

OVG Lüneburg  
Beschluss vom 07.10.2004  
11 ME 289/04

Leitsatz/Leitsätze

1. Zu den veränderten Umständen iSd § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO gehört auch eine sich nachträglich ergebende höchstrichterliche Rechtsprechung, die sich entscheidungserheblich auswirken könnte (hier: Urteil des BVerwG v. 3. 8. 2004 - 1 C 29.02 - mit neuen Maßstäben für die Ausweisung von assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen).
2. Eine Ausländerbehörde ist während des laufenden Widerspruchsverfahrens befugt, die Rechtsgrundlage für eine Ausweisungsverfügung auszuwechseln und erstmals Ermessenserwägungen anzustellen.
3. Zu den rechtlichen Anforderungen an die Begründung einer Ermessensausweisung.

Aus dem Entscheidungstext

Der [REDACTED] geborene Antragsteller, der türkischer Staatsangehöriger ist, reiste im Jahre [REDACTED] in das Bundesgebiet ein. Die ihm zuletzt erteilte befristete Aufenthaltserlaubnis endete am 17. Januar 2004. Seit dem [REDACTED] ist er mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet, mit der er eine gemeinsame Tochter (geboren am [REDACTED]) hat.

Der Antragsteller trat seit [REDACTED] wiederholt strafrechtlich in Erscheinung. Unter anderem wurde er am [REDACTED] vom Amtsgericht B. wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 3 Fällen jeweils in Tateinheit mit unerlaubtem Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer [REDACTED] verurteilt. Mit Urteil vom [REDACTED] verhängte das Landgericht C. gegen ihn wegen des unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in 4 Fällen sowie der Beihilfe zum unerlaubten Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in einem Fall eine [REDACTED]. Der Antragsteller beging diese Straftaten im Zeitraum von [REDACTED]. [REDACTED] wurde er festgenommen.

Mit Verfügung vom 12. August 2002 wies der Antragsgegner den Antragsteller unter Anordnung des Sofortvollzuges nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. §§ 48 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 und 47 Abs. 3 Satz 1 AuslG aus und lehnte zugleich seinen Antrag auf unbefristete Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis ab. Einen Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 17. Oktober 2002 – 3 B 66/02 – ab. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies der erkennende Senat mit Beschluss vom 13. Dezember 2002 – 11 M 401/02 – zurück.

Mit Bescheid vom 1. September 2004 ordnete der Antragsgegner die Abschiebung des Antragstellers in die Türkei an. Die Abschiebung soll am 8. Oktober 2004 durchgeführt werden.

Mit einem am 27. September 2004 eingegangenen Antrag beantragte der Antragsteller unter Hinweis auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes – EuGH – vom 29. April

2004 – C 482/01 u. a. – (DVBl. 2004, 876 = InfAuslR 2004, 268) und das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. August 2004 – 1 C 29.02 – die Abänderung des Beschlusses vom 17. Oktober 2002 nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO. Diesem Antrag gab das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 5. Oktober 2004 statt und stellte die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Verfügung des Antragsgegners vom 12. August 2002 wieder her. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragsgegners.

Die Beschwerde ist teilweise begründet. Die im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO gebotene Interessenabwägung, die auch für das Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO gilt, geht nur für die Dauer des Widerspruchsverfahrens zugunsten des Antragstellers aus. Ein zeitlich weitergehender Anspruch des Antragstellers, nämlich auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Hauptsacheverfahrens, kommt dagegen nicht in Betracht. Dies bedeutet, dass der Antragsgegner die für den 8. Oktober 2004 beabsichtigte Abschiebung des Antragstellers nicht durchführen kann.

Gegen die Zulässigkeit des Antrags nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO bestehen keine Bedenken. Danach kann jeder Beteiligte die Änderung oder Aufhebung eines nach § 80 Abs. 5 VwGO ergangenen Beschlusses wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachte Umstände beantragen. Es ist allgemein anerkannt, dass zu solchen Umständen auch eine sich nachträglich ergebende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder die Klärung einer umstrittenen Rechtsfrage gehören, falls sich dies auf die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Hauptsacheentscheidung auswirkt (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., § 80, 197 m. N.). Das könnte hier der Fall sein. Das BVerwG hat nämlich die Grundsätze, die nach dem Urteil des EuGH vom 29. April 2004 (a. a. O.) nunmehr für die Ausweisung von freizügigkeitsberechtigten EU-Bürgern gelten, weitgehend auch auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige übertragen (vgl. dazu die Pressemitteilung des BVerwG Nr. 48/2004 v. 3. 8. 2004 in der Sache 1 C 29.02). Des Weiteren hat es dem EuGH durch Beschlüsse vom 3. 8. 2004 – 1 C 26.02 und 1 C 27.02 – Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 234 des EG-Vertrages vorgelegt, die sich auf den Erwerb und Verlust des privilegierten Status von Kindern türkischer Arbeitnehmer nach Art. 7 ARB 1/80 beziehen. Nach dieser neuen Rechtsprechung dürfen – so die zitierte Pressemitteilung des BVerwG – zwingende Ausweisungen und Regelausweisungen, wie sie § 47 AuslG bei schweren Straftaten vorsieht, auch gegen Türken, die sich auf Assoziationsrecht berufen können, nicht mehr verfügt werden. Vielmehr ist dann eine Ausweisung nur nach einer individuellen Ermessensentscheidung der Ausländerbehörde zulässig. Außerdem müssen die Ausländerbehörden und Gerichte künftig neue Tatsachen, die nach der Ausweisungsverfügung entstanden sind, berücksichtigen. Voraussetzung ist allerdings, dass der betreffende türkische Staatsangehörige ein Aufenthaltsrecht nach dem ARB 1/80 besitzt. Davon gehen die Beteiligten und das Verwaltungsgericht zugunsten des Antragstellers im vorläufigen Rechtsschutzverfahren aus. Der Antragsteller beruft sich darauf, dass er die Voraussetzungen des Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 erfülle. Allerdings hat er bisher nicht nachgewiesen, dass seine Eltern, von denen er sein Aufenthaltsrecht ableitet, alle Voraussetzungen für eine Rechtsstellung nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 erfüllen (vgl. dazu Hailbronner, AuslR, Art. 7 ARB 1/80 Rdnr. 8). Da dies aber bislang von dem Antragsgegner nicht in Zweifel gezogen worden ist, unterstellt auch der beschließende Senat zugunsten des Antragstellers im Rahmen des vorliegenden Verfahrens, dass dieser zu dem vom ARB 1/80 begünstigten Personenkreis gehört.

Hat aber der Antragsteller als Kind türkischer Arbeitnehmer ein assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht erworben und ist dieses auch nicht aufgrund seiner Arbeitslosigkeit und

Strafhaf wieder verloren gegangen, wäre die gegen ihn verfügte Regelausweisung rechtswidrig. Allerdings ist der Antragsgegner während des laufenden Widerspruchsverfahrens befugt, die Rechtsgrundlage für die Ausweisung des Antragstellers auszuwechseln und die erforderlichen Ermessenserwägungen nachzuholen. Das BVerwG hat sogar in der zitierten Pressemitteilung darauf hingewiesen, dass angesichts der neuen Rechtsprechung zur Ausweisung von assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen die Gerichte den Ausländerbehörden in allen bei ihnen anhängigen Verfahren dieser Art auch Gelegenheit geben müssen, erstmals Ermessenserwägungen anzustellen. Dies dürfte sich daraus rechtfertigen, dass nach der geänderten Rechtsprechung des BVerwG nunmehr neue Tatsachen, die nach der Ausweisungsverfügung entstanden sind, von Ausländerbehörden und Gerichten zu berücksichtigen sind. Der Antragsgegner hat zwar in Kenntnis der neuen Rechtsprechung des BVerwG ergänzende Erwägungen angestellt, doch genügen diese nicht den Anforderungen, die in der Rechtsprechung des BVerwG an die Begründung einer Ermessensausweisung gestellt werden (vgl. dazu etwa Urt. v. 16. 11. 1999, DVBl. 2000, 425 = NVwZ-RR 2000, 320 = AuAS 2000, 98; Urt. v. 24. 9. 1996, BVerwGE 102, 63 = DVBl. 1997, 189 = InfAuslR 1997, 63; Urt. v. 11. 6. 1996, BVerwGE 101, 247 = DVBl. 1997, 170 = InfAuslR 1997, 8). Insbesondere hat er die vom Antragsteller im Schriftsatz vom 27. September 2004 geltend gemachten neuen Umstände, die nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetreten sein sollen, bei der erforderlichen Abwägung aller für und gegen die Ausweisung des Antragstellers sprechenden Gründe nicht hinreichend berücksichtigt.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG (a. a. O.) ergeben sich die Anforderungen an die Ermessenausübung aus § 45 Abs. 2 AuslG, den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes sowie aus dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK). Dabei sind nicht nur einzelne Aspekte, sondern alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls in die Beurteilung einzubeziehen. Die Ermessensausweisung erfordert deshalb eine sorgfältige und umfassende Abwägung der öffentlichen Interessen an einer Ausreise des Ausländers mit den privaten Interessen des Ausländers an einem weiteren Aufenthalt. Bei der Entscheidung darüber, ob die Ausweisung durch ein entsprechend gewichtiges öffentliches Interesse gerechtfertigt werden kann, kommt Gesichtspunkten wie die Schwere der vom Ausländer begangenen Straftaten und/oder das Vorliegen einer konkreten Wiederholungsgefahr erhebliche Bedeutung zu, wobei insbesondere Drogendelikte wegen der hohen Gefährlichkeit des illegalen Rauschgifthandels einen besonders schwerwiegenden Ausweisungsgrund bilden. Demgegenüber ist auf der Seite des Ausländers zu prüfen, ob besondere Umstände gegeben sind, die Zweifel an der Zumutbarkeit einer Rückkehr in sein Heimatland begründen könnten. Dabei können Gesichtspunkte wie ein langjähriger Aufenthalt im Bundesgebiet, die Einfügung des Ausländers in die Arbeitswelt und seine familiäre und soziale Verankerung eine wichtige Rolle spielen. Ob den Familienangehörigen des Ausländers die mit der Trennung oder der gemeinsamen Rückkehr verbundenen Folgen zugemutet werden können, ist ebenfalls in die Überlegungen einzubeziehen. Die Bedeutung der Beziehung zwischen dem Ausländer und seinen mit ihm im Bundesgebiet in familiärer Lebensgemeinschaft lebenden engeren Angehörigen wie Ehefrau und minderjährige Kinder bestimmt sich dabei nach dem tatsächlichen Grad der persönlichen Verbundenheit (vgl. zum Vorstehenden auch Hailbronner, a. a. O., § 45 AuslG, Rdrrn. 22, 30, 33 f.).

Diesen Anforderungen an eine sachgerechte Ermessenausübung ist der Antragsgegner bisher nicht gerecht geworden. Auch wenn der Senat der Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass der Antragsgegner Ermessenserwägungen über die Ausweisung des Antragstellers bisher überhaupt nicht angestellt habe, jedenfalls für das Beschwerdeverfahren nicht teilen kann, reichen die nachgeschobenen Gründe derzeit

aber nicht aus, eine Ermessensausweisung zu rechtfertigen. Der Antragsgegner bezieht sich dabei im Wesentlichen auf die Begründung des angefochtenen Bescheides, der aber bereits vom 12. August 2002 stammt. Dies dürfte den rechtlichen Anforderungen, die an eine eigenständige aktuelle Ermessensentscheidung zu stellen sind, nicht genügen, auch wenn einzuräumen ist, dass sich die Gründe, welche der Antragsgegner in der angefochtenen Verfügung gegen das Vorliegen einer Ausnahme von der Regelausweisung angeführt hat, zumindest teilweise mit den Gründen decken, die auch bei einer Ermessensausweisung zu berücksichtigten sind. Die Erwägungen des Antragsgegners nehmen aber nicht alle für die Ausübung des Ermessens maßgeblichen Umstände in den Blick. Insbesondere ist er nicht näher auf die vom Antragsteller im Schriftsatz vom 27. September 2004 geltend gemachte Entwicklung seit dem Erlass der angefochtenen Verfügung eingegangen. Der Antragsteller hat sich darauf berufen, dass der Annahme einer konkreten Wiederholungsgefahr schon der positive Vollzugsverlauf entgegenstehe. Er habe die Haft genutzt und seinen Hauptschulabschluss nachgeholt. Er sei nachhaltig durch die Haft beeindruckt worden. Auch sei er nochmals Vater geworden. Darauf hat der Antragsgegner lediglich erwidert, die in der Vergangenheit andauernde Verletzung strafrechtlicher Vorschriften belege die Gefahr der Wiederholung. Hieran ändere auch die Tatsache nichts, dass der Antragsteller seit Jahren in Haft sitze und deshalb zur Zeit keine Straftaten begehen könne. Dass er mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet und Vater eines Kindes sei, sei zu seinen Gunsten berücksichtigt worden. Weitergehende Tatsachen, die nach dem Erlass der Ausweisungsverfügung entstanden seien, seien ersichtlich nicht gegeben. Hieran wird deutlich, dass sich der Antragsgegner weder mit der Entwicklung des Antragstellers im Strafvollzug näher auseinandergesetzt hat noch den Vortrag des Antragstellers zur Kenntnis genommen hat, dass er nochmals Vater geworden sei. Ob diese neuen Umstände aus dem persönlich-familiären Bereich des Antragstellers ausreichen, das grundsätzlich vorrangige öffentliche Interesse an einer Beendigung des Aufenthalts des wegen schwerer Drogendelikte bestraften Antragstellers zurückzudrängen, mag zweifelhaft sein. Es ist jedoch Aufgabe des Antragsgegners, alle wesentlichen und aktuellen Umstände des Einzelfalles in seine Beurteilung einzubeziehen und bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen und zu gewichten. Dies ist bisher nicht in dem erforderlichen Umfang geschehen. Aus diesen Gründen hält der Senat die angefochtene Ausweisungsverfügung auch in der im Laufe des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens ergänzten Fassung bei summarischer Prüfung derzeit für rechtswidrig i. S. d. § 114 Satz 1 VwGO, so dass das Interesse des Antragstellers an einem vorläufigen Verbleib im Bundesgebiet überwiegt. Die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten bis zur Entscheidung im Widerspruchsverfahren ist gering zu veranschlagen, da der Antragsteller, der am 23. September 2004 erst die Hälfte der gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe verbüßt hatte, sich voraussichtlich noch eine Zeit lang im Strafvollzug befinden wird. In diesem Zusammenhang sieht der Senat Anlass für den Hinweis an die Widerspruchsbehörde, dass diese gehalten ist, das seit September 2002 anhängige Widerspruchsverfahren nunmehr mit möglichster Beschleunigung zu betreiben und abzuschließen (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BVerfG, Beschl. v. 12. 9. 1995, DVBl. 1995, 1277 = InfAusIR 1995, 397).

Nach alledem hält der Senat ein vorübergehendes Absehen von Abschiebungsmaßnahmen im Interesse des Antragstellers und seiner Familie für angebracht. Die im Tenor dieses Beschlusses enthaltene Befristung trägt auch dem Umstand Rechnung, dass es zu den für die rechtliche Beurteilung des vorliegenden Falles maßgeblichen Entscheidungen des BVerwG vom 3. August 2004 bisher lediglich die zitierten Pressemitteilungen gibt. Da aber davon auszugehen ist, dass die Entscheidungen demnächst vollständig abgefasst vorliegen, werden der Antragsgegner bzw. die Widerspruchsbehörde nach Kenntnis der genannten Entscheidungsgründe Gelegenheit haben, die dort angestellten Erwägungen zu berücksichtigen. Ferner dürfte es sich

empfehlen, durch Beiziehung der Strafvollzugsakten Aufschluss über das Verhalten des Antragstellers in der Strafhaft zu gewinnen. Der Antragsteller wiederum ist nach § 70 Abs. 1 AuslG gehalten, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken. Dazu gehört auch – wie bereits erwähnt – der Nachweis, dass er die Voraussetzungen des § 7 Satz 1 ARB 1/80 erfüllt. Ebenso hat er seine Behauptung, dass er nochmals Vater geworden sei, bisher nicht belegt.