



# REPORT

## Ausländer- und Europarecht

Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa



Report Ausländer- und Europarecht Nr. 21

Januar 2010

### Visafreiheit für Staatsangehörige von drei Balkan-Staaten

Seit dem 19.12.2009 sind die Staatsangehörigen der ehemaligen jugoslawischen Republik **Mazedonien**, von **Montenegro** und **Serbien** nach Maßgabe der VO 539/2001/EG zur visumfreien Einreise in das Schengen-Gebiet berechtigt (vgl. VO 1244/2009/EG v. 30.11.2009 zur Änderung der VO 539/2001/EG ABIEU L 336 S. 1). Die Visumbefreiung gilt jeweils nur für Inhaber biometrischer Reisepässe. Sie gilt jedoch **nicht für Inhaber serbischer Reisepässe**, die von der **serbischen Koordinationsdirektion** (auf *Serbisch: Koordinaciona uprava*) ausgestellt wurden.



Die **Koordinaciona uprava** ist dem serbischen Innenministerium zugeordnet und u.a. zuständig für die Erteilung von Pässen für Personen, die im Kosovo - insb. im Westen des Kosovo, in Metochien - leben. Zu den näheren Gründen s. Entw. zur VO 1244/2009/EG KOM (2009) 366 endg. v. 15.7.2009 Seite 7.

### Schengen-Regelungen in der neuen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG (AVV)

Auf zwei begrüßenswerte Regelungen zum Schengen-Recht in der neuen **AVV** (GMBl. v. 26.10.2009 S. 878) möchten wir aufmerksam machen. Nach **Nr. 6.1.8.2 AVV** können „Positiv-“ und „Negativstaater“ unmittelbar nach einem längerfristigen Aufenthalt visumfrei wieder nach D einreisen bzw. ein Schengen-Visum erhalten. Um ihnen eine (angeblich) nach Schengen-Recht grds. zuvor erforderliche Ausreise (a.A. Westphal/Stoppa S. 209 „Ausreise nicht erforderlich“) zu ersparen, **ist aber auf Antrag** und soweit die Einreisevoraussetzungen (Art. 5 SGK, § 5 AufenthG, kein Missbrauch) erfüllt sind **i.d.R.** eine AE nach § 7 I S. 3 AufenthG für **drei Monate** zu erteilen. Nach **Nr. 6.1.8.3 AVV** kann ein „Positivstaater“ als D-Visum-Inhaber vor Gültigkeitsbeginn des Visums visumfrei nach D einreisen und sich bis zu 3 Monaten vor Gültigkeitsbeginn des D-Visum in D aufhalten.

**Beispiel:** Eine argentinische Studentin besitzt ein D-Visum zum Studium, gültig ab 01.03.2010. Sie reist aber bereits am 15.01.2010 nach D, um sich hier schon einmal umzusehen.

### Vertrag von Lissabon

Am 01.12.2009 ist der **Vertrag von Lissabon in Kraft** getreten. Er hat das bestehende Rechtsgefüge der bestehenden Verträge (EU-Vertrag, EG-Vertrag und Euratom-Vertrag) geändert. Während der EU- und der Euratom-Vertrag ihre Bezeichnung behalten, heißt der EG-Vertrag nun **Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)**. Damit wird die EU weiterhin auf den bekannten - aber inhaltlich geänderten - Verträgen beruhen. Der EU-Vertrag und der AEUV in den jetzt geltenden Fassungen sind abgedruckt unter ABIEU v. 09.05.2008 C 115 S. 1 ff. Die bisherige EG wird nicht mehr als Organisation mit eigenem Namen existieren. Die EU wird die Funktion der EG übernehmen und erhält eine eigenständige Rechtspersönlichkeit. Völkerrechtliche Verträge werden nun im Namen der EU geschlossen.

Neben den genannten Verträgen sind **35 Protokolle** und ein **Anhang mit 2 Tabellen** sowie die **Charta der Grundrechte der EU** Bestandteil des **Primärrechts** der EU. Zudem wird die EU gem. Art. 6 II EUV der EMRK beitreten. Diesen Rechtsquellen sind **65 Erklärungen** sowie **Erläuterungen zur Charta der Grundrechte** beigegeben, die keine Verbindlichkeit aufweisen, aber als Interpretationshilfe herangezogen werden können.

Als **wesentliche Änderungen** gegenüber dem bisherigen EU-Recht sind insbesondere zu nennen:

- Es besteht nun das Amt eines **Präsidenten des Europäischen Rates**. Er wird jeweils für zweieinhalb Jahre vom Europäischen Rat ernannt (erster Amtsinhaber ist *Herman Van Rompuy*).
- Es besteht nun das Amt eines **Hohen Vertreters für Außen- und Sicherheitspolitik** („Außenminister der EU“). Der Amtsinhaber wird vom Europäischen Rat ernannt. Er ist zugleich Vizepräsident der Kommission (erste Amtsinhaberin ist *Catherine Ashton*).
- Es wird ein (zZt im Aufbau befindlicher) **Europäischer Auswärtiger Dienst**, („Außenministerium“) eingerichtet, der besetzt wird mit Beamten der EU-Kommission, des EU-Ratssekretariats und der diplomatischen Dienste der Mitgliedstaaten.
- Das **Europäische Parlament ist gestärkt**, indem es mehr Zuständigkeiten bei der Gesetzgebung erhalten hat.
- Bei der Gesetzgebung gibt es mehr **Mehrheitsentscheidungen im Rat der EU**. Ab 2014 wird zudem die doppelte Mehrheit als Abstimmungsverfahren eingeführt (d.h. eine Mehrheit ist erreicht, wenn mindestens 55 % der Mitgliedstaaten, die zudem mindestens 65 % der EU-Bevölkerung repräsentieren, zustimmen). Damit reduziert sich die Möglichkeit der Blockade von EU-Rechtsakten durch einzelne Mitgliedstaaten („quasi Veto-Recht“).

Für die **Grenzpolizei** dürften folgende Änderungen von besonderer Bedeutung sein: Das 3 Säulen-Modell besteht nicht mehr. Die EU kann nun auch im **Bereich des Strafrechts** (u.a. Angleichung bestimmter Strafnormen mit grenzüberschreitender Dimension u.a. Menschenhandel, Drogen- u. Waffenschmuggel) und der **polizeilichen Zusammenarbeit** (u.a. grenzüberschreitenden Verfolgungsmaßnahmen insb. Observation und Nacheile) eigenständig durch Verordnungen und Richtlinien **verbindliche Regelungen** treffen.

Durch Verordnung kann eine **Europäische Staatsanwaltschaft** eingesetzt werden, die für die Bekämpfung von Straftaten zum Nachteil der EU zuständig und anstelle der nationalen StA Anklage vor den nationalen Gerichten erheben kann. Ihre Zuständigkeit kann auf schwere Kriminalität mit grenzüberschreitender Dimension erweitert werden. Als **Rechtsakte** werden weiterhin die unmittelbar geltende **Verordnung** und die umsetzungsbedürftige **Richtlinie** erlassen und – anstelle der bisherigen Entscheidungen - **Beschlüsse** gefasst, die den jeweiligen Adressaten unmittelbar binden. Daneben gibt es weiterhin unverbindliche **Empfehlungen** und **Stellungnahmen**. Im Bereich der **Außen- und Verteidigungspolitik** bleibt es aber im Wesentlichen bei einer Regierungszusammenarbeit, in der Beschlüsse gefasst werden, die grundsätzlich nur die Regierungen binden. Für die Rechtsentwicklung dürfte die „**Machtverschiebung**“ von den Mitgliedstaaten hin zur EU und dort vom (Minister-) Rat hin zum Europäischen Parlament und zur Kommission bedeutsam sein. Durch das **Urteil des BVerfG** zum Lissaboner Vertrag (v. 30.06.2009 u.a. Az. 2 BvE 2/08) und die daraufhin erfolgten Änderungen der Gesetze über die Zusammenarbeit von Bundesregierung, Bundesrat, Bundestag sowie Bund und Länder (BGBl 2009, 3022 ff.) wird auch - zu Lasten der Bundesregierung - die Einflussnahme von Bundestag und Bundesrat gestärkt. Im Rat der EU können nun auch im Bereich des **Asyl- und Strafrechts** durch Mehrheitsentscheidungen - d.h. ggf. gegen den Willen einzelner EU-Staaten - verbindliche Rechtsakte erlassen werden. Teilweise bestehen hier aber noch befristete Übergangsregelungen. Die **Kompetenzen des EuGH** werden **erweitert** - insb. kann er nun auch im Bereich des Drittstaaten-, Asyl- und Schengen-Rechts von Gerichten der 1. Instanz angerufen werden. Insider erwarten im Hinblick auf diese Verschiebung der Einflussmöglichkeiten zunächst heftige Irritationen und Auseinandersetzungen zwischen **einerseits dem Rat** und den dort agierenden **Regierungs- und Ministerialbeamten** der Mitgliedstaaten und **andererseits dem EU-Parlament** und der **Kommission**.

Für die **Grenzpolizei** sind mittelfristig Änderungen des **Asylrechts**, des **Schengen-, Visa- und Grenzregimes** (Aufbau eines integrierten Grenzschutzes) und der **grenzüberschreitenden polizeilichen und strafrechtlichen Zusammenarbeit** zu erwarten. Der Vertrag von Lissabon wird mittelfristig entscheidende Auswirkung für die Grenzbehörden der EU-Staaten in Bezug auf die **Rechtsgrundlagen**, die **Aufbau- und Ablauforganisation** und die **Einsatzräume** haben.

### Der Visa-Kodex

Der Visakodex (VO 810/2009/EG v. 13.07.2009 ABIEU L 243 S. 1) ist am **05.10.2009** formal in Kraft getreten. Er ist aber erst (mit einigen Ausnahmen - vgl. Art. 58 III - V) ab dem **05.04.2010** anzuwenden. Der Visakodex (VK) regelt im Wesentlichen:

- Erteilung von Schengen-Visa,
- Erteilung von Flughafenvisita,
- Erteilung von Ausnahme-Schengen-Visa an der Grenze,
- Verlängerung, Annullierung und Aufhebung von Schengen-Visa,
- Datenrechtliche Bestimmungen insbesondere im Hinblick auf das Visa-Informationssystem (VIS),
- sowie den Rechtsschutz in Bezug auf Visa.

Er richtet sich somit vornehmlich an die **Auslandsvertretungen** und **Grenzbehörden**. Die Bestimmungen über die Verlängerung, Annullierung und Aufhebung von Visa betrifft aber auch die **Ausländerbehörden**. Das Visa-Informationssystem (VIS), auf das der VK in zahlreichen Bestimmungen Bezug nimmt, wird aber nicht vor Ende 2010 seinen Wirkbetrieb aufnehmen. Damit sind viele Bestimmungen des Visa-Kodex faktisch noch nicht anwendbar.

**Sachlich** betrifft der VK **Schengen-Visa** (d.h. Visa für geplante Aufenthalte von höchstens drei Monaten pro Sechs-Monatszeitraum) und **Flughafenvisita**. Visa für längerfristige Aufenthalte („Typ D“) unterliegen weiterhin dem nationalen Recht.

Der VK enthält auch einige Regelungen für Visa, die **drittstaatsangehörige Familienangehörige** von EU-Bürgern nach Maßgabe des Art. 5 II RL 2004/38/EG benötigen. Doch bleibt das Freizügigkeitsrecht dieser Personen unberührt (Art. 1 II a VK). Die meisten materiellen Erteilungsvoraussetzungen, die der VK für die Erteilung von Schengen-Visa vorsieht, gelten daher nicht für die Erteilung von Visa für freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige von EU-Bürgern. Das Gleiche gilt entsprechend auch für Familienangehörige von Isländern, Liechtensteinern, Norwegern und Schweizern.

**Räumlich** gilt der VK in den **Schengen-Vollanwenderstaaten**. Das sind (mit Ausnahmen) die **EU Staaten** sowie **Island, Norwegen** und die **Schweiz**. Er gilt aber nicht in **Großbritannien** und **Irland** und in **Dänemark** erst, wenn Dänemark die Regelung in nationales Recht umsetzt (womit zu rechnen ist). In **Bulgarien, Liechtenstein, Rumänien** und **Zypern** gilt er **erst**, wenn diese Staaten das Schengenrecht voll anwenden.

Die wesentlichen **Aufhebungen** und **Änderungen**:

- **Der VK ersetzt insb. Art. 9 – 17 SDÜ**, die **VO 415/2003/EG** (über AV-Erteilung) und die **Gemeinsame Konsularische Instruktion** (GKI).
- **Art. 18 SDÜ** wird geändert (durch Art. 56 II e und einen weiteren Rechtsakt, der noch zum 05.04.2010 in Kraft treten soll). Art. 18 verweist dann nur darauf, dass Visa für den längerfristigen Aufenthalt (Visa Typ D) nach Maßgabe des nationalen Rechts erteilt werden. Das **Durchreiserecht** für Inhaber nationaler Visa **entfällt**.
- Die Regelung über **Visa „Typ D + C“ entfällt**. Dafür wird der Inhaber eines gültigen nationalen Visums Typ D künftig 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 (RatsDok. 7094/09 und 7097/09 v. 02.03.2009).
- Das **Flughafenvisum** (Visum „Typ A“) wird mit EU-Verordnungsrang (d.h. erstmals mit Gesetzeskraft) geregelt. Da der VK die Regelungen über die Flughafenvisumpflicht abschließend regelt, ist § 26 AufenthV nicht mehr anzuwenden.
- Visa zum Zweck der **Durchreise** werden künftig wie Visa für Kurzaufenthalte als Visa „Typ C“ bezeichnet, die Bezeichnung Visa „**Typ B**“ entfällt damit.
- **Sammel-Visa** und **Sammel-Ausnahmevisa** (insb. bedeutsam für Seeleute) werden künftig nicht mehr erteilt.
- Die Drittstaaten, deren Staatsangehörige im Fall eines Visumsantrags eine Entscheidung über den Antrag erst nach einer **Konsultation** der zentralen Behörden anderer Schengen-Staaten erhalten dürfen, sind zu **veröffentlichen**. Bislang war die Liste der „konsultationspflichtigen Staaten“ der Öffentlichkeit nicht zugänglich.
- **Neuregelung** bezüglich **Verlängerung, Annullierung, Aufhebung** von Visa.
- Neuregelungen über eine **Reisekrankenversicherung**
- Anforderungen an die **Visierfähigkeit von Reisedokumenten**

**Voraussetzung für die Erteilung** des Schengen-Visums ist – wie bisher – dass der Ausländer die Voraussetzungen des **Art. 5 I a, c bis e SGK** erfüllt. Es werden aber sowohl die Nachweis- und Darlegungspflichten des Ausländers als auch der Prüfungsumfang der Erteilungsbehörden detaillierter als bisher geregelt. Ein einheitliches – auf das VIS abgestelltes – **Antragsformular** zur umfangreichen Datenerhebung wird eingeführt. Neu ist auch, dass das **Reisedokument** grds. mindestens 2 leere Seiten aufweisen, innerhalb der vorangegangenen 10 Jahre ausgestellt worden und mindestens noch 3 Monate nach der geplanten Ausreise aus dem Schengen-Gebiet gültig sein muss. Grundsätzlich ist auch eine Reisekrankenversicherung mit einer Mindestdeckungssumme von 30.000 Euro erforderlich.

Bei der **Prüfung des Reisezwecks** ist insbesondere zu beurteilen, ob das Risiko der **rechtswidrigen Einwanderung** besteht, ob der Ausländer eine Gefahr für die Sicherheit der Schengen-Staaten darstellt und ob er beabsichtigt, vor Ablauf der Gültigkeitsdauer des beantragten Visums das Schengen-Gebiet zu verlassen. (Art. 21 I VK). Das Visum ist bei Nichterfüllung der Voraussetzungen des Art. 5 I a bis e SGK grds. **zu verweigern**, insb. wenn **begründete Zweifel** an der **Glaubwürdigkeit** seiner Aussagen oder der von ihm bekundeten Absicht bestehen, das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vor Ablauf der Gültigkeit des beantragten Visums zu verlassen. Unbenommen bleibt in diesen Fällen aber weiterhin die Erteilung eines räumlich auf den Ausstellerstaat - und (neu) ausnahmsweise auch auf mehrere Staaten - beschränktes Visum (Art. 25 VK).

Für Staatsangehörige bestimmter Drittstaaten (u.a. Albanien, Russland, Ukraine) gelten hier allerdings vorrangig die Regeln der **Visa-Erleichterungsabkommen** (26. Erwägungsgrund VK; siehe auch Report Nr. 16 und 17). Diese regeln abschließend die **Nachweisforderungen für bestimmte Reisezwecke**, ohne dass diesbezüglich eine weitere Begründung, Einladung oder Bestätigung erforderlich ist. Als **Ausgleich** für diese insoweit eingeschränkte Zweckprüfung und das sich daraus möglicherweise ergebende höhere Risiko einer unerwünschten Zuwanderung wurden mit diesen Staaten ebenfalls **Rückübernahmeabkommen** geschlossen, die gleichzeitig mit den Visa-Erleichterungsabkommen in Kraft traten.

Die **EU-Kommission** hat – zum Teil gegen **erhebliche Widerstände** einzelner Mitgliedstaaten (darunter auch Deutschland) – deutliche **Verbesserungen des Rechtsschutzes** und der **Transparenz** im Zusammenhang mit der Visumerteilung und – Verweigerung durchgesetzt. So sind die **Entscheidung** über die **Verweigerung** und die entsprechende **Begründung** dem Antragsteller unter Verwendung eines Standardformulars mitzuteilen. Das gilt auch für die Verweigerung des Ausnahmevisums an der Grenze. Antragstellern, deren Visumantrag abgelehnt wurde, steht zwingend ein Rechtsmittel zu (Art. 32 III VK). **§§ 77 II, 83 I AufenthG** sind insoweit **obsolet**. Gegen die schriftlich zu begründende Visumverweigerung stehen dem Ausländer künftig der (Verpflichtungs-) **Widerspruch** und die **Verpflichtungsklage** offen.

Zudem soll bei „**bona fide**“ Reisenden – ausdrücklich auch einschl. **Seeleuten** – großzügiger von der Möglichkeit der **Erteilung von Jahresvisa** (bis zu 5 Jahren) Gebrauch gemacht werden.

Derzeit werden unter Federführung der EU-Kommission Hinweise zur Anwendung des VK in der Praxis – ein „**practical handbook**“ – ausgearbeitet (vgl. Art. 51 VK).

### Buchtip: Praxisorientiertes Ausländerrecht



Eine bemerkenswerte **Sammlung von Praxisfällen** zum **Ausländerrecht** haben die Polizeipraktiker **André Weiß** und **Sebastian Weibenberger** verfasst. In **53 Fällen** (einfach bis kompliziert) mit **Lösungen** und zahlreichen **farbigen Abbildungen** von Pässen, Visa und anderen Dokumenten führen sie durch das Ausländerrecht mit seinen nationalen, europa- und schengenrechtlichen Bezügen. Die Fälle decken weitestgehend die Fallkonstellationen ab, mit denen es die **Polizei bei der Kontrolle von Ausländern** zu tun hat.

Das Buch ist 2009 im Boorberg Verlag erschienen (ISBN 978-3-415-04169-1) und kostet 29 Euro.

### Erteilung von Ausnahme-Visa an der Grenze

Gem. Art. 35, 36 VK können an der Grenze **Schengen-Ausnahme-Visa (AV)** für **eine oder mehrere Einreisen** und einer Nutzungsdauer von insg. max. **15 Tagen** erteilt werden. Die Einreisevoraussetzungen gem. **Art. 5 I SGK** müssen erfüllt sein und es muss dem Ausländer **nicht möglich gewesen** sein, im **voraus ein Visum** zu beantragen. Zudem muss er - ggf. unter Vorlage von Belegen - **unvorhersehbare zwingende Einreisegründe** geltend machen.

Weiterhin sind die **allgemeinen Visa-Erteilungsvoraussetzungen** des VK zu beachten – soweit sie in dieser Ausnahmesituation **sinnlogisch** erfüllbar sind (insb. Zuständigkeiten, Antragserfordernis, Gebühren, Bestimmungen der Visa-Erleichterungsabkommen, Anforderungen an die Visierfähigkeit des Reisedokuments, Regeln über das Ausfüllen und Anbringen des Visums). Für die **Durchreise** ist eine **Reisekrankenversicherung (RKV)** **nicht** erforderlich, im Übrigen **kann** von dem Erfordernis einer RKV abgesehen werden (vgl. Art. 35 II VK).

Ein AV kann mit **räumlich beschränkter Gültigkeit** erteilt werden, wenn nicht alle Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind oder eine Konsultation (Art. 22 VK) nicht durchgeführt werden kann. Hier kann – insb. bedeutsam für **Seeleute** zum **Ab- und Anmustern** – auch ein räumlich für **zwei oder mehr Schengen-Staaten** gültiges AV erteilt werden, wenn die betroffenen Staaten dem zustimmen.

Anders als noch gem. §§ 77 II, 83 I AufenthG ist die Verweigerung des AV schriftlich zu **begründen**. **Widerspruch** und **Klage** sind möglich.

### Fristenberechnung : Tag der Einreise

Im **Gesetzgebungsverfahren** zum **Visakodex** (RatsDok. 15560/1/06 v. 04.12.2006 S. 12) hat die EU-Kommission unter Berufung auf den Juristischen Dienst des Rates auf die EU-Vorschriften über Fristen verwiesen (vgl. VO 1182/71/EWG-Euratom v. 3. Juni 1971 ABIEWG L 124 v. 08.06.1991 S. 1). Ist danach für den Anfang einer nach Tagen bemessenen Frist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem **ein Ereignis** eintritt oder eine Handlung vorgenommen wird, so wird bei der Berechnung dieser Frist **der Tag nicht mitgerechnet**. Löst also der Tag der Einreise die Frist der **Aufenthaltsdauer in Tagen** aus, so ist der **Tag der Einreise nicht** mitzuzählen (so auch Westphal/Stoppa S. 160).

### EU-Kommission: Keine Pass-Mitführungspflicht bei Reisen im Schengen-Gebiet

Die Frage, inwieweit bei **Binnengrenzübertritten** innerhalb des Schengen-Gebiets eine **Mitführungspflicht für Pässe** besteht, ist strittig. Der **VGH Kassel** (InfAuslR 2004, 141) ist der Ansicht, die Passmitführungspflicht diene dazu, im Rahmen des grenzüberschreitenden Verkehrs die ausländerrechtliche Rechtmäßigkeit der Einreise kontrollieren zu können, und dieser Zweck sei nach Wegfall der Binnengrenzkontrollen nicht mehr zu erfüllen. **Wir** haben (mit VG Frankfurt, U. v. 21.07.2004 - 1 E 2479/04; Funke-Kaiser in GK-AufenthG § 13 Rn 11; Wenger in Storr/Wenger/Eberle/u.a., § 13 AufenthG Rn 4.) **dieser Auffassung widersprochen** und eingewendet, dass die Mitführungspflicht beim Grenzübertritt auch sicherstellt, dass der Betroffene seine Identitätsdokumente nach Deutschland mitnimmt und so kurzfristig Zugriff auf sie hat (Westphal/Stoppa S. 96 f). Der Betroffene ist dann im Fall von Inlandskontrollen (auch wenn nach deutschem Recht im Inland keine Pflicht besteht, einen Pass, Passersatz oder Personalausweis ständig bei sich zu führen) in der Lage, in angemessener Zeit die Dokumente vorzuweisen (vgl. § 48 I AufenthG). Nun informiert allerdings die **EU-Kommission** in ihrer **offiziellen Homepage** die EU-Bürger darüber, dass **ein Pass** für Reisen innerhalb des Schengen-Gebiets **nicht erforderlich** ist ([http://ec.europa.eu/internal\\_market/benefits\\_de.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/benefits_de.htm))

**Darin heißt es:** *Leichteres Reisen und Einkaufen*  
EU-Bürger können durch einen Großteil der EU reisen, ohne einen Pass mit sich führen oder für Grenzkontrollen anhalten zu müssen. ...

Auch wenn die EU-Kommission das Schengen Recht nicht verbindlich auslegen kann, so hat diese Information doch insoweit **rechtliche Bedeutung**, als EU-Bürgern, die sich auf der offiziellen Homepage der EU über ihre Rechte und Pflichten informieren und sich entsprechend verhalten, kaum der Vorwurf gemacht werden kann, **fahrlässig** oder **gar vorsätzlich** entgegen § 8 I Nr. 1, 9 III FreizügG/EU beim Grenzübertritt einen Pass nicht mitgeführt zu haben. **Auch Drittausländer**, die legal in der EU leben, werden aus dieser Information ableiten, dass auch für Sie keine Mitführungspflicht besteht. Die EU-Staaten sollten hier umgehend die Rechtslage mit der EU-Kommission klären.

### Wiederaufnahme von Binnengrenzkontrollen an ehemaligen Gemeinschaftskontrollstellen

Im Rahmen von sportlichen oder politischen Großereignissen haben D (Fußball-WM 2006, G8-Gipfel 2007) und andere Schengen-Staaten (u.a. AU Fußball-EM 2008; F Nato-Gipfel 2009; DK Klimagipfel 2009) in den letzten Jahren befristet Grenzkontrollen (GK) an den Schengen-Binnengrenzen durchgeführt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob diese GK auf dem **Hoheitsgebiet des Nachbarstaats** auf der Grundlage der „alten“ Abkommen über die Gemeinschaftsabfertigung (AbkGA) durchgeführt werden können (z.B. in Skorzelec/PL bei Görlitz gem. AbkGA D-PL v. 10.02.1994, BGBl. 1994 II S. 265 oder in Weil/D gem. AbkGA Schweiz v. 01.06.1961, BGBl. 1962 II S. 879).

Die AbkGA haben **Gesetzeskraft** (durch ZustimmungG gem. Art. 59 II GG) und ermöglichen es daher, im Rahmen der Grenzabfertigung deutsches Recht - insb. **Eingriffbefugnisse** - auf fremden Hoheitsgebiet anzuwenden. Zudem gilt das deutsche **Strafrecht** für Delikte, die im Zusammenhang mit der Grenzabfertigung stehen (Näheres dazu Westphal/Stoppa S. 102 ff). Daran wird deutlich, dass die Frage, ob eine GK im Nachbarstaat zulässig ist, davon abhängt, ob die AbkGA **noch gelten** oder nicht. Es obliegt nicht etwa den Behörden des Nachbarstaats, im Einzelfall die GK auf ihrem Gebiet zu gestatten oder zu verweigern.

Mit der Vollanwendung des Schengen-Rechts an einer Schengen-Binnengrenze dürfen keine GK mehr durchgeführt werden, sodass auf den Plätzen (früherer) Gemeinschaftskontrollstellen im Nachbarstaat keine Kontrollen oder sonstige Rechtseingriffe getätigt werden dürfen. Rechtseingriffe wären nur im Zusammenhang mit einer **Grenzabfertigung** erlaubt, die aber an den Schengen-Binnengrenzen gerade nicht mehr stattfindet. Insoweit schließt das Schengen-Recht die Rechtsanwendungsmöglichkeiten aus, die die AbkGA ansonsten erlauben.

Die AbkGA wurden zwar nicht gekündigt. Das Völkerrecht kennt aber – wie das nationale Recht – auch den **Wegfall der Geschäftsgrundlage** (*clausula rebus sic stantibus*) als Grund für die Beendigung eines Vertragsverhältnisses (zur *clausula* siehe den Beitrag von **Matthias Mickei** auf unserer homepage [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de) unter Erläuterungen).

Von dem Wegfall der Geschäftsgrundlage kann ausgegangen werden, wenn eine **grundlegende Änderung** der Umstände eintritt, die dem Vertrag ursächlich zu Grunde liegen. Ob dies mit dem Wegfall der GK an den Schengen-Binnengrenzen eingedenk der Option der befristeten Wiederaufnahme der Kontrollen der Fall ist (siehe dazu Mickei aaO) **kann aber dahin gestellt bleiben**. Denn für den Fall, dass eine Vertragspartei sich auf die *clausula* berufen will, **muss** sie den andern Vertragspartner unter Angabe von Gründen davon **unterrichten** (i.d.R. durch Notifikation). Dieses ist ausdrücklich in Art. 65 Wiener Vertragsrechtskonvention (BGBl.1985 II, 927) vorgeschrieben – die in allen Schengen-Staaten verbindlich ist. Einige AbkGA regeln eine solche Unterrichtungspflicht auch selbst (so z.B. Art. 26 III AbkGA D-Pl). Überdies gehört die *clausula* zum Völkergewohnheitsrecht und ist schon daher für alle Völkerrechtssubjekte verbindlich. Soweit ersichtlich hat sich aber bislang kein Vertragsstaat eines mit D geschlossenen AbkGA auf die *clausula* berufen und eine erforderliche Unterrichtung (Notifikation) vorgenommen. Somit gelten die AbkGA weiter und erlauben es, im Fall der Wiederaufnahme der Binnengrenzkontrollen, diese auf dem Gebiet des Nachbarstaats durchzuführen. Voraussetzung ist die rechtskonforme Wiederaufnahme der GK (siehe dazu Westphal/Stoppa S. 112 f) nach Maßgabe der VO 562/2006/EG (Schengener-Grenzkodex). Eine diesen Vorgaben nicht entsprechende Wiederaufnahme wird allerdings i.d.R. zur Rechtswidrigkeit der Maßnahmen der deutsche Grenzpolizei im Nachbarstaat führen.

Wenngleich die (völker-) rechtliche Lage die Wiederaufnahme von GK auf dem Hoheitsgebiet des Nachbarnstaats zulässt, besteht doch **Regelungs- und Handlungsbedarf**. So sind zwar noch einige „alte“ Gemeinschaftsabfertigungsanlagen als grenzpolizeiliche Kontakt – oder Überstellungsdienststellen in Betrieb und ermöglichen ohne weiteres wieder die Durchführung von GK. Andere ehemalige Plätze der Gemeinschaftskontrolle wurden jedoch abgebaut oder so umgestaltet (u.a. Abriss/Verkauf von Grenzabfertigungsgebäuden), dass sie faktisch nicht mehr für GK geeignet sind. Daher sollten Verhandlungen aufgenommen werden, um die rechtlichen Konsequenzen aus den veränderten Umständen zu ziehen (Kündigung oder Änderungskündigungen der AbkGA).

### Kein Freizügigkeitsrecht für Rückkehrer bei sog. „Dänemarkehe“

Der EuGH (U. v. 07.07.1992 „Singh“ Rs. C-370/90) hat aus dem primärrechtlich verankerten Freizügigkeitsrecht (FZR), ein **Rückkehrrecht** für **drittausländische Familienangehörige** (dFamA) anerkannt, die mit dem EU-Bürger, von dem sie ihr FZR ableiten, in einen anderen EU-Staat gezogen sind und anschließend wieder in den EU-Ausgangsstaat zurückkehren. Dabei muss dem rückkehrenden dFamA die Einreise in den Ausgangsstaat und der Aufenthalt dort nach Maßgabe des FZR gewährt werden. In weiteren Urteilen (insb. EuGH U. v. 09.01.2007 „Jia“ Rs. C-1/05; U. v. 11.12.2007 „Eind“ Rs. C-291/05; U. v. 25.07.2008 „Metock“ Rs. C-127/08) erfolgten dazu weitere Klarstellungen.

Bislang hat weder die EU noch der nationale Gesetzgeber dazu Vorschriften erlassen, sodass dieses Recht nur als reines „**Urteilsrecht**“ besteht und eine Reihe Fragen offen sind. Fraglich ist insb., welche Bedingungen an den Aufenthalt in einem anderen EU-Staat gestellt sein müssen, um ein Rückkehrrecht zu begründen. Unzweifelhaft dürfte es nach der Rspr. des EuGH (U. v. 23. 09. 2003 „Akriche“ Rs. C-109/01 und „Metock“ aaO) ausreichen, wenn sich der EU-Bürger für sechs Monate als Arbeitnehmer in einem andern EU-Staat aufgehalten hat. Kürzlich mussten sich aber mehrere **deutsche Verwaltungsgerichte** mit der Frage befassen, ob auch die kurzfristige Inanspruchnahme einer Dienstleistung, insb. der Aufenthalt zum Zweck der **Eheschließung in Dänemark** (sog. **Dänemarkehe**“) ausreicht.

**Beispiel:** Ein Deutscher reist mit seiner thailändischen Partnerin von D nach DK und schließt dort mit ihr die Ehe. Nach zwei Tagen kehrt das Ehepaar zurück und beruft sich auf das Rückkehrrecht.

Das **VG Darmstadt** (B. v. 23.09.2009 5 L 557/09.DA [2] – juris) und das **VG Düsseldorf** (B. v. 10.09.2009 – 27 L 2043/08 – juris) haben das Entstehen des FZR für den rückkehrenden Drittausländer **hier** mit ausführlichen – und wie wir meinen – zutreffenden Begründungen **verneint**. Entscheidendes Argument ist, dass für den EU-Bürger oder den dFamA durch die Inanspruchnahme des FZR **kein Hindernis** für die Rückkehr entstehen darf, das zu einer Verschlechterung des Einreise- und Aufenthaltsrechts und ggf. des familiären Zusammenlebens führen würde. Das ist aber bei einem lediglich kurzfristigen Auslandsaufenthalt zur Eheschließung nicht der Fall.

**Anmerkungen:** Die Verschlechterung der Rechtsposition durch Umzug ins Ausland folgt im deutschen Recht u.a. bereits aus § 51 I Nr. 6 AufenthG, wonach der AT eines Ausländers grundsätzlich (Ausnahmen bestehen) erlischt, wenn er aus einem „*nicht nur vorübergehenden Grund*“ ausreist. Das ist bei einem Umzug oder sonstiger Verlagerung des Lebensmittelpunkts ins Ausland der Fall, **allerdings nicht** bereits bei einem Auslandsaufenthalt zwecks Urlaub, Besuch, Einkaufsfahrt oder Eheschließung. Die **Dauer des Aufenthalts** in einem anderen EU-Staat dürfte aber **nicht allein** das entscheidende Kriterium für das Entstehen eines Rückkehrrechts sein. Es entsteht auch, wenn ein EU-Bürger mit einem dFamA in der ernsthaften Absicht, als Arbeitnehmer oder um sich selbständig zu machen in einen andern EU-Staat zieht, aber bereits kurz darauf arbeitslos wird oder die Unternehmensgründung scheitert und beide daher wieder zurückkehren.

**Beispiel:** Ein Deutscher zieht mit seiner ukrainischen Ehefrau nach PL. Sie beziehen dort eine Wohnung und eröffnen eine Finanzberatungsagentur. Bereits nach acht Wochen stellen sie fest, dass das Unternehmen aufgrund der unvorhergesehenen Finanzkrise keinen ausreichenden Gewinn abwirft. Daraufhin kehren sie wieder nach D zurück. In diesem Fall wäre – trotz des relativ kurzen Aufenthalts in PL – ein Rückkehrrecht nach EuGH „Singh“ anzunehmen.

### Das Flughafentransitvisum im Visakodex

Das Flughafentransitvisum (FTV) ist Teil der Anfang der 1980er Jahre entwickelten Strategie, **Flüchtlinge am Erreichen der Grenzen der EU-Staaten zu hindern**. Einmal im Kontakt mit den Grenzbehörden hätten sie die Möglichkeit, um Asyl nachzusuchen und so Zugang zum Hoheitsgebiet eines EU-Staats zu erlangen. Die BReg. hat dieses 1980 damit begründet, dass ein befürchteter **massenweiser Andrang von Flüchtlingen verhindert oder jedenfalls soweit wie möglich eingeschränkt werden soll** (vgl. BVerwG v. 14.04.1992 1 C 48/89). Zu der Strategie gehört es ebenfalls, Sichtvermerkplicht für Staatsangehörige von Staaten einzuführen, aus denen Flüchtlinge nach Europa kommen. Eckpfeiler dieser Strategie sind die **Beförderungsverbote** für Beförderungsunternehmer im Luft- und Seeverkehr (heute §§ 63, 64 AufenthG; vgl. auch Art. 26 SDÜ und RL 2001/51/EG), die unter Androhung von Sanktionen Passagiere grundsätzlich nur in einen EU-Staat befördern dürfen, wenn diese die für diesen EU-Staat erforderlichen Einreisedokumente besitzen.

**Eine Lücke** würde sich aber ergeben, wenn der Flughafentransit ohne FTV erfolgen dürfte. Dann wäre es Flüchtlingen möglich, sich Einreisedokumente von Drittstaaten zu besorgen, eine Flugroute über einen EU-Flughafen zu wählen, den Zustieg durch Vorlage der für den vermeintlichen Dritt-Zielstaat vorhandenen Einreisedokumente zu erwirken und den Transitaufenthalt zum Kontakt mit den Grenzbehörden des EU-Staats zur Stellung eines Schutzersuchens zu nutzen. In der amtlichen Begründungen zur Flughafentransitvisumpflicht wird die **Asylrelevanz aber nicht angesprochen**, vielmehr allgemein auf die **Verhinderung illegaler Einwanderung** (vgl. 5. Erwägungsgrund Visakodex) abgestellt. Im Visakodex und den Gesetzesmaterialien taucht – soweit ersichtlich – das Wort Flüchtling oder Asyl an keiner Stelle auf. Die Asylrelevanz dieser Regelung wird aber durch die betroffenen Staaten deutlich bezeugt (u.a. Afghanistan, Irak, Somalia, Sri Lanka), aus denen gemeinhin nicht etwa illegale Arbeitskräfte (etwa Bauarbeiter, Spargelstecher oder Erdbeerpflücker) in die EU kommen, sondern Flüchtlinge.

Fraglich ist, ob die EU eine FTV-Pflicht überhaupt – und wenn – aufgrund welcher **Rechtsgrundlage** regeln darf. Der EuGH (U. v. 12.05.1998 – Rs. C-170/96) hatte 1998 entschieden, dass die EU **keine Kompetenz** in der **1. Säule zur Regelung des Flughafentransits** hat, da im Flughafentransit **kein Außengrenzübertritt** erfolgt. Eine Regelungsbefugnis kann demnach nicht der Kompetenz zur Regelung für Visa für den Außengrenzübertritt entnommen werden (seinerzeit Art. 100 c EGV-1993 später Art. 62 II b EGV-1999). Dementsprechend nimmt Art. 2 der **VO 539/2001/EG** das FTV ausdrücklich von den Visa zum Überschreiten der Außengrenzen aus, ebenso die **VO 415/2003/EG** über die Visa-Erteilung an der Grenze. Auch das **SDÜ kennt kein FTV**, denn es regelte in Art. 11 SDÜ die Visumerteilung für **ein** oder **mehrere** Einreisen, nicht aber für den Flughafentransit, bei dem gerade **keine Einreise** erfolgen soll.

Lediglich im Rahmen der **Regierungszusammenarbeit in der 3. Säule** waren europäische Beschlüsse zu diesem Bereich möglich – und mit der Gemeinsamen Maßnahme – betreffend den Transit auf Flughäfen (96/197/JI v. 04.03.1996 ABIEG v. 13.03.1996 Nr. L 63/8) auch erfolgt. Diese Maßnahme musste dann im nationalen Recht umgesetzt werden (zu der rechtstechnisch verunglückten Umsetzung in Deutschland durch § 26 AufenthV vgl. Funke-Kaiser in GK-AufenthG § 4 Rn 54 „*missverständlich wenn nicht gar unsinnig*“ und Westphal-Stoppa S. 238 f).

Auch die **EU-Kommission** geht davon aus, dass das FTV **kein Visum** im eigentlichen Sinne ist und nicht unter den Begriff Visa im Sinne von Art. 62 Nr. 2 b EGV 1999 fällt. Vielmehr handelt es sich bei diesem Visum um eine Genehmigung, die Drittstaatsangehörigen vor deren Durchreise durch die Transitzonen der Flughäfen der Mitgliedstaaten erteilt wird, **um illegale Einreisen** zu verhindern.

Die EU-Kommission sieht aber eine Rechtsgrundlage für eine solche Transitgenehmigungspflicht in Art. 62 II a EGV-1999, indem für das **Überschreiten der Außengrenzen** Normen und Verfahren im Zusammenhang mit den Grenzkontrollen und der Verhinderung der illegalen Einwanderung geregelt werden können (vgl. Entw. Visakodex KOM [2006] 403 endg v. 19.07.2006 S. 5). Da auch Art. 62 II a EGV-1999 nur das Überschreiten der Außengrenzen betrifft, ist angesichts der Rechtsprechung des EuGH (aaO) – der den fehlenden Außengrenzübertritt als zentrales Argument für die Ablehnung der Flughafentransit-Visa-Kompetenz angeführt hat – sehr zweifelhaft, ob auf diese Norm eine Regelungskompetenz gestützt werden kann.

Da es aber bei der Flughafentransitregelung **ersichtlich um eine Zugangsbeschränkung für Asylbewerber** und andere **Flüchtlinge** geht, wäre – **der Wahrheit entsprechend** – eine Rechtsgrundlage in Art. 63 EGV-1999 zu suchen und (soweit man, was auch zu bezweifeln ist, hierfür eine Kompetenz herauszulesen vermag) sich dann auch offen mit den rechtlichen und moralisch/politischen Wirkungen auseinanderzusetzen. Dabei wird auch zu diskutieren sein, ob es überhaupt erforderlich ist, eine pauschale Zugangsbeschränkung für Flüchtlinge aus bestimmten Staaten vorzusehen, da einem möglichen Missbrauch von Schutzersuchen auch durch Vorprüfungen an der Grenze (z.B. in einem Flughafenverfahren – oder ähnliche Verfahren nach Maßgabe Art. 35 RL 2005/85/EG – Asylverfahrensrichtlinie – in weniger einschneidender Form und differenzierter entgegengewirkt werden kann.

Es gibt es gute Gründe anzunehmen, dass die FTV-Pflicht ohne oder mit unzutreffender primärrechtlicher Grundlage im Visakodex geregelt wurde und daher einer Klage vor dem EuGH nicht standhalten wird.