

Sag C-663/21**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

5. november 2021

Forelæggende ret:

Verwaltungsgerichtshof (Østrig)

Afgørelse af:

20. oktober 2021

Appellerende myndighed:

Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl

Øvrig procesdeltager:

A

Hovedsagens genstand

Tilbagekaldelse af status som asylberettiget som følge af en særlig grov forbrydelse – interesseafvejning – direktiv 2011/95/EU – direktiv 2008/115/EF – forbuddet mod refoulement

Den præjudicielle forelæggelses genstand og retsgrundlag

Anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF

Præjudicielle spørgsmål

1. Skal der ved vurderingen af, om den status som asylberettiget, som en flygtning tidligere er blevet tildelt af den kompetente myndighed, kan tilbagekaldes af den grund, der er fastsat i artikel 14, stk. 4, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/95/EU af 13. december 2011 om fastsættelse af standarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som personer med international beskyttelse, for en ensartet status for flygtninge

eller for personer, der er berettiget til subsidiær beskyttelse, og for indholdet af en sådan beskyttelse (omarbejdning), foretages en interesseafvejning som selvstændigt kriterium, hvorefter tilbagekaldelsen er betinget af, at offentlighedens interesser i tilbagesendelsen skal veje tungere end flygtningens interesse i opretholdelsen af tilflugtsstatens beskyttelse, idet forbrydelsens forkastelige karakter og den potentielle fare for samfundet skal opvejes mod udlændingens beskyttelsesinteresser – herunder omfanget og arten af de foranstaltninger, som den pågældende risikerer at blive genstand for?

2. Er bestemmelserne i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/115/EF af 16. december 2008 om fælles standarder og procedurer i medlemsstaterne for tilbagesendelse af tredjelandstatsborgere med ulovligt ophold, navnlig artikel 4, 6, 8 og 9, til hinder for en national ordning, hvorefter der skal vedtages en afgørelse om tilbagesendelse over for en tredjelandstatsborger, hvis hidtidige opholdstilladelse som flygtning inddrages ved tilbagekaldelse af statussen som asylberettiget, selv hvis det allerede på tidspunktet for vedtagelsen af afgørelsen om tilbagesendelse står klart, at en udsendelse vil være ulovlig på ubestemt tid som følge af forbuddet mod refoulement, og dette også fastslås ved en endelig afgørelse?

Anførte EU-retlige og folkeretlige forskrifter

Direktiv 2011/95/EU, artikel 14

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, artikel 2, 4 og 19

Direktiv 2008/115/EF, artikel 5, 6, 8 og 9

Genèvekonventionen om flygtninge, artikel 33

EMRK, artikel 2 og 3

Anførte nationale retsforskrifter

Asylgesetz 2005 (asylloven af 2005), § 2, 3, 6-10 og 57

Udelukkelse fra tildeling af status som asylberettiget

§ 6 (1) En udlænding er udelukket fra at blive tildelt status som asylberettiget, såfremt

1. og så længe den pågældende nyder beskyttelse i henhold til Genèvekonventionens artikel 1 D

2. der foreligger en af de udelukkelsesgrunde, der er nævnt i Genèvekonventionens artikel 1 F

3. der er gyldige grunde til at antage, at den pågældende udgør en fare for Republikken Østrigs sikkerhed, eller

4. der er afsagt endelig dom over den pågældende ved en national ret for en særlig grov forbrydelse, og den pågældende som følge af denne strafbare adfærd udgør en fare for fællesskabet. [...]

Tilbagekaldelse af statussen som asylberettiget

§ 7 (1) En udlændings status som asylberettiget skal tilbagekaldes ved afgørelse ex officio, såfremt

1. der foreligger en asyludelukkelsesgrund i henhold til § 6

[...]

(4) I forbindelse med tilbagekaldelsen i henhold til stk. 1, nr. 1 og 2, skal det fastslås, at den pågældende ikke længere har flygtningestatus i henhold til loven. [...]

Tilbagekaldelse af subsidiær beskyttelsesstatus

§ 9 (1) En udlændings subsidiære beskyttelsesstatus skal tilbagekaldes ved afgørelse ex officio, såfremt

1. betingelserne for tildeling af subsidiær beskyttelsesstatus (§ 8, stk. 1) ikke eller ikke længere er opfyldt

[...]

(2) Såfremt en subsidiær beskyttelsesstatus ikke allerede skal tilbagekaldes af de i stk. 1 anførte grunde, skal en tilbagekaldelse også finde sted, såfremt

1. der foreligger en af de grunde, der er nævnt i Genèvekonventionens artikel 1 F

2. den pågældende udgør en fare for samfundet eller Republikken Østrigs sikkerhed, eller

3. der er afsagt endelig dom over den pågældende ved en national ret for en forbrydelse (§ 17 i Strafgesetzbuch (straffeloven)) [...]

I forbindelse med tilbagekaldelsen af den subsidiære beskyttelsesstatus i disse tilfælde skal der vedtages en foranstaltning, der bringer opholdstilladelsen til ophør, og det skal fastslås, at refoulement, tilbagesendelse eller udsendelse af udlændingen til dennes hjemland er ulovlig, da dette vil indebære en reel risiko for en overtrædelse af EMRK's artikel 2 eller 3 eller protokol nr. 6 eller 13 til konventionen eller for den pågældende som civilperson vil indebære en alvorlig

trussel mod dennes liv eller fysiske integritet som følge af vilkårlig vold i forbindelse med en international eller intern væbnet konflikt.

»Opholdstilladelse i kraft af særlig beskyttelse«

§ 57 (1) Tredjelandstatsborgere med ophold på Republikken Østrigs område skal tildeles en »opholdstilladelse i kraft af særlig beskyttelse« ved afgørelse ex officio eller efter begrundet ansøgning:

1. såfremt tredjelandstatsborgerens ophold på Republikken Østrigs område har været tålt i henhold til § 46a, stk. 1, nr. 1 eller 3, i Fremdenpolizeigesetz (lov om fremmedpolitiet) i mindst et år, og forudsætningerne herfor fortsat er opfyldt, medmindre tredjelandstatsborgeren indebærer en fare for samfundet eller Republikken Østrigs sikkerhed, eller der er afsagt endelig dom over den pågældende ved en national ret for en forbrydelse (straffelovens § 17). [...]«

Afgørelse om tilbagesendelse

§ 52 (1) [...]

(2) Bundesamt [...] skal træffe afgørelse om tilbagesendelse over for en tredjelandstatsborger, såfremt

1. [...]

3. den pågældendes status som asylberettiget tilbagekaldes, uden at den pågældende tildeles subsidær beskyttelsesstatus, eller

[...]

(9) Samtidig med afgørelsen om tilbagesendelse skal det fastslås, om udsendelsen af tredjelandstatsborgeren til en eller flere nærmere bestemte stater er lovlig i henhold til § 46. [...]

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

- 1 A A (herefter »procesdeltageren«) blev født i Damaskus (Syrien) i 1989 og levede i Syrien indtil august 2014. Han rejste den 10. december 2014 ulovligt til Østrig og indgav samme dag en ansøgning om international beskyttelse i henhold til asylloven af 2005. Han oplyste, at han var statsløs og palæstinenser. Han besad på dette tidspunkt et rejsedokument udstedt til palæstinensere af en syrisk myndighed og et tilsvarende identitetskort. I august 2014 var han blevet opfordret af militærpolitiet til at påbegynde sin tjeneste (ved militæret). Herefter var han flygtet ud af Syrien. Han risikerer, såfremt han tilbagesendes til Syrien (der menes tydeligvis: fordi han unddrog sig militærtjeneste), at blive forfulgt af regeringen.

