



# REPORT

## Ausländer- und Europarecht



Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa

3. Jahrgang

Report Ausländer- und Europarecht Nr. 6

Januar 2003

### Zuwanderungsgesetz vom BVerfG gestoppt

Das BVerfG (U. v. 18.12.2002 2 BvF 1/02) hat das Zuwanderungsgesetz für nichtig erklärt. Es tritt nicht am 01.01.2003 in Kraft.

Gegenstand der Verfassungsbeschwerde war das Gesetzgebungsverfahren im Bundesrat. Die Richter waren der Ansicht, die Stimmen Brandenburgs hätten nicht als Ja, sondern als ungültig gewertet werden müssen. Bei der Abstimmung über das Gesetz im März 2002 war es

im Bundesrat zu Tumulten gekommen. Seinerzeit votierte für Brandenburg Sozialminister Ziel (SPD) mit Ja, dagegen Innenminister Schönbohm mit Nein. Auf Nachfrage des damals amtierenden Bundesratspräsidenten Wowereit erklärte Brandenburgs Ministerpräsident Stolpe die Zustimmung seines Landes – und die vier Stimmen Brandenburgs wurden als Ja gewertet. Sechs CDU regierte Länder hatten daraufhin Verfassungsbeschwerde eingelegt.

#### Aus den Leitsätzen des BVerfG (Auszug)

3. Die Stimmen eines Landes im Bundesrat werden durch seine Bundesratsmitglieder abgegeben. Das Grundgesetz erwartet die einheitliche Stimmenabgabe und respektiert die Praxis der landesautonom bestimmten Stimmführer, ohne seinerseits mit Geboten und Festlegungen in den Verfassungsraum des Landes überzugreifen.

4. Aus der Konzeption des Grundgesetzes für den Bundesrat folgt, dass der Abgabe der Stimmen durch einen Stimmführer jederzeit durch ein anderes Bundesratsmitglied desselben Landes widersprochen werden kann und damit die Voraussetzungen der Stimmführerschaft insgesamt entfallen.

5. Der die Abstimmung leitende Bundesratspräsident ist grundsätzlich berechtigt, bei Unklarheiten im Abstimmungsverlauf mit geeigneten Maßnahmen eine Klärung herbeizuführen und auf eine wirksame Abstimmung des Landes hinzuwirken. Das insoweit bestehende Recht zur Nachfrage entfällt allerdings, wenn ein einheitlicher Landeswille erkennbar nicht besteht und nach den gesamten Umständen nicht zu erwarten ist, dass ein solcher noch während der Abstimmung zustande kommen werde.

Zwei Richterinnen des BVerfG hielten dagegen in einem Minderheitsvotum die Abstimmung im Bundesrat für verfassungsgemäß. Urteil und Minderheitsvotum sind im Volltext unter [www.BVerfG.de](http://www.BVerfG.de) abrufbar.

### Abgelaufene niederländische Pässe nicht gültig

Die Niederlande haben bereits 1992 (vgl. BGBl 1992 II S. 346) im Zusammenhang mit der Einführung eines niederländischen Personalausweises mitgeteilt, dass (bis zu 5 Jahre) abgelaufene niederländische Pässe nicht mehr im Rahmen des Europäischen Übereinkommens über die Regelung des Personenverkehrs v. 13.12.1957 (EÜPV) als gültige Grenzübertrittspapiere gelten. Die Anlage zum EÜPV wurde seinerzeit entsprechend geändert. Dies ist in der Praxis bislang wenig bekannt und wurde leider auch von uns bisher übersehen (insoweit ist die Auf-  
listung bei Westphal/Stoppa 2. Aufl. S. 33 in Bezug auf die Niederlande unzutreffend).

### Nach der Entscheidung des BVerfG

Was gilt nun? Es gilt unverändert die alte Rechtslage, also das AuslG, die DVAuslG, die Arbeitsgenehmigungsverordnung, das AufenthG-EWG usw. Die seit Sommer 2002 bereits in Kraft getretenen Regelungen des ZuwG (hauptsächlich das BAFI betreffend) sind nichtig.

Wie geht es weiter?

Bundesinnenminister Schily will das Gesetz bereits im Januar wieder neu einbringen. Die CDU/CSU hat Verhandlungsbereitschaft signalisiert. Doch dürften ernsthafte Verhandlungen erst für die Zeit nach den Wahlen in Hessen und Niedersachsen im Februar 2003 zu erwarten sein. Mit einem neuen Gesetz ist sicherlich nicht vor Sommer 2003 zu rechnen – eher später. Im Jahr 2003 stehen allerdings drei Richtlinien der EU zur Verabschiedung an, die die Einreise zum Zweck der Erwerbstätigkeit, des Familiennachzugs und des Daueraufenthalts betreffen – also klassische Bereiche des Zuwanderungsrechts. Man wird sich mit diesen EU-Vorgaben auseinandersetzen müssen. Auch das könnte zu einer Verzögerung der nationalen Gesetzgebung führen.

Eile ist geboten!

3 EU-Richtlinien (betr. einheitliche Sanktionen für Beförderungsunternehmer, Anerkennung von Rückführungsentscheidungen und die Aufnahme von Flüchtlingen) müssen zwischen 12/2002 und 02/2003 national umgesetzt werden. Das war mit dem nun gescheiterten ZuwG vorgesehen. Zudem steht im Hinblick auf Bulgarien, Kolumbien und Rumänien immer noch eine Anpassung der DVAuslG an die europäischen Regelungen aus.

### Verfahren bei Ablehnung der Zurückweisungshaft

Mehrere Anfragen der letzten Zeit betrafen das Thema Haftablehnung bei Zurückweisungsfällen. Dazu vertreten wir folgende Auffassung: Lehnt das Gericht Zurückweisungshaft ab, ist ein weiteres Festhalten unzulässig. Der Ausländer darf nicht zwangsweise an die Grenze zurückgebracht werden (siehe dazu Westphal/Stoppa 2. Aufl. S. 446; ebenso Heesen, Die Neue Polizei 1994, 459 [579]). Da bereits mit der vorangegangenen Ingewahrsamnahme /Vorführung zum Gericht die Schwelle von einer bloßen Freiheitsbeschränkung (Einreiseverweigerung) zur Freiheitsentziehung überschritten wurde (vgl. dazu BVerwG U. v. 23.06.1981 NJW 1982, 537), halten wir die Argumentation, die Verbringung zur GÜSt. oder zum Flughafen sei lediglich eine Freiheitsbeschränkung, nicht mehr für vertretbar.

Wir empfehlen folgende Vorgehensweise, wenn es um die Überbrückung von etwa zwei bis drei Tagen geht (z.B. bis zum nächstmöglichen Flug): Der Ausländer ist freizulassen, die Einreise als unerlaubt (vgl. Nr. 60.5.2.2 AuslVwV) aber straflos zu werten. Ihm ist der Termin, an dem seine Ausreise (z.B. Rückflug) möglich ist, bekannt zu geben – zweckmäßigerweise unter Aushändigung einer entsprechenden Grenzübertrittsbescheinigung. Der Pass soll in Verwahrung genommen werden (§ 42 VI AuslG). Bis zum Ausreisetermin befindet er sich im Stadium des Vollzugs einer Zurückweisung, sein faktischer Aufenthalt ist unerlaubt aber straflos. Verbleibt er über diesen Termin in Deutschland, ist von einem strafbaren Aufenthalt auszugehen (dann: Fahndungsausschreibung/Zurückschiebung). Bei längerfristigen Aufenthalten sollte das in Nr. 60.5.1.2 AuslVwV geregelte Verfahren entsprechend angewendet werden (Duldung, Zuständigkeit geht an ABH über).

### Neues zur EU-VisumVO

Das BMI hat sich in Bezug auf die EU-VisumVO inzwischen der Auffassung von Marchlewski/Ostgathe (Die Polizei 2001 S. 286) und Westphal/Stoppa (Seite 136 ff und InfAuslR, 2001 S. 309) angeschlossen. Nachdem bereits die EU-Kommission eine entsprechende Auffassung vertreten hatte, führt das BMI nun in der amtlichen Begründung zur AufenthV (BR Drs. 823/02 v. 06.11.02) aus, dass die EU-VisumVO lediglich den Außengrenzübertritt regelt. Eine Regelung, wonach im Anschluss an die Einreise auch für den Aufenthalt ein Aufenthaltstitel erforderlich ist, enthält die EU-Visum-Verordnung selbst nicht. **Für den Aufenthalt nach der Einreise greift das nationale Recht, bzw. die Bestimmungen des SDÜ** (Art. 19 ff SDÜ). Sichtvermerksfreie Drittausländer können sich daher nach Maßgabe des Art. 20 I SDÜ aufhalten. Zur Einreise und zum Aufenthalt von Positivstaaten weisen wir auf einen neuen Aufsatz von Westphal/Stoppa in der ZAR 2002 S. 315 hin. Wie informell bekannt wurde, liegt derzeit in einer Haftsache eine Verfassungsbeschwerde vor, die u.a. auch den Regelungsinhalt der EU-VisumVO, die Umsetzung der national zulässigen Ausnahmebestimmungen und das Aufenthaltsrecht von Positivstaaten zum Gegenstand hat. Wir halten Sie auf dem Laufenden.

### Dubliner Übereinkommen ab

Eine EU-Verordnung zur Bestimmung des EU-Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines Asylantrags zuständig ist (auch „Dublin II“ genannt), wird voraussichtlich zum 1.02.2003 in Kraft treten. Sie wird das Dubliner Übereinkommen (DÜ) ablösen. **Die VO wirkt unmittelbar** (bedarf also keiner Umsetzung) und geht nationalem Recht vor. Allerdings fallen erst Asylanträge, die 6 Monate nach Inkrafttreten von Dublin II in der EU gestellt werden, unter die Neuregelung. Bis dahin gilt das DÜ weiter. Inhaltlich weist Dublin II eine im Wesentlichen gleiche Grundstruktur wie das DÜ auf – allerdings mit zahlreichen Änderungen im Detail. Das AsylVfG und die AsylZBV verweisen in diesem Zusammenhang auf das DÜ als „völkerrechtlichen Vertrag“. Eine EU-VO ist jedoch kein „völkerrechtlicher Vertrag“. Die nationalen Verfahrensvorschriften bedürfen daher noch der Anpassung (vgl. insb. § 18 IV, 22 a, 26a I Nr. 2, 71 a AsylVfG; §§ 1, 2 AsylZBV).

### Anwendung von Eurodac

Voraussichtlich zum 15.01.2003 wird - nachdem die technischen Voraussetzungen geschaffen wurden - die Eurodac-VO (EG-VO Nr. 275/2000 ABLEG v. 11.12.2000 L 316 S. 1) angewendet. Mit der EURODAC-VO soll die **Anwendung des Dubliner Übereinkommens** und künftig der entsprechenden EU-VO (Dublin II) erleichtert werden, durch einen EU-weiten Abgleich der Fingerabdrücke von **Asylbewerbern und illegalen eingereisten Drittausländern**. Insbesondere soll damit die Zuständigkeit des Staates belegt werden, über dessen Außengrenze der EU der Asylbewerber in die EU eingereist ist. Bei der Kommission der EU wurde eine **Zentraleinheit** eingerichtet, die dafür zuständig ist, im Namen der EU-Staaten eine zentrale Fingerabdruck-Datenbank zu betreiben. Die Zentraleinheit ist mit einem computergestützten **Fingerabdruckerkennungssystem** ausgestattet. Die BGSDIR hat für den BGS die Verfahrensweise durch Verfügung geregelt.

### Öffentliche Zustellung ausländerrechtlicher Verfügungen

Nach VGH Mannheim (U. v. 17.04.2002 AuAs 2002; 185) und VG Düsseldorf (v. 07.08.2002 InfAuslR) sind öffentlich zugestellte Verfügungen unwirksam, wenn die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung (öZ) nach dem VwZG nicht erfüllt sind. Bei unbekanntem Aufenthalt sind vor einer öffentlichen Zustellung geeignete Nachforschungen anzustellen und ein Suchvermerk im Bundeszentralregister niederzulegen. Erst wenn der Aufenthaltsort nach angemessenem Aufwand nicht ermittelt werden kann, ist die öZ zulässig

**Für die Praxis des BGS** ist u.a. von Bedeutung: Hat der Ausländer freiwillig (kann rechtlich nicht erzwungen werden) einen Zustellungsbevollmächtigten in Deutschland ernannt, kann die Zustellung an diesen erfolgen, jedoch nur, wenn sich die Vollmacht auch auf ausländerrechtliche Verfügungen erstreckt (also nicht etwa nur auf strafrechtliche Verfahren im Zusammenhang mit der Abnahme einer Sicherheitsleitung nach § 132 StPO etc). Ansonsten ist bei einem im Ausland wohnenden Ausländer vor einer öZ eine förmliche Auslandszustellung (über die deutsche Botschaft) zu versuchen. Erst nach deren Erfolglosigkeit ist eine öZ zulässig. Wurde eine Ausweisungsverfügung öffentlich zugestellt, ohne dass die Voraussetzungen für die öZ vorlagen, dann ist die Verfügung unwirksam und somit auch die gesetzliche Wiedereinreisesperre (§ 8 II AuslG). Bei strafrechtlichen Ermittlungen nach § 92 II Nr. 1 AuslG sollte daher eine entsprechende Prüfung erfolgen. Es ist bekannt, dass einige Ausländerbehörden Ausländer nach erfolgter Zurückschiebung durch die Polizei nachträglich ausweisen, damit die Sperre gem. § 8 II AuslG greift. Die Ausweisung erfolgt dann oft durch öffentliche Zustellung, obgleich sie über einen ggf. benannten Zustellungsbevollmächtigten oder über die Botschaft erfolgen müsste. Die Verfügungen wären in diesen Fällen unwirksam, die Sperre gem. § 8 II AuslG nicht existent

### OLG Köln Schengen-Visum ist Aufenthaltsgenehmigung i.S. § 92 II Nr. 2 AuslG

Das OLG Köln (B v. 29.11.2002100 – 2 Ws 595/02- v. 29.11.2002) hat die Haftbeschwerde eines Ukrainers (U) abgelehnt, gegen den u.a. wegen Beihilfe (Schleuser) zum Erschleichen von Schengen-Visa (§ 92 II Nr. 2 AuslG) ein Strafverfahren betrieben wird. Der U hatte in einer ausführlichen Begründung dargetan, es handle sich bei einem Schengen-Visum nicht um eine AG im Sinne des AuslG. Somit käme eine Bestrafung nach § 92 II Nr. 2 AuslG nicht in Betracht. Das Gericht hielt diese Auffassung jedoch unter Berufung auf Renner (AuslG 7. Aufl. § 5 Rn 7) und Westphal/Stoppa (2. Aufl. S. 110) für nicht zutreffend. „Das Schengen-Visum entspricht nach nationalem deutschem Recht einer Aufenthaltsgenehmigung (§ 5 AuslG) und zwar in Gestalt der Aufenthaltsbewilligung gem. § 28 Abs. 1 AuslG“.

### BGH zur Einschleusung in einen Schengen Staat

Nach BGH (B. v. 12.09.2002 - 4 StR 163/02) ist „Vertragsstaat“ des SDÜ i.S. des § 92a IV AuslG jeder Mitgliedstaat, in dem das SDÜ in Kraft **getreten** ist. Die Vorschrift setzt nicht voraus, dass das SDÜ zwischen dem betreffenden Staat und den übrigen Mitgliedstaaten auch bereits in Kraft **gesetzt** worden ist. Ein Ausländer hatte mehrere Inder von Deutschland nach Dänemark geschleust. § 92a IV AuslG, stellt das Einschleusen von Drittausländern in einen der Vertragsstaaten des SDÜ unter Strafe. Der BGH befasste sich eingehend mit der Frage, wann ein Staat Vertragsstaat des SDÜ im Sinne des § 92a Abs. 4 AuslG ist und schließt sich der von Westphal/Stoppa (2. Aufl. S. 566) vertretenen Auffassung an. Danach ist Dänemark Vertragsstaat des SDÜ im Sinne des § 92a IV AuslG **ab dem Inkrafttreten** des Beitrittsübereinkommens am **01.05.1999** (nicht schon durch Unterzeichnung des Beitrittsübereinkommens am 19.12.1996, aber auch nicht erst durch das Inkraftsetzen des SDÜ am 25.03.2001). Der BGH teilt auch die Auffassung von Westphal/Stoppa (aaO S. 534 ff), dass der persönliche Strafaufhebungsgrund gemäß Art. 31 I GFK einem geschleusten Flüchtling zur Seite stehen kann, nicht aber einem Schleuser.

**Internet-Tipp:** BGBl. Teil II (internationale Vereinbarungen, Zustimmungsgesetze) sind im PDF-Format ab Jahrgang 2002 im Volltext kostenlos unter [www.bundesanzeiger.de](http://www.bundesanzeiger.de) zum downloaden oder ausdrucken zu erhalten. Registrierung ist erforderlich.

### Vertrag von Nizza zum 01.02.2003 in Kraft

Der Vertrag von Nizza wird voraussichtlich am 01.02.2003 in Kraft treten. Er bewirkt - wie der Vertrag von Amsterdam - Änderungen der bestehenden Verträge (EU-Vertrag, EG-Vertrag, Vertrag ü.d. Europ. AtomG). Dadurch wird die EU in vier Kernbereichen auf die **Erweiterung** - d.h. den Beitritt von zunächst 10 Staaten - vorbereitet (institutionelle Reform). Dabei werden die **Größe und Zusammensetzung der Kommission** neu geregelt, die **Stimmengewichtung im Rat** geändert, mehr **Politikbereiche qualifizierten Mehrheitsentscheidungen unterworfen** und die Möglichkeiten der **verstärkte Zusammenarbeit** zwischen den EU-Staaten erweitert. EU-Vertrag und EG-Vertrag in der Fassung von Nizza zum downloaden unter [http://www.bundesregierung.de/emagazine\\_entw\\_-59575/Vertrag-von-Nizza-Konsolidiert.htm](http://www.bundesregierung.de/emagazine_entw_-59575/Vertrag-von-Nizza-Konsolidiert.htm)

### EU-Erweiterung zum 1.05.2004

Der Europäische Rat hat am 12./13.12. in Kopenhagen den Beitritt folgender 10 Staaten zur EU zum 1.05.2004 beschlossen:

**Estland, Litauen, Lettland, Malta, Polen, Slowakei, Slowenien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern.**

Derzeit werden die Beitrittsabkommen ausgehandelt. Obgleich es für 8 Staaten (außer Malta, Zypern) mehrjährige Übergangsfristen (vermutlich bis zu 5 Jahren) für die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** geben soll, wird dadurch das Recht zur Einreise nach dem EU-Recht nicht eingeschränkt. Die Grenzkontrolle wird sich für Staatsangehörige dieser Staaten regelmäßig nur noch auf die Feststellung der Nationalität und auf die repräsentative Fahndung beschränken. In Bezug auf Schengen geht die EU-Kommission in ihrem Strategiepapier v. 9.10.2002 davon aus, dass die Kontrollen an den Binnengrenzen erst „einige Zeit nach dem Beitritt“ wegfallen und ein entsprechender Beschluss zu jedem neuen Mitgliedstaat getrennt ergeht. Für Bulgarien und Rumänien ist der EU-Beitritt für 2007 geplant. Mit der Türkei sollen Verhandlungen frühestens 2005 aufgenommen werden – ein Beitritt in diesem Jahrzehnt ist nicht wahrscheinlich.

### EU-Kommission zu Kontrollen auf Binnenflügen

Die **EU-Kommission** hat sich aufgrund zweier parlamentarischer Anfragen zu Kontrollen von Binnenflügen geäußert (ABIEG Nr. C 93 E S. 11 v. 18.04.2002) Redaktionell zusammengefasst: „Gemäß dem in den Rahmen der Union einbezogenen Schengener-Besitzstands dürfen Binnengrenzen allorts überschritten werden, ohne dass die betreffenden Personen einzig aus diesem Grund kontrolliert werden. Daher sind Kontrollen unzulässig, die Luftfahrtunternehmen vor Binnenflügen durchführen, um zu verhindern, dass ihnen aufgrund der Rechtsvorschriften über die Haftung von Beförderungsunternehmen Sanktionen auferlegt werden, weil sie Personen befördern, die nicht im Besitz der erforderlichen Reisedokumente sind. Die die Haftung von Beförderungsunternehmen betreffenden Art. 26 und 27 des SDÜ gelten ausschließlich für Beförderungen aus Ländern, die nicht Vertragspartei des Schengener Übereinkommens sind. In einem Raum ohne Binnengrenzen dürfen solche Kontrollen nicht stattfinden, da sie einzig aufgrund des Überschreitens von Binnengrenzen durchgeführt werden.“

**Anmerkung:** Aus diesen Gründen ist es auch den Behörden versagt, Beförderungsunternehmen im Hinblick auf Binnenflüge nach §§ 73, 74 AuslG in Anspruch zu nehmen.

### VG Regensburg zur Verpflichtungserklärung bei einem Schengen Sachverhalt (U. v. 6.11.2002 Az. RO 9 K 01.1564)

Eine Moldawierin (M) erhielt aufgrund einer Verpflichtungserklärung (§ 82 II AuslG) eines Deutschen (V) von Deutschland (D) ein Schengen-Visum Typ C gültig für 30 Tage. Sie reiste damit legal nach D ein, nach 7 Tagen dann weiter nach Österreich (A) und Italien (I). Dort bleibt sie auch nach Ablauf des Visums. In I wurde sie aufgegriffen und ausgewiesen, reiste illegal nach A und wurde auch dort aufgegriffen und ausgewiesen. Sie reiste dann illegal nach D und wiederum nach A, wurde aber im österreichischen Grenzraum aufgegriffen und nach D rücküberstellt. D führte die M nach Moldawien zurück und forderte von dem V aufgrund seiner Verpflichtungserklärung die Kosten für die Rückführung ein. Die dagegen gerichtete Klage hatte Erfolg.

**Wesentliche Inhalte der Begründung des Gerichts:** M war während der Gültigkeit des Visums aus D ausgereist, somit ihrer Ausreisepflicht gem. § 42 IV AuslG genügt. Die erneute Einreise nach zwei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen anderer Schengen-Staaten weist keine erforderlichen Zusammenhang mit der Einreise, für die der V gebürgt hatte, mehr auf. Der Gesetzgeber hat auch § 82 II AuslG nicht auf den Geltungsbereich der Verpflichtungserklärung auf andere Schengen-Staaten erweitert. Das Gericht ließ offen, ob V die Ausreisepflicht zu tragen hätte, wenn ein Ausländer mit deutschem Schengen-Visum erlaubt einreist, dann im Schengen-Gebiet illegal verbleibt und ohne aufenthaltsbeendende Maßnahmen ausländischer Behörden wieder nach D zurückkehrt, hier aufgegriffen und abgeschoben wird.

**Anmerkungen:** Das ausführlich begründete Urteil ist nachvollziehbar. Sehr fraglich ist aber, ob D die Rücküberstellung von A hätte akzeptieren müssen, da M bereits zuvor von A nach D illegal eingereist war. Zudem hat nach Art. 23 SDÜ grundsätzlich der Staat, der den illegal aufhältigen Ausländer aufgreift, ihn aus dem Schengen-Gebiet heraus abzuschicken. Ein gegenseitiges Zuschicken ist nicht zulässig. Wäre das Visum in D abgelaufen, die M dann illegal nach A ausgereist, hätte sie ihre Ausreisepflicht gem. § 42 IV AuslG nicht erfüllt und der V wäre für Kosten der Rückführung heranzuziehen.