

Der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt im Aufenthaltsrecht

I. Einleitung

- 1 Gerade das Ausländerrecht erweist sich als sensibel für die Frage des Zeitpunkts, der der gerichtlichen Sachprüfung zugrunde zu legen ist (= Zeitpunkt der maßgeblichen Sach- und Rechtslage). Die aus der Sicht der Normen des Aufenthaltsrechts entscheidungserheblichen Sachverhalte entwickeln sich ständig weiter (z.B. Unterhaltssicherung, familienrechtlicher Status, Delinquenz eines Ausländers). Zudem stellen sich Fragen intertemporalen Rechts anlässlich von Rechtsänderungen, nämlich nach der Anwendbarkeit neuen Rechts auf anhängige Verfahren.
- 2 Die frühere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum maßgeblichen Zeitpunkt im Aufenthaltsrecht differenzierte folgendermaßen:
- 3 - **Verpflichtungsklage** auf Erteilung oder Verlängerung eines **Aufenthaltstitels**: Soweit es um die Frage geht, ob schon aus Rechtsgründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden muss oder keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden darf, wurde schon immer auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (= OVG bzw. VGH) abgestellt. Demgegenüber war für die Überprüfung von Ermessensentscheidungen über Aufenthaltsgenehmigungen der Zeitpunkt des Erlasses der letzten behördlichen Entscheidung maßgebend.¹
- 4 - Bei **Anfechtungsklage** gegen **aufenthaltsbeendende Maßnahmen** wie insbesondere Ausweisungen war für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten verwaltungsbehördlichen Entscheidung maßgebend.² Danach eingetretene Tatsachen sollten allein im Verfahren auf Befristung der Wirkungen der Ausweisung zu berücksichtigen sein.³
- 5 Der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat seine Rechtsprechung seit August 2004 grundlegend geändert: Bei der Prüfung **aufenthaltsbeendender Maßnahmen** von **Unionsbürgern**⁴ und **ARB-Berechtigten**⁵ ist auf die letzte mündliche Verhandlung in der Tatsacheninstanz abzustellen. Im Urteil vom 15. November 2007 wurde dieser

¹ Vgl. BVerwGE 89, 296 <297 f.>; 94, 35 <40 f.>; 98, 31 <41>; 98, 313 <315>; U.v. 21.1.1992 - 1 C 49.89 - Buchholz 402.240 § 35 AuslG 1990 Nr. 1; U.v. 15.12.1995 - 1 C 31.93 - Buchholz 402.240 § 7 AuslG 1990 Nr. 2; B.v. 26.2.1997 - 1 B 5.97 - Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 8.

² So auch U.v. 20.2.2003 - 1 C 13.02 - BVerwGE 117, 380 <388> für die Prüfung des Widerrufs einer Aufenthaltserlaubnis.

³ BVerwG, B.v. 16.10.1989 - 1 B 106.89, Buchholz 420.24 § 10 AuslG Nr. 119; B.v. 17.1.1996 - 1 B 3.96, Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 5 m.w.N.; B.v. 26.2.1997 - 1 B 5.97, Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 8 m.w.N.; U.v. 26.2.2002 - 1 C 21.00, BVerwGE 116, 55 <65 f.>; U.v. 11.8.2000 - 1 C 5.00, BVerwGE 111, 369 <372>.

⁴ BVerwG, U.v. 3.8.2004 - 1 C 30.02, BVerwGE 121, 297 <308 f.>.

⁵ BVerwG, U.v. 3.8.2004 - 1 C 29.02, BVerwGE 121, 315 <321>.

Zeitpunkt generell für Ausweisungen **aller Drittstaatsangehörigen** als maßgeblich erachtet⁶ und sodann im April 2010 auf andere aufenthaltsbeendende Maßnahmen wie die **Rücknahme** und den **Widerruf** von **Aufenthaltstiteln** erstreckt.⁷ Schließlich ist nunmehr auch die Ermessensausübung in Streitigkeiten über die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen zu diesem Zeitpunkt zu prüfen.⁸

II. Grundlagen

1. Zuordnung: Materielles und kein Prozessrecht

- 6 Ob ein belastender Verwaltungsakt den Kläger i.S. des § 113 Abs. 1 VwGO in seinen Rechten verletzt oder die Ablehnung eines begehrten Verwaltungsakts i.S. des § 113 Abs. 5 VwGO rechtswidrig ist, beurteilt sich nach dem **materiellen** Recht. Diesem sind nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Befugnis- oder Anspruchsnorm selbst und damit die Maßstäbe administrativen Handelns, sondern auch die Antwort auf die Frage zu entnehmen, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen.⁹
- 7 Für Änderungen, die während eines **Revisionsverfahrens** eingetreten sind, werden die materiellrechtlichen Regelungen zum maßgeblichen Zeitpunkt prozessrechtlich überlagert: Da das Bundesverwaltungsgericht als Revisionsgericht grundsätzlich keine tatsächlichen Feststellungen treffen kann, sondern an die **tatsächlichen** Feststellungen der Vorinstanz gebunden ist (§ 137 Abs. 2 VwGO), können *nach* Erlass des Berufungsurteils eingetretene Sachverhaltsänderungen im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden.¹⁰ Nach Erlass des vorinstanzlichen Urteils eingetretene **Rechtsänderungen** sind demgegenüber vom Revisionsgericht zu berücksichtigen, wenn das Berufungsgericht - wenn es jetzt entschiede - diese Rechtsänderung mangels besonderer Übergangsregelungen zu beachten hätte.¹¹

⁶ BVerwG, U.v. 15.11.2007 - 1 C 45.06 - BVerwGE 130, 20 Rn. 14 ff. = DVBl. 2008, 392 = NVwZ 2008, 434 = InfAuslR 2008, 156 = DÖV 2008, 334 = JZ 2008, 512.

⁷ BVerwG, U.v. 13.4.2010 - 1 C 10.09, InfAuslR 2010, 346.

⁸ BVerwG, U.v. 7.4.2009 - 1 C 17.08, BVerwGE 133, 329, Rn. 37.

⁹ Vgl. nur BVerwG, U.v. 30.10.1969 - 8 C 112.67/115.67, BVerwGE 34, 155 <157 f.>; U.v. 21.5.1976 - 4 C 80.74, BVerwGE 51, 15 <24>; U.v. 25.11.1981 - 8 C 14.81, BVerwGE 64, 218 <221>; U.v. 3.11.1987 - 9 C 254.86, BVerwGE 78, 243 <244>; U.v. 17.10.1989 - 9 C 58.88, NVwZ 1990, 654 f.; U.v. 31.3.2004 - 8 C 5.03, BVerwGE 120, 246.

¹⁰ Kraft in: Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, § 137 Rn. 45 m.w.N.

¹¹ BVerwG, U.v. 1.12.1972 - 4 C 6.71, BVerwGE 41, 227 <230 f.>; U.v. 21.10.2004 - 4 C 3.04, BVerwGE 122, 117 <122>; U.v. 22.11.2005 - 1 C 18.04, BVerwGE 124, 326 <329>; U.v. 4.9.2007 - 1 C 43.06, BVerwGE 129, 226 Rn. 13.

2. Modelle: Handlungs- oder Erfolgskontrolle

- 8 Stellt man bei der gerichtlichen Kontrolle auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung ab, steht das tatsächliche Handeln der Behörde im Fokus der gerichtlichen Überprüfung. Diesem Modell folgen - mit Ausnahme des Ausländer- und des Asylrechts - alle anderen Senate in ihren Rechtsgebieten jedenfalls für die gerichtliche Ermessenskontrolle.¹² Fokussiert man demgegenüber auch insoweit auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz, löst sich die gerichtliche Prüfung von dem streitgegenständlichen Bescheid und den damaligen Ermessenserwägungen der Behörde. Gefragt wird dann, ob der beabsichtigte Erfolg - die Rechtsfolge der Norm (z.B. Ausweisung) - auch jetzt noch rechtmäßig verfügt werden könnte.

2.1 Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

- 9 Es ist von dem **Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers** gedeckt und widerspricht nicht dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG), den für die gerichtliche Überprüfung maßgeblichen Zeitpunkt auf den Zeitpunkt der - erstmaligen oder letzten - behördlichen Entscheidung über das Begehren festzulegen.¹³

2.2 Faustregel

- 10 Typischerweise trifft der Gesetzgeber aber keine expliziten Regelungen (vgl. aber § 77 Abs. 1 AsylVfG).¹⁴ Finden sich keine besonderen Anhaltspunkte, geht die Rechtsprechung von der Faustregel aus,¹⁵ dass es bei der **Anfechtung** eines Verwaltungsaktes grundsätzlich auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ankommt; bei der **Verpflichtungsklage** wird dagegen auf die Sachlage im Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Tatsacheninstanz abgestellt.¹⁶

¹² Vgl. nur U.v. 26.3.2009 - 2 C 73.08, BVerwGE 133, 297 Rn. 12 - Ruhestandsversetzung wegen Dienstunfähigkeit; U.v. 16.9.1997 - 3 C 12.95, BVerwGE 105, 214 <220> - Widerruf der Approbation; U.v. 16.5.2007 - 6 C 24.06, NVwZ 2007, 1201 - Widerruf einer Waffenbesitzkarte; B.v. 18.3.1998 - 1 B 33.98, GewArch. 1998, 254 <255> - Widerruf der Gaststättenerlaubnis; U.v. 2.2.1982 - 1 C 146.80, BVerwGE 65, 1 <2 ff.> und U.v. 19.12.1995 - 1 C 3.93, BVerwGE 100, 187 - Gewerbeuntersagung; U.v. 14.4.2010 - 9 A 5.08 - NuR 2010, 558 Rn. 29 - Planfeststellungsbeschlusses: Erlass bzw. der eines Ergänzungsbeschlusses.

¹³ BVerwGE 51, 386 <400> zur Verfassungsmäßigkeit der alten mittlerweile überholten Zeitpunktrechtsprechung zur Ausweisung; so auch B.v. 26.10.1983 - 2 BvR 1207/83 <juris>; vgl. auch BVerwG, B.v. 22.2.2008 - 5 B 208.07, Buchholz 412.3 § 6 BVFG Nr. 113 zu Zeitpunkt der Sprachkompetenz.

¹⁴ § 77 Abs. 1 AsylVfG wurde zur Klärung einer in der Rechtsprechung umstrittenen Frage erlassen und sollte dazu beitragen, den Streit über das Asyl- und Bleiberecht des Ausländers umfassend zu beenden und neue Verwaltungsverfahren möglichst zu vermeiden (BT-Drucks. 12/2062, S. 40 f.).

¹⁵ Vgl. BVerwG, U.v. 1.12.1955 - 1 C 81.53, BVerwGE 3, 21: „... in der Regel ...“. Der Vorbehalt des materiellen Rechts und seiner Systematik wird bereits im U.v. 13.1.1959 - 1 A 40.54, BVerwGE 8, 85 betont.

¹⁶ Vgl. z.B. U.v. 30.10.1969 - 8 C 112 und 115.67, BVerwGE 34, 155 <157 f.>; U.v. 21.5.1976 - 4 C 80.74, BVerwGE 51, 15 <24>; U.v. 25.11.1981 - 8 C 14.81, BVerwGE 64, 218 <221 f.>; U.v. 18.5.1982 - 7 C 42.80, BVerwGE 65, 313 <315>; U.v. 3.11.1987 - 9 C 254.86, BVerwGE 78, 243.

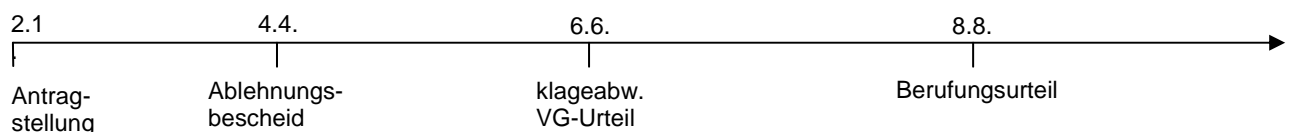
3. Ausgangspunkt zur Zeitpunktbestimmung: Die Rechtsfolge

- 11 Die Überlegungen zur systematisch korrekten und angemessenen Bestimmung des Beurteilungszeitpunkts müssen an der materiellrechtlichen **Anspruchsgrundlage** oder **Befugnisnorm** anknüpfen. Das materielle Recht fordert, dass die Auslösung der **Rechtsfolge im Moment ihres Eintritts** von den **Tatbestandsvoraussetzungen** der jeweiligen Anspruchs- oder Befugnisnorm **gedeckt** sein muss.
- 12 Im Aufenthaltsrecht wird, wenn über einen Aufenthaltstitel oder eine Ausweisung entschieden wird, eine **zeitlich andauernde Rechtsfolge** ausgelöst. Trägt man die Forderung aus Rn. 11 auf die Zeitachse auf, wird deutlich, dass die Fixierung auf *einen* Zeitpunkt die Beurteilung der für das **Ausländerrecht** typischen Verwaltungsakte zwar vereinfacht, ihr aber nicht vollumfänglich gerecht wird.¹⁷ Denn bei Verwaltungsakten, die positiv wie negativ eine *zeitlich andauernde* Rechtsfolge auslösen, muss dieser **Zeitraum** von den Tatbestandsvoraussetzungen her abgedeckt sein.
- 13 Dieser Ansatz lässt sich jedoch in der Praxis wegen des Prüfungsaufwands nicht durchhalten. Deshalb entspricht die Auswahl bestimmter, für die Prüfung maßgeblicher *Zeitpunkte* einem Gebot pragmatischer Notwendigkeit für den Gesetzessvollzug. Diese vereinfachende Vorgehensweise darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass darin eine Verkürzung liegt.

III. Ausgestaltung im Aufenthaltsrecht

1. Aufenthaltsansprüche

- 14 Ab Eingang eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wird der Aufenthaltstitel für die Zukunft begehrt.



1.1 Zukunftsbezug

- 15 In der verwaltungsgerichtlichen Praxis wird - wenn vom Kläger nicht ausdrücklich beantragt - die Behörde immer nur für die Zukunft verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Danach liegt es nahe, den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz als maßgeblich anzusehen; das gilt mittlerweile auch für die Ermessensausübung.¹⁸

¹⁷ Kraft, ZAR 2009, 41 (46).

¹⁸ U.v. 7.4.2009 - 1 C 17.08 - BVerwGE 133, 329, Rn. 37; U.v. 19.6.2009 - 1 C 11.08, BVerwGE 134, 124 Rn. 19.

1.2 Altersgrenzen

- 16** Für einzelne Tatbestandsmerkmale wie eine **Altersgrenze** (z.B. § 32 Abs. 3 AufenthG) befriedigt diese Lösung aber nicht, da der Minderjährige allein durch die Dauer des Verwaltungsverfahrens und eines sich ggf. anschließenden Prozesses aus der Anspruchsnorm hinauswachsen würde. Deshalb ist für die Einhaltung der Altersgrenze auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen.¹⁹
- 17** Diese Ausnahme zieht aber eine **Verdoppelung** der Relevanzzeitpunkte für die übrigen Tatbestandsmerkmale nach sich, wenn der Betreffende die Altersgrenze während des Verfahrens überschreitet. Dann wird z.B. die Unterhaltssicherung *sowohl* zum Zeitpunkt des Erreichens der Altersgrenze *als auch* im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz geprüft.²⁰ Denn wenn bis zur Vollendung der Altersgrenze eine Anspruchsvoraussetzung nicht erfüllt war, darf der Kläger von nachträglichen Änderungen zu seinen Gunsten nicht profitieren.

1.3 Voraufenthaltszeiträume

- 18** Voraufenthaltszeiten wie in § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG müssen nicht bereits bei Ablauf der zuletzt erteilten Aufenthaltserlaubnis,²¹ sondern erst im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz erfüllt sein.²² Damit wird grundsätzlich ein **ununterbrochener** Titelbesitz während dieses Zeitraums verlangt.²³ Zeiten, in denen der Ausländer zwar keinen Aufenthaltstitel besessen hat, er aber nach der vom Gericht inzident vorzunehmenden Prüfung einen Rechtsanspruch auf den Aufenthaltstitel gehabt hat, stehen den Zeiten des Titelbesitzes gleich.²⁴ Eine inzidente Prüfung ist aber nur in den Fällen möglich, in denen der Ausländer etwaige Versagungsbescheide nicht hat bestandskräftig werden lassen. **Unterbrechungen** der Zeiten des Titelbesitzes bis zu einem Jahr können im Wege des § 85 AufenthG überbrückt werden.²⁵

¹⁹ BVerwG, U.v. 18.11.1997 - 1 C 22.96, NVwZ-RR 1998, 517 = InfAusIR 1998, 161 = Buchholz 402.240 § 20 AuslG 1990 Nr. 4 zu § 20 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990 (= ... das 16. Lebensjahr *noch nicht* vollendet hat.“). Ebenso U.v. 30.4.1998 - 1 C 12.96, NVwZ-RR 1998, 677 = InfAusIR 1998, 382 = Buchholz 402.240 § 23 AuslG 1990 Nr. 7.

²⁰ BVerwG, U.v. 26.8.2008 - 1 C 32.07, BVerwGE 131, 370 Rn. 17; B.v. 4.2.2008 - 1 B 63.07, Buchholz 402.242 § 32 AufenthG Nr. 1

²¹ So noch BVerwG, U.v. 24.5.1995 - 1 C 7.94, BVerwGE 98, 313 <319>: zum Zeitpunkt des Ablaufs der letzten Aufenthaltserlaubnis. Diese Rechtsprechung ist im U.v. 10.11.2009 - 1 C 24.08, BVerwGE 135, 225 Rn. 12 ausdrücklich aufgegeben worden.

²² BVerwG, U.v. 10.11.2009 - 1 C 24.08, BVerwGE 135, 225 Rn. 12. Vgl. auch zu § 24 Abs. 1 AuslG 1990: BVerwG, U.v. 22.1.2002 - 1 C 6.01, BVerwGE 115, 352 <355>;.

²³ BVerwG, U.v. 10.11.2009 - 1 C 24.08, BVerwGE 135, 225 Rn. 15 f. mit Rückgriff auf U.v. 24.5.1995 - 1 C 7.94, BVerwGE 98, 313 <320> und U.v. 22.1.2002 - 1 C 6.01, BVerwGE 115, 352 <355> - beide zu § 24 Abs. 1 AuslG 1990.

²⁴ BVerwG, U.v. 22.1.2002 - 1 C 6.01, BVerwGE 115, 352 <356 m.w.N.>; U.v. 10.11.2009 - 1 C 24.08, BVerwGE 135, 225 Rn. 15.

²⁵ BVerwG, U.v. 10.11.2009 - 1 C 24.08, BVerwGE 135, 225 Rn. 18 ff.

- 19 Wichtig ist die **Konsequenz** dieser Entscheidung für die Art der praktischen Prüfung der Ausländerbehörden: Wegen des Erfordernisses eines *ununterbrochenen* Titelbesitzes prüft man richtigerweise von hinten auf dem Zeitstrahl rückwärts in die Vergangenheit hinein. Der behördlichen Praxis einer reinen Addition nicht zusammenhängender Vor- aufenthaltszeiten ist damit der Boden entzogen.

1.4 Verlängerungen

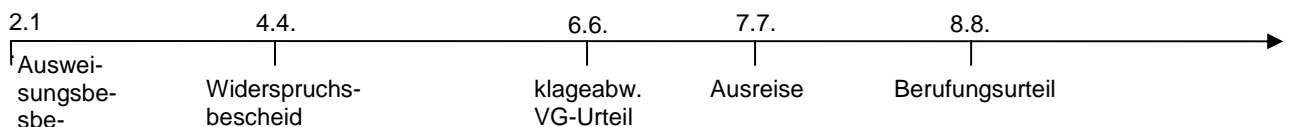
- 20 Eine weitere Sonderregelung hat der 1. Senat der Vorschrift des § 31 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 AufenthG entnommen. Hat ein Verwaltungsgericht lang nach Ablauf des Jahres darüber zu befinden, kommt es für die weitere Verlängerung zwangsläufig auf die damaligen Umstände zum Ablauf der Jahresfrist an.²⁶

1.5 Vergangenheit

- 21 Nur wenn der Kläger einen expliziten Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch für vergangene Zeiträume bis hin zur Antragstellung stellt, kann vom Gericht eine Verpflichtung der Behörde für die Vergangenheit ausgesprochen werden. Voraussetzung ist, dass der Kläger für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für diesen „erledigten“ Zeitraum in der Vergangenheit ein besonderes Rechtsschutzinteresse geltend machen kann.²⁷ In Verlängerungsfällen verhilft jedoch vielfach bereits die Titelbesitzfiktion (§ 81 Abs. 4 AufenthG) dem Ausländer zur Aufenthaltsverfestigung. In der Sachprüfung kann das Gericht einem Antrag für die Vergangenheit nur entsprechen, wenn für den beantragten Zeitraum auch die Erteilungsvoraussetzungen vorlagen. Das führt praktischerweise wiederum zu einer Prüfung auf dem Zeitstrahl „von hinten nach vorne“.

2. Aufenthaltsbeendigung

2.1 Ausweisung



²⁶ BVerwG, U.v. 19.6.2009 - 1 C 11.08, BVerwGE 134, 124 Rn. 19.

²⁷ BVerwG, U.v. 29.9.1998 - 1 C 14.97, Buchholz 402.240 § 24 AusIG 1990 Nr. 3 m.w.N.; U.v. 27.1.2009 - 1 C 40.07, DVBl. 2009, 650. Im Urteil vom 9.6.2009 - 1 C 7.08, NVwZ 2009, 1431 = InfAusIR 2009, 378 Rn. 13 ff. wurde das Rechtsschutzbedürfnis für die Erteilung einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG gem. § 9a AufenthG für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum verneint, da weder eine aufenthaltsrechtliche Verfestigung noch Sekundäransprüche ersichtlich waren.

- 22 Wirkungen der Ausweisung:** Sie vernichtet einen vorhandenen Aufenthaltstitel (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) und löst ein Einreise- und Aufenthaltsverbot sowie eine Titelerteilungssperre aus (§ 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG). Diese rechtsgestaltenden Wirkungen treten bereits im Zeitpunkt des Erlasses ein (§ 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Für die Ausweisung als Vollstreckungsgrundlage ist es von Bedeutung, dass die Ausweisung im Zeitpunkt des Erlasses der Abschiebungsandrohung und deren Vollzugs rechtmäßig ist. Unterschiedliche Beurteilungszeitpunkte wären aber zu kompliziert, so dass die Rechtsprechung nur auf einen (gemeinsamen) Beurteilungszeitpunkt abstellt.
- 23** Der Gesetzgeber hat aber bereits in § 15 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 das Instrument der **Befristung** der gesetzlichen Wirkungen der Ausweisung vorgesehen. Bereits in § 8 Abs. 2 Satz 3 AuslG 1990 ist es zur Regelbefristung erstarkt; der Fristanlauf wurde an die Ausreise geknüpft (jetzt § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG), während für Unionsbürger ein strikter Befristungsanspruch vorgesehen ist (§ 7 Abs. 2 Satz 2 FreizügG/EU). Nunmehr sind das Einreiseverbot und dessen grundsätzliche Höchstdauer von 5 Jahren in Art. 11 der Richtlinie 2008/115/EG geregelt.²⁸

2.1.1 Bisherige Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt

- 24** Die bisherige Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheids gründete sich zum einen auf die oben bereits allgemein angesprochene Vorstellung der reinen Handlungskontrolle einer Ermessensentscheidung. Zum anderen stützte sich die Rechtsprechung auf das systematische Argument, dass das Ausländergesetz deutlich zwischen dem Ausweisungsverfahren und dem auf eine erneute Gestattung des Aufenthalts gerichteten Befristungsverfahren trennt.²⁹

2.1.2 Ausnahme: Minderjährigenschutz

- 25** Zum Schutz des Betroffenen kommt es für das Merkmal der Minderjährigkeit bei der Anwendung des besonderen Ausweisungsschutzes (§ 56 Abs. 2 AufenthG) *nur* auf den Zeitpunkt der Ausweisungsverfügung der Ausgangsbehörde an.³⁰ Diese Ausnahme ist eng verwandt mit der Rechtsprechung zu den Altersgrenzen bei Aufenthaltsansprüchen.

²⁸ Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98. Die Umsetzungsfrist läuft gem. Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie am 24.12.2010 ab.

²⁹ So BVerwG, U.v. 19.6.1969 - 1 C 33.67, Buchholz 402.24 § 10 AuslG (1965) Nr. 12 S. 43 <45>. Vgl. auch U.v. 20.5.1980 - 1 C 82.76, BVerwGE 60, 133 <138 f.> = NJW 1980, 2659 <2660>.

³⁰ BVerwG, U.v. 3.6.1997 - 1 C 23.96, NVwZ 1997, 1126 = InfAuslR 1997, 390; argumentativ aufgegriffen im U.v. 18.11.1997 - 1 C 22.96, NVwZ-RR 1998, 517.

2.1.3 Die Rechtsprechung des EuGH

- 26 Anlass zum Überdenken der bisherigen Rechtsprechung gab die Entscheidung des EuGH vom 29. April 2004 (*Orfanopoulos und Oliveri*).³¹ Ausgehend vom Grundsatz der Freizügigkeit hatte der Gerichtshof seine Auslegung der Schranke der **öffentlichen Ordnung** (nunmehr: Art. 45 Abs. 3 AEUV) wiederholt, die voraussetzt, dass eine ausschließlich auf das persönliche Verhalten gestützte tatsächliche und hinreichend schwere gegenwärtige Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Aus der gebotenen **engen Auslegung** der **Ausnahme** vom Grundsatz der Freizügigkeit leitet der Gerichtshof ab, dass Gemeinschaftsrecht einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die Gerichte bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der gegen einen Unionsbürger verfügten Ausweisung einen Sachvortrag nicht zu berücksichtigen brauchen, der *nach* der letzten Behördenentscheidung erfolgt ist und (zugunsten des Ausländers) den Wegfall oder eine nicht unerhebliche Verminderung der gegenwärtigen Gefährdung mit sich bringen kann, insbesondere wenn ein längerer Zeitraum zwischen dem Erlass der Ausweisung und deren gerichtlicher Beurteilung liege.

2.1.4 Reaktion des BVerwG

- 27 Der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat seine Zeitpunkt-Rechtsprechung hinsichtlich freizügigkeitsberechtigter **Unionsbürger** dahingehend geändert, dass für die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Ausweisungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nunmehr der **Zeitpunkt** der **letzten mündlichen Verhandlung** oder Entscheidung des **Tatsachengerichts** maßgeblich ist.³² Diese Rechtsprechung hat er zugleich auf die Ausweisung assoziationsberechtigter Türken übertragen.³³
- 28 Allerdings hat die Polat-Entscheidung des EuGH³⁴ eine Friktion mit diesem Konzept offenbart: Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung zu erkennen gegeben, dass er bei **Rechtsänderungen** die Bestimmungen zugrunde legt, die bei der Ausweisung bzw. Klageerhebung (noch) in Kraft waren.³⁵ Demzufolge dürfte die Frage des Zeitpunktes der maßgeblichen *Sachlage* in unionsrechtlichen Fällen nicht länger mit der Frage der maßgeblichen *Rechtsslage* zusammenlaufen.

³¹ EuGH, U.v. 29.4.2004 - C-482/01 und C-493/01 - Orfanopoulos und Oliveri, Slg. 2004 S. I-5257.

³² BVerwG, U.v. 3.8.2004 - 1 C 30.03, BVerwGE 121, 297.

³³ BVerwG, U.v. 3.8.2004 - 1 C 29.02, BVerwGE 121, 315.

³⁴ U.v. 4.10.2007 - C-349/06 - Polat, Slg. 2007 S. I-8167 Rn. 25-27. Vgl. auch EuGH, U.v. 12.11.1982 - Rs. 212-217/80, Slg. 1981, 2735 Rn. 8 ff. - Salumi; U.v. 10.2.1982 - Rs. 21/82, Slg. 1982, 381 Rn. 13 - Bout; U.v. 27.5.1982 - Rs. 113/81, Slg. 1982, 1957 Rn. 14 - Reichelt. Vgl. auch U.v. 29.1.1985 - Rs. 234/83, Slg. 1985, 341 Rn. 20 - Gesamthochschule Duisburg: Der Grundsatz der Rechtssicherheit lässt grundsätzlich keine rückwirkende Anwendung einer Verordnung zu, unabhängig davon, ob sich eine solche Anwendung für den Betroffenen günstig oder ungünstig auswirkt.

³⁵ Dem folgend BVerwG, U.v. 3.12.2008 - 1 C 35.07, NVwZ 2009, 326 Rn. 11.

2.1.5 Erstreckung auf alle Ausweisungsfälle

- 29 Die Zeitpunktverlagerung bei der gerichtlichen Prüfung einer Ausweisung wurde im Urteil vom 15. November 2007 nunmehr auf **alle Ausweisungsfälle** erweitert.³⁶ Leitend war dabei die Erkenntnis, dass der die Rechtsprechung des EGMR³⁷ und des BVerfG tragende **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** dafür spricht, dass auch die Gerichte ihre Entscheidung über die Anfechtung einer Ausweisung auf eine möglichst aktuelle, d.h. nicht bereits überholte Tatsachengrundlage stützen.

2.2 Andere aufenthaltsbeendende Maßnahmen

- 30 Diese Rechtsprechungslinie wurde in der Folgezeit auf andere aufenthaltsbeendende Maßnahmen übertragen. So wurde entschieden, dass auch bei der gerichtlichen Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer **Rücknahme** bzw. eines **Widerrufs** einer unbefristeten **Aufenthaltserlaubnis** die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts zugrunde zu legen ist.³⁸

III. Konsequenzen für den Verwaltungsprozess

1. Obliegenheiten der Ausländerbehörde

- 31 Die Ausländerbehörden trifft die Obliegenheit zur ständigen verfahrensbegleitenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit ihrer Verfügung. Denn ein im Ermessen der Behörde liegender Verwaltungsakt kann gerichtlich nicht aus Erwägungen aufrechterhalten werden, die der behördlichen Ermessensbetätigung nicht zugrunde lagen.³⁹
- 32 Allein der Zeitablauf zwingt die Ausländerbehörde aber regelmäßig noch nicht zum nachsteuern. Vielmehr ist es im Rahmen der Mitwirkungspflicht primär Aufgabe des Ausländers, auf etwaige zu seinen Gunsten eingetretene Tatsachenänderungen hinzuweisen. Dann ist es Sache der Behörde, ihre Entscheidung zu überprüfen und gegebenenfalls der neuen Sachlage anzupassen.⁴⁰

³⁶ BVerwG, U.v. 15.11.2007 - 1 C 45.06, BVerwGE 130, 20.

³⁷ Der EGMR stellt bei Prüfung des Art. 8 EMRK auf die tatsächliche Situation in dem Zeitpunkt ab, in dem die Ausweisung rechtskräftig wird und lässt danach eintretende Veränderungen unberücksichtigt: U.v. 31.10.2002 - 37295/97 - Yildiz, InfAusIR 2003, 126 Rn. 34 und 44; U.v. 28.6.2007 - 31753/02 - Kaya, InfAusIR 2007, 325 Rn. 57 und 67.

³⁸ BVerwG, U.v. 30.8.2010 - 1 C 10.09, InfAusIR 2010, 346 Rn. 11 ff. in Abkehr von der früheren Rechtsprechung im U.v. 20.2.2003 - 1 C 13.02, BVerwGE 117, 380 <388>.

³⁹ BVerwG, B.v. 15.12.1993 - 1 B 193.93, InfAusIR 1994, 130 = Buchholz 402.24 § 10 AuslG Nr. 135 m.w.N.

⁴⁰ BVerwG, U.v. 30.8.2010 - 1 C 10.09, InfAusIR 2010, 346 Rn. 24.

2. Berücksichtigungsmöglichkeit im Prozess

- 33 Noch nicht vollends geklärt ist die prozessrechtliche Frage, inwieweit die Rechtsprechung zum Nachschieben von Gründen eine Anpassung durch die Behörde im laufenden Anfechtungsprozess zulässt.⁴¹ Die Antwort muss m.E. aus dem teleologischen Hintergrund der Schranke der Wesensänderung entwickelt werden: Sinn und Zweck dieser richterrechtlichen Limitierung sind Überlegungen prozessualer Waffengleichheit, damit insbesondere belastende Ermessensverwaltungsakte nicht frühzeitig auf „schwacher Grundlage“ erlassen und von der Verwaltung auch noch im Prozess zur nachträglichen Legitimation nach Belieben „nachbearbeitet“ werden können. Diese Teleologie trifft aber die infolge der Veränderung des Relevanzzeitpunkts zu bewältigenden Fälle nachträglicher Änderungen der Sach- und Rechtslage nicht; hier spricht m.E. viel für eine prozessökonomisch sinnvolle Abarbeitung in *einem* Verwaltungsstreitverfahren. Andernfalls gliche ein Ausweisungsverfahren mit sich anschließendem Prozess einem Fußballspiel, in dem in der zweiten Halbzeit (= Prozess) die eine Mannschaft (= Behörde) zwar weiter mitspielen muss, aber nicht mehr über die Mittellinie spielen darf.⁴²
- 34 Die Vorschrift des **§ 114 Satz 2 VwGO** steht einer eher großzügigen Handhabung des Kriteriums der „Wesensänderung“ in Ausweisungsverfahren m.E. nicht entgegen. Prozessrechtlich sollte lediglich klargestellt werden, dass die Verwaltung „auch noch während des gerichtlichen Verfahrens materiellrechtlich relevante Ermessenserwägungen in den Prozess einführen kann.“⁴³ Richtet sich die Zulässigkeit einer Ergänzung von Ermessenserwägungen aber nach dem jeweiligen materiellen Recht, hat § 114 Satz 2 VwGO nur klarstellende Bedeutung.⁴⁴

3. Gerichtliche Entscheidung

- 35 Das gem. § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO ergehende **Anfechtungsurteil** wirkt grundsätzlich **ex tunc**, d.h. auf dem Zeitstrahl auf den Erlass des Bescheids zurück. Wie ist aber zu verfahren, wenn die anfänglich rechtmäßige Ausweisung erst durch nach Erlass des Widerspruchsbescheids entstandene Umstände rechtswidrig geworden ist? Zur Vermeidung u.a. unberechtigter Amtshaftungsrisiken muss das **Urteil** auf der **Zeitachse eingeschränkt** werden (wie beim VA mit Dauerwirkung).⁴⁵ Will man dem nicht folgen, ließe sich eine ähnliche Wirkung auch mit einem Feststellungsausspruch analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO zugunsten der Behörde erreichen, um die präjudizielle Wirkung des kassatorischen Anfechtungsurteils mit dem darin enthaltenen Rechtswidrigkeitsurteil für einen ggf. nachfolgenden Amtshaftungsprozess einzuschränken.

⁴¹ Restriktiv z.B. BayVGh, U.v. 24.10.2008 - 10 B 08.492 - Rn. 18 ff.

⁴² Kraft, ZAR 2009, 41 (46).

⁴³ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/5098 S. 24.

⁴⁴ BVerwG, U.v. 5.5.1998 - 1 C 17.97, BVerwGE 106, 351 <363 f.> unter Verweis auf *Gerhardt* in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 114 Rn. 12 c und *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151 <1155>.

⁴⁵ Vgl. BVerwG, U.v. 15.11.1967 - 1 C 43.67, BVerwGE 28, 202 zu einer Gewerbeuntersagung.