

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Ausländerrecht

Rechtsquelle/n:

AufenthG §§ 1, 11, 62, 66, 67, 69

FreizügG/EU §§ 1, 2, 6, 7, 11

VwVfG BY Art. 43 Abs. 2

Richtlinie 2004/38/EG Art. 27, 30, 32

Richtlinie 73/148/EWG Art. 8

Titelzeile:

Abschiebung eines vor dem EU-Beitritt Bulgariens ausgewiesenen Bulgaren nur nach Prüfung des Freizügigkeitsverlustes

Stichworte:

Ausweisung; Abschiebung; Abschiebungskosten; Drittstaatsangehöriger; Unionsbürger; Bulgarien; Beitritt; Einreise- und Aufenthaltsverbot; Bestandskraft; Wirksamkeit; Freizügigkeitsrecht; Verlustfeststellung; Befristung.

Leitsätze:

1. Eine vor Erlangung des Unionsbürgerstatus nach den für Drittstaatsangehörige geltenden Vorschriften ausgesprochene bestandskräftige Ausweisung eines nunmehrigen Unionsbürgers wird mit dem Beitritt des Landes seiner Staatsangehörigkeit zur Europäischen Union (hier: Bulgarien zum 1. Januar 2007) nicht wirkungslos und steht im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU einer Verlustfeststellung gleich (vgl. BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - BVerwGE 151, 361).
2. Die Ausländerbehörde darf einen Unionsbürger auf der Grundlage einer solchen Ausweisung nur abschieben, wenn sie zuvor in einer rechtsmittelfähigen Entscheidung festgestellt hat, dass die regelmäßig strengeren Voraussetzungen für eine Beschränkung seines Freizügigkeitsrechts als Unionsbürger vorliegen.
3. Diese Entscheidung muss nicht zwingend in Form einer Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU ergehen. Sie kann auch im Rahmen einer die unionsrechtlichen Anforderungen an die Aufrechterhaltung des Einreise- und Aufenthaltsverbots beachtenden Befristungsentscheidung nach § 7 FreizügG/EU erfolgen.

Urteil des 1. Senats vom 14. Dezember 2016 - BVerwG 1 C 13.16



- I. VG München vom 28. Juli 2011  
Az: VG M 12 K 11.1363
- II. VGH München vom 25. November 2015  
Az: VGH 10 B 13.2080



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 1 C 13.16  
VGH 10 B 13.2080

Verkündet  
am 14. Dezember 2016

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 2016  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlit,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig sowie  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Fricke, Dr. Rudolph und  
Dr. Wittkopp

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des  
Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25. November  
2015 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Aus-  
nahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger, ein 1962 geborener bulgarischer Staatsangehöriger, wendet sich gegen die Heranziehung zu Abschiebungskosten.
- 2 Der Kläger kam erstmals 1983 nach Deutschland. Er stellte unter Angabe falscher Personalien einen Asylantrag, wurde als Asylberechtigter anerkannt und

erhielt eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis. Die Anerkennung wurde 1995 widerrufen; der Aufenthaltstitel ist spätestens 1999 durch Rückkehr des Klägers nach Bulgarien erloschen. Der Kläger ist im Bundesgebiet wiederholt strafrechtlich in Erscheinung getreten.

