



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS
MACIEJ SZPUNAR
vom 23. April 2020¹

Rechtssache C-806/18

JZ

(Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Niederlande [Oberster Gerichtshof der Niederlande])

„Vorlage zur Vorabentscheidung – Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – Richtlinie 2008/115/EG – Art. 11 – Einreiseverbot – Drittstaatsangehöriger, gegen den ein solches Einreiseverbot verhängt wurde, der den betreffenden Mitgliedstaat jedoch nie verlassen hat – Freiheitsstrafe“

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen des Hoge Raad der Niederlande (Oberster Gerichtshof der Niederlande) ist der Gerichtshof erneut aufgerufen zu beurteilen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2008/115/EG² einer Vorschrift des nationalen Strafrechts entgegenstehen, die für einen illegalen Aufenthalt eine Freiheitsstrafe vorsieht.

2. Im vorliegenden Fall darf der betreffende Mitgliedstaat eine solche Strafe zwar grundsätzlich vorsehen; doch geht es hier im Besonderen darum, ob er dies auf die richtige Art und Weise getan hat.

Rechtsrahmen

Unionsrecht

3. Nach ihrem Art. 1 („Gegenstand“) hat die Richtlinie 2008/115 folgendes Ziel:

„Diese Richtlinie enthält gemeinsame Normen und Verfahren, die in den Mitgliedstaaten bei der Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger im Einklang mit den Grundrechten als allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschafts- und des Völkerrechts, einschließlich der Verpflichtung zum Schutz von Flüchtlingen und zur Achtung der Menschenrechte, anzuwenden sind.“

4. In Art. 3 („Begriffsbestimmungen“) der Richtlinie heißt es:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnen die Ausdrücke

...

¹ Originalsprache: Englisch.

² Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. 2008, L 348, S. 98).

2. ‚illegaler Aufenthalt‘: die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die ... Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats;
 3. ‚Rückkehr‘: die Rückreise von Drittstaatsangehörigen – in freiwilliger Erfüllung einer Rückkehrverpflichtung oder erzwungener Rückführung – in
 - deren Herkunftsland oder
 - ein Transitland gemäß gemeinschaftlichen oder bilateralen Rückübernahmeabkommen oder anderen Vereinbarungen oder
 - ein anderes Drittland, in das der betreffende Drittstaatsangehörige freiwillig zurückkehren will und in dem er aufgenommen wird;
 4. ‚Rückkehrentscheidung‘: die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme mit der der illegale Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen festgestellt und eine Rückkehrverpflichtung auferlegt oder festgestellt wird;
 5. ‚Abschiebung‘: die Vollstreckung der Rückkehrverpflichtung, d. h. die tatsächliche Verbringung aus dem Mitgliedstaat;
 6. ‚Einreiseverbot‘: die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht;
- ...
8. ‚freiwillige Ausreise‘: die Erfüllung der Rückkehrverpflichtung innerhalb der dafür in der Rückkehrentscheidung festgesetzten Frist;

...“

5. Art. 6 („Rückkehrentscheidung“) der Richtlinie 2008/115 sieht vor:

„(1) Unbeschadet der Ausnahmen nach den Absätzen 2 bis 5 erlassen die Mitgliedstaaten gegen alle illegal in ihrem Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Rückkehrentscheidung.

...

(6) Durch diese Richtlinie sollen die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert werden, entsprechend ihren innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unbeschadet der nach Kapitel III und nach anderen einschlägigen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts und des einzelstaatlichen Rechts verfügbaren Verfahrensgarantien mit einer einzigen behördlichen oder richterlichen Entscheidung eine Entscheidung über die Beendigung eines legalen Aufenthalts sowie eine Rückkehrentscheidung und/oder eine Entscheidung über eine Abschiebung und/oder ein Einreiseverbot zu erlassen.“

6. Art. 8 der Richtlinie („Abschiebung“) lautet wie folgt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen alle erforderlichen Maßnahmen zur Vollstreckung der Rückkehrentscheidung, wenn nach Artikel 7 Absatz 4 keine Frist für die freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder wenn die betreffende Person ihrer Rückkehrverpflichtung nicht innerhalb der nach Artikel 7 eingeräumten Frist für die freiwillige Ausreise nachgekommen ist.

...

