Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 5.9.2008

Tenor

Der Antrag des Klägers auf Aussetzung des Berufungsverfahrens bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in dem Verfahren 1 C 35.07 wird abgelehnt.

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird zugelassen.

Der Streitwert wird auch für das Berufungsverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

Gründe

I. Der am 16. Januar 1964 geborene Kläger ist türkischer Staatsangehöriger. Er reiste 1976 zur Familienzusammenführung ins Bundesgebiet ein und lebte hier bis ins Erwachsenenalter bei seinen Eltern. Seine Mutter war als Arbeitnehmerin von Oktober 1969 bis Dezember 1982 in Deutschland erwerbstätig. Der Kläger erlernte den Beruf eines Elektrokaufmanns. Er ist verheiratet und hat aus der Ehe zwei Kinder, die Tochter G. (geboren 31. August 1988) und die Tochter C. (geboren 28. April 1996). Seit Juli 1995 betreibt der Kläger selbständig eine Trinkhalle/Kiosk. Er erhielt 1987 eine Aufenthaltsberechtigung.

Strafrechtlich ist der Kläger bisher wie folgt in Erscheinung getreten:

Am 20. Dezember 1995 erließ das Amtsgericht L. einen Strafbefehl wegen Hehlerei und setzte gegen ihn eine Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 30 DM fest.

Vom Amtsgericht L. wurde der Kläger mit Urteil vom 23. November 2000 wegen Vergewaltigung seiner Ehefrau zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 2 Monaten auf Bewährung verurteilt.

Das Landgericht L. verurteilte den Kläger am 20. Oktober 2005 wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen in 11 Fällen und Körperverletzung zu 3 Jahren und 8 Monaten Freiheitsstrafe. Die Taten beging der Kläger gegenüber seiner ältesten Tochter G.. Er verbüßt gegenwärtig die verhängte Freiheitsstrafe. Das Strafhaftende ist für den 25. September 2009 notiert.

Der Beklagte verfügte nach vorheriger Anhörung mit Bescheid vom 2. Mai 2006 die Ausweisung des Klägers und drohte ihm die Abschiebung in die Türkei an.

Den dagegen erhobenen Widerspruch des Klägers wies die Bezirksregierung E. mit Widerspruchsbescheid vom 25. August 2006 zurück.

Der Kläger hat am 1. September 2006 Klage erhoben und beantragt,

die Ordnungsverfügung des Beklagten vom 2. Mai 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung E. vom 25. August 2006 und der Erklärung des Beklagten vom 14. Dezember 2006 aufzuheben.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat mit Schreiben vom 14. Dezember 2006 seine Ordnungsverfügung ergänzend begründet.

Das Verwaltungsgericht hat durch das angefochtene Urteil, auf das Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat fristgerecht Berufung eingelegt und vorrangig begehrt, das Verfahren bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren 1 C 35.07 auszusetzen. Er beantragt weiter sinngemäß,

das angefochtene Urteil zu ändern und seinem erstinstanzlich gestellten Antrag zu entsprechen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Ehefrau des Klägers und seine Tochter C. haben ebenfalls gegen die Ordnungsverfügung des Beklagten vom 2. Mai 2006 Widerspruch eingelegt und nach dessen Zurückweisung durch die Bezirksregierung E. Klage erhoben. Nach Klageabweisung hat der Senat auf den Zulassungsantrag der Klägerinnen die Berufung zugelassen (18 A 2338/07), über die noch nicht entschieden ist.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Feststellungen des Verwaltungsgerichts im angefochtenen Urteil im vollem Umfang (§ 130 b Satz 1 VwGO) sowie auf die Gerichtsakten und die Beiakten Bezug genommen.

II. Der Antrag des Klägers auf Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Verfahren 1 C 35.07 hat keinen Erfolg. Für eine sich nach § 94 VwGO beurteilende Aussetzung fehlen bereits die gesetzlichen Voraussetzungen. § 94 VwGO setzt nämlich ein (vorgreifliches) Rechtsverhältnis voraus. Dafür reicht es nicht aus, dass sich in einem anderen Verfahren die gleiche Rechtsfrage stellt.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 3. November 2006 – 6 B 21.06 –, Buchholz 448.0 § 12 WPflG Nr. 208; Bay. VGH, Beschluss vom 18. Juli 1996 – 4 C 96.1848 –, juris; Kuntze in Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, 4. Auflage 2007, § 94 Rn. 5.

So ist es hier. Der Kläger erwartet in dem vorgenannten Verfahren eine Entscheidung darüber, ob Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 29. April 2004 (ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 35; ber. ABl. L 229 vom 29.6.2004, S. 35) über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten Ä. . . Ü, (Unionsbürgerrichtlinie – im Folgenden: Richtlinie 2004/38/EG) auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige anzuwenden ist.

Der Senat kann über die Berufung des Klägers durch Beschluss gemäß § 130 a VwGO entscheiden, weil er sie einstimmig für unbegründet und eine mündliche Verhandlung für nicht erforderlich hält (§ 130 a Satz 1 VwGO); die Beteiligten sind hierzu vorher gehört worden (§ 130 a Satz 2 i. V. m. § 125 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Die vom Senat nach den gesetzlichen Vorgaben getroffene Ermessensentscheidung bedarf insoweit auch mit Blick auf die Schriftsätze des Klägers vom 20. September und 31. Oktober 2007 sowie 8. Juli 2008 keiner darüber hinausgehenden Begründung.

Vgl. dazu BVerwG, Beschluss vom 3. Februar 1999 – 4 B 4.99 –, NVwZ 1999, 1009 = Buchholz 310 § 130a VwGO Nr. 33.

Die Berufung des Klägers ist unbegründet.

Es kann offen bleiben, ob – wie der Kläger meint – die mit Wirkung vom 30. April 2006 und damit vor Erlass der streitgegenständlichen Ausweisungsverfügung aufgehobene Bestimmung des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie (RL) 64/221/EWG auf türkische Staatsangehörige, die über ein Aufenthaltsrecht nach Art. 7 ARB 1/80 verfügen, weiterhin anwendbar ist.

So Dienelt, www.immigrationsrecht.net; ablehnend OVG NRW, Beschluss vom 6. September 2007 – 17 B 603/07 –.

Denn das Ausweisungsverfahren ist unter Beachtung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen des Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG durchgeführt worden. Dessen Anforderungen wird – wie hier geschehen – durch das Tätigwerden der Widerspruchsbehörde im Widerspruchsverfahren entsprochen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 13. September 2005 – 1 C 7.04 –, BVerwGE 124, 217 = InfAuslR 2006, 110.

Die auf § 55 AufenthG und Art. 14 ARB 1/80 gestützte Ausweisung erweist sich auch materiell als rechtmäßig. Dies hat das Verwaltungsgericht mit zutreffenden Gründen, auf die verwiesen wird (§ 130b Satz 2 VwGO), festgestellt. Die Berufungsbegründung führt zu keiner anderen Beurteilung.

Der Senat teilt insbesondere die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts, dass die Ausweisung des Klägers nicht den materiellen Beschränkungen des Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG unterliegt, der mit § 6 Abs. 5 FreizügG/EU in nationales Recht umgesetzt worden ist.

Vgl. Senatsbeschluss vom 15. Mai 2007 – 18 B 2389/06 –, NVwZ 2007, 1445 = EZAR NF 19 Nr. 20; Nds.OVG, Urteil vom 27. März 2008 – 11 LB 26/08 –, AuAS 2008, 166 (Ls); Bay. VGH, Urteil vom 8. Januar 2008 – 10 B 07.304 –, juris; a.A. Hess. VGH, Beschluss vom 12. Juli 2006 – 12 TG 494/06 –, InfAuslR 2006, 393; OVG Rh.–Pf., Urteil vom 5. Dezember 2006 – 7 A 10924/06 –, InfAuslR 2007, 148.

Der Senat hat zur Begründung ausgeführt:

Nach Art. 28 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG darf gegen Unionsbürger, die in den letzten zehn Jahren ihren Aufenthalt im Aufnahmestaat gehabt haben, eine Ausweisung nicht verfügt werden, es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedsstaaten festgelegt werden. Unmittelbar kann der Antragsteller daraus für sich nichts herleiten, weil er türkischer Staatsangehöriger und damit kein Unionsbürger ist. Über seine Ausweisung ist aber auch nicht entsprechend der Maßgaben nach Art. 28 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG zu entscheiden.

Allerdings hat der EuGH wiederholt entschieden, dass die im Rahmen der Art. 48, 49 und 50 EGV (jetzt: Art. 39, 40 und 41 EG) geltenden Grundsätze über die Freizügigkeit der Unionsbürger so weit wie möglich auf Assoziationsberechtigte übertragen werden sollen.

Vgl. u. a. Urteile vom 6. Juni 1995, Rs. C-434/93 (Bozkurt), InfAuslR 1995, 261; vom 10. Februar 2000, Rs. C-340/97 (Nazli), DVBl. 2000, 550 m. w. N.; vom 11. November 2004, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), DVBl. 2005, 11; und vom 2. Juni 2005, Rs. C-136/03 (Dörr und Ünal), InfAuslR 2005, 289.

Zur Begründung hat der Gerichtshof auf die Übereinstimmung des Wortlauts von Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 mit dem des Art. 48 Abs. 3 EGV (jetzt Art. 39 Abs. 3 EG) und das Ziel der Assoziationsvereinbarung mit der Türkei sowie auf Art. 12 des Abkommens zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963 (BGBl. 1964 II S. 509) – Assoziierungsabkommen – verwiesen. Danach haben die Vertragsparteien vereinbart, sich

von Art. 48, 49 und 50 EGV (jetzt: Art. 39, 40 und 41 EG) leiten zu lassen, um untereinander die Freizügigkeit der Arbeitnehmer schrittweise herzustellen.

Davon ausgehend hat der EuGH insbesondere bei der Bestimmung des Umfangs der in Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 vorgesehenen Beschränkung der Assoziationsrechte aus Gründen der öffentlichen Ordnung darauf abgestellt, wie die gleiche Beschränkung im Bereich der Freizügigkeit solcher Arbeitnehmer, die Angehörige der Mitgliedsstaaten der Gemeinschaft sind, ausgelegt wird. Für diese waren bisher die konkreten Einzelheiten des Ausweisungsrechts in der Richtlinie 64/221/EWG festgelegt, die vom EuGH als Konkretisierung des Art. 39 Abs. 3 EG aufgefasst wurde.

Vgl. EuGH, Urteile vom 10. Februar 2000, Rs. C-347/97 (Nazli), a. a. O., vom 11. November 2004, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), a. a. O., und vom 2. Juni 2005, Rs. C-136/03 (Dörr und Ünal), a. a. O.

Diese Maßgaben sind Grundlage der ständigen Senatsrechtsprechung.

Vgl. nur OVG NRW, Beschlüsse vom 29. April 1993 – 18 B 4386/92 –, InfAuslR 1993, 288, vom 29. Januar 2001 – 18 B 116/01 –, AuAS 2001, 137, und vom 13. Februar 2004 – 17 B 1227/02 –, InfAuslR 2004, 224.

Ihnen hat sich das Bundesverwaltungsgericht angeschlossen; auch nach seiner Rechtsprechung liegt es nahe, den gemeinschaftsrechtlichen Ausweisungsschutz für Assoziationsberechtigte in gleicher Weise materiellrechtlich zu begründen und auszugestalten wie für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger.

BVerwG, Urteil vom 3. August 2004 – 1 C 29.02 –, BVerwGE 121, 315 (320 f.).

Im Anschluss daran wird die Auffassung vertreten, die Grundsätze des Ausweisungsschutzes nach der Richtlinie 2004/38/EG, die an die Stelle der Richtlinie 64/221/EWG getreten ist,

gemäß Art. 38 Abs. 2 der Richtlinie, die nach ihren Art. 40 Abs. 1, 41 am 30. April 2004 in Kraft getreten ist und bis zum 30. April 2006 in nationales Recht umzusetzen war, ist die Richtlinie 64/221/EWG mit Wirkung vom 30. April 2006 aufgehoben worden,

seien als weitere und nunmehr geltende Konkretisierung und Ausgestaltung von Art. 39 Abs. 3 EG auf Assoziationsberechtigte anzuwenden. Anhaltspunkte, warum dies anders zu sehen sein könnte, sollen nicht gegeben sein.

So Hess. VGH, Beschluss vom 12. Juli 2006 – 12 TG 494/06 –; OVG Rh.–Pf., Urteil vom 5. Dezember 2006 – 7 A 10924/06 –; VG Karlsruhe, Urteil vom 9. November 2006 – 2 K 1559/06 –, jeweils a. a. O.

Dem ist nicht zu folgen. Die Auffassung lässt außer Acht, dass die Richtlinie 2004/38/EG insbesondere in ihrer hier in Rede stehenden Bestimmung Ausdruck der qualitativ über die Arbeitnehmerfreizügigkeit hinausgehenden Unionsbürgerschaft und des daraus fließenden Rechts allein der Unionsbürger auf Daueraufenthalt ist (a). Der Anwendung des Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie auf Assoziationsberechtigte steht ferner Art. 59 des Zusatzprotokolls zum Abkommen vom 12. September 1963 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei für die Übergangsphase der Assoziation vom 23. November 1970 (BGBl. II 1972 S. 385 – im Folgenden: Zusatzprotokoll) entgegen (b).

a) Zwar hat der EuGH zu Art. 48 Abs. 3 EGV (jetzt Art. 39 Abs. 3 EG) ausgeführt, dass dieser bereits die grundlegende Regelung zur Beschränkung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft enthalte und im Verhältnis dazu die Richtlinie 64/221/EWG kein neues Recht schaffe, sondern lediglich die Einzelheiten der Ausübung der unmittelbar aus dem Vertrag fließenden Rechte regele.

Vgl. EuGH, Urteil vom 8. April 1976 – Rs. 48/75 –, NJW 1976, 2065.

Daraus folgt jedoch nicht, dass wegen der gleichlautenden Beschränkungsregelung in Art. 39 Abs. 3 EG und Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 („aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“) die für Unionsbürger geltenden Einschränkungen stets zugleich auf Assoziationsberechtigte anzuwenden sind. Aus dem vom EuGH aufgestellten Grundsatz, dass die im Rahmen der Art. 48, 49 und 50 EG-Vertrag (jetzt: Art. 39, 40 und 41 EG) geltenden Grundsätze über die Freizügigkeit der Unionsbürger „soweit wie möglich“ auf Assoziationsberechtigte übertragen werden sollen, folgt vielmehr die Möglichkeit und Notwendigkeit einer Differenzierung. Entsprochen werden soll lediglich der Forderung aus Art. 36 des Zusatzprotokolls, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zwischen den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft und der Türkei schrittweise herzustellen. Das führte unter der Geltung der Richtlinie 64/221/EWG, die insofern keine Differenzierung vorsah, dazu, Assoziationsberechtigte hinsichtlich der Möglichkeiten einer Beschränkung ihrer Aufenthaltsrechte mit (arbeitnehmerfreizügigkeitsberechtigten) Unionsbürgern gleichzubehandeln. Nunmehr enthält die Richtlinie 2004/38/EG jedoch Sonderregelungen, die – wie Art. 16 und 28 Abs. 2 und 3 – ausschließlich Unionsbürgern zukommen.

Gegen die Übertragbarkeit des Ausweisungsschutzes nach Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG auf Assoziationsberechtigte spricht vor allem der qualitative Unterschied zwischen der durch den ARB 1/80 allein begründeten Arbeitnehmerfreizügigkeit und den Rechten der Unionsbürger, wie sie in der Richtlinie niedergelegt sind und den hier in Rede stehenden Bestimmungen zugrunde liegen. Diese Rechte gehen deutlich über die Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit hinaus. Die Richtlinie ist insbesondere die Konsequenz aus der Einführung der allgemeinen Freizügigkeit für Unionsbürger (Art. 18 EG); mit ihr sind die bislang bereichsspezifischen und fragmentarischen Regelungen der Freizügigkeit für Arbeitnehmer, Selbstständige und Dienstleistende durch die Schaffung eines einheitlichen Rechtsaktes über die Freizügigkeit der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen abgelöst worden. Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie, die – wie der besondere Ausweisungsschutz nach deren Art. 28 Abs. 2 und 3 – spezifisch auf dem Unionsbürgerstatus beruhen, können für die Auslegung des Art. 14 ARB 1/80 nicht herangezogen werden.

Das wesentliche mit der Richtlinie 2004/38/EG verfolgte Ziel ist es, die Bedeutung der Unionsbürgerschaft und der darauf beruhenden Rechte der Unionsbürger auf Freizügigkeit und Aufenthalt zu verstärken. Dies verdeutlichen bereits ihre Erwägungsgründe. Die Richtlinie ist gestützt auf Art. 12, 18, 40, 44 und 52 EG. Schon der erste Erwägungsgrund hebt maßgeblich auf die Unionsbürgerschaft und deren besonderen Charakter ab. Darin wird betont, die Unionsbürgerschaft verleihe jedem Unionsbürger das elementare und persönliche Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten – vorbehaltlich vorgesehener Beschränkungen und Bedingungen – frei zu bewegen und aufzuhalten. Mit dem dritten Erwägungsgrund wird der Charakter der Unionsbürgerschaft als grundsätzlicher Status der Angehörigen der Mitgliedsstaaten hervorgehoben, wenn sie ihr Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt wahrnehmen. Weiter ist darin ausgeführt, die bestehenden Gemeinschaftsinstrumente, die Arbeitnehmer und andere Personengruppen getrennt behandelten, müssten kodifiziert und überarbeitet werden, um das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger zu vereinfachen und zu verstärken. Dazu heißt es im 17. Erwägungsgrund, ein Recht auf Daueraufenthalt für Unionsbürger, die beschlossen haben, sich dauerhaft in einem Mitgliedsstaat niederzulassen, würde das Gefühl der Unionsbürgerschaft verstärken und entscheidend zum sozialen Zusammenhalt – einem grundlegenden Ziel der Union – beitragen.

Entsprechendes ergibt sich aus den Stellungnahmen, auf die sich die Richtlinie ausdrücklich stützt, nämlich aus dem Vorschlag der Kommission vom 29. Juni 2001, ABl. C 270 E, S. 150, dessen Begründung mit der Richtlinie weitgehend übereinstimmt, aus der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 24. April 2002, ABl. C 149, S. 46, sowie aus der Stellungnahme des Ausschusses der Regionen vom 13. März 2002, ABl. C 192, S. 17. In der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 24. April 2002 ist u. a. ausgeführt, die Vorlage sei ein neuer Schritt, um den Bürgern die Ausübung ihres gegenwärtig durch vielfältige Behinderungen eingeschränkten Rechts auf Freizügigkeit und Aufenthalt in der ganzen Union zu erleichtern (dort 3.2). In der Stellungnahme des Ausschusses der Regionen vom 13. März 2002 heißt es beispielsweise einleitend unter 1.1., der Ausschuss begrüße den Richtlinienvorschlag, der das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, stärken solle.

Davon ausgehend regeln Kapitel 4 der Richtlinie ein Recht zum Daueraufenthalt und daran anschließend Art. 28 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/38/EG einen besonderen Ausweisungsschutz für Daueraufenthaltsberechtigte bzw. Unionsbürger mit langem Aufenthalt. Durch Letzteres wird eine sich von allen Unionsbürgern durch qualifizierende Merkmale hervorhebende Gruppe von Unionsbürgern privilegiert. Dergleichen scheidet bei Assoziationsberechtigten bereits vom Ansatz her aus. Diese werden nicht zu Unionsbürgern, sondern haben lediglich partiell teil an deren Rechten. Die Befugnisse der Assoziationsberechtigten sind begrenzt auf den Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Zudem unterscheiden sich grundlegend Begründung und Verlust der Gemeinschaftsrechte bei einerseits Unionsbürgern und andererseits Assoziationsberechtigten. Mit der Einfügung des Art. 18 (seinerzeit als Art. 8a) durch den Maastrichter Unionsvertrag wurde das freie Aufenthaltsrecht allgemein und ohne ausdrücklichen Bezug zur wirtschaftlichen Betätigung als Recht aller Unionsbürger begründet. Es wird jedem Unionsbürger weitgehend ohne Rechtsbedingung zugestanden und ist dem unfreiwilligen Verlust nicht zugänglich.

Vgl. Kluth in Callies/Ruffert, EUV/EGV, Kommentar, 3. Auflage 2007, Art. 18 Rn. 15, Art. 39 Rn. 4; Streinz, EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 18 Rn. 1, 9; auch 11. Erwägungsgrund der RL.

Dagegen ist das Aufenthaltsrecht der Assoziationsberechtigten notwendige Folge ihrer Rechte als Arbeitnehmer. Ihr Status beruht auf der Erfüllung bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen nach ARB 1/80 und erlischt bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 14 ARB 1/80 bzw. bei Verlassen des aufnehmenden Mitgliedstaates für einen nicht unerheblichen Zeitraum ohne berechtigte Gründe.

Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 16. Februar 2006, Rs. C-502/04 (Torun); Schlussanträge des Generalanwalts Bot vom 11. Januar 2007, Rs. C-325/05 (Derin), und des Generalanwalts Geelhoed vom 25. Mai 2004, Rs. C-275/02 (Ayaz).

Gegen die Auffassung, dass die Regelungen der Richtlinie 2004/38/EG über den Ausweisungsschutz dem EG-Vertrag immanent seien, spricht auch, dass sie im Wege eines Kompromisses zustande gekommen sind. Der Europäische Rat hat dabei in wesentlichen Punkten und insbesondere im Hinblick auf den Schutz vor Ausweisung Änderungen gegenüber weitergehenden Vorschlägen der Kommission und des Europäischen Parlaments durchgesetzt. Art. 26 Abs. 2 der Richtlinie in der Fassung des Vorschlags der Kommission vom 29. Juni 2001, ABl. C 270 E, S. 150 sah nämlich vor, dass gegen Unionsbürger und ihre Familiangehörigen, die das Recht auf Daueraufenthalt erlangt haben, eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit überhaupt nicht verfügt werden durfte. Vor diesem Hintergrund bedürfte es einer (überzeugenden) Begründung, wenn Art. 14 ARB 1/80 bzw. Art. 39 Abs. 3 EG zu entnehmen sein soll, dass nach präzise zehn Jahren Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat und ohne Berücksichtigung weiterer Aspekte der besondere Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie einzugreifen hat. Eine solche ist nicht ersichtlich. Sie folgt insbesondere nicht zwingend aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme. Dieser ist bereits von der gemäß Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG erforderlichen Prüfung der dort aufgeführten wesentlichen Umstände umfasst (vgl. auch 23. Erwägungsgrund), die den Stand des bislang gewährleisteten Ausweisungsschutzes wiedergibt.

Vgl. auch Hailbronner, a. a. O., Rn. 16.

Zu bedenken ist daneben, dass die Übertragung des weitgehenden Ausweisungsschutzes nach Art. 28 Abs. 2, 3 der Richtlinie 2004/38/EG auf Assoziationsberechtigte im Hinblick auf das Ziel der Stärkung des sozialen Zusammenhalts der Unionsbürger durch die Normierung eines abgesicherten Rechts auf Daueraufenthalt kontraproduktiv wirken könnte. Denn wie es im 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/38/EG anklingt, widerspiegelt die Gewährung eines solchen von der Arbeitnehmereigenschaft oder weiteren Voraussetzungen losgelösten Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger die Reichweite der Integration in einer für den einzelnen Unionsbürger konkret und alltäglich erfahrbaren Dimension.

Vgl. Kluth in Callies/Ruffert, a. a. O., Art. 18 Rn. 3.

Diese mit der Richtlinie beabsichtigte Wirkung könnte – umgekehrt – verwässert werden, wenn ein ebenso abgesichertes Recht auch Assoziationsberechtigten zugebilligt würde, bei denen dies nicht auf dem grundlegenden Status der Unionsbürgerschaft beruht, sondern in der Zugehörigkeit zum Arbeitsmarkt wurzelt.

Nicht zuletzt geht der Senat davon aus, dass sich das dargelegte Verständnis der Norm des Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG im Übrigen schon aus dieser selbst ergibt. Es spricht – ohne dass dies anlässlich des vorliegenden Falls entschieden werden müsste – viel dafür, dass die Norm ebenso wie Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG das Bestehen des Rechts auf Daueraufenthalt voraussetzt. Damit wäre sie auf Assoziationsberechtigte schon deshalb unanwendbar, weil diese das Recht auf Daueraufenthalt nicht erwerben können. Zwar normiert Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG anders als Art. 28 Abs. 2 diese Voraussetzung nicht ausdrücklich. Für dieses Verständnis streitet aber, dass die Absätze 1 bis 3 des Art. 28 ein Stufenverhältnis von dem am wenigsten strikten Ausweisungsschutz in Art. 28 Abs. 1 hin zum weitestgehenden in Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG bilden. Es wäre inkonsequent, wenn das Tatbestandsmerkmal „die das Recht auf Daueraufenthalt . . . genießen“, zwar zu den Anforderungen des schwächeren Schutzes nach Art. 28 Abs. 2, nicht aber zu denen des weitergehenden Schutzes nach Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG gehörte. Für dieses Verständnis streitet auch die Fassung der Richtlinie im Vorschlag der Kommission vom 29. Juni 2001, ABl. C 270 E, S. 150, in der (dort) Art. 26 Abs. 1 im Wesentlichen dem jetzigen Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG entsprach, die Absätze 2 und 3 jedoch in der Weise zusammengefasst waren, dass gegen Unionsbürger und ihre Familiangehörigen, letztere ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, die das Recht auf Daueraufenthalt erlangt haben, eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit nicht verfügt werden durfte. Auch für einen danach absoluten Ausweisungsschutz sollte mithin das Recht auf Daueraufenthalt erforderlich sein.

Das Recht auf Daueraufenthalt können Assoziationsberechtigte nach dem Gemeinschaftsrecht nicht erwerben. Es ist mit der Richtlinie 2004/38/EG erstmals normiert worden (dort Kapitel 4) und beruht gerade auf der Unionsbürgerschaft. Das Assoziationsrecht sieht hingegen ein Daueraufenthaltsrecht unabhängig von der Zugehörigkeit zum regulären Arbeitsmarkt nicht vor.

Vgl. auch Hailbronner a. a. O. Rn. 14.

Nach allem gibt es keinen Grund, gemeinschaftsrechtliche Regelungen, die für Unionsbürger mit dem Willen zur dauerhaften Niederlassung in einem Aufnahmemitgliedstaat geschaffen worden sind und das Zusammengehörigkeitsgefühl der Unionsbürger verstärken sollen, auf Assoziationsberechtigte anzuwenden, für die das Assoziationsrecht kein Daueraufenthaltsrecht vorsieht.

b) Eine Auslegung des Art. 14 ARB 1/80 dahin, dass die Maßstäbe des Art. 28 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG auf Assoziationsberechtigte entsprechend angewendet würden, verstieße außerdem gegen Art. 59 des Zusatzprotokolls.

Nach Art. 59 des Zusatzprotokolls darf der Türkei in den von dem Protokoll erfassten Bereichen keine günstigere Behandlung gewährt werden als diejenige, die sich die Mitgliedstaaten untereinander auf Grund des Vertrags zur Gründung der Gemeinschaft einräumen (Besserstellungsverbot). Das sekundäre Gemeinschaftsrecht, hier die Richtlinie 2004/38/EG, ist unter Beachtung des Art. 59 des Zusatzprotokolls auszulegen.

Eine nach Art. 59 des Zusatzprotokolls unzulässige Besserstellung von Assoziationsberechtigten bzw. Schlechterstellung von Unionsbürgern ergäbe sich im Falle der Anwendung des Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie auf Assoziationsberechtigte im Hinblick auf drittstaatsangehörige Familienangehörige. Der europäische Gesetzgeber hat den über ein Daueraufenthaltsrecht verfügenden drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern zwar in Art. 28 Abs. 2 der Richtlinie erhöhten Ausweisungsschutz zugestanden, nicht aber den besonderen Schutz nach Art. 28 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2004/38/EG. Würde diese Vorschrift auf durch Art. 7 ARB 1/80 geschützte Familienangehörige türkischer Arbeitnehmer, seien sie türkische Staatsangehörige oder sonstige Drittstaatsangehörige, entsprechend angewandt, würden demgegenüber nicht nur die drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von Unionsbürgern unmittelbar ungünstiger behandelt, sondern mittelbar auch die mit diesen in familiärer Gemeinschaft lebenden Unionsbürger selbst, so dass Art. 59 des Zusatzprotokolls verletzt würde.

Vgl. auch VG Düsseldorf, Urteil vom 16. Januar 2007 – 27 K 4870/06 –, a. a. O.

An Vorstehendem hält der Senat nach Überprüfung fest, dies vor allem auch in Ansehung der seine Rechtsauffassung stützenden Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 2006 in der inzwischen vom EuGH entschiedenen Rechtssache C-349/06 (Polat).

Vgl. Urteil vom 4. Oktober 2007 –, InfAuslR 2007, 425 –.

Darin heißt es unter Randnummer 60, dass die Richtlinie 2004/38/EG keinen Anlass zur Neuinterpretation des Art. 14 ARB 1/80 gebe.

Soweit hinsichtlich des aufgezeigten Verstoßes gegen Art. 59 des Zusatzprotokolls geltend gemacht wird, dieser Argumentation sei inzwischen die Grundlage entzogen worden, weil der Gesetzgeber – insoweit über die Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie in Art. 28 Abs. 3a hinausgehend – in § 6 Abs. 5 Satz 1 FreizügG/EU den Ausweisungsschutz bei 10-jährigem Aufenthalt in persönlicher Hinsicht über die Unionsbürger hinaus auch auf deren Familienangehörige erstreckt habe,

– vgl. Nds. OVG, Urteil vom 27. März 2008 – 11 LB 26/08 –, a. a. O. –

ist dem nicht zu folgen. Das sogenannte Besserstellungsverbot in Art. 59 des Zusatzprotokolls beurteilt sich allein nach Gemeinschaftsrecht. Es ist deshalb unerheblich, ob ein einzelner Mitgliedstaat

der Europäischen Union – wie hier Deutschland – eine vom Gemeinschaftsrecht abweichende nationale Regelung geschaffen hat, nach der eine Besserstellung ausscheidet.

Der ebenfalls das Gemeinschaftsrecht betreffende Hinweis des Klägers auf den sich aus Art. 12 der Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (ABl. Nr. L 16 vom 23.01.2004, S. 44) ergebenden Ausweisungsschutz führt vorliegend nicht weiter. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich und aus gesetzessystematischen Gründen auch fernliegend (begünstigt werden vom Gemeinschaftsrecht nicht erfasste Drittstaatsangehörige, vgl. Nr. 2 der Erwägungsgründe und Art. 1 und 2 der Richtlinie), dass diese Norm einen weitergehenden Ausweisungsschutz bietet als ihn der Kläger als bereits privilegierter assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger bereits besitzt.

Die in der angegriffenen Entscheidung enthaltene Gefahrenprognose hat entgegen der Auffassung des Klägers bezogen auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung weiterhin Bestand. Dass die vom Beklagten und Verwaltungsgericht prognostizierte Wiederholungsgefahr fortbesteht, verdeutlichen die Beschlüsse des Landgerichts L. vom 7. März 2003 – StVK K 199/08 – und des Oberlandesgerichts E. vom 13. Mai 2008 – III 4 Ws 228/08 – 4 Js 775/04 StA L. –, mit denen der Antrag des Klägers auf Aussetzung der Vollstreckung der Reststrafe aus dem Urteil vom 20. Oktober 2005 zur Bewährung abgelehnt worden ist, und die ihnen zugrunde liegende Stellungnahme der Leiterin der Justizvollzugsanstalt X. vom 29. Januar 2008. Der psychologische Dienst der JVA X. kommt unter Auswertung der Gefangenenpersonalakte und einer ausführlichen Exploration des Klägers zu dem überzeugenden Ergebnis, dass schon eine derzeitige Urlaubsgewährung nicht kalkulierbare Sicherheitsrisiken berge. Dies einbeziehend und unter Berücksichtigung der wiederholten Straffälligkeit des Klägers auf dem Gebiet der Sexualdelikte gelangen die Strafvollstreckungskammer und das OLG E. übereinstimmend zu der Erkenntnis, dass der Kläger in einem erhöhten Maße rückfallgefährdet ist.

Dem entspricht es, dass sich der Kläger nach anfänglichem Zögern nunmehr seit Längerem intensiv um eine Sozialtherapie bemüht. Damit gibt er nicht nur zu erkennen, sich für therapiebedürftig zu halten, sondern bringt gleichzeitig zum Ausdruck, dass die Prognosen zu der von ihm ohne eine erfolgreiche Therapie ausgehende Gefahr der Begehung weiterer Sexualstraftaten von einer zutreffenden Beurteilungsgrundlage ausgehen. Sollte dementsgegen der Kläger seine Therapiebereitschaft nur verfahrensangepasst geäußert haben, dann fehlte ihm – wie auch die Stellungnahme der Leiterin der JVA X. vom 29. Januar 2008 verdeutlicht – weiterhin das Problembewusstsein, so dass schon deshalb die auch hierauf abstellende Gefahrenprognose des Verwaltungsgericht unverändert Bestand hätte.

Dass dem Kläger die Durchführung der Therapie während der Haftzeit (durch Verlegung in eine sozialtherapeutische Anstalt) nicht gestattet worden ist, vermag an der für ihn ungünstigen Gefahrenprognose nichts zu ändern. Denn diese Prognose beruht – wie allgemein im Sicherheitsrecht – allein auf objektiven Umständen, ohne dass es darauf ankommt, aus welchen Gründen die Therapie unterblieben ist. Dementsprechend ist in der Senatsrechtsprechung geklärt, dass die Absicht, eine notwendige Therapiemaßnahme im Zusammenhang mit einem Strafvollzug in Deutschland durchzuführen, schon wegen der anderweitigen Zielsetzung keinen Vorrang vor einer Ausweisung und deren Vollzug begründet.

Vgl. Senatsbeschluss vom 12. Juli 2007 – 18 A 3894/05 –.

Davon ausgehend kann der Kläger im vorliegenden Verfahren nicht erfolgreich einwenden, die Verweigerung der Sozialtherapie während des Haftvollzugs verstoße gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 37 des Zusatzprotokolls. Eine Diskriminierung des Klägers kann hier nicht in der Ausweisung als solche gesehen werden, sondern allenfalls im Zugang zu einer Sozialtherapie während der Dauer der Strafhaft, auf den die Ausländerbehörde keinen Einfluss hat. Deshalb ist der Kläger insofern auf den Rechtsschutz im Rahmen des Strafvollstreckungsrechts zu verweisen. Gegen die Ablehnung eines Antrags auf Verlegung in eine sozialtherapeutische Abteilung kann – wovon der Kläger (erfolglos) Gebrauch gemacht hat – nach § 109 ff StVollzG bei der Strafvollstreckungskammer des Landgerichts ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt werden. Dagegen ist zudem die Rechtsbeschwerde beim Oberlandesgericht gegeben (§ 116 StVollzG).

Der weitere vom Kläger gegen die Gefahrenprognose erhobene Einwand, das Verwaltungsgericht sei abweichend vom Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. September 2005

– 1 C 7.04 –, a. a. O. –

von einem falschen Beurteilungszeitpunkt ausgegangen, weil es insoweit nicht auf seinen Entscheidungszeitpunkt, zu dem von ihm wegen seiner Inhaftierung keine Gefahr ausgegangen sei, sondern auf den Zeitpunkt der Haftentlassung abgestellt habe, geht ebenfalls fehl. Zunächst einmal verkennt der Kläger, dass sich die dortigen Ausführungen auf die Frage eines „dringenden Falles“ im Sinne des Art. 9 RL 64/221/EWG beziehen und schon deshalb nicht allgemein auf die Gefahrenprognose in Ausweisungsfällen zu übertragen sind. Vor allem aber ist es bei einem inhaftierten Ausländer im Falle seiner Ausweisung gerade typisch für die Gefahrenprognose, dass sie sich insbesondere auf den Zeitpunkt der Haftentlassung richtet und der Beurteilungszeitpunkt für die Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung nur die Bedeutung hat, dass alle bis dahin bekannten Umstände bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind.

Der Senat lehnt die gestellten Beweisanträge ab.

Zunächst ist der Beweisantrag,

„es wird ein Sachverständigengutachten eingeholt zum Beweis der Tatsache, dass der Kläger Gewähr dafür bietet, künftig a) den Wunsch seiner Töchter und sonstiger Dritter auf körperliche Distanz und Wahrung ihrer Integrität zu achten, b) künftig nicht mehr einschlägig straffällig zu werden“,

gemäß § 98 VwGO in entsprechender Anwendung des § 412 ZPO bzw. wegen eigener Sachkunde in entsprechender Anwendung des § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO abzulehnen. Danach kann ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen abgelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt. Entsprechend gilt dies für die Erstattung eines schriftlichen Gutachtens, wie es hier beantragt ist.

Vgl. BVerwG, Beschlüsse vom 27. März 2000 – 9 B 518.99 –, Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 60, und vom 11. Februar 1999 – 9 B 381.98 –, Buchholz 310 § 98 VwGO Nr. 42; Dahm, ZAR 2002, 348 (354).

Vorliegend besitzt der erkennende Senat bereits die erforderliche Sachkunde. Denn durch die eingehenden und überzeugenden, auf eigenen Explorationen beruhenden Stellungnahmen des Psychologischen Dienstes der JVA X. zuletzt vom 29. Januar 2008 steht fest, dass der Kläger derzeit nicht die Gewähr dafür bietet, den Wunsch seiner Töchter und sonstiger Dritter auf körperliche Distanz und Wahrung ihrer Integrität zu achten, und künftig nicht mehr einschlägig straffällig zu werden. Darin ist, wie oben bereits dargestellt worden ist, unter anderem mit eingehender Erläuterung festgestellt, der Kläger neige zur Leugnung und Bagatellisierung, seine Selbstkontrollfähigkeiten stünden in Frage, Vollzugslockerungen stellten bei ihm ein über das Normalmaß hinausgehendes Risiko dar, eine angemessene Bearbeitung seiner destruktiven Komponenten der Sozialbeziehungen sei bisher nicht erkennbar geworden, und eine Urlaubsgewährung berge nicht kalkulierbare Sicherheitsrisiken; ggfs. sollte dem Kläger die Weisung erteilt werden, außerhalb des Haushalts der Ehefrau und der Tochter zu leben.

Zwar könnte Anlass zu einem weiteren Sachverständigengutachtens, wie es hier beantragt ist, bestehen, wenn die vorliegenden Stellungnahmen durch schlüssigen substantiierten Vortrag in Frage gestellt würde, wobei das bloße Anzweifeln der Ergebnisse der bisherigen Begutachtung allerdings nicht ausreicht.

Vgl. Dahm, ZAR 2002, 348 (354) mit weiteren Nachweisen.

Die Anforderungen sind hier aber nicht erfüllt. Der Kläger lässt es nicht nur daran fehlen, die Richtigkeit der Feststellungen in den vorliegenden Begutachtungen schlüssig und substantiiert in Frage zu stellen, sondern das Gegenteil ist richtig: Er bestätigt die Richtigkeit der darin getroffenen Feststellungen, indem er – wie dargelegt – im Übrigen ausführlich geltend macht, er habe sich intensiv um eine Therapie bemüht, die ihm jedoch zu Unrecht verwehrt worden sei (vgl. etwa Schriftsatz vom 16. April 2007, S. 1 bis 6), was sinnvollerweise nur so verstanden werden kann, dass er sich selbst für therapiebedürftig hält und demnach – insoweit in Übereinstimmung mit den vorliegenden sachverständigen Stellungnahmen – vor Durchführung bzw. Abschluss der Therapie die im Beweisantrag angesprochene Gewähr eben nicht bietet. Eindrucksvoll wird dies bestätigt durch den Umstand, dass der Kläger auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens dazu beantragt, dass eine Therapie die Wahrscheinlichkeit einschlägiger Straftaten verringert (s. noch unten).

Soweit beantragt werden soll,

ein Sachverständigengutachten dazu einzuholen, dass der Kläger den Willen zu Besserung hat, eine ausreichende charakterliche Stärke besitzt und die Fähigkeit vorhanden ist, das eigene Leben zukünftig zu steuern,

hätte dieser Beweisantrag schon keinen über den oben behandelten Antrag hinausgehenden, für das Verfahren erheblichen Aussagewert, denn es geht in ihm nur um Begründungselemente für die mit dem oben genannten Beweisantrag aufgestellte Behauptung, wonach der Kläger die Gewähr dafür bietet, künftig nicht mehr straffällig zu werden. Im Übrigen wäre der Antrag, würde dies anders beurteilt, wie der oben genannte Beweisantrag entsprechend § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO abzulehnen.

Die ferner noch gestellten Beweisanträge, so die Anträge

- auf Vernehmung der Zeugen X1. und C1. über den Inhalt eines Vermerks im Vollzugsplan betreffend die Therapiemöglichkeiten des Klägers,
- auf Einholung eines Sachverständigengutachtens dazu, dass eine Therapie die Wahrscheinlichkeit einschlägiger Straftaten verringert,
- auf Verlesung von Schreiben und Beiziehung von Akten dazu, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers sich durch eine Reihe von Schreiben und Ähnlichem um Therapie für den Kläger bemüht hat,
- auf Vernehmung der Zeugin I. dazu, dass die Haft bis November 2007 weiter vollstreckt wird,
- auf Vernehmung der Zeugen T. und B. C2. dazu, dass Ehefrau und Bruder zum Kläger halten,
- auf Vernehmung des Zeugen C1. dazu, dass die Gefahr nicht besteht, dass der Kläger sich in der JVA an seiner Tochter vergreift,
- auf Vernehmung der Zeugen T. und B. C2. und Einholung eines Sachverständigengutachtens dazu, dass sich der Kläger sich gegenüber Frau und Bruder verpflichtet hat, normtreu zu leben,
- auf Vernehmung des Zeugen C1. und Beiziehung von Akten dazu, dass sich der Kläger auch nach dem 21. März 2007 um Therapie bemüht hat,
- auf Einholung einer Auskunft des (gemeint wohl: der) Vorsitzenden des 1. Senats des Bundesverwaltungsgerichts dazu, dass eine Rechtssache betreffend die Frage, ob Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige anzuwenden ist, nicht vorliegt und das BVerwG eine bestimmte Rechtsfrage noch nicht entschieden hat,

sind abzulehnen, weil das behauptete Ergebnis der Beweisaufnahme jeweils als wahr unterstellt werden kann oder weil es aus den bereits dargelegten Gründen im vorliegenden Verfahren ohne Bedeutung ist, § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Zulassung der Revision beruht auf § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Von grundsätzlicher Bedeutung ist die Frage, ob Art. 28 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige anzuwenden ist.

Vorinstanz: VG Düsseldorf, Urteil vom 16.1.2007, 27 K 4870/06