


Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?

 verfassungsblog.de/scharade-im-kontrollfreien-raum-hat-die-eu-gar-keinen-tuerkei-deal-geschlossen/

Jürgen Bast Fr 3 Mrz 2017

1. Das [erstinstanzliche Gericht der EU](#) – im Rechtsschutzsystem der Union für Klagen von Einzelpersonen zuständig – hat am 28. Februar 2017 über drei Klagen von Asylsuchenden entschieden, die für ihre drohende Überstellung in die Türkei die Vereinbarung verantwortlich machen, die der Europäische Rat am 18. März 2016 mit der türkischen Regierung geschlossen hat und der Öffentlichkeit unter der Bezeichnung „EU-Türkei-Erklärung“ bekannt gegeben wurde. Das Gericht hat die Klagen ohne mündliche Verhandlung abgewiesen. Das Publikum reibt sich erstaunt die Augen: an der „Erklärung EU-Türkei“ sei die EU gar nicht beteiligt gewesen, so das Gericht. An dem maßgeblichen Treffen am Sitz des Europäischen Rates in Brüssel hätten die Staats- und Regierungschefs nicht in ihrer Eigenschaft als Mitglieder dieses Unionsorgans teilgenommen, sondern ein „internationales Gipfeltreffen“ veranstaltet. Für den Türkei-Deal seien allein die Mitgliedstaaten als völkerrechtliche Akteure verantwortlich, das Gericht also nicht zuständig.

2. Im Alltagsgeschäft überwiegend mit den technischen Fragen des Wettbewerbsrechts befasst, musste das Gericht hier Entscheidungen von großer Tragweite fällen. Der Türkei-Deal wirft nicht nur politische und moralischen Fragen, sondern auch grundlegende Rechtsfragen auf. In flüchtlingsrechtlicher Hinsicht geht es darum, ob der Deal gegen den Grundsatz der Nichtzurückweisung, das grund- und menschenrechtliche Fundament der Flüchtlingspolitik der EU, verstößt. Zu bestimmen sind die verfassungs- und völkerrechtlichen Grenzen einer Migrationsverhinderungspolitik durch „Externalisierung“ von Mobilitätskontrollen und einer Verweisung auf *„protection elsewhere“* als Alternative zur Asylgewährung in der Europäischen Union. Konkret stellt sich die Frage, wie „sicher“ die Türkei für Flüchtlinge ist und ob das dort gewährte Schutzniveau ausreicht.

Die Auseinandersetzung um den Türkei-Deal hat zudem eine verfassungsrechtliche Dimension. Sie wirft die Frage nach der Reichweite der Rechtsbindung und gerichtlichen Kontrolle der auswärtigen Gewalt der EU auf. Steht die Gerichtsbarkeit der Union in einer als „Krise“ wahrgenommenen Situation bereit, die Rule of Law auch gegen den vereinten Willen der politischen Spitzen von EU und Mitgliedstaaten zu verteidigen?

3. Die Erfolgsaussichten der Klagen waren von Beginn an nicht rosig. Das lag allerdings nicht daran, dass die Rechtmäßigkeit des Türkei-Deals über jeden Zweifel erhaben ist, im Gegenteil. Vielmehr waren sich die Beobachter des Verfahrens einig, dass die Kläger mit ihrem Antrag auf Nichtigerklärung durchdringen würden, wenn es ihnen gelingt, die Schwelle der Zulässigkeit zu überwinden. Wenn der Streitgegenstand ein anfechtbares völkerrechtliches Abkommen ist, leidet es in jedem Fall an schweren formellen Fehlern: Für Abkommen, die im Namen der EU geschlossen werden, ist der Rat der EU (also das auf Ministerebene tagende Organ) zuständig; der Europäische Rat (bestehend aus den Staats- und Regierungschefs sowie den Präsidenten des Europäischen Rates und der Kommission) besitzt nach dem System der EU-Verträge weder Gesetzgebungsbefugnisse noch die Befugnis, völkerrechtliche Abkommen zu schließen. Zudem könnte ein solches Abkommen nur mit Zustimmung des Europäischen Parlaments geschlossen werden. In der Sache ging es bei den Klagen also auch um die Sicherung des erreichten Stands der Parlamentarisierung der auswärtigen Gewalt der EU.

Die Zulässigkeit dagegen war problematisch. Einzelpersonen können gegen eine Handlung der EU nur dann direkt vor dem Gerichtshof der EU klagen, wenn sie von ihr Handlung „unmittelbar betroffen“ sind (Art. 263 Abs. 4 AEUV). Es wäre den Klägern wohl schwer gefallen, dies nachzuweisen. Die restriktive Auslegung dieses Zulässigkeitsanfordernisses wird gemeinhin damit begründet, dass Einzelpersonen ein alternativer Klageweg vor einem nationalen Gericht zur Verfügung steht (hier: in Griechenland), das dann den Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung mit dem Fall befasst. Hätte sich das Gericht auf dieses Argument gestützt, wären die Klagen zwar gescheitert, es hätte aber nicht zugleich die Justiziabilität des Türkei-Deals insgesamt in Frage gestellt.

