

# Ausweitung humanitärer Aufenthaltsrechte durch Art. 8 EMRK

von Franz Hoß

## 1. Einleitung:

Mit dem zunehmenden gesellschaftlichen Bewusstsein in den westeuropäischen Industriestaaten, dass die sog. Gastarbeiter in der 2. und 3. Generation eher zu Einwanderern geworden waren, begann Ende der 80er Jahre die Diskussion, wie man den sich hieraus im Einzelfall ergebenden Anforderungen gerecht werden konnte. Im Jahre 1991 begann der EGMR dann mit seiner Rspr. zu Art. 8 EMRK im Fall Moustaquim (war nicht unbeachtlich strafbar). Bis etwa 2004 spielte der Art. 8 kaum eine Rolle in der dt. Rspr. Man war der Auffassung, der dt. Gesetzgeber habe seine Verpflichtungen aus der EMRK unter Beachtung der umfassenden Garantien des GG im AuslG/AufenthG umgesetzt.

Ab 2004 spielt Art. 8 eine zunehmende Rolle bei dt. Gerichten. Es geht meist um die Verhinderung von Abschiebung.

Da fragt man sich: Hat man etwas falsch gemacht? Ist einem etwas entgangen? Hätte man den einen oder anderen kritischen Abschiebungsfall bei langjährig Aufenthaltsberechtigten, die nur geduldet sind, verhindern können? Gibt es hier einen Weg, mit Gemeinschaftsrecht das nationale Abschiebungsrecht auszuhebeln?

## 2. Verhältnis (Konkurrenz) zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht

In der Gesetzesanwendung gibt es eine Hierarchie von Gesetzen. Die oberste Hierarchie sind die Vorschriften der Verfassung, in dem Kontext von Abschiebung/Familiennachzug vor allem Art. 6 (Schutz von Ehe + Familie)

Die EMRK ist eine sog. völkerrechtliche Norm, sie wurde im Jahre 1950 von den Mitgliedern des Europarats ratifiziert, wird damit aber noch nicht Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung, sondern erst mit Erlass des sog. Zustimmungsgesetzes, hier aus dem Jahre 1952 (Dualist. Theorie: Transformationsakt nach § 59 II GG nötig). Mit diesem Zustimmungsgesetz wurde die EMRK Teil der innerstaatlichen Rechtsordnung und zwar auf der Hierarchieebene eines normalen Bundesgesetzes. Sie hat also keinerlei Verfassungsrang, sondern steht auf derselben Ebene wie das AufenthG (so VGH B. v. 10.1.2007 – 11 S 2616/06 – IA 4/2007/253) – Trotzdem werden vom EGMR sowie verschiedenen VG über Art. 8 EMRK Entscheidungen ausgehebelt, die auf dem AufenthG beruhen.

Um das nachvollziehen zu können, hat man einen argumentativen „Trick“ angewandt:

■ Man geht aus von der sog. Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, die in Art. 25 postuliert ist („Die allg. Regeln des Völkerrechts gehen deutschen Gesetzen vor.“) Art. 25 gilt als Generaltransformator für allg. Völkerrecht.<sup>1</sup>

■ Daraus leitet das BVerwG in einem Beschluss aus dem Jahre 2001 ab, dass der Rspr. des EGMR bei der Gesetzesauslegung „vorrangig Rechnung zu tragen sei“. Man könne insoweit von einer „normativen Leitfunktion“ der Rspr. des

EGMR im Ausländerrecht sprechen.

■ Richtige Beachtung findet Art. 8 EMRK jedoch erst seit einem B. des BVerfG vom 1.3.2004 (2 BvR 1570/03, InfAuslR 2004/280). Hierin wurde die Rspr. des EGMR zu Art. 8 hinsichtlich der Frage nach der Verhältnismäßigkeit der Ausweisung und Abschiebung eines in Dt. geborenen und aufgewachsenen straffällig gewordenen Ausländers (sog. Ausländer der 2. Generation) als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des GG herangezogen. – Außerdem hat das BVerfG die Konvention trotz ihres Status als einfaches Bundesgesetz zum ‚verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab‘ erhoben, wenn sie in grundrechtsrelevanter Weise nicht beachtet wurde.

■ Fazit: Somit hat sich ein faktischer Anwendungsvorrang für Art. 8 ergeben, und zwar in der Gestalt wie dieser in der Rspr. des EGMR konkretisiert wurde. Damit ist der EGMR im Begriffe, mit seiner Rspr. zum integralen Bestandteil des dt. Rechtsschutzsystems zu werden.

## 3. Inhaltliche Anforderungen des Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK:

Art. 8 Abs. 1: Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz

Art. 8 Abs. 2: Eine Behörde darf in die Ausübung des Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

### Die Prüfung erfolgt zweistufig:

■ Zuerst zu Abs. 1: Ist Schutzbereich eröffnet und liegt ein Eingriff in diese Rechte vor bzw. droht er? – Bei dieser Frage liegt die Betonung auf der tatsächlichen Betroffenheit als entscheidendem Kriterium für die Annahme eines staatlichen Eingriffs.

■ Dann zu Abs. 2: Im Rahmen der anschließenden Schrankenprüfung ist dann die Rechtmäßigkeit des Eingriffs zu prüfen

### 3.1 Zur 1. Prüfungsstufe (Abs. 1)

#### 3.1.1 Recht auf Achtung des Familienlebens

Familie ist die Kernfamilie im gleichen Sinne wie bei Art. 6 GG; Verwandtschaftliche Beziehungen außerhalb der Kernfamilie können eine ausländerrechtliche Relevanz nur über den Begriff des ‚Privatlebens‘ erfahren, also insbesondere die Beziehung zu erwachsenen Kindern.

Familienleben beginnt mit der Geburt. Es endet selbst dann nicht, wenn das Leben in verschiedenen Kontinenten zu einer

langjährigen Trennung mit nur spärlichen Besuchen geführt hatte. – Für das Familienleben sind das tatsächliche Zusammenleben der Familienangehörigen und die Frage entscheidend, ob aufenthaltsbeendende Maßnahmen die Zerstörung des Familienlebens/der Familieneinheit zur Folge haben.

Der Schutz der Kernfamilie verlangt allerdings nicht notwendig das Verbleiben in einem bestimmten Staat, soweit der Familie als Ganzes die Ausreise zugemutet werden kann oder in Ausnahmefällen eine Trennung der Familie gerechtfertigt ist. Deutsche Urteile mit Bezug auf die EGMR-Rspr. zum Schutzbereich 'Familie' sind mir nicht bekannt geworden. Ich vermute, dass wegen des in Deutschland ausgeprägten Familienrechtsschutzes durch die weite Auslegung von Art. 6 GG kein Bedarf für eine darüber hinausgehende Anwendung des Art. 8 besteht.<sup>2</sup> – Im übrigen: Sofern eine Familie nicht getrennt wird und insgesamt abgeschoben werden soll, scheidet ein Eingriff in das durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte 'Familienleben' sowieso aus (VGH B. 10.095.2006 – 11 S 2354/05 -).

**3.1.2 Schutz des Privatlebens** (darunter fallen alle Fallkonstellationen, in denen nicht der Schutzbereich der 'Familie' im Sinne von Art. 8 Abs. 1 berührt ist, wie vor allem Alleinstehende, erwachsene Kinder, nichteheliche Lebensgemeinschaften.)

Schutzbereich wird weit verstanden. Er umfasst das Recht auf Entwicklung der Person sowie das Recht, Beziehungen zu anderen Personen und der Außenwelt anzuknüpfen und zu entwickeln. Damit wird die Summe aller sonstigen gewachsenen familiären - also außerhalb der Kernfamilie -, persönlichen, gesellschaftlichen und beruflichen Beziehungen eines Menschen dem Schutz des Privatlebens nach Art. 8 unterstellt.

Es müssen so starke persönliche, soziale und wirtschaftliche Kontakte im Aufenthaltsstaat vorliegen, dass von einer 'Verwurzelung' des Ausländers im Inland bzw. von einem 'faktischen Inländer' gesprochen werden kann.<sup>3</sup> Das Faktum der 'Verwurzelung' wird in Stufe 1 wertneutral festgestellt. Die Beachtung gesetzlicher Pflichten und Gebote ist daher nicht Voraussetzung für den Schutzanspruch nach Abs. 1 (anders VG Stuttgart U.v.22.11.2005 – 12 K 2469/04).

Dieses Maß an Integration in das hiesige wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben kann sich ergeben durch: lange Aufenthaltszeit, gute Sprachkenntnisse, ausreichenden Wohnraum, eigene Sicherung des Lebensunterhalts<sup>4</sup>, keine wesentliche Straftaten. Außerdem nötig – je nach Fallkonstellation - : Arbeitsplatz, soziale Kontakte auch außerhalb der Familie, Schulbesuch bzw. Ausbildung von Kindern und Jugendlichen, die zumindest die Chance auf einen späteren Ausbildungsplatz eröffnet.

## **3.2 zur 2. Prüfungsstufe (Schrankenregelung des Art. 8 Abs. II)**

**3.2.1 Prüfung der Zumutbarkeit einer Rückkehr nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>5</sup>**

Lt. Abs. 2 muss der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale und öffentliche Sicherheit notwendig sein. Notwendig ist ein Eingriff dann, wenn er durch ein dringendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt und insbesondere zu dem angestrebten Ziel verhältnismäßig ist. Das unumstößliche Verhältnismäßigkeitsgebot<sup>6</sup> - welches als Teil der verfassungsmäßigen Ordnung nach Art. 20 Abs. 3

GG angesehen wird - wird also als Prüfungskriterium in das Tatbestandsmerkmal der 'Notwendigkeit' hineingelesen. Verhältnismäßig ist der Eingriff nur dann, wenn Gewicht und Bedeutung des Eingriffsziels Gewicht und Bedeutung des durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Schutzanspruchs überwiegt. Es muss ein ausgewogenes Gleichgewicht der betroffenen Interessen gewahrt werden. Die Umstände, die ein Abwehrrecht gg. eine Abschiebung begründen, sind gegen das Recht zur Einwanderungskontrolle abzuwägen. Die vorzunehmende Interessenabwägung ist Auslegung und Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffes. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ist damit nicht lediglich auf die Ermessenskontrolle (vgl. 114 VwGO) beschränkt.<sup>7</sup>

### **3.2.2 Einzelfragen**

Rechtmäßigkeit des bisherigen Aufenthalts: Erst bei der Bewertung der Notwendigkeit, also der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, gewinnt die rechtliche Natur des Aufenthaltsrechts besondere Bedeutung, weil insoweit das grundsätzlich anerkannte legitime Interesse der Vertragsstaaten auf Gestaltung des Aufenthaltsrechts dokumentiert wird, gegen das die aus der Verwurzelung folgenden schutzwürdigen Belange der Betroffenen abzuwägen und miteinander zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen sind<sup>8</sup>.

Entwurzelungsumstände zieht EGMR nicht zur Feststellung des Schutzanspruchs nach Abs. 1 heran, sondern im Kontext der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Abs. 2.<sup>9</sup> (Anm.: Prüfung gehört wohl besser in Stufe 1, da die Verwurzelung mit gleichzeitiger Entfremdung vom Mutterland einhergehen muss; so auch VGH B. 10.5.2006 - 11 S 2354/05 – und VG Freiburg B.v.24.05.2006 – 6 K 936/06<sup>10</sup>).

## **3.3 Fazit für die Einzelfälle**

Kommt die Prüfung von Art. 8 Abs. 1 und Abs.2 zu dem Ergebnis, dass zwar Ausreise oder Abschiebung objektiv möglich, aber subjektiv nicht zumutbar sind, dann ist der Schutzbereich des Art. 8 wegen eines nicht gerechtfertigten Eingriffs in das Privatleben verletzt. Daraus ergibt sich:

■ Wenn es um Ausweisung/Abschiebung geht: Die Ausreise ist gem. § 25 Abs. 1 AufenthG aus rechtlichen Gründen unmöglich (Unzumutbarkeit = 'rechtliche Unmöglichkeit' = Ausreisehindernis).<sup>11</sup> Das ist sowohl der Fall, wenn vorher ein rechtmäßiger Aufenthalt bestand, der z.B. auf Grund von Straftaten durch Ausweisung/Abschiebungsandrohung verloren ging (→vor allem bei Ausländern der 2. Generation) als auch bei nur langjährig geduldetem Aufenthalt (→z. B. von abgelehnten Asylbewerbern). Der Unterschied zwischen beiden Gruppen macht sich nur im Ergebnis des Abwägungsprozesses bemerkbar. Bei nur geduldetem Aufenthalt wird die Abwägung nur in wenigen Sonderfällen zu dem Ergebnis kommen, dass das Schutzrecht des Art. 8 EMRK einer Abschiebung entgegensteht. - Für eine gesonderte Verschuldensprüfung, wie sie § 25 Abs. 1 Sätze 3 und 4 vorsehen, bleibt kein Raum, weil die davon erfassten Umstände schon im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung berücksichtigt wurden.<sup>12</sup> - Die Ermessensentscheidung nach 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG muss grundsätzlich zu Gunsten des Ausländers ausfallen, da ein Bleiberecht in Deutschland wegen Unzumutbarkeit der Ausreise und ein damit verbundener Abschiebungsschutz nur Sinn machen, wenn der Aufenthalt legalisiert wird. Dies folgt jetzt auch aus dem Urteil 'Sisojeva II', das wegen der Son-

dersituation des Sachverhalts allerdings nur bedingt auf andere Fälle übertragbar ist.. – Es findet also eine Ausweitung des § 25 Abs. 5 AufenthG statt.

- Entsprechendes gilt, wenn es um die bisher abgelehnte Verlängerung einer AE geht: Die AE kann/muss nach § 25 Abs. 5 AufenthG verlängert werden
- Wenn es um den Widerruf einer AE geht: Der Widerruf ist hinfällig.
- Wenn es ausnahmsweise um die Legalisierung eines langjährigen Duldungsstatus geht: Der Aufenthalt muss nach § 25 Abs. 5 durch eine AE legalisiert werden. – Dies ist nur in krassen Einzelfällen möglich, wenn es -laut EGMR im Fall Sisojeva II - nicht mehr genügt, dass ein Staat von der Ausweisung Abstand nimmt. Er hat u. U. auch im Wege positiver Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die Betroffenen ihre Rechte auch wahrnehmen können. In bestimmten Fällen bedeute die Verweigerung eines dauerhaften Aufenthaltsrechts eine Verletzung von Art. 8. Es komme darauf an, ob die Nichterteilung einer dauerhaften AE das Privat- und Familienleben in tatsächlicher Hinsicht durch eine 'Situation der Ungewissheit und Unsicherheit während eines langen Zeitraums' beeinträchtigt (z.B. Folgen in materieller und psychologischer Hinsicht wie ungewisse und unterqualifizierte Beschäftigung, gesellschaftliche und finanzielle Schwierigkeiten, Unmöglichkeit der Ausübung der erlernten Tätigkeit). – Allerdings macht die EMRK den Vertragsstaaten keine Vorgaben über die effektive innerstaatliche Garantie der Konvention, und Art. 8 umfasst insoweit kein Recht auf einen bestimmten AT, soweit die vorgeschlagene Lösung eine effektive Ausübung des Konventionsrechts erlaubt (Sisojeva II). Aktuelle Entwicklungen zählen, d.h. Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ist maßgebend.

#### 4. Abschließende Gesamtbewertung

Der EGMR bewegt sich mit seiner Rspr. zu Art. 8 in einem ständigen systembedingten Spannungsverhältnis zw. der Forderung nach einem möglichst umfassenden Grundrechtsschutz und der den nationalen Staaten grundsätzlich zugestandenen Kompetenz, ihr Ausländerrecht auf nationaler Ebene autonom zu gestalten. Auf Grund des unbestrittenen Grundsatzes der 'Subsidiarität des Grundrechtsschutzes nach der EMRK' bleibt es trotz der Rspr. des EGMR zu Art. 8 bei der grundsätzlichen Freiheit der Vertragsstaaten zur autonomen Regelung der Zuwanderung. Die menschenrechtlichen Interventionen des EGMR können nur mittelbar auf das nationale Ausländerrecht einwirken.

Erstmals im Jahre 1991 wurde diese nationale Kompetenz im Fall Moustaquim eingeschränkt, indem eine Abschiebung als ungerechtfertigter Eingriff in den Schutzbereich des Art. 8 gewertet wurde. Im Jahre 2005 wird Art. 8 dann sogar erstmalig eingesetzt, um bestimmten Ausländern über die nationalen Möglichkeiten hinaus ein Menschenrecht auf Legalisierung ihres zuvor illegalen Aufenthalts zu gewähren. (Fall Sisojeva) Die Rspr. des EGMR ist stark kasuistisch geprägt, auch wenn der EGMR sich zunehmend bemüht, generalisierende Grundlinien aus seiner Rspr. zu entwickeln. Im Grunde handelt es sich um Einzelfallentscheidungen, die auch als Härtefall-Regelungen angesehen werden können. In der dt. Verwaltungsgerichtsbarkeit herrscht zur Zeit Unsicherheit darüber, ob und wie die EGMR-Rspr. in die dt. Entscheidungspraxis übertragen werden kann. Wie weit diese Einzelfallentscheidungen

die dt. Rspr. beeinflussen sollen, wird erst klarer werden, wenn die Obergerichte und vor allem das BVerwG<sup>13</sup> und das BVerfG Gelegenheit bekamen, sich mit der Rspr. des EGMR auseinander zu setzen. Das BVerwG hat sich generell bis jetzt dahingehend geäußert, dass das AufenthG in seinen differenzierten Nachzugs- und Aufenthaltsregelungen grundsätzlich dem Standard der Konvention entspricht und damit den ausländerrechtlichen Regelfall abdeckt.

Berufung auf den Schutzbereich des Art. 8 EMRK ist im Moment ein gewisser 'Modetrend'. Gefestigt ist diese Rspr. nicht. Das dt. Recht enthält bereits viele Ermessens- und Beurteilungsspielräume, um individuellen Situationen gerecht werden zu können (z.B. gerade im Ausweisungsrecht § 55 Abs. 3 AufenthG). Der Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK wird sich daher auf extreme Härtefallsituationen beschränken müssen.<sup>14</sup>

Manche haben formuliert, dass Art. 8 eine menschenrechtliche Altfallregelung enthalte. Daher muss man ganz zum Schluss noch einen Blick auf die vorgesehene gesetzliche Altfallregelung werfen: § 104a und vor allem für Minderjährige § 104b des 2. Änderungsgesetzes. Diese Vorschriften sind das Ergebnis langjähriger Kompromissverhandlungen. Durch diese gesetzliche Härtefallregelungen werden viele Problemfälle aufgefangen, für die ein Schutzrecht aus Art. 8 EMRK in Betracht hätte kommen können. Insbesondere im Hinblick auf die spezifische Problematik minderjähriger Kinder, die hier voll integriert sind, deren Eltern aber das Land verlassen müssen, ist es kaum denkbar, dass über Art. 8 weitergehende Schutzrechte beansprucht werden können, als es diese zukünftige nationale Regelung des § 104b AufenthG vorsieht.

*Franz Hoß ist  
Rechtsanwalt in Karlsruhe*

<sup>1</sup> Das allgemeine Völkerrecht gilt für die Beziehungen zwischen allen Staaten und Völkerrechtssubjekten (wie internationale Organisationen). Es ist universal verbindlich. Rechtsgrundlage sind meist das Völkergewohnheitsrecht und multilaterale Verträge. (Beispiel wohl: Behandlung von Gefangenen, Schutz der Zivilbevölkerung bei krieger. Konflikten)

<sup>2</sup> Siehe insbesondere die Rspr. des BVerfG, B. v. 8.12.2005 - 2 BvR 1001/04 -, mit der die Aufenthaltsrechte ausl. Väter gestärkt werden. – Der an vielen Orten zitierte Fall Rodrigues da Silva und Hoogkamer gg. Niederlande, bei dem der EGMR der brasilian. nicht verheirateten Mutter eines holländ. Kindes ein Aufenthaltsrecht über Art. 8 EMRK zugesprochen hat, hätