

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN

JULIANE KOKOTT

vom 10. März 2005¹

I — Einleitung

1. In diesem Vertragsverletzungsverfahren macht die Kommission geltend, dass das Königreich Spanien in mehrfacher Hinsicht die Richtlinie 64/221/EWG² verletzt habe. Diese Richtlinie konkretisiert die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten berechtigt sind, Einreise- und Aufenthaltsrechte von Ausländern aus anderen Mitgliedstaaten sowie von deren Angehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zu beschränken.

2. Anlass des Rechtsstreits ist die Verwaltungspraxis in Spanien, bei der Angehörigen von Drittstaaten ohne weitere Prüfung des Einzelfalls weder die Einreise erlaubt noch ein Visum erteilt wird, wenn die betreffenden Personen im computergestützten Schengener Informationssystem (im Weiteren als SIS bezeichnet) zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sind. Die Kommission ist der Ansicht, dieser Automatismus sei mit der vorgenannten Richtlinie unvereinbar, wenn

es sich bei den Drittausländern um Angehörige von Unionsbürgern handelt. Das Königreich Spanien verteidigt sich insbesondere damit, dass seine Verwaltungspraxis den Vorgaben des Schengener Durchführungsübereinkommens³ (im Weiteren als SDÜ bezeichnet) entspreche. Das Verfahren wirft damit die Frage auf, ob die einschlägigen Bestimmungen aus dem Schengen-Besitzstand mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und wie ein etwaiger Konflikt zu lösen ist.

II — Rechtlicher Rahmen

A — Die Richtlinie 64/221

3. Die Kommission rügt die Verletzung folgender Artikel dieser Richtlinie:

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (ABL 1964, Nr. 56, S. 850).

3 — Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (ABL 2000, I, 239, S. 19). Dieses auch Schengen II genannte Übereinkommen wurde am 19. Juni 1990 unterzeichnet. Das Königreich Spanien ist den Schengener Übereinkommen am 25. Juni 1991 beigetreten.

„Artikel 1

(1) Diese Richtlinie gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, die sich in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft aufhalten oder sich dorthin begeben, um eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben oder um Dienstleistungen entgegenzunehmen.

(2) Diese Bestimmungen gelten auch für den Ehegatten und die Familienmitglieder, welche die Bedingungen der auf Grund des Vertrages auf diesem Gebiet erlassenen Verordnungen und Richtlinien erfüllen.

Artikel 2

(1) Diese Richtlinie betrifft die Vorschriften für die Einreise, die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet, welche die Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erlassen.

(2) Diese Gründe dürfen nicht für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden.

Artikel 3

(1) Bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darf ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein.

(2) Strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne weiteres diese Maßnahmen nicht begründen.

...

Artikel 6

Dem Betroffenen sind die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die der ihn betreffenden Entscheidung zugrunde liegen, bekanntzugeben, es sei denn, dass Gründe der Sicherheit des Staates dieser Bekanntgabe entgegenstehen.“

4. Diese Richtlinie wird am 29. April 2006 durch die Richtlinie 2004/38/EG ersetzt.⁴

eine Erklärung des hierdurch eingesetzten Exekutivausschusses:

1. Das Schengener Durchführungsübereinkommen

B — *Der Schengen-Besitzstand*

5. Teil des Schengen-Besitzstands ist das SIS. Dabei handelt es sich um eine staatenübergreifende Datenbankanwendung, die aus nationalen Einheiten und einer zentralen technischen Unterstützungseinheit in Straßburg besteht. Das SIS ermöglicht den Behörden die Abfrage von Informationen über Personen und Gegenstände, insbesondere im Rahmen des Verfahrens zur Visumerteilung, im Zusammenhang mit Kontrollen an den Außengrenzen sowie im Rahmen von Überprüfungen und Kontrollen durch Polizei- und Zollbehörden im Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten. Das System wurde geschaffen, um Sicherheitsdefizite aus dem Abbau der Kontrollen an deren Binnengrenzen auszugleichen. Das vorliegende Verfahren betrifft die Ausschreibung von Drittstaaten zur Einreiseverweigerung. Einschlägig sind insofern insbesondere die folgenden Bestimmungen des SDÜ sowie

6. Artikel 1 SDÜ definiert den Begriff des „Drittausländers“ als eine Person, die nicht Staatsangehöriger eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften ist.

7. Artikel 5 SDÜ regelt die Einreise von Drittausländern für einen zeitlich begrenzten Aufenthalt im Schengen-Raum. Diese Vorschrift lautet auszugsweise:

„1. Für einen Aufenthalt von bis zu drei Monaten kann einem Drittausländer die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien gestattet werden, wenn er die nachstehenden Voraussetzungen erfüllt:

...

d) Er darf nicht zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sein.

⁴ — Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABL L 158, S. 77).

...

2. Einem Drittausländer, der nicht alle diese Voraussetzungen erfüllt, muss die Einreise in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien verweigert werden, es sei denn, eine Vertragspartei hält es aus humanitären Gründen oder Gründen des nationalen Interesses oder aufgrund internationaler Verpflichtungen für erforderlich, von diesem Grundsatz abzuweichen. In diesen Fällen wird die Zulassung auf das Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei beschränkt, die die übrigen Vertragsparteien darüber unterrichten muss.“

8. Die Artikel 15 und 16 SDÜ enthalten eine Parallelregelung zu Artikel 5 SDÜ für die Erteilung von Sichtvermerken. Diese dürfen grundsätzlich nur erteilt werden, wenn die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe d SDÜ aufgeführte Voraussetzung erfüllt ist. Abweichend hiervon kann jedoch aus einem der in Artikel 5 Absatz 2 SDÜ genannten Gründe auch bei Vorliegen einer Ausschreibung zur Einreiseverweigerung ein Visum erteilt werden. Dessen räumliche Gültigkeit ist dann auf das Hoheitsgebiet desjenigen Mitgliedsstaats zu beschränken, der den Sichtvermerk erteilt.

9. Artikel 96 SDÜ regelt die hier relevante Ausschreibungskategorie des SIS, die Einreiseverweigerung:

„1. Die Daten bezüglich Drittausländern, die zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sind, werden aufgrund einer nationalen Ausschreibung gespeichert, die auf Entscheidungen der zuständigen Verwaltungsbehörden

und Gerichte beruht, wobei die Verfahrensregeln des nationalen Rechts zu beachten sind.

2. Die Entscheidungen können auf die Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit, die die Anwesenheit eines Drittausländers auf dem Hoheitsgebiet der Vertragspartei bedeutet, gestützt werden.

Dies kann insbesondere der Fall sein

- a) bei einem Drittausländer, der wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist;
- b) bei einem Drittausländer, gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten, einschließlich solcher im Sinne von Artikel 71 begangen hat, oder gegen den konkrete Hinweise bestehen, dass er solche Taten in dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei plant.

3. Die Entscheidungen können ebenso darauf beruhen, dass der Drittausländer ausgewiesen, zurückgewiesen oder abgeschoben worden ist, wobei die Maßnahme nicht

aufgeschoben oder aufgehoben worden sein darf, ein Verbot der Einreise oder des Aufenthalts enthalten oder davon begleitet sein muss und auf der Nichtbeachtung des nationalen Rechts über die Einreise oder den Aufenthalt von Ausländern beruhen muss.“

10. Artikel 94 Absatz 3 SDÜ definiert abschließend die Angaben, die im SIS gespeichert werden. Die Gründe für eine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung werden danach nicht in das SIS eingegeben.

