

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Ausländerrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquelle/n:

FreizügG/EU § 6 Abs. 5

VwGO § 132 Abs. 2

Titelzeile:

Verlustfeststellung während Verbüßung von Strafhaft

Stichworte:

Zeitpunkt der Verlustfeststellung; Verlustfeststellung während Strafhaft;
Freizügigkeitsrecht; Verlust des Freizügigkeitsrechts.

Leitsatz:

Weder aus dem nationalen Recht noch aus Unionsrecht ergeben sich Vorgaben für den Zeitpunkt, zu dem die Behörde die Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU ausspricht. Diese kann ermessensfehlerfrei auch geraume Zeit vor dem Ende einer zu verbüßenden Strafhaft erfolgen.

Beschluss des 1. Senats vom 11. September 2015 - BVerwG 1 B 39.15

I. VG Saarlouis vom 20. März 2013

Az: VG 10 K 287/12

II. OVG Saarlouis vom 30. April 2015

Az: OVG 2 A 265/14



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 B 39.15
OVG 2 A 265/14

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 11. September 2015
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlit
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig und Prof. Dr. Kraft

beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung
der Revision in dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts
des Saarlandes vom 30. April 2015 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 5 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

- 1 Die auf alle Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO gestützte Beschwerde hat keinen Erfolg. Soweit sie den Darlegungsanforderungen (§ 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO) genügt, ist sie unbegründet.
- 2 1. Die Beschwerde wendet sich zunächst mit Verfahrensrügen sowie der Grundsatzrüge gegen die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, im Fall des Klägers reichten "Gründe der öffentlichen Ordnung" im Sinne von § 6 Abs. 1 FreizügG/EU für die Feststellung des Verlusts des Aufenthaltsrechts aus, während zutreffenderweise "zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit" im Sinne von § 6 Abs. 5 FreizügG/EU erforderlich seien (Beschwerdebegründung S. 2 - 4). Unter Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers und der gerichtlichen Aufklärungspflicht sei das Gericht von einer Unterbrechung des mehr als zehn Jahre dauernden Aufenthalts des Klägers in Deutschland infolge der Verbüßung der gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe wegen Mordes ausgegangen.
- 3 Die in diesem Zusammenhang erhobenen Rügen führen mangels Erheblichkeit für das Ergebnis der angefochtenen Entscheidung nicht zur Revisionszulassung. Denn das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung - trotz der aus seiner Sicht erfolgten rechtserheblichen Unterbrechung des maßgeblichen Zehn-

Jahres-Zeitraums - darauf, dass selbst bei unterstellter Kontinuität des Aufenthalts die Voraussetzungen des § 6 Abs. 5 FreizügG/EU erfüllt seien, weil "angesichts des vom Kläger begangenen Mordes, der zu der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe geführt hat, mit Blick auf Strafmaß sowie Art und Schwere der Straftat und die von ihm ausgehende gegenwärtige Gefahr sogar zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit für die Maßnahme vorliegen" (UA S. 23). Das Gericht prüft im weiteren Verlauf - entgegen der Darstellung der Beschwerde - auch keineswegs nur noch "Gründe der öffentlichen Ordnung", sondern schließt sich den Ausführungen des Verwaltungsgerichts an, dass der begangene Mord unter den Rechtsbegriff der öffentlichen Sicherheit nach Art. 28 Abs. 3 der Unionsbürger-Richtlinie bzw. nach § 6 Abs. 5 FreizügG/EU gefasst werden könne (UA S. 26). Auch bei Prüfung der Gegenwärtigkeit der vom Kläger ausgehenden Gefahr nach mittlerweile neunjährigem Strafvollzug bejaht das Gericht "nicht nur schwerwiegende, sondern sogar zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit für die Verlustfeststellung" (UA S. 31). Auch die Ermessensentscheidung des Beklagten misst es an den Maßstäben, die beachtet werden müssen, "wenn ein zwingender Grund der öffentlichen Sicherheit vorliegt" (UA S. 31 unten).

- 4 Damit kommt es für das Ergebnis der angefochtenen Entscheidung nicht darauf an, ob die Feststellungen zur Unterbrechung des Zehn-Jahres-Zeitraums verfahrensfehlerfrei ergangen sind oder sich hierzu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung stellen.
- 5 2. Die Beschwerde rügt des Weiteren, das Oberverwaltungsgericht habe verfahrensfehlerhaft, namentlich unter Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers, eine Prognose zu der vom Kläger ausgehenden Gefahr angestellt (Beschwerdebegründung S. 4).
- 6 2.1 Fehlerhaft sei zunächst, dass das Gericht bei der Gefährdungsprognose allein auf das abgeurteilte Verhalten des Klägers abgestellt habe, hingegen die bereits erfolgte positive Entwicklung des Klägers während der Straftat nicht berücksichtigt habe (begonnene Ausbildung, erfolgreicher Drogenentzug) und auch nicht die zu erwartende weitere positive Entwicklung in der Haft, z.B. infol-

ge der zukünftig vorgesehenen einzeltherapeutischen Aufarbeitung der Tat (Beschwerdebegründung S. 5 und 7). Auf derartige Umstände habe der Kläger hingewiesen, deswegen verletze das Vorgehen des Gerichts seinen Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Diese Rüge greift nicht durch.

- 7 Das Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verpflichtet die Gerichte, die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei ihrer Entscheidung in Erwägung zu ziehen. Als Prozessgrundrecht soll es sicherstellen, dass die gerichtliche Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, die ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme oder Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 2012 - 1 C 13.11 - BVerwGE 144, 230 Rn. 10). Mit ihren Darlegungen zeigt die Beschwerde die geltend gemachte Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs jedoch nicht auf. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich - und so auch hier - davon auszugehen, dass die Gerichte das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben. Die Gerichte brauchen sich dabei nicht mit jedem Vorbringen in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich auseinanderzusetzen. Aus einem Schweigen der Urteilsgründe zu Einzelheiten des Prozessstoffs allein kann noch nicht der Schluss gezogen werden, das Gericht habe diese nicht bei seiner Entscheidung berücksichtigt. Eine Verletzung rechtlichen Gehörs kann daher nur dann festgestellt werden, wenn es sich aus den besonderen Umständen des Falles deutlich ergibt, dass das Gericht tatsächliches Vorbringen der Beteiligten nicht in Erwägung gezogen hat (vgl. etwa BVerwG, Beschluss vom 24. Juli 2014 - 1 B 10.14 - unter Hinweis auf BVerfGE 54, 43 <46> juris Rn. 9). Solche besonderen Umstände zeigt die Beschwerde nicht auf.
- 8 Das angefochtene Urteil stellt bei seiner Gefährdungsprognose schon im Ausgangspunkt nicht allein auf die strafrechtliche Verurteilung ab, sondern darauf, dass die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt (UA S. 26). Danach offenbaren die vom Kläger begangenen Straftaten, die seiner Verurteilung u.a. wegen versuchter gefährlicher Körperverletzung im

Jahr 2005 und wegen Mordes im Jahr 2008 zugrunde liegen, dass der Kläger schwerwiegende charakterliche Defizite und eine deutliche Neigung habe, vermeintliches, insbesondere von ihm als Angriff auf seine Ehre verstandenes Fehlverhalten anderer selbst zu bestrafen bzw. seine Interessen mit Gewalt durchzusetzen (UA S. 27). Der begangene Mord aus niedrigen Beweggründen, u.a. die "Hinrichtung" durch drei aufgesetzte Schüsse, ließen ein außergewöhnlich hohes Maß an krimineller Energie und charakterlichen Mängeln erkennen (UA S. 28). Bei der aktuellen Gefährlichkeitsprognose bezieht das Gericht zudem die Entwicklung des Klägers während der mittlerweile neunjährigen Haft ein, zieht dazu die Vollzugspläne zweier Haftanstalten heran, würdigt die Kontakte zu seinen Töchtern und deren Mutter (UA S. 29), seine begonnene Ausbildung zum Koch (UA S. 30) und die Tatsache, dass er während seiner Haftzeit ausweislich der negativen Kontrollergebnisse keine Drogen mehr genommen hat (UA S. 28). Das Gericht hat diese vom Kläger vorgetragene Umstände demnach zur Kenntnis genommen, allerdings anders gewertet als dies die Beschwerde für richtig hält. Daraus lässt sich ein Gehörsverstoß jedoch nicht ableiten. Kein Gehörsverstoß liegt auch darin, dass das Gericht ein gefahrbestärkendes Element darin sieht, dass der Kläger seine Mordtat bisher nicht erfolgreich therapeutisch aufgearbeitet hat, weil ihm die Möglichkeit einer solchen Therapie noch nicht eingeräumt wurde (UA S. 29). Denn das Gericht hat nur die Tatsache selbst berücksichtigt, dem Kläger aber keinen Vorwurf dahin gemacht, zu einer solchen Therapie nicht bereit zu sein.

