollziehung der Entscheidungen über die Ablehnung der Visumanträge.

Der *Conseil du contentieux des étrangers* hegte Zweifel an Geltung und Reichweite der völker- und unionsrechtlichen Menschenrechtsverpflichtungen. Je nachdem wie diese auszulegen seien, könne der den Mitgliedstaaten in Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex eingeräumte Spielraum bei der Visumerteilung („für erforderlich hält") ausgeschlossen sein.[18] Er setzte das Eilverfahren daher aus und legte dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) unter anderem folgende Fragen zur Vorabentscheidung vor:[19]

1. Ist Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex dahin auszulegen, dass sich die „internationalen Verpflichtungen" auf sämtliche durch die Grundrechtecharta, insbesondere Art. 4 und 18, durch die EMRK[20] und durch Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)[21] garantierten Rechte beziehen?

2. Folgt aus Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex, dass ein mit der Visumerteilung befasster Mitgliedstaat verpflichtet ist, das beantragte Visum zu erteilen, wenn die Gefahr eines Verstoßes gegen Art. 4 und/oder Art. 18 GRCh oder gegen eine andere internationale Verpflichtung, an die er gebunden ist, erwiesen ist?

Während die Antragsteller des Ausgangsverfahrens die Auffassung vertraten, dass aus Art. 18 GRCh die Pflicht zur Gewährung internationalen Schutzes folge, wenn nur so die Gefahr eines Verstoßes gegen Art. 4 GRCh und Art. 3 EMRK abgewendet werden könne,[22] betonte der belgische Staat, dass weder Art. 3 EMRK noch Art. 33 GFK ihn verpflichteten, eine ausländische Person in sein Hoheitsgebiet aufzunehmen,

14 Danach werden mit dem Visakodex die Verfahren und Voraussetzungen für die Erteilung von Visa für geplante Aufenthalte im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten von höchstens 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen festgelegt.

15 Danach ist ein Visum die mitgliedstaatliche Genehmigung im Hinblick auf den geplanten Aufenthalt in diesem Gebiet von höchstens 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen.

16 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 33.

17 Vgl. EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 21.

18 Vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 36 ff.

19 Für die vollständigen Vorlagefragen siehe Vorabentscheidungsersuchen des Conseil du Contentieux des Étrangers (Belgien), eingereicht am 12.12.2016, Rs. C-638/16, *X und X/ Belgischer Staat*, ABl. C 38 v. 6.2.2017, S. 18.

20 Europäische Menschenrechtskonvention, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4.11.1950, BGBl. 1952 II, 685, 953.

21 Genfer Flüchtlingskonvention, Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge v. 28.7.1951, BGBl. 1953 II, 560.

22 Vgl. EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 23.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und dass die einzige ihm insoweit obliegende Verpflichtung in der Nichtzurückweisung von bereits an seiner Grenze angekommenen Personen bestehe.[23]

C. Die Schlussanträge des Generalanwalt Mengozzi

Der Generalanwalt bezeichnet seinen Lösungsweg als den aus seiner Sicht einzigen, der den universellen, unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten, die Gründungswerte der EU sind, würdig sei. Diese Werte müssten einen Sinn haben, konkrete Gestalt annehmen und die Anwendung des Unionsrechts leiten. Aus seiner Sicht geht es um die Glaubwürdigkeit der Union und ihrer Mitgliedstaaten.[24]

Die juristische Begründung des Generalanwalts teilt sich in zwei aufeinander aufbauende Aspekte: Der Visakodex ist auf den Sachverhalt anwendbar (I.) und Art. 4 GRCh verpflichtet nach den gegebenen Umständen zur Erteilung eines Visums gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex (II.).

I. Anwendungsbereich des Visakodex eröffnet?

Sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit des EuGH als auch der Notwendigkeit die erste Vorlagefrage zur Auslegung von Art. 25 Visakodex zu beantworten, war fraglich, ob der Visakodex überhaupt Anwendung findet. Die Kommission, die belgische und weitere Regierungen hatten das verneint.[25] Der Generalanwalt begründet seine gegenteilige Auffassung wie folgt:[26] Die syrische Familie habe Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt mit räumlich beschränkter Gültigkeit im Sinne des Visakodex beantragt, und die zuständigen Behörden hätten über die von ihnen als zulässig erachteten Anträge (abschlägig) entschieden. Die Absicht der Antragsteller *nach*[27] ihrer Einreise in das belgische Hoheitsgebiet um internationalen Schutz nachzusuchen, modifiziere die Natur ihres Visumbegehrens nicht, wandele es insbesondere nicht in einen dem nationalen Recht unterfallenden Visumantrag für einen längerfristigen Aufenthalt um.[28] Einen solchen bräuchten sie gar nicht, da sich ein Bleiberecht während des Asylverfahrens aus Art. 9 Abs. 1 Asylverfahrensrichtlinie (AsylVerfRL)[29] und danach aus ihrem Status als Personen mit internationalem Schutz ergebe.[30] Hinsichtlich des Visakodex führe die Absicht, über die Visumdauer hinaus im Ausstellungsmitgliedstaat zu verbleiben, allenfalls zur Ablehnung, nicht aber zur Unanwendbarkeit der

23 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 35.
24 Ibid., Rn. 165.
25 Ibid., Rn. 44 ff.
26 Ibid., Rn. 48 ff. und 58.
27 Hervorhebung hinzugefügt.
28 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 49 f.
29 RL 2013/32/EU v. 26.6.2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, ABl. L 180 v. 29.6.2013, S. 60.
30 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 53.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Verordnung.[31] Schließlich träfen weder Art. 1 Abs. 1 noch Art. 2 Nr. 2 Visakodex[32] eine Aussage über die Gründe, aus denen ein Visum beantragt werde. Für die Zulässigkeit eines Visumantrags spiele das Motiv der Reise keine Rolle.[33]

II. (Unions-)Grundrechtliche Pflicht zur Visumerteilung im extraterritorialen Kontext

Nach Ansicht des Generalanwalts gehören die zwingenden Vorgaben der Grundrechtecharta nicht zu den „internationalen Verpflichtungen" im Sinne des Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex (vgl. die erste Vorlagefrage). Das Unionsrecht stelle eine von der internationalen Rechtsordnung zu trennende, eigene Rechtsordnung dar. Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta richte sich danach, ob sie Unionsrecht durchführten, Art. 51 Abs. 1 GRCh.[34] Dies sei beim Erlass von Entscheidungen nach dem Visakodex zu bejahen und werde insbesondere nicht durch einen den Mitgliedstaaten in Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex eingeräumten Ermessens- oder Beurteilungsspielraum in Frage gestellt.[35] Auch seien die Grundrechte der Grundrechtecharta unabhängig von jedem territorialen Kriterium anwendbar.[36]

Aus einer systematischen und grammatikalischen Auslegung des Visakodex folge, dass Art. 25 Abs. 1 Visakodex den Mitgliedstaaten gestatte, trotz Vorliegens der Verweigerungsgründe aus Art. 32 des Kodex ein Visum zu erteilen.[37] Bei Art. 25 Visakodex handele es sich nicht um eine bloße Befugnisnorm.[38] Vielmehr könne sich aus ihr, insbesondere in Verbindung mit den Gewährleistungen der Grundrechtecharta, eine unionsrechtliche Pflicht zur Visumerteilung aus humanitären Gründen ergeben.[39] Eine durch die Grundrechtecharta gesteckte Grenze des mitgliedstaatlichen Beurteilungsspielraums sei jedenfalls erreicht, wenn die Visumverweigerung zur Folge hätte, dass der Antragsteller der tatsächlichen Gefahr einer Verletzung der absoluten Charta-Rechte ausgesetzt würde.[40] Das absolute Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung aus Art. 4 GRCh gelte dabei auch in Anbetracht des wachsenden Zustroms von Migranten und international Schutzsuchenden

31 Ibid., Rn. 51 f.
32 Vgl. Fn. 14 und 15.
33 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 60.
34 Ibid., Rn. 73 ff.
35 Ibid., Rn. 77-85.
36 Ibid., Rn. 89 ff., zum Verhältnis von GRCh zu Art. 1 EMRK insb. Rn. 94 ff.
37 Ibid., insb. Rn. 116 ff.
38 Ibid., Rn. 120. Vgl. zur grammatikalischen und systematischen Auslegung Rn. 121-127.
39 Ibid., Rn. 120 f., 129 und 131 ff. Siehe auch Rn. 82 f. unter Verweis auf die Entscheidung zum unionsrechtlich determinierten Ermessen in der Dublin II-VO, EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865, Rn. 68 f.
40 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 137. Genannt werden Würde des Menschen, Recht auf Leben, Recht auf Unversehrtheit, Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten in einem außerdem durch die Wirtschaftskrise gekennzeichneten Kontext.[41]

