



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

- Kläger -
- Berufungsbeklagter -

prozessbevollmächtigt:

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Regierungspräsidium Freiburg
- Abteilung Steuerung und Verwaltung -,
Schwendstraße 12, 79102 Freiburg,

- Beklagter -
- Berufungskläger -

wegen Ausweisung

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof XXX, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Prof. Dr. XXX und die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. XXX

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 4. Mai 2011

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 27. Oktober 2010 - 1 K 1516/08 - geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger wendet sich gegen seine Ausweisung aus der Bundesrepublik Deutschland.

Er wurde 1974 im heutigen Kirgisistan geboren und ist kirgisischer Staatsangehöriger. In seinem Heimatland besuchte er acht Jahre lang die Schule, absolvierte eine Ausbildung zum Traktoristen und Maschinenführer und arbeitete anschließend in einer Kolchose und in verschiedenen anderen landwirtschaftlichen Betrieben. Dort leistete er auch Wehrdienst. Im Oktober 2000 heiratete er die damals sechzehnjährige deutschstämmige L. D., die einen 1998 geborenen Sohn mit in die Ehe brachte, den er später adoptierte. Im April 2001 kam der gemeinsame Sohn A. zur Welt. Im Juli 2001 übersiedelte seine Ehefrau mit den Kindern, ihrer Mutter und ihrer Schwester, die mit einem Bruder des Klägers verheiratet ist, in die Bundesrepublik Deutschland. Im Januar 2002 reiste auch der Kläger zusammen mit seinem Bruder nach Deutschland ein und erhielt eine Aufenthaltserlaubnis, die regelmäßig verlängert wurde. Zuletzt war er im Besitz einer bis Januar 2007 gültigen Aufenthaltserlaubnis. Die Entscheidung über seinen Verlängerungsantrag wurde wegen des gegen ihn eingeleiteten Strafverfahrens ausgesetzt. Die Familie lebte zunächst zwei Jahre in Sachsen, wo der Kläger einen Sprachkurs besuchte und den Gabelstaplerführerschein machte. Nachdem der Kläger 2004 eine Arbeitsstelle in S. gefunden hatte, zog er zunächst alleine dort hin. Kurze Zeit danach folgte ihm seine Familie. In der Nähe von S. wohnen auch sein Bruder und seine Schwägerin.

Mit Urteil des Landgerichts Rottweil vom 03.08.2007, rechtskräftig seit 28.02.2008, wurde der Kläger wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit schwerer Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt.

In den Gründen dieses Urteils heißt es: Der Kläger habe am 22.10.2006 erstmals erfahren, dass seine Ehefrau eine Liebesbeziehung zu M. B. unterhalte. Sie sei nicht bereit gewesen, diese zu beenden. Der Kläger habe sich am 30.10.2006 in die Nähe des Wohnhauses des M.B. in T. begeben. Als M.B. dort eingetroffen und auf seine Haustüre zugegangen sei, habe sich der Kläger an diesen herangeschlichen und habe ihn mit einer mitgeführten Eisenstange von ca. 50 bis 60 cm Länge von hinten mit Wucht auf den Kopf geschlagen. Anschließend habe er den Fliehenden verfolgt und ihm auf der Straße mindestens 13mal mit der Eisenstange auf den Kopf geschlagen, bis dieser regungslos liegen geblieben sei. Einige Personen aus der Nachbarschaft hätten diesen Vorgang beobachtet, den Kläger aber nicht von den Schlägen durch Zurufen abbringen können. Der Kläger habe mit absolutem Vernichtungswillen gehandelt. Der Anblick des „Nebenbuhlers“ habe bei ihm eine heftige Gemütswallung ausgelöst, die zu einer rechtserheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit geführt habe. Der Kläger habe sich zwar dahingehend eingelassen, M.B. sei, nachdem er mit dem Auto angekommen sei, ausgestiegen und ihm direkt entgegengegangen. Er sei gar nicht dazu gekommen, etwas zu sagen, schon habe M.B. nach der Polizei geschrien und ihn irgendwie getroffen. M.B. haben ihm etwas auf den Kopf geschlagen, wobei er nicht wisse womit. Ansonsten habe er keine Erinnerung mehr. Auch daran, dass er selbst geschlagen habe, könne er sich nicht erinnern. Eine Eisenstange habe er nicht dabei gehabt; woher diese gekommen sei, wisse er nicht. Diese Einlassungen seien durch die Beweisaufnahme widerlegt. Die Kammer gehe allerdings zugunsten des Klägers davon aus, dass er den endgültigen Tötungsvorsatz erst unmittelbar vor der Tat ausführung gefasst habe. M.B. habe schwere Schädel- und Gesichtsverletzungen erlitten, die mehrere Operationen nötig gemacht hätten. Auf dem rechten Auge habe er die Sehkraft vollständig und irreparabel verloren. Auch seinen Geruchssinn habe er vollständig und seinen Geschmackssinn weitgehend verloren. Wegen der Folgen der Verletzungen sei er mit 50 % GdB als Schwerbehinderter eingestuft worden. Abgesehen von der vorgenommenen Verschiebung des Strafrahmens wegen der Minderung der Steuerungsfähigkeit, habe die Kammer von einer weiteren Milderung wegen des nur vorliegenden Totschlagversuchs abgesehen. Gegen eine weitere Milderung habe vor allem gesprochen, dass dieser ganz in der Nähe zur Vollendung gelegen habe. M.B. ha-

be nur wegen der sofort eingeleiteten intensiv-medizinischen Rettungsmaßnahmen überleben können und während des einwöchigen künstlichen Komas zwischen Leben und Tod geschwebt. Weiter seien die ganz erheblichen, lebenslang bleibenden und teilweise in ihrem Ausmaß noch gar nicht absehbaren Folgen der Verletzungen zu berücksichtigen gewesen. Wegen der besonderen schulderhöhenden Merkmale sei bei der Gesamtwürdigung ein minderschwerer Fall auszuschließen.

Am 31.10.2006 war der Kläger verhaftet worden. Er verbüßt derzeit seine Freiheitsstrafe.

Nach vorheriger Anhörung wies das Regierungspräsidium Freiburg den Kläger mit Bescheid vom 14.07.2008 aus der Bundesrepublik aus, drohte ihm die Abschiebung nach Kirgisistan nach der Unanfechtbarkeit dieser Verfügung an und ordnete die Abschiebung aus der Haft heraus an. Zur Begründung wurde ausgeführt: Es lägen die Voraussetzungen einer Ausweisung nach § 53 Nr. 1 AufenthG vor. Der Kläger genieße jedoch besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG. Deshalb könne er nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden; außerdem werde die zwingende Ausweisung zur Ausweisung im Regelfall herabgestuft. Mit der abgeurteilten Tat habe er die öffentliche Sicherheit und Ordnung in besonders schwerwiegendem Maße beeinträchtigt. Zugunsten des Klägers gehe das Regierungspräsidium davon aus, dass wegen der familiären Verhältnisse ein atypischer Ausnahmefall vorliege, weshalb über die Ausweisung nach Ermessen entschieden werde. Gleichfalls sei zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass er bis zu seiner Verhaftung mit seiner deutschen Ehefrau und seinen zwei deutschen Kindern zusammengelebt habe, dass er während seines gesamten Aufenthalts im Bundesgebiet gearbeitet und für den Unterhalt seiner Familie gesorgt habe, dass Deutschland nach der Übersiedlung aus Kirgisistan zum Mittelpunkt seines Lebens geworden und er bisher strafrechtlich nicht in Erscheinung getreten sei. Das öffentliche Interesse am Schutz der Allgemeinheit vor weiteren von ihm begangenen Straftaten überwiege aber die privaten Interessen an einem weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet. Vom Kläger gehe eine konkrete Gefahr weiterer schwerer Rechtsverletzungen aus. Die Be-

gehung der abgeurteilten Tat zeige eine latente Gewaltbereitschaft, die eine gewaltfreie Problemlösung verhindert habe. Diese Eigenschaften könnten auch in Zukunft sein Verhalten in Konfliktsituationen bestimmen. Auch generalpräventive Gründe sprächen für die Ausweisung.

Am 11.08.2008 erhob der Kläger Klage beim Verwaltungsgericht Freiburg. Zur Begründung trug er vor: Er werde von seinen beiden Kindern monatlich in der Haftanstalt besucht. Auf den Fortbestand dieser Vater-Kind-Beziehung seien seine beiden Söhne angewiesen. Auch für ihn sei es sehr wichtig, für seine beiden Kinder da zu sein. Er wisse, dass er einen großen Fehler gemacht habe und bereue seine Tat. In Kirgisistan habe er keine Existenz und keine Familie. Deutschland sei für ihn seine neue Heimat geworden.

Der Beklagte trat der Klage aus den Gründen des angefochtenen Bescheids entgegen.

Das Gericht erhob Beweis durch Einholung eines kriminalprognostischen Sachverständigengutachtens von Prof. Dr. K. (vom 16.06.2010) und hörte diesen in der mündlichen Verhandlung zur Erläuterung des Gutachtens an.

Durch Urteil vom 27.10.2010 hob das Verwaltungsgericht Freiburg den angefochtenen Bescheid auf und führte zur Begründung aus: Der dem Kläger zustehende besondere Ausweisungsschutz habe gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zur Folge, dass er nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden könne. Solche Gründe lägen gemäß § 56 Abs. 1 Satz 3 AufenthG in der Regel u. a. in den Fällen des § 53 AufenthG vor. Die Regelung enthalte allerdings keine Automatik, sondern erfordere eine individuelle Prüfung im jeweiligen Einzelfall, ob nicht Besonderheiten vorlägen, die den an sich schwerwiegenden Ausweisungsanlass als weniger gewichtig erscheinen ließen. Werde die Ausweisung - wie hier - auf spezialpräventive Gründe gestützt, liege bei dem nach § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG besonderen Ausweisungsschutz genießenden Personenkreis ein schwerwiegender Grund nur dann vor, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass in Zukunft eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung durch

neue Verfehlungen des Ausländers ernsthaft drohen und damit von ihm eine bedeutsame Gefahr für ein wichtiges Rechtsgut ausgehe. In Fällen mittlerer und schwerer Kriminalität seien diese Voraussetzungen für eine spezialpräventive Ausweisung zwar grundsätzlich zu bejahen. Wegen des durch § 56 Abs. 1 AufenthG gewährleisteten besonderen Ausweisungsschutzes sei jedoch eine gesteigerte Wiederholungsgefahr im Sinne einer erhöhten Gefährdung erforderlich. Das gelte auch in Fällen schwerer Kriminalität. Gemessen hieran könne nicht angenommen werden, vom Kläger ginge eine in diesem Sinne gesteigerte Wiederholungsgefahr aus. Der Sachverständige komme in seinem schriftlichen kriminalprognostischen Gutachten zu dem Ergebnis, beim Kläger könne zwar die Begehung einer erneuten Straftat nicht prinzipiell ausgeschlossen werden. Die erneute Begehung einer Straftat gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit, wie sie der Verurteilung durch das Landgericht Rottweil zugrunde liege, sei jedoch mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen. Die Kammer folge dem Sachverständigen in seiner prognostischen Beurteilung der vom Kläger künftig ausgehenden Rückfallgefahr. Die vom Beklagten gegen das schriftliche Gutachten vorgebrachten Bedenken seien unberechtigt. Der Sachverständige habe in der mündlichen Verhandlung zur Erläuterung seines schriftlichen Gutachtens plausibel und nachvollziehbar angegeben, dass sich seine kriminalprognostische Einschätzung in erster Linie und ganz entscheidend auf die Exploration des Klägers stütze. Von entscheidender Bedeutung für die Einschätzung, beim Kläger sei mit hoher Wahrscheinlichkeit keine Wiederholung einer vergleichbaren Straftat zu erwarten, sei die Annahme des Gutachters, dass die abgeurteilte Straftat eine Beziehungstat mit einer hochspezifischen Täter-Opfer-Beziehung gewesen sei. Auch die tatsächlichen Annahmen des Sachverständigen zur Biografie des Klägers seien nicht zu beanstanden. Der Sachverständige sei aufgrund des Akteninhalts, der mit dem Kläger geführten Gespräche sowie der Telefongespräche mit der Schwägerin und der Ehefrau zu der Annahme gelangt, der Kläger habe bis zu seiner Straftat einen gewaltfreien Lebenswandel geführt. Das Merkmal mangelhafte Verhaltenskontrolle erfüllten nur solche Personen, die bei geringstem Anlass und häufig sofort aggressiv reagierten. Das sei beim Kläger nicht der Fall. Dagegen wende das beklagte Land zu Unrecht ein, der Gutachter hätte sich zur Feststellung eines bisher gewaltfreien Lebenswandels nicht auf die Befragung des Klägers und

naher Verwandter beschränken dürfen. Weder den vorgelegten Verwaltungsakten noch dem Strafurteil des Landgerichts Rottweil ließen sich irgendwelche Anhaltspunkte für das Gegenteil entnehmen. Dass der Kläger bei der abgeurteilten Tat gegen sein Opfer auf äußerst brutale Weise vorgegangen sei, werte der Gutachter als einen Gesichtspunkt, der zwar gegen eine günstige Prognose sprechen könne. Ein durchschlagendes Gewicht messe er diesem Gesichtspunkt jedoch nicht bei. Der Sachverständige habe zum einen darauf hingewiesen, dass der Kläger - im Gegensatz zu seiner bisherigen Lebensführung - erstmals bei der Tat ein äußerst aggressives und brutales Verhalten gezeigt habe. Vor allem aber müsse nach Auffassung des Gutachters bei der Bewertung dieses Verhaltens für die Rückfallprognose berücksichtigt werden, dass die hochspezifische Beziehungstat durch eine extreme Konfliktsituation ausgelöst worden sei, in die der Kläger durch den wenige Tage vor der Tat offenbar gewordenen Ehebruch seiner Frau gestürzt worden sei. Auch der im strafgerichtlichen Verfahren eingesetzte Sachverständige komme zu dem Ergebnis, dass die Steuerungs-, Hemmungs- und Handlungsfähigkeit des Klägers während der Tat infolge eines Affekts zum Tatzeitpunkt rechtserheblich beeinträchtigt gewesen sein könne. Dem sei das Landgericht in seinem Strafurteil gefolgt und habe einen Affektzustand mit schuldeinschränkender Wirkung im Sinne des § 21 StGB bejaht. Es spreche von einem tief greifenden Konflikt des Klägers, weil er wegen des Ehebruchs und des anschließenden Verhaltens seiner Frau damit habe rechnen müssen, dass sich diese zusammen mit den Kindern auf Dauer von ihm trennen werde. Das habe ihn in eine tiefe Krise gestürzt, die bis zur Tat andauert habe. Für die Kammer sei es nachvollziehbar und überzeugend, wenn der Sachverständige aufgrund dieser besonderen Umstände zu dem Ergebnis gelange, beim Kläger liege keine Persönlichkeitsstruktur mit latenter Gewaltbereitschaft vor. Der Sachverständige komme zu dem Ergebnis, dass eine Auseinandersetzung des Klägers mit seiner Straftat bisher kaum stattgefunden habe, was für die kriminalprognostische Beurteilung ungünstig einzuschätzen sei; denn der Kläger habe die Tat weitgehend verdrängt und stelle den Tathergang im Gegensatz zu den Feststellungen im rechtskräftigen Strafurteil zum Teil anders dar. Einer günstigen Kriminalprognose stehe dieser Umstand aber deshalb nicht entgegen, weil der Gutachter nach seinen sachverständigen Verhaltensbeobachtungen während der Gespräche zu dem Er-

gebnis gekommen sei, dass beim Kläger durchaus ein Schuldbewusstsein vorhanden sei. Der Sachverständige habe in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, bei seiner abschließenden kriminalprognostischen Beurteilung im schriftlichen Gutachten sei er davon ausgegangen, dass der Kläger vor seiner Entlassung aus der Strafhaft trotz der Schwierigkeiten, sich auf Deutsch zu verständigen, die erforderlichen Hilfen in Form von Therapien und Gesprächen erhalte. Der Sachverständige gehe zu Recht davon aus, dass der Kläger aus der Strafhaft nicht ohne solche Behandlungsmaßnahmen entlassen werde. Denn das Strafvollzugsgesetz sehe ausdrücklich vor, dass der Gefangene im Vollzug der Freiheitsstrafe fähig werden solle, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Der Kläger habe sowohl gegenüber dem Sachverständigen als auch dem Gericht mehrfach bekundet, dass er zur Teilnahme an derartigen Hilfsmaßnahmen bereit sei. Auch soweit das Regierungspräsidium die Ausweisung auf generalpräventive Erwägungen stütze, könne dies die Maßnahme nicht rechtfertigen.

Am 09.12.2010 wurde das Urteil dem Beklagten zugestellt.

Auf den am 17.12.2010 vom Beklagten gestellten Antrag ließ der Senat mit Beschluss vom 25.01.2011 die Berufung zu. Der Beschluss wurde dem Beklagten am 31.01.2011 zugestellt.

Am 04.03.2011 beantragte der Beklagte Wiedereinsetzung in die versäumte Begründungsfrist und legte zugleich den Begründungsschriftsatz (vom 31.01.2011) in Kopie vor.

Zur Begründung trägt er zunächst vor: Der Schriftsatz vom 31.01.2011 sei am 31.01.2011 zum Postversand gegeben worden. Er sei im elektronischen Verzeichnis, das vom Referat 15 geführt und in das alle Schreiben nach Abgang mit Datum des Postversands eingetragen würden, verzeichnet. Das Schreiben müsse daher auf dem Postweg verloren gegangen sein. Der Unterzeichner habe am 31.01.2011 die Berufungsbegründung verfasst und das Schreiben zum Postversand gegeben. Anschließend habe die Servicekraft Frau F. das Schreiben mit der Post versendet. Nachdem es das Haus verlassen habe, sei es in

das elektronische Verzeichnis als Postausgang für den 31.01.2011 aufgenommen worden. In einem weiteren Schriftsatz (vom 28.03.2011) wird vorgetragen: Nachdem der Unterzeichner die Berufungsbegründung am 31.01.2011 verfasst und ausgedruckt gehabt habe, habe er das Schreiben in einer Umlaufmappe in das Postausgangsfach des Referats 15 gelegt. Frau F. habe diese Mappe am 31.01.2011 aus dem Postausgangsfach entnommen, habe die Entwurfsfassung im Feld für den Postausgangsvermerk abgezeichnet und das Entwurfsschreiben in der Postumlaufmappe dem Sachbearbeiter des Falles, Herrn K. in dessen Fach gelegt. Anschließend habe sie das Originalschreiben der Sekretärin, Frau R. vorgelegt. Diese habe sich das Schreiben angeschaut und es im elektronischen Postausgangsverzeichnis mit den Bemerkungen „K.“, „VGH Mannheim“, „L., S. und „AU Verwaltungsrechtssache“ eingetragen. Sodann habe sie das Originalschreiben in einen Briefumschlag gesteckt, habe diesen verschlossen und den Brief in die gelbe Postausgangskiste des Regierungspräsidiums gelegt. Am 01.02.2011 habe der Hausmeister des Dienstgebäudes Schwendistraße 12, Herr B., die Postausgangskiste zur Hauptpoststelle des Regierungspräsidiums gebracht. Dort würden täglich alle für den Postversand bestimmten Schreiben frankiert und auf den Postweg gegeben. Der im vorliegenden Fall gewählte Weg für den Versand entspreche der seit Jahren praktizierten Verfahrensweise. Der ordnungsgemäße Ablauf werde dabei fortlaufend kontrolliert und überwacht. Im Übrigen legt der Beklagte schriftliche Erklärungen von Frau F., Frau R. und Herrn B. vor. In einem weiteren Schriftsatz vom 13.04.2011 wird ausgeführt: Die Tatsache, dass Frau F. den Schriftsatz anschließend Frau R. vorgelegt habe, werde durch die Tatsache dokumentiert, dass Frau F. das Schreiben in das elektronische Postausgangsverzeichnis eingetragen habe. Hätte Frau F. das Schreiben nicht in Händen gehalten und dafür gesorgt, dass es auf den Postweg gegeben werde, so würde sich auf dem Schreiben nicht ihr handschriftlicher Vermerk befinden und Frau R. hätte das Schreiben nicht in das Verzeichnis eintragen können. Deshalb könnten Frau F. und Frau R. heute auch noch sichere Angaben machen. Der Eintrag in das Ausgangsverzeichnis, das Verpacken und Zukleben des Briefs sowie das Legen in die gelbe Postausgangskiste stellten einen einheitlichen Vorgang dar. Zunächst schaue sich Frau R. dabei den jeweiligen Schriftsatz an, um zu erkennen, wer den Brief verfasst habe und welche Sache das Schreiben betreffe. Sodann trage sie die-

se Daten in das Postverzeichnis ein, stecke den Brief dann in einen Umschlag und verschließe diesen. In unmittelbarem Anschluss hieran lege sie den Brief dann in die neben ihrem Schreibtisch stehende Postausgangskiste. Dies entspreche ständiger Praxis, ohne dass es bislang in einem einzigen Fall zu Problemen gekommen sei.

In der Sache trägt er vor: Entgegen den Feststellungen des Verwaltungsgerichts Freiburg habe der Gutachter seine Feststellung, dass die erneute Begehung einer Straftat gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit, wie sie der Verurteilung durch das Landgericht Rottweil zugrunde liege, mit hoher Wahrscheinlichkeit auszuschließen sei, nicht uneingeschränkt aufrecht erhalten. Diese Einschätzung gelte nur dann, wenn der Kläger eine Therapie erhalte und auch nach der Haftentlassung begleitet werde. Weiter habe der Gutachter eingeschränkt, dass der Kläger die deutsche Sprache nicht in einem für eine Therapie in erforderlichen Maße beherrsche. Grundvoraussetzung für seine Annahme sei es daher, dass der Kläger Deutsch lerne, zu einer Therapie bereit sei und diese dann während der Haftzeit erfolgreich durchgeführt werde. Dass der Kläger eine fortlaufende Therapie auf Russisch während der Haftzeit erhalten könne, sei unwahrscheinlich, weil für eine solche Therapie nicht genug Therapeuten in der Justizvollzugsanstalt zur Verfügung stehen würden. Erhalte der Kläger jedoch während der Haftzeit keine Therapie, steige die Wahrscheinlichkeit einer erneuten Begehung schwerer Straftaten. Das Verwaltungsgericht habe sich darauf beschränkt, den vom Gesetzgeber des Strafvollzugsgesetzes gewünschten Idealzustand in Bezug zu nehmen. Der Gutachter gehe davon aus, dass der Kläger über schlechte Konfliktverarbeitungsmechanismen verfüge. Weiterhin habe sich das Verwaltungsgericht nicht in ausreichendem Maße mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Kläger wirklich ernsthaft an einer Therapie interessiert sei. So habe er in der mündlichen Verhandlung am 24.03.2010 auf Frage, ob es Gespräche mit einem Psychologen gegeben habe, geantwortet: „Ich brauche doch keinen Psychologen. Ich bin doch nicht verrückt.“ Diese Einstellung werde auch durch die Ausführungen im Gutachten bestätigt. Dort werde festgestellt, dass der Kläger nicht an therapeutischen Gesprächen interessiert sei. Zu diesem Ergebnis sei auch ein weiterer Facharzt gekommen, welcher im Strafverfahren den Kläger begutachtet habe. Unbe-

rücksichtigt habe das Verwaltungsgericht auch die Frage eines Misserfolgs einer eventuellen Therapie gelassen. Das Verwaltungsgericht habe nur darauf abgestellt, dass der Kläger nach den gesetzlichen Vorgaben des Strafvollzugsgesetzes nicht ohne Behandlungsmaßnahmen entlassen werde. Seine Entlassung werde jedoch völlig unabhängig von einer Therapiebereitschaft oder der Durchführung einer Therapie nach Ende der Strafhaft erfolgen. Das Verwaltungsgericht sei auch von einem falschen Maßstab hinsichtlich der Wiederholungsgefahr ausgegangen. Nach der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung sei es für die Frage der Wiederholungsgefahr lediglich maßgeblich, ob vom Kläger die Gefahr der Begehung eines weiteren (versuchten) Totschlagsdelikt oder einer „gleichartigen Tat“ ausgehe. Hiernach sei die Verwirklichung einer Vielzahl anderer Straftaten, beispielsweise eine Vergewaltigung, ein Raub oder Diebstahl oder auch Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz, für die Frage einer beim Kläger bestehenden Wiederholungsgefahr ohne Bedeutung. Demgegenüber sei es ausreichend, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass in Zukunft eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung durch neue Verfehlungen ernsthaft drohe und damit eine bedeutsame Gefahr für ein wichtiges Schutzgut bestehe. Wenn man jedoch mit dem Verwaltungsgericht lediglich auf die Gefahr der Begehung eines erneuten Totschlagsdelikts abstellen wollte, hätte es sich umso mehr aufdrängen müssen, auf die Relativität des Gefahrenbegriffs einzugehen. Zu seiner brutalen und menschenverachtenden Tat stehe der Kläger im Übrigen bis heute nicht. So habe der Kläger auch in den der Begutachtung zu Grunde liegenden persönlichen Gesprächen am 20. und 23. April 2010 behauptet, das Tatopfer habe ihn zuerst angegriffen und sei auf ihn losgegangen, so dass es zu einem Gerangel gekommen sei. Der Kläger habe bekräftigt, dass er die Eisenstange nicht zum Tatort mitgenommen habe, vielmehr habe das Tatopfer angefangen, ihn anzugreifen, so dass er eine Verletzung an Hand und Kopf erlitten habe.

Ferner lasse das Verwaltungsgericht die Tatsache unberücksichtigt, dass die familiäre Situation des Klägers ungeklärt sei. Während der bisherigen Haftzeit von über vier Jahren habe der Kläger lediglich ein einziges Mal Besuch von seiner Ehefrau erhalten. In Briefen, die sie an ihn geschrieben habe, sei es allein um Unterlagen, die sie für Ansprüche der Kinder gegenüber Behörden be-

nötigt habe, gegangen. Vor diesem Hintergrund sei es völlig offen, ob nach einer Haftentlassung in Deutschland die Ehe fortgesetzt werde. Ebenfalls unklar sei, wie sich der Umgang des Klägers bei einer Haftentlassung in Deutschland zu seinen Kindern gestalten werde. Der Kläger habe klar zum Ausdruck gebracht, dass es seine oberste Priorität sei, Umgang und Kontakt zu seinen Kindern zu haben. Sollte es hierbei - auch aufgrund des Verhaltens seiner Ehefrau in einem Scheidungsverfahren - zu Problemen kommen, sei nicht absehbar, wie er reagieren werde. Prof. Dr. K. habe ein Gefahr- und Konfliktpotential erkannt, falls es zu Problemen bei dem Umgang mit den Kindern kommen werde. Grundsätzlich sei er bei Erstellung seines Gutachtens jedoch davon ausgegangen, dass das familiäre Zusammenleben wieder aufgenommen werden könne und der Kläger im Laufe seines weiteren Lebens mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr in eine ähnliche Situation geraten werde.

Obwohl auch das Verwaltungsgericht erkannt habe, dass es dem Kläger aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur extrem schwer falle, seine Empfindungen - wie etwa Gefühle des Mitleids für sein Opfer - in Worten auszudrücken, sei es nicht darauf eingegangen, welche Folgen dies für die Frage einer Wiederholungsgefahr habe. Auch die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu den selbständig tragenden generalpräventiven Gründen der Ausweisung gingen fehl.

Der Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 27. Oktober 2010
- 1 K 1516/08 - zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Seiner Ansicht nach habe der Beklagte nicht unverschuldet die Berufungsbelegungsfrist versäumt. Das Vorbringen sei widersprüchlich. Abgesehen davon müsse es überraschen, dass sich alle Beteiligten im Detail gerade an diesen bestimmten Brief und die konkrete Verfahrensweise noch erinnern können.

ten. Auch habe Frau R. zuerst den Eintrag in das elektronische Verzeichnis und erst anschließend die Sendung überhaupt versandfertig gemacht. Der weitere Transport der Schriftstücke zur zentralen Hauptpoststelle sei nicht hinreichend sicher gestellt; es sei offen, welche Mitarbeiter hierfür zuständig und ob diese ausreichend zuverlässig seien. Auch wichen die vorgelegten persönlichen Erklärungen vom Vortrag im Schriftsatz vom 28.03.2011 ab. So werde dort vorgetragen, Frau F. habe das Schreiben an Frau R. übergeben. Frau F. und Frau R. hätten hingegen angegeben, dass das Schreiben von Frau F. auf den Schreibtisch von Frau R. gelegt worden sei, wo diese es vorgefunden habe. Im Übrigen mache er sich die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu Eigen.

Der Senat hat eine ergänzende Stellungnahme von Prof. Dr. K. eingeholt, die dieser unter dem 21.03.2011 abgegeben hat.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Dem Senat liegen die Akten des Regierungspräsidiums Freiburg, die Strafakten des Landgerichts Rottweil sowie Gefangenpersonalakten des Klägers vor.

Entscheidungsgründe

A.

Die Berufung ist zulässig. Zwar hat der Beklagte die Berufungsbegründungsfrist (vgl. § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO) versäumt. Er hat jedoch fristgemäß die Wiedereinsetzung in die versäumte Berufungsbegründungsfrist beantragt und die versäumte Rechtshandlung nachgeholt (§ 60 Abs. 2 i.V.m. § 125 Abs. 1 VwGO). Die Tatsache, dass in dem innerhalb der Frist vorgelegten Schriftsatz vom 04.03.2011 der maßgebliche Sachverhalt bzw. Geschehensablauf nur in den Grundzügen vorgetragen und erst später präzisiert wurde, insbesondere auch hinsichtlich der getroffenen organisatorischen Vorkehrungen, ist unschädlich. Er hat auch glaubhaft gemacht, ohne Verschulden an der Einhaltung der

Berufungsbegründungsfrist gehindert gewesen zu sei, weshalb ihm Wiedereinsetzung zu gewähren ist.

Es bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die fragliche Postsendung im Machtbereich des Regierungspräsidiums auf eine zurechenbare Art und Weise verloren gegangen sein könnte. Dabei gelten grundsätzlich die gleichen Maßstäbe und Anforderungen wie sie auch auf die Tätigkeit von Rechtsanwälten angewandt werden. Auch hier wird nur unmittelbares Verschulden des Behördenleiters oder des selbstständig mit der Organisation der Fristüberwachung betrauten Beamten zugerechnet, nicht jedoch das Verschulden anderer Bediensteter (von Albedyll, in: Bader u.a., VwGO, 5. Aufl., § 60 Rdn. 13 m.w.N.). Ein derartiges originäres Verschulden ist nicht erkennbar. Insbesondere ist die Organisation und Überwachung der Versendung fristwahrender Schriftsätze ausreichend zuverlässig. Der vom Kläger beanstandete Umstand, dass Frau R. bereits, nachdem sie sich des Inhalts des Schriftstücks vergewissert hat, die Eintragung in das elektronische Register vornimmt, ist unschädlich, wenn, wie hier, sichergestellt ist, dass sie dieses sowie das Eintüten und Einlegen in die Postausgangskiste in einem Arbeitsgang vornimmt. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn sich etwa aufgrund der Verhältnisse am Arbeitsplatz von Frau R., etwa wegen häufiger Ablenkungen durch Telefonanrufe etc., hier Unzuträglichkeiten ergeben können bzw. schon tatsächlich ergeben hätten, was jedoch nicht ersichtlich ist. Einen weitergehenden Nachweis, dass der Schriftsatz dann auch tatsächlich zur Post gelangt ist, hat die höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht verlangt, ebenso wenig wie eine genaue Darlegung, wann und wo er verloren gegangen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 16.02.2010 – VIII ZB 76/09 – NJW 2010, 1378). Es ist auch nicht ersichtlich, dass der weitere Postlauf zur Hauptpoststelle und von dort zur Post selbst mangelhaft organisiert gewesen sein könnte, zumal es sich hierbei um einfach strukturierte Routineabläufe handelt. Eine andere Frage ist, ob bei dieser Sachlage ausreichende Vorsorge getroffen wurde, dass die Schriftsätze unverzüglich und auch rechtzeitig das Haus verlassen und zur Post gelangen, um dann entsprechende Fristen zu wahren. Darum geht es hier jedoch nicht. Denn der fragliche Schriftsatz ist vermutlich gar nicht beim Verwaltungsgerichtshof eingegangen. Er ist bei einer Zustellung des Zulassungsbeschlusses am

31.01.2011 jedenfalls so rechtzeitig vom Referat 15 in den Postlauf gegeben worden, dass der Verlust des Schriftsatzes kausal für die Fristversäumung gewesen sein muss.

Die schriftsätzlichen Ausführungen sowie die hierzu vorgelegten eidesstattlichen Erklärungen von Frau F. und Frau R. sind auch im Wesentlichen nicht unauflösbar widersprüchlich. Zwar klingen die ursprünglichen Ausführungen im Schriftsatz vom 04.03.2011 sowie vom 21.03.2011 zunächst so, als ob Frau F. die Sendung zum Postversand gebracht hätte. Der folgende Schriftsatz vom 28.03.2011 schildert die Abläufe hingegen zulässigerweise differenzierter und gibt die arbeitsteilige Handlungsweisen genauer wieder, ohne dass hieraus geschlossen werden kann, es würden unwahre Angaben gemacht. Kein Widerspruch besteht auch zwischen den Angaben im Schriftsatz vom 28.03.2011, wonach Frau F. das Schreiben Frau R. „vorgelegt“ habe, während in deren persönlichen Erklärungen ausgeführt wurde, Frau F. habe es auf den Schreibtisch von Frau R. gelegt. Widersprüchlich erscheinen zunächst die Angaben nur insofern, als es im Schriftsatz vom 21.03.2011 heißt, Frau F. habe, *nachdem* das Schriftstück das Haus verlassen habe, dieses in das elektronische Verzeichnis für den 31.01.2011 aufgenommen. Denn unter dem 28.03.2011 wurde vorgetragen, Frau R. habe den Eintrag gemacht, *bevor* das Schriftstück das Haus verlassen habe. Der Beklagtenvertreter hat jedoch nochmals in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass er ursprünglich der Auffassung gewesen sei, der knappe Vortrag würde ausreichen. Er habe dann aber als Reaktion auf das Vorbringen des Klägers und die Anforderungen des Gerichts weitere Gespräche mit den Mitarbeiterinnen geführt und daher den Vortrag präzisieren und genauer darlegen müssen, weshalb es auch - wegen früherer Verkürzungen - zu gewissen Unterschieden in der Darstellung gekommen sei. Der Umstand, dass nunmehr ausgeführt wird, die Postausgangskiste sei erst am 01.02.2011 zur zentralen Poststelle gebracht worden, stellt nach Überzeugung des Senats eine solche zulässige Präzisierung dar, da auch in den früheren Erklärungen nicht explizit davon die Rede gewesen war, der Schriftsatz sei schon am 31.01.2011 bei der Deutschen Post AG eingegangen.

B.

Die Berufung ist begründet. Das Verwaltungsgericht hätte die Klage abweisen müssen. Auch nach dem für den Senat maßgeblichen Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung (vgl. BVerwG, Urteil vom 15.11.2007 - 1 C 45.06 - NVwZ 2008, 434) ergibt sich nichts anderes.

I. Der Kläger hat, indem er rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 9 Jahren verurteilt wurde, den zwingenden Ausweisungsgrund nach § 53 Nr. 1 AufenthG verwirklicht.

1. Da er mit seiner deutschen Ehefrau und seinen beiden deutschen Kindern bis zum Zeitpunkt der Verhaftung in familiärer Lebensgemeinschaft gelebt hatte, genießt er nach § 56 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG besonderen Ausweisungsschutz und darf nur ausgewiesen werden, wenn schwerwiegende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen.

Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil vom 13.01.2009 - 1 C 2.08 - NVwZ 2009, 727 m.w.N.) liegt ein schwerwiegender Grund der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nur dann vor, wenn das öffentliche Interesse an der Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Vergleich zu dem vom Gesetz mit den Regelungen des § 56 AufenthG bezweckten Schutz des Ausländers vor Ausweisung streng einzelfallbezogen ein deutliches Übergewicht hat. Ein solches Übergewicht kann aus den besonderen Umständen der jeweils die Ausweisung auslösenden Verhaltensweisen des Ausländers folgen. Danach können Fälle mittlerer und schwerer Kriminalität, namentlich schwere Gewaltdelikte, einen solchen schwerwiegenden Grund ausmachen, wobei als kumulativ festzustellende Voraussetzung die Ausweisung zur Unterbindung erneuter vom Ausländer ausgehender Gefahren geboten sein muss (vgl. auch Senatsurteil vom 09.07.2003 - 11 S 420/03 - EzAR 033 Nr. 8).

Stützt die Ausländerbehörde ihre Ausweisungsverfügung auf spezialpräventive Gründe, so ist diese (im Sinne eines schwerwiegenden Ausweisungsgrundes)

nur dann gerechtfertigt, wenn für die Gefahr erneuter Rechtsgutsverletzungen konkrete Anhaltspunkte bestehen. Der Ausweisungsgrund ist nicht schwerwiegend mit der zwingenden Rechtsfolge, dass eine Abschiebung unzulässig ist, wenn allein eine entfernte Möglichkeit weiterer Störungen der öffentlichen Sicherheit besteht, weil nicht hinreichend ausgeschlossen werden kann, dass der Ausländer sein schwerwiegendes früheres Fehlverhalten wiederholen oder andere Taten von vergleichbarem Gewicht begehen wird. Es sind somit qualifizierte Anforderungen an die Feststellung einer Wiederholungsgefahr zu stellen, weshalb konkrete Anhaltspunkte dafür ausgemacht werden müssen, dass auch in Zukunft bedeutsame Gefahren für ein wichtiges Schutzgut ernsthaft zu besorgen sind (vgl. etwa VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 07.05.2003 - 1 S 254/03 - VBIBW 2003, 474). Mit anderen Worten: Eine grenzenlose Relativierung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabs nach Maßgabe der Schwere der Rechtsgutsverletzung (vgl. schon BVerwG, Beschluss vom 17.10.1984 - 1 B 61.84 - InfAuslR 1985, 33) ist nicht statthaft. Allerdings ordnet für die hier zu beurteilende Fallkonstellation § 56 Abs. 1 Satz 3 AufenthG ausdrücklich an, dass im Falle des § 53 AufenthG in der Regel schwerwiegende Gründe vorliegen, weshalb es hier keiner konkreten positiven Feststellungen bedarf, sondern lediglich Umstände festgestellt werden müssen, die eine Atypik begründen. Solche Umstände sind hier nicht gegeben.

Im Falle des Klägers bestehen – ungeachtet der gesetzlichen Regelvermutung des § 56 Abs. 1 Satz 3 AufenthG – im Übrigen auch die für die Annahme eines schwerwiegenden Ausweisungsgrundes gebotenen Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger wieder in schwerwiegender Weise gegen die Strafrechtsordnung verstoßen könnte. Die ergänzende gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. K. (vgl. S. 1 und 5) macht unmissverständlich deutlich, dass beim Kläger ein nicht vollständig zu vernachlässigendes Potential unzureichend entwickelter Konfliktvermeidungs- und Konfliktbewältigungsstrategien vorhanden ist, das einer therapeutischen Aufarbeitung bedarf, um eine ausreichend verantwortliche Verhaltenssteuerung einigermaßen zuverlässig zu gewährleisten. Allerdings geht der Gutachter davon aus, dass eine eigentliche Therapie nicht unbedingt erforderlich ist, sondern dass auch umfassende und eingehende therapeutische bzw. psychologische Gespräche und ein Resozialisierungsprogramm

sowie ein Anti-Gewalt-Training ausreichen; er stellt beides prinzipiell als gleichwertig nebeneinander (vgl. Gutachten vom 16.06.2010, S. 30; Niederschrift über die mündliche Verhandlung des Verwaltungsgerichts vom 27.10.2010, S. 3 und 5; ergänzende Stellungnahme S. 1). Diese Voraussetzung kommt nicht nur deutlich in seinen grundsätzlichen Ausführungen zu den zwingenden Erfordernissen einer Vorbereitung in der Haft zum Ausdruck, sondern liegt ersichtlich auch seinen abschließenden Bemerkungen über die unerlässlichen Anforderungen an die Gestaltung der Bewährungszeit zugrunde. Nach dem für den Senat maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung kann nicht hinreichend prognostiziert werden, dass mit der erforderlichen Verlässlichkeit bis zur Haftentlassung eine Therapie erfolgreich abgeschlossen sein wird, oder jedenfalls die therapeutischen bzw. psychologischen Gespräche mit dem erforderlichen Ergebnis durchgeführt sein werden. Im Gegenteil: Es spricht alles dafür, dass dieses nicht der Fall sein wird. Zwar hatte der Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 27.10.2010 ausweislich der Niederschrift behauptet, er habe mit dem russischsprechenden Psychotherapeuten bzw. Psychologen W. in der Vollzugsanstalt drei therapeutische Gespräche geführt, wovon eines einen halben Tag und die anderen beiden jeweils etwa eine Stunde gedauert hätten. Auf diesbezügliche Fragen des Senats in der mündlichen Verhandlung hat der Kläger schon von sich aus nicht mehr davon gesprochen, dass er Gespräche von einer solchen Dauer geführt habe, woraus unübersehbar deutlich wird, dass er insoweit beim Verwaltungsgericht die Unwahrheit gesagt hat, um sich in einem besseren Licht erscheinen zu lassen. Er hat gegenüber dem Senat lediglich ganz allgemein behauptet, in zwei Gesprächen, die aber nach den eigenen Angaben wesentlich kürzer gewesen waren (eine Stunde oder auch nur eine halbe Stunde), sei auch über die Tat gesprochen worden. Der Senat kann unterstellen, dass auch die Tat erwähnt worden sein wird, jede andere Annahme wäre lebensfremd. Entscheidend ist vielmehr allein die Dauer bzw. Häufigkeit der Gespräche und deren Qualität. Zu seiner Überzeugung steht nach der eingeholten schriftlichen Erklärung von Herrn W. vom 03.05.2011 aber fest, dass eine erforderliche intensive Befassung mit und Aufarbeitung der Tat nicht erfolgt ist. Dies wäre angesichts der vom Kläger selbst zugestandenen Kürze und der Zahl der Treffen mit Herrn W. auch gar nicht möglich. Auch muss der Senat davon ausgehen, dass der

Kläger kein wirkliches Interesse daran hat, obwohl ihm in der Justizvollzugsanstalt die Chance von Gesprächen in seiner Muttersprache geboten wird. Eine gegenteilige Überzeugung hat der Kläger mit seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung beim Senat nicht herbeiführen können. Abgesehen davon hat Herr W. dieses in seiner Stellungnahme auch klar und unmissverständlich zum Ausdruck gebracht. Der Senat sieht in diesem Zusammenhang keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, wie der Prozessbevollmächtigte vermutet, dass Herr W. aus auch bei diesem liegenden Gründen keine Gesprächsbasis gefunden hatte, weshalb ein beim Kläger an sich bestehender ernsthafter Wunsch und Wille zu einer intensiven Aufarbeitung der Tat nicht erfüllt werden konnte, ohne dass er dieses zu vertreten hätte. Dies ganz losgelöst von der Frage, ob dieses unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr überhaupt erheblich sein kann. Für den Senat ist insgesamt nicht ersichtlich, weshalb Herr W. in seiner Stellungnahme vom 03.05.2011 unwahre Angaben gemacht haben sollte. Demgegenüber liegt es auf der Hand, dass der Kläger ein erhebliches Interesse hat, wahrheitswidrig ein Interesse an einer Therapie zu behaupten, nachdem ihm nunmehr nach der gesamten Vorgeschichte klar geworden sein muss, dass er nur auf diese Weise eine Chance haben kann, die Ausweisung noch abwenden zu können. Diese ist auch nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zweifelsfrei unwahren Angaben des Klägers in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht zu sehen. Jedenfalls kann, nachdem nunmehr 3 ½ Jahre seit der Verurteilung verstrichen sind, ohne dass der Kläger diesbezüglich irgendetwas auf den Weg gebracht hat, die bloße verbale Behauptung, an einer Therapie interessiert zu sein, ein positive Einschätzung nicht begründen.

Entgegen der Auffassung des Klägers ist seine völlig ungeklärte eheliche und familiäre Situation ein vom Senat zu seinen Lasten zu berücksichtigender gefahrerhöhender Umstand, der keineswegs nur abstrakt ist und damit unerheblich wäre. Der Kläger hält zwar nach seinen Bekundungen in der mündlichen Verhandlung formal an seiner Ehe fest und will sich nicht scheiden lassen, was insoweit nachvollziehbar ist, weil er andernfalls den mit der Ehe verbundenen erhöhten Ausweisungsschutz verlieren würde. Andererseits will er mit seiner Ehefrau gegenwärtig nichts zu tun haben und hat diese seit seiner Inhaftierung

vor 4 ½ Jahren allenfalls ein Mal gesehen; er will sie nach seinen eindeutigen und kategorischen Angaben in der mündlichen Verhandlung auch zukünftig nicht sehen und hat mit ihr auch keinen nennenswerten, ihre Beziehung betreffenden brieflichen Kontakt. Es ist für den Senat nicht nachzuvollziehen, weshalb der Kläger nur für den Fall, dass er hier bleiben dürfe, seine Beziehung zu der Ehefrau „ankurbeln“ wolle, was er auch immer darunter verstehen mag. Denn wenn ihm wirklich etwas an der Beziehung zu seiner Ehefrau liegen würde, müsste er sich in jedem Fall und bedingungslos um die Beziehung bemühen. Nach alledem muss sich aufdrängen, dass spätestens im Falle der Haftentlassung ein ernst zu nehmendes Risiko besteht, dass sich die Ehefrau endgültig von ihm trennt oder bereits getrennt hat. Dann jedoch steht die Frage an, was mit den Kindern geschehen wird. Diese Fragestellung beinhaltet ein erhebliches Konfliktpotential, das auch mit schweren Kränkungen verbunden sein kann, zumal dann, wenn die Ehefrau den Kläger nicht oder jedenfalls wenig an dem Leben der Kinder teilhaben lassen will. Auch der Gutachter sieht dieses ebenso (vgl. die ergänzende Stellungnahme, S. 2 und 5). Dass der Kläger mit tiefer gehenden persönlichen Konflikten und Kränkungen nicht umgehen kann, hat er in der Vergangenheit eindrücklich gezeigt, wie er ebenso - zuletzt in der mündlichen Verhandlung - deutlich gemacht hat, dass er nicht ernsthaft bereit ist, hieran zu arbeiten.

