

Schriftleitung:

Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück (Hauptschriftleitung; Aufsatz- und Rezensionsteil) · Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Münster/Osnabrück (Aufsätze und Berichte) · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Herausgeber:

Prof. Dr. Thomas von Danwitz, Köln/Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Hauptgeschäftsführer des Deutschen Landkreistages, Berlin · Prof. Dr. Wolfgang Kahl, Heidelberg · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Bernhard Stüer, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Münster/Osnabrück

Aufsätze

Subsumtion oder Abwägung – Was gilt im Ausweisungsrecht?

von RiOVG Prof. Hans Alexy, Bremen*

Eine Ausweisung greift intensiv in die Rechtsstellung eines Ausländers ein. Die detaillierten gesetzlichen Regelungen, die das deutsche Ausweisungsrecht enthält, treten zunehmend in Spannung zu Art. 8 EMRK. Inzwischen ist nicht mehr zu übersehen, dass diese Vorschrift zentrale Prämissen des geltenden Ausweisungsrechts in Frage stellt. Der Beitrag zeichnet nach, wie die Rechtsprechung auf diese Herausforderung reagiert. Der Autor gelangt zu dem Ergebnis, dass dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

I. Einleitung

Das Aufenthaltsgesetz enthält in den §§ 53 bis 56 differenzierte Regelungen, die bestimmen, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer ausgewiesen werden darf. Wie das gesamte übrige Aufenthaltsrecht sind auch diese Vorschriften inzwischen nachhaltigen Einflüssen des Europa- und Unionsrechts ausgesetzt. Eine Schlüsselrolle kommt in diesem Zusammenhang Art. 8 EMRK zu. Nach der Rechtsprechung des EGMR kann eine Ausweisung nämlich in das durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Privat- und Familienleben eingreifen. Zur ausweisungsrechtlichen Schutzwirkung von Art. 8 EMRK liegt inzwischen eine gefestigte Rechtsprechung des EGMR vor. Nachdem die deutschen Gerichte diesen europarechtlichen Einflüssen zunächst eher zurückhaltend begegnet waren, trat im Jahre 2007 eine entscheidende Wende ein. In zwei Kammerbeschlüssen des BVerfG sowie einer Grundsatzentscheidung des BVerwG, die durchaus kritisch zur bisherigen Anwendungspraxis der §§ 53 bis 56 AufenthG Stellung nahmen, wurde für die Zukunft eine konsequente Beachtung des Konventionsrechts gefordert. Dieser »Paukenschlag« hat zunächst zu einer erheblichen Verunsicherung eingefahrener Routinen geführt. Es wird von Ausländerbehörden berichtet, die wegen der unübersichtlichen Rechtslage zunächst davon Abstand genommen hatten, überhaupt noch Ausweisungsverfügungen zu erlassen. Inzwischen hat die Verwaltungspraxis die neue Herausforderung angenommen, nicht zuletzt gefördert durch die allgemeine Verwaltungsvorschrift des Bundesministers des Inneren zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009 – VV-AufenthG –, die ausdrücklich auf die ausweisungsrechtliche Relevanz von Art. 8 EMRK hinweist. Die Frage, wie Art. 8 EMRK in das geltende Ausweisungsrecht zu integrieren ist, ist zu einem zentralen Diskussionspunkt geworden. Rechtsprechung und

Literatur haben differenzierte Lösungsansätze entwickelt. Dabei wird zunehmend deutlich, dass mit der Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR ein Verlust an normativer Steuerung verbunden ist: Neben die Ausweisungsvorschriften ist eine zweite Prüfungsebene getreten, die mit dem Geltungsanspruch des Gesetzes konkurriert. Der vorliegende Beitrag will die Spannungen, in die das deutsche Ausweisungsrecht durch die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR geraten ist, nachzeichnen. Die Probleme der Anwendungspraxis sollen aufgezeigt und nicht zuletzt soll Stellung zu der Frage eines gesetzgeberischen Handlungsbedarfs genommen werden.

II. Muss-, Regel-, Kann-Ausweisung

1. Gesetzliche Bindung und Ermessen

Die Ausweisung ist eine ordnungsrechtliche Maßnahme, d.h. mit ihr sollen künftige Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder Beeinträchtigungen sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland verhindert werden.¹ In der Praxis der Ausländerbehörden spielt dabei die Ausweisung ausländischer Straftäter die Hauptrolle. Die §§ 53 bis 56 AufenthG enthalten diesbezüglich ein komplexes Reglungsgewebe, das bei aller Ausdifferenzierung ein klares Grundmuster erkennen lässt, nämlich das Stufensystem einer Muss-, Regel- und Kann-Ausweisung. Muss- und Regel-Ausweisung auf der einen Seite sowie Kann-Ausweisung auf der anderen Seite stehen jeweils für zwei unterschiedliche Typen der normativen Steuerung des Verwaltungshandelns – hier die gebundene Verwaltung, die vom Rechtsanwender im Normvollzug die Subsumtion eines Sachverhalts unter einen gesetzlichen Tatbestand verlangt, dort das Ermessen, bei dem der Gesetzgeber sich auf die Formulierung der Voraussetzungen für ein behördliches Tätigwerden beschränkt, im Übrigen aber hinsichtlich der Angemessenheit der Maßnahme der Verwaltung einen Raum eigenverantwortlicher Entscheidung überlässt.

* Der Autor ist als Richter am OVG Bremen tätig. Die Universität Bremen hat ihn 1998 zum Honorarprofessor bestellt.

1 Zum ordnungsrechtlichen Charakter einer Ausweisung vgl. Discher in: GK-AufenthG, Vor §§ 53 ff., Juni 2009, Rn 7; HK-AuslR/Alexy, 2008, § 53 Rdnr. 3.

Bei der Muss-Ausweisung ist die Ausländerbehörde, wenn einer in § 53 AufenthG genannten Ausweisungstatbestände erfüllt ist, von Rechts wegen zur Ausweisung verpflichtet; die Ausweisung ist zwingende Rechtsfolge. Von den in § 53 AufenthG genannten Ausweisungstatbeständen sind für die ausländerbehördliche Praxis von besonderer Relevanz die Ausweisung nach einer Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren (Nr. 1 1. Alternative) sowie nach der Verurteilung zu einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz (Nr. 2 1. Alternative). Entsprechende Verurteilungen ziehen also zwangsläufig eine Ausweisung nach sich. Dabei kommt es weder auf die Umstände der Straftat noch auf die persönlichen oder familiären Verhältnisse des Ausländers an.

Ist einer der in § 54 AufenthG genannten Ausweisungstatbestände erfüllt, ist die Ausländerbehörde in der Regel zur Ausweisung verpflichtet. Auch in diesem Fall ist ihr Handeln normativ vorstrukturiert. Nur ausnahmsweise, d.h. bei Vorliegen besonders gelagerter atypischer Sachverhalte, kann von der Ausweisung abgesehen werden.² Bei der voller gerichtlicher Nachprüfung unterliegenden Beurteilung, ob ein Ausnahmefall gegeben ist, sind alle Umstände der strafgerichtlichen Verurteilung sowie die sonstigen Verhältnisse des Betroffenen zu berücksichtigen.³ Die Umstände des Einzelfalles werden bei der Regelausweisung also nicht mehr vollständig ausgeblendet, der Gesetzgeber gibt aber die Richtung vor, in die diese zu würdigen sind: Sofern nicht ein atypischer Sachverhalt vorliegt, d.h. im Regelfall, ist die Ausweisung die zwingende Rechtsfolge. In der ausländerbehördlichen Praxis haben die Regelausweisung nach der Verurteilung zu einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe (Nr. 1) sowie nach einem Verstoß gegen die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes – der nicht zu einer strafrechtlichen Verurteilung geführt haben muss – (Nr. 3) die größte Relevanz. Liegt ein Ausnahmefall vor, bedeutet das nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht, dass die Ausländerbehörde von der Ausweisung abzusehen hat. Sie ist dann vielmehr in das Ermessen der Behörde gestellt.⁴

Bei der Kann-Ausweisung hat die Ausländerbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob sie die Ausweisung verfügt. In § 55 Abs. 2 AufenthG werden hierzu etliche Ausweisungstatbestände aufgelistet – wie etwa der des nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoßes gegen Rechtsvorschriften (Nr. 2) –, bei deren Vorliegen die Behörde eigenverantwortlich zu prüfen hat, ob eine Ausweisung angebracht ist. Sie muss in der Ausweisungsverfügung zu erkennen geben, welchen ordnungsrechtlichen Zweck sie mit der Ausweisung verfolgt – die Spezialprävention und/oder die Generalprävention⁵ –, und dass sie die persönlichen und familiären Belange des Ausländers gewürdigt hat. Der Kern der Ermessensentscheidung besteht dabei in einer einzelfallbezogenen Abwägung der widerstreitenden Belange.⁶ Dass der behördliche Begründungsaufwand damit bei einer Kann-Ausweisung deutlich höher liegt als bei der Regel- und erst recht der Muss-Ausweisung, leuchtet unmittelbar ein.

Dieses Stufensystem ist bei Ausländern, denen nach § 56 Abs. 1 AufenthG besonderer Ausweisungsschutz zukommt, abgemildert, aber keineswegs beseitigt. Die nach § 53 AufenthG an sich vorgesehene zwingende Ausweisung ist bei die-

sem Personenkreis zur Regelausweisung herabgestuft – § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG –, die Regelausweisung nach § 54 AufenthG zur Kann-Ausweisung – § 56 Abs. 1 Satz 5 AufenthG –. Die Personengruppen, die dies betrifft werden in § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG genannt, es handelt sich u.a. um Ausländer, die im Besitz einer Niederlassungserlaubnis sind (Nr. 1), die eine Aufenthaltserlaubnis besitzen und hier geboren oder aufgewachsen sind (Nr. 2) und die mit einem Ausländer mit verfestigtem Aufenthaltsstatu oder einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet sind (Nr. 3 und 4). Es handelt sich um Personen, bei denen die Ausweisung aus verschiedenen Gründen einen besonders intensiven Eingriff darstellt. Auch bei diesem Personenkreis ist aber, wenn sie den Tatbestand des § 53 AufenthG verwirklicht haben, die Ausweisung immer noch im Regelfall als zwingende Rechtsfolge vorgesehen. Das schränkt die Reichweite des besonderen Ausweisungsschutzes im Ergebnis deutlich ein. Das Gesetz formuliert für diesen Fall nicht nur ausdrücklich in § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG eine Regelrechtsfolge, sondern stellt in § 56 Abs. 1 Satz 3 AufenthG zusätzlich eine Regelvermutung für das Vorliegen eines schwerwiegenden Ausweisungsgrundes auf.

Der Zweck, der mit diesem Stufensystem verfolgt wird, ist unschwer auszumachen: Die Ausweisungsentscheidung soll berechenbar werden, wofür durchaus ein gewisser Schematismus in Kauf genommen wird. Entscheidungsspielräume vor Verwaltung und Gerichten werden entweder gar nicht zugelassen – so bei der Muss-Ausweisung – oder sie werden in nur sehr begrenztem Umfang bei atypisch gelagerten Sachverhalten eingeräumt – so bei der Regelausweisung. Der Muss- und Regelausweisung liegt neben spezialpräventiven Überlegungen, die sicherlich eine Rolle spielen, insgesamt eine unverkennbar generalpräventive Tendenz zugrunde. Generalprävention verlangt eine kontinuierliche und voraussehbare Verwaltungspraxis⁷, und diese soll durch das Stufensystem gewährleistet werden.

Das Stufensystem von Muss-, Regel- und Kann-Ausweisung ist durch das Ausländergesetz vom 09.07.1990 eingeführt worden – §§ 45 bis 48 AuslG 1990⁸ – und hat seitdem einen bemerkenswerten Ausbau erfahren. So sind die 1990 geschaffenen Ausweisungstatbestände in der Folgezeit deutlich verschärft worden, d.h. die tatbestandliche Schwelle für eine Ausweisung ist abgesenkt worden. Diese Änderungen haben allesamt Eingang in die derzeit gültige Fassung der §§ 53 bis 56 AufenthG gefunden. Sie betrafen insbesondere die Muss-Ausweisung, für die das Ausländergesetz 1990 noch recht hohe Hürden vorgesehen hatte. Voraussetzung war ur-

2 BVerwG, B. v. 01.09.1994 – 1 B 90/94 – InfAuslR 1995, 5.

3 BVerwG, Urt. v. 20.09.1998 – 1 C 8/96 – NVwZ 1999, 303 = InfAuslR 1999 54; B. v. 28.07.2003 – 1 B 470.02 – Buchholz 402.240 § 47 AuslG Nr. 21.

4 BVerwG, Urt. v. 16.11.1999 – 1 C 11.99 – NVwZ-RR 2000, 320 = InfAuslR 2000, 105.

5 Die deutsche Rechtsordnung erkennt die Generalprävention als Ausweisungsziel bislang grundsätzlich an, vgl. BVerfG, B. v. 10.08.2007 – 2 BvR 535/06 – NVwZ 2007, 1300 = InfAuslR 2007, 443; BVerwG, Urt. v. 31.08.2004 – 1 C 25.03 – NVwZ 2005, 229 = InfAuslR 2005, 49, jeweils m.w.N. Zum Streitstand Discher in: GK-AufenthG, Vor §§ 53 ff. Juni 2009, Rn 28 HK-AuslR/Alexy, 2008, § 53 Rdnr. 5.

6 BVerwG, Urt. v. 24.09.1996 – 1 C 9.94 – BVerwGE 102, 63 = NVwZ 1997 1123 = InfAuslR 1997, 63.

7 Vgl. dazu etwa BVerfG, B. v. 25.09.1986 – 2 BvR 744/86 – NVwZ 1987, 403 8 BGBl. I, S. 1354.

sprünglich die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren oder mehrere Verurteilungen zu Freiheitsstrafen von zusammen mindestens acht Jahren – § 47 Abs. 1 AuslG 1990 –. Durch das Gesetz zur Änderung ausländer- und asylrechtlicher Vorschriften vom 29.10.1997⁹ ist die Dauer der verhängten Freiheitsstrafe auf drei Jahre abgesenkt worden. Bereits mit dem Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994¹⁰ war die Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts zu einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe in den Katalog der Muss-Ausweisung aufgenommen worden. Durch diese beiden Gesetzesänderungen hat sich der Anwendungsbereich der Muss-Ausweisung drastisch ausgedehnt; die ursprüngliche Konzeption, die zwingende Ausweisung auf Fälle schwerer Kriminalität zu beschränken¹¹, ist aufgegeben worden. Die Gesetzesänderungen hatten zugleich erhebliche Konsequenzen für die Ausländer, die nach den gesetzlichen Bestimmungen besonderen Ausweisungsschutz genießen (§ 48 Abs. 1 AuslG 1990; § 56 Abs. 1 AufenthG). Bei diesen ist die Muss-Ausweisung zwar zur Regelausweisung herabgestuft. Die Herabstufung ändert aber nichts daran, dass im Regelfall gleichwohl, wie dargelegt, die Ausweisung zwingende Rechtsfolge sein soll. Die genannten Gesetzesänderungen haben dementsprechend gerade bei diesem Personenkreis zu einem deutlichen Anstieg der Zahl der Regelausweisungen geführt.

2. Unions- und assoziationsrechtlicher Ausweisungsschutz

Die §§ 53 bis 56 AufenthG finden keine Anwendung auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Die Voraussetzungen einer Ausweisung von Freizügigkeitsberechtigten sind in Art. 27 bis 29 der RL 2004/38/EG vom 29.04.2004 – FreizügigkeitsRL – näher geregelt. Eine Ausweisung dieses Personenkreises ist nach Art. 27 Abs. 2 FreizügigkeitsRL nur zulässig, wenn das Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Die Generalprävention scheidet bei Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen als Ausweisungszweck aus.¹² Die Ausweisung darf vielmehr nur aus spezialpräventiven Gründen erfolgen, und auch das nur, wenn konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr erneuter, erheblicher Straftaten bestehen. In jedem Fall muss die Ausweisung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, was eine konkrete Würdigung der familiären und persönlichen Belange des Freizügigkeitsberechtigten verlangt. Die ausweisungsrechtlichen Regelungen der RL 2004/38/EG knüpfen insgesamt an die langjährige, gefestigte Rechtsprechung des EuGH zum Ausweisungsschutz von Freizügigkeitsberechtigten an.¹³

Türkische Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen, denen ein Aufenthaltsrecht nach dem ARB 1/80 zusteht, genießen denselben Ausweisungsschutz wie Angehörige der EU-Mitgliedstaaten, die als Arbeitnehmer von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen. Die Generalprävention scheidet also ebenfalls als Ausweisungszweck aus; zulässig ist eine Ausweisung nur aus gewichtigen spezialpräventiven Gründen. Der Schutz erstreckt sich auch auf die Kinder türkischer Arbeitnehmer, die damit eine vergleichsweise starke, vom ursprünglichen beschäftigungsrechtlichen Ansatz gelöste aufenthaltsrechtliche Stellung erhalten.¹⁴

Schließlich unterliegen diejenigen Ausländer einem unionsrechtlichen Ausweisungsschutz, die ein Aufenthaltsrecht nach

der Richtlinie 2003/109/EG vom 25.11.2003 – Dauer AufenthaltsRL – besitzen. Die Richtlinie regelt die aufenthaltsrechtliche Stellung von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen. Art. 12 Abs. 1 DaueraufenthaltsRL sieht vor, dass die Ausweisung nur verfügt werden darf, wenn der Betreffende eine gegenwärtige, hinreichend schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellt. Damit wird wiederum die generalpräventiv begründete Ausweisung ausgeschlossen. Art. 12 Abs. 3 DaueraufenthaltsRL lässt auch bei diesem Personenkreis die Ausweisung nur auf der Grundlage einer Einzelfallwürdigung, bei der die persönlichen und familiären Belange des Betroffenen konkret gewürdigt werden, zu.¹⁵

Das Unionsrecht nimmt also relevante Personengruppen von Anwendungsbereich des nationalen Ausweisungsrechts aus. Alle übrigen Ausländer, die keinen solchen Ausweisungsschutz genießen, sehen sich aber mit dem Regelungsgeflecht der §§ 53 bis 56 AufenthG konfrontiert. Ein Blick auf die ausländerbehördliche Ausweisungspraxis zeigt, dass es sich hierbei um einen größeren Personenkreis handelt. Für diese Personen stellt sich die Frage, ob und in welcher Weise Art. 8 EMRK das deutsche Ausweisungsrecht beeinflusst.

III. Die ausweisungsrechtlichen Schutzwirkungen von Art. 8 EMRK

Nach Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Art. 8 Abs. 2 EMRK bestimmt, dass eine Behörde in die Ausübung dieser Rechte nur eingreifen darf, soweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist, eines der in Abs. 2 genannten Ziele verfolgt wird und der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Seit der Leitentscheidung vom 18.02.1991 qualifiziert der EGMR eine Ausweisung als einen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK, der sich an der Schranke des Abs. 2 messen lassen muss.¹⁶ In einer ganzen Reihe von Entscheidungen hat der EGMR in der Folgezeit sowohl die Eingriffe Familien- und Privatleben, d.h. den Schutzbereich der Vorschrift, als auch die Kriterien der Schrankenprüfung nach Abs. 2 präzisiert.

1. Der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK

Eine Beeinträchtigung des Familienlebens i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK liegt vor, wenn die Ausweisung in die Beziehung zwischen Eheleuten sowie zu minderjährigen Kindern eingreift. Zwischen dem ausländischen Elternteil und dem minderjährigen Kind muss dabei nicht zwingend eine häusliche Gemeinschaft bestehen; der EGMR hat auch Eltern-Kind-Be-

9 BGBl. I, S. 2584.

10 BGBl. I, S. 3186.

11 So ausdrücklich die damalige Gesetzesbegründung, vgl. BT-Drucks. 11/6321, S. 50.

12 St. Rspr. des EuGH seit Urt. v. 27.10.1977, 30/77 (Bouchereau) – NJW 1978, 479.

13 Vgl. EuGH, Urt. v. 23.11.2010, C-145/09 (Isakouridis) – NVwZ 2011, 221.

14 Vgl. im Einzelnen EuGH, Urt. v. 20.02.2000, C-340/97 (Nasli) – NVwZ 2000, 1029 = InfAuslR 2000, 161; Urt. v. 11.11.2004, C-467/02 (Cetinkaya) – NVwZ 2005, 198 = InfAuslR 2005, 13; Urt. v. 18.07.2007, C-325/05 (Derin) – NVwZ 2007, 1393 = InfAuslR 2007, 326. Einen Überblick über den assoziationsrechtlichen Ausweisungsschutz türkischer Staatsangehöriger gibt HK-AuslR/Alexy, 2008, § 53 Rn 26 ff.; Art. 14 ARB 1/80 Rdnt. 14 ff.