Ein weiteres Problem für die Zulässigkeit der Klagen bestand in dem Erfordernis, dass die angegriffene Handlung „Rechtswirkungen erzeugt“, also rechtlich verbindlich ist. Unverbindliche Akte können nicht mit der Nichtigkeitsklage angefochten werden. Im konkreten Fall hing die Zulässigkeit also davon ab, ob es sich um eine völkerrechtliche Vereinbarung im Sinne der Wiener Vertragsrechtskonvention handelt, die für die Vertragsparteien zumindest teilweise rechtlich bindend ist. Darüber lässt sich streiten, und das haben die Prozessparteien in ihren Schriftsätzen für das Gericht auch ausführlich getan. Das Gesamtbild ist uneinheitlich. Einerseits folgt die Verabredung dem klassischen Muster wechselseitiger Verpflichtungen (*do ut des*), an deren intendierter politischer Verbindlichkeit kein Zweifel besteht. Andererseits haben die beteiligten Akteure ersichtlich versucht, den Eindruck einer rechtlichen Bindung zu vermeiden. Dies kommt nicht zuletzt darin zum Ausdruck, dass die Form einer „Erklärung“ gewählt wurde.

Die prozessrechtliche Beurteilung dieses Befunds ist alles andere als einfach. Die Gerichte der EU sind mit Taktiken der Unionsorgane, die rechtlichen Wirkungen ihrer Akte durch unverbindlich klingende Bezeichnungen und den Verzicht auf eine amtliche Publikation zu verschleiern, gut vertraut. In zahlreichen Urteilen hat der Gerichtshof seinen Standpunkt erläutert, dass es für die Anfechtbarkeit auf ein materielles Verständnis von „Rechtswirkungen“ ankommt, also auf den Inhalt und den Kontext des fraglichen Akts, nicht auf die äußere Form. Zudem kann unter Umständen auch völkerrechtliches Soft Law aus Sicht des Unionsrechts als „rechtswirksamer Akt“ klassifiziert werden, wenn es unionsintern Berücksichtigungspflichten auslöst (Deutschland/Rat, Rs. C-399/12, ECLI:EU:C:2014:2258).

Die Kläger hatten insoweit also durchaus einen *arguable claim*. Das Gericht hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen und sich allein mit der Vorfrage beschäftigt, ob überhaupt ein Akt vorliegt, der der Union zuzurechnen ist.

4. Wann liegt eine anfechtbare „Handlung eines Unionsorgans“ vor? Ein Grundprinzip des EU-Prozessrechts ist, dass alle (!) Organe und Einrichtungen der EU der gerichtlichen Kontrolle durch den Gerichtshof der EU unterstehen (in etwas umständlicher Formulierung niedergelegt in Art. 263 Abs. 1 AEUV). Die axiomatische Aussage, dass in einer Rechtsgemeinschaft kein Akt einer öffentlichen Stelle einer gerichtlichen Kontrolle entzogen ist, hat der Gerichtshof immer wieder gegen Lücken und drohende Manipulationen des Rechtsschutzsystems der Union in Stellung gebracht. Bis heute klafft eine solche Lücke bei Teilen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik; dies bedarf hier aber keiner Diskussion, da die auswärtige Dimension der Politiken der EU (hier: der Migrationspolitik) davon nicht betroffen ist. Eine weitere Lücke wurde erst durch den 2009 in Kraft getretenen Lissabonner Vertrag geschlossen: auch Handlungen des Europäischen Rates können seitdem mit der Nichtigkeitsklage angegriffen werden. Der Europäische Rat, in den 1970er Jahren als Kaminzimmersgespräch gestartet und zwischenzeitlich aufgewertet zum medial inszenierten „Gipfeltreffen“, wurde damit als Organ der Union konstitutionalisiert (Art. 13 EUV) und folgerichtig der Kontrolle des Gerichtshofs der EU unterstellt.

Handlungen der Mitgliedstaaten dagegen können vor den Gerichten der EU nicht angefochten werden. Dies folgt der Logik, nach der das Unionsrecht und das mitgliedstaatliche Recht selbständige Rechtsordnungen sind, die gerichtliche Kassation eines Rechtakts aber nur innerhalb einer Rechtsordnung möglich ist. Die Mitgliedstaaten unterliegen dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts, zu dessen Durchsetzung Aufsichtsmechanismen zur Verfügung stehen, auch gerichtliche (z.B. das Vertragsverletzungsverfahren), aber eben nicht die kassatorische Nichtigkeitsklage.

