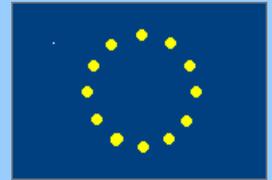




# REPORT

## Ausländer- und Europarecht

Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa



Report Ausländer- und Europarecht Nr. 18

August 2008

Gastbeitrag: Frank Broderius

### EU-Rückführungsrichtlinie demnächst in Kraft

Eine EU-Rückführungsrichtlinie (RL) wird in absehbarer Zeit in Kraft treten. Die gemeinsamen Normen und Verfahren der RL bilden den Rechtsrahmen für den Bereich der Aufenthalt beendenden Maßnahmen in den EU-Staaten. Sie sind spätestens **24 Monate** nach Veröffentlichung im ABIEU in nationales Recht umzusetzen. Eine Ausnahme bildet der Art. 12 IV, hier besteht eine 36-monatige Frist.

Durch die Inkraftsetzung der RL werden die **Art. 23 und 24 des SDÜ** wegfallen. Die RL findet Anwendung auf im Hoheitsgebiet der EU-Staaten illegal aufhältige Drittstaatsangehörige. Hierunter fallen diejenigen Ausländer, die sich nach **unerlaubter Einreise** ohne **erforderlichen Aufenthaltstitel** im Bundesgebiet aufhalten. Eine **Nichtanwendungsoption** eröffnet den EU-Staaten jedoch die Möglichkeit, bestimmte Einreise- und Aufenthaltsituationen national zu regeln. Nicht unmittelbar vollziehbare Zurückweisungsentscheidungen, Zurückschiefungsfälle an der EU-Außengrenze, Ausweisungstatabstände und Auslieferungersuchen könnten dann, wenn der einzelne EU-Staat sich hierfür entscheidet, außerhalb der RL geregelt werden. Eine behördliche oder richterliche **Rückkehrentscheidung**, die einen illegalen Aufenthalt festgestellt hat, beinhaltet entweder die **freiwillige** oder **erzwungene** Erfüllung einer Rückkehrpflicht in einen Aufnahmestaat, wobei die Ermöglichung der **freiwilligen Ausreise oberste Priorität** besitzt.

Das zwangsweise Durchsetzen der Ausreisepflicht (Abschiebung) kommt immer **nur dann** zur Anwendung, wenn im begründeten Einzelfall **Fluchtgefahr** besteht, der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels abgelehnt wurde oder die betreffende Person eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit darstellt. Das Vorliegen einer Fluchtgefahr ist auf Grundlage eines gesetzlich festgelegten Kriterienkatalogs zu prüfen. Bei Fluchtgefahr ist zunächst ein abgestuftes Verfahren zu praktizieren. **Mindermaßnahmen** wie das Auferlegen von Meldeverpflichtungen, das Hinterlegen von Sicherheitsleistungen oder das Verkürzen der Ausreisefrist haben dann grundsätzlich **Vorrang vor dem Rückgriff auf Zwangsmaßnahmen**.

Eine Inhaftnahme ist nur möglich, um die Rückkehr vorzubereiten bzw. die Abschiebung durchzuführen, insbesondere bei **Fluchtgefahr** oder wenn der betreffende Drittstaatsangehörige die Vorbereitung der Rückkehr oder das Abschiebungsverfahren umgeht oder behindert. Sowohl die Abschiebung als auch die Inhaftnahme unterliegen im besonderen Maße dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Rückkehrentscheidungen **können ein Einreiseverbot** bewirken, welches sich dann auf **alle EU-Staaten** bezieht. Eine Abschiebung oder das Nichteinhalten der Rückkehrpflicht lösen in der Regel ein Einreiseverbot aus. Aber **auch eine freiwillige Ausreise** kann in begründeten Einzelfällen zu einer **Wiedereinreiseperrre** führen. Die Dauer der Einreiseverbote wird individuell in Anbetracht der jeweiligen Umstände auf **maximal 5 Jahre** festgelegt und kann nur überschritten werden, wenn der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr darstellt. Für **Asylbewerber** gelten weiterhin uneingeschränkt die Bestimmungen der VO 343/2003/EG (= Dublin II) und VO1560/2003/EG.

### EuGH klärt Einreisevoraussetzungen für drittausländische Familienangehörige von EU-Bürgern

Der EuGH (U. v. 25.07.2008 „Metock“ Rs. C-127/08) hat Klarheit geschaffen über die Einreisevoraussetzungen von drittausländischen Familienangehörigen von EU-Bürgern i.S. Art. 2 RL 2004/38/EG (dFamA). Im Mittelpunkt stand die Frage, ob die Freizügigkeit von dFamA **voraussetzt**, dass diese **sich rechtmäßig** im EU-Gebiet aufhalten. Sie war insbesondere durch die Entscheidung „Akriich“ (EuGH U. v. 23.09.2003 Rs C-109/01) aufgeworfen worden, die im Widerspruch zu anderen Urteilen des Gerichts stand.

Nach EuGH „Metock“ ist **nicht** danach zu unterscheiden, ob sich der dFamA bereits rechtmäßig in einem EU-Staat aufgehalten hat oder nicht. Die RL 2004/38/EG verleiht jedem dFamA, der einen EU-Bürger in einen anderen EU-Staat als den, dessen Staatsangehörigkeit dieser besitzt, begleitet oder ihm dorthin nachzieht, unabhängig davon, ob sich der betreffende dFamA bereits in einem anderen EU-Staat aufgehalten hat oder nicht, das Recht, in den Aufnahmemitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten. Der Begriff „**begleitet**“ ist daher **nicht eng** auszulegen. Der dFamA kann sich auf die RL unabhängig davon berufen, wann oder wo die Ehe geschlossen wurde oder wie er in den Aufnahmemitgliedstaat eingereist ist. Die Entscheidung betrifft insb. folgende Fälle (Beispiele):

- *Eine Belgierin zieht nach Deutschland und heiratet hier einen abgelehnten kongoleischen Asylbewerber, gegen den bereits eine Abschiebungsanordnung ergangen ist.*
- *Ein Rumäne heiratet eine bislang in Kiew lebende Ukrainerin und zieht mit ihr nach Deutschland.*
- *Ein Nigerianer, der kürzlich die französische Staatsangehörigkeit angenommen hat, kommt mit seinen nigerianischen Kindern nach Deutschland um hier zu arbeiten.*

In allen diesen Fällen steht den dFamA das Freizügigkeitsrecht zu.

Der EuGH hält **ausdrücklich nicht** mehr an seiner im Urteil „Akriich“ getroffenen Aussage fest, wonach – in dem besonderen Fall – ein rechtmäßiger Voraufenthalt des dFamA in einem EU-Staat Voraussetzung für sein Freizügigkeitsrecht war. Das Gericht verwies vielmehr auf seine Aussagen in dem – insb. für die **grenzpolizeiliche Praxis** bedeutsamen - Urteil „MRAX“ (25.07.2002 Rs. C-459/99). Zwar darf von dFamA für die Einreise weiterhin nach Maßgabe des Art. 5 II RL 2004/38/EG ein **Einreisevisum** gefordert werden. Die **Erteilungsvoraussetzungen** unterliegen jedoch **nicht** den Vorgaben des jeweiligen nationalen Ausländerrechts, wie es für Drittausländer gilt, die nicht der RL 2004/38/EG unterfallen.

Daher ist § 2 IV FreizügG/EU - der die Visum-Erteilung den Bestimmungen des AufenthG unterwirft - nicht mit dem EU-Recht vereinbar. So dürfen auf Voraussetzung für die Visumerteilung insb. **keine deutschen Sprachkenntnisse** nach Maßgabe des § 30 AufenthG gefordert werden (siehe auch Dienelt, www.Migrationsrecht.net, Beitrag v. 25.07.2008). Wie aus der Entscheidung „MRAX“ hervorgeht, haben die EU-Staaten lediglich zu prüfen, ob die Person, die die Einreise wünscht, dFamA ist. Ist das der Fall, darf ihr die Einreise nicht verweigert werden, es sei denn, das **persönliche Verhalten** der Person stellt eine **tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr dar, die ein Grundinteresse der Gesellschaft** berührt (das könnte z.B. im Fall der erheblichen Gewaltbereitschaft eines zu einem Fußballspiel anreisenden Hooligans gegeben sein). Vom **Einzelfall losgelöste** Begründungen sind nicht zulässig. Zudem dürfen Maßnahmen erlassen werden, die notwendig sind, um Rechtsmissbrauch oder Betrug – wie z. B. durch Eingehung von Scheinehen – zu verhindern. Das Gericht hob zudem hervor, dass die RL 2004/38/EG bezweckt, das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller EU-Bürger zu **vereinfachen und zu verstärken**, so dass es nicht in Betracht kommt, dass die EU-Bürger aus dieser RL **weniger Rechte ableiten**, als aus den **Sekundärrechtsakten**, die sie **ändern oder aufheben**. Das Urteil bestätigt damit die von uns vertretene Auffassung zum Einreise- und Aufenthaltsrecht von dFamA (siehe Westphal/Stoppa 3. Aufl. Seite 319 ff, insb. 324 f).

Der EuGH begrenzt zudem die **Sanktionsmöglichkeiten** für illegal eingereiste oder aufhältige Ausländer, die anschließend als dFamA unter das Freizügigkeitsrecht fallen. Diese Sanktionen dürfen die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht nicht beeinträchtigen. Zulässig wäre etwa eine **Geldbuße**, sofern sie verhältnismäßig ist. Das bedeutet, dass eine zunächst im Raum stehende **Bestrafung** nach § 95 AufenthG ggf. nicht mehr erfolgen darf, wenn der Betroffene nach seiner unerlaubten Einreise oder seines Aufenthalts ohne erforderlichen Aufenthaltstitel den Status eines dFamA erlangt.

### BGH zur Belehrungspflicht nach dem WÜK

Gem. Art. 36 I b S. 3 WÜK sind Ausländer, denen die Freiheit entzogen wurde, **unverzüglich** darüber zu unterrichten, dass sie das Recht haben zu verlangen, dass die konsularische Vertretung ihres Landes unverzüglich über ihre Festnahme informiert wird.

Der 5. Strafsenat des BGH (U. v. 25.09.2007 5 StR 116/01, 5 StR 475/02) hat unter Verweis auf das BVerfG (U. v. 09.09.2006, 2 BvR 2115/01 = NJW 2007, 499) entschieden, dass diese Belehrung bereits **durch die Polizeibeamten nach der Festnahme** zu erfolgen hat. Der BGH gab damit ausdrücklich eine anderslautende Auffassung (BGH, 07.11.2001, 5 StR 116/01) auf. Das Gericht führte zudem aus, dass das Unterbleiben der gebotenen Belehrung **nicht** zu einem **Beweisverwertungsverbot** führt, die Rechtsverletzung aber zu einer **Kompensation** derart führen kann, dass ein bestimmter Teil der verhängten **Freiheitsstrafe als verbüßt** anzurechnen ist. Im konkreten Fall waren 2 Täter zu lebenslanger bzw. 11 Jahren Haft verurteilt worden. In beiden Fällen hielt der BGH als Kompensation eine Anrechnung von **sechs Monaten Freiheitsstrafe** auf die zu verbüßenden Strafen für gerechtfertigt. Der 3. Strafsenat des BGH (U. v. 20.12.2007, 3 StR 318/07) war wie der 5. Senat der Ansicht, dass das Unterbleiben der gebotenen Belehrung völker- und verfassungsrechtlich nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führt, teilte jedoch **nicht die Auffassung**, dass ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht zu einer Kompensation im Hinblick auf die zu verbüßenden Strafe führen kann.

Wie eine **Freiheitsentziehung** bei unterbliebener Belehrung zu werten ist, hatten beide Senate in den konkreten Fällen nicht zu entscheiden und sie haben sich auch nicht dazu geäußert. Das BVerfG sieht bei Belehrungsverstößen das Recht auf ein faires Verfahren gem. Art. 2 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verletzt. Zudem gehört Art. 36 I lit. b des WÜK zu den vorgeschriebenen Formen im Sinne des Art. 104 I S. 1 GG. Demzufolge vertreten wir (Westphal/Stoppa S. 588) mit Heesen/Hönle/Peilert (§ 41 BGG [BPolG] Rn 3) die Auffassung, dass bei Nichteinhaltung dieser Vorgaben die Freiheitsentziehung rechtswidrig ist.

**Anmerkung:** Aufgrund bilateraler Abkommen ist bei Festnahmen von Ausländern **von Amts wegen**, also auch ohne dass der Ausländer dies verlangt, das betreffende Konsulat zu verständigen (Westphal/Stoppa S. 587). Nach **Länder teil II zur RiVAsT** (Internet unter BMJ) gilt dies - soweit ersichtlich - für:

*Dominica, Fidschi, Grenada, Griechenland, Großbritannien, Irak, Italien, Jamaika, Lesotho, Malawi, Malta, Monaco, Mauritius, St. Kitts und Nevis, St. Vincent und die Grenadinen, Spanien, Tunesien, Zypern sowie die Nachfolgestaaten der ehemaligen Sowjetunion (Armenien, Aserbaidschan, Georgien, Kasachstan, Kirgisistan, Moldawien, Russland, Tadschikistan, Ukraine, Usbekistan, Weißrussland).*

### Annex 9 ICAO-Übereinkommen: Redaktionelle Änderungen

Nach dem ICAO-Übereinkommen sind Staaten zur Rückübernahme von Personen verpflichtet, die von ihrem Territorium aus in andere Staaten fliegen und denen dort die Einreise verweigert wird. Der bloße **Flughafen-Transitaufenthalt** in einem Staat begründet jedoch keine Rückübernahmeverpflichtung, da der Ausländer dort regelmäßig (wie auch in Deutschland, vgl. § 13 II AufenthG) als nicht eingereist gilt. Das war bislang in Standard 3.63 Annex 9 (11. Edition) ICAO-Übereinkommen geregelt. Nunmehr gibt es eine 12. Edition des Annex 9. Darin heißt es unter Chapter 5 – INADMISSIBLE PERSONS AND DEPORTEES:

*5.12 A Contracting State shall accept for examination a person removed from a State where he was found inadmissible, if this person **commenced his journey** from its territory. A Contracting State shall not return such a person to the country where he was earlier found inadmissible.*

In Chapter 1 - DEFINITIONS AND GENERAL PRINCIPLES wird der Begriff **Commencement of journey** definiert als: *The point at which the person began his journey, without taking into account any airport at which he stopped in direct transit, either on a throughflight or a connecting flight, if he did not leave the direct transit area of the airport in question.*

Im Ergebnis sehen wir **keine Änderung** zur bisherigen Rechtslage. Ein bloßer Flughafen-Transitaufenthalt begründet also nach wie vor keine Rückübernahmeverpflichtung für den Transitstaat.

**Beispiel:** *Ein Ukrainer (U) fliegt von Kiew/Ukraine nach Frankfurt/M. Dort wechselt er im Transit auf eine Maschine nach Zürich/Schweiz. In Zürich wird ihm die Einreise verweigert, da sein Visum für die Schweiz Fälschungsmerkmale aufweist. Deutschland ist als Flughafen-Transitstaat nicht verpflichtet, den U von der Schweiz zurückzunehmen. Allenfalls könnte mit ausdrücklicher Zustimmung der deutschen Grenzpolizei eine Zurückweisung durch die Schweizer Grenzpolizei über einen deutschen Flughafen in die Ukraine erfolgen.*

### Visa-Vereinbarung mit Brasilien

Nach Medienberichten im April 2008 haben sich brasilianische Stellen bei der Bundesregierung über die Behandlung brasilianischer Touristen beschwert, denen Verstöße gegen Einreisevorschriften vorgeworfen wurden. Deutschland (D) soll dabei ein **deutsch-brasilianisches Visa-Abkommen** missachtet haben. Tatsächlich gibt es aus **1956/1957** - auch für uns überraschend - einen unveröffentlichten **Notenwechsel**. Darin sind auf Initiative D Vereinbarungen über die visumfreie bzw. erleichterte Einreise getroffen worden. D teilte im Juni 1956 mit, dass ab sofort brasilianische Staatsangehörige, die Inhaber von Nationalpässen sind, für Einreisen nach D auch dann eines **Sichtvermerks nicht** mehr bedürfen, wenn sie sich **länger als drei Monate** in D aufhalten wollen. Dieses sollte insb. Studenten, Stipendiaten und Personen, die im Rahmen des kulturellen Austausches für mehr als drei Monate nach D einreisen, begünstigen. D bat Brasilien nun auch auf Grundlage der Gegenseitigkeit ebenfalls Erleichterungen für die Einreise vorzusehen. Daraufhin hat Brasilien in einer Note vom Juli 1957 ebenfalls verschiedene Erleichterungen für die Einreise von Deutschen nach Brasilien vorgesehen.

Man wird diesen Vorgang nach **Treu und Glauben** als **völkerrechtlich bindende Vereinbarung** (ggf. auch als **einseitige verbindliche Erklärung** - dazu Ipsen, Völkerrecht 5. Aufl. Seite 234 ff) ansehen müssen, die für Deutschland die Pflicht auslöst, Brasilianer visumfrei einreisen zu lassen ohne ihnen Voraufenthalte in anderen (Schengen)-Staaten entgegenzuhalten. Auch müssen Einreisen für Aufenthalte über drei Monate visumfrei möglich sein. So geht auch Brasilien offiziell davon aus, dass es ein zwischen Brasilien und Deutschland geschlossenes Abkommen über die visumfreie Einreise für Touristen gibt (vgl. [http://brasilianische-Botschaft.de/konsularabteilung/visa/Stand 7/2008](http://brasilianische-Botschaft.de/konsularabteilung/visa/Stand%207/2008)). Ohne Kündigung oder Erklärung, an diese Regelung nicht mehr gebunden zu sein, ist eine Abkehr von dieser Verpflichtung völkerrechtlich nicht zulässig. Brasilien hätte damit in die Regelungen des § 16 AufenthV iVm Anlage A AufenthV und § 41 II AufenthV aufgenommen werden müssen. Da die Vereinbarung mangels Zustimmungsgesetz und Veröffentlichung **nicht unmittelbar anwendbar** und **keine Umsetzung** in der AufenthV erfolgt ist, kann der Verpflichtung rechtlich und in der Praxis derzeit nur schwer Rechnung getragen werden. Bei der Einreise könnte ein **gebührenfreies AV** erteilt werden, bei einer **unerlaubten Einreise** (z.B. weil ein Voraufenthalt in einem anderen Schengen-Staat anzurechnen ist) wäre zu prüfen, ob der Brasilianer nicht von der rechtlichen Einhaltung der Vereinbarung ausgehen dürfte und daher **Vorsatz oder Fahrlässigkeit** ausscheidet. Der Gesetzgeber sollte unverzüglich eine Umsetzung durchführen oder die Vereinbarung kündigen. Unabhängig davon handelt die **EU** allerdings z. Z. mit Brasilien ein **Sichtvermerksabkommen** aus. Ob künftig dadurch eine Lösung bewirkt werden kann, ist noch offen.

Eine ähnliche Situation ergibt sich mit **Mexiko**. Nachdem der Verordnungsgeber bis Ende 2004 das **deutsch-mexikanische Sichtvermerksabkommen** (GMBI. 1960 S. 27 - vgl. § 1 I S. 2 und Anlage I DVAusIG-1990) noch berücksichtigt hatte, so dass Voraufenthaltszeiten in anderen Schengen-Staaten von Mexikanern für Einreisen und Aufenthalte in D nicht berücksichtigt wurden, ist dies in der neuen AufenthV bewusst und unseres Erachtens zu Unrecht (siehe Westphal/Stoppa S. 46 f) nicht erfolgt.

Die EU hat zur Kenntnis nehmen müssen, wie **empfindlich Südamerika** auf restriktive Regelungen im Migrationsrecht reagiert. So hat die Verabschiedung der Rückführungsrichtlinie durch das europäische Parlament heftige Reaktionen in Südamerika hervorgerufen - die Richtlinie wurde dort in Medien als „**Schande**“ bezeichnet. Aus lateinamerikanischer Sicht waren Europäer über Jahrhunderte in Nord- und Südamerika willkommen - ohne Visum und administrative Bürden, um vor Kriegen und wirtschaftlicher Not zu fliehen.