- 3 Mit bestandskräftigem Bescheid vom 7. Juni 2005 wies die Beklagte den Kläger gestützt auf den Regelausweisungstatbestand des § 54 Nr. 3 AufenthG a.F. aus dem Bundesgebiet aus. In der Folgezeit reiste der Kläger wiederholt in das Bundesgebiet ein und beging weitere Straftaten. Nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union im Jahr 2007 teilte ihm die Beklagte mit, dass eine nachträgliche Befristung der Ausweisungswirkungen von Amts wegen nicht in Frage gekommen sei, er aber einen Befristungsantrag stellen könne, über den unter Beurteilung der gegenwärtig von ihm ausgehenden Gefahr zu entscheiden sei. Daraufhin stellte der Kläger im Oktober 2007 einen Befristungsantrag, über den nicht entschieden wurde. Stattdessen wurde er im Februar 2010 und nach erneuter Einreise nochmals im Januar 2011 von der Beklagten nach Bulgarien abgeschoben.
- 4 Mit Leistungsbescheid vom 15. Februar 2011 setzte die Beklagte die vom Kläger zu tragenden Kosten für beide Abschiebungen auf insgesamt 4 764,54 € fest. Der Betrag enthält u.a. die Kosten der Abschiebungshaft im Zusammenhang mit der zweiten Abschiebung in Höhe von 1 843,44 € (24 Tage zu 76,81 €).
- 5 Im Klageverfahren begehrte der Kläger u.a. die Aufhebung des Leistungsbescheids hinsichtlich der Kosten der Abschiebungshaft im Zusammenhang mit der zweiten Abschiebung, soweit diese für mehr als sieben Tage in Ansatz gebracht worden sind. Das Verwaltungsgericht hat die Klage insoweit abgewiesen. Der Verwaltungsgerichtshof hat den Leistungsbescheid hingegen auch hinsichtlich der Kosten für die vor der zweiten Abschiebung vollstreckte Abschiebungshaft von mehr als sieben Tagen aufgehoben. Er hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass der Kläger nicht in Abschiebungshaft hätte genommen werden dürfen, weil er mit dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union den Status eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbür-

gers erlangt habe. Unionsbürger könnten zwar nach einer Verlustfeststellung abgeschoben werden. Auf sie fänden die Vorschriften im Aufenthaltsgesetz über die Abschiebungshaft aber keine Anwendung. Die vor Erlangung der Unionsbürgerschaft nach den Regeln für Drittstaatsangehörige ausgesprochene Ausweisung des Klägers habe mit dem Beitritt Bulgariens ihre Wirksamkeit verloren. Sie stehe einer Verlustfeststellung nicht gleich, da bei ihrem Erlass - anders als bei der Ausweisung eines Unionsbürgers vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes - die sich aus dem Unionsrecht ergebenden Beschränkungen nicht berücksichtigt werden könnten. Im Übrigen verbiete sich bei der Anordnung von Sicherungshaft wegen des hohen Ranges des grundrechtlichen Schutzes vor ungerechtfertigten freiheitsentziehenden Maßnahmen nicht nur eine analoge Anwendung materiellrechtlicher Ermächtigungsgrundlagen, sondern auch eine übermäßig erweiternde Auslegung. Eine solche läge jedoch vor, wenn man der nach nationalem Recht erfolgten Ausweisung trotz unterschiedlicher materieller Voraussetzungen die gleichen Rechtsfolgen wie einer Verlustfeststellung beimessen und damit die Anwendbarkeit des Aufenthaltsgesetzes über § 11 Abs. 1 und 2 FreizügG/EU hinaus eröffnen würde.

- 6 Die Beklagte macht mit der Revision geltend, eine gegenüber einem Drittstaatsangehörigen verfügte Ausweisung erledige sich nicht mit dem Entstehen eines freizügigkeitsbegründenden Sachverhaltes. § 11 Abs. 2 FreizügG/EU umfasse über seinen Wortlaut hinaus wegen der identischen Rechtswirkungen auch eine solche Ausweisung. Mangels einer speziellen Regelung der Abschiebungshaft im FreizügG/EU komme damit § 62 AufenthG zur Anwendung.
- 7 Der Kläger verteidigt die angegriffene Entscheidung.
- 8 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht beteiligt sich am Verfahren. Er teilt die Auffassung der Beklagten zur fortgeltenden Wirkung der Ausweisung. Dem Freizügigkeitsrecht sei durch einen Anspruch auf Überprüfung und Befristung der aufenthaltsbeschränkenden Maßnahme nach den Maßstäben des Freizügigkeitsrechts Rechnung zu tragen.

II

- 9 Die Revision der Beklagten hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht ist zwar unter Verstoß gegen revisibles Recht davon ausgegangen, dass bei Unionsbürgern die Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes über die Anordnung von Abschiebungshaft und die Geltendmachung der hierbei entstehenden Kosten generell keine Anwendung finden (1.). Gleiches gilt für die Annahme, dass die vor Erlangung des Unionsstatus ausgesprochene Ausweisung des Klägers mit dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union im Jahr 2007 unwirksam geworden ist (2.). Das Berufungsurteil stellt sich aber aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union bedurfte es einer rechtsmittelfähigen Entscheidung der Ausländerbehörde, ob beim Kläger auch die regelmäßig strengeren Voraussetzungen für eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts vorliegen. Ohne diese Entscheidung durfte die Beklagte von der - weiterhin wirksamen - Ausweisung keinen Gebrauch machen. Dies führt zur Rechtswidrigkeit der Abschiebungen mit der Folge, dass der Kläger nicht für die noch im Streit befindlichen Abschiebungshaftkosten anlässlich der zweiten Abschiebung haftet (3.).
- 10 Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung des angefochtenen Leistungsbescheids ist die Sach- und Rechtslage bei seinem Erlass. Mithin finden das Aufenthaltsgesetz - AufenthG - in der Fassung des am 4. August 2009 in Kraft getretenen Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten (GewVVG) vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2437) und das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern - FreizügG/EU - in der am 1. März 2008 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes zur Änderung des Bundespolizeigesetzes und anderer Gesetze (BPolGuaÄndG) vom 26. Februar 2008 (BGBl. I S. 215) Anwendung. Die im Rahmen der Prüfung des Leistungsbescheids inzident zu beurteilende Rechtmäßigkeit der zweiten Abschiebung und der in diesem Zusammenhang angeordneten Abschiebungshaft bestimmt sich hingegen nach der seinerzeit geltenden Rechtslage (stRspr, vgl. BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 2012 - 1 C 13.11 - BVerwGE 144, 230 Rn. 29).

- 11 Der angefochtene Bescheid findet seine Rechtsgrundlage in § 66 Abs. 1 und § 67 Abs. 1 und 3 AufenthG. Nach § 66 Abs. 1 AufenthG hat der Ausländer u.a. die Kosten zu tragen, die durch die Durchsetzung einer Abschiebung entstehen. Den Umfang der zu erstattenden Kosten bestimmt § 67 Abs. 1 AufenthG. Danach umfassen die Kosten der Abschiebung auch die bei der Vorbereitung und Durchführung der Maßnahme entstehenden Verwaltungskosten einschließlich der Kosten für eine Abschiebungshaft nach § 62 AufenthG. Die Kosten werden nach § 67 Abs. 3 Satz 1 AufenthG durch Leistungsbescheid in Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten erhoben.
  
- 12 1. Der Anwendbarkeit dieser Bestimmungen steht nicht entgegen, dass der Kläger als bulgarischer Staatsangehöriger Unionsbürger ist. Zwar findet das Aufenthaltsgesetz auf Unionsbürger grundsätzlich keine Anwendung (BVerwG, Urteil vom 4. September 2007 - 1 C 21.07 - BVerwGE 129, 243 Rn. 15). Das Freizügigkeitsgesetz/EU enthält in § 11 Abs. 1 und 2 FreizügG/EU aber Rückverweisungen auf das Aufenthaltsgesetz.
  
- 13 Die hier einschlägigen Regelungen über die Abschiebungshaft in § 62 AufenthG und über die Haftung des Ausländers für die Abschiebungskosten in §§ 66 und 67 AufenthG finden sich zwar nicht im Katalog der nach § 11 Abs. 1 FreizügG/EU auf freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger anwendbaren Bestimmungen. Nach § 11 Abs. 2 FreizügG/EU findet das Aufenthaltsgesetz aber auch Anwendung, wenn die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt festgestellt hat, sofern das Freizügigkeitsgesetz/EU keine besonderen Regelungen trifft. Dieser umfassende Verweis in § 11 Abs. 2 AufenthG dient als Auffangnorm und greift, soweit sich im Freizügigkeitsgesetz/EU keine Rückausnahme findet. Wie sich aus § 7 Abs. 1 FreizügG/EU ergibt, geht das Freizügigkeitsgesetz/EU von der grundsätzlichen Möglichkeit der Abschiebung eines Unionsbürgers aus, enthält hinsichtlich ihrer Durchführung aber keine eigenen Regelungen. Damit richtet sich die Abschiebung von Unionsbürgern nach den allgemeinen Regeln des Aufenthaltsgesetzes (so zutreffend auch Nr. 11.2.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU - AVV zum FreizügG/EU - vom 3. Februar 2016 <GMBI. 2016 Nr. 5 S. 86>). Dies gilt auch für die Bestimmungen über die In-

haftnahme zur Sicherung einer Abschiebung und die Haftung für die Kosten einer Abschiebung. Bei der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes sind allerdings die Grundsätze des Unionsrechts über die Einschränkung des Freizügigkeitsrechts von Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen innerhalb der Europäischen Union zu beachten (vgl. Nr. 11.0.3 und speziell zur Abschiebehaft Nr. 7.1.5 der AVV zum FreizügG/EU).

- 14 2. Der Anwendung des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU steht entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegen, dass im Fall des Klägers keine Verlust- oder Nichtbestehensfeststellung ergangen ist. Denn der Kläger ist vor dem Beitritt des Landes seiner Staatsangehörigkeit in die Europäische Union und damit vor Erlangung des Unionsbürgerstatus nach den für Drittstaatsangehörige geltenden Regeln bestandskräftig ausgewiesen worden. Diese Ausweisung ist weiterhin wirksam (a) und steht im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU einer Verlustfeststellung gleich (b).
- 15 a) Die 2005 auf den Regelausweisungstatbestand des § 54 Nr. 3 AufenthG a.F. gestützte Ausweisung des Klägers diente der Gefahrenabwehr und hatte nach § 11 Abs. 1 AufenthG ein gesetzliches Verbot der Wiedereinreise und des Aufenthalts zur Folge. Diese Ausweisung hat sich 2007 mit dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union nicht erledigt (aa). Ihre Unwirksamkeit ergibt sich auch nicht aus dem Fehlen einer Befristungsentscheidung (bb).
- 16 aa) Nach allgemeinem Verwaltungsrecht - hier Art. 43 Abs. 2 VwVfG BY - bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Diese Regelung ist Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze, insbesondere des Grundsatzes der Rechtssicherheit. Mit dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union hat sich die Ausweisung des Klägers insbesondere nicht durch Wegfall des Regelungsobjektes auf andere Weise erledigt. Der Kläger ist als Unionsbürger weiterhin möglicher Adressat eines Einreise- und Aufenthaltsverbots zum Zwecke der Gefahrenabwehr. Dass sich mit Erlangung des Unionsbürgerstatus die Sach- und Rechtslage geändert hat, ändert daran nichts. Die Ausweisung hat mit Erlangung des Unionsbürgerstatus weder ihre

Eignung, rechtliche Wirkungen zu erzeugen, noch die ihr innewohnende Steuerungsfunktion verloren (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. April 2011 - 1 C 2.10 - BVerwGE 139, 337 Rn. 14 m.w.N.). Auch im Freizügigkeitsgesetz/EU und im Aufenthaltsgesetz findet sich keine Regelung, wonach die Ausweisung eines Drittstaatsangehörigen mit der Erlangung des Unionsbürgerstatus wirkungslos wird. Unionsbürger können seit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes/EU am 1. Januar 2005 zwar nicht mehr ausgewiesen werden; an die Stelle der Ausweisung ist bei ihnen die Verlustfeststellung getreten (§ 6 FreizügG/EU), die ebenfalls ein gesetzliches Einreise- und Aufenthaltsverbot zur Folge hat (§ 7 Abs. 2 FreizügG/EU). Diese Rechtsänderung führte nicht zur Unwirksamkeit einer zuvor bestandskräftig verfügten Ausweisung (BVerwG, Urteil vom 4. September 2007 - 1 C 21.07 - BVerwGE 129, 243 Rn. 14 f.). Dies gilt auch in Fällen, in denen die Ausweisung vor Erlangung des Unionsbürgerstatus nach den für Drittstaatsangehörige geltenden Regelungen erfolgte (BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - BVerwGE 151, 361 Rn. 13). Dem Aufenthaltsrecht ist auch nicht zu entnehmen, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine Ausweisung, die - wie hier - nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes/EU ausgesprochen wurde, mit dem Entstehen eines freizügigkeitsrelevanten Sachverhalts gegenstandslos werden soll.

- 17 Unionsrecht steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) gehört zu den anerkannten allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts auch die Rechtssicherheit, zu der die Bestandskraft von Verwaltungsakten beiträgt, die nach Ablauf angemessener Klagefristen oder Erschöpfung des Rechtswegs eintritt. Zwar kann die zuständige Behörde, wenn sich im Nachhinein die Unvereinbarkeit einer Verwaltungsentscheidung mit dem Unionsrecht zeigt, dazu verpflichtet sein, ihre bestandskräftige Entscheidung zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern. Dies ändert aber nichts daran, dass ein bestandskräftiger Verwaltungsakt wirksam bleibt, solange er nicht geändert wird (EuGH, Urteile vom 13. Januar 2004 - C-453/00 [ECLI:EU:C:2004:17], Kühne und Heitz - Rn. 24 ff., vom 19. September 2006 - C-392/04, 422/04 [ECLI:EU:C:2006:586], i-21 Germany und Arcor - Rn. 51 f. und vom 12. Februar 2008 - C-2/06 [ECLI:EU:C:2008:78], Kempster - Rn. 37 f.). Dies gilt erst recht, wenn die mögliche Unvereinbarkeit mit dem Uni-

onsrecht - wie hier - erst durch eine nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage eintritt. Auch der Richtlinie 2004/38/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 158 S. 77) - Unionsbürger-RL - ist nicht zu entnehmen, dass die an die Ausweisung eines nunmehrigen Unionsbürgers anknüpfenden gesetzlichen Sperrwirkungen mit dem Beitritt des Landes seiner Staatsangehörigkeit zur Europäischen Union unwirksam werden.

- 18 bb) Nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union war zwar über eine Befristung des mit der Ausweisung eingetretenen Einreise- und Aufenthaltsverbots nach der Befristungsregelung in § 7 Abs. 2 FreizügG/EU zu entscheiden, die in sinngemäßer Anwendung auch die fortwirkenden Rechtsfolgen einer vor dem Beitritt ergangenen Ausweisung erfasst und den Vorgaben in Art. 32 Unionsbürger-RL hinsichtlich der zeitlichen Wirkungen eines Aufenthaltsverbots entspricht (BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - BVerwGE 151, 361 Rn. 14 m.w.N.). Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung führt aber nicht zur Unwirksamkeit der Ausweisung. Nach der Rechtsprechung des EuGH dürfen einem Unionsbürger zwar unabhängig vom rechtlichen Schicksal eines nach nationalem Recht bestandskräftigen Verwaltungsakts dessen Wirkungen nicht entgegengehalten werden, wenn diese mit zwingenden, unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des Unionsrechts unvereinbar sind (EuGH, Urteil vom 29. April 1999 - C-224/97 [ECLI:EU:C:1999:212], Ciola - Rn. 25 ff.). Dies war hier nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union und der damit verbundenen Änderung der Sach- und Rechtslage aber nicht der Fall. Die fortgeltenden gesetzlichen Wirkungen der Ausweisung des Klägers sind auf unionsrechtlicher Ebene nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union an der Unionsbürger-Richtlinie zu messen (BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - BVerwGE 151, 361 Rn. 14 m.w.N.). Danach ist dem unionsrechtlichen Freizügigkeitsrecht dadurch Rechnung zu tragen, dass Unionsbürger nach Maßgabe des Art. 32 Unionsbürger-RL eine Befristung der Ausweisungswir-

kungen verlangen können. Das Unionsrecht enthält hingegen keine Regelung, derzufolge eine aufenthaltsbeendende Maßnahme bei Nichtvorliegen eines eine Beschränkung der Freizügigkeit rechtfertigenden Grundes ohne eine solche Befristung wirkungslos wird. Art. 32 Abs. 1 Satz 2 Unionsbürger-RL enthält lediglich eine Bearbeitungsfrist bei Stellung eines Antrags, deren fruchtloser Ablauf nicht sanktioniert ist. Auch Art. 32 Abs. 2 Unionsbürger-RL ist zu entnehmen, dass allein das Bestehen eines Befristungsanspruchs das durch eine aufenthaltsbeendende Maßnahme entstandene Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht zum Wegfall bringt.

- 19 b) Die vor Erlangung des Unionsbürgerstatus erlassene und weiterhin wirksame Ausweisung des Klägers steht im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU einer Verlustfeststellung gleich. Der Senat hat bereits entschieden, dass § 11 Abs. 2 FreizügG/EU über seinen Wortlaut hinaus nicht nur für Verlustfeststellungen, sondern auch für "Altausweisungen" von Unionsbürgern gilt, die vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes/EU am 1. Januar 2005 verfügt worden sind. Begründet hat er dies damit, dass die Verlustfeststellung nach § 6 FreizügG/EU intertemporal dem auf einer bestandskräftigen Ausweisung beruhenden Verlust des Freizügigkeitsrechts gleichsteht, da sich die Rechtswirkungen beider Rechtsakte entsprechen (BVerwG, Urteil vom 4. September 2007 - 1 C 21.07 - BVerwGE 129, 243 Rn. 14 f.). Dies gilt auch dann, wenn die Ausweisung erfolgt ist, bevor der Unionsbürger eine Freizügigkeitsberechtigung erlangt hatte und noch nach den für Drittstaatsangehörige geltenden Regeln ausgewiesen worden war (BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - BVerwGE 151, 361 Rn. 13). Der Hinweis des Berufungsgerichts, der der Entscheidung des Senats vom 25. März 2015 zugrunde liegende Sachverhalt sei mit dem Vorliegenden nicht vergleichbar, da der Drittstaatsangehörige seinerzeit vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsgesetzes/EU ausgewiesen worden sei, ändert nichts am Aussagegehalt des vom Senat aufgestellten - weitergehenden - Rechtssatzes, durch den die in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstrittene Rechtsfrage geklärt werden sollte, ob § 11 Abs. 2 FreizügG/EU auch dann Anwendung findet, wenn die Ausweisung - wie hier - nicht gegenüber einer freizügigkeitsberechtigten Person, sondern gegenüber einem nicht freizügigkeits-

berechtigten Drittstaatsangehörigen ausgesprochen worden ist, auf den das Freizügigkeitsgesetz/EU erst nachträglich Anwendung findet.

- 20 Dieser (erweiternden) Auslegung des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU steht nicht entgegen, dass bei Unionsbürgern grundsätzlich eine Vermutung für ein Freizügigkeitsrecht spricht. Denn diese Vermutung greift nicht, wenn gegen den Betroffenen - wie hier - eine bestandskräftige und weiterhin wirksame Ausweisungsverfügung ergangen ist, die kraft Gesetzes mit einem Einreise- und Aufenthaltsverbot verknüpft ist. Die Ausführungen des Berufungsgerichts überzeugen im Übrigen auch in der Sache nicht. Sie verkennen den Unterschied zwischen den rechtlichen Voraussetzungen für eine Ausweisung und eine Verlustfeststellung und den gesetzlichen Wirkungen beider Maßnahmen. Ein Wegfall der gesetzlichen Wirkungen der Ausweisung käme nur in Betracht, wenn dieser Verwaltungsakt aufgehoben oder aber seine Rechtsfolgen nach dem Unionsrecht nicht mehr zulässig wären. Keine dieser beiden Voraussetzungen ist mit dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union eingetreten. Vielmehr stimmen die aufenthaltsrechtlichen Wirkungen der Ausweisung mit denjenigen der Verlustfeststellung überein. Sie sind mit dem Beitritt allerdings wie die Verlustfeststellung an den unionsrechtlichen Vorgaben der Unionsbürger-Richtlinie zu messen. Soweit das Berufungsgericht auf die unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen hinweist, ist diesem Gesichtspunkt von der Ausländerbehörde im Befristungsverfahren Rechnung zu tragen. Gegen eine Gleichstellung beider Maßnahmen im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU spricht auch nicht der hohe Rang des grundrechtlichen Schutzes vor ungerechtfertigten freiheitsentziehenden Maßnahmen. Die aufenthaltsrechtliche Gleichstellung einer in ihren Rechtswirkungen fortgeltenden Ausweisung mit einer Verlustfeststellung führt angesichts des Umstandes, dass beide Maßnahmen der Gefahrenabwehr dienen und in ihren aufenthaltsrechtlichen Wirkungen übereinstimmen, nicht zu einer unzulässigen, erweiternden Auslegung des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU. Außerdem hat die Anwendung des § 11 Abs. 2 FreizügG/EU nur zur Folge, dass die mit der Ausweisung eingetretene Ausreisepflicht nach Erlangung des Unionsbürgerstatus weiterhin als Grundlage für eine Abschiebung herangezogen werden kann. Dies ändert aber nichts daran, dass die Abschie-

bung und damit einhergehende freiheitsentziehende Maßnahmen ihrerseits rechtmäßig sein müssen (vgl. nachfolgend 3.).

- 21 3. Das Berufungsurteil stellt sich aber aus anderen Gründen im Ergebnis als richtig dar (§ 144 Abs. 4 VwGO). Nach der Rechtsprechung des Senats haftet der Ausländer für die Kosten einer Abschiebung nur, wenn die zu ihrer Durchsetzung ergriffenen Amtshandlungen und Maßnahmen ihn nicht in seinen Rechten verletzen. Insoweit trifft das Aufenthaltsgesetz für Maßnahmen, die - wie die Abschiebung und eine damit einhergehende Abschiebungshaft - selbständig in Rechte des Ausländers eingreifen, eine eigenständige und vorrangige Regelung gegenüber den Vorschriften des Verwaltungskostengesetzes, auf die § 69 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nur verweist, soweit das Aufenthaltsgesetz keine abweichende Regelung enthält. Folglich können nur die Kosten einer rechtmäßigen Abschiebungshaft geltend gemacht werden. Deren Rechtmäßigkeit ist aus der behördlichen Sicht bei ihrer Durchführung - also ex ante - zu beurteilen (BVerwG, Urteil vom 16. Oktober 2012 - 10 C 6.12 - BVerwGE 144, 326 Rn. 20 ff.).
- 22 a) Der Rechtmäßigkeit der Abschiebungshaft steht nicht entgegen, dass der Kläger als bulgarischer Staatsangehöriger inzwischen Unionsbürger ist, da wegen der weiterhin wirksamen Ausweisung die Rückverweisung in § 11 Abs. 2 FreizügG/EU auf das Aufenthaltsgesetz greift.
- 23 Auch dem Unionsrecht ist nicht zu entnehmen, dass ausreisepflichtige Unionsbürger nicht in Abschiebungshaft genommen werden dürfen. Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 17. Februar 2005 - C-215/03 [ECLI:EU:C:2005:95], Oulane - Rn. 40 f.) berühren Abschiebungs(haft)maßnahmen zwar den Kern des unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechts; sie können aber aufgrund einer ausdrücklichen Ausnahmegesetzgebung, die eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts erlaubt, gerechtfertigt sein. Als eine solche Bestimmung hat der EuGH in Bezug auf Dienstleistungserbringer Art. 8 der Richtlinie 73/148/EWG des Rates vom 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsver-

kehrs (ABI. L 172 S. 14) angesehen. Danach konnten die Mitgliedstaaten das Aufenthaltsrecht von Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten beschränken, soweit die Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt waren. Diese Richtlinie ist inzwischen in der Unionsbürger-Richtlinie aufgegangen. Dort findet sich in Art. 27 für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen eine vergleichbare Ausnahmegesetzgebung, die unter bestimmten Voraussetzungen eine Beschränkung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit ermöglicht.

