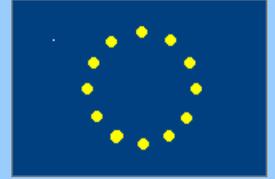




REPORT

Ausländer- und Europarecht

Informationsblatt
von Volker Westphal und Edgar Stoppa



Report Ausländer- und Europarecht Nr. 23

Dezember 2010

VG München: Zurückschiebung bei freiwilliger Ausreise rechtsstaatswidrig

Ein Russe (R) reiste von Österreich aus unerlaubt nach D ein und wollte über den Flughafen München nach Moskau fliegen. Trotz der - ausdrücklich nicht bestrittenen - von R beabsichtigten unverzüglichen **freiwilligen Ausreise**, wurde gegen ihn die Zurückschiebung (ZS) verfügt, die das Einreiseverbot gem. § 11 I S. 1 AufenthG auslöst. Zudem wurde sein Pass mit einem Zurückschiebungsvermerk versehen. Für den Kläger entstand der Eindruck, dass die ZS ausschließlich dem Zweck gehabt habe, **Fallzahlen** zu produzieren. Der gegen die ZS eingelegte Widerspruch wurde als unzulässig und unbegründet zurückgewiesen.

Das **VG München** (v. 22.11.2010 M 10 K 10.185) führte aus, dass die ZS schon deshalb nicht gerechtfertigt war, weil der R **freiwillig ausreisen wollte** und ein weiterer Aufenthalt in D nicht beabsichtigt war. Entgegen der von der Bundespolizei vertretenen Auffassung sind nicht nur die in Nr. 57.1.7 AVV-AufenthG beispielhaft genannten Fälle zu berücksichtigen, um von einer ZS abzusehen. Vielmehr ist dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** und insb. dem **Element der Erforderlichkeit** stets Rechnung zu tragen. Es ist deshalb aus **rechtsstaatlichen Gründen** grundsätzlich nicht zulässig, eine Zwangsmaßnahme zu ergreifen, wenn der Betroffene seiner rechtlichen Verpflichtung in vergleichbarer Weise freiwillig nachkommen will. Die verfügte ZS diente letztlich nur dazu, das Einreiseverbot gem. § 11 I s. 1 AufenthG zu bewirken. Eine ZS mit dieser Zielrichtung ist jedoch grundsätzlich unzulässig. Darüber hinaus wies das Gericht darauf hin, dass ein **Widerspruch** gegen eine ZS **nicht etwa unzulässig** ist, weil sie bereits durchgeführt wurde und damit erledigt wäre. Der Widerspruch ist zulässig, solange noch **Vollzugsfolgen** wie die Einreiseperrre fortbestehen.

Volltext des Beschlusses unter www.westphal-stoppa.de

Entwicklungen im Visa-Bereich

Ab dem **15.12.2010** können Staatsangehörige von **Albanien** sowie **Bosnien und Herzegowina**, sofern sie **biometrische Pässe** besitzen, zu Kurzaufenthalten visafrei in die Schengen-Staaten reisen (siehe VO 1091/2010/EU, ABLEU v. 14.12.2010 L 329 S. 1). Zudem ist die Einführung der Visabefreiung für Staatsangehörige von **Taiwan** und den **Nördlichen Marianen** in Vorbereitung (KOM [2010]358 end. v. 05.07.2010). Die EU-Kommission führt u.a. an, dass von Taiwan nur eine sehr geringe Gefahr der illegalen Einwanderung ausgeht und sich die Sicherheit taiwanesischer Dokumente verbessert habe. Die Nördlichen Marianen sind ein Außengebiet der USA. Die Bürger der Nördlichen Marianen sind im Besitz US-amerikanischer Pässe und unterliegen damit als Staatsbürger der USA nicht mehr der Visumpflicht. Das Inkrafttreten dieser Visabefreiung dürfte für **Anfang 2011** zu erwarten sein.

Zum **Visumerleichterungsabkommen mit Georgien** (Text: Kom. [2010]198 end. v. 05.05.2010 - vgl. auch Report Nr. 22 S. 1) hat die EU am 23.11.2010 einen Beschluss zur Unterzeichnung gefasst. Der Abschluss eines **Rückübernahmeabkommens** mit Georgien steht aber noch aus. Das Erleichterungsabkommen und die darin geregelte **Visabefreiung für Inhaber georgischer Diplomatenpässe** sollen aber nicht früher als das Rückübernahmeabkommen in Kraft treten.

Wirkungen der Rückführungsrichtlinie ab 24.12.2010

Die Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG = RüFüRL - siehe Report Nr. 22 S. 2) wird **nicht fristgerecht** zum **24.12.2010** umgesetzt sein, das Umsetzungsgesetz kaum vor April 2011 in Kraft treten.

1. Unmittelbare Anwendbarkeit: Nach der Rspr. des EuGH kommt Normen einer nicht fristgerecht umgesetzten RL nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbare Wirkung zu, wenn sie von ihrem Inhalt her **bedingungslos** und **hinreichend bestimmt** sind, um auf den Einzelfall angewendet werden zu können („self-executing“) und dem Einzelnen **subjektiv - öffentliche Rechte** einräumen oder jedenfalls seine **rechtlichen Interessen** schützen sollen. Daher werden zum 24.12.2010 einige Regelungen der RL unmittelbar anwendbares Recht werden und Einfluss auf ausländerrechtliche Maßnahmen haben. Besonders betroffen sind die Abschiebung und die Zurückschiebung.

2. Räumliche Geltung: Die RüFüRL gilt sowohl für Ausländer, die sich im Rahmen eines Kurzaufenthalts illegal im Schengen-Gebiet aufhalten, als auch für Ausländer, die sich nach einem längerfristigen Aufenthalt nicht mehr legal in einem EU-Staat aufhalten. Sie gehört daher nur teilweise zum Schengener-Besitzstand. **Alle EU - Staaten** - auch Bulgarien, Rumänien und Zypern - sind an die RüFüRL gebunden, mit **Ausnahme von GB und Irland, Island, Norwegen** und die **Schweiz** sind nur in Bezug auf die Schengen-Regelungen an die RüFüRL gebunden. **Dänemark** ist nicht an die RüFüRL gebunden, beschließt aber in Bezug auf die Schengen-Regelungen innerhalb von 6 Monaten nach Annahme der RüFüRL, ob es diese Regelungen in dänisches Recht umsetzt.

3. Allgemeines: Bei der RüFüRL steht die Förderung der **freiwilligen Ausreise** im Vordergrund. Besteht keine Veranlassung zu der Annahme, dass das Rückkehrverfahren dadurch gefährdet wird, ist die freiwillige Rückkehr der Rückführung vorzuziehen. In der Regel ist dann eine **Rückkehrenscheidung** (Art. 6 I, 7 RüFüRL) zu erlassen mit einer Ausreisefrist von **7- 30 Tagen**. Die RüFüRL gilt erst, wenn der Aufenthalt des Ausländers **nicht mehr legal** ist und es um seine Rückführung geht. Sie enthält keine Vorgaben oder Regelungen für die **Ausweisung**. Da die bloße Nicht(mehr)erfüllung des Art. 5 I SGK nicht zwingend auch zur Ausreisepflicht gem. § 50 I AufenthG führt, bedarf es ggf. einer Maßnahme, die den bestehenden Aufenthaltstitel beseitigt.

Beispiel: Ein „Negativstaater“ hält sich mit einem gültigen Schengen-Visum in Deutschland auf. Es wird festgestellt, dass er von Frankreich im SIS zur Einreiseverweigerung **ausgeschrieben** ist. Damit liegt ein **illegaler Aufenthalt** im Sinne der RüFüRL vor. Das Schengen-Visum muss nun i.d.R. **annulliert oder aufgehoben** werden (vgl. Art. 34 Visakodex). Erst dann setzt die Ausreisepflicht ein.

4. Wichtige Änderungen ab dem 24.12.2010: Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit bestimmter Normen der RL ist ab dem 24.12. 2010 zu beachten:

4.1 Haftregelungen: Bei Abschiebungs-, Zurückweisungs- oder Zurückschiebungshaft müssen die Haftregelungen der Art. 16, 17 RüFüRL beachtet werden (insb. Haft grds. in speziellen Hafteinrichtungen, Zugang zu den Hafteinrichtungen für NGOs, Trennung von Strafgefangenen, Begünstigungen bei Haft von Angehörigen einer Familie).

4.2 Bestimmte Sperrwirkungen entfallen: Durch die zeitliche Begrenzung von Einreiseverboten auf i.d.R. 5 Jahre gem. Art. 11 II RüFüRL **entfallen ab 24.12.2010 automatisch** alte Sperrwirkungen aus § 11 I AufenthG, sofern sie **bewirkt wurden** ausschließlich durch eine **Abschiebung** oder **Zurückschiebung** und sie **5 Jahre** oder länger bestanden haben. Die Sperrzeiten vor Ablauf der Umsetzungsfrist sind anzurechnen (vgl. etwa die Auslegung der RüFüRL in EuGH U. v. 30.11. 2009 „Kadzoev“ Rs - C-357/09 Rn 34 ff.). Eine andere Auslegung wäre mit dem Sinn und Zweck der RüFüRL unvereinbar.

Beispiel: Ein Serbe wurde im Mai 2005 nach unerlaubter Einreise zurückgeschoben. Nach dem 24.12.2010 kommt er - nun mit biometrischem Pass - als visumfreier „Positivstaater“ zur Einreise. Die Sperre ist nicht mehr beachtlich.

Da die RüFüRL **nicht für Ausweisungen** gilt, kann sie keine unmittelbare Wirkung in Bezug auf Sperrzeiten entfalten, die aufgrund einer **Ausweisung** erfolgt sind. Wenn im Einzelfall (eher in Fällen der Ausweisung als bei bloßen Abschiebungen / Zurückschiebungen) aus Gründen der öffentlichen Sicherheit eine längere Sperre geboten wäre (Art. 11 II RüFüRL), hätte diese in den 2 Jahren der Umsetzung erfolgen müssen bzw. müsste danach vor Ablauf von 5 Jahren vorgenommen werden.

Fortsetzung nächste Seite

Eine Aufrechterhaltung der Sperre lediglich aufgrund der Nichtbegleichung von **Rückführungskosten** ist mit der RüFüRL nicht vereinbar.

Die nicht mehr wirksamen Einreisesperren müssen aus dem **SIS** entfernt werden. D kann ansonsten gegenüber einem Drittausländer, dem aufgrund einer rechtswidrigen SIS-Ausschreibung das Visum verweigert wird oder der zurückgewiesen wird, **schadensersatzpflichtig** werden.

4.3 Entstehen des Einreiseverbots: Ein Einreiseverbot (Wiedereinreisesperre) darf **nicht** wie bisher gem. § 11 I AufenthG als **Rechtsfolge** einer Abschiebung oder Zurückschiebung **automatisch** entstehen (vgl. Franßen-de la Cerda ZAR 2009, 17 [20]). Es ist nach den Umständen des Einzelfalls zu entscheiden „**ob**“ und ggf. für „**wie lange**“ ein Einreiseverbot festgelegt wird (vgl. Art. 11 RüFüRL).

Art. 3 Nr. 6 der RüFüRL ist insoweit eindeutig. Danach ist ein „Einreiseverbot“ die **behördliche** oder **richterliche** Entscheidung oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird und die mit einer Rückkehrentscheidung einhergeht.

Die zuständige Behörde hat demnach in Form eines **Verwaltungsakts** festzulegen, ob und ggf. für wie lange ein Einreiseverbot bestehen soll.

Die zuständige Behörde muss daher ab dem 24.12.2010 im Falle der Zurückschiebung über ein **Einreiseverbot entscheiden**. Das Einreiseverbot muss schriftlich festgelegt und begründet werden und ist mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu versehen (Art. 12 I RüFüRL). Ein Widerspruch gegen das Einreiseverbot hat **aufschiebende Wirkung** (Art. 13 II RüFüRL, § 80 I S. 1 VwGO). Eine Regelung, die die aufschiebende Wirkung aufhebt (vgl. § 80 II S. 1 Nr. 3 VwGO) besteht nicht.

Es ist aber **fraglich**, ob die zuständigen Behörden derzeit – dem Vorbehalt des Gesetzes genügend – eine **Befugnis** zur Festlegung des Einreiseverbots zur Verfügung haben. Allenfalls wäre für die Bundespolizei denkbar, übergangsweise bis zur Schaffung einer solchen Befugnis, ein Einreiseverbot auf § 14 I BPolG zu stützen.

Es sollte ermessenslenkende **innerdienstliche Vorgaben** für die Festlegung und die Bemessung von Einreiseverboten geben.

4.4. Zurückschiebung (ZS): Eine ZS, wie bisher in § 57 AufenthG geregelt, wäre nur zulässig gegenüber einem Ausländer, der im unmittelbaren zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit einem **Schengen-Außengrenzübertritt** aufgegriffen oder abgefangen wird (vgl. Art. 2 II a RüFüRL). Aus den Entwürfen der RüFüRL geht hervor (u.a. RatsDok v. 12.11.2007 Nr. 14783/07 S. 14), dass Aufgriffe, die den Zeitraum von 72 Stunden nach der unerlaubten Einreise über die Außengrenze wesentlich überschreiten und/oder räumlich außerhalb des Außen-Grenzraumes liegen, für eine ZS nicht mehr in Betracht kommen. Da die deutschen Landgrenzen keine Schengen-Außengrenzen mehr sind, scheidet diese Möglichkeit praktisch weitestgehend aus. Es verbleiben lediglich wenige Einzelfälle der unerlaubten Einreise über einen See- oder Flughafen.

Nach einer unerlaubten Einreise über die **Schengen-Binnengrenzen** kann eine ZS durch die BPOL nur noch erfolgen (vgl. Art. 6 III RüFüRL), wenn

- die BPOL für die ZS zuständig ist
- der Ausländer nicht freiwillig ausreisen wird und
- ein Schengen-Staat den Ausländer aufgrund eines Rückübernahmeabkommens wieder aufnimmt.

Ansonsten kann der Ausländer nur noch nach Maßgabe der RüFüRL **abgeschoben** werden.

4.5. „Sur place Rückführung“: Auch wenn die RüFüRL es unter bestimmten Voraussetzungen zulässt, dass ein Ausländer von einem Schengen-Staat in einen anderen Schengen-Staat zurückgeschoben wird, sollte klar gestellt werden, dass grundsätzlich vorrangig die „**sur place Rückführung**“ anzustreben ist, also die **direkte Aufenthaltsbeendigung aus dem Schengen-Gebiet** heraus. Damit soll vermieden werden, dass Personen, die ohnehin das Schengen-Gebiet verlassen müssen, zwischen den Staaten **hin und hergeschoben** werden (vgl. dazu Nanz, ZAR 1994,99 [104]), was meist jeweils mit Freiheitsbeschränkungen / Freiheitsentziehungen einhergeht. Dieses Grundprinzip wohnte bereits dem Art. 23 I SDÜ inne und sollte nicht durch eine andere Auslegung der RüFüRL aufgeweicht werden.

Beispiel 1: Der Peruaner (P) kommt mit einem seit 5 Tagen abgelauften Schengen-Visum aus den NL nach D und wird auf dem Bahnhof Stuttgart festgestellt. P will seinen Bruder in D noch für 3 Tage besuchen. Er hat bereits ein Rückflugticket von Stuttgart nach Peru gebucht. An seiner Absicht, in 3 Tagen aus dem Schengen-Gebiet auszureisen, besteht kein Zweifel. Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sind nicht erkennbar. Es ist daher eine Rückkehrentscheidung (Art. 6 I, RüFüRL) zu treffen und dem P eine Ausreisefrist von mind. 7 Tagen einzuräumen (die es ihm faktisch noch ermöglicht, seinen Bruder wie geplant zu besuchen). Weitere aufenthaltsbeendende Maßnahmen sind nicht zu treffen. Unberührt bleibt die Strafverfolgung im Hinblick auf die unerlaubte Einreise nach D.

Eine ZS in die NL ist hier – auch im Hinblick auf Art. 6 III RüFüRL – grds. nicht zulässig, da der Betroffene **freiwillig** das Schengen-Gebiet verlassen will und die Freiwilligkeit Vorrang vor Zwangsmaßnahmen hat (Erwägungsgründe Nr. 3 und 10; Art. 7 RüFüRL).

Beispiel 2: Der Russe (R) reist illegal über die Schengen-Außengrenze nach PL und weiter über die polnisch-deutsche Grenze unerlaubt nach D. Er wird im Grenzraum von der BPOL aufgegriffen. Da erhebliche Zweifel bestehen, dass der R freiwillig wieder ausreist, wird er im Rahmen des deutsch-polnischen Rückübernahmeabkommens zur Überstellung angeboten. PL willigt in die Überstellung ein. R kann nach PL zurückgeschoben werden. Die BPOL hat festzulegen, ob und ggf. für wie lange ein Einreiseverbot verhängt wird.

Unberührt bleibt der Vorrang einer Rückführung in einen Schengen-Staat, in dem der Ausländer sich **aufhalten darf** (vgl. Art. 6 II RüFüRL; siehe dazu auch Report Nr. 7 S. 2).

5. Verfahrensvorschriften: Ab dem 24.12.2010 gelten die Verfahrensgarantien der Art. 12 bis 14 der RüFüRL mit Ausnahme der Bestimmungen zur Prozesskostenhilfe, die erst zum 24.12.2011 umzusetzen sind (vgl. Art. 13 IV, 20 I der RüFüRL). Das bedingt die Schaffung neuer – auch **fremdsprachlicher** – **Vordrucke** bzw. **Informationsblätter**, vgl. insb. Art. 12 II und III der RüFüRL.

6. Grenzabschiebung: Der Entw. z. RLUMsG sieht vor, dass die BPOL künftig für **Abschiebungen an der Grenze** zuständig sein soll (§ 71 III Nr. 1 a u. b AufenthG), soweit der Ausländer bei oder nach der unerlaubten Einreise über eine Schengen-Binnengrenze aufgegriffen wird oder er bereits unerlaubt eingereist ist, sich danach weiter fortbewegt hat und in einem anderen Grenzraum oder auf einem als Grenzübergangsstelle zugelassenen oder nicht zugelassenen Flughafen bzw. Flug- oder Landeplatz, See- oder Binnenhafen aufgegriffen wird.

Sichtvermerksabkommen D - USA schon 1995 gekündigt

Überrascht haben wir erfahren, dass das SV-Abk. D-USA von 1953 bereits **1995 gekündigt** wurde. Aufgrund eines Ablageversehens im zust. Ministerium war die Kündigung nicht mehr gegenwärtig, als zum 01.06.1999 die DVAuslG1990 geändert wurde, um die SV-Abk. im Hinblick auf Kurzaufenthalte zu berücksichtigen. SV-Abk. können als Verwaltungsabkommen nach Art. 59 II GG i.d.R. ohne Zustimmungsgesetz geschlossen werden und in Kraft treten. Daher sind weder Abschluss noch Kündigung der SV-Abk. veröffentlichungsbedürftig, sofern nicht Rechtsfolgen direkt an die Abk. geknüpft werden sollen (wie 1999 durch die DVAuslG u. später durch die AufenthV geschehen). Daher wusste auch die einschlägige Fachliteratur nichts von der Kündigung, die erst kürzlich wieder „entdeckt“ wurde (vgl. zu dem ähnlichen Vorgang mit dem Notenwechsel D-Brasilien Report Nr. 18 S. 2). Der Entwurf zum RLUMsG sieht nun die Streichung der USA aus der Anlage A der AufenthV vor. Bereits jetzt sind Voraufenthaltszeiten von US-Amerikanern auf den Kurzaufenthalt anzurechnen, denn ein SV-Abk. steht dem nicht entgegen (vgl. § 16 AufenthV).

Beispiel: Ein US-Amerikaner hat sich bereits 2 Monate touristisch in den NL aufgehalten und will jetzt noch Freunde in D besuchen. Er darf sich nun nur noch 1 Monat in D aufhalten. Der Voraufenthalt in NL ist hier anzurechnen. Will er jedoch nach D reisen, um hier längerfristig zu bleiben – z.B. zu einem Studium – findet ein Zweckwechsel hin zum langfristigen Aufenthalt statt. In dem Fall ist der US-Amerikaner aufgrund von § 41 I AufenthV berechtigt, sich volle 3 Monate ohne AT in D aufzuhalten. Voraufenthaltszeiten in anderen Schengen-Staaten sind dann nicht anzurechnen.

Das Bestimmtheitsgebot gebietet es aber grds. davon auszugehen, dass bei Aufenthaltsverstößen, die begangen wurden, weil der US-Amerikaner die Regelung des § 16 AufenthV für anwendbar hielt, keine vorsätzliche Straftat vorliegt.

Urteile zum Reiserecht gem. Art. 21 SDÜ

VG Regensburg: Rechtswirkung der Liste der Schengen-Aufenthalts Titel

Ein erst jetzt bekannt gewordenes Urteil des VG Regensburg (U. v. 17.07.2008 RN 9 K 08.00697 – juris) befasst sich mit der Frage welcher nationale Aufenthaltstitel das Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ auslöst. Der Kläger verfügte über ein Dokument, das ihn zur Wiedereinreise nach und zum Aufenthalt in Österreich berechtigte, aber nicht auf der Liste von Aufenthaltstiteln gemäß Art. 2 Nr. 15 SGK stand. Das Gericht misst den in der polizeilichen Praxis herangezogenen Listen über die AT **keine rechtliche Bindungswirkung zu**. Unter Berufung auf Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei 3. Aufl., führt das Gericht aus: „Es empfiehlt sich daher anhand der einschlägigen Rechtsvorschrift, nämlich des Schengener Durchführungsübereinkommens, der darin enthaltenen Legaldefinition und des nationalen österreichischen Rechts zu bestimmen, ob der Kläger einen Aufenthaltstitel im Sinne des Schengener Durchführungsübereinkommens hatte oder nicht (im Ergebnis ebenso Westphal/Stoppa, a.a.O., S. 338).“

VG München: Art. 21 I SDÜ und selbständige Tätigkeit

Nach VG München (U. v. 27.07.2010 M 10 K 09.3655) kann ein Dritt Ausländer (hier: Serbe), der mit einer Daueraufenthalts erlaubnis in der Tschechischen Republik (CZ) selbständig tätig ist, sich **nicht** auf die grenzüberschreitende Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn er als Subunternehmer für ein anderes tschechisches Unternehmen in D tätig werden will (kein „Vander-Elst Fall“, da er nicht dem tschechischen Unternehmen angehört). Durch die Aufnahme der selbständigen Tätigkeit (Erwerbstätigkeit) sah das Gericht den Bußgeldtatbestand des § 98 III Nr. 1 AufenthG verwirklicht und das Recht aus Art. 21 I SDÜ erloschen.

Anmerkung: Etwas anderes hätte gegolten, wenn der Serbe - nicht wie wohl dem Urteil zugrunde liegt - als „Ein-Mann Unternehmen“ tätig ist, sondern Teilhaber einer **Gesellschaft tschechischen Rechts** mit Sitz in der CZ gewesen wäre. Dann hätte er sich auf das Freizügigkeitsrecht berufen können, denn gem. Art. 54, 62 AEUV (ex. 48, 55 EGV) stehen für die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit die nach den Rechtsvorschriften eines EU-Staats gegründeten Gesellschaften, die ihren satzungsmäßigen Sitz innerhalb der EU haben, den natürlichen Personen (= EU-Bürger) gleich.

BGH zum Reiserecht gem. Art. 21 II SDÜ

In einem Urteil zur Anhörungspflicht im Rahmen der Abschiebungshaft hat sich der BGH (B. v. 17.06.2010 V ZB 3/10 – juris) **auch mit dem Reiserecht gem. Art. 21 II SDÜ befasst**. In der ausländerrechtlichen Praxis spielt das Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ eine große Rolle, hingegen ist die Regelung in Art. 21 II SDÜ **nahezu unbekannt**. Art. 21 I SDÜ knüpft das Reiserecht an den Besitz eines gültigen nationalen Aufenthaltstitels. Art. 1 SDÜ sowie Art. 2 Nr. 15 VO 562/2006/EG definieren, was unter einem nationalen Aufenthaltstitel zu verstehen ist. Hierzu zählt **ausdrücklich nicht** die **befristete Zulassung** zum Aufenthalt in einem Schengen-Staat im Hinblick auf die Behandlung eines **Asylbegehrens**. Der betroffene Ausländer hatte in Italien Asyl beantragt und war im Besitz einer „*Permesso di soggiorno provvisorio per richiesta asilo politico ai sensi della Convenzione di Dublino*“, die in Italien als **vorläufige Aufenthaltserlaubnis** zur Beantragung von politischem Asyl gilt. Italien hat diesen Titel der EU gemeldet und angemerkt, dass er nicht das Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ auslöst (vgl. ABIEG Nr. C 247 v. 13.10.2006 S. 10).

Diese „Permesso“ ist aber - wie die deutsche Aufenthaltsgestattung - als **vorläufiger Aufenthaltstitel im Sinne des Art. 21 II SDÜ** zu werten. Der Ausländer war zudem im Besitz eines **italienischen Fremdenpasses** (dessen Gültigkeit noch zu prüfen war). Gem. Art. 21 II SDÜ können Dritt Ausländer, die Inhaber eines von einem Schengen-Staat ausgestellten vorläufigen AT und eines von diesem Staat ausgestellten Reisedokuments sind, sich aufgrund dieser Dokumente bis zu drei Monate in einem Zeitraum von sechs Monaten frei im Schengen-Gebiet bewegen, sofern sie die in Art. 5 I a, c und e der VO 562/2006/EG aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste des betroffenen Schengen-Staats stehen. Damit sollen auch **Asylbewerber** während des Asylverfahrens **Reisen innerhalb des Schengen-Gebiets** ermöglicht werden.

Der Status des Betroffenen könnte – auf deutsche Verhältnisse bezogen - etwa einem Asylbewerber entsprechen, der neben einer Bescheinigung über seine Aufenthaltsgestattung gem. § 6 Nr. 4 AufenthV einen Reiseausweis für Ausländer ausgestellt bekommen hat, damit er - z.B. aus dringenden humanitären Gründen - während seines Asylverfahrens ins Ausland reisen kann.

Lohnbeitreibung zugunsten illegal Beschäftigter

Bis zum 20.07.2011 ist auch die RL 2009/52/EG über Mindeststandards für Sanktionen und Maßnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmäßigen Aufenthalt beschäftigen umzusetzen. Nach Art. 6 IIa der RL muss es Ausländern, die entgegen § 4 III S. 2 AufenthG beschäftigt waren, möglich sein, ausstehende Vergütung unter Einhaltung der im nationalen Recht vorgesehenen Verjährungsfrist einzuklagen und eine entsprechende gerichtliche Entscheidung – auch nach erfolgter Abschiebung oder **Zurückschiebung** – vollstrecken zu lassen. Gem. Art. 13 der RL muss D sicherstellen, dass Dritte, die gem. den im innerstaatlichen Recht festgelegten Kriterien ein berechtigtes Interesse daran haben, für die Einhaltung dieser RL zu sorgen, sich entweder im Namen illegal beschäftigter Ausländer oder zu deren Unterstützung mit deren Einwilligung an Verwaltungs- oder zivilrechtlichen Verfahren, die zur Umsetzung dieser RL vorgesehen sind, beteiligen können. Diese Unterstützung von Ausländern bei der Einreichung von Beschwerden gilt **nicht als Beihilfe** zum unerlaubten Aufenthalt. Zudem sehen die EU-Staaten Regelungen vor, wonach sie - für die Dauer von Strafverfahren gegen Arbeitgeber - den durch sie illegal beschäftigten Ausländern befristete AT erteilen können, wenn die Beschäftigung mit besonders ausbeuterischen Arbeitsbedingungen einherging oder die Beschäftigten minderjährig waren. Die Betroffenen sind über diese Rechte **„systematisch und objektiv zu informieren“**. Dies kann zB dadurch gewährleistet werden, dass die zuständige Behörde dem Ausländer ein Merkblatt über diese Rechte in einer ihm verständlichen Sprache aushändigt. Nach dem RLUMsG soll diese Unterrichtungspflicht in § 59 VIII AufenthG geregelt und in § 57 AufenthG darauf verwiesen werden.

Schon nach geltendem Recht besteht ungeachtet des rechtswidrigen Aufenthalts und auch ohne schriftlichen Arbeitsvertrag mit der Arbeitsaufnahme ein **„faktisches Arbeitsverhältnis“**, aus dem sich ein **Lohnanspruch** für die erbrachte Leistung ergibt. Dieser Anspruch kann unabhängig vom Aufenthaltsstatus gerichtlich eingeklagt werden (vgl. 8. Bericht über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, BT- Drs. 17/2400 v. 07. 07. 2010 Nr. 2.8.5.) Dieser Lohn ist also nicht etwa der „Beute“ aus einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit gleich zu setzen und unterliegt auch **nicht dem Verfall**. Allerdings kann er bei der Erhebung von Sicherheitsleistungen (§§ 132 StPO, 46 I OWiG, §§ 66 V AufenthG) berücksichtigt werden.

Beispiel: Bei der Ausreisekontrolle auf dem Flughafen Hamburg wird eine Russin festgestellt, die mit einem inzwischen abgelaufenen Schengen-Visum Typ C zum Besuchsaufenthalt 6 Monate in D illegal als Pflegekraft in einem Privathaushalt gearbeitet und dafür 1500 Euro Lohn bekommen hat. Im Hinblick auf den Verdacht nach § 95 I a, II Nr. 2 und 95 VI AufenthG, wird – angesichts ihrer Vermögensverhältnisse unter Berücksichtigung des erhaltenen Lohns – gem. § 132 StPO eine Sicherheitsleistung von 300 Euro erhoben. Ein weiterer Zugriff auf die 1500 Euro erfolgt nicht.

OVG Lüneburg zur Arbeitgeberhaftung

Das OVG Lüneburg (B. v. 09.09.2010 11 LA 433/09) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem ein Ausländer (A) bei einer Kontrolle in einem Imbiss festgestellt wurde. Er war nicht zur Arbeitsaufnahme berechtigt. Das Gericht wurde mit der Behauptung konfrontiert, A hätte die Arbeit vor 1 Stunde erstmals in dem Imbiss aufgenommen. Er solle auch erst Lohn erhalten, wenn der Arbeitgeber sich von seinen Fähigkeiten überzeugt habe. Das Gericht wertete dieses als (übliche) Schutzbehauptung. Es kam aber auf diese Einlassungen auch nicht an, denn für die Heranziehung des Arbeitgebers zu den **Abschiebekosten** ist die Dauer der Beschäftigung nicht ausschlaggebend. Erforderlich ist auch nur - zur Abgrenzung von Gefälligkeithandlungen, die nicht als Erwerbstätigkeit gelten - dass ein Entgelt tatsächlich bei der Aufnahme der Tätigkeit erwartet wird. Zu den Pflichten des Arbeitgebers gehörte es, vor der Einstellung eines Ausländers von sich aus zu prüfen, ob eine Befugnis zum Aufenthalt und auch zur Ausübung der konkreten Erwerbstätigkeit besteht, was immer voraussetzt, dass er sich den **Aufenthaltstitel** bzw. die **Beschäftigungserlaubnis** vorlegen lässt.

Schengen: EU-Kommission zu Binnengrenzkontrollen

Die EU-Kommission hat gem. Art. 38 Schengener Grenzkodex (SGK) dem Europäischen Parlament und dem Rat über die **Anwendung des SGK** berichtet, insbesondere über die Situation an den Binnengrenzen (Bericht v. 13.10.2010 KOM[2010]554).

In einer Presseerklärung* dazu hatte die EU-Kommissarin Malmström geäußert, dass sich Berichte von Reisenden über **systematische Kontrollen** entlang von Binnengrenzen und über Hindernisse (sog. „Speed-Limits“) für den flüssigen Verkehr mehrten. Sie beanstandete, dass die vorübergehenden Wiederaufnahmen von Binnengrenzkontrollen zu spät angekündigt werden. Frau Malmström kündigte an, dass die Kommission verstärkt durch **unangekündigte Inspektionen** prüfen will, ob die einstigen Grenzkontrollen tatsächlich abgeschafft wurden.

In dem Bericht ersucht die Kommission die Mitgliedstaaten, in Anbetracht des **EuGH Urteils „Melki“** (U. v. 22.06.2010 verb. Rs. C-188/10, C-189/10 siehe Report Nr. 22 S. 1), etwaige nationale Rechtsvorschriften, die den Polizeibehörden besondere Befugnisse in Gebieten nahe der Binnengrenzen einräumen, entsprechend anzupassen.

Die Kommission macht auch Aussagen zur **Abgrenzung von unzulässigen Binnengrenzkontrollen zu zulässigen Polizeikontrollen**. Für zulässig erachtet sie z.B. die Alkohol-Kontrolle von PKW-Fahrern, die von einer Diskothek nahe der Binnengrenze kommen, wobei gegebenenfalls auch die Identität der Person festgestellt werden muss. Für schwieriger hält sie die Abgrenzung bei Kontrollen, die dazu dienen, die Einwanderungsgesetze durchzusetzen.

Im Hinblick auf die **Pass-Mitführungspflicht** beim **Binnengrenzübertritt** führt die Kommission aus, dass die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, in ihren Rechtsvorschriften die Verpflichtung zum Besitz oder Mitführen von Urkunden und Bescheinigungen vorzusehen, nicht entgegensteht. Wenn sie aber eine solche Pflicht vorschreiben, muss diese jedoch für das **gesamte Hoheitsgebiet** oder auch die Gebiete entlang der Außengrenzen gelten. Dem ist zu entnehmen: Besteht für Aufenthalte **im Hoheitsgebiet keine Mitführungspflicht**, dann darf sie auch **nicht für den Binnengrenzübertritt** gelten. Danach sind die entsprechenden Mitführungspflichten und Sanktionsvorschriften gem. dem PassG, AufenthG und FreizügG-EU für Binnengrenzübertritte **nicht mehr anwendbar** (siehe auch Report Nr. 21 S. 3).

Für den Fall der Wiederaufnahme der Binnengrenzkontrollen vertritt die Kommission die Auffassung, dass eine **Einreise** nur aus Gründen **verweigert** werden darf, die mit der Wiedereinführung der Grenzkontrollen zusammenhängen.

Durch die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen werden aus Binnengrenzen **nicht wieder Außengrenzen**; bestimmte Vorschriften wie das **Abstempeln von Pässen** oder die **Haftung der Beförderungsunternehmen** (BU) finden daher **keine Anwendung**. Die Verpflichtung von BU zur Rückbeförderung von Drittstaatsangehörigen, die sie auf dem Luft-, See- oder Landweg in die EU verbracht haben, gilt nicht für den Verkehr innerhalb des Schengenraums.

* <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/1329>

Sichtvermerksabkommen EU - Brasilien

Der Rat der EU hat die Unterzeichnung zweier Sichtvermerksabkommen mit Brasilien beschlossen. Das eine Abkommen gilt für **Inhaber gewöhnlicher Reisepässe** das andere für **Inhaber von Diplomatenpässen, Dienstpässen** oder sonstigen **amtlichen Pässen** (Texte: RatsDoku 13712/10 und 13708/10v. 28. 09. 2010). Das Inkrafttreten der Abkommen ist wohl erst für Frühjahr 2011 zu erwarten.

Die nachfolgenden Ausführungen gelten für das Abkommen für Inhaber von Reisepässen: Das Abkommen EU-Brasilien ist „**self executing**“, d.h. es stellt unmittelbar die Rechtsgrundlage für die Einreise und den Kurzaufenthalt für Brasilianer in das **im Abkommen näher bezeichnete Schengen-Gebiet** dar. Soweit Brasilianer von diesem Abkommen erfasst werden, sind Aufenthaltszeiten in anderen Schengen-Staaten, für die das Abkommen gilt (z.B. Frankreich - nicht aber Norwegen, Island, Schweiz), auf den Kurzaufenthalt anzurechnen. Nicht anzurechnen sind Aufenthaltszeiten der EU-Staaten, die das Schengen-Recht noch nicht vollständig

weiter nächste Spalte

anwenden (Bulgarien, Rumänien, Zypern und auch nicht Großbritannien und Irland). Vom Abkommen **nicht erfasst** sind Reisen für **längerfristige Aufenthaltsw Zwecke** und **bestimmte Reisezwecke** wie z.B. der Zweck der **Erwerbstätigkeit**, der **Forschung** oder um **religiös** oder **künstlerisch** tätig zu sein.

Die **alte Vereinbarung D - Brasilien** (siehe Report Nr. 18. S. 2) ist mangels Zustimmungsgesetz nicht „self executing“. Sie entfaltet aber - unter der Voraussetzung, dass sie weiterhin in § 16 AufenthV genannt bleibt - die gleiche Wirkung wie bisher für diejenigen Brasilianer, die von dem neuen Abkommen nicht erfasst sind. Insgesamt tritt mit dem Abkommen eine **vergleichbare Rechtslage** ein wie durch die Abkommen mit 6 Inselstaaten - u.a. **Mauritius** (siehe Report Nr. 20 S. 2).

Erlöschensregelung in § 51 IX AufenthG

Zur Umsetzung der RL 2003/109/EG („Daueraufenthaltsrichtlinie“) wurden im August 2007 in § 51 IX Nr. 3 bis 5 AufenthG Regelungen über das Erlöschen von AT eingefügt, die sich dem Rechtsanwender nicht ohne Weiteres erschließen. Danach erlischt die **Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG** (DauerAE-EG - vgl. § 4 I S. 2 Nr. 4 AufenthG) nur wenn

- sich der Ausländer für einen Zeitraum von zwölf aufeinander folgenden Monaten außerhalb des Gebiets aufhält, in dem die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erworben werden kann, oder
- sich der Ausländer für einen Zeitraum von sechs Jahren außerhalb des Bundesgebiets aufhält, oder
- der Ausländer die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten in einem anderen EU-Staat erwirbt.

Damit werden insb. die Regelungen über das Erlöschen einer AT durch Ausreise aus **einem seiner Natur nicht nur vorübergehenden Grund** (§ 51 I Nr. 6 AufenthG) und bei **Abwesenheit** von D für **länger als 6 Monate** (§ 51 I Nr. 7 AufenthG) modifiziert.

Die DauerAE-EG darf nicht mit dem Daueraufenthaltsrecht verwechselt werden, das EU-Bürger und ihre Familienangehörigen gem. Art. 16 RL 2004/38/EG und § 4 a FreizügG-EU erlangen, wenn sie sich 5 Jahre rechtmäßig in einem EU-Staat aufgehalten haben.

Auf die DauerAE-EG haben Drittstaatsangehörige einen Anspruch, wenn sie sich 5 Jahre rechtmäßig in einem EU-Staat aufgehalten haben, der an die RL 2003/109/EG gebunden ist und bestimmte Integrationsvoraussetzungen erfüllen. Da DK, GB und Irland **nicht** an diese RL gebunden sind, hat der Gesetzgeber die Formulierung „**Gebiets ... in dem die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten erworben werden kann...**“ gewählt.

Neben einem erhöhten Ausweisungsschutz berechtigt die DauerAE-EG den Inhaber, in jeden EU-Staat, der an diese RL gebunden ist, auszuwandern und sich dort aufzuhalten. Dort kann er wiederum nach 5 Jahren eine Dauer-EG erlangen. Zieht er in einen solchen EU-Staat, erlischt die DauerAE-EG erst nach 6 Jahren oder wenn er vorher eine DauerAE-EG von diesem Staat erhalten hat. Verlässt er jedoch das Geltungsgebiet der RL, dann erlischt die DauerAE-EG nach 12 Monaten. Die darüber hinaus begünstigenden Regelungen gem. § 51 II bis IV AufenthG (u.a. rechtmäßiger Aufenthalt in D von mind. 15 Jahren und Besitz einer DauerAE-EG) gehen aber vor. Mit dieser RL sollte ein Recht geschaffen werden, das dem der EU-Bürger so weit wie möglich nahekommt.

Beispiele: Eine **Kroatin** lebt seit 6 Jahren in D und hat seit 1 Jahr eine DauerAE-EG. Sie zieht nach Zagreb/Kroatien, nimmt dort für 2 Semester ein Studium auf und kehrt nach 11 Monaten nach D zurück. Die DauerAE-EG ist nicht erloschen. Ein **Russe**, der seit 8 Jahren in D lebt und seit 2 Jahren eine DauerAE-EG besitzt, zieht nach Österreich. Dort erhält er nach 5 Jahren und 3 Monaten eine DauerAE-EG von Österreich. Seine deutsche DauerAE-EG ist damit erloschen. Ein **Serbe** hält sich seit 30 Jahren rechtmäßig in D auf und zieht nun als Rentner in seine alte Heimat nach Belgrad. Er verfügt über eine DauerAE-EG, die trotz Wegzug aus D aufgrund es § 51 II AufenthG nicht erlischt.

Literaturhinweise: Im Report Nr. 22 haben wir die Geltung des Ausländerrechts im Seebereich dargestellt. Für die Binnenschifffahrt liegt nun eine Ausarbeitung von **Albert Resch** über **ausländerrechtliche Regelungen im Donauschiffsverkehr** vor. Sie ist abrufbar unter www.westphal-stoppa.de unter dem Menü „**Erläuterungen**“.

Einen lesenswerten Aufsatz zum Einsatz der Bundespolizei im Rahmen von Frontex hat **Anna Mrozek** in der DÖV (2010, S. 886 ff) mit dem Titel „**Organleihe an den Außengrenzen Europas**“ veröffentlicht.