

Sachgebiet 1/3 Europarecht
5/1/6 Freizügigkeitsgesetz/EU
5/1/7 EG-Richtlinien

Normen EG Art. 234
Freizügigkeitsgesetz/EU § 6 Abs. 5
EGRL 2004/38 Art. 16 Abs. 3
EGRL 2004/38 Art. 16 Abs. 4
EGRL 2004/38 Art. 28 Abs. 2
EGRL 2004/38 Art. 28 Abs. 3

Schlagworte Vorabentscheidungsersuchen
Verlust des Freizügigkeitsrechts
Zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit
Ausweisungsschutz

Leitsatz

Dem Europäischen Gerichtshof werden gem. Art. 234 Abs. 1 lit. a) EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist der in Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG vom 29.04.2004 verwendete Begriff der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ dahingehend auszulegen, dass nur unabweisbare Gefährdungen der äußeren oder inneren Sicherheit des Mitgliedstaats eine Ausweisung rechtfertigen können und hierzu nur zählen die Existenz des Staates mit seinen wesentlichen Einrichtungen, deren Funktionsfähigkeit, das Überleben der Bevölkerung sowie die auswärtigen Beziehungen und das friedliche Zusammenleben der Völker?
2. Unter welchen Voraussetzungen geht der nach einem zehnjährigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erreichte erhöhte Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 3 lit. a) RL 2004/38/EG wieder verloren? Ist in diesem Zusammenhang der Verlusttatbestand für das Daueraufenthaltsrecht nach Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38/EG entsprechend anzuwenden?
3. Für den Fall, dass die Frage Ziffer 2 und eine entsprechende Anwendbarkeit des Art. 16 Abs. 4 RL bejaht werden: Geht der erhöhte Ausweisungsschutz allein durch den Zeitablauf verloren, unabhängig von den maßgeblichen Gründen für die Abwesenheit?
4. Ebenfalls für den Fall, dass die Frage Ziffer 2 und eine entsprechende Anwendbarkeit des Art. 16 Abs. 4 RL bejaht werden: Ist eine zwangsweise Rückkehr in den Aufnahmemitgliedstaat im Rahmen einer Strafverfolgungsmaßnahme vor Ablauf des Zweijahreszeitraums geeignet, den erhöhten Ausweisungsschutz zu erhalten, auch wenn im Anschluss an die Rückkehr zunächst für längere Zeit von den Grundfreiheiten kein Gebrauch gemacht werden kann?

VGH Baden-Württemberg

Beschluss vom 09.04.2009 - 13 S 342/09 -

Vorinstanz VG Stuttgart

(Az. - 11 K 3574/08 -)

Rechtskraft ja

Vorblatt mit Leitsatz

VENZA-Blatt ohne Leitsatz



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

- Kläger -
- Berufungsbeklagter -

prozessbevollmächtigt:

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Regierungspräsidium Stuttgart - Bezirksstelle für Asyl -,
Ruppmannstraße 21, 70565 Stuttgart,

- Beklagter -
- Berufungskläger -

wegen Verlusts des Freizügigkeitsrechts und Abschiebungsandrohung

hat der 13. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Funke-Kaiser, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Haller und die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Bauer

am 09. April 2009

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Dem Europäischen Gerichtshof werden gem. Art. 234 Abs. 1 lit. a) EG folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist der in Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG vom 29.04.2004 verwendete Begriff der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ dahingehend auszulegen, dass nur unabweisbare Gefährdungen der äußeren oder inneren Sicherheit des Mitgliedstaats eine Ausweisung rechtfertigen können und hierzu nur zählen die Existenz des Staates mit seinen wesentlichen Einrichtungen, deren Funktionsfähigkeit, das Überleben der Bevölkerung sowie die auswärtigen Beziehungen und das friedliche Zusammenleben der Völker?
2. Unter welchen Voraussetzungen geht der nach einem zehnjährigen Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat erreichte erhöhte Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 3 lit. a RL 2004/38/EG wieder verloren? Ist in diesem Zusammenhang der Verlusttatbestand für das Daueraufenthaltsrecht nach Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38/EG entsprechend anzuwenden?
3. Für den Fall, dass die Frage Ziffer 2 und eine entsprechende Anwendbarkeit des Art. 16 Abs. 4 RL bejaht werden: Geht der erhöhte Ausweisungsschutz allein durch den Zeitablauf verloren, unabhängig von den maßgeblichen Gründen für die Abwesenheit?
4. Ebenfalls für den Fall, dass die Frage Ziffer 2 und eine entsprechende Anwendbarkeit des Art. 16 Abs. 4 RL bejaht werden: Ist eine zwangsweise Rückkehr in den Aufnahmemitgliedstaat im Rahmen einer Strafverfolgungsmaßnahme vor Ablauf des Zweijahreszeitraums geeignet, den erhöhten Ausweisungsschutz zu erhalten, auch wenn im Anschluss an die Rückkehr zunächst für längere Zeit von den Grundfreiheiten kein Gebrauch gemacht werden kann?