Gegen den Kläger spricht – jedenfalls in einer Gesamtschau – nach Überzeugung des Senats auch, dass er nach der Tat und insbesondere nach der strafgerichtlichen Verurteilung bis heute die Tat, jedenfalls wesentliche Tatbeiträge seinerseits, im Grunde leugnet und sich nicht vorbehaltlos seiner Schuld stellt. Zwar übersieht der Senat nicht, dass nach der fachlichen Einschätzung des Gutachters (vgl. S. 3 der ergänzenden Stellungnahme) nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, dass der Kläger, wie auch viele andere vergleichbar strukturierte Täter, an seine Grenzen stößt und eine möglicherweise zusätzlich vorhandene Störung der Wahrnehmung offenbar auch dem Schutz der eigenen psychischen Stabilität dient. Immerhin weist der Gutachter darauf hin, dass es tatsächlich zu erheblichen Erinnerungsausfällen gekommen sein kann. All das mag das Verhalten zunächst nachvollziehbar erscheinen lassen. Gleichwohl spricht gegen eine - wie auch oben in anderem Zusammenhang

erörterte - Auseinandersetzungsbereitschaft mit der Tat, dass der Kläger über ein Leugnen hinaus im Grunde wesentliche, wenn nicht überwiegende Tatbeiträge bzw. Verschuldensanteile auf das Opfer verschiebt. Dies gilt jedenfalls, wenn man sein gesamtes Verhalten im Zusammenhang betrachtet und die bereits oben gewürdigten Angaben zur Therapiebereitschaft und den mit Herrn W. geführten Gesprächen angemessen berücksichtigt.

Anders als der Beklagte dies sieht, können allerdings bei der Beurteilung des Maßes der Wiederholungsgefahr nicht andere Deliktgruppen wie Vergewaltigung, Raub, Diebstahl oder Straftaten nach dem Betäubungsmittelgesetz einbezogen werden. Auch wenn es sich – wie der Gutachter richtigerweise ausführt – hier nicht um eine klassische Affekttat gehandelt hat, so war es doch gewissermaßen eine Beziehungstat. Hinzukommt, dass der Gutachter keine besondere, mit erhöhter Aggressivität einhergehende Persönlichkeitsstörung festgestellt hat; der Gutachter verneint ausdrücklich eine allgemeine Gewaltbereitschaft (vgl. Gutachten vom 16.06.2010, S. 21, 26 und 29), was der Beklagte offenbar aus dem Auge verloren hat. Ausgehend von den Ausführungen des Gutachters besteht kein Ansatz dafür, dass die Begehung solcher Taten auch angedacht werden müsste.

Der weitere tatsächliche Ausgangspunkt des Gutachters wie auch des Verwaltungsgerichts, der Kläger sei Ersttäter, wird zwar von der Beklagten in Frage gestellt, weil diese Annahme nur auf den Angaben des Klägers im Strafverfahren wie auch gegenüber dem Verwaltungsgericht sowie telefonischen Auskünften der Ehefrau und der Schwägerin beruht. Eine weitere, in erster Linie nur in Kirgisistan mögliche Ermittlung ist jedoch nach Auffassung des Senats nicht geboten, zumal der Beklagte sich auch nicht zu solchen im Verwaltungsverfahren veranlasst sah. Es besteht kein Anlass, dem Kläger zu misstrauen, auch nicht deshalb, weil er behauptet hat, angegriffen worden zu sein, weil er unzutreffende Angaben über die Gespräche mit Herrn W. gemacht hat. Wenn der Kläger im Bundesgebiet nicht weiter strafrechtlich und polizeilich in Erscheinung getreten ist, was im Strafverfahren zu Tage getreten wäre, bestand für den Gutachter kein ausreichender Ermittlungsansatz für weitere Nachforschungen im sozialen Umfeld des Klägers.

Auch wenn der Gutachter eine infolge der Hafterfahrung eingetretene Nachreifung festgestellt haben will (vgl. die ergänzende Stellungnahme, S. 4 f.), so verbleibt namentlich auch aufgrund der in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Überzeugung des Senats ein rechtlich erhebliches Risiko der Begehung einer vergleichbaren Gewalttat.

Lediglich der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass die vom Beklagten betonte Feststellung der formellen Voraussetzungen des § 66 b a.F. StGB durch die Staatsanwaltschaft nichts besagt, weil hier gerade keinerlei Aussage zu den materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung („wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass er mit hoher Wahrscheinlichkeit erhebliche Straftaten begehen wird, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden“) gemacht wurde.

Nachdem die Beteiligten in der mündlichen Verhandlung wiederum über bestimmte Prozentränge für eine Eintrittswahrscheinlichkeit diskutiert haben und sie das auch schon in der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2010 getan hatten, möchte der Senat - wie auch schon das Verwaltungsgericht - abschließend eine wichtige Aussage des Gutachters in der mündlichen Verhandlung vom 27.10.2010 hervorheben, die der Senat seiner Entscheidung zugrunde legt. Er hatte dort ausdrücklich betont, dass sich die benannten Prozentränge nur aus einzelnen Checklisten und Tests ergäben und allein dienenden und ergänzenden Charakter haben können. Sie dürften in keinem Fall die auf der Exploration beruhende endgültige kriminalprognostische Beurteilung ersetzen oder maßgeblich mitbestimmen.

2. Ist der die Ausweisung tragende Grund schwerwiegend, so ist an sich der Kläger gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG in der Regel auszuweisen, weil er den Ausweisungstatbestand des § 53 Nr. 1 AufenthG verwirklicht hat. Das Regierungspräsidium hat den Kläger, insbesondere wegen der vorhandenen minderjährigen Kinder deutscher Staatsangehörigkeit, entsprechend den Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht (vgl. Urteil vom 23.10.2007 - 1 C 10.07 - VwZ 2008, 326) allerdings zutreffend nur im Ermessenswege

ausgewiesen. Es ist damit von einem die Regel durchbrechenden Ausnahmefall ausgegangen, denn allein durch die Herabstufung im Rahmen des § 56 Abs. 1 AufenthG wird dem besonderen Schutz des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG bzw. Art. 8 EMRK noch nicht hinreichend einzelfallbezogen Rechnung getragen. Im Rahmen der Ermessensentscheidung sind dann wesentlich konkreter und einzelfallbezogener neben allen ehelichen und familiären Umstände auch andere gewichtige persönlichen Belange (unter dem Aspekt des durch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK geschützten Privatlebens) zu berücksichtigen und eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen (vgl. zu alledem auch BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.08.2007 - 2 BvR 535/06 - NVwZ 2007, 1300). Der Senat geht in diesem Zusammenhang zugunsten des Klägers davon aus, dass die Ehefrau des Klägers und auch er weiter an der Ehe festhalten, weshalb diesem Umstand aufenthaltsrechtlich eine erhebliche und weit reichende, durch Art. 6 Abs. 1 Abs. 2 GG und Art. 8 EMRK vermittelte Schutzwirkung zukommt, zumal da die Ehefrau deutsche Staatsangehörige ist (vgl. schon BVerwG, Urteil vom 03.05.1973 - I C 33.72 - BVerwGE 42, 133; vom 27.09.1978 - 1 C 79.76 - BVerwGE 56, 246; vom 17.1.1989 - 1 C 46.86 - NVwZ 1989, 770; auch BVerfG, Beschluss vom 18.07.1979 - 1 BvR 650/77 - BVerfGE 51, 386; Kammerbeschluss vom 15.6.1993 - 2 BvR 900/93 - InfAuslR 1994, 311). Weiter wird der Schutz erheblich verstärkt durch den Umstand, dass der Kläger nach wie vor das Sorgerecht hinsichtlich seiner deutschen Kinder hat und auch während der Haft mit diesen regelmäßig Kontakt pflegt (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.05.1980 - I 55.75 - BVerwGE 60, 126; vom 19.10.1982 - 1 C 100.78 - EzAR 124 Nr. 6). Die Frage des konkreten Schutzes wird nicht allein durch die Herabstufung im Rahmen des § 56 Abs. 1 AufenthG erschöpfend beantwortet, ihr ist vielmehr im Rahmen der Ermessensausübung nochmals umfassend und differenziert nachzugehen. Der Schutz der deutsch/ausländischen Familie wird dabei nicht durch den Umstand relativiert, dass die Ehefrau und die Kinder selbst aus dem Heimatland des Klägers stammen (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 30.09.2009 - 13 S 440/09 -; HessVGH, Beschluss vom 15.07.2003 - 12 TG 1484/03 - InfAuslR 2003, 388).

Der Beklagte hat im Rahmen der von ihm angestellten und in der mündlichen Verhandlung ergänzten umfassenden Ermessenserwägungen alle relevanten

Belange eingestellt und auch zutreffend gewichtet. Der Beklagte hat zwar erwogen, dass die Ehefrau und seine Kinder wegen ihrer Herkunft mit dem Kläger nach Kirgisistan zurückkehren und ihnen dieses vorübergehend zuzumuten sein könnte, hat aber bei seiner Ermessenentscheidung die endgültige Trennung letztlich unterstellt. Was das Gewicht der Folgen der Trennung betrifft, kann der Senat nicht unberücksichtigt lassen, dass gegenwärtig keinerlei persönliche Beziehung zur Ehefrau besteht und der Kläger eine Wiederaufnahme strikt abgelehnt hat und weiter ablehnt. Der Kläger konnte dem Senat auch in der mündlichen Verhandlung nicht plausibel machen, dass er ernsthaft an einer Klärung der Beziehung mit dem Ziel einer Wiederaufnahme zu arbeiten gewillt ist. Auch die Beziehung zu seinen beiden Kindern ist nach den vom Kläger in der mündlichen Verhandlung gemachten Angaben auch unter angemessener Berücksichtigung der haftbedingten Erschwernisse eher lose und lässt eine intensive Teilhabe am Leben der Kinder vermissen. Es wurde auch nicht geltend gemacht, dass aus der ebenfalls maßgeblichen Sicht der Kinder eine besonders enge Bindung an den Vater besteht. Der Senat lässt ausdrücklich offen, ob in der Justizvollzugsanstalt F. häufigere persönliche Besuche möglich wären. Immerhin hat sich der Kläger gar nicht darauf berufen, dass diese nicht möglich wären, sondern ausschließlich geltend gemacht, der Bruder habe nicht mehr Zeit bzw. den Kindern werde bei der Autofahrt leicht schlecht. Der letztgenannte Grund leuchtet dem Senat nicht ein, wenn ein tiefer gehendes Interesse der Kinder bzw. des Klägers an einem unmittelbaren persönlichen Kontakt bestehen würde. Für diese Bewertung ist für den Senat maßgeblich, dass der Kläger beispielsweise keine genaueren Angaben über die Art der vom älteren Sohn besuchte Schule machen konnte, sondern erst auf entsprechende Nachfrage sagte, dass er nicht wisse, wie man die Schule bezeichne, und pauschal von „Mittelschule“ sprach. Dieser Umstand wie auch die Tatsache, dass er nur sehr allgemeine Angaben über den schulischen Werdegang der Kinder und deren sonstige Aktivitäten machen konnte, zeigen deutlich, dass das Interesse an seinen Kindern nicht besonders entwickelt ist. Beispielsweise konnte der Kläger nicht einmal präzise Angaben darüber machen, wo der ältere Sohn Taekwon-Do trainiere, ob etwa im Rahmen des Sportunterrichts oder außerhalb des schulischen Rahmens. Auch seine Schilderungen über den Ablauf der Besuchsaufenthalte in der Haft blieben sehr an der Oberfläche und blass. Vor

dem Hintergrund der eher größeren Abstände der Besuche in der Haft konnte der Senat nicht nachvollziehen, dass er in 4 ½ Jahren seine Kinder nur 1 bis 2 Mal angerufen hat. Die Erklärung, dass er aus der Justizvollzugsanstalt auf deren Mobiltelefone nicht anrufen dürfe, wertet der Senat als Ausflucht. Denn es fehlt jeder Anhalt dafür, dass die Kinder nicht auch über einen Festnetzanschluss erreichbar sein könnten, auch wenn die Mutter über einen solchen nicht verfügen sollte. Wenn schon ein telefonischer Kontakt praktisch nicht stattfindet, so wäre bei einer wirklich gelebten intensiven persönlichen Beziehung wenigstens ein intensiver schriftlicher Kontakt zu erwarten gewesen, den der Senat aber auch nicht feststellen konnte. Nach den Angaben des Klägers schickt er lediglich Postkarten, und dann auch nur an Geburtstagen und etwa an Weihnachten. Angesichts dieser persönlichen und familiären Verhältnisse und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Kläger erst im Alter von knapp 28 Jahren in das Bundesgebiet eingereist ist und nur 4 ½ Jahre straffrei im Bundesgebiet gelebt hat, erweist sich die Ausweisung in Ansehung der nicht von der Hand zu weisenden Besorgnis der Begehung vergleichbarer Gewalttaten und insbesondere unter Berücksichtigung der außerordentlich gravierenden Folgen der Tat auch nicht als unverhältnismäßig (vgl. auch die vom EGMR entwickelten sog. „Boultif/Üner-Kriterien, mit denen die Verhältnismäßigkeitsprüfung plausibel und operationabel gemacht werden kann; vgl. Urteil vom 02.08.2001 - Nr. 54273/00, Boultif/Schweiz - InfAuslR 2001, 476; vom 18.10.2006 - Nr. 46410/99, Üner/Niederlande - NVwZ 2007, 1279; vom 23.06.2008 - Nr. 1683/04, Maslov/Deutschland II - InfAuslR 2008, 333).

Der Senat kann daher offen lassen, ob die Ausweisung auch allein durch generalpräventive Erwägungen getragen wäre (vgl. hierzu Senatsurteil vom 18.03.2011 - 11 S 2/11 - juris).

II. Für den Kläger ergeben sich auch aus Europarecht keine weitergehende Rechte, die seiner Ausweisung entgegenstehen.

1. a) Der Europäische Gerichtshof hat zwar mit Urteil vom 08.03.2011 in der Rechtssache C-34/09 (Ruiz Zambrano) in einem familiär ähnlich gelagerten Fall u.a. entschieden, dass dem drittstaatsangehörigen Vater eines Kindes mit

der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates, dem er Unterhalt gewährt, unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft (des Kindes) nach Art. 20 AEUV ein Aufenthalts- und Arbeitsanspruch zustehen kann.

Ob damit, insbesondere was die Beurteilung der Rechte drittstaatsangehöriger Familienmitglieder betrifft, eine generelle Gleichstellung mit solchen Unionsbürgern verbunden ist, die bereits einmal von ihrer mit der Unionsbürgerschaft verbundenen Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, und ob etwa die Bestimmungen der Unionsbürger-RL 2004/38/EG (namentlich dessen Art. 28) entsprechend anzuwenden sind (vgl. zum Anwendungsbereich deren Art. 3 Abs. 1 und nunmehr auch EuGH, Urteil vom 05.05.2011, Rs C-434/09, McCarthy), kann der Senat offenlassen (vgl. zu dieser Frage auch das Vorabentscheidungsersuchen des Senats vom 20.01.2011 - 11 S 1069/10 - InfAusIR 2011, 133). Denn Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38/EG stünde einer Ausweisung nicht entgegen (vgl. hierzu unten) und Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38/EG wäre ohnehin im Falle des Klägers nicht anwendbar, da er sich noch nicht 10 Jahre im Bundesgebiet aufhält.

Folge der nicht möglichen unmittelbaren Anwendbarkeit der Unionsbürger-RL 2004/38/EG ist dann auch, dass das FreizügigkeitsG/EU hier ebenfalls nicht unmittelbar anzuwenden ist, es vielmehr bei der Geltung der allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Regeln zu verbleiben hat. Diese sind allerdings unionsrechtskonform zu handhaben.

b) Auch wenn infolge des Inkrafttretens des Vertrags von Lissabon am 01.12.2009 in Art. 24 der Grundrechtecharta (GRCh) die Kinderrechte gestärkt und bekräftigt werden, gilt der nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Ruiz Zambrano“ aus der Unionsbürgerschaft nach Art. 20 AEUV folgende Aufenthaltsanspruch der drittstaatsangehörigen Eltern - ungeachtet einer möglichen entsprechenden Anwendbarkeit des Art. 28 RL 2004/38/EG - nicht unbeschränkt. Wie für den Fortbestand der Unionsbürgerschaft selbst (vgl. EuGH, Urteil vom 02.03.2010, Rs. C-135/08, Rottmann, Rn. 55), muss auch für deren Reichweite der primärrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fruchtbar gemacht werden (vgl. Art. 5 Abs. 4 EUV). Hiernach gehen die

Maßnahmen der Union inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus. Um hierbei die von Art. 6 Abs. 2 EUV sowie Art. 52 Abs. 3 und 7 GRCh angestrebte Einheitlichkeit des europäischen Menschenrechtsschutzes, d.h. den angestrebten materiell-rechtlichen Gleichlauf zwischen EU-Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) des Europarates zu erreichen, sind bei straffällig gewordenen Eltern die vom Straßburger Menschenrechtsgerichtshof zu Art. 8 EMRK entwickelten sog. Boultif/Üner-Kriterien heranzuziehen (EGMR, Urteil vom 02.08.2001 - 54273/00 <Boultif>- InfAuslR 2001, 476; Urteil vom 05.07.2005 - 46410/99 <Üner> - InfAuslR 2005, 450), die der Gerichtshof etwa im Urteil Chair vom 06.12.2007 - 69735/01 - InfAuslR 2008, 111 (Rn. 58 ff.) zusammengefasst hat.