(3) Die Mitgliedstaaten können eine getrennte behördliche oder gerichtliche Entscheidung oder Maßnahme erlassen, mit der die Abschiebung angeordnet wird.“

7. Art. 11 („Einreiseverbot“) der Richtlinie lautet:

„(1) Rückkehrentscheidungen gehen mit einem Einreiseverbot einher,

a) falls keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde oder

b) falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde.

In anderen Fällen kann eine Rückkehrentscheidung mit einem Einreiseverbot einhergehen.

(2) Die Dauer des Einreiseverbots wird in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalls festgesetzt und überschreitet grundsätzlich nicht fünf Jahre. Sie kann jedoch fünf Jahre überschreiten, wenn der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt.

(3) Die Mitgliedstaaten prüfen die Aufhebung oder Aussetzung eines Einreiseverbots, wenn Drittstaatsangehörige, gegen die ein Einreiseverbot nach Absatz 1 Unterabsatz 2 verhängt wurde, nachweisen können, dass sie das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter uneingeschränkter Einhaltung einer Rückkehrentscheidung verlassen haben.

...“

8. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 1 der Richtlinie „[ergehen] Rückkehrentscheidungen sowie – gegebenenfalls – Entscheidungen über ein Einreiseverbot oder eine Abschiebung ... schriftlich und enthalten eine sachliche und rechtliche Begründung sowie Informationen über mögliche Rechtsbehelfe“.

Niederländisches Recht

9. Nach Art. 61 Abs. 1 der Vreemdelingenwet 2000 (Ausländergesetz 2000) vom 23. November 2000 (Stb 2000, Nr. 495) in der zur Umsetzung der Richtlinie 2008/115 mit Wirkung vom 31. Dezember 2011 geänderten Fassung (im Folgenden: Vw 2000) muss ein Ausländer, der sich nicht oder nicht mehr rechtmäßig in den Niederlanden aufhält, die Niederlande innerhalb der in Art. 62 dieses Gesetzes festgelegten Frist freiwillig verlassen. Mit Art. 62 Abs. 1 und 2 wird Art. 7 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 2008/115 umgesetzt.

10. Gemäß Art. 66a Abs. 1 Vw 2000, mit dem Art. 11 Abs. 2 der Richtlinie 2008/115 umgesetzt werden soll, ist gegen einen Ausländer, der die Niederlande nicht innerhalb der vorgesehenen Frist freiwillig verlassen hat, ein Einreiseverbot zu verhängen.

11. Nach Art. 66a Abs. 4 Vw 2000 wird das Einreiseverbot für einen bestimmten Zeitraum von höchstens fünf Jahren verhängt, es sei denn, der Ausländer stellt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit dar. Dieser Zeitraum wird ab dem Zeitpunkt berechnet, zu dem der Ausländer die Niederlande tatsächlich verlassen hat.

12. Nach Art. 66a Abs. 7 Vw 2000 ist der Aufenthalt eines Ausländers, gegen den ein Einreiseverbot verhängt wurde, in keinem Fall rechtmäßig, wenn

- „a) er wegen einer Straftat, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren bedroht ist, rechtskräftig verurteilt worden ist;
- b) er eine Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die nationale Sicherheit darstellt;
- c) er eine schwerwiegende Gefahr im Sinne von Abs. 4 darstellt oder
- d) ihm infolge eines Abkommens oder im Interesse der internationalen Beziehungen der Niederlande jeglicher Aufenthalt zu untersagen ist.“

13. Nach Art. 197 des Wetboek van Strafrecht (Strafgesetzbuch) in der Fassung des Gesetzes vom 15. Dezember 2011 (Stb. 2011, Nr. 663) kann gegen einen Ausländer, der sich in den Niederlanden aufhält, obwohl er weiß oder ernsthafte Gründe für die Annahme hat, dass er aufgrund einer Gesetzesvorschrift zu einem unerwünschten Ausländer erklärt worden oder dass gegen ihn nach Art. 66a Abs. 7 Vw 2000 ein Einreiseverbot verhängt worden ist, u. a. eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten verhängt werden.

Sachverhalt, Verfahren und Vorlagefrage

14. Mit Bescheid vom 14. April 2000 wurde JZ zu einem unerwünschten Ausländer im Sinne des damals geltenden Gesetzes erklärt³.