Ungeachtet dieser theoretisch klaren Unterscheidung – alle Handlungen der Union können für nichtig erklärt werden, Handlungen der Mitgliedstaaten dagegen nie – existierte immer schon ein Graubereich, für den sich die Formel der „im Rat vereinigen Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten“ eingebürgert hat. Es handelt sich um eine ad hoc konstituierte Regierungskonferenz, die aus den Mitgliedern des betreffenden Organs besteht. Beschlüsse oder Erklärungen der „vereinigten Vertreter“ gehören nicht dem Unionsrecht an, sondern sind interse-Abkommen der Mitgliedstaaten, deren Verbindlichkeit sich nach dem Völkerrecht beurteilt. Solche internen Abkommen sind nicht generell unzulässig, sie müssen aber den Vorrang des Unionsrechts beachten, der für jegliches mitgliedstaatliches Recht gilt. Ihre Wiederentdeckung unter der irreführenden Bezeichnung „Unionsmethode“ bezieht sich auf ein Phänomen, das schon in den 1960er Jahren bekannt war und mit dem supranationalen Unionsrecht grundsätzlich verträglich ist (siehe zuletzt Pringle, Rs. C-370/12,

Für das System der gerichtlichen Kontrolle werfen derartige Handlungen der Regierungsvertreter aber ein Problem auf: Die Option eines kollektiven Ausweichens auf einen intergouvernementalen Politikmodus stellt eine beständige Versuchung für die Mitgliedstaaten dar, sich den verfahrensrechtlichen Bindungen und der gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, der sie bei einem Handeln als Unionsorgan unterliegen. Auch hierauf hat der Gerichtshof mit einer materiellen Betrachtungsweise reagiert, wonach ein im Kontext der Union produzierter Akt immer schon dann als Handlung der Union angesehen wird, wenn der Regelungsgegenstand in die alleinige Zuständigkeit der Union fällt.

Das einschlägige Grundsatzurteil stammt aus dem Jahr 1971 (Kommission/Rat [AETR], Rs. 22/70, ECLI:EU:C:1971:32). Seinerzeit hatten sich die Mitgliedstaaten im Rat informell auf eine Position zu einem verkehrspolitischen Abkommen verständigt, die sie in den anstehenden Verhandlungen mit Drittstaaten einnehmen wollten, und dies im Protokoll der Ratssitzung festgehalten. Der Gerichtshof hat nicht gezögert, das intergouvernementale Beratungsergebnis als „Beschluss des Rates“ und damit als anfechtbare Handlung zu qualifizieren. Auf die erkennbar gegenteilige Absicht der Beteiligten kam es nicht an. Das entscheidende Argument war, dass schon nach dem damaligen Stand der internen Rechtsetzung zu verkehrspolitischen Fragen nur noch die Gemeinschaft die Verbandskompetenz besaß, ein solches Abkommen zu schließen. Ein isoliertes Vorgehen der Mitgliedstaaten könnte diese gemeinsamen Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern, so der Gerichtshof. Diese Doktrin einer impliziten Kompetenz für den Abschluss externer Abkommen ist seitdem ständige Rechtsprechung und mittlerweile in Art. 3 Abs. 2 und Art. 216 Abs. 1 AEUV kodifiziert.

Der Schlüssel für die Abgrenzung zwischen dem Handeln des (Europäischen) Rates als Unionsorgan und einem kollektiven Handeln der in ihm repräsentierten Mitgliedstaaten ist also nicht der äußere Schein und die lauterer oder unlauteren Absichten der Beteiligten, sondern die verfassungsrechtlich fixierte Kompetenzordnung, die sich aus den EU-Verträgen ergibt. Wenn und soweit die Gemeinschaft oder heute die Union für ein das Vorgehen auf völkerrechtlicher Ebene zuständig ist, können die im Rat versammelten Mitgliedstaaten diese Kompetenzverteilung nicht dadurch aushebeln, dass sie ihre Vertreter einen anderen Hut aufsetzen und das Türschild des Sitzungszimmers austauschen. Jedes andere Arrangement würde es den intergouvernemental zusammengesetzten Organen erlauben, sich willkürlich einer gerichtlichen Kontrolle zu entziehen, und damit die rechtsstaatlichen Grundlagen der Union gefährden.

5. Zurück zum Fall der Klagen gegen den Türkei-Deal. Was hat das Gericht getan, um zu klären, ob die „*European leaders*“, die am fraglichen Treffen mit ihrem türkischen Amtskollegen am 18. März 2016 in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Europäischen Rates oder in ihrer Eigenschaft als Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten teilgenommen haben? Die Lektüre der betreffenden Randnummern ist deprimierend. Das Gericht verliert sich in der Textanalyse von diplomatischen Einladungsschreiben, Designs von Websites, unterschiedlichen Fassungen von Pressemitteilungen u.a.m. Am Ende werden die widersprüchlichen Indizien, die über die subjektiven Absichten der Beteiligten Aufschluss geben, in eine Richtung aufgelöst, ohne dass die Argumentation einen zwingenden Charakter hat.

Praktisch keine Rede ist vom Inhalt der „EU-Türkei-Erklärung“. Dabei wäre dies die eigentliche Rechtsfrage gewesen, die das Gericht nach der bisherigen Judikatur zu beantworten gehabt hätte: Wäre die Union für ein Abkommen zum Gegenstand der gemeinsamen Erklärung ganz oder teilweise zuständig gewesen?

Es spricht alles dafür, dass der Türkei-Deal – unterstellt, er handelt sich um einen Akt, das Rechtswirkungen entfaltet – diese Anforderungen der AETR-Rechtsprechung erfüllt. Die Union hat das Flüchtlingsrecht (insbesondere das Asylverfahrensrecht) und das Einwanderungsrecht (insbesondere die Rückführung von Migranten ohne Aufenthaltsrecht) so weitgehend durch interne Gesetzgebung geregelt, dass ein völkerrechtliches Handeln der Mitgliedstaaten außerhalb des institutionellen Rahmens der Union „diese gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern“ würde. Man denke etwa an die in der Asylverfahrensrichtlinie festgelegten Kriterien für einen „sicheren Drittstaat“. Hinzu kommt, dass zentrale politische Zugeständnisse der Unionsseite (finanzielle Hilfen zu Lasten des Unionshaushalts, Visafreiheit für türkische Staatsangehörige) nur durch ein Handeln der Unionsorgane eingelöst werden können. Für relevante Teile des Türkei-Deals war mithin allein die Union als Völkerrechtssubjekt zuständig, nicht die Mitgliedstaaten.

Aus exakt denselben Gründen wie im AETR-Fall – der justiziellen Durchsetzung der Kompetenzordnung – hätte das Handeln der Staats- und Regierungschefs am 18. März 2016 als anfechtbarer Akt des Europäischen Rates qualifiziert werden müssen, ganz gleich, was auf den Tischkarten des „*working lunch*“ stand.

6. Zusammenfassend: mit seinen Beschlüssen hat das Gericht nicht nur die anhängigen Nichtigkeitsklagen für unzulässig erklärt, sondern auch eine inzidente Kontrolle im Wege einer Vorabentscheidung ausgeschlossen, und damit den Türkei-Deal von jeglicher gerichtlichen Kontrolle auf der Ebene der EU freigestellt. Das Gericht ignoriert dabei die Substanz einer seit mehr als vierzig Jahren gefestigten Rechtsprechung. Die maßgebliche Rechtsfrage nach der Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten wurde gar nicht erst gestellt. Das Gericht ermöglicht so genau das, was diese Dogmatik verhindern will: ein Ausweichen in einen kontrollfreien Raum durch protokollarische Scharaden. Die Verrechtlichung des Europäischen Rates durch den Lissabonner Vertrag läuft so ins Leere.

Offenbar wollte das Gericht die rechtlichen Fragen, die der Inhalt des EU-Türkei-Deals aufwirft, nicht beantworten. Richterliche Zurückhaltung bei der Kontrolle politischer Grundsatzentscheidungen ist eine Tugend, aber sie darf nicht so weit gehen, die verfassungsrechtlichen Zuständigkeits- und Verfahrensregeln, nach denen sie getroffen werden, zur Disposition der politischen Akteure zu stellen. Wenn die verantwortlichen Regierungspolitiker in der EU die moralischen und politischen Kosten eines „Türkei-Deals“ (und zukünftig vielleicht, *horribile dictu*, eines „Libyen-Deals“) in Kauf nehmen wollen, dann benötigen sie dafür eine Mehrheit im Europäischen Parlament und müssen bereit sein, die Rechtmäßigkeit ihres Handels im Gerichtsaal in Luxemburg zu verteidigen. Die Beschlüsse des Gerichts vom 28. Februar 2017 sind ein schwarzer Tag für die Rule of Law in der Europäischen Union.

Die Frist für ein Rechtsmittel beim Gerichtshof läuft.

LICENSED UNDER CC BY NC ND

SUGGESTED CITATION Bast, Jürgen: *Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?*, *VerfBlog*, 2017/3/03, <http://verfassungsblog.de/scharade-im-kontrollfreien-raum-hat-die-eu-gar-keinen-tuerkei-deal-geschlossen/>, DOI: <http://dx.doi.org/10.17176/20170303-144337>.