

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer*, Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi*, München – *Dr. Josef Christ*, Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde*, Rechtsanwalt, Stuttgart – *Prof. Dr. Thomas Mayen*, Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer*, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke*, Münster – *Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff*, Vors. Richter am VG a. D., Berlin – *Dr. Stefan Paetow*, Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin – *Prof. Dr. Joachim Scherer*, Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz*, Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch*, Freiburg – *Prof. Dr. Rudolf Streinz*, München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

15 2014

Seite 969–1040

33. Jahrgang

1. August 2014

Richter am BVerwG Professor Dr. Ingo Kraft*

Vom Konflikt zur Konvergenz

Zur Rezeption der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des EGMR durch die deutschen Verwaltungsgerichte

Die Rezeption der ausländerrechtlichen Entscheidungen des EGMR zu Art. 3 und Art. 8 EMRK verlief in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht immer geräuschlos, sondern erscheint im Rückblick als ein sukzessiv verlaufender Konvergenzprozess. Der Beitrag, das Manuskript eines Vortrags, den der Verfasser am 10.1.2014 anlässlich eines Arbeitsbesuchs des BVerwG beim EGMR in Straßburg gehalten hat, zeichnet diese Entwicklung nach. Er plädiert für einen stärkeren *judicial self-restraint* des EGMR sowie einen grenzüberschreitenden Dialog der Richter im Sinne einer diskursiven Entscheidungskultur.

I. Einleitung

Bei deutschen Verwaltungsrichtern haben die ausländerrechtlich relevanten Entscheidungen des EGMR zu Art. 3 und Art. 8 EMRK nicht immer nur Begeisterung ausgelöst.¹ Ihre Rezeption erscheint vielmehr als ein sukzessiv verlaufender Konvergenzprozess. Angesichts des Souveränitätsverlusts gegenüber europäischen Instanzen im Mehrebenensystem von nationalem, Völker- und Unionsrecht erscheint diese Entwicklung aus der Sicht des nationalen Richters psychologisch nicht überraschend. Zumal in Deutschland bereits ein dichtes Netz von Grundrechten als unmittelbar geltenden und einklagbaren subjektiven Rechten sowohl im Grundgesetz als auch in den Landesverfassungen existiert. Deshalb stellt sich die Frage, ob hier die Vervielfältigung der Grund- und Menschenrechte im Mehrebenensystem wirklich zu einem besseren Schutz des Individuums oder nicht nur zu mehr richterlichen Interpretationen mit der Gefahr von Dissonanzen führt – frei nach dem Motto: „Zu viele Köche verderben den Brei“.

Das Spannungsverhältnis zwischen Grundrechte-Charta und EMRK ist zumindest theoretisch durch die Kongruenzklausel des Art. 52 III GRCh gelöst; ihre Bewährung in der Praxis steht freilich noch aus. Im Verhältnis zwischen EMRK und Grundgesetz fehlt eine derartige Regelung. Da die EMRK als transformierter völkerrechtlicher Vertrag in der Normpyramide mit gleichrangigem Bundesrecht konkurriert, stehen

menschenrechtlicher Inhalt und einfachrechtlicher Rang in einem disparaten Verhältnis. Das birgt einen latenten Norm- und Rechtsprechungskonflikt, der im Fall *Görgülü* virulent wurde: Das BVerfG hat entschieden, dass zur Bindung des nationalen Richters an Gesetz und Recht die Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK sowie der Entscheidungen des EGMR als Interpretationshilfen im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung gehört. Diese weiche Linie lässt weder die Negierung noch eine „schematische Vollstreckung“ der Rechtsprechung des EGMR zu.²

In Deutschland fällt die Aufgabe wertender Berücksichtigung der ausländerrechtlich relevanten Entscheidungen des EGMR vornehmlich dem BVerwG zu, das ua die Rechtsprechung des EuGH, des EGMR und des BVerfG zu einer konsistenten Dogmatik zusammenführen muss, die für die Praxis handhabbare Vorgaben und Maßstäbe liefert.³ Berücksichtigungsfähig ist aber nur eine über reines Case law hinausgehende Judikatur, die zur Sicherung von Rationalität des Rechtsstoffes strukturierend systematisiert, abstrakte Vorgaben durch richterrechtliche Obersätze entwickelt und so die Rechtsanwendung fallübergreifend stabilisiert.⁴ Akzeptanzfördernd wirkt Rechtsprechung dann, wenn sie Vorgaben begründet und auf Gegenargumente eingeht. Dazu ist es hilfreich, die Arbeits- und Funktionsbedingungen der Richter zu kennen, um ihre Entscheidungen besser reflektieren und einordnen zu können. Deshalb ist der grenzüberschreitende Dialog der Richter ein notwendiges Instrument zur Förderung der Rechtsprechungskonvergenz im Europäischen Rechtsraum.

* Der Autor ist Richter am BVerwG und Honorarprofessor der Universität Leipzig. Der Beitrag ist Professor Dr. Dr. h. c. Hasso Hofmann gewidmet, der am 4.8.2014 sein 80. Lebensjahr vollendet.

1 Vgl. dazu und zu Folgendem *Nußberger*, NVwZ 2013, 1305.

2 BVerfGE 111, 307 (323 f.) = NJW 2004, 3407 = NVwZ 2005, 77 Ls.

3 *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, 247, spricht diesbezüglich von einer institutionellen Schlüsselstellung des BVerwG.

4 Vgl. dazu *Bumke*, Dokumentation 16, Deutscher Verwaltungsgerichtstag, 2011, 143/147, 149; *Albers*, VVDStRL 1971, 257 (270 ff.).

II. Ausländerrechtlich relevante Entscheidungen zu Art. 8 EMRK

Art. 8 EMRK hat sich im Ausländerrecht durch die dynamische⁵ Rechtsprechung des EGMR vom unbeachteten Mauereblümchen zum Sprengkörper mit Explosivkraft entwickelt. Der EGMR betont zwar immer wieder den allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts, dass die Staaten – unbeschadet ihrer vertraglichen Verpflichtungen – das Recht haben, die Einreise fremder Staatsbürger in ihr Hoheitsgebiet zu regeln. Die Konvention gewähre einem Ausländer kein Recht zur Einreise und zum Aufenthalt in einem bestimmten Land und die Vertragsstaaten seien zur Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit berechtigt, einen straffällig gewordenen Ausländer auszuweisen.⁶ Diesen Grundsatz schränkt der EGMR jedoch durch seine Rechtsprechung immer weiter ein, indem er aufenthaltsbeendende Maßnahmen am Maßstab des Art. 8 EMRK mit stetig zunehmender Intensität prüft.⁷

Das BVerwG hat bereits in den ersten Entscheidungen zur Ausweisung die familiären Belange des Ausländers am Maßstab des Art. 8 EMRK gewürdigt und sich dessen systematische Prüfungsstruktur für Art. 6 GG nutzbar gemacht.⁸ Es hat betont, dass die differenzierten Nachzugs- und Aufenthaltsregelungen des Ausländergesetzes generell dem Standard der Konvention entsprechen. Der Gesetzgeber habe das Aufenthaltsrecht Familienangehöriger in einer Art. 8 II EMRK entsprechenden Weise mit dem öffentlichen Interesse an legitimer Einwanderungskontrolle und Begrenzung weiterer Zuwanderungen abgewogen.⁹ Darüber hinaus wird aber auch jeder Einzelfall im Ergebnis an Art. 8 EMRK unter Würdigung der Rechtsprechung des EGMR geprüft.¹⁰

1. Schutzbereich

a) *Ehe und Familie*. Der Schutzbereich des Art. 8 EMRK umfasst grundsätzlich nur die Kernfamilie, kann sich aber auch auf das Familienleben zwischen nahen Verwandten (zB Großeltern und Enkeln) erstrecken.¹¹ Beziehungen zwischen erwachsenen Familienmitgliedern genießen nur dann den Schutz des Familienlebens, wenn zusätzliche Abhängigkeitsmerkmale vorliegen, die über die üblichen emotionalen Aspekte hinausgehen.¹² Das BVerwG ist dem gefolgt und hat anerkannt, dass Art. 8 EMRK über Art. 6 I GG hinausreichen kann,¹³ wenn tatsächlich ein hinreichend enges Familienband besteht.¹⁴

b) *Privatleben*. In Fällen mit Ausländerbezug hat der Gerichtshof erstmals in der *Slivenko*-Entscheidung zwischen den Schutzgütern von Familie und Privatleben differenziert. Mit Blick auf den Aufenthalt (von Familienangehörigen) pensionierter russischer Militärangehöriger in den baltischen Staaten hat er durch Art. 8 EMRK auch das Netz an persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen als geschützt angesehen, die das Privatleben eines jeden Menschen ausmachen.¹⁵ In der *Üner*-Entscheidung hat er herausgestellt, dass Art. 8 EMRK auch das Recht schütze, Beziehungen zu anderen Personen und zur Außenwelt herzustellen und zu entwickeln. Daher sei die Gesamtheit der sozialen Beziehungen zwischen ansässigen Zuwanderern und der Gesellschaft, in der sie leben, Bestandteil des Begriffs des Privatlebens.¹⁶ Unabhängig vom Bestehen eines Familienlebens stelle die Ausweisung eines im Gastland ansässigen Zuwanderers einen Eingriff in sein Recht auf Achtung seines Privatlebens dar.

c) *Aufenthaltsrecht stammberechtigter Familienangehöriger resp. Betroffener*? Nicht im Letzten klar ist die Auffassung des EGMR, ob sich die nach nationalen Vorschriften bestimm-

mende Legalität des Aufenthalts eine Tatbestandsvoraussetzung des Art. 8 EMRK ist oder nur ein gewichtiges Element bei der Abwägung auf der Rechtfertigungsebene.¹⁷ Es finden sich sowohl Entscheidungen, die das Aufenthaltsrecht als notwendige Voraussetzung erscheinen lassen,¹⁸ als auch solche, die es der Rechtfertigungsebene zuzurechnen scheinen.¹⁹ Nach Auffassung des BVerwG kommt ein Privatleben iSd Art. 8 I EMRK, das den Schutzbereich der Vorschrift eröffnet und eine Verwurzelung zu begründen vermag, grundsätzlich nur auf der Grundlage eines rechtmäßigen Aufenthalts sowie eines schutzwürdigen Vertrauens auf den Fortbestand des Aufenthalts in Betracht.²⁰ Entscheidend ist, ob dem Ausländer ein Aufenthaltsrecht eingeräumt wurde, das ein berechtigtes Vertrauen auf Fortbestand hätte begründen können; das ist bei asylverfahrensrechtlichen Aufenthaltsgestattungen nicht der Fall.²¹

2. Rechtfertigung des Eingriffs

Der EGMR unterscheidet bei Art. 8 EMRK zwischen dem Abwehrrecht gegen den Entzug des Aufenthaltsrechts und der positiven Verpflichtung des Staates, das Familien- und Privatleben zu achten.

a) *Aufenthaltstitel – Ehegattennachzug – Kindernachzug – Elternnachzug*. aa) *Rechtsprechung des EGMR*. Mit der Entscheidung *Abdulaziz*²² hat der EGMR Art. 8 EMRK erstmals als potenzielle Quelle von Aufenthaltsansprüchen aktiviert. Auch wenn die Vorschrift das Individuum

- 5 Zur Auslegung der EMRK „im Lichte der heutigen Verhältnisse“: EGMR, NJW 1979, 1089, und NJW 1979, 2449 (2451).
- 6 EGMR, Urt. v. 18.2.1991 – 12313/86, EuGRZ 1993, 552 Rn. 43 – Moustaqim/Belgien; st. Rspr.
- 7 Vgl. *Thym*, EuGRZ 2006, 541.
- 8 BVerwG, Urt. v. 25.10.1956 – I C 58/56, Buchholz 402.20 § 5 APVO Nr. 4, S. 4 (5 f.). Vgl. auch BVerwGE 3, 235 (236) = NJW 1956, 1046, zur EMRK als neuer Ermessensschränke.
- 9 BVerwGE 106, 13 (21 f.) = NVwZ 1998, 742.
- 10 Vgl. nur BVerwGE 94, 35 (49 f.) = NVwZ 1994, 381 = NJW 1994, 2167 Ls.; BVerwGE 106, 13 (22 ff.) = NVwZ 1998, 742. Zur Rechtsprechung: *Bath*, NVwZ 1998, 1031.
- 11 EGMR, NJW 1979, 2449 (2452).
- 12 Schutzbereich: EGMR, Entsch. v. 7.11.2000 – 31519/96 – Kwakie-Nti und Dufie/Niederlande; EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 9.10.2003 – 48321/99, EuGRZ 2006, 560 Rn. 97 – Slivenko/Lettland; EGMR, Urt. v. 12.1.2010 – 47486/06, InfAuslR 2010, 369 Rn. 32 – Abdul Waheed Khan/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 20.9.2011 – 8000/08 – A. A./Vereinigtes Königreich, NLMR 2011, 282. Rechtfertigung: EGMR, Urt. v. 13.2.2001 – 47160/99 Rn. 34 – Ezzouhdi/Frankreich; EGMR, Urt. v. 17.4.2003 – 52835/99, NJW 2004, 2147 Rn. 44 – Yilmaz/Deutschland; EGMR, Urt. v. 10.7.2003 – 53441/99, InfAuslR 2004, 182 – Benhebba/Frankreich.
- 13 BVerwG, NJW 1982, 2742 (2743); BVerwG, InfAuslR 1986, 172.
- 14 BVerwG, NJW 1982, 1958 (1960) = NVwZ 1982, 560 Ls.; BVerwG, NJW 1982, 2742 (2743) – jeweils unter Berufung auf EGMR, Entsch. v. 14.7.1977 – 7289/75 und 7349/76, EuGRZ 1977, 497 (499); BVerwGE 94, 35 (49) = NVwZ 1994, 381 = NJW 1994, 2167 Ls.
- 15 EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 9.10.2003 – 48321/99, EuGRZ 2006, 560 Rn. 96 – Slivenko/Lettland.
- 16 Vgl. dazu *Eckertz-Höfer*, ZAR 2008, 41, und ZAR 2008, 93.
- 17 Prinzipiell betont der EGMR, dass Personen, welche die Behörden der Vertragsstaaten mit ihrem Aufenthalt in dem Land als fait accompli konfrontieren, regelmäßig keinen Anspruch auf Zuerkennung eines Aufenthaltsrechts hätten, gewährt aber im Einzelfall auch Ausnahmen: EGMR, Urt. v. 31.1.2006 – 50435/99, EuGRZ 2006, 562 Rn. 43 – da Silva/Hoogkamer/Niederlande, mit Verweis auf EGMR, Entsch. v. 13.5.2003 – 53102/99 – Chandra/Niederlande.
- 18 EGMR, Entsch. v. 26.1.1999 – 43279/98 – Sarumi/Vereinigtes Königreich.
- 19 EGMR, Entsch. v. 16.9.2004 – 11103/03, NVwZ 2005, 1046 – Ghiban/Deutschland; EGMR, Entsch. v. 7.10.2004 – 33743/03, NVwZ 2005, 1043 – Dragan/Deutschland; EGMR, Urt. v. 8.4.2008 – 21878/06, ZAR 2010, 189 = BeckRS 2010, 90835 Rn. 76 – Nyanzi/Vereinigtes Königreich.
- 20 BVerwG, NVwZ 2009, 1239 Rn. 20. Instruktiv zu diesem Punkt auch *Kluth*, ZAR 2009, 381; *Fritzsche*, ZAR 2010, 14 (16 ff.). Weitergehend *Hoppe*, ZAR 2006, 125 (128 f.); *Marx*, ZAR 2006, 261 (265 ff.).
- 21 BVerwG, NVwZ-RR 2011, 210 Rn. 14.
- 22 EGMR, NJW 1986, 3007 = NVwZ 1987, 42 Ls.

im Kern gegen willkürliche Einmischung des Staates schützen (= Abwehrrecht), könnten sich zusätzlich positive Verpflichtungen aus der *Achtung* des Familienlebens ergeben (= pos. Pflicht).²³ Wegen des völkerrechtlich gewährleisteten Rechts zur Einwanderungskontrolle besäßen die Staaten bei der Abwägung der kollidierenden Interessen einen weiten Ermessensspielraum; insbesondere sei das Ausmaß des aus Art. 8 EMRK gebotenen Familiennachzugs von den besonderen Umständen der Betroffenen abhängig. Kriterien sind objektiv die Möglichkeit und Zumutbarkeit des gemeinsamen Aufenthalts im Heimatstaat²⁴ und bei Ehepartnern subjektiv die Kenntnis von dem nur befristeten Aufenthaltsrecht im Zeitpunkt der Eheschließung.²⁵ Allerdings wurde der Zumutbarkeitsmaßstab mit zunehmender Großzügigkeit gehandhabt, die den Beurteilungsspielraum des Vertragsstaates abschmelzen ließ.²⁶ Nach demselben Muster hat der *EGMR* Fälle des Elternnachzugs²⁷ sowie der Wiedererreise eines jungen Erwachsenen entschieden, der die prägenden Jahre seiner Kindheit legal im Gastland verbracht hat, und dessen Aufenthaltstitel infolge eines längeren Auslandsaufenthalts erloschen war.²⁸

Der *Gerichtshof* betont immer wieder die Subsidiarität des Schutzsystems der Konvention gegenüber staatlichen Systemen des Grundrechtsschutzes. Den Vertragsstaaten sei nicht vorgeschrieben, wie sie die Konvention wirksam umzusetzen hätten, so dass Art. 8 EMRK nicht ohne Weiteres einen bestimmten Aufenthaltstitel garantiere.²⁹

bb) *Rezeption*. Das *BVerfG* hat in seiner Grundsatzentscheidung zum Familiennachzug vom 12.5.1987 auf diese Rechtsprechung des *EGMR* Bezug genommen.³⁰ Seitdem ist klargestellt, dass Art. 6 GG Ausländern keinen Aufenthaltsanspruch vermittelt, aber als wertentscheidende Grundsatznorm gebietet, bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die bestehenden familiären Bindungen an Personen zu berücksichtigen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten. Auch das *BVerwG* hat anerkannt, dass sich Ansprüche aus Art. 8 EMRK ergeben können, wenn sich der staatliche Gestaltungsspielraum im Einzelfall verdichtet.³¹ In der Praxis bieten sowohl die vielfachen Regel-Ausnahmenvorschriften des Aufenthaltsgesetzes (zB Sicherung des Lebensunterhalts³²), Ermessensregelungen (zB § 5 III 2 AufenthG³³) als auch humanitäre Klauseln (zB dringende humanitäre Gründe³⁴ oder außergewöhnliche Härte³⁵ iSd § 25 IV AufenthG, § 36 II AufenthG³⁶) Raum für die Berücksichtigung der Wertungen ua des Art. 8 EMRK. Zudem kann sich die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise iSd § 25 V AufenthG aus einem gem. Art. 8 EMRK resultierenden Abschiebungsverbot ergeben.³⁷ Dabei darf nicht übersehen werden, dass Altfallregelungen (§ 104 a AufenthG) sowie die Möglichkeit der Aufenthaltsgewährung für gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende gem. § 25 a AufenthG für bestimmte Ausländergruppen Lösungsmöglichkeiten ohne einen Rückgriff auf Art. 8 EMRK bieten.

b) *Aufenthaltsbeendigung – Ausweisung*. Bei der Rechtfertigungsprüfung des Entzugs des Aufenthaltsrechts folgt der *EGMR* grundsätzlich der Entscheidung der nationalen Gerichte, dass der Eingriff gesetzlich vorgesehen ist.³⁸ Die Notwendigkeit des Eingriffs in einer demokratischen Gesellschaft iSd Art. 8 II EMRK setzt weiter voraus, dass der Eingriff einem dringenden sozialen Bedürfnis entspricht, typischerweise der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung durch Verhütung von Straftaten; auch das wird vom *EGMR* durch die Bank gebilligt. Seine Domäne ist die Beurteilung, ob der Eingriff zu dem verfolgten berechtigten Ziel als verhältnismäßig anzusehen ist; dabei legt er eine eigene Abwägung zu Grunde.³⁹ Der *Gerichtshof* hat prinzipiell klargestellt, dass selbst in hohem Maße integrierte Ausländer mit unbefristetem Aufenthaltsrecht nicht mit einem Staatsangehörigen des Landes gleichgestellt werden können. Ein absolutes Recht auf Nichtausweisung könne Art. 8 EMRK nicht entnommen werden.⁴⁰ Es lassen sich in der Judikatur des *Gerichtshofs* bei

der Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Gewichtungaspekten verschiedene Fallgruppen ausmachen:

aa) *Ausweisung von erwachsenen Einwanderern mit eigener Familie*. Leading case für diese Fallgruppe ist die *Berrehab-Entscheidung*.⁴¹ Der *EGMR* urteilte, dass die Aufenthaltsbeendigung eines Ausländers, der sein ehedatbezogenes Aufenthaltsrecht scheidungsbedingt verloren hat, wegen arbeitsmarktpolitischer Gründe zwar ein legitimes Ziel verfolge, aber im Hinblick auf das tatsächlich ausgeübte Umgangsrecht mit seiner minderjährigen Tochter in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig und daher unverhältnismäßig sei. Auch die Einwanderungskontrolle ist ein gewichtiges öffentliches Interesse, jedoch nur, wenn sie auch zügig und effizient gehandhabt wird.⁴² Diese familienfreundliche Linie setzte sich auch bei stärkeren öffentlichen Interessen wie der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zur Verhinderung von Straftaten fort.⁴³ Strenger zeigte sich der *EGMR* bei Drogendelikten wie in den Fällen *Dalia*⁴⁴ und

- 23 Den Differenzierungsansatz hat der *EGMR* im Urteil vom 19.2.1996 – 23218/94, InfAuslR 1996, 245 Rn. 38 – Gül/Schweiz, wieder relativiert, da die beiden Kategorien nicht präzise abgrenzbar seien. In den Urteilen vom 28.11.1996 – 21702/93 Rn. 63 – Ahmut/Niederlande und vom 21.12.2001 – 31456/96, InfAuslR 2002, 334 Rn. 31 – Sen/Niederlande, hält er die Beurteilungsmaßstäbe in beiden Fällen für vergleichbar.
- 24 Vgl. auch *EGMR*, Ur. v. 19.2.1996 – 23218/94, InfAuslR 1996, 245 – Gül/Schweiz: Kein Kindernachzug zu Ehepaar mit humanitärem Aufenthaltstitel.
- 25 *EGMR*, NJW 1986, 3007 Rn. 67 f. = NVwZ 1987, 42 Ls.
- 26 Zurückhaltend noch *EGMR*, Ur. v. 28.11.1996 – 21702/93 Rn. 69 ff – Ahmut/Niederlande. Anders *EGMR*, Ur. v. 21.12.2001 – 31456/96, InfAuslR 2002, 334 – Sen/Niederlande; *EGMR*, Ur. v. 1.12.2005 – 60665/00, InfAuslR 2006, 105 – Tuquabo-Tekle/Niederlande.
- 27 *EGMR*, Ur. v. 31.1.2006 – 50435/99, EuGRZ 2006, 562 – da Silva/Hoogkamer/Niederlande.
- 28 *EGMR*, Ur. v. 14.6.2011 – 38058/09, NVwZ 2012, 947 – Osman/Dänemark. Vgl. dazu *BVerwG*, InfAuslR 1997, 24 = NVwZ-RR 1997, 126 Ls.
- 29 *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 15.1.2007 – 60645/00, NVwZ 2008, 979 Rn. 90 f. – Sisojeva/Lettland, gegen die Kammerentscheidung v. 16.6.2005, EuGRZ 2006, 554; *EGMR*, Ur. v. 17.1.2006 – 51431/99, InfAuslR 2006, 297 – Mendizabal/Frankreich.
- 30 *BVerfGE* 76, 1 (78 ff.) = NJW 1988, 626 = NVwZ 1988, 242 Ls.
- 31 Vgl. *BVerwGE* 101, 265 (272) = NVwZ 1997, 192; *BVerwG*, NVwZ 1998, 189; *BVerwG*, NVwZ-RR 1998, 517 = NVwZ 1998, 974 Ls.
- 32 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2009, 246 Rn. 23; *BVerwG*, NVwZ 2009, 1239 Rn. 17 ff.; *BVerwGE* 138, 135 Rn. 41 = NVwZ 2011, 825; *BVerwG*, NVwZ 2013, 1493 Rn. 22 ff.
- 33 *BVerwG*, InfAuslR 2013, 324 = BeckRS 2013, 52492 Rn. 28, zu § 25 a AufenthG.
- 34 *BVerwG*, NVwZ-RR 2001, 132.
- 35 *BVerwGE* 133, 72 Rn. 20 – Ver- und Entwurzelung; *BVerwG*, NVwZ 2010, 707.
- 36 *BVerwG*, NVwZ 2013, 1339 Rn. 37 ff.; *BVerwG*, Ur. v. 30.7.2013 – 1 C 15/12, BeckRS 2014, 45002 Rn. 12 ff.
- 37 Vgl. nur *BVerwGE* 129, 226 = NVwZ 2008, 333 Rn. 26, 31; *BVerwG*, Buchholz 402.242 § 60 a AufenthG Nr. 6 = BeckRS 2011, 45688; zu dieser Fallgruppe: *Bergmann*, ZAR 2007, 128.
- 38 *EGMR*, Ur. v. 22.3.2007 – 1638/03, InfAuslR 2007, 221 Rn. 30 mwN – Maslov. Einen Sonderfall bildet das Urteil vom 17.1.2006 – 51431/99, InfAuslR 2006, 297 – Mendizabal/Frankreich, in der sich das Aufenthaltsrecht aus Gemeinschaftsrecht ergab.
- 39 AA *Nußberger*, NVwZ 2013, 1305 (1310), die eine eigene Abwägung des *EGMR* als Widerspruch zur Subsidiarität ansieht.
- 40 *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 18.10.2006 – 46410/99, NVwZ 2007, 1279 Rn. 56 – Üner/Niederlande. Vgl. auch *EGMR*, Entsch. v. 7.10.2004 – 33743/03, NVwZ 2005, 1043 – Dragan/Deutschland; *EGMR*, Entsch. v. 16.9.2004 – 11103/03, NVwZ 2005, 1046 – Ghiban/Deutschland; *EGMR*, Ur. v. 22.3.2007 – 1638/03, InfAuslR 2007, 221 Rn. 34 – Maslov.
- 41 *EGMR*, Ur. v. 21.6.1988 – 10730/84, EuGRZ 1993, 547 – Berrehab/Niederlande.
- 42 *EGMR*, Ur. v. 28.6.2011 – 55597/09, NLMR 2011, 169 – Nunez/Norwegen.
- 43 *EGMR*, Ur. v. 26.3.1992, InfAuslR 1993, 86 – Beldjoudi/Frankreich; *EGMR*, Ur. v. 26.9.1997, InfAuslR 1997, 430 – Mehemi/Frankreich.
- 44 *EGMR*, Ur. v. 19.2.1998 – 154/1996/773/974, InfAuslR 1998, 201 – Dalia/Frankreich. Hier fällt auf, dass der Geburt eines während des illegalen Aufenthalts entstandenen Kindes kein entscheidendes Gewicht beigegeben wurde (InfAuslR 1998, 201 [203] Rn. 54).

Baghli⁴⁵ sowie schweren Straftaten wie zB einer Vergewaltigung.⁴⁶ Als Obersatz dieser stark Case law geprägten Abwägungs-Judikatur hält er der *Gerichtshof* für seine Aufgabe, festzustellen, ob die Aufenthaltsbeendigung ein ausgewogenes Gleichgewicht der betroffenen gegenläufigen Interessen schaffe.

In der *Boultif*-Entscheidung⁴⁷ zählte der *EGMR* erstmals die Kriterien für die Verhältnismäßigkeitsprüfung iES auf: Natur und Schwere der Straftat, Aufenthaltsdauer, Länge des Zeitraums seit der Straftat und Nachtatverhalten,⁴⁸ Familiensituation (Ehedauer, Wissen des Partners um Straftat bei Eingehen der familiären Bindung, Existenz und Alter von Kindern), und Staatsangehörigkeit(en) der betroffenen Personen sowie die Schwierigkeiten des Ehepartners bei einem Aufenthalt im Herkunftsland des Betroffenen.⁴⁹ Diese Kriterien wurden von der *Großen Kammer* in der *Üner*-Entscheidung abgesegnet und um die Aspekte der Intensität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen des Ausländers zum Gast- wie zum Bestimmungsland sowie des Wohls der betroffenen Kinder (insbesondere Schwierigkeiten im Abschiebezielstaat) ergänzt.⁵⁰ Seitdem legt jede Sektion sie der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Aufenthaltsbeendigung niedergelassener Ausländer (settled migrants) zu Grunde.⁵¹

bb) *Ausweisung von Einwanderern der zweiten Generation ohne eigene Familie*. Die Rechtsprechungslinie zu dieser Fallgruppe begann mit der *Moustaquim*-Entscheidung.⁵² Der Aspekt des Familienlebens trat in den Hintergrund, als in der *Üner*-Entscheidung das Privatleben aufenthaltsrechtlich aufgewertet und klargestellt wurde, dass die dort genannten Verhältnismäßigkeitskriterien für alle Kategorien von niedergelassenen Zuwanderern (settled migrants) gälten.⁵³ In der *Maslov*-Entscheidung hat die *Große Kammer* die Teilmenge der für Ausländer der zweiten Generation ohne eigene Familie anwendbaren Kriterien präzisiert und betont, dass zur Rechtfertigung der Ausweisung eines niedergelassenen Migranten, der seine gesamte Kindheit und Jugend oder den größten Teil davon rechtmäßig im Gastland verbracht hat, sehr gewichtige Gründe vorgebracht werden müssen, insbesondere bei Jugendstraftaten.⁵⁴

Auf die Notwendigkeit der Befristung zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung in zeitlicher Dimension wurde Deutschland erstmals im Fall *Yilmaz* hingewiesen, wobei dem *EGMR* die nachträgliche Befristungsmöglichkeit gem. § 8 II 3 AuslG 1990 zu unsicher erschien.⁵⁵ Der *Gerichtshof* betont aber, dass die zeitliche Beschränkung nur ein Faktor zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit sei; sie ist weder hinreichende⁵⁶ noch notwendige⁵⁷ Voraussetzung für die Angemessenheit.

cc) *Aufenthaltsbeendigung bei eingewanderten Jugendlichen*. Eingewanderte Jugendliche genießen geringeren Ausweisungsschutz als im Einwanderungsland aufgewachsene Ausländer, aber der *EGMR* gewichtet die fehlende Selbstständigkeit des Betroffenen bei Rückkehr in sein Herkunftsland.⁵⁸ Zudem betont er, dass sich aus der Berücksichtigung des Kindeswohls als Teil der *Boultif/Üner*-Kriterien auch die Verpflichtung zur Resozialisierung ergebe.⁵⁹

dd) *Rezeption*. Mit dem besonderen Ausweisungsschutz sowie der Unterscheidung von zwingender, Regel- und Ermessensausweisung hat der deutsche Gesetzgeber ein unter generell-abstrakten Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten abgestuftes System von Ausweisungstatbeständen geschaffen,⁶⁰ mit dem auch der Auftrag zum Schutz der Familie nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK konkretisiert wird.⁶¹ Damit hat es jedoch nicht sein Bewenden, denn die Anwendung dieses Stufensystems entbindet nicht davon, bei der Rechtsanwendung normimmanent auch die Umstände des Einzelfalls zu prüfen, da nur so sichergestellt ist, dass die Verhältnismäßigkeit bezogen auf die Lebenssituation des betroffenen Auslän-

ders gewahrt bleibt.⁶² Neben der abstrakt-generellen Rechtssetzung muss sich auch die Rechtsanwendung im Einzelfall am Übermaßverbot ausrichten. So hat der *Senat* – insbesondere mit Blick auf die Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener Ausländer – ua die Rechtsprechung des *EGMR* zum Recht auf Achtung des Privatlebens⁶³ im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung zum Anlass genommen, eine umfassende Ermessensentscheidung schon dann zu verlangen, wenn durch Art. 8 EMRK geschützte Belange eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falls gebieten.⁶⁴

- 45 *EGMR*, Ur. v. 30.11.1999 – 34374/97, NVwZ 2000, 1401 – Baghli/Frankreich. Ausweisung beanstandet im Ur. v. 12.1.2010 – 47486/06, InfAuslR 2010, 369 – Abdul Waheed Khan/Vereinigtes Königreich.
- 46 *EGMR*, Ur. v. 6.12.2007 – 69735/01, InfAuslR 2008, 111 – Chair/Deutschland.
- 47 *EGMR*, Ur. v. 2.8.2001 – 54273/00, InfAuslR 2001, 476 – Boultif/Schweiz.
- 48 Diese Umstände sind nur in Fällen geboten, in denen eine beträchtliche Zeitspanne zwischen der endgültigen Ausweisungsverfügung und der tatsächlichen Abschiebung liegt: So *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 23.6.2008 – 1638/03, InfAuslR 2008, 333 = BeckRS 2009, 70641 Rn. 92 – Maslov II; *EGMR*, Ur. v. 25.3.2010 – 40601/05, InfAuslR 2010, 325 = BeckRS 2010, 91040 Rn. 57 – Mutlag/Deutschland (zB Haft oder Untertauchen).
- 49 *EGMR*, Ur. v. 2.8.2001 – 54273/00, InfAuslR 2001, 476 (478) Rn. 48 – Boultif/Schweiz. Ebenso *EGMR*, Ur. v. 11.7.2002 – 56811/00, InfAuslR 2004, 180 – Amrollahi/Dänemark; *EGMR*, Ur. v. 10.7.2003 – 53441/99, InfAuslR 2004, 182 – Benhebba/Frankreich.
- 50 *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 18.10.2006 – 46410/99, NVwZ 2007, 1279 Rn. 57 f. – Üner/Niederlande.
- 51 Anders bei Ausländern zB auf Grund eines rein asylverfahrensrechtlichen Aufenthaltsrechts: *EGMR*, Ur. v. 8.4.2008 – 21878/06, ZAR 2010, 189 = BeckRS 2010, 90835 Rn. 76 – Nnyanzi/Vereinigtes Königreich.
- 52 *EGMR*, Ur. v. 18.2.1991 – 12313/86, InfAuslR 1991, 149 – Moustaquim/Belgien; *EGMR*, Ur. v. 13.7.1995 – 19465/92, InfAuslR 1996, 1 – Nasri/Frankreich; *EGMR*, Ur. v. 21.10.1997 – 122/1996/741/940, InfAuslR 1998, 1 – Boujlifa/Frankreich; *EGMR*, Entsch. v. 4.10.2001 – 43359/98, NJW 2003, 2595 = NVwZ 2003, 1361 Ls. – Adam/Deutschland. Vgl. dazu *BVerwG*, InfAuslR 1995, 272 (273) = BeckRS 1995, 31230251; *BVerwG*, Buchholz 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 6 = BeckRS 1996, 3122208.
- 53 *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 18.10.2006 – 46410/99, NVwZ 2007, 1279 Rn. 59 f. – Üner/Niederlande.
- 54 *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 23.6.2008 – 1638/03, InfAuslR 2008, 333 = BeckRS 2009, 70641 Rn. 71–75 – Maslov II. Anders bei einer Vielzahl auch gewichtiger Straftaten im Erwachsenenalter: *EGMR*, Ur. v. 13.10.2011 – 41548/06, NJOZ 2012, 830 = EuGRZ 2012, 11 – Trabelsi/Deutschland; *EGMR*, Entsch. v. 19.3.2013 – 45971/08 – Savasci/Deutschland.
- 55 *EGMR*, Ur. v. 17.4.2003 – 52835/99, NJW 2004, 2147 Rn. 48 – Yilmaz/Deutschland. Ebenso *EGMR*, Ur. v. 22.4.2004 – 42703/98, InfAuslR 2004, 374 (375) – Radanovic/Österreich; *EGMR*, Ur. v. 27.10.2005 – 32231/02, InfAuslR 2006, 3 – Keles/Deutschland; ähnlich *EGMR*, Ur. v. 22.5.2008 – 42034/04, InfAuslR 2008, 336 = BeckRS 2009, 70643 (337) – Emre/Schweiz. Großzügiger demgegenüber *EGMR*, Ur. v. 28.6.2007 – 31753/02, InfAuslR 2007, 325 (326) – Kaya/Deutschland; *EGMR*, Ur. v. 8.1.2009 – 10606/07, InfAuslR 2010, 89 Rn. 42 – Grant/Vereinigtes Königreich.
- 56 *EGMR*, Ur. v. 22.3.2007 – 1683/03, InfAuslR 2007, 221 Rn. 44 f. – Maslov/Österreich.
- 57 *EGMR*, Ur. v. 25.3.2010 – 40601/05, InfAuslR 2010, 325 = BeckRS 2010, 91040 Rn. 61 ff. – Mutlag/Deutschland; *EGMR*, Entsch. v. 19.3.2013 – 45971/08 – Savasci/Deutschland; *EGMR*, Ur. v. 26.11.2013 – 1785/08 – Vasquez/Schweiz.
- 58 *EGMR*, Ur. v. 6.2.2003 – 36757/97, InfAuslR 2004, 184 – Jakupovic/Österreich.
- 59 *EGMR (Große Kammer)*, Ur. v. 23.6.2008 – 1638/03, InfAuslR 2008, 333 = BeckRS 2009, 70641 Rn. 83, 100 – Maslov II.
- 60 *BVerwG*, Buchholz 402.240 § 47 AuslG 1990 Nr. 3 = NVwZ 1994, 584; *BVerwG*, DVBl 2000, 425 (426); *BVerwGE* 116, 55 (60 f.) = NVwZ 2002, 1512.
- 61 Vgl. *BVerwGE* 116, 378 (386) = NVwZ 2003, 217 = NJW 2003, 1265 Ls.; *Deibel*, ZAR 2009, 121.
- 62 *BVerfG*, NVwZ 2007, 946.
- 63 Vgl. auch *BVerfG*, NVwZ 2007, 946, das die Rechtsprechung des *EGMR* rezipiert.
- 64 *BVerwGE* 129, 367 = NVwZ 2008, 326 Rn. 24. Ausf. dazu: *Mayer*, *VerwArch* 101 (2010), 482 (486 ff.).

Aber auch die Ermessensausübung selbst wird von den Verwaltungsgerichten intensiv auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der deutsche Gesetzgeber bereits in § 45 II AuslG 1990 angeordnet hatte, die von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien ua der Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts, die schutzwürdigen persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen im Bundesgebiet, sowie die Folgen der Ausweisung für die Familienangehörigen des Ausländers, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten und mit ihm in familiärer Lebensgemeinschaft leben, zu berücksichtigen (nunmehr § 55 III AufenthG). Im Übrigen hat es sich mittlerweile in der Praxis durchgesetzt, die Angemessenheit der Aufenthaltsbeendigung anhand der *Boulif/Üner*-Kriterien zu beurteilen. Weitergehende Versuche, den Entscheidungen des EGMR über die Kriterien für den Abwägungsvorgang hinaus prägnante verallgemeinerungsfähige Gewichtungsvorgaben für das Abwägungsergebnis entnehmen zu wollen,⁶⁵ erscheinen angesichts der Case law Judikatur der einzelnen Sektionen des EGMR methodisch zweifelhaft und wirken eher hilflos denn überzeugend.

Schließlich gewährt § 11 I AufenthG nF⁶⁶ nunmehr grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass die Ausländerbehörde mit der Ausweisung zugleich deren Sperrwirkungen befristet. Diese Auslegung der Vorschrift durch den Senat entspringt neben unionsrechtlichen auch den menschenrechtlichen Impulsen aus Art. 8 EMRK mit Blick auf die Verhältnismäßigkeit der Ausweisungsfolgen in zeitlicher Dimension.⁶⁷ Bei Bemessung der allein unter präventiven Gesichtspunkten festzusetzenden Frist sind in einem ersten Schritt das Gewicht des Ausweisungsgrundes und der Ausweisungszweck zu berücksichtigen. Die auf diese Weise ermittelte Frist muss sich aber an höherrangigem Recht, dh verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen (Art. 2 I, Art. 6 GG) sowie den Vorgaben aus Art. 8 EMRK messen lassen und ist daher gegebenenfalls in einem zweiten Schritt zu relativieren. Dieses normative Korrektiv bietet ein rechtsstaatliches Mittel, um die fortwirkenden einschneidenden Folgen des Einreise- und Aufenthaltsverbots für die persönliche Lebensführung des Betroffenen sowie gegebenenfalls seiner engeren Familienangehörigen zu begrenzen. Die Abwägung ist nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen und von den Verwaltungsgerichten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. Entscheidung des Gerichts vollumfänglich zu überprüfen.⁶⁸

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung

a) *Rechtsprechung des EGMR.* Der EGMR hat zunächst bei der Prüfung aufenthaltsbeendender Maßnahmen an Art. 8 EMRK auf die tatsächliche Situation in dem Zeitpunkt abgestellt, in dem die Ausweisung rechtskräftig geworden⁶⁹ oder – falls das davor geschah – der Ausländer tatsächlich abgeschoben worden ist.⁷⁰ Nach seiner neueren Rechtsprechung ist nur noch der Zeitpunkt des Abschiebungsvollzugs von Bedeutung, so dass bis dahin alle neuen Entwicklungen Berücksichtigung finden.⁷¹ Der *Gerichtshof* begründet das damit, dass es seine Aufgabe sei, die tatsächliche Abschiebung selbst und nicht die ihr zu Grunde liegende Entscheidung auf die Vereinbarkeit mit der Konvention zu prüfen. Jeder andere Ansatz würde den Schutz der Konvention theoretisch und illusorisch machen, da neuere Entwicklungen zur Unverhältnismäßigkeit der Ausweisung führen könnten.⁷² Mit Hinweis auf die Rechtsprechung des *EuGH* in *Orfanopoulos und Oliveri* hat er die Staaten darauf verwiesen, ihr Rechtssystem so zu organisieren, dass Entwicklungen, die nach der behördlichen Ausweisung eintreten, berücksichtigt werden können.⁷³

b) *Wirkung auf die Rechtsprechung des BVerwG.* Über lange Zeit entsprach es ständiger Rechtsprechung des *BVerwG*, dass die Rechtmäßigkeit einer Ausweisung sich nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten verwaltungs-

behördlichen Entscheidung beurteilt.⁷⁴ Aus der systematischen Trennung des Gesetzgebers zwischen Ausweisung einerseits und Befristung von deren Wirkungen andererseits wurde geschlossen, dass nachträglich eingetretene Tatsachen allein im Befristungsverfahren zu berücksichtigen seien,⁷⁵ auch Art. 8 EMRK ließe sich nichts Anderes entnehmen.⁷⁶

Anlässlich der Entscheidung des *EuGH* in *Orfanopoulos und Oliveri*⁷⁷ gab das *BVerwG* diese Rechtsprechung bei freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern⁷⁸ und assoziationsberechtigten Türken⁷⁹ aus Gründen des Gemeinschaftsrechts auf. Bei diesen Ausländergruppen war nunmehr der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. Entscheidung der Tatsacheninstanz maßgeblich. In einem weiteren Schritt hat der *Senat* diese Rechtsprechung auf alle Ausländer erweitert.⁸⁰ Der *Senat* entnahm dem Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19.8.2007⁸¹ im Wege einer Gesamtschau den notwendigen Impuls zur Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung. Denn angesichts von weiteren Gruppen unionsrechtlich privilegierter Ausländer schien eine Differenzierung hinsichtlich des Beurteilungszeitpunkts nicht länger tragbar. Zudem sprach der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ua mit Blick auf Art. 8 EMRK dafür, dass auch die Gerichte ihre Entscheidung auf eine möglichst aktuelle, dh nicht bereits überholte Tatsachengrundlage stützen.⁸²

65 Vgl. nur Mayer, *VerwArch* 101 (2010), 482 (535 f.); *Zünd/Yar*, *EuGRZ* 2013, 1 (9 f.).

66 § 11 AufenthG idF des Richtlinienumsetzungsgesetzes v. 22.11.2011, *BGBI. I* 2011, 2258.

67 *BVerwGE* 143, 277 = *NVwZ* 2013, 365 Rn. 30 ff.; *BVerwG*, *NVwZ* 2013, 733 Rn. 38; *BVerwG*, *NVwZ-RR* 2013, 574.

68 *BVerwGE* 143, 277 Rn. 42 = *NVwZ* 2013, 733 Rn. 340 f.; *BVerwG*, *NVwZ-RR* 2013, 778 Rn. 30 ff.

69 *EGMR*, *Urt. v. 31.10.2002* – 37295/97, *InfAuslR* 2003, 126 Rn. 34 u. 44 – Yildiz; *EGMR*, *Urt. v. 28.6.2007* – 31753/02, *InfAuslR* 2007, 325 Rn. 57 u. 67 – Kaya; *EGMR*, *Urt. v. 6.12.2007* – 69735/01, *InfAuslR* 2008, 111 Rn. 60 – Chair/Deutschland; anders noch *EGMR*, *Urt. v. 17.4.2003* – 52853/99, *NJW* 2004, 2147 Rn. 3 – Yilmaz/Deutschland.

70 *EGMR (Große Kammer)*, *Urt. v. 23.6.2008* – 1638/03, *InfAuslR* 2008, 333 = *BeckRS* 2009, 70641 Rn. 93 – Maslov II.

71 *EGMR*, *Urt. v. 12.1.2010* – 47486/06, *InfAuslR* 2010, 369 Rn. 51 – Abdul Waheed Khan/Vereinigtes Königreich. Konsequenterweise stellt er in Fällen einer noch nicht vollzogenen Abschiebung fest, dass es eine Verletzung des Art. 8 EMRK wäre, wenn der Betroffene abgeschoben würde.

72 *EGMR*, *Urt. v. 20.9.2011* – 8000/08, *NLMR* 2011, 282 Rn. 67 – A. A./ Vereinigtes Königreich.

73 *EGMR (Große Kammer)*, *Urt. v. 23.6.2008* – 1638/03, *InfAuslR* 2008, 333 = *BeckRS* 2009, 70641 Rn. 93 – Maslov II.

74 *BVerwGE* 48, 299 (305) = *NJW* 1975, 2155; *BVerwGE* 60, 133 = *NJW* 1980, 2659. Für das AuslG 1990: *BVerwG*, *InfAuslR* 1994, 12; *BVerwG*, *Buchholz* 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 1 = *BeckRS* 1994, 31223204; *BVerwG*, *InfAuslR* 1995, 405 = *BeckRS* 1995, 31221333.

75 *BVerwG*, *Urt. v. 19.6.1969* – I C 33/67, *Buchholz* 402.240 § 10 AuslG Nr. 12, S. 43 (44 f.); *BVerwGE* 60, 133 (136 ff.) = *NJW* 1980, 2659; *BVerwG*, *Buchholz* 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 8 = *BeckRS* 1997, 31220816 mwN; *BVerwGE* 116, 55 (65 f.) = *NVwZ* 2002, 1512; *BVerwGE* 111, 369 (372) = *NVwZ* 2000, 1422.

76 *BVerwG*, *Buchholz* 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 8 = *BeckRS* 1997, 31220816.

77 *EuGH*, C-482/01 und C-493/01, *Slg.* 2004, I-5257 = *NVwZ* 2004, 1099 = *DVBl* 2004, 876 – *Orfanopoulos und Oliveri*.

78 *BVerwGE* 121, 297 = *NVwZ* 2005, 220 = *NJW* 2005, 839 Ls. – Unionsbürger.

79 *BVerwGE* 121, 315 = *NVwZ* 2005, 224 – Türkischer Assoziationsberechtigter. Die Auffassung zur Verlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts für die gerichtliche Beurteilung einer Ausweisung eines assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen hat der *EuGH* im Urteil vom 11.11.2004, C-467/02, *Slg.* 2004, I-10895 = *NVwZ* 2005, 198 = *InfAuslR* 2005, 13 Rn. 41 ff. – Cetinkaya, bestätigt.

80 *BVerwGE* 130, 20 = *NVwZ* 2008, 434.

81 *BGBI. I* 2007, 1970.

82 Vgl. ferner *BVerwGE* 133, 329 = *NVwZ* 2010, 262 Rn. 37 ff. – Zeitpunktverlagerung bei der Ermessenskontrolle im Rahmen von Aufenthaltsansprüchen; *BVerwGE* 142, 179 = *NVwZ-RR* 2012, 529 Rn. 13 – Beurteilung noch nicht vollzogener Abschiebungsandrohung; *BVerwGE* 144, 230 = *NVwZ* 2013, 361 Rn. 21 ff. – Ex-tunc-Kassation rechtswidrig gewordener Ausweisung.

III. Ausländerrechtlich relevante Entscheidungen zu Art. 3 EMRK

Zur Auslegung des Art. 3 EMRK gab es über lange Zeit Konflikte zwischen der Rechtsprechung des EGMR und des BVerwG, die sich aber auf Grund weiterer nationaler Abschiebungsverbote im Ausländerrecht neben Art. 3 EMRK im Ergebnis nicht auswirkten.

1. Tatbestand

a) *Folgenverantwortung des Vertragsstaats*. Leading Case dieser Rechtsprechungslinie des EGMR ist der Fall *Soering*. Aus dem Gebot der praktischen Wirksamkeit des Konventionsschutzes und dem absoluten Charakter des Art. 3 EMRK als einem der grundlegendsten Werte demokratischer Gesellschaften hat der EGMR gefolgert, dass es weder mit den Werten der Konvention noch mit dem in der Präambel genannten „gemeinsamen Erbe an geistigen Gütern, politischen Überlieferungen, Achtung der Freiheit und Vorherrschaft des Gesetzes“ vereinbar wäre, wenn ein Mitgliedstaat wissentlich einen Flüchtling an einen anderen Staat ausliefern würde, obwohl es begründete Anhaltspunkte dafür gibt, dass dieser dort Gefahr läuft, der Folter ausgesetzt zu werden, gleichgültig welchen schrecklichen Verbrechens er beschuldigt werde.⁸³ Dabei liegt die Verantwortlichkeit nach der Konvention beim abschiebenden Konventionsstaat, weil er etwas unternehmen hat, was unmittelbar zur Folge hat, den Betroffenen der Gefahr verbotener Misshandlung auszusetzen.⁸⁴ Diese Rechtsprechung⁸⁵ hat der deutsche Gesetzgeber in dem Abschiebungsverbot des § 53 IV AuslG 1990 (nunmehr: § 60 V AufenthG) umgesetzt. Durch den Verweis auf die Konvention ergibt sich, dass die Bundesrepublik Deutschland sich ihrer Verantwortung für die Folgen bewusst ist, die eine Abschiebung für den Betroffenen außerhalb ihrer Herrschaftsgewalt haben kann.

b) *Behandlung – staatlicher Akteur – humanitäre Auffangklausel*. Nach Auffassung des EGMR findet Art. 3 EMRK hauptsächlich Anwendung, um eine Abschiebung zu verhindern, wenn die Gefahr einer Misshandlung durch gezieltes Handeln staatlicher Behörden im Zielstaat besteht oder durch organisierte nichtstaatliche Gruppen, wenn Staaten nicht in der Lage sind, den Betroffenen ausreichend zu schützen. Angesichts der grundlegenden Bedeutung des Art. 3 EMRK hat sich der *Gerichtshof* jedoch ausdrücklich vorbehalten, die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch da zu bejahen, wo sich die Gefahr verbotener Behandlung im Aufnahmeland aus Umständen ergibt, für welche die Behörden oder Gerichte des Landes weder direkt noch indirekt verantwortlich sind oder die für sich allein Art. 3 EMRK nicht verletzen.⁸⁶ Der EGMR sieht die Fälle einer defizitären Krankenversorgung nur in besonderen Ausnahmefällen als Problem des Art. 3 EMRK an, in denen humanitäre Gründe zwingend gegen eine Ausweisung sprechen; dann sei eine „gewisse Flexibilität“ notwendig, um eine Abschiebung zu verhindern.⁸⁷ Bei besonderer Vulnerabilität der Betroffenen scheint der EGMR aber einen niedrigeren Maßstab zu Grunde zu legen.⁸⁸

Davon abweichend hat das BVerwG die Folgenverantwortung auf eine im Drittstaat drohende unmenschliche oder erniedrigende *Behandlung* im Sinne eines geplanten, vorsätzlichen, auf eine bestimmte Person gerichteten Handelns begrenzt. Zudem müsse die Behandlung im Zielland durch den Staat oder eine *staatsähnliche Organisation* landesweit drohen, denn Art. 3 EMRK schütze nicht vor den allgemeinen Folgen von Naturkatastrophen, Bürgerkriegen und anderen bewaffneten Konflikten.⁸⁹ Der damalige 9. Senat des

BVerwG hat seine Auffassung unter Bezugnahme auf Entstehungsgeschichte und Zweck der Konvention sowie die immanenten Grenzen judikativer Kompetenzen begründet und vor einer Umformung des Art. 3 EMRK in eine völkervertragsrechtliche Generalklausel für die Gewährung eines allgemeinen Flüchtlingsschutzes gewarnt.⁹⁰ Diese Rechtsprechung⁹¹ hat der nunmehr zuständige 10. Senat mit Blick auf das Urteil *Sufi und Elmi*⁹² insoweit aufgegeben, als die Gefahren für Leib und Leben nicht seitens eines Staates oder einer staatsähnlichen Organisation drohen müssen.⁹³ Die überwundene Divergenz darf jedoch im Ergebnis nicht überbewertet werden. Denn das deutsche Ausländerrecht enthielt mit § 60 VII AufenthG (früher: § 53 VI AuslG 1990) neben Art. 3 EMRK schon immer ein weiteres Abschiebungsverbot für – von wem auch immer ausgehende – erhebliche konkrete Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit.⁹⁴ Zudem hat der Gesetzgeber im Zuwanderungsgesetz seit 1.1.2005 das flüchtlingsrechtliche Abschiebungsverbot des § 60 I AufenthG ausdrücklich auch auf Fälle nichtstaatlicher Verfolgung ausgedehnt.

Unabhängig von der Frage staatlicher Zurechnung einer Behandlung erscheint die Kreativität des EGMR, der sich der Fixierung klarer richterlicher Entscheidungsmaßstäbe unter Berufung auf die „Notwendigkeit einer gewissen Flexibilität“ bewusst verweigert,⁹⁵ nicht unproblematisch. Die dem systematischen Rechtsdenken eher fremde Case law Judikatur des EGMR, die wohl auf die Besetzung durch Richter aus unterschiedlichen Ländern mit verschiedenen Rechtsprechungstraditionen zurückzuführen ist, führt zu einer hochgradigen Unvorhersehbarkeit seiner Entscheidungen, die deren Leitfunktion über den Einzelfall hinaus schwächt.⁹⁶

83 EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 14038/88, NJW 1990, 2183 Rn. 88 – *Soering/Vereinigtes Königreich*.

84 EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 28.2.2008 – 37291/06, NVwZ 2008, 1330 Rn. 126 – Saadi/Italien.

85 EGMR, Urt. v. 7.7.1989 – 14038/88, NJW 1990, 2183 Rn. 86 ff. – *Soering/Vereinigtes Königreich* (Todeszellsyndrom); EGMR, Urt. v. 30.10.1991, NVwZ 1992, 869 Rn. 103 = NJW 1992, 3085 Ls. – *Vilvarajah/Vereinigtes Königreich*.

86 EGMR, Urt. v. 17.12.1996 – 25694/96, NVwZ 1997, 1100 Rn. 46 – *Ahmed/Österreich*; EGMR, Urt. v. 2.5.1997 – 30204/96 – *D./Vereinigtes Königreich*, NVwZ 1998, 161 Rn. 49 – *AIDS im Endstadium*; EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 27.5.2008 – 26565/08, NVwZ 2008, 1334 Rn. 31 – *N./Vereinigtes Königreich*.

87 EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 27.5.2008 – 26565/08, NVwZ 2008, 1334 Rn. 42 f. und 44 – *N./Vereinigtes Königreich*; EGMR, Urt. v. 28.6.2011 – 8319/07, NVwZ 2012, 681 Rn. 278 – *Sufi und Elmi*.

88 EGMR, Urt. v. 28.6.2011 – 8319/07, NVwZ 2012, 681 Rn. 282 f. – *Sufi und Elmi*, mit Verweis auf EGMR, Urt. v. 21.1.2011 – 30696/09, NVwZ 2011, 413 – *M. S. S./Belgien und Griechenland*.

89 BVerwGE 99, 331 (333 ff.) = NVwZ 1996, 476; BVerwGE 102, 249 (254) = NVwZ 1997, 685.

90 BVerwGE 104, 265 (269 ff.) = NVwZ 1997, 1127 = NJW 1998, 173 Ls.

91 BVerwGE 105, 187 (189 ff.) = NVwZ 1999, 311; BVerwG, InfAuslR 1998, 125 = BeckRS 1997, 31237635 – *defizitäres Gesundheitssystem*; BVerwGE 105, 383 (384) = NVwZ 1998, 524; BVerwG, NVwZ 1998, 973 = NJW 1999, 2752 Ls. – *Krankheit*; BVerwGE 111, 223 (225 ff.) = NVwZ 2000, 1302 = NJW 2001, 90 Ls. – *Religionsfreiheit*. Vgl. auch BVerwG, Buchholz 402.242 § 60 II = BeckRS 2007, 20761 ff. AufenthG Nr. 26.

92 EGMR, Urt. v. 28.6.2011 – 8319/07, NVwZ 2012, 681 – *Sufi und Elmi*.

93 BVerwG, NVwZ 2013, 1489 Rn. 25.

94 BVerwG, Buchholz 140 Art. 3 EMRK Nr. 12 = BeckRS 2002, 20514: Art. 3 EMRK wird erst dann verletzt, wenn eine Abschiebung tatsächlich droht, dh wenn unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Schutzsystems kein Abschiebungsschutz gewährt wird.

95 EGMR (*Große Kammer*), Urt. v. 27.5.2008 – 26565/08, NVwZ 2008, 1334 Rn. 42 f. und 44 – *N./Vereinigtes Königreich*; EGMR, Urt. v. 28.6.2011 – 8319/07, NVwZ 2012, 681 Rn. 278 – *Sufi und Elmi*.

96 *Nußberger*, NVwZ 2013, 1305 (1310).

2. Rechtsfolge

a) *Absoluter Schutz*. Der EGMR hat aus dem absoluten Charakter des Art. 3 EMRK, welcher mit dem Folterverbot den grundlegendsten Wert demokratischer Gesellschaften schützt, abgeleitet, dass eine Relativierung dieses Schutzes mit Blick auf das Verhalten des Ausländers nicht zulässig ist.⁹⁷ Dieser Punkt ist in der Rechtsprechung des BVerwG zu keiner Zeit angezweifelt worden.

b) *Abschiebung in Signatarstaat der Konvention*. Bei der Abschiebung in einen anderen Vertragsstaat der EMRK besteht eine Folgenverantwortung des abschiebenden Staates nur dann, wenn dem Ausländer dort Folter oder sonstige schwere und irreparable Misshandlungen drohen und effektiver Rechtsschutz – auch durch den EGMR – nicht oder nicht rechtzeitig zu erreichen ist.⁹⁸ Allerdings vermag sich der abschiebende Staat nicht seiner konventionsrechtlichen Pflichten zu entledigen, wenn es ernsthafte Gründe für die Annahme gibt, dass der Ausländer im Fall seiner Abschiebung in den anderen Konventionsstaat wirklich der Gefahr einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt wird.⁹⁹

IV. Abschließende Würdigung

Betrachtet man die Entscheidungen des EGMR in ausländerrechtlichen Fällen aus der Perspektive des deutschen Verwaltungsrichters, sticht sogleich die intensive Prüfungsdichte des *Gerichtshofs* sowohl in tatsächlicher als auch rechtlicher Hinsicht ins Auge: Obwohl der EGMR angesichts der zuvor ergangenen Entscheidungen nationaler Gerichte und mit Blick auf den hohen Abstraktionsgrad seines Prüfungsmaßstabs in seiner Funktion eher einem Verfassungsgericht gleicht, überprüft er aufenthaltsrechtliche Behördenentscheidungen unmittelbar und vollumfänglich wie ein Tatrichter.

1. Tatfragen

Erstaunlich erscheint dabei zunächst, dass der EGMR sich nicht in einem ersten Schritt darauf beschränkt, tatsächliche Feststellungen des nationalen Richters zuerst anhand menschenrechtlicher Standards darauf zu überprüfen, ob sie verfahrensrechtlich dem Art. 6 und Art. 13 EMRK entsprechen und ob das nationale Gericht sich im Hinblick auf die hohe Bedeutung zB des Art. 3 EMRK der zu Grunde liegenden Tatsachen hinreichend vergewissert hat. Vielmehr agiert er unmittelbar als Tatsacheninstanz und bereitet den Sachverhalt selbst auf. Zudem legt er in Fällen mit Bezug zu Art. 8 EMRK seiner Entscheidung auch Sachverhaltsänderungen zu Grunde, die *nach* der Entscheidung des nationalen Tatrichters eingetreten sind und bei denen mit Blick auf das Prinzip der Subsidiarität (Art. 35 I EMRK) viel dafür spräche, sie zunächst dem nationalen Richter zu unterbreiten. Das ad hoc praktizierte fact-finding des EGMR beignet jedenfalls dann strukturellen und funktionalen Bedenken, wenn es im Anschluss an eine durch den Amtsermittlungsgrundsatz (§ 86 VwGO) geprägte intensive tatrichterliche Aufklärung seitens der Verwaltungsgerichte erfolgt, die über einen langjährigen Erfahrungsschatz hinsichtlich der Situation in den verschiedenen Herkunftsländern verfügen.

2. Rechtliche Überprüfung (Kontrolldichte)

Zwar betont der *Gerichtshof* in Entscheidungen zu Art. 8 EMRK den aus der Souveränität der Signatarstaaten abgeleiteten Entscheidungsspielraum der nationalen Stellen. Dieser spiegelt sich aber in der Entscheidungsfindung nicht wirklich wieder. Vielmehr nimmt der *Gerichtshof* bei Überprü-

fung des gerechten Ausgleichs der kollidierenden öffentlichen und privaten Interessen eine intensive Kontrolldichte für sich in Anspruch. Die *Große Kammer* hat das in der *Maslov*-Entscheidung verteidigt:

Thus, the State's margin of appreciation goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those given by an independent court (see, mutatis mutandis, *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 47, ECHR 2002-III). The Court is therefore empowered to give the final ruling on whether an expulsion measure is reconcilable with Article 8.¹⁰⁰

Dennoch verwundert es, dass der *Gerichtshof* mit Blick auf die Offenheit und Weite der in der Konvention formulierten Rechtssätze, die einen menschenrechtlichen *Mindeststandard* beinhalten, nicht mehr richterliche Zurückhaltung übt. Das mag daran liegen, dass einigen Leitentscheidungen extreme Sachverhaltskonstellationen zu Grunde lagen, die die Rechtsfindung ergebnisorientiert geleitet haben.¹⁰¹ *Hard cases make bad law* sagen angloamerikanische Juristen als Case law Spezialisten. Aber insbesondere wenn Gerichte der Unterzeichnerstaaten das Prüfprogramm des *Gerichtshofs* zu Art. 8 EMRK implementiert haben und die *Boulif*-*Üner*-Kriterien konsequent im Einzelfall abarbeiten – so mittlerweile die Praxis der deutschen Verwaltungsgerichte –, ließe sich im Gegenzug eine gewisse richterliche Zurückhaltung des *Gerichtshofs* im Sinne einer Vertretbarkeitsprüfung des Ergebnisses gut vorstellen. Denn Hand aufs Herz: Ist wirklich jede andere Lösung des Falls als die vom EGMR gefundene *menschenrechtswidrig*? Zwar hat der EGMR keinen anderen Entscheidungsmaßstab, aber: *If all you have is a hammer, everything looks like a nail*.¹⁰² Schließlich werden durch den dynamischen Interpretationsansatz des *Gerichtshofs* Wertungsentscheidungen demokratisch legitimierter Gesetzgeber und anderer Organe von Vertragsstaaten als Verletzung fundamentaler Menschenrechte apostrophiert.

3. Diskurs in den Entscheidungsgründen

Aus den Entscheidungsgründen der Urteile des EGMR wird – abgesehen von der Prozessgeschichte – in den rechtlichen Erwägungen nicht immer erkennbar, aus welchen Gründen der *Gerichtshof* der Lösung der zuvor befassten nationalen Gerichte nicht beitrifft. Vielmehr greift der EGMR unmittelbar auf den Fall durch und lässt die Erwägungen der nationalen Gerichte zumeist völlig außen vor. Hier zeigen sich unterschiedliche Kulturen in der Abfassung und Begründung gerichtlicher Entscheidungen.

In der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit hat sich das (Selbst-)Verständnis höchstrichterlicher Rechtsprechung von einer dezisionistischen zu einer diskursiven Entscheidungskultur entwickelt. Zwischen den Instanzen wird Rechtspre-

97 EGMR, Ur. v. 15.11.1996 – 22414/93, NVwZ 1997, 1093 Rn. 79 f. – *Chahal*/Vereinigtes Königreich; EGMR, Ur. v. 17.12.1996 – 25694/96, NVwZ 1997, 1100 Rn. 40 f., 46 – *Ahmed*/Österreich; EGMR, Ur. v. 29.4.1997 – 24573/94, NVwZ 1998, 163 Rn. 35 – *H. L. R.*/Frankreich; EGMR, Ur. v. 28.2.2008 – 37201/06, NVwZ 2008, 1330 Rn. 127 – *Saadi*/Italien; EGMR, Ur. v. 28.6.2011 – 8319/07, NVwZ 2012, 681 Rn. 212 – *Sufi* und *Elmi*/Vereinigtes Königreich.

98 *BVerwGE* 122, 271 (277) = NVwZ 2005, 704; *BVerwGE* 136, 377 = NVwZ 2011, 51 Rn. 25 f.; Vgl. dazu auch EGMR, Ur. v. 18.4.2002 – 72032/01, EuGRZ 2002, 514 (516) – *Aronica*/Deutschland; EGMR, Entsch. v. 7.10.2004 – 33743/03, NVwZ 2005, 1043 – *Dragan*/Deutschland; EGMR, Ur. v. 28.2.2008 – 37291/06, NVwZ 2008, 1330 Rn. 127, 138 – *Saadi*/Italien.

99 EGMR (*Große Kammer*), Ur. v. 21.1.2011 – 30696/09, NVwZ 2011, 413 Rn. 342 – *M. S. S.*/Belgien und Griechenland.

100 EGMR (*Große Kammer*), Ur. v. 23.6.2008 – 1638/03, InfAuslR 2008, 333 = BeckRS 2009, 70641 Rn. 76 – *Maslov* II.

101 So die Analyse von *Thym*, EuGRZ 2006, 541 (550).

102 Vgl. A. H. *Maslow*, *The Psychology of Science*, 1966, 15.

chung durch Rezeption von Entscheidungen anderer Gerichte, auch aus dem internationalen Raum, und Verarbeitung der Argumente sowie im Dialog mit der Rechtswissenschaft fortentwickelt. Dieser Diskurs findet in verschriftlichter Form durch die Urteile statt, die die Gründe für die getroffene Entscheidung unter ausführlicher Wiedergabe der Erwägungen des Gerichts sowie der Abwägung der Argumente enthalten; der deutsche Richter huldigt – anders als der französische –

nicht dem Ideal der „*imperatoria brevis*“. Ein diskursives Rechtsprechungsverständnis unter dialogischer Erarbeitung verallgemeinerungsfähiger Obersätze kommt dem Ideal des „herrschaftsfreien Diskurses“ als Voraussetzung für wahrhaftige Erkenntnis (*Jürgen Habermas*) ziemlich nahe und wird als wertvoller Beitrag zur Rechtskultur begriffen. Könnte das nicht auch ein Leitbild für das Verhältnis des *EGMR* zu den Gerichten der Signatarstaaten sein? ■