15. Mit Bescheid vom 19. März 2013 hob der Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Staatssekretär für Sicherheit und Justiz) auf Antrag von JZ im Zusammenhang mit der Änderung des Vw 2000 zum 31. Dezember 2011 infolge der Umsetzung der Richtlinie 2008/115 die Unerwünschterklärung auf. Mit diesem Bescheid wurde nach Art. 66a Abs. 7 Vw 2000 auch ein Einreiseverbot für die Dauer von fünf Jahren gegen JZ verhängt, wobei die Unerwünschterklärung ab dem Zeitpunkt aufgehoben wurde, zu dem das Einreiseverbot wirksam wurde. Diese Aufhebung wirkte sich laut dem Bescheid jedoch nicht auf die Ausreisepflicht von JZ aus. Er musste die Niederlande folglich von sich aus sofort verlassen und konnte abgeschoben werden. Nach Art. 62a Abs. 2 Vw 2000 gilt dieser Bescheid als Rückkehrentscheidung.

16. Zur Begründung heißt es in diesem Bescheid u. a., dass JZ mehrfach wegen der Begehung verschiedener Straftaten verurteilt worden sei. Nach Abschnitt A4/3.3 des Vreemdelingencirculaire 2000 (Ausländerrunderlass 2000) gelte jeder Verdacht bzw. jede Verurteilung wegen einer Straftat als eine Gefahr für die öffentliche Ordnung. Da JZ eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstelle, müsse er gemäß Art. 62 Abs. 2 Buchst. c Vw 2000 die Niederlande umgehend verlassen. Aufgrund dessen wurde gegen ihn nach Art. 66a Abs. 1 Buchst. a Vw 2000 ein Einreiseverbot verhängt. Aufgrund von Art. 66a Abs. 7 Buchst. b Vw 2000 kann sich JZ infolge des Einreiseverbots nicht rechtmäßig in den Niederlanden aufhalten.

17. Der Gerechtshof Amsterdam (Berufungsgericht, Amsterdam, Niederlande) stellte fest, dass die Schritte des Rückkehrverfahrens durchlaufen worden seien. Jedoch habe JZ die Niederlande nach dem Bescheid vom 19. März 2013 nicht verlassen. Es stehe fest, dass er entgegen diesem Bescheid am 21. Oktober 2015 in Amsterdam gewesen sei. Nach Art. 197 des Strafgesetzbuchs mache sich ein Ausländer strafbar, der sich in den Niederlanden aufhalte, obwohl er wisse oder ernsthafte Gründe für die Annahme habe, dass gegen ihn gemäß Art. 66a Abs. 7 Vw 2000 ein Einreiseverbot verhängt worden sei. Der Gerechtshof Amsterdam (Berufungsgericht, Amsterdam) verurteilte JZ deshalb zu einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten.

³ Art. 21 der Vreemdelingenwet 1994 (Ausländergesetz 1994). Diese Erklärung führte im Wesentlichen dazu, dass sowohl der weitere Aufenthalt in den Niederlanden als auch die Rückkehr in die Niederlande und ein dortiger Aufenthalt nach der Ausreise strafbar sind, wenn die sonstigen Tatbestandsmerkmale von Art. 197 des Strafgesetzbuchs erfüllt sind.

18. Gegen dieses Urteil legte JZ Kassationsbeschwerde beim Hoge Raad (Oberster Gerichtshof der Niederlande) ein.

19. Unter diesen Umständen hat der Hoge Raad der Nederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof mit Beschluss vom 27. November 2018, der am 20. Dezember 2018 beim Gerichtshof eingegangen ist, folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

Ist ein nationaler Straftatbestand, nach dem sich strafbar macht, wer sich als Drittstaatsangehöriger im Hoheitsgebiet der Niederlande aufhält, nachdem gegen ihn nach Art. 66a Abs. 7 Vw 2000 ein Einreiseverbot verhängt worden ist, wenn nach dem nationalen Recht ebenso feststeht, dass dieser Ausländer sich nicht rechtmäßig in den Niederlanden aufhält und dass die Schritte des in der Richtlinie 2008/115 festgelegten Rückkehrverfahrens durchlaufen worden sind, die tatsächliche Rückkehr aber nicht stattgefunden hat, mit dem Unionsrecht, insbesondere mit dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 26. Juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, Rn. 49), vereinbar, wonach das in Art. 11 der Richtlinie 2008/115 geregelte Einreiseverbot erst ab dem Zeitpunkt der Rückkehr des Ausländers in sein Herkunftsland oder ein anderes Drittland „wirksam“ wird?