### VG Darmstadt zu Schengen und zum EU-Recht

Das VG Darmstadt (B. v. 05.06.2008 5 L 277/08 – juris) hat zu verschiedenen Fragen des Schengen- und EU-Rechts Stellung genommen. Ein Brasilianer (B), der mit einem Spanier in einer gleichgeschlechtlichen Ehe lebt, reiste (allein) nach D und ging hier der Prostitution nach. Er wurde aufgegriffen, nach dem AufenthG ausgewiesen und nach § 95 I Nr. 2 und 3 AufenthG angezeigt.

Das Gericht hat dazu entschieden: Die RL 2004/38/EG stellt **Lebenspartner** in den EU-Staaten mit Ehegatten gleich, die – wie Deutschland – das Modell der Lebenspartnerschaft in ihre nationale Rechtsordnung eingeführt haben. Daher ist **§ 3 VI FreizügG/EU** (wonach für den Nachzug des Lebenspartners das AufenthG gelten soll) mit der RL unvereinbar und nach der Rspr. des EuGH von den nationalen Behörden und Gerichten **außer Anwendung** zu lassen.

Die Absicht, in D **erwerbstätig** zu werden, lässt die Visumfreiheit für „Positivstaater“ nach Art. 1 II VO 539/2001/EG **nicht** entfallen. Die künftige Aufnahme einer Erwerbstätigkeit mag im Falle des B beabsichtigt gewesen sein; ausgeübt wurde sie im Zeitpunkt der Einreise jedoch (noch) nicht. **Subjektive Absichten** macht § 17 I AufenthV **nicht** zur Voraussetzung für das Eingreifen der Visumpflicht - dann hätte es heißen müssen: „... sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben **wollen**“ (a.A. VAH-BMI Nr. 14.1.2.2.7.1 und Westphal/Stoppa S. 206, 219 f, 224 mit Nachweisen für und gegen diese Auffassung sowie einer Problemdarstellung; dieselben in ZAR 2002, 315, 316 f). Für die Einreise von Spanien nach D greift aber ohnehin nicht die VO 539/2001/EG, da es sich um einen Schengen-Binnengrenzübertritt handelt und somit Art. 21 I SDÜ einschlägig ist.

Die **geplante Dauer** des Aufenthalts ist **keine Einreisevoraussetzung**, sondern lediglich eine **tatbestandsmäßige Begrenzung** des Rechts auf Einreise und Aufenthalt in einen anderen Schengen-Staat nach Art. 21 I SDÜ. Insbesondere ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kein Einreiseverweigerungsgrund. Denn Art. 5 I c SGK lässt es sogar ausdrücklich zu, dass die Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts im Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig, ggf. also auch durch eine legale Erwerbstätigkeit, erworben werden.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Aufnahme einer **Erwerbstätigkeit** durch **Prostitution** (zur Frage, ob Prostitution noch als Erwerbstätigkeit iS des AusIR gelten kann, siehe Westphal/Stoppa S. 266 f) eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen Deutschlands darstellen würde (Art. 5 I e SGK). Prostitution ist in D seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes vom 20.12.2001 auch **rechtlich** in der Weise **anerkannt**, dass Entgeltvereinbarungen einklagbar sind, die Strafbarkeit der Prostitution auf Fälle der sexuellen Ausbeutung begrenzt wurde und Prostituierte sich nun regulär in der gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung versichern können. Die in **Art. 5 I e SGK** aufgeführten Gefahrensituationen werden durch die Tätigkeit des B **nicht herbeigeführt**.

Nach alledem ist **nicht erkennbar**, dass die Einreise des Antragstellers nach D **unerlaubt** war. Dementsprechend ist auch nicht zu erkennen, dass sich der Antragsteller nach § 95 I Nr. 3 AufenthG strafbar gemacht hätte, denn zur Einreise ins Bundesgebiet war sein brasilianischer Nationalpass und seine spanische Aufenthaltskarte ausreichend. Auch eine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 2 AufenthG **dürfte nicht in Betracht** kommen, da die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht unweigerlich auch die sofortige Ausreisepflicht auslöst, denn **bei einem Beenden der Erwerbstätigkeit** wäre der Aufenthalt des Antragstellers wieder legal.

### VGH München zur Auslegung § 95 II Nr. 2 Alt. 1 AufenthG

Der VGH München (B. v. 20.03.2008 19 C 08.22, 19 CS 08.21) hat entschieden: Bei der Strafvorschrift des § 95 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 AufenthG, wonach bestraft wird, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen, handelt es sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt**.

Ihr Schutzzweck ist bereits dann berührt, wenn durch falsche Angaben im ausländerrechtlichen Verfahren die richtige Anwendung des materiellen Ausländerrechts abstrakt gefährdet wird, weil **unwahres Vorbringen im allgemeinen**, wenn auch nicht im speziellen Fall, geeignet ist, Ausländern zu Unrecht einen Aufenthaltstitel zu verschaffen. Daher kommt es auch **nicht darauf an**, ob dem Ausländer im Falle zutreffender Angaben **ebenfalls ein Aufenthaltstitel** erteilt worden wäre (wie OLG Karlsruhe vom 29.7.2004 InfAusIR 2004, 403).

### OLG Celle : Einstweilige Haftanordnung bei Ausschreibung zur Festnahme

Das OLG Celle hat entschieden (B. v. 02.06.2008 - 22 W 23/08): Mit der **Ausschreibung** des Betroffenen **zur Festnahme** und Abschiebung ist zeitgleich ein **Antrag** beim Amtsgericht auf Anordnung der **Abschiebungshaft** zu stellen. Ist der Betroffene unbekanntes Aufenthaltes, steht dies einer Haftanordnung nicht entgegen. Auch wenn eine förmliche Haftanordnung nach § 62 AufenthG wegen fehlender **Anhörung** des Betroffenen (§ 5 Abs. 1 FreiEntzG) nicht in Betracht kommt, kann das Gericht gestützt auf § 11 Abs. 1 FreiEntzG eine einstweilige Anordnung treffen.

Unterbleibt in diesen Fällen die einstweilige Anordnung ist eine **Festnahme rechtswidrig**. Die gegenteilige Auffassung, die der beteiligten Ausländerbehörde auch bei zielgerichteter Fahndung zum Zweck anschließender Abschiebung ein Recht zur Inge-wahrsamnahme eines Betroffenen mit unbekanntem Aufenthalt zugesteht, ist mit § 62 IV Nr. 2 AufenthG nicht zu vereinbaren und steht zudem im Widerspruch zu Art. 104 Abs. 2 GG.

### EuGH Vorlage: Zur Auslegung E 896/2006/EG - Reiserecht mit Schweizer Aufenthaltstitel

Das OLG Karlsruhe hat dem EuGH zur Vorabentscheidung eine Frage zur Auslegung der Entscheidung (E) 896/2006/EG vorgelegt (Rs. C-139/08). Es geht um die **grenzpolizeilich und strafrechtlich bedeutsame Frage** der Geltung von Schweizer Aufenthaltstiteln (AT) für die Einreise in das Schengen-Gebiet. Das AG Singen (U. v. 29.04.2008 50 Ds 47 Js 20557/06) hatte einen in der Schweiz lebenden Serben (S) von dem Vorwurf der **strafbaren unerlaubten Einreise freigesprochen**.

Der S war mit seinem gültigen Schweizer AT **nicht zum Zweck der Durchreise** durch das Schengen-Gebiet nach Deutschland eingereist, sondern zu einem **zweitägigen Besuch** von Verwandten in Köln. Die Grenzpolizei und die Staatsanwaltschaft sahen darin einen Verstoß gegen die E 896/2006/EG in der - dem Wortlaut nach - die Schengen-Staaten die Schweizer AT nur für den Zweck der Durchreise anerkennen. In der ungewöhnlich **ausführlichen Begründung des AG Singen** werden **zahlreiche Fragen** zum Verhältnis europäischer Einreise- und Visumbestimmungen zum **deutschen Ausländer- und Strafrecht** aufgeworfen.

Die Entscheidung des EuGH könnte **beachtliche Auswirkungen** über die vorgelegte Frage **hinaus** haben - insb. auf die Auslegung der VO 539/2001/EG und verschiedene Einreise-, Aufenthalts- und Durchreiserechte nach dem Schengen-Recht. Mit einer Entscheidung ist allerdings **wohl nicht vor Ende 2009** zu rechnen, da Verfahren vor dem EuGH erfahrungsgemäß etwa zwei Jahre dauern.

### VGH Kassel zur sofortigen Befristung von „Altsperren“ gegen EU-Bürger ohne Ausreise

Der VGH Kassel (B. v. 24.01.2008 11 TG 2416/07) hat entschieden: Nach der Rspr. des BVerwG (U. v. 04.09.2007 - 1 C 21.07) sind „**Altausweisungen**“ nach dem AusIG1990 wirksam geblieben. Derart weiterhin wirksam ausgewiesene EU-Bürger haben jedoch - anders als Drittstaater nach § 11 I S. 3 AufenthG - einen strikten **Rechtsanspruch auf Befristung** unter Anwendung von § 7 II S. 2 FreizügG/EU. Bereits früher hat das BVerwG (U. v. 07.12.1999 - 1 C 13.99) entschieden, dass dann, wenn die Gründe, die eine Einschränkung des Freizügigkeitsrechts rechtfertigten, nicht mehr vorliegen, die **Befristung** so **erfolgen muss**, dass sich das dem Betroffenen zustehende Freizügigkeitsrecht **sofort** entfallen kann und in diesem Fall die sofortige Befristung auch nicht mehr davon abhängig gemacht werden darf, dass der EU-Bürger zunächst **ausreist**. Er kann in diesem Fall vielmehr beanspruchen, dass ihm ohne weiteres der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglicht wird. Die Ausländerbehörde muss die Wirkungen der Ausweisung dann mit **sofortiger Wirkung** befristet

### Wann besteht das Allgemeine EU- Freizügigkeitsrecht

Das EU-Recht regelt im EGV vier Freizügigkeitsrechte (FR) für Personen - das **Allgemeine Freizügigkeitsrecht** (Art 18 EGV), die **Arbeitnehmerfreizügigkeit** (Art. 39 EGV), die **Niederlassungsfreiheit** (Art. 43 EGV) und die **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 49 EGV). Unabhängig von den drei wirtschaftlichen FR (Art. 39, 43, 49), besteht das **Allgemeine FR** als das **grundlegende FR eines EU-Bürgers** (EuGH U. v. 20.09.2001 „Grzelczyk“ Rs. C-184/99). Es steht dem EU-Bürger allein anknüpfend an seine Staatsangehörigkeit zu - ist ihm also quasi innewohnend. Hält sich ein EU-Bürger in einem anderen EU-Staat als seinen Heimatstaat auf, genießt er dort automatisch und grds. unbefristet das Allgemeine FR.