- 2 Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (forbundskontoret for immigration og asyl, den appellerende myndighed) efterkom procesdeltagerens ansøgning ved afgørelse af 22. december 2015 og udtalte, at procesdeltageren blev tildelt status som asylberettiget, og at det blev fastslået, at han havde ret til flygtningestatus i henhold til loven.
- 3 Procesdeltageren begik lovovertrædelser under sit ophold i Østrig. Landesgericht Linz (den regionale domstol i Linz) idømte ham den 22. marts 2018 en frihedsstraf på et år og tre måneder og en pengestraf på 180 dagbøder for grove trusler, hærværk og ulovlig omgang med euforiserende stoffer og for handel med euforiserende stoffer. Fuldblyrdelsen af frihedsstraffen blev gjort betinget med en prøvetid på tre år.
- 4 Ved endelig dom afsagt af Landesgericht Linz den 14. januar 2019 blev procesdeltageren idømt en frihedsstraf på tre måneder for legemsbeskadigelse og grove trusler. Den 11. marts 2019 idømte Landesgericht Wels (den regionale domstol i Wels) ved en endelig dom procesdeltageren en frihedsstraf på seks måneder for forsøg på legemsbeskadigelse og grove trusler. Fuldblyrdelsen af frihedsstraffene blev i begge tilfælde gjort betinget, og prøvetiden blev i sidste ende forlænget til fem år.
- 5 Efter de nye domfældelser indledte Forbundskontoret for immigration og asyl den 28. marts en procedure for tilbagekaldelse af den status som asylberettiget, som procesdeltageren var blevet tildelt. Procesdeltageren blev underrettet herom ved meddelelse af 29. marts 2019. Han fik også mulighed for at udtale sig herom, hvilket han også gjorde.
- 6 Ved en administrativ sanktion af 13. august 2019 blev procesdeltageren af Landespolizeidirektion Oberösterreich (det regionale politidirektorat i Oberösterreich) pålagt en bøde for aggressiv adfærd over for en myndighedsperson.
- 7 Ved afgørelse af 24. september 2019 udtalte forbundskontoret for immigration og asyl, at den status som asylberettiget, som procesdeltageren var blevet tildelt, blev tilbagekaldt i henhold til § 7, stk. 1, nr. 1, i asylloven af 2005, og at det i henhold til § 7, stk. 4, i asylloven af 2005 blev fastslået, at han ikke længere havde ret til flygtningestatus i henhold til loven (afgørelsens punkt I). Samtidig blev det fastslået, at procesdeltageren ikke blev tildelt subsidiær beskyttelsesstatus (afgørelsens punkt II), at han ikke ex officio blev tildelt en opholdstilladelse af anerkendelsesværdige grunde i henhold til § 57 i asylloven af 2005 (afgørelsens punkt III), at der blev vedtaget en afgørelse om tilbagesendelse (afgørelsens punkt IV) og et forbud mod indrejse i otte år (afgørelsens punkt VII) over for ham, og at der blev fastsat en frist til frivillig udrejse på 14 dage fra tidspunktet, hvor afgørelsen om tilbagesendelse blev endelig (afgørelsens punkt VI). Ved samme afgørelse blev det dog også fastslået, at refoulement, tilbagesendelse (eller) udsendelse af procesdeltageren til Syrien ikke ville være lovlig (afgørelsens punkt V).

- 8 Forbundskontoret for immigration og asyl lagde i sin begrundelse til grund, at det af situationsrapporter om Syrien fremgik, at der i denne stat fortsat var risiko for, at mennesker blev tvangsrekrutteret. Det kunne ikke udelukkes, at procesdeltageren ville blive offer for tvangsrekruttering og tvunget til at deltage i krigsforbrydelser. Der måtte derfor også fremover tages afstand fra en udsendelse til Syrien.
- 9 Procesdeltageren anlagde søgsmål til prøvelse af denne afgørelse ved Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager).
- 10 Procesdeltageren begik fortsat strafbare handlinger. Ved endelig dom afsagt af Bezirksgericht Linz (distriktsdomstolen i Linz) af 16. juni 2020 blev han idømt en (ubetinget) frihedsstraf på fire måneder for legemsbeskadigelse. Landesgericht Linz idømte den 8. oktober 2020 procesdeltageren en (ubetinget) frihedsstraf på fem måneder for grove trusler i henhold til straffelovens § 107, stk. 1, og svig i henhold til straffelovens § 146.
- 11 Bundesverwaltungsgericht gennemførte den 28. oktober 2020 et retsmøde, hvor procesdeltageren erklærede, at han trak søgsmålet til prøvelse af afgørelsens punkt V – hvorved det blev fastslået, at en udvisning af ham ville være ulovlig – tilbage. Ved dom af 28. maj gav Bundesverwaltungsgericht procesdeltageren medhold i søgsmålet og annullerede de øvrige punkter I-IV, VI og VII i afgørelsen uden at erstatte dem.
- 12 I dommens præmisser anførte Bundesverwaltungsgericht, at en udlændings status som asylberettiget i henhold til § 7, stk. 1, nr. 1, i asylloven skal tilbagekaldes ved afgørelse ex officio, såfremt der foreligger en asyludelukkelsesgrund i henhold til § 6 i asylloven af 2005. Der skal foreligge fire forudsætninger, for at dette kriterium kan anses for at være opfyldt. For det første skal udlændingen have begået en særlig grov forbrydelse, for det andet skal den pågældende være blevet dømt herfor ved en endelig dom, for det tredje skal vedkommende udgøre en fare for fællesskabet, og for det fjerde skal offentlighedens interesse i at bringe udlændingens opholdstilladelse til ophør veje tungere end den pågældendes interesse i en opretholdelse af tilflugtsstatens beskyttelse.
- 13 Bundesverwaltungsgericht bekræftede herefter under hensyntagen til retspraksis fra Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol) vedrørende dette spørgsmål, at der forelå de forudsætninger, der er nævnt under punkt 1-3. Procesdeltageren udgør som følge af den handel med euforiserende stoffer og de voldelige angreb på andre mennesker, som han har begået, en betydelig fare for samfundet. Den konkluderede også, at det ikke er muligt at stille en »gunstig fremtidsprognose« for procesdeltageren, der i alle tilfælde hurtigt har fået tilbagefald. Med hensyn til den fjerde forudsætning anførte Verwaltungsgericht, at der skulle foretages en interesseafvejning vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt tilflugtsstatens interesser vejer tungere end flygtingens interesser. Såfremt princippet om non-refoulement forstås som et instrument til beskyttelse af menneskerettighederne, og hvis det princip, at personer, der overtræder strafferetlige bestemmelser, ikke automatisk

skal miste alle grundlæggende rettigheder, tages i betragtning, kan tilflugtsstatens interesser kun i sjældne og ekstreme undtagelsestilfælde veje tungest. Bundesverwaltungsgericht lagde tydeligvis konstateringer om, at »palæstinensiske flygtninge med varigt ophold i Syrien« er underlagt værnepligt, til grund for sin vurdering. Ifølge rapporter betragter den (syriske) regering ikke blot militærnægtelse som en handling, der skal forfølges strafferetligt, men også som udtryk for politisk dissens og manglende villighed til at beskytte »fædrelandet« mod terrortrusler. Med hensyn til konsekvenserne af desertering og militærnægtelse er der ganske vist forskellige rapporter og modstridende opfattelser. Der berettes imidlertid også om, at »pågribelsen af en militærnægter kan sidestilles med en garanti for tortur og en dødsdom«.

- 14 Forbundskontoret for immigration og asyl har iværksat en revisionsanke til prøvelse af denne dom ved Verwaltungsgerichtshof.

Hovedsagens parter væsentlige argumenter

- 15 Myndigheden har gjort gældende, at retspraksis fra Verwaltungsgerichtshof hidrører fra en tid og en retstilstand, der ikke kan sammenlignes med den nuværende retstilstand, der er relevant i hovedsagen. Lovgiver har truffet foranstaltninger for, at der i henhold til den retstilstand, der finder anvendelse i hovedsagen, ikke må ske en udvisning til hjemlandet, hvis udlændingen risikerer sådanne konsekvenser, at der kan frygtes en tilsidesættelse af EMRK's artikel 2 eller 3. Den interesseafvejning, som Bundesverwaltungsgericht har foretaget, er ikke nødvendig for at beskytte mod udsendelse, eftersom procesdeltageren nyder en national beskyttelse mod udsendelse i en sådan form, at det, såfremt der foreligger et forbud mod refoulement, fastslås ved en endelig afgørelse, at udsendelsen ikke er lovlig. En betragtning af udelukkelsesgrunden i direktiv 2011/95/EU viser, at formålet med disse bestemmelser er at opretholde troværdigheden af det beskyttelsessystem, der er etableret ved direktiverne i overensstemmelse med Genèvekonventionen. Disse bestemmelser er dermed endda til hinder for opretholdelsen af den tidligere tildelte beskyttelsesstatus.
- 16 Den Europæiske Unions Domstol har i dom af 9. november 2010, C-57/09 og C-101/09, fastslået, at udelukkelse fra at blive anerkendt som flygtning i henhold til artikel 12, stk. 2, litra b) og c), i direktiv 2004/83/EF ikke er betinget af en konkret proportionalitetsvurdering. Artikel 12, stk. 2, litra b) og c), i direktiv 2004/83/EF er overtaget i omarbejdningen af direktiv 2011/95/EU. Artikel 12, stk. 2, litra b) og c), i direktiv 2011/95/EU er gennemført i national lovgivning ved § 6, stk. 1, nr. 2, i asyloven af 2005. Ved § 6, stk. 1, nr. 4, i asyloven af 2005, der er relevant i den foreliggende sag, har den østrigske lovgiver gennemført artikel 14, stk. 4, litra b), i direktiv 2011/95/EU. Domstolen har endnu ikke taget stilling til, om der i henhold til denne bestemmelse skal gennemføres en interesseafvejning. Forbundskontoret for immigration og asyl har givet udtryk for den opfattelse, at Domstolens betragtninger i dom af 9. november 2010 vedrørende artikel 12,

stk. 2, litra b) og c), i direktiv 2004/83/EF også er relevante for forståelsen af artikel 14, stk. 4, litra b), i direktiv 2011/95/EU.

Kort fremstilling af begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse

Det første spørgsmål

- 17 Begrebet »særlig grov forbrydelse« omfatter i henhold til Verwaltungsgerichtshofs retspraksis kun strafbare handlinger, der objektivt krænker særlig vigtige retsgoder. Typiske grove forbrydelser er f.eks. drab, voldtægt, børnemishandling, brandstiftelse, narkotikahandel, væbnet røveri og lignende. Også krænkelsen af det retsgode, der udgøres af børns seksuelle integritet, er blevet kvalificeret som en »særlig grov forbrydelse«. Verwaltungsgerichtshof har imidlertid også allerede fastslået, at der er tale om en opregning af eksempler på forbrydelser, der dermed på ingen måde er udtømmende, i forbindelse med Genèvekonventionens artikel 33, nr. 2. Ligeledes har Verwaltungsgerichtshof givet udtryk for den opfattelse, at realiserede forbrydelser i tilfælde af et stort antal relevante endelige domfældelser og betydelige og hovedsagelig ubetingede frihedsstraffe, som er blevet pålagt i denne forbindelse, ud fra en samlet betragtning kan kvalificeres som en »særlig grov forbrydelse«.
- 18 Desuden har Verwaltungsgerichtshof fastslået, at kun lovoertrædere, der er til fare for samfundet, i henhold til Genèvekonventionens artikel 33, nr. 2, må tilbagesendes til hjemlandet. Såfremt der kan stilles en gunstig prognose for lovoertræderens fremtidige adfærd, må den her omhandlede tilbagekaldelsesgrund i henhold til Genèvekonventionens artikel 33, nr. 2, ikke anvendes. I forbindelse med prognosen for faren skal der ikke blot tages hensyn til den kendsgerning, at en udlænding er blevet dømt og straffet, men også til de tilgrundliggende strafbare handlingers art og grovhed og det personlighedsbillede, der kan dannes på baggrund heraf.
- 19 Forpligtelsen til at foretage en interesseafvejning anerkendes i statspraksis. Ved denne interesseafvejning skal den berørte myndighed opveje en forbrydelses forkastelige karakter og den potentielle fare for samfundet mod asylansøgerens beskyttelsesinteresser, der omfatter omfanget og arten af de foranstaltninger, som den pågældende risikerer at blive udsat for. Genèvekonventionens artikel 1 F og artikel 33, stk. 2, kan f.eks. ikke finde anvendelse, hvis de foranstaltninger, som den pågældende risikerer at blive udsat for, er relativt alvorlige, mens asylansøgeren i vidt omfang kan anses for at være resocialiseret, eftersom han ikke har haft tilbagefald. Såfremt asylansøgeren har udsigt til tortur eller død, vejer offentlighedens interesser i ikke at give asyl sjældent tungere end de individuelle beskyttelsesinteresser.
- 20 Ved denne betragtning fokuseres der på, at udlændingen udgør en stor og aktuel fare, som tilflugtsstaten ønsker at afværge. Hvis konsekvenserne af en tilbagesendelse på trods af en klar risiko for forfølgelse af den berørte udlænding i

hjemlandet tages i betragtning, forekommer det imidlertid nærliggende, at der skal foretages en interesseafvejning med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt de risici, som påføres udlændingen ved tilbagesendelsen til hjemlandet, kan være acceptable i forhold til den fare, som den pågældende indebærer.

- 21 Det er centralt for forståelsen af grunden til tilbagekaldelse i henhold til artikel 14, stk. 4, at udlændingen som følge af sine omfattende tilbagefald og den fare, som han derfor indebærer, har vist sig uværdig til at beholde sin status som asylberettiget. Myndighedens opfattelse på dette punkt er i overensstemmelse med den hensigt, som den østrigske lovgiver udtrykkeligt gav udtryk for i forbindelse med ændringerne af asylloven af 2005.
- 22 Det synes at fremgå af udtalelser fra Det Europæiske Asylstøttekontor (EASO), at der kun i østrigsk retspraksis ved anvendelse af den nationale bestemmelse, der er vedtaget til gennemførelse af artikel 14, stk. 4, i direktiv 2011/95/EU, foretages en interesseafvejning, der kan medføre, at en udlænding, der har overtrådt loven, ikke kun tildes en (national) beskyttelse mod udsendelse, men heller ikke kan afskæres fra eller fratages statussen som asylberettiget.
- 23 Således synes medlemsstaternes fortolkning af artikel 14, stk. 4, litra b), i direktiv 2011/95/EU ikke at være ensartet. En forskelligartet fortolkning synes imidlertid at være egnet til at foranledige personer, der ansøger om international beskyttelse eller ønsker at beholde en allerede tildelt beskyttelsesstatus, til at rejse til andre medlemsstater, hvor der praktiseres en for dem gunstigere fortolkning af EU-retten. Dette kan muligvis tilskynde til en praksis med forum shopping med henblik på at omgå de regler, der er indført ved direktiv 2011/95/EU. I henhold til ordlyden i 13. betragtning til dette direktiv bør den indbyrdes tilnærmelse af reglerne for anerkendelse og indhold af flygtningestatus og subsidiær beskyttelsesstatus medvirke til at »begrænse de sekundære bevægelser, ansøgere om international beskyttelse foretager mellem medlemsstaterne«, hvor sådanne bevægelser udelukkende sker på grund af forskelle i de retlige rammer (jf. dom af 10.6.2021, Forbundsrepublikken Tyskland [begrebet »alvorlig og individuel trussel«], C- 901/19, EU:C:2021:472, præmis 36).

Det andet spørgsmål

- 24 Østrigsk ret bestemmer, at der skal vedtages en afgørelse om tilbagesendelse over for en udlænding, der som følge af strafbare handlinger ikke eller ikke længere har ret til status som asylberettiget eller subsidiær beskyttelse, også hvis udsendelsen vil være ulovlig på ubestemt tid. I denne forbindelse har den østrigske lovgiver i forarbejderne forklaret, at direktiv 2011/95/EU ikke omhandler spørgsmålet om, hvorvidt der kan træffes en afgørelse om at bringe opholdstilladelsen til ophør over for udlændinge, hvis status som asylberettigede eller hvis subsidiære beskyttelsesstatus skal tilbagekaldes eller ikke skal tildes, (artikel 12 og 14 i direktiv 2011/95/EU). For så vidt som artikel 14, stk. 6, i direktiv 2011/95/EU bestemmer, at visse garantier i Genèvekonventionen finder tilsvarende anvendelse på sådanne udlændinge, tilgodeses disse garantier ved, at det i de i § 8, stk. a, og

§ 9, stk. 2, i asylloven af 2005 nævnte tilfælde nødvendigvis skal fastslås, at refoulement, tilbagesendelse eller udsendelse af udlændingen til hjemlandet er ulovlig. Det står i henhold til artikel 6, stk. 6, i direktiv 2008/115/EF medlemsstaterne frit for at træffe afgørelse om ophør af lovligt ophold sammen med en afgørelse om tilbagesendelse i en og samme administrative eller retslige afgørelse eller retsakt i henhold til deres nationale lovgivning.

