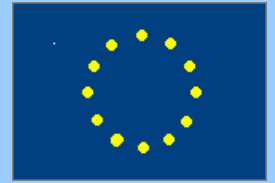




# REPORT

## Ausländer- und Europarecht



Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa

Report Ausländer- und Europarecht Nr. 15

Mai 2007

### Änderung des Schleusertatbestands

Gastbeitrag von Prof. Dr. Tilmann Schott, Lübeck

#### § 96 I AufenthG soll künftig die Teilnahme

- an einer unerlaubten Einreise gegen Erhalten oder Sichversprechenlassen eines **Vorteils** (bisher: Vermögensvorteil) oder zugunsten mehrerer oder wiederholt und

- an unerlaubtem Aufenthalt, ungenehmigter Erwerbstätigkeit und Erschleichen eines Aufenthaltstitels gegen Erhalten oder Sichversprechenlassen eines **Vermögensvorteils** (aber nicht mehr bei Begehung zugunsten mehrerer oder wiederholter Begehung)

erfassen.

**Art. 1 RL 2002/90/EG** verlangt die Sanktionierung von

- Beihilfe zur unerlaubten Einreise (ohne weiteres einschränkendes Merkmal) und
- Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt zu Gewinnzwecken.

Die derzeitige Rechtslage bleibt hinsichtlich der Einreisebeihilfe hinter den Vorgaben der RL zurück, geht aber bezüglich der Aufenthaltsunterstützung darüber hinaus.

Während die RL die **Einreisebeihilfe** ohne jede Einschränkung erfasst, verlangt der deutsche Tatbestand das Hinzutreten eines der Merkmale Vermögensvorteil, zugunsten mehrerer oder wiederholte Tatbegehung. Künftig soll das Tatbestandsmerkmal „Vermögensvorteil“ durch den des (auch immateriellen) „Vorteils“ ersetzt werden. Allerdings wird dieser Begriff eng auszulegen sein, um eine Abgrenzung von der „normalen“ Beihilfe (§ 27 StGB) zur unerlaubten Einreise zu gewährleisten.

Demgegenüber nennt die RL nur die **gewinnorientierte Aufenthaltsbeihilfe**, während die derzeitige deutsche Rechtslage auch die – humanitär oder sonst altruistisch motivierte – Unterstützung mehrerer oder die wiederholte Tatbegehung als Schleusung bewertet. Künftig soll nur noch die gegen Erhalten oder Sichversprechenlassen eines Vermögensvorteils erfolgte Teilnahme am unerlaubten Aufenthalt unter § 96 I AufenthG fallen. Nur wegen Beihilfe nach § 27 StGB macht sich danach strafbar, wer aus altruistischen Motiven einem Ausreisepflichtigen Versteck oder heimliches Kirchenasyl gewährt (vgl. zur bisherigen Rechtslage z.B. *LG Osnabrück*, NSiZ 2002, 604).

Allerdings verbleibt es über die RL hinaus bei dem Erschleichen eines Aufenthaltstitels als taugliche Haupttat, zudem kommt die ungenehmigte Aufnahme einer Erwerbstätigkeit als weitere Haupttat dazu.

Erweitert wird der Schutzbereich von § 96 IV AufenthG: Das europäische Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten wird ersetzt durch die Hoheitsgebiete der EU- und Schengen-Assoziierten EWR-Staaten Island und Norwegen.

Die in der **RL 2004/81/EG** vorgesehene Möglichkeit eines Aufenthaltstitels für Geschleuste wird nicht umgesetzt, lediglich für Opfer von Menschenhandel (§§ 25 IVa, 50 IIa AufenthG).

### Änderungsgesetz zum ZuwG soll Mitte Juli 2007 in Kraft treten

Das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der EU soll nach Wunsch der BReg. Mitte Juli 2007 in Kraft treten. Es soll 11 RL der EU (bei 9 RL sind bereits die Umsetzungsfristen abgelaufen) und einige weitere Rechtsakte der EU umsetzen. Zudem sah der Gesetzgeber Neuregelungs- und Änderungsbedarf in verschiedenen Bereichen des Ausländer- und Asylrechts. So ist das Änderungsgesetz mit 243 Seiten (die Begründung noch nicht eingerechnet) sehr umfangreich ausgefallen. Im AufenthG bleiben nur 33 Paragraphen unverändert, 15 neue sind hinzugekommen. Das AufenthG enthält künftig 133 Paragraphen. Zahlreiche Änderungen sind auch für das AsylVfG und das FreizügG/EU vorgesehen.

Es gibt allerdings noch eine Reihe von Änderungsvorschlägen des Bundesrats, sodass das Gesetz nur dann Mitte Juli 2007 in Kraft treten kann, wenn sich Bundestag und Bundesrat rasch einigen (Quellen: Gesetzentwurf der BReg. BR-Drs. 224/07 v. 30.03.2007, auch unter [www.bmi.bund.de](http://www.bmi.bund.de); die Stellungnahme des BR mit Änderungsvorschlägen siehe BR-Drs. 224/07 (Beschluss) v. 11.05.2007.)

Zu den für die polizeiliche Praxis bedeutsamen Neuregelungen hat es keine Änderungsvorschläge gegeben. Wir erwarten daher u.a. folgende neue Bestimmungen:

- Neue **Zurückweisungsbefugnis** gem. § 15 II Nr. 2a AufenthG - Einreise mit Schengen-Visum in der Absicht unerlaubt zu arbeiten (siehe dazu in diesem Report S. 2).
- § 15 IV AufenthG enthält nun auch ein Zurückweisungsverbot bezüglich **Bürgerkriegsflüchtlinge** (§ 60 VII AufenthG).
- Eigenständig geregelte **Zurückweisungshaft** gem. § 15 V AufenthG
- Regelung über das Verbringen von zurückgewiesenen Ausländern in den Transitbereich eines Flughafens - sog. „**Transitgewahrsam**“.
- Neue **Festnahmebefugnis** gem. § 62 IV AufenthG speziell für Ausländerbehörden, aber auch für Polizei und Grenzpolizei (in Zurückschiebungsfällen) anwendbar.
- Zuständigkeiten für die **Befristung von Wiedereinreiseperrn** für Polizei und Grenzpolizei für von diesen Behörden vorgenommenen Zurückschiebungen (§ 71 III Nr. 1 AufenthG).
- Beteiligung der Polizei oder Grenzpolizei vor Erteilung einer **Betreuenserlaubnis**, wenn diese die Zurückschiebung vorgenommen hat (§ 72 I AufenthG).
- Spezielle Regelung über den **Widerruf eines Schengen Visums** gem. § 52 VII AufenthG (u.a. hat ein Widerspruch keine aufschiebende Wirkung).
- Regelungen über die **Durchbeförderung von Ausländern** gem. § 74a AufenthG (insb. zur Umsetzung der RL 2003/110/EG - dazu Report Nr. 10 S. 1).
- **Befugnis der Grenzpolizei** zur kurz befristeten **Duldungserteilung** im Fall gescheiterter Rückführungen (§§ 60a IIa, 71 III Nr. 2 AufenthG).
- **Strafbarkeit der Einreise** und des **Aufenthalts** mit einem **erschlichenen** oder durch Bestechung, Drohung oder Kollusion erwirkten **AT's/Visums** (§ 95 VI AufenthG).
- Änderungen bei den Schleuserdelikten, u.a. Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt zugunsten Mehrerer ohne Vermögensvorteil **nicht mehr „Schleuserdelikt“** (dazu der Beitrag von Prof. Schott auf dieser Seite).
- Neuregelung der **Visumpflicht für drittausländische Familienangehörige** von EU-Bürgern § 2 IV Nr. 4 FreizügG/EU
- Neuregelung der **Zurückweisungs- und Zurückschiebungsbefugnis** gem. **§ 18 II Nr. 2 und 18 III AsylVfG** (bestimmte „Dublin-Fälle“)
- Neuregelung über die **Haftdauer** nach § 14 III AsylVfG („Dublin-Fälle“).
- Neuregelungen des § 58 IV AsylVfG bezüglich der Möglichkeit, den **räumlich beschränkten Bereich der Aufenthaltsgestattung** ohne Erlaubnis zu verlassen (siehe dazu in diesem Report Seite 3).

Einige der Neu-Regelungen werden in diesem Report näher erläutert.

### Zur Haftanordnung gem. § 62 II AufenthG und Asylantrag

Beruhet eine **Haftanordnung** zur Zurückschiebung ausschließlich auf § 62 II S. 1 Nr. 1 AufenthG (unerlaubter Einreise), darf diese nicht mehr aufrechterhalten werden, wenn der Ausländer aus der Haft heraus beim BAMF einen **Asylantrag** gestellt und er sich nach seiner unerlaubten Einreise nicht länger als einen Monat in Deutschland ohne AT aufgehalten hat (*OLG Brandenburg*, B. v. 07.12. 2006 - 11 Wx 54/06).

### Fristberechnungen zum EuGH „Bot“- Urteil

Der EuGH hat mit dem „Bot“-Urteil (U. v. 03.10.2006 - Rs. C-241/05) einige Fragen zur Auslegung des Art. 20 I SDÜ beantwortet. In der Praxis treten aber Fälle auf, in denen die Fristenberechnung weiterhin Schwierigkeiten bereitet. Das Gericht hatte zu klären, was unter „erster Einreise“ im Sinne des Art. 20 I SDÜ zu verstehen ist und hat sich dabei hauptsächlich mit **Missbrauchsmöglichkeiten** befasst und diese in den Mittelpunkt der Auslegung gestellt. Eine **umfassende Auslegung** des Art. 20 I SDÜ im Hinblick auf die unterschiedlichen Einreise- und Aufenthaltssituationen ist **nicht erfolgt**.

Nach dem Urteil bildet nicht nur die Höchstaufenthaltsdauer von drei Monaten, sondern auch der Ablauf des Bezugszeitraums die zeitliche Grenze eines Aufenthalts. Demnach dürfte ein „Positivstaater“ sich **nicht** über die Grenze zweier Bezugszeiträume hinaus durchgehend im Schengen-Gebiet aufhalten. Davon wären aber zahlreiche „Positivstaater“ **erheblich nachteilig betroffen**, die ohne jegliche Missbrauchsabsicht mehrfach oder regelmäßig das Schengen Gebiet besuchen.

**Beispiel:** Ein brasilianischer Geschäftsmann kommt zu einem 14-tägigen Messebesuch nach D und begründet mit dieser „ersten Einreise“ am 10.01.2007 einen sechsmonatigen Bezugszeitraum bis 10.07.2007. Am 05.07.2007 möchte er erneut zu dreiwöchigen Geschäftsverhandlungen einreisen. Obgleich er bis zum 10.07.2007 - eingerechnet der ersten 14 Aufenthaltstage - nur insgesamt auf 20 maximal Aufenthaltstage kommt, könnte das EuGH-Urteil „Bot“ so verstanden werden, dass er nicht über den 10.07.2007 hinaus im Schengen-Gebiet bleiben darf. Er müsste erst ausreisen und durch eine erneute „erste Einreise“ einen neuen Bezugszeitraum begründen. Erst dann könnte er sich wieder innerhalb dieses „zweiten“ Bezugszeitraums bis zu drei Monate (oder „gestückelt“ bis zu 90 Tagen) im Schengen-Gebiet aufhalten.

Eine solche Auslegung dürfte aber **weder der Intention** der Schengen-Staaten entsprechen, **noch der Absicht des EuGH**. Die Festlegungen des EuGH sind ersichtlich erfolgt, um einer Auslegung entgegenzuwirken, die die Missbrauchsverhinderung übermäßig gewichtet hatte. Art. 20 I SDÜ soll aber - auch wiederholte - Aufenthalte genehmigungsfrei ermöglichen, wenn sie nicht missbräuchlich durch Dauer und Folge (Kettenaufenthalte) den Charakter von Kurzaufenthalten verlieren. Dieses sicherzustellen dienen die Begrenzung der Aufenthaltsdauer und die Bezugszeitraumfestlegung. Würde der Ablauf eines Bezugszeitraums in jedem Fall eine Ausreise erzwingen, wären zahlreiche Besuchsaufenthalte, Urlaub- und Ferien- und Geschäftsreisen nicht mehr möglich. Sie müssten unter- oder abgebrochen werden für eine „formale“ Aus- und Wiedereinreise, die angesichts der räumlichen Ausdehnung des Schengen-Raums kaum realistisch zu verwirklichen wäre. Die **Grenzkontrolle**, die ohnehin schon **erhebliche Schwierigkeiten** damit hat, schengenweit die Ein- und Ausreise-Stempelung sicherzustellen und die Aufenthaltsdauer und Bezugszeiträume zu ermitteln (Probleme u.a.: Pass voll gestempelt, Pass-Neuausstellung, Verwendung verschiedener Reisedokumente, Sonderregelungen für die Aufenthaltsdauer aufgrund von Sichtvermerksabkommen etc.), müsste bei jeder Einreise eines „Positivstaaters“ darauf achten, ob der geplante Kurzaufenthalt nicht eine Bezugszeitraumgrenze überschreitet. Eine solche Auslegung des Art. 20 I SDÜ wäre wirklichkeitsfremd

Die nationalen Regelungen und die Sichtvermerksabkommen haben visumfreie Einreisen und genehmigungsfreie Aufenthaltszeiten, wie sie im Beispiel genannt sind, ohne weiteres zugelassen. Auch in der bisherigen Schengen-Praxis wurden entsprechende Reisen und Aufenthalt als mit Art. 20 I SDÜ vereinbar angesehen. So plädiert auch der Generalanwalt Tizziano des EuGH im Schlussantrag (v. 27. 04.2006 - Rs. C 241) unter Rn 55 für eine Einzelfallbewertung:

*„Statt einen komplexen Mechanismus zu schaffen, der überdies vom Wortlaut der fraglichen Bestimmung abweicht, kann diese nämlich meiner Meinung nach dahin ausgelegt werden, dass sie die staatlichen Verwaltungen und die nationalen Gerichte ermächtigt, im Einzelfall zu prüfen, ob der Drittausländer beabsichtigt hat, die Voraussetzungen für den Genuss der ihm zubilligten Rechte missbräuchlich zu schaffen, und, wenn dies festgestellt worden ist, ihm diese Rechte zu versagen (siehe auch die weiteren Ausführungen insb. Rn 56 und 57 im Schlussantrag aaO).*

Es **erscheint daher zulässig**, die im EuGH Bot-Urteil genannte Bezugszeitraumgrenze bei „bona fide“ Reisenden nicht als strenge Grenze für den Aufenthalt anzusehen. Der in dem Beispiel aufgeführte Brasilianer darf demnach wie geplant reisen und sich bis zu maximal 90 Aufenthaltstagen innerhalb des „erweiterten“ ersten Bezugszeitraums aufhalten. Der Bezugszeitraum wird sozusagen ausgedehnt. Durch eine danach erfolgende erneute Einreise in das Schengen-Gebiet wird dann ein „neuer“ zweiter Bezugszeitraum begründet. Hingegen kann ein „Positivstaater“, der sich in dem von ihm durch eine „erste Einreise“ bestimmten Bezugszeitraum bereits drei Monate (oder „gestückelt“ 90 Tage) im Schengen-Gebiet aufgehalten hat, einen längeren Aufenthalt über die Bezugszeitraumgrenze hinaus nicht genehmigungsfrei verwirklichen.

### Neue Zurückweisungsbefugnis gem. § 15 II Nr. 2a AufenthG

Gem. § 15 II Nr. 2a AufenthG kann künftig ein Ausländer an der Grenze zurückgewiesen werden, wenn er nur über ein Schengen-Visum verfügt oder für einen kurzfristigen Aufenthalt von der Visumpflicht befreit ist und beabsichtigt, entgegen § 4 III S. 1 AufenthG eine Erwerbstätigkeit auszuüben.

Gem. der Begründung zu dieser Neuregelung wurde sie im Hinblick auf das BGH-Urteil vom 27.04.2005 (2 StR 457/04) eingefügt, wonach sich ein Ausländer, der mit einem für touristische Aufenthalte ausgestellten Visum nach Deutschland einreist und sich darin aufhält, um unerlaubt eine Erwerbstätigkeit auszuüben, weder unerlaubt einreist noch sich ohne erforderlichen AT in Deutschland aufhält. Dabei entsprach die Rspr. in vollem Umfang der zwischen Bund und Länder abgestimmten AVV-AuslG1990 (vgl. dort Nr. 60.1.2 ebenso Nr. 15.1.2 VAH-BMI). Es überrascht daher, dass nun eine Ergänzung der Zurückweisungsbefugnisse erfolgt ist. Tatsächlich erscheint sie nicht notwendig. Die bisherigen Zurückweisungsbefugnisse haben völlig ausgereicht, mit allen praktischen und denkbaren Einreisekonstellationen sachgerecht umzugehen.

Kam der Inhaber eines Touristenvisums zur Einreise, bei dem der Verdacht bestand oder es gar offenkundig war, dass er in Deutschland illegal arbeiten wollte, so konnte er gem. § 15 II Nr. 2 AufenthG zurückgewiesen werden. Für Positivstaater kam in entsprechenden Situationen - je nach Fallgestaltung - § 15 I, II Nr. 3, III AufenthG in Betracht. Eine Änderung der Zurückweisungsvorschriften zur Verhinderung der Einreise von Ausländern, die illegal arbeiten wollen, ist in der Praxis - soweit ersichtlich - auch nicht erhoben worden.

§ 15 II Nr. 2a AufenthG geht nun - wenn der beschriebene Tatbestand vorliegt - als „lex specialis“ den anderen Zurückweisungsbefugnissen vor.

Ausländern, die nach der VO 539/2001/EG und dem Anhang dieser VO visumfrei die Außengrenze der EU überschreiten dürfen, sind aber gem. § 17 AufenthV iVm Art. 4 III VO 539/2001/EG für die Einreise nach Deutschland nicht vom Erfordernis eines AT befreit, wenn sie hier erwerbstätig werden wollen (*Funke-Kaiser* in GK-AufenthG § 4 Rn 29; *Ostgathe/Nowicki*, ZAR 2005, 360, 365; Nr. 14.1.2.2.7.1 VAH-BMI ; aA aber *Hailbronner*, § 4 AufenthG Rn 20). Das gleiche gilt für die nach § 41 II AufenthV begünstigten Ausländer. Ihre Einreise wäre unerlaubt und schon nach § 15 I AufenthG zu verhindern. Für andere Ausländer, die vom Erfordernis eines AT nach anderen Vorschriften (insb. §§ 18, 19 oder 41 I AufenthV) befreit sind, aber illegal in Deutschland arbeiten wollen, kommt die Zurückweisung nach § 15 II Nr. 2a AufenthG in Betracht.

**Beispiel:** Ein Australier (A) kommt zur Einreisekontrolle und gibt vor, sich in D. touristisch aufhalten zu wollen. Es wird festgestellt, dass A Englischlehrer ist und von einem Unternehmer angeworben wurde, um in Frankfurt in einem Crashkurs Angestellte des Unternehmens in Englisch zu schulen. Da er bereits am nächsten Tag anfangen soll, ist nicht ersichtlich, wie er bis dahin den erforderlichen AT mit der Erlaubnis zu der geplanten Beschäftigung erhalten kann. Es scheint auch nicht die Absicht zu haben, sich die erforderlichen Erlaubnisse zu besorgen. Der A kann gem. § 15 II Nr. 2a AufenthG zurückgewiesen werden.

### Aus der Rechtsprechung zu § 95 I Nr. 7 AufenthG

Nach **OLG Brandenburg** (B. v. 22.02.2007 - 1 Ss 96/06) und **OLG Thüringen** (B. v. 01.03.2007 - 1 Ss 1/07) ist ein wiederholter Verstoß gegen eine durch die Ausländerbehörde nach § 62 I S. 2 AufenthG verfügte **räumliche Beschränkung** (z.B. auf einen Landkreis) **keine** Straftat (wie *OLG Karlsruhe* - siehe Report Nr. 14 S. 4). Ein wiederholter Verstoß gegen eine räumliche Beschränkung nach § 61 I S. 1 AufenthG ist aufgrund des Rückwirkungsverbots gem. Art. 103 II GG nur strafbar, wenn bereits der Erstverstoß nach dem Inkrafttreten des ZuwG (01.01.2005) begangen wurde (siehe Report Nr. 13 S. 1).

**Frage aus der Praxis:** Das Erschleichen eines AT eines anderen Schengen-Staats (z. B. portugiesische Título de Residência) fällt nicht unter den Straftatbestand gem. § 95 II Nr. 2 AufenthG. Die Norm erfasst nur deutsche AT, einschließlich nationale Visa (Typ D) und Schengen-Visa (Typ B und C - nicht aber das Flughafentransitvisum Typ A, das kein AT ist).

### Neuregelung § 58 IV AsylVfG: Räumliche Beschränkung für Asylbewerber

Die Aufenthaltsgestattung (AGest) für Asylbewerber (AsylB) ist **räumlich** auf den Bezirk der Ausländerbehörde **beschränkt**, in dem die für die Aufnahme des Ausländers zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt (§ 56 I S. 1 AsylVfG). Sie kann darüber hinaus weiter räumlich beschränkt und mit Auflagen versehen werden (§ 60 I und II AsylVfG). Verstößt ein AsylB gegen die räumliche Beschränkung, begeht er beim Erstverstoß eine Owi und im Wiederholungsfall eine Straftat (§§ 85 Nr. 2, 86 I AsylVfG).

Bislang konnte ein AsylB den räumlichen Geltungsbereich der AGest jederzeit verlassen, wenn seine Abschiebung aus **sonstigen rechtlichen** oder **tatsächlichen Gründen auf Dauer** ausgeschlossen war (§ 58 IV AsylVfG). Einer vorherigen ausdrücklichen Gewährung des Abschiebeschutzes durch das BAMF, die Ausländerbehörde oder ein Gericht bedurfte es nicht. Vielmehr musste die Behörde, die den möglichen räumlichen Verstoß feststellte, selbst ermitteln, ob rechtliche oder tatsächliche Gründe auf Dauer eine Abschiebung verbieten.

Nach der geplanten Änderung des § 58 IV AsylVfG ist künftig das Verlassen des Geltungsbereichs kraft Gesetz **erlaubt**,

- wenn ihn das BAMF als Asylberechtigten **anerkannt**, oder ein Gericht das BAMF zur Anerkennung verpflichtet hat oder
- wenn das BAMF oder ein Gericht dem Ausländer die Flüchtlingeigenschaft zuerkannt hat oder **Abschiebungsschutz** nach § 60 II, III, V oder VII AufenthG **gewährt** hat,

auch wenn diese Entscheidungen noch anfechtbar sind.

Wird ein Verstoß gegen die räumliche Beschränkung geprüft, muss künftig lediglich ermittelt werden, ob die genannten Entscheidungen (ungeachtet der Rechtskraft) bereits vorliegen.

Diese bisherige Regelung wurde in der Praxis von Polizei, Staatsanwälten und Gerichten sehr häufig unbeachtet gelassen. Das führte zu hohen Aufgriffszahlen und Verurteilungen und später, nachdem diese Problematik publik wurde (vgl. *Westphal/Stoppa*, AusIR, 2. Aufl. 2001, S. 591 ff; *Schmucker*, DPoIbI. 2003, 29; *Wingert*, StV 2006, 496) zu zahlreichen Wiederaufnahmeverfahren, bis hin zu Verfassungsbeschwerden (*BVerfG*, B. v. 14.09.2006 - 2 BvR 123/06). **Übergangsweise** kann es noch zu Verfahren kommen für die § 58 IV AsylVfG a.F. gilt, so dass die alte Rechtslage noch für eine gewisse Zeit zu berücksichtigen ist.

Im Übrigen kann der AsylB den räumlichen Geltungsbereich der AGest mit **Erlaubnis** des BAMF (§ 57 AsylVfG) oder der Ausländerbehörde (§ 58 AsylVfG) verlassen. Er kann zudem Termine bei **Behörden** und **Gerichten**, bei denen sein persönliches Erscheinen erforderlich ist, **ohne Erlaubnis** wahrnehmen (§§ 57 III, 58 III AsylVfG). Zu den Behörden i.S. dieser Vorschrift gehören auch **Schulen** und die **Auslandsvertretungen** (z.B. der AsylB sucht sein Konsulat auf, um Pass- oder Personensstandsangelegenheiten zu klären).

Diese Regelung gilt entsprechend auch für den **Ehegatten** und die **minderjährigen ledigen Kinder** des Ausländers.

Liegen die Voraussetzungen des § 58 IV AsylVfG vor, besteht nicht etwa nur ein Rechtfertigungsgrund (für den es auf die subjektive Kenntnis durch den Asylbewerber ankommen würde), sondern es fehlt bereits der Tatbestand einer Zuwiderhandlung (*LG Freiburg*, B. v. 21.09.2001-2 Qs 201/01 / 2 Qs 204/01).

Gem. § 56 III AsylVfG bleiben räumliche Beschränkungen nach Erlöschen der AGest in Kraft, bis sie aufgehoben werden (Neuregelung mit dem ZuWG zum 01.01.2005). So kann auch ein Verstoß oder ein wiederholter Verstoß (§§ 85 Nr. 2, 86 I AsylVfG) gegen die räumliche Beschränkung nach Abschluss des Asylverfahrens, also nach Erlöschen der AGest erfolgen. Räumliche Beschränkungen erlöschen aber, wenn der Aufenthalt nach § 25 I S. 3 oder § 25 II S. 2 AufenthG als erlaubt gilt (also bei Asylanerkennung oder bei Zuerkennung der Flüchtlingeigenschaft) oder ein AT erteilt wird.

### Neuregelung: Zurückweisungshaft gem. § 15 V AufenthG

Nach § 15 V AufenthG soll ein Ausländer zur Sicherung der Zurückweisung (ZW) auf richterliche Anordnung in Haft genommen werden, wenn eine ZW-Entscheidung ergangen ist und diese nicht unmittelbar vollzogen werden kann. Die ZW-Haft findet ihre Rechtsgrundlage nicht mehr in § 62 AufenthG, sondern in § 15 V AufenthG. Die Grenzpolizei kann zur Vorbereitung der ZW-Haft (insb. zur Richter-Vorführung) nicht auf die neue Festnahmebefugnis gem. § 62 IV AufenthG zurückgreifen, denn § 15 V AufenthG verweist nicht auf diese Befugnis. Möglich ist lediglich eine polizeiliche Ingewahrsamnahme, wenn dadurch eine unerlaubte und strafbare Einreise verhindert werden soll. Im Übrigen (insb. bei einer ertemesabhängigen ZW) kann lediglich ein Antrag auf einstweilige Freiheitsentziehung gem. § 11 I FEVG gestellt werden, um schnell ein Festnahmerecht zu erwirken. Die ZW-Haft kann bis zu sechs Monaten angeordnet werden und um höchstens 12 Monate verlängert werden, wenn der Ausländer die ZW verhindert (§§ 15 V, 62 III AufenthG). Lehnt der Richter die Anordnung oder die Verlängerung der Haft ab, wird gem. § 15 V S. 3 AufenthG der Vollzug der ZW ausgesetzt, selbst wenn es sich um eine ZW gem. § 15 I AufenthG wegen unerlaubter Einreise handelt. Der Ausländer ist dann frei- und ggf. einreisen zu lassen (z.B. als faktisch geduldeter Ausländer), ein weiteres Festhalten unzulässig. Es ist nicht zulässig, ihn etwa gegen seinen Willen vom Gericht an die GÜSt. zurückzubringen und ihn bis zum Rückführungstermin dort (z.B. im Transitbereich eines Flughafens) festzuhalten (*Heesen*, Die Neue Polizei 1994, 459, 579).

### Vorbehalte zum EÜPV in Bezug auf die Ukraine veröffentlicht

Deutschland hat am 06.03.2007 im BGBl. II S. 263 den Vorbehalt veröffentlicht, der eingelegt wurde, um den Eintritt der **Visumfreiheit für Ukrainer** im Hinblick auf den Beitritt der Ukraine zum Europäischen Übereinkommen über die Regelung des Personenverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten des Europarats vom 13.12.1957 (EÜPV) **zu verhindern** (siehe Report Nr. 14 S. 3). Das EU-Recht geht dem EÜPV nicht automatisch vor. Vielmehr bestimmt Art. 307 EGV, dass die Rechte und Pflichten aus Übereinkünften, die vor dem 01.01.1958 oder, im Falle später beigetretener Staaten, vor dem Zeitpunkt ihres Beitritts zwischen einem oder mehreren EU-Staaten einerseits und einem oder mehreren dritten Ländern andererseits geschlossen wurden, durch das EU-Recht nicht berührt werden (sog. Unberührtheitsklausel). Analog gilt dies auch, wenn Verträge geschlossen wurden, bevor die EU Kompetenzen in dem einschlägigen Regelungsbe- reich erhalten hat (*Schwarze*, EU-Kommentar, 2000 S. 2.397). Die EU hat aber erstmals 1993 mit dem Maastrichter-Vertrag bzw. wesentlich umfangreicher ab 01.05.1999 mit dem Amsterdamer-Vertrag Regelungskompetenzen für Visa erhalten. Das EÜPV ist aber bereits 1958 in Kraft getreten und gestattet den jederzeitigen (einseitigen) Beitritt von europäischen Staaten, ohne dass die bisherigen Vertragsstaaten dem zustimmen müssen.

Die Veröffentlichungspflicht von Vorbehalten zu ratifizierten Verträgen wurde 1977 zwischen Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat vereinbart und ist auch in den Richtlinien des Auswärtigen Amts für die Behandlung völkerrechtlicher Verträge vorgeschrieben. Ab dem 06.03.2007 ist nun - jedenfalls zweifelsfrei - ausgeschlossen, dass ukrainische Staatsangehörige sich auf eine Visumfreiheit für Deutschland nach dem EÜPV berufen können.

### Europäische Grenzpolizei - Soforteinsatzteams

Die EU arbeitet derzeit an einer VO, die die Bildung von **Soforteinsatzteams** für Grenzsicherungszwecke ermöglichen soll (RatsDok 5639/07 v. 24.07.2007). Damit soll eine verstärkte technische und operative Unterstützung durch Grenzschutzbeamte anderer EU-Staaten bei der Außen- grenzkontrolle und Grenzüberwachung nach Maßgabe des Schengener Grenzkodex (SGK) ermöglicht werden. Die europäische Grenzschutzagen- tur FRONTEX soll dazu Koordinationsaufgaben erhalten.

Diese Teams sollen nach einer festgelegten Ausbildung (Grund- und Aufbaulehrgänge /Übungen) - auf Antrag eines EU-Staats tätig werden, der einer plötzlichen und außergewöhnlichen Belastung ausgesetzt ist, weil an bestimmten Punkten der Außengrenzen Drittstaatsangehörige in großer Anzahl illegal in sein Hoheitsgebiet einzureisen versuchen. Die **Teammitglieder** sollen in der **Uniform** ihrer Heimatbehörde - unter An- weisung und grundsätzlich in Gegenwart eines Grenzbeamten des Ein- satzmitgliedstaats - die **Aufgaben** und **Befugnisse** wahrnehmen, die für Grenzübertrittskontrollen oder die Grenzüberwachung im Sinne des SGK erforderlich sind. Sie sollen auch **Zwangsmaßnahmen** anwenden und ihre **Dienstwaffen** tragen dürfen, wobei der Schusswaffengebrauch sich auf Notwehrfälle beschränken soll. Die Maßnahmen sollen als Maßnahmen des Einsatzmitgliedstaats gelten. Es ist noch nicht absehbar, wann diese VO in Kraft treten wird.

### Einschleusen von Ausländerinnen durch Falschangaben bei Visaverlängerungsantrag (BGH v. 15.11.2006 – 2 StR 157/06)

Das LG Frankfurt/Main verurteilte einen Rechtsanwalt wegen gewerbsmäßigen Einschleusens von Ausländern zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten auf Bewährung, weil er Hilfe zu Falschangaben bei der Verlängerung von Visa leistete. Die Revision hatte keinen Erfolg.

**Sachverhalt:** Frauen aus Russland, der Ukraine und dem Baltikum reisten mit einem für 10 bis 15 Tage gültigen, aber durch falsche Angaben erschlichenen Visum ein und gingen hier der Prostitution nach. Lief dieses Visum ab, wandten sich Begleiter der Prostituierten an den Rechtsanwalt, damit dieser eine Verlängerung der AG beantragen sollte. Durch allgemeine Anweisungen organisierte der Anwalt den Kanzleiablauf so, dass er selbst mit der Bearbeitung möglichst nicht befasst war und in den Akten nicht auftauchte. Er ließ durch Mitarbeiterinnen der Kanzlei die betroffenen Frauen zunächst das behördliche Formular eines Antrags auf Verlängerung der AG **blanko** unterschreiben. Sodann erhielten sie bzw. ihre als Dolmetscher fungierenden Zuhälter ein kanzleiinternes Formular, das der Angeklagte entworfen hatte und das unter anderem Fragen zu Namen, Wohnort und Zweck des Aufenthalts enthielt. Dieses Formular hatten die Frauen auszufüllen, wobei auf Vollständigkeit der Angaben nicht geachtet wurde. Für die Tätigkeit des Angeklagten hatten die Frauen ein pauschales Entgelt in Höhe von 100 € zu entrichten. In Fällen, in denen das Visum zum Zeitpunkt des Erscheinens in der Kanzlei bereits abgelaufen war, wurden die Frauen bzw. deren Begleiter aufgefordert, von zwei bestimmten Ärzten rückdatierte falsche Atteste über angeblich der Ausreise entgegenstehende akute Erkrankungen zu besorgen.

**Begründung:** Nach Ansicht des BGH ist der Tatbestand des § 92a I, II Nr. 1 iVm § 92 II Nr. 2 AuslG (von 1990) erfüllt. Der Anwalt hat zu den Taten der Ausländerinnen durch die Anfertigung der mit unrichtigen Angaben versehenen Anträge und ihre Einreichung bei der Ausländerbehörde **Hilfe geleistet** hat, damit diese für sich eine AG oder Duldungsfiktion beschafften. Die Tätigkeiten der Mitarbeiterinnen des Anwalts sind diesem gemäß § 25 II StGB **zuzurechnen**. Eine **eigene Täterschaft** des Angeklagten gemäß § 92 II Nr. 2 AuslG lag nach Auffassung des BGH ersichtlich **nicht** vor, so dass es auf die von der Revision angestellten Erwägungen zur Übertragung des Absichtserfordernisses (Um-zu-Formulierung in § 92 II Nr. 2 AuslG) auf den Tatbestand des § 92a I AuslG nicht ankommt. Eine solche liegt nach der Systematik der Regelungen auch fern. Dem **Vorsatz** des Anwalts steht **nicht entgegen**, dass er von vorneherein von einer Ablehnung der Anträge ausgegangen ist. Der Täter-Vorsatz des § 92a I AuslG der eine zu selbständigen Tat aufgewertete Beihilfe unter Strafe stellt, bestimmt sich nach den für § 27 StGB geltenden Grundsätzen. Der Täter handelt daher bereits dann **vorsätzlich**, wenn er **erkennt**, dass seine Hilfeleistung an sich geeignet ist, die **fremde Tat zu fördern**, was bei dem Anwalt der Fall war. Denn ihm war bewusst, dass die Ausländerinnen mit seiner Hilfe gegenüber der Ausländerbehörde unrichtige Angaben machten, um eine AG zu erhalten. Dass er selbst nicht von der Begründetheit der Anträge ausging, steht dem nicht entgegen. Die bei den Ausländerinnen selbst gegebene Motivation ihres Handelns musste der Anwalt nicht selbst aufweisen. Seine Vorstellung von der konkreten Eignung zur Erlangung einer AG ist daher für den subjektiven Tatbestand des § 92a I AuslG ohne Bedeutung (BGH mwN).

### EU-Bürger im AZR ?

Im Report Nr. 9 S. 3 hatten wir das Urteil VG Köln. (v. 19.12.2002, InfAuslR 2003,266) vorgestellt, nachdem es mit dem EU-Recht unvereinbar ist, EU-Bürger in das AZR einzustellen, sofern ihnen nicht das Freizügigkeitsrecht entzogen wurde. Nun liegt der Fall auf Grund einer Vorlage des OVG Münster beim EuGH (Rs. C-524/06). Wie das VG Köln halten auch das Europäische Parlament und die EU-Kommission AZR-Einträge insoweit für rechtswidrig.

### Einschleusen von Ausländern

Fachbuch zum Schleuserstrafrecht von Prof. Dr. Tilmann Schott



Das von Prof. Dr. Tilmann Schott verfasste Fachbuch kommentiert umfangreich auf 363 Seiten die rechtlichen Grundlagen des Straftatbestands des **Einschleusens von Drittstaatsangehörigen** und berücksichtigt die relevanten Verordnungen und Richtlinien der EU. Dabei wird auch die Querverbindung zum Deliktsbereich **Menschenhandel** dargestellt. Das Buch enthält zahlreiche Übersichten, Fälle und Beispiele und geht dabei bereits auf die geplanten Änderungen der Strafnormen durch das 2. ÄndG zum ZuwG mit Stand vom 13.03.2006 ein. Besonders hervorzuheben und ein Beleg für die **Praxisrelevanz** sind die umfangreichen Erläuterungen und Bezugnahmen auf aktuelle

**EU- und Schengen-Regelungen**, u.a. Einreise-, Durchreise, und Kurzaufenthaltsrechte nach dem SDÜ und dem Schengener Grenzkodex sowie die „Schengen-Schleusung“ gem. § 96 IV AufenthG. Das Buch ist für Studium und Praxis sehr zu empfehlen. Es kostet 22,90 Euro und kann beim Verlag für Polizeiwissenschaft bezogen werden (ISBN 978-3-86676-004-2). Zum Autor siehe <http://www.tilmann-schott-luebeck.de>.

### Wirkung von Erwägungsgründen in EU-Rechtsakten

In der jüngeren Praxis hat sich die Frage nach der Wirkung von Erwägungsgründen (ErwG) in Rechtsakten der EU gestellt. Zum einen weist der **29. ErwG** zum Schengener Grenzkodex (SGK) darauf hin, dass das Durchreiserecht gem. **Art. 5 IV a SGK** (vormals Art. 5 III SDÜ) für Inhaber nationaler AT der Beitrittsstaaten der EU-Osterweiterung sowie Rumänien und Bulgarien nicht (mehr) anwendbar sein soll. Die Beitrittsverträge sehen hingegen die sofortige Anwendbarkeit des Art. 5 III SDÜ vor. Fraglich ist auch die Bedeutung des **26. ErwG** der **RL 2003/83/EG** wonach Gefahren, denen die Bevölkerung eines Landes allgemein ausgesetzt sind, für sich genommen normalerweise keine individuelle Bedrohung darstellen, die als ernsthafter Schaden i. S. Art. 15 der RL zu beurteilen sind. Es ist also zu klären, welche Wirkung ErwG haben und ob sie es vermögen, ein bereits gewährtes **Durchreiserecht** zu suspendieren oder in der RL 2003/83/EG verbindlich festzulegen ob und wann eine individuelle Bedrohung gegeben ist und **Schutzgewährung** erfordert.

**Zweck und Wirkung** von ErwG, sind in einem gemeinsamen **Leitfaden des Europäischen Parlaments des Rates und der Kommission** festgelegt (<http://eur-lex.europa.eu/de/techleg/10.htm>).

Danach ist es der Zweck der ErwG, die wichtigsten Bestimmungen des verfügenden Teils in knapper Form zu begründen, ohne deren Wortlaut wiederzugeben oder zu paraphrasieren. Sie dürfen **keine Bestimmungen mit normativem Gehalt** und auch **keine politischen Willensbekundungen** enthalten. Die ErwG werden im Gegensatz zum verfügenden Teil so formuliert, dass ihre **Unverbindlichkeit** deutlich wird. So hat auch der **EuGH** (U. v. 13.07.1989 „Casa Fleischhandel“ - Rs. 215/88) entschieden, dass eine Begründungserwägung einer VO zwar dazu beitragen kann, Aufschluss über die Auslegung einer Rechtsvorschrift zu geben, sie kann jedoch nicht selbst eine solche Vorschrift darstellen. Ein ErwG kann daher auch nicht Regelungen im verfügenden Teil desselben Rechtsakts, in anderen Rechtsakten oder gar des Primärrechts negieren.

Damit kann festgestellt werden, dass ErwG selbst keine Regelungen enthalten und lediglich als **Auslegungshilfe** herangezogen werden können, ähnlich wie amtliche Begründungen von Gesetzen. Über die Funktion der Auslegungshilfe hinaus sind sie **unverbindlich**. Das in den Beitrittsverträgen gewährte **Durchreiserecht bleibt also bestehen**, für die **Schutzgewährung** ist der ErwG **nicht bestimmend**.

### Zu hohe Gebühren für türkische Staatsangehörige ?

Die EU-Kommission hat am 16.02.2007 gegen die Niederlande Klage vor dem **EuGH** eingereicht (Rs. C-92/07). Die Kommission beantragt festzustellen, dass die Niederlande gegen ihre Verpflichtungen aus dem Assoziierungsabkommen EWG/Türkei verstoßen hat, indem es eine Regelung über Gebühren für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen eingeführt und beibehalten hat, die höher sind als die Gebühren, die für Staatsangehörige der EU-Staaten für die Erteilung eines entsprechenden Dokuments berechnet werden. Nach Ansicht der Kommission verletzen die niederländischen Gebührenerhebungen die Stillhaltvorschriften des Assoziierungsrechts. Das Verfahren ist auch für Deutschland von Interesse, da die Gebühren für eine mehrjährige deklaratorische AE für assoziationsrechtlich begünstigte Türken gem. § 45 Nr. 1b AufenthV 60 Euro beträgt, EU-Bürger ihre Aufenthaltsbescheinigung seit Inkrafttreten des AufenthG/EWG 1969 hingegen gebührenfrei erhalten (vgl. § 2 VI FreizügG/EU).