

Beschluss

BVerwG, § 46 Nr. 2 AuslG 1990, Art. 18, 43, 49 EG, Art. 1 EWG-RiLi 90/364

**Aufenthaltsrecht in anderem
EU-Mitgliedstaat bei dort ausgeübter
Prostitution**

Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zur Klärung der Frage, ob die von einer Angehörigen eines Mitgliedstaats der EU in einem anderen Mitgliedstaat ausgeübte Prostitution durch die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erfasst wird oder ob ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8a EG-Vertrag (jetzt Art. 18 EG) oder der Richtlinie Nr. 90/364 des Rats der EWG besteht.

Beschluss des BVerwG vom 18.9.2001 – 1 C 17/00

Aus dem Tatbestand:

Die 1955 geborene Klägerin ist Staatsangehörige der N. Sie hat ihren Wohnsitz in A., wo sie mit ihren minderjährigen Kindern lebt.

Aus einem Bericht der Landespolizeidirektion S. II – Fachdienst Prostitution – an die Beklagte vom 2. 1.1997 ergibt sich, dass die Klägerin – nach ihren Angaben – zu Beginn des Jahres 1996 in E. für etwa zwei Wochen und ab 26.2.1996 bis 16.5. 1996 in S. in dem „Prostitutionsobjekt C.“ der Prostitution nachgegangen ist. Ermittlungen beim Gesundheitsamt der Landeshauptstadt S. hätten ergeben, dass die Klägerin den Untersuchungsterminen regelmäßig nachgekommen sei; letztmals sei sie dort am 4.6.1996 erschienen.

Bei einer Überprüfung des Bordells „P.“ in V.-Sch. durch die Kriminalpolizei wurde die Klägerin dort am 17.10.1996 angetroffen. Anlässlich einer Kontrolle dieses Bordells am 5.12.1996 durch Bedienstete des Gesundheitsamts und der Ortspolizeibehörde der Beklagten wurde festgestellt, dass die Klägerin dort als Prostituierte tätig war. Nach Unterlagen des Gesundheitsamts beim Landratsamt Sch. hielt sich die Klägerin seit dem 26.8.1996 in diesem Bordell auf. Sie war im Besitz eines am 14.10.1996 in A. ausgestellten [...] Reisepasses.

Mit Verfügung vom 6. 12.1996 ordnete die Ausländerbehörde der Beklagten die Ausweisung der Klägerin an, da sie sich ohne erforderliche Aufenthaltsgenehmigung im Bundesgebiet aufhalte. Damit seien die Voraussetzungen des § 46 Nr. 2 AuslG erfüllt. Die Klägerin reiste am gleichen Tag aus dem Bundesgebiet aus.

Das Regierungspräsidium F. wies den Widerspruch der Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 14.5.1997 zurück und legte zur Begründung ergänzend dar, dass Ausländer aus einem EG-Mitgliedstaat, die ins Bundesgebiet zur Ausübung der Prostitution einreisen wollten, sich nicht auf die gemeinschaftsrechtli-

che Freizügigkeit berufen könnten. Zu den Zielsetzungen des EG-Vertrages gehöre es nicht, eine sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit wie die Erwerbsprostitution unter die Freizügigkeitsregeln fallen zu lassen.

Das Verwaltungsgericht hat der hiergegen gerichteten Klage stattgegeben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen [...]

Die Klägerin tritt der Revision entgegen. Sie macht u.a. geltend, sie sei auch aufgrund der Richtlinie Nr. 90/364 des Rats vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht freizügigkeitsberechtigt. Nach ihren Angaben war sie während ihres Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland krankenversichert und verfügte über ausreichende Existenzmittel. Zwischen den Beteiligten ist unstrittig, dass die Klägerin damals keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen hat.

Aus den Gründen:

Das Verfahren ist auszusetzen, weil von dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine Vorabentscheidung einzuholen ist.

1. Die Revision ist begründet, wenn man mit der Beklagten annimmt, dass die Klägerin am 16.5.1997, dem für die Beurteilung der von ihr erhobenen Anfechtungsklage in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht maßgeblichen Zeitpunkt der Zustellung des Widerspruchsbescheids, nicht nach Europäischem Gemeinschaftsrecht freizügigkeitsberechtigt war. Die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Ausweisungsverfügung vom 6.12.1996 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 14.5.1997 ist dann ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen. Danach kann die Klägerin nicht die Aufhebung dieser Verfügung beanspruchen. Die Voraussetzungen der Ausweisungsbestimmung des § 46 Nr. 2 des Ausländergesetzes – AuslG – vom 9.7.1990 (BGBl I S. 1354) sind nämlich unter den vorliegenden Umständen erfüllt, weil sie nicht innerhalb von drei Monaten nach der Einreise die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung beantragt und damit gegen § 9 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 6 Satz 1 der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes – DVAuslG – vom 18.12.1990 (BGBl I S. 2983) in der hier maßgeblichen Fassung der Verordnung vom 2.4.1997 (BGBl I S. 751) verstoßen hat.