Gründe

I.

Der Kläger wendet sich gegen die Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet sowie gegen die ihm angedrohte Abschiebung.

Der am 01.03.1978 im Bundesgebiet geborene Kläger ist griechischer Staatsangehöriger und seit Oktober 2001 im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis/EG. Im Jahr 1996 machte er seinen Hauptschulabschluss; eine Berufsausbildung schloss er jedoch nicht ab. Von März 2004 bis Mitte Oktober 2004 betrieb er auf Rhodos einen Crêpe-Stand. Er kehrte sodann in die Bundesrepublik Deutschland zurück und arbeitete ab Dezember 2004 in einem Fitnessstudio. Mitte Oktober 2005 kehrte er nach Rhodos zurück und betrieb seinen Crêpe-Stand weiter. Am 22.11.2005 erließ das Amtsgericht Stuttgart einen internationalen Haftbefehl gegen ihn. Am 19.11.2006 wurde er in Rho-

dos festgenommen und am 19.03.2007 nach Deutschland überführt. Seitdem befindet er sich in Haft.

Der Kläger ist wie folgt vorbestraft:

1. Durch Strafbefehl des Amtsgerichts Stuttgart-Bad Cannstatt vom 14.10.1998 wegen Besitzes eines verbotenen Gegenstandes: Geldstrafe in Höhe von 20 Tagessätzen.
2. Durch Strafbefehl des Amtsgerichts Stuttgart-Bad Cannstatt vom 15.06.1999 wegen gefährlicher Körperverletzung: Geldstrafe in Höhe 100 Tagessätzen.
3. Durch Strafbefehl des Amtsgerichts Stuttgart-Bad Cannstatt vom 08.02.2000 wegen vorsätzlicher Körperverletzung in Tateinheit mit Nötigung: Geldstrafe von 50 Tagessätzen.
4. Durch Strafbefehl des Amtsgerichts Stuttgart vom 05.09.2002 wegen Nötigung in Tateinheit mit vorsätzlicher Körperverletzung: Geldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen.
5. Durch Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 28.08.2007 wegen unerlaubten bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in acht Fällen: Gesamtfreiheitsstrafe von 6 Jahren und 6 Monaten.

Mit Bescheid vom 19.08.2008 stellte das Regierungspräsidium Stuttgart nach Anhörung des Klägers den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet fest und drohte die Abschiebung nach Griechenland ohne Setzung einer Frist zur freiwilligen Ausreise an.

Zur Begründung führte das Regierungspräsidium aus: Mit dem Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 28.08.2007 werde das Mindeststrafmaß von 5 Jahren Freiheitsstrafe überschritten, so dass zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit im Sinne von Art. 28 Abs. 3 lit. a RL 2004/38/EG bzw. § 6 Abs. 5 FreizügG/EU vorlägen. Das persönliche Verhalten des Klägers gefährde aktuell die öffentliche Ordnung. Die von ihm begangenen Betäubungsmittelstraftaten seien ausgesprochen schwerwiegend. Es bestehe eine konkrete Wiederholungsgefahr. Der Kläger sei offensichtlich allein aus finanziellen Gründen bereit gewesen, sich am illegalen Handel mit Rauschgift aktiv zu beteiligen. Die mit dem Handeltreiben von Betäubungsmitteln verbundenen Probleme für rauschgiftabhängige Personen und für die Gesellschaft seien ihm vollkommen gleichgültig gewesen. Es bestehe ein Grundinteresse der Gesellschaft daran, dass die besonders sozial schädliche Rauschgiftkriminali-

tät mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln wirksam bekämpft werde. Der Kläger sei entweder nicht willens oder nicht in der Lage gewesen, sich an die bestehende Rechtsordnung zu halten. Er habe mit einer ausgesprochen hohen kriminellen Energie Straftaten begangen. Ein eventuell beanstandungsfreies Verhalten im Strafvollzug lasse keinen Rückschluss auf eine fehlende Wiederholungsgefahr zu. Nachdem somit die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6 FreizügG/EU erfüllt seien, stehe die Entscheidung im Ermessen der Behörde. Sein privates Interesse, von der Feststellung des Verlustes des Rechts auf Einreise und Aufenthalt wegen der Dauer seines langen rechtmäßigen Aufenthaltes verschont zu bleiben, überwiege nicht das herausragende öffentliche Interesse an der wirksamen Bekämpfung der Betäubungsmittelkriminalität. Die Wahrscheinlichkeit, dass er erneut ähnlich gelagerte Straftaten begehe, sei ausgesprochen hoch. Da er sich in den letzten Jahren mehrere Monate in seinem Heimatland aufgehalten habe, sei nicht zu erwarten, dass er nach der Abschiebung in seinem Heimatland Schwierigkeiten haben werde, sich an die dortigen Lebensverhältnisse zu gewöhnen. Eventuelle persönliche Bindungen im Bundesgebiet hätten ihn nicht davon abgehalten, Straftaten zu begehen. Die Wiederholungsgefahr rechtfertige auch den Eingriff in das freie Zugangsrecht des Klägers als EG-Angehöriger zum deutschen Arbeitsmarkt. Die angeordnete Maßnahme sei geeignet, die vom Kläger ausgehende Gefahr zu beseitigen. Ein milderer Mittel sei nicht ersichtlich. Durch die angeordnete Maßnahme werde eine bereits aufgebaute wirtschaftliche Existenzgrundlage nicht zerstört. Auch unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten seien gleichwertige Maßnahmen nicht erkennbar. Der besondere Ausweisungsschutz aus § 56 Abs. 1 AufenthG sei nicht höher einzustufen als der des § 6 FreizügG/EU. Der Eingriff in das Privat- und Familienleben des Klägers sei im Hinblick auf die von ihm verübten schwerwiegenden Straftaten im überwiegenden Interesse der Verteidigung der öffentlichen Ordnung und der Verhinderung von weiteren strafbaren Handlungen im Sinne des Art. 8 Abs. 1 EMRK gerechtfertigt, ohne dass gleichwertige private, familiäre Belange ersichtlich wären, die ein Absehen von der Feststellung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gebieten würden.

Am 17.09.2008 hat der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht erhoben und zur Begründung vorgetragen, seine Familie lebe zum großen Teil in Deutschland. Das Landgericht Stuttgart habe in seinem Urteil vom 28.08.2007 festgestellt, dass er nur untergeordnetes Bandenmitglied und auf Grund seiner familiären Verpflichtung in die Straftat involviert gewesen sei. Da er in Deutschland aufgewachsen sei und seine schulische Ausbildung in Deutschland genossen habe, sei eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von § 6 Abs. 1 FreizügG/EU nicht ersichtlich. Auch habe er eine intensive Bindung zu seinem in Deutschland lebenden Vater, der ihn regelmäßig in der JVA Heimsheim besuche. Die Tatsache, dass er sich freiwillig der Polizei gestellt habe, zeige, dass er mit den ihm vorgeworfenen Straftaten abgeschlossen habe. Im Rahmen einer Zukunftsprognose sei deshalb davon auszugehen, dass er nach Verbüßung der Straftat keine Gefahr für die öffentliche Ordnung mehr darstelle. Die Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet sei somit unverhältnismäßig. In der mündlichen Verhandlung hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers ergänzend vorgetragen, die Mutter des Klägers halte sich gegenwärtig bei deren Tochter in Australien auf. Ein Bruder befinde sich in Haft, ein weiterer Bruder sei noch auf der Flucht. Ab Frühjahr 2009 werde sich die Mutter endgültig wieder bei ihrem Ehemann in Deutschland aufhalten.

Der Beklagte ist der Klage aus den Gründen des angegriffenen Bescheids entgegen getreten.

Durch Urteil vom 24.11.2008 hat das Verwaltungsgericht den Bescheid des Regierungspräsidiums vom 19.08.2008 aufgehoben und zur Begründung u.a. ausgeführt: Der Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt könne bei Unionsbürgern wie dem Kläger nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit festgestellt werden, wobei die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung für sich allein nicht genüge, um eine derartige Entscheidung zu begründen. Es müsse ferner eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre (§ 6 Abs. 2 FreizügG/EU). In Umsetzung von Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG vom 29.04.2004 dürfe eine Verlustfeststellung nach § 6 Abs. 1

FreizügG/EU bei mehr als zehnjährigem Aufenthalt im Bundesgebiet nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit getroffen werden (§ 6 Abs. 5 Satz 1 FreizügG/EU). Zu Gunsten des Klägers greife § 6 Abs. 5 FreizügG/EU ein, da er sich seit seiner Geburt und damit weit mehr als die letzten zehn Jahre im Bundesgebiet aufgehalten und er das Daueraufenthaltsrecht aufgrund seiner Aufenthalte auf Rhodos auch nicht verloren habe (§ 4a Abs. 7 FreizügG/EU). Zwar habe er sich von März 2004 bis Mitte Oktober 2004 sowie von Mitte Oktober 2005 bis März 2007 in Griechenland aufgehalten. § 6 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU fordere jedoch keinen ununterbrochenen Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Bundesgebiet. Da er im Bundesgebiet geboren sei und mit Ausnahme der genannten Aufenthaltszeiten in Griechenland sein gesamtes Leben im Bundesgebiet zugebracht habe, bestehe für das Gericht kein Zweifel daran, dass er sich auf § 6 Abs. 5 FreizügG/EU berufen könne. Entgegen der Auffassung des Regierungspräsidiums Stuttgart lägen jedoch die von § 6 Abs. 5 S. 3 FreizügG/EU geforderten zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit nicht vor. Der gemeinschaftsrechtliche Rechtsbegriff der öffentlichen Sicherheit umfasse nur die innere und die äußere Sicherheit eines Mitgliedstaates und sei damit enger als der Begriff der öffentlichen Ordnung, der auch die innerstaatliche Strafrechtsordnung umfasse. Es sei deshalb verfehlt, aus dem Überschreiten des in § 6 Abs. 5 S. 3 FreizügG/EU genannten Mindeststrafmaßes stets auf das Vorliegen von zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit zu schließen, wie dies im angefochtenen Bescheid geschehen sei. In Anwendung dieser Grundsätze gehe für das Schutzgut der öffentlichen Sicherheit vom Kläger keine Bedrohung aus. Der Kläger stelle möglicherweise eine erhebliche Gefahr für die öffentliche Ordnung, jedoch keineswegs für den Bestand des Staates und seiner Institutionen oder das Überleben der Bevölkerung dar. Derartiges werde vom Beklagten auch nicht geltend gemacht.

Gegen das am 07.01.2009 zugestellte Urteil hat der Beklagte rechtzeitig die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt und zugleich mit einer kurzen Begründung die Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf das Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 22.07.2008 beantragt.

Der Kläger verteidigt das Urteil des Verwaltungsgerichts.

II.

Der Senat setzt das Verfahren in entsprechender Anwendung von § 94 VwGO aus, um gem. Art. 234 Abs. 1 lit. a) EG ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof zu richten.

Vorab weist der Senat darauf hin, dass die vom Beklagten vorgelegte Berufungsbegründung vom 26.01.2009 gerade noch dem Formerfordernis des § 124 Abs. 3 Satz 4 VwGO genügt. Zwar befasst sich der Schriftsatz in erster Linie mit der Frage einer Aussetzung des Berufungsverfahrens in entsprechender Anwendung des § 94 VwGO im Hinblick auf das Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 22.07.2008 (13 S 1917/07), ohne einen förmlichen Berufungsantrag zu stellen; vielmehr hat der Beklagte ausdrücklich nur eine Aussetzung des Verfahrens beantragt. Ausnahmsweise ist aber ein förmlicher Berufungsantrag entbehrlich, wenn bei einer klaren prozessualen Ausgangs- und Interessenlage keinerlei Zweifel bestehen kann, welches Ziel der Rechtsmittelführer verfolgt (vgl. Bader u.a., VwGO, 4. Aufl., § 124a Rdn. 36 m.w.N.). Dieses ist hier aber der Fall. Auch die Begründung ist noch ausreichend, weil der Beklagte unzweideutig auf sein abweichendes, seinem Bescheid zugrunde liegendes Verständnis des Begriffs der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit verweist.

Die vom Senat dem Europäischen Gerichtshof zur Vorabentscheidung unterbreiteten Fragen sind für den Ausgang des Rechtsstreits erheblich. Wäre der Begriff der zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit nicht in dem vom Senat für richtig gehaltenen engen Sinne zu verstehen, müsste die Klage abgewiesen werden. Das Gleiche wäre dann der Fall, wenn der erhöhte Ausweisungsschutz nicht nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38/EG verloren ginge, sondern vielmehr bereits bei Vorliegen der hier die Kontinuität des Aufenthalts im Sinne des Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38/EG unterbrechenden Aufenthaltszeiten außerhalb des Aufnahmemitgliedstaates von Oktober 2005 bis März 2007.

Zur Klarstellung weist der Senat im Hinblick auf das Vorbringen des Beklagten darauf hin, dass dem Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 22.07.2008 zwar die Problematik der im vorliegenden Verfahren zur Beantwortung gestellte Frage Ziffer 1 ebenfalls zugrunde liegt, dort aber nicht zur Vorabentscheidung unterbreitet worden war.

1. Zur ersten Vorlagefrage:

Nach § 6 Abs. 5 Satz 3 des Freizügigkeitsgesetzes/EU - FreizügG/EU - i.d.F. v. 19.09.2007 können zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit, die nach einem zehnjährigen Aufenthalt eine Ausweisung rechtfertigen, nur dann vorliegen, wenn der oder die Betroffene wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten rechtskräftig zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens fünf Jahren verurteilt wurde *und* wenn die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist oder von dem oder der Betroffenen eine terroristische Gefahr ausgeht.

Der Beklagte versteht den Begriff der öffentlichen Sicherheit entgegen der im angegriffenen Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vertretenen Auffassung in einem weiteren Sinne. Nach seiner Sichtweise werden hiervon auch schwere kriminelle Taten, wie Betäubungsmitteldelikte erfasst, die sich aber vornehmlich gegen individuelle Rechtsgüter richten. Der Beklagte geht somit von einem Begriffsverständnis aus, dass die öffentliche Sicherheit die gesamte Rechtsordnung, insbesondere die Strafrechtsordnung umfasst.

Diese Auffassung teilt der Senat nicht. Vielmehr entnimmt er der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung des primärrechtlichen Begriffs der „öffentlichen Sicherheit“, dass hierunter nur die innere und äußere Sicherheit in dem in der Vorlagefrage Ziffer 1 beschriebenen engen Sinne zu verstehen ist (vgl. insbesondere U.v. 10.07.1984 - Rs. 72/83 - Campus Oil - Slg. 1984, 2727; U.v. 04.10.1991 - C-367/89 - Richardt und Les Accessoires Scientifique - Slg. I-4621; U.v. 26.10.1999 - C-273/97 - Sirdar - Slg. I-7403; U.v. 11.03.2003 - C-186/01 - Dory - Slg. I-2479). Dieses wird nach Auffassung des Senats auch in besonderem Maße deutlich zum Ausdruck ge-

bracht im Urteil des Gerichtshofs v. 29.04.2004 (C-482/01 und C-4937/01 - Orfanopoulos und Olivieri - Slg. I-5257), in dem die schwere Kriminalität, namentlich auch aus dem Bereich der Drogendelikte ausschließlich und durchgängig unter dem Aspekt der „öffentlichen Ordnung“ erörtert wird. Die Betroffenheit bzw. Gefährdung eines „Grundinteresses der Gesellschaft“ im Sinne der ständigen Spruchpraxis der Europäischen Gerichtshofs (vgl. U.v. 29.04.2004 C-482/01 und C-4937/01 – a.a.O.) ist damit lediglich eine notwendige Bedingung für die Bejahung eines zwingenden Grundes der öffentlichen Sicherheit.