Das EU-Recht sieht aber auch **Bedingungen** und **Beschränkungsmöglichkeiten** für die FR - und somit auch für das Allgemeine FR - vor. So muss ein EU-Bürger, der sich im Rahmen des Allgemeinen FR in einem anderen EU-Staat aufhält, seinen **Lebensunterhalt** aus eigenen Mitteln finanzieren können und er über einen ausreichenden **Krankenversicherungsschutz** verfügen. Im Übrigen kann ihm aus Gründen der **öffentlichen Sicherheit** und **Ordnung** oder **Gesundheit** das FR beschränkt werden. Diese Voraussetzungen und Beschränkungsmöglichkeiten greifen aber **nicht automatisch**, sondern bestehen nur als **Eingriffsoptionen**. So hat der EuGH bereits 1980 (U. v. 03.07.1980 „Pieck“ Rs. 157-79) klargestellt, dass die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen **nicht** als eine **Bedingung für den Erwerb** des Einreise- und Aufenthaltsrechts zu verstehen sind, sondern als die **Möglichkeit**, im Einzelfall die Ausübung eines unmittelbar aus dem Vertrag fließenden Rechts zu beschränken.

Für das **Allgemeine FR** hat der EuGH (U.v. 20.09.2001 „Grzelczyk“ Rs. C-184/99) entschieden, dass trotz des Vorbehalts der sozialen Absicherung, das Aufenthaltsrecht des EU-Bürgers **nicht einfach erlischt**, wenn der EU-Bürger seinen Lebensunterhalt nicht mehr aus eigenen Mitteln bestreiten kann. Vielmehr ist der Aufnahmemitgliedstaat unter solchen Umständen lediglich berechtigt, aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu erlassen (EuGH, U. v. 07. 09. 2004 „Trojani“ - C-456/ 02). Bis dahin bleibt der Aufenthalt des EU-Bürgers in dem fremden EU-Staat rechtmäßig (Scheuing, Europarecht 2003, 744 [772]).

Auch der deutsche Gesetzgeber geht von der Vermutung der Freizügigkeit von EU-Bürgern aus. Erst mit förmlicher Verlustfeststellung gem. § 5 V, VII, oder § 6 I S. 1 FreizügG/EU) unterfallen EU-Bürger dem allgemeinen AufenthG (vgl. § 11 II FreizügG/EU; OVG Hamburg B. v. 06.03.2008, 3 Bs 281/07; Nr. 11.2.1 VAH BMI zu § 11 FreizügG). Macht der Aufnahmestaats von diesen Eingriffsmöglichkeiten keinen Gebrauch, genießt der EU-Bürger weiterhin das Allgemeine FR.

**Beispiel:** Ein niederländischer gewaltbereiter „Hooligan“ reist in der Absicht nach D, anlässlich eines Fußballspiels - gemeinsam mit anderen - Gewalttaten zu begehen. Seine Einreise und sein Aufenthalt sind nicht etwa illegal, weil von ihm eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit in D ausgeht.

**Beispiel:** Ein Italiener lebt seit zwei Jahren in D als Mittelloser und nicht sesshafter Wohnungsloser – meist auf Bahnhöfen. Er bezeichnet sich selbst als sog. „Berber“. Der Mann hält sich nicht illegal in D auf, weil er seinen Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten kann und keinen Krankenversicherungsschutz hat.

In beiden Fällen ist nicht etwa das Entstehen des Allgemeinen FR gehindert oder automatisch entfallen. Es liegen aber die Voraussetzungen vor, die es i.d.R. rechtfertigen würden, das FR zu beschränken. Dem „Hooligan“ kann gem. § 6 I FreizügG/EU an der Grenze die **Einreise verweigert** oder es kann nach der Einreise der **Verlust des FR** festgestellt werden. Gegenüber dem **Italiener** kann eine Verlustfeststellung nach § 5 V FreizügG/EU erfolgen. Solange diese Maßnahmen jedoch nicht erfolgen, können sich die beiden auf das Allgemeine FR berufen. Einreise und Aufenthalt sind rechtmäßig.

Die **Ausländerbehörden** müssen dabei beachten, dass gegenüber einem EU-Bürger nach einem rechtmäßigen Aufenthalt von über **5 Jahren** (vgl. § 4 a FreizügG/EU) in D eine Verlustfeststellung aus wirtschaftlichen Gründen (also mangels ausreichender Eigenmittel oder Krankenversicherung) gem. § 5 V FreizügG/EU nicht mehr möglich ist.