Die Revision hat hingegen keinen Erfolg, wenn die Klägerin am 16.5.1997 ein gemeinschaftsrechtliches Freizügigkeitsrecht genoss. Denn ein Verstoß gegen die für Einreise und Aufenthalt bestehenden gesetzlichen Formalitäten kann dann für sich allein nicht als eine die Ausweisung eines Unionsbürgers rechtfertigende Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit im Sinne des Art. 56 EG-Vertrag bzw. der Richtlinie 64/221 vom 25.2.1964 (ABl S. 850) angesehen werden (vgl. EuGH, Urteil vom 8.4.1976 – Rs. 48/75 – Royer – Slg. 1976, 497 Rn. 38/40).

Es kommt mithin für die Entscheidung des Falles darauf an, ob der Klägerin bezogen auf die Rechtslage

vom 16.5.1997 ein gemeinschaftsrechtliches Freizügigkeitsrecht zustand. Dies ist der Fall, wenn die von der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats in einem anderen Mitgliedstaat selbständig ausgeübte Prostitution nach der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtslage durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EG-Vertrag; jetzt: Art. 43 EG) bzw. den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 59 EG-Vertrag; jetzt: Art. 49 EG) erfasst war (unten 2.) oder wenn ihr ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8a EG-Vertrag (jetzt: Art. 18 EG; unten 3.) oder nach Art. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 (unten 4.) zustand.

2. Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten nach Art. 52 und 59 EG-Vertrag beziehen sich ebenso wie die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 48 EG-Vertrag (jetzt: Art. 39 EG) nur auf Betätigungen, die einen Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 EG-Vertrag ausmachen (EuGH, Urteil vom 12.12.1974 – Rs. 36/74 – Walrave – Slg. S. 1405, 1418). Ob hierzu die von einer Unionsbürgerin in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Staatsangehörigkeit ausgeübte Prostitution gehört, bedarf der Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.

Der beschließende Senat hat im Urteil vom 15.7.1980 (BVerwG 1 C 45.77 – BVerwGE 60, 284, 288 f.) dargelegt, die Prostitution sei als sittenwidrige und in verschiedener Hinsicht sozialwidrige Tätigkeit nicht Teil des Wirtschaftslebens im Sinne von Art. 2 EG-Vertrag. An der in diesem Urteil vertretenen Ansicht, hieran sei ein vernünftiger Zweifel nicht möglich, hält der Senat nicht fest. Im Hinblick auf die seitherige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften könnte vielmehr einiges für die Zugehörigkeit der Prostitution zum Wirtschaftsleben sprechen (vgl. auch Generalanwalt Leger, Schlussanträge vom 8.5.2001 – Rs. C-268/99 – Jany e.a. – unter VI.). Allerdings ist nicht klar, dass der Gerichtshof hiervon, wie das Berufungsgericht (Urteilsabdruck S. 16 f.) meint, im Urteil vom 18.5.1982 – Rs. 115 und 116/81 – Adoui und Cornuaille – Slg. S. 1665, 1706 ff.) ausgegangen ist, indem er die damals vorgelegten Fragen als rechtserheblich angesehen hat. Die Antragstellerinnen jenes Verfahrens genossen nämlich bereits als Serviererinnen und damit als Arbeitnehmerinnen Freizügigkeit nach Art. 48 EG-Vertrag (vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwalt Capotorti, a.a.O., S. 1715).

Bei der Prostitution handelt es sich nicht um eine in allen Mitgliedstaaten verbotene bzw. strafbare Tätigkeit, so dass es auf die insoweit geltenden Grundsätze nicht ankommt (vgl. auch EuGH, Urteil vom 24.3.1994 – Rs. C-275/92 – Schindler – Slg. I-1039, 1090). Auch nach innerstaatlichem deutschem Recht ist die Prostitution – auch soweit sie von Ausländern ausgeübt wird – nicht strafbar oder sonst verboten.

Die Ausübung der Prostitution kann allerdings für In- und Ausländer besonderen Beschränkungen unterworfen werden (vgl. Berufungsurteil S. 14 mit Hinweis u.a. auf Sperrbezirksverordnungen). Anders als nach der noch für das erwähnte Urteil des Senats vom 15.7.1980 maßgeblichen Rechtslage war zum Zeitpunkt der Zustellung des Widerspruchsbescheids eine Ausweisung wegen Ausübung der Prostitution nicht mehr generell, sondern nur noch dann möglich, wenn der Ausländer gegen eine für deren Ausübung geltende Rechtsvorschrift oder behördliche Verfügung verstieß (vgl. § 46 Nr. 3 AuslG).

Nicht abschließend geklärt ist dagegen, ob es für die Frage der Zugehörigkeit der Prostitution zum Wirtschaftsleben darauf ankommt, ob sie innerstaatlich als sitten- und sozialwidrig angesehen wird. Für andere Tätigkeiten hat der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften dies verneint. [...]

In der bis zur Zustellung des Widerspruchsbescheids ergangenen deutschen Rechtsprechung zum innerstaatlichen Recht wurde die Prostitution grundsätzlich als sittenwidrig angesehen (...). So verstößt eine Prostituierte durch ihre Tätigkeit nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zumindest im Regelfall im Sinne von § 138 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB – gegen die guten Sitten (Urteil vom 6.7.1976 – VI ZR 122/75 – BGHZ 67, 119, 122). Unabhängig hiervon unterliegen die Einkünfte aus Prostitution der Steuerpflicht (vgl. BFH, Urteile vom 23.6.1964 – GrS 1/64 S – NJW 1965, 79 und vom 4. 6.1987 – V R 9/79 – NJW 1988, 935). Weiter stellt die Prostitution nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 12.6.1990 – 5 StR 614/89 – NJW 1990, 2207) eine Erwerbstätigkeit im Sinne von § 1 Abs. 2 DVAuslG dar, ohne dass es darauf ankomme, wie sie in anderen Rechtsbereichen behandelt werde. Im Übrigen bestehen bereits seit einiger Zeit Anzeichen für einen Wandel der gesellschaftlichen Auffassungen zur Prostitution (anknüpfend daran neuerdings VG Berlin, Urteil vom 1.12.2000 – VG 35 A 570/99 – NJW 2001, 983, 987 f.; vgl. auch BFH, Urteil vom 23.2.2000 – X R 142/95 – NJW 2000, 2919).

3. Sollte ein wirtschaftlich bedingtes Freizügigkeitsrecht zu verneinen sein, ist die Frage erheblich, ob einer die Prostitution in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Staatsangehörigkeit ausübenden Unionsbürgerin am 16.5.1997 ein Aufenthaltsrecht unmittelbar nach Art. 8 a Abs. 1 EG-Vertrag zustand, der an die Unionsbürgerschaft anknüpft und nicht auf eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit abstellt. Die Beantwortung dieser Frage ist zweifelhaft und bedarf der Klärung durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.

Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften hat sich bisher zur Rechtsnatur des Art. 8 a EG-Vertrag nicht näher geäußert. [...]

Sollte Art. 8 a Abs. 1 EG-Vertrag grundsätzlich unmittelbar ein Aufenthaltsrecht vermittelt haben, so ist zweifelhaft und bedarf der Klärung, ob es auch dann bestand, wenn die Unionsbürgerin – wie für die zweite Vorlagefrage unterstellt wird – eine nicht dem Wirtschaftsleben im Sinne von Art. 2 EG-Vertrag zuzurechnende Erwerbstätigkeit ausübte. Ebenso stellt sich die Frage, ob es sonst für die Anwendung des Art. 8 a Abs. 1 EG-Vertrag von Bedeutung ist, ob die Prostitution innerstaatlich als sitten- und sozialwidrig angesehen wurde. Darüber hinaus ist zu klären, ob Art. 8 a Abs. 1 EG-Vertrag unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 anwendbar war (vgl. auch Generalanwalt Geelhoed, a.a.O.).

4. Falls die Unionsbürgerin am 16.5.1997 kein Aufenthaltsrecht nach Art. 8 a Abs. 1 EG-Vertrag hatte, ist klärungsbedürftig, ob ihr ein solches Recht unter den Voraussetzungen von Art. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 zustand. Diese Richtlinie war in der Bundesrepublik Deutschland entgegen der in ihrem Art. 5 ausgesprochenen Verpflichtung zu dem genannten Zeitpunkt noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden (vgl. auch das im Vertragsverletzungsverfahren ergangene Urteil des EuGH vom 20.3.1997 – Rs. C-96/95 – Slg. I-1668). Die Umsetzung erfolgte vielmehr erst durch die Freizügigkeitsverordnung/EG vom 17.7.1997 (BGBl I S. 1810). [...]

Falls diese Richtlinie unmittelbar anwendbar ist, so ist – ebenso wie bei Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 8 a EG-Vertrag (vgl. oben 3.) – klärungsbedürftig, ob es insoweit darauf ankommt, ob die Prostitution zum maßgeblichen Zeitpunkt dem Wirtschaftsleben im Sinne von Art. 2 EG-Vertrag zuzurechnen war und ob sie innerstaatlich als sitten- und sozialwidrig angesehen wurde. [...]

Schließlich bestehen hinsichtlich des Erfordernisses ausreichender Existenzmittel nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie Nr. 90/364 in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften noch nicht geklärte Fragen. Insoweit bedarf es der Klärung, ob diesem Erfordernis, durch das zusätzliche Belastungen des Aufnahmemitgliedstaats verhindert werden sollen, bereits genügt wird, wenn die Unionsbürgerin während ihres dortigen Aufenthalts keine Sozialhilfe bezieht. Sollte dies zu verneinen sein, so ist klärungsbedürftig, ob sie zum Zeitpunkt der Einreise in einen anderen Mitgliedstaat über ausreichende Existenzmittel verfügen und dies gegenüber der zuständigen Behörde nachweisen muss (vgl. dazu § 8 Abs. 1 Satz 2, Abs. 5 der oben erwähnten Freizügigkeitsverordnung/EG vom 17.7.1997).