20. JZ, die tschechische, die deutsche und die niederländische Regierung sowie die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Alle diese Parteien waren bei der mündlichen Verhandlung vom 6. Februar 2020 vertreten.

Würdigung

21. Mit seiner Frage möchte das vorliegende Gericht wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie 2008/115 einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Freiheitsstrafe zu verhängen ist, wenn die strafbare Handlung durch Bezugnahme auf die Verhängung eines Einreiseverbots umschrieben wird, das noch nicht wirksam geworden ist, weil der Betroffene noch nicht ausgereist ist.

Freiheitsentzug nach der Richtlinie 2008/115

22. Schon oft hatte der Gerichtshof Gelegenheit, die Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften zur Inhaftierung von Drittstaatsangehörigen wegen illegalen Aufenthalts mit der Richtlinie 2008/115 zu beurteilen.

23. Durch den Freiheitsentzug einer Person in Form einer Freiheitsstrafe wird das Ziel der Richtlinie 2008/115, für eine geordnete Rückkehr des Betroffenen zu sorgen, zwangsläufig und im Grundsatz unterlaufen. Aus diesem Grund hat der Gerichtshof wiederholt entschieden, dass die Mitgliedstaaten keine strafrechtlichen Vorschriften anwenden dürfen, die die Verwirklichung der mit dieser Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und damit ihre Wirksamkeit beeinträchtigen könnten⁴.

⁴ Vgl. Urteile vom 28. April 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, Rn. 53 bis 55), vom 6. Dezember 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, Rn. 33), vom 6. Dezember 2012, Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, Rn. 32), vom 1. Oktober 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, Rn. 21), und vom 7. Juni 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408, Rn. 63).

24. Bis zu dem Zeitpunkt, zu dem im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2008/115 die Rückkehrverpflichtung freiwillig erfüllt oder die Rückkehr erzwungen wird und die betroffene Person tatsächlich in ihr Herkunftsland, ein Transitland oder ein anderes Drittland gereist ist, unterliegt die Frage, ob der Aufenthalt dieser Person illegal ist, der Rückkehrentscheidung⁵. Erst ab diesem Zeitpunkt wird das Einreiseverbot wirksam und verbietet dem Betroffenen, während eines bestimmten Zeitraums nach seiner Rückkehr erneut in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort aufzuhalten⁶.

25. Wie ich bereits früher ausgeführt habe⁷, sind in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zwei Fallgestaltungen anerkannt, in denen die Richtlinie 2008/115 der Verhängung einer Freiheitsstrafe gegen einen Drittstaatsangehörigen wegen illegalen Aufenthalts nicht entgegensteht, nämlich wenn das Rückkehrverfahren gemäß der Richtlinie 2008/115 durchgeführt worden ist und der Drittstaatsangehörige im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats verweilt, obgleich kein berechtigter Grund für die Nichtrückkehr besteht (Fallkonstellation Achughbabian)⁸ und, wenn das Rückkehrverfahren durchgeführt worden ist und der Betroffene unter Verstoß gegen ein Einreiseverbot erneut in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats einreist (Fallkonstellation Celaj)⁹.

26. Die Richtlinie 2008/115 errichtet daher ein vollständiges System, um zu gewährleisten, dass illegal aufhältige Drittstaatsangehörige das Unionsgebiet verlassen. Wenn i) ein Drittstaatsangehöriger in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fällt, d. h. er oder sie hält sich illegal im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats auf¹⁰, ii) dieser Mitgliedstaat nicht beschlossen hat, die Richtlinie aus den in ihr abschließend aufgeführten Gründen¹¹ nicht auf ihn anzuwenden und iii) er oder sie keinen Anspruch auf freien Personenverkehr¹² gemäß Art. 2 Nr. 5 der Verordnung (EU) 2016/399¹³ hat, dann ist dieser Drittstaatsangehörige zurückzuführen¹⁴. Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus den Art. 6 ff. der Richtlinie 2008/115 sind anhaltend, kontinuierlich und gelten ununterbrochen in dem Sinne, dass sie automatisch entstehen, sobald die Voraussetzungen dieser Vorschriften erfüllt sind. Würde ein Mitgliedstaat, nachdem festgestellt wurde, dass sich ein Drittstaatsangehöriger illegal in seinem Hoheitsgebiet aufhält, keine Rückkehrentscheidung erlassen, sondern stattdessen diese Person in Haft nehmen, würde er seine Verpflichtungen aus der Richtlinie *de facto* aussetzen¹⁵.