Aus dem Verbot folgten positive Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass Personen einer gegen Art. 4 GRCh verstoßenden Behandlung ausgesetzt würden.[42] Ob eine Pflichtverletzung vorliege, beurteile sich danach, welche absehbaren Folgen die Verweigerung positiver Maßnahmen zeitige. Im Hinblick auf die Ausgangsverfahren seien die allgemeine Situation im Herkunftsland der Person und/oder in dem Land, in dem sie bleiben müsste sowie die individuellen Umstände des Betroffenen entscheidend. Bei der Prüfung der allgemeinen Situation und der tatsächlichen Gefahr, der der Betroffene ausgesetzt wäre, müssten zuverlässige, objektive und aktuelle Quellen konsultiert werden.[43]

Auf dieser Grundlage ist der Generalanwalt der Ansicht, dass der belgische Staat wusste oder hätte wissen müssen, dass die Visumverweigerung die Antragsteller der Ausgangsverfahren einer tatsächlichen Gefahr aussetzte, gegen Art. 4 GRCh verstoßende Behandlungen zu erleiden.[44] Dies leitet er zum einen aus der Situation in Syrien ab: Eingedenk der humanitären Tragödie und der apokalyptischen Situation der Zivilbevölkerung sowie der individuellen Situation der Antragsteller[45] könne nicht bestritten werden, dass sie in Syrien tatsächlichen Gefahren unmenschlicher Behandlung im Sinne von Art. 4 GRCh ausgesetzt wären.[46] Darüber hinaus geht der Generalanwalt aber davon aus, dass der belgische Staat wusste oder hätte wissen müssen, dass die Visumverweigerung den Antragstellern – wollten sie nicht in Syrien oder im Libanon, der seit 2015 keine Flüchtlinge mehr registriert und nicht Partei der Genfer Flüchtlingskonvention ist, bleiben[47] – nur die Option eröffnete, sich beim Versuch, illegal in die EU einzureisen, gegen Art. 4 GRCh verstoßenden Behandlungen auszusetzen. Das Schicksal von Syrern, die mit Schleusern und unter Lebensgefahr in die Union zu gelangen versuchten, sei bekannt: Wenn sie nicht ertränken oder auf andere Weise umkämen, würden sie geschlagen, vergewaltigt und/oder in kaum seetüchtigen Booten ihrem Schicksal überlassen.[48] Die unmittelbare Folge der Visumverweigerung sei also, dass die Antragsteller des Ausgangsverfahrens dazu veranlasst würden, ihr Leben in Gefahr zu bringen, um ihr Recht auf internationalen Schutz auszuüben,[49] obwohl ihnen dieser Schutz nach Aktenlage materiell-rechtlich zustehe.[50]

41 Ibid., Rn. 138.
42 Ibid., Rn. 139.
43 Ibid., Rn. 140, 142. Genannt werden Informationen der Unionsorgane, der Organe und Organisationen der Vereinten Nationen oder Regierungsquellen, für ihre Seriosität bekannte NGOs, insb. Amnesty International/Human Rights Watch.
44 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 156.
45 Ibid., Rn. 146-148.
46 Ibid., Rn. 149.
47 Diese Möglichkeiten bezeichnet der GA als unvorstellbar bzw. unzumutbar, vgl. ibid., Rn. 157. Zur Situation im Libanon, vgl. ibid., Rn. 153-156.
48 Ibid., Rn. 150.
49 Ibid., Rn. 159.
50 Ibid.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Da die Art. 4 und 18 GRCh einen Schutz garantierten, der dem durch Art. 3 EMRK und Art. 33 GFK gebotenen zumindest gleichwertig sei, brauche der weitere Teil der Vorlagefrage nicht geprüft zu werden.[51]

D. Das Urteil

Nach Auffassung des EuGH findet auf einen zur Durchführung eines Asylverfahrens in einem Mitgliedstaat gestellten Visumantrag nicht der Visakodex, sondern beim gegenwärtigen Stand des Unionsrechts allein das nationale Recht des betreffenden Mitgliedstaats Anwendung. Er stützt sich wesentlich auf die Auslegung des Visakodex (I.). Zur Untermauerung seines Ergebnisses führt er systematische, das (unionsrechtliche) Flüchtlingsrecht betreffende Argumente an (II., III.).

I. Anwendungsbereich des Visakodex eröffnet?

Insbesondere Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex ist auf das in Rede stehende Begehren der Antragsteller nach Ansicht des EuGH nicht anwendbar.[52]

Zwar seien die Visumanträge formal auf Art. 25 Visakodex gestützt worden. Dadurch, dass die Antragsteller des Ausgangsverfahrens aber in Belgien um Asyl nachsuchen wollten, strebten sie nicht die Erteilung eines auf 90 Tage beschränkten Aufenthaltstitels an.[53] Nur solche seien aber vom Regelungsbereich des Visakodex umfasst. Dies folge aus der primärrechtlichen Ermächtigungsgrundlage[54] und Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Ziffer 2 lit. a und b Visakodex.[55]

Da außerdem bis dato kein Rechtsakt nach Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV für die Erteilung von Visa oder Aufenthaltstiteln aus humanitären Gründen für einen langfristigen Aufenthalt erlassen worden sei, unterfalle die in Rede stehende Konstellation ausschließlich dem nationalen Recht.[56] Mangels einschlägiger unionsrechtlicher Regelungen seien die Vorschriften der Grundrechtecharta, insbesondere Art. 4 und Art. 18, nicht anwendbar.[57] Der EuGH rekurriert hier der Sache nach auf Art. 51 Abs. 1 GRCh, wonach die Mitgliedstaaten an die Charta-Grundrechte nur bei der Durchführung des Unionsrechts gebunden sind.

Diesem Ergebnis steht nach Auffassung des Gerichtshofs Art. 32 Abs. 1 lit. b Visakodex nicht entgegen, der bei „begründeten Zweifeln an der (vom Antragsteller) bekundeten Absicht […], das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gül-

51 Ibid., Rn. 107.
52 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 43.
53 Ibid., Rn. 42.
54 Art. 62 Nr. 2 lit. b Ziffer ii EGV bestimmte, dass der Rat Maßnahmen über Visa für geplante Aufenthalte von höchstens drei Monaten einschließlich der Verfahren und Voraussetzungen für die Visumerteilung durch die Mitgliedstaaten beschließt.
55 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 40 f.
56 Ibid., Rn. 44. So auch die Position der Kommission, der belgischen und weiterer Regierungen, vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 44 ff.
57 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 45.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

tigkeit des beantragten Visums zu verlassen", einen Grund für die Verweigerung des Visums, nicht aber die Nichtanwendung dieses Kodex vorsieht. Denn die zur Vorabentscheidung stehende Konstellation sei nicht durch derartige Zweifel gekennzeichnet, sondern dadurch, dass die Antragsteller ein *Aliud* zu einem Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt begehrten.[58]

II. Dublin-Argument

Gegen die Anwendbarkeit des Visakodex spricht laut EuGH zudem, dass, räumte man Drittstaatsangehörigen unter Berufung auf den Visakodex die Möglichkeit ein, Visumanträge zu stellen, um sodann die Gewährung internationalen Schutzes im Mitgliedstaat ihrer Wahl zu erreichen, dies die allgemeine Systematik des Systems beeinträchtigen würde, das die Union zur Bestimmung des für die Prüfung eines Antrags auf internationalen Schutz zuständigen Mitgliedstaats durch die Dublin III-Verordnung[59] geschaffen hat.[60]

III. Asylantragstellung in Auslandsvertretungen

Schließlich würde seiner Ansicht nach das umgekehrte Ergebnis *de facto* die Pflicht der Mitgliedstaaten begründen, Drittstaatangehörigen die Stellung eines Antrags auf internationalen Schutz bei ihren Vertretungen im Hoheitsgebiet eines Drittstaats zu ermöglichen. Auf der Grundlage von Art. 78 AEUV erlassene Rechtsakte der Union, die die Verfahren für Anträge auf internationalen Schutz regelten, schlössen Anträge, die bei den Vertretungen der Mitgliedstaaten gestellt werden, aber gerade von ihrem Anwendungsbereich aus. So geht aus Art. 3 Abs. 1 und 2 der AsylVerfRL[61] hervor, dass sie für Anträge auf internationalen Schutz, die im Hoheitsgebiet – einschließlich an der Grenze, in den Hoheitsgewässern oder in den Transitzonen – der Mitgliedstaaten gestellt werden, gilt, nicht aber für Ersuchen um diplomatisches oder territoriales Asyl in Vertretungen der Mitgliedstaaten. Ebenso ergebe sich aus Art. 1 und Art. 3 Dublin III-VO, dass die Mitgliedstaaten nur dazu verpflichtet seien, jeden im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats (einschließlich an der Grenze oder in den Transitzonen) gestellten Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen und dass die in dieser Verordnung vorgesehenen Verfahren nur für solche Anträge auf internationalen Schutz gelten.