- 9 2.2 Die Beschwerde rügt des Weiteren fehlende gerichtliche Aufklärungsmaßnahmen zu den zu erwartenden positiven Auswirkungen der Haft auf die Persönlichkeit des Klägers in der Zukunft. Dies verletze die gerichtliche Pflicht zur Ermittlung des Sachverhalts. Das Gericht habe aus eigener Kompetenz gar keine verlässliche Prognoseentscheidung treffen können; hierfür sei vielmehr der vom Kläger in der mündlichen Verhandlung beantragte Sachverständigenbeweis erforderlich gewesen, den das Gericht jedoch nicht erhoben habe (Beschwerdebegründung S. 6 lit. bb).
- 10 Aus dem Beschwerdevorbringen ergibt sich jedoch keine Verletzung der dem Gericht nach § 86 VwGO obliegenden Aufklärungspflicht. Das Berufungsgericht

war insbesondere nicht zu einer Aufklärung dahin verpflichtet, welche Wirkungen auf den Kläger von einer zukünftigen therapeutischen Aufarbeitung der Straftaten zu erwarten seien (vgl. Beschwerdebeurteilung S. 5 unten). Vielmehr durfte das Gericht davon ausgehen, dass derartige zukünftige Entwicklungen nichts über die aktuelle vom Kläger ausgehende Gefährdung aussagen.

- 11 Das Gericht durfte auch die in der mündlichen Verhandlung vom 30. April 2015 beantragte Beweiserhebung ablehnen. Dort hatte der Kläger die Einholung eines medizinisch-psychologischen oder eines psychologisch-kriminologischen Sachverständigengutachtens zum Beweis der Tatsache beantragt, dass er nach der Tatbegehung und nach der strafgerichtlichen Feststellung eine nachhaltige Verhaltens- und Einstellungsänderung vollzogen habe, die eine Abwendung vom kriminellen Milieu bedeute (1) und dass nunmehr keine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die erneute Begehung schwerer Straftaten mehr bestehe (2). Das Obergericht hat die Beweisanträge mit der Begründung abgelehnt, dass die Frage der Wiederholungsgefahr nach strafgerichtlichen Verurteilungen von den Gerichten grundsätzlich ohne Hinzuziehung von Sachverständigen beurteilt werden könne, da die Gerichte sich mit einer entsprechenden tatsächlichen Würdigung regelmäßig in Lebens- und Erkenntnisbereichen bewegten, die den Richtern allgemein zugänglich seien. Ergänzend wies der Vorsitzende darauf hin, dass das Gericht die vorliegenden Erkenntnisquellen insoweit für ausreichend halte (vgl. Niederschrift über die mündliche Verhandlung S. 3 f.).
- 12 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können die Tatsacheninstanzen einen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens im Allgemeinen nach tatrichterlichem Ermessen gemäß § 98 VwGO in entsprechender Anwendung des § 412 ZPO oder mit dem Hinweis auf die eigene Sachkunde - wie hier - verfahrensfehlerfrei ablehnen (vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 2012 - 1 C 13.11 - BVerwGE 144, 230 Rn. 11). Das Tatsachengericht muss seine Entscheidung für die Beteiligten und das Rechtsmittelgericht aber nachvollziehbar begründen und ggf. angeben, woher es seine Sachkunde hat. Das ist hier erfolgt. Das Berufungsgericht ist dabei der Rechtsprechung des Senats gefolgt, wonach sich das Tatsachengericht bei der Ge-