11. Nach Artikel 134 SDÜ sind die Bestimmungen dieses Übereinkommens nur anwendbar, soweit sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Artikel 142 SDÜ sieht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem SDÜ und Übereinkommen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften vor, dass im Fall eines Widerspruchs das SDÜ zu ersetzen oder zu ändern ist.

2. Die Erklärung zum Begriff „Drittausländer“

12. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Drittausländers in das SIS wurden mit der Erklärung des Exekutivausschusses vom

18. April 1996 zur Bestimmung des Begriffs „Drittausländer“⁵ näher definiert:

„[I]m Hinblick auf die Anwendung des Artikels 96 des Schengener Durchführungsübereinkommens

werden gemeinschaftsrechtlich begünstigte Personen grundsätzlich nicht in die gemeinsame Liste von Personen aufgenommen, denen die Einreise in das Hoheitsgebiet zu verweigern ist.

Allerdings können die nachstehend aufgeführten Personen, die gemeinschaftsrechtlich begünstigt sind, in diese Liste aufgenommen werden, wenn die Voraussetzungen für eine solche Aufnahme mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang stehen:

a) Familienangehörige von Unionsbürgern, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind und denen ein aufgrund des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erlassener Rechtsakt das Einreise- und Aufenthaltsrecht in einem Mitgliedstaat gibt.

b) ...

5 — SCH/Com-ex (96) decl. 5 (ABl. 2000, L 239, S. 458), im Weiteren auch als *Erklärung des Exekutivausschusses* bezeichnet.

Stellt sich heraus, dass eine Person, die in die gemeinsame Liste von nicht zuzulassenden Personen eingetragen wurde, gemeinschaftsrechtlich begünstigt ist, ist die Beibehaltung in der Liste nur möglich, wenn diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Ist dies nicht der Fall, so trifft der Mitgliedstaat, der die betreffende Person in die Liste eingetragen hat, alle erforderlichen Maßnahmen zur Streichung dieser Person aus der Liste.“

geben, sich schneller zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu entwickeln,

...

C — *Das Schengen-Protokoll*

13. Der aus der völkerrechtlichen Zusammenarbeit der Schengen-Staaten hervorgegangene Besitzstand wurde mit Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999 in die Europäische Union integriert. Hierbei wurden die Schengen-Staaten zu einer verstärkten Zusammenarbeit ermächtigt. Das zu diesem Zweck vereinbarte Protokoll zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union⁶ sieht in der Präambel u. a. vor:

„ANGESICHTS dessen, dass die von einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union am 14. Juni 1985 und am 19. Juni 1990 in Schengen unterzeichneten Übereinkommen ... darauf abzielen, die europäische Integration zu vertiefen und insbesondere der Europäischen Union die Möglichkeit zu

IN BEKRÄFTIGUNG dessen, dass die Bestimmungen des Schengen-Besitzstands nur in dem Maße anwendbar sind, in dem sie mit den Rechtsvorschriften der Europäischen Union und der Gemeinschaft vereinbar sind, ...“

14. Gemäß Artikel 1 Satz 2 des Protokolls erfolgt die verstärkte Zusammenarbeit auf der Grundlage des Schengen-Besitzstands innerhalb des institutionellen und rechtlichen Rahmens der Europäischen Union und unter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

15. Nach Artikel 2 Absatz 1 Unterabsatz 2 Satz 2 des Protokolls hat der Rat einstimmig gemäß den einschlägigen Bestimmungen der Verträge die Rechtsgrundlage für jede Bestimmung und jeden Beschluss festzulegen, die den Schengen-Besitzstand bilden.

6 — ABl. 1997, C 340, S. 93, im Weiteren als *Schengen-Protokoll* bezeichnet.

D — *Der Beschluss 1999/436/EG*

16. Dieser Vorgabe des Schengen-Protokolls ist der Rat mit dem Beschluss 1999/436/EG⁷ weitgehend nachgekommen. Dabei wurde Artikel 5 SDÜ (mit Ausnahme von Absatz 1 Buchstabe e) dem Artikel 62 Absatz 2 Buchstabe a EG zugeordnet. Den Artikeln 15 und 16 SDÜ wurde Artikel 62 Absatz 2 Buchstabe b EG als Rechtsgrundlage zugewiesen.

17. Dagegen erzielte der Rat keine Einigung über die Zuordnung der Bestimmungen über das SIS (also u. a. Artikel 96 SDÜ), der Artikel 134 und 142 SDÜ sowie der Erklärung des Exekutivausschusses. Diese gelten daher gemäß Artikel 2 Absatz 1 Unterabsatz 4 Schengen-Protokoll bis zum Erlass einer anderen Entscheidung als Rechtsakte, die auf Titel VI EU gestützt sind.

III — Sachverhalt und Vorverfahren

18. Die Kommission hat das Vorverfahren nach Beschwerden von zwei algerischen

⁷ — Beschluss 1999/436/EG des Rates vom 20. Mai 1999 zur Festlegung der Rechtsgrundlagen für die einzelnen Bestimmungen und Beschlüsse, die den Schengen-Besitzstand bilden, nach Maßgabe der einschlägigen Bestimmungen des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft und des Vertrags über die Europäische Union (ABl. L 176, S. 17).

Staatsangehörigen — Herrn Farid und Herrn Bouchair — eingeleitet. Diese hatten folgende Sachverhalte vorgetragen:

19. Herr Farid ist mit einer spanischen Staatsangehörigen verheiratet und wohnt mit seiner Familie in Dublin. Bei seiner Ankunft auf dem Flughafen von Barcelona am 5. Februar 1999 mit einem Flug aus Algerien wurde Herrn Farid die Einreise in das Hoheitsgebiet des Königreichs Spanien verweigert. Diese Entscheidung wurde damit begründet, dass Herr Farid von der Bundesrepublik Deutschland im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben gewesen sei. Ein am 17. September 1999 bei der spanischen Botschaft in Dublin beantragtes Visum wurde mit Schreiben vom 17. Dezember 1999 aus denselben Gründen nicht erteilt.

20. Auch Herr Bouchair ist mit einer spanischen Staatsangehörigen verheiratet. Er wohnt mit dieser in London. Zur Vorbereitung einer Urlaubsreise mit seiner Ehefrau beantragte Herr Bouchair bei der spanischen Botschaft ein Visum für die Einreise in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats. Der Antrag wurde am 9. Mai 2000 abgelehnt. Ein zweiter Antrag blieb ebenfalls erfolglos. Zur Begründung der Entscheidungen wurde jeweils angeführt, dass Herr Bouchair nicht die Voraussetzungen von Artikel 5 Absatz 1 SDÜ erfüllt habe. Im Rahmen des Vorverfahrens stellte sich heraus, dass das Visum nicht erteilt worden war, weil auch für diesen Antragsteller eine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung vorgelegen hatte.

21. Nach Darstellung der Parteien waren die Ausschreibungen zur Einreiseverweigerung in beiden Fällen auf strafrechtliche Verurteilungen zurückzuführen. Herr Farid war 1994 von einem deutschen Gericht zu einer Geldstrafe verurteilt worden, nachdem er ohne Fahrerlaubnis ein Kraftfahrzeug geführt hatte. Dagegen war Herr Bouchair zu einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten verurteilt worden, weil er vor der Eheschließung mit der spanischen Staatsangehörigen in der Bundesrepublik Deutschland einen Asylantrag unter einer falschen Identität gestellt hatte.

22. Die Kommission forderte das Königreich Spanien mit einem Mahnschreiben vom 23. April 2001 auf, zu den Beschwerden Stellung zu nehmen. Die spanische Regierung bestätigte daraufhin die geschilderten Sachverhalte. Sie wies jedoch den Vorwurf zurück, dass die gerügte Verwaltungspraxis die Richtlinie 64/221 verletze. In der mit Gründen versehenen Stellungnahme vom 26. Juni 2002 führte die Kommission ihren Standpunkt näher aus. Dessen ungeachtet hielt die spanische Regierung an ihrer Rechtsauffassung fest.

23. Daraufhin hat die Kommission am 27. November 2003 gemäß Artikel 226 Absatz 2 EG Klage erhoben.

IV — Anträge

24. Die Kommission beantragt,

1. festzustellen, dass das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus

den Artikeln 1, 2, 3 und 6 der Richtlinie 64/221/EWG vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, verstoßen hat, indem es zwei Personen, beide Staatsangehörige von Drittländern und Familienangehörige von Bürgern der Europäischen Union, die Erteilung eines Visums und die Einreise in das spanische Staatsgebiet allein deswegen verweigert hat, weil sie (auf Antrag eines Mitgliedstaats) auf der Ausschreibungsliste des Schengener Informationssystems standen, und indem es die Verweigerung des Visums und der Einreise nicht ausreichend begründet hat;

2. dem Königreich Spanien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

25. Das Königreich Spanien beantragt,

1. die Klage abzuweisen;
2. der klagenden Institution die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

V — Rechtliche Würdigung

26. Die Kommission stützt ihre Klage auf zwei Rügen. Zunächst wirft sie Spanien vor,

dass seine Verwaltungspraxis die materiellen Voraussetzungen des Gemeinschaftsrechts — insbesondere der Richtlinie 64/221 — verkenne, bei deren Vorliegen die Freizügigkeit eines Ausländers aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beschränkt werden darf. Daneben macht sie geltend, dass die ablehnenden Entscheidungen der spanischen Behörden jeweils auch unzureichend begründet gewesen seien.

27. Die spanische Regierung verteidigt sich damit, dass die Praxis der spanischen Stellen den Regelungen des SDÜ entspreche. Es sei *ausschließlich* dem ausschreibenden Mitgliedstaat vorzuwerfen, wenn der Angehörige eines Unionsbürgers im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben sei und ihm deshalb die Einreise oder ein Sichtvermerk verweigert werde, obwohl die Voraussetzungen der Richtlinie 64/221 nicht gegeben seien.

28. Insofern ist zunächst klarzustellen, dass das vorliegende Vertragsverletzungsverfahren nicht die Ausschreibung der Beschwerdeführer Farid und Bouchair zur Einreiseverweigerung betrifft. Für diese Ausschreibung ist gemäß Artikel 105 SDÜ allein der ausschreibende Mitgliedstaat verantwortlich, hier Deutschland.

29. Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens ist nicht die Eintragung in das SIS, sondern die sich anschließende Frage nach

deren Auswirkungen. Mit anderen Worten: Ist es mit der Richtlinie 64/221 vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat dem Familienangehörigen eines Unionsbürgers die Einreise bzw. die Erteilung eines Visums ohne weitere Prüfung und aus dem alleinigen Grund verweigert, dass der Antragsteller von einem anderen Mitgliedstaat zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben ist?

30. Insofern ist unstrittig, dass die spanischen Stellen in Übereinstimmung mit dem SDÜ gehandelt haben. Die Artikel 5 und 15 SDÜ differenzieren nämlich nicht danach, ob es sich bei dem Drittausländer, dem die Einreise oder der Sichtvermerk verweigert werden, um eine durch das Gemeinschaftsrecht begünstigte Person oder um einen sonstigen Drittausländer handelt. Allein nach Maßgabe des Wortlauts *dieser* Bestimmungen wäre daher bei Vorliegen einer Eintragung im SIS die Einreise zu verweigern bzw. das Visum nicht zu erteilen. Die Vorwürfe der Kommission können daher nur begründet sein, wenn die Bestimmungen des SDÜ den Anforderungen der Richtlinie 64/221 nicht vorgehen.

A — *Zum Verhältnis des SDÜ zu der Richtlinie 64/221*

31. Die spanische Regierung betont mehrfach, die maßgeblichen Vorschriften des SDÜ seien infolge der Integration des Schengen-Besitzstands durch den Vertrag von Amsterdam Bestandteil des Gemein-

schaftsrechts. Sie geht daher offenbar davon aus, dass eine behördliche Praxis, die im Einklang mit dem SDÜ steht, nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen könne. Diese Auffassung wäre insbesondere dann zutreffend, wenn die Bestimmungen des SDÜ über die Einreiseverweigerung der Richtlinie 64/221 vorgehen würden.

32. Was den Zeitraum vor Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam einschließlich des Schengen-Protokolls angeht, so ergibt sich jedoch bereits aus Artikel 134 SDÜ, dass die Bestimmungen des SDÜ nur anwendbar sind, soweit sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.⁸ Dementsprechend ist die Verweigerung der Einreise gegenüber Herrn Farid am 5. Februar 1999 — also vor der Integration des Schengen-Besitzstands — nach der Richtlinie 64/221 zu beurteilen.

33. Nichts anderes gilt seit der Integration des Schengen-Besitzstands. Das Schengen-Protokoll bestätigt die Regelung des Artikels 134 SDÜ. Artikel 1 Satz 1 des Protokolls ermächtigt die Schengen-Staaten, untereinander eine verstärkte Zusammenarbeit im Rahmen des Schengen-Besitzstands zu begründen. Gemäß Satz 2 erfolgt diese Zusam-

menarbeit innerhalb des institutionellen und rechtlichen Rahmens der Europäischen Union und unter Beachtung der einschlägigen Bestimmungen des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Absatz 3 der Präambel des Protokolls schließlich stellt klar, dass die Bestimmungen des Schengen-Besitzstands nur in dem Maß anwendbar sind, in dem sie mit den Rechtsvorschriften der Europäischen Union und der Gemeinschaft vereinbar sind. Das entspricht den allgemeinen Bestimmungen über die verstärkte Zusammenarbeit, die nach Artikel 43 Buchstabe c EU den gemeinschaftlichen Besitzstand nicht beeinträchtigen kann.

34. Folglich ist schon nach dem SDÜ und dem Schengen-Protokoll ein Konflikt zwischen dem SDÜ und der Richtlinie 64/221 ausgeschlossen. Spanien kann sich daher zur Rechtfertigung seiner Praxis nicht auf das SDÜ berufen.

B — Zur Richtlinie 64/221

8 — Artikel 134 SDÜ stellte die Beachtung der Urteile vom 10. November 1992 in der Rechtssache C-3/91 (Exportur, Slg. 1992, I-5529, Randnr. 8) und vom 20. Mai 2003 in der Rechtssache C-469/00 (Ravil, Slg. 2003, I-5053, Randnr. 37) über den Vorrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber Abkommen zwischen Mitgliedstaaten sicher. Ein Anwendungsfall betraf die Richtlinie 91/477/EWG des Rates vom 18. Juni 1991 über die Kontrolle des Erwerbs und des Besitzes von Waffen (ABL L 256, S. 51), die sich gegenüber dem Kapitel 7 („Feuerwaffen und Munition“) aus dem Titel III („Polizei und Sicherheit“) des SDÜ durchsetzte (Anhang A, Fußnote 2 des Beschlusses 1999/436, zitiert in Fußnote 7). Neben Artikel 134 SDÜ sieht Artikel 142 SDÜ auch den Vorrang von Übereinkommen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft zur Verwirklichung eines Raumes ohne Binnengrenzen vor.

