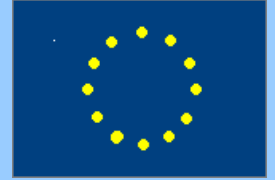




# REPORT

## Ausländer- und Europarecht



Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa

Report Ausländer- und Europarecht Nr. 17

März 2008

### Schweiz und Liechtenstein auf dem Weg nach Schengen und Dublin

Die Schengen/Dublin-Assoziierungsabkommen zwischen der EU und der **Schweiz** sind am **01.03.2008 in Kraft** getreten (ABIEU v. 27.02.2008 Nr. L 53 S. 18). Die Abkommen stehen aber noch unter Anwendungsvorbehalt. Die Schengen-Regelungen (insb. Wegfall der Personenkontrollen an der Grenze zur Schweiz, Visaregime, Reiserechte gem. Art. 18, 19, 20, 21 SDÜ, Art. 5 IVa SGK, Einbindung der Fahndungsdaten der Schweiz in das SIS, grenzüberschreitende polizeiliche Zusammenarbeit) werden **vor aussichtlich erst zum 01.11.2008** angewendet. Das Gleiche gilt für das **Dublin-Abkommen**, in dem die Schweiz an die VO 343/2003 (Dublin II) gebunden wird, d.h. an Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem EU-Staat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags. Der Wegfall der Grenzkontrollen bezieht sich allerdings nur auf die Personenkontrollen. Die Warenkontrollen bleiben bestehen, da die Schweiz keine Zollunion mit der EU eingegangen ist.

Durch Protokolle soll vereinbart werden, dass diese Abkommen auch für **Liechtenstein** gelten. Die Protokolle sind unterzeichnet, bedürfen aber noch der Ratifikation durch die Parlamente Liechtensteins und der Schweiz einerseits und der zuständigen Organe der EG und der EU andererseits. Einer Ratifikation durch die Parlamente der einzelnen EU-Staaten bedarf es entgegen Medienmeldungen nicht. Es ist dabei eine überaus komplizierte Vertragslage entstanden, in der auch Parallelabkommen mit Dänemark, Island und Norwegen geschlossen werden müssen, damit der Schengenbeitritt der Schweiz und Liechtensteins auch für das gesamte bisherige Schengen-Gebiet (allerdings ohne Großbritannien und Irland) erfolgen kann. Die Dublin-Regelungen werden hingegen für die gesamte EU sowie auch für Island und Norwegen gelten.

### Pass ohne Unterschrift ungültig

Das **VG Frankfurt** (B. v. 11.07.2007- 7 G 1872/07.AF) hat im Zusammenhang mit dem Asyl-Flughafenverfahren gem. § 18a AsylVfG entschieden, dass der Pass eines Ausländers, der nicht mit der Unterschrift des Inhabers versehen ist, ungültig ist. Dem ist **grundsätzlich zuzustimmen**. Es entspricht dem **internationalen Standard**, dass ein Pass vom Inhaber unterschrieben wird. Die Unterschrift ist ein **zusätzliches Sicherheits- und Identifikationsmerkmal**, um den Pass dem rechtmäßigen Inhaber zuzuordnen. Sie soll daher auch vor der ausstellenden Behörde beim Empfang des Passes geleistet werden, u.a., um das **missbräuchliche Überlassen** des Passes an Andere zu erschweren. Bei einer späteren **Nachholung** der Unterschrift - z.B. bei einer Grenzkontrolle - kann schon nicht mehr in gleichem Maße davon ausgegangen werden, dass die Person, die den Pass mitführt, auch die berechnete Person ist. Allerdings ist zu beachten, dass in der internationalen und deutschen Pass-Praxis auch Pässe ohne Unterschrift gültig sein können. Das trifft zu, wenn die Person **schreibunkundig** (z.B. Kleinkinder, Analphabeten) oder **schreibunfähig** (z.B. bestimmte Behinderte oder aufgrund Krankheit oder Alter) ist. In der deutschen Pass-Praxis hat die Passbehörde in das Unterschriftenfeld dann einen waagerechten Strich zu setzen (vgl. Nr. 6.2.4 PassVwV). Weltweit ist allein aufgrund einer Analphabetenquote von über 1 Milliarde Menschen - vor allem in Asien, Afrika und Südamerika - davon auszugehen, dass viele Menschen nicht in der Lage sind, eine individuelle Unterschrift zu leisten. Daher ist ein Pass mangels Unterschrift des Inhabers nur dann als ungültig zu werten, wenn der Inhaber bei der Ausstellung des Passes in der Lage war, die Unterschrift zu leisten, nicht aber, wenn er schreibunkundig oder schreibunfähig ist. Im Übrigen werden auch ausländische dienstliche Pässe (z.B. Diplomatena-, Ministerial-, Dienstpässe) anerkannt, auch wenn in ihnen die Unterschrift des Passinhabers nicht vorgesehen ist (4.1.4.3 AusVwV zum AusIG1990).

### Schengen und das nationale Visum (Visum Typ D)

Die Schengen-Einreisebestimmungen (Art. 5 SGK, Art. 10 ff SDÜ) gelten grundsätzlich nur für geplante Aufenthalte von bis zu 3 Monaten. Daher können die Schengen-Staaten Visa für längerfristige Aufenthalte weiterhin nach Maßgabe des nationalen Rechts erteilen (Art. 18 SDÜ), ohne dass die Schengen-Vorgaben beachtet werden müssen. Wenn die Schengen-Staaten die einheitliche Visummarke für das nationale Visum verwenden, haben sie durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass eine Verwechslung mit Kurzzeitvisa ausgeschlossen ist (Art. 7 VO 1683/95/EG). Das geschieht durch die Kennzeichnung als Visum Typ D (im Gegensatz zu den Schengen-Visa, die die Typenbezeichnung B oder C erhalten).

Das Visum Typ D hat aber durch Art. 18 SDÜ eine Regelung erfahren, die diesem Visum auch eine Wirkung außerhalb des Ausstellerstaats zuerkennt. Es berechtigt nach Maßgabe des Art. 18 SDÜ zur einmaligen Durchreise durch die Schengen-Staaten, um in den Ausstellerstaat zu gelangen. Die Dauer der Durchreise darf 5 Tage betragen.

Hat der Inhaber den Ausstellerstaat erreicht, ist die „Schengenwirkung“ des D-Visums verbraucht. Er kann sich mit diesem Visum nicht wieder aus dem Ausstellerstaat heraus in andere Schengen-Staaten begeben. Erst mit Erteilung eines AT steht ihm das Reiserecht im Schengen-Gebiet für 3 Monate gem. Art. 21 I SDÜ zu.

Ogleich in Deutschland ein Visum - also auch das Visum Typ D - als Aufenthaltstitel gem. § 4 I AufenthG gilt, ist dies im Schengen-Recht nicht der Fall. Zwar legt diese nationale Festlegung und auch die Definition des AT gem. Art. 2 Nr. 15 b SGK eine solche Annahme nahe, doch steht die Systematik der Schengen-Regelungen dem entgegen, ein D-Visum gleichzeitig als AT zu werten. Im Europarecht (und in vielen Staaten Europas) wird zwischen Visum und AT strenger getrennt als in Deutschland. So steht bereits die in Art. 18 SDÜ abschließend festgelegte Reisemöglichkeit für D-Visum-Inhaber der Auslegung entgegen, das D-Visum könne als AT im Sinne des Art. 21 I SDÜ gelten. Das belegt auch die VO 1091/2001/EG, die den Art. 18 SDÜ geändert hat. Das D-Visum kann demnach ab dem ersten Tag seiner Gültigkeit für höchstens drei Monate gleichzeitig als einheitliches Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt gelten, wenn es unter Einhaltung der Voraussetzungen und Kriterien erteilt wurde, die für die Erteilung eines Schengen-Visums Typ C gelten. In dem Fall wird in das Feld „gültig für“ der Code des Ausstellerstaats eingetragen, ergänzt um die Worte Schengener-Staaten. Zudem wird es im Feld „Visumkategorie“ durch den Code D+C gekennzeichnet.

Erklärtes Ziel der VO war es, den Inhabern dieses Visums Typ D + C die Möglichkeit zu geben, während sie auf die Erteilung eines AT warten, in oder durch andere Schengen Staaten zu reisen (vgl. Dokument des EP A5-0388/2000 v. 06.12.2000). Alternativ hatte das EP vorgeschlagen, den Art. 21 SDÜ zu ergänzen und festzulegen, dass das Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ auch gilt für Inhaber von D-Visa, die auf die Ausstellung ihres Aufenthaltstitels warten. Der Vorschlag wurde nicht angenommen, belegt aber, dass das Visum Typ D - ohne entsprechenden Änderung im SDÜ - nicht als AT gewertet werden kann. Welche Nutzungszeiten das D+C Visum genau erlaubt, scheint in der Praxis der einzelnen Schengen-Staaten unterschiedlich ausgelegt zu werden. Man könnte im Grunde annehmen, dass der Inhaber neben dem D-Visum auch ein „normales“ C-Visum besitzt, mit dem er 3 Monate = 90 Tage innerhalb eines 6-Monatszeitraums im Schengen-Gebiet reisen kann.

Weiter nächste Seite >

So ist aus einem Schengen-Staat bekannt geworden, dass man dort davon ausgeht und Ausländer entsprechend informiert, dass die 90 Tage sich nur verbrauchen, wenn der Inhaber sich außerhalb des Staates aufhält, der das D-Visum erteilt hat. Ist z.B. ein D+C-Visum für 1 Jahr gültig, dürfte demnach der Inhaber sich bis zu 90 Tagen in diesem Jahr im Schengen-Gebiet außerhalb des Ausstellerstaats aufhalten, wobei nur die verbrachten Tage in den anderen Schengen-Staaten von den 90 Tagen abgerechnet werden.

Die Formulierung in Art. 18 I SDÜ „... kann ab dem ersten Tag seiner Gültigkeit für höchstens drei Monate gleichzeitig als einheitliches Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt gelten...“ **steht dem aber entgegen**, ebenso die Intention der VO 1091/2001/EG. So spricht mehr dafür, dass es nur möglich sein soll, **die ersten drei Monate** ab dem Tag der Geltung des D-Visums reisen zu können – quasi als Überbrückung für die Zeit, in der man auf die Erteilung des AT wartet. Der VO-Geber geht davon aus, dass das innerhalb von 3 Monaten geschehen wird. Das „C“- Element in dem Visum Typ D+C erlaubt daher nicht einen 90-Tage Aufenthalt innerhalb eines 6-Monatszeitraums, wie es für ansonsten für ein Visum Typ C der Regelfall ist, oder gar während der Gültigkeit des D-Visums Aufenthalte in anderen Schengen-Staaten bis zu 90 Tagen außerhalb des Ausstellerstaats.

Dass manche Schengen-Regelungen unklar sind und unterschiedliche Auslegungen ermöglichen, zeigt das EuGH-Urteil „Bot“ (siehe dazu Report Nr. 14 S. 3). Wünschenswert wäre es, dass diese Unklarheiten nicht einseitig zu Lasten des Ausländers gehen, sondern dass die verantwortlichen EU-Gremien diese Probleme aufgreifen und europaweit einheitlichen Auslegungen herbeiführen. Auch Polizei, Ausländer- und Strafverfolgungsbehörden müssen berücksichtigen, dass sich viele Ausländer unvermeidbar (weil oft von zuständigen Behörden unzutreffend belehrt – siehe dazu den Bericht in der SZ v. 06.02.2008 <http://www.sueddeutsche.de/panorama/artikel/754/156342>) über den Inhalt von Schengen-Regelungen irren.

Die Kommission hat in dem Entwurf für einen Visa-Kodex (KOM[2006] 403 end. v. 19.07.2006) die Abschaffung des Visums Typ D+C vorgeschlagen, in der Hoffnung, dass dadurch die Erteilung der AT beschleunigt wird. Ein solcher Effekt darf bezweifelt werden. Will man wirklich den Ausländer, bei dem im Grund durch die Erteilung eines D-Visums die Genehmigung für einen längerfristigen Aufenthalt bereits vorentschieden ist, ein Reiserecht während der Wartezeit gewähren, so sollte über den Vorschlag des EP (siehe oben) noch einmal nachgedacht werden.

### Neues zum EÜPV

Mit Wirkung vom 20.12. 2007 hat Deutschland die Anlage zu dem EÜPV in Bezug auf die im Rahmen des Übereinkommens für Deutschland gültigen Reisedokumente geändert. Danach dürfen deutsche Staatsangehörige mit folgenden Dokumenten in die Vertragsstaaten reisen.

- Reisepass oder vorläufiger Reisepass
- gültiger oder bis höchstens ein Jahr abgelaufener Kinderpass oder Kinderausweis
- gültiger oder bis höchstens ein Jahr abgelaufener Personalausweis oder
- gültiger vorläufiger Personalausweis

Entsprechende Reisen mit einem **bis zu einem Jahr abgelaufenen Reisepass** (wie es zuvor möglich war) sind demnach nicht mehr zulässig. Zudem hat **Moldau** das EÜPV am 19.12.2007 unterzeichnet, jedoch noch nicht ratifiziert. Da moldauische Staatsangehörige gem. VO 539/2001/EG visumpflichtig sind, ist zu erwarten, dass D und die anderen EU-Staaten einen **Vorbehalt** gegen die Visumfreiheit für Moldauer einlegen werden (wie bei der Ukraine, siehe dazu Report Nr. 15 und 16).

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/025.htm#ANX>

### Räumliche Beschränkung einer Duldung gem. § 61 I AufenthG

Die Duldung ist kraft Gesetz auf das **Gebiet eines Bundeslandes** beschränkt (§ 61 I AufenthG). Der **erstmalige Verstoß** gegen diese räumliche Beschränkung ist ordnungswidrig (§ 98 III Nr. 2 AufenthG), der **wiederholte Verstoß strafbar** (§ 95 I Nr. 7 AufenthG). Weitere **Bedingungen und Auflagen** können gem. § 61 I S. 2 AufenthG angeordnet werden. Zuwiderhandlungen sind ordnungswidrig gem. § 98 III Nr. 4 AufenthG und können gem. § 98 V AufenthG mit Geldbuße bis zu 1.000 Euro geahndet werden.

Das AufenthG enthält **keine Befugnis** gegenüber dem geduldeten Ausländer, **weitere räumliche Beschränkungen** (etwa auf den Bezirk der Ausländerbehörde) anzuordnen. Eine im Gesetzgebungsverfahren vorgesehene ausdrückliche Ermächtigung dazu wurde verworfen (vgl. GK-AufenthG/Funke-Kaiser, § 61 Rn 1 und 20; Westphal/Stoppa 3. Aufl. S. 184 f, 714). Gleichwohl wird eine weitere räumliche Beschränkung - meist gestützt auf § 61 I S. 2 AufenthG - in der Praxis häufig verfügt und für zulässig erachtet (VAH-BMI Nr. 61.1.1; nach Renner, § 61 AufenthG Rn 4, soll dies aufgrund einer Auflage i.S.d. § 36 II Nr. 4 VwVfG Bund oder Land möglich sein).

Der Gesetzgeber grenzt in § 61 I AufenthG **räumliche Beschränkungen** ausdrücklich von den **Bedingungen und Auflagen**, also von sog. **Nebenbestimmungen**, ab und unterstreicht das bei den Sanktionsregelungen (vgl. §§ 95 I Nr. 7, 98 III Nr. 2 und 4 AufenthG). Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass eine Auflage nach § 61 I S. 2 AufenthG **nicht** gleichzeitig eine räumliche Beschränkung beinhalten darf.