fahrenprognose im Fall der Ausweisung eines strafgerichtlich verurteilten Ausländers regelmäßig in Lebens- und Erkenntnisbereichen bewegt, die dem Richter allgemein zugänglich sind. Danach bedarf es der Hinzuziehung eines Sachverständigen nur ausnahmsweise, wenn die Prognose aufgrund besonderer Umstände - etwa bei der Beurteilung psychischer Erkrankungen - nicht ohne spezielle, dem Gericht nicht zur Verfügung stehende fachliche Kenntnisse erstellt werden kann (BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 2012 - 1 C 13.11 - BVerwGE 144, 230 Rn. 12). Solche besonderen Umstände hat die Beschwerde nicht dargelegt.

- 13 3. Aus dem Beschwerdevorbringen ergibt sich nicht, inwieweit in der unterlassenen Aufklärung, welche Wirkungen aus fachkundiger Sicht im Fall einer zukünftigen therapeutischen Aufarbeitung erwartet werden können, eine Divergenz (§ 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO) zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. August 2004 - 1 C 30.02 - (BVerwGE 121, 297) liegen soll (vgl. Beschwerdebegründung S. 5 unten). Die Beschwerde stellt nicht - wie geboten - jeweils zur gleichen Rechtsvorschrift ergangene Rechtssätze des Berufungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts einander gegenüber (zu den Darlegungsanforderungen an eine Divergenzrüge vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. April 2013 - 1 B 22.12 - Buchholz 451.901 Assoziationsrecht Nr. 66 Rn. 21). Sowohl aus dem fristgerecht eingegangenen Beschwerdevorbringen als auch aus dem Schriftsatz vom 9. September 2015 wird zudem nicht ersichtlich, dass insoweit gegenüber der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 4. Oktober 2012 - 1 C 13.11 - BVerwGE 144, 230 Rn. 11) erneuter rechtsgrundsätzlicher Klärungsbedarf besteht.
- 14 4. Auch aus den weiteren Darlegungen der Beschwerde zur mangelnden Berücksichtigung einer Alkohol- und Drogensucht des Klägers ergibt sich die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers nicht (Beschwerdebegründung S. 6 lit. cc). Die Beschwerde begründet ihre Rüge damit, das angefochtene Urteil stütze sich hinsichtlich des Einflusses des Alkohol- und Drogenmissbrauchs des Klägers auf die begangene Straftat auf Feststellungen aus dem Gutachten des Herrn Dr. G... aus dem Strafverfahren des Klägers. Das sei unzureichend, weil sich der Sachverständige nur mit der Frage der

Schuldfähigkeit des Klägers aufgrund seines Alkohol- und Drogenmissbrauchs auseinandergesetzt habe. Das trifft nicht zu. Das Berufungsurteil leitet seine Feststellung, dass der begangene Mord nicht auf den Alkohol- und Drogenmissbrauch des Klägers zurückzuführen sei, vielmehr aus den Darlegungen des Landgerichts Saarbrücken in seinem Urteil vom 7. Februar 2007 zur Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Klägers bei der Begehung des Mordes ab, denen das Gutachten des gerichtspsychiatrischen Sachverständigen Prof. Dr. R... zugrunde lag (UA S. 28). Auf das vom Kläger vorgelegte Gutachten des Dr. G... geht das Urteil nur insoweit ein, als es dieses nicht für geeignet hält, die als überzeugend befundenen Ausführungen des Strafgerichts durchgreifend in Frage zu stellen (UA S. 28). Daher fehlt es auch an hinreichenden Darlegungen für die hierzu zusätzlich geltend gemachte Aufklärungsrüge.

