

Entwicklungen im Recht der Ausweisung

Vortrag

Marion Eckertz-Höfer, Vizepräsidentin des Bundesverwaltungsgerichts

Vor genau 10 Jahren stand die Tagung hier unter der Überschrift „Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat.“¹ Das Thema der Ausweisung spielte in der Rechtsprechung seitdem weiterhin eine große Rolle, selbst wenn sich diese nicht wirklich in den Zahlen der entsprechenden Verfahren beim Bundesverwaltungsgericht widerspiegelt. Von den knapp 100 Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Ausländerrecht in den letzten 10 Jahren betrafen etwa 26 Ausweisungsentscheidungen oder solche Aufenthaltsbeendigungen, die der Sache nach Ausweisungscharakter hatten – also immerhin ca. ein Viertel der ausländerrechtlichen Entscheidungen insgesamt.² Betroffen waren vor allem türkische Staatsangehörige, nämlich zu fast drei Fünfteln; bei einem knappen Fünftel ging es um EU-Bürger und der Rest verteilt sich auf Drittstaatsangehörige und Staatenlose.³

Das vergangene Jahrzehnt scheint im Recht der Ausweisung vor allem gekennzeichnet durch eine verstärkte und sich beschleunigende **Europäisierung** (s. unter 1.) – vom Gesetzgeber in Deutschland eher zögerlich betrieben und aufgenommen -, sowie durch die **Terrorismusedebatte** in Folge der Ereignisse vom 11. September 2001 (New York) und vom 11. März 2004 (Madrid), auf die der Gesetzgeber in beiden Fällen zügig reagiert hat (s. unter 2.).

1. Europäisierung

Die **Europäisierung** scheint das nationale Ausweisungsrecht allumfassend zu ergreifen. Ich erinnere an die europavertraglichen Grundlagen: Der Maastrichter Vertrag von 1992 hatte zunächst für einige Bereiche der Asyl- und Migrationspolitik eine Kooperation der Mitgliedstaaten vorgesehen. Schon der Amsterdamer Vertrag von 1997 wandelte die Visa-, Einwanderungs- und Asylpolitik in Gemeinschaftspolitik um, für die der Europäische Rat von Tampere im Oktober 1999 politische Leitlinien und Ziele formulierte.⁴ In jüngerer Zeit scheinen auch die Bemühungen um eine gemeinsame Integrationspolitik intensiviert, insbesondere durch die Richtlinien zur Familienzusammenführung und zum Status der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen⁵ sowie durch die Vorschläge zur

¹ Tagungsband: *Barwig, Huber, Lörcher, Schuhmacher* (Hrsg.), *Ausweisung im demokratischen Rechtsstaat* Baden Baden 1996.

² In den 50 Jahren Rechtsprechung des BVerwG zum Ausländerrecht ging es in ca. 300 Entscheidungen um Ausweisung bzw. vergleichbare Sachverhalte.

³ Diese vergleichsweise niedrigen Zahlen lassen nicht erkennen, dass jährlich in der BRD nicht nur hunderte, sondern wohl zehntausende von Ausländern und Asylbewerbern von Ausweisung oder Abschiebung betroffen sind, vgl. *Lehnguth, Maassen, Schiefer*, *Rückführung und Rückübernahme*, 1998, S. 36.

⁴ Vgl. a. 2002/463/EG: Entscheidung des Rates vom 13. Juni 2002 über ein Aktionsprogramm für Verwaltungszusammenarbeit in den Bereichen Außengrenzen, Visa, Asyl und Einwanderung (ARGO-Programm), ABl. Nr. L 161 vom 19.6.2002, S. 11 ff.

⁵ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. Nr. L 251 vom 3.10.2003 S. 12 ff.; Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Arbeitsmigration und zur Studien- und Berufsbildungsmigration. Darüber hinaus hat der Ministerrat Antidiskriminierungsmaßnahmen beschlossen.⁶ Diese Politik betrifft letztlich – wenn auch noch mit unterschiedlichen Auswirkungen - alle in Deutschland ansässigen Bevölkerungsgruppen ohne deutschen Pass: Unionsbürger, türkische Staatsangehörige und Drittstaatsangehörige.

Im Recht der Ausweisung wachsen die Drittstaatsangehörigen, insbesondere die in einem Mitgliedsstaat langfristig ansässigen, zwar langsam in eine der von der Europäisierung begünstigten Zielgruppen hinein. Dennoch haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und türkische Staatsangehörige weitaus deutlichere Vorrechte; türkische Staatsangehörige allerdings nur, sofern sie über eine Rechtsposition nach den Art. 6 und 7 des Beschlusses 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei verfügen. Aber auch insoweit erweitert die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) kontinuierlich den Personenkreis der nach dem Assoziationsrecht Aufenthaltsberechtigten. Dies teilweise sicherlich über den Bereich hinaus, den deutsche Gerichte unter Anwendung ihres üblichen Instrumentariums zu Rechtsauslegung und -Anwendung für gerechtfertigt gehalten hätten. Das sage ich feststellend und nicht etwa kritisch, weder den deutschen Gerichten noch dem Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften gegenüber. Wir alle wissen: Die Entscheidungen des EuGH werden kritisiert oder euphorisch gefeiert, je nachdem, ob Methode oder Ergebnis gefallen. Für ein nationales Gericht darf es indessen nicht darum gehen, ob eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gefällt oder nicht. Selbstverständlich gebietet es der Grundsatz der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EG, möglicherweise auch schon der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, die Auslegungen des Europäischen Gerichtshofs in das nationale Recht umzusetzen oder – jedenfalls als Gericht, dessen Entscheidung mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts nicht mehr angefochten werden kann - eigenständig vorzulegen (Art. 234 Abs. 3 EG), falls eine abweichende Entscheidung beabsichtigt ist oder noch ungeklärte Zweifelsfragen offen stehen.⁷ Das Bundesverwaltungsgericht in Gestalt des ersten Senats hat sich dementsprechend immer wieder mit Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gewandt bzw. im Falle von Zurückverweisungen die Berufungsgerichte auf gemeinschaftsrechtliche Zweifelsfragen aufmerksam gemacht, damit diese ihrerseits ggf. die gebotene Vorlage keinesfalls unterlassen. In allen Fällen, in denen dies möglich war, war der erste Senat bestrebt, die Entscheidungen des EuGH schnellstmöglich umzusetzen und die Instanzgerichte dazu anzuhalten, das Gleiche zu tun.

a) Auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH in Sachen Orfanopoulos/Oliveri von April letzten Jahres hat der erste Senat des Bundesverwaltungsgerichts den wohl größten Wandel seiner Ausweisungsrechtsprechung in den letzten 10 Jahren vollzogen. Dieser gilt sowohl für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger – durch das ab 1. Januar geltende Freizügigkeitsgesetz/EG ist dies nur noch in den vom Gesetzgeber nicht geregelten Fragen von Bedeutung - als auch für assoziationsrechtlich privilegierte türkische Staatsangehöri-

langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABI Nr. L vom 23.1.2004 S. 44 ff.; Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 des Rates vom 13. Juni 2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatenangehörige, ABI Nr. L 157 vom 15.6.2002 S. 1 ff.; Richtlinie 2001/40/EG des Rates vom 28. Mai 2001 über die gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen über die Rückführung von Drittstaatsangehörigen, ABI Nr. L 149 vom 2.6.2001 S. 34 ff.

⁶ Vgl. *Zuwanderungsrat*, Jahresgutachten 2004, S. 428 f.; *Mallmann*, Die Bedeutung des Rechts der europäischen Gemeinschaften für das Ausländerrecht - unter besonderer Berücksichtigung des Assoziationsrechts, in: Deutsches Anwaltsinstitut/Fachinstitut für Verwaltungsrecht, Brennpunkte des Verwaltungsrechts 2000, Bochum (2000), S. 144 ff.

⁷ EuGH Urteil vom 6. Oktober 1982 - Rs. 283/81 - [C.I.L.F.I.T.], Sgl. 1982, 3415.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

ge, und besonders für diese wird die Änderung der Rechtsprechung wohl auch in Zukunft noch erhebliche Folgewirkungen haben. Worum geht es?

Die Entscheidung Orfanopoulos/Oliveri bezieht verfahrensrechtlich unter anderem Stellung zur Frage des maßgeblichen Zeitpunktes für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung, insb. ob Art. 3 der Richtlinie 64/221/ EWG verlangt, eine nach der letzten Behördenentscheidung beim Betroffenen eingetretene Entwicklung zu berücksichtigen (2). Materiellrechtlich behandelt die Entscheidung Orfanopoulos/Oliveri Aspekte der gemeinschaftsrechtlich gebotenen umfassenden Einzelfallsprüfung; hier stellte sich die Frage, ob die zwingende Ausweisung nach § 47 Abs. 1 AuslG (jetzt: § 53 AufenthG) mit Art. 39 Abs. 3 EG bzw. Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG vereinbar ist (1).

(1) Ein **materiellrechtlicher** Rückblick: Der deutsche Gesetzgeber meinte den europarechtlichen Anforderungen an die Ausweisung von Unionsbürgern insbesondere durch das Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (AufenthG/ EWG)⁸ genügt zu haben.⁹ Die Auslegung der primärrechtlichen Freizügigkeitsregelung des Art. 39 EG sowie der sekundärrechtlichen Bestimmungen der Richtlinie 64/221/EWG durch den EuGH führte vielfach zur Korrektur des deutschen Ausweisungsrechts, um es den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen anzupassen. Als problematisch erwies sich dabei insbesondere das in Ermessens-, Ist- und Regelausweisung gestufte System der Ausweisung nach dem AuslG 1990 (§§ 45 bis 48 AuslG), das im Wesentlichen unverändert in das neue Zuwanderungsgesetz, in die §§ 53 bis 56 AufenthG übernommen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hatte allerdings schon im Jahre 1978 unter Anwendung damals des § 10 AuslG 1965 entschieden (BVerwGE 57, 61, 64), dass bei dem Bürger eines Mitgliedsstaates der EG die Tatsache einer strafgerichtlichen Verurteilung für sich allein nicht genügt, eine Ausweisung zu begründen (§ 12 Abs. 4 AufenthG/EWG). Der Ausländer müsse vielmehr durch sein persönliches Verhalten zu der Ausweisung Anlass geben.¹⁰ Schon damals hieß es unter Berufung auf die Bouchereau-Entscheidung des EuGH¹¹, dass Ausnahmen von dem Grundsatz der Freizügigkeit eng zu verstehen sind. Im Falle einer strafgerichtlichen Verurteilung setze eine Ausweisung voraus, dass die der Verurteilung zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstelle. Der Bouchereau-Entscheidung wurde weiter entnommen, dass eine solch gegenwärtige Gefährdung regelmäßig bei einer Neigung des Ausländers zu bejahen sein wird, sein Verhalten künftig beizubehalten; die Gefährdung könne sich im Einzelfall aber auch allein auf Grund des abgeurteilten Verhaltens ergeben.¹² Schon 1975 hatte das BVerwG (BVerwGE 49, 60) unter Abänderung seiner früheren Rechtsprechung und in Folge der Entscheidung Bonsignore des EuGH¹³ entschieden, dass die Ausweisung eines EG-Bürgers aus generalpräventiven Gründen unzulässig ist.

Umstritten blieb vor allem die Frage – insbesondere nach Inkrafttreten des AuslG 1990 –, ob die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen das nationale Ausländerrecht völlig verdrängen. Das BVerwG hat sich damals dagegen entschieden, wohl nicht zuletzt auch deshalb, um sicherzustellen, dass eine gegenüber einem Drittausländer nicht erlaubte

⁸ Geltend für Erwerbstätige (Art. 39 ff. EG) und ihre Familienangehörigen sowie für Personen, die nach der VO Nr. 1251/70 (ABl. Nr. L 142 S. 24) ein Verbleiberecht besitzen (§ 1 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG/EWG).

⁹ Geltend für die weiteren aufenthaltsberechtigten Personengruppen entspr. den Richtlinien 90/364/EWG; 90/365/EWG und 93/96/EWG.

¹⁰ Sofern keine Ausnahme nach § 12 Abs. 3 AufenthG/EWG eingreift (Schutz der öffentlichen Gesundheit).

¹¹ EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1977 - Rs 30/77 - Slg 1977, 1999 = NJW 1978, 479.

¹² EuGH, Urteil vom 27. Oktober 1977, Rn. 29/30.

¹³ EuGH, Urteil vom 26. Februar 1975, Leitsatz 3.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Ausweisung nicht gegenüber einem privilegierten Ausländer erlassen wird. Das Bestreben, für große Fallgruppen nicht völlig die Rückbindung an das nationale Recht aufzugeben, mag ebenfalls dahinter gestanden haben. Das Ergebnis war bis zum vergangenen Jahr, dass das BVerwG – ebenso wie die meisten der Oberverwaltungsgerichte – die Tatbestände der Ist- und Regelausweisung nach dem AuslG 1990 für sämtliche Ausländer, unabhängig davon ob Unionsbürger, assoziationsrechtlich privilegierte türkische Staatsangehörige oder Drittstaatsangehörige, an erster Stelle als Prüfungsmaßstab heranzog. War schon auf dieser ersten Stufe die Ausweisung nicht rechtmäßig, erübrigten sich weitere Prüfungen. War dies nicht der Fall, bedurfte es – gleichsam auf einer zweiten Stufe – für Unionsbürger – und ggf. für assoziationsrechtlich privilegierte türkische Staatsangehörige – der Prüfung, ob zusätzliche Anforderungen für die Rechtmäßigkeit der Maßnahme vorliegen müssen. Dies bedeutete, dass die Rechtsfolge der zwingenden Ausweisung im Falle des § 47 Abs. 1 AuslG oder der Regelausweisung des § 47 Abs. 2 AuslG beispielsweise nicht eintrat, wenn dem § 12 AufenthG/EWG entgegenstand. Umgekehrt bedeutete dies, dass Ist- und Regelausweisung auch gegenüber EG-Angehörigen eingriffen, wenn § 12 AufenthG/EWG nicht entgegenstand. So kann zwar die frühere Rechtsprechung des BVerwG nicht für eine Praxis gleichsam zwangsläufiger Ausweisung von privilegierten Ausländern in Anspruch genommen werden. Gleichwohl hat aber die Vertragsverletzungsklage der Kommission vom 4. Dezember 2002 (C-441/02-1) gezeigt, dass das zweistufige Prüfungsmodell in der Praxis der Ausländerbehörden vielfach zu einem Übergewicht der ersten Stufe geführt hat, und die zweite Stufe der Prüfung, sofern sie überhaupt erfolge, den gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeitsgrundsatz als ein grundrechtsgleiches Recht der betroffenen Person vielfach nicht ernst genug im Sinne einer Berücksichtigung und Abwägung aller Umstände des Einzelfalls genommen hat. Eindrucksvoll zeigt die Vertragsverletzungsklage auf, dass die Behörden auf Grund der nationalen Rechtslage sogar meinten, von der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ausweisung absehen zu dürfen.¹⁴

Der EuGH hat auch in den Rechtssachen Orfanopoulos und Oliveri¹⁵ keineswegs eindeutig und unmissverständlich festgestellt, dass die beschriebene zweistufige Rechtsprüfung dem Gemeinschaftsrecht widerspreche. Der Entscheidung ist – ebenso wenig wie früherer Rechtsprechung des EuGH zuvor – keine Aussage dazu zu entnehmen, dass Ausweisungen von freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern nur und zwingend durch Ermessensentscheidungen erfolgen dürften. Vielmehr sagt er eher allgemein (Rn. 71, 93 f.), dass das Gemeinschaftsrecht einer nationalen Regelung entgegensteht, die den innerstaatlichen Behörden vorgibt – und sei es auch nur durch eine Regelvermutung –, Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten unter schematischer Anknüpfung an die Verurteilung zu Jugend- bzw. -Freiheitsstrafe ohne Bewährung wegen eines Delikts gegen das Betäubungsmittelgesetz auszuweisen. Da genau dieses auf der Grundlage der geschilderten Zweistufenprüfung, sofern diese korrekt durchgeführt wurde, nicht der Fall sein konnte, lag es nicht von vornherein auf der Hand, wie diese Entscheidung umsetzen war.

Der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat sich mit seinen Entscheidungen vom 3. August 2004 zu einem radikalen Bruch mit seiner bisherigen Rechtsprechung entschlossen. Er hat in seiner Portugiesen-Entscheidung entschieden¹⁶, dass freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger nach § 12 AufenthG/ EWG i.V.m. §§ 45, 46 AuslG 1990 nur noch auf der Grundlage einer ausländerbehördlichen Ermessensentscheidung ausgewiesen werden dürfen. Dieser Schritt schien aus Gründen der Rechtsklarheit geboten. Als Rechtsgrundlage scheidet § 47 AuslG damit künftig aus, d.h. die Ausweisung eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers darf nicht mehr, auch nicht mehr in einer ersten Stufe

¹⁴ Vgl. Klage C-441/02 vom 4.12.2002, zu Rn. 40 und 88 ff.

¹⁵ C-482 und 493/01 - Urteil vom 29. April 2004, Rn. 58 ff. 90 ff.

¹⁶ BVerwG, Urteil vom 3. August 2004, BVerwG 1 C 30.02 – juris (vorgesehen zur Veröffentlichung in der amtlichen Slg.).

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

und damit vorläufig, als zwingende Ausweisung oder als Regelausweisung begründet werden. Diese Linie schien auf der Grundlage der Entscheidung des EuGH zumindest nahe liegend; jedenfalls war sie für Unionsbürger durch den deutschen Gesetzgeber vorgezeichnet. Denn ab 1. Januar 2005 ist das Freizügigkeitsrecht der Unionsbürger überwiegend (vgl. § 11 FreizügG/EG) spezialgesetzlich geregelt. In dem neuen Freizügigkeitsgesetz/EG findet sich nunmehr in § 6 die Regelung, die künftig die Ausweisung von Unionsbürgern steuern wird. Aus ihr ergibt sich, dass Aufenthaltsbeendigungen nur nach Ermessen erfolgen dürfen, und dass die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung für sich allein nicht genügt, um einem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger seine weitreichenden Aufenthaltsrechte zu entziehen. Ungeachtet dieser Überholung durch Gesetzgebung hat unsere Entscheidung für Übergangsfälle eine Bedeutung; außerdem schafft sie ein spezielles Übergangsrecht: Den Ausländerbehörden ist von den Tatsachengerichten während eines Übergangszeitraums Gelegenheit zur vollständigen Nachholung der Ermessensentscheidung zu geben, wenn die Ausweisung eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers als Ist- oder Regelausweisung nach § 47 Abs. 1 oder 2 AuslG ohne Ermessensausübung verfügt worden ist.¹⁷ Dies soll für alle zurzeit anhängigen und bis zum 31. Januar 2005 anhängig werdenden Verwaltungsstreitverfahren freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger – unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstadium – gelten.

Eine erheblich größere Breitenwirkung dürfte indessen die Übertragung der Unionsbürgerrechtssprechung auf den Fall eines türkischen Staatsangehörigen durch Parallelentscheidung vom gleichen Tag. Bei diesem konnte ein nach Assoziationsrecht privilegierter Aufenthalt nicht ausgeschlossen werden.¹⁸ Hier hat der erste Senat entschieden, dass der gemeinschaftsrechtliche Ausweisungsschutz für türkische Staatsangehörige, die nach dem ARB 1/80 aufenthaltsberechtigt sind, in gleicher Weise materiellrechtlich zu begründen und auszugestalten ist wie für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger. Dies bedeutet auf der Grundlage der genannten Entscheidung, dass entsprechend privilegierte türkische Staatsangehörige ebenfalls nur noch auf der Grundlage einer ausländerbehördlichen Ermessensentscheidung gemäß den §§ 45, 46 AuslG ausgewiesen werden dürfen. Die Ist- oder Regelausweisung nach § 47 AuslG scheidet demgegenüber als Rechtsgrundlage aus. Genau genommen stand dieses Ergebnis als Folge des Gemeinschaftsrechts erst mit der Entscheidung des EuGH in der Sache Cetinkaya vom 11. November 2004¹⁹, also 3 Monate später fest. Aber es spricht für die Kontinuität der Rechtsprechung des EuGH, dass der Ausgang des Verfahrens Cetinkaya nicht überraschend kam.

(2) Noch wichtiger für die Ergebnisse von Ausweisungsverfahren als die Frage, wie im deutschen Recht die umfassende Einzelfallprüfung durchgesetzt werden kann, dürfte der mehr **verfahrensrechtliche** Aspekt des **maßgeblichen Zeitpunkts** für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage sein. Der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts war bekanntermaßen in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass es für die gerichtliche Überprüfung einer Ausweisung im Rahmen einer Anfechtungsklage darauf ankommt, wie sich die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung zeigt.²⁰ Positive Persönlichkeitsentwicklungen des ausgewiesenen Ausländers bzw. ein entsprechender Sachvortrag dazu wurden in das Verfahren der Befristung der Ausweisungswir-

¹⁷ Dies soll für alle zurzeit anhängigen und bis zum 31. Januar 2005 anhängig werdenden Verwaltungsstreitverfahren freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger – unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstadium – gelten.

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 3. August 2004, BVerwG 1 C 29.02 – juris (vorgesehen zur Veröffentlichung in der amtlichen Slg.).

¹⁹ C-467/02.

²⁰ StRSpr, vgl. zuletzt etwa Urteil vom 26. Februar 2002 - BVerwG 1 C 21.00 - BVerwGE 116, 55 <65 f.> unter Hinweis auf Beschluss vom 17. Januar 1996 - BVerwG 1 B 3.96 - Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 5.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

kungen nach § 8 Abs. 2 Satz 3 AuslG verwiesen.²¹ Dass es sich hier um eine gemeinschaftsrechtliche Zweifelsfrage handelte, stand allerdings auch in der Rechtsprechung des 1. Senats schon seit längerem fest.²² Für eine Vorlage an den EuGH fehlte es an passenden Fällen.

Die Entscheidung in Sachen Orfanopoulos und Oliveri (C-482 und 493/01, a.a.O.) hat auch hierzu eine Änderung der Rechtsprechung des BVerwG angestoßen. Allerdings war der Fakt zu berücksichtigen, dass die von Generalanwältin Stix-Hackl in ihren Schlussanträgen vertretene Auffassung, der Verweis auf das Befristungsverfahren zur Berücksichtigung nachträglich eingetretener Umstände sei dem betroffenen Ausländer regelmäßig unzumutbar und erfülle nicht die europarechtlichen Vorgaben²³, sich in der Entscheidung des EuGH so eindeutig nicht wieder findet. Vielmehr scheint bei der Zeitpunktfrage der Schutz des Gemeinschaftsrechts möglicherweise erst dann einzugreifen, wenn zwischen Ausweisungsverfügung und gerichtlicher Entscheidung ein „längerer Zeitraum“ liegt. Die Betonung liegt auf „scheint“. Denn der Gerichtshof bezieht sich auf den „längeren Zeitraum“ ausdrücklich nur beispielhaft (Rn. 81 f.). Er hält es jedenfalls für gemeinschaftsrechtlich (durch Art. 3 der Richtlinie 64/221/EWG) geboten, die nationalen Gerichte zu verpflichten, eine nicht unerhebliche Verminderung der gegenwärtigen Gefährdung durch einen Unionsbürger auf der Grundlage eines nach der Behördenentscheidung erfolgten Sachvortrags zu berücksichtigen. Dies erschien als hinreichend deutliche Aussage. Es lag nahe, hier eine innerstaatlich praktikable Lösung zu suchen, die sich mehr vom Geist des Gemeinschaftsrechts und weniger von bestehen gebliebenen Unklarheiten leiten lässt. Dementsprechend hat das BVerwG sowohl für Fälle der Ausweisung von Unionsbürgern als auch für solche der Ausweisung von nach Assoziationsrecht privilegierten Türken entschieden,²⁴ dass der maßgebliche Zeitpunkt der Beurteilung der Rechtmäßigkeit derjenige der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatsachengericht ist. Dies gilt gerade auch dann, wenn die veränderten entscheidungserheblichen Umstände zwischen den Prozessbeteiligten streitig sind. Außerdem gilt das Erfordernis der Berücksichtigung neuer Tatsachen nicht nur für einen Sachvortrag, der den Wegfall oder eine Verminderung der von dem Betroffenen für die öffentliche Ordnung ausgehenden Gefährdung mit sich bringen kann, sondern umfassend für den entscheidungserheblichen Sachvortrag. Konsequenz: Die Tatsachengerichte sind danach künftig nicht nur befugt, sondern im Rahmen der ihnen nach § 86 Abs. 1 VwGO obliegenden Aufklärungspflicht auch verpflichtet zu prüfen, ob die behördliche Gefährdungsprognose und die Ermessensentscheidung bezogen auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung im Ergebnis auf einer zutreffenden tatsächlichen Grundlage beruhen. Ggf. müssen sie zu den behaupteten Veränderungen der Sachlage Beweis erheben.

Ein weiteres war zu bedenken: Neue Tatsachen entziehen regelmäßig der bisherigen Ermessensentscheidung die Grundlage. Im Rahmen einer Anfechtungsklage ist auch ein Bescheidungsurteil nicht das Mittel der Wahl.²⁵ Gäbe ein Gericht in einem solchen Fall einer Anfechtungsklage gegen eine Ausweisung nach Ermessen allein deshalb statt, weil in der angegriffenen Ausweisungsentscheidung die neuen Tatsachen noch nicht hatten berücksichtigt werden können – obwohl möglicherweise auch die neuen Tatsachen aus Sicht der Behörde eine Ausweisung rechtfertigen –, so könnte dies dazu führen, dass der Betroffene zwar den Prozess gewinnt (möglicherweise unter Tragung der angefallenen Kos-

²¹ Vgl. Beschluss vom 27. Februar 1997 - BVerwG 1 B 36.97 - Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 9; Urteil vom 11. August 2000 - BVerwG 1 C 5.00 - BVerwGE 111, 369 <372>.

²² Vgl. Urteil vom 26.02.2002, BVerwG 1 C 21.00 - BVerwGE 116, 55, 66.

²³ Schlussantrag vom 11.9.2003, Rn. 131.

²⁴ Urteile vom 3.8.2004 in 1 C 30.02 und 1 C 29.02.

²⁵ Vgl. *Gerhardt* in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzcker, Verwaltungsgerichtsordnung, Stand 2004, Vorbem. Rn. 20 zu § 113; § 113 Rn. 8 und § 114 Rn. 8 und 12a ff.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

ten), aber die Behörde auf der Basis der neuen Sach- und Rechtslage sofort einen neuen Bescheid erlässt. Gegen den dann wieder der Rechtsweg offen stünde. In dem dann wieder neue Tatsachen eingeführt werden könnten. Die dann möglicherweise wieder der getroffenen Ermessensentscheidung den Boden entziehen, usw. Hierauf kann unterschiedlich reagiert werden. Der erste Senat des Bundesverwaltungsgerichts hielt in den beiden genannten Entscheidungen eine Beachtung des Gebotes der Verfahrenskonzentration für erforderlich. Er erlegt den Tatsachengerichten bei Vorliegen neuer Tatsachen auf, der Ausländerbehörde Gelegenheit zur Anpassung ihrer Entscheidung und insbesondere auch zu aktuellen Ermessenserwägungen zu geben. Gleichzeitig wurde eine Pflicht der Ausländerbehörden zur ständigen verfahrensbegleitenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit ihrer Ausweisungsverfügungen statuiert. Hierbei gilt: Entscheidet sich die Behörde für die Aufrechterhaltung der Ausweisung, hat das Gericht abschließend über deren Rechtmäßigkeit – auch betreffend etwaiger Ermessensfehler - zu entscheiden. Hebt die Behörde ihre Verfügung auf, ändert sie diese ab oder schiebt sie aktuelle Ermessenserwägungen nach, so kann der Unionsbürger seinerseits – ebenso der assoziationsrechtlich privilegierte türkische Staatsangehörige - auf die geänderte Sach- und Prozesslage reagieren. Er kann entweder die behördliche Entscheidung in ihrer geänderten Gestalt akzeptieren und den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklären oder - sofern er noch ein Rechtsschutzinteresse geltend machen kann - das Verfahren mit dem Ziel einer gerichtlichen Überprüfung fortsetzen.²⁶

Dies sind zusammengefasst die wichtigsten Aspekte der neuen Ausweisungsrechtsprechung zu Unionsbürgern und zu assoziationsrechtlich privilegierten türkischen Staatsangehörigen. Auf dieser Grundlage wird die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in Zukunft fortzuführen sein.²⁷ Hierbei gilt es dann nicht nur das für Unionsbürger ab 1. Januar 2005 maßgebliche FreizügG/EG zu beachten, sondern vor allem auch die Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.²⁸ Diese bis April 2006 umzusetzende Richtlinie, die unter anderem die Richtlinie 64/221/EWG ablöst, weicht in verschiedenen Formulierungen vom FreizügG/EG ab, so dass sich hier ein neues Areal europarechtlicher Zweifelsfragen öffnen könnte.

b) Ganz anders die Situation bei den **Drittstaatenangehörigen**. Ca. 4,9 Millionen von ihnen lebten zum 30. Juni 2004 in Deutschland.²⁹ Bei ihnen sind wir nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers bis auf weiteres an die bisherige Rechtslage der Ist-, Regel- und Ermessensausweisung gebunden. Das neue AufenthG hat in seinen §§ 53 bis 56 die bisherige Rechtslage übernommen, mit Modifizierungen zwar, aber diese sind den Aspekten der inneren Sicherheit und Terrorismusbekämpfung geschuldet und nicht etwa der Angleichung an das für Unionsbürger geltende Recht.

²⁶ Bei der Entscheidung über die Kosten des für erledigt erklärten Verfahrens ist dann ggf. die ursprüngliche Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Ausweisung maßgeblich zu berücksichtigen.

²⁷ Noch nicht zu entscheiden war bislang die ebenfalls in der Orfanopoulos/Oliveri-Entscheidung behandelte Frage - EuGH a.a.O. Rn. 101 ff. -, ob Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie 64/221 der Abschaffung des verwaltungsinternen Widerspruchsverfahrens in Ausweisungsfällen entgegensteht, wenn auch das weitere Rechtsmittelverfahren keine sichere Garantie einer erschöpfenden Prüfung der Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme gewährleistet.

²⁸ ABI 2004 Nr. L 158 S. 77 ff.

²⁹ Vgl. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Migration und Asyl in Zahlen, 2004, S. 75: Stand am 30.6.2004: 4904596 Drittstaatenangehörige von 7158443 Ausländern in der BRD.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Die Europäisierung der europäischen Migrationspolitik in Folge der Leitlinien von Tampere bringt immerhin verlässlichere Bleiberechte für einen Teil der langfristig, d.h. über 5 Jahre in einem Mitgliedsstaat ununterbrochen und rechtmäßig ansässigen Drittstaatenangehörigen. Ihre Rechtsstellung ist nunmehr in der - bis Januar 2006 umzusetzenden - Richtlinie betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen vom 25. November 2003 (RL 2003/109/EG des Rates)³⁰ geregelt. Ziel der Richtlinie ist es, langfristig ansässigen Drittstaatenangehörigen die Integration – auch durch verstärkten Ausweisungsschutz (Erwägung 16) - zu erleichtern. Dem dient die neu geschaffene Rechtsstellung eines langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, welche durch einen speziellen Aufenthaltstitel zu bescheinigen ist (vgl. Art. 19). Die Ausweisung dieser privilegierten Drittstaatsangehörigen ist dabei derjenigen von Unionsbürgern angeglichen. So genießt Ausweisungsschutz, wer nicht eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellt (Art. 12 Abs. 1). Außerdem verlangt die Richtlinie eine Berücksichtigung bestimmter persönlicher Umstände des Ausländers wie die Dauer seines Aufenthalts, sein Alter, die Folgen für seine Person und ihre Familienangehörigen sowie die Bindungen zum Aufenthaltsstaat und fehlende Bindungen zu Herkunftsstaat.³¹ Vergleichen wir diese Formulierungen mit entsprechenden in den Fällen Bouchereau³², Calfa³³ und Orfanopoulos/Oliveri (Rn. 100) und mit der Richtlinie 64/221/EG, so gibt es zwar Parallelen. Andererseits ist nicht mit der gleichen Deutlichkeit wie in Art. 3 der RL 64/221/EG ausgesprochen, dass bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein darf. Ebenfalls bleibt der Text deutlich hinter dem Ausweisungsschutz der neuen Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG, Art. 27 Abs. 2 zurück. Dennoch erscheint zweifelhaft, ob mit der Drittstaatsangehörigen-Richtlinie (RL 2003/109/EG) die vom EuGH in die Nähe des Automatismus gestellten Ist- und Regelausweisungen für die "bescheinigt" langfristig ansässigen Drittstaatsangehörigen Bestand haben können. Denn die dieses System bestimmende Anknüpfung an die Schwere begangener Straftaten ist in der Richtlinie nur an anderen Stellen aufgenommen. So in Art. 9 Abs. 3, wo es um die Ermächtigung an die Mitgliedsstaaten geht, einem langfristig Aufenthaltsberechtigten seine privilegierte Rechtsstellung wieder zu entziehen, wenn sein Verhalten keine Ausweisung nach Art. 12 der Richtlinie rechtfertigt. So auch in Art. 17 Abs. 1 Satz 2, der die Versagung des weiteren Aufenthalts für langfristig Aufenthaltsberechtigte aus Gründen der Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit regelt. Er erlaubt eine Anknüpfung an die Schwere oder Art des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die von der betreffenden Person ausgehende Gefahr.³⁴ Dies stützt das systematische Argument, dass jedenfalls bei Ausweisungen die Art und Schwere der begangenen Straftaten allein zu ihrer Rechtfertigung nicht genügt. Letztlich wird dies der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften entscheiden müssen. Seine nun auch bestimmte Gruppen von Drittstaatsangehörigen umfassende Jurisdiktionsgewalt ist vielleicht der sinnbildlichste Ausdruck für die Schritt für Schritt engmaschigere Europäisierung des Ausländerrechts.

2. Terrorismusbekämpfung

³⁰ Abl 2004 Nr. L 16 S. 44.

³¹ RL 2003/109/EG Art. 12 Abs. 3.

³² Urteil vom 27. Oktober 1977 in der Rechtssache 30/77, Slg. 1977, 1999, LS 3.

³³ Urteil vom 19. Januar 1999 in der Rechtssache C-348/96, Slg. 1999, I 11, Rn. 22 bis 24.

³⁴ In der deutschen Fassung heißt es nicht "oder" sondern "bzw.": Dies dürfte ungeachtet der Mehrdeutigkeit von "bzw." im Hinblick auf die französische und die englische Fassung, in denen an dieser Stelle unmissverständliche Worte für "oder" stehen (ou, or), zu vernachlässigen sein.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

a) Schon die Terroranschläge vom 11. September 2001 haben sich über das **Terrorismusbekämpfungsgesetz** vom 9. Januar 2002³⁵ im Ausweisungsrecht niedergeschlagen. Danach wurden Gefährdungen der freiheitlich demokratischen Grundordnung und der Bundesrepublik Deutschland, die Beteiligung an Gewalttätigkeiten, oder der Aufruf zu bzw. die Drohung mit Gewalt von einem Ausweisungsgrund des § 46 AuslG a.F. zu einem Regelfall der Ausweisung nach § 47 Abs. 2 Nr. 4 AuslG i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 5 AuslG gemacht - ergänzt um einen Tatbestand betreffend die Unterstützung von Terrorismus: Wenn durch Tatsachen belegt ist, dass jemand einer Vereinigung angehört oder eine solche unterstützt, die den internationalen Terrorismus unterstützt, ist er im Regelfall auszuweisen. Der Vorschrift geht es also nicht nur um Gefahren, die der Bundesrepublik Deutschland drohen, sondern es soll ein Beitrag zur präventiven Bekämpfung des internationalen Terrorismus geleistet werden. Was unter Terrorismus zu verstehen ist, sagte der Gesetzgeber hier nicht. In jedem Fall erforderlich waren nach dieser damaligen Gesetzesfassung aber aussagekräftige tatsächliche Erkenntnisse zu jedem Tatbestandsmerkmal, die eine vom Ausländer ausgehende gegenwärtige oder zukünftige Gefahr belegen.³⁶ Ein weiterer durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz eingefügter Regelausweisungstatbestand (§ 47 Abs. 2 Nr. 5 AuslG) knüpft an unrichtige oder unvollständige Angaben zu Verbindungen zu Personen oder Organisationen, die der Unterstützung des internationalen Terrorismus verdächtig sind. Falschangaben dieser Art werden für sich alleine allerdings kaum ausreichen, eine Ausweisung zu rechtfertigen; auch hier bedarf es eines Regelausweisung rechtfertigenden Gefährdungsgrades.³⁷

Über praktische Erfahrungen kann hier nicht berichtet werden. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den genannten Tatbeständen gibt es bislang nicht. Von den Oberverwaltungsgerichten hat offenbar bislang allein der Verwaltungsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg auf der Grundlage des Regelausweisungstatbestands nach § 47 Abs. 2 Nr. 4 in Verb. mit § 8 Abs. 1 Nr. 5 AuslG i.d.F. vom 9.1.2002 entschieden und den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz eines hohen Funktionärs des verbotenen Kalifatsstaates zurückgewiesen;³⁸ er hat im Rahmen der dem Eilrechtsschutz geschuldeten Abwägung hierbei eine mögliche Gefährdung der freiheitlichen demokratischen Grundordnung und der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschlands höher gewichtet als die persönlichen Belange des Betroffenen.

b) Das Zuwanderungsgesetz vom 30. Juli 2004 reagierte politisch auf die Terroranschläge von Madrid am 11. März 2004.

(1) **Ermessens- und Regelausweisung** wurden um weitere Tatbestände ergänzt.³⁹ Die **Ermessensausweisung** wurde um die sog. Hasspredigertatbestände ("geistige Brandstifter") erweitert (§ 55 Abs. 2 Nr. 8 a und b AufenthG).⁴⁰ Im Recht der **Regelausweisung** wurden die bereits genannten, durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz eingeführten neuen Regelausweisungstatbestände – in denen es insbesondere um die Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und um Falschangaben zu sicherheitsrelevan-

³⁵ Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus vom 9.1.2002 – Terrorismusbekämpfungsgesetz, BGBl I 361.

³⁶ Vgl. BT-Drs. 14/7386 (neu), S. 54 und 56.

³⁷ Vgl. *Schmahl* ZAR 2004, 217, 219 m.w.N., die die Verhältnismäßigkeit der Vorschrift bezweifelt.

³⁸ Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 7. Mai 2003, - 1 S 254/03 - VBIBW 2003, 477 ff. betreffend den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz eines hohen Funktionärs des verbotenen Kalifatsstaates.

³⁹ Die Ausweisung von sog. Schleusern, die nunmehr als Ist-Ausweisung in § 53 Nr. 3 AufenthG vorgeschrieben ist, gab es in Gestalt eines Regel-Ausweisungstatbestands bereits im Entwurf vom 7.2.2003 (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 21 und 90).

⁴⁰ Dazu im Einzelnen *Marx* ZAR, 2004, 277 f.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

ten Fakten geht (vgl. nunmehr § 54 Nrn. 5a und 6 AufenthG) - der Sache nach beibehalten. Neu hinzugekommen ist, dass auch die Leiter verbotener Vereine regelmäßig auszuweisen sind (§ 54 Nr. 7 AufenthG). Außerdem wurde der – bereits erwähnte - Tatbestand betreffend die Unterstützung des Terrorismus (früher § 47 Abs. 2 Nr. 4 AuslG i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 5) neu gefasst und erweitert (§ 54 Nr. 5 AufenthG). Auch vergangene Mitgliedschaften oder Unterstützungshandlungen betreffend terroristische Vereinigungen führen jetzt zur Regelausweisung, soweit sie denn eine gegenwärtige Gefährlichkeit begründen. Ob solche Mitgliedschaften oder Unterstützungshandlungen vorliegen, muss nach dem Willen des Gesetzgebers nicht voll bewiesen sein, muss also nicht zur Überzeugung der zuständigen Behörde oder eines Gerichts feststehen: Es soll vielmehr das Vorliegen von Tatsachen genügen, die eine solche Schlussfolgerung rechtfertigen. Ob damit das Beweismaß im Verhältnis zu der früheren Formulierung, nach der solche Mitgliedschaften und Unterstützungshandlungen durch Tatsachen *belegt* sein mussten (vgl. früher § 8 Abs. 1 Nr. 5 AuslG), wirklich herabgestuft wurde, ist schon im Hinblick darauf, dass einer gegenwärtigen und zukünftigen Gefahr durch die Betroffenen begegnet werden soll, eher zweifelhaft. Die Betroffenen sind selbstverständlich vor willkürlichen Ausweisungen rechtlich geschützt, und zwar mehrfach.⁴¹ Denn der Gesetzgeber verweist mit dem Begriff der "gerechtfertigten Schlussfolgerung" auf die Bedeutung einer tragfähigen Tatsachengrundlage.⁴² Solche Tatsachen müssen von der zuständigen Behörde im Einzelnen ermittelt werden; sie muss ihre Schlussfolgerung begründen. Beides ist vom Gericht uneingeschränkt zu überprüfen. Mit der Abwehr sicherheitsgefährdenden Handelns, auf die § 5 Abs. 4 Satz 2 AufenthG deutlich verweist, sind jedenfalls beliebige, nicht nachvollziehbare Schlussfolgerungen auf Mitgliedschaften oder Unterstützungshandlungen nicht zu vereinbaren. Die Rechtsanwendung wird allerdings erschwert dadurch, dass der Gesetzgeber wiederum nicht sagt, was in diesem Kontext unter Terrorismus zu verstehen ist. Er überlässt die Begriffsklärung damit im Wesentlichen der Rechtsprechung.⁴³ Immerhin liefert hier das Strafrecht gewisse Anhaltspunkte (§§ 129a und b StGB), auf die möglicherweise zurückzugreifen sein wird. Zudem haben sich die Mitgliedsstaaten der EU auf eine Terrorismusdefinition geeinigt, die ebenfalls Hilfen gibt.⁴⁴ Im Übrigen schützt vor gewillkürter Ausweisung neben Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes auch das allgemeine Völkerrecht.⁴⁵

Welche Tatsachen als Grundlage einer Gefahrenprognose nach § 54 Nr. 5 AufenthG geeignet wären, lässt sich naturgemäß nicht abstrakt bestimmen. Anschauungsmaterial konnte man den Medien entnehmen: Am 23. Januar 2005 wurde über Festnahmen der Generalbundesanwaltschaft berichtet, denen angeblich zugrunde lag, dass einer der Beschuldigten einen Urandiebstaahl für einen Anschlag der Al Qaida im Ausland geplant habe

⁴¹ *Schmahl* ZAR 2004, 217, 223 befürchtet hingegen willkürliche Ausweisungen.

⁴² Vgl. *Marx* ZAR 2004, 275, 277.

⁴³ Vgl. *Marx* ZAR 2004, 275 f.; *Davy* ZAR 2003, 43 ff. weist darauf hin, dass es keine international anerkannte Definition des Terrorismus gibt.

⁴⁴ Vgl. Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 27.12.2001 über die Anwendung besonderer Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, ABl 2001 Nr. L 344/93; dazu *Davy* ZAR S. 43 ff., S. 45 <Fn. 26m.w.N.>: Diese Terrorismusdefinition besteht aus drei Elementen. Sie knüpft (1.) an die Auflistung bestimmter Handlungen an (wie Anschläge auf das Leben, Zerstörung öffentlicher Einrichtungen, etc), die zu "terroristischen Handlungen" dadurch werden, dass sie (2.) durch ihre Art oder ihren Kontext, ein Land oder eine internationale Organisation ernsthaft schädigen können, soweit diese Handlungen (3.) mit dem Ziel begangen werden, die Bevölkerung auf schwerwiegende Weise einzuschüchtern oder eine Regierung oder internationale Organisation zu nötigen oder wenn es um ernsthafte Destabilisierung oder Zerstörung politischer, verfassungsrechtlicher, wirtschaftlicher oder sozialer Grundstrukturen eines Landes oder einer internationalen Organisation geht.

⁴⁵ Vgl. *Seidl-Hohenveldern/Stein*, Völkerrecht, 10. A. 2000; *Berber*, Völkerrecht I, 2. A 1975, S. 411 f. *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. A. 1984, § 1211.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

und ein anderer im Auftrag von Al Qaida zu einem Selbstmordattentat bereit gewesen sei, aber zuvor seinen Tod durch einen Autounfall habe fingieren wollen, um so betrügerisch zu erreichen, dass Geld aus der von ihm abgeschlossene Lebensversicherung an Al Qaida fließt. Sollten sich diese Anschuldigungen bewahrheiten, wäre die Schlussfolgerung, dass es hier um i.S.v. § 54 Nr. 5 AufenthG gefährliche Personen geht, in der Tat nicht nur nahe liegend, sondern wohl zwingend. Schwieriger wäre der Fall ausweisungsrechtlich, wenn sich strafrechtlich von den Vorwürfen nichts beweisen ließe, aber die Betroffenen gleichwohl ausgewiesen werden sollen, weil unterschiedlich auswertbare Indizien es als nicht unmöglich erscheinen lassen, dass entsprechende Pläne zur Unterstützung der Al Qaida bestanden. Ohne Zweifel begnügt sich das Ausweisungsrecht in Gestalt der "gerechtfertigten Schlussfolgerung" mit einer geringeren Wahrscheinlichkeit als sie strafrechtlich gefordert wird.

Ungeachtet mancher Zweifelsfragen spricht zunächst einmal nichts dafür, dass die Regelungen in § 54 Nr. 5 und 5a AufenthG nicht einer rechtsstaatlichen Handhabung zugänglich wären. Für Unionsbürger und nach Assoziationsrecht privilegierte türkische Staatsangehörige greifen ohnehin auch in solchen Fällen die besonderen Schutzmechanismen des Gemeinschaftsrechts.⁴⁶

(2) Bemerkenswerter erscheint eine Änderung im neuen Zuwanderungsrecht, die nicht nur einen neuen Typus der Beendigung eines rechtmäßigen Aufenthalts schafft, sondern die auch den innerstaatlichen Rechtsweg für die Betroffenen auf eine Instanz beschränkt: Gemeint ist der neue **§ 58 a AufenthG**. Er erlaubt eine sog. **Abschiebungsanordnung** aus zwei Gründen: Zum einen zur Abwehr einer *besonderen* Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland und zum anderen zur Abwehr einer *terroristischen* Gefahr.

Zuständig für den Erlass der Anordnung sind die obersten Landesbehörden, also regelmäßig die Innenminister der Länder (§ 58 a Abs. 1); das Bundesministerium des Innern kann die Übernahme der Zuständigkeit erklären, wenn ein besonderes Interesse des Bundes besteht (§ 58 Abs. 2). Hieraus folgt gleichzeitig, dass es kein Widerspruchsverfahren gibt (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwGO). Im Übrigen steht die Anordnung im Ermessen der obersten Landesbehörden. Sie ist zudem sofort vollziehbar. Der in solchen Fällen besonders wichtige einstweilige Rechtsschutz ist an eine 7-Tages-Frist für den Betroffenen gebunden.⁴⁷ Diese Frist hat hier eine wichtige Schutzfunktion. Denn wenn der Betroffene bis zum Ablauf der Frist einen Eilantrag stellt, greift automatisch ein gesetzliches Abschiebungsverbot, das solange gilt, bis das Bundesverwaltungsgericht über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz entschieden hat (§ 58 a Abs. 4 Satz 3 AufenthG).

Das ganze Verfahren ist in höchstem Maße komprimiert und auf schnelle Erledigung im Sinne einer schnellen Abschiebung nach ggf. erfolgloser gerichtlicher Überprüfung ausgerichtet. Die Abschiebungsanordnung bedarf weder der vorherigen Androhung noch geht ihr eine Ausweisung voraus (§ 58 a Abs. 1). Sie unterscheidet nicht zwischen Grundverwaltungsakt und Vollstreckungsakt. Sie umfasst in Doppelfunktion vielmehr beides: Sie führt wie die Ausweisung zur Beendigung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts und hat gleichzeitig wie die Abschiebungsandrohung den Charakter eines Vollstreckungsaktes.⁴⁸ Die Beschleunigung des Verfahrens wird noch durch eine weitere Vorkehrung erzwungen:

⁴⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 26. November 2002 - C-100/01 - Olazabal, Slg. 2002, S. I-10981 betreffend einen Unionsbürger, der wegen Bildung einer kriminellen Vereinigung verurteilt worden war, die sich zum Ziel gesetzt hat, die öffentliche Ordnung durch Einschüchterung oder Terror zu erschüttern, und der deshalb innerhalb Frankreichs Aufenthaltsbeschränkungen hinnehmen musste. Ob auch eine Ausweisung gemeinschaftsrechtlich zulässig gewesen wäre, musste nicht entschieden werden.

⁴⁷ Vgl. die Wochenfrist in § 36 Abs. 3 AsylVfG.

⁴⁸ Vgl. *Welte*, InfAusIR 2004, 283.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Der von einer – noch nicht vollziehbaren - Anordnung nach § 58a Betroffene ist zwingend in die sog. Sicherungshaft⁴⁹ zu nehmen, die bis zu 3 Monaten – im Höchstfall bis zu sechs Monaten - dauern darf.⁵⁰ Die Abschiebungsanordnung führt zu einer Abschiebung ohne Wiederkehr: Eine Befristung der Abschiebungswirkungen erlaubt das Gesetz nicht (s. § 11 Abs. 1 Satz 5 AufenthG). Hinzu kommt, dass das Bundesverwaltungsgericht für den Rechtsschutz des Betroffenen die erste und gleichzeitig die letzte Instanz ist.⁵¹

Wer ist betroffen? Dies ist sicher die wichtigste Frage. Da in jüngsten Pressemeldungen⁵² maßlose Spekulationen darüber verbreitet wurden, wie viele hochgefährliche Islamisten jeder der Landesinnenminister auszuweisen gedenke - der Spiegel behauptete gar, das Bundesverwaltungsgericht rechne mit ca. 2000 dieser Verfahren jährlich:⁵³ eine Zahl, für die es nach meinem Kenntnisstand keinen Anhaltspunkt gibt – fragt man sich doch, wo diese Leute auf einmal alle herkommen sollen. Das Gesetz erlaubt jedenfalls nicht, dass jeder, der möglicherweise ausgewiesen werden könnte, auch der Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG unterfällt. § 58a AufenthG ist kein Ausweisungssurrogat mit einer niedrigeren Eingriffsschwelle für solche Fälle. Im Gegenteil, die Schwelle ist überaus hoch: Es muss eine *besondere* Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik oder eine *terroristische* Gefahr drohen. Damit hat der Gesetzgeber eine Eingriffsschwelle von erheblicher Höhe festgelegt. Dass dies dem Gesetzgeber durchaus bewusst war, folgt systematisch auch aus § 11 Abs. 1 Satz 5 AufenthG, der die Befristung einer Abschiebungsanordnung untersagt: Die Abschiebungsanordnung steht hier in einer Reihe mit Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit – also Verbrechen der Art, wie sie beispielsweise Hauptanklagepunkte in den Nürnberger Prozessen waren. Diese Kette der vom Gesetzgeber als gleichwertig angesehenen Tatbestände macht deutlich, dass die in § 58a AufenthG verlangte Gefährdung von ganz erheblicher Bedeutung zu sein hat. Die terroristische Gefahr hat deshalb, wenn man an die Täter des 11. September 2001 oder des 11. März 2004 denkt, ihren Platz zu Recht in § 58a AufenthG gefunden. Und auch die Eingriffsschwelle der besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland wird sich nach Gewicht und Ausmaß an solchen Beispielen messen lassen müssen.⁵⁴

Das Gesetz verlangt eine auf Tatsachen gestützte Prognose, dass entsprechend große Gefahren drohen. Wiederum sind bloße Vermutungen oder Annahmen, dass solche Gefahren möglicherweise eintreten könnten, nicht gestattet. Eine Prognose ist etwa anderes: Eine Prognose verlangt eine nachvollziehbar begründete Aussage über den Eintritt eines in absehbarer Zeit zu erwartenden Ereignisses bzw. eines Zustandes. Im Hinblick darauf, dass zukünftige Ereignisse niemals mit letzter Sicherheit vorauszusagen sind, ist naturgemäß umso mehr Gewicht auf die Tatsachen zu legen, die den Eintritt des Prognostizierten wahrscheinlich machen.

⁴⁹ Vgl. schon § 57 Abs. 2 AuslG 1990.

⁵⁰ Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch erforderlich, dass Abschiebungshaft nur angeordnet werden darf, wenn die Haft zur Sicherung der Abschiebung auch erforderlich ist - vgl. BVerfG Kammerbeschlüsse vom 13. Juli 1994 - 2 BvL 6/93 und 2 BvL 15/94 <juris> und vom 13. Juli 1994 - 2 BvL 12/93 und 2 BvL 45/93 - InfAuslR 1994, 342 ff. = NVwZ 1994, Beilage 8, 57 f.

⁵¹ § 50 VwGO wurde aus diesem Anlass um eine weitere erstinstanzliche Zuständigkeit für das Bundesverwaltungsgericht erweitert, s. § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO in der Fassung von Art. 11 Nr. 23 Zuwanderungsgesetz vom 30. Juli 2004, BGBl I 2008.

⁵² Vgl. verschiedene Artikel vom 24.1.2005 in den Zeitungen Welt, TAZ, Spiegel und Stuttgarter Nachrichten u.a.m.

⁵³ Spiegel 24.1.2005, S. 62.

⁵⁴ Laut einem Spiegelartikel vom 24.1.2005 sieht Bundesinnenminister Schily zutreffend die "Top-Gefährder" erfasst.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Die Anwendungshürden des § 58a AufenthG liegen somit sehr hoch. Es erscheint schwer vorstellbar, dass derart besonders gefährliche Personen, wie sie § 58a AufenthG voraussetzt, massenweise in der Bundesrepublik leben und nunmehr erst mit Hilfe des neuen Gesetzes entdeckt und der verdienten Abschiebung zugeführt werden können. Der Aufenthalt besonders gefährlicher Personen konnte auf der Grundlage des Terrorismusbekämpfungsgesetzes auch bislang schon mit Hilfe des Ausweisungsrechts beendet werden – und kann es weiterhin (vgl. §§ 54 Nrn. 5 und 5a AufenthG), wenn die obersten Landesbehörden von ihrer gesetzlichen Sonderzuständigkeit nach § 58a AufenthG auf der Grundlage des ihnen zustehenden Ermessens im Einzelfall keinen Gebrauch machen wollen, wofür sich vielfach gute Gründe denken lassen.⁵⁵ Das schmälert den möglichen Wert des neuen Abschiebungsverfahrens womöglich nicht, insbesondere wenn es um die Abwehr terroristischer Aktionen innerhalb und außerhalb Deutschlands geht - jedenfalls dann, wenn es sich nicht um einen bloßen Gefahrenexport handelt. Wird es potentiellen Tätern durch Abschiebung ermöglicht, ihre Pläne vom Ausland aus in die Tat umsetzen, ist für den Kampf gegen den internationalen Terrorismus nichts gewonnen.

Ein Blick in die Vorstellungswelt unserer Vorfahren mag helfen: Justitia, die Personifikation der Gerechtigkeit, war in der griechischen Mythologie Dike, die Tochter von Zeus und Themis. Dikes Tochter nun war Hesychia, die für Ruhe und Sicherheit stand, also sowohl für eine mögliche Sicherheitsillusion, welches die Ruhe manchmal ist, als auch für die Sicherheit selbst. Sicherheitsillusion und Sicherheit als Töchter der Gerechtigkeit⁵⁶ – ein Bild, das zum Nachdenken anregt!

⁵⁵ Falls der Vollzug der Abschiebungsanordnung an Abschiebungshindernissen scheitert (vgl. § 60 AufenthG), erlaubt § 54a AufenthG strafbewehrte Meldeauflagen, Einschränkungen der Freizügigkeit und Kommunikationsverbote (§ 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG).

⁵⁶ Vgl. Baer, Justitia ohne Augenbinde? in : Recht und Geschlecht, 2004, S. 19.