



# REPORT

## Ausländer- und Europarecht



Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa

Report Ausländer- und Europarecht Nr. 20

September 2009

### 20. Ausgabe des „Report“

Der Report wird nun zum 20. Mal von uns herausgegeben. Seit der ersten Ausgabe im November 2001 haben wir uns bemüht, den Leser über aktuelle Regelungen und Rechtsprechung zum **Ausländer- und Europarecht** zu informieren. Wir freuen uns sehr über die positive Resonanz in der Praxis, Literatur und Rechtsprechung im In- und Ausland. Dafür vielen Dank! Mit den auch gelegentlich kritischen Reaktionen wissen wir umzugehen – auch das gehört dazu.

### Visumfreie Einreise für Staatsangehörige von Brasilien und El Salvador

Die BReg hat im Juni 2009 die **Auslandsvertretungen** und die **Bundesländer** darüber informiert, dass die Visumbefreiung für Brasilianer auch für Einreisen zum Zweck des **Familiennachzugs** gilt und hierfür grundsätzlich keine nationalen Visa mehr erteilt werden. Die erforderlichen AE können nach der visumfreien Einreise - wie bei den nach § 41 AufenthV begünstigten Personen - bei der zuständigen Ausländerbehörde beantragt werden. Dieses gilt auch für StAng von **El Salvador**, weil mit diesem Staat ebenfalls ein Abkommen besteht (BANz 1998 S. 12778), das die visumfreie Einreise für längerfristige Aufenthalte zu Nichterwerbszwecken erlaubt (so auch zuvor schon Däbritz in Kluth u.a. [Hrsg.], Zuwanderungsrecht S. 69; Westphal/Stoppa S. 209).

Am 19.05.2009 hatte allerdings das **OVG Münster** (19 B 5333/09) entschieden, dass die zum 01.01.2009 in Kraft getretene Neuregelung in § 16 AufenthV iVm der Verbalnote an Brasilien (BGBl. 2008 II S. 117 - siehe Report Nr. 19 S. 4) Brasilianern nicht die visumfreie Einreise zu einem länger als sechsmonatigen Aufenthalt erlaubt. Visumfreie Einreisen zu Zwecken, die in der Verbalnote nicht genannt sind, seien nicht zulässig, insb. nicht zu einem Aufenthalt, der vorrangig dem Zusammenleben mit einem deutschen Verlobten dienen soll.

Demgegenüber gehen jedoch das **VG Saarland** (B. v. 01.06.2009 - 10 L 268/09) und das **OVG Saarland** (B. v. 17.07.2009 - 2 B 385/09) davon aus, dass durch die Verbalnote brasilianische Staatsangehörige dem nach § 41 II AufenthV begünstigten Personenkreis gleichgestellt sind und damit auch zum Zweck eines längerfristigen Aufenthalts einschließlich des Familiennachzugs visumfrei einreisen können. Zu Recht weist das VG Saarland (aaO) aber darauf hin, dass der **genehmigungsfreie Aufenthalt** nach visumfreier Einreise **nur für drei Monate** erlaubt ist. Innerhalb dieser Zeit muss dann für den weiteren Aufenthalt ein Aufenthaltstitel beantragt werden.

Auch wenn die maßgeblichen Behörden durch die Information der Bundesregierung hinreichend Klarheit über die Rechtslage erlangt haben dürften, sollten Brasilien und El Salvador doch **zur Rechtssicherheit** umgehend in § 41 II AufenthV aufgeführt werden.

### Künftig Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ mit D-Visum

Mit dem **Visa-Kodex** (Entwurf siehe Dok. PE-Cons 3625/2/09 REV 2 v. 13.07.2009), soll das **Visum Typ D + C** abgeschafft werden. Anstelle dessen soll der Inhaber eines gültigen nationalen Visums Typ D das **Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ** in Anspruch nehmen können. Entsprechende Änderungen der Art. 5 I SGK, 18, 21 und 25 SDÜ liegen im Entwurf vor (Rats. Dok. 7094/09 und 7097/09 v. 02.03.2009). Sie sollen gelten, wenn der Visa-Kodex zur Anwendung kommt - voraussichtlich **Mitte 2010**.

### Aktuelle Entwicklungen zum EuGH-Urteil „Soysal“ - Visumfreiheit für Türken -

Das EuGH-Urteil „Soysal“ (s. Report Nr. 19) zur Visumfreiheit für türkische Staatsangehörige hat – nicht unerwartet – in Politik, Rechtswissenschaft und Öffentlichkeit **lebhaft Reaktionen** ausgelöst. Es kam zu parlamentarischen Anfragen, Beschlusanträgen und Aktivitäten einzelner Abgeordneter auf nationaler (insb. in D u. NL) und europäischer Ebene. Mehrere Aufsätze sind inzwischen dazu verfasst und in Fachzeitschriften und im Internet veröffentlicht worden. In einem knappen Dutzend Straf- und Verwaltungsgerichtsurteilen ist die neue Rechtslage entscheidungserheblich geworden.