35. Daher ist zu prüfen, ob das Verhalten der spanischen Stellen mit der Richtlinie 64/221 vereinbar ist. Dazu ist zunächst auf den Klagegrund der Verweigerung der Einreise sowie der Sichtvermerke einzugehen und anschließend auf den Klagegrund hinsichtlich der unzureichenden Begründung dieser Entscheidungen.

1. Zur Rüge der Verweigerung der Einreise und der Sichtvermerke

36. Die Kommission vertritt die Auffassung, die Freizügigkeit der Herren Farid und Bouchair könnte aus Gründen der öffentlichen Sicherheit nur nach Maßgabe der Richtlinie 64/221 eingeschränkt werden. Die spanischen Stellen hätten die Anforderungen dieser Richtlinie nicht beachtet und daher Gemeinschaftsrecht verletzt, als sie die Erteilung eines Visums und die Einreise verweigerten.

37. Die rechtliche Position von Drittausländern, die Angehörige von Unionsbürgern sind und sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten,⁹ ist in Bezug auf die Freizügigkeit weitgehend an die Stellung der Unionsbürger angenähert. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat anerkannt, welche Bedeutung der Gewährleistung des Schutzes des Familienlebens der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten für die Beseitigung der Hindernisse bei der Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten zukommt. Daher hat er in den Verordnungen und Richtlinien über die Freizügigkeit die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiet der Einreise und des Aufenthalts im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten auf die Ehegatten der unter diese Bestimmungen

fallenden Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ausgedehnt.¹⁰ Die Parteien stellen dementsprechend nicht in Frage, dass Angehörige von Unionsbürgern grundsätzlich einen gemeinschaftsrechtlichen Anspruch haben, einreisen zu können oder ein Einreisevisum zu erhalten.

38. Beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts sind die Unionsbürger und ihre Angehörigen jedoch nicht berechtigt, sich ohne Einschränkungen im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats aufzuhalten und zu bewegen.¹¹ Das Gemeinschaftsrecht und insbesondere Artikel 2 der Richtlinie 64/221 lassen es zu, aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegenüber Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten Maßnahmen zu ergreifen, die gegenüber eigenen Staatsangehörigen nicht möglich sind. Beispielsweise können die Mitgliedstaaten EG-Ausländer unter engen Bedingungen ausweisen, nicht aber eigene Staatsangehörige.¹²

⁹ — Urteil vom 23. September 2003 in der Rechtssache C-109/01 (Akrich, Slg. 2003, I-9607, Randnrn. 49 ff.).

¹⁰ — Urteil vom 25. Juli 2002 in der Rechtssache C-459/99 (MRAX, Slg. 2002, I-6591, Randnr. 53 f.) mit Verweis auf Artikel 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (ABL L 257, S. 2), die Artikel 1 und 4 der Richtlinie 68/360/EWG des Rates vom 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft (ABL L 257, S. 13) sowie die Artikel 1 Buchstabe c und 4 der Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs (ABL L 172, S. 14). Siehe auch die Richtlinie 2004/38, zitiert in Fußnote 4.

¹¹ — Urteil vom 29. April 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-482/01 und C-493/01 (Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004, I-5257, Randnr. 47).

¹² — Urteile vom 4. Dezember 1974 in der Rechtssache 41/74 (Van Duyn, Slg. 1974, 1337, Randnr. 22), vom 18. Mai 1982 in den verbundenen Rechtssachen 115/81 und 116/81 (Adoui und Cornuaille, Slg. 1982, 1665, Randnr. 7), vom 17. Juni 1997 in den verbundenen Rechtssachen C-65/95 und C-111/95 (Shingara und Radiom, Slg. 1997, I-3343, Randnr. 28), vom 19. Januar 1999 in der Rechtssache C-348/96 (Calfa, Slg. 1999, I-11, Randnr. 20) und vom 26. November 2002 in der Rechtssache C-100/01 (Olazabal, Slg. 2002, I-10981, Randnr. 40).

39. Die spanische Regierung meint nun, die Verweigerung von Einreise und Sichtvermerken sei aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerechtfertigt, wenn der betreffende Drittstaaten im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben ist.

40. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Richtlinie 64/221 der Inanspruchnahme von Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung enge Schranken setzt. Nach Artikel 3 Absatz 1 darf bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein. Auch strafrechtliche Verurteilungen allein können gemäß Absatz 2 ohne weiteres diese Maßnahmen nicht begründen. Es reicht mithin nicht aus, dass sich die Störung der öffentlichen Ordnung in einer „einfachen Gesetzesverletzung“¹³ oder in einer früheren strafrechtlichen Verurteilung¹⁴ erschöpft.

41. Der Gerichtshof hat daher stets hervorgehoben, dass der *Ordre-Public-Vorbehalt* eine engauszulegende Ausnahme vom grundlegenden Prinzip der Freizügigkeit darstellt, dessen Tragweite die Mitgliedstaaten

nicht einseitig bestimmen können.¹⁵ Maßnahmen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit können folglich eine Beschränkung der Freizügigkeit nur dann rechtfertigen, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.¹⁶ Mitgliedstaaten können nur denjenigen die Einreise oder den Aufenthalt verwehren, deren Anwesenheit für sich allein genommen eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit darstellt.¹⁷

42. Die restriktive Anwendung dieses Vorbehalts ist insbesondere auch zum Schutz des Familienlebens¹⁸ der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten geboten. Dessen Gewährleistung ist einerseits bedeutsam für

13 — Urteile vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77 (Bouchereau, Slg. 1977, 1999, Randnr. 35), Calfa (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 25) und Orfanopoulos und Oliveri (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 66).

14 — Urteile Bouchereau (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 28); Calfa (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 24) und Orfanopoulos und Oliveri, zitiert in Fußnote 11, Randnr. 67).

15 — Urteile Van Duyn (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 18); Calfa (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 23); Bouchereau (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 33) und Orfanopoulos und Oliveri (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 64). Siehe auch die Urteile vom 26. Februar 1975 in der Rechtssache 67/74 (Bonsignore, Slg. 1975, 297, Randnr. 6), vom 28. Oktober 1975 in der Rechtssache 36/75 (Rutili, Slg. 1975, 1219, Randnrn. 26 und 27) und vom 14. März 2000 in der Rechtssache C-54/99 (Scientology, Slg. 2000, I-1335, Randnr. 17). Dagegen ist der Grundsatz der Freizügigkeit weit auszulegen, siehe z. B. zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Urteile vom 3. Juli 1986 in der Rechtssache 139/85 (Kempf, Slg. 1986, 1741, Randnr. 13), vom 26. Februar 1991 in der Rechtssache C-292/89 (Antonissen, Slg. 1991, I-745, Randnr. 11) und vom 20. Februar 1997 in der Rechtssache C-344/95 (Kommission/Belgien, Slg. 1997, I-1035, Randnr. 14).

16 — Urteile Rutili (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 28); Bouchereau (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 35); Adani und Comuaille (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 8), Calfa (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 21) und Scientology (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 17). Siehe auch die Urteile vom 5. Februar 1991 in der Rechtssache C-363/89 (Roux, Slg. 1991, I-273, Randnr. 30) und vom 9. März 2000 in der Rechtssache C-355/98 (Kommission/Belgien, Slg. 2000, I-1221, Randnr. 28).

