SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GERHARD REISCHL VOM 14. JUNI 1977

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

I — Dem Vorabentscheidungsverfahren, mit dem ich mich in meinen heutigen Schlußanträgen zu befassen habe, liegen drei beim Amtsgericht Reutlingen anhängige, voneinander unabhängige Strafverfahren zugrunde, in denen es um die Auslegung des deutschen Ausländergesetzes vom 28. April 1965 und insbesondere um die Anwendung der Strafvorschriften des § 47 dieses Gesetzes auf Angehörige der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft geht. Im einzelnen handelt es sich um folgende drei Sachverhalte:

1. Gegen die italienische Staatsangehörige Concetta Sagulo, die als Buchbinderin tätig ist, hat das Amtsgericht Reutlingen auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom 12. November 1975 durch Strafbefehl vom 21. November 1975 wegen Verstoßes gegen § 47 Absatz 1 Nummer 2 des Ausländergesetzes eine Geldstrafe in Höhe von 100 DM zuzüglich der Kosten des Verfahrens und des Strafvollzugs festgesetzt, weil sie sich vom 24. Februar bis zum 4. September 1975 fahrlässig ohne Paß und ohne Aufenthaltserlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten habe. Frau Sagulo hat gegen diesen Strafbefehl am 28. November 1975 Einspruch eingelegt.

2. Gegen den italienischen Staatsangehörigen Gennaro Brenca, von Beruf Arbeiter, hat das Amtsgericht Reutlingen auf Antrag der Staatsanwaltschaft vom 22. November 1976 durch Strafbefehl vom 25. November 1976 wegen Verstoßes gegen § 47 Absatz 1 Nummer 2 des Ausländergesetzes eine Geldstrafe in Höhe von 100 DM zuzüglich der Kosten des Verfahrens und des Strafvollzugs festgesetzt, weil er sich vom „30. Februar" bis zum 16. Juni 1976 fahrlässig ohne Paß und ohne Aufenthaltserlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten habe. Herr Brenca hat gegen diesen Strafbefehl Einspruch eingelegt.

3. Dem berufslosen französischen Staatsangehörigen Addelmadjid Bakhouche war, nachdem er vom 22. Juni 1962 bis zum 14. November 1973 als Angehöriger der französischen Streitkräfte in der Bundesrepublik Deutschland stationiert gewesen war, am 12. Dezember 1973 eine bis zum 11. Dezember 1974 gültige Aufenthaltserlaubnis erteilt worden. Wegen Nichtzahlung von Bußgeldern aus 15 Verfahren wegen Verstößen gegen die Straßenverkehrsordnung wurde gegen Herrn Bakhouche Erzwingungshaft angeordnet und in der Zeit vom 27. Januar bis zum 6. März 1976 vollstreckt. Anschließend war er, weil er sich trotz wiederholter Aufforderung der zuständigen Behörde nicht um die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis bemüht hatte, bis 12. März 1976 wegen Vergehens gegen § 47 Absatz 1 Nummer 2 des Ausländergesetzes in Untersuchungshaft und wurde am 12. März 1976 vom Amtsgericht Reutlingen wegen dieses Vergehens zu einer Geldstrafe von 1 200 DM zuzüglich der Verfahrenskosten unter Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft verurteilt. Mit Anklageschrift vom 24. September 1976 hat nunmehr die Staatsanwaltschaft Herrn Bakhouche angeschuldigt, sich weiterhin ohne Aufenthaltserlaubnis in der Bundesrepublik Deutschland aufgehalten und sich trotz der Verurteilung zu einer Geldstrafe am 12. März 1976 und trotz wiederholter Aufforderungen durch die zuständige Behörde nicht um die Verlängerung seiner am 11. Dezember 1974 abgelaufenen Aufenthaltserlaubnis bemüht zu haben, und sie hat die Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Amtsgericht Reutlingen wegen Vergehens gegen § 47 Absatz 1 Nummer 2 in Verbindung mit §§ 1 und 2 des Ausländergesetzes beantragt.

Mit Beschluß vom 13. Januar 1977 hat das Amtsgericht Reutlingen die drei Strafverfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof gemäß Artikel 177 des EWG-Vertrags folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Kann die in Artikel 4 der Ratsrichtlinie 68/360 genannte besondere, deklaratorisch wirkende Aufenthaltsbescheinigung für die aus Artikel 48 EWG-Vertrag ff. berechtigten Ausländer verwaltungs- und strafrechtlich der allgemeinen Aufenthaltserlaubnis nach dem deutschen Ausländergesetz gleichgestellt werden mit der Folge, daß diese Ausländer bei Fehlen oder Ungültigwerden der Aufenthaltsbescheinigung nach § 47 Absatz 1 Nr. 1 oder 2 AuslG wegen Aufenthalts oder Einreise ohne gültige Aufenthaltserlaubnis gemäß § 5 AuslG bestraft werden können, oder verstößt dies gegen den EWG-Vertrag?
2. Verstößt es gegen den EWG-Vertrag, wenn einem Ausländer, der nach Artikel 48 EWG-Vertrag und der obengenannten Ratsrichtlinie unmittelbar berechtigt ist, lediglich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 5 AuslG mit den möglichen nachteiligen Folgen nach § 47 AuslG erteilt wird?
3. Verstößt es gegen das Diskriminierungsverbot in Artikel 7 EWG-Vertrag oder sonst gegen Inhalt und Geist dieses Vertrages — Art. 5 EWG-Vertrag —, daß ein Ausländer, der nach Artikel 48 EWG-Vertrag oder einer der zu seiner Durchführung ergangenen Bestimmungen berechtigt ist oder zunächst war, sich in der Bundesrepublik Deutschland zu den dort genannten Zwecken aufzuhalten bzw. einzureisen, und dessen nach §§ 3 AuslG, 10 AufenthaltG/EWG erforderlicher nationaler Paß oder Paßersatz ungültig geworden ist, im Geltungsbereich des deutschen Ausländergesetzes, nach dessen § 47 Absatz 1 Nr. 1 oder wegen Vergehens mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft werden kann, während ein Inländer, dessen nach den vergleichbaren Bundes- und Landespersonalausweisgesetzen erforderlicher Personalausweis ungültig geworden ist, lediglich wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße belegt werden kann (§ 47 OWiG — in der Regel aber nicht verfolgt wird), welche bei Fahrlässigkeit bis zu 500 DM, bei Vorsatz bis zu 1 000 DM betragen kann?
4. Verstieße es gegen den EWG-Vertrag, einen nach Artikel 48 EWG-Vertrag berechtigten Ausländer, der bereits im Vorjahr wegen vorsätzlichen Vergehens gegen das Ausländergesetz zu Geldstrafe verurteilt worden war, weil er sich ohne Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet aufgehalten hatte, wegen eines gleichen Verhaltens nach Rechtskraft dieses Urteils nunmehr zu Freiheitsstrafe zu verurteilen?

II — Zu einer Reihe der in diesen Fragen angesprochenen Problemen gibt es bereits Entscheidungen des Gerichtshofs. Es erscheint mir daher zweckmäßig, die Grundlinien dieser Rechtsprechung im Zusammenhang darzustellen, bevor ich zu den einzelnen Vorlagefragen Stellung nehme.

In seinem Urteil vom 8. April 1976 in der Rechtssache 48/75 — Royer — (Slg. 1976, S. 497) hat der Gerichtshof zum Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats festgestellt:

Das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen und sich dort aufzuhalten, wird jedem, der unter den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fällt, unabhängig von der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder dergleichen seitens des Aufnahmestaats unmittelbar im Vertrag — namentlich in den Artikeln 48, 52 und 59 — oder, je nach Sachlage, in den zu seiner Durchführung ergangenen Bestimmungen gewährt.