Der Erstverstoß gegen die **gesetzliche** räumliche Beschränkung gem. § 61 I S. 1 AufenthG ist ordnungswidrig (§ 98 III Nr. 2 AufenthG), ebenso der Erstverstoß gegen eine vollziehbare Auflage gem. § 61 I S. 2 AufenthG (§ 98 III Nr. 4 AufenthG). Der **Wiederholungsverstoß** gegen eine räumliche Beschränkung gem. § 61 I AufenthG ist **strafbar** (§ 95 I Nr. 7 AufenthG). Der Wiederholungsverstoß gegen eine vollziehbare Auflage gem. § 61 II S. 2 AufenthG ist hingegen weiterhin „nur“ **ordnungswidrig**. Unzulässig ist die Auslegung, wonach § 95 I Nr. 7 AufenthG, der formal auf § 61 I AufenthG im Ganzen verweist, auch den wiederholten Verstoß gegen eine „durch Auflage“ bewirkte räumliche Beschränkung erfasst (so die einhellige Obergerichtsrechtsprechung vgl. OLG Karlsruhe, StV 2007, 136; OLG Brandenburg, B. v. 22.02.2007 - 1 Ss 96/06; OLG Thüringen, B. v. 01.03.2007 - 1 Ss 1/07; OLG Köln B. v. 11.10.2007 83 Ss 126/07; OLG Hamm B. v. 12.02.2007 2 Ss 6/07). Denn dann gäbe es, ohne dass das Gesetz eine solche Differenzierung vornimmt oder ausdrücklich zulässt, Auflagen gem. § 61 I S. 2 AufenthG, die bei wiederholtem Verstoß strafbar wären, andere hingegen nicht. § 95 I Nr. 7 AufenthG bezieht sich daher nur auf Verstöße gegen räumliche Beschränkungen gem. § 61 I S. 1 AufenthG (Hailbronner, Loseblattkommentar, § 95 AufenthG Rn 48.) Eine **Owi** kann hier auch nur vorliegen, wenn die Auflage **vollziehbar** ist. Die **Vollziehbarkeit** richtet sich nach Regelungen des Landes-VwVG, die dem § 6 I VwVG-Bund entsprechen. Danach ist die Auflage erst vollziehbar, wenn sie entweder **unanfechtbar**, im Einzelfall die **sofortige Vollziehung** im öffentlichen Interesse angeordnet (§ 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO) oder dem **Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung** beigelegt ist (§ 80 II S. 1 Nr. 3 VwGO).

Ein als „räumliche Beschränkung“ nach § 61 I S. 2 AufenthG vermerkter Eintrag wird von einigen Ausländerbehörden auch als „**Wohnsitzauflage**“ gewertet. So hat das Regierungspräsidium Stuttgart in einer Stellungnahme an das **VG Stuttgart** (Schreiben v. 22.03.2006 zur Klage 16 k 1090/06) erklärt, dass die Beschränkung des Aufenthalts auf einen Landkreis nur eine Beschränkung des gewöhnlichen Aufenthalts darstellt. Dieses soll sich aus einer Begründung ergeben, die dem Ausländer in einem Beiblatt ausgehändigt wurde und darauf abstellt, dass mit der Auflage die Verfestigung des Aufenthalts und ein Untertauchen des Ausländers verhindert werden soll. Ebenso wertet das **AG Künzelsau** (U. v. 15.11.2006 - 1 Cs 41 Js 17630/06 Hw) eine Landkreisbeschränkung aufgrund der beigefügten Begründung (u.a. Verhinderung der Aufenthaltsverfestigung, gleichmäßige Verteilung von Asylbewerbern, Sicherstellung seiner Erreichbarkeit) nur als Wohnsitzauflage, die ein vorübergehendes Verlassen des Landkreises ohne weiteres zulässt.

Im Gegensatz zu einer weiteren räumlichen Beschränkung, die jedes Verlassen eines Landkreises verbieten würde, **darf eine Wohnsitzauflage** aufgrund des § 61 I S. 2 AufenthG **verfügt werden**. Diese muss aber als solche zweifelsfrei bezeichnet sein – ansonsten ist sie rechtswidrig. In der Praxis geht aus den einschlägigen Eintragungen meist nur hervor, dass der „Aufenthalt auf den Landkreis XY beschränkt ist“. So undifferenziert ist weder für den Ausländer noch für die Polizei/Strafverfolgungsbehörde erkennbar, dass ggf. nur eine Wohnsitzauflage gemeint ist.

Wie bereits bei einem wiederholten Verstoß gegen die räumliche Beschränkung einer Aufenthaltsgestattung gem. § 85 Nr. 2 AsylVfG, ist nach dem Beschluss des **BVerfG** davon auszugehen, dass eine **Ahndung des Erstverstoßes** erfolgt sein muss, um im Wiederholungsfall die Strafbarkeit zu begründen (BVerfG, NVwZ 1997, 1109 zu § 85 Nr. 2 AsylVfG; Westphal/Stoppa, 3. Aufl. S. 785).

## Die Zurückschiebung gem. § 57 I AufenthG

Nach dem Wegfall der Grenzkontrollen zu den Nachbarstaaten Deutschlands (Ausnahme: Grenze zur Schweiz) erlangt in der Praxis zunehmend die Zurückschiebungsbefugnis gem. § 57 I AufenthG Bedeutung.

Gem. § 57 I AufenthG **soll** ein Ausländer (A), der **unerlaubt eingereist** ist, innerhalb von sechs Monaten nach dem Grenzübertritt **zurückgeschoben werden**. Abweichend hiervon ist die Zurückschiebung (ZS) zulässig, solange ein anderer Staat auf Grund einer zwischenstaatlichen Übereinkunft zur Übernahme des Ausländers verpflichtet ist.

Über den geschriebenen Tatbestand hinaus müssen für die Anwendung der Befugnis **zwei weitere ungeschriebene Voraussetzungen** erfüllt sein. Die ZS setzt zum Einen weiter voraus, dass der A **vollziehbar ausreisepflichtig** ist und zum Anderen, dass die **freiwillige Ausreise nicht gesichert ist**.

Insgesamt beinhaltet der Tatbestand somit folgende **4 Tatbestandsmerkmale**:

- Unerlaubte Einreise (uE)
- Zurückschiebungsmöglichkeit innerhalb von 6 Monaten nach der unerlaubten Einreise oder solange ein anderer Staat auf Grund einer zwischenstaatlichen Übereinkunft zur Übernahme des Ausländers verpflichtet ist.
- Vollziehbare Ausreisepflicht
- Der A ist nicht freiwillig bereit, unverzüglich bzw. innerhalb einer gesetzten Frist Deutschland (D) zu verlassen.

Für die Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale gilt folgendes:

**Unerlaubte Einreise:** Es gilt die Definition gem. § 14 I AufenthG:

- Einreise ohne erforderlichen (gültigen und anerkannten) Pass/Passersatz oder
- Einreise ohne erforderlichen AT oder
- Einreise entgegen einer bestehenden Sperre gem. § 11 I S. 1 AufenthG (infolge einer Ausweisung, Abschiebung oder Zurückschiebung).

Nicht erforderlich ist ein AT, wenn ein Einreise-/Aufenthaltsrecht ohne AT besteht (z.B. gem. Assoziierungsrecht EG-Türkei; vgl. § 4 I AufenthG) oder wenn der A vom Erfordernis eines AT befreit ist (§§ 15 ff AufenthG). Eine bestehende Sperre gem. § 11 I S. 1 AufenthG lässt eine Befreiung allerdings entfallen (vgl. § 51 V AufenthG). Nicht unerlaubt ist die Einreise mit einem erschlachten Visum oder entgegen einer SIS-Ausschreibung, die nicht aufgrund einer Sperre gem. § 11 I S. 1 AufenthG besteht.

**6-Monatsfrist und Übereinkünfte:** Die ZS erfolgt in der Praxis meist innerhalb von Stunden oder Tagen nach der uE, da diese nach einer längeren Frist (inkl. Reiseweg, Ort der uE) gegenüber dem Nachbar- oder übernahmeverpflichteten Staat nicht mehr bewiesen oder glaubhaft gemacht werden kann.

**Vollziehbare Ausreisepflicht:** Die Zurückschiebung ist wie die Ausweisung (§§ 53 ff AufenthG) und die Abschiebung (§§ 58 ff AufenthG) eine **aufenthaltsbeendende Maßnahme**. Sie setzt daher die **vollziehbare Ausreisepflicht** nach §§ 50 I, II, 58 II AufenthG voraus. Ausreisepflicht besteht, wenn der Ausländer keinen erforderlichen AT (mehr) hat. Ist ein Ausländer mangels erforderlichen AT unerlaubt eingereist, liegt zugleich die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht vor. Ist die Einreise unerlaubt, weil er mit AT, aber ohne erforderlichen Pass/Passersatz (§ 14 I 1 AufenthG) oder mit AT, aber entgegen einer Sperre gem. § 11 I S. 1 AufenthG (§ 14 I S. 3 AufenthG) eingereist ist, ist er nicht ausreisepflichtig und kann solange nicht zurückgeschoben werden, solange er einen AT besitzt.

**Beispiel:** Ein Georgier reist ohne erforderlichen AT nach D ein, weil er hier illegal arbeiten will. Aufgrund der unerlaubten Einreise gem. § 14 I Nr. 2 AufenthG ist er vollziehbar ausreisepflichtig (vgl. §§ 50 I, 58 II S. 1 Nr. 1 AufenthG).

**Freiwilligkeit:** Die ZS ist wie die Abschiebung eine Zwangsmaßnahme und kommt somit nur in Betracht, wenn die Ausreise nicht freiwillig erfolgt oder diese aus Gründen der öffentlichen Sicherheit (z.B. A will zwar freiwillig ausreisen, aber es besteht die Gefahr, dass er dabei Straftaten begehen wird) überwacht werden muss. Besteht kein ernsthafter Zweifel, dass der Ausländer D unverzüglich (ggf. in einer gesetzten Frist) und in gehöriger Weise verlassen wird, dann ist eine ZS **nicht erforderlich** und **darf somit nicht erfolgen**. Das kann z.B. der Fall sein, wenn es im nachvollziehbaren und berechtigten Interesse eines Ausländers liegt, der versehentlich oder

aufgrund falscher Behördenauskünfte über den Berechtigungsinhalt von Schengen-Visa oder nationalen Aufenthaltstiteln unerlaubt nach D eingereist ist.

**Beispiel:** Kurz nach der Vollenwendung des SDÜ in Polen erkundigen sich zwei in Breslau/Polen studierende Marokkanerinnen über die Nutzungsmöglichkeiten eines polnischen D-Visums. Sie werden von der zuständigen Behörde unzutreffend darüber informiert, dass sie mit dem Visum auch in andere Schengen-Staaten reisen können. So machen sie sich an einem Wochenende mit dem Zug auf den Weg nach D, um für 3 Tage Leipzig zu besuchen. Im Zug werden sie von der BPol angetroffen. Die Frauen sind sehr erschrocken, als die Beamten sie aufklären, dass die Visa nicht zur Einreise nach D berechtigen und sie somit unerlaubt eingereist sind. Sie wollen daraufhin sofort nach Polen zurückreisen, um keine weiteren Probleme zu bekommen. Nach Prüfung aller Umstände bestehen für die Beamten keine ernsthaften Zweifel, dass die Frauen mit dem nächsten Zug nach Breslau zurückfahren werden. Daher führen sie keine ZS durch.

Verlangt ein Nachbarstaat (gem. dem Rückführungsabkommen) eine **förmliche Überstellung**, zwingt dies für sich allein nicht zu einer Zurückschiebung, wenn gewährleistet ist, dass die ausreisepflichtige Person sich zum Zeitpunkt der geplanten Überstellung bei der Grenzdienststelle einfinden wird.

Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit wird in der Behördenpraxis ein A, der sich unerlaubt in D aufgehalten hat, i.d.R. erst dann zur Einreiseverweigerung im SIS ausgeschrieben, wenn der illegale Aufenthalt länger als 6 Monate gedauert hat. Daher wäre es nicht angemessen, bereits an die einfache unerlaubte Einreise eine Sperrwirkung zu knüpfen. Erst für den Fall, dass es mangels Freiwilligkeit erforderlich ist, die Ausreisepflicht mit Zwang durchzusetzen, hat der Gesetzgeber eine Sperrwirkung – wie bei der Abschiebung – vorgesehen.

Für die ZS besteht eine **dreifach konkurrierende Zuständigkeit** nach § 71 I, III Nr. 1 und V AufenthG zwischen der **Ausländerbehörde**, der **Grenzpolizei** und der **Polizei**. Im Einzelfall ist die Behörde zuständig, die den Ausländer aus Anlass ihrer originären Zuständigkeit feststellt, die Grenzpolizei, wenn sie den Ausländer im Grenzraum (ggf. auch an einer anderen Grenze als die über die der A unerlaubt eingereist ist) im Rahmen ihrer grenzpolizeilichen Aufgabenwahrnehmung feststellt oder auch auf Grenzübergangsstellen (Flughäfen, Häfen, Landgrenzen) bei der Ausreise.

Erst wenn diese **4 Tatbestandsmerkmale** erfüllt sind, eröffnet sich für die Behörde die Möglichkeit der Zurückschiebung nach der „Soll“-Vorgabe. **Soll** steht zwischen „kann“ und „muss“. Sie steht somit weder im **Ermessen** der zuständigen Behörde, noch muss sie **zwingend** erfolgen. Eine Sollvorschrift schreibt vor, dass **in der Regel** die Maßnahme zu erfolgen hat. Es ist den Behörden aber gestattet, den besonderen **Umständen des Einzelfalls Rechnung** zu tragen und die Maßnahme nicht zu treffen (sog. atypische Fälle). Einschränkungen können sich insb. aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und aus humanitären Erwägungen ergeben. Solche Fälle sind u. a. denkbar, wenn

- **ausländische minderjährige Kinder** oder **Ehegatten** von **Deutschen** unerlaubt eingereist sind,
- allgemein die **Erteilung eines AT** gem. § 5 II, III AufenthG, insb. eines AT gem. **25 IV AufenthG**, in Betracht kommt,
- eine **Duldung** erteilt werden kann, oder
- **an der Grenze** nach § 14 II AufenthG ein **AV** erteilt werden könnte.

**Beispiel:** In Polen lebt die Russin (R) mit ihrer 14-jährigen Tochter (T). Beide besitzen AT von Polen. Die T ist gem. Art. 21 I SDÜ mit ihrer Schulklasse in einem Bus nach D. gereist. Der Bus ist jedoch verunglückt, mehrere Kinder - darunter die T - liegen im Krankenhaus. Die sofort informierte R, die derzeit nicht gem. Art. 21 I SDÜ nach D reisen darf, weil gegen sie noch eine nationale Ausschreibung vorliegt (Sperre gem. § 11 I S. 1 AufenthG), macht sich in großer Sorge auf den Weg nach D und reist dabei über die polnisch-deutsche Grenze unerlaubt nach D ein. Im Grenzraum wird sie von der Polizei angetroffen. Sie macht klar, dass sie unbedingt zu ihrer verletzten Tochter und jetzt auf keinen Fall freiwillig nach Polen zurückreisen will. Obgleich hier alle Voraussetzungen gem. § 57 I AufenthG vorliegen, einschließlich der Nichtfreiwilligkeit der Ausreise, kann die Polizei im Rahmen des eingeschränkten „Soll-Ermessens“ aus humanitären Gründen (die auch die Erteilung einer Betretenserlaubnis und eines AV gerechtfertigt hätten) von der ZS absehen. Nach § 60a II S. 3 AufenthG hat die Ausländerbehörde auch die Möglichkeit, die R vorübergehend zu dulden.

§ 57 I AufenthG bietet also Möglichkeiten, sachgerecht auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu reagieren.

### EU-Abkommen über die Visaerleichterungen ab 01.01.2008 in Kraft

Im Report 16 haben wir bereits über die EU-Visa Erleichterungsabkommen berichtet (siehe Report Nr. 16 S. 4). Die Abkommen (Abk.) mit **Albanien, Bosnien und Herzegowina, Mazedonien, Moldau, Montenegro, Serbien** und **Ukraine** sind nun seit dem 01.01.2008 in Kraft (ABIEU 29.01.2008 L 24/52 f.). Das Abk. mit Russland ist bereits zum 01.06.2007 in Kraft getreten.

Die Abk. gelten im Verhältnis zu **allen EU-Staaten** mit Ausnahme von **Dänemark, Großbritannien und Irland**. Auch die Schengen-Staaten **Island, Norwegen** und künftig die **Schweiz** (und ggf. **Liechtenstein**) sind nicht an die Abk. gebunden. Diese Staaten wurden aber aufgefordert, entsprechende Abk. zu schließen.

Die Abk. wurden von der EU ratifiziert und haben somit Gesetzeskraft. Die Visa-Regelungen sind dabei so formuliert, dass sie geeignet sind, unmittelbar Rechte für den Einzelnen zu begründen; sie müssen also nicht durch EU-Rechtsakte oder nationale Gesetzgebung umgesetzt werden (= unmittelbare Anwendbarkeit). Ein in den Abk. genannter Ausländer (Vertragsstaater) kann sich also direkt auf die Regelungen des Abk. berufen. Die Abk. sind Bestandteil des EU-Rechts und genießen somit **Anwendungsvorrang** vor nationalem Recht. Sie enthalten teilweise auch Regelungen, die im Verhältnis zum sonstigen Schengen-Recht vorrangig sind (insb. Visumfreiheit für Diplomatenpassinhaber, Gebührenbefreiung, Visumverlängerung, Reisefreiheit zum Zweck der Ausreise).

**Ausreiserecht ohne Visum:** Vertragsstaater, die ihre Ausweispapiere verloren haben oder deren Papiere während ihres Aufenthalts in einem Schengen-Staat gestohlen wurden, können mit gültigen Ausweispapieren, die von einer Auslandsvertretung ihres Heimatstaats ausgestellt wurden und sie zum Grenzübertritt berechtigen, ohne Visum oder sonstige Genehmigung das Schengen-Gebiet verlassen.

**Visumverlängerung:** Vertragsstaater, die aus Gründen höherer Gewalt nicht vor Ablauf des Visums aus dem Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten ausreisen können, wird gemäß den gesetzlichen Bestimmungen des bereisten Staates gebührenfrei eine Verlängerung ihres Visums gewährt, bis ihre Rückreise in ihren Wohnsitzstaat möglich ist.

**Visumfreiheit:** Inhaber gültiger Diplomatenpässe können ohne Visum in das Schengen-Gebiet einreisen, daraus ausreisen und es im Transit bereisen. Sie dürfen sich höchstens 90 Tage pro Zeitraum von 180 Tagen im Schengen-Gebiet aufhalten.

**Gebühren:** Für die Bearbeitung eines Visumantrags (gleich ob es abgelehnt oder erteilt wird) werden 35 Euro Gebühren erhoben (das Abk. mit Russland regelt zudem noch ein 3 Tage - Eilverfahren, in dem dann 70 Euro erhoben werden). Da die Abkommen nicht zwischen **Visa und Ausnahmevisa (AV)** unterscheiden, gilt dies auch für die Erteilung von AV an der Grenze. Für eine ganze Reihe Ausländer bestimmter Kategorien (in den einzelnen Abkommen sind 15 und mehr Kategorien genannt) ist die gebührenfreie Erteilung von Visa - d.h. auch für AV - vorgeschrieben. Für die AV-Erteilung dürfte die Gebührenbefreiung **insbesondere** für Ausländer folgender Kategorien praxisrelevant sein:

- Teilnehmer an wissenschaftlichen, kulturellen und künstlerischen Aktivitäten, auch Teilnehmer an Hochschul- und anderen Austauschprogrammen,
- Schüler, Studenten, die zu Studien- oder Ausbildungszwecken oder anderen schulischen Zwecken einreisen,
- Teilnehmer an internationalen Sportveranstaltungen und ihr Begleitpersonal,
- Behinderte und erforderliche Begleitpersonen,
- Vertreter zivilgesellschaftlicher Organisationen, die an Sitzungen, Seminaren, Austauschprogrammen oder Kursen teilnehmen,
- Personen, die schriftlich nachgewiesen haben, dass ihre Reise aus humanitären Gründen notwendig ist, (z.B. dringende medizinische Behandlung, Beerdigung eines engen Verwandten, Besuch von schwerkranken engen Verwandten),
- Journalisten,
- Enge Verwandte (insb. Ehepartner, Kinder, Enkel, Eltern, Großeltern), die Angehörige besuchen, welche in den Schengen Staaten rechtmäßig wohnen,
- Freiberufler, die an internationalen Ausstellungen, Konferenzen, Symposien, Seminaren oder ähnlichen Veranstaltungen in den Schengen-Staaten teilnehmen,
- Rentner oder Pensionäre und
- Kinder unter 6 Jahren.

Zudem ist eine gebührenfreie Visumverlängerung vorgesehen, wenn ein Ausländer aus Gründen höherer Gewalt nicht vor Ablauf des Visums aus dem Schengen-Gebiet ausreisen kann, bis die Rückreise in den Wohnsitzstaat möglich ist.

### BVerwG „Altausweisungen“ von EU-Bürgern

Das BVerwG (U. v. 04.09.2007 1 C 21/07) hat in der umstrittenen Frage der Fortwirkung von „Altausweisungen“ von EU-Bürgern entschieden, dass diese und die daran anknüpfende gesetzliche Sperrwirkung (§ 8 II AuslG1990) auch nach dem Inkrafttreten des FreizügG/EU am 01.01.2005 wirksam bleiben. Die Befristung der Sperrwirkungen von Ausweisungen bemisst sich für EU-Bürger nunmehr nach § 7 II S. 2 FreizügG/EU in sinngemäßer Anwendung.

**Beispiel:** Ein Franzose, der 1995 nach dem AuslG1990 ausgewiesen wurde, darf auch nach dem Inkrafttreten des FreizügG/EU nicht nach D einreisen, bis seine Sperre aufgehoben ist.

Das Urteil befasst sich unter Bezugnahme auf den EuGH außerdem näher mit dem Befristungsanspruch nach § 7 II FreizügG/EU und den Maßstäben für die behördliche Ermessensentscheidung über die Bestimmung der Länge der Frist. Danach ist in jedem Fall eine Einzelfallprüfung erforderlich, ob die vorliegenden Umstände auch jetzt noch das öffentliche Interesse an der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Sperrwirkungen als Dauereingriff in das Freizügigkeitsrecht mit Blick auf die hohen Anforderungen für Freizügigkeitseingriffe (vgl. § 6 I FreizügG/EU) tragen. Die Befristung nach § 7 II FreizügG/EU darf nicht von der Begleichung angefallener Rückführungskosten abhängig gemacht werden.

Bei einem Verstoß gegen die Sperrwirkung liegt keine Straftat vor, da weder § 95 II Nr. 2 AufenthG (analog) noch § 9 FreizügG zur Anwendung kommt (vgl. OLG Hamburg B. v. 21.11.2005 InfAuslR 2006, 118).

### LG Nürnberg: Zu „Altausweisungen“ gegenüber Ausländern, die nun EU-Bürger geworden sind

Die Entscheidung des BVerwG (s. oben) ist nicht anwendbar auf Fälle, in denen ein Ausländer, erst nach seiner Ausweisung, Abschiebung oder Zurückschiebung aufgrund des EU-Beitritts eines Heimatstaats EU-Bürger geworden ist. Ein **Rumäne**, der 2006 wegen schweren Diebstahls verurteilt, nach Maßgabe des AufenthG abgeschoben und im Jahr 2007 wieder eingereist war, sollte erneut abgeschoben werden. Dazu beantragte die Ausländerbehörde Abschiebehaft. Das **LG Nürnberg** (B. v. 06.06.2007 InfAuslR 2007, 441) verneinte die Anwendbarkeit des AufenthG und verweigerte die Haftanordnung. Die Ausweisungsvoraussetzungen nach dem AufenthG unterscheiden sich erheblich von denen des FreizügG/EU. Insb. dürfen EU-Bürger nicht bereits deshalb ausgewiesen werden, weil sie Straftaten begangen haben.

### EuGH „Eind“: Weiteres Urteil zum Freizügigkeitsrecht von drittausländischen Familienangehörigen von EU-Bürgern

Mit dem EuGH U. v. 11.12. 2007 „Eind“ Rs. C-291/05, liegt eine weitere Entscheidung vor, die sich mit der Frage des abgeleiteten Freizügigkeitsrechts (FR) für drittausländische Familienangehörige (dFamAng) befasst. Nach EuGH U. v. 23.09.2003 „Akrich“ C-109/01, war unklar, ob dFamAng, bevor sie das FR beanspruchen können, ein nationales Aufenthaltsrecht in dem EU-Staat gehabt haben müssen, dessen Staatsangehörigkeit der EU-Bürger besitzt, von dem sie das FR ableiten. Nachdem bereits durch EuGH U. v. 09.01.2007 „Jia“ Rs. 73/148 diese Voraussetzung in der dort zugrundeliegenden Fallkonstellation verneint wurde, wird auch in der „Eind“ Entscheidung hervorgehoben, dass ein auf nationalem Recht beruhendes Aufenthaltsrecht nicht Voraussetzung für die Inanspruchnahme des abgeleiteten FR ist.

Ein dFamAng kann also den EU-Bürger, von dem er sein Recht ableitet und der sich in einen anderen EU-Staat begibt, begleiten oder ihm nachziehen, ohne dass er zuvor in dem Heimatstaat des EU-Bürgers ein Aufenthaltsrecht gehabt haben muss.

**Beispiel:** Ein Belgier kommt nach D, um hier zu arbeiten. Er lässt seinen Sohn marokkanischer Staatsangehörigkeit, der bisher in Marokko gewohnt hat und keinen belgischen AT besitzt von Marokko aus nach D nachkommen. Der Sohn genießt abgeleitetes FR nach Maßgabe der RL 2004/38/EG.