Nach alledem seien die Anträge von den belgischen Behörden fälschlich als Anträge auf Visa für einen kurzfristigen Aufenthalt eingestuft worden.[62]

58 Ibid., Rn. 46 f.
59 VO (EU) Nr. 604/2013 v. 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, ABl. L 180 v. 29.6.2013, S. 31.
60 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 48.
61 Siehe Fn. 29.
62 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 50.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

E. Bewertung der Argumente des EuGH und des Generalanwalts

I. Die politischen Zwänge judikativer Flüchtlingspolitik

Die Mitgliedstaaten dürften das Urteil des Gerichtshofs beruhigt zur Kenntnis nehmen. Welche Bedeutung der anstehenden Entscheidung von den Regierungen der Mitgliedstaaten beigemessen worden war, zeigt schon die Beteiligung von 13 Regierungen in der mündlichen Verhandlung am 30. Januar 2017.[63] Die tschechische Regierung hatte vor den fatalen Folgen für die Union gewarnt, sollte aus Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex eine Pflicht zur Visumerteilung für Asylverfahren abgeleitet werden.[64]

Es ist nicht schwer zu verstehen, warum der EuGH diesen politisch einfachen Weg gewählt und die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta nicht durch eine entsprechende Auslegung des Visakodex auf zweifelsohne schutzbedürftige Drittstaatsangehörige in Kriegs- und Krisenregionen bestätigt hat.[65] Denn mehr noch als die Wahrung der humanitären Verantwortung der EU in der Welt dürfte ihn die Befürchtung getrieben haben, die EU-skeptische Stimmung gerade in der Flüchtlingspolitik nicht auch noch durch einen den Mitgliedstaaten aufoktroyierten legalen Zugangsweg in ihr Hoheitsgebiet zu befeuern. Ein proaktives Urteil des EuGH wäre zweifelsohne als Kompetenzüberschreitung angegriffen worden, sowohl im Verhältnis der EU gegenüber den Mitgliedstaaten als auch des EuGH gegenüber dem Unionsgesetzgeber. Nun kann man diese Scheu des EuGH kritisieren. Gleichzeitig wird man aber eingestehen müssen, dass sich die Rechtsprechung und insbesondere der EuGH bei judikativem Aktionismus auf einem schmalen Grat bewegt, auf dem ihm ein Absturz in den Akzeptanzverlust droht.

Der EuGH hat es aber auch, anders als vom Generalanwalt gefordert,[66] unterlassen, die EU und ihre Mitgliedstaaten daran zu erinnern, dass sie sich auf die weltweite Förderung der Menschenrechte und Humanität verpflichtet haben. Die Feststellung, dass die geltende Rechtslage einen legalen Zugangsweg zur EU mittels humanitärer Visa nicht gewähre, hätte ohne weiteres die Möglichkeit eröffnet, *obiter* auf die daher umso dringendere Notwendigkeit engagierter Schritte der unionalen und nationalen Exekutiven und Legislativen zur Linderung der humanitären Katastrophe zu verweisen.

Inwiefern die restriktive Auslegung durch den EuGH zwingend oder vom gewünschten Ergebnis her determiniert war,[67] soll im Folgenden beleuchtet werden.

63 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 42.
64 Ibid., Rn. 5.
65 So aber *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 10).
66 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 168.
67 *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 10), gehen davon aus, dass es dem EuGH um die Aufrechterhaltung des ohnehin dysfunktionalen Dublin-Systems gegangen sei.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Anwendungsbereich des Visakodex eröffnet?

Die restriktive Interpretation des EuGH, wonach der Visumbegriff des Visakodex lediglich auf 90 Tage pro 180-Tageszeitraum begrenzte Genehmigungen zum Aufenthalt regle, ist unter Verweis auf Art. 25 Abs. 1 lit. b Visakodex kritisiert worden. Danach wird ein Visum mit beschränkter Gültigkeit erteilt,

> „wenn aus von dem Konsulat als gerechtfertigt angesehenen Gründen dem Antragsteller *erneut* ein Visum für einen Aufenthalt innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen erteilt wird, innerhalb dessen er bereits ein einheitliches Visum oder ein Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit für einen Aufenthalt von 90 Tagen verwendet hat."[68]

Diesem Argument ist zwar zuzugeben, dass die Vorschrift die Gesamtdauer eines durch den Visakodex erlaubten Aufenthalts ausdehnt und deshalb die enge Auslegung des Gerichtshofs gerade nicht zwingend war.[69] Im vorliegenden Fall geht es aber nicht um eine neuerliche Visumausstellung. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob sich das Fernziel (die Asylantragstellung) auf das im Visakodex normierte Nahziel (räumlich beschränktes Visum) dergestalt auswirkt, dass die Anwendbarkeit des Visakodex ausgeschlossen ist. Dies ist meines Erachtens zu verneinen. Fragt man nach dem wahren Begehren der Antragsteller, ist dieses – entgegen den Ausführungen des EuGH – gerade nicht auf einen langfristigen Aufenthalt qua Visum gerichtet. Vielmehr soll das Aufenthaltsrecht, wie der Generalanwalt zutreffend ausführt, aus der Asylantragstellung nach Art. 9 Abs. 1 AsylVerfRL folgen. Damit ist notwendiges, von den Antragstellern des Ausgangsverfahrens daher begehrtes, Zwischenstadium die Erlangung eines Visums nach Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex, nicht aber eines Visums für einen längerfristigen Aufenthalt im Sinne des Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV oder eines neuerlich erteilten Visums im Sinne des Art. 25 Abs. 1 lit. b Visakodex.

Da die Antragsteller also die Ausstellung eines Visums im Sinne von Art. 25 lit. a Visakodex begehrten, trägt auch das Argument des EuGH nicht, wonach Art. 32 der Unanwendbarkeit des Visakodex nicht entgegenstehe, weil die Antragsteller ein *Aliud* zum Visum mit räumlich beschränkter Gültigkeit gewollt hätten.[70] Mehr noch: Da sie gerade nicht vorhatten, ohne Aufenthaltsrecht über die Dauer ihres Visums hinaus in Belgien zu verbleiben, sondern mit Aufenthaltsgestattung als Asylsuchende dort leben wollten, ist es fraglich, ob der Ablehnungsgrund des Art. 32 Abs. 1 lit. b Alt. 4 Viskodex überhaupt gegriffen hätte. Darüber hinaus kann ein Visum nach Art. 25 Abs. 1 Visakodex ja gerade auch erteilt werden, wenn die Gründe des Art. 32

68 Hervorhebung hinzugefügt.
69 Vgl. *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 10).
70 EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:173, Rn. 46 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Abs. 1 Visakodex vorliegen.[71] Zu Recht wurde in diesem Zusammenhang auf das absurde Ergebnis hingewiesen, dass, hätten die Antragsteller des Ausgangsverfahrens ihre Absicht, um internationalen Schutz nachzusuchen, nicht offengelegt, ihre Situation begründete Zweifel im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. b Visakodex nahegelegt hätte, mit der Folge der Anwendbarkeit des Visakodex und damit auch der Grundrechtecharta.[72] Der offen kundgetane humanitäre Belang, um internationalen Schutz nachsuchen zu wollen, wird so gleichsam zur rechtsmissbräuchlichen Absicht stigmatisiert, die den rechtlichen Vorzug einer Visumerteilung ausschließt. Festzuhalten ist also, dass die besseren Argumente dafür sprechen, unterliegenden Motiven eines Visumantrags im Rahmen der materiell-rechtlichen Prüfung Bedeutung zuzumessen, nicht aber bei der Anwendbarkeit des Visakodex.[73]

Somit ist die Auslegung des EuGH zur Anwendbarkeit des Visakodex nicht zwingend, mehr noch: Sie ist nicht überzeugend. Der Schluss liegt nahe, dass sie vom gewünschten Ergebnis – Nichtanwendbarkeit der Grundrechtecharta, kein legaler Zugangsweg nach Europa – geleitet war.[74]

III. Das Dublin-Argument

Das Argument des EuGH, wonach die Visumerteilung zur späteren Asylantragstellung das Dublin-System beeinträchtigen würde, ist in ersten Reaktionen auf das Urteil unkritisch übernommen worden.[75] Der dahinter stehende Gedanke ist offenbar, dass die Dublin-Verordnung objektive und klare Kriterien vorsieht,[76] nach denen der für die Asylantragsprüfung zuständige Staat bestimmt wird (Art. 3, 7, 8-15 Dublin III-VO), sodass der um internationalen Schutz Ersuchende sich den zuständigen Mitgliedstaat nicht aussuchen kann. Ein solches „*asylum shopping*" soll aber drohen, wenn der Einzelne durch die Wahl der Botschaft, bei der er ein Visum beantragt, auch den Staat wählen kann, der für die Bearbeitung seines späteren Asylantrags zuständig ist.

71 Vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 132; *Peers*, External processing of applications for international protection in the EU, EU Law Analysis Blog v. 24.4.2014: „[…] *LTV visa can be issued where the usual conditions for issuing a visa are not met, for instance where there is insufficient evidence of an intention to return to the country of origin. Obviously, where a person has a genuine protection need, a reluctance to return to her country of origin is perfectly understandable; indeed, it is built into the very definition of refugee or subsidiary protection status (ie a well-founded fear of suffering persecution or serious harm in that country).*"

72 *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 10).

73 So auch *Moreno-Lax*, Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge (Part I), EU Migration Law Blog v. 16.2.2017, im Anschluss an die Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 49 ff.; *Ziebritzki*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 2: wirklich keine Angelegenheit der EU?, VerfBlog v. 9.3.2017.

74 Kritisch auch *Ovádek*, The CJEU on Humanitarian Visa: Discovering 'Un-Chartered' Waters of EU Law, VerfBlog v. 13.3.2017.

75 *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 10).

76 Dazu und zur Entwicklung der Dublin-VO allgemein *Filzwieser/Sprung*, Dublin III-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 2. Aufl. 2014, S. 22 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Dies überzeugt nicht. Art. 12 Abs. 2 Dublin III-VO, der die Zuständigkeit des visumerteilenden Mitgliedstaats normiert, gehört gerade zum objektiven Kriterienkatalog. Dieser Norm und damit der ganzen Verordnung ist es inhärent, dass der Einzelne durch seinen Visumantrag die Zuständigkeitsverteilung nach der Dublin-Verordnung beeinflussen kann. Eine Beeinträchtigung des Dublin-Systems liegt daher nicht vor. Dem Einzelnen wird man die Wahl der Auslandsvertretung[77] nicht mehr zum Vorwurf machen können, als die Wahl seiner Fluchtroute. Auch durch die illegale Einreise in das Hoheitsgebiet eines bestimmten Landes nimmt der Einzelne schließlich Einfluss auf die Zuständigkeit (Art. 13 Abs. 1 Dublin III-VO). Dass die Charta-Grundrechte die Zuständigkeitsverteilung nach der Dublin III-Verordnung modifizieren können,[78] steht spätestens seit dem EuGH-Urteil im Fall *N.S.* fest.[79] Schließlich könnten auf längere Sicht durch nach Art. 12 Abs. 2 Dublin III-VO begründete Zuständigkeiten die durch das Kriterium der illegalen Einreise stark belasteten Mitgliedstaaten in der südöstlichen Peripherie der Union entlastet werden. Dazu käme es dann, wenn durch die Schaffung legaler Zugangswege die irreguläre Migration begrenzt werden könnte. Dies würde zur Verwirklichung des Grundsatzes der Solidarität und der gerechten Aufteilung der Verantwortlichkeiten unter den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 80 AEUV beitragen. Es stellt sich also die Frage, welches System der EuGH hier schützen möchte: Eines, mit dem über das Kriterium der illegalen Einreise Schutzsuchende möglichst an den europäischen Außengrenzen konzentriert werden sollen und das sich nicht zuletzt durch die Überlastung einzelner Staaten als dysfunktional erwiesen hat, oder eines, dass sich dem Desiderat der gerechten Lastenteilung und des schnellen Zugangs zum Asylverfahren zumindest annähert.

IV. Asylantragstellung in Auslandsvertretungen

Das Argument des EuGH bezüglich der beschränkten räumlichen Anwendbarkeit der Asylverfahrensrichtlinie[80] und der Dublin III-Verordnung[81] ist ebenfalls nicht überzeugend: Zwar sind Asylverfahrensrichtlinie und Dublin III-Verordnung nur auf Anträge auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten anwendbar und gelten nicht für Ersuchen um diplomatisches oder territoriales Asyl in den Vertretungen der Mitgliedstaaten. Dies spricht aber nicht dagegen, dass die Konsulate bei ihrer Visumerteilung die Schutzbedürftigkeit eines Antragstellers mit prüfen. Denn die *inhaltliche* Frage, ob eine Person internationalen Schutzes bedarf, ist in der Qualifikationsricht-

77 Dessen Erreichen in einer Kriegs-/Konfliktsituation schwer genug ist. Vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 174: „Unter extremen Umständen wie denen, die die Antragsteller des Ausgangsverfahrens erdulden müssen, ist deren Wahlmöglichkeit ebenso beschränkt wie die der am Mittelmeer gelegenen Mitgliedstaaten, sich in Binnenländer zu verwandeln."

78 Hier durch eine nach Art. 4 GRCh begründete Pflicht zur Visumerteilung, Art. 12 Abs. 2 Dublin III-VO.

79 EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865. Vgl. Art. 3 Abs. 2 UAbs. 2 Dublin III-VO.

80 Art. 3 Abs. 1, 2 AsylVerfRL.

81 Art. 1 Abs. 3 Dublin III-VO.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

linie[82] festgelegt, und deren räumlicher Anwendungsbereich wird nicht beschränkt.[83] Dagegen regeln Dublin III-Verordnung und Asylverfahrensrichtlinie die *verfahrensrechtlichen* Aspekte zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates bzw. zur Behandlung eines Antrags auf internationalen Schutz im Sinne der beiden Rechtsakte. Sie sind auf die extraterritoriale Situation schon nicht zugeschnitten (das Dublin-Verfahren ist einer Visumerteilung nachgelagert, Art. 12 Dublin III-VO; das Bleiberecht während des Verfahrens auf dem Gebiet des Mitgliedstaates wäre nicht zu realisieren, Art. 9 AsylVerfRL) und vor allem „brauchen" die Konsulate sie nicht, um über die Visumerteilung zu befinden: Das Botschaftsverfahren richtet sich nach dem Visakodex. Dass hierbei die materiellen Kriterien der Qualifikationsrichtlinie bzw. der Genfer Flüchtlingskonvention,[84] der Grundrechtecharta und EMRK berücksichtigt werden, wird durch die Unanwendbarkeit von den das Asylverfahren betreffenden Vorschriften nicht ausgeschlossen.

Die Frage bleibt aber, ob eine Pflicht, die Schutzbelange der Antragsteller zu berücksichtigen, *de facto* auf die unionsrechtliche Einführung eines völkerrechtlich[85] und in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nicht etablierten Rechts auf Asylantragstellung in Auslandsvertretungen hinausliefe[86] – ein Eindringen in die mitgliedstaatliche Souveränitätssphäre, das die oben genannten Sekundärrechtsakte ausschließen sollen. Und auch aus Art. 18 GRCh folgt wohl kein Recht auf Antragstellung in einem Drittstaat. Zwar ist die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta gemäß Art. 51 GRCh generell nicht räumlich beschränkt.[87] Der konkrete Regelungsgehalt von Art. 18 GRCh spricht aber dagegen, ihm extraterritoriale Geltung zuzumessen und die Schaffung legaler Zugangswege als effektive Gewährleistung des Asylrechts zu verstehen.[88] Ungeachtet der Frage ihres eigenständigen subjektiv-rechtlichen Gehalts[89] gewährleistet die Vorschrift das Asylrecht „nach Maßgabe" der Genfer Flüchtlingskonvention und des Protokolls von 1967.[90] Sie enthält keine eigenständigen inhaltlichen Aussagen über das Asylrecht.[91] Die Genfer Flüchtlingskonvention

82 Siehe Fn. 6.
83 So auch *Peers*, (Fn. 71).
84 Geht man davon aus, dass die Konsulate die Kriterien der Flüchtlingsdefinition und der subsidiären Schutzberechtigung nur mitberücksichtigen, entscheidend aber auf die Gefahr einer gegen Art. 4 GRCh verstoßenden Behandlung abstellen, dann ist unproblematisch, dass Flüchtlingseigenschaft und subsidiäre Schutzberechtigung das vorherige Verlassen des Herkunftslandes voraussetzen, Art. 1 Abschnitt A Abs. 2 Satz 1 GFK, Art. 1 Abs. 2 Protokoll 1967; Art. 2 lit. d, f QualifikationsRL.
85 *Noll*, Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?, International Refugee Law, 2005, S. 542-573.
86 Dazu mit weiteren Nachweisen *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl. 2007, S. 370 f.
87 Dazu unter E.V.
88 So aber *Moreno-Lax*, Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v État belge (Part II), EU Migration Law Blog v. 21.2.2017.
89 Dafür *Jarass*, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 18, Rn. 2; Überblick bei *Jochum*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), GRCh, 2016, Art. 18, Rn. 5.
90 Protokoll v. 31.1.1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. 1969 II, 1294.
91 *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 18 GRCh, Rn. 1, 3.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wiederum kennt kein Recht auf Asylgewährung.[92] Das in Art. 33 GFK normierte Refoulement-Verbot umfasst zwar ein Recht auf Einreise und Zugang zum Verfahren inklusive Bleiberecht für Flüchtlinge,[93] allerdings wird hierfür vorausgesetzt, dass sich die schutzsuchende Person bereits an einer Staatsgrenze befindet.[94]

Für das Argument einer faktischen Einführung eines extraterritorialen Asylverfahrens spricht, dass die Visumerteilung dann in der Tat zur Vorstufe der Asylantragstellung würde. Dagegen lässt sich aber anführen, dass die Konsulate noch keine definitive Entscheidung über die internationale Schutzgewährung treffen. Zwar würden sie die Kriterien der Qualifikationsrichtlinie bei der Entscheidung miteinbeziehen, vornehmlich aber auf der Grundlage des Visakodex zeitlich befristete Aufenthaltsgenehmigungen erteilen. Das weitere asylrechtliche Schicksal des Einzelnen läge also weiterhin vollständig in den Händen der zuständigen nationalen Behörden auf dem Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates.

V. (Unions-)Grundrechtliche Pflicht zur Visumerteilung im extraterritorialen Kontext

Indem der EuGH schon die Anwendbarkeit des Unionsrechts verneint, muss er sich zu der bedeutsamen Frage, ob aus den Charta-Grundrechten, insbesondere Art. 4 und Art. 18 GRCh, positive Pflichten der Mitgliedsstaaten zur Visumerteilung folgen, nicht äußern.

Folgt man der überzeugenderen Ansicht des Generalanwalts, dass der Visakodex Anwendung findet, stellt sich die weitere Frage der unionsrechtlichen Determinierung des in Art. 25 Abs. 1 Visakodex eingeräumten Beurteilungs- und Ermessensspielraums.[95,96] Die äußerste Grenze dürften jedenfalls die bei der Durchführung des Unionsrechts anwendbaren Charta-Grundrechte sein.[97] Der Passus in Erwägungsgrund 29 Visakodex[98] ist insofern nur deklaratorisch, da die Grundrechtecharta als

92 *Jochum*, (Fn. 89), Art. 18, Rn. 5 m.w.N.
93 *Jarass*, (Fn. 89), Art. 18, Rn. 12 f.; *Jochum*, (Fn. 89), Art. 18, Rn. 19, 22.
94 *Jarass*, (Fn. 89), Art. 18, Rn. 11; *Jochum*, (Fn. 89), Art. 18, Rn. 5 m.w.N.
95 In EuGH, Rs. C-84/12, *Koushkaki*, EU:C:2013:862, Rn. 63, wurde bezgl. eines einheitlichen Visums entschieden, dass es nur aus den im Visakodex normierten Gründen abgelehnt werden könne, den Behörden aber ein weiter Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Anwendungsvoraussetzungen und der Tatsachenwürdigung zukomme.
96 Unter Verweis auf ibid., betont *Moreno-Lax*, (Fn. 73), dass die Visumerteilung keine souveräne Entscheidung der Mitgliedstaaten ist, sondern diese unionsrechtlich determiniert und begrenzt ist. So auch *Peers*, Do potential asylum-seekers have the right to a Schengen visa?, EU Migration Law Blog v. 20.1.2014.
97 Zur Durchführung des Unionsrechts bei Ermessensausübung nach der Dublin-VO, vgl. EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865, Rn. 68 f.
98 Danach steht der Visakodex im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der EMRK und der GRCh anerkannt wurden. In der vorgeschlagenen Neufassung der Kommission (Erwägungsgrund 48) wird die EMRK nicht mehr in Bezug genommen und Art. 7, 8, 24 Abs. 2 GRCh gesondert erwähnt, vgl. Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Visakodex der Union (Visakodex), (Neufassung), COM (2014) 164 final v. 1.4.2014, S. 31.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Primärrecht (Art. 6 Abs. 1 Halbsatz 2 EUV) die Auslegung und Anwendung des sekundärrechtlichen Visakodex bestimmt.[99] Eine territorial begrenzte Anwendbarkeit im Sinne des Art. 1 EMRK kennt die Grundrechtecharta nicht.[100] Die Übertragung der begrenzten EMRK-Anwendbarkeit *ratione loci* über Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GRCh überzeugt nicht.[101] Art. 52 Abs. 3 GRCh bezieht sich nach Überschrift und Wortlaut auf die Bedeutung und Tragweite der verliehenen *Rechte*. Bei Art. 1 EMRK handelt es sich aber gerade nicht um ein selbständiges Recht.[102] Art. 52 Abs. 3 GRCh ist als materiale Auslegungsregel[103] bezüglich der inhaltlichen Tragweite einzelner Schutzbestimmungen von der generellen Frage der räumlichen Anwendbarkeit zu trennen.[104] Diese ist für die Grundrechtecharta separat und speziell in Art. 51 GRCh geregelt.[105] Im Übrigen kann das Unionsrecht nach Art. 52 Abs. 3 Satz 2 GRCh ausdrücklich weitergehenden Schutz gewähren als die EMRK, gegebenenfalls auch in territorialer Hinsicht.

Hinsichtlich des *materiell-rechtlichen* Gehalts entspricht Art. 4 GRCh der Pendant-Vorschrift des Art. 3 EMRK. Das Refoulement-Verbot des Art. 19 Abs. 2 GRCh übernimmt die einschlägige Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK.[106] Der Generalanwalt verwies auf Urteile des EGMR, wonach eine Verletzung von Art. 3 EMRK aus dem behördlichen Unterlassen von Maßnahmen zur Verhinderung einer unmenschlichen Behandlung folgen könne, sofern die Behörden von der Gefahr Kenntnis hatten oder hätten haben müssen.[107] In diesen Fällen ging es allerdings um positive Pflichten der (Polizei-)Behörden gegenüber auf ihrem Hoheitsgebiet befindlichen Personen. Weiterhin verwies der Generalanwalt darauf, dass auch der EuGH bereits entschieden habe, dass Art. 4 GRCh wie Art. 3 EMRK den Mitgliedstaaten

99 So auch EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865, Rn. 77.

100 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 89 und 94 ff.; Europäisches Parlament, Humanitarian Visas: option or obligation?, 2014, S. 28.

101 Vorgebracht wurde das Argument von der belgischen Regierung und anderen Mitgliedstaaten, vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 95.

102 *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2017, Art. 1, Rn. 4.

103 *Krämer*, in: Stern/Sachs, (Fn. 89), Art. 52, Rn. 70.

104 Siehe auch die Entsprechungsliste des Konventionspräsidiums, in der Art. 1 EMRK nicht enthalten ist, ABl. C 310 v. 16.12.2004, S. 456 ff., und die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303 v. 14.12.2007, S. 33 f.

105 In diesem Sinne und zur extraterritorialen Geltung der EMRK bei Visumangelegenheiten *Moreno-Lax,* (Fn. 88). Wenn Art. 1 EMRK maßgeblich wäre, könnte man in der Visumerteilung die Ausübung von Hoheitsgewalt sehen, vgl. *Noll*, (Fn. 85), S. 567 f.

106 Vgl. Erläuterungen zu Art. 4 und Art. 19 GRCh in den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. C 303 v. 14.12.2007, S. 18 und 24.

107 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 139; EGMR, Nr. 44883/09, *Nasr und Ghali gg. Italien*, Urt. v. 23.2.2016, Rn. 283; EGMR, Nr. 71386/10, *Savriddin Dzhurayev gg. Russland*, Urt. v. 25.4.2013, Rn. 179; EGMR, Nr. 39630/09, *El-Masri gg. Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien*, Urt. v. 13.12.2012, Rn. 198; EGMR, Nr. 22535/93, *Mahmut Kaya gg. Türkei*, Urt. v. 28.3.2000, Rn. 115.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

unter bestimmten Umständen eine positive Verpflichtung auferlegt.[108] In diesen Fällen ging es um die Pflicht der Mitgliedstaaten, vor der Überstellung bzw. Übergabe einer Person an einen anderen Mitgliedstaat die dortige Menschenrechtslage zu prüfen und den Betroffenen gegebenenfalls auf ihrem Hoheitsgebiet zu belassen. *Dass* eine positive Schutzpflicht aus Art. 4 GRCh folgt, ist also gefestigte Rechtsprechung. Ob diese Pflicht aber die extraterritoriale Visumerteilung einschließt, geht aus den Urteilen nicht hervor. Dafür ließe sich anführen, dass das territoriale Kriterium bei der Anwendung der Grundrechtecharta keine Rolle spielt und sich die Handlungspflicht der Auslandvertretungen in Art und Umfang nicht von derjenigen anderer Behörden unterscheidet.[109]

Die Visumerteilung ließe sich als eine solche Maßnahme zur Verhinderung einer gegen Art. 4 GRCh verstoßenden Behandlung qualifizieren. Dies würde zwar eine extraterritoriale Ausdehnung der staatlichen Schutzpflichten im Vergleich zu den zitierten Entscheidungen bedeuten und ein zum Fernhalten von Asylbewerbern eingerichtetes System[110] mit unabsehbaren Implikationen[111] partiell in sein Gegenteil verkehren. Bei entsprechendem politischem Willen stünde die gegenwärtige Rechtslage einem solchen Schritt aber keinesfalls im Wege.[112]

Dass eine (verpflichtende) Erteilung humanitärer Visa an international Schutzsuchende ausdrücklich erst in eine Neufassung des Visakodex Eingang finden könnte,[113] steht diesem Ergebnis nicht entgegen.[114] Die Unionsgrundrechte gelten ungeachtet einer sekundärrechtlichen Konkretisierung. Der Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments (LIBE-Ausschuss) bezeichnet seine diesbezüglichen Änderungsvorschläge[115] daher auch als Klarstellungen.[116]

108 Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 139; EuGH, verb. Rs. C-411/10 und C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865, Rn. 94, 96 und 113; EuGH, verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU, *Aranyosi und Căldăraru*, EU:C:2016:198, Rn. 90 und 94.

109 In diesem Sinne für eine Pflicht zur Visumerteilung aus der EMRK, vgl. *Noll*, (Fn. 85), S. 573.

110 *Goodwin-Gill/McAdam*, (Fn. 86), S. 374 ff.

111 *Ziebritzki*, (Fn. 73), qualifiziert die Beantwortung der Frage nach der Reichweite der Schutzpflichten daher auch als „rechtlich und politisch spannendste – und schwierig zu entscheidende – Frage".

112 In diesem Sinne auch Europäisches Parlament, (Fn. 100), S. 27; *Moreno-Lax*, (Fn. 88).

113 Nach dem Kommissionsvorschlag zur Neufassung, COM (2014) 164 final v. 1.4.2014, befindet sich das ordentliche Gesetzgebungsverfahren in erster Lesung.

114 So aber das Argument einer Reihe von am Verfahren beteiligter Regierungen, vgl. Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 8.

115 Berichterstatter *López Aguilar*, Bericht des Europäischen Parlaments vom 22.4.2016 über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Visakodex der Union (COM[2014]164), Dok. A8-0145/2016. Der Bericht liegt dem Europäischen Parlament zur Festlegung seines Standpunktes in erster Lesung vor. Zu den Vorschlägen im Einzelnen unter F.I.

116 *López Aguilar*, (Fn. 115), Änderungsantrag 27, S. 22 und Änderungsantrag 94, S. 53. Das Europäische Parlament schließt sich dieser Sichtweise an. Vgl. Europäisches Parlament, Towards an EU humanitarian visa scheme?, Juni 2016, www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/556950/IPOL_BRI(2016)556950_EN.pdf (5.5.2017).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

F. Fazit und Ausblick

Der Weckruf,[117] den die Schlussanträge aussandten, ist durch das Urteil wohl schnell verhallt.[118] Man gewinnt den Eindruck, dass der EuGH durch den gewählten – und wie oben gezeigt – nicht zwingenden Abzweig „Unanwendbarkeit des Visakodex" der Beantwortung der wirklich schwierigen Frage zur Reichweite positiver Pflichten aus den Unionsgrundrechten ausgewichen ist: Wie ernst ist es der Union mit der Bekämpfung des Leidens, das Schutzsuchende auf der Flucht, insbesondere über das Mittelmeer, auf sich nehmen müssen?[119] Wäre der Gerichtshof zur Anwendbarkeit der Grundrechtecharta gelangt, hätte er direkt auf die Frage antworten müssen, ob das humanitäre und menschen- bzw. flüchtlingsrechtliche Regelwerk der Union eines ist, das Personen, die ganz überwiegend Anspruch auf internationalen Schutz haben[120] und die in ihrer unmittelbaren Umgebung keine sichere Zuflucht finden können,[121] auf eine illegale und gefährliche Flucht verweist. Die hierdurch bedingte hohe Selektivität wäre kein Alleinstellungsmerkmal des EU-Rechts, sie ist auch dem aktuellen internationalen Flüchtlingsrecht inhärent.[122] Der EuGH geht dieser Antwort und der Prüfung, wie die unveräußerlichen Menschenrechte der Schutzsuchenden mit den begrenzten Aufnahmekapazitäten der EU in Einklang gebracht werden können, aus dem Weg.[123]

I. Legale Zugangswege durch sonstige (neue) EU-Rechtsakte?

Nachdem der EuGH also einen implizit im Visakodex enthaltenen legalen Zugangsweg in die EU abgelehnt und auch keinen Impuls zur Modifikation des Visakodex an den Unionsgesetzgeber ausgesandt hat, richtet sich der Blick allein auf die übrigen EU-Organe: Welche Schritte ergreifen sie, um die viel beschworenen Möglichkeiten

117 So *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, AG Mengozzi's Opinion on granting visas to Syrians from Aleppo: wishful thinking?, European Law Blog v. 14.2.2017.

118 *Ziebritzki*, (Fn. 73), scheint zu hoffen, dass die Schlussanträge noch Einfluss auf die Visakodex-Reform haben können.

119 Nach IOM-Angaben lag die Zahl der im Mittelmeer Verstorbenen 2015 bei 3.784; 2016 bei 5.098 und von Januar bis 19.4.2017 bei 962, https://missingmigrants.iom.int/mediterranean (5.5.2017).

120 In Belgien lag die Schutzquote 2015 bei 97,64 %, www.cgra.be/fr/actualite/statistiques-dasile-bilan-2015 (5.5.2017). Auch in anderen EU-Staaten liegt die Anerkennungsquote bei 98 %, http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_quarterly_report#cite_note-5 (5.5.2017).

121 Zur Situation im Libanon und in Jordanien: Schlussanträge GA *Mengozzi* zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 154. Zur Situation in Nachbarländern einschl. der Türkei auch *Moreno-Lax*, (Fn. 73).

122 *Endres de Oliveira*, Humanitäre Visa für Flüchtlinge, Teil 1: Nicht mit der EU, VerfBlog v. 9.3.2017, spricht von „Asyldarwinismus".

123 Zur nötigen und möglichen Abwägung auch *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 117).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

für eine geordnete, legale Einreise schutzbedürftiger Personen in die Europäische Union zu schaffen[124] und so das Geschäftsmodell der Schmuggler zu unterbinden?[125]

Bezüglich des Visakodex hat die Kommission 2014 den Vorschlag einer Neufassung vorgelegt.[126] Inhaltliche Änderungen des jetzigen Art. 25 Visakodex sind dort aber nicht vorgesehen.[127] Demgegenüber möchte das Europäische Parlament über die humanitären Visa im Sinne des Kodex legale Zugangsmöglichkeiten in die EU eröffnen. Der LIBE-Ausschuss, der bereits nach aktueller Rechtslage von grund- und flüchtlingsrechtlichen Pflichten zur Visumerteilung gemäß Art. 25 Visakodex ausgeht,[128] schlägt vor, die Visumerteilung für international Schutzsuchende explizit in eine Neufassung aufzunehmen.[129] Sein Vorschlag für einen Erwägungsgrund 6a lautet:

> „Die Erteilung eines Visums an eine Person, die um Schutz ersucht, stellt eine Möglichkeit dar, dieser Person auf sichere Weise Zugang zum Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu ermöglichen."[130]

In der Begründung wird darauf verwiesen, dass die aktuelle Migrationskrise, die viele Tote im Mittelmeer fordert, nur mit einer Vielzahl von Maßnahmen ganzheitlich angegangen werden könne. Ein Lösungsaspekt könne sein, den möglichen Schutzbedarf stärker in das Blickfeld der Konsulate zu rücken.[131] In dem vorgeschlagenen Erwägungsgrund 6b wird auf die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten insbesondere aus der Genfer Flüchtlingskonvention, der EMRK, dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR),[132] der Antifolterkonvention[133] und der Kinderrechtskonvention[134] verwiesen, um den Begriff der „internationalen Verpflichtungen" im Visakodex klarer zu definieren. Dabei könnten einige der genannten Bestimmungen „tatsächlich Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten enthalten, bei der Bearbeitung von Visumanträgen die Rechte der Visumantragsteller zu beachten."[135]

124 Europäische Kommission, Mitteilung zum aktuellen Stand der Umsetzung der Prioritäten im Rahmen der Europäischen Migrationsagenda, COM (2016) 85 final v. 10.2.2016, S. 2.
125 Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments v. 12.4.2016 zur Lage im Mittelmeerraum und zur Notwendigkeit eines ganzheitlichen Ansatzes der EU für Migration (2015/2095(INI)), P8_TA(2016)0102, Punkt R.
126 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Visakodex der Union (Visakodex), (Neufassung), COM (2014) 164 final v. 1.4.2014. Rechtsgrundlage wäre dann Art. 77 Abs. 2 lit. a AEUV: Gemeinsame Politik in Bezug auf Visa und andere kurzfristige Aufenthaltstitel.
127 COM (2014) 164 final, S. 57 f.
128 *López Aguilar*, (Fn. 115), Änderungsantrag 27, S. 22 und Änderungsantrag 94, S. 53. Das Europäische Parlament, (Fn. 116), schließt sich dieser Sichtweise an.
129 *López Aguilar*, (Fn. 115).
130 Ibid., Änderungsantrag 7, S. 9.
131 Ibid., S. 10.
132 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966, BGBl. 1973 II, 1534.
133 Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche und oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10.12.1984, BGBl. 1990 II, 246.
134 Übereinkommen über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989, BGBl. 1992 II, 122.
135 *López Aguilar*, (Fn. 115), Änderungsantrag 8, S. 10 f.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Klarstellend soll in die Visumdefinition des Art. 1 Abs. 1 Visakodex aufgenommen werden, dass der Visakodex einschließlich der Bestimmung über einen geplanten Aufenthalt von nicht mehr als 90 Tagen unbeschadet eines möglichen Antrags auf internationalen Schutz auf dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gilt.[136] Visa nach dem jetzigen Art. 25 Abs. 1 lit. a Visakodex sollen insbesondere erteilt werden, wenn es erforderlich ist, um den internationalen Schutz der betreffenden Person sicherzustellen. Damit soll klargestellt werden, dass es zu den „internationalen Verpflichtungen" gehören kann, einem Drittstaatsangehörigen Schutz zu gewähren.[137] Schließlich erwägt das Europäische Parlament die Schaffung eines europäischen Visums aus humanitären Gründen. Dieses könnte direkt bei jeder Auslandsvertretung der Mitgliedstaaten allein zum Zweck der Einreise zur Asylantragstellung beantragt werden.[138]

Während das Europäische Parlament offenbar an seinen Vorschlägen festhalten möchte, lehnt der Rat die Fortführung der Verhandlungen auf dieser Basis ab. Auch die Kommission spricht sich gegen die Idee eines humanitären Visums aus.[139] Ein legislatives Voranschreiten auf diesem Weg ist also unwahrscheinlich.

Zwar käme grundsätzlich auch ein Vorgehen auf der Grundlage des Art. 79 Abs. 2 lit. a AEUV (der Regelungen bezüglich Visa für einen langfristigen Aufenthalt ermöglicht) in Betracht.[140] Dass von dieser Option in näherer Zukunft Gebrauch gemacht wird, scheint aber ebenfalls wenig realistisch.[141] So zeichnet sich der gegenwärtige Ansatz der Kommission vor allem durch den Versuch aus, das Sterben im Mittelmeer und das Geschäft der Menschenhändler durch bessere Grenzkontrollen in Kooperation mit Drittstaaten[142] und das Patrouillieren im Mittelmeer zu bekämpfen.[143] Zwar findet sich in ihrer Migrationsagenda vom Mai 2015[144] der Passus, dass klare, gut umgesetzte Regeln für die legale Einreise in die EU (d.h. sowohl effiziente

136 Ibid., Änderungsantrag 27, S. 22.
137 Ibid., Änderungsantrag 94, S. 53.
138 Vgl. ibid., Änderungsantrag 15, S. 14 und Änderungsantrag 95, S. 53 f.
139 Rat der Europäischen Union, Outcome of Proceedings, Dok.-Nr. 15602/16 v. 19.12.2016, www.statewatch.org/news/2017/jan/eu-council-visa-wp-humanitarian-visas-15602-16.pdf (5.5.2017).
140 Diesen Vorschlag machen *Zoeteweij-Turhan/Progin-Theuerkauf*, (Fn. 10).
141 Vgl. Europäisches Parlament, (Fn. 116), S. 3 f. Die Kommission optiert gegen die Aufnahme humanitärer Visa für Schutzbedürftige in den Visakodex. Sie hat stattdessen die Schaffung humanitärer Aufenthaltstitel ins Gespräch gebracht, ohne konkrete Vorschläge zu machen.
142 Vgl. Europäische Kommission, Mitteilung über einen neuen Partnerschaftsrahmen für die Zusammenarbeit mit Drittländern im Kontext der Europäischen Migrationsagenda, COM (2016) 385 final v. 7.6.2016. Jüngst zur Zusammenarbeit mit Libyen: Erklärung von Malta v. 3.2.2017, abgegeben von den Mitgliedern des Europäischen Rates, über die externen Aspekte der Migration: Vorgehen in Bezug auf die zentrale Mittelmeerroute, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/02/03-malta-declaration/ (5.5.2017).
143 Im Rahmen von EUNAVFOR MED Operation Sophia, Beschluss (GASP) 2015/778 des Rates v. 18.5.2015 über eine Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED), ABl. L 122 v. 19.5.2015, S. 31; Beschluss (GASP) 2015/972 des Rates über die Einleitung der Militäroperation der Europäischen Union im südlichen zentralen Mittelmeer (EUNAVFOR MED), ABl. L 157 v. 23.6.2015, S. 51.
144 Europäische Kommission, Die Europäische Migrationsagenda, COM (2015) 240 final v. 13.5.2015.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Asyl- als auch Visasysteme), die Push-Faktoren für irreguläre Migration abschwächen würden.[145] Die Reform der Visasysteme wird aber lediglich unter dem Aspekt von Lücken im EU-Arbeitsmarkt behandelt. Die humanitäre Aufnahme soll über ein Resettlement erfolgen.[146]

Auch die Regierungen der Mitgliedstaaten sind vornehmlich darauf bedacht, die Zahl der Schutzsuchenden in ihrem Land gering zu halten. Dies zeigt nicht nur die schleppende Verteilung[147] im Rahmen des Relocation-Programms,[148] sondern auch die Dimension des Resettlement.[149] Im Juli 2015 hatten sich die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten auf Empfehlung der Kommission[150] verständigt, binnen zwei Jahren 22.504 schutzbedürftige Personen aufzunehmen.[151] Am 27. Februar 2017 waren 14.422 Personen neu angesiedelt. Der Fokus liegt dabei auf der Aufnahme von Syrern aus Jordanien, dem Libanon und der Türkei. Neuansiedlungen aus der Türkei dienen auch der Umsetzung des 1:1-Mechanismus der EU-Türkei-Erklärung.[152] Seit April 2016 wurden so 4.618 Syrer in die EU aufgenom-

145 Ibid., S. 8.

146 Ibid., S. 6 und 24. In COM (2016) 85 final, S. 23 f. wird zusätzlich nur auf die humanitäre Aufnahme aus der Türkei verwiesen.

147 Von den geplanten 160.000 Personen waren zum 10.4.2017 erst 16.340 aus Griechenland und Italien umverteilt, vgl. Europäische Kommission, Eleventh Report on relocation and resettlement, COM (2017) 212 final v. 12.4.2017, S. 2.

148 Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates v. 14.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. L 239 v. 15.9.2015, S. 239; Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates v. 22.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. L 248 v. 24.9.2015, S. 80. Der zweitgenannte Beschluss wurde dahingehend geändert, dass die Mitgliedstaaten einen Teil ihrer Verpflichtungen durch die Aufnahme von in der Türkei aufhältigen Syrern erfüllen können, Beschluss (EU) 2016/1754 des Rates v. 29.9.2016 zur Änderung des Beschlusses (EU) 2015/1601 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl. L 268 v. 1.10.2016, S. 82.

149 Resettlement oder Neuansiedlung bedeutet die Überstellung von Vertriebenen, die eindeutig internationalen Schutz benötigen, auf Vorschlag des UNHCR und mit Zustimmung des betreffenden Mitgliedstaats aus einem Drittstaat in diesen Mitgliedstaat, der ihnen Schutz vor Zurückweisung gewährt, der sie aufnimmt und ihnen das Recht auf Aufenthalt und sonstige Rechte gewährt, die mit den Rechten einer Person, die internationalen Schutz genießt, vergleichbar sind. Vgl. Europäische Kommission, Empfehlung für eine europäische Neuansiedlungsregelung, C(2015) 3560 final v. 8.6.2015, S. 4.

150 Ibid.

151 Vgl. Schlussfolgerungen der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten zur Neuansiedlung von 20.000 Personen, die unzweifelhaft internationalen Schutz benötigen, durch multilaterale und nationale Regelungen, Dok.-Nr. 11130/15 v. 22.7.2015. Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz beteiligen sich.

152 Erklärung EU-Türkei, Pressemitteilung des Rates v. 18.3.2016, www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2016/03/18-eu-turkey-statement/?utm_source=dsms-auto&utm_medium=email&utm_campaign=Erkl%C3%A4rung+EU-T%C3%BCrkei%2c+18.+M%C3%A4rz+2016 (5.5.2017). Eingehend zu dieser Erklärung etwa *Schmitt*, Die Reaktionen der EU auf das starke Ansteigen des Flüchtlingszustroms – Update: Januar bis April 2016: eine Kehrtwende durch die Zusammenarbeit mit der Türkei?, ZEuS-Sonderband: Asyl und Migration in Europa – rechtliche Herausforderungen und Perspektiven, 2016, S. 23 ff.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

men.[153] Diverse Staaten haben – trotz ihrer formellen Verpflichtung – noch nicht mit dem Resettlement begonnen.[154]

Bedenkt man, dass knapp fünf Millionen Syrer ihr Heimatland verlassen und Schutz in den Nachbarregionen gesucht haben, genügt das bisher Erreichte schwerlich, um einen nennenswerten Beitrag zur Linderung der humanitären Katastrophe in Syrien und Umgebung zu leisten.

Die Kommission hat im Juli 2016 eine Verordnung zur Schaffung eines EU-Neuansiedlungsrahmens vorgeschlagen.[155] Auch danach aber würden die Mitgliedstaaten weiterhin entscheiden, wie viele Menschen sie aufnehmen. Ziel ist die Koordinierung nationaler Anstrengungen.[156] Auf Kritik[157] gestoßen ist insbesondere der Vorschlag, die für das Resettlement Framework in Betracht kommenden Drittstaaten nach ihrer wirksamen Zusammenarbeit mit der Union im Bereich Migration und Asyl auszusuchen. Damit ist unter anderem die Verringerung illegaler Grenzübertritte aus dem Gebiet des Drittstaates in die EU, die Schaffung der Voraussetzungen für schnelle Asylverfahren im Sinne des Art. 33 Abs. 1 lit. b, c AsylVerfRL und die verstärkte Rücknahme irregulärer Migranten durch den Abschluss von Rückübernahmeabkommen gemeint.[158] Dadurch wird das ursprünglich genuin humanitäre Instrument der Neuansiedlung in den Dienst der Migrationsbeschränkung gestellt. Eine Kooperation mit Drittstaaten wird von deren Bemühungen abhängig gemacht, ihre Grenzen zu sichern.[159] Nach der Anhörung im LIBE-Ausschuss[160] wird dieser einen Bericht anfertigen.

Nach alledem und trotz der mit der Migrationsagenda angestoßenen Maßnahmen zur Bewältigung der aktuellen Herausforderungen ist es unwahrscheinlich, dass die EU in absehbarer Zeit und nachhaltig irreguläre Migration und das Sterben im Mittelmeer reduzieren wird. Der in der Migrationsagenda gewählte Ansatz einer Kooperation mit Drittstaaten zur Steuerung von Migrationsströmen findet sich schon im über zehn Jahre alten Haager Programm. Auch dort verleiht der Europäische Rat bereits „seiner großen Besorgnis über die menschlichen Tragödien Ausdruck, die sich im Mittelmeer bei Versuchen abspielen, illegal in die Europäische Union einzureisen“

153 Europäische Kommission, Eleventh Report on relocation and resettlement, COM (2017) 212 final v. 12.4.2017, S. 11.
154 Ibid., S. 6: Bulgarien, Zypern, Kroatien, Malta, Polen, Rumänien, Slowakei, Slowenien.
155 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines Neuansiedlungsrahmens der Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates, COM (2016) 468 final v. 13.7.2016.
156 Vgl. Europäische Kommission, Verbesserung der legalen Migrationskanäle: Kommission schlägt EU-Neuansiedlungsrahmen vor, Pressemitteilung IP/16/2434 v. 13.7.2017.
157 Vgl. z.B. die Gemeinsame Stellungnahme von Caritas Europa, Churches' Commission for Migrants in Europe (CCME), European Council for Refugees and Exiles (ECRE), International Catholic Migration Commission (ICMC Europe), International Rescue Committee (IRC), Red Cross EU office v. 14.11.2016, www.ecre.org/wp-content/uploads/2016/11/NGO-joint-comments-resettlement-141116.pdf (5.5.2017).
158 Vgl. COM (2016) 468 final v. 13.7.2016, S. 26 f., Art. 4 lit. d.
159 So auch in der EU-Türkei-Erklärung, (Fn. 152).
160 Eine Anhörung fand im LIBE-Ausschuss am 14.11.2016 statt, www.europarl.europa.eu/committees/en/libe/events-hearings.html?id=20161107CHE00241 (5.5.2017).

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und erkennt an, „dass die EU im Geiste gemeinsamer Verantwortung zu einem leichter zugänglichen, gerechteren und wirksameren internationalen Schutzsystem beitragen und zum frühestmöglichen Zeitpunkt Zugang zu Schutz und zu dauerhaften Lösungen gewähren muss".[161] Insbesondere die Schaffung von besseren sogenannten *Protected Entry Procedures* erscheint in weite Ferne gerückt. Nicht nur macht das aktuelle politische Klima sie unmöglich. Vielmehr wurde die Absicht hierzu wiederholt und vor allem in weniger krisenbehafteten Zeiten bekräftigt, ohne je konkrete Gestalt angenommen zu haben.[162]

II. Schlussbemerkung

Die Erteilung humanitärer Visa – wenn auch unter strengen Voraussetzungen –, um Flüchtenden einen legalen und sicheren Weg in die EU zu ebnen, wäre eine Möglichkeit gewesen, die Verantwortung der EU in der Welt stärker wahrzunehmen. Die aktuelle Rechtslage hätte diesen Schritt durchaus zugelassen. Dabei ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Erteilung von Visa zur Asylantragstellung zu einer Überforderung der Auslandsvertretungen und nationalen Asylsysteme führen könnte, wobei das Argument einer Beeinträchtigung des Dublin-Systems zurückzuweisen ist. Eine solche potentielle Überforderung lässt sich wohl nur im juristischen Elfenbeinturm unter Verweis auf die absolute Geltung der Menschenrechte als nicht valider Einwand verwerfen.[163]

Zu bedenken ist aber, dass eine Überforderung des Europäischen Asylsystems auch und gerade durch die unkontrollierte irreguläre Einreise eingetreten ist; dass ferner die EU seit langem die Schaffung legaler Zugangswege ankündigt und selbst davon ausgeht, so die schlecht vorhersehbaren irregulären Migrationsströme eindämmen zu können. Seit Jahren beteuern EU und Mitgliedstaaten, das Sterben im Mittelmeer verhindern zu wollen. Aktuell verlagert man sich hierzu stark auf die Bekämpfung der irregulären Einreise. Die repressiven Maßnahmen werden derzeit nur durch ein zu vernachlässigendes Kontingent an legalen Zugangsoptionen ergänzt. Dieses Ungleichgewicht zwischen der Bekämpfung irregulärer Migration und der Eröffnung legaler Zugangsoptionen vermittelt unweigerlich das Bild von der „Festung Europa". Da die ausweglose Situation der Schutzsuchenden bekannt ist und die Erfahrung gezeigt hat, dass sie sich deshalb durch Mauern, Zäune, Grenzkontrollen und Patrouillenboote von einer Flucht nicht abhalten lassen, wirken die Mitleidsbekundungen angesichts der im Mittelmeer Ertrunkenen und die zunehmende Abriegelung des Mittelmeerraums zynisch.

Die Erteilung humanitärer Visa hätte die Lösungsansätze zur Bewältigung einer Herausforderung diversifiziert,[164] bei der es *die eine* Lösung nicht gibt. Sie hätte ein

161 Mitteilung des Rates, Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union, ABl. C 53 v. 3.3.2005, S. 5.
162 Vgl. Auflistung von diesbezüglichen EU-Dokumenten bei *Moreno-Lax*, (Fn. 73).
163 *Moreno-Lax*, (Fn. 88) unter Verweis auf das Urteil des EGMR, Nr. 27765/09, *Hirsi u.a. gg. Italien*, Rn. 122 f. und 179.
164 *López Aguilar*, (Fn. 115), S. 103.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Instrument besserer Planbarkeit sein können. Dass der EuGH im Angesicht der schwierigen politischen Situation und komplexen Herausforderungen einen nüchternen, rein technisch-juristischen Ansatz gewählt und weiteres humanitäres Engagement in das Ermessen der Mitgliedstaaten stellt, ist verständlich und bedauerlich zugleich.[165] Es wäre eine Gelegenheit gewesen, den Appellen des UNHCR und des Sonderbeauftragten für Flüchtlinge der Vereinten Nationen[166] Nachdruck zu verleihen und an die menschenrechtlichen Grundwerte der EU zu erinnern: Die Union gründet auf der Achtung der Menschenwürde und der Wahrung der Menschenrechte. Es ist ihr Ziel, diese Werte auch in ihren Beziehungen zur übrigen Welt zu fördern.[167]

165 *Carlier*, The X. and X. case: Humanitarian visas and the genuine enjoyment of the substance of the rights, towards a middle way?, EU Migration Law Blog v. 27.2.2017, bezeichnet es als „*hypocrisy*" des EuGH, einerseits das GEAS aufbauen zu wollen und andererseits den Mitgliedstaaten einen derart weiten Spielraum zu gewähren.

166 Der Sonderberichterstatter der Vereinten Nationen für die Menschenrechte von Migranten *Crépeau*, Bericht v. 8.5.2015, A/HRC/29/36, Rn. 101, fordert die EU und die MS auf, legale Zugangswege zu schaffen, einschließlich der Option, humanitäre Visa zu erteilen.

167 Art. 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, 2 lit. b, c EUV; Vgl. die Frage von GA *Mengozzi* in seinen Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-638/16 PPU, *X und X*, EU:C:2017:93, Rn. 6.

https://doi.org/10.5771/1435-439X-2017-2-161 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY