

# Der Europäische Gerichtshof ... für Menschenrechte?

---

jean-monnet-saar.eu/

## Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Pikamäe in den verb. Rs. C-924/19 PPU und C-925/19 PPU vom 23. April 2020

---

04.05.2020

Ein Beitrag von Julia Jungfleisch\*

### A. Die Schlussanträge des Generalanwalts im Vergleich zum Urteil des EGMR im Fall Ilias and Ahmed v Hungary

---

Nachdem die ungarische Transitzone Röszke, in serbischer Grenznähe, in der Asylbewerber für die Dauer des Asylverfahrens festgehalten werden, bereits Gegenstand einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte war,[1] ist derzeit ein Vorabentscheidungsverfahren in anderen, aber diesem Verfahren gleichgelagerten Fällen anhängig. Generalanwalt *Pikamäe* hat am 23. April 2020 seine Schlussanträge vorgelegt,[2] die hier mit dem EGMR-Urteil verglichen werden sollen. Den Schlussanträgen von GA *Pikamäe* liegen Vorabentscheidungsersuchen des ungarischen Verwaltungs- und Arbeitsgerichts in Szeged zugrunde, das den EuGH um Auslegung der Asylverfahrens-Richtlinie<sup>[3]</sup> sowie der Aufnahme-Richtlinie<sup>[4]</sup> ersucht. Dafür hat es dem Gerichtshof insgesamt fünf Fragen vorgelegt, die sich u.a. mit der Zulässigkeit der Unterbringung der AntragstellerInnen<sup>[5]</sup> in diesen Transitzonen iR eines Asylverfahrens beschäftigen.<sup>[6]</sup>

#### 1. Überblick

---

Die Beantwortung der Mehrheit der vorgelegten Fragen erfolgt wenig überraschend. Der Generalanwalt lehnt etwa die Schaffung eines nicht in der Verfahrensrichtlinie vorgesehenen Ablehnungsgrundes aufgrund der enumerativen Aufzählung von Ablehnungsgründen in Art. 33 der Verfahrens-Richtlinie als unionsrechtswidrig ab.[7] Zudem legt er Art. 38 Abs. 4 der Verfahrensrichtlinie<sup>[8]</sup> dahingehend aus, dass den AntragstellerInnen in Ungarn Zugang zu einem Asylverfahren ermöglicht werden muss, sofern Serbien (als Drittstaat) deren Wiederaufnahme und damit verbunden deren Einreise ablehnt.<sup>[9]</sup> Auch die vom Generalanwalt vorgenommene Auslegung von Art. 13 RL 2008/115 iVm Art. 47 GrCH dahingehend, dass ein effektiver Rechtsbehelf gegen die Änderung des in einer Rückführungsentscheidung angegebenen Bestimmungslandes vor einer unabhängigen gerichtlichen Instanz vorgesehen werden muss, zumindest wenn die Verwaltungsbehörde oder die mit dem Rechtsbehelf befasste zuständige Instanz nicht aus unparteiischen Mitgliedern besteht (etwa aufgrund von Weisungsgebundenheit)<sup>[10]</sup> birgt keine Überraschung. Überraschend dagegen, zwar nicht in der Sache selbst, wohl aber in Anbetracht der Tatsache, dass der EGMR anders entschieden und damit eine gegenteilige Blaupause geliefert hatte, ist die Qualifikation der zwangsweisen Zuweisung

der Transitzone als Aufenthaltsort während des Asylverfahrens als (unions-) rechtswidrige Inhaftierung („unlawful detention“/ „retention“) iSd Art. 8 und 9 der Aufnahme-Richtlinie und Art. 26 und 33 der Verfahrens-Richtlinie.[11]

## 2. Unionsrechtliche Zulässigkeit von Transitzonen

---

Das Einrichten von sog. Transitzonen selbst ist mit Unionsrecht vereinbar.[12] Art. 43 Abs. 2 der Verfahrens-Richtlinie beschränkt die zulässige Aufenthaltsdauer der AntragstellerInnen dort jedoch auf vier Wochen, danach muss ihnen Zugang zum Hoheitsgebiet (in diesem Falle Ungarn) gewährt werden.[13] Im Gegensatz zu den Beschwerdeführern vor dem EGMR, deren Asylantrag nach etwas mehr als drei Wochen bearbeitet und entschieden worden war,[14] verbrachten die AntragstellerInnen im vorliegenden Fall mehr als die von Art. 43 Abs. 2 Verfahrens-Rili vorgesehenen 4 Wochen in der Transitzone. Dem Generalanwalt zufolge genügt dies jedoch nicht, um in der Zuweisung der Transitzone als Aufenthaltsort für das Asylverfahren eine Inhaftierung iSd Verfahrensrichtlinie zu sehen.[15] Dafür müssten vielmehr die Voraussetzungen des Art. 2 h) Aufnahme-Richtlinie erfüllt sein, da es sich bei der Zuweisung eines Aufenthaltsortes und der Inhaftierung um unterschiedliche Rechtsinstitute handele.

## 3. Der Begriff der „Haft“ iSv Art. 2 h der Aufnahme-Richtlinie

---

### a) Abgrenzung zur EMRK und zum EGMR

---

Die Große Kammer des EGMR, kam in *Ilias and Ahmed v Hungary* zu dem Entschluss, dass die (zwangsweise) Unterbringung in der Transitzone im Ergebnis keinen Freiheitsentzug iSd Art. 5 EMRK darstelle.[16] Bevor der Generalanwalt zur rechtlichen Qualifikation der Unterbringung kommt, geht er deshalb zunächst auf Ungarns Vorbringen ein, das sich auf dieses EGMR-Urteil beruft: Da der EGMR die Unterbringung in der Transitzone nicht als Verstoß gegen Art. 5 EMRK eingeordnet hatte, könne auch kein Verstoß gegen Art. 6 GrCH vorliegen, da diesem gem. Art. 52 Abs. 3 GrCH „die gleiche Bedeutung und Tragweite“ wie Art. 5 EMRK zukommen müsse. Der Generalanwalt stellt dazu kurz fest, dass die EU keine Vertragspartei der Konvention und diese daher kein Bestandteil der Unionsrechtsordnung sei,[17] weshalb der EuGH die GrCH weiterhin autonom (anhand von deren eigenen Vorgaben) auslegen könne und es ihm unbenommen sei, ein gegenüber der Konvention höheres Schutzniveau zu gewähren.[18] Insoweit erlaubt Art. 52 Abs. 3 S. 2 GrCH dem Unionsrecht ausdrücklich, weitergehenden Schutz zu gewähren. Deshalb kann der Gerichtshof nach Ansicht von GA *Pikamäe* autonom darüber entscheiden, ob die Unterbringung in der Transitzone eine „Haft“ im Sinne von Art. 2 h) Aufnahme-Richtlinie darstellt.[19]

### b) Kriterien für die Annahme von „Haft“

---

„Haft“ iSd Richtlinie ist „die räumliche Beschränkung eines Antragstellers durch einen Mitgliedstaat auf einen bestimmten Ort, an dem der Antragsteller keine Bewegungsfreiheit hat“.[20] In Anlehnung an die Empfehlung des Europarats,[21] auf die sich die Richtlinie bezieht,[22] muss es sich bei diesem „bestimmten Ort“ um einen „eng begrenzten oder eingeschränkten Ort, an dem ihnen die Freiheit entzogen wird“, [23]

handeln. Darüber hinaus müssen aufgrund des 35. Erwägungsgrundes der Aufnahme-Richtlinie Wertungen des Art. 6 GrCH auch auf die Auslegung des Begriffs der Haft übertragen werden.[24] Notwendig ist damit eine „die *Einschließung auf einen sehr begrenzten Raum auf eine nicht zu vernachlässigende Zeit*“.[25]

Für die Beantwortung der Frage, ob die Transitzone diese Anforderungen erfüllt, muss nach Ansicht des Generalanwaltes, der sich insoweit durchaus an die Rechtsprechung des EGMR anlehnt,[26] zwischen zwei Aspekten der Bewegungsfreiheit unterschieden werden: Zum einen dem Aspekt der Bewegungsfreiheit innerhalb des zugewiesenen Ortes, wobei die den AntragstellerInnen auferlegten Einschränkungen nach „Art und Schwere“[27] untersucht werden müssen, sowie dem Aspekt der Möglichkeit, den zugewiesenen Ort zu verlassen. Entscheidend ist insoweit, ob es also eine „realistische und nicht nur theoretische Möglichkeit“[28] gibt, den zugewiesenen Ort freiwillig zu verlassen. Wer bleibt, ohne es zu müssen, dem wird die Freiheit nicht entzogen, sondern sie wird ihm nur mit seinem Einverständnis eingeschränkt.[29] Unabhängig davon, ob man die Einreise in die Transitzone tatsächlich als freiwillig bezeichnen kann,[30] sorgt auch eine solche „freiwillige“ Einreise nicht automatisch dafür, dass ein Freiheitsentzug ausgeschlossen werden kann. Maßgeblich sind die tatsächlichen Umstände im Zusammenhang mit dem Aufenthalt in der Zone und der Möglichkeit, sie wieder zu verlassen.[31]

