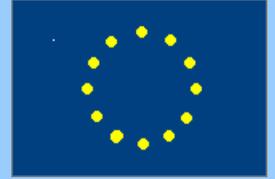




# REPORT

## Ausländer- und Europarecht



Informationsblatt  
von Volker Westphal und Edgar Stoppa

Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24

November 2011

### 2. Richtlinienumsetzungsgesetz in Kraft

Am 26.11.2011 ist das 2. Richtlinienumsetzungsgesetz (2. RLUMsG) in Kraft getreten (BGBl. I S. 2258). Es setzt die RL 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie = RüFüRL) und die RL 2009/52/EG (Sanktionen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige illegal beschäftigen = SanktionsRL) um und passt das deutsche Recht an den Visakodex an. Die Änderungen betreffen das AufenthG, die AufenthV und einige andere Vorschriften.

**Verfristung:** Die Umsetzung ist überfällig, die RüFüRL hätte bereits am 24.12.2010 und die SanktionsRL zum 20.07.2011 umgesetzt sein müssen. Richtlinien entfalten bereits mit Ablauf der Umsetzungsfrist unter bestimmten Voraussetzungen unmittelbare Wirkung, sodass bereits mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist bestimmte Regelungen gelten. Daher ist bei der rechtlichen Bewertung von Sachverhalten ggf. die unmittelbare Wirkung der RL zu berücksichtigen. Gleiches gilt für die ebenfalls nicht rechtzeitig umgesetzte RL 2009/50/EG zur Einführung einer „BlueCard“ für Hochqualifizierte (Umsetzungsfrist 19.06.2011).

**Praktische Auswirkungen:** Im Report Nr. 23 haben wir bereits bedeutsame Auswirkungen der RüFüRL aufgezeigt. Auf den nächsten beiden Seiten erläutern wir einige für die polizeiliche/ausländerrechtliche Praxis bedeutsame Regelungen des neuen Gesetzes.

**Auslegungen:** Von mehreren Rechtsexperten wurden anlässlich der BT-Innenausschussanhörung am 27.06.2011 zum 2. RLUMsG Stellungnahmen abgegeben, die wir - insb. im Hinblick auf die teils kontroversen Ansichten - zur Kenntnisnahme empfehlen.

[http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung10/Stellungnahmen\\_SV/index.html](http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a04/Anhoerungen/Anhoerung10/Stellungnahmen_SV/index.html)

### Entwicklungen im EU-Freizügigkeitsrecht

Bislang galt der Grundsatz, dass drittausländische Familienangehörige von EU-Bürgern ein EU-Freizügigkeitsrecht (FR) lediglich ableiten können, wenn der EU-Bürger selbst von seinem FR Gebrauch gemacht hat. So konnte etwa ein drittausländischer Familienangehöriger eines Deutschen sich nicht auf das FR berufen, wenn der Deutsche niemals von seinem FR Gebrauch gemacht hat. Das FR war auf reine Inlands-sachverhalte nicht anwendbar. Aufgrund der gegenüber dem FR weniger günstigen nationalen Familiennachzugsregelungen ergab sich daraus die sog. „Inländerdiskriminierung“.

In der Entscheidung „**Zambrano**“ hat der EuGH (U. v. 08.03.2011 - Rs. C-34/09) erstmals diesen Grundsatz durchbrochen und den kolumbianischen Eltern eines minderjährigen belgischen Kindes (das in Belgien geboren war, deshalb die belgische StAnG erlangt hatte und mit seinen Eltern dort lebte), ein Bleiberecht und den Zugang zum Arbeitsmarkt nach Maßgabe des FR zugestanden. Der EuGH hat dabei - mit einer äußerst knappen Begründung - dem EU-Bürger einen **Kernbereich** an Rechten zuerkannt, zu dem jedenfalls das Recht gehört, in dem Staat zu leben, dessen Staatsangehörigkeit man besitzt. Dies kann ein Minderjähriger praktisch nur, wenn auch seine Eltern mit ihm in diesem Staat bleiben können. In der mit Spannung erwarteten Folgeentscheidung „**McCarthy**“ erkannte der EUGH (U. v. 05.05.2011 - Rs. C-434/09) allerdings dem indischen Ehegatten einer Britin den Nachzug über das FR **nicht** zu. Die Britin hatte zugleich die irische Staatsangehörigkeit, war in GB geboren und hatte stets dort gelebt, ohne jemals ihr FR in einem anderen EU-Staat ausgeübt zu haben. Auch in der Rechtsache „**Dereci u.a.**“ hat der EuGH (U. v. 15.11.2011 - Rs. C-256/11) klargestellt, dass eine vorübergehende (z.B. zur Durchführung eines Visumsverfahrens), ggf. auch längerfristige Trennung (z.B. als Folge einer Ausweisung) von einem Ehegatten nicht per se den Kernbereich des Unionsbürgerrechts beeinträchtigt. Der Kernbereich dürfte aber berührt sein, wenn der EU-Bürger aufgrund **zwingender Abhängigkeit von Betreuungspersonen** gezwungen wäre, seinen EU-Staat zu verlassen. Neben minderjährigen Kindern könnte das insb. auch auf Behinderte, Kranke und Pflegebedürftige zutreffen.

### Lockerungen und Aufhebungen der Residenzpflicht für Asylbewerber und Geduldete

Eine Reihe von Bundesländern haben räumliche Beschränkungen für Asylbewerber aufgehoben oder gelockert. Einige Länder lassen den vorübergehenden Aufenthalt im gesamten Land zu (z.B. Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen). Andere sehen mehr oder weniger großzügige Lockerungen vor. Lockerungen gibt es zT auch für Geduldete. Diese Neuregelungen sind - über die in § 58 AsylVfG genannten Ausnahmen hinaus - bei Kontrollen im Hinblick auf räumliche Verstöße zu berücksichtigen. Sie können hier nicht im Einzelnen dargestellt werden. Über die aktuellen Entwicklungen informiert aber z.B. die Homepage [www.residenzpflicht.info](http://www.residenzpflicht.info)

### Gesetzestreuere Reisen im Schengener Hoheitsgebiet, ein hoffnungs-(loses)volles Unterfangen?

Sylwester Gawron und Andreas Geißler, zwei Schengen-Experten mit langjährigen Erfahrungen, haben die **Informationspolitik** der EU und verschiedener **Schengen-Staaten** im Hinblick auf die Reiserechte von Drittausländern nach den einschlägigen Schengen-Regelungen untersucht. Im Mittelpunkt stehen die Begrenzungen von Aufenthaltszeiten von höchstens 3 Monaten innerhalb einer Frist von 6 Monaten von dem Tag der ersten Einreise an. Es geht um die Frage, welche Informationen ein Drittausländer im Ausland über öffentlich zugängliche Quellen (z.B. Internetpräsenz der EU oder der Auslandsvertretungen der Schengen-Staaten) erhalten kann, um zu klären, wie oft und ggf. wann er (wieder) in das Schengen-Gebiet einreisen und wie lange er sich dort aufhalten darf. Die Autoren kommen zum Ergebnis, dass die Informationslage insgesamt unterschiedlich, widersprüchlich und unvollständig ist. Im Fall eines rechtswidrigen Verhaltens kann dieses zu einem unvermeidbaren Verbotsirrtum führen. Der **Beitrag** ist auf [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de) abrufbar unter „Erläuterungen“.

### Entwicklungen zum Visumrecht für Türken

Das **OVG Berlin-Brandenburg** (B. v. 13.04.2011 - OVG 12 B 46.09 - juris) hat dem EuGH die Frage vorgelegt, ob die Visumfreiheit für Türken (vgl. EuGH „Soysal“ - siehe Report Nr. 19 S. 1 f. sich auch auf die passive Dienstleistungsfreiheit erstreckt und ob insb. Touristen, aber auch Besucher sich darauf berufen können. Zuvor hatte das **VG München** (U. v. 09.02.2011 - M 23 K 10.1983 die Visumfreiheit für türkische Touristen anerkannt und die Einreiseverweigerung einer Türkin durch die BPol am Flughafen München mangels Visum für rechtswidrig erklärt. Demgegenüber sah das **LG Landshut** (U. v. 11.04.2011 - 5 - Ns 35 Js 28732/08) in einem Strafverfahren die Visumfreiheit im Bereich der passiven Dienstleistungsfreiheit als nicht gegeben an. Betroffen war ein türkischer Geschäftsreisender, der sich länger in D aufgehalten hatte, als das Visum erlaubte. Er wurde aber aufgrund des für ihn unklaren Berechtigungsinhalts des Visums freigesprochen. Das **AG Hannover** (U. v. 07.01.2011 - 286 - DS 123/10) wiederum ging von der Visumfreiheit türkischer Touristen aus, stützte den Freispruch des wegen unerlaubten Aufenthalts angeklagten Türken aber letztendlich auf einen unvermeidbaren Irrtum. Das AG führte aus: „*Da die Frage der Rechtmäßigkeit seines Aufenthaltes schon von deutschen Juristen nicht eindeutig mit Ja oder Nein beantwortet werden kann, kann von einem türkischen Staatsbürger erst recht nicht verlangt werden, dass er die mögliche Strafbarkeit seines Tuns erkennt bzw. erkennen müsste.*“ Am 18.08.2011 entschied das **VG Den Haag** (Middelburg), dass ein türkischer Händler - entsprechend der Rechtslage am 01.01.1973 - für einen Kurzaufenthalt in die NL visumfrei einreisen darf.

### Erläuterungen zu den neuen polizeirelevanten Maßnahmen und Regelungen des Ausländerrechts nach dem 2. RLUMsG

#### Rückkehrentscheidung

Ausgangspunkt für eine aufenthaltsbeendende Maßnahme ist die **Rückkehrentscheidung** (RE). Die RE wurde durch das 2. RLUMsG begrifflich nicht in das AufenthG eingeführt (anders etwa § 52 FPG-Österreich) und keine der im AufenthG bestehenden Rechtsinstitute entsprechen in vollem Umfang der RE. Was eine RE ist, unmittelbar muss somit anhand der Grundkonzeption der RL 2008/115/EG (RüFüRL) bestimmt werden (siehe insb. Art. 3 Nr. 4, 6, 12 der RL).

Danach ist die RE die Entscheidung „ob“ der Ausländer **Deutschland (D) und gleichzeitig das Schengen-Gebiet (!) tatsächlich** verlassen muss, was voranging durch freiwillige Ausreise zu erfolgen hat, andernfalls durch Abschiebung. Die Ausweisung, der Widerruf eines AT, die Ablehnung eines AT-Verlängerungsantrags oder andere Maßnahmen, die einen rechtmäßigen Aufenthalt beenden, sind **für sich** noch keine RE. Auch eine kraft Gesetzes entstehende Ausreisepflicht (z.B. nach Ablauf eines AT / eines Visums) ist noch keine RE - auch dann nicht, wenn die Behörde daraufhin die Ausreisepflicht feststellt.

Eine Verfügung gilt erst dann als RE im Sinne der RüFüRL, wenn sie gegenüber einem **bereits illegal aufhältigen** Ausländer ergeht, also wenn ein rechtmäßiger Aufenthalt nicht (mehr) besteht (vgl. VGH BW, U. v. 04.05.2011 - 11 S 207/11). Über die Feststellung der Ausreisepflicht hinaus bedarf es **zusätzlich** einer **ergänzenden Entscheidung**, „ob“ der Ausländer D und das Schengen-Gebiet auch tatsächlich verlassen muss und kann oder ob rechtliche oder tatsächliche Hindernisse oder sonstige Gründe dem entgegenstehen (vgl. Art. 6 IV). Die RE setzt die Ausreisepflicht voraus (wie immer sie zustande gekommen ist), bedarf aber auch der Feststellung, dass weder der freiwilligen Ausreise noch einer ggf. erforderlichen Abschiebung **längerfristige** Hindernisse entgegenstehen.

Kann oder soll eine Ausreise oder Abschiebung nicht in **absehbarer Zeit** erfolgen, darf **keine** RE ergehen bzw. eine bereits erlassene ist zurückzunehmen oder auszusetzen (vgl. Art. 6 IV der RL). So stehen kurzfristige Verzögerungen - bedingt etwa durch Pass-/Transitvisabeschaffung oder sonstige organisatorische Maßnahmen - der Ausreise/Abschiebung **nicht entgegen** (weil absehbar), jedoch Hindernisse, die auf **unabsehbare** Zeit die Aufenthaltsbeendigung ausschließen.

Die RE bedarf der **Schriftform**, einer sachlichen und rechtlichen **Begründung** und einer **Rechtsbehelfsbelehrung**. Keine RE ergeht, wenn ein Ausländer, der sich unerlaubt in D aufhält, aber mit einem AT legal in einem anderen Schengen-Staat lebt, sich dorthin zurückzubehalten hat und dem freiwillig nachkommt (Art. 6 II S. 1 der RL). Sie ist auch nicht in Fällen der „Dublin-Zurückschiebung (ZS) gem. § 57 II S. 2 AufenthG oder § 18 III AsylVfG vorgesehen. Erfolgt eine ZS gem. § 57 II S. 1 AufenthG, entscheidet der aufnehmende Schengen-Staat über eine RE. Die RE muss aber bei der „Grenzabschiebung“ (§ 71 III Nr. 1a u. 1b AufenthG) in einen Drittstaat erlassen werden.

#### Zurückschiebung an der Außengrenze gem. § 57 I AufenthG

Die Grenzpolizei kann einen Ausländer, der nach unerlaubter Einreise an der Schengen-Außengrenze aufgegriffen wird, in einen Drittstaat zurückschieben. Die RüFüRL muss (bis auf die in Art. 4 III der RL genannten Bestimmungen - u.a. zur Haft) nicht berücksichtigt werden, insb. muss keine Rückkehrentscheidung erlassen werden. Mangels Landaußengrenzen kann diese Zurückschiebung (ZS) für die dt. Grenzpolizei allerdings nur noch in wenigen Fällen an den Seegrenzen oder Flughäfen zur Anwendung kommen.

**Beispiele für die ZS gem. § 57 I AufenthG:**

ZS eines Ausländers („Stowaway“), der sich in Bremerhaven heimlich von Bord eines Schiffes schleicht, dadurch unerlaubt einreist und noch im Hafengebiet aufgegriffen wird.

ZS eines Ausländers, der auf dem Frankfurter Flughafen aus dem Transitbereich entweicht, dadurch unerlaubt einreist und noch auf dem Flughafen aufgegriffen wird.

Der Aufgriff muss in einem **unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang** mit dem Außengrenzübertritt erfolgen. Eine ZS nach § 57 I AufenthG ist z.B. nicht zulässig bei einem Aufgriff an der deutsch-polnischen Binnengrenze, auch wenn der Ausländer erst wenige Stunden zuvor die Außengrenze Ukraine-Polen illegal überschritten hat. Bei Wiederaufnahme der Grenzkontrollen an den Schengen-Binnengrenzen werden diese nicht zu Schengen-Außengrenzen.

#### Die Zurückschiebung gem. § 57 II S. 1 AufenthG

Aufgrund der **Ausnahmeregelung** in Art. 6 III der RüFüRL kann unter bestimmten Voraussetzungen eine ZS erfolgen, ohne dass eine Rückkehrentscheidung (RE) ergehen muss. Die sonstigen Bestimmungen der RL sind jedoch einzuhalten. Hervorzuheben ist, dass die **Freiwilligkeit der Ausreise** - wie aber bereits auch schon zuvor nach deutschem Recht - immer Vorrang vor einer Zwangsmaßnahme hat (siehe dazu auch Report Nr. 17 S. 3).

D hat diese Ausnahmen wahrgenommen und die ZS-Befugnis gem. §§ 57 II, 71 Nr. 1a und Nr. 1 b AufenthG geregelt.

Danach soll ein **vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer**, der durch einen anderen Mitgliedstaat, Norwegen oder die Schweiz auf Grund einer am 13. 01. 2009 geltenden zwischenstaatlichen Übereinkunft wieder aufgenommen wird, in diesen Staat zurückgeschoben werden. Dieser Mitgliedstaat hat dann die Rückführung nach Maßgabe der RüFüRL durchzuführen und über das Einreiseverbot zu entscheiden. Als Mitgliedstaat gelten hier alle EU-Staaten ohne GB und Irland sowie die Schengen-Staaten Schweiz und Norwegen.

Die **Zuständigkeit der Grenzpolizei** für die ZS nach § 57 II S. 1 AufenthG ist nicht anders zu verstehen als für die Grenzabschiebung. Sie erfasst auch die Situationen, die in § 71 III Nr. 1 a und Nr. 1 b AufenthG beschrieben sind, also die Aufgriffe mit Grenzbezug. Die Grenzpolizei kann daher eine ZS gem. § 57 II S. 1 AufenthG durchführen, wenn der Ausländer bei oder nach der unerlaubten Einreise über eine Schengen-Binnengrenze aufgegriffen wird (§ 71 III Nr. 1 a AufenthG) oder an einem als Grenzübergangsstelle zugelassenen oder nicht zugelassenen Flughafen, Flugplatz- oder Landeplatz oder See- oder Binnenhafen (§ 71 III Nr. 1b AufenthG).

**Beispiel:** Ein Drittausländer reist über die Ukraine und PL unerlaubt nach D ein und wird unmittelbar nach der Einreise im Grenzraum D-PL aufgegriffen. Er kann gem. § 57 II S. 1 AufenthG - wie vor der Gesetzesänderung - von der BPol nach PL zurückgeschoben werden, wenn PL die Übernahme aufgrund des Rückübernahmeabkommen D-PL akzeptiert.

**Ausnahmeregelungen** sind im EU-Recht grundsätzlich **eng aufzufassen**. ZS gem. § 57 II 1 AufenthG dürfen dem Ziel der RüFüRL nicht zuwiderlaufen - insb. nicht zu einer Verzögerung der Beendigung des Aufenthalts im Schengen-Gebiet und zu vermeidbaren Freiheitseinschränkungen führen. Kann eine direkte Rückführung in einen Drittstaat (i.d.R. Heimatstaat) ohne weiteres erfolgen, ist diese **vorrangig** zu betreiben („sur-place Rückführung“ - siehe Report Nr. 23 S. 2). Eine ZS nach § 57 II 1 AufenthG kommt aber in Betracht, wenn der Nachbarstaat durch Rückführungsabkommen mit einem Drittstaat die Rückführung schneller, kostengünstiger oder mit geringerem Aufwand durchführen kann.

Eine „**Kettenabschiebung**“ ist mit den Zielen der RL und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aber **kaum zu vereinbaren**. I.d.R. würden bei Überstellungen von einem Schengen-Staat zum Nachbar-Schengen-Staat - bedingt durch Formalitäten, Vorgaben (z.B. Überstellungszeiten) und Verwaltungsaufwand - unverhältnismäßige Verzögerungen und Freiheitseingriffe einhergehen. Dem steht insb. das Beschleunigungsgebot bei Freiheitsentziehungen entgegen.

**Beispiel:** Ein Drittausländer reist unerlaubt nach Italien (IT) ein und jeweils unerlaubt weiter über Österreich (Ö) u. Deutschland (D) nach Dänemark (DK). Es wird erwogen, ihn in Anwendung jeweiliger bilateraler Abkommen und unter Berufung auf Art. 6 III S. 1 RüFüRL von DK über D und Ö wieder nach Italien (IT) zu überstellen, damit IT die Rückführung in ein Drittland vornimmt. Dieses wäre aufgrund der mit den einzelnen Überstellungen regelmäßig einhergehenden Freiheitseingriffen nicht zulässig.

Die Verlagerung der Zuständigkeit für die endgültige Aufenthaltsbeendigung nach Maßgabe der RüFüRL bedingt, dass eine **Zurückschiebung** nach § 57 II S. 1 AufenthG **kein Einreiseverbot** nach sich ziehen darf. Über ein schengenweit geltendes Einreiseverbot („ob“ und „wie lange“) im Anwendungsbereich der RüFüRL befindet der Staat, der die Rückkehrentscheidung zu treffen hat. **§ 11 I AufenthG** kann daher aufgrund der Vorgaben der Richtlinie in den Fällen des § 57 II S. 1 AufenthG **keine Wiedereinreisesperre** begründen.

### „Grenzabschiebung“

§ 71 III Nr. 1a und Nr. 1b AufenthG begründen für die Grenzpolizei eine Zuständigkeit für die Abschiebung bei **Aufgriffen mit Grenzbezug** („Grenzabschiebung“). Damit soll der durch die RüFüRL bedingte Wegfall bisheriger Zurückschiebungsmöglichkeiten kompensiert werden.

Danach ist die Grenzpolizei zuständig für die **Abschiebungen an der Grenze**, soweit der Ausländer bei oder nach der unerlaubten Einreise über eine Schengen-Binnengrenze aufgegriffen wird (§ 71 III Nr. 1a AufenthG) oder soweit der Ausländer 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 (§ 71 III Nr. 1b AufenthG).

Im Hinblick auf § 71 III Nr. 1 b AufenthG ist anzumerken, dass aufgrund der **verfassungsrechtlich** vorgegebenen Kompetenzverteilung Bund-Land die Bundespolizei nur an Flughäfen tätig werden kann, wenn ein **Grenzbezug** besteht. Das ist der Fall wenn ein unerlaubt eingereister Drittstaatler über einen Flughafen / Flugplatz wieder aus dem Schengen-Gebiet ausreisen will und in diesem Zusammenhang dort aufgegriffen wird.

**Beispiele für Zuständigkeit nach § 71 III Nr. 1b AufenthG:** Eine Schleuserbande hat mehrere Asiaten auf dem Landweg nach D eingeschleust und hier mit gefälschten Einreisepapieren für Kanada ausgestattet. Sie sollen über den Flughafen Düsseldorf nach Kanada verbracht werden, doch wird dieses Vorhaben dort bei der Ausreisekontrolle entdeckt. Ein von Griechenland über den Flughafen Hamburg nach D unerlaubt eingereister Iraker wird in einem Zug in Puttgarden/Fehmarn kurz vor der Ausreise nach Dänemark von der BPol aufgegriffen.

Die Abschiebung weist gegenüber der ZS bedeutsame Unterschiede auf. Die Grenzpolizei hat dabei im Wesentlichen **stufenweise** in der nachfolgender aufgeführten **Reihenfolge** vorzugehen (vgl. dazu §§ 58 ff AufenthG und EuGH U. v. 28.04.2011 „El Dridi“ Rs-C-61/11 PPU).

1. Erlassen einer **Rückkehrenscheidung** (RE), die die Feststellung enthält, dass Ausreisepflicht besteht und dass die Ausreise dem Ausländer tatsächlich möglich und rechtlich zumutbar (keine Abschiebungshindernisse) ist. Die RE kann nach Maßgabe des § 59 AufenthG mit einer **Abschiebungsandrohung** (zum Begriff siehe auf dieser Seite unten) versehen werden, vor einer ggf. erforderlichen Abschiebung ist sie in jedem Fall anzudrohen.
2. Bestehen keine ernsthaften Zweifel daran, dass der Ausländer ordnungsgemäß und fristgerecht freiwillig ausreist ist ihm eine **Ausreisefrist** von idR. zwischen 7 und 30 Tagen zu setzen. Die Frist ist zu bescheinigen.
3. Besteht **Fluchtgefahr**, ist zu prüfen, ob dieser durch **Sicherungsmaßnahmen** begegnet werden kann wie etwa Meldeauflagen, Hinterlegen einer Sicherheitsleistung, Passverwahrung, Verfügung, sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten oder setzen einer kürzeren Ausreisefrist als 7 Tage oder Anordnung der Sofortausreise (vgl. dazu §§ 46 I, 50 V, 61 I S. 2, 66 V AufenthG).
4. **Sofortige Aufenthaltsbeendigung** durch Zwangsanwendung, also Abschiebung. Eine vorherige Abschiebungsandrohung ist erforderlich (siehe Punkt 1).
5. Ist die Abschiebung **vorübergehend** nicht möglich - etwa weil noch ein Pass beschafft oder der Rückflug organisiert werden muss - kann **Abschiebehaft** beantragt werden. Der Ausländer kann zuvor nach Maßgabe des § 62 V AufenthG **festgehalten** und **vorläufig in Gewahrsam** genommen werden.
6. **Abschiebung aus der Haft** heraus

Die BPol betritt mit der Grenzabschiebung zum Teil **Neuland**. Eine Reihe von Rechtsfragen - insb. an der Zuständigkeitsschnittstelle zur Ausländerbehörde - werden auftreten und müssen noch geklärt werden. Es ist zu erwarten, dass die Vorgehensweise, die notwendigen Formulare und einzuhaltenden Modalitäten für die BPol durch Weisung näher geregelt werden.

### Die Abschiebungsandrohung

Die Abschiebungsandrohung (AA) ist in §§ 59,77 I AufenthG geregelt. Danach ist die Abschiebung - grds. unter Bestimmung einer Frist zwischen 7 und 30 Tagen für die freiwillige Ausreise - **schriftlich** anzudrohen und zu **begründen**. Die Ausreisefrist ist zu **bescheinigen**. Die AA ist eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung, ein **selbständiger Verwaltungsakt** und **zwingende Voraussetzung** der Abschiebung. In der AA ist grundsätzlich der Zielstaat der Abschiebung anzugeben (§ 59 II AufenthG).

Gegenüber dem Abschiebungsverfahren durch die Länder ergibt sich im Rechtsschutz eine Besonderheit für die BPol. Während die meisten Länder im Landesrecht für den Widerspruch gegen die AA die **aufschiebende Wirkung** ausgeschlossen haben (vgl. z.B. §§ 80 II Satz 2 VwGO iVm § 12 VwVollstrG BW) ist das im Bundesrecht nicht der Fall. Solange aufschiebende Wirkung gegen die Abschiebungsandrohung besteht, darf nicht abgeschoben werden.

### Übergang der Zuständigkeit für die Abschiebung von der Grenzpolizei zur Ausländerbehörde

Die Zuständigkeit für die „Grenzabschiebung“ (§ 71 III Nr. 1 a AufenthG) kann **verfassungskonform** dahingehend ausgelegt werden, dass sie endet, wenn die Abschiebung nicht **ohne längeren Verzug** durchgeführt werden kann. Gemäß der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsaufteilung zwischen Bund und Ländern kann die Zuständigkeit der Grenzpolizei für aufenthaltsbeendende Maßnahmen begründet werden, die in **einem unmittelbaren Zusammenhang** mit einem unerlaubten Grenzübertritt stehen. Das war und ist mit dem herkömmlichen Rechtsinstitut der Zurückschiebung geregelt. Der Grenzbezug löst sich auf, wenn eine Aufenthaltsbeendigung nicht oder nicht mehr zeitnah im Zusammenhang mit einem Grenzübertritt erfolgen kann. Es ist anerkannt, dass in diesem Fall die Zuständigkeit von der Grenzbehörde an die Ausländerbehörde übergeht (vgl. §§ 60a IIa, 71 III Nr. 2 AufenthG, Nr. 57.1.7 Satz 5 und Nr. 71.3.1.2.1 Satz 2 AVV-AufenthG).

Der Gesetzgeber wollte an dieser grundsätzlichen Aufgabenverteilung nichts ändern. So führt die amtl. Begründung zu § 71 III Nr. 1 a AufenthG aus: „Die durch die Rückführungsrichtlinie veranlasste Änderung des § 57 soll nicht zu einer Veränderung der bisher bestehenden Zuständigkeiten der Bundespolizei führen. Die Änderung des Absatzes 3 gewährt dies; Fallgruppen, die bislang durch Absatz 3 Nummer 1 erfasst waren, auf Grund der Änderung des § 57 künftig aber nicht mehr dem Institut der Zurückschiebung unterfallen, werden nun durch die neu eingefügten Nummern 1a bis 1c sowie 1e erfasst.“

Eine gesetzliche Regelung wäre - insb. im Hinblick auf die **Kostenlasten** - wünschenswert gewesen. Es ist aber auch so zulässig und geboten, die näheren Voraussetzungen und Verfahren für den Übergang der Zuständigkeit für die Abschiebung von der Grenzpolizei an die Ausländerbehörden - angelehnt an die bisherigen entsprechenden Zurückschiebungsregelungen - festzulegen. Dieses sollte im Einvernehmen zwischen Bund und Ländern erfolgen - vorzugsweise in der Verwaltungsvorschrift zum AufenthG.

### Unerlaubt eingereiste AT-Inhaber

Die RüFüRL regelt hauptsächlich das Verfahren zur Rückkehr illegal aufhältiger Drittstaatler in Drittstaaten - also aus dem Schengen-Gebiet heraus. Sie sieht aber vor - wie bereits Art. 23 II SDÜ - dass Drittstaatler, die sich illegal in einem Schengen-Staat aufhalten, aber einen gültigen AT oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung eines anderen Schengen-Staats besitzen, zu verpflichten sind, sich unverzüglich dorthin zu begeben. Kommen sie dem nicht nach oder ist die sofortige Ausreise aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit geboten, so ist gegen sie eine Rückkehrenscheidung zu erlassen. Für die Grenzpolizei besteht hier die Befugnis zur ZS oder Grenzabschiebung, wenn der Ausländer unerlaubt nach D eingereist ist.

**Beispiel:** Ein Negativstaater besitzt einen belgischen AT. Obgleich sein Pass ungültig ist, reist er nach D, um hier bei seiner neuen Freundin zu leben. Mangels Pass kann er sich nicht auf das Reiserecht gem. Art. 21 I SDÜ berufen, seine Einreise ist unerlaubt. Er wird noch im Grenzraum von der BPol aufgegriffen und kann aufgrund des Rückübernahmeabkommens D-BeNeLux (dazu Westphal/Stoppa 3. Aufl. S. 77 f.) gem. § 57 II S. 1 AufenthG nach Belgien zurückgeschoben werden.

Soll der Ausländer zwangsweise in einen Schengen-Staat verbracht werden, mit dem kein Rückübernahmeabkommen iS. des Art. 6 III der RüFüRL besteht (es bestehen zB keine entsprechenden Abkommen mit Spanien oder Italien, sodass etwa Fälle der unerlaubten Einreise mit einem Schengen-Binnenflug betroffen wären) kann die BPol nur die Grenzabschiebung durchführen. Grundet der illegale Aufenthalt auf andere Umstände, etwa wenn der Ausländer die zeitliche Grenze des Reiserechts gem. Art. 21 I SDÜ überschreitet, dann ist die Ausländerbehörde für die Aufenthaltsbeendigung zuständig.

### Einreiseverbot

Über die Vorgaben der RüFüRL zum Einreiseverbot herrscht Streit. Der dt. Gesetzgeber hat es für zulässig gehalten, dass ein Einreiseverbot – wie bisher – als zwingende gesetzliche Folge einer Ausweisung, Abschiebung oder ZS automatisch und zunächst unbefristet entsteht. Die Sperre ist - nur auf Antrag - grds. zu befristen. Diese Auffassung teilen das VG Köln (U. v. 26.01.2011 - 12 K 4430/09) und das VG Düsseldorf (U. v. 30.06.2011 - 24 K 5524/10). Der VGH BW hat die Frage offen gelassen (U. v. 15.04.2011 - 11 S 189/11). Vor dem BT- Innenausschuss am 27.06.2011 (Link siehe in diesem Report S. 1) haben sich verschiedene Experten zum Entwurf der BuReg zum RLUMsG geäußert, wobei *Thym* und *Kluth* die Auffassung der BuReg teilten. Danach ist es dem nationalen Gesetzgeber überlassen, die verfahrensrechtliche Vorgehensweise im Hinblick auf ein Einreiseverbot selbst festzulegen, sodass die Regelung in § 11 AufenthG die Vorgaben der RüFüRL nicht verletzt. Demgegenüber halten *Marx* und *Habbe* die Regelung in § 11 AufenthG für unvereinbar mit der RüFüRL – ein **Einreiseverbot darf nicht automatisch** als Rechtsfolge ergehen, sondern muss vom Beginn an und vom Amt wegen **individuell verfügt werden**. Wir halten ebenfalls an der von uns im Report Nr. 23 S. 2 vertretenen Auffassung fest, dass ein Einreiseverbot (soweit die Abschiebung und Zurück-schiebung betroffen ist) nur **durch einen Verwaltungsakt** verfügt werden darf. Uns liegen auch die Umsetzungsregelungen zur RüFüRL von den NL, Österreich und der Schweiz vor. Dort sind die Einreiseverbote jeweils als individuelle behördliche Verfügungen geregelt worden (Art. 66a Vreemdelingenwet-NL; § 53 FrG-Österreich; § 67 AuG-Schweiz).

§ 11 AufenthG bewirkt entgegen den Vorgaben der RüFüRL eine **entscheidende Rechtsverkürzung** für den betroffenen Ausländer. Gegen die behördliche Verfügung eines Einreiseverbots wäre **Anfechtungswiderspruch** mit aufschiebender Wirkung möglich, gegen eine gesetzliche Rechtsfolge nicht. Ohne Antrag soll auch keine Befristung erfolgen. Demnach würde eine Sperre entgegen der RüFüRL auch nach 5 Jahren noch „gelten“, **nur weil kein Antrag gestellt wurde**. Für die Befristung soll zudem eine **Gebühr von 30 Euro** gezahlt werden (§ 47 I Nr. 1 AufenthV). So stellt sich die Frage, ob das Verbot bloß deshalb aufrechterhalten bleiben soll, weil eine Gebühr nicht entrichtet werden kann oder trotz Zahlungsfähigkeit nicht gezahlt wird. Das hätte zur Folge, dass ein Ausländer, der entgegen einer aus diesen Gründen noch bestehenden Sperre einreist, den Tatbestand der unerlaubten Einreise gem. §§ 14 I Nr. 3 AufenthG, 95 II Nr. 1 a AufenthG erfüllen würde.

Betroffen sind auch **Altsperrern**, die bereits seit 5 Jahren oder länger bestehen, aber mangels Antrag oder Gebühreinzahlung oder Erstattung der Rückführungskosten bislang nicht befristet wurden. Wir haben die Auffassung vertreten, dass die RüFüRL sich auch auf Altsperrern auswirkt (Report Nr. 23 S. 1 mit Beispiel). Das OVG NRW (B. v. 18.04.2011 18 E 1238/10) hat dieses bestätigt. Insgesamt wird deutlich dass **nicht nur verfahrenstechnische** Fragen betroffen sind, sondern massiv das **materielle Recht** berührt ist.

Aus diesen Gründen entspricht § 11 AufenthG nicht den Vorgaben der RL, die **insoweit dann weiterhin unmittelbar anwendbar** bleibt. Die Behörden und Gerichte werden die sich daraus ergebenden Konsequenzen zu berücksichtigen haben. Ist bezüglich einer Sperre keine individuelle Entscheidung (etwa mangels Antrag) ergangen, kann sie nicht über 5 Jahre hinaus als wirksam betrachtet werden. Eine Einreise entgegen einer unwirksamen Sperre kann nicht als unerlaubt und strafbar gem. §§ 14 I Nr. 3, 95 II Nr. 1 a AufenthG gewertet werden.

Die Befristung darf nicht dem Grunde nach von der **Begleichung** der **Ausreise-/Abschiebekosten** abhängig gemacht werden. Jedoch kann im Rahmen des Ermessens bei der Festlegung der Dauer des Einreiseverbots (im Rahmen der Vorgaben der RüFüRL) berücksichtigt werden, ob ein zahlungsfähiger Ausländer die Kosten ganz oder teilweise beglichen hat (vgl. OVG NRW aaO). Ggf. kann auch die nachträgliche Verkürzung der Sperrfrist als Anreiz für die Begleichung der Kosten in Betracht kommen.

Im Anwendungsbereich der RüFüRL sind keine Einreiseverbote zulässig, die **nur national** wirken. Einreiseverbote iS der RüFüRL gelten entweder schengenweit oder sie sind aufzuheben. Unberührt davon bleiben nationale Sperren, die aufgrund einer Ausweisung erfolgen.

### EuGH „El Dridi“ zur Rückführungsrichtlinie

In einer bemerkenswerten Eil-Entscheidung zur RüFüRL hat der EuGH (U. v. 28.04.2011 „El Dridi“ Rs-C-61/11 PPU) festgestellt, dass gegen einen illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen allein deshalb, weil er entgegen einer Ausreisearrrest ohne berechtigten Grund nicht fristgerecht ausreist, **keine Haftstrafe** verhängt werden darf. Insoweit ist die Verhängung einer Freiheitsstrafe nach **§ 95 I Nr. 1 AufenthG** nicht mehr zulässig. Die RüFüRL regelt abschließend, bis hin zur Abschiebung, wie in diesen Fällen zu verfahren ist. Eine Sanktion sieht die RL aber nicht vor. Das Urteil wirft die Frage auf, ob die Nichtbefolgung der Ausreisepflicht noch mit **Geldstrafe** sanktioniert werden darf und ob das Verbot der Verhängung von Haftstrafen auch für die **unerlaubte Einreise** und den **unerlaubten Aufenthalt vor Erlass einer Rückkehrentscheidung** gilt. Die letzte Frage wurde dem EuGH am 29.06.2011 vom Cour d'appel de Paris vorgelegt (Rs C-329/11). Der EuGH wird am 06.12.2011 entscheiden.

### „Dublin Zurückschiebung“ gem. § 57 II S. 2 AufenthG

Die ZS Möglichkeit gem. § 57 II S. 2 AufenthG („Dublin Zurückschiebung“) erscheint angesichts der beibehaltenen Regelung des § 18 II Nr. 2 III AsylVfG überflüssig. Man wird vertreten können, dass § 57 II S. 2 zur Anwendung kommt, wenn ein Ausländer bereits in einem Schengen-Staat ein Asylverfahren betreibt und – was in der Praxis häufig festgestellt wird - zu Besuch, zum Einkaufen oder aus anderen Gründen kurzfristig unerlaubt in andere Schengen-Staaten reist. Die Befugnis nach § 57 II S. 2 AufenthG überlagert aber nicht die Dublin-Übernahmeregeln. Es kann also nicht an den zentralen Asylbehörden (in D am BAMF) vorbei bzw. ohne deren Zustimmung eine ZS von Grenzbehörde zu Grenzbehörde erfolgen. Die Regelung in § 18 II Nr. 2, III AsylVfG kann zur Anwendung kommen, wenn ein erstmalig in das Schengen-Gebiet eingereister Asylsuchender über einen sicheren Drittstaat unerlaubt nach D einreist und Asyl beantragt.

**Beispiel:** *Ein afghanischer Flüchtling, reist über die Ukraine und Polen unerlaubt nach Deutschland ein und beantragt hier Asyl. Im Hinblick auf die Dublin II-Kriterien liegen hier Anhaltspunkte vor, dass Polen als Staat, über dessen Außengrenze der Asylsuchende eingereist ist, für das Asylverfahren zuständig ist (vgl. Art. 10 I VO 343/2003/EG).*

### Feststellung eines illegalen Aufenthalts bei der Ausreise

In der Praxis kommt es häufig vor, dass ein Drittausländer nach einem illegalen Aufenthalt bei der Ausreise auf einem Flughafen festgestellt wird. Eine ZS oder Abschiebung kommt hier nicht in Frage, da der Ausländer freiwillig ausreist. Die Grenzpolizei ist für den Fall zuständig, wenn der Ausländer zuvor unerlaubt nach D eingereist ist - z.B. wenn ein Drittausländer in Spanien seine zulässige Aufenthaltszeit überschritten hat und dann von Madrid nach München geflogen ist, um von dort aus in seinen Heimatstaat zu fliegen. Einerseits macht es nun wenig Sinn, ein bürokratisches Verfahren mit Rückkehrentscheidung etc. einzuleiten, da die Ausreise unmittelbar bevorsteht. Andererseits kann der illegale Aufenthalt - ggf. mit damit einhergehenden Delikten (illegale Erwerbstätigkeit, Visaerschleichung) - einen Unrechtsgehalt aufweisen, der ein Einreiseverbot rechtfertigt. Hier sollte jedenfalls - abgesehen von den ggf. erforderlichen strafrechtlichen Maßnahmen - kein weiterer formeller Aufwand betrieben werden, der den Drittausländer an der geplanten unverzüglichen Ausreise hindert. Über ein Einreiseverbot kann auch noch nach der Ausreise entschieden werden und der Betroffene nachträglich - ggf. über einen Zustellungsbevollmächtigten - darüber informiert werden. In Fällen, die nicht mit einer unerlaubten Einreise einhergehen, ist die Ausländerbehörde für die Entscheidung über ein Einreiseverbot zuständig. Über die Möglichkeit in diesen Fällen eine SIS Ausschreibung gem. Art. 96 II SDÜ zu veranlassen, haben wir im Report Nr. 19 S. 4 informiert.

### Visa-Kurzinfos

- Durch das 2. RLUMsG werden Diplo-Passinhaber von **Kasachstan** für Kurzaufenthalte visumfrei und die **USA** aus der Anlage A Nr. 1 AufenthV gestrichen. Diplo-Passinhaber von **Georgien** sind durch EU-Recht schon seit 01.03.2011 visumfrei (siehe ABIEU v. 18.02.2011 L 44 S. 1).
- Wer die Visa-Erteilungsvoraussetzungen gem. dem Visakodex erfüllt, hat einen Anspruch auf die Visaerteilung (VG Berlin, U. v. 17.06.2011 - 14 K 275.10 V).