- 15 5. Weiter greift die Beschwerde die Begründung an, mit der das Oberverwaltungsgericht eine vom Kläger ausgehende Gefahr auch während der Verbüßung seiner Haftstrafe bejaht (Beschwerdebegründung S. 8 f. lit. a und b). So sei etwa die Feststellung des Gerichts rein spekulativ, der Kläger habe in der JVA im Rahmen seiner Ausbildung zum Koch Zugang zu Messern, so dass Übergriffe auf Mitgefangene möglich seien. Die fehlenden Feststellungen hierzu begründeten einen Verfahrensmangel. Ebenso spekulativ seien die Ausführungen des Gerichts, der Kläger könne aus Rache seinen Mittäter gefährden, und von ihm gehe im Fall von Vollzugslockerungen die Gefahr aus, aus Wut oder wegen Verletzung in seinem Ehrgefühl einen Menschen zu verletzen oder gar zu töten oder alte Rechnungen begleichen zu wollen.
- 16 Mit dieser Verfahrensrüge wendet sich die Beschwerde der Sache nach gegen die Tatsachen- und Beweiswürdigung des Oberverwaltungsgerichts zur Gefahrenprognose. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind die Grundsätze der Beweiswürdigung revisionsrechtlich regelmäßig nicht dem Verfahrensrecht, sondern dem sachlichen Recht zuzuordnen. Ein Verfahrensfehler kann ausnahmsweise dann gegeben sein, wenn die Beweiswürdigung objektiv willkürlich ist, gegen die Denkgesetze verstößt oder einen allgemeinen Erfahrungssatz missachtet. Ein Verfahrensmangel bei der Beweiswürdigung liegt aber nur dann vor, wenn sich der gerügte Fehler hinreichend ein-

deutig von der materiellrechtlichen Subsumtion, d.h. der korrekten Anwendung des sachlichen Rechts, abgrenzen lässt und der Tatrichter den ihm bei der Tatsachenfeststellung durch den Grundsatz freier Beweiswürdigung gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 VwGO eröffneten Wertungsrahmen verlassen hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. März 2012 - 10 B 2.12 - juris m.w.N.). Einen solchen qualifizierten Mangel der Beweiswürdigung zeigt die Beschwerde jedoch nicht auf. Denn das Berufungsgericht tritt mit den von der Beschwerde genannten Argumenten zunächst nur der Auffassung des Klägers und des erstinstanzlichen Gerichts entgegen, eine Wiederholungsgefahr sei bereits deshalb ausgeschlossen, weil sich der Kläger in Haft befinde (UA S. 30). Ferner geht das Gericht nicht von der feststehenden Tatsache aus, dass der Kläger in der Anstaltsküche Zugang zu Messern hat, sondern erwähnt das nur beispielhaft mit dem Zusatz "gegebenenfalls" (UA S. 30). Im Übrigen wird aus den Darlegungen der Beschwerde nicht ersichtlich, aus welchen Gründen es eine grobe Verletzung der Grundsätze der Beweiswürdigung darstellen soll, wenn das Berufungsgericht aus der wiederholten Trennung des Klägers von seinem Mittäter O. in der Haft wegen dessen Furcht vor Übergriffen des Klägers gefolgert hat, dass auch bei Gefangenen Übergriffe von Mitgefangenen in der Haft nicht auszuschließen sind (UA S. 30). Entsprechendes gilt für die Ausführungen des Gerichts zu drohenden, vom Kläger ausgehenden Gefahren im Rahmen von Vollzugslockerungen (UA S. 30 f.). Eines Sachverständigengutachtens zur Gefahrenprognose bedarf es - entgegen des erneuten Vorbringens der Beschwerde (Beschwerdebegründung S. 9 lit. b) - aus den bereits oben dargelegten Gründen (Ziffer 2.2 dieses Beschlusses) nicht.

- 17 6. Die Beschwerde beruft sich weiter darauf (Beschwerdebegründung S. 9 lit. c), die Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts zu einer Gefährdung innerhalb der Haft begründeten eine Divergenz zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. August 2004 - 1 C 30.02 - (BVerwGE 121, 297). Nach diesem Urteil ist für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr u.a. zu prüfen, ob eine (etwa erfolgte) Verbüßung der Strafe erwarten lässt, dass der Unionsbürger künftig keine die öffentliche Ordnung gefährdende Straftaten mehr begehen wird, und was sich ggf. aus einer (erfolgten) Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB) ergibt (a.a.O. S. 306). Folgte man hingegen der Rechtsauffassung

des Oberverwaltungsgerichts und unterstellte ohne konkrete Anhaltspunkte bereits eine Gefährdung während der Haft, ergäbe sich nach Auffassung der Beschwerde zwangsläufig, dass den Betroffenen die besagte Prüfung abgeschnitten würde.

- 18 Für die Darlegung einer Divergenz im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 2 VwGO fehlt es schon an der Darlegung eines Rechtssatzes des Berufungsgerichts, mit dem es dem o.g. Rechtssatz des Bundesverwaltungsgerichts widersprochen hat. Die Rüge einer lediglich fehlerhaften Anwendung eines Rechtssatzes des Bundesverwaltungsgerichts - wie hier - genügt hierfür nicht. Davon abgesehen wird aber auch eine fehlerhafte Anwendung im konkreten Fall nicht aufgezeigt. Denn die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts beziehen sich auf die Notwendigkeit, die Folgen einer erfolgten Verbüßung einer Straftat und einer erfolgten Strafaussetzung zur Bewährung zu würdigen. Die von der Beschwerde beanstandeten Ausführungen des Berufungsgerichts beziehen sich aber auf die Gefahrenprognose während der Zeit der Haftverbüßung sowie auf Vollzugslockerungen.
- 19 7. Die Beschwerde sieht des Weiteren Bedarf für eine grundsätzliche Klärung zur "Frage einer bereits während der Haft bestehenden Gefährdungslage" (Beschwerdebegründung S. 10 oben). Sie ist der Auffassung, die Rechtfertigung des staatlichen Strafanspruchs und insbesondere der Resozialisierungsanspruch des Betroffenen müssten bei der Prognoseentscheidung berücksichtigt werden. Könnte man den Straftäter wegen einer bestehenden Gefährdungslage zu Beginn seiner Haft ausweisen und ihm sein Freizügigkeitsrecht absprechen, drohe die Gefahr, dass zukünftige positive Wirkungen des Strafvollzuges unberücksichtigt blieben. Die spezialpräventive Rechtfertigung des staatlichen Strafanspruchs würde ad absurdum geführt. Die Frage einer bereits während der Haft bestehenden Gefährdungslage sei bislang durch die Rechtsprechung - insbesondere des Bundesverwaltungsgerichts - noch nicht geklärt.
- 20 Die Zulassung der Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) setzt voraus, dass eine klärungsfähige und klärungsbedürftige Rechtsfrage des revisiblen Rechts aufgeworfen wird. Eine sol-

che lässt sich der Beschwerde nicht entnehmen. Denn sie formuliert keine präzise rechtliche Fragestellung, sondern weist lediglich auf bestimmte Probleme hin, die sich bei der Beurteilung der von einem Straftäter ausgehenden Gefährdung im Zeitpunkt der Verbüßung seiner Haft ergeben. Im Übrigen ist aber in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass es für die Verlustfeststellung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt auf eine gegenwärtige und nicht auf eine zukünftige Gefährdung der öffentlichen Ordnung ankommt (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. August 2004 - 1 C 30.02 - BVerwGE 121, 297 <305 f.>). Das entspricht der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (vgl. Urteil vom 29. April 2004 - C-482/01 und C-493/01 [ECLI:EU:C:2004:262], Orfanopoulos und Oliveri - Rn. 77 bis 79). Die Voraussetzung einer gegenwärtigen Gefährdung muss danach grundsätzlich zu dem Zeitpunkt erfüllt sein, zu dem die Ausweisung erfolgt (EuGH, Urteil vom 29. April 2004 - C-482/01 und C-493/01 - Rn. 79), hier also im Zeitpunkt der Haftverbüßung, auch wenn dann die Entwicklung des Klägers während der Gesamtdauer der Haft lediglich zu prognostizieren ist, weil sie noch ebenso wenig feststeht wie sein Verhalten im Rahmen etwaiger zukünftiger Vollzugslockerungen oder einer eventuellen Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung.

- 21 8. Kein rechtsgrundsätzlicher Klärungsbedarf besteht für die von der Beschwerde aufgeworfene, hiermit im Zusammenhang stehende Frage, zu welchem Zeitpunkt die Ausländerbehörde überhaupt die Entscheidung über die Verlustfeststellung ermessensfehlerfrei treffen kann (Beschwerdebegründung S. 10 lit. a). Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt es für die Rechtmäßigkeit einer ausländerbehördlichen Entscheidung über den Verlust des Aufenthaltsrechts eines Unionsbürgers darauf an, ob der Betroffene eine gegenwärtige und schwer wiegende Gefahr für wichtige Rechtsgüter darstellt (Gefährdung der öffentlichen Ordnung) und das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung das private Interesse am Verbleib des Unionsbürgers in Deutschland deutlich überwiegt (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. August 2004 - 1 C 30.02 - BVerwGE 121, 297 <306>). Vorgaben für den Zeitpunkt, zu dem die Behörde die Verlustfeststellung ausspricht, ergeben sich weder aus dem nationalen Recht noch aus Unionsrecht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist eine umfassende Beurteilung der Situati-

on des Betroffenen "jeweils zu dem genauen Zeitpunkt vorzunehmen, zu dem sich die Frage der Ausweisung stellt" (vgl. Urteile vom 16. Januar 2014 - C-400/12 [ECLI:EU:C:2014:9], M.G. - Rn. 35 und vom 23. November 2010 - C-145/09 [ECLI:EU:C:2010:708], Tsakouridis - Rn. 32). Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich zudem, dass der Gerichtshof keine Einwände gegen eine Verlustfeststellung nach Verbüßung von weniger als zwei Jahren einer auf insgesamt sechs Jahre und sechs Monate festgesetzten Haftstrafe erhoben hat (vgl. EuGH, Urteil vom 23. November 2010 - C-145/09 - Rn. 12 f.; ähnlich im Urteil vom 22. Mai 2012 - C-348/09 [ECLI:EU:C:2012:300], P.I. - Rn. 10 f.). Einer positiven Entwicklung des Unionsbürgers nach Erlass der Verlustfeststellung - etwa durch eine erfolgreiche Therapie während der Strafhaft - kann durch eine nachträgliche Verkürzung des Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 7 Abs. 2 FreizügG/EU Rechnung getragen werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - DVBl 2015, 780 Rn. 22 ff.).

- 22 9. Die Beschwerde sieht Verstöße gegen den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs darin, dass das Berufungsgericht bei der Überprüfung der lange Zeit vor Haftende getroffenen Ermessensentscheidung "die zu erwartenden positiven Auswirkungen des weiteren Strafvollzuges" nicht einbezogen habe (Beschwerdebegründung S. 11 lit. b) und im Fall der Vollstreckung der Verlustfeststellung später als zwei Jahre nach ihrem Erlass dann nach Art. 33 Abs. 2 Unionsbürger-Richtlinie erneut eine Überprüfung erfolgen müsse - allerdings ohne vorheriges rechtliches Gehör des Klägers (Beschwerdebegründung S. 11 f. lit. a).
- 23 Aus beiden Rügen ergibt sich keine Verletzung des klägerischen Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs. Denn bei der Prüfung, ob dem Berufungsgericht ein Verfahrensfehler unterlaufen ist, ist von dessen materiellrechtlicher Rechtsauffassung auszugehen, auch wenn diese - wofür hier nichts ersichtlich ist (vgl. oben Ziffer 8) - verfehlt sein sollte (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 9. Dezember 2010 - 10 C 13.09 - BVerwGE 138, 289 Rn. 17 m.w.N.). Nach dem für die Beurteilung eines Gehörsverstößes maßgeblichen materiellrechtlichen Ansatz des Berufungsgerichts, der eine Berücksichtigung etwaiger positiver Entwicklungen bei einer Entscheidung nach § 7 Abs. 2 FreizügG/EU gerade

nicht abschneidet, kam es aber auf die von der Beschwerde genannten Umstände für das Berufungsurteil nicht an.

- 24 10. Der Senat sieht von einer weiteren Begründung ab (§ 133 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 2 VwGO).
- 25 11. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 2 GKG.

Prof. Dr. Berlit

Prof. Dr. Dörig

Prof. Dr. Kraft