### **c) Einschränkungen der Freiheit innerhalb der Transitzone**

---

Was die tatsächlichen Umstände der Unterbringung in der Transitzone angeht,[32] stimmen der EGMR und der Generalanwalt überein. Die Röszke-Zone ist ein durch Draht umzäuntes, in Sektoren geteiltes Gebiet,[33] das außerdem bewacht wird, sodass kein unkontrolliertes Betreten oder Verlassen der Zone möglich ist.[34] Beide kommen nach der Beurteilung der Umstände der Unterbringung (kleine Blechhütten mit 13 m<sup>2</sup> Wohnfläche, ein Verlassen des Sektors nur zweimal die Woche für 1 Stunde möglich [etwa für Treffen mit Anwältin oder Durchführung von Verfahrenshandlungen, aber auch medizinische Behandlungen] und stets eskortiert von Polizeibeamten oder sonstigem Wachpersonal)[35] zur Einordnung als gefängnisähnlicher Situation.[36] Da diese aber im Zusammenhang mit der Durchführung des Asylverfahrens steht und in den Fällen *Ilias and Ahmed v Hungary* nicht länger als 23 Tage anhielt, machte der EGMR eine Qualifizierung der Unterbringung in der Transitzone als Freiheitsentzug davon abhängig, ob die Zone freiwillig verlassen werden konnte.[37] Dass genau dies möglich sei, wird jedenfalls von der ungarischen Regierung im vorliegenden Verfahren unter Berufung auf das dies bejahende Urteil der Großen Kammer des EGMR vorgetragen.

### **d) Die „realistische und tatsächliche“ Möglichkeit zum freiwilligen Verlassen der Transitzone**

---

EGMR und Generalanwalt stellen mit Blick auf die Röszke-Zone fest, dass eine Einreise von dort nach Ungarn aufgrund des nationalen Rechts (Art. 5 Abs. 1b des ungarischen Gesetzes über die Staatsgrenze in Krisensituationen) nicht möglich sei,[38] so dass ein freiwilliges Verlassen der Transitzone nur in Richtung Serbien in Betracht komme.

Die tatsächliche und nicht bloß theoretische Möglichkeit der Ausreise nach Serbien wiederum scheitert daran, dass Serbien die legale Einreise (also unter Einhaltung der Vorgaben des Art. 5 Schengener Grenzkodex) unter Hinweis auf Art. 3 Abs. 1 des Rückübernahme-Abkommens zwischen Serbien und der EU verweigert<sup>[39]</sup> und die AntragstellerInnen sich bei einem illegalem Grenzübertritt der Gefahr einer Strafverfolgung mit ungewissem Ausgang aussetzen würden.<sup>[40]</sup>

Die Ausreise Richtung Serbien ist daher, GA *Pikamäe* zufolge, tatsächlich nicht möglich.<sup>[41]</sup> EGMR und Generalanwalt gehen davon aus, dass die Ausreise für die AntragstellerInnen während des Asylverfahrens zwar insoweit nicht möglich sei, als diese den Behörden jederzeit zur Verfügung stehen müssten, damit das Asylverfahren durchgeführt werden könne.<sup>[42]</sup> Der Generalanwalt weist in dem Zusammenhang zusätzlich darauf hin, dass Ungarn bei einer Ausreise der AntragstellerInnen den Antrag auf internationalen Schutz unionsrechtskonform ablehnen dürfe, da die Ausreise als Rücknahme des Antrags gewertet werden könne.<sup>[43]</sup> Jedoch sah der EGMR in diesen für das Asylverfahren nachteiligen Folgen einer Ausreise lediglich rechtliche, aber keine physischen Hinderungsgründe, weshalb ein Verlassen der Zone nach seiner Ansicht tatsächlich möglich war.<sup>[44]</sup> Der EGMR ging außerdem davon aus, dass aller Wahrscheinlichkeit nach zwar kein Recht auf Einreise nach Serbien bestehe, es aber aufgrund des serbisch-europäischen Wiederaufnahme-Abkommens eine „de facto“ Möglichkeit gebe, Röske in Richtung Serbien zu verlassen.<sup>[45]</sup>

Mit diesen Feststellungen verwechselt der EGMR jedoch die effektive Möglichkeit, die Transitzone tatsächlich und ohne Nachteile zu verlassen, mit der bloß theoretischen Möglichkeit, die Zone unter Hinnahme der damit verbundenen Nachteile (insbesondere Aufgabe des unionsrechtlich verbürgten Asylverfahrensanspruchs) zu verlassen, was sich insbesondere auch in seinen Ausführungen zu Art. 3 EMRK in diesem Zusammenhang zeigt. Diesbezüglich führt der Gerichtshof u.a. aus, dass zwar die Abschiebung der AntragstellerInnen nach Serbien ohne Überprüfung, ob die AntragstellerInnen dadurch der Gefahr der Verletzung ihrer Rechte aus Art. 3 EMRK ausgesetzt würden, eine Verletzung der für Ungarn aus dieser Norm entstehenden Pflichten darstellt.<sup>[46]</sup> Dies ändert der Großen Kammer zufolge jedoch nichts daran, dass die eigenständige Ausreise der AntragstellerInnen nach Serbien faktisch möglich sei.<sup>[47]</sup> Eine Erklärung dafür, worin der Unterschied zwischen einer freiwilligen Ausreise durch die AntragstellerInnen und der zwangsweisen Abschiebung durch Ungarn besteht, sodass erstere nicht die Gefahr der Verletzung von Art. 3 EMRK durch Serbien bergen kann, letztere hingegen schon, gibt der Gerichtshof nicht.<sup>[48]</sup> Auch sein Hinweis, dass tatsächlich viele AntragstellerInnen ausgereist seien, weswegen die Ausreise tatsächlich möglich und darüber hinaus Serbien (etwa im Gegensatz zu Syrien) an die Genfer Flüchtlingskonvention gebunden sei, vermag aufgrund der tatsächlichen und auch nachgewiesenen Missachtung der Vorgaben dieser Konvention durch Serbien nicht zu überzeugen.<sup>[49]</sup>

#### **e) Rechtmäßigkeit der Haft**

---

Der Generalanwalt kommt daher überzeugenderweise zu dem Ergebnis, dass weder eine Einreise nach Ungarn noch eine Ausreise nach Serbien realistisch (also ohne die Inkaufnahme erheblicher Nachteile) möglich sei und deshalb eine „de facto“ Freiheitsentziehung vorliege.[50] Folgerichtig prüft der Generalanwalt anschließend die Rechtmäßigkeit dieser Inhaftierung.

Diese lehnt er zurecht ab. Zwar können AntragstellerInnen gem. Art. 26 Verfahrens-Richtlinie und Art. 8 Aufnahme-Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig in Haft genommen werden. Da es jedoch in den vorliegenden Fällen an der nötigen Haftanordnung gem. Art. 9 Abs. 2 Aufnahme-Richtlinie fehlt,[51] *“die die tatsächlichen und rechtlichen Gründe angibt, auf denen sie beruht, der eine individuelle Prüfung hinsichtlich der möglichen Schaffung von Alternativen vorausgeht und der Informationen in einer Sprache beigefügt sind, die die Antragsteller verstehen [...] einerseits über die Gründe für die Inhaftierung und die Verfahren zur Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die Anordnung der Inhaftierung nach innerstaatlichem Recht sowie über die Möglichkeit, kostenlosen Rechtsbeistand und kostenlose Rechtsvertretung zu beantragen, und andererseits über die in der Haftanstalt geltenden Regeln und die Festlegung ihrer Rechte und Pflichten“*[52], verstößt die zwangsweise Unterbringung von AntragstellerInnen in der Transitzone gegen Unionsrecht.[53]

Das bedeutet jedoch nicht, dass durch den Erlass expliziter Haftanordnungen die Unionsrechtswidrigkeit der Inhaftierung beseitigt würde. Die Anordnung der Haft ist des Weiteren nur dann rechtmäßig, sofern einer der in Art. 8 der Aufnahme-Richtlinie genannten Haftgründe vorliegt, was in den der Vorabentscheidung zugrundeliegenden Fällen jedoch gerade nicht der Fall war.[54] Aufgrund der Rechtswidrigkeit der Inhaftnahme steht den AntragstellerInnen ein Anspruch auf sofortige Freilassung zu.[55] Der Generalanwalt nimmt jedoch keine Stellung zu der Frage, ob daraus ein Anspruch auf Einreise nach Ungarn selbst erwächst, sondern stellt lediglich fest, dass die AntragstellerInnen freigelassen werden müssten.

## **B. Anmerkung: Wichtiges Zeichen gegen die ungarische Abschreckungspolitik**

---

Der Gerichtshof hat immer wieder seine Rolle als letztverbindliche Instanz für die Auslegung und Anwendung von Unionsrecht und die Notwendigkeit des Schutzes der Autonomie des Unionsrechts betont.[56] Sowohl die Autonomie des Unionsrechts als auch diejenige des Gerichtshof werden in den Erläuterungen zur Grundrechte-Charta ausdrücklich betont.[57] Dies spricht dafür, dass der EuGH dem Generalanwalt zumindest dahingehend folgen wird, dass er Art. 6 GrCH und die chartakonform zu interpretierenden Richtlinien unabhängig von den zu Art. 5 EMRK ergangenen restriktiven Entscheidungen des EGMR (im konkreten Fall *Ilias and Ahmed v Hungary*) auslegen darf und (hoffentlich) auch wird.

Das Erfordernis, dass eine Ausreise tatsächlich und nicht bloß theoretisch möglich sein muss und diese auch nicht mit erheblichen Nachteilen (insbesondere drohenden Menschenrechtsverletzungen) für die Betroffenen verbunden sein darf, überzeugt. Denn

wie der EGMR selbst festgestellt hat: „[...] the possibility to leave becomes theoretical if no other country offering protection comparable to the protection they expect to find in the country where they are seeking asylum is inclined or prepared to take them in”.<sup>[58]</sup> Serbien nimmt die Rückkehrer aus der Transitzone nicht wieder auf, und die Gefahren, die mit einer Abschiebung nach Serbien verbunden sind, scheinen dem EGMR auch bewusst zu sein, wenn er Ungarn in der Pflicht sieht, im Einzelfall zu prüfen, ob Art. 3 EMRK durch eine solche Abschiebung verletzt wird.

Es handelt sich bei den negativen Folgen, die mit der Ausreise nach Serbien für AntragstellerInnen verbunden sind, nicht „nur“ um rechtliche Hinderungsgründe, sondern gerade um tatsächliche Hinderungsgründe, sodass der Bewertung des Generalanwalts zuzustimmen ist. Ungarn inhaftiere die AntragstellerInnen *de facto*. Dem Land zu bestätigen, dass seine auf maximale Abschreckung gerichtete Praxis menschenrechtskonform sei, gibt der zynischen Flüchtlingspolitik Ungarns, die auf die Weigerung hinausläuft, überhaupt Flüchtlinge aufzunehmen, nur weiteren Aufwind.<sup>[59]</sup>

Da der EuGH bereits in einem früheren Urteil die Weigerung Ungarns, entgegen einem verbindlichen Beschluss des Rates<sup>[60]</sup> Flüchtlinge aufzunehmen, als Verstoß gegen das Unionsrecht gewertet und Ungarn (sowie Polen und die Tschechische Republik) deshalb verurteilt hat,<sup>[61]</sup> ist es nur konsequent, auch die faktische Vereitelung der Aufnahme von Geflüchteten seitens Ungarns durch das Schaffen neuer (vom Sekundärrecht nicht vorgesehener) Ablehnungsgründe, die rechtswidrige Inhaftierung von AntragsstellerInnen in extra dafür geschaffenen Transitzonen und die Vorenthaltung effektiven Rechtsschutzes gegen diese Maßnahmen als unionsrechtswidrig einzuordnen und den Schlussanträgen von GA *Pikamäe* zu folgen.

Dadurch kann der EuGH die Weichen für seine Entscheidungen in den von der Kommission gegen Ungarn wegen seiner Asylgesetzgebung eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren stellen.<sup>[62]</sup> Gegenstand des älteren der beiden Verfahren<sup>[63]</sup> sind gerade auch die ungarischen Normen, die vorgeben, dass AntragstellerInnen für die Dauer des Asylverfahrens in der Transitzone bleiben müssen.<sup>[64]</sup> Dass die Beantwortung der Vorlagefragen im vorliegenden Verfahren maßgeblich auch in diesen Verfahren eine Rolle spielen wird, ist angesichts der Äußerungen des ungarischen Justizministers, der davon ausgeht, dass das ungarische Asylrecht und das Vorgehen in der Transitzone mit Unionsrecht vereinbar sei,<sup>[65]</sup> abzusehen. Der EuGH kann also zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen, wenn er sich den Schlussanträgen von GA *Pikamäe* anschließt. Zum einen bringt er sich einmal mehr als menschenrechtliches Gericht in Stellung (das einen weitergehenden Schutz gewährt als der EGMR), und zum anderen kann er seine Rechtsprechungslinie fortführen und Ungarns Versuche, eine unionsrechtswidrige nationale Asylpolitik durchzusetzen, unterbinden. So würde der EuGH nicht nur die von Art. 80 AEUV geforderte Solidarität der Mitgliedstaaten in Fragen der Asyl- und Flüchtlingspolitik stärken, sondern den Menschenwürdekern des Gemeinsamen Asylsystems der EU wahren.

\* Julia Jungfleisch ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Univ.-Prof. Dr. Thomas Giegerich.

[1] EGMR, Ilias and Ahmed v Hungary (Application no. 47287/15) (Grand Chamber), ECLI:CE:ECHR:2019:1121JUD004728715.

[2] Schlussanträge des Generalanwalts Pikamäe vom 23. April 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-924/19 PPU und C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:294. (in Französisch, Bulgarisch, Ungarisch und Estnisch; für eine englischsprachige Zusammenfassung vgl. Press Release No 50/20 abrufbar unter: <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-04/cp200050en.pdf>.)

[3] Richtlinie 2013/32/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zu gemeinsamen Verfahren für die Zuerkennung und Aberkennung des internationalen Schutzes, OJ L 180, 29.6.2013, S. 60–95 (Verfahrens-Richtlinie).

[4] Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, OJ L 180, 29.6.2013, S. 96–116 (Aufnahme-Richtlinie).

[5] Gemeint sind damit AntragstellerInnen, die einen Antrag auf internationalen Schutz stellen, nicht AntragstellerInnen im gerichtlichen Verfahren.

[6] Alle Vorlagefragen finden sich in den Schlussanträgen (Fn. 2), Rn. 46.

[7] Schlussanträge (Fn. 2), Rn.100-102, unter Verweis auf die Schlussanträge von Generalanwalt Bobek zur C-564/18, EU:C:2019:1056.

[8] Art. 38 IV Asylverfahrens-Richtlinie: „Erlaubt der Drittstaat dem Antragsteller nicht, in sein Hoheitsgebiet einzureisen, so müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass im Einklang mit den Grundsätzen und Garantien nach Kapitel II Zugang zu einem Verfahren gewährt wird.“

[9] Schlussanträge (Fn. 2), Rn.107-127.

[10] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 76-99, 197.

[11] Schlussanträge (Fn. 2), Rn.128-186.

[12] Art.43 Abs. 1 Verfahrensrichtlinie: „Die Mitgliedstaaten können nach Maßgabe der Grundsätze und Garantien nach Kapitel II Verfahren festlegen, um an der Grenze oder in Transitzonen des Mitgliedstaats über Folgendes zu entscheiden: a) die Zulässigkeit eines an derartigen Orten gestellten Antrags gemäß Artikel 33 und/oder b) die Begründetheit eines Antrags in einem Verfahren nach Artikel 31 Absatz 8.“

[13] Zur Vereinbarkeit solcher Regelungen mit der EMRK sofern die Aufenthaltsdauer nicht wesentlich über die Dauer des Asylverfahrens hinausgeht und effektiver Rechtsschutz gewährleistet ist, vgl. EGMR, (Fn.1), Rn.227.

[14] Vgl. EGMR, (Fn.1), Rn. 228.

[15] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 140.

[16] EGMR, (Fn.1), Rn.249; die Kammer hatte anders entschieden, vgl. EGMR, Ilias and Ahmed v Hungary (App. Nr. 47287/15) (Chamber), ECLI:CE:ECHR:2017:0314JUD004728715, Rn.135.

[17] So auch der EuGH selbst, vgl. EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, Rs. C-617/10 – Åkerberg Fransson, Rn. 44; Urteil vom 18. Juli 2013, Rs. C-501/11 – Schindler, Rn. 32; Urteil vom 15. Februar 2016, C-601/15 – J.N., Rn.45.

[18] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 149.

[19] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 150.

[20] Art. 2 lit. h) der Aufnahme-Richtlinie.

[21] Council of Europe: Committee of Ministers, Recommendation Rec (2003) 5 of the Committee of Ministers to Member States on Measures of Detention of Asylum Seekers, 16 April 2003, Rec(2003)5.

[22] Vgl. Schlussanträge (Fn. 2) unter Hinweis auf: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, KOM(2008) 815 endgültig, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008PC0815&from=EN>.

[23] Vgl. dazu die Empfehlung (Fn. 21) des Europarates mit Blick auf die besondere Situation von AsylbewerberInnen: „any confinement of asylum seekers within a narrowly bounded or restricted location, where they are deprived of liberty. Persons who are subject to restrictions on domicile or residence are not generally considered to be subject to detention measures.“.

[24] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 151 unter Hinweis auf Erwägungsgrund 35 der Aufnahme-Richtlinie.

[25] Jarass in: ders. Charta der Grundrechte der EU, Art. 6 Rn. 9, unter Hinweis auf: EGMR, Nr.61603/00 vom 6. Juni 2005, Rn.74 („confinement in a particular restricted space for a not negligible length of time“).

[26] Vgl. zu den vom EGMR berücksichtigten Faktoren: EGMR (Fn.1), Rn. 217: [...]the factors taken into consideration by the Court may be summarised as follows: i) the applicants' individual situation and their choices, ii) the applicable legal regime of the respective country and its purpose, iii) the relevant duration, especially in the light of the purpose and the procedural protection enjoyed by applicants pending the events, and **iv) the nature and degree of the actual restrictions imposed on or experienced by the applicants** [...]. (Eigene Hervorhebung).

[27] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 155.

[28] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 155.