Die Medien, und hier insb. die großen türkischen Tageszeitungen, haben von dem Urteil und den nachfolgenden Diskussionen, Regelungen und Folgeurteilen - teils auf den Titelseiten - berichtet.

Die Bundesregierung geht davon aus, dass das Urteil nur die **aktive Dienstleistungsfreiheit** betrifft. Danach, und unter Auslegung der Rechtsvorschriften, die am 01.01.1973 galten, soll eine Visumbefreiung für Türken nur bestehen, die als **Dienstleistungserbringer** (u.a. als Montagearbeiter oder LKW-Fahrer für ein türkisches Unternehmen mit Sitz in der Türkei) unter Einhaltung bestimmter weiterer Voraussetzungen vorübergehend nach Deutschland kommen. Die visumfreie Einreise und der anschließende genehmigungsfreie Aufenthalt bis zu drei Monaten als **Tourist** sollen **nicht zulässig** sein (Rundschreiben BMI v. 28.05.2009 InfAusIR 2009, 269). Die Auslandsvertretungen und die Bundespolizei wurden entsprechend angewiesen. Die EU-Kommission hat mitgeteilt, dass nur **Deutschland und Dänemark** gemeldet haben, dass in ihren Staaten aufgrund der „Stand-Still-Klausel“ für türkische Dienstleistungserbringer Visafreiheit besteht. Sie hat darauf basierend am 15.04.2009 Handlungsempfehlungen („Guidelines“) zur Änderung des Leitfadens für Grenzschutzbeamte (Rats-Dok. 15010/06 v. 09.11.2006) herausgegeben, die Hilfestellung bei der Grenzkontrolle und der Erteilung von Schengen-Visa geben sollen.

In der **aktuellen Literatur befürworten** u.a. Militz (NVwZ 2009, 278), Dienelt (ZAR 2009, 182), Groenendijk (Jurisprudentie Vreemdelingenrecht 2009, Nr. 144 - Niederlande) wie wir (vgl. Report Nr. 19 und Westphal, InfAusIR 2009, 133) die **Einbeziehung** der Dienstleistungsempfänger insb. der **Geschäftsleute** und **Touristen**. Hailbronner (NVwZ 2009, 760) hält dagegen die Einbeziehung von Dienstleistungsempfängern allenfalls für möglich, wenn eine von vorneherein bestimmte und konkret in Aussicht genommene Dienstleistung empfangen werden soll, nicht aber allgemein bei Touristen oder Besuchern.

In der bisherigen **Rechtsprechung** wird die **Einbeziehung von Touristen** weitgehend befürwortet, allerdings eine **Abgrenzung zu Besuchern** vorgenommen (VG Berlin B. v. 25.02.2009 - VG 19 V 61.08; VG Frankfurt U. v. 22.05.2009 7 K 3732/08.F). Ein Türke, der sich teils **geschäftlich**, teils **touristisch** ohne gültiges Visum in Deutschland aufgehalten hatte, wurde vom AG Erding (U. v. 29.04.2009 InfAusIR 2009, 268) unter Berufung auf die Visumfreiheit von dem Vorwurf eines unerlaubten Aufenthalts **freigesprochen**. Mit entsprechender Begründung lehnte das AG Cham (Entscheidung v. 29.07.2009) einen **Haftantrag** der Bundespolizei gegen einen Türken ab, der sich als Autokauf ohne gültiges Visum in Deutschland aufgehalten hatte. Die 34. Kammer des VG Berlin hat hingegen die Einbeziehung der **passiven Dienstleistungsfreiheit** generell **abgelehnt** (B. v. 16. 04. 2009 VG 34 L 114.09 V).

Nach Angaben der Bundesregierung (Stand Juni 2009) sollen etwa **20 Verfahren** vor deutschen Gerichten zum Thema anhängig sein. Es ist daher durchaus zu erwarten, dass der **EuGH** in absehbarer Zeit mit einer **Vorbentscheidung** zur Frage des begünstigten Personenkreises befasst wird.

Weitgehend **Einvernehmen** besteht dahingehend, dass eine **Visumfreiheit** jedenfalls **nicht** besteht, wenn die **Einreise zum Zweck eines längerfristigen Aufenthalts** (z.B. Familiennachzug) oder zur Aufnahme einer **Erwerbstätigkeit** erfolgt (OVG Bremen B. v. 16.07.2009 - 1 B 217/09; Westphal, InfAusIR 2009; 133 [135]).

Eine **Sammlung von Dokumenten** zu den politischen und rechtlichen Reaktionen auf das „Soysal“-Urteil finden Sie auf unserer Homepage [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de).

### Neue Sichtvermerksabkommen der EU

Am 28.05.2009 sind **Sichtvermerksabkommen** in Kraft getreten, die die EU mit sechs Inselstaaten - **Antigua und Barbuda**, den **Bahamas**, **Barbados**, **Mauritius**, **St. Kitts und Nevis** sowie den **Seychellen** - geschlossen hat. Die Inhalte der Abkommen sind gleich – als Beispiel finden Sie das Abkommen mit Mauritius (*Dok. v 12.2.2009 KOM [2009] 48 endgültig 2009/0012 [CNS]*) auf [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de).