- 25 I henhold til den østrigske retstilstand hænger tilbagekaldelsen af beskyttelsesstatusen sammen med fortabelsen af den opholdsret, som tidligere var tildelt som følge af statusen som asylberettiget (eller den subsidiære beskyttelsesstatus). Udlændingens ophold er dermed ikke længere lovligt. Såfremt der vedtages en afgørelse om tilbagesendelse i forbindelse med tilbagekaldelsen, men det samtidig fastslås, at en udsendelse til hjemlandet er ulovlig, medfører dette (forudsat at en udsendelse til en anden stat ikke er lovlig), at udlændingens ophold på Republikken Østrigs område skal tåles, så længe en udsendelse ikke er lovlig.
- 26 En sådan retstilstand kan imidlertid – henset til Domstolens seneste praksis – være i strid med bestemmelserne i direktiv 2008/115/EF.
- 27 I dom af 3. juni 2021, *Westerwaldkreis* (C- 546/19, EU:C:2021:432), har Domstolen for nylig fastslået, at det ville være i strid med såvel formålet med direktiv 2008/115, således som det fremgår af direktivets artikel 1, som ordlyden af dette direktivs artikel 6, at acceptere, at der findes en mellemstatus for tredjelandstatsborgere, som befinder sig på en medlemsstats område uden hverken ret til ophold eller opholdstilladelse, og som i givet fald er genstand for et indrejseforbud, men over for hvem der ikke foreligger nogen gyldig afgørelse om tilbagesendelse (præmis 57). Disse betragtninger gælder ligeledes for så vidt angår tredjelandstatsborgere, som opholder sig ulovligt på en medlemsstats område, men som ikke kan udsendes, eftersom princippet om non-refoulement er til hinder herfor (præmis 58). Det fremgår af artikel 9, stk. 1, litra a), i direktiv 2008/115/EF, at denne omstændighed ikke begrunder, at det undlades at træffe en afgørelse om tilbagesendelse over for en tredjelandstatsborger i en sådan situation, men alene at tilbagesendelsen af den pågældende udsættes i forbindelse med fuldbyrdelsen af nævnte afgørelse (præmis 59).
- 28 Hvis det som i den foreliggende sag på forhånd står klart, at en afgørelse om tilbagesendelse på ubestemt tid ikke må fuldbyrdes, kan der imidlertid ikke tales om vedtagelsen af en »effektiv« afgørelse om tilbagesendelse, og artikel 9, stk. 1, litra a), synes dermed kun at omhandle de situationer, hvor det kan lægges til grund, at de forhold, der hindrer udsendelsen, vil falde bort inden for kort tid.
- 29 I sin praksis har Domstolen nemlig også fastslået, at når der er vedtaget en afgørelse om tilbagesendelse over for en tredjelandstatsborger, men sidstnævnte ikke har efterkommet forpligtelsen til at vende tilbage, hvad enten det måtte være inden for den indrømmede frist for frivillig udrejse, eller hvis der ikke er indrømmet en frist herfor, skal medlemsstaterne i henhold til artikel 8, stk. 1, i

direktiv 2008/115/EF med det formål at sikre, at procedurerne for tilbagesendelse er effektive, træffe alle nødvendige foranstaltninger for at udsende den pågældende person, hvilket i henhold til direktivets artikel 3, nr. 5), vil sige den fysiske transport af vedkommende ud af medlemsstaten (dom af 14.1.2021, TQ [tilbagesendelse af en uledsaget mindreårig], C- 441/19, EU:C:2020:515, præmis 79). Det følger af både medlemsstaternes pligt til loyalt samarbejde og af de effektivitetskrav, der fremgår af navnlig fjerde betragtning til direktiv 2008/115, at den forpligtelse, som medlemsstaterne i henhold til direktivets artikel 8 er pålagt til i de i denne artikels stk. 1 nævnte tilfælde at foretage udsendelse af nævnte statsborger, skal opfyldes hurtigst muligt (præmis 80 i den nævnte dom i sag C-441/19).

- 30 I et tilfælde, hvor udsendelsen af udlændingen ved en endelig afgørelse er blevet erklæret ulovlig, er det imidlertid helt umuligt for myndigheden at opfylde netop denne forpligtelse, indtil der foreligger en afgørelse om det modsatte, hvoraf lovligheden af en udsendelse fremgår (hvilket ikke kan forventes inden for kort tid). I et sådant tilfælde kan myndigheden muligvis – henset til Domstolens praksis – være underlagt et forbud i henhold til bestemmelserne i direktiv 2008/115/EF mod (i en vis forstand på forhånd) at vedtage en afgørelse om tilbagesendelse.
- 31 På baggrund af det ovenstående fremgår fortolkningen af EU-retten med hensyn til de ovenfor anførte spørgsmål ikke med en sådan klarhed for Verwaltungsgerichtshof, at der ikke kan være nogen tvivl, og derfor forelægges Den Europæiske Unions Domstol spørgsmålene ved denne anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF.