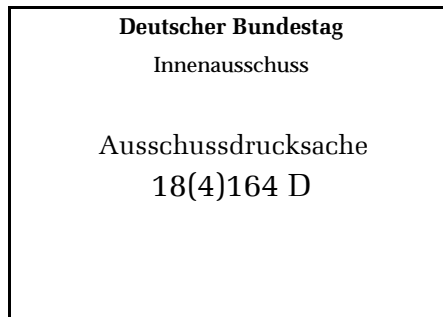


Dr. Klaus Dienelt
[REDACTED]
55130 Mainz
www.migrationsrecht.net



5. Oktober 2014

Stellungnahme zur Sitzung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 13. Oktober 2014 zum

- a) Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften (BT-Drucksache 18/2581)
- b) Unterrichtung durch die Bundesregierung: Zwischenbericht des Staatssekretärsausschusses zu Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten (BT-Drucksache 18/960)
- c) Unterrichtung durch die Bundesregierung: Abschlussbericht des Staatssekretärsausschusses zu „Rechtsfragen und Herausforderungen bei der Inanspruchnahme der sozialen Sicherungssysteme durch Angehörige der EU-Mitgliedstaaten“ (BT-Drucksache 18/2470)

dazu

Gutachtliche Stellungnahme des Parlamentarischen Beirats für nachhaltige Entwicklung (Ausschussdrucksache 18(4)153)

Übersicht

Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich im Hinblick auf den kurzen Zeitraum bis zur Anhörung auf die geplanten Änderungen durch den Gesetzentwurf zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU und weiterer Vorschriften (BT-Drucksache 18/2581). Hierbei werden folgende Fragestellungen abgehandelt:

- Wiedereinreiseverbote bei Rechtsmissbrauch oder Betrug,
- Regelung zur Arbeitsuche und
- Straftatbestand des Erschleichens einer Freizügigkeitsbescheinigung.

Der Schwerpunkt der Stellungnahme konzentriert sich auf die Wiedereinreiseverbote im Falle des Rechtsmissbrauchs oder Betrugs. Denn die geplanten Neuregelungen sind

- mit EU-Recht unvereinbar,
- tatsächlich nicht erforderlich und
- geeignet, die Effektivität behördlichen Handelns negativ zu beeinflussen.

Die Stellungnahme soll aufzeigen, weshalb die bestehenden gesetzlichen Regelungen vollständig ausreichen, um Fällen des Rechtsmissbrauchs oder Betrugs wirksam zu begegnen. Statt den Rechtsmissbrauch und Betrug wirksam zu bekämpfen, führen die neue Wiedereinreisesperren zur Rechtswidrigkeit ausländerrechtlicher Verfügungen, was die Bereitschaft der Ausländerbehörden zum Einzuschreiten erfahrungsgemäß solange reduziert, bis Klarheit über die europarechtskonforme Auslegung der Wiedereinreisesperren besteht.

Zu begrüßen ist, dass die Wiedereinreisesperren von Amts wegen zu befristen sind.

Wiedereinreiseverbot bei Rechtsmissbrauch oder Betrug

Der Entwurf zur Änderung des Freizügigkeitsgesetzes/EU sieht vor, nach § 7 Abs. 2 Satz 1 folgende Regelungen einzufügen:

§ 7 Abs. 2 Satz 2 FreizügG/EU-E:

„Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, bei denen das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 7 festgestellt worden ist, **kann** untersagt werden, erneut in das Bundesgebiet einzureisen und sich darin aufzuhalten.“

§ 7 Abs. 2 Satz 3 FreizügG/EU-E:

„Dies **soll** untersagt werden, wenn ein besonders schwerer Fall, insbesondere ein wiederholtes Vortäuschen des Vorliegens der Voraussetzungen des Rechts auf Einreise und Aufenthalt, vorliegt **oder** wenn ihr Aufenthalt die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher Weise beeinträchtigt.“

§ 7 Abs. 2 Satz 4 FreizügG/EU-E:

„Bei einer Entscheidung nach den Sätzen 2 und 3 findet § 6 Absatz 3, 6 und 8 entsprechend Anwendung.“

Die Wiedereinreisesperren in den Sätzen 2 und 3 des Entwurfs verstoßen gegen Art. 15 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates

vom 29. April 2004 (Amtsblatt der Europäischen Union L 158 vom 30. April 2004 – im Folgenden: Unionsbürgerrichtlinie).

Art. 15 Absätze 1 und 3 der Unionsbürgerrichtlinie bestimmen:

„(1) Die Verfahren der Artikel 30 und 31 finden sinngemäß auf jede Entscheidung Anwendung, die die Freizügigkeit von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen beschränkt und **nicht** aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erlassen wird.

(...)

(3) Eine Entscheidung gemäß Absatz 1, mit der die Ausweisung verfügt wird, darf nicht mit einem Einreiseverbot des Aufnahmemitgliedstaats einhergehen.“

Die Unionsbürgerrichtlinie unterscheidet zwischen Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung, die im Kapitel VI (Art. 27 – Art. 33) geregelt sind und sonstigen Maßnahmen, mit denen die Freizügigkeit eines Unionsbürgers oder ihrer Familienangehörigen beschränkt wird. Eine Wiedereinreisesperre sieht Art. 32 der Unionsbürgerrichtlinie ausschließlich für Personen vor, gegen die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ein Aufenthaltsverbot verhängt worden ist.

Der Wortlaut des Art. 32 der Unionsbürgerrichtlinie lautet:

„(1) Personen, gegen die aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ein Aufenthaltsverbot verhängt worden ist, können nach einem entsprechend den Umständen angemessenen Zeitraum, in jedem Fall aber drei Jahre nach Vollstreckung des nach dem Gemeinschaftsrecht ordnungsgemäß erlassenen endgültigen Aufenthaltsverbots einen Antrag auf Aufhebung des Aufenthaltsverbots unter Hinweis darauf einreichen, dass eine materielle Änderung der Umstände eingetreten ist, die das Aufenthaltsverbot gerechtfertigt haben.

Der betreffende Mitgliedstaat muss binnen sechs Monaten nach Einreichung des Antrags eine Entscheidung treffen.

(2) Die Personen gemäß Absatz 1 sind nicht berechtigt, während der Prüfung ihres Antrags in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats einzureisen.“

Alle anderen Maßnahmen, die nicht aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung ergehen und insbesondere auch nicht die strengen Anforderungen nach Art. 27 und Art. 28 der Unionsbürgerrichtlinie erfüllen, dürfen daher nicht mit einer Wiedereinreisesperre verbunden werden. Bei Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ist nicht nur der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren, sondern auch zu beachten, dass ausschließlich das persönliche Verhalten

des Betroffenen ausschlaggebend sein darf. Strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne weiteres diese Maßnahmen nicht begründen. **Das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.** Vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig.

Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie ermöglicht – entgegen der Begründung des Gesetzentwurfes zum Freizügigkeitsgesetz/EU – keine Maßnahme, die eine Wiedereinreisesperre nach sich zieht, ohne die vorgenannten Voraussetzungen zu erfüllen. Der Gestaltungsspielraum beschränkt sich entweder auf Maßnahmen nach Art. 15 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie, die auf eine Beendigung des Aufenthalts gerichtet sind, oder auf ein Einschreiten aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unter Beachtung der hohen Anforderungen nach Art. 27 und Art. 28 der Unionsbürgerrichtlinie. Ein Betrug oder eine Scheinehe können daher zum Anlass genommen werden, den Aufenthalt des Unionsbürgers im Bundesgebiet zu beenden, die Maßnahme rechtfertigt aber in aller Regel keine Wiedereinreisesperre, da eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt, nicht vorliegen wird!

In Bezug auf die Neuregelung der Wiedereinreisesperre wird der Fehler begangen, dass aus dem Umstand eines Rechtsmissbrauch oder Betrugs automatisch geschlossen wird, es läge eine Maßnahme der Sicherheit oder Ordnung vor. Dabei wird aber verkannt, dass eine derartige Maßnahme – wie oben dargelegt – durch die Unionsbürgerrichtlinie an strenge Voraussetzungen gebunden ist, die im nationalen Recht in § 6 Abs. 2 FreizügG/EU verankert sind. **Auf diese Regelung wird aber durch § 7 Abs. 2 Satz 4 FreizügG/EU-E nicht verwiesen!** Soweit Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie davon spricht, dass die verliehenen Rechte im Falle des Rechtsmissbrauchs oder Betrugs „zu verweigern“ sind, erfasst dies ausschließlich die Möglichkeit, den Ausländer daran zu hindern, im Inland Rechte aufgrund des erschlachten Rechtsstatus geltend zu machen. Ein Verbot der Wiedereinreise kann hierauf nicht gestützt werden, da hier immer die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 FreizügG/EU vorliegen müssen.

Nun könnte der Gedanke naheliegend sein, die Bezugnahme auf § 6 Abs. 3, 6 und 8 FreizügG/EU durch § 7 Abs. 2 Satz 4 FreizügG/EU-E um den Verweis auf § 6 Abs. 2 FreizügG/EU zu ergänzen. Die Regelung wäre dann zwar mit Unionsrecht im Einklang, sie wäre aber überflüssig. Denn wenn die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2, 3, 6 und 8 FreizügG/EU vorliegen, dann kann eine Verlustfeststellung nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU aus Gründen der öffentlichen Ordnung ergehen.

Die **Neuregelung in § 7 Abs. 2 Satz 3 FreizügG/EU** leidet nicht nur – wie oben dargelegt – an dem fehlenden Verweis auf § 6 Abs. 2 FreizügG/EU, sondern zudem an einem europarechtlich nicht zulässigen Automatismus. Durch die Formulierung als Regelfall („soll“) wird ein gewisser Automatismus oder jedenfalls eine Vermutung aufgestellt, dass eine Wiedereinreisesperre zu verhängen ist. Dies widerspricht der durch das Unionsrecht geforderten umfassenden Prüfung des Einzelfalls (zur Euro-

parechtswidrigkeit der Ist- und Regelausweisung siehe EuGH, U. v. 29.04.2004 – C-482/01 – Orfanopoulos, Rn. 92).

Zudem führt die Regelung des § 7 Abs. 2 Satz 3 FreizügG/EU-E zu einem systematisch kaum auflösbaren Widerspruch zur Verlustfeststellung nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU, da die Regelung auch zur Anwendung gelangen soll, „wenn ihr Aufenthalt die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher Weise beeinträchtigt.“ Soll mit der 2. Alternative des Satzes 3 eine Spezialregelung zu § 6 Abs. 1 FreizügG/EU in das Gesetz aufgenommen werden? In diesem Fall würde die Regelung systematisch zu § 6 FreizügG/EU gehören.

Eine derartige Spezialregelung stünde mit Unionsrecht nicht in Einklang, da das Eingreifen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht nur eine „erhebliche Beeinträchtigung“ voraussetzt, sondern verlangt, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein „Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.

Die Neuregelung in § 7 Abs. 2 Satz 3 FreizügG/EU-E ist daher geeignet, eine unionsrechtlich unzulässige Absenkung der Gefahrenschwelle zu normieren, die unweigerlich dazu führen wird, dass viele ausländerrechtliche Verfügungen, die auf den Neuregelungen beruhen, rechtswidrig sein werden.

Regelung zur Arbeitsuche

Zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer nach Art. 45 AEUV gehört auch das Recht der Angehörigen der Mitgliedstaaten, sich in den anderen Mitgliedstaaten frei bewegen zu können und sich dort aufzuhalten, um eine Stelle zu suchen. Art. 45 Abs. 3 Buchstaben a und b AEUV gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,

- a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;
- b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen.

Die Neuregelung in § 2 Abs. 2 Nummer 1a konkretisiert das Recht zur Arbeitsuche wie folgt:

„1a.Unionsbürger, die sich zur Arbeitsuche aufhalten, für bis zu sechs Monate und darüber hinaus nur, solange sie nachweisen können, dass sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden,“.

Diese Regelung steht mit Unionsrecht in Einklang. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein arbeitssuchender EU-Bürger solange freizügigkeitsberechtigt, als er mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht. Der EuGH hat in der Rechtssache An-

tonissen zur Freizügigkeit von Stellungssuchenden ausgeführt (EuGH, U. v. 26.02.1991 – C-292/89 – Antonissen, Rn. 21):

„Das Gemeinschaftsrecht regelt also nicht, wie lange sich Gemeinschaftsangehörige zur Stellensuche in einem Mitgliedstaat aufhalten dürfen. Das hier maßgebliche nationale Recht sieht hierfür einen Zeitraum von sechs Monaten vor. Dies erscheint grundsätzlich als ausreichend, um den Betroffenen zu erlauben, im Aufnahmemitgliedstaat von Stellenangeboten Kenntnis zu nehmen, die ihren beruflichen Qualifikationen entsprechen, und sich gegebenenfalls um solche Stellen zu bewerben; eine solche zeitliche Begrenzung gefährdet daher nicht die praktische Wirksamkeit des Grundsatzes der Freizügigkeit. Erbringt der Betroffene freilich nach Ablauf dieses Zeitraums den Nachweis, daß er weiterhin und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht, so darf er vom Aufnahmemitgliedstaat nicht ausgewiesen werden.“

Der Begünstigte muss bereits während der Stellensuche als Arbeitnehmer im Sinn des Unionsrechts qualifiziert werden, solange er ernsthaft im Aufnahmestaat einen Arbeitsplatz sucht, sich ernsthaft und nachhaltig um eine Arbeitsstelle bemüht und sein Bemühen objektiv nicht aussichtslos ist. Es muss sich grundsätzlich um die Ausübung einer tatsächlichen und echten Tätigkeit handeln, damit die Eigenschaft als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinn verschafft wird.

Wenn der Ausländer eine realistische Chance auf einen Arbeitsplatz besitzt, hat er auch über die 6-Monats-Frist hinaus ein Aufenthaltsrecht zum Zwecke der Stellensuche; konkrete Verhandlungen über einen Arbeitsvertrag sind nicht erforderlich.

Mit der Neuregelung wird lediglich die ohnehin bestehende Rechtslage in das Gesetz aufgenommen. Schon bisher mussten die Ausländerbehörden diesen Maßstab anwenden und die notwendige Beurteilung vornehmen, ob sich ein Unionsbürger sich ernsthaft und nachhaltig um eine Arbeitsstelle bemüht und sein Bemühen objektiv nicht aussichtslos ist.

Es besteht auch nicht die Gefahr, dass sich der Unionsbürger plötzlich ohne rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet aufhält. Der rechtmäßige Aufenthalt eines Unionsbürgers im Bundesgebiet entfällt nämlich nicht mit dem Wegfall der Freizügigkeit vermittelnden Sachverhalts, sondern erst mit der Verfügung über das Nichtbestehen der Freizügigkeit nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU. Der Unionsbürger hält sich zwar nicht mehr aufgrund des Unionsrechts rechtmäßig im Bundesgebiet auf, jedoch greift für ihn weiterhin die Freizügigkeitsvermutung aufgrund des FreizügG/EU.

Straftatbestand des Erschleichens einer Freizügigkeitsbescheinigung

Der Gesetzentwurf sieht einen neuen Straftatbestand vor, der folgenden Wortlaut hat:

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer unrichtige oder unvollständige Angaben macht oder benutzt, um für sich oder einen anderen eine Aufenthaltskarte, eine Daueraufenthaltskarte oder eine Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht zu beschaffen oder eine so beschaffte Urkunde wissentlich zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht.“

Die Einführung des neuen Straftatbestandes wurde erforderlich, nachdem das OLG Bamberg (U. v. 19.02.2014 – 3 Ss 6/14 – InfAuslR 2014, 210) zum Ergebnis kam, dass die zur Erlangung einer EU-Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU für Familienangehörige von Unionsbürgern vorsätzlich gegenüber der Ausländerbehörde abgegebene falsche Erklärung, mit einem Unionsbürger bestehe eine eheliche Lebensgemeinschaft, weder den Tatbestand unrichtiger Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG noch denjenigen der mittelbaren Falschbeurkundung nach § 271 Abs. 1 StGB erfüllt.

Die Strafbewehrung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfasst entsprechend dem eindeutigen Normwortlaut nur unrichtige Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 4 AufenthG oder einer Duldung im Sinne von § 60 a AufenthG, nicht aber falsche Angaben zur Ausstellung einer sog. EU-Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU für freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige von Unionsbürgern, die selbst nicht Unionsbürger sind (Winkelmann in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl., § 95 AufenthG, Rn. 112).

Die EU-Aufenthaltskarte stellt zweifelsfrei keinen Aufenthaltstitel im Sinne dieser Bestimmung dar. Was als Aufenthaltstitel anzusehen ist, hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 Satz 2 AufenthG geregelt. Das Aufenthaltsgesetz und damit auch diese Vorschrift finden indessen auf EU-Bürger und deren Familienangehörige grundsätzlich, d.h. soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, keine Anwendung (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG in Verbindung mit § 1 FreizügG/EU), sodass schon deswegen eine Bestrafung nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG im Zusammenhang mit der Beantragung einer EU-Aufenthaltskarte ausscheidet. Unabhängig davon wird dieses Dokument auch nicht von der enumerativen Aufzählung in § 4 Abs. 1 Satz 2 AufenthG erfasst.

Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass gemäß § 11 Abs. 1 FreizügG/EU die Bestimmung des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben, „entsprechende Anwendung“ findet. Diese Verweisung erschöpft sich darin, den persönlichen Anwendungsbereich dieser Strafnorm auf Angehörige der EU-

Mitgliedstaaten und deren Familienangehörige auszudehnen, nicht aber falsche Angaben im Zusammenhang mit der Beantragung einer EU-Aufenthaltskarte unter Strafe zu stellen. Hierfür sprechen nach der OLG Bamberg Entscheidung (U. v. 19.02.2014 – 3 Ss 6/14 –, Rn. 8 ff., InfAuslR 2014, 210) sowohl die grammatikalische Interpretation, Gründe der Gesetzessystematik sowie die Entstehungsgeschichte und die ratio legis.

Die Strafbarkeitslücke wird geschlossen und damit zugleich auch die Möglichkeit eröffnet, dass die Ermittlungen, ob eine Scheinehe oder Täuschungshandlung vorliegen, von den Polizeidienststellen wahrgenommen werden. Liegt – so die aktuelle Rechtsprechung – kein Straftatbestand vor, so lehnt die Polizei regelmäßig die Aufnahme von Ermittlungen ab, die die Ausländerbehörden aufgrund ihrer personellen Ausstattung nicht durchführen können. Insoweit dient die Neureglung nicht nur der Schließung einer Strafbarkeitslücke, sondern zugleich auch der Steigerung der Effektivität ausländerbehördlichen Handelns.

Dr. Klaus Dienelt, Richter am VG
Herausgeber von www.migrationsrecht.net