Es handelt sich um **ratifizierte Verträge** (auf EU-Seite Zustimmung durch den Rat), die aufgrund ihrer inhaltlichen Bestimmtheit **unmittelbar anwendbar** sind. Sie genießen als völkerrechtliche Abkommen **Anwendungsvorrang** vor der **VO 539/2001/EG**. Diese sieht zwar nach Inkrafttreten der genannten Abkommen ebenfalls für die StAng dieser Staaten die **Visumfreiheit** vor, doch ist vorrangig das jeweilige Abkommen anzuwenden. Die Abkommen regeln auch unmittelbar und vorrangig vor Art. 20 SDÜ den **Aufenthalt nach der Einreise**.

Zwar gewähren die Abkommen im Wesentlichen die gleichen Rechte, nämlich die visumfreie Einreise über die Schengen-Außengrenze für beabsichtigte Aufenthalte von bis zu drei Monaten mit entsprechender max. Aufenthaltsdauer von drei Monaten. Es ergeben sich aber **räumliche Besonderheiten**. So gelten die Abkommen nur für die EU-Staaten mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und Irlands und **nicht** für die Schengen-Staaten **Island**, **Norwegen** und die **Schweiz**. Norwegen, Island und der Schweiz wurde empfohlen, mit den Vertragsstaaten ebenfalls entsprechende Sichtvermerksabkommen zu schließen, was - soweit ersichtlich - bislang nicht geschehen ist.

Zudem differenzieren die Abkommen zwischen den Staaten, die Schengen voll anwenden und den Teilanwenderstaaten (Bulgarien, Rumänien und Zypern). Aufgrund dieser Besonderheiten wird der Begriff „**Schengen-Raum**“ für die Anwendung der Abkommen gesondert in Art. 2 Nr. 4 der Abkommen definiert als „*der Raum ohne Binnengrenzen, der die Hoheitsgebiete der Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs und Irlands umfasst, die den Schengen-Besitzstand in vollem Umfang anwenden*“.

So bestehen nun **zwei Rechtsgrundlagen** für die Einreise in die Schengen-Staaten.

**Vorrangig** darf ein Drittausländer aus einem Vertragsstaat **unmittelbar aufgrund des jeweiligen Abkommens** in den dort definierten „**Schengen-Raum**“ einreisen und sich auch **nur dort** bis zu drei Monaten je Sechsmonatszeitraum aufhalten. Im Hinblick auf die Teilanwenderstaaten gilt Entsprechendes. **Aufenthaltszeiten** in dem jeweils anderen Raum - „**Schengen-Raum**“ gem. Abkommen bzw. „**Teilanwendergebiet**“ - oder in Norwegen, Island oder der Schweiz **werden** dabei **nicht angerechnet**.

Nach **Norwegen**, **Island** oder in die **Schweiz** können Drittausländer aus den Vertragsstaaten nur **nach Maßgabe der VO 539/2001/EG** einreisen und sich dort gem. Art. 20 I SDÜ genehmigungsfrei aufhalten – hier allerdings unter Anrechnung der Aufenthaltszeiten in den Vollanwenderstaaten.

Das hat für die Kontrolle der Einhaltung von Schengen-Regelungen Konsequenzen:

**Beispiel:** Eine Staatsangehörige von Mauritius reist im August 2009 über den Flughafen Frankfurt in das Schengen-Gebiet ein, hält sich danach für zwei Monate bei ihrer Schwester in Norwegen auf, reist im direkten Anschluss daran nach Deutschland und hält sich hier nochmals zwei Monate auf. Obgleich sie sich länger als drei Monate innerhalb von sechs Monaten im Schengen-Gebiet aufgehalten hat, liegt kein unrechtmäßiger Aufenthalt in Deutschland vor, da der Aufenthalt in Norwegen nicht auf den Aufenthalt in dem „**Schengen-Raum**“, wie er in den Abkommen mit Mauritius definiert ist, angerechnet wird.

Diese Regelungen, die zu einer weiteren **Verkomplizierung** des Schengen-Rechts führen, sind sicher nicht „gewollt“, sondern ergeben sich zwangsläufig aus dreierlei Gründen:

1. Die EU kann völkerrechtlich nur Verträge schließen mit **räumlicher Geltung** für die EU-Staaten (daher keine Geltung für Island, Norwegen und die Schweiz; so auch schon bei den Visa-Erleichterungsabkommen siehe Report Nr. 16 S. 4) und nur soweit sie für diesen Bereich auch die Gesetzgebungskompetenz hat (was hier auch die Geltung der Visaregelungen für Island und das Vereinigte Königreich ausschließt).

2. Der **Rat** der EU hat die **Abkommen** durch Beschluss **genehmigt** (vgl. Art. 300 EGV), die dadurch Gesetzeskraft erlangen (vergleichbar mit einem Zustimmungsgesetz zu völkerrechtlichen Verträgen Deutschlands gem. Art. 59 II GG).