Es sind für den Senat keine durchgreifenden Einwände ersichtlich, weshalb dieses Begriffsverständnis nicht auf die sekundärrechtliche Bestimmung des Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG zu übertragen sein sollte. Dann aber kann die nationale Bestimmung des § 6 Abs. 5 Satz 3 FreizügG/EU, die zwingende Gründe dann als gegeben ansieht, wenn neben einer strafgerichtlichen Verurteilung „die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist“ nicht abweichend ausgelegt und angewandt werden. Darüber hinaus wäre die Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens 5 Jahren, weder eine notwendige noch eine hinreichende gemeinschaftsrechtliche Bedingung für die Eröffnung eines Ausweisungsermessens.

Für ein enges Verständnis des Begriffs der „zwingenden Gründe der öffentlichen Sicherheit“ spricht zudem der dreistufige Schutzmechanismus des Art. 28 RL 2004/38/EG, der auf der ersten und zweiten Stufe noch die Gründe der öffentlichen Ordnung als für eine Ausweisung bzw. Verlustfeststellung relevant anerkennt, nicht mehr jedoch auf der - hier zu erörternden - dritten Stufe, während zugleich die bereits bei der Gruppe der Daueraufenthaltsberechtigten (Absatz 2) erforderlichen „schwerwiegenden Gründe“ nochmals in ihrem Gewicht nach in den Fällen des Absatzes 3 erhöht werden, wenn hiernach zwingende, d.h. unabweisbare Gründe gefordert werden. Dass die Ausweisung auf der dritten Stufe nur äußerstenfalls und im Sinne einer „ultima ratio“ erfolgen soll, wird auch unübersehbar im 23. und 24. Erwägungsgrund zum Ausdruck gebracht und nicht zuletzt auch durch den Umstand unterstrichen, dass der Kommissionsentwurf ursprünglich schon bei Daueraufenthaltsbe-

rechtigten (vgl. Art. 26 Abs. 2 des Entwurfs) einen absoluten Ausweisungsschutz vorsah (vgl. KOM/2001/0257 endg - ABl. C Nr. 270 E v. 25.09.2001. 150; wie hier auch etwa Harms, in: Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl., § 6 FreizügG/EU, Rdn. 21 ff.).

2. Zur zweiten Vorlagefrage:

Art. 28 Abs. 3 lit. a RL 2004/38/EG macht nach seinem Wortlaut den erhöhten Ausweisungsschutz nur von einem mindestens zehnjährigen Aufenthalt abhängig, der nicht einmal rechtmäßig gewesen sein muss. Da der Kläger sich seit seiner Geburt bis März 2004 und sodann wieder ab Oktober 2004 rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hatte, gibt der vorliegende Fall keine Veranlassung, der Frage nachzugehen, ob über den bloßen zehnjährigen Aufenthalt hinaus weitere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um in den Genuss des erhöhten Ausweisungsschutzes nach Art. 28 Abs. 3 lit. a RL 2004/38/EG zu gelangen, insbesondere ob der Aufenthalt rechtmäßig gewesen sein muss, ob zunächst sogar die Stufe des Daueraufenthaltsrechts nach Art. 16 RL 2004/38/EG erreicht worden sein muss und ob danach auch bis zum Erreichen des zehnjährigen Aufenthalts die Bestimmung des Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38/EG entsprechend anzuwenden wäre.

Der vorliegende Fall gibt allerdings Anlass, die Frage aufzuwerfen, ob und unter welchen Voraussetzungen der erhöhte Ausweisungsschutz wieder entfallen kann. Die Richtlinie selbst enthält keine Regelung, die sich unmittelbar mit dieser Frage befasst. Der Senat vermag allerdings keinen nachvollziehbaren Grund zu erkennen, weshalb diese Rechtsstellung gewissermaßen auf Lebenszeit beibehalten werden soll, wenn der oder die Betroffene auf Dauer keinerlei inhaltlichen und räumlichen Bezug zu diesem Mitgliedstaat mehr hat und eine dauerhafte Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat oder auch in einem Drittstaat erfolgt. Der Senat entnimmt vielmehr dem Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38/EG, der sich mit den Voraussetzungen eines Verlustes des Daueraufenthaltsrechts befasst, eine Wertung, die auch auf den Fall des erhöhten Ausweisungsschutzes nach Art. 28 Abs. 3 lit. a RL 2004/38/EG übertragen werden kann und eine entsprechende Anwendung rechtfertigt. Nicht möglich

