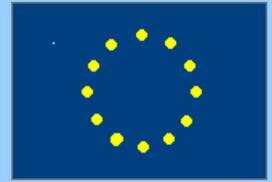




# REPORT

## Ausländer- und Europarecht

Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa



Report Ausländer- und Europarecht Nr. 19

Februar 2009

### Visumfreiheit für Brasilianer auch für langfristige Aufenthaltsw Zwecke

Deutschland hatte sich bereits 1956 durch Verbalnote (nun veröffentlicht unter BGBl. II 2008 S. 1179 – und hier im Report Seite 3) gegenüber Brasilien verpflichtet, brasilianischen Inhabern von Nationalpässen die **visumfreie** Einreise nach Deutschland sowohl für Aufenthalte bis zu drei Monaten als auch für längerfristige Aufenthalte ohne Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu gestatten (siehe Report Nr. 18 S. 2). Der Gesetzgeber hat nun diese „vergessene“ Verpflichtung in § 16 AufenthV umgesetzt, indem Brasilien in die Anlage A zur AufenthV aufgenommen wurde. Der Text des § 16 AufenthV wurde dahingehend geändert, dass nun auch eine **einseitige völkerrechtliche Verpflichtung**, wie sie sich aus der genannten Verbalnote ergibt, berücksichtigt wird (BGBl. I 2008 S. 2848). Brasilianer können nun auch dann visumfrei nach Deutschland einreisen und sich hier bis zu drei Monaten ohne AT aufhalten, wenn sie einen längerfristigen Aufenthalt beabsichtigen - sofern der Aufenthalt **nicht Erwerbszwecken** dienen soll. Voraufenthaltszeiten im Schengen-Gebiet dürfen nicht angerechnet werden, ebensowenig gilt ein Sechsmonatsbezugszeitraum gem. Art. 20 I SDÜ.

Begünstigt sind damit Brasilianer, die u.a. im Rahmen des **Familien- oder Ehegattennachzugs** oder als **Studenten, Stipendiaten** oder im Rahmen des **kulturellen Austausches** nach Deutschland kommen wollen.

Nach § 5 II Satz 1 AufenthG darf ein AT nach der Einreise grundsätzlich nur erteilt werden, wenn der Ausländer mit dem für den (Dauer-) Aufenthaltsw Zweck erforderlichen Visum eingereist ist. Ausnahmen waren bislang nur gem. §§ 4 I, 99 I Nr. 2 AufenthG iVm §§ 39 bis 41 AufenthV geregelt (vgl. Nr. 5.2.1.1 VAH-BMI). Das Erfordernis eines Visums bei beabsichtigtem Daueraufenthalt wird für Brasilianer nun aber auch durch § 16 AufenthV aufgehoben. Die Ausländerbehörde wird daher einem Brasilianer, der nach § 16 AufenthV visumfrei eingereist ist und einen AT beantragt, den Titel nicht mit Verweis auf § 5 II Satz 1 AufenthG verweigern dürfen. So geht auch die Bundesregierung in der Begründung zu der Änderung des § 16 AufenthV (BT-Drs. 16/10288 v. 22.09.2008) davon aus, dass damit die Verpflichtung aus der Verbalnote insb. im Hinblick auf den geplanten längerfristigen Aufenthalt eingehalten wird. Aus **systematischen Gründen** wäre es aber **zweckmäßiger** und **klarer** gewesen, Brasilien auch unter § 41 II AufenthG aufzuführen.

Ausländer, die als Ehegatte zu einem in Deutschland lebenden Brasilianer nachziehen wollen, können sich nun auch auf die Begünstigung gem. § 30 I Satz 2 Nr. 4 AufenthG berufen. Sie unterfallen **nicht mehr** den **Sprachanforderungen** gem. § 30 I Nr. 2 AufenthG („sich in einfacher Art in deutscher Sprache verständigen können“).

Andere „**Positivstaater**“ erfahren keine vergleichbare Begünstigung durch § 16 AufenthV, da die einschlägigen Sichtvermerk-sabkommen (\*) grundsätzlich nicht die visumfreie Einreise zu einem längerfristigen Aufenthalt regeln. Ausnahmen bilden lediglich die Abkommen mit **Honduras** und **El Salvador**. Während Honduras in § 41 II AufenthV aufgeführt ist, trifft dies (wohl versehentlich) für El Salvador und jetzt auch für Brasilien nicht zu. Es kann aber nicht daran gezweifelt werden, dass die Regelung des § 41 II AufenthV bislang auch für El Salvador galt (für analoge Anwendung Däbritz in Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht S. 69) und nun auch für Brasilien gilt. Die durch § 41 II AufenthV bewirkten Rechtsfolgen ergeben sich in Bezug auf diese beiden Staaten - bei gebotener **völkerrechtsfreundlicher Auslegung** - auch bereits aus § 16 AufenthV.

\*Die Sichtvermerk-sabkommen finden Sie unter <http://www.westphal-stoppa.de/Gesetzestexte.htm>

### EuGH: Türken dürfen visumfrei nach Deutschland einreisen

Mit Urteil vom 19.02.2009 „Soysal“ Rs. C-228/06 hat der EuGH entschieden: Art. 41 I des **Zusatzprotokolls zum Assoziierungsabkommen EWG-Türkei** ist dahin auszulegen, dass er es ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Protokolls zum 01.01.1973 **verbietet, ein Visum** für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats **zu verlangen**, die dort Dienstleistungen für ein in der Türkei ansässiges Unternehmen erbringen wollen, wenn ein solches Visum zu jenem Zeitpunkt nicht verlangt wurde. Türken konnten am 01.01.1973 im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit **visumfrei** nach Deutschland reisen. Diese Rechtslage gilt fort. Die Einführung der Visumpflicht für Türken 1980 ist aufgrund des Vorrangs des Gemeinschaftsrecht nicht wirksam geworden. Der EuGH führt ausdrücklich aus, dass daran auch die VO 539/2001/EG nichts ändert, denn die von der der Gemeinschaft geschlossenen völkerrechtlichen Übereinkommen haben Vorrang vor den Rechtsakten des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts.

Das Urteil erging im Fall von türkischen LKW-Fahrern, die für ein türkisches Unternehmen nach Deutschland fahren wollten. Es betrifft aber generell das Verhältnis von Dienstleistungsfreiheit, Stand-Still-Klausel und Visumpflicht und gilt daher für andere Gruppen von Dienstleistungserbringern (z.B. **Geschäftsleute**) und Dienstleistungsempfängern (z.B. **Touristen**). Damit ist klargestellt, dass diese türkischen Staatsangehörigen ab sofort (wieder) wie „**Positivstaater**“ reisen können (zur Rechtslage vom 01.01.1973 siehe in diesem Report Seite 2). Das Urteil ist von Fachleuten des EU-Rechts erwartet worden. Es bestätigt eine diesem Urteil entsprechende Rechtsauffassung, die seit dem Savas-Urteil des EuGH (U. v. 11.05.2000 - Rs. C-37/98) vielfach vertreten wurde (u.a. Gutmann, Dienelt, Funke-Kaiser, auch Westphal/Stoppa Seite 53 ff mit Nachweisen) und schon nach dem Tum-Dari-Urteil des EuGH (U. v. 20.09.2007 - Rs. C-06/15) nicht mehr ernsthaft bezweifelt werden konnte.

#### Bedeutung für die Grenzkontrolle:

Türkische Staatsangehörige dürfen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit nach Maßgabe der Rechtslage 01.01.1973 **visumfrei** nach Deutschland einreisen. Die **übrigen Einreisevoraussetzungen** sind von der **Grenzpolizei** – wie bei den anderen „Positivstaatern“ - an der Grenze zu prüfen (insb. Pass, Aufenthaltsw Zweck, finanzielle Mittel). Rechtslage und Rechtspraxis ließen 1973 eine Zurückweisung an der Grenze zu, wenn die Einreise die **Belange der Bundesrepublik** beeinträchtigen“ würde. Fordert man heute die Einhaltung der Einreisevoraussetzungen des **Art. 5 I SGK**, so ist dieses im Verhältnis zu den damaligen weiten Zurückweisungsmöglichkeiten (wohl) nicht als „Verschärfung“ zu betrachten. Im Regelfall dürfte daher kein Verstoß gegen die Stand-Still-Klausel vorliegen, wenn eine Einreisekontrolle sich an Art. 5 I SDK orientiert. Ist ein Türke durch einen anderen Schengen-Staat im **SIS** zur Einreiseverweigerung ausgeschrieben, ist eine Zurückweisung nach § 15 II Nr. 1 AufenthG möglich, wenn er im Ausland eine vorsätzliche Straftat begangen hat, die auch nach deutschem Recht eine solche darstellen würde und somit ein Ausweisungsgrund gem. § 55 II Nr. 2 AufenthG vorliegt. Wie für die durch § 16 AufenthV begünstigten Ausländer sind auch für Türken Voraufenthaltszeiten in anderen Schengen-Staaten nicht auf die Befreiung anzurechnen - auch gilt der 6-Monatsbezugszeitraum (Art. 20 I SDÜ) nicht. **Beförderungsunternehmer** sind im Hinblick auf §§ 63, 64 AufenthG auf diese Rechtslage hinzuweisen.

**In Kraft getreten:** Seit dem **12.12.2008** sind für die **Schweiz** das **Schengen-Recht** (insb. SDÜ, Grenzkodex, VO 539/2001/EG) und die Dublin-Asylregelungen (insb. VO 343/2003/EG) in Kraft (Beschl. 2008/903/EG v. 27.11.2008 ABIEU v. 05.12.2008 L 327 S. 15 - siehe Report Nr. 17 Seite 1). Damit sind nicht nur die **Grenzkontrollen** zur Schweiz weggefallen (bis zum 29.03.2009 werden noch die Binnenflüge von und zur Schweiz kontrolliert), sondern es gelten insb. auch die **Schengen-Visa Regelungen** (Art. 10 ff SDÜ) und die **Reiserechte** für Inhaber nationaler Aufenthaltstitel (Art. 21 SDÜ). Am **13.01.2009** ist zudem die **Rückführungsrichtlinie** 2008/115/EG (ABIEU v. 24.12.2008 L 348 S. 98) in Kraft getreten (siehe Report Nr. 18 S. 1) Die RL muss bis zum 24.10.2010 in den EU-Staaten umgesetzt werden.

### Visumbefreiung für Türken nach der Rechtslage am 01.01.1973

Am 01.01.1973 waren Türken in Deutschland (D) für die Einreise und den Aufenthalt als Touristen oder Besucher gem. § 1 II Nr. 1 DVAusIG1965 für 3 Monate und als Dienstleistungserbringer (z.B. LKW-Fahrer, Geschäftsleute) gem. § 1 II Nr. 2 DVAusIG1965 bis zu 2 Monaten vom Erfordernis einer Aufenthaltserlaubnis (AE) befreit. Sie konnten dementsprechend auch visumfrei einreisen. Voraussetzung war jedoch, dass **kein längerer Aufenthalt als 3 bzw. 2 Monate geplant** war und **keine Erwerbstätigkeit** aufgenommen werden sollte. Reiste etwa ein Türke mit der Absicht ein, länger als 3 Monate in D zu bleiben – z.B. zum Familiennachzug, Studium oder einem längeren Besuchsaufenthalt – war er **nicht** gem. § 1 II Nr. 1 DVAusIG befreit. Die Türkei wurde mit Wirkung vom 05.10.1980 aus der Anlage zur DVAusIG1965 (sog. „Positivliste“) gestrichen und Türken sollten damit wieder der Visumpflicht unterworfen werden. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH („Soysal“) ist nun klar, dass diese Streichung aufgrund der „Stand-Still-Klausel“ **unwirksam** war und die **Visumbefreiung** nach Maßgabe der damaligen Rechtslage **fortbesteht**. Im Hinblick auf die Schengen-Regelungen in Art. 20 I SDÜ (genehmigungsfreier Aufenthalt max. 3 Monate innerhalb eines Bezugszeitraums von 6 Monaten) bewirkt die Stand-Still-Klausel zudem, dass weder Voraufenthaltszeiten in anderen Schengen-Staaten anzurechnen sind, noch ein Bezugszeitraum gilt.

Eine weitere Visum-Befreiungsregelung für „Positivstaater“ enthielt § 5 DVAusIG1965. Diese Norm **regelte jedoch nicht Befreiungen für den Grenzübertritt** (Einreise) und den **genehmigungsfreien Aufenthalt** nach der Einreise, sondern die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Inland. Ein „Positivstaater“ benötigte eine AE, wenn er **länger als 3 Monate** in D bleiben oder eine **Erwerbstätigkeit** aufnehmen wollte. Diese konnte er nach der Einreise einholen, ohne zuvor mit einem Sichtvermerk eingereist zu sein, allerdings **nur**, wenn er bei seiner Einreise einen Aufenthalt anstrebte, dessen Zweck sichtvermerksfrei war, er aber **nach seiner Einreise den Entschluss** fasste, den Aufenthalt zu einem anderen - an sich sichtvermerkspflichtigen - Zweck fortzusetzen (BVerwG NJW 1987, 597). Es oblag dem Ausländer, seinen **Sinneswandel glaubhaft** zu machen.

Die „Stand-Still-Klausel“ gem. Art. 41 I ZP betrifft die **Niederlassungsfreiheit** und die **Dienstleistungsfreiheit**. Beide Begriffe sind im Sinne der Art. 43, 49 EG-Vertrag auszulegen (EuGH „Abatay“ Rs. C-317/01). Zur Dienstleistungsfreiheit gehört das Recht Dienstleistungen **zu erbringen** (z.B. als LKW-Fahrer oder Geschäftsmann für ein türkisches Unternehmen) oder **in Empfang** zu nehmen (vgl. dazu Art. 1 RL 64/221/EWG). Als **Dienstleistungsempfänger** zählen insbesondere Personen, die zu Studienzwecken, Sprachkursen, zur medizinischen Behandlung oder zur Kur kommen, aber auch Besuchsreisende und ausdrücklich auch **Touristen** (EuGH U. v. 31.01.1984 „Luisi u. Carbone“ Rs. 286/82 u. 26/83 und U. v. 2.02.1989 „Cowan“ Rs. 186/87). Die **visumfreie Einreise** nach D zum Zweck der **Niederlassung** (selbständige Tätigkeit / Unternehmensgründung) war Türken am 01.01.1973 **nicht erlaubt** und ist es daher auch heute nicht. **Einreisen** zum Zweck der **Erwerbstätigkeit** durften und dürfen **nicht ohne Visum** erfolgen.

**Nicht von der „Stand-Still-Klausel“ erfasst** sind Einreisen zum Zweck des **Familiennachzugs**. Familiennachzug ist weder unter Niederlassung noch unter Dienstleistung im Sinne des Art. 41 ZP zu subsumieren. Die mit Einführung der Visumpflicht erfolgte **Verschlechterung** der Familiennachzugsregelungen für Türken ist daher **nicht unwirksam**. Türken sind damit auch **nicht** Ausländer, die wegen ihrer Staatsangehörigkeit für einen Aufenthalt, der kein Kurzaufenthalt ist, visumfrei in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten dürfen (vgl. § 30 I Satz 3 Nr. 4 AufenthG). Sie gehören somit auch **nicht** zu dem Kreis der begünstigten Ausländer, zu denen ein **Ehegattennachzug** erfolgen kann, ohne dass der Ehegatte die **Spracherfordernisse** gem. § 30 I Satz 1 Nr. 2 AufenthG erfüllen muss.

### EGMR: Freiheitsentziehung auf hoher See

Der EGMR hatte sich in einem Fall der Freiheitsentziehung (FE) auf Hoher See zu befassen (EGMR U. v. 10.07.2008 „Medvedyev/Frankreich“). Eine französische Fregatte hatte mit Zustimmung des kambodschanischen Außenministeriums ein Drogenschmuggel-Schiff unter kambodschanischer Flagge bei Kap Verde (5500 km entfernt von der franz. Küste) auf Hoher See aufgebracht. Das Aufbringen des Schiffes war rechtlich gedeckt durch das UN-Abkommen über Betäubungsmittel v. 30.3.1961, dem UN-Seerechtsübereinkommen vom 10.12.1982 und dem Wiener Übereinkommen gegen den unerlaubten Verkehr mit Betäubungsmitteln und psychotropen Stoffen vom 20.12.1988. Die Besatzung wurde auch festgenommen und - nachdem die Fregatte nach 15 Tagen Fahrt in Frankreich angekommen war - einem Haftrichter vorgeführt.

Die FE erfolgte jedoch ohne ausreichende gesetzliche Grundlage, die insb. die näheren Voraussetzungen des Freiheitsentzugs an Bord eines abgefangenen Schiffes und Regelungen über die die Dauer, den Rechtsschutz und die richterliche Überprüfung enthalten müsste. Der EGMR sah darin einen Verstoß gegen Art. 5 I EMRK. Die **Dauer der FE** als solche wurde hingegen vom EGMR nicht beanstandet. Wie bereits in einem ähnlichen Fall („Rigopoulos/Spanien“ v. 12.01.1999) sah der EGMR die Richtervorführung **15 Tage (!)** nach der Festnahme nicht als Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Richtervorführung gem. Art. 5 III EMRK an. Eine derartige Verzögerung ist mit dem in dieser Norm niedergelegten Erfordernis vereinbar, wenn **außergewöhnliche Umstände** - wie hier die **notwendige Fahrdauer** des Schiffes - für ihre Rechtfertigung vorliegen. Das Urteil ist beachtenswert im Rahmen der Diskussionen über den Einsatz von Polizeischiffen im Rahmen von FRONTEX oder zur Piratenbekämpfung.

### EuGH: Speicherung von Daten von EU-Bürgern im AZR mit dem EU-Recht nicht vereinbar.

Der EuGH (U. v. 16.12.2008 Rs. „Huber“ C-524/06) hat entschieden: Die zentrale Speicherung der Daten von EU-Bürgern, die in Deutschland leben, kann unter **engen Voraussetzungen** zulässig sein. Es dürfen aber nur Daten über die Nachweise für die Inanspruchnahme der jeweiligen Freizügigkeit gem. Art. 8 III RL 2004/38/EG (z.B. Passdaten und Beschäftigungsnachweis) oder Freizügigkeitsbeschränkungen gem. Art. 27 I RL 2004/38/EG (z.B. Verlustfeststellung gem. § 6 FreizügG/EU) gespeichert werden. Demgegenüber lässt das AZRG Datenspeicherungen in weit größerem Umfang auch gegenüber EU-Bürgern zu. Zu **statistischen Zwecken** darf eine Speicherung nur erfolgen, soweit die Daten nicht personenbezogen - also nicht individualisiert - sind. Wird ein zentrales Register, in dem Bürger anderer EU-Staaten, nicht aber die eigenen Staatsangehörigen gespeichert sind - wie es beim AZR der Fall ist - auch für die Bekämpfung und Aufklärung strafbarer und die öffentliche Sicherheit gefährdender Handlungen genutzt, liegt ein **Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot** gem. Art. 12 I EGv vor. Somit ist die Speicherung von EU-Bürger-Daten im AZR nach Maßgabe des AZRG nicht mit dem EU-Recht vereinbar und daher unzulässig. Dass die generelle Speicherung der Daten von Unionsbürgern im AZR gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt, hatte in den vergangenen Jahren bereits der **Bundesbeauftragte für den Datenschutz** mehrfach (erfollos) beklagt (u.a. 21. Tätigkeitsbericht 2005-2006 des BfDI S. 95).

### Neuer Kommentar zum Ausländerrecht



Rechtsanwalt Rainer **Hoffmann** und Professor Dr. Holger **Hoffmann** – längjährig tätige Ausländerrechtler, die gleichsam in Europarecht wie im nationalen Ausländerrecht zu Hause sind - haben einen aktuellen, kompetenten und handlichen Kommentar zum Ausländerrecht herausgegeben. Sie haben zusammen mit einem **Team von Spezialisten** neben dem AufenthG, AsylVfG, FreizügG/EU auch das Staatsangehörigkeitsgesetz und wichtige EU-Regelungen kommentiert. Das Werk mit **fast 2400 Seiten** (!) beweist Kompetenz auch im Bereich der - in manchen Kommentaren vernachlässigten - für die **Polizei und Grenzpolizei** bedeutsamen Vorschriften.

So wird bei der Kommentierung der **Zurückschiebung** zutreffend angeführt, dass eine Zurückschiebung unzulässig ist, wenn der Ausländer zur unverzüglichen freiwilligen Ausreise bereit ist (§ 57 AufenthG Rn 5 und Fn 7). Erkenntnisgewinn für die Grenzpolizei haben insbesondere auch die Ausführungen zur **Zurückweisung** und **Zurückweisungshaft** (§ 15 AufenthG), zur Visumpflicht für **drittausländische Familienangehörige** von EU-Bürgern (§ 2 IV FreizügG/EU und zu **§§ 18, 18 a, 85, 86 AsylVfG**. Das Werk ist eine Bereicherung der ausländerrechtlichen Kommentarliteratur und auch wegen seiner **Handlichkeit** (ein Buch, das man überall hin schnell mitnehmen kann) zu empfehlen. Nomos Verlag ISBN 978-3-8329-1171-3; 128 Euro.

### EGMR zur Freiheitsentziehung in Transitzonen von Flughäfen

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich mehrfach mit Beschwerden von Ausländern (A) befasst, die sich zwangsweise in Transitzonen von Flughäfen aufhalten mussten. Dabei wurde geprüft, ob die als „Anhaltung“ bezeichneten Maßnahmen als Freiheitsentziehung (FE) gem. Art. 5 I EMRK zu werten und rechtmäßig waren. Bei der Entscheidung, ob eine FE i.S. von Art. 5 EMRK vorliegt, geht der EGMR von der konkreten Situation aus und berücksichtigt eine Reihe von Kriterien, wie **Art, Dauer und Auswirkungen** sowie die **Art der Durchführung** der Maßnahme (EGMR v. 08.12.2005 „Madani/Österreich“; v. 25.6.1996 „Amuur/ Frankreich“ = EuGRZ 1996, 577).

So wertete der EGMR im Fall „Amuur“ den zwangsweisen Aufenthalt von A im Transitbereich des Flughafens Paris-Orly für die Dauer von 20 Tagen unter dauernder polizeilicher Überwachung und ohne Zugang zu rechtl. Beistand und sozialer Hilfe als FE. Ebenso bewertet wurde im Fall „Shamsa“ (EGMR v. 27.11.2003 „Shamsa/Polen“) der Zwangsaufenthalt von zwei A im Transitbereich des Flughafens Warschau, die nach einer Ausweisungs- und Passbeschaffung in ihren Heimatstaat abgeschoben werden sollten und 14 Tage im Transitbereich festgehalten wurden, nachdem ihre Abschiebung dreimal wegen Widerstands gescheitert war.

Im Fall „Saadi“ (EGMR v. 29.1.2008 „Saadi/Vereinigtes Königreich“) erachtete der EGMR es angesichts des Grads der in dem eingezäunten britischen Anhaltelager Oakington herrschenden Beschränkungen als eindeutig, dass dem Asylbewerber während der sieben Tage, die er dort angehalten wurde, seine Freiheit i.Sv. Art. 5 Abs. 1 EMRK entzogen wurde.

Im Fall „Čonka“ führte der Zwangsaufenthalt im Transitbereich eines Flughafens aufgrund fehlender oder nur theoretischer, aber praktisch nicht oder nur schwer erreichbarer Möglichkeiten, Rechte durchzusetzen, zu einer Verletzung des Art. 5 I EMRK (EGMR v. 05.02.2002 „Čonka/Belgien“).

Im Fall „Madani“ (EGMR v. 8.12.2005 „Madani/Österreich“) sah das Gericht bei einem 40-tägigen Transitaufenthalt (03.11. – 13.12.1996) von vier A, die ihre Pässe nach Ankunft auf dem Flughafen Wien vernichtet hatten, um ihre Abschiebung zu verhindern, **jedoch keine FE**. Die Männer hatten das Angebot, im sogenannten Sondertransit – einem mit Betten ausgestatteten Container in der Nähe des Flughafens – untergebracht zu werden, abgelehnt und hielten sich weiterhin in der regulären Transitzone auf. Zwei Abschiebeversuche scheiterten, weil die Betroffenen im Transitbereich nicht auffindbar waren, ein weiterer, weil der Heimatstaat die Rückübernahme der passlosen Männer verweigerte. Sie konnten ihr tägliches Leben selbst organisieren, ohne Einschränkungen oder Kontrolle durch die Behörden mit dritten Personen in Kontakt treten und kommunizieren und standen von Beginn ihres Aufenthalts in der Transitzone an in Kontakt mit einer humanitären Organisation, die ihnen soziale und rechtliche Unterstützung bot.

Demgegenüber entschied aber wieder der EGMR in dem jüngsten Fall „Riad“ (EGMR v. 24.01.2008 Riad/Belgien), wonach die Transitzone des Brüsseler Flughafens nicht der geeignete Aufenthaltsort bei einer Festhaltung für die Dauer von mehr als 10 Tagen war. Das Gericht ging davon aus, dass die Beschwerdeführer mehrere Tage ohne Essen und Trinken auskommen mussten und Nahrung lediglich von den Reinigungskräften bekommen hatten. Waschen und Kleidung zu reinigen war ebenso wenig möglich wie die Kontaktaufnahme mit der Außenwelt.

Das Gericht führte aus: „...die Transitzone vermag bei den Betroffenen Gefühle der Einsamkeit und Trostlosigkeit zu erzeugen. Sie hat keinen Zugang nach außen für Spaziergänge, es gibt keinen Restaurantbetrieb und auch keinen Kontakt mit der Außenwelt über Radio oder Fernsehen. Kurzum ist sie für einen Aufenthalt in der Dauer von mehr als zehn Tagen nicht geeignet. ... Der Gerichtshof findet es inakzeptabel, dass Personen unter derartigen Umständen angehalten werden, ohne dass auf ihre essentiellen Lebensbedürfnisse abgestellt wird. Die Tatsache, dass gewisse Bedürfnisse der Beschwerdeführer vom Reinigungspersonal gestillt wurden, spricht für die untragbare Situation, in der sie sich befanden.“ Der EGMR ging hier nicht nur von einer FE, sondern auch von einer menschenrechtswidrigen Behandlung gem. Art. 3 I EMRK aus.