Die Regelungen in den Abkommen über Einreise und Aufenthalt sind **nach Wortlaut, Inhalt und Adressatenregelung** bestimmt genug, um **unmittelbar anwendbar** zu sein (zur unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge siehe z.B. EuGH U. v. 30.09.1987 „Demirel“ Rs.12/86“ und Kreuzer, Juristische Arbeitsblätter 1998, 731), d.h. Drittausländer aus den Vertragsstaaten können sich **unmittelbar auf die Abkommen berufen**. Von der EU geschlossene völkerrechtliche Abkommen gehen dem sekundären Gemeinschaftsrecht - also hier der VO 539/2001/EG und Art. 20 I SDÜ - vor (vgl. EuGH U. v. 25.07.2008 „Metock“ Rs. C-127/08 und U. v. 19.02.2009 „Soysal“ Rs. C-228/06).

3. Bedingt durch die **Übergangsregelung in den EU-Beitrittsverträgen** (siehe dazu Report Nr. 11) mussten jeweils für die Schengen-Vollanwender und die -Teilanwender separate Einreise- und Aufenthaltsrechte geregelt werden.

Diese Sichtvermerksabkommen betreffen Staaten mit verhältnismäßig wenigen Einwohnern, (zusammen rund 2 Mio. - wobei Mauritius mit rund 1,25 Mio. Einwohnern der bevölkerungsreichste Vertragsstaat ist), sodass die genannten Besonderheiten sich **in der Praxis** wohl nur selten auswirken werden. Doch verhandelt die EU zur Zeit ein **Sichtvermerksabkommen mit Brasilien**, das möglicherweise ähnlich ausgestaltet wird und dann die etwa 200 Mio. brasilianischen StAng betrifft.

**Bemerkenswert und fortschrittlich** ist aber, dass in den Abkommen erstmals **Harmonisierungen** und Klarstellungen im Hinblick auf die **Erwerbstätigkeit** geregelt sind. In Art. 3 II und der Gemeinsamen Erklärung zur Erwerbstätigkeit wird festgelegt, dass die **Einreise- und Aufenthaltsrechte nicht gelten, wenn die Einreise dem Zweck dient, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen**. Demnach schließt also bereits die **Absicht** der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit die visumfreie Einreise aus (so auch unsere Auffassung zur VO 539/2001/EG und § 17 AufenthV – siehe Westphal/Stoppa S. 206 f; ebenso VAH-BMI Nr. 14.1.2.2.7.1, Funke/Kaiser in GK-AufenthG § 4 Rn 29; aA aber Hailbronner § 4 AufenthG Rn 20 und Heinrich ZAR 2005, 309, 314).

Als **Erwerbstätige gelten jedoch nicht** Geschäftsleute, d. h. Personen, die zum Zweck geschäftlicher Beratungen reisen (ohne im Land der anderen Vertragspartei beschäftigt zu sein), Sportler und Künstler, die auf Ad-hoc-Basis einer Tätigkeit nachgehen, Journalisten, die von den Medien ihres Wohnsitzlands entsandt werden, und innerbetriebliche Auszubildende. Diese Festlegungen entsprechen zwar in groben Zügen vergleichbaren Regelungen in § 16 BeschVO – sie **weichen jedoch im Detail davon ab**. So gelten z.B. Journalisten nach §§ 8, 16 BeschV nur dann nicht als Erwerbstätige, wenn ihre Tätigkeit vom Presse- und Informationsamt der Bundesregierung anerkannt ist und Künstler dann nicht, wenn ihre Darbietungen von besonderem künstlerischen Wert sind (§§ 7 Nr. 1, 16 BeschV). Auch gelten innerbetrieblich Auszubildende nach deutschem Ausländerrecht als Erwerbstätige. Diese **deutschen Regelungen weichen** nun den vorrangigen Bestimmungen in den Abkommen.

**St. Kitts vergessen:** In der dt. Sprachfassung der VO 1932/2006/EG zur Änd. der VO 539/2001/EG wurde in der Anlage II versehentlich der Staat St. Kitts und Nevis (in dt. auch **St. Christoph** und Nevis genannt) nicht aufgeführt (siehe ABIEG L 405/23 v. 30.12.2006). Verlage und Internetplattformen haben daher meist einen dt. Text der VO 539/2001/EG veröffentlicht, der nicht der Rechtslage entspricht. Es besteht aber **kein Zweifel** daran, dass hier lediglich ein Schreibfehler vorliegt. Aus dem Text der VO 1932/2006/EG (z.B. 3. Erwägungsgrund) ergibt sich, dass St. Kitts in die Anlage II aufgenommen werden soll. Alle 21 anderen Sprachfassungen des betreffenden ABIEU führen St. Kitts in der Anlage II auf. Nachdem am 28.05.2009 das SV-Abkommen EU/St. Kitts in Kraft getreten ist, können Staatsangehörige von St. Kitts seitdem visumfrei in das Schengen-Gebiet reisen. Der Bundespolizei ist der Fehler bekannt, sie wendet die VO 539/2001/EG in der korrekten Fassung an.

**Übergangsregelung EU-Osterweiterung:** Die Übergangsregelungen für die Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit für Bürger der Beitrittsstaaten (EU-Osterweiterung - siehe Report Nr. 11), wurden von Deutschland bis zum **30.04.2011** verlängert (Mitteilung der BReg an die EU-Kommission, BAnz v. 30.04.2009 S. 1572). Damit wurde die höchstzulässige Dauer von **7 Jahren ausgeschöpft**.

### BVerfG: Ausschreibung zur Festnahme nach § 50 VII AufenthG auch ohne Haftbefehl zulässig

Wir hatten gefordert, dass eine Ausschreibung zur Festnahme gem. § 50 VII AufenthG nur erfolgen darf, wenn zuvor eine **Haftanordnung** ergangen ist, denn es handele sich um eine vorhersehbare Freiheitsentziehung (Westphal/Stoppa S. 602; ebenso OLG Celle B. v. 02.06.2008 - 22 W 23/08 – siehe auch Report Nr. 18 S. 3). Das BVerfG (B. v. 07.05.2009 - 2 BvR 475/09) - ist dem nicht gefolgt und hat entschieden, dass die Norm lediglich die Ermächtigung zur Nutzung der Fahndungshilfsmittel der Polizei regelt, **nicht aber eine Ermächtigung zu Freiheitsentziehungen darstellt** und daher eine **Haftanordnung entbehrlich** ist.

Das BVerfG führt aus: „Die Ausschreibung zur Festnahme nach § 50 Abs. 7 Satz 1 AufenthG lässt für die Polizei als Nutzer der Fahndungshilfsmittel zwar erkennen, dass die zum Zeitpunkt der Ausschreibung zuständige Ausländerbehörde nach eigenverantwortlicher Prüfung Haftgründe nach § 62 AufenthG bejaht hat. Die Entscheidung über die Ingewahrsamnahme bleibt aber der eigenverantwortlich nach § 62 Abs. 4 AufenthG tätig werdenden Behörde überlassen. Da die Ausschreibung zur Festnahme keine Bindungswirkung entfaltet, bedarf sie auch unter dem Gesichtspunkt etwaiger aus Art. 104 Abs. 2 GG abzuleitender Vorwirkungen keiner gerichtlichen Anordnung.“

Das BVerfG hat damit die Verantwortung in vollem Umfang der **Behörde** bzw. der **Polizei** gegeben, die den zur Festnahme ausgeschriebenem Ausländer antrifft. Die Polizei kann den Ausländer damit **nicht** aufgrund der Ausschreibung festnehmen, sondern muss **völlig eigenständig** prüfen, ob **in der konkreten Situation die Voraussetzungen des § 62 IV AufenthG** vorliegen.

Die **Polizei** muss daher bei Antreffen des Ausländers eine **eingehende ausländerrechtliche Prüfung** durchführen. Sie muss dabei insb. aufklären, ob der Ausländer immer noch **vollziehbar ausreisepflichtig** ist, ob ggf. **inzwischen Duldungsgründe** vorliegen oder in dem Bundesland, in dem er angetroffen wird, für die Kategorie von Ausländern, der er angehört, ein **Abschiebestopp** besteht (§ 61 a I S. 1 AufenthG).

**Entscheidungserhebliche Relevanz** könnten hier u.a. haben:

- Zwischenzeitlich geänderte persönliche Umstände, (zB Eheschließung, bevorstehende Niederkunft der Ehefrau, die Geburt eines Kindes ggf. mit deutscher Staatsangehörigkeit, Anerkennung der Vaterschaft; Krankheit, Schwangerschaft, Reiseunfähigkeit)
- eine neue flüchtlingsrelevante Lage im Herkunftsstaat
- unterbrochene Verkehrsverbindungen oder
- Stellung von Schutzersuchen (Asylantrag, subsidiärer Schutz)

Bei der ausländerrechtlichen Bewertung kann und sollte die Polizei sich bei der ausschreibenden Ausländerbehörde aktenkundig machen und dort - aber auch bei der örtlich zuständigen Ausländerbehörde - Rat einholen. Doch die Entscheidung über die Festnahme **hat die Polizei eigenständig** zu treffen, **zu begründen** und **zu verantworten**.

Neben den ausländerrechtlichen Voraussetzungen ist dann **in jedem Fall** zu prüfen, ob auch die rechtlichen Vorgaben für **eine Festnahme ohne richterliche Anordnung** erfüllt sind. Diese wurden durch das BVerfG und die Obergerichte in letzter Zeit sehr deutlich konkretisiert (siehe dazu den aktuellen Beschluss des BVerfG auf dieser Report Seite). Eine Festnahme durch die Polizei ohne Haftanordnung ist im Regelfall **nur zulässig**, wenn **konkret zu befürchten** ist („Gefahr im Verzuge“), dass der Ausländer, wenn er aus der polizeilichen Kontrolle entlassen würde, sofort untertaucht und nach Einholung einer richterlichen Haftanordnung nicht mehr greifbar wäre.