[29] Was wiederum kein Verstoß gegen Art. 6 GrCH darstellt, vgl. *Jarass* in: ders., Grundrechte-Charta der EU, Art. 6 Rn. 9 sodass auch der Begriff der Haft iSd Art. 2 h) der Aufnahmerichtlinie nicht erfüllt ist.

[30] So etwa der EGMR, (Fn.1), Rn. 220, 223: „[...] the applicants did not cross the border from Serbia because of a direct and immediate danger for their life or health in that country but did so of their free will.“ Diese Begriffswahl kritisierten die *Richter Vučinić und Bianku* in ihrer Partly Dissenting Opinion zu EGMR, (Fn.1), zu Recht harsch: *„It should also be emphasised that the word “choice” means something completely different in connection with asylum-seekers [...]. An asylum-seeker wants protection, and his asylum request concerns the protection of a right secured under the Convention, namely the right not to suffer treatment contrary to Article 3, or else Article 2. This process concerns a necessity, not a choice. We can see from European history that such “choices” have cost hundreds of people their lives.“*

[31] So auch der EGMR, (Fn.1), Rn. 220; kritisch zur EGMR Entscheidung und dem Heranziehen der Freiwilligkeit: Maximilian Pichl, Alles eine Frage der eigenen „Wahl“?, Verfassungsblog 22. November 2019, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/alles-eine-frage-der-eigenen-wahl/>.

[32] Die Zuweisung eines bestimmten Aufenthaltsortes ist grundsätzlich zulässig, vgl. Art. 7 der Aufnahme-Richtlinie.

[33] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 160.

[34] EGMR, (Fn.1), Rn. 232.

[35] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 162; EGMR, (Fn.1), Rn. 232.

[36] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 163; EGMR, (Fn.1), Rn. 232: „The Court finds that, overall, the size of the area and the manner in which it was controlled were such that the applicants’ freedom of movement was restricted to a very significant degree, **in a manner similar to that characteristic of certain types of light-regime detention facilities.**“ (eigene Hervorhebung); im Ausländern und AntragstellerInnen mit Abschiebungsanordnung zugewiesenen Sektor findet sogar eine Videoüberwachung statt, vgl. Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 173.

[37] EGMR, (Fn.1), Rn. 233.

[38] Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 168; EGMR, (Fn.1), Rn. 231.

[39] Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Serbien über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt, OJ L 334, 19.12.2007, p. 46–64, Art. 3 Abs. 1 : „Serbien rückt übernimmt auf Ersuchen eines Mitgliedstaats ohne andere als die in diesem Abkommen vorgesehenen Förmlichkeiten

alle Drittstaatsangehörigen und Staatenlosen, die die geltenden rechtlichen Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet des ersuchenden Mitgliedstaats oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet nicht oder nicht mehr erfüllen, sofern nachgewiesen oder glaubhaft gemacht ist, dass sie [...] b) nach einem Aufenthalt im Hoheitsgebiet Serbiens oder einer Durchreise durch sein Hoheitsgebiet **in das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats illegal und auf direktem Wege eingereist sind.**“ (Eigene Hervorhebung).

[40] Vgl. etwa: *Belgrade Centre for Human Rights, Right to Asylum in the Republic of Serbia* 2018, S. 29f. abrufbar unter: <http://azil.rs/en/wp-content/uploads/2019/02/Right-to-Asylum-2018.pdf>; für die Mängel des Asylverfahrens in Serbien insgesamt und die mit der Abschiebung dorthin verbundene Verletzung von Art. 3 EMRK: vgl. EGMR, (Fn.1), Rn. 159-163; aber auch UNCAT, Decision of 2. September 2019 adopted by the Committee under article 22 of the Convention, concerning Communication No. 857/2017, *Ayaz v. Serbia*, CAT/C/67/D/857/2017.

[41] Auch eine freiwillige Ausreise iSv Art. 7 Rili 2008/115 scheitert, da die Betroffenen in allen Fällen von der Polizei oder sonstigen Wachen bis an die Grenze eskortiert werden müssen und somit nicht freiwillig das Land verlassen, vgl. Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 176ff.

[42] EGMR, (Fn.1), Rn. 247.

[43] Vgl. dazu unter Hinweis auf die Art. 28 und 29 der Verfahrens-Richtlinie die Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 166.

[44] EGMR, (Fn.1), Rn. 248.

[45] EGMR, (Fn.1), Rn. 237.

[46] EGMR, (Fn.1), Rn. 163.

[47] EGMR, (Fn.1), Rn. 248.

[48] Vgl. auch *Pichl*, (Fn. 31) unter Hinweis auf die Dissenting Opinion *Bianku und Vučinić* (Fn. 30).