17 — Urteil Kommission/Belgien (zitiert in Fußnote 16, Randnr. 29), siehe auch die Urteile vom 7. Mai 1986 in der Rechtssache 131/85 (Gül, Slg. 1986, 1573, Randnr. 17) und vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache C-114/97 (Kommission/Spanien, Slg. 1998, I-6717, Randnr. 42).

18 — So auch die Ausführungen des Generalanwalts Geelhoed in seinen Schlussanträgen vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-109/01 (Akrich, Slg. 2003, I-9610, Randnrn. 106 f.).

die Beseitigung der Hindernisse, die der Ausübung der vom Vertrag garantierten Grundfreiheiten entgegenstehen.¹⁹ Andererseits kann es einen Eingriff in das Recht eines Unionsbürgers auf Achtung des Familienlebens²⁰ darstellen, wenn einem nahen Verwandten die Einreise in einen oder der Aufenthalt in einem Mitgliedstaat verweigert wird, in dem der Unionsbürger wohnt (z. B. der Ehegatte, der von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat).²¹

Absatz 2 der Richtlinie 64/221 hervor, dass eine Maßnahme zur Beschränkung der Freizügigkeit *gerade nicht* allein auf eine strafrechtliche Verurteilung gestützt werden darf. Weiterhin wird eine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung nach Artikel 96 Absatz 3 SDÜ auch für den Fall vorgesehen, dass gegenüber dem Drittausländer bestimmte ausländerrechtliche Maßnahmen vollzogen worden sind, unabhängig davon ob die Anwesenheit des Drittausländers auf dem Hoheitsgebiet eines Schengen-Staats eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.²²

43. Vor diesem Hintergrund liegt auf der Hand, dass eine Eintragung im SIS jedenfalls dann keine hinreichende Indizwirkung für das Vorliegen einer „tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft“ entfalten kann, wenn die Ausschreibung *allein* auf Artikel 96 SDÜ beruht. Denn die Ausschreibung erfordert grundsätzlich nicht, dass die — engen — Voraussetzungen erfüllt sind, welche das Gemeinschaftsrecht für Maßnahmen zur Beschränkung der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung aufstellt. So kann nach Artikel 96 Absatz 2 Buchstabe a SDÜ ein Drittausländer zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben werden, wenn er wegen einer Straftat verurteilt worden ist, die mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist. Demgegenüber hebt Artikel 3

44. Die spanische Regierung wendet demgegenüber ein, dass ein Mitgliedstaat einen durch das Gemeinschaftsrecht begünstigten Drittausländer nur dann zur Einreiseverweigerung ausschreiben dürfe, wenn auch nach der Richtlinie 64/221 die Voraussetzungen hierfür vorliegen. Eine Behörde sei daher nicht zu einer *erneuten* Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der Richtlinie verpflichtet, wenn sie beabsichtige, einem im SIS eingetragenen Drittausländer die Einreise zu verweigern oder ihm kein Visum auszustellen.

45. Diese Auffassung beruht auf der zutreffenden Überlegung, dass bereits die Ausschreibung eines durch das Gemeinschaftsrecht begünstigten Drittausländers zur Einreiseverweigerung Gemeinschaftsrecht verletzen würde, wenn zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Voraussetzungen der

19 — Urteile vom 7. Juli 1992 in der Rechtssache C-370/90 (Singh, Slg. 1992, I-4265, Randnrn. 19 f.), MRAX (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 53) und vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache C-60/00 (Carpenter, Slg. 2002, I-6279, Randnr. 38).

20 — Dieses Grundrecht — gewährleistet durch Artikel 8 Absatz 1 der in Rom am 4. November 1950 unterzeichneten Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie Artikel 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union — wird nach der durch die Präambel der Einheitlichen Europäischen Akte und Artikel 6 Absatz 2 EU bestätigten ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes in der Gemeinschaftsrechtsordnung geschützt.

21 — Vgl. die Urteile Carpenter (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 41 f.) und Aknich (zitiert in Fußnote 9, Randnrn. 58 f.).

22 — Vgl. auch Artikel 96 Absatz 2 Satz 1 SDÜ, wonach die Entscheidung über die Eintragung auf eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gestützt werden *kann*.

Richtlinie 64/221 nicht vorliegen würden. Dementsprechend betont die Erklärung des Exekutivausschusses, dass solche Drittstaaten nur zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben werden dürfen, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen. Auf den ersten Blick könnte man daher mit der spanischen Regierung annehmen, dass Drittstaaten, die Angehörige von Unionsbürgern sind, nur dann im SIS ausgeschrieben werden, wenn von ihrer Anwesenheit im Schengen-Gebiet eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr ausgeht, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt und damit gemäß der Richtlinie 64/221 eine Einreiseverweigerung rechtfertigt.²³ Die Übernahme dieser Feststellung des eintragenden Mitgliedstaats durch den abrufenden Mitgliedstaat entspräche dem Prinzip der loyalen Zusammenarbeit,²⁴ wie es im Bereich der Grundfreiheiten als gegenseitige Anerkennung zur Anwendung kommt.²⁵

46. Der Rechtsstatus des Angehörigen eines Unionsbürgers, wie er sich insbesondere aus der Richtlinie 64/221 ergibt, verbietet es jedoch, die im Bereich der Grundfreiheiten freiheitsfördernde gegenseitige Anerkennung freiheitsbeschränkend einzusetzen, um diesem die Einreise zu verweigern, ohne selbst die Voraussetzungen einer Maßnahme der

öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäß der Richtlinie 64/221 zu prüfen.²⁶

47. Das ist offensichtlich, wenn die Ausschreibung im SIS rechtswidrig ist. In einem solchen Fall würde die Berufung auf die Ausschreibung die vorangegangene Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch den ausschreibenden Mitgliedstaat perpetuieren und zugleich neue Rechtsverletzungen bewirken.

48. Die vorliegenden Fälle zeigen darüber hinaus, dass selbst eine möglicherweise ursprünglich rechtmäßige Ausschreibung zur Einreiseverweigerung kein hinreichendes Indiz einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sein muss. Hier kann offen bleiben, ob die Gründe für die Ausschreibung der Herren Bouchair — Fahren ohne Fahrerlaubnis — und Farid — ein betrügerischer Asylantrag — zum Zeitpunkt der Ausschreibung die Verweigerung der Einreise hätten rechtfertigen können, wenn beide Personen zum Zeitpunkt der Eintragung vom Gemeinschaftsrecht begünstigt worden wären. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass diese Straftaten zum Zeitpunkt der Verweigerung der Einreise nach Spanien bzw. der Ablehnung der Anträge auf Erteilung von Sichtvermerken ein hinreichender Anhaltspunkt dafür gewesen wären, dass von der bloßen Anwesenheit der beiden Herren im Schengen-Gebiet eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr ausgegangen wäre, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt hätte.

23 — Vgl. das Urteil MRAX (zitiert in Fußnote 10, Randnr. 61), das Anhaltspunkte für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung fordert.

24 — Vgl. meine Schlussanträge vom 19. Februar 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-361/02 und C-362/02 (Tsapalos, Slg. 2004, I-6405, Randnr. 18).

25 — Vgl. Urteile vom 12. März 1987 in der Rechtssache 178/84 (Kommission/Deutschland [Reinheitsgebot für Bier], Slg. 1987, 1227, Randnrn. 40 ff.) und vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-340/89 (Vlassopoulou, Slg. 1991, I-2357, Randnr. 16).

26 — Anders ist die Situation bei der Vollstreckung bestimmter Verwaltungsakte, deren Anerkennung durch andere Mitgliedstaaten das Sekundärrecht der Gemeinschaft ausdrücklich vorsieht. Siehe dazu das Urteil vom 1. Juli 2004 in den verbundenen Rechtssachen C-361/02 und C-362/02 (Tsapalos, zitiert in Fußnote 24).

49. Diese Einzelfälle können auch nicht als Ausnahmefälle angesehen werden, sondern stehen beispielhaft für strukturelle Defizite bei der Datenpflege im SIS, soweit Angehörige von Unionsbürgern betroffen sind. Um sicherzustellen, dass die Ausschreibung der Angehörigen von Unionsbürgern zur Einreiseverweigerung immer den Anforderungen der Richtlinie 64/221 an Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entsprechen würde, müsste der ausschreibende Mitgliedstaat nämlich kontinuierlich prüfen, ob die Ausschreibung weiterhin rechtmäßig ist. Nach Artikel 112 Absatz 1 Satz 2 SDÜ ist der ausschreibende Mitgliedstaat jedoch erstmalig drei Jahre nach der Einspeicherung zur Überprüfung der Erforderlichkeit einer weiteren Speicherung verpflichtet.

50. Selbst wenn der ausschreibende Mitgliedstaat bemüht wäre, zumindest bei den vom Gemeinschaftsrecht begünstigten Drittstaaten die Ausschreibung kontinuierlich zu überprüfen, wäre er dazu regelmäßig praktisch gar nicht in der Lage. Der Ausschreibende wird sich nämlich schon aufgrund der Ausschreibung weder im Hoheitsgebiet des ausschreibenden Staats aufhalten noch im Hoheitsgebiet anderer Schengen-Staaten. Daher ist es unwahrscheinlich, dass der ausschreibende Mitgliedstaat überhaupt Kenntnis davon erlangt, dass ein Drittstaat später — etwa aufgrund einer Heirat — durch das Gemeinschaftsrecht begünstigt wird oder dass ursprünglich bestehende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung weggefallen sind.

51. Dies illustriert zumindest der Fall von Herrn Bouchair, der durch die der Ein-

tragung nachfolgende Heirat mit einer Unionsbürgerin in den Schutzbereich des Gemeinschaftsrechts einrückte.²⁷ Da er aber außerhalb des Schengen-Raums — in Großbritannien — lebt, kamen die Schengen-Staaten erstmals bei seinem Versuch der Einreise nach Spanien in die Lage, von seinem Statuswechsel überhaupt Kenntnis zu erlangen. Praktisch wurde *zu keinem Zeitpunkt* überprüft und festgestellt, ob die Voraussetzungen der Richtlinie 64/221 vorliegen.

52. Eine Eintragung im SIS kann mithin nicht als hinreichendes Indiz dafür angesehen werden, dass die materiellen Voraussetzungen erfüllt sind, die das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten für den Erlass einer Maßnahme zur Beschränkung der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auferlegt.

53. Unabhängig von der Aktualität und Korrektheit der Daten des SIS verkennt die spanische Regierung aber auch, dass die Entscheidung über eine Maßnahme der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gemäß der Richtlinie 64/221 nicht auf einen anderen — ausschreibenden — Mitgliedstaat delegiert werden kann. Unionsbürger und ihre Angehörigen haben nämlich nach Richtlinie 64/221 einen Anspruch darauf, dass die über

²⁷ — Aus der Akte ergibt sich nicht, ob auch Herr Farid erst nach seiner Ausschreibung eine Unionsbürgerin geheiratet hat.

die Einreise oder den Sichtvermerk entscheidende Behörde selbst in der Sache *beurteilt*, ob die Beschränkung der Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zulässig ist.²⁸ Dagegen wäre eine *automatische* Verweigerung — z. B. bei Vorliegen einer strafrechtlichen Verurteilung — mit der Richtlinie 64/221 unvereinbar.²⁹

54. Das folgt bereits daraus, dass die Freizügigkeit nur dann aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beschränkt werden darf, wenn die tatsächliche und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft auch eine *gegenwärtige* ist. Sie muss also zu dem Zeitpunkt vorliegen, in dem die entsprechende Maßnahme angeordnet wird.³⁰ Die Notwendigkeit einer erneuten Entscheidung ist offensichtlich, wenn — wie hier — zwischen der Ausschreibung einer Person durch die zuständige Stelle eines Mitgliedstaats und z. B. ihrer Zurückweisung an einem Grenzkontrollpunkt eines anderen Mitgliedstaats *mehrere Jahre* liegen.

55. Darüber hinaus verbietet das Regel-/Ausnahmeverhältnis zwischen Freizügigkeit

und Maßnahmen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, dass Entscheidungen automatisch — also ohne eigenständige Prüfung — getroffen werden. Es ist nämlich nicht Vorbedingung für den Erwerb des Rechts auf Einreise und Aufenthalt, dass der *Ordre-Public*-Vorbehalt nicht eingreift. Vielmehr ist dieser nur eine Handhabe, im Einzelfall bei Vorliegen geeigneter Gründe die Ausübung eines unmittelbar aus dem Vertrag fließenden Rechts einzuschränken.³¹ Der Familienangehörige eines Unionsbürgers hat demnach grundsätzlich einen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, der nur ausnahmsweise aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung beschränkt werden darf. Der Gerichtshof hat die Reichweite der Rechtsposition der Unionsbürger und ihrer Angehörigen anschaulich umschrieben, indem er feststellte, dass die Richtlinie 64/221 die Beschränkung der Freizügigkeit nur in den dort vorgesehenen *Extremfällen* zulässt.³² Die Rechtfertigungslast hierfür liegt dabei auf Seiten des *entscheidenden* Mitgliedstaats.

56. Die Ausschreibung im SIS ermöglicht jedoch faktisch keine Prüfung, ob Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen, die eine Beschränkung der Freizügigkeit erlauben. Gemäß Artikel 94 SDÜ wird nämlich im SIS nur eingetragen, dass dem Betreffenden die Einreise zu verweigern ist, nicht aber der Grund für die Ausschreibung.

28 — Urteil Bouchereau (zitiert in Fußnote 1311, Randnr. 77), wonach die *zuständigen innerstaatlichen Behörden* im Einzelfall *feststellen* müssen, ob die Maßnahme oder die Umstände, die einer strafrechtlichen Verurteilung zugrunde liegen, ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt.

29 — Urteile Calfa (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 27) und Orfanopoulos und Oliveri (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 68). Siehe auch das Urteil vom 10. Februar 2000 in der Rechtssache C-340/97 (Nazli, Slg. 2000, I-957, Randnr. 59).

30 — Urteil Orfanopoulos und Oliveri, zitiert in Fußnote 11, Randnrn. 78 f.

31 — Urteile vom 8. April 1976 in der Rechtssache 48/75 (Royer, Slg. 1976, 497, Randnr. 29) und vom 3. Juli 1980 in der Rechtssache 157/79 (Regina/Pieck, Slg. 1980, 2171, Randnr. 9).

32 — Urteil Orfanopoulos und Oliveri (zitiert in Fußnote 11, Randnr. 81).