**Lassen sich die entscheidungserheblichen Umstände** (z.B. wegen Nichterreichbarkeit der Ausländerbehörde und der ggf. nur begrenzten Beurteilungskompetenz der Polizei im Hinblick auf offensichtliche oder geltend gemachte Duldungsgründe) im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 62 IV AufenthG **nicht sachgerecht prüfen**, so wird es bei einer **Feststellung** der gegenwärtigen **Erreichbarkeit des Ausländers** bleiben („Aufenthaltsermittlung“), die der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen ist. Die Polizei darf sich dann nicht durch eine vermeintliche „Drucksituation“ zu einer Festnahme verleiten lassen. Bei einer lediglich mit der Ausschreibung begründeten Freiheitsentziehung setzen sich die Polizeibeamten ggf. dem Vorwurf einer Freiheitsberaubung aus.

### BVerfG zur Ingewahrsamnahme eines Ausländers durch die Polizei ohne richterliche Haftanordnung

Ein ausreisepflichtiger, untergetauchter Ausländer, dessen derzeitige Wohnung (bei seiner Verlobten) der Ausländerbehörde jedoch bekannt geworden war, wurde von der Polizei aufgrund eines Amtshilfeersuchens der Ausländerbehörde in Gewahrsam genommen, ohne dass zuvor eine richterliche Haftanordnung eingeholt oder aufgeklärt wurde, ob die richterliche Anordnung ausnahmsweise hatte unterbleiben dürfen. Das BVerfG (B. v. 07.05.2009 - 2 BvR 2367/07) sah darin einen Verstoß gegen Art. 104 GG.

Das BVerfG führte aus: „Die Freiheitsentziehung erfordert nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung, deren Zulässigkeit in Ausnahmefällen Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG voraussetzt, genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste (...).

...  
Die durch das Landgericht vorgenommene Prüfung der behördlichen Ingewahrsamnahme des Beschwerdeführers verkennt Bedeutung und Tragweite des in Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG verankerten Richtervorbehalts für Freiheitsentziehungen. Weder in den Gründen des Beschlusses vom 26. April 2007 noch in dem in Fortsetzung des Verfahrens ergangenen, sich auf diesen beziehenden Beschluss vom 4. September 2007 hat das Landgericht die Frage geprüft, ob das Herbeiführen einer richterlichen Entscheidung vor der Freiheitsentziehung zur Verhütung ihres Zwecks geführt hätte. Diese Prüfung drängt sich hier insbesondere vor dem Hintergrund auf, dass die Ausländerbehörde die Polizei vor der Festnahme darum gebeten hatte, den Beschwerdeführer in Amtshilfe in Gewahrsam zu nehmen. Der Beschwerdeführer wurde nicht etwa durch die Polizei zufällig aufgegriffen, vielmehr bezweckte der durch die Ausländerbehörde veranlasste Polizeieinsatz gerade den Zugriff des Beschwerdeführers. Von Verfassungs wegen war daher zu klären, ob zum Zeitpunkt des Entschlusses der Ausländerbehörde, den Beschwerdeführer in Gewahrsam nehmen zu lassen, Umstände vorlagen, die erwarten ließen, dass die Einholung einer richterlichen Entscheidung die Festnahme des Beschwerdeführers vereiteln würde. Diese Aufklärung ist unterblieben“

Zu dieser Klärung wurde der Fall an das zuständige LG zurückgewiesen. Das LG hat zwischenzeitlich festgestellt, dass die Festnahme rechtswidrig war - siehe <http://www.abschiebungshaft.de>

Für die **polizeiliche Praxis** ist daraus abzuleiten: Ist der Aufenthaltsort eines - ggf. auch bereits untergetauchten - Ausländers, der abgeschoben werden soll, bekannt, wird eine „Gefahr im Verzuge-Situation“, die die Einholung einer vorherigen richterlichen Haftanordnung entbehrlich macht, kaum zu begründen sein.

### Kurzvorstellungen: Neue Bücher zum Ausländerrecht



**Rolf Gutmann: Rechte für ausländische Arbeitnehmer.** Praktischer Ratgeber zum Aufenthalts-, Arbeits- und Sozialrecht für Ausländer. Geschrieben für Nichtjuristen - und gerade deshalb - eine Empfehlung für jeden, der das Ausländerrecht verstehen will oder muss. Aktuelle Rechtsprechung, zahlreiche Fallbeispiele aus dem Leben. 285 Seiten 19,90 Euro.

**Tilmann Schott: Asylverfahrensrecht für die Grenzpolizei.** Überblick Asylrecht, Grundlagen, Einreisekontrolle, Dublin-Regelungen und Verfahrensweisen, Schleusung von Asylsuchenden. Praxisorientiert mit zahlreichen Beispielen. Empfehlenswert für Studierende und Praktiker. 264 Seiten 24,80 Euro.

**Mirko Schmucker: Schengener Aufenthaltsrecht.** Ein erfahrener Praktiker und Fachlehrer zeigt die Schengener Reise- und Aufenthaltsrechte auf, insb. die Befreiungen vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels. Systematische Darstellung der Rechtsakte. Ausdrücklich angelehnt an die Handlungsanweisungen für die BPOL und Auslandsvertretungen, gibt das Buch Orientierung für die Lösung von Praxisfällen. Zahlreiche Beispiele, Übersichten und Abbildungen. 160 Seiten 18,00 Euro.

### BVerfG zur Haft bei Zurückschiebungen

Das BVerfG (B. v. 25.02.2009 2 BvR 1537/08) bestätigt die Rechtsauslegung der Bundespolizei (BPOL), wonach eine von der BPOL beantragte Zurückschiebungshaft nach Maßgabe des § 14 III AsylVfG trotz Asylantragstellung aufrecht erhalten werden kann, obgleich die Zurückschiebungshaft nicht ausdrücklich in der Norm erwähnt wird. Der Fall betraf eine Zurückschiebung durch die BPOL im Bereich Frankfurt/Oder. Gegen den Ausländer bestand der begründete Verdacht, dass er sich der Zurückschiebung entziehen wolle.

Das BVerfG führte aus: „Die Anwendung von § 14 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 AsylVfG durch die Gerichte begegnet ebenfalls keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Nach dieser Vorschrift steht die Asylantragstellung der Anordnung oder Aufrechterhaltung von Abschiebungshaft nicht entgegen, wenn sich der Ausländer u.a. in Sicherungshaft nach § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG befindet. Da von der in § 57 Abs. 3 AufenthG gesetzlich angeordneten Verweisung auf § 62 AufenthG auch dessen Begrifflichkeit umfasst ist, handelt es sich bei der Haft zur Sicherung der Zurückschiebung um Sicherungshaft (hier nach § 62 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG) und damit um Abschiebungshaft (vgl. Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl. 2007, S. 596). § 14 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 AsylVfG stellt damit eine für den Normadressaten hinreichend vorhersehbare Erweiterung der Haftgründe aus § 62 Abs. 2 AufenthG für die in § 14 Abs. 3 AsylVfG genannten Fälle dar, in denen die nach § 62 Abs. 2 AufenthG tatbestandlich vorausgesetzte vollziehbare Ausreisepflicht aufgrund einer Asylantragstellung erlischt.“

### OLG München: Keine Zurückschiebung bei freiwilliger Ausreise

Das OLG München (B. v. 05.02.2009 34 Wx 75/08) hat zu den Voraussetzungen einer Zurückschiebung ausgeführt: „Nach § 57 Abs. 1 Satz 1 AufenthG soll ein Ausländer, der unerlaubt eingereist ist, zurückgeschoben werden. Eine Zurückschiebung ist daher obligatorisch, es sei denn, im konkreten Fall liegt ein besonderer, eine Ausnahme rechtfertigender Umstand vor, so etwa, wenn kein Zweifel besteht, dass der Betroffene freiwillig ausreisen wird (Hailbronner Ausländerrecht Stand April 2006 § 57 AufenthG Rn. 7; vgl. § 62 Abs. 2 Satz 3 AufenthG).“

Das Gericht bestätigt somit die mittlerweile ganz herrschende Auffassung, dass eine Zurückschiebung nicht erfolgen darf, wenn die freiwillige Ausreise gesichert ist (siehe dazu Report Nr. 17 S. 3).

### LG Verden: Keine Zurückschiebungshaft bei freiwilliger Ausreise

Ein Ausländer, der in Belgien ein Asylverfahren betreibt und dort wohnte, reiste unerlaubt nach Deutschland. Er wurde jedoch erst aufgegriffen, als er sich wieder auf dem Rückweg nach Belgien befand. Das AG Rotenburg-Wümme ordnete Abschiebehaft (Zurückschiebungshaft) an. Das LG Verden (B. v. 09.03.2009 - 3 T 12/08) entschied, dass aufgrund der der freiwilligen Ausreise die Voraussetzungen für eine Zurückschiebungshaft gem. §§ 57 III und 62 AufenthG nicht vorlagen. Die angeordnete Abschiebehaft war daher rechtswidrig.

### Neuregelungen im Freiheitsentziehungsverfahren ab 01.09.2009

Ab dem 01.09.2009 gilt für Freiheitsentziehungsverfahren das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG - BGBl 2008 I, 2586). Bisher waren dafür das FreihEntzG und das FG anzuwenden, die nun außer Kraft treten. Obgleich damit für ausländerrechtliche Freiheitsentziehungen (FE) keine grundlegenden Änderungen einhergehen, sind in der Praxis doch einige Neuregelungen zu beachten.

- Der zu begründende Antrag auf FE muss zwingend schriftlich erfolgen.
- Eine einstweilige Anordnung auf vorläufige FE darf nur auf Antrag ergehen und nicht von Amts wegen durch das Gericht angeordnet werden. Ein solcher Antrag wäre etwa zu stellen, wenn der Richter trotz Antrag auf Haft (z.B. Zurückschiebungshaft) nicht sofort entscheiden kann oder will und der Betroffene bis zu Entscheidung von der Polizei weiterhin festgehalten werden soll. Das zunächst weitere Festhalten ist dann nur zulässig, wenn diese einstweilige Anordnung ergeht. Eine einstweilige Anordnung kann nun auch erfolgen ohne Anhängigkeit eines Hauptsacheantrags gerichtet auf eine endgültige FE.
- Eine Anordnung einer FE auf Vorrat „z.B. Gewahrsamnahme ab dem Tag des Aufgriffs für 2 Tage“ ist gesetzlich ausgeschlossen, da der genaue Beendigungszeitpunkt im Beschluss anzugeben ist.

Zur Einarbeitung empfehlen wir den Aufsatz von Hoppe, ZAR 2009, 209 und das eBook von Winkelmann unter [www.migrationsrecht.net](http://www.migrationsrecht.net).

### BGH: Verstöße gegen räumliche Beschränkungen aufgrund von Auflagen nicht strafbar

Auf Vorlage des OLG Bamberg hat der BGH (B. v. 17.02.2009 - 1 StR 381/08) entschieden: Eine Strafbarkeit nach § 95 I Nr. 7 AufenthG ist nicht gegeben, wenn einer Auflage gemäß § 61 I S. 2 AufenthG, mit der eine räumliche Beschränkung behördlich angeordnet worden ist, wiederholt zuwidergehandelt wird. Der BGH hat damit die herrschende OLG Rechtsprechung bestätigt (siehe Report Nr. 14 S. 4, Nr. 15 S. 2 und Nr. 17 S. 2), die lediglich noch vom OLG Bamberg und dem Generalbundesanwalt in Frage gestellt wurde.

Aus der Gesetzessystematik ergibt sich, dass nur das wiederholte Zuwiderhandeln gegen die sich aus § 61 I S. 1 AufenthG ergebende räumliche Beschränkung auf das Bundesland, nicht aber der wiederholte Verstoß gegen eine weitergehende behördliche Anordnung nach § 61 I S. 2 AufenthG von der Strafvorschrift des § 95 I Nr. 7 AufenthG erfasst ist. Der wiederholte Verstoß gegen eine vollziehbare Auflage nach § 61 I S. 2 AufenthG fällt lediglich unter die Bußgeldvorschrift des § 98 III Nr. 4 Alt. 4 AufenthG. Der BGH hat sich bei der Entscheidung auf die herrschende obergerichtliche Rechtsprechung berufen, aber ausdrücklich auch auf die in der Literatur - u.a. von Mosbacher in GK-AufenthG § 95 Rdn. 194, Hailbronner, AuslR AufenthG § 95 Rdn. 48 und Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei 3. Aufl. S. 714 - vertretene Auffassung.

### OVG Lüneburg: Zur Bordgewalt von Piloten und den Befugnissen von Begleitbeamten bei Rückführungen

Zu den Befugnissen von Luftfahrzeugführern im Rahmen der Bordgewalt (vgl. § 12 Abs. 1 LuftSiG) und denen von Begleitbeamten bei Rückführungen an Bord von Flugzeugen gibt es kaum Rechtsprechung. Nun liegt aber ein aktuelles Urteil zu diesem Thema vom OVG Lüneburg (B. v. 23.03.2009 - 11 LA 490/07) vor.

Danach ist ein der Abschiebung entgegenstehender Wille des Ausländers für den Piloten auch bei Ausübung der Bordgewalt von Rechts wegen unbeachtlich. Die Hoheitsgewalt der Polizeibehörden wird durch die sog. Bordgewalt des Piloten nicht ausgeschlossen und endet nicht mit Schließen der Bordtüren eines Flugzeugs.

Das Gericht hat dazu im Wesentlichen folgende Kernaussagen getroffen

- Die Zuständigkeiten nationaler Sicherheitskräfte enden nicht prinzipiell an der Bordtür eines Flugzeugs, diese sind im Hoheitsgebiet ihres Staates auch „an Bord“ zur Ausübung ihrer Eingriffsbefugnisse ermächtigt.
- Selbst bei Annahme eines Vorrangs der Bordgewalt des Luftfahrzeugführers bleibt die gesetzliche Zuständigkeit der Polizei erhalten.
- Nach Verlassen des deutschen Luftraumes stehen einem von der Bordgewalt des Luftfahrzeugführers abgeleiteten Eingreifen mitreisender Polizeibeamter keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken entgegen.

Das OLG beruft sich in seiner Begründung mehrfach auf die Ausführungen von Westphal/Stoppa Seite 606 ff.

**Unzulässige Grenzkontrolle?** Aufgrund einer parlamentarischen Anfrage prüft die EU-Kommission derzeit, ob Belgien das Schengen-Recht verletzt hat. Belgische Sicherheitskräfte sollen am Eingang zum Flughafen Brüssel regelmäßig Ausweiskontrollen für alle Passagiere der Flüge Athen-Brüssel durchgeführt haben (Antwort der EU-Kommission v. 19.04.2009 E-0648/2009). Die Schweizer Sonntagszeitung v. 16.08.2009 berichtet, dass die Tschechische Republik dem Schweizer Grenzschutz vorwirft, es führe an den Landesgrenzen weiterhin systematische Personenkontrollen durch und verletze damit das Schengen-Recht.