**Auswirkungen auf das Flughafenverfahren nach § 18a AsylVfG und auf § 15 VI AufenthG:** Berücksichtigt man die Gegebenheiten in den für Asylbewerber im Flughafenverfahren (§ 18a AsylVfG) eingerichteten Bereichen der deutschen Flughäfen, die gesondert von der Transitzone der übrigen Fluggäste bestehen und polizeilich überwacht werden, so wird man davon ausgehen müssen, dass die zwangsweise Verweildauer (i.d.R. bis zu 19 Tagen) während des Asylverfahrens als FE im Sinne des Art. 5 I EMRK zu gelten hat. § 15 VI AufenthG ist bei verfassungskonformer Auslegung sowohl mit dem GG als auch mit der EMRK vereinbar. Voraussetzung ist, dass es dem Ausländer **tatsächlich und rechtlich** möglich ist, Deutschland **umgehend** auf dem Luftwege zu verlassen und er **Wartezeiten lediglich reisebedingt** hinzunehmen hat (siehe auch Report Nr. 16 S. 2; ausführlich dazu auch mit weiteren Beispielen Westphal/Stoppa S. 583 ff).

Eine **ausführlichere Fassung** dieser Darstellung finden Sie unter [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de)

### Auf die leichte Art: Ein Fall aus der grenzpolizeilichen Praxis

Der Fall betrifft einige Strafnormen, die im Zusammenhang mit unwahren Angaben bei der Visumbeantragung in Betracht kommen.

*Zwei junge ukrainische Frauen aus wohlhabenden Familien beantragen bei der niederländischen Botschaft in Kiew Visa für einen Aufenthalt im Schengen-Gebiet. Sie geben wissentlich falsch an, dass sie zum „shoppen“ und aus touristischen Gründen nach Amsterdam reisen wollen. In Wirklichkeit wollen sie aus den gleichen Gründen nach München. Da sie die Erfahrung gemacht haben, dass die Beantragung von Visa bei der deutschen Botschaft zeitaufwendig ist, haben sie sich die Visa bei der niederländischen Botschaft „besorgt“. Sie fliegen dann direkt von Kiew nach München. Bei der Einreisekontrolle in München weisen Sie ihre Pässe mit den darin eingeklebten Visa vor. Sie werden kurz zu ihren Aufenthaltsabsichten befragt und antworten mit „Tourist“. Daraufhin werden die Pässe abgestempelt und sie dürfen einreisen. Drei Tage später werden sie anlässlich einer Schlägerei in einer Münchener „Nobel-Disco“ von der Polizei als Zeuginnen befragt und ihre Identität wird festgestellt. In diesem Zusammenhang fällt auf, dass ihre Visa von der niederländischen Botschaft ausgestellt wurden. Auf Befragen geben sie ihre „Schwindelei“ zu, versichern aber, weiter „nichts Böses“ vorzuhaben. Sie wollen einfach nur „ohne Probleme Urlaub in München“ machen.*

Es stellt sich die Frage, ob die beiden Frauen sich nach § 95 II Nr. 2 oder § 95 VI AufenthG strafbar gemacht haben.

**Lösungsvorschlag:** § 95 II Nr. 2 AufenthG wird überwiegend, aber nicht unbestritten als abstraktes Gefährdungsdelikt angesehen. Daher soll es nicht darauf ankommen, ob der Ausländer auch bei wahren Angaben einen AT / ein Visum bekommen hätte (OLG Karlsruhe, NStZ-RR 2004, 376 m.w.N.; für ein Erfolgsdelikt VG Berlin, InfAuslR 2003, 96). Das ist hier aber nicht entscheidend, denn die wissentliche Falschangabe erfolgte in Kiew – außerhalb des Geltungsbereichs des deutschen Strafrechts. Das deutsche Strafrecht kommt daher im Hinblick auf § 95 II Nr. 2 1. Alt. AufenthG nicht zur Anwendung. Das Vorzeigen der Visa erfolgte beim Grenzübertritt nicht „zur Täuschung im Rechtsverkehr“, da der geplante wahre Aufenthaltszweck vom Berechtigungsinhalt des Visums (gültig für alle Schengen-Staaten, touristischer Aufenthalt) gedeckt ist. Die Frauen haben weder bei der Grenzkontrolle noch bei der Polizei unwahre Angaben gemacht, so dass keine Anhaltspunkte für eine „Täuschung im Rechtsverkehr“ i.S. § 95 II Nr. 2 2. Alt. vorliegen. Ergebnis: Keine Straftat gem. § 95 II Nr. 2 AufenthG.

§ 95 VI AufenthG setzt ein „Erschleichen“ voraus. „Erschleichen“ bedeutet, dass man etwas durch „List und Tücke“ oder Betrug zu Unrecht bekommt. Der Tatbestand des § 95 VI AufenthG greift demnach nicht, wenn jemand etwas durch falsche Angaben erlangt, was er auch bei wahrheitsgemäßen Angaben erhalten hätte. Die Ukrainerinnen hätten ihre Visa auch bei der für ihr Hauptreiseziel gem. Art. 12 SDÜ zuständigen deutschen Botschaft für den touristischen Aufenthalt bekommen, wenn sie das wahre Reiseziel angegeben hätten. Ergebnis: Keine Straftat gem. § 95 VI AufenthG.

**Anmerkungen:** Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den § 95 VI AufenthG siehe Westphal/Stoppa S. 735. Über eine Zurückweisung hätte nach § 15 II Nr. 2 AufenthG nach Ermessen entschieden werden können, wobei diese allerdings grds. nur bei einem ausländerrechtlich erheblichen Zweckwechsel in Betracht kommt.

