

Die Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger nach „*Ziebell*“

Beitrag zur Herbsttagung des Netzwerks
Migrationsrecht 9.-11.11.2012

Rechtsanwalt Peter von Auer
Souchaystr. 3
60594 Frankfurt
<http://www.ra-vonauer.de>

Übersicht

- A. Das Vorabentscheidungsersuchen des VGH Baden-Württemberg
- B. Die in der „Ziebell“-Entscheidung des EuGH aufgestellten **materiellrechtlichen** Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter
- C. Auswirkungen der Aufhebung der RL 64/221/EWG bzw. der „Ziebell“-Entscheidung auf **formelle** Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter?

A. Das Vorabentscheidungsersuchen des VGH Baden-Württemberg vom 22.07.2008 (13 S 1917/07)

Die dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage lautete:

*„Richtet sich der Ausweisungsschutz des Art. 14 Abs. 1 ARB 1/80 zugunsten eines türkischen Staatsangehörigen, der eine Rechtsposition nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 besitzt und der seinen Aufenthalt in den letzten zehn Jahren in dem Mitgliedstaat gehabt hat, dem gegenüber diese Rechtsposition gilt, **nach Art. 28 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2004/38 EG** in ihrer Umsetzung durch den jeweiligen Mitgliedstaat, so dass eine **Ausweisung nur aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit**, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden, zulässig ist?“*

Nicht gefragt wurde der EuGH hingegen, ob Art 9 RL 64/221/EWG weiterhin Anwendung findet.

Hierzu der VGH BW in seinem Urteil vom 10.02.2012 (11 S 1361/11):

*„Dem Europäischen Gerichtshof war **aufgrund des Vorlagebeschlusses des Verwaltungsgerichtshofs vom 22.07.2008 und der beigefügten Akten bekannt**, dass auf die dort streitgegenständliche Ausweisungsverfügung vom 06.03.2007 das „Vier-Augen-Prinzip“ des Art. 9 Abs. 1 der RL 64/221/EWG nicht mehr angewandt, vielmehr gegen die Ausweisungsentscheidung direkt Klage erhoben worden ist. **Das Vorabentscheidungsersuchen des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.08.2009 (1 C 25.08 – AuAS 2009, 267) führt sogar ausdrücklich aus, dass - sollte der in Kapitel VI der RL 2004/38/EG für Unionsbürger geregelte Ausweisungsschutz nicht auf assoziationsrechtlich privilegierte türkische Staatsangehörige zu übertragen sein - sich die Frage stellt, ob Art. 9 der RL 64/221/EWG gleichwohl weiterhin anzuwenden ist oder stattdessen die Verfahrensgarantien des Art. 31 der RL 2004/38/EG Anwendung finden, die das „Vier-Augen-Prinzip“ abgelöst haben (BVerwG, a.a.O., Rn. 26). Hätte der Gerichtshof dem im Verfahren „Ziebell“ nicht eingehaltenen „Vier-Augen-Prinzip“ - und sei es auch mit Blick auf besondere oder allgemeine unionsrechtliche Verfahrensgarantien, die Standstillklauseln oder das Assoziationsabkommen an sich - noch irgendeine rechtliche Relevanz zu Gunsten des Klägers beigemessen, so hätte es **nahegelegen, unabhängig von der konkreten Vorlagefrage hierzu Ausführungen zu machen.**“***

Es stellen sich hier folgende Fragen:

1. Ging aus dem Vorlagebeschluss des VGH BW tatsächlich deutlich hervor, dass das „Vier-Augen-Prinzip“ des Art. 9 RL 64/221/EWG im konkreten Fall verletzt wurde?
2. Hätte der EuGH aufgrund des Vorlagebeschlusses des BVerwG hierzu Stellung beziehen müssen?
3. Kann davon ausgegangen werden, dass der EuGH eine Rechtsfrage beantwortet, die ihm nicht ausdrücklich vorgelegt worden ist?

Zu 1.: Deutliches Hervorgehen der Nichtanwendung des „Vier-Augen-Prinzips“ aus dem Vorlagebeschluss?

- a) In der **Darstellung des Tatbestandes** in den Rdnrn. 5-17 des Vorlagebeschlusses des VGH BW wird Art. 9 RL 64/221/EWG kein einziges Mal erwähnt.

- b) In der **Beschreibung des aufenthaltsrechtlichen Verfahrensablaufs** in Rdnr. 12 wird ebenfalls nicht ausdrücklich benannt, dass das „Vier-Augen-Prinzip“ nicht zur Anwendung gelangt ist:

In Rdnr. 12 des Vorlagebeschlusses heißt es:

*„Mit Bescheid vom 6.3.2007 verfügte das Regierungspräsidium Stuttgart die Ausweisung des Klägers und **ordnete die sofortige Vollziehung an**“.*

In den Rdnr. 13-14 wird sodann die – **materiellrechtliche** – Begründung der Ausweisung des RP Stuttgart wiedergegeben und in Rdnr. 15 einleitend dargestellt:

*„Die gegen die Ausweisung erhobene Klage hat das Verwaltungsgericht Stuttgart mit Urteil vom 3.7.2007 – 6 K 2790/07 – abgewiesen. Zur Begründung hat es insbesondere folgendes ausgeführt: Die Ausweisungsverfügung sei **formell und materiell rechtmäßig**.“*

Dem folgt allein die Wiedergabe der Begründung des VG Stuttgart zur **materiellen** Rechtmäßigkeit der Ausweisung.

c) Anordnung des Sofortvollzugs der Ausweisung

Aus der Erwähnung der Anordnung des Sofortvollzugs durch den VGH BW in Rn. 12 ergibt sich:

Der EuGH musste nicht von einer Verletzung des „Vier-Augen-Prinzips“ ausgehen. Ebenso gut hätte der EuGH aus der Anordnung des Sofortvollzugs schließen können, dass das RP Stuttgart – und diesem folgend der VGH BW – von dem Vorliegen eines **„dringenden Falles“ i.S.d. Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG** ausgegangen ist, bei dessen Vorliegen keine Nachprüfung durch eine zweite unabhängige Stelle i.S.d. „Vier-Augen-Prinzip“ vorgenommen werden muss.

Das BVerwG hat zwar in seinem Urteil vom 13.09.2005 (1 C 7.04) unter Hinweis auf die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH (Orfanopoulos/Oliveri, Urteil vom 29.04.2004, C-482/01) klargestellt, dass ein dringender Fall i.d.S. nicht (mehr) schon deshalb anzunehmen ist, weil die Verwaltung die sofortige Vollziehung der Ausweisung angeordnet hat.

Zugleich hat das BVerwG aber a.a.O. klargestellt, dass ein „dringender Fall“, i.S.d. Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG vorliegt, wenn bei Anordnung des Sofortvollzugs ein besonderes öffentliches Interesse daran gegeben ist, das gerichtliche Hauptverfahren nicht abzuwarten, *„um damit einer weiteren, unmittelbar drohenden und unzumutbaren Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den Ausländer zu begegnen.“*

d) Antwort zu 1.:

Dem Vorlagebeschluss des VGH BW war nicht zu entnehmen, dass das „Vier-Augen-Prinzip“ in dem Ausgangsverfahren überhaupt zur Anwendung hätte gelangen müssen.

Im Gegenteil impliziert die Anordnung des Sofortvollzuges – insbesondere, da sich keine Ausführungen zur Begründung dieser Anordnung in der Darstellung des Verfahrensgangs finden – dass das „Vier-Augen-Prinzip“ wegen Vorliegens eines „dringenden Falles“ i.S.d. Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG nicht zur Anwendung gelangen musste.

Antwort zu Frage 2: Hätte der EuGH aufgrund des Vorlagebeschlusses des BVerwG in der Rs. 1 C 25.08 zu der Frage der Fortgeltung des Art. 9 RL 64/221/EWG Stellung beziehen müssen?

Nein. Gründe:

(1) Auch das BVerwG hat in seinem Vorlagebeschluss vom 25.08.2009 ausschließlich danach gefragt, ob sich die Ausweisung Assoziationsberechtigter künftig – **materiellrechtlich** – nach Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38 zu richten habe.

(2) Es ist zwar richtig, dass das BVerwG in genanntem Beschluss auch **angemerkt** hat, dass sich die Frage stelle, ob Art. 9 RL 64/221/EWG auf Assoziationsberechtigte weiterhin anzuwenden ist oder stattdessen die Verfahrensgarantien des Art. 31 RL 2004/38/EG Anwendung finden, die das „Vier-Augen-Prinzip“ abgelöst haben.

Indessen hat das BVerwG direkt im Anschluss ausgeführt:

„Dieser Frage ist hier aber nicht nachzugehen, da im vorliegenden Fall ein Widerspruchsverfahren durchgeführt worden ist und das Vorverfahren nach §§ 68 ff. VwGO den in Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 64/221/EWG enthaltenen Verfahrensgarantien entspricht (Urteil vom 13. September 2005 BVerwG 1 C 7.04.a.a.O.).“

Damit hat das BVerwG deutlich gemacht, dass die Klärung dieser Frage aus seiner Sicht für das konkrete Ausgangsverfahren **nicht entscheidungserheblich** ist – was **nach Art. 267 AEUV zwingende Voraussetzung** eines zulässigen Vorlagegegenstands ist.

(3) Mit Beschluss vom 20.12.2011 hat das BVerwG seinen **Vorlagebeschluss vom 25.08.2009 aufgehoben**, da der EuGH die – allein vorgelegte und entscheidungserhebliche – Frage bereits in der „Ziebell“-Entscheidung beantwortet hatte.

Antwort zu 3.: Hat der EuGH über eine Rechtsfrage zu entscheiden, die ihm nicht ausdrücklich gestellt wurde, sondern lediglich „aus dem Vorabentscheidungsersuchen und den beigefügten Akten“ hervorgeht?

In der Rechtssache „Costa/Enel“ (Urteil vom 15.07.1964; Rs. 6/62) hat der EuGH zu ungenauen Vorlagefragen ausgeführt:

*„Der Gerichtshof kann [...] aus der **unvollkommen gefassten Frage** des staatlichen Gerichts die Fragen herauschälen, welche die Auslegung des Vertrags betreffen.“*

Seither deutet der EuGH regelmäßig ungenaue Vorlagefragen um („Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob...“) (vgl. auch Streinz, Europarecht, z. Aufl. 2005, Rdnr. 633).

Keineswegs muss der EuGH aber eine – nicht ansatzweise – vorhandene Frage selbst an sich richten.

Fazit:

Der VGH BW hat es schlicht versäumt, dem EuGH eine – neben der ausdrücklich gestellten – weitere entscheidungserhebliche Frage vorzulegen.

Der EuGH hätte diese weder aus dem Vorabentscheidungsersuchen „herauslesen“, noch auf Grund des – aufgehobenen – Vorlagebeschlusses des BVerwG (in dem die Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich verneint wurde) Veranlassung sehen müssen, sich zu dieser Frage zu äußern.

B. Die in der „Ziebell“-Entscheidung aufgestellten *materiellrechtlichen* Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter

Zum **materiellrechtlichen** Ausweisungsschutz gilt nach „Ziebell“ dass

1. der Assoziationsberechtigten durch Art. 14 ARB 1/80 gewährte Ausweisungsschutz nicht denselben Umfang aufweist wie der Schutz, den die Unionsbürger nach **Art. 28 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38/EG** genießen, so dass **diese** für Unionsbürger geltende Regelung nicht entsprechend auf türkische Staatsangehörige angewandt werden kann;
2. künftig zur Bestimmung des **materiellrechtlichen** Ausweisungsschutzes **Art. 12 RL 2003/109** den gemeinschaftsrechtlichen Bezugsrahmen für Art. 14 ARB 1/80 bildet;
3. nach Art. 14 1/80 eine Ausweisungsmaßnahme gegen einen türkischen Assoziationsberechtigten getroffen werden kann, sofern das **persönliche Verhalten des Betroffenen gegenwärtig eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats darstellt und die Maßnahme für die Wahrung dieses Interesses unerlässlich ist.**

Fazit zu B:

Am materiellrechtlichen Ausweisungsschutz hat sich

1. hinsichtlich des **Maßstabes** nichts geändert,
2. nur der **gemeinschaftsrechtliche Bezugsrahmen** hat sich - von Art. 3 RL 64/221/EWG auf Art. 12 RL 2003/109/EWG verschoben.

C. Auswirkungen der Aufhebung der RL 64/221/EWG und der „Ziebell“-Entscheidung auf formelle Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter?

I. Vorbemerkung:

In Betracht kommen bezüglich der formellen Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter drei Normen in Betracht:

- **Art. 9 RL 64/221/EWG:** strittig, weil diese RL durch Art. 38 Abs. 1 RL 2004/38 EG aufgehoben wurde;
- **Art. 12 Abs. 4 RL 2003/109 EG:** liegt auf den ersten Blick nahe, da der EuGH sich in „Ziebell“ hinsichtlich der materiellen Voraussetzungen auf Art. 12 Abs. 1-2 RL 2003/109 EG gestützt hat:
- **Art. 38 RL 2004/38 EG:** Hiergegen spricht auf den ersten Blick, dass der EuGH in „Ziebell“ die RL 2004/38 EG auf Assoziationsberechtigte nicht angewandt hat.

Konsequenzen der Wahl der Rechtsgrundlage zum formellen Ausweisungsschutz:

Art. 9 RL 64/221/EWG verlangt, dass eine Ausweisung außer in dringenden Fällen erst nach Erhalt der Stellungnahme einer zuständigen Stelle des Aufnahmelandes erfolgt. Diese Stelle muss eine andere sein als diejenige, welche für die Entscheidung über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder über die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet zuständig ist.

Es muss daher in aller Regel ein Widerspruchsverfahren stattfinden (Auf den Streit, ob ein Widerspruchsverfahren ausreichend ist, gehe ich hier nicht ein)

Eine Missachtung des Art. 9 der RL 64/221 EWG hat - wie das *BVerwG* in *seiner Entscheidung vom 13.09.2005 (A.Z.: 1 C 7.04)* entschieden hat - zur Folge, dass ein unheilbarer Verfahrensmangel vorliegt und die betreffende Ausweisungsverfügung **unheilbar rechtswidrig** ist.

Art. 12 Abs. 4 RL 2003/109 EG und Art. 38 RL 2004/38 EG verlangen – da das „Vier-Augen-Prinzip“ nicht vorgeschrieben ist, sondern nur die Eröffnung des Rechtswegs bzw. die Möglichkeit, „einen Rechtsbehelf bei einem Gericht“ und „gegebenfalls“ bei einer Behörde des Mitgliedstaates einzulegen– beide kein Widerspruchsverfahren.

II. Vertretene Ansichten

Ansicht 1: Weitere Anwendbarkeit des Art. 9 RL 64/221 EWG auch nach „Ziebell“ ungeklärt

(Dienelt, „*Ausweisungsschutz für türkische Staatsangehörige neu erfunden?*“, migrationsrecht.net; ANA-ZAR-Redaktion in Heft 1/2012, 3-4; Ünal Zeran, Beitrag „*Standstill und Assoziationsrecht*“ zu den Hohenheimern Tagen im Ausländerrecht 2012; OVG Berlin-Brandenburg vom 04.09.2012, A.Z.: OVG 11 N 54.12)

Bspw. OVG Berlin-Brandenburg vom 04.09.2012, A.Z.: OVG 11 N 54.12):

*„die [...] aufgeworfene Frage, ob die frühere, auch für türkische Arbeitnehmer und ihre Angehörigen [...] geltende gemeinschaftsrechtliche Verfahrensgarantie des Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG [...] ungeachtet ihrer Außerkraftsetzung durch Art. 38 Abs. 2 der RL 2004/38/EG [...] **im Hinblick auf die Stillhalteklausele des Art. 13 ARB 1/80 fortgilt, weist besondere rechtliche Schwierigkeiten auf und ist auch im Ergebnis als offen anzusehen.** Dies gilt ungeachtet dessen, dass diese Frage gerade auch in jüngster Zeit mehrfach im Ergebnis verneint worden ist [...]. Abgesehen davon, dass die Begründung für die Ablehnung der Annahme, dass das sogen. „Vier-Augen-Prinzip“ wegen des Art. 13 ARB 1/80 für türkische Staatsangehörige fortgilt, differiert, ist diese Frage, wie der Kläger zu Recht geltend macht, **in der Rechtsprechung des BVerwG und der des EuGH – auch nach dessen Urteil vom 8. Dezember 2011 in Rs. C-371/08 (Ziebell/Örnek) - zumindest noch nicht unmittelbar geklärt [...].“***

Anmerkung zu OVG Berlin-Brandenburg vom 04.09.2012, A.Z.: OVG 11 N 54.12):

Das OVG Berlin-Brandenburg kannte bei Fassung dieses Beschlusses noch nicht die Entscheidung des **BVerwG vom 10.07.2012, 1 C 19.11**, in welcher im 1. Leitsatz – allerdings im Wege eines **obiter dictum** – ausgeführt wurde:

„Das in Art. 9 der Richtlinie 64/221/EWG enthaltene Vier-Augen-Prinzip ist auf Ausweisungen assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger, die nach Aufhebung der Richtlinie zum 30. April 2006 erlassen wurden, nicht aufgrund der Stand-Still-Klauseln in Art. 13 ARB 1/80 und Art. 41 Abs. 1 ZP anzuwenden.“

Die Berufungsbeklagte hat auf Grund dieser BVerwG-Entscheidung im Eilrechtsschutzverfahren Antrag auf nach § 80 VII VwGO gestellt. Ob das OVG Berlin-Brandenburg die Frage dem EuGH vorlegen wird, ist noch ungewiss.

Ansicht 2: Keine Anwendung des Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG nach „Ziebell“

(u.a. Urteile des VGH Baden-Württemberg vom 10. Februar 2012 - 11 S 1361/11 -, des OVG Münster vom 22. März 2012 - 18 A 951/09 und des OVG Lüneburg vom 28. Juni 2012 - 11 LC 490.10 -; Urteil VGH München vom 17.07.2012 – 19 B 12.417; Urteil BVwerG vom 10.07.2012, 1 C 19.11 **[obiter dictum!]**; Armbruster, HTK-AusIR/ARB 1/80/Art. 13 02,2012 Nr. 3. i.V.m. Rechtsschutz/2.3.1 03/2012 Nr. 3)

Bspw. Leitsatz VGH München vom 17.07.2012 – 19 B 12.417:

*„Aufgrund der Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 08. Dezember 2011 (Ziebell) ist die **Unanwendbarkeit des Vieraugenprinzips (Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG)** in den Fällen assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger, in denen die (durch die Unionsbürgerrichtlinie aufgehobene) Richtlinie 64/221 EWG nicht mehr maßgebend ist, **„acte clair“**.*

Anmerkung zu VGH München, Urteil vom 17.07.2012 – 19 B 12.417:

Der VGH München hatte im konkreten Fall bereits mit Beschluss vom 24. Juli 2009 - 19 ZB 09.1509 – also **vor „Ziebell“** - die Berufung zur Frage der Fortgeltung des Art. 9 RL 64/221 EWG nicht zugelassen, da er überzeugt war, dass dieser auf Assoziationsberechtigte – wegen Außerkrafttretens dieser RL nach Art. 38 II RL 2004/38 EG – nicht mehr anwendbar sei.

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 24.10.2012 (2 BvR 1969/09) diesen Beschluss wegen **Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG** aufgehoben, weil das Gericht die **„Notwendigkeit einer Vorlage der Sache an den EuGH missachtet hat.“**

Abgestellt hat das BVerfG auf die Ansicht Gutmanns und der Kommission zu der Rechtssache Polat (C-349/06), welche die Auffassung vertraten, das Außerkrafttreten der RL 64/221 EWG wirke sich nicht auf deren Fortgeltung für Assoziationsberechtigte aus (dazu unten).

Vor diesem Hintergrund erklärt sich die Darstellung in dem Urteil des VGH München vom 17.07.2012, die Frage der Unanwendbarkeit des Art. 9 RL 64/221 EWG sei nach „Ziebell“ **„acte clair“**. Denn, so der VGH München (Rn. 23 ff.):

*„Ein Fachgericht ist an die Maßgabe in einer aufhebenden und zurückverweisenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wegen einer offenen Frage des Gemeinschaftsrechts eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs einzuholen, **nicht mehr gebunden, wenn der Gerichtshof nach dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts diese Frage geklärt hat.**“*

Ansicht 3: Art. 9 RL 64/221/EWG bleibt auch nach der Aufhebung der RL 64/221/EWG bzw. nach „Ziebell“ auf türkische Staatsangehörige anwendbar

***Vor* „Ziebell“:**

Stellungnahme der Kommission in der Rs. „Polat“ vom 15.12.2006 (Rn. 57ff.); Stellungnahme in der Rs. „Ziebell“ vom 02.12.2008 (Rn. 32 ff.)

***Nach* „Ziebell“:**

Gutmann in GK-AufenthG, Stand Mai 2012, Art 14 ARB 1/80, Rz. 125 f.; RA Ünal Zeran, Standstill nach Assoziationsrecht, Beitrag zu den Hohenheimer Tagen im Ausländerrecht 2012

Gutmann a.a.O.:

*„Eine Besserstellung türkischer Staatsangehöriger gegenüber Unionsbürgern ist freilich unzulässig. Hierfür ist ein Vergleich nicht nur einiger Details des Aufenthaltsstatus vorzunehmen, sondern ein **Gesamtvergleich (EuGH, U.v. 18.07.2007 – C 235/05 [Derin])**. Er zeigt, dass der Status türkischer Staatsangehöriger insgesamt hinter demjenigen der Unionsbürger zurückbleibt. Es widerspricht dem in **Art. 41 ZusProt und Art. 13 ARB 1/80** niedergelegten Standstill-Grundsatz, dass sich der aufenthaltsrechtliche Schutz türkischer Staatsangehöriger auf Grund der Festigung des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger verschlechtert haben soll. Immerhin dienen die Standstill-Klauseln dazu, durch plötzliche und umfangreiche Wanderbewegungen von Arbeitnehmern verursachte Arbeitsmarktstörungen zu vermeiden [vgl. GK-AufenthG, XI-1 ARB 1/80 Art. 13 Rdnr. 3-6]. Da die Vereinbarungen im – gemischten - Abkommen mit der Türkei gegenüber sekundärrechtlichen Vorschriften Vorrang genießen (EuGH, U.v. 19.2.2009 – C-228/06 [Soysal]) ist das Außerkrafttreten der Richtlinie 64/221/EWG hinsichtlich der in ihr enthaltenen verfahrensrechtlichen Vorschriften unerheblich. **Auch wenn die RL 64/221/EWG außer Kraft getreten ist, sind ihre Art. 8 f. daher zu Gunsten türkischer Staatsangehöriger und ihrer Familienangehörigen weiter anzuwenden.**“*

III. Was spricht nun für, was gegen die Nichtanwendbarkeit des Art. 9 RL 64/221/EWG?

1. Hat der EuGH in der „Ziebell“-Entscheidung klargestellt, dass Art. 12 RL 2003/109 EG auch in Bezug auf Verfahrensfragen künftig auf Assoziationsberechtigte Anwendung findet?

Ansicht 1: Ja

(VGH München a.a.O.)

*„Nach der Vorabentscheidung „Ziebell“ ist die Vorschrift des Art. 12 RL 2003/109 in Fällen wie dem vorliegenden anwendbar. Diese Vorschrift enthält auch Verfahrensgewährleistungen [...]. Art. 12 Abs. 4 enthält [...] exakt dieselben Gewährleistungen wie die Bestimmung des Art. 31 Abs. 1 RL 2004/38 EG. [...] **Der Gerichtshof hat seine Vorgabe, Art. 12 der Richtlinie auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige anzuwenden, nicht auf den ersten Absatz der Bestimmung beschränkt.**“*

Ansicht 2: Nein

- Schon die – **allein auf die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Ausweisung Assoziationsberechtigter beschränkte - Vorlagefrage** (siehe oben, A.) zeigt, dass der EuGH allein die diesbezüglichen Bestimmungen der Abs. 1-3 des Art. 12 RL 2003/109 EG im Blick hatte.
- Dies ergibt sich weiter auch aus Rn. 74, 78-79 der „Ziebell“-Entscheidung.
In Rn. 78 heißt es:

*„In einem Fall wie demjenigen des Ausgangsverfahrens, in dem **die maßgebliche Vorschrift der Richtlinie 2004/38** nicht entsprechend anwendbar ist (**siehe Randnr. 74 des vorliegenden Urteils**), ist aber für die Anwendung von Art. 14 Abs. 2 des Beschlusses Nr. 1/80 ein anderer unionsrechtlicher Bezugsrahmen zu bestimmen.“*

In der in Bezug genommenen Rn. 74 des Urteils wird allein die **materiellrechtliche** Voraussetzungen enthaltene „**maßgebliche Vorschrift**“ des **Art. 28 Abs. 3 Buchst. a RL 2004/38** EG genannt.

Wenn in Rn. 79 der „andere rechtliche Bezugsrahmen“ in Art. 12 RL 2003/109 EG gesehen wird, kann daher nur gefolgert werden, dass allein die in dessen Abs. 1-3 geregelten materiellrechtlichen Vorgaben gemeint sind, nicht aber die in Abs. 4-5 geregelten verfahrensrechtlichen.

2. Kann Art. 9 Abs. 1 RL 64/221 EWG nicht mehr angewandt werden, weil die RL 64/221 EWG außer Kraft getreten ist?

Ansicht 1: Keine „analoge“ Anwendung

Anmerkung: Der EuGH benennt in der „Ziebell“-Entscheidung, Rn. 58, die (bisherige) Übertragung der Bestimmungen zur Arbeitnehmerfreizügigkeit auf Assoziationsberechtigte als „**Analogie**“.

Der VGH BW schließt daraus (a.a.O., Rn. 34):

*„Durch den **Terminus „Analogie“** [...] ist klargestellt, dass die Inhalte des - für die Freizügigkeit der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten - maßgeblichen Sekundärrechts nicht deshalb auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige angewandt werden, weil diese allgemeine Rechtsgrundsätze sind, die ggfs. auch losgelöst von der Wirksamkeit der jeweiligen Regelung noch Geltung beanspruchen können [...]. **Eine Vorschrift kann jedoch nur solange analog angewandt werden, wie sie selbst Gültigkeit beansprucht. Mit der Aufhebung der Richtlinie 64/221/EWG mit Wirkung vom 30.04.2006 durch Art. 38 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG entfällt deshalb - wie der Gerichtshof in der Rechtssache „Ziebell“ darlegt - die Grundlage für ihre entsprechende Anwendung.**“*

Ansicht 2: Art. 9 RL 64/221 EWG kann auch auf andere Weise als im Wege der Analogie weiter Geltung beigemessen werden

Allein aus dem Terminus „**Analogie**“ kann nicht geschlossen werden, ob der EuGH – so er denn mit der Frage der Fortgeltung des Art. 9 RL 64/221 EWG befasst wird – dieser Norm nicht auf andere Weise weitere Geltung beimessen wird:

Lücken im Gesetz bei Außerkrafttreten einer Norm können auch durch anderweitige **richterliche Rechtsfortbildung** geschlossen werden.

Dass der EuGH in verschiedenster – und, wie Kritiker meinen – z.Tl. überbordender Weise bzw. contra legem – Rechtsfortbildung betreibt.

(vgl. Everling, *Ulrich*, 1986: Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 50, S. 193-232; Konrad Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH, 2009; Martin Höpner (2010): Von der Lückenfüllung zur Vertragsumdeutung. Ein Vorschlag zur Unterscheidung von Stufen der Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH). In: Der Moderne Staat 3, 1, 165-185)

3. Stellt die Abschaffung des Widerspruchsverfahrens eine „neue Beschränkung“ i.S.d. Art. 13 ARB 1/80 bzw. Art. 41 ZP dar?

Vorbemerkung:

Art. 13 ARB 1/80 bindet nach seinem Wortlaut allein „die **Mitgliedstaaten**“ - nicht die EU – und verbietet die Einführung neuer Beschränkungen der Bedingungen für den **Zugang zum Arbeitsmarkt**.

Art. 41 ZP verbietet demgegenüber den „**Vertragsparteien**“ die Einführung derartiger Beschränkungen der **Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs**.

Ansicht 1: Nein (VGH BW a.a.O., Rn. 51 ff., 53 ff.):

„[...] Das Entfallen des Vorverfahrens [...] ist keine Änderung, die geeignet wäre, die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit zu erschweren oder die einem türkischen Staatsangehörigen eingeräumten materiellen Rechte zu beeinträchtigen. [...]

*Die Entbehrlichkeit des Widerspruchverfahrens **kommt in besonderem Maße dem Interesse des von einer Ausweisung betroffenen Ausländers entgegen, eine möglichst rasche gerichtliche Klärung zu erhalten.***

Zwar können etwa Mängel in der Ausweisungsentscheidung leichter behoben werden, wenn die Verwaltung einen `zweiten Blick´ hierauf wirft. Der Ausländer wird jedoch nicht belastet, wenn diese Möglichkeit nicht mehr besteht. Vielmehr verbessert dies unter Umständen sogar seine Erfolgschancen vor Gericht. [...]

Lediglich die Zweckmäßigkeit einer Entscheidung kann durch das Verwaltungsgericht nicht geprüft werden, was aber bei einer Gesamtbetrachtung der Wirkungen der Abschaffung des Widerspruchsverfahrens nicht ins Gewicht fällt.“

Ansicht 2: Ja.

Hierfür spricht die hohe Bedeutung, die der EuGH der Prüfung der Zweckmäßigkeit einer Ausweisung beigemessen hat

Vgl. BVerwG, Urteil vom 13.09.2005 (A.Z.: 1 C 7.04) in Rn. 19 :

„Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften legt Art. 9 Abs. 1 RL 64/221/EWG aber dahin aus, dass das Eingreifen der in der Bestimmung genannten (zweiten) "zuständigen Stelle" – neben der "Verwaltungsbehörde" –

ermöglichen soll, eine erschöpfende Prüfung aller Tatsachen und Umstände einschließlich der Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme zu bewirken, ehe die Entscheidung endgültig getroffen wird (vgl. etwa EuGH, Urteil vom 29. April 2004 - Rs. C-482/01 und C-493/01 Orfanopoulos und Oliveri - Rn. 103 ff., InfAuslR 2004, 268 [276 f.] m. w. N.; vgl. auch Urteil vom 2. Juni 2005, Rs. Dörr und Ünal, a. a. O.). [...]

*Beim Gericht wäre im Sinne der Rechtsprechung des EuGH nicht gewährleistet, dass eine erschöpfende Prüfung der Zweckmäßigkeit einer nach Gemeinschaftsrecht zu beurteilenden Ausweisungsverfügung vorgenommen und damit den **Erfordernissen eines hinreichend effektiven Schutzes** im Sinne der Richtlinie genügt wird. [...]*

Die gegenläufigen Argumente des VGH Baden-Württemberg sind nicht nachvollziehbar:

Ausgewiesene sind – etwa wegen einer zu erwartenden Strafaussetzung oder in der Hoffnung auf eine erfolgreiche Drogentherapie – in der Praxis oft gar nicht an einer „*raschen gerichtlichen Klärung*“ interessiert, wie der VGH Baden-Württemberg unterstellt :

Vor allem die **Strafaussetzung** zur Bewährung nach § 56 StGB ist hinsichtlich der im Ausweisungsverfahren zu beurteilenden Wiederholungsgefahr von hoher Bedeutung aber auch die Aussetzung des Strafrestes nach § 57 StGB muss – wenn auch nicht in gleichem Maße – berücksichtigt werden (vgl. BVerfG vom 27.8.2010 NVwZ 2011, 35 m.w.N.)

Bei einer **Drogentherapie** ist im Ausweisungsverfahren stets zu prüfen, ob sich der Betroffene „*dauerhaft aus seiner für die begangenen Straftaten ursächlichen Drogenabhängigkeit gelöst hat und deshalb keine erneuten Straftaten, insbesondere keine Delikte nach dem Betäubungsmittelgesetz von ihm mehr zu befürchten sind*“ (vgl. BVerwG, Urteil vom 28.06.2006, 1 C 4.06)

Der VGH Baden-Württemberg gesteht selbst ein, dass

*„Mängel in der Ausweisungsentscheidung **leichter** behoben werden [können], wenn die Verwaltung einen `zweiten Blick´ hierauf wirft.“*

Warum und inwiefern dann aber der Betroffene *„nicht belastet“* sein soll, *„wenn diese Möglichkeit nicht mehr besteht“* – sondern *„unter Umständen sogar seine Erfolgschancen vor Gericht“* verbessern soll, erklärt das Gericht nicht.

4. Kein Verstoß gegen Art. 13 ARB 1/80, weil dieser nur die *Mitgliedstaaten* bindet, Art. 9 RL 64/221 EWG aber eine Norm des *Gemeinschaftsgesetzgebers* ist?

Ansicht 1: Kein Verstoß

BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19.11, Rn. 25,
„Gegen die Auffassung des Klägers [der einen Verstoß gegen Art. 13 ARB 1/80 geltend gemacht hat] spricht schon, dass Art. 13 ARB 1/80 seinem Wortlaut nach nur die Mitgliedstaaten, nicht aber die Europäische Union verpflichtet.“

Weiter wird angemerkt es sei *„fraglich, ob die auf den Zugang zum Arbeits- bzw. Binnenmarkt zugeschnittenen Stand-Still-Klauseln überhaupt Verfahrensfragensregelungen bei der Aufenthaltsbeendigung erfassen (vgl. Urteil vom 30. April 2009 – BVerwG 1 C 6.08)“*. Letzteres wird – in beiden Entscheidungen – nicht begründet.

Ansicht 2: Verstoß (+)

Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ARB 1/80 war nach dem damaligen § 68 VwGO i.V.m. den Ausführungsgesetzen der Länder bei der Ausweisung eines türkischen Staatsangehörigen ein Widerspruchsverfahren vorgesehen.

Selbst wenn sich der EuGH gegen die Fortgeltung des **Art. 9 RL 64/221/EWG - als *gemeinschaftsrechtlicher Norm*** aussprechen sollte:

Wird er dann nicht zumindest in der Abschaffung des bei Inkrafttretens des ARB 1/80 - ***national - vorgeschriebenen Widerspruchsverfahrens*** eine „*neue Beschränkung der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt*“ **durch den Mitgliedstaat** und also einen Verstoß gegen die stand-still-Klausel des Art. 13 ARB 1/80 sehen?

5. Verbiendet Art. 59 ZP die Aufrechterhaltung des Widerspruchsverfahrens?

Ansicht 1: Ja

(bspw. BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19.11., Rn. 25):

„[...] die weitere Anwendung des Art. 9 der Richtlinie 64/221/EWG auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige (würde) selbst bei Annahme einer rechtserheblichen Verschlechterung gegen Art. 59 ZP verstoßen. Nach dieser Vorschrift darf der Türkei in den von diesem Protokoll erfassten Bereichen keine günstigere Behandlung gewährt werden als diejenige, die sich die Mitgliedstaaten untereinander aufgrund des Vertrages zur Gründung der Gemeinschaft einräumen. Das wäre aber bei weiterer Anwendung des „Vier-Augen-Prinzips“ im Vergleich zu den Verfahrensrechten von Unionsbürgern aus Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2004/38/EG – wie oben dargelegt – der Fall.“

Ansicht 2: Kein Verstoß gegen Art. 59 ZP

Gutmann a.a.O.:

*„Eine Besserstellung türkischer Staatsangehöriger gegenüber Unionsbürgern ist freilich unzulässig. Hierfür ist ein Vergleich nicht nur einiger Details des Aufenthaltsstatus vorzunehmen, sondern ein **Gesamtvergleich** (EuGH, U.v. 18.07.2007 – C 235/05 [Derin]). Er zeigt, dass der Status türkischer Staatsangehöriger **insgesamt** hinter demjenigen der Unionsbürger zurückbleibt.“*

[Anmerkung: In der Entscheidung „Derin“ –hat der EuGH – anders als das vorlegende, diesbezügliche Bedenken äußernde, VG Darmstadt – keine Verletzung des Art. 59 ZP darin gesehen, dass türkische Staatsangehörige ihre Rechtsstellung aus Art. 7 ARB 1/80 auch als über 21-jährige, denen kein Unterhalt gewährt wird, beibehalten, obwohl Art. 10 und 11 RL 1612/68 nur jene Kinder von Unionsbürgern erfasste, die noch nicht 21 Jahre alt waren und denen Unterhalt gewährt wurde. Der EuGH hat dies aus der in der Gesamtschau besseren Rechtsstellung der Kinder von Unionsbürgern geschlossen.]

6. Besteht eine völkerrechtliche Verpflichtung der Fortgeltung des Art. 9 RL 64/221/EWG?

Ansicht 1: Ja.

(SN der Kommission in der Rs. „Polat“ vom 15.12.2006 (Rn. 57ff.); SN in der Rs. „Ziebell“ vom 02.12.2008 (Rn. 32 ff.)

Die Kommission hat hierin hervorgehoben, dass sich die Vertragsparteien des ARB 1/80 an den damals bekannten Maßstäben der RL 64/221/EWG orientiert haben und hieraus den Schluss gezogen,

*„dass die Aufhebung der Richtlinie 64/221 (EWG) durch die Richtlinie 2004/38/EG auf die Auslegung des Assoziationsabkommens und der aufgrund des Abkommens erlassenen Rechtsakte keinen Einfluss haben kann. [...] **Der Inhalt völkerrechtlicher Normen kann sich nämlich nicht automatisch durch eine spätere Änderung der Rechtslage eines Vertragspartners ändern. Das Wesen des Völkerrechts besteht gerade darin, dass sich die souveränen Vertragsparteien nur selbst verpflichten können, heteronome Normsetzung kommt in diesem Zusammenhang nicht in Betracht. Genau eine solche heteronome Normsetzung läge aber vor, wenn sich die Änderung der internen Rechtslage der Gemeinschaft unmittelbar auf die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger, die in völkerrechtlichen Regelungen festgelegt ist, auswirken könnte.**“*

Ansicht 2: Nein.

Bspw. VGH BW, a.a.O., Rn. 58 ff.:

*„Diese Auffassung [Anm.: Der Kommission] **beruht jedoch allein auf einer eigenen Interpretation des Urteils des Gerichtshofs in der Rechtssache „Dörr und Ünal“ vom 02.06.2005 (Rs. C-136/03 - Rn.61 bis 64) durch die Kommission** (vgl. insoweit Rn. 57 der Stellungnahme im Verfahren C-349/06 und Rn. 33 der Äußerung in der Rechtssache C-371/08: „Die Kommission versteht diese Rechtsprechung wie folgt:“). **Der Gerichtshof hat diese Interpretation allerdings weder im Urteil „Polat“ noch in späteren Entscheidungen aufgegriffen. Aus dem Urteil in der Rechtssache „Ziebell“ und dem dort eingeschlagenen Lösungsweg (siehe hierzu oben 1.) ergibt sich sogar mit aller Deutlichkeit, dass der Gerichtshof, der für sich die Kompetenz zur Auslegung des Assoziationsrechts in Anspruch nimmt, diese Auffassung nicht teilt. [...]**Die von der Kommission befürwortete Auslegung des Urteils in der Rechtssache „Dörr und Ünal“ überzeugt den Senat auch deshalb nicht, weil die Ansicht der Kommission zu dem Ergebnis führen könnte, dass in dieser Regelungsmaterie unter Umständen notwendig werdende Änderungen des Unionsrechts zum Nachteil von Unionsbürgern überhaupt nicht mehr oder nur noch um den Preis einer Diskriminierung möglich wären.“*

Die Argumentation des VGH BW überzeugt nicht. Gründe:

(1) Der EuGH hat sich in der Rs. „Polat“ schon deshalb zu der Interpretation der Kommission überhaupt nicht geäußert, weil er sich auf Grund der zum Zeitpunkt der Ausweisungsverfügung noch geltenden RL 64/221/EWG hierzu nicht veranlasst sah. In Rn. 26 f. des Urteils heißt es:

„Herrn Polats Ausweisung wurde am 4. Oktober 2004 verfügt, und die Klage wurde am 3. August 2005 beim vorlegenden Gericht erhoben; es ist daher festzustellen, dass die Richtlinie 64/221 in dem für das Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum noch in Kraft war. 27 Da die Richtlinie 2004/38 demzufolge im Ausgangsverfahren nicht anwendbar ist, brauchen die Fragen fünf bis acht [zur Übertragbarkeit des Ausweisungsschutzes aus Art. 28 RL 2004/38] nicht beantwortet zu werden.“

(2) Wenn der VGH BW meint, es ergäbe sich

„aus dem Urteil in der Rechtssache „Ziebell“ und dem dort eingeschlagenen Lösungsweg (siehe hierzu oben 1.) [...] sogar mit aller Deutlichkeit, dass der Gerichtshof, der für sich die Kompetenz zur Auslegung des Assoziationsrechts in Anspruch nimmt, diese Auffassung nicht teilt“,

nimmt er einen unzulässigen Zirkelschluss vor:

Denn unter „oben 1.“ hat der VGH BW den oben (A.) bereits diskutierten Fehler vorgenommen, die Ausführungen des EuGH zum materiellrechtlichen Ausweisungsschutz auf die – von Seiten des EuGH gerade nicht beantwortete (und auf Grund der fehlenden diesbezüglichen Vorlagefrage auch nicht zu beantwortenden) - Frage nach dem verfahrensrechtlichen Ausweisungsschutz zu übertragen.

Fazit zu C (Auswirkungen des Außerkrafttretens der RL 64/221/EWG bzw. der „Ziebell-“ Entscheidung auf verfahrensrechtlichen Ausweisungsschutz Assoziationsberechtigter):

Es mögen gute Argumente sowohl dagegen, als auch dafür sprechen, dass Art. 9 RL 64/221/EWG künftig auch auf Assoziationsberechtigte keine Anwendung mehr findet.

Aber:

Aus der „Ziebell“-Entscheidung kann dies nicht geschlossen werden, da der EuGH hierzu nicht gefragt wurde und sich auch nicht diesbezüglich geäußert hat. Die Frage ist damit als nach wie vor als ungeklärt anzusehen und – auf Grund des Auslegungsmonopols des EuGH – zwingend nach Art. 267 AEUV vorzulegen.

Der VGH Baden-Württemberg hat dies missachtet, der VGH München darüber hinaus die ihm durch das BVerfG auferlegte Pflicht zur Vorlage verstoßen.