Ob der Eingriff in das unionsbürgerliche Aufenthaltsrecht des Elternteils nach Art. 20 AEUV sowie das geschützte Familien- und Privatleben im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft notwendig, insbesondere verhältnismäßig ist, entscheidet sich mithin immer im konkreten Einzelfall unter Abwägung der aufgeführten verschiedenen Belange. Wie der Senat unter I. ausgeführt hat, führt jedoch auch die Anwendung der Boultif/Üner-Kriterien im konkreten Einzelfall des Klägers nicht zu einem ihm günstigen Ergebnis.

c) Die Ausweisung des Klägers, dem grundsätzlich der unionsbürgerrechtliche Schutz nach Art. 20 AEUV zukommt, erweist sich auch nicht bei Berücksichtigung der sonstigen Maßstäbe des Europäischen Gerichtshofs zu Ausweisungen als rechtswidrig. Zwar ist die Möglichkeit einer Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit nach Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38/EG (in entsprechender Anwendung) und der hierzu ergangenen ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs nur dann eröffnet, wenn in restriktiver Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Ausnahmebestimmungen unter Ausschluss generalpräventiver Überlegungen aufgrund eines persönlichen Verhaltens des Betroffenen eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung von diesem ausgeht, die darüber hinaus ein Grundinteresse der Gesellschaft berühren muss (vgl. EuGH, Urteil vom 26.02.1975 - Rs 67/74,

Bonsignore - Slg. 1975, 297; vom 28.10.1975 - Rs. 36/75, Rutili - Slg. 1975, 1219; vom 27.10.1977 - Rs. 30/77, Bouchereau - Slg. 1977, 1999; vom 18.05.1982 - Rs. 115 und 116/81, Adoui und Cornuaille - Slg. 1982, 1665; vom 18.05.1989 - Rs. 249/86, Kommission/Bundesrepublik - Slg. 1989, 2363; vom 19.01.1999 - C-348/96, Calfa - Slg. 1999, I-11). Dieser Maßstab verweist - anders als der Begriff der Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung im deutschen Polizei- und Ordnungsrecht - nicht auf die Gesamtheit aller Rechtsnormen, sondern nur auf einen spezifischen Rechtsgüterschutz, nämlich im Verständnis des Gerichtshofs auf ein Grundinteresse der Gesellschaft, das tatsächlich berührt sein muss. Dabei ist zu beachten, dass eine in der Vergangenheit erfolgte strafgerichtliche Verurteilung allein nur dann ausreichen kann, wenn die ihr zugrunde liegenden Umstände ein künftiges persönliches Verhalten erkennen lassen, das die beschriebene Gefährdung ausmacht (EuGH, Urteil vom 29.04.2004 - Rs. C-482/01 und C-493/01, Orfanopoulos und Oliveri - Slg. 2004, I-5257). Die Gefährdung kann sich allerdings auch allein aufgrund eines strafgerichtlich abgeurteilten Verhaltens ergeben (EuGH, Urteil vom 27.10.1977 - Rs. 30/77, Bouchereau - a.a.O.). Andererseits kann und darf es unionsrechtlich gesehen keine Regel geben, wonach bei schwerwiegenden Straftaten das abgeurteilte Verhalten zwangsläufig die hinreichende Besorgnis der Begehung weiterer Straftaten begründet ist. Maßgeblich ist allein der jeweilige Einzelfall, der eine umfassende Würdigung aller Umstände der Tat und der Persönlichkeit des Betroffenen erfordert (vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 30.06.1998 - 1 C 27.95 - InfAusIR 1999, 59).

aa) Der Europäische Gerichtshof billigt den Mitgliedstaaten bei der Beurteilung dessen, was ein eigenes „gesellschaftliches Grundinteresse“ sein soll, einen gewissen Spielraum zu (vgl. Urteil vom 28.10.1975 - Rs. 36/75, Rutili - a.a.O.). Gleichwohl bleiben die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gemeinschafts- bzw. unionsrechtliche Begriffe, die nicht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ausgelegt werden können.

bb) Für die Festlegung der entscheidungserheblichen Wiederholungsgefahr und des Maßes der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts soll nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch bei der Anwendung der

dargestellten unionsrechtlichen Grundsätze entsprechend dem allgemein geltenden aufenthalts- wie ordnungsrechtlichen Maßstab ein differenzierter, mit zunehmendem Ausmaß des möglichen Schadens abgesenkter Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts gelten mit der Folge, dass insbesondere bei einer Gefährdung des menschlichen Lebens oder bei drohenden schweren Gesundheitsbeeinträchtigungen auch schon die entfernte Möglichkeit eines Schadenseintritts eine Aufenthaltsbeendigung rechtfertigen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 02.09.2009 - 1 C 2.09 - InfAuslR 2010, 3). Diese Sichtweise ist mit den vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Grundsätzen nicht vereinbar. Dessen Rechtsprechung lassen sich keine verifizierbaren und tragfähigen Ansätze für eine derartig weitgehende Relativierung des Wahrscheinlichkeitsmaßstabes entnehmen; sie werden vom Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 02.09.2009 sowie in den dort in Bezug genommenen anderen Entscheidungen auch nicht bezeichnet. Das vom Europäischen Gerichtshof gerade regelmäßig herausgestellte Erfordernis der engen Auslegung der Ausnahmevorschrift und die inzwischen in ständiger Spruchpraxis wiederholten Kriterien der tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung eines gesellschaftlichen Grundinteresses, der die Vorstellung zugrunde liegt, dass im Interesse einer möglichst umfassenden Effektivierung der Grundfreiheiten die Aufenthaltsbeendigung und damit die vollständige Unterbindung der jeweils in Frage stehenden Grundfreiheit nur die „ultima ratio“ sein darf, stehen einem solchen Verständnis entgegen; es ist auch nicht durch den den Mitgliedstaaten eingeräumten Beurteilungsspielraum bei der Festlegung des jeweiligen Grundinteresses gedeckt. Denn andernfalls wäre gerade die hier unmittelbar unionsrechtlich gebotene und veranlasste enge Auslegung nicht mehr gewährleistet.

Das Kriterium der tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung ist nicht in dem Sinn zu verstehen, dass auch eine „gegenwärtige Gefahr“ im Sinne der traditionellen Begrifflichkeit des deutschen Polizei- und Ordnungsrechts vorliegen muss, die voraussetzt, dass der Eintritt des Schadens sofort und nahezu mit Gewissheit, jedenfalls aber mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist. Von einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung kann daher nach Auffassung des Senats immer dann ausgegangen werden, wenn unter Berücksichtigung aller für und gegen den Betroffenen einzustellenden Ge-

sichtspunkte bei einer wertenden Betrachtungsweise gewichtige Gründe dafür sprechen, dass der Schaden in einer überschaubaren Zeit eintreten wird. Wie der Senat unter I. ausgeführt hat, ist dieses im Falle des Klägers anzunehmen.

cc) Der Senat geht dabei zugunsten des Klägers davon aus, dass die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Voraussetzungen eines unionsrechtlichen Schutzes vorliegen, auch wenn der Kläger aktuell seinen Kindern – abgesehen von gelegentlichen kleineren Geschenken – keinen Unterhalt leistet. Denn die Tatsache, dass er dies bis zu seiner Inhaftierung regelmäßig getan hat und er nunmehr aus objektiven Gründen daran gehindert ist, muss genügen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass er nach seiner Entlassung, so er über Erwerbseinkommen verfügt, weiter Unterhalt leisten wird.

Angesichts der weiter bestehenden relevanten und nicht zu vernachlässigenden Wiederholungsgefahr erweist sich jedoch auch in Anwendung der unionsrechtlichen und menschenrechtlichen Maßstäbe die Ausweisung als ermessensfehlerfrei sowie als verhältnismäßig und durch ein Grundinteresse der Gesellschaft am Schutz der körperlichen Integrität ihrer Bewohner gerechtfertigt. Insbesondere hat der Beklagte sich nach der Erörterung möglicher unionsrechtlicher Vorgaben in der mündlichen Verhandlung dieser vergewissert und seine Ermessenserwägungen überprüft sowie seine unionsrechtlich tragfähigen Überlegungen, weshalb an der Ausweisungsverfügung festgehalten werden soll, nachvollziehbar dargelegt (vgl. Seite 3 der Niederschrift vom 04.05.2011).

III. Die Abschiebungsandrohung sowie die Anordnung der Abschiebung aus der Haft finden ihre Rechtsgrundlage in § 59 Abs. 1, 2 und 5 AufenthG. Der Senat kann offen lassen, ob sich für die Ausgestaltung einer Abschiebungsandrohung nunmehr besondere Vorgaben aus der Rückführungs-RL 2008/115/EG ergeben. Denn die Richtlinie gilt nach deren Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Nr. 4 nur für Rückkehrentscheidungen (vgl. auch deren Art. 6), die gegenüber illegal aufhältigen Ausländern ergehen. Der Kläger ist jedoch erst mit Wirksamwerden der Ausweisungsverfügung, die in entsprechender Anwendung des § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG zum Erlöschen gebracht hat, zum illegal aufhältigen Ausländer geworden.

IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Zulassung der Revision auf § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 10 32 64, 68032 Mannheim, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung der Bundesregierung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof vom 26. November 2004 (BGBl. I S. 3091) eingelegt wird.

Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirt-

schaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VwGO bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen, jedoch nur in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten. Die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Sätze 3, 5 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

XXX

XXX

XXX