

## **Einfluss der Rückführungsrichtlinie auf Einreise- und Aufenthaltsverbote nach § 11 AufenthG**

Dieser Aufsatz<sup>1</sup> ist das Ergebnis einer Untersuchung der Auswirkungen der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 – RÜFÜRL –, der sog. Rückführungsrichtlinie (künftig: RL) auf das bisherige System des Einreise- und Aufenthaltsverbots sowie der Sperrwirkung nach § 11 AufenthG.<sup>2</sup> Die Bedeutung dieser in Teilbereichen direkt anwendbaren RL ist zwar noch nicht genau zu bestimmen. Fest steht aber, dass sie und ihre Auswirkungen in der (anwaltlichen) Praxis unterschätzt werden. Das am 26.11.2011 in Kraft getretene 2. RiLiUmsG<sup>3</sup> geht zum Teil bewusst über die Bestimmungen der RL hinweg oder setzt sich zu ihr offen in Widerspruch. Der im 4. Erwägungsgrund der RL geforderten Transparenz und Klarheit ist dies ersichtlich nicht zuträglich.

### **I. Problemaufriss**

Die am 16.12.2008 erlassene und am 13.01.2009 in Kraft getretene „Richtlinie 2008/115/EG über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger“, deren Umsetzungsfrist mit dem 24.12.2010 verstrichen ist, wurde von der BRD erst kürzlich umgesetzt. Die RL war bis dahin unter den unten näher dargestellten Voraussetzungen direkt und unmittelbar anzuwenden<sup>4</sup>. Ist dies auch unstrittig, gehen die Meinungen darüber auseinander, wie die deutsche Rechtslage durch die RL tatsächlich beeinflusst wird. Im Ergebnis zeitigt sie weitergehende Folgen als gemeinhin angenommen. Besondere Beachtung verdient im Übrigen stets der von der RL für Rückführungen vorgesehene Verfahrensablauf, da ein Abweichen hiervon unzulässig ist und zur Rechtswidrigkeit der mitgliedstaatlichen Maßnahme führt.<sup>5</sup>

### **II. Der Gesetzesentwurf – Faktische Beibehaltung des gesetzlichen status quo**

Schon ein erster Vergleich von RL, 2. RiLiUmsG und dessen Begründung lässt erkennen, dass bei der Umsetzung der RL das bisherige, in § 11 AufenthG normierte System – nämlich eines von Gesetzes wegen entstehenden, im Ausgangspunkt lebenslänglichen und nur auf Antrag befristbaren Einreise- und Aufenthaltsverbots sowie einer damit einher gehenden Sperrwirkung hinsichtlich der Erteilung eines Aufenthaltstitels – so weit wie möglich beibehalten werden sollte. Aufgrund des Anwendungsvorrangs der RL, die teils äußerst differenzierte Regelungen trifft, ist dies indes nicht mehr möglich. Vielmehr wird dem Gesetzgeber ein Systemwechsel im Bereich von § 11 AufenthG abverlangt, dem er mit dem 2. RiLiUmsG nicht nachgekommen ist. Berücksichtigt werden nach dem 2. RiLiUmsG im Wesentlichen nur zwei der durch

---

<sup>1</sup> Die Kurzfassung wurde in der ANA-ZAR 2011, 33 f. veröffentlicht.

<sup>2</sup> Besonders danken möchte ich Herrn Ass. jur. Maximilian Lipp für seine ausdauernde, kreative und kritische Unterstützung der Ausarbeitung dieses Aufsatzes

<sup>3</sup> Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22.11.2011, BGBl. I Nr. 59, 2258

<sup>4</sup> Siehe „Vorläufige Anwendungshinweise zur einstweiligen Umsetzung“ der RL des Bundesinnenministeriums, Az.: M I 3 215734/25 – VAHeURL –, S. 2.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 28.04.2011, Rs. C-61/11 PPU [El Didri], ANA-ZAR 2011, 22 = InfAusIR 2011, 320; Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281, 283.

die RL bewirkten Veränderungen, die besonders offenkundig sind. Dies sind die Schaffung eines Befristungsanspruchs und die Einführung einer Regelobergrenze für die Dauer des Aufenthalts- und Einreiseverbots in Art. 11 Abs. 2 RL. Einen Änderungsbedarf aufgrund anderer, unten näher dargestellter Neuerungen, negiert der Gesetzgeber.