- 24 b) Die Rechtswidrigkeit der Abschiebungshaft ergibt sich aber daraus, dass die Beklagte vor einer Abschiebung des Klägers zunächst von Amts wegen hätte entscheiden müssen, ob nach Erlangung des Unionsbürgerstatus auch die regelmäßig strengeren Voraussetzungen für eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts vorliegen.
- 25 Diese Entscheidung kann, muss aber nicht zwingend in Form einer Verlustfeststellung nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU ergehen (vgl. Ziff. 7.2.8.4 der AVV zum FreizügG/EU). Sie kann auch im Rahmen einer - die unionsrechtlichen Anforderungen an die Aufrechterhaltung des Einreise- und Aufenthaltsverbots beachtenden - Befristungsentscheidung nach § 7 Abs. 2 FreizügG/EU erfolgen. Wählt die Ausländerbehörde den Weg über eine Befristung, muss sie auch prüfen, ob auf der Grundlage einer aktuellen Gefährdungsprognose und Verhältnismäßigkeitsentscheidung die Voraussetzungen für eine Befristung auf Null vorliegen (BVerwG, Urteil vom 25. März 2015 - 1 C 18.14 - BVerwGE 151, 361 Rn. 31). Das Ergebnis ihrer Prüfung hat sie dem Betroffenen in einer rechtsmittelfähigen Entscheidung mitzuteilen. Die formellen Anforderungen des Art. 30 der Unionsbürger-Richtlinie betreffen unmittelbar zwar nur Entscheidungen, die das Freizügigkeitsrecht beschränken. Nach Sinn und Zweck gilt aber jedenfalls das dieser Vorschrift zu entnehmende Erfordernis einer rechtsmittelfähigen Entscheidung (vgl. Art. 30 Abs. 3 Satz 1 Unionsbürger-RL) auch, wenn die Ausländerbehörde keine Verlustfeststellung trifft, sondern vor der Durchsetzung der auf einer weiterhin wirksamen Ausweisung beruhenden Ausreisepflicht das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts im Rahmen einer Befristungsentscheidung prüft. Denn nur so ist sichergestellt,

dass das in der Unionsbürger-Richtlinie näher ausgestaltete Freizügigkeitsrecht auch in Fallkonstellationen, in denen vor Entstehung eines freizügigkeitsrelevanten Sachverhalts eine aufenthaltsbeendende Maßnahme in Form einer weiterhin wirksamen Ausweisung ergangen ist, nicht unterlaufen wird.

- 26 Vorliegend ist nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union und vor Abschiebung des Klägers weder eine Verlustfeststellung noch eine rechtsmittelfähige Befristungsentscheidung ergangen. Allein die formlose und nicht näher begründete Mitteilung der Beklagten an den Kläger vom Oktober 2007, dass die Voraussetzungen für eine Befristung von Amts wegen nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union nicht vorlägen und die Ausweisung des Klägers sowohl mit dem Freizügigkeitsgesetz/EU als auch mit der Unionsbürger-Richtlinie zu vereinbaren sei, genügte nicht den unionsrechtlichen Vorgaben. Im Übrigen hat die Beklagte den Kläger in diesem Schreiben auf die Möglichkeit eines Befristungsantrags hingewiesen, über den von ihm daraufhin gestellten Antrag aber nicht entschieden. Dabei kann dahinstehen, aus welchen Gründen keine Befristung erfolgt ist. Allein das Nichtvorliegen der von der Beklagten angeforderten Unterlagen entthob die Beklagte nicht von ihrer Bescheidspflicht; einer Verletzung verfahrensrechtlicher Mitwirkungspflichten hätte sie im Rahmen einer Befristungsentscheidung Rechnung tragen können und müssen.
- 27 Hat die Ausweisung des Klägers zwar nicht ihre Wirksamkeit verloren, so dass sie grundsätzlich als Grundlage für eine Abschiebung herangezogen werden konnte, fehlte es aber an einer nach dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union erforderlichen rechtsmittelfähigen Entscheidung der Beklagten, ob von dem mit der Ausweisung verbundenen Einreise- und Aufenthaltsverbot im Einklang mit dem Unionsrecht weiterhin Gebrauch gemacht werden darf und soll, führt schon dies zur Rechtswidrigkeit der Abschiebung und der in diesem Zusammenhang angeordneten Abschiebungshaft. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob materiell eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts des Klägers wegen einer von ihm ausgehenden Gefahr im maßgeblichen Zeitpunkt Ende 2010/Anfang 2011 weiterhin gerechtfertigt war und die weiteren Voraussetzungen für eine (rechtmäßige) Abschiebungshaft vorlagen.

- 28 4. Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die sich nicht mit eigenen Anträgen am Kostenrisiko beteiligt hat (§ 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO).

Prof. Dr. Berlit

Prof. Dr. Dörig

Fricke

Dr. Rudolph

Dr. Wittkopp

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstands wird für das Revisionsverfahren auf 1 305,77 € (= 17 Tage x 76,81 €) festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 3 Satz 1 GKG).

Prof. Dr. Berlit

Fricke

Dr. Rudolph