**Buch:** Westphal/Stoppa - Ausländerrecht für die Polizei 3. Aufl. 2007. 39,- Euro zzgl. Versandkosten. Online Bestellung siehe unter [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de)

**„Waffe“ im Sinne des § 96 II Nr. 4 AufenthG**

Das BVerfG (B. v. 01.09.2008 2 BvR 2238/07 - NJW 2008, 3627) hat zu § 113 II S. 2 Nr. 1 StGB entschieden, dass ein **Pkw** vom möglichen Wortsinn des Begriffs „Waffe“ **nicht mehr umfasst wird**. Von einer Waffe kann demnach nur gesprochen werden, wenn der Gegenstand von der Zweckbestimmung oder seinem typischen Gebrauch her zur Bekämpfung anderer oder zur Zerstörung von Sachen eingesetzt wird. Die bloße Möglichkeit, einen Gegenstand auch in zweckentfremdender Benutzung zur Bekämpfung von Zielen zu verwenden, genügt zur Begründung der Waffeneigenschaft nicht. Einen Pkw als Waffe zu bezeichnen ist mit dem **strafrechtlichen Analogieverbot** gem. Art. 103 II GG nicht zu vereinbaren.

Bislang hatte die ganz h.M. (u.a. Tröndle/Fischer, StGB Kom. 53. Aufl. § 113 StGB Rn. 38, angeführt vom BGH u.a. BGHSt 26, 176) einen PKW als Waffe im nichttechnischen Sinne angesehen. Diese Auffassung war auch für das Tatbestandsmerkmal „Waffe“ in anderen Gesetzen wegweisend, und wir sind ihr bei der Auslegung des Begriffs „Waffe“ iSd § 96 II Nr. 4 AufenthG gefolgt (Westphal/Stoppa S. 751). An dieser Auslegung kann nach der Rechtsprechung des BVerfG jedoch nicht mehr festgehalten werden. So kann z.B. jetzt ein Schleuser, der seinen PKW im Falle einer Polizeikontrolle gegen die Beamten einsetzt, nicht nach § 96 II Nr. 4 AufenthG bestraft werden.

**Keine Beihilfe bei sozialadäquater Handlung**

Eine Frau nahm ihren ausländischen Lebensgefährten, der sich ohne Aufenthaltstitel in Deutschland aufhielt, in ihrer Wohnung auf. Dieses stellt eine „neutrale“, im weitesten Sinne sozialadäquate Verhaltensweise dar, die den Tatbestand der Beihilfe nicht erfüllt. Das bloße Zusammenleben mit einem Ausländer ist nicht als strafbare Förderung seines illegalen Aufenthalts anzusehen (LG Landshut B. v. 24.06.2004 NSTZ-RR 2009, 61)

Botschaft  
der Bundesrepublik Deutschland

Rio de Janeiro, den 28. Juni 1956

**Verbalnote**

Die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland begrüßt das Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten der Republik der Vereinigten Staaten von Brasilien und beehrt sich, unter Bezugnahme auf die dortige Verbalnote DPP/94/311-10(81) vom 10.10.1955 mitzuteilen, dass **ab sofort brasilianische Staatsangehörige**, die Inhaber von **Nationalpässen** sind, für Einreisen in die Bundesrepublik Deutschland auch dann eines **Sichtvermerks nicht mehr bedürfen**, wenn sie sich **länger als drei Monate** im Bundesgebiet aufhalten. Ein **Einreisesehtvermerk** ist für brasilianische Staatsangehörige **nur noch erforderlich**, wenn sie beabsichtigen, im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland

- sich als **Arbeitnehmer** zu betätigen,
- selbständig einen stehenden **Gewerbebetrieb** oder einen **landwirtschaftlichen Betrieb** zu führen oder
- ein **Gewerbe im Umherziehen** oder ein **Marktgewerbe** zu betreiben.

Die neue Regelung dürfte **insbesondere Studenten, Stipendiaten** und Personen, die im Rahmen des **kulturellen Austausches für mehr als drei Monate** ins Gebiet der Bundesrepublik Deutschland einreisen, begünstigen.

**Art. 96 II SDÜ - die (fast) vergessene Ausschreibungsmöglichkeit**

In der Praxis der Ausländer- und Polizeibehörden erfolgen SIS-Ausschreibungen zur Einreiseverweigerung ganz überwiegend nur nach Maßgabe des Art. 96 III SDÜ. Sie ergehen regelmäßig als Folge einer Ausweisung, Abschiebung oder Zurückschiebung, da diese Maßnahmen gem. § 11 II AufenthG eine gesetzliche Wiedereinreisesperre auslösen. Daneben ist aber gem. Art. 96 II SDÜ eine Ausschreibung auch zulässig, wenn aufgrund einer individuellen Prognose die Anwesenheit eines Drittäusländers auf dem Hoheitsgebiet der Vertragspartei eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder die nationale Sicherheit bedeuten würde. Art. 96 II SDÜ nennt hierzu zwei Regelbeispiele. Danach kann **insbesondere** eine Ausschreibung erfolgen

- bei einem Drittäusländer, der wegen einer Straftat **verurteilt** worden ist, die mit Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist;
- bei einem Drittäusländer, gegen den ein begründeter Verdacht besteht, dass er schwere Straftaten, einschließlich solcher im Sinne von Art. 71 SDÜ (Anm. BTM-Delikte) begangen hat, oder gegen den konkrete Hinweise bestehen, dass er solche Taten in einem Schengen-Staat plant.

