

Ausweisung von Unionsbürgern – Reformbedarf des Reformgesetzes

Dr. Rolf Gutmann, Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Stuttgart

1. Der deutsche Sonderweg

Beginnen wir mit einem Blick in die jüngste Vergangenheit. Bis vor kurzem noch waren die deutschen Verwaltungsgerichte der festen Überzeugung, Unionsbürger könnten nach den Maßstäben der Ist- und Regelausweisung deportiert werden, wenn nur die Entscheidung im Einzelfall verhältnismäßig sei¹. Dass dieser Versuch genauso gescheitert ist wie Mathematikern die Quadratur des Kreises (aber dort wenigstens als theoretisch anerkannt unlösbares Problem), stellte der Europäische Gerichtshof im Urteil Orfanopoulos² fest. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Entscheidung inzwischen nachvollzogen³.

Damit ist ein europaweit einzigartiges System zwar noch nicht ad acta gelegt. Die Maßstäbe für die Ausweisung langfristig aufhältiger Ausländer in den anderen Mitgliedstaaten der EU sind anders⁴. Gegenüber

Drittstaatsangehörigen wird dieses System einstweilen noch weiter angewandt werden.

Doch ist hier nunmehr zu diskutieren, ob Art. 12 RL 2003/109/EG⁵ nicht ebenfalls nur unter der Voraussetzung eine Einschränkung des Aufenthaltsrechts der langfristig aufhältlichen Drittstaatsangehörigen nach dem Maßstab des Europarechts zulässt. Die Richtlinie ist bis 23.1.2006 umzusetzen. Absolut nichts spricht dafür, den Begriff der öffentlichen Gefahr in dieser Vorschrift anders auszulegen als im Gemeinschaftsrecht. Dann aber wird auch hier die Ausweisung nur zulässig, wenn die langfristig aufhältlichen Drittstaatsangehörigen eine gegenwärtige und hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit darstellen. Das System der Gefahrenindizierung bzw. der Beweislast von Soll- und Ist-Ausweisung erinnert an die mittelalterliche Lehre vom kriminologischen Tätertyp⁶, die bezeichnender Weise in der Zeit von 1933 – 1945 nochmals gepflegt wurde. Es wird für die §§ 53 f. AufenthG in absehbarer Zeit nur noch wenig praktisch relevanter Anwendungsraum bestehen.

Bezogen auf Unionsbürger ist jetzt schon der Weg aus dem Isolationismus angetreten. Soweit noch Fragen offen sind, könnten diese in einem gegenwärtig vor dem Europäischen Gerichtshof anhängigen Verfahren geklärt werden. Die Europäische Kommission hat gegen die besonders scharfe baden-württembergische Ausweisungspraxis Vertragsverletzungsklage erhoben. Erstmals in der Geschichte der Europäischen Gemeinschaft ist einer solchen Klage ein anderer Mitgliedstaat, Italien auf Seiten der Kommission beigetreten⁷. Während die durch Vorlage eines nationalen

¹ Eingeleitet durch eine Entscheidung über die Nichtzulassung der Revision: BVerwG, B. v. 29.9.1993 – 1 B 62.93 -, InfAusLR 1994, 45.

² EuGH, U. v. 29.4.2004 - C-482/01 und C-493/01 -, InfAusLR 2004, 268 (Orfanopoulos und Oliveri)

³ BVerwG, U. v. 3.8.2004 – 1 C 30.02 -, InfAusLR 2005, 18

⁴ Gutmann, Das Ende einer Dekade richterlichen Unwissens, InfAusLR 2004, 265, insbesondere unter Verweis auf *Groenendijk/Guild/Barzilay*, The legal status of third-country nationals who are long-term residents in a Member State of the European Union, Nijmegen April 2000.

⁵ Daueraufhältigen-Richtlinie

⁶ Beichel, Das deutsche Ausweisungsrecht auf dem Prüfstand, InfAusLR 2002, 457

⁷ Rs. C-441/02 Kommission gg. Bundesrepublik Deutschland.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Gerichts ergehende Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof eine abstrakte Rechtsfrage beantwortet, hat dieser bei einer Vertragsverletzungsklage die Aufgabe der konkreten Rechtsanwendung auf Einzelfälle. Zu 100 Einzelfällen wird also eine Entscheidung ergehen.

2. Die Neuregelung

2.1. Veränderung des Verfahrensrechts

Für die Beendigung des Aufenthalts von Unionsbürgern nimmt § 6 FreizügG/EU eine wichtige Veränderung vor. Künftig bedarf es der Feststellung, dass das Freizügigkeitsrecht verloren gegangen ist und nicht mehr besteht. Der Bescheid der Ausländerbehörde ist also ein Feststellungsbescheid. Wird er vor Gericht angefochten, muss das Gericht seinerseits diese Feststellung überprüfen, und zwar bezogen auf den Zeitpunkt seiner Entscheidung. Damit entspricht die Neuregelung voll den verfahrensrechtlichen Anforderungen des Europäischen Gerichtshofs. Denn dieser verlangt, dass eine Ausweisung eines Unionsbürgers vom Gericht nicht mehr bestätigt werden darf, sondern aufzuheben ist, wenn die Voraussetzungen der Ausweisung während des Gerichtsverfahrens entfallen⁸.

Eine Feststellungsklage enthält für die Gerichte eine neue Sicht. Sie haben nicht mehr eine behördliche Entscheidung auf ihre Vertretbarkeit zu überprüfen. Vielmehr müssen sie nun in vollständig eigener Verantwortung sich dazu bekennen, ob sie die Ausweisung für richtig befinden.

Gegen die bisherige Sicht, wonach der Behörde bei der Entscheidung über die Ausweisung ein Ermessen zukomme, bestanden ohnedies auf der Grundlage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erhebliche Bedenken. Er führte vor 30 Jahren aus⁹:

„32. Insgesamt stellen sich die Beschränkungen der ausländerpolizeilichen Befugnisse der Mitgliedstaaten als eine besondere Ausprägung eines allgemeineren Grundsatzes dar, der in den Artikeln 8, 9, 10 und 11 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten und von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten und in Art. 2 des am 16. September 1963 in Straßburg unterzeichneten Protokolls Nr. 4 zu dieser Konvention verankert ist, die gleichlautend bestimmen, dass die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorgenommenen Einschränkungen der in den genannten Artikeln zugesicherten Rechte nicht den Rahmen dessen überschreiten dürfen, was für diesen Schutz >in einer demokratischen Gesellschaft< notwendig ist.“

Der Gerichtshof nimmt also Bezug auf die durch die Menschenrechte für Ausweisungen gesetzte Schranke. Bei dieser Schranke ist der Gedanke abwägend, es könne im Ermessen der Behörde stehen, inwieweit diese Schranke überschritten werde und eine Ausweisung gerechtfertigt sei. Hierfür wird ein Ermessensspielraum der Behörden nicht behauptet.

Wenn die Schranke für die Freizügigkeit im Gemeinschaftsrecht denselben Charakter hat, kann es auch bei ihr keinen Ermessensspielraum geben. Vielmehr war deshalb in Ausweisungsverfahren zu prüfen, ob der *ordre public* die Ausweisung zuließ, die nach einem unbestimmten Rechtsbegriff, der der vollständigen Überprüfung durch das Gericht bedurfte. Der Behörde kam (und kommt) ein gerichtlich voll überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu.

Dieses Ergebnis entspricht der Auffassung von Generalanwalt M. Poiares Maduro¹⁰:

„50. An dieser Stelle könnte man fragen, ob der in der Richtlinie vorgesehene Mindestschutz mit dem grundrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz vereinbar ist. Mir scheint nämlich, dass die bloße Existenz einer unabhängigen Stelle mit der Befugnis zur vorherigen Stellungnahme zu einer Ausweisungsentscheidung eine

⁸ EuGH, U. v. 29.4.2004 – Rs. C-482/01 u. C-493/01 –, InfAuslR 2004, 268 (Orfanopoulos und Oliveri)

⁹ EuGH, U. v. 28.10.1975 – Rs. C-36/75 –, Slg. 1975, 1219 (Rutili)

¹⁰ Schlussantrag vom 21.10.2004 – Rs. C-136/03 – (Dörr und Ünal), InfAuslR 2005, 17

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

umfassende gerichtliche Nachprüfung, die auf jeden Fall sichergestellt sein müsste, nicht ersetzen und ihr Fehlen nicht heilen kann. Es sei an die Schlussanträge von Generalanwalt Ruiz-Jarabo Colomer in der Rechtssache Shingara und Radiom (Schlussanträge vom 26.11.1996 in den Rs. C-65/95 und C-111/95) erinnert, in denen er die Auffassung vertrat, dass die Mindestgarantie, wie sie sich aus der Richtlinie ergebe, nicht dem Recht des Bürgers auf gerichtlichen Schutz entspreche, das der Gerichtshof als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt habe. Der Gerichtshof hatte zwar noch keine Gelegenheit, sich zu diesem Punkt zu äußern, doch meine ich, dass der in diesen Schlussanträgen entwickelten Argumentation gefolgt werden sollte.“

Nachdem das Freizügigkeitsgesetz das feststellende Verfahren anordnet, stellt sich diese Frage nur noch nach dem Maßstab des Art. 14 ARB 1/80 bei der Ausweisung türkischer Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen.

2.2. Der materielle Maßstab des neuen Rechts

§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU formuliert als Maßstab für die Zulässigkeit der Ausweisung von Unionsbürgern:

„Die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung genügt für sich allein nicht, um die in Absatz 1 genannten Entscheidungen oder Maßnahmen zu begründen. Es dürfen nur im Bundeszentralregister noch nicht getilgte strafrechtliche Verurteilungen und diese nur insoweit berücksichtigt werden, als die ihnen zu Grunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Es muss eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.“

Dass nur noch nicht getilgte strafrechtliche Verurteilungen berücksichtigt werden, ist eine eigentlich überflüssige Feststellung. Es folgt schon unmittelbar aus § 51 BZRG. Dass der Gesetzgeber es für erforderlich hielt, diesen Grundsatz zu wiederholen, wirft ein bezeichnendes Licht auf die Praxis der Ausländerbehörden.

Die weiteren Kriterien in § 6 Abs. 2 FreizügG/EU entstammen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹¹. Sie genügen nicht, um den Umfang des Ausweisungsschutzes der Freizügigkeitsberechtigten annähernd zutreffend zu erfassen. So folgt denn als weitere Festlegung in § 6 Abs. 3 FreizügG/EU, dass der Verlust des Aufenthaltsrechts nach ständigem rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet von mehr als fünf Jahren Dauer nur noch aus besonders schwer wiegenden Gründen festgestellt werden kann.

Diese Formulierung entspricht zunächst dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Für die Bundesrepublik Deutschland galt dieser Grundsatz allerdings auch schon nach früherer gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtung, denn die den Angehörigen einzelner Mitgliedstaaten eingeräumten Vergünstigungen sind auf alle Unionsbürger zu erstrecken. Das ergibt sich aus Art. 12 EG¹². Schon Art. 2 Abs. 3 des Niederlassungs- und Schifffahrtsvertrags mit Griechenland sah vor, dass eine Ausweisung nach fünfjährigem ordnungsgemäßigem Inlandsaufenthalt nur noch zulässig ist, wenn der Verstoß gegen die öffentliche Ordnung besonders schwerwiegend ist.

Im übrigen ist eine Ausweisung in einer demokratischen Gesellschaft nicht zwingend erforderlich, wenn unter denselben Voraussetzungen einem Drittstaat für seine Staatsangehörigen Ausweisungsschutz zugesichert wird¹³.

Allerdings ging das Europäische Parlament in einer Entschließung vom 6.9.2000¹⁴ schon weiter und vertrat die „Ansicht, dass die Unionsbürgerschaft in ihrer weit gefassten Bedeutung ausgelegt werden muss“. Sie war „deshalb der Auffassung, dass Bürger aus Drittländern, die im Aufenthaltsland geboren sind bzw. von ihrer Kindheit an dort wohnen,

¹¹ EuGH, U. v. 19.1.1999 – Rs. C-348/96 -, InfAusIR 1999, 165 (Calfa) m. Anm. Gutmann m. w. N.

¹² EuGH, U. v. 15.1.2002 – Rs. C-55/00 -, InfAusIR 2004, 92 (Gottardo).

¹³ Gutmann, Europarecht und Niederlassungsverträge, InfAusIR 1997, 277

¹⁴ ABl. C 135, S. 191 v. 7.5.2001

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

sowie seit langem ansässige Personen, die ihre kulturellen, sozialen und familiären Bande im Aufenthaltsland haben bzw. minderjährig sind, nicht ausgewiesen werden dürfen“ und sprach in diesem Zusammenhang von gravierenden Verstößen seitens der Behörden der Mitgliedstaaten. Mag dieser Beschluss auch nicht Gesetzeskraft entfalten, sondern lediglich eine rechtliche Auffassung beinhalten, so charakterisiert er doch das Grundverständnis dieses Organs der Europäischen Gemeinschaft.

Vor dem Hintergrund dieser EntschlieÙung ist die Aussage des Europäischen Gerichtshofs umso bemerkenswerter, dass der Unionsbürgerstatus „eine besonders enge Auslegung von Ausnahmen von dieser Freiheit“ erfordert¹⁵. Parlament und Gerichtshof stimmen in den Formulierungen überein – nicht zuletzt gegen die deutsche Praxis. Das Kriterium der besonders engen Auslegung ist zugespitzter als die bisher verwendete Formulierung, ein Verstoß gegen den *ordre public* liege vor, wenn außer der Störung der öffentlichen Ordnung, die jede Gesetzesverletzung darstellt, eine tatsächliche und hinreichende Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre¹⁶.

3. Die Vorgaben der neuen Unionsbürger-Richtlinie

Messen lassen muss sich das FreizügG/EU an der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG. Nur wenn sie deren Vorgaben erfüllt, ist dieser Teil des Zuwanderungsgesetzes wirklich ein modernes Gesetz auf der Höhe der Zeit. In Kapitel VI enthalten die Art. 27 – 33 detaillierte Regelungen. Sie sind teilweise materiell-rechtlicher und teilweise verfahrensrechtlicher Natur.

Für das materielle Recht legt Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38/EG fest, dass gegen Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, die das Recht auf Daueraufenthalt in seinem Hoheitsgebiet genießen, eine Ausweisung nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügen. Das Recht zum Daueraufenthalt ist nach fünfjährigem Inlandsaufenthalt erworben. Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie und § 6 Abs. 2 FreizügG/EU stimmen überein.

In Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie wird dann weitergehend eine Ausweisung von Unionsbürgern untersagt, „es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden, wenn sie (a) ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt haben oder (b) minderjährig sind, es sei denn, die Ausweisung ist zum Wohl des Kindes notwendig“. Letzteres zeigt die Folgen des weit über die deutschen Grenzen hinaus diskutierten Falles „Mehmet“¹⁷ als Beispiel eines unverständlichen Umgangs mit Minderjährigen.

Diese weitere Vorgabe der Richtlinie wird im FreizügG/EU nicht umgesetzt. Nach Art. 40 Abs. 1 RL 2004/38/EG haben die Mitgliedstaaten bis 30.4.2006 Gelegenheit, ihre innerstaatlichen Vorschriften den Erfordernissen der Richtlinie anzupassen. Nach Ablauf dieser Frist wirken die klaren Regelungen des Art. 28 der Richtlinie self-executing. Der Rechtsgrundsatz des Verbotes widersprüchlichen Verhaltens verwehrt es dem Mitgliedstaat, sich gegenüber den Bürgern auf gemeinschaftswidrige Umsetzungsdefizite zu berufen¹⁸.

Es ist zu fragen, ob nicht schon zuvor eine richtlinien-konforme Auslegung des § 6 FreizügG/EU möglich ist. Denn schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist obliegt es den Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen um sicherzustellen, dass das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel bei Ablauf der Umsetzungsfrist erreicht wird und

¹⁵ EuGH, U. v. 29.4.2004 – Rs. C-482/01 und C-493/01 –, Rn. 65, InfAuslR 2004, 268 (Orfanopoulos und Oliveri)

¹⁶ vgl. BVerfG, U. v. 11.6.1996 – 1 C 24.94 –, InfAuslR 1997, 8.

¹⁷ Zum Fall Mehmet wurden im Informationsbrief Ausländerrecht veröffentlicht: BVerfG, B. v. 12.11.1998 – 2 BvR 1838/98 –, InfAuslR 1998, 490 m. Anm. *Rittstieg*; Bay. VGH, B. v. 26.1.2000 – 10 CE 99.3428 –, InfAuslR 2000, 191; ders., U. v. 15.11.2001 – 10 B 00.1873 –, InfAuslR 2001, 494; BVerfG, U. v. 16.7.2002 – 1 C 8.02 –, InfAuslR 2003, 50

¹⁸ *Kreppel*, Rechtliche Probleme bei der Nichtumsetzung bzw. nicht ordnungsgemäÙen Umsetzung von Richtlinien, in: Barwig/Davy (Hrsg.), Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit, S. 380

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

können die Mitgliedstaaten Richtlinien auch schrittweise umsetzen¹⁹. § 6 FreizügG/EU verbietet den Behörden nicht, die Maßstäbe des Art. 18 Abs. 3 RL 2004/38/EG zu beachten. Sie sind danach zum richtlinienkonformen Verhalten verpflichtet und müssen diese Vorgabe einhalten.

Art. 32 RL 2004/38/EG bemüht sich um die Befristung der zeitlichen Wirkungen einer Ausweisung. Spätestens drei Jahre nach der Ausreise bzw. Abschiebung haben die Freizügigkeitsberechtigten Anspruch auf Überprüfung, ob die Voraussetzungen noch vorliegen. § 7 Abs. 2 S. 2 FreizügG/EU verpflichtet die Ausländerbehörde zur Befristung der Verfügung schon bei ihrem Erlass. Das geht weiter als die Richtlinie. Allerdings könnten die Behörden auf diesem Weg versuchen, die engen Dreijahresfristen des Art. 32 der Richtlinie zu unterlaufen. Doch kann das Recht zur Überprüfung der Ausweisung nach Ablauf von drei Jahren nicht durch die Verhängung einer Frist von über drei Jahren ausgeschlossen werden²⁰.

Die Verfahrensgarantien des Art. 31 RL 2004/38/EG erfüllt der Gesetzgeber dadurch, dass Rechtsmittel gegen die Ausweisung ausnahmslos aufschiebende Wirkung haben und eine Abschiebung erst zulässig ist, wenn rechtskräftig das Nichtbestehen des Rechts der Freizügigkeit festgestellt wurde.

4. Übergangsrecht

Das FreizügG/EU enthält im Unterschied zum AufenthG keine Übergangsregelungen. Daraus wird gefolgert, dass in allen anhängigen Verfahren die Ausweisungsverfügungen gegen Freizügigkeitsberechtigte ihre Rechtsgrundlage verloren haben²¹. Diese Auffassung des Hess. Verwaltungsgerichtshofs widerspricht zwar derjenigen des Bundesverwaltungsgerichts²². Sie ist jedoch schon deshalb überzeugend, weil für eine Fortgeltung der Ausweisungsverfügungen eine Regelung des Übergangs von der Anfechtungs- zur Feststellungsklage erforderlich gewesen wäre.

Aus der Sicht des Gesetzgebers wären Übergangsregelungen auch verfehlt gewesen. Der Gesetzgeber konnte nicht voraussehen, dass das Bundesverwaltungsgericht kurz vor Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes einen der Kritikpunkte der Europäischen Kommission im Vertragsverletzungsverfahren entkräften würde, indem es den Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung auf denjenigen der mündlichen Verhandlung verlagert würde.

Zum anderen dürften mangels Übergangsvorschrift auch rechtskräftige Verfügungen ihre Wirksamkeit verlieren. Die abschließenden Verweise in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auf das AufenthG umfassen § 102 Abs. 1 AufenthG nicht, der die Fortgeltung vor dem 1.1.2005 verfügter Ausweisungen anordnet. Eine Ausweisung ist gemäß § 11 Abs. 2 FreizügG/EU erst zulässig, wenn das Nichtbestehen oder der Verlust des Freizügigkeitsrechts festgestellt wurde. Voraussetzung für eine Fortgeltung der früher erlassenen Ausweisungsverfügungen wäre deshalb die gesetzgeberische Entscheidung gewesen, dass den bestandskräftigen Ausweisungen nunmehr die Wirkung gemäß § 11 Abs. 2 FreizügG/EU zukommen solle. Damit hätte der Gesetzgeber der Kritik der Europäischen Kommission an der baden-württembergischen Ausweisungspraxis Rechnung getragen und zur Behebung der von der Kommission in ihrer Vertragsverletzungsklage²³ angegriffenen Situation beigetragen.

¹⁹ EuGH, U. v. 17.9.1997 – Rs. C-54/96 –, Slg. 1997, I-4961 (Dorsch Consult); BGH, U. v. 5.2.1998 – I ZR 211/95 –, BGHZ 138, 55 = NJW 1998, 2208.

²⁰ Im übrigen ist der Unterschied zu § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG hervorzuheben. Jene Vorschrift sieht die Befristung der Ausweisung nur auf Antrag vor. Nachdem der EGMR, U. v. 6.2.2003 – 36757/97 –, InfAuslR 2004, 184 (Jakupovic) in manchen Fällen nur Ausweisungen zulässt, die von vornherein befristet sind, nimmt der Gesetzgeber bei „normalen“ Drittstaatsangehörigen ersichtlich Menschenrechtsverletzungen in Kauf.

²¹ Hess. VGH, B. v. 29.12.2004 – 12 TG 3212/04 –, InfAuslR 04/2005

²² BVerwG, U. v. 3.8.2004 – 1 C 30.02 –, InfAuslR 2005, 18

²³ Rs. C-441/02

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Für diese Auslegung spricht ein Vergleich mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in einem österreichischen Fall. Danach wurde für die Situation eines neu der Europäischen Union beitretenden Staates entschieden, dass vor dem Beitritt erlassene und Gemeinschaftsrecht widersprechende Verwaltungsakte nicht mehr vollzogen werden dürfen und wegen Verstoßes gegen sie strafrechtliche Verurteilungen unzulässig sind²⁴. Die Situation nach dem Urteil Orfanopoulos ist durch den massenhaften Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht geprägt. Die überwiegende Zahl der Ausweisungsverfügungen wurde auf § 47 AuslG gestützt. Ausnahmslos wurde für die Zulässigkeit einer Ausweisung auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung abgestellt.

Deutschland ist gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, die Folgen der Rechtsverstöße von Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichten aus der Welt zu schaffen. Dies gebietet u. a. eine gemeinschaftskonforme Auslegung der neuen gesetzlichen Regelungen. Schon deshalb scheidet eine – vom Gesetzgeber ausdrücklich nicht gewollte – analoge Anwendung des § 102 Abs. 1 AufenthG aus.

Im Ergebnis ist deshalb eine Vollziehung von vor dem 1.1.2005 erlassenen Ausweisungsverfügungen nicht mehr weiter zulässig. Nach früherem Recht ausgewiesene Unionsbürger genießen erneut unmittelbare Freizügigkeit. Das schließt es nicht aus, dass die Ausländerbehörde in Fällen, in denen sie auch nach neuem Recht und nach den gegenwärtigen Verhältnissen eine Ausweisung für geboten erachtet, nunmehr zur Aufenthaltsbeendigung eine Verfügung gemäß § 6 FreizügG/EU erlässt. Der damit verbundene verfahrensrechtliche Aufwand ist einerseits Folge früheren rechtswidrigen Verfahrens. Er ist andererseits geringer, als wenn alle bestandskräftigen Verwaltungsakte einzeln auf ihre Vereinbarkeit mit Europarecht überprüft werden müssten²⁵.

²⁴ EuGH, U. v. 29.4.1999 – Rs. C-224/97 -, Slg. 1999, I-2517 = NJW 1999, 2355 (Ciola)

²⁵ Abgesehen von der 3-Jahresschranke gemäß Art. 32 Abs. 1 RL 2004/38/EU.