### 1. Befristungsanspruch

Die augenfälligste und nicht umstrittene<sup>6</sup> Neuerung betrifft die Frage, **ob** das Verbot<sup>7</sup> befristet wird. Bislang war es nur in der Regel zu befristeten. Nun besteht ein Anspruch auf Befristung. Sie hat also in jedem Fall zu erfolgen. Dem trägt § 11 Abs. 1 S. 4 AufenthG n.F. Rechnung.

### 2. Fünfjährige Regelobergrenze

Ebenfalls umgesetzt wurde die nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 RL obligatorische fünfjährige Regelobergrenze bzw. Regelhöchstfrist für die Dauer der Wirkungen des Einreiseverbots. Nach Art. 11 Abs. 2 S. 2 RL kann diese Frist lediglich bei einer schwerwiegenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit überschritten werden. Dies hat der Gesetzgeber in § 11 Abs. 1 S. 4 AufenthG n.F. nicht richtliniengemäß umgesetzt, sondern in jedem Fall einer Ausweisung „aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung“ allein deshalb eine Fristüberschreitung ermöglicht. Richtigerweise muss auch in diesen Fällen festgestellt werden, dass eine der in Art. 11 Abs. 2 S. 2 RL genannten Gefahren vorliegt. Erst dann darf die Frist 5 Jahre übersteigen. Von der nach Art. 2 Abs. 2 b) RL eröffneten Möglichkeit, Drittstaatsangehörige, die aufgrund oder infolge einer strafrechtlichen Sanktion rückkehrpflichtig sind, vom Anwendungsbereich der RL auszuschließen,<sup>8</sup> hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht.

## III. Neuerungen der RL, die Änderungsbedarf begründen

Die RL nimmt über die oben genannten Änderungen hinaus Einfluss auf die bisherige Systematik von § 11 AufenthG. Hervorzuheben, weil nach Ablauf der Umsetzungsfrist der RL besonders problematisch, sind zwei für den bisherigen „Mechanismus“ wesentliche Strukturen: Erstens treten nach wie vor in allen Fällen einer Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung die Verbotswirkungen von Gesetzes wegen ein. Es entscheidet also nicht zwingend die Behörde, die eine Rückkehrentscheidung<sup>9</sup> trifft, zugleich auch darüber, ob dieser Rückkehrentscheidung ein Einreiseverbot folgt. Zweitens besteht zwar, wie oben ausgeführt, ein Befristungsanspruch. Befristet wird aber – richtlinienwidrig – nur, wenn ein dahingehender Antrag des Betroffenen vorliegt. Andernfalls gilt das Verbot lebenslang.

### 1. Kein de lege entstehendes Aufenthalts- und Einreiseverbot

Nach § 11 AufenthG bewirken Ausweisung, Zurück- und Abschiebung von Gesetzes wegen ein Einreise- und Aufenthaltsverbot. Die RL nimmt hingegen eine Zweiteilung vor. In den Fällen des Art. 11 Abs. 1 S. 1 RL **muss** ein Einreiseverbot verhängt werden. Dies sind Fälle, in denen keine Frist zur freiwilligen Ausreise

<sup>6</sup> Vgl. Beschluss des OVG NRW v. 18.04.2011, 18 E 1238/10; ebenso VAHeURL, S. 6; a.a.O. (Fn. 1).

<sup>7</sup> Mit „Verbot“ in diesem Zusammenhang ist sowohl das mit einer Rückkehrentscheidung einher gehende Einreise-, als auch das Aufenthaltsverbot gemeint. Die Sperrwirkung wird in der RL nicht direkt angesprochen, für sie kann aber nichts anderes gelten, als für das Verbot.

<sup>8</sup> Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281, 283.

<sup>9</sup> Zum Begriff s. Art. 3 Nr. 6 RL.

gewährt wurde, Art. 7 Abs. 4 RL, oder falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde, wenn sie also vollstreckt werden musste. Gemeint sind außer Abschiebungsanordnungen im Sinne von § 58a AufenthG insbesondere Zurück- und Abschiebungen, siehe § 58 Abs. 2 S. 1 AufenthG. In allen anderen, in Art. 11 Abs. 1 S. 2 RL genannten Fällen, vor allem auch bei Ausweisungen, **kann** mit der Rückkehrentscheidung ein Einreiseverbot einhergehen. Die RL verlangt also eine Ermessensentscheidung<sup>10</sup> der zuständigen Behörde<sup>11</sup>, ob neben der Rückkehrentscheidung auch ein Einreiseverbot verhängt wird. Ein von Gesetzes wegen entstehendes Einreiseverbot, wie es § 11 AufenthG n.F. vorsieht, verträgt sich damit nicht.<sup>12</sup> Die Verhängung eines Einreiseverbots setzt nach Art. 3 Nr. 6 RL eine Einzelfallentscheidung voraus. Dies belegt auch das im 6. Erwägungsgrund normierte Ziel, in diesen Fällen eine sachgerechte Einzelfallentscheidung zu ermöglichen. Dem ist der Gesetzgeber mit dem 2. RiLiUmsG nicht nachgekommen.

Aber auch in den Fällen des Art. 11 Abs. 1 S. 1 RL entspricht ein von Gesetzes wegen entstehendes Einreiseverbot nicht der RL. Dies folgt aus der Definition des Begriffes in Art. 3 Nr. 6 RL. Dort wird das Einreiseverbot als „behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme“ bezeichnet. Entsteht das Verbot von Gesetzes wegen, wird es nicht – erst recht nicht unter Betrachtung des konkreten Einzelfalles – von einem staatlichen Entscheidungsträger verhängt.<sup>13</sup>

Außerdem geht mit dem gesetzlichen Entstehen des Einreiseverbots eine Verkürzung des Rechtsschutzes einher. Die behördliche Verfügung eines Einreiseverbots könnte mit einem Widerspruch angefochten werden, der aufschiebende Wirkung hat. Das gesetzliche Einreiseverbot kann nicht angefochten werden.<sup>14</sup> Dem Betroffenen beliebt nur die Möglichkeit der Feststellung der Rechtswidrigkeit der das Verbot auslösenden Maßnahme.<sup>15</sup>

## 2. Befristung ohne Antrag

Wird das Einreiseverbot erst auf Antrag des Betroffenen hin befristet, muss sich zum Zeitpunkt des Entstehens des Einreiseverbots kein staatlicher Entscheidungsträger mit der Frage auseinandersetzen, wie – unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – die Dauer des Einreiseverbots zu bemessen ist.<sup>16</sup> Dass dies mit der RL nicht vereinbar ist<sup>17</sup>, folgt schon in der Definition des Einreiseverbots als Einzelentscheidung, die Einreise und Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt und mit der

---

<sup>10</sup>Der 6. Erwägungsgrund der RL spricht ausdrücklich von Entscheidungen auf Grundlage eines Einzelfalles

<sup>11</sup>Nach Art. 3 Nr. 6 RL ist für diese Entscheidung die Stelle zuständig, die die Rückkehrentscheidung getroffen hat, da sie mit dieser „einhergeht“.

<sup>12</sup>A.A.: OVG des Saarlandes, Beschluss v. 18.10.2011, 2 A 352/11, Juris, Rn. 24 der Entscheidung, das offenbar neben den in Art. 11 RL geregelten Fällen das Verhängen von Einreiseverboten aus anderen Gründen für möglich hält, weil es Art. 11 Abs. 1 S. 2 RL nicht so versteht, dass in den dort genannten Fällen das Einreiseverbot mit der Rückkehrentscheidung einhergehen muss, wenn ein solches überhaupt verhängt werden soll; siehe zu den verschiedenen Ansichten der Experten bei der Anhörung im Bundestag: Westphal/Stoppa, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24 S. 4, [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de).

<sup>13</sup>In der Begründung ebenso Stiegeler, Asylmagazin 3/2011, S. 63 und Westphal/Stoppa, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24 S. 4, [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de), die außerdem darauf verweisen, dass die RL in NL, Österreich und der Schweiz so umgesetzt wurden, dass Einreiseverbote jeweils individuelle behördliche Verfügungen erfordern.

<sup>14</sup>Westphal/Stoppa, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24, S. 4, [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de)

<sup>15</sup>Ggf. inzident in einem Aufenthaltserlaubnis- oder Visumantrag

<sup>16</sup>Siehe hierzu der nicht angenommene Änderungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Innenausschuss, nach dem die Worte „auf Antrag“ gestrichen werden sollten, weil die Fassung nicht mit Unionsrecht zu vereinbaren sei: BT-Drs. 17/6497, S. 12, [www.bundestag.de](http://www.bundestag.de).

<sup>17</sup>Im Ergebnis ebenso Winkelmann, Beitrag Umsetzung RÜFÜRL S. 13, [www.migrationsrecht.net](http://www.migrationsrecht.net); a.A.: VAHeURL, S. 6; a.a.O. (Fn. 1); VG Köln, Urteil v. 26.01.2011, 12 K 4430/09 (juris); jüngst OVG des Saarlandes, Beschluss v. 18.10.2011, 2 A 352/11 (juris).

Rückkehrentscheidung einhergeht. Auch der Umstand, dass Art. 11 Abs. 2 RL eine fünfjährige Regelhöchstgrenze vorsieht, begründet Zweifel an einer Regelung, die zunächst unbefristet erfolgt, also diese Grenze überschreitet, und erst auf Antrag richtlinienkonform umgestaltet wird.

Nach der RL ist mit der Rückkehrentscheidung, die ein Einreiseverbot bewirkt, in einer Einzelfallentscheidung die Dauer der Verbotswirkung festzulegen. Die bisherige Antragsregelung ist nicht richtlinienkonform. Allerdings enthält § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG weiterhin den gesetzlichen Befehl, die Befristung von einem entsprechenden Antrag des Betroffenen abhängig zu machen. Darf die Behörde gleichwohl – also contra legem, gegebenenfalls sogar nachträglich und damit entgegen Art. 11 Abs. 1 RL – eine richtliniengemäße Befristung verfügen? Fest dürfte stehen, dass jedenfalls dem anwaltlich vertretenen Betroffenen keine Erklärung „untergeschoben“ werden kann, die er nicht abgegeben hat und nicht abgeben will. In ein Rechtsmittel gegen eine Ausweisung nebst Abschiebungsandrohung kann also nicht der vermeintlich hilfsweise gestellte Antrag auf Befristung hineingelesen werden. Gesetzeswidrig darf sich die Behörde aber auch dann nicht verhalten, wenn die gesetzliche Regelung richtlinienwidrig ist. D.h., ohne Antrag darf sie nach dem nationalen Recht nicht befristen, obwohl sie sich mit der Verhängung eines Einreiseverbots ohne Befristung unionsrechtswidrig verhält. Dieses Dilemma kann nur der Gesetzgeber beheben. Solange sind Ausweisungen und andere Rückkehrentscheidungen unrettbar unionsrechtswidrig.

### **3. Kein lebenslanges Einreise- und Aufenthaltsverbot**

Wie oben unter III.1. und 2. näher dargelegt, sieht Art. 11 Abs. 1 S. 2 RL eine Ausnahmemöglichkeit vor, die fünfjährige Regelhöchstfrist zu überschreiten, wenn eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder die nationale Sicherheit vorliegt. Die Möglichkeit, auch lebenslange Einreise- und Aufenthaltsverbote zu verhängen, ist damit nicht eröffnet. Dies folgt wiederum aus Art. 3 Nr. 6 RL, der bestimmt, dass ein Einreiseverbot Einreise und Aufenthalt für einen „bestimmten Zeitraum“ untersagt. Beginn und Ende einer Frist sind also festzusetzen. Im Fall der Lebenslänglichkeit ist dies nicht der Fall. Denn das Ende der Frist ist dann nicht bestimmt, schon weil das Lebensende nicht vorhersehbar ist und der Zeitpunkt des Ablebens folglich nicht feststeht. Selbst wenn eine schwerwiegende Gefahr i.S.d. Art. 11 Abs. 2 S. 2 RL vorliegt, besteht nach der RL ein Befristungsanspruch. Die Frist kann dann zwar fünf Jahre überschreiten. Ein Fristende ist aber zu bestimmen, auch damit gemäß dem 4. Erwägungsgrund der RL für den Betroffenen klare Verhältnisse geschaffen werden.

Dieses Ergebnis wird durch eine Kontrollüberlegung bestätigt: Was bringt ein Anspruch auf Befristung auf das Lebensende? Der Befristungsanspruch würde zum nudum ius degradiert werden. Gefordert ist daher schlicht ein – längst überfälliger – Perspektivwechsel: Fällt ein Einreiseverbot weg, so bewirkt dies ja noch lange nicht, dass der Betroffene die Einreisevoraussetzungen oder gar die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt. Bei einer tatsächlich fortbestehenden Gefahr besteht auch weiterhin kein Anspruch auf Einreise und Aufenthalt. Der Mitgliedstaat kann sich dann aber nicht mehr einfach die Prüfung dieser Anspruchsvoraussetzungen mit dem pauschalen Hinweis ersparen, es bestehe ein Einreiseverbot. Folglich bedarf es der grundsätzlich lebenslangen Wirkungen eines Einreiseverbots nicht.

### **4. Ausweisungen können Rückkehrentscheidungen sein**

Wie oben ausgeführt hat der Gesetzgeber die ihm nach Art. 2 Abs. 2 lit. b) RL eröffnete Möglichkeit nicht genutzt, bestimmte Ausweisungen vom Anwendungsbereich der RL auszunehmen. Streitig ist allerdings, ob

deshalb **sämtliche Ausweisungen** an der RL zu messen sind, oder nur solche, bei denen der Ausländer bereits illegal ist, worauf Art. 2 Abs. 1 RL hindeutet. Aus der Entstehungsgeschichte der RL ergibt sich, dass die RL zwar nicht unmittelbar auf Ausweisungsfälle zugeschnitten ist. Sie soll aber Anwendung finden, sobald der rechtmäßige Aufenthalt beendet, der Drittstaatsangehörige also illegal ist.<sup>18</sup> Für das nationale Recht ergibt sich daher zunächst, dass zwar die Ausweisung noch nicht an der RL zu messen ist,<sup>19</sup> spätestens aber die – eine juristische Sekunde später erfolgende – Ausreiseaufforderung mit Abschiebungsandrohung der RL genügen muss. Befremdlich an dieser Folgerung ist jedoch, dass danach der illegal aufhältige Drittstaatsangehörige besser gestellt ist, als der sich rechtmäßig aufhaltende, der unter anderem nicht von Art. 11 Abs. 2 RL profitiert. Dies spricht nach hiesiger Ansicht deutlich dafür, erst recht die Ausweisung des sich rechtmäßig aufhaltenden Drittstaatsangehörigen an der RL zu messen. Insoweit besteht erheblicher Klärungsbedarf.

## **5. Abschiebung ist keine Rückkehrentscheidung**

Die Abschiebung wird in Art. 3 Nr. 5 RL als Vollstreckung der Rückkehrverpflichtung definiert. Zwar sieht Art. 11 Abs. 1 lit. b) RL vor, dass die einer Rückkehrentscheidung folgende Abschiebung zwingend zu einem Einreiseverbot führt. Grundlage des Einreiseverbots ist jedoch die Rückkehrentscheidung, nicht die Abschiebung. Dem entspricht der Wortlaut von § 11 Abs. 1 S. 1 AufenthG nicht, denn das obligatorische Einreiseverbot bezieht sich dort auf den Vollstreckungsakt, nicht auf die Rückkehrverpflichtung, der nicht nachgekommen wurde. Entsprechendes gilt für das Einreiseverbot aufgrund einer Zurückschiebung nach einem Überschreiten der Binnengrenzen, § 57 Abs. 2 n.F. AufenthG. In diesen Fällen unterscheiden sich – zumindest theoretisch – die Systeme; praktisch bedeutsam ist dies aber wohl nicht. Demgegenüber hat der Gesetzgeber die Geltung der RL für Zurückschiebungen nach Überschreiten der Außengrenzen gemäß Art. 2 Abs. 2 lit. a) RL ausgeschlossen, § 57 Abs. 1 n.F. AufenthG. Insoweit bestehen deshalb nicht einmal systembedingte Friktionen.

## **6. Geltung der RL für Dublin-II-Fälle?**

Offen ist, ob die RL in Dublin-II-Verfahren greift. Aus Art. 3 Nr. 3 RL, insbesondere dem 3. Spiegelstrich folgt<sup>20</sup>, dass mit Rückkehr stets die Ausreise in einen Drittstaat gemeint ist.<sup>21</sup> Allerdings regelt nicht Art. 3 Nr. 3 RL, sondern Art. 2 RL den Anwendungsbereich der RL. Dort wird aber – allein – auf den illegalen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat abgestellt, nicht, ob die Rückkehr in einen bestimmten Staat beabsichtigt ist.<sup>22</sup> Dies wird durch den 9. Erwägungsgrund der RL bestätigt und entspricht § 55 Abs. 1 S. 1 AsylVfG: Solange ein Asylantrag nicht beschieden ist, ist der Aufenthalt gestattet, also die RL gemäß Art. 2 Abs. 1 RL nicht anwendbar, da der Aufenthalt nicht illegal ist.

Allerdings wird diese Abgrenzung nur einem Erwägungsgrund entnommen, der noch dazu nur ein „Soll“ formuliert. Außerdem erweckt die Formulierung den Eindruck, Asylsuchende sollen besser gestellt sein, weil sie erst dann als illegal behandelt werden, wenn ihr Asylverfahren bestandskräftig (so die ausdrückliche Formulierung im 9. Erwägungsgrund der RL) beendet wurde. Die RL soll überdies gemäß Art. 4 Abs. 2 RL nicht anwendbar sein, wenn es günstigere asylrechtliche Regelungen gibt. Reist der Asylsuchende aber über

<sup>18</sup> Siehe insbesondere Nr. 3 Ziff. 12 a.E. des Vorschlags der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger vom 1.9.2005 (KOM(2005) 391 endg., 2005/0167 (COD))

<sup>19</sup> So auch Westphal/Stoppa, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24, S. 2, [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de)

<sup>20</sup> „...anderes Drittland...“

<sup>21</sup> Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281, 284.

<sup>22</sup> So auch Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281, 282; dort mit weiteren Nachweisen.

anwendbar sein, wenn es günstigere asylrechtliche Regelungen gibt. Reist der Asylsuchende aber über einen sicheren Drittstaat ein, wird dieses Prinzip durch §§ 26a und 27a i.V.m. 34a AsylVfG in sein Gegenteil verkehrt. Weil der Asylsuchende von Gesetzes wegen (noch) nicht als illegal aufhältig angesehen wird, § 55 Abs. 1 S. 3 AsylVfG,<sup>23</sup> ist die RL, die u.a. in Art. 13 einen wirksamen Rechtsbehelf garantiert, nicht anwendbar. Einstweiliger Rechtsschutz nach dem nationalen Recht ist gemäß § 34a Abs. 2 AsylVfG ausgeschlossen. Damit wird der Asylsuchende in diesen Fällen durch nationale Verfahrensvorschriften in eine Situation gebracht, die dem effet utile der RL widerspricht. Die unionsrechtliche Zulässigkeit solcher Verfahrensvorschriften ist mehr als zweifelhaft. Der Grundsatz, solange ein Asylverfahren nicht abgeschlossen ist, ist auch die RL nicht anwendbar, weil die Rechtsstellung während des Asylverfahrens günstiger ist, läuft leer. Richtiger Weise muss also – entgegen § 34a AsylVfG – auch während eines Verfahrens nach § 34a AsylVfG Rechtsschutz nach Art. 13 RL gewährt werden.<sup>24</sup> Zum gleichen Ergebnis führt die Überlegung, dass Asylsuchende in den Fällen des § 55 Abs. 1 S. 3 AsylVfG mangels Aufenthaltsgestattung illegal sind und sich schon deshalb auf die in der RL enthaltenen Rechtsschutzgarantien berufen können, insbesondere auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf.<sup>25</sup>

#### **IV. Rechtslage bis zum Inkrafttreten des 2. Richtlinienumsetzungsgesetzes mit Folgen darüber hinaus**

So klar es ist, dass die Richtlinie unter bestimmten Voraussetzungen direkt anzuwenden ist, bis das 2. RiLiUmsG in Kraft getreten ist, so wenig bekannt ist andererseits, welche Folgen von der unmittelbaren Anwendbarkeit ausgehen.

##### **1. Anwendbarkeit auf bereits verfügte Befristungen**

Die mit der RL bewirkte Änderung der materiellen Rechtslage strahlt auf alle noch nicht bestandkräftige Befristungsentscheidungen aus, auch auf solche, die vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL verfügt wurden. Dies ergibt sich schon aufgrund des nationalen Rechts, da bei einer Klage auf Befristung – auf Null oder auf Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts – grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz maßgeblich ist.

Allerdings ist fraglich, ob die RL, deren Anwendungsbereich auf illegal in einem Mitgliedstaat aufhältige Drittstaatsangehörige beschränkt ist, Art. 2 Abs. 1 RL, auch dann zumindest entsprechende Anwendung findet, wenn der Drittstaatsangehörige in Erfüllung seiner Ausreisepflicht bereits ausgereist ist. Gegen eine dem Wortlaut entsprechende Einschränkung des Anwendungsbereichs spricht, dass andernfalls derjenige, der rechtswidrig seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachkommt, besser gestellt wird, als der sich ordnungsgemäß Verhaltende.<sup>26</sup> Eine Prämie für Hartnäckigkeit soll mit der RL aber nicht eingeführt werden. Das schließt nicht aus, die Fälle des Entstehens eines Einreiseverbots aufgrund einer **Ab- oder Zurückschiebung** vom Anwendungsbereich der RL **auszunehmen**, da in diesen Fällen gerade keine

---

<sup>23</sup>Zur Anwendbarkeit des § 55 Abs. 1 S. 3 in Verfahren nach der Dublin-II-Verordnung s. Bergmann, in: Bergmann/Dienelt/Röseler, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 55 AsylVfG Rn. 8.

<sup>24</sup>Mit dieser Begründung das VG Meiningen, Beschluss v. 24.02.2011, 2 E 20040/11 Me (juris). Dort wird auch auf VG Weimar, Beschluss v. 26.02.2011, 7 E 20005/11 verwiesen, wobei dort eine völlig andere Begründung für die Anwendbarkeit der RL geliefert wird.

<sup>25</sup>Hierauf zu Recht hinweisend: Hörich, Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme, ZAR 2011, 281, 284.

<sup>26</sup>VG Berlin, Urte. v. 22.2.2011, 35 K 420.09, Rn 74 des Juris-Ausdrucks

freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht zu konstatieren ist.<sup>27</sup> Eine unterschiedliche Behandlung von Drittstaatsangehörigen, bei denen ein Einreiseverbot durch eine **Ausweisung** entstanden war, je nachdem, ob sie ihrer Ausreisepflicht nachgekommen sind oder nicht, lässt sich allerdings nicht rechtfertigen.

**Altsperren**, also Einreiseverbote, die schon länger als 5 Jahre wirken, beispielsweise weil kein Befristungsantrag gestellt oder dieser wegen einer Atypik iSv § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG a.F. abgelehnt wurde, sind aller Voraussicht nach nicht mehr wirksam, insbesondere kann die Einreise entgegen einer voraussichtlich unwirksamen Sperre nicht als vorsätzlich unerlaubt und strafbar iSv §§ 14 Abs. 1 Nr. 3, 95 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG angesehen werden.<sup>28</sup>

## 2. Anwendbarkeit auf Freizügigkeitsberechtigte

Die Frage, ob Freizügigkeitsberechtigte – also Staatsangehörige der Mitgliedstaaten, EWR-Staater, Schweizer und Familienangehörige der Genannten – ebenfalls in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, scheint auf den ersten Blick zu verneinen zu sein. Nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 3 RL bezieht sich die RL allein auf nicht freizügigkeitsberechtigte Drittstaatsangehörige. Allerdings würde die RL dann Drittstaater besser stellen als das Unionsrecht freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörige. Dies würde gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV, die sekundärrechtliche RL gegen Primärrecht verstoßen.

Denn zumindest nach Ansicht des BVerwG sollen in Fällen von „Altausweisungen“ auf § 8 Abs. 2 AuslG 1990 beruhende Einreiseverbote gemäß § 102 Abs. 1 S. 1 AufenthG wirksam bleiben. Die RL ist allerdings wegen ihrer „fortdauernden Wirkungen“ zumindest auf Einreiseverbote wegen einer früheren Abschiebung, somit

gleichsam rückwirkend anwendbar.<sup>29</sup> Dies hat auch für die anderen Rückkehrentscheidungen i.S.v. Art. 3 Nr. 4 RL zu gelten, beispielsweise solche, die auf strafrechtlichen Sanktionen beruhen,<sup>30</sup> da eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Rückkehrentscheidungen nicht überzeugend begründet werden kann.<sup>31</sup> Folglich besteht für Drittstaatsangehörige in allen Fällen ein Befristungsanspruch mit einer fünfjährigen Regelhöchstfrist auch für die Vergangenheit. Freizügigkeitsberechtigte haben einen solchen Anspruch nicht. Dies verstößt gegen das Diskriminierungsverbot von Art. 18 AEUV.

## V. Schlussfolgerungen für die Praxis

Für die Praxis ergeben sich aus den oben dargelegten Wirkungen der RL zahlreiche Folgerungen:

1. In allen Fällen des Art. 11 Abs. 1 S. 2 RL hat die über die Rückkehr entscheidende Behörde – entgegen dem Wortlaut von § 11 Abs. 1 AufenthG – Ermessen auszuüben, ob sie ein Einreiseverbot

<sup>27</sup> weitergehend: OVG Münster, Beschl. v. 18.04.2011 – 18 E 1238/10 – Juris, das die rückwirkende Anwendbarkeit der RL nur deshalb feststellen kann, weil es zugleich – inzident – erklärt, dass sich auch der nach einer Abschiebung nicht mehr im Mitgliedstaat aufhaltende Drittstaatsangehörige auf die RL berufen kann; so i. E. auch EuGH, Ur. v. 30.11.2009 – Rs. C-357/09 PPU – Kadzoev, <http://curia.europa.eu>.

<sup>28</sup> Westphal/Stoppa, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24, S. 4, [www.westphal-stoppa.de](http://www.westphal-stoppa.de)

<sup>29</sup> OVG Münster, Beschl. v. 18.04.2011 – 18 E 1238/10 – Juris, unter Bezugnahme auf EuGH, Ur. v. 30.11.2009 – Rs. C-357/09 PPU – Kadzoev, <http://curia.europa.eu>.

<sup>30</sup> selbst wenn dies anders wäre bestünde der Befristungsanspruch, nur eben gegebenenfalls jenseits der Höchstfrist; siehe oben.

<sup>31</sup> Im Ergebnis wohl ebenso Stiegeler, Asylmagazin 3/2011, S. 64.

anordnet. Für vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL verhängte Einreiseverbote gilt dies jedoch nicht; die Rechtsänderung macht die damalige obligatorische Verhängung nicht rechtswidrig.

2. Wird das mit einer Rückkehrentscheidung einhergehende Einreiseverbot – alle in Art. 11 RL genannten Fälle! –, nicht zugleich befristet, ist dies richtlinien- und daher rechtswidrig.
3. Ein lebenslanges Einreiseverbot darf nicht verhängt werden, da dies eine Nichtbefristung ist. Die fünfjährige Regelhöchstfrist darf – auch nach Inkrafttreten des 2. RiLiUmsG – nur in den in Art. 11 Abs. 2 S. 2 RL genannten Fällen überschritten werden.
4. Noch nicht bestandskräftige Befristungsentscheidungen, auch solche, die vor Ablauf der Umsetzungsfrist verfügt wurden, sind an der RL zu messen. Fußt das Einreiseverbot auf einer Ab- oder Zurückschiebung, gilt dies allerdings wohl nur, wenn diese Maßnahme nach dem 24.10.2010 vollstreckt wurde.
5. Für „Altausweisungen“ von Freizügigkeitsberechtigten folgt wegen Art. 18 AEUV ein Anspruch auf grundsätzlich höchstens fünfjährige Befristung. Da dieser Zeitraum inzwischen abgelaufen ist, besteht ein Anspruch auf Befristung auf Null.

Ulm, 27.11.2011

T. Oberhäuser  
Rechtsanwalt