



# REPORT

## Ausländer- und Europarecht

Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa



Report Ausländer- und Europarecht Nr. 14

Januar 2007

### Änderungen der EU-VisaVO

Durch die VO 1932/2006/EG v. 21. 12. 2006 (ABIEU v. 30.12.2006 L 405/23) werden mit Wirkung vom 19.01.2007 eine Reihe von Bestimmungen der VO 539/2001/EG (EU-VisaVO) geändert. So werden Staatsangehörige von **Bolivien** künftig (ab dem 01.04.2007) nicht mehr visumfrei in die EU einreisen können.

Zudem wurde eine Regelung getroffen für britische Bürger, die nicht Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs Großbritanniens und Nordirlands im Sinne des EU-Rechts sind.

#### Visumpflichtig sind

- Bürger der britischen Überseegebiete (British Overseas Territories Citizens), die kein Aufenthaltsrecht (Right of Abode) im Vereinigten Königreich haben,
- britische Überseebürger (British Overseas Citizens),
- britische Untertanen (British Subjects), die kein Aufenthaltsrecht (Right of Abode) im Vereinigten Königreich haben,
- Personen unter dem Schutz des Vereinigten Königreichs (British Protected Persons).

Visumfrei können hingegen in die EU einreisen

- britische Staatsangehörige aus den Überseegebieten (British Nationals - Overseas)

Bürger von **Antigua und Barbuda**, den **Bahamas**, **Barbados**, **Mauritius**, den **Seychellen** sowie **St. Christoph und Nevis** sollen visumfrei in die EU einreisen dürfen, jedoch erst, nachdem diese Staaten mit der EU Abkommen über die Visabefreiung geschlossen haben und diese Abkommen in Kraft getreten sind.

Eine **bedeutsame Neuerung** ergibt sich nun aus dem neu gefassten Art. 1 II der VO 539/2001/EG. Danach sind von der Visumpflicht befreit „Personen mit **Flüchtlingsstatus** und **Staatenlose** sowie **andere Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Landes besitzen**, mit Wohnsitz in einem EU-Staat, die Inhaber eines von diesem Mitgliedstaat ausgestellten Reisedokuments sind“.

Über die bisherige Regelung des § 18 AufenthV hinaus werden dadurch insbesondere die rund **500.000 - meist russischstämmigen - Personen** begünstigt, die in Lettland als sog. „**Nichtletten**“, aber auch nicht offiziell als Staatenlose gelten.

Nach der Unabhängigkeit Lettlands im August 1991 wurden lettische Staatsbürger zunächst nur die Personen, die vor 1940 ständig im Lande lebten, und deren Nachkommen. Von den rund 2,5 Millionen Einwohnern waren damit 850.000 über Nacht staatenlos. Bis heute wurden etwa 350.000 davon eingebürgert, aber es leben noch immer rund 500.000 „Nichtletten“ in Lettland.

Diese sind unter die Diktion des Art. 1 II VO 539/2001/EG als „andere Personen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Landes besitzen“ zu fassen. Sie können künftig mit einem **lettischen Reisedokument** (meist Fremdenpass = Nepsilona Pase) **visumfrei** in alle Schengen-Staaten einreisen und sich dort als sichtvermerksfreie Drittstaaten gem. Art. 20 I SDÜ bis zu drei Monaten **genehmigungsfrei** aufhalten.

### EU-Beitritt Bulgariens und Rumäniens

**Bulgarien und Rumänien sind am 01.01.2007 der EU beigetreten.** Damit sind **29 Millionen** Menschen neue EU-Bürger geworden.

Für beide Staaten bestehen **Übergangsregelungen** - auch im Ausländerrecht - wie für die Staaten, die zum 01.05.2004 im Rahmen der EU-Osterweiterung der EU beigetreten sind (siehe dazu Report Nr. 11). Zahlreiche deutsche Rechtsvorschriften wurden entsprechend angepasst (vgl. BGBl. I 2006 S. 2814 ff).

Dadurch ist insbesondere die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** für 2 Jahre ausgesetzt - wobei die Beschränkung um weitere 5 Jahre verlängert werden kann. Deutschland kann für 5 Jahre zudem die **Dienstleistungsfreiheit** für bulgarische und rumänische Unternehmen - u.a. im Bereich des Baugewerbes - beschränken, was durch die Bundesregierung auch erfolgt ist (siehe BANZ v. 30.12.2006). Das **Schengen-Recht** kommt zunächst nur teilweise zur Anwendung. So werden die Grenzen zwischen den alten Schengen-Staaten und Bulgarien/Rumänien weiterhin kontrolliert und die beiden Staaten wenden noch nicht das Schengen-Visumregime an. Grundsätzlich genießen Bulgaren und Rumänen aber die Rechte der EU-Bürger - insbesondere das allgemeine Freizügigkeitsrecht - und sind damit ausländerrechtlich nicht anders zu behandeln als die „alten EU-Bürger“.

Der EU-Beitritt **Bulgariens** und **Rumäniens** erfolgte, obgleich noch Zweifel daran bestehen, dass die beiden Staaten die in den Verträgen zugesagten und noch erforderlichen Reformen zur Erfüllung aller Voraussetzungen für eine EU-Mitgliedschaft durchführen werden. Nachdem die EU-Kommission den beiden Staaten jedoch in dem **Fortschrittsbericht** vom 26.09.2006 trotz erheblicher Bedenken (u.a. mangelnde Korruptionsbekämpfung, Missstände in der Verwaltung und Probleme im Bereich der Grundrechte), grünes Licht für den EU-Beitritt gegeben hat, konnte der Beitritt zum 01.01.2007 erfolgen.

In der **ausländerrechtlichen Praxis** wird insbesondere die - nach wie vor umstrittene - Frage aufkommen, wie mit Bulgaren und Rumänen zu verfahren ist, die nach Maßgabe des AuslG1990 oder des AufenthG ausgewiesen, abgeschoben oder zurückgeschoben wurden. Wir vertreten die Auffassung, dass die durch diese Maßnahmen ausgelöste Sperrwirkung (§ 8 II AuslG1990; § 11 I AufenthG) nach dem Statuswechsel hin zum EU-Bürger nicht mehr zur Wirkung kommt, da für die Betroffenen nun das EU-Recht gilt und auch das FreizügG/EU keine Fortgeltung der Sperren des allgemeinen Ausländerrechts vorsieht (Westpha/Stoppa InfAuslR 2004, 133 [137]; siehe auch Report Nr. 13 Seite 1; ebenso Dienelt, Freizügigkeit nach der EU-Osterweiterung 2004 S. 151 ff; Gutmann, InfAuslR 2005, 125).

Diese Auffassung ist mittlerweile in der **Rechtsprechung überwiegend bestätigt** worden (OVG Berlin-Brandenburg B. v. 15. 03. 2006, Az: 8 S 123.05 InfAuslR 2006, 259; dgl. v. 18.10.2005 Az: 8 S 39.05; OLG Hamburg B. v. 21.11.2005 1 Ws 212/05; VG Berlin, B. v. 28.10.2005 VG 15 A 275.05; ebenso für nicht bestandskräftige Sperren VGH Kassel, B. v. 29.12. 2004 12 TG 3212/04; aA aber OVG Hamburg v. 22.03.2005 3 Bf 294/04; VG Sigmaringen U. V. 22.02.2005 4 K 16/05).

### Wirkung „alter“ Wiedereinreisesperren von EU-Bürgern

**OVG Berlin-Brandenburg** (B. v. 15.03.2006 - 8 S 123. 05):

1. Eine auf der Grundlage des AuslG1990 ergangene Ausweisung und die anschließende Abschiebung können nach dem Inkrafttreten des FreizügG/EU keine dem § 8 II S. 1 AuslG1990 entsprechende Wirkung mehr entfalten.

2. § 102 I AufenthG, wonach die vor dem 01.01.2005 getroffenen ausländerrechtlichen Maßnahmen, darunter auch Ausweisungen und Abschiebungen, hinsichtlich ihrer Folgen wirksam bleiben, ist nicht anwendbar, wenn die Ausländerbehörde das Nichtbestehen des Rechts nach § 2 I FreizügG/EU (noch) nicht festgestellt hat (vgl. § 11 II FreizügG/EU). Eine dem § 102 I AufenthG entsprechende Regelung enthält das FreizügG/EU nicht. Dies legt im Wege eines Umkehrschlusses die Annahme nahe, dass die auf der Grundlage des Ausländergesetzes und des bis zum 31.12.2004 geltenden AufenthG/EWG gegenüber einem Unionsbürger ausgesprochene Ausweisung und eine frühere Abschiebung ab dem 01.01.2005 keine Wirkungen mehr entfalten

3. Die Ausweisung nach altem Recht kann auch nicht als Feststellung des Verlustes des Freizügigkeitsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit iSv § 6 I FreizügG/EU anerkannt werden.

## Der Schengener Grenzkodex

Am 13. 10. 2006 ist die VO 562/2006/EG (**Schengener Grenzkodex- SchGKX**) in Kraft getreten.

Der SchGKX regelt das **Überschreiten** und die **Kontrollverfahren** an den **Schengen-Außen- und Binnengrenzen**. Er schreibt einen einheitlichen Kontrollstandard vor. Die Grenzbehörden haben bei der Grenzkontrolle die Belange aller Vertragsstaaten zu berücksichtigen - und daher insbesondere Einreisen von Drittstaatsangehörigen zu verhindern, die eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung eines Schengen-Staats darstellen. Der SchGKX **ersetzt Art. 2 bis 8 SDÜ**, aber auch die **VO 2133/2004/EG** (EU-StempelVO) und das **Gemeinsame Handbuch Schengen**. Grundlegende Änderungen zum bisherigen Schengen-Recht sind im SchGKX aber nicht enthalten, jedoch Klarstellungen und Ergänzungen im Detail. Zudem haben die Grenzbestimmungen nun EU-Verordnungsrang. Sie sind daher allgemein gültig und haben Anwendungsvorrang vor nationalem Recht.

Der SchGKX enthält **detaillierte Vorschriften** über die Wiederaufnahme von Kontrollen an den Binnengrenzen, Kontrolllockerungen, Abstempeln der Reisedokumente, Grenzüberwachung zwischen den Grenzübergangsstellen, Modalitäten der Einreiseverweigerung (Standardformular), Zusammenarbeit der Schengen-Staaten und gemeinsame Kontrollen sowie Sonderregelungen für Kreuzfahrtschiffe, die Vergnügungsschiffahrt und die Küstenfischerei. Die VO stellt damit auch eine Zäsur nach über 10 Jahren Schengen-Grenzkontrollpraxis dar.

Nach Art. 20 SchGKX dürfen - wie bisher - Binnengrenzen an jeder Stelle ohne Personenkontrollen überschritten werden, unabhängig davon, welches die Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen ist. Unberührt bleiben davon gem. Art. 21 SchGKX **allgemeine polizeiliche Kontrollen** im gesamten Inland, einschließlich des Binnen-Grenzgebiets, solange sie nicht die gleiche Wirkung wie Grenzkontrollen haben. Das Überschreiten einer Binnengrenze darf per se nicht Anlass für Kontrollen sein. Jede Person darf an jeder Stelle ungehindert die Binnengrenzen überschreiten. Jede **systematische** oder **stichprobenmäßige Kontrolle**, die ausschließlich aufgrund des Überschreitens einer Binnengrenze durchgeführt wird, ist unzulässig.

Der SchGKX hat auch die erst seit dem 01.01.2005 geltende „**EU-StempelVO**“ (=VO 2133/2004/EG) abgelöst. Art. 10 SchGKX verpflichtet die Grenzbehörden zum systematischen Abstempeln der Reisedokumente von Drittstaaten beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten. Außengrenzen i.S. des SchGKX sind die Grenzen eines Staats, der an den SchGKX gebunden ist, zu einem Drittstaat (z.B. Deutschland-Schweiz) oder eine Schengen-Außengrenze zu einem EU-Staat, der nicht an den SchGKX gebunden ist (z.B. Flug Irland - Deutschland). Art. 10 gilt aber nicht an der Grenze Deutschland-Polen, da der SchGKX auch in den Beitrittsstaaten in Kraft ist. Es bleibt Deutschland aber unbenommen, die Kontrollpraxis sowie Art und Umfang der Stempelung an den Grenzen zu den Beitrittsstaaten der Sicherheitsbedürfnissen anzupassen bis die Binnengrenzkontrollen zu diesen Staaten (Anfang 2008) aufgehoben werden. Kontrollen und Stempelungen sind hier erforderlich, um im Rahmen einer ergänzenden Kontrolle zu den von den Beitrittsstaaten durchzuführenden Schengen-Außengrenzkontrollen die SIS-Abfrage (Art. 5 I d SchGKX) zu dokumentieren und die Einhaltung der Visumvorschriften sicherzustellen.

**Lockerungen der Grenzkontrollen** sind nur im Fall außergewöhnlicher und unvorhersehbarer Umstände zulässig. Auch bei gelockerten Grenzkontrollen sind die **Reisedokumente** von Drittstaaten bei der Einreise und Ausreise **abzustempeln**.

## Erleichterungen für die Vergnügungsschiffahrt

Der Schengener Grenzkodex (SchGKX) schafft Erleichterungen für die **Vergnügungsschiffahrt** zwischen den Schengen-Staaten. Vergnügungsschiffahrt ist die Nutzung von Wasserfahrzeugen (z.B. Sportboote, Segelboote) zu sportlichen oder touristischen Zwecken. Bislang unterlag der Vergnügungsschiffsverkehr uneingeschränkt der Grenzkontrollpflicht. So musste z.B. ein Segelboot, das aus einem dänischen Hafen auslief und nach Deutschland fuhr, einen als Grenzübergangsstelle zugelassenen Hafen in Deutschland anlaufen und die Personen an Bord sich einer Einreisekontrolle unterziehen. Nr. 3.2.5. Angang VI SchGKX regelt nun, dass Personen an Bord von Vergnügungsschiffen, die zwischen den Schengen-Staaten verkehren (Intra-Schengen-Verkehr), **keinen Grenzübergangsstellen** unterzogen werden und in Häfen einlaufen dürfen, die **keine Grenzübergangsstellen** sind. Kontrollfrei im "Intra-Schengen-Verkehr" sind nicht nur Vergnügungsschiffe unter der Flagge eines Schengen-Staats oder die im Besitz eines "Schengen-Staaters" sind, sondern alle Vergnügungsschiffe. Fährt also z.B. ein unter russischer Flagge fahrendes Vergnügungsschiff aus Dänemark kommend einen deutschen Hafen an, greift die Befreiung der Nr. 3.2.5.

Der Grenzkontrollpflicht und der Pflicht zum Anlaufen eines als Grenzübergangsstelle zugelassenen Hafens unterliegen weiterhin Vergnügungsschiffe (gleich unter welcher Flagge oder in wessen Besitz), die aus einem Nicht-Schengen-Staat kommen (z.B. aus Russland) oder aus einem EU-Staat, in dem das Schengen-Recht übergangsweise noch nicht in vollem Umfang anwendbar ist (z.B. aus Polen). Soweit diese Regelungen die Einreise außerhalb von Grenzübergangsstellen erlauben, bedarf es keiner gesonderten **Grenzerlaubnis** gem. § 61 III BPolG.

**Ausnahmen:** In Abwägung des Risikos der illegalen Einwanderung und insbesondere wenn sich die Küste eines Drittstaats in unmittelbarer Nähe des Hoheitsgebiets des betreffenden Mitgliedstaats befindet, können auch ansonsten begünstigte Vergnügungsschiffe kontrolliert werden. Bei **Wiederaufnahme der Grenzkontrollen** gem. Art. 23 ff SchGKX unterliegen alle Vergnügungsschiffe uneingeschränkt wieder der Grenzkontrolle.

## EuGH Urteil „Jia“ zu Familienangehörigen von EU-Bürgern

Der EUGH (U. v. 09.01.2007 „Jia“ Rs. C-1/05) hat entschieden, dass die Gewährung eines Aufenthaltsrechts für drittstaatsangehörige Familienmitglieder eines EU-Bürgers, der von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, **nicht an die Voraussetzung gebunden** ist, dass sich dieses Familienmitglied **vorher rechtmäßig** in einem anderen EU-Staat aufgehalten hat.

Diese Frage war nach dem Urteil des EUGH v. 23. 09. 2003, „Akriche“ Rs. C-109/01 aufgeworfen worden, in dem das Gericht einem Drittstaatsangehörigen das Freizügigkeitsrecht verweigerte, der sich **rechtswidrig** in Großbritannien aufgehalten hatte und dann mit seiner Einwilligung nach Irland zu seiner inzwischen dort lebenden britischen Ehefrau abgeschoben wurde. Er wollte einige Monate später - da ihm in Irland als Ehegatten einer EU-Bürgerin das EU-Freizügigkeitsrecht gewährt wurde - unter Berufung auf das EuGH Urteil „Singh“ (U. v. 07.07.1992 Rs C-370/90) als dann Freizügigkeitsberechtigter mit seiner Ehefrau nach Großbritannien zurückkehren. Der EuGH bewertet den Fall „Jia“ grundsätzlich anders und stellte klar, dass ein **rechtmäßiger Voraufenthalt** in einem EU-Staat **nicht erforderlich** ist, um mit dem Familienangehörigen EU-Bürger in einen anderen EU-Staat zu gehen und dort das Freizügigkeitsrecht zu genießen. Das Urteil „Jia“ entspricht der Rechtsauffassung, wie sie vor dem „Akriche“-Urteil allgemein in der Lehre und Praxis gesehen wurde.

**Beispiel:** Eine Französin heiratet während eines Aufenthalts in Afrika einen ghanaischen Staatsangehörigen. Anschließend kommt sie von dort aus mit ihrem Ehegatten nach Deutschland um hier zu arbeiten. Der Ghanaer ist berechtigt auf der Grundlage des EU-Freizügigkeitsrechts mit seiner Ehefrau nach Deutschland zu kommen, obwohl er zuvor noch keinen rechtmäßigen Aufenthalt in einem EU-Staat hatte.

Generalanwalt Geelhoed war in seinem Schlussantrag hingegen der Ansicht, dass ein drittstaatsangehöriges Familienmitglied nur dann abgeleitetes Freizügigkeitsrecht in Anspruch nehmen kann, wenn es sich zuvor rechtmäßig in einem EU-Staat aufgehalten hat und dies nur der Fall sei, wenn ihm der Zugang zu diesem EU-Staat für einen Zeitraum von mehr als einem Jahr gestattet wurde, so dass er Aussicht hat, einen dauerhafteren Aufenthaltsstatus zu erlangen.

Zu den Familienangehörigen, die berechtigt sind, mit dem EU-Bürger in einen anderen EU-Staat zu gehen oder ihm dorthin nachzuziehen, gehören **u. a.** auch seine **Verwandten** in gerader aufsteigender Linie (Eltern) und in gerader absteigender Linie, die das 21. Lebensjahr vollendet haben (Kinder), wenn diesen von ihm **Unterhalt gewährt** wird. Unter „Unterhalt gewährt“ ist zu verstehen, dass der Angehörige der materiellen Unterstützung durch den EU-Bürger bedarf, um seine Grundbedürfnisse in seinem Herkunftsstaat in dem Zeitpunkt zu decken, in dem er beantragt, dem EU-Bürger zu folgen. Eine tatsächliche Unterhaltszahlung genügt nicht, sondern nur, wenn sie nötig ist, um den Unterhaltsbedarf zu decken. Der Nachweis des Unterhaltsbedarfs kann mit jedem geeigneten Mittel geführt werden, wobei die Behörde sich mit einer bloßen Verpflichtungserklärung **nicht** zufrieden geben muss.

### EuGH Urteil „Bot“ - Auslegung Art. 20 I SDÜ - „Datum der ersten Einreise“

Die Regelungen des SDÜ werfen zahlreiche Fragen nach den Fristen und Nutzungsmöglichkeiten eines Schengen-Visums oder dem sichtvermerksfreien Aufenthalt in zeitlicher Hinsicht auf. Nun hat aber der EuGH (U. v. 03. 10. 2006 Rs. C-241/05 „Bot“) einige Fragen zur Auslegung des Art. 20 I SDÜ und der Bewegungsfreiheit von sichtvermerksfreien Drittstaatsangehörigen geklärt, insbesondere was unter dem „Datum der ersten Einreise“ im Sinne des Art. 20 I SDÜ zu verstehen ist. In dem Verfahren wurde klar, dass es sehr unterschiedliche - und jeweils durchaus vertretbare - Auffassungen zu diesen Fragen gibt, die auch nachdem das SDÜ seit über 10 Jahren in Kraft ist, bislang völlig offen waren. In Deutschland wurde teilweise eine Rückrechnungsmethode vertreten, die von dem Tag der aktuellen Einreise ausging. Diese - soweit dem Verfahren vor dem EuGH zu entnehmen ist - wohl auch in ähnlicher Weise in Finnland praktizierte und von der EU-Kommission bevorzugte Berechnungsmethode hatte vor dem EuGH keinen Bestand.

Nach Abwägung verschiedener Meinungen und Lösungsmöglichkeiten hat der EuGH entschieden:

*Art. 20 I SDÜ ist dahin auszulegen, dass der Begriff „erste Einreise“ im Sinne dieser Bestimmung außer der zeitlich ersten Einreise in den Schengen-Raum auch die erste Einreise dorthin nach Ablauf einer Frist von sechs Monaten ab dieser zeitlich ersten Einreise sowie jede weitere erste Einreise umfasst, die nach Ablauf jeder neuen Frist von sechs Monaten ab einem vorangegangenen Datum der ersten Einreise erfolgt.*

Damit ist klar, dass erst die Rückkehr des Drittausländers in das Schengen-Gebiet nach Ablauf von mindestens sechs Monaten nach einer „ersten Einreise“ eine neue „erste Einreise“ darstellt. Innerhalb des Sechsmonatszeitraums erfolgte Einreisen stellen demnach keine „ersten Einreisen“ im Sinne des Art. 20 I SDÜ dar. Eine als „erste Einreise“ zu qualifizierende Einreise legt verbindlich den Beginn eines Sechsmonatszeitraums fest. In dem so bestimmten Sechsmonatszeitraum kann der Drittausländer sich bis zu drei Monaten - oder wenn er in diesem Zeitraum mehrmals ins Schengen-Gebiet reist, bis zu insgesamt 90 Tagen - im Schengen-Gebiet aufhalten. Bei der Bestimmung des Bezugszeitraums ist zu beachten, dass nach europäischem Verwaltungsrecht, dem die Fristberechnungsregeln gem. §§ 187, 188 BGB entsprechen, der Bezugszeitraum am Tag nach der Einreise beginnt und nach sechs Monaten mit dem Tag endet, der durch seine Zahl dem Tag der Einreise entspricht.

**Beispiel:** Ein Brasilianer reist erstmals in seinem Leben am 05.01.2006 in das Schengen Gebiet ein, später wieder am 15.3.2006, am 17.10.2006, am 14.02.2007 sowie am 18.05. 2007.

Als „erste Einreise“ im Sinne des Art. 20 I SDÜ sind un- zweifelhaft die Einreisen am 05.01.2006 und am 17.10.2006 zu qualifizieren, weil zwischen ihnen ein Abstand von mindestens sechs Monaten liegt. Der erste Bezugszeitraum besteht demnach vom 06.01.2006 bis zum 05.07.2006, der zweite schließt sich diesem Zeitraum aber nicht unmittelbar an, sondern beginnt erst nach der nächsten „ersten Einreise“ am 18.10.2006 und dauert bis zum 17.04.2007. Somit sind die Einreisen am 15.03.2006 und 14.02.2007 nicht, wohl aber die am 18.05.2007 als „erste Einreise“ zu qualifizieren. Die Einreise am 18.05.2007 begründet auch wieder einen neuen Bezugszeitraum, der vom 19.05.2007 bis zum 18.11.2007 dauert.

Auch wenn Art. 20 I SDÜ andere Auslegungen für Berechnungsmöglichkeiten zulässt, ist doch nun eine schengen-einheitliche Regelung vorgegeben, die ein **Bestimmtheitsdefizit beseitigt**. Es bleibt zu hoffen, dass die durch Art. 20 I SDÜ begünstigten Drittausländer in geeigneter Weise darüber informiert werden, jedenfalls durch die zuständigen Behörden schengenweit entsprechend Auskunft erlangen können.

### EuGH: Drittausländer visumfrei im Rahmen der grenzüberschreitenden Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit umfasst (indirekt) auch das Recht, die **rechtmäßig bei dem Unternehmen beschäftigten Mitarbeiter** des Unternehmens **vorübergehend** zur Dienstleistungserbringung in einen anderen EU-Staat zu **entsenden**. Eine Arbeitsgenehmigung darf nicht gefordert werden (EuGH, U. v. 09.08.1994 - „Vander Elst“ - Rs. C-43/93 und EuGH, U. v. 27.03.1990 - „Rush Portuguesa“ - Rs. C-113/89).

Der Drittausländer muss **nicht** zuvor bereits **eine bestimmte Dauer** bei dem entsendenden Unternehmen beschäftigt worden sein - insbesondere ist es mit Art. 49 EGV unvereinbar zu fordern, dass der betreffende Arbeitnehmer bei Beginn seiner Entsendung seit mindestens sechs Monaten durch unbefristete Arbeitsverträge mit dem entsendenden Unternehmen verbunden ist (EuGH U. v. 21.10.2004 „Kommission/Luxemburg“ Rs. C- 445/03). Nach dieser Rechtsprechung ist § 15 BeschVO mit Art. 49 EGV nicht vereinbar.

Dem „Vander Elst“ - Urteil konnte zudem entnommen werden, dass weder für die Einreise noch für den Aufenthalt ein **Visum** oder ein **Aufenthaltstitel** verlangt werden darf (siehe Westphal-Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei 2. Aufl. S. 237). Dennoch verlangte Deutschland die vorherige Einholung eines Visums (sog. „Vander Elst-Visum“); eine ähnliche Praxis bestand in Österreich. Nun hat der EuGH aber klargestellt (U. v. 19.01.2006 „Kommission/ Deutschland“ Rs C-244/04; U. v. 21.09.2006 „Kommission/ Österreich“ Rs C-168/04), dass es mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EGV nicht vereinbar ist, von Drittausländern für die Erbringung einer grenzüberschreitenden Dienstleistung in einem anderen EU-Staat die vorherige Einholung einer Genehmigung in **Form eines Visums** zu verlangen.

### Visafreiheit für Ukrainer in der EU?

Das Europäische Übereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats vom 13.12.1957 (EÜPV) ist am 01.07.2006 für die Ukraine in Kraft getreten (Vertragstext, Ratifikationsstand etc. unter <http://conventions.coe.int>). In Bezug auf die Ukraine haben Deutschland und einige andere EU-Staaten allerdings unter Berufung auf die VO 539/2001/EG einen Vorbehalt eingelegt. Visafreiheit für die **Einreise nach Deutschland** soll für Ukrainer daher nicht bestehen. Der Vorbehalt Deutschlands ist jedoch bislang in keinem Gesetzblatt veröffentlicht. Daher ist fraglich, wie ein unveröffentlichter Vorbehalt im innerstaatlichen Recht wirkt - insbesondere wenn **strafrechtlich** gegen Ukrainer vorgegangen wird, die in der Zeit vom 01.07.2006 bis zur Veröffentlichung des Vorbehalts ohne Visum nach Deutschland eingereist sind.

Andere EU-Staaten - wie z.B. Italien - haben bislang einen solchen Vorbehalt nicht eingelegt. Daher sind derzeit visafreie Einreisen zum Kurzaufenthalt über bestimmte Außengrenzen der EU für Ukrainer möglich.



### Kommentar zum Ausländerstrafrecht von Edgar Stoppa

Das **Münchener Anwalts Handbuch - Strafrecht** (C.H. Beck-Verlag), herausgegeben von Prof. Dr. Gunter Widmaier, beinhaltet eine der ersten Kommentierungen zu den §§ 95 - 97 AufenthG und § 9 FreizügG/EU. Auf rund 80 Seiten erläutert Edgar Stoppa die wesentlichen für die Praxis bedeutsamen Strafnormen des Ausländerrechts. Aufgrund der Verwaltungsakzessorietät des Ausländerstrafrechts wird dabei auch auf die Voraussetzungen der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern eingegangen, insbesondere auf die Einreise-, Durchreise- und Aufenthaltsrechte nach dem Schengen-Recht und der EU-VisaVO.

Die Kommentierung wird durch eine Reihe von Praxistipps und umfangreiche Nachweise über Rechtsprechung und Literatur bereichert.

In dem über 2760 Seiten starken Werk haben rund 90 Anwälte, Fachleute, Professoren und Praktiker Probleme der Strafrechtspflege aus dem Strafrechtsbereich und ausgewählter Bereiche des Straf- und Nebenstrafrechts bearbeitet.

### BVerfG - Zur Belehrungspflicht gem. Art. 36 WÜK bei Festnahmen von Ausländern

Nach Art. 36 I b WÜK sind Konsularbeamte berechtigt, einen Angehörigen ihres Staats aufzusuchen, der sich in Straf- oder Untersuchungshaft befindet oder dem anderweitig die Freiheit entzogen ist, mit ihm zu sprechen und zu korrespondieren sowie für seine Vertretung in rechtlicher Hinsicht zu sorgen. Das Konsulat muss auf Verlangen des Ausländers **unverzüglich** von seiner **Freiheitsentziehung unterrichtet** werden. Der betroffene Ausländer muss über dieses Recht unterrichtet werden.

Für den Bereich der Strafverfolgung hatte der BGH (B. v. 07.11.2001 – 5 StR 116/01 – in NSTZ 2002, 168) bislang die Ansicht vertreten, dass "zuständige Behörde" iS des Art. 36 I b WÜK nicht die unmittelbar festnehmende Polizei, sondern der in den §§ 115, 115a, 128 StPO genannte Richter sei. Dem folgend wurde teilweise in der Praxis vertreten, dass grundsätzlich erst der Haftrichter in der Pflicht sei, den Ausländer zu belehren.

Dem ist nun das **BVerfG** (B. v. 16.09.2006 - 2 BvR 2115/01 u.a.) entgegengetreten und hat das **Urteil des BGH aufgehoben**.

Das BVerfG sieht alle zuständigen Strafverfolgungsorgane des Empfangsstaats **einschließlich der festnehmenden Polizeibeamten** in der Pflicht die Belehrung durchzuführen. Die Belehrungspflicht nach Art. 36 I b WÜK wird ab dem Moment relevant, ab welchem die Behörde Kenntnis von der ausländischen Staatsangehörigkeit des Betroffenen erlangt.

Die Ansicht des BGH erscheint auch deshalb problematisch, weil dann häufig Stunden oder eine ganze Nacht vergehen können, bis das Konsulat verständigt wird.

Art. 36 I b WÜK soll es dem Konsulat auch ermöglichen, sich für den Betroffenen bereits gegenüber der Polizei und vor Gericht einzusetzen. Wenn erst der Haftrichter das Konsulat verständigt, kann dieses keinen Rechtsbeistand mehr organisieren, der dem Betroffenen bereits bei der ersten richterlichen Entscheidung über die Haft beisteht, es sei denn, der Richter verschiebt die Anhörung, wodurch Verzögerungen eintreten, die die Freiheitsentziehung ohne richterliche Entscheidung unnötig verlängern. Daher ist der Ausländer **unverzüglich nach der Festnahme durch die Polizei** über sein Recht gem. Art. 36 I b WÜK zu unterrichten (BVerfG aaO, ebenso Heesen/Hönle/Peilert aaO; Karioth, POLIZEI-heute 2002, 227).

Art. 36 I b des WÜK gehört zu den vorgeschriebenen Formen im Sinne des Art. 104 I S. 1 GG. Werden diese nicht eingehalten, ist die Freiheitsentziehung **rechtswidrig**. Das BVerfG (aaO) sieht bei Belehrungsverstößen das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verletzt.

### Durchreiserecht für Inhaber von Aufenthaltstiteln der Schweiz und Liechtenstein

Seit dem 20.06.2006 ist die **Entscheidung 896/2006/EG** (ABIEU 20.06.2006 L 167, S. 8) in Kraft, mit der die Schengen-Staaten einseitig bestimmte - in einem Anhang zur Entscheidung aufgelistete - Aufenthaltstitel (AT) der Schweiz und von Liechtenstein für die Zwecke der Durchreise durch das Schengen-Gebiet anerkennen. Seit dem 10.07.2006 ist der Inhaber eines solchen AT berechtigt, durch das Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten zu reisen, um in einen Drittstaat zu gelangen oder um aus einem Drittstaat in die Schweiz bzw. nach Liechtenstein zurückzukehren. Die Reise durch das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten darf jeweils nicht mehr als **fünf** Tage dauern. Dadurch werden rund **500.000** in der Schweiz und Liechtenstein lebende **Drittausländer** begünstigt.

**Beispiel:** *Der in der Schweiz lebende Serbe S möchte über den Flughafen München in die Republik Serbien fliegen und später auf dem gleichen Weg zurück in die Schweiz reisen. Er verfügt über einen gültigen Pass und sein Schweizer AT ist in der Anlage zur Entscheidung 896/2006/EG aufgeführt. Damit erfüllt er die formellen Voraussetzungen um wie geplant durch Deutschland durchzureisen (hin und zurück).*

Bei Nichterfüllung der Voraussetzungen des Art. 5 I a, c, d und e SchGKX ist die Grenzpolizei zur Zurückweisung gem. § 15 II Nr. 3 AufenthG iVm Art. 13 SchGKX berechtigt. Wird ein Ausländer mit einem AT der Schweiz oder Liechtenstein im Inland während der Durchreise festgestellt, bei dem die Voraussetzungen der Art. 5 I a, c, d oder e SchGKX nicht oder nicht mehr erfüllt sind, liegt – wie bei einer entsprechenden Situation beim Inhaber eines Schengen-Visums - **keine** unerlaubte Einreise und **kein** unerlaubter Aufenthalt vor.

Missbraucht jedoch der Inhaber eines AT der Schweiz oder von Liechtenstein diesen zum Kurzaufenthalt, dann ist der AT **nicht anerkannt**, denn die Anerkennung setzt zwingend den „**Zweck der Durchreise**“ voraus (vgl. Art. 1 E 896/2006/EG).

Die Anwendung der E 896/2006/EG ist den **Beitrittsstaaten** (z.B. Polen, Ungarn etc) freigestellt. Bis auf Bulgarien, Estland, Litauen und Rumänien haben alle **Beitrittsstaaten** erklärt, dass sie die E 896/2006/E anwenden (ABIEU v. 17.10.2006 C 251/20).

Nur EU-Staaten, die die E 896/2006/EG **nicht** anwenden, sind als Zielstaat einer Durchreise anzuerkennen. Wendet ein Beitrittsstaat die Regelung selbst an, ist eine Reise **in** diesen Staat **keine Durchreise** mehr.

**Beispiel:** *Ein in der Schweiz lebender Drittausländer möchte mit einem Schweizer AT durch Deutschland und Polen nach Litauen reisen. Litauen wendet die E 896/2006/EG nicht an und kommt damit als Zielstaat einer Durchreise in Betracht. Die Durchreise durch die „anwendenden“ EU-Staaten Deutschland und Polen mit Ziel Litauen kann mit dem Schweizer AT erfolgen.*

### Änderung der AufenthV zum 01.01.2007

Zum 01.01.2007 wurde die AufenthV geändert. U.a. wurden die **Gebühren** für die Erteilung von **Schengen-Visa** (Typ A, B und C) von 35 auf **60 Euro** erhöht. Für ein Schengen-Sammelvisum sind nun 50 Euro zuzüglich 5 Euro pro Person zu erheben. Die neuen Gebühren gelten auch für die Erteilung von **Ausnahmevisa an der Grenze**. Inhaber **dienstlicher Pässe** von **Algerien** sind nun nach § 19 AufenthV iVm Anlage B Nr. 1 AufenthV vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit. Hingegen sind Staatsangehörige von **Kolumbien** und **Kuba** nicht mehr gem. § 26 AufenthV von der **Transitvisumpflicht** befreit.

### OLG Karlsruhe zum Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 I Satz 2 AufenthG

Die Duldung (§ 60a AufenthG) ist gem. § 61 I Satz 1 AufenthG auf das Gebiet eines Bundeslandes beschränkt. Der wiederholte Verstoß gegen diese räumliche Beschränkung ist gem. § 95 I Nr. 7 AufenthG strafbar. Verfügt die Ausländerbehörde eine weitergehende räumliche Beschränkung - z.B. auf einen Landkreis - ist der Verstoß gegen diese weitere räumliche Beschränkung nicht strafbar. Es handelt sich um eine vollziehbare Anordnung nach § 61 I Satz 2 AufenthG, die nach § 98 III Nr. 3 AufenthG als Ordnungswidrigkeit zu ahnden ist (OLG Karlsruhe B. v. 16.10.2006 – 3 Ss 204/06).

### VO 1931/2006/EG über den Kleinen Grenzverkehr an den Landaußengrenzen der EU-Staaten

Diese VO gilt an den Landaußengrenzen der EU – das ist eine Landgrenze zwischen einem EU-Staat und einem Drittstaat - also z.B. die Grenze zwischen Polen und der Ukraine oder zwischen Deutschland und der Schweiz nicht aber die Grenze zwischen Deutschland und Polen oder Deutschland - Tschechische Republik. Der Vorschlag, auch die Grenzen zwischen den Staaten, die das Schengen-Recht bereits voll anwenden und den neuen EU-Staaten (EU-Osterweiterung und Bulgarien, Rumänien), die das Schengen-Recht nur zum Teil anwenden, auch als (vorläufige) Landaußengrenzen zu bezeichnen, wurde im Gesetzgebungsverfahren verworfen. Mit dieser VO wird eine Grenzübertrittsgenehmigung eingeführt, mit der drittausländische Grenzbewohner visumfrei in die jeweiligen Grenzgebiete der EU-Staaten einreisen können. Eine Stempelung erfolgt in diesen Fällen nicht. Die VO hat für Deutschland aus geographischen Gründen kaum eine Bedeutung – allenfalls übergangsweise an der einzigen deutschen Landaußengrenze zur Schweiz.