[49] EGMR, (Fn.1), Rn.241, vgl. aber bzgl. der Nichteinhaltung der Vorgaben der Flüchtlingskonvention durch Serbien: *Belgrade Centre for Human Rights, Right to Asylum in the Republic of Serbia – Periodic Report for January – June 2019*, BCHR, Belgrade, July 2019. Abrufbar unter: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/eng-lat/wp-content/uploads/2019/08/Periodic-report-Right-to-Asylum-in-Serbia-January-June-2019.pdf>; sowie: UNCAT, (Fn. 40).

[50] Schlussanträge (Fn. 2), Rn.169.

[51] Weder die Abschiebungsanordnung noch die Zuweisung der Transitzone können dafür herangezogen werden, vgl. Schlussanträge (Fn. 2), Rn.181.

[52] Eigene Übersetzung der Schlussanträge (Fn. 2), Rn.197.

[53] Nicht schädlich ist die unbefristete Dauer der Inhaftierung, da Art. 9 Aufnahme-Richtlinie lediglich vorgibt, dass diese „so kurz wie möglich“ gehalten werden solle, vgl. Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 183.

[54] So weist der Generalanwalt etwa darauf hin, dass die Inhaftierung wegen fehlender Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts keinen Haftgrund iSd. Art. 8 Aufnahme-Richtlinie darstellt, vgl. Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 185.

[55] Art. 9 Abs. 3 UA 2 der Aufnahme-Richtlinie: „Falls sich die Haft infolge der gerichtlichen Überprüfung als unrechtmäßig herausstellt, wird der betreffende Antragsteller **unverzüglich** freigelassen.“ (eigene Hervorhebung); zur Problematik der Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes vgl. Schlussanträge (Fn. 2), Rn. 191-196.

[56] Insbesondere auch in seinem Gutachten zum Beitritt der EU zur EMRK, Gutachten 2/13 des Gerichtshofs (Plenum) vom 18. Dezember 2014, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2014:2454.

[57] Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, OJ C 303, 14.12.2007, p. 17–35, Erläuterungen zu Art. 52 Abs. 3 : „Daraus ergibt sich insbesondere, dass der Gesetzgeber bei der Festlegung von Einschränkungen dieser Rechte die gleichen Normen einhalten muss, die in der ausführlichen Regelung der Einschränkungen in der EMRK vorgesehen sind, die damit auch für die von diesem Absatz erfassten Rechte gelten, **ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des Gerichtshofs der Europäischen Union berührt wird.**“ (eigene Hervorhebung).

[58] EGMR, Amuur v France, App.Nr. 19776/92, Rn. 48; so auch hier: EGMR, (Fn.1), Rn. 239.

[59] Zu den menschenrechtlich fragwürdigen Methoden, die die ungarische Regierung gegenüber den AntragstellerInnen anwendet, vgl. etwa die im Wege des Eilrechtsschutzes ergangenen EGMR-Entscheidungen gegen Ungarn auf Zugänglichmachung von Nahrungsmitteln für AntragstellerInnen, Information update by the Hungarian Helsinki Committee (HHC) vom 23 April 2019 abrufbar unter: <https://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/Starvation-2019.pdf>; aber auch *N.N.*, Warnschüsse gegen Migranten Tagesschau online vom 28.01.2020, <https://www.tagesschau.de/ausland/grenze-fluechtlinge-warnschuesse-101.html>.

[60] Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22. September 2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland (ABl. 2015, L 248, S. 80).

[61] EuGH, Urteil vom 02.04. 2020, C-715/17, Kommission v Polen, Ungarn und die Tschechische Republik, ECLI:EU:C:2020:257.

[62] Zum Verstoß des ungarischen Asylrechts gegen die Aufnahme- und die Verfahrens-Richtlinie, die Charta sowie die Richtlinie 2008/115 ist ein Verfahren anhängig: Rs. C-808/18, ABl. C 155, 6. Mai 2019, S. 18 Zum Verstoß gegen Unionsrecht durch Kriminalisierung von NGOs, die Flüchtlinge unterstützen, vgl. anhängige Rs. C-821/19, ABl. C 19, 20. Januar 2020, S. 34 f.

[63] Rs. C-808/18, ABl. C 155, 6. Mai 2019, S. 18.

[64] Anhängige Rs. C-808/18, ABl. C 155, 6. Mai 2019, S. 18; ausführlicher zu den Vorwürfen gegen Ungarn auch im Zusammenhang des Verfahrens C-821/19 (ABl. C 19, 20. Januar 2020, S. 34 f.) vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 25. Juli 2019, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_4260](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4260).

[65] N.N, Hungary Seen Wrongly Holding Asylum Seekers in Transit Zones, NY Times online vom 23. April 2020, <https://www.nytimes.com/aponline/2020/04/23/world/europe/ap-eu-hungary-migrants.html>.