Zur Rechtsnatur der Aufenthaltserlaubnis gemäß Artikel 4 Absatz 2 der Ratsricht-

linie 68/360 vom 15. Oktober 1968 (ABl. L 257 vom 19. Oktober 1968, S. 13) hat der Gerichtshof entschieden, daß diese nicht rechtsbegründend wirke; vielmehr werde mit ihr durch den Mitgliedstaat lediglich festgestellt, welche persönliche Stellung einem Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats nach den Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zukomme (vgl. Urteil in der Rechtssache 48/75, Rdz. 31/33, Slg. 1976, S. 512). Die Aufenthaltserlaubnis diene nur dem Nachweis des Aufenthaltsrechts und müsse jedem erteilt werden, der nachweise, daß er zur Gruppe der Berechtigten gehöre (vgl. Urteil in der Rechtssache 48/75, Rdz. 34/36, 37, Tenor Nr. 2, Slg. 1976, S. 513, 518).

Zu der Frage, inwieweit gegen Staatsangehörige eines anderen Mitgliedstaats ausländerpolizeiliche Maßnahmen zulässig sind, hat der Gerichtshof in dem genannten Urteil in der Rechtssache 48/75 (Rdz. 41/42, Slg. 1976, S. 513) ausgeführt:

Ferner sind die Mitgliedstaaten nach Gemeinschaftsrecht nicht gehindert, die Mißachtung nationaler ausländerpolizeilicher Vorschriften mit den geeigneten und zur Durchsetzung dieser Vorschriften erforderlichen Sanktionen zu belegen, soweit diese nicht in der Entfernung aus dem Hoheitsgebiet bestehen.

Dieses Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung und Durchsetzung ausländerpolizeilicher Maßnahmen auch gegenüber Angehörigen anderer Mitgliedstaaten hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 7. Juli 1976 in der Rechtssache 118/75 — Watson und Belmann — (Slg. 1976, S. 1185, insbesondere Rdz. 17/18, S. 1198) ausdrücklich bestätigt. Hinsichtlich etwaiger Sanktionen hat der Gerichtshof in dem gleichen Urteil ausgeführt (vgl. Rdz. 21/22, S. 1199):

Was die anderen Sanktionen wie die Geld- und die Freiheitsstrafe betrifft, so dürfen die nationalen Behörden die Nichteinhaltung der Bestimmungen, nach denen Ausländer ihre Anwesenheit anzuzeigen haben, zwar mit Sanktionen belegen, die denen vergleichbar sind, die wegen gleichwertiger strafbarer Handlungen gegen Inländer verhängt werden, doch ist es nicht gerechtfertigt, an diesen Verstoß eine Sanktion zu knüpfen, die so außer Verhältnis zur Schwere der Tat steht, daß sie sich als eine Behinderung der Freizügigkeit erweist.

Betrachten wir im Lichte dieser Rechtsprechung die Vorlagefragen des vorliegenden Falles, so ergibt sich folgende Stellungnahme:

1. Die *Frage 1* geht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs von der lediglich deklaratorischen Bedeutung der Aufenthaltserlaubnis nach Artikel 4 der Ratsrichtlinie 68/360, die in der Frage als „Aufenthaltsbescheinigung" bezeichnet wird, aus. Damit wird der besondere Rechtscharakter dieser Bescheinigung, der sie von der Aufenthaltserlaubnis nach dem deutschen Ausländergesetz, die konstitutive Wirkung hat, unterscheidet, ausdrücklich unterstrichen. Läuft eine Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Absatz 1 des Ausländergesetzes ab, so erlischt damit das Aufenthaltsrecht des betreffenden Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland. Läuft dagegen die Aufenthaltserlaubnis nach Artikel 4 der Ratsrichtlinie 68/360 ab, so fehlt dem Inhaber lediglich der schriftliche Nachweis seines unverändert weiterbestehenden Aufenthaltsrechts, ein Nachweis, auf dessen Verlängerung oder Neuausstellung er einen Anspruch hat. Die Aufenthaltserlaubnis für Angehörige eines Mitgliedstaats der EWG steht also ihrem Rechtscharakter nach einem Ausweispapier eines Inländers viel näher als der allgemeinen Aufenthaltserlaubnis nach dem deutschen Ausländergesetz. Es erscheint mir daher schon aus diesen allgemeinen Erwägungen ausgeschlossen, die beiden Aufenthaltserlaubnisse verwaltungs- und strafrechtlich einander gleichzustellen.

Die gestellte Frage zielt konkret darauf ab, ob die Strafvorschriften des § 47 Absatz 1 Nummern 1 und 2 des deutschen Ausländergesetzes auf die Aufenthaltser-

laubnis nach Artikel 4 der Ratsrichtlinie 68/360 anwendbar sind. Hierzu hat die Kommission mit Recht darauf hingewiesen, daß die Erstreckung der Frage auf § 47 Absatz 1 Nummer 1 (Einreise ohne Aufenthaltserlaubnis) auf einem Irrtum beruhen muß. Denn nach § 2 Absatz 1 des deutschen Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1969 ist diesen zur Freizügigkeit berechtigten Personen die Einreise ohne Aufenthaltserlaubnis gestattet. Die Vorschriften dieses Gesetzes gehen nach seinem § 15 denen des Ausländergesetzes vor. Die Einreise ohne Aufenthaltserlaubnis ist daher für die nach Artikel 48 des EWG-Vertrags Berechtigten schon nach innerstaatlichem Recht der Bundesrepublik Deutschland nicht strafbar.

Was § 47 Absatz 1 Nummer 2 des Ausländergesetzes anbelangt, so ist es nicht Sache des Gerichtshofs, die Bestimmung des deutschen Rechts dahin auszulegen, ob diese unter „Aufenthaltserlaubnis" die materielle Berechtigung zum Aufenthalt versteht oder auch das den bloßen Nachweis eines bestehenden Aufenthaltsrechts enthaltende Papier einbeziehen will. Daß aber die Aufenthaltserlaubnis nach Artikel 4 der Ratsrichtlinie 68/360 nicht unter diese Strafbestimmung des allgemeinen Ausländergesetzes fallen kann, ergibt sich aus gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen. Nach der allgemeinen Regel des Artikels 7 Absatz 1 des EWG-Vertrags, die für die Arbeitnehmer ihren besonderen Ausdruck in Artikel 48 Absatz 2 dieses Vertrages findet, ist jede Diskriminierung und unterschiedliche Behandlung der Angehörigen der Mitgliedstaaten aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten. Angehörige der Mitgliedstaaten sind also grundsätzlich Inländern gleichzustellen. Wie ich schon ausgeführt habe, steht die besondere Aufenthaltserlaubnis für Angehörige eines Mitgliedstaats der EWG in ihrer Rechtswirkung den Ausweispapieren eines Inländers weit näher als der allgemeinen Aufenthaltserlaubnis nach dem deutschen Ausländergesetz. Verletzt ein Inländer seine Ausweispflicht, so kann er nach deutschem Recht nur wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße belegt werden. Nicht anders kann aber vom Unrechtsgehalt her die Verletzung der Pflicht zum Nachweis eines materiell bestehenden Aufenthaltsrechts durch einen Angehörigen eines anderen Mitgliedstaats der EWG behandelt werden. Eine solche Handhabung liegt auch auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs. Dieser hat zwar, wie oben dargestellt, den Erlaß und die Durchsetzung ausländerpolizeilicher Vorschriften auch für Angehörige der Mitgliedstaaten der EWG für zulässig erklärt, hinsichtlich der Sanktionen hat er aber ausdrücklich darauf abgestellt, daß diese dem Grundsatz der Inländerbehandlung und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Mittel entsprechen müssen (vgl. Urteil in der Rechtssache 118/75, Rdz. 21/22, Slg. 1976, S. 1199). Eine Auslegung des § 47 Absatz 1 Nummer 2 des deutschen Ausländergesetzes dahin, daß diese Vorschrift auch auf die Aufenthaltserlaubnis nach Artikel 4 der Ratsrichtlinie 68/360 anwendbar ist, würde also einmal das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 des EWG-Vertrags verletzen. Zum anderen würde eine solche Auslegung zur Anwendung von völlig außer Verhältnis zum Unrechtsgehalt des Verstoßes gegen ausländerrechtliche Formalitäten stehenden Strafdrohungen führen, damit unmittelbar ein Hindernis für die gemeinschaftsrechtlich garantierte Freizügigkeit darstellen und auch insoweit gegen den EWG-Vertrag verstoßen.

2. Zur *Frage 2* ist zu bemerken, daß diese von der falschen Voraussetzung ausgeht, daß die Anwendung der Strafvorschrift des § 47 Absatz 1 Nummer 2 des deutschen Ausländergesetzes davon abhängen könnte, welche Form der Aufenthaltserlaubnis die erteilende Behörde wählt. Da das Aufenthaltsrecht der Angehörigen der Mitgliedstaaten unmittelbar auf dem Vertrag oder den dazu ergangenen gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen beruht, kann seine Rechts-

natur nicht etwa dadurch verändert werden, daß die zuständige Behörde irrigerweise eine allgemeine Aufenthaltserlaubnis nach dem Ausländergesetz ausstellt. Da außerdem, wie auch bereits von der Rechtsprechung anerkannt, ein nach Artikel 48 des EWG-Vertrags aufenthaltsberechtigter Angehöriger eines Mitgliedstaats einen Anspruch auf Erteilung der besonderen Aufenthaltserlaubnis nach Artikel 4 Absatz 2 der Ratsrichtlinie 68/360 hat, würde die Erteilung einer allgemeinen Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Absatz 1 des deutschen Ausländergesetzes auch gegen das Gemeinschaftsrecht verstoßen.

3. Zu *Frage 3* kann ich mich sehr kurz fassen. Wie ich schon zu Frage 1 ausgeführt habe, verstößt die in Frage 3 angesprochene unterschiedliche Behandlung eindeutig gegen das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Absatz 1 des EWG-Vertrags.

4. Die Antwort auf die *4. Frage* ergibt sich ebenfalls aus dem, was ich zur ersten Frage ausgeführt habe. Wie die Kommission überdies richtig bemerkt, kann eine gemeinschaftsrechtswidrige erste Verurteilung keinen Einfluß auf die Beurteilung der gleichen Tat bei einer erneuten Verfolgung haben.

III — Ich schlage daher vor, auf die Vorlagefragen wie folgt zu antworten:

1. Das sich aus Artikel 48 des EWG-Vertrags und aus seinen Durchführungsvorschriften ergebende Aufenthaltsrecht besteht unabhängig von der Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis. Sanktionen des Ausländerpolizeirechts der Mitgliedstaaten, die das Fehlen oder Entfallen des materiellen Aufenthaltsrechts betreffen, sind daher nicht anwendbar, wenn die Aufenthaltserlaubnis eines nach Artikel 48 des EWG-Vertrags berechtigten Angehörigen eines Mitgliedstaates fehlt oder ungültig wird.

2. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, den nach Artikel 48 des EWG-Vertrags berechtigten Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht auszustellen, die den Vorschriften der Ratsrichtlinie 68/360 entspricht.

3. Aus Artikel 7 des EWG-Vertrags ergibt sich, daß die Mitgliedstaaten Sanktionen des Ausländerpolizeirechts, die das Fehlen oder Ungültigwerden der Aufenthaltserlaubnis betreffen, für nach Artikel 48 des EWG-Vertrags berechtigte Angehörige der anderen Mitgliedstaaten nicht strenger gestalten dürfen als die Sanktionen, die nach ihrem innerstaatlichen Recht wegen der Verletzung der Ausweispflicht durch Inländer verhängt werden.