27. Die neuere Rechtssache Ouhrami, in der es um die Rechtsnatur eines Einreiseverbots¹⁶ ging, vervollständigt dieses Bild. Bis zu dem Zeitpunkt, zu dem im Sinne von Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2008/115 die Rückkehrverpflichtung freiwillig erfüllt oder die Rückkehr erzwungen wird und der Betroffene tatsächlich in sein Herkunftsland, ein Transitland oder ein anderes Drittland gereist ist, unterliegt die Frage, ob sein Aufenthalt illegal ist, der Rückkehrentscheidung¹⁷. Erst ab diesem Zeitpunkt wird das Einreiseverbot wirksam und verbietet dem Betroffenen, während eines bestimmten Zeitraums nach seiner Rückkehr erneut in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten einzureisen und sich dort aufzuhalten¹⁸.

5 Vgl. Urteil vom 26. Juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, Rn. 49).

6 Ebd.

7 Vgl. im Einzelnen meine Schlussanträge in der Rechtssache Affum (C-47/15, EU:C:2016:68, Nrn. 48 bis 56).

8 Vgl. Urteil vom 6. Dezember 2011, Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, Rn. 50 und Tenor erster Gedankenstrich).

9 Vgl. Urteil vom 1. Oktober 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, Rn. 33 und Tenor).

10 Vgl. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 2008/115.

11 Vgl. Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2008/115.

12 Vgl. Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2008/115.

13 Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2016 über einen Unionskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) (ABl. 2016, L 77, S. 1).

14 Selbstverständlich unbeschadet der Ausnahmen in Art. 6 Abs. 2 bis 5 der Richtlinie 2008/115.

15 Siehe meine Schlussanträge in der Rechtssache Celaj (C-290/14, EU:C:2015:285, Nr. 50).

16 Siehe Art. 3 Nr. 6 und Art. 11 der Richtlinie 2008/115.

17 Vgl. Urteil vom 26. Juli 2017, Ouhrami (C-225/16, EU:C:2017:590, Rn. 49).

18 Ebd.

Die Situation von JZ

28. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung können für die vorliegende Rechtssache drei Zwischenergebnisse festgehalten werden.

29. Erstens liegt keine Fallkonstellation Celaj¹⁹ vor, da keine Wiedereinreise in das Hoheitsgebiet der Niederlande stattgefunden hat. Tatsächlich hat JZ die Niederlande nie verlassen.

30. Zweitens geht es im vorliegenden Fall um einen ursprünglich illegalen Aufenthalt, der durch die Rückkehrentscheidung geregelt wird, und nicht wie in der Rechtssache Ouhrami²⁰ um einen Aufenthalt, der infolge eines Verstoßes gegen ein Einreiseverbot im Sinne von Art. 11 der Richtlinie 2008/115 erst illegal wurde.

31. Was drittens die Fallkonstellation Achughbabian²¹ betrifft, kann das Königreich der Niederlande grundsätzlich gegen JZ eine Freiheitsstrafe wegen eines illegalen Aufenthalts verhängen, da das in der Richtlinie 2008/115 festgelegte Rückkehrverfahren durchlaufen wurde und sich der Betroffene illegal und ohne berechtigten Grund für die Nichtrückkehr dort aufhält.

32. Das ist jedoch nicht das, was die Niederlande getan haben. Zwar wurde gegen JZ – erfolglos – ein Rückkehrverfahren durchgeführt; auch hält sich JZ weiterhin ohne berechtigten Grund für die Nichtrückkehr illegal auf dem Gebiet der Niederlande auf; der eigentliche Grund, *weshalb* JZ strafrechtlich belangt und ihm dementsprechend die Freiheit entzogen wird, liegt nicht in dem erfolglosen Rückkehrverfahren, sondern darin, dass gegen ihn ein Einreiseverbot verhängt wurde. Folglich liegt hier auch keine Fallkonstellation Achughbabian vor.

33. Im vorliegenden Fall geht es also nicht um die Frage, *ob* ein Mitgliedstaat in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens eine Freiheitsstrafe verhängen darf (ja, darf er), sondern um die eigentliche *Umsetzung* dieser Befugnis durch den niederländischen Gesetzgeber: Strafbar ist nach Art. 197 Strafgesetzbuch ein illegaler Aufenthalt in Kenntnis eines Einreiseverbots, das in Fällen wie dem des Ausgangsverfahrens noch nicht wirksam geworden ist, weil es an einer ursprünglichen Rückkehr fehlt.

34. Laut JZ geht aus der Begründung des Vorschlags zur Änderung von Art. 197 des Strafgesetzbuchs hervor, dass die niederländische Regierung damit lediglich den Verstoß gegen ein Einreiseverbot, nicht aber den illegalen Aufenthalt unter Strafe stellen wollte (diesbezüglich habe sie einen gesonderten Gesetzgebungsvorschlag einbringen wollen). Ein entsprechender Vorschlag sei dann tatsächlich am 7. Januar 2013 eingebracht, am 14. Mai 2014 jedoch aus politischen Gründen zurückgezogen worden.

35. Demgegenüber trägt die niederländische Regierung vor, der niederländische Gesetzgeber habe beschlossen, den „qualifizierten unrechtmäßigen Aufenthalt“ (also jeder unrechtmäßige Aufenthalt eines Ausländers, der weiß oder ernsthafte Gründe zu der Annahme hat, dass gegen ihn ein Einreiseverbot gemäß Art. 66a Abs. 7 Vw 2000 verhängt wurde) gemäß Art. 197 des Strafgesetzbuchs unter Strafe zu stellen, während der „einfache unrechtmäßige Aufenthalt“ nach niederländischem Recht nicht strafbar sei.

36. Gewiss ist der Gerichtshof nicht dafür zuständig, die Debatte über die Auslegung des auf nationaler Ebene offenbar umstrittenen Art. 197 des Strafgesetzbuchs zu entscheiden.

¹⁹ Vgl. Nr. 25 der vorliegenden Schlussanträge.

²⁰ Urteil vom 26. Juli 2017 (C-225/16, EU:C:2017:590).

²¹ Vgl. Nr. 25 der vorliegenden Schlussanträge.

37. Um dem vorlegenden Gericht jedoch Hinweise und eine sachdienliche Antwort auf seine Frage zu geben, sollte der Gerichtshof prüfen, ob eine Lesart von Art. 197 des Strafgesetzbuchs dahin, dass das strafwürdige Verhalten durch Bezugnahme auf die Verhängung eines mangels Ausreise des Betroffenen noch nicht wirksam gewordenen Einreiseverbots umschrieben werden kann, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

38. Die niederländische und die deutsche Regierung vertreten die Ansicht, dass die Mitgliedstaaten, wenn sie in einer Fallkonstellation Achughabian wegen eines illegalen Aufenthalts nach einem erfolglosen Rückkehrverfahren eine Strafe verhängen dürfen, in einer solchen Fallkonstellation erst recht die Strafe auf solche Situationen beschränken dürfen, in denen die betreffende Person eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt, was durch ein verhängtes Einreiseverbot erwiesen wäre. In diesem Zusammenhang weisen diese Regierungen auf den Unterschied zwischen der Verhängung eines Einreiseverbots und seinem Wirksamwerden hin. Nationales Strafrecht dürfe die Erfüllung eines Straftatbestands vom Vorliegen eines Einreiseverbots abhängig machen.

39. Meiner Ansicht nach steht außer Zweifel, dass zwischen dem Zeitpunkt der Verhängung eines Einreiseverbots und dem seines Wirksamwerdens zu unterscheiden ist. Darüber hinaus können die Niederlande, wie bereits oben erwähnt, unter bestimmten Umständen wegen illegalen Aufenthalts eine Strafe verhängen. Dies fällt in ihre Zuständigkeit auf dem Gebiet des Strafrechts.

40. In diesem Zusammenhang möchte ich feststellen, dass die Formulierung von Art. 197 des Strafgesetzbuchs im Hinblick auf den Wortlaut der Richtlinie 2008/115 unglücklich ist, da sie die in dieser Richtlinie getroffene klare Unterscheidung zwischen einer Rückkehrentscheidung und einem Einreiseverbot verwischt. Selbst eine wohlwollende Lektüre dieser Vorschrift erfordert intellektuelle Pirouetten. JZ führt zu Recht an, dass die Vorschrift in dieser Hinsicht alles andere als eindeutig ist. Auch wenn diese Vorschrift des nationalen Strafrechts nicht dieselbe terminologische Unterscheidung trifft wie die Richtlinie 2008/115, scheint sie mir nicht gegen den Wortlaut oder die Ziele der Richtlinie zu verstoßen. Obwohl Art. 197 des Strafgesetzbuchs etwas verwirrend formuliert ist, deutet nichts darauf hin, dass seine Anwendung, auch im vorliegenden Fall, in die in der Richtlinie 2008/115 vorgesehene Wechselbeziehung zwischen Rückkehrentscheidung und Einreiseverbot eingreift. Außerdem schließt diese Richtlinie zwar die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion nicht aus, verlangt aber nicht, dass das nationale Strafrecht ihren Wortlaut genau wiedergibt.