Unter a) ist nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen könnte, eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr (Verbrechen gem. § 12 I StGB) gemeint, sondern jedes Delikt, das mit einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder mehr bedroht ist (näheres dazu Westphal/Stoppa S. 547). Diese „insbesondere-Aufzählungen“ schließen grundsätzlich aus, dass ein von Art. 96 II lit. a oder lit. b SDÜ umfasster Lebenssachverhalt abweichend von diesen Vorgaben behandelt wird. Daher ist eine Ausschreibung unzulässig, wenn ein Delikt nach Maßgabe des Art. 96 II lit. a SDÜ zugrunde liegt, aber noch keine Verurteilung erfolgte, oder wenn der Drittäusländer wegen eines Delikts verurteilt wurde, das nicht mit einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr bedroht ist, oder wenn gegen ihn der begründete Verdacht besteht, eine Straftat begangen zu haben, die nicht zu den schweren Straftaten zählt. Liegt aber eine Verurteilung vor - dazu genügt auch ein Strafbefehl (zum Begriff „verurteilt“ vgl. EuGH U.v. 11.02.2003 Gözütok Rs. C-187/01) - kann eine Ausschreibung erfolgen. Reist ein Ausländer, der sich längerfristig in einem anderen Schengen-Staat illegal aufgehalten hat, unerlaubt über eine Binnengrenze nach Deutschland ein, um über einen deutschen Flughafen das Schengen-Gebiet zu verlassen, wird diese Straftat (§ 95 I Nr. 3 AufenthG) meist wegen Geringfügigkeit (§ 153 I StPO - der illegale Aufenthalt in anderen Schengen-Staaten wird vom deutschen Strafrecht nicht erfasst) eingestellt. Doch kann auch hier das schengenwidrige Gesamtverhalten von der Schwere her eine Ausschreibung nach Art. 96 II SDÜ rechtfertigen. Ob und wie lange die Ausschreibung erfolgt, ist nach Ermessen zu entscheiden (siehe Report Nr. 16. S. 2).

Die Ausschreibungsmöglichkeit nach Art. 96 II SDÜ eröffnet die Möglichkeit angemessen (d.h. mit Augenmaß und abgestuft) auf Gefahren zu reagieren. Insbesondere ist es damit möglich, auf Verstöße gegen das Einreise- und Aufenthaltsrecht nicht nur repressiv, sondern auch präventiv zu reagieren. Das gilt insbesondere dann, wenn erst bei einer Ausreisekontrolle festgestellt wird, dass ein Ausländer unerlaubt eingereist ist oder sich länger als erlaubt in Deutschland oder im Schengen-Gebiet aufgehalten hat.

**Beispiel: Flughafen München.** Zur Ausreise kommen die Peruanerin (P) und die Kolumbianerin (K). Beide sind gerade mit einem Flug aus Spanien angekommen und wollen jeweils mit Anschlussflügen in ihre Heimatstaaten fliegen. Bei der Ausreisekontrolle wird festgestellt: Das Schengen-Visum der P ist seit 2 Tagen abgelaufen - sie hat sich also 2 Tage zu lange (unerlaubt) in Spanien aufgehalten. P gibt zu, den Besuch in Spanien über die erlaubte Zeit hinaus ausgedehnt zu haben. Bei der K wird festgestellt, dass sie sich nach Ablauf ihres Schengen-Visums über 8 Monate in Spanien aufgehalten und überdies durch Manipulationen an den Gültigkeitseintragungen im Visum versucht hat, über den Zeitablauf des Visum hinwegzutäuschen. Auch besteht der Verdacht, dass sie in Spanien illegal gearbeitet hat. Beide Frauen sind durch den Flug von Spanien nach Deutschland gem. § 14 I Nr. 2 AufenthG unerlaubt eingereist.

Da an der unverzüglichen und freiwilligen Ausreise der beiden kein Zweifel besteht, kommt eine Zurückschiebung nicht in Betracht (siehe dazu Report Nr. 16 S. 2). **Gegenüber der P** erscheint neben einer Strafanzeige und Sicherheitsleistung (§ 95 I Nr. 3 AufenthG, § 132 StPO) und dann ggf. erfolgenden Sanktion (i.d.R. wohl Einstellung wegen Geringfügigkeit oder auch gegen Zahlung einer Geldbuße - vgl. §§ 153 I, 153a StPO) angesichts des geringfügigen Aufenthaltsverstoßes **keine Ausschreibung** zur Einreiseverweigerung angebracht. **Die K** hat hingegen nicht unerheblich(\*) gegen das Aufenthaltsrecht im Schengen-Gebiet verstoßen und durch die Urkundenfälschung gezeigt, dass sie bereit ist, ein gewisses Maß an **krimineller Energie** aufzuwenden, um ihr illegales Verhalten zu verschleiern. Es ist daher zu befürchten, dass sie auch bei künftigen Einreisen Täuschungshandlungen begehen und gegen aufenthalts- und arbeitsrechtliche Vorschriften verstoßen wird. Hier erscheint nach erfolgter Bestrafung eine **befristete Ausschreibung** zur Einreiseverweigerung **angemessen** zu sein. Die für die Ausschreibung zuständige Behörde muss sicherstellen, dass sie vom **Ausgang des Strafverfahrens** erfährt, um sachgerecht über eine Ausschreibung gem. Art. 96 II SDÜ entscheiden zu können.

(\*) In der Praxis der Grenzpolizei wurden bislang Ausschreibungen zur Einreiseverweigerung vorgenommen, wenn der illegale Aufenthalt länger als 6 Monate gedauert hat.