57. Folglich widerspräche die automatische Übernahme einer Ausschreibung im SIS — d. h. die Delegation der Entscheidung auf die ausschreibenden Stellen — zwangsläufig den Anforderungen der Richtlinie 64/221 an eine Maßnahme der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

58. Im Übrigen wäre es auch aus der Perspektive der Schengen-Staaten nicht Sinn und Zweck der Erklärung des Exekutiv Ausschusses, dass in der Folge *nur noch* der ausschreibende Mitgliedstaat prüft, ob die Verweigerung der Einreise bzw. der Erteilung eines Visums mit der Richtlinie 64/221 vereinbar ist. Vor dem Hintergrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor dem Schengen-Besitzstand sollte diese Erklärung möglichen Rechtsverletzungen vorbeugen. Es sollten also die Rechte der Familienangehörigen von Unionsbürgern *gestärkt* werden. Die Erklärung darf hingegen nicht dahin gehend instrumentalisiert werden, dass sie die Behörde, welche die Beschränkung der Freizügigkeit anordnet, von der gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung zu einer eigenständigen Prüfung entbindet. Denn dann würde die Erklärung entgegen ihrer Zielrichtung zu einer Schwächung der gemeinschaftsrechtlichen Position des Familienangehörigen eines Unionsbürgers führen.

59. Hier soll nicht verkannt werden, dass das SIS die zentrale Ausgleichsmaßnahme für die Abschaffung der Personenkontrollen an den Binnengrenzen des Schengen-Raums darstellt. Die Schengener Zusammenarbeit dient der Verwirklichung eines Zieles der Europäischen Gemeinschaft. Dabei sind Schutzmaßnahmen wie das SIS unabdingbar. Allerdings ist die Befürchtung der spani-

schen Regierung nicht berechtigt, dass der Standpunkt der Kommission im vorliegenden Verfahren zu einer Lähmung des SIS und damit zu einer *Gefährdung der Schengener Zusammenarbeit* führen würde. Dieses Verfahren stellt nämlich nicht die Funktionsweise des SIS insgesamt auf den Prüfstand des Gemeinschaftsrechts, sondern passt es nur hinsichtlich der Behandlung von *gewissen* Drittstaaten — den Familienangehörigen von Unionsbürgern — dessen Anforderungen an.

60. Selbst in Bezug auf diese Personengruppe verliert das SIS bei Beachtung der Richtlinie 64/221 nicht seine praktische Wirksamkeit, sondern kann den Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung fördern. Die Richtlinie 64/221 verbietet es nämlich nicht, die Ausschreibung im SIS zum Anlass für Ermittlungen hinsichtlich einer möglichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu nehmen. Im Rahmen dieser Ermittlungen kann der abrufende Mitgliedstaat — wie die Kommission darlegt — mittels des SIRENE-Netzwerks³³ die Informationen des ausschreibenden Mitgliedstaats über die betreffende Person anfordern. Zwar soll die Inanspruchnahme von SIRENE nach der Darstellung der spanischen Regierung „mehrere Tage, Wochen oder Monate“ dauern können. Es ist

33 — Siehe die Punkte 3.1.6, 4.6.1 und 4.6.2 des SIRENE-Handbuchs (ABL 2003, C 38, S. 1). SIRENE ist die nationale Ergänzungseinrichtung des SIS (Supplementary Information Request at the National Entry), welche im Vorfeld einer SIS-Ausschreibung, aber auch zwecks Übermittlung von Zusatzinformation von den anderen Schengen-Staaten konsultiert werden kann.

jedoch Aufgabe der Mitgliedstaaten, die Zusammenarbeit in diesem Netzwerk so zu gestalten, dass Informationen noch innerhalb sinnvoller Zeiträume eintreffen. Das SIRENE-Handbuch sieht dafür 12 Stunden vor.³⁴

gliedstaats besitzt, *alle Erleichterungen* zur Erlangung eines Sichtvermerks gewähren.

61. Zudem haben alle Mitgliedstaaten auch nach Artikel 5 Absatz 2 der Richtlinie 64/221 das Recht, von anderen Mitgliedstaaten Auskünfte über das strafrechtliche Vorleben eines Antragstellers einzuholen, wenn dies für dessen Beurteilung unerlässlich ist. Die dort gesetzte Frist für eine Auskunft beträgt zwei Monate. Schließlich sei auch auf Artikel 10 EG hingewiesen, der die Mitgliedstaaten zu loyaler Zusammenarbeit bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet.

63. Was die Einreise angeht, ist es nachvollziehbar, dass es bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des SIS und des SIRENE Netzwerks praktisch schwierig ist, in der gebotenen Eile Auskunft über die Gründe der Eintragung im SIS zu erlangen. Insofern gilt dann aber das Regel-/Ausnahmeverhältnis der Richtlinie 64/221: Solange eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht nachzuweisen ist, muss grundsätzlich die Einreise gestattet werden.

62. Vorliegend hätte es zumindest möglich sein sollen, die Anträge der Herren Farid und Bouchair auf einen Sichtvermerk unter Berücksichtigung solcher Informationen zu bearbeiten, insbesondere wenn man sich vor Augen führt, dass der Antrag von Herrn Farid erst nach drei Monaten abgelehnt wurde. Eine Verpflichtung zur Überprüfung der Ausschreibung in Bezug auf einen Visumsantrag folgt im Übrigen aus Artikel 3 Absatz 2 der Richtlinie 68/360 bzw. der Richtlinie 73/148³⁵. Hiernach müssen die Mitgliedstaaten einem Familienangehörigen, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mit-

64. Das ergibt sich insbesondere aus Artikel 5 Absatz 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 64/221, wonach sich ein Ausländer bis zu der Entscheidung über seine erste Aufenthaltserlaubnis *vorläufig* im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats aufhalten darf, in den er einreisen möchte. Der Familienangehörige eines Unionsbürgers hat also das Recht, sich in dem Mitgliedstaat aufzuhalten, auch wenn noch nicht feststeht, ob von seiner Anwesenheit eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht oder nicht. Der Mitgliedstaat muss demnach zunächst das grundlegende Prinzip der Freizügigkeit achten. Ein mögliches — aber nicht hinreichend bewiesenes — Risiko für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie die Schwierigkeiten einer eventuell später an-

34 — Punkt 2.2.1, Buchstabe a.

35 — Beide Richtlinien zitiert in Fußnote 10.

geordneten Entfernung des Betreffenden aus seinem Hoheitsgebiet muss er hinnehmen.³⁶ Eine solche Möglichkeit eröffnen im Übrigen auch die Artikel 5 Absatz 2 und 16 SDÜ, wonach die Mitgliedstaaten bei Vorliegen einer Eintragung im SIS zumindest die Einreise in das eigene Hoheitsgebiet erlauben können. Diese Vorschriften wären im Zweifel im Einklang mit den Bestimmungen der Richtlinie 64/221 im Sinne von *müssen* auszulegen.

65. Zusammenfassend verlangt der besondere Status der Drittausländer, die unter dem Schutz des Gemeinschaftsrechts stehen, dass auch der Anwender des SIS, der die Informationen abrufen, nicht wie bei einem „gewöhnlichen“ Drittausländer im Fall einer Eintragung im SIS ohne weiteres die Einreise bzw. die Erteilung eines Visums verweigert. Er muss vielmehr zuvor selbst feststellen, dass von dem Betreffenden eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft ausgeht. Das Gemeinschaftsrecht verpflichtet nach alledem nicht nur den ausschreibenden, sondern auch den das SIS *abrufenden* Mitgliedstaat zu einer *differenzierten* Behandlung der eingetragenen Drittausländer, weil diese eben nicht alle über die gleiche Rechtsposition verfügen. Die spanischen Stellen haben dagegen bei den beiden hier betroffenen Drittausländern nicht berücksichtigt, dass sie

als Angehörige von Unionsbürgern durch das Gemeinschaftsrecht begünstigt werden.

66. Das Königreich Spanien hat daher dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 1, 2 und 3 der Richtlinie 64/221 verstoßen, dass es zwei Drittausländern, die mit Unionsbürgerinnen verheiratet sind, die Erteilung eines Visums bzw. die Einreise in das spanische Hoheitsgebiet verweigert hat, weil die betroffenen Drittausländer im Schengener Informationssystem zur Einreiseverweigerung ausgeschlossen waren, ohne zuvor festgestellt zu haben, ob von der Anwesenheit dieser Personen im spanischen Hoheitsgebiet eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft ausgeht.

2. Zur Rüge der unzureichenden Begründung

67. Mit dieser Rüge beanstandet die Kommission, die spanischen Stellen hätten bei ihren Entscheidungen nicht die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angegeben, weshalb sie die Einreise bzw. die Sichtvermerke verweigerten.

³⁶ — Im Gegenschluss aus dem Urteil vom 9. November 2000 in der Rechtssache C-357/98 (Yiadom, Slg. 2000, I-9265, Randnr. 41) dürfte dieser vorläufige Aufenthalt jedenfalls dann keine (weiter gehenden) Rechte nach Artikel 9 der Richtlinie 64/221 begründen, wenn die zuständigen Stellen nur die für eine Prüfung des Falles erforderliche Zeit verstreichen lassen, bevor sie die Verweigerung der Einreise aussprechen. Im Fall Yiadom wurde über sieben Monate vorläufig ein Aufenthalt geduldet, bevor die Einreise aufgrund von Umständen verweigert wurde, die bereits am Tag der Einreise bekannt waren. Daher qualifizierte der Gerichtshof die Maßnahme nicht mehr als Verweigerung der Einreise, sondern als Beendigung des Aufenthalts.

68. Nach Artikel 6 der Richtlinie 64/221 sind dem Betroffenen die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit bekannt zu geben, die der ihn betreffenden Entscheidung zugrunde liegen, es sei denn, dass Gründe der Sicherheit des Staates dieser Bekanntgabe entgegenstehen. Aus der Zielsetzung der Richtlinie ergibt sich, dass diese Mitteilung der Gründe hinreichend detailliert und genau sein muss, um es dem Betroffenen zu ermöglichen, seine Interessen wahrzunehmen.³⁷ Eine bloß formelhafte Begründung genügt diesen Anforderungen nicht.

69. Was Herrn Bouchair betrifft, so wurde die Entscheidung über seinen Antrag von vorneherein nicht ausreichend begründet. Denn, wie die Kommission unbestritten vorträgt, gaben die Behörden nur an, dass der Antragsteller nicht die Voraussetzungen von Artikel 5 Absatz 1 SDÜ erfüllt habe, ohne jedoch zu präzisieren, *welcher* der vier in Artikel 15 SDÜ vorgesehenen Fälle für die Verweigerung eines Visums vorlag. Es hätte sich um Probleme mit den Reisedokumenten handeln können, mangelnde Angaben zu Zweck und Dauer der Reise bzw. über die Mittel zum Lebensunterhalt, aber auch um Gründe der öffentlichen Sicherheit oder eben eine Ausschreibung zur Einreiseverweigerung. Ohne Kenntnis des konkret angewandten Verweigerungsgrundes konnte Herr

Bouchair seine Interessen aber nicht wahrnehmen.

70. Dagegen haben die spanischen Behörden die Verweigerung der Einreise des Beschwerdeführers Farid und die Ablehnung seines nachfolgenden Visumsantrags damit begründet, dass dieser von der Bundesrepublik Deutschland im SIS zur Einreiseverweigerung ausgeschlossen gewesen sei. Diese Begründung enthält zumindest den tatsächlichen Grund für die Entscheidungen.

71. Trotzdem ist die Kommission der Ansicht, dass selbst diese Angabe nicht den Anforderungen von Artikel 6 der Richtlinie 64/221 entsprochen habe.

72. In der Tat verlangt diese Bestimmung nicht nur, dass die tatsächlichen Gründe einer Entscheidung dargelegt werden, sondern, dass die *Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit* offen gelegt werden, deretwegen der Mitgliedstaat die Freizügigkeit des Betroffenen beschränkt. Darüber hinaus muss die Begründung die nach der Richtlinie 64/221 anzustellenden Erwägungen — einschließlich der

37 — Urteile Rutili (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 39) und Adoui und Cornuaille (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 13). Siehe auch Artikel 30 der Richtlinie 2004/38 (siehe Fußnote 4), der diese Rechtsprechung aufnimmt.

Zweckmäßigkeit der Maßnahme³⁸ — nachvollziehbar darstellen. Diese spezifische Begründungspflicht setzt daher bereits voraus, dass eine die Freizügigkeit aus Gründen der öffentlichen Ordnung beschränkende Maßnahme nur in Kenntnis dieser Gründe ausgesprochen wird und diese Gründe daher auch mitgeteilt werden können.

74. Wie bereits dargestellt, kann sich die spanische Regierung demgegenüber nicht darauf berufen, dass sie die Ausschreibung ohne weitere Nachforschungen zum Anlass nehmen durfte, das Visum zu verweigern.

75. Im Ergebnis hat Spanien daher dadurch gegen die Artikel 1, 2 und 6 der Richtlinie 64/221 verstoßen, dass es die Verweigerung der Einreise von Herrn Farid sowie die Ablehnung der Anträge von Herrn Bouchair und von Herrn Farid unzureichend begründet hat.

73. Diese Voraussetzung der formellen Rechtmäßigkeit des Bescheids wurde von den spanischen Behörden nicht erfüllt. Schließlich geht von der Anwesenheit eines Drittausländers im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats nicht schon deshalb eine Gefahr aus, *weil diese Person im SIS zur Ausreiseverweigerung ausgeschrieben ist*. Vielmehr lag (hier) eine Eintragung auf der Grundlage von Artikel 96 SDÜ vor, weil Herr Farid eine Straftat begangen hatte. Darüber hinaus haben die spanischen Stellen aus dieser Eintragung geschlossen, dass er auch zum Zeitpunkt ihrer Entscheidungen noch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellte. Hierzu hätten sie in der Begründung ihrer Entscheidung Stellung nehmen müssen.

VI — Kosten

76. Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung trägt die unterliegende Partei die Kosten, soweit ein entsprechender Antrag gestellt wird. Die Kommission hat beantragt, Spanien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Da Spanien in der Sache unterliegt, hat es die Kosten des Verfahrens zu tragen.

³⁸ — Vgl. das Urteil Orfanopoulos und Oliveri (zitiert in Fußnote 11, Rdnrn. 105 ff.).

VII — Ergebnis

77. Als Konsequenz vorstehender Überlegungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt zu entscheiden:

1. Das Königreich Spanien hat dadurch gegen seine Verpflichtungen aus den Artikeln 1, 2, 3 und 6 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, verstoßen,
 - dass es zwei Drittausländern, die mit Unionsbürgerinnen verheiratet sind, die Erteilung eines Visums bzw. die Einreise in das spanische Hoheitsgebiet verweigert hat, weil die betroffenen Drittausländer im Schengener Informationssystem zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben waren, ohne zuvor festgestellt zu haben, ob von der Anwesenheit dieser Personen im spanischen Hoheitsgebiet eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft ausgeht;
 - dass es die Verweigerung der Einreise von Herrn Farid sowie die Ablehnung der Anträge von Herrn Bouchair und von Herrn Farid unzureichend begründet hat.
2. Das Königreich Spanien trägt die Kosten des Verfahrens.