41. Um etwaige Zweifel auszuräumen²², ist festzustellen, dass die vorliegende Fallgestaltung genau in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/115 fällt²³. Da das Königreich der Niederlande nach Art. 6 Abs. 1 dieser Richtlinie anhaltend und kontinuierlich verpflichtet ist, eine Rückkehrentscheidung zu erlassen und umzusetzen, und diese Pflicht ohne Unterbrechung gilt, fällt der – zeitweise – Freiheitsentzug unter dieses Verfahren. Folglich darf nationales Recht wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende nicht gegen die Bestimmungen der Richtlinie 2008/115 verstoßen.

42. Wenn die tschechische Regierung in diesem Zusammenhang behauptet, dass der vorliegende Fall nicht unter die Richtlinie 2008/115 falle, weil diese die nationalen Bestimmungen zur Bestrafung illegaler Aufenthalte nicht harmonisiere, so meine ich, dass diese Regierung aus einer richtigen Prämisse einen falschen Schluss zieht. Zweifellos harmonisiert die Richtlinie 2008/115 die nationalen Bestimmungen zur Bestrafung illegaler Aufenthalte nicht. Die Richtlinie 2008/115 kann solchen Bestimmungen aber entgegenstehen, da diese weder dem Wortlaut noch dem Ziel dieser Richtlinie zuwiderlaufen dürfen. Gerade darum geht es schließlich in der oben angeführten Rechtsprechung des

²² In der mündlichen Verhandlung schien die Kommission die Ansicht zu vertreten, dass eine Situation wie die im vorliegenden Fall nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/115 falle. Dasselbe gilt für die deutsche und die tschechische Regierung.

²³ Wie die Kommission in ihren Erklärungen zu Recht betont, ist das Königreich der Niederlande nicht verpflichtet, strafrechtliche Vorschriften zur Ahndung eines illegalen Aufenthalts zu erlassen. Tut es dies jedoch, müssen diese im Einklang mit der Richtlinie einschließlich der oben angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs stehen.

Gerichtshofs, die mit dem Urteil El Dridi ihren Anfang genommen hat²⁴. In diesem Zusammenhang möchte ich zunächst darauf hinweisen, dass der Gerichtshof wiederholt entschieden hat, dass die strafrechtliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Bereich illegale Einwanderung und illegaler Aufenthalt zwar nicht grundsätzlich von der Richtlinie 2008/115 beschnitten wird, die Mitgliedstaaten jedoch keine strafrechtlichen Regelungen erlassen dürfen, die die Verwirklichung der mit einer Richtlinie verfolgten Ziele gefährden und sie damit ihrer praktischen Wirksamkeit berauben könnten²⁵.

43. Daher komme ich zu dem vorläufigen Ergebnis, dass die Bestimmungen der Richtlinie 2008/115 einer Vorschrift des nationalen Strafrechts wie Art. 197 des Strafgesetzbuchs nicht entgegenstehen.

44. Damit bleibt, wegen der offensichtlich mangelnden Klarheit dieser Vorschrift, die Frage nach deren Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Europäischen Union.

45. Die nationale Vorschrift fällt im vorliegenden Fall in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/115 und gilt damit als Umsetzung des Unionsrechts im Sinne von Art. 51 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta). Sie muss die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts, einschließlich der in der Charta verankerten Grundrechte, einhalten. Eine Betrachtungsweise wäre hier, dass die nationale Vorschrift die Wirksamkeit der Richtlinie 2008/115 fördert, indem Drittstaatsangehörige dazu angehalten werden, einer Rückkehranordnung und einem anschließenden Einreiseverbot nachzukommen. Mit anderen Worten gewährleisten die Mitgliedstaaten mit dem Einreiseverbot, dass das Ziel der Richtlinie eingehalten wird. Eine alternative Betrachtungsweise wäre, dass das fragliche nationale Recht möglicherweise die Wirksamkeit der Richtlinie 2008/115 beeinträchtigt und damit die in Rede stehende Fallkonstellation einer Abweichung vom Unionsrecht gleichkommen würde²⁶. Nach dieser Logik sind Situationen, in denen es die Richtlinie 2008/115 Mitgliedstaaten gestattet, einer Person, auf die diese Richtlinie Anwendung findet, die Freiheit zu entziehen und sie zu einer Gefängnisstrafe zu verurteilen, als Ausnahme vom Hauptziel dieser Richtlinie zu verstehen. Folglich ist, unabhängig davon, wie man das betreffende nationale Recht betrachtet, die Charta im vorliegenden Fall anwendbar.

46. In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 52 Abs. 1 der Charta, dass jede Einschränkung der Ausübung der in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten gesetzlich vorgesehen sein muss, ihren Wesensgehalt achten und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren muss. Soweit die Charta Rechte enthält, die den durch die am 4. November 1950 in Rom unterzeichnete Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) garantierten Rechten entsprechen, haben diese nach Art. 52 Abs. 3 der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der Konvention verliehen wird, wobei gleichzeitig festgelegt wird, dass das Unionsrecht einen weiter gehenden Schutz gewährleisten kann. Bei der Auslegung von Art. 6 der Charta ist somit Art. 5 EMRK als Mindestschutzstandard zu berücksichtigen.

47. Nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte muss jeder Freiheitsentzug nicht nur in dem Sinne rechtmäßig sein, dass er einer Rechtsgrundlage im nationalen Recht bedarf; die Rechtmäßigkeit betrifft auch die Wesensart der Vorschrift, die den Freiheitsentzug zulässt: sie muss hinreichend zugänglich, präzise und in ihrer Anwendung vorhersehbar sein, um jede Gefahr von Willkür zu vermeiden²⁷.

24 Urteil vom 28. April 2011 (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

25 Vgl. im Wesentlichen Urteil vom 28. April 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, Rn. 54 ff.).

26 In Bezug auf letztere Betrachtungsweise hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass die Grundrechte der Union gelten, vgl. Urteil vom 30. April 2014, Pflieger u. a. (C-390/12, EU:C:2014:281).

27 Vgl. hierzu Urteil des EGMR vom 21. Oktober 2013, Del Río Prada/Spanien (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).

48. Außerdem verweise ich auf Art. 49 Abs. 1 der Charta, wonach niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden darf, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Dazu gehört für mich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, ihre strafrechtlichen Bestimmungen so zu formulieren, dass sie hinreichend konkret sind, um den Umfang und die Anwendung der Straftat erkennen und auslegen zu können. Eine strafrechtliche Bestimmung muss zugänglich und ihr Sinn leicht verständlich sein. Jegliche Zweifel sind zu vermeiden.

49. Ich möchte betonen, dass in Bezug auf die Vereinbarkeit mit der Charta eine wohlwollende Auslegung der nationalen Vorschrift nicht in demselben Umfang möglich ist wie bei der Prüfung der Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2008/115. Das vorliegende Gericht wird die Vereinbarkeit der fraglichen Vorschrift mit den Grundrechten auf der Grundlage der Charta in Verbindung mit der EMRK, einschließlich der oben angeführten Rechtsprechung, zu prüfen haben. Sollte das vorliegende Gericht Art. 197 des Strafgesetzbuchs auf den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Fall anwenden wollen, muss es nach seiner Prüfung zu dem Schluss kommen, dass sich aus dieser Vorschrift eindeutig ergibt, welche Handlung genau strafbar ist. Mit anderen Worten muss klar sein, dass die Verletzung der Verpflichtung, das Gebiet der Niederlande zu verlassen, an sich eine Straftat darstellt. Ist dies nicht der Fall, liegt eine Verletzung des Legalitätsprinzips vor.

Ergebnis

50. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die vom Hoge Raad der Niederlanden (Oberster Gerichtshof der Niederlande) zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

Die Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger ist dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, die eine Freiheitsstrafe gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen vorsieht, wenn die strafbare Handlung durch Bezugnahme auf die Verhängung eines Einreiseverbots umschrieben wird, das noch nicht wirksam geworden ist, weil der Betroffene noch nicht ausgeweis ist, sofern diese Regelung hinreichend konkret ist, um den Umfang und die Anwendung der Straftat erkennen und auslegen zu können, was vom nationalen Gericht zu prüfen ist.