**Beispiel:** Eine Lettin L ist im März 2003 legal nach D gezogen um hier mit ihrem deutschen Ehemann (E) zu leben. Sie erhielt eine AE nach § 28 AufenthG. L und E werden 2005 arbeitslos und beziehen daher seit Ende 2005 Sozialhilfe. Aufgrund des EU-Beitritts Lettlands am 01.05.2004 hält die L sich seitdem aufgrund des Allgemeinen FR in D auf. Da die Ausländerbehörde gegenüber der L keine Feststellung über den Verlust des Freizügigkeitsrechts getroffen hat (weil ihr Aufenthalt ohnehin nach § 28 AufenthG als Ehefrau eines Deutschen hätte weiterhin erlaubt werden müssen), hat sie im März 2008 - nach 5 Jahren rechtmäßigen Aufenthalts (es rechnen auch die Zeiten mit, in denen sie als Nicht-EU-Bürgerin rechtmäßig mit einer AE in D gewohnt hat - vgl. VG Berlin U. v. 11. 01. 2007 VG Az.: 11 A 259.06) - das Daueraufenthaltsrecht gem. § 4a FreizügG/EU erlangt. Die Verweigerung der Daueraufenthaltskarte oder eine Verlustfeststellung aufgrund der Inanspruchnahme von Sozialleistungen ist nun nicht mehr möglich (VG Berlin aaO).

### EuGH „Jipa“ zur Ausreiseuntersagung

Der EuGH hatte über ein Ausreiseverbot gegenüber einem EU-Bürger zu entscheiden. Herr Jipa (J), Staatsangehöriger von Rumänien (R), reiste Ende 2006 (vor dem Beitritt R zur EU am 01.01.2007) nach Belgien und wurde dort – aus nicht bekannten Gründen – ausgewiesen, mit einem Aufenthaltsverbot belegt und nach R rückgeführt. Daraufhin verhängte R aufgrund des Aufenthaltsverbots von Belgien gegen J. ein Ausreiseverbot. Der EuGH bekräftigte zunächst, dass auch die Ausreise eines EU-Bürgers aus seinem Heimatland in einen anderen EU-Staat unter das Freizügigkeitsrecht fällt (bedeutsam etwa bei Ausreiseuntersagung gegenüber „Hooligans“ - siehe dazu Westphal/Stoppa Seite 616) und somit Ausreisebeschränkungen den gleichen Bedingungen unterliegen wie Ausweisungen oder Einreiseverweigerungen. Die RL 2004/38/EG steht einem Ausreiseverbot dann nicht entgegen, wenn zum einen **das persönliche Verhalten** des EU-Bürgers eine **tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr** darstellt, die ein **Grundinteresse der Gesellschaft** berührt, und zum anderen die vorgesehene beschränkende Maßnahme **geeignet** ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist. Nicht unmittelbar **auf den Einzelfall** bezogene Rechtfertigungen oder Gründe der Generalprävention sind nicht zulässig. Eine beschränkende Maßnahme muss im Licht von Erwägungen erlassen werden, die sich auf den Schutz der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit des EU-Staats beziehen, **der die Maßnahme erlässt**. Sie darf **nicht ausschließlich** auf Gründe gestützt sein, die ein anderer EU-Staat geltend macht. Dies schließt aber nicht aus, dass solche Gründe **mit berücksichtigt** werden. Es ist Sache des rumänischen Gerichts, festzustellen, ob diese Vorgaben im konkreten Sachverhalt beachtet wurden.

### Problematische Belehrung in Visa-Antragsformularen

Schon vor einiger Zeit haben wir festgestellt, dass Visa-Antragsformulare der deutschen Auslandsvertretungen eine rechtlich unzutreffende und problematische Belehrung für den Antragsteller enthalten. U.a. wird der Antragsteller im Antragsvordruck wie folgt belehrt:

*„Ich verpflichte mich dazu, das Gebiet der Schengen-Staaten nach Ablauf des ggf. erteilten Visums zu verlassen.“*

Diese Belehrung kann den Visum-Inhaber in den Glauben versetzen, er brauche erst nach Ablauf des Visums dessen räumlichen Geltungsbereich verlassen. Einem Ausländer, der diese Belehrung erhalten hat und sich bis zum Ablauf des Visums im Schengen-Gebiet aufhält und erst dann unverzüglich ausreist, kann kaum der Vorwurf eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Aufenthalts ohne erforderlichen Aufenthaltstitel gem. §§ 95 I Nr. 2, 98 I AufenthG gemacht werden. Die Belehrung sollte daher geändert werden und klarstellen, dass der Visuminhaber das Schengen-Gebiet **bis zum Ablauf** des Visums verlassen haben muss.

Quelle: <https://service.diplo.de/einreicher/keindatenquelle.de>

### Empfehlungen

**Homepage** <http://www.tilmann-schott-luebeck.de/> von **Prof. Dr. Schott** mit Schwerpunkt Ausländerrecht. Aktuell, mit beachtlichem Umfang und Informationsgehalt.

Die Loseblattkommentare zum AusIR von **Prof. Dr. Hailbronner** und der **Gemeinschaftskommentar** umfassen mittlerweile auch die (grenz)polizeilich bedeutsamen Vorschriften. Wir empfehlen insbesondere einen Blick auf:

- Hailbronner: §§ 4, 5, 6, 15 AufenthG
- Gemeinschaftskommentar: §§ 4, 13, 15, 57 AufenthG, kommentiert von **Vors. Richter am VG Mannheim Funke-Kaiser**