ist nach Auffassung des Senats hingegen ein Rückgriff auf Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38/EG. Denn bei dieser Bestimmung handelt es sich um einen Regelungskomplex, der eine gänzlich andere Ausgangs- und Interessenlage betrifft, geht es hierbei doch um die Frage, welche Unterbrechungen des Aufenthalts, die *vor* dem Erwerb des erhöhten Ausweisungsschutzes liegen, schädlich bzw. unschädlich für den Erwerb dieser Rechtsstellung sind. Zudem hätte dies zur Folge, dass der höhere Ausweisungsschutz nach Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG u. U. leichter verloren gehen könnte als der weniger starke Schutz nach Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38/EG.

3. Zur dritten Vorlagefrage:

Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38/EG stellt nach seinem Wortlaut lediglich darauf ab, dass den oder die Betreffende für die Dauer von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren vom Aufnahmemitgliedstaat abwesend war, ohne nach den Gründen für diese Abwesenheit zu fragen. Insbesondere wird hiernach nicht darauf abgestellt, dass etwa bis zu zweijährige Abwesenheiten nur dann unschädlich sein sollen, wenn sie aus einem der Natur nach nur vorübergehenden Grund erfolgt sind, wie dies der Tendenz nach in Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38/EG getan wird. Umgekehrt ist nach dem Wortlaut auch eine Abwesenheit von über zwei Jahren schädlich, selbst wenn sie auf einem der Natur nach nur vorübergehenden Grund beruhen sollte. Der Wortlaut der Bestimmung des Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38/EG und der hiernach deutliche Gegensatz zu Art. 16 Abs. 3 RL 2004/38/EG lässt nach Auffassung des Senats auch keine entsprechende Einschränkung zu, weshalb es allein auf den bloßen Zeitablauf ankommt, nicht jedoch auf die für die Betroffenen maßgeblichen Gründe für die Abwesenheit vom Aufnahmemitgliedstaat.

4. Zur vierten Vorlagefrage:

Im Falle des Klägers, der zwischen dem Aufenthalt in Griechenland von März bis Oktober 2004 wieder ein Jahr bis Oktober 2005 in der Bundesrepublik Deutschland lebte und sich sodann bis März 2007 erneut in Griechenland aufhielt, liegen die Voraussetzungen einer Abwesenheit für mehr als „zwei

aufeinander folgende Jahre“ nicht vor. Allerdings zeichnet sich die Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland im März 2007, die zur Unterbrechung und zum Neubeginn des Zweijahreszeitraum führen konnte, durch die Besonderheit aus, dass diese nicht in Ausübung einer gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit erfolgte, sondern unfreiwillig im Rahmen einer Strafverfolgungsmaßnahme, die in der Folge dazu führte, dass der Kläger über mehrere Jahre von einer der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten keinen Gebrauch machen konnte und, solange er nicht etwa vorzeitig gem. § 57 StGB zur Bewährung in Freiheit kommt, auch weiter keinen Gebrauch machen kann. Soweit der Kläger allerdings in der Strafhaft gegen Entgelt einer Beschäftigung nachgehen sollte, was dem Senat nicht im Einzelnen bekannt ist, wäre allerdings zu erwägen, dass er Arbeitnehmer im Sinne von Art. 39 EG ist. Dächte man daher diese zwangsweise Rückkehr hinweg, so läge eine über zweijährige Abwesenheit vor, die den erhöhten Ausweisungsschutz entfallen ließe. Da aber der erhöhte Ausweisungsschutz durch eine auch langjährige Inhaftierung im Aufnahmemitgliedstaat allein, die dazu führt, dass die Betroffenen tatsächlich nicht von ihren Grundfreiheiten Gebrauch machen können, nicht tangiert wird, spricht nach Auffassung des Senats nichts dafür, dass eine zwangsweise Rückkehr nicht geeignet sein soll, den Zweijahreszeitraum wieder zu unterbrechen.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Funke-Kaiser

Dr. Haller

Dr. Bauer