15 Vgl. näher HK-AuslR/Alexy, 2008, § 53 Rn 34 ff.

16 EGMR, Urt. v. 18.02.1991 – 31/1989/191/291 (Moustaquim) – InfAuslR 1991, 149.

ziehungen in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK einbezogen, bei denen auf der Grundlage eines Umgangsrechts ein regelmäßiger Kontakt zu dem minderjährigen Kind gepflegt wird.¹⁷ Darüber hinaus ist der Schutzbereich auch berührt, wenn junge Erwachsene, die noch keine eigene Familie gegründet haben, bei ihren Eltern leben.¹⁸ Gleiches gilt, wenn der volljährige Ausländer aufgrund besonderer Umstände auf die Hilfe und Unterstützung seiner Familie angewiesen ist.¹⁹

Neben dem Familienleben hat der Schutz des ebenfalls in Art. 8 Abs. 1 EMRK genannten Privatlebens zunehmend eine selbstständige ausweisungsrechtliche Relevanz gewonnen. In der Grundsatzentscheidung vom 09.10.2003 hat der EGMR erstmals die beiden Regelungsbereiche deutlich voneinander getrennt.²⁰ Das Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst danach die Summe der persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für das Privatleben eines jeden Menschen konstitutiv sind und denen angesichts der zentralen Bedeutung dieser Bindungen für die Entfaltung der Persönlichkeit eines Menschen bei fortschreitender Dauer des Aufenthalts wachsende Bedeutung zukommt. Der EGMR hat seitdem wiederholt anerkannt, dass die Ausweisung insbesondere bei Ausländern, die in dem Aufnahmestaat geboren und aufgewachsen sind, die also ihre maßgebliche persönliche Prägung in diesem Staat erfahren haben, in das Privatleben eingreift.²¹

Ein schutzwürdiges Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK kann überdies aber auch gegeben sein, wenn der Betreffende als Volljähriger in den Aufnahmestaat zugewandert ist und sich dort seit längerem aufhält.²² Eine strikte zeitliche Vorgabe für die notwendige Aufenthaltsdauer lässt sich der Rechtsprechung des EGMR nicht entnehmen. In diesen Fällen wird es darauf ankommen, ob die bisherige Aufenthaltsdauer geeignet war, die für die Persönlichkeit konstitutiven Bindungen im Aufnahmestaat zu begründen. Dazu wird die Ansicht vertreten, dass dies in der Regel nach acht Jahren Aufenthalt anzunehmen ist.²³ Dies mag ein Anhaltspunkt sein, zu Recht ist aber auch darauf hingewiesen worden, dass der EGMR den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eher weit zieht, um dann die eigentliche materielle Prüfung auf der Ebene der Schranke des Art. 8 Abs. 2 EMRK vorzunehmen. Das spricht dafür, bei der Bestimmung der notwendigen Aufenthaltsdauer die Verhältnisse des Einzelfalles zu berücksichtigen und im Zweifel in eine Schrankenprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK einzutreten.

Dass ein schutzwürdiges Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK nur angenommen werden kann, wenn der Betreffende durchgängig im Besitz eines Aufenthaltstitels war, lässt sich der Rechtsprechung des EGMR ebenfalls nicht entnehmen. Zwar hat der Gerichtshof hervorgehoben, dass Personen, die unter Umgehung der geltenden Gesetze die Behörden des Vertragsstaates mit ihrer Anwesenheit konfrontieren, im Allgemeinen nicht erwarten können, dass ihnen ein Aufenthaltsrecht zugesprochen wird.²⁴ Andererseits hat das Gericht bei einer abgelehnten Asylbewerberin, die ihrer Ausreisepflicht nicht nachgekommen war, ausdrücklich offen gelassen, ob in der Folgezeit ein schutzwürdiges Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK begründet worden war; der EGMR hat in dem betreffenden Fall eine Schrankenprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK vorgenommen.²⁵ Auch insoweit wird es letzt-

lich auf die Verhältnisse des Einzelfalles ankommen. Maßgeblich ist, ob die betreffende Person berechtigterweise erwarten konnte, ihren Aufenthalt in dem Aufnahmestaat fortsetzen zu können.²⁶ Das spricht dafür, auch in diesem Fall im Zweifel eine Prüfung auf der Schrankenebene des Art. 8 Abs. 2 EMRK vorzunehmen.

Außer Frage steht, dass eine Straffälligkeit den Ausländer noch nicht aus dem Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK herausfallen lässt. Art und Gewicht des strafrechtlichen Fehlverhaltens werden – wie insgesamt die Frage, wie der Stand der Integration in die Verhältnisse des Aufnahmestaates zu bewerten ist – vom EGMR nicht im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 EMRK, sondern bei der anschließenden Schrankenprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gewürdigt.

2. Die Schranke des Art. 8 Abs. 2 EMRK

Bei der Schrankenprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK geht der EGMR in drei Schritten vor:

Zunächst wird geprüft, ob die Ausweisung sich auf eine gesetzliche Grundlage stützen kann. Diese Prüfung fällt regelmäßig knapp aus. Dem EGMR geht es darum, dass die Behörden nicht aus eigener Machtvollkommenheit handeln (»unbeschränktes Ermessen«), sondern gesetzliche Vorgaben für die ausländerbehördliche Entscheidung vorhanden sind.²⁷

In einem zweiten Schritt untersucht der EGMR, ob mit der Ausweisung ein legitimes Ziel verfolgt wird. Das Ziel der Verhütung von Straftaten wird in Art. 8 Abs. 2 EMRK ausdrücklich genannt, so dass auch diese Prüfung regelmäßig knapp ausfällt.

Im dritten und entscheidenden Schritt wendet der EGMR sich der Frage zu, ob die Ausweisung in einer demokratischen Gesellschaft »notwendig« ist. Der Gerichtshof prüft an dieser Stelle einfallbezogen und konkret die Verhältnismäßigkeit der Ausweisung.²⁸ Dafür hat er Maßstäbe entwickelt, die dazu dienen sollen, einerseits das Gewicht des Ausweisungsgrundes und andererseits das der persönlichen und familiären Belange des Ausländers zu ermitteln (»Boulouf-Kriterien«).

17 EGMR, Ur. v. 08.01.2009 – 10606/07 (Grant) – InfAuslR 2010, 89.

18 EGMR, Ur. v. 28.06.2007 – 31753/02 (Kaya) – InfAuslR 2007, 325; Ur. v. 23.06.2008 – 1638/03 (Maslov) – InfAuslR 2008, 333.

19 EGMR, Ur. v. 13.05.1995 – 18/1194/465/564 (Nasri) – InfAuslR 1996, 1.

20 EGMR, Ur. v. 09.10.2003 – 48321/99 (Slivenko) – EuGRZ 2006, 560.

21 EGMR, Ur. v. 28.06.2007 (Fußn. 18); Ur. v. 23.06.2008 (Fußn. 18); Ur. v. 12.01.2010 – 47486/06 (Khan) – InfAuslR 2010, 369.

22 EGMR, Ur. v. 24.11.2009 – 182/08 (Omojudi) – InfAuslR 2010, 178.

23 Vgl. Fritsch, Die Grenzen des völkerrechtlichen Schutzes sozialer Bindungen von Ausländern nach Art. 8 EMRK, ZAR 2010, 14 (16).

24 EGMR, Ur. v. 16.09.2004 – 11103/03 (Ghiban) – NVwZ 2005, 1046; Ur. v. 07.10.2004 – 33743/03 (Dragan) – NVwZ 2005, 1043.

25 EGMR, Ur. v. 08.04.2008 – 21878/06 (Nyananci) – ZAR 2010, 189.

26 EGMR, Ur. v. 31.01.2006 – 50435/99 (da Silva und Hoogkamer) – InfAuslR 2006, 298; so auch Eckertz-Höfer, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, Teil 1, ZAR 2008, 41 (44); Benassi, Die Bedeutung des Schutzes des Privatlebens durch Art. 8 EMRK InfAuslR 2010, 283 (287). Das bedeutet, dass geduldete Ausländer nicht von vornherein vom Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK ausgenommen sind vgl. OVG Hamburg, B. v. 20.08.2009 – 3 Bs 104/09 – juris; OVG Bremen, E. v. 22.11.2010 – 1 A 383/09 – juris; VGH Mannheim, Ur. v. 13.12.2010 – 11 S 2359/10 – DVBl 2011, 370; a.A.: OVG Lüneburg, B. v. 19.07.2010 – ME 163/10 – DVBl 2010, 1113.

27 EGMR, Ur. v. 24.04.2008 – 1365/07 (C. G.) – InfAuslR 2008, 281.

28 EGMR, Ur. v. 02.08.2001 – 54273/00 (Boulouf) – InfAuslR 2001, 476.

Die Kriterien, die der EGMR im Hinblick auf den Ausweisungsgrund herausgearbeitet hat (Natur und Schwere der begangenen Straftat; die Zeit, die seit der Begehung der Straftat vergangen ist und das Verhalten des Ausländers seitdem) lassen erkennen, dass der Gerichtshof für eine allein auf die Generalprävention gestützte Ausweisung keinen Raum sieht. Stets werden, wenn es um das Gewicht des Ausweisungsgrundes geht, spezialpräventive Überlegungen einbezogen. So stellt der Gerichtshof etwa bei Gewalttaten auf das Persönlichkeitsbild ab, das aus der Straftat sichtbar wird, und misst in diesem Zusammenhang einem sich steigernden strafrechtlichen Fehlverhalten eine ausschlaggebende Bedeutung zu.²⁹ Auch aus der Permanenz der Strafrechtsverstöße kann sich ein hinreichender Anlass für eine Ausweisung ergeben.³⁰ Andererseits können – selbst bei Betäubungsmitteldelikten – der Umstand einer Erstat sowie ein nachfolgend beanstandungsfreies Verhalten nicht unberücksichtigt bleiben.³¹ Stets ist zu prüfen, ob das Fehlverhalten noch als Jugenddelinquenz betrachtet werden kann.³² Der spezialpräventive Charakter dieser Überlegungen ist offenkundig. Auch in der Entscheidung, die mitunter als Beleg dafür angeführt wird, dass der EGMR die allein generalpräventiv begründete Ausweisung anerkannt habe³³, geht der Gerichtshof ausdrücklich auf die Stellungnahme psychologischer Experten, d.h. deren Rückfallprognose ein.³⁴ Der Gedanke, das Gewicht des Ausweisungsgrundes schlicht nach der Dauer der verhängten Freiheitsstrafe zu bestimmen, ist dem Gerichtshof fremd.

Die konkrete Tatsachenwürdigung erstreckt sich ebenfalls auf die familiären und persönlichen Belange des Ausländers. Für deren Ermittlung und Bewertung werden Kriterien genannt (Dauer des Aufenthalts in dem Aufnahmestaat; Stabilität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zu dem Aufnahmestaat und zu dem Herkunftsland; die familiäre Situation des betreffenden Ausländers; die Kenntnis des Ehegatten von der Straftat bei Eingehen der Ehe; das Vorhandensein von Kindern; die Ernsthaftigkeit der Schwierigkeiten, denen Ehegatte und Kinder ausgesetzt wären, wenn sie den ausgewiesenen Ausländer in dessen Herkunftsland begleiten würden).

Die widerstreitenden Belange sind schließlich gegeneinander abzuwägen. Der Gerichtshof spricht ausdrücklich von einer Prüfung der »Verhältnismäßigkeit«.³⁵ Dabei hat er klargestellt, dass Art. 8 EMRK keiner Kategorie von Ausländern – auch nicht jenen, die im Aufnahmeland geboren sind – einen absoluten Schutz vor Ausweisung bietet. Allerdings müssen, je schwerer die familiären und persönlichen Belange des Ausländers wiegen, desto gewichtiger auch die im konkreten Fall geltend gemachten Ausweisungsgründe sein. Zur Rechtfertigung der Ausweisung eines niedergelassenen Emigranten, der seine gesamte Kindheit und Jugend oder den größten Teil davon im Aufnahmeland verbracht hat, müssen etwa sehr gewichtige Ausweisungsgründe gegeben sein. Der EGMR verwendet hier die aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vertraute »je-desto-Formel«³⁶, d.h. es geht um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Erforderlich ist danach stets eine einzelfallbezogene Abwägung.

Dieser Einzelfallbezug verleiht der Rechtsprechung des EGMR durchaus eine gewisse Kasuistik. Ob dies zu beklagen ist, erscheint indes fraglich. Bereits der Ausweisungszweck, die Spezialprävention, bringt es notwendig mit sich, dass ein individuelles Verhalten in den Blick zu nehmen ist, d.h. der

Frage der von dem betreffenden Ausländer ausgehenden Gefahr nachzugehen ist. Erst recht gilt das für die gegenläufige persönlichen und familiären Belange des Betroffenen, die nach den konkreten Umständen des Falles ein ganz unterschiedliches Gewicht haben können. Es handelt sich bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit um einen Abwägungsprozess, dessen Ausgang sich zwar nicht genau vorherbestimmen lässt, der durch die vom EGMR entwickelten Kriterien aber gleichwohl Struktur und Transparenz erhält.³⁷ Dass damit da – berechnete – öffentliche Interesse, von Ausländern ausgehende Straftaten zu verhüten, in unzulässiger Weise zurück gestellt werden würde, wird selbst von denjenigen, die den methodischen Ansatz des EGMR skeptisch betrachten, nicht behauptet. Der Vorwurf der Kasuistik müsste sich im Übrigen auch gegen das Unionsrecht richten, denn die Rechtsvorschriften, die dort die Zulässigkeit der Ausweisung näher regeln, verlangen ebenfalls stets eine einzelfallbezogene Abwägung. Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit, deren Verlust gelegentlich beklagt wird, sind das Kennzeichen eines generalpräventiv ausgerichteten Ausweisungsrechts. Sowohl die Konvention als auch das Unionsrecht schließen dies gerade aus.

IV. Die Lösungsversuche der Vergangenheit

Das Verhältnis zwischen Art. 8 EMRK und dem deutscher Ausweisungsrecht wird seit längerem diskutiert. Die in der Vergangenheit unterbreiteten Vorschläge waren indes vor der Tendenz bestimmt, den Konflikt zwischen den beiden Normebenen zu Lasten der EMRK zu lösen.

1. Verlagerung auf den Abschiebungsschutz

Teilweise ist die Ansicht vertreten worden, Art. 8 EMRK entfalte Schutzwirkungen erst auf der Ebene der Abschiebung des Ausländers. Erst die Abschiebung stelle den Eingriff dar der sich an Art. 8 EMRK messen lassen müsse.³⁸

Diese Ansicht ist zu Recht auf Kritik gestoßen.³⁹ Sie wird der Eingriffsqualität, die eine Ausweisung besitzt, nicht gerecht.⁴⁰ Die Ausweisung führt zum Erlöschen des Aufenthaltstitels (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG) und begründet die Ausreisepflicht (§ 50 Abs. 1 AufenthG). Der Gesetzgeber geht davor aus, dass der Ausländer, gegebenenfalls nach Ausschöpfung von Rechtsmitteln, der Ausreisepflicht auch nachkommt. Die Abschiebung ist demgegenüber eine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung für den Fall der nicht freiwilligen Ausreise. Eine Verlagerung der Schutzwirkung von Art. 8 EMRK

29 EGMR, Urt. v. 25.03.2010 – 40601/05 (Mutlag) – InfAuslR 2010, 325.

30 EGMR, Urt. v. 08.01.2009 (Fußn. 17).

31 EGMR, Urt. v. 12.01.2010 (Fußn. 21).

32 EGMR, Urt. v. 23.06.2008 (Fußn. 18).

33 So Thym, Abschied von Ist- und Regelausweisung bei Verwurzelung, DVBl 2008, 1346 (1348).

34 EGMR, Urt. v. 06.12.2007 – 69735/01 (Chair) – InfAuslR 2008, 111.

35 EGMR, Urt. v. 23.06.2008 (Fußn. 18): »proportionate to the legitimate aim pursued« (Rn 69).

36 Thym (Fußn. 33), 1350.

37 Eckertz-Höfer, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, Teil 2, ZAR 2008, 93 (93/94).

38 VGHI Kassel, B. v. 13.10.2003 – 12 TG 2390/03 – NVwZ-RR 2004, 379; ebenso Sennkamp, Ist-Ausweisung menschenrechtswidrig; ZAR 2002, 136 (141).

39 Grupp/Stelkens, Zur Berücksichtigung der EMRK bei der Auslegung deutschen Rechts, DVBl 2005, 133 (138); Cremer, Zur Einwirkung der EMRK auf das deutsche Ausländerrecht, ZAR 2006, 341 (343).

40 Zum Eingriffscharakter vgl. BVerfG, B. v. 10.08.2007 (Fußn. 5).

auf die Vollstreckungsebene ist dazu geeignet, bei denjenigen Ausländern, die ihrer gesetzlichen Ausreisepflicht freiwillig nachkommen, diese Schutzwirkungen gravierend zu verkürzen.⁴¹ Eine Prüfung der Ausweisungsgründe und der der Ausweisung möglicherweise entgegenstehenden persönlichen und familiären Belange erst im Rahmen des Vollstreckungsschutzes – und nicht bei der hoheitlichen Maßnahme selbst – bringt den Betroffenen überdies verfahrensrechtlich ins Hintertreffen. Aus gutem Grund hat das Bundesverwaltungsgericht deshalb auch schon vor einiger Zeit klargestellt, dass Abschiebungshindernisse grundsätzlich bereits bei der Entscheidung über die Ausweisung zu berücksichtigen sind.⁴²

2. Verhältnismäßigkeit des geltenden Regelwerks

In der Vergangenheit ist wiederholt geltend gemacht worden, das deutsche Ausweisungsrecht trage bereits wegen seiner Abstufungen und Differenziertheit dem Schrankenvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 EMRK Rechnung. Der Gesetzgeber habe ein Normgefüge geschaffen, das insgesamt den Anforderungen der Konvention Rechnung trage.⁴³ Dieser Standpunkt hat im Ergebnis dazu geführt, dass Art. 8 EMRK in der Ausweisungspraxis eher ein Schattendasein geführt hat. Denn wenn die Anforderungen der Konvention schon durch das Gesetz selbst erfüllt sind, besteht wenig Anlass, sie noch ein weiteres Mal auf der Ebene der Rechtsanwendung zu aktivieren. Art. 8 EMRK schrumpfte auf diese Weise zu einem Restposten, der allenfalls in besonders gelagerten Einzelfällen noch zu Randkorrekturen führte. Ein Bewusstsein, dass sich zwischen dem deutschen Ausweisungsrecht und Art. 8 EMRK eine zunehmende – strukturelle – Diskrepanz entwickelte, konnte so nicht entstehen.

V. Der Kurswechsel

Durch zwei Kammerbeschlüsse des BVerfG aus dem Jahre 2007 sowie eine im selben Jahr ergangene Grundsatzentscheidung des BVerfG wurde die entscheidende Brücke zwischen den beiden Normebenen geschlagen. Vorbereitet worden ist dieser Kurswechsel durch die Gorgülü-Entscheidung des BVerfG vom 14.10.2004.⁴⁴

1. Die Gorgülü-Entscheidung des BVerfG

In dieser Entscheidung hat das BVerfG grundsätzlich dazu Stellung genommen, in welcher Weise die EMRK auf die deutsche Rechtsordnung einwirkt. Es hat an der überkommenen Vorstellung zweier Rechtskreise – dem des völkerrechtlichen Vertragsrechts und dem des nationalen Rechts – festgehalten. Der Bundesgesetzgeber hat danach die EMRK durch Zustimmungsgesetz in das deutsche Recht transformiert und hat einen entsprechenden Anwendungsbefehl erteilt. Die EMRK gilt damit in Deutschland – anders als in den Vertragsstaaten, die ihr entweder Verfassungsrang oder einen Rang über dem des einfachen Gesetzes verliehen haben⁴⁵ – im Range eines Bundesgesetzes.

Andererseits hat das BVerfG aber keinen Zweifel daran gelassen, dass ihr Inhalt die EMRK gegenüber dem übrigen Bundesrecht hervorhebt. Immerhin handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der auf regionalen Menschenrechtsschutz zielt. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes verleiht der EMRK deshalb materiell eine verfassungsrechtliche Bedeutung. Das BVerfG hat hervorgehoben, dass der Konventionstext und die Rechtsprechung des EGMR auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfe für die Bestimmung von

Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG dienen. Verwaltungsbehörden und Gerichte sind aufgrund ihrer Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) verpflichtet, die Gewährleistungen der EMRK und die Entscheidungen des EGMR bei der Gesetzesauslegung zu berücksichtigen.⁴⁶ Soweit im Rahmen der anerkannten methodischen Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, ist der konventionsmäßigen Auslegung der Vorrang zu geben. Damit ist für die Gerichte allerdings zugleich auch eine Grenze für die Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben benannt: Ist eine solche völkerrechtskonforme Auslegung nicht möglich, d.h. erweist sich das Gesetz selbst als konventionswidrig, ist es Sache des Gesetzgebers, dieses abzuändern. Anders als das Unionsrecht besitzt die EMRK also keinen allgemeinen Anwendungsvorrang gegenüber dem nationalen Recht.

In der Literatur ist diese Berücksichtigungspflicht kritisiert worden, weil sie eine zu schwache Verknüpfung zwischen Völkerrecht und nationalem Recht herstelle.⁴⁷ In der Tat setzt eine bloße Berücksichtigungspflicht den Verwaltungsbehörden und Gerichten – nicht aber dem Gesetzgeber! – Grenzen bei der Umsetzung der konventionsrechtlichen Standards. Auf der anderen Seite sind aber die Wirkungen kaum zu überschätzen, die von der Aufforderung des BVerfG ausgegangen sind, sich zukünftig bei der Auslegung des einfachen Rechts mit den Gewährleistungen der EMRK und den dazu ergangenen Entscheidungen des EGMR auseinanderzusetzen, d.h. diese Entscheidungen zur Kenntnis zu nehmen und in die konkrete Entscheidungsfindung einzubeziehen. Das hat zu einem beachtlichen Bedeutungszuwachs der EMRK geführt. Diese Entwicklung dürfte nicht zuletzt dadurch gefördert worden sein, dass die EMRK auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts zunehmend Bedeutung erlangt hat, und zwar nicht nur in der Rechtsprechung des EuGH, sondern jetzt auch durch ihre ausdrückliche Verankerung in Art. 6 Abs. 2 EUV.

2. Die Kammerbeschlüsse vom 10.05.2007 und 10.08.2007

Die überkommenen, durch das Stufensystem der Muss-Regel und Kann-Ausweisung geprägten Routinen sind erstmalig durch den Kammerbeschluss des BVerfG vom 10.05.2007 grundlegend in Frage gestellt worden, und zwar unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gorgülü-Entscheidung und die darin formulierte Pflicht zur Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR.⁴⁸ Die Ausweisung betraf in diesem Fall einen hier geborenen und aufgewachsenen Aus

41 Vgl. Cremer (Fußn. 39), 344.

42 BVerfG, Urf. v. 05.05.1998 – 1 C 17.97 – BVerfGE 106, 351 = InfAuslR 1998, 383.

43 Vgl. BVerfG, Urf. v. 17.06.1998 – 1 C 27.96 – InfAuslR 1998, 424; B. v. 11.07.2003 – 1 B 252.02 – Buchholz 140 Art. 8 EMRK Nr. 14.

44 BVerfG, B. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 = NJW 2004, 3407.

45 Vgl. dazu die Übersicht bei Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage 2009, S. 16.

46 BVerfGE 111, 307 (317/329); NJW 2004, 3407 (3408/3411).

47 Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 68 (695 ff.); Eckart Klein, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 14.10.2004, JZ 2004, 1176 (1177); Ruffert, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, EuGRZ 2007, 245 (252).

48 BVerfG, B. v. 10.05.2007 – 2 BvR 304/07 – NVwZ 2007, 946 = InfAuslR 2007, 275.

länder, der den Tatbestand der Muss-Ausweisung verwirklicht hatte, die wegen des Vorliegens besonderen Ausweisungsschutzes zu einer Regelausweisung herabgestuft war. In diesem Kammerbeschluss wird die Rechtsprechung des EGMR zum ausweisungsrechtlichen Schutz von Art. 8 EMRK im Einzelnen nachgezeichnet. Dem VGH Mannheim, der im Eilverfahren die sofortige Vollziehung der Ausweisung bestätigt hatte⁴⁹, wird vorgehalten, sich nicht mit dieser Rechtsprechung auseinandergesetzt zu haben. Dazu heißt es in dem Beschluss, dass Art. 8 EMRK es nicht zulasse, dass die persönlichen und familiären Belange »schematisierend ausgeblendet« werden würden. Weiterhin verstoße es gegen die Konvention, wenn das Gewicht der für die Ausweisung sprechenden öffentlichen Interessen allein anhand der Typisierung der den Ausweisungsanlass bildenden Straftaten in den Ausweisungsvorschriften des Aufenthaltsgesetzes bestimmt werde. Art. 8 EMRK verlange vielmehr, das öffentliche Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung einerseits und die persönlichen und familiären Verhältnisse des betroffenen Ausländers andererseits in ihrer Gesamtheit zu betrachten und entsprechend konkret zu gewichten und abzuwägen.

Dieselbe Warnung vor einer »schematisierenden Gesetzesanwendung« findet sich in einem weiteren Kammerbeschluss vom 10.08.2007⁵⁰, mit dem ebenfalls eine obergerichtliche, die sofortige Vollziehung einer Ausweisung bestätigende Beschwerdeentscheidung aufgehoben wurde. Wiederum ging es um einen in Deutschland aufgewachsenen Ausländer. Wie in dem vorangegangenen Kammerbeschluss wird auf die Notwendigkeit einer einzelfallbezogenen Würdigung der für die Ausweisung sprechenden öffentlichen Belange und der gegenläufigen Interessen des Ausländers hingewiesen: Zu erwähnen ist, dass das BVerfG in diese Entscheidung nicht nur einen Eingriff in das Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK angenommen hat, sondern zugleich in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG, insoweit also von einer Kongruenz der Schutzbereiche ausgegangen ist.

3. Das Urteil des BVerfG vom 23.10.2007

Mit diesen beiden Kammerbeschlüssen war das Spannungsverhältnis zwischen den Ausweisungsvorschriften des Aufenthaltsgesetzes und der Rechtsprechung des EGMR mit aller Deutlichkeit aufgezeigt worden.⁵¹ Einen Lösungsweg haben die beiden Beschlüsse allerdings nicht gewiesen, auch wenn klar war, dass die bisherige Ausweisungspraxis nicht länger aufrecht erhalten werden konnte. Wie die beiden widerstreitenden Entscheidungsmodelle – hier die einzelfallbezogene Abwägung, dort der strikte Normvollzug – tragfähig miteinander zu verbinden waren, ließen die Kammerbeschlüsse offen.

In seiner Entscheidung vom 23.10.2007 hat sich das BVerfG dieser Herausforderung gestellt.⁵² Wiederum ging es um eine zur Regelausweisung herabgestufte Muss-Ausweisung. Wie das BVerfG zeichnet das BVerfG im Einzelnen die Rechtsprechung des EGMR zum ausweisungsrechtlichen Schutz nach, den Art. 8 EMRK bietet. Es gelangt vor diesem Hintergrund ebenfalls zu einer kritischen Würdigung der bisherigen Ausweisungspraxis. Es bestehe die Gefahr, dass in Anwendung der Ausweisungsvorschriften Sachverhalte »schematisch ausgeblendet« werden würden. Der »schematische Blick« der Verwaltung auf die Muss- und Regelausweisung erweise sich als wenig hilfreich, um das gesamte Spektrum betroffener Be-

lange in die Entscheidung einzubeziehen. Der bisherige Maßstab der Rechtsprechung, der lediglich »ergebnisbezogen« an Art. 8 EMRK Bezug genommen habe, reiche nicht aus, um den von dieser Vorschrift geschützten Belangen in der Praxis zu einer ausreichenden Berücksichtigung zu verhelfen.

Für die Regelausweisung, um die es in dem konkreten Fall ging, findet das BVerfG nun den Lösungsansatz in dem in der Regelrechtsfolge angelegten Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass das Vorliegen eines Ausnahmefalls nicht dazu führt, dass von der Ausweisung abzusehen ist, vielmehr steht die Maßnahme dann im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörde. Die entscheidende Weichenstellung des BVerfG besteht darin, dass immer dann, wenn »durch die Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten«, ein Ausnahmefall von der Regelausweisung gegeben ist. Auf diese Weise wird erreicht, dass nach pflichtgemäßem Ermessen über die Ausweisung zu entscheiden ist – und dieser Entscheidungsmodus bietet in der Tat die Möglichkeit der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gebotenen einzelfallbezogenen Abwägung. Das BVerfG hat eine solche Ausnahme von der Regel insbesondere – mit Blick auf den Schutz des Privatlebens – bei der im Laufe der Zeit angewachsenen Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener Ausländer gesehen. Zugleich hat es darauf hingewiesen, dass dies aber auch für »andere Fälle« gelte.

Die Entscheidung des BVerfG hat für Aufsehen gesorgt. Immerhin wurden die Muss- und Regelausweisung, also zentral Bestandteile des geltenden Ausweisungsrechts, wegen der ihnen inne wohnenden Schematismus in Zweifel gezogen. Der maßgebliche Gedanke des EGMR, dass bei Eingriffen in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK im Rahmen der Schrankenprüfung des Art. 8 Abs. 2 EMRK stets ein konkrete, einzelfallbezogene Abwägung vorzunehmen ist, wurde ausdrücklich höchstrichterlich aufgenommen. Der Topos, dass dem Schrankenvorbehalt des Art. 8 Abs. 2 EMRK grundsätzlich bereits durch das differenzierte Regelungsgeflecht der §§ 53 bis 56 AufenthG Rechnung getragen werde, wurde damit faktisch verabschiedet. Dass nicht selten verbal noch an ihm festgehalten wird, ändert nichts an den tatsächlich vollzogenen Kurswechsel. Die Zeiten, in denen die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK eher ein Schattenwesen fristete, waren damit vorbei.

VI. Offene Fragen

Allerdings wirft der vom BVerfG gewählte Lösungsweg auch Fragen auf. Es ist nicht zu übersehen, dass durch die Entscheidung eine Entwicklung eingeleitet worden ist, die durch eine zunehmende Erosion der normativen Vorgaben gekennzeichnet ist.

49 VGH Mannheim, B. v. 10.01.2007 – 11 S 2616/06 – NVwZ 2007, 153; InfAuslR 2007, 153 mit Anmerkung von Gutmann.

50 BVerfG, B. v. 10.08.2007 (Fußn. 5).

51 Thym, Anmerkung zum Beschluss vom 10.05.2007, ZAR 2007, 245 (246); Hoppe, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung ZAR 2008, 251 (258); Fricke, Bilanz der Integrationspolitik nach fünf Jahren: Zuwanderungsgesetz-Entwicklungen in der Rechtsprechung des BVerfG sei dem Richtlinienumsetzungsgesetz, InfAuslR 2009, 422 (426).

52 BVerfG, Ur. v. 23.10.2007 – 1 C 10/07 – BVerfGE 129, 367 = NVwZ 2008, 326 = InfAuslR 2008, 116.

1. Wann ist eine Ermessensentscheidung erforderlich?

Nach der Entscheidung des BVerwG liegt ein Ausnahmefall von der Regelausweisung – und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung – dann vor, wenn »durch die Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers« eine Einzelfallwürdigung gebieten. Der EGMR hält eine solche Einzelfallprüfung für erforderlich, wenn die Ausweisung in das Familien- oder Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift. Die Begriffe Familien- und Privatleben fasst der EGMR, wie dargelegt, weit.

Das bedeutet, dass jeder Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung nach sich zieht. Das BVerwG spricht in diesem Zusammenhang allerdings ausdrücklich nur die im Bundesgebiet geborenen und aufgewachsenen Ausländer an, bei denen das Privatleben i.S.v. Art. 8 Abs. 1 EMRK berührt sei, erwähnt darüber hinaus aber auch »andere Fälle«, in denen die Ermessensentscheidung geboten sei. Eine klare Aussage dazu, dass damit bei jedem Eingriff in das Familien- oder Privatleben nur noch nach Ermessen über die Ausweisung entschieden werden darf, fehlt indes. Andererseits lassen sich der Entscheidung des BVerwG auch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass nur bestimmte Schutzbereichseingriffe zur Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung führen sollen. Ein derartiger nur partieller Rückgriff auf die EMRK wäre begründungsbedürftig. Da die Rechtsprechung des EGMR für eine Rangfolge zwischen bzw. innerhalb der Schutzbereiche keinerlei Anhaltspunkte bietet, wäre sie auch schwer mit der Konvention zu vereinbaren. Im Hinblick auf die in der Gorgülü-Entscheidung formulierte Pflicht zur Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR hätte eine lediglich partielle Umsetzung des Konventionsrechts kenntlich gemacht werden müssen. Das ist nicht geschehen, so dass im Ergebnis kein Zweifel daran bestehen kann, dass jeder Schutzbereichseingriff die Notwendigkeit einer Einzelfallwürdigung – und das heißt einer Ermessensentscheidung – auslöst.

Gleichwohl fehlt es nicht an Versuchen einer lediglich partiellen Umsetzung der EMRK. So gibt es eine Tendenz, die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung auf die – vom BVerwG ausdrücklich erwähnte – Gruppe der hier geborenen und aufgewachsenen Ausländer zu beschränken⁵³, und zusätzlich zu verlangen, dass es sich bei den Betroffenen aufgrund ihrer Verwurzelung in die hiesigen Lebensverhältnisse um »faktische Inländer« handle. Das kann im Ergebnis dazu führen, dass die Einzelfallwürdigung nur in Fällen der »gelingenden Integration« vorgenommen wird, womit die straffällig gewordenen Ausländer der zweiten Generation, auf die die Rechtsprechung des EGMR gerade zielt, von den Schutzwirkungen des EMRK ausgeklammert werden.⁵⁴ In die gleiche Richtung geht es, wenn die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung nur »bei besonderer Schutzwürdigkeit«⁵⁵ der berührten privaten und/oder familiären Belange oder bei einer »Verdichtung der einschlägigen Belange«⁵⁶ gegeben sein soll. Dass derartige Wertungen den konventionsrechtlichen Maßstab verkürzen, liegt auf der Hand. Der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK beschränkt sich weder auf gut integrierte junge Ausländer noch auf Familien, denen – aus welchen Gründen auch immer – eine besondere Schutzwürdigkeit attestiert wird.

2. Die Grenzen der Auslegung

Das BVerwG ist sich der Tragweite eines – unverkürzten – Rückgriffs auf die EMRK auch durchaus bewusst. Es setzt sich nämlich ausdrücklich mit dem Einwand auseinander, dass es zukünftig u.U. mehr Ausnahmefälle als Regelfälle gebe und dies dem Willen des Gesetzgebers widerspreche. Das Bundesverwaltungsgericht hält dem entgegen, dass es für die Abgrenzung von Regel- und Ausnahmefall nicht auf die quantitativen Verhältnisse der Fallgruppen ankomme, sondern auf eine wertende Betrachtung unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Vorgaben. Dieser Hinweis auf eine wertende Betrachtung ist legitim, ändert aber nichts an dem Dilemma. Eine Ausnahme, die quantitativ die Regel überwiegt, kann man kaum noch im Wortsinne als Ausnahme bezeichnen. Wird eine Regelrechtsfolge in dieser Weise aufgelöst, lässt das den Geltungsanspruch des Gesetzes nicht unberührt.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist dem entsprechend auch dahin verstanden worden, dass damit der Abschied von der Muss- und Regelausweisung eingeleitet sei. Das gesetzliche Stufensystem sei letztlich zu Gunsten einer Einzelfallprüfung aufgehoben worden.⁵⁷ Konsequenterweise sei im Anwendungsbereich des besonderen Ausweisungsschutzes künftig nur noch nach Ermessen über die Ausweisung zu entscheiden. Die Muss- und Regelausweisung habe sich in diesen Fällen zur Fassade einer Ermessensausweisung gewandelt.⁵⁸ Das ist in der Tat die naheliegende Konsequenz, wenn man mit der Rechtsprechung des EGMR ernst macht. Andererseits ist dieses Ergebnis kaum mit der gesetzlichen Vorgabe vereinbar. § 56 Abs. 1 Satz 3 und 4 AufenthG sehe für die Fälle, in denen ein Ausländer mit besonderem Ausweisungsschutz den Tatbestand des § 53 AufenthG verwirklicht hat, keine Ermessensausweisung, sondern ausdrücklich ein Regelausweisung vor.

An diesem Punkt stellt sich mit aller Schärfe die Frage der Grenzen einer methodisch vertretbaren Auslegung.⁵⁹ Nach der Gorgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bildet diese den Rahmen für eine Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR. Eine quantitative Umkehrung des Verhältnisses von Regel und Ausnahme und erst recht eine generelle Ermessensentscheidung bei besonderem Ausweisungsschutz würden aber die Frage einer solchen Grenzüberschreitung aufwerfen. Andererseits kann es kein Zurück hinter den inzwischen erreichten Stand der Implementatio der konventionsrechtlichen Vorgaben geben.

53 Vgl. etwa Ziffern 53.0.3 und 54.0.3 VV-AufenthG.

54 Dazu kritisch OVG Bremen, B. v. 20.04.2009 – 1 B 512/08 – InfAuslR 2009, 288.

55 VGH Kassel, Urt. v. 14.01.2009 – 9 A 1622/08.Z – EZAR-NF 44 Nr. 10; in dieser Ansicht zu folgen ist, wird ausdrücklich offen gelassen vom OVG Münster, Urt. v. 29.06.2010 – 18 A 1450/09 – NWVBI 2010, 471. Die Ansicht d. VGH Kassel wird geteilt von Strieder, Wann »gebieten« Belange des Ausländers im Ausweisungsrecht eine Ermessensentscheidung?, InfAuslR 2009, 37 (375).

56 VG Saarland, Urt. v. 18.02.2009 – 10 K 806/08 – juris.

57 Langenfeld, Menschenrecht auf Aufenthalt? Neuere Entwicklungen im Recht zur Ausweisung von »verwurzelten« Ausländern, in: Festschrift für Rome Herzog, 2009, 247 (257).

58 Thym (Fußn. 33), 1352/1353; Beichel-Benedetti, in: Huber, AufenthG 2010, Vorb §§ 53 – 56, Rn 20.

59 Kraft, Neuere Rechtsprechung des BVerwG zum Ausländer- und Asylrecht ZAR 2009, 41 (44).

Der Problemdruck der hier entstanden ist, kann nur durch den Gesetzgeber gelöst werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass sich der Gorgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts durchaus auch eine Arbeitsteilung im Hinblick auf die Erfüllung der völkerrechtlich übernommenen Pflichten entnehmen lässt. Stößt die völkerrechtskonforme Auslegung durch die Gerichte danach an Grenzen, ist es Sache des Gesetzgebers, das konventionswidrige Gesetz den europarechtlichen Vorgaben anzupassen. Dementsprechend hat es nach der Entscheidung vom 23.10.2007 in der Politik auch durchaus Bestrebungen gegeben, das Ausweisungsrecht mit den konventionsrechtlichen Standards kompatibel zu machen. Die Konferenz der Innenminister und -senatoren hat am 04.12.2009 den Bundesminister des Inneren unter Bezugnahme auf das Ergebnis einer von ihr eingesetzten Arbeitsgruppe ausdrücklich gebeten zu prüfen, ob angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ausweisungsrecht die »Notwendigkeit einer strukturellen Anpassung der gesetzlichen Vorgaben« bestehe.⁶⁰ Es ist indes nicht erkennbar, dass diese Bestrebungen mit dem gebotenen Nachdruck weiterverfolgt werden würden.

3. Die Muss-Ausweisung

Während bei der Regelausweisung das Verhältnis von Regel und Ausnahme immerhin noch einen Ansatz bietet, um von der strikten gesetzlichen Rechtsfolge abzusehen, fehlt dieser bei der Muss-Ausweisung. Auch eine Muss-Ausweisung kann aber in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreifen. Besitzt ein in Deutschland geborener und aufgewachsener Ausländer nach den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes etwa keinen besonderen Ausweisungsschutz – weil ihm z.B. wegen Straffälligkeit die Aufenthaltserlaubnis nicht mehr verlängert worden ist (vgl. § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG) – ist die Ausweisung nicht zur Regelausweisung herabgestuft. Zweifellos kann aber auch in diesen Fällen der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK berührt sein. Derartige Fallkonstellationen sind nicht selten.

Die Frage, ob die Muss-Ausweisung in diesen Fällen konventionswidrig ist, beschäftigt Rechtsprechung und Literatur seit längerem. Unter Hinweis auf das abgestufte und differenzierte gesetzliche Regelungsgeflecht ist eine Konventionswidrigkeit in der Vergangenheit ganz überwiegend verneint worden. Nur für »höchst seltene, außergewöhnliche Einzelfälle« sei in Betracht zu ziehen, dass die Muss-Ausweisung durch die EMRK eine Einschränkung erfahre.⁶¹ Die Anwendung der EMRK wurde bei diesem Ansatz auf besagte Randkorrekturen beschränkt, was dem konventionsrechtlichen Maßstab ersichtlich nicht gerecht wird.

Demgegenüber ist der Standpunkt, dass die Muss-Ausweisung generell unter Konventionsbehalt stehe, in der Vergangenheit vereinzelt geblieben. Der weitergehende Ausweisungsschutz der EMRK wird nach dieser Ansicht von den nationalen Ausweisungsvorschriften nicht verdrängt.⁶² In den betreffenden Entscheidungen ist im Anschluss an die Subsumtion unter den Tatbestand der Muss-Ausweisung eine einzelfallbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen worden, was als »kumulative Anwendung« der EMRK bezeichnet worden ist.⁶³ Begründet worden ist dieser Standpunkt mit dem besonderen Rang, den die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag besitze. Im Ergebnis wird damit die EMRK als höherrangig betrachtet; sie schränkt den Geltungs-

anspruch der nationalen Ausweisungsvorschriften ein.⁶⁴ Diese Ansicht ist völkerrechtsfreundlich, die Gorgülü-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts stellt ihre Haltbarkeit aber in Frage. Denn danach hat die EMRK gerade keiner Anwendungsvorrang vor den Vorschriften der nationaler Rechtsordnung.

Neuerdings wird in der Literatur versucht, dieses Problem durch einen Rückgriff auf die Vorrangklausel in § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG zu lösen. Diese Vorschrift sieht vor, dass die Regelungen anderer Gesetze unberührt bleiben. Die Vorrangklausel soll sich auch auf die EMRK erstrecken, weshalb die nationalen Ausweisungsvorschriften generell unter Konventionsvorbehalt stünden. Der weitergehende Ausweisungsschutz der EMRK ist nach dieser Ansicht bereits – *de lege lata* – durch § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG in das Aufenthaltsgesetz inkorporiert.⁶⁵ Auf diese Weise kommt es ebenfalls zu der von der Mindermeinung in der Vergangenheit vertretenen »kumulativen Anwendung« der EMRK. Könnte dieser Ansicht gefolgt werden, wären die methodischen Probleme, die die Entscheidung vom 23.10.2007 aufwirft, mit einem Schlag beseitigt. Denn ein auf der Vorrangklausel des § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG beruhender allgemeiner Konventionsvorbehalt würde nicht nur für die Muss-, sondern auch für die Regelausweisung gelten. Der vom BVerwG vorgenommenen Gratwanderung hätte es nicht bedurft.

Die Schwächen dieser Ansicht sind indes nicht zu übersehen. § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG soll ersichtlich nur den Vorrang der speziellen Vorschriften in anderen Gesetzen gegenüber dem Aufenthaltsgesetz sichern.⁶⁶ Art. 8 EMRK ist aber kein gegenüber § 53 AufenthG spezielleres Gesetz. Zwischen den ausweisungsrechtlichen Schutzwirkungen von Art. 8 EMRK und der Muss-Ausweisung besteht vielmehr ein Normwiderspruch – entweder ist die Ausweisung zwingende Rechtsfolge oder es erfolgt eine Einzelfallwürdigung unter Einbeziehung der Gesamtumstände des Falles. Die »kumulative Anwendung« der EMRK führt im Ergebnis dazu, dass die Konvention den Geltungsanspruch von § 53 AufenthG deutlich einschränkt. § 53 AufenthG regelt dann nicht mehr verbindlich, wann eine Ausweisung vorzunehmen ist, sondern liefert nur noch den »Anlass« für das ausländerbehördliche Tätigwerden.⁶⁷ Ob es tatsächlich zur Ausweisung kommt, hängt von der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK ab. Dass der Gesetzgeber das Stufenmodell der Muss-, Regel- und Kann-Ausweisung durch die Vorrangklausel in § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG dem konventionsrechtlichen Vorbehalt einer einzelfallbezogenen Abwägung unterwerfen wollte, kann kaum angenommen werden. Die §§ 53 bis 56 AufenthG gewichten nicht

60 Beschlüsse der 189. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 04.12.2009 in Bremen, TOP 21, InfAusR 2010, 115.

61 Vgl. BVerwG, B. v. 11.07.2003 (Fußn. 43).

62 VGH Mannheim, Urt. v. 14.02.2001 – 13 S 2501/00 – InfAusR 2001, 286; Urt. v. 26.07.2001 – 13 S 2401/99 – InfAusR 2002, 2.

63 Cremer (Fußn. 39), 351.

64 Grupp/Stelkens (Fußn. 39), 140; Cremer (Fußn. 39), 352.

65 Karl-Georg Mayer, Systemwechsel im Ausweisungsrecht, VerwArch 2010, 482 (496); zu diesem Ansatz vgl. auch Kluth, Anwesenheit und Zugehörigkeit, ZAR 2009, 381 (383); Fritzsche (Fußn. 23), 15.

66 Zur Entstehungsgeschichte der Vorschrift, die keinen Zweifel an diesem Regelungsinhalt lässt, vgl. Sander, Der Schutz des Aufenthalts durch Art. 8 EMRK, 2008, S. 267.

67 So ausdrücklich Karl-Georg Mayer (Fußn. 65), 498.

nur die Ausweisungsgründe, sondern regeln auch die Rechtsfolgen, und danach ist bei der Muss-Ausweisung für eine einzelfallbezogene Abwägung kein Platz. § 1 Abs. 1 Satz 5 AufenthG lässt es deshalb nicht zu, einen Vorrang der allgemeinen Bestimmung des Art. 8 EMRK vor der speziellen und hinsichtlich der Ausweisungsfolgen eindeutigen Vorschriften der §§ 53 bis 56 AufenthG zu konstruieren.⁶⁸

In der Rechtsprechung hat sich noch keine einheitliche Linie herausgebildet, wie mit diesem Dilemma umzugehen ist. Teilweise wird daran festgehalten, dass Art. 8 EMRK nur in »extremen Ausnahmefällen« zu einer Korrektur der Ist-Ausweisung führen kann.⁶⁹ Dieser Standpunkt nimmt die Konventionsverletzung in Kauf, er fällt hinter die im Jahr 2007 eingetretene Wende zurück. Überwiegend wird zurzeit die Ansicht vertreten, dass bei einer Muss-Ausweisung, die in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift, die Maßstäbe des Art. 8 Abs. 2 EMRK »ergänzend heranzuziehen sind«. In der obergerichtlichen Rechtsprechung findet sich im Anschluss an die Subsumtion unter den Tatbestand der Muss-Ausweisung eine einzelfallbezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung anhand der »Boultif-Kriterien«.⁷⁰ Im Ergebnis führt dies zu der soeben erörterten kumulativen Anwendung der EMRK, ohne dass allerdings die damit aufgeworfenen methodischen Fragen reflektiert werden würden. Diese Rechtsprechung trägt der Konvention Rechnung, führt aber auch dazu, dass die Intention der Muss-Ausweisung deutlich relativiert wird.⁷¹ Die Erosion des Ausweisungsrechts ist unverkennbar. Wiederum wäre es Sache des Gesetzgebers, das nationale Recht an die völkerrechtlich übernommenen Verpflichtungen anzupassen.

4. Generalprävention als Ausweisungszweck

In einem weiteren zentralen Punkt wird das geltende deutsche Ausweisungsrecht durch die Rechtsprechung des EGMR vor eine bislang nicht gelöste Herausforderung gestellt. Dem Stufensystem der Muss-, Regel- und Kann-Ausweisung liegt unverkennbar, wie dargelegt, eine generalpräventive Tendenz zugrunde. Die Generalprävention ist vom BVerfG bislang auch als legitimer Ausweisungszweck anerkannt worden. Zugleich hat das BVerfG aber unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit rechtliche Grenzen für eine Ausweisung aus Gründen der Abschreckung anderer Ausländer gezogen. In dem bereits zitierten Kammerbeschluss vom 10.08.2007⁷² wird sogar erwogen, ob bei in Deutschland geborenen und aufgewachsenen Ausländern nicht generell die Generalprävention als Ausweisungszweck ausscheidet. Von einer allgemein akzeptierten Verabschiedung der Generalprävention in all den Fällen, in denen die Ausweisung in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift, wird man aber bislang nicht ausgehen können.⁷³

Das steht im Widerspruch zur Rechtsprechung des EGMR. Eine allein generalpräventiv begründete Ausweisung wird vom EGMR, wie oben näher ausgeführt, im Rahmen der Schrankenprüfung des Art. 8 Abs. 2 EMRK nicht anerkannt. Bei der Einzelfallwürdigung, die der EGMR vornimmt, wird stets auch die Frage einbezogen, ob von dem betreffenden Ausländer die Gefahr erneuter Straftaten ausgeht.

General- und Spezialprävention stellen aber ordnungsrechtliche Konzepte dar, die die ausländerbehördliche Entscheidung in jeweils unterschiedlicher Weise strukturieren. Das

betrifft nicht nur Art und Umfang der behördlichen Sachverhaltsermittlung, sondern maßgeblich auch den Inhalt der eigentlichen Abwägung. Die Spezialprävention verlangt, selbst bei schwerer Kriminalität, stets eine Prüfung, ob von dem Betroffenen eine Wiederholungsgefahr ausgeht. Zwar ist anerkannt, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch die Gefahrenprognose beeinflusst, d.h. dass mit zunehmender Gewichtung der Straftaten, die im Wiederholungsfall drohen, auch die Anforderungen an den Grad der Wahrscheinlichkeit der Wiederholungsgefahr sinken. Das ändert aber nichts daran, dass stets Tat, Tatumstände und das nachfolgende Verhalten des Ausländers konkret in den Blick zu nehmen ist. Vor rechtlichen Ansatz der Generalprävention aus ist eine solche Prüfung verzichtbar. Die §§ 53 bis 56 AufenthG geraten unter diesem Gesichtspunkt zusätzlich unter Anpassungsdruck.

VII. Zusammenfassung

Die Entscheidung des BVerfG vom 23.10.2007 sowie die beiden vorangegangenen Kammerbeschlüsse des BVerfG haben das Schattendasein, das die Rechtsprechung des EGMR zur ausweisungsrechtlichen Schutzwirkung von Art. 8 EMRK fristete, beseitigt. Durch diese Aufwertung der EMRK sind zugleich grundlegende Prämissen des geltenden Ausweisungsrechts in Frage gestellt worden. Es ist anzuerkennen, dass durch die Entscheidung des BVerfG ein entscheidender Impuls zu der – überfälligen – konventionsrechtlichen Durchdringung des Ausweisungsrechts gegeben wurde.

Die Gorgülü-Entscheidung des BVerfG vom 14.10.2004 hat diese Entwicklung einerseits befördert, sie setzt andererseits aber auch Grenzen, deren Einhaltung Rechtsprechung und Verwaltungsbehörden vor kaum lösbare Dilemmata stellen. Ob im Einzelfall unter Anlehnung an die strikten gesetzlichen Vorgaben oder aufgrund einer Einzelfallwürdigung entschieden wird, ist inzwischen schwer vorhersehbar. In dieser Situation ist bei Verwaltungsbehörden und Gerichten die Tendenz zu verzeichnen, beiden »Herren« gerecht zu werden, also zu nächst unter die Ausweisungsvorschriften zu subsumieren und sodann – in einem zweiten Schritt – die Einzelfallwürdigung vorzunehmen. Das kann im Rahmen einer »vorsorglichen« Ermessensentscheidung oder auch einer »ergänzenden Verhältnismäßigkeitsprüfung« geschehen.⁷⁴ Diese Tendenz ist nicht zuletzt dadurch gefördert worden, dass das Bundesver-

68 Zur vergleichbaren Problematik bei § 2 Abs. 6 StGB: BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09 u.a. (Rn 164).

69 OVG Lüneburg, B. v. 07.01.2011 – 11 LA 503/10 – juris.

70 OVG Hamburg, Urt. v. 24.03.2009 – 3 Bf. 166/04 – InfAuslR 2009, 275; OVG Münster, B. v. 26.05.2009 – 18 E 1230/08 – NWVBl 2009, 435; OVG Koblenz, Urt. v. 04.12.2009 – 7 A 10881/09 – InfAuslR 2010, 144 und Urt. v. 30.07.2010 – 7 A 11230/09 – juris. So auch Hailbronner, AuslR, Vor § 52 Februar 2009, Rn 10 und Huber/Göbel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Auflage 2008, Rn 1156.

71 Kritisch zu dieser Rechtsprechung Naumann, Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Rahmen gebundener Entscheidungen, DÖV 2011, 96 (102).

72 Vgl. Fußn. 5.

73 Vgl. nur OVG Koblenz, Urt. v. 30.07.2010 (Fußn. 70); BayVGh, B. v. 31.01.2011 – 10 ZB 10.2868 – juris. Eine Auseinandersetzung mit der Frage ob Art. 8 EMRK eine allein generalpräventiv begründete Ausweisung zulässt findet sich bei OVG Bremen, Urt. v. 25.05.2004 – 1 A 303/03 – InfAuslR 2004, 328; Urt. v. 06.11.2007 – 1 A 82/07 – NordÖR 2008, 131.

74 Im Hinblick auf den Schrankenvorbehalt in Art. 8 Abs. 2 EMRK ist es unerheblich, welche dieser beiden Entscheidungsformen zur Anwendung kommt, solange nur eine einzelfallbezogene Abwägung gewährleistet ist. Den Versuch einer Abgrenzung unternimmt Hailbronner, Ausländerrecht, Vor § 53, Februar 2009, Rdnr. 11.

waltungsgericht in der Entscheidung vom 23.10.2007 ausdrücklich auf die Möglichkeit hingewiesen hat, die Ausweisungsverfügung durch eine hilfswise Ermessensentscheidung abzusichern.⁷⁵ Dass eine solche doppelspurige Argumentation das strikte Regelungsmodell des Gesetzgebers entwertet, liegt auf der Hand, jedenfalls wenn die Ausländerbehörde ernsthaft die Mühen einer sorgfältig begründeten Einzelfallentscheidung auf sich nimmt. Zunehmend werden die gesetzlichen Vorschriften über die Muss- und Regelausweisung damit auf eine bloße Anstoßfunktion beschränkt, die eigentliche Entscheidung fällt im Rahmen der Einzelfallwürdigung.

Die Entwicklung, die durch den 2007 erfolgten Kurswechsel ausgelöst worden ist, lässt sich nicht mehr umkehren, und das ist auch zu begrüßen. Immerhin geht es um die Durchsetzung völkerrechtlich vereinbarter Menschenrechtsstandards. Die Rechtsprechung hat in differenzierten Ansätzen Versuche unternommen, der EMRK Wirksamkeit zu verleihen. Art. 8 EMRK hat sich dadurch zu einem zentralen Prüfungsmaßstab entwickelt, was jedoch erkennbar zu Lasten der normativen Leitfunktion der §§ 53 bis 56 AufenthG gegangen ist. Deshalb ist der Gesetzgeber gefordert, der allerdings bislang vor der Aufgabe einer grundlegenden Reform des Ausweisungsrechts zurückgeschreckt ist, vermutlich auch wegen des hohen Symbolwerts, den dieses Rechtsgebiet besitzt und der seine Widerständigkeit begründet. Dabei ist unverkennbar, dass das 1990 etablierte Stufensystem von Muss-, Regel- und Kann-Ausweisung inzwischen »in die Jahre« gekommen ist.⁷⁶ Zumal nach den 1994 und 1997 erfolgten Verschärfungen lässt es sich kaum noch mit den Anforderungen, die an

ein modernes Zuwanderungs- und Aufenthaltsrecht zu stellen sind, vereinbaren. Eine solche Reform müsste die berechtigten Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit keineswegs zurückstellen. Der EGMR hat immer wieder unterstrichen, dass er diese Interessen für legitim hält. Dem Gesetzgeber ist es dabei auch unbenommen, die Ausweisungsgründe nach typisierenden Merkmalen zu bestimmen und zu gewichten und damit insbesondere den Anlass für ein ausländerbehördliches Tätigwerden festzulegen. Soweit der Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht berührt ist, können die Rechtsfolgen, die an das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes geknüpft sind, auch durchaus strikter gesetzlich determiniert sein. Soweit allerdings ein Eingriff in diesen Schutzbereich gegeben ist, führt kein Weg an einer einzelfallbezogenen Abwägung vorbei. Der in Art. 12 der Daueraufenthalts-RL geregelte Ausweisungsschutz könnte in dieser Hinsicht als Modell dienen. Dies würde zugleich die unionsrechtliche Anschlussfähigkeit sicherstellen und dem Ausweisungsrecht wieder die gebotene Transparenz verleihen.

⁷⁵ Eine solche Absicherung empfiehlt sich aus der Sicht der Ausländerbehörde nicht zuletzt deshalb, weil eine unterbliebene Ermessensentscheidung im nachfolgenden Gerichtsverfahren nicht nachgeholt werden kann, vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 25.11.2010 – 11 LB 481/09 – juris. Ob das auch dann gilt, wenn die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung sich erst aufgrund nachträglicher Änderungen im Laufe des Gerichtsverfahrens ergeben hat, ist zwischen den Obergerichten streitig, bejahend: OVG Münster, Urt. v. 29.06.2010 – 1 A 1450/09 – NWVBl 2010, 471, verneinend: VGH Mannheim, Urt. v. 22.07.2009 – 11 S 1622/07 – juris.

⁷⁶ So im Ergebnis auch Dörig, *Europarecht und deutsches Aufenthaltsrecht* NVwZ 2010, 921 (922).

Die Zulässigkeit kommunaler Bürgerhaushalte

von Ass. jur. Niclas Hellermann, Berlin*

Als »Bürgerhaushalt« oder »Beteiligungshaushalt« werden vielgestaltige Verfahren bezeichnet, in denen Städte und Gemeinden ihre Einwohner in institutionalisierter Form an der Planung von Einnahmen und Ausgaben im Rahmen des kommunalen Haushalts miteinbeziehen. Die verfassungsrechtlich gewährleistete kommunale Selbstverwaltung öffnet den Gemeinden grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum für die Einführung neuer Formen der Bürgerbeteiligung. Eine Beteiligung speziell an Fragen des kommunalen Haushalts hat allerdings die Schranken zu berücksichtigen, die sich aus der Haushaltskompetenz des Gemeinderats und den Verfahrensvorgaben der Gemeindeordnungen für den Erlass der Haushaltssatzung ergeben. Der Beitrag gibt eine Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit kommunaler Bürgerhaushaltsverfahren auf der Grundlage einer staats-, genauer: kommunalorganisationsrechtlichen Qualifizierung dieser Beteiligungsform.

I. Einleitung und Gang der Untersuchung

Seit dem Jahr 2000 wurden und werden in Deutschland in ungefähr siebzig verschiedenen Städten und Gemeinden unter der Bezeichnung »Bürgerhaushalt« Verfahren zur Beteiligung der Einwohner an der Aufstellung des Gemeindehaushalts veranstaltet¹. Die Verfahren sind der politik- und sozial-

wissenschaftlichen Forschung seit einiger Zeit ein Begriff, wogegen die Rechtswissenschaft ihnen bislang kaum vertiefte Aufmerksamkeit schenkt. Dies überrascht, bewegt sich doch die Beteiligung der Einwohner an der Aufstellung des Gemeindehaushalts auf heiklem Terrain, denn in wenigen anderen Bereichen der kommunalen Selbstverwaltung unterliegen die Kommunen vergleichbar umfassenden Kompetenz- und Verfahrensvorgaben wie bei der Aufstellung des Gemeindehaushalts. In Frage steht daher, in welcher Form die Veranstaltung von Bürgerhaushaltsverfahren mit diesen kommunalrechtlichen Vorgaben vereinbar, also zulässig ist.

Im Folgenden (unter II.) wird zunächst die kommunale Praxis der Bürgerhaushaltsverfahren zusammengefasst dargestellt (1.) und anschließend der Versuch einer Einordnung dieser Verfahren in die bekannten Formen bürgerschaftlicher Beteiligung unternommen (2.); der Teil schließt mit einer staats- genauer: kommunalorganisationsrechtlichen Qualifizierung der Bürgerhaushalte unter beispielhafter Einbeziehung der

* Der Verfasser war bei Fertigstellung des Manuskripts Forschungsreferent am Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer. Der Beitrag entstand im Forschungsprojekt »Kommunales Vermögen: Erwerb, Bestand, Veräußerung«, wissenschaftliche Leitung Univ.-Prof. Dr. Joachim Wieland.

¹ Überblick auf der Internetseite www.buergerhaushalt.org/status (zuletzt abgerufen am 16.03.2011); zwanzig dieser Beteiligungsverfahren entsprechen der Vorschlag einer engen Begriffsdefinition: Sintomer/Herzberg/Röcke, *Bürgerhaushalt in Europa – eine realistische Utopie?*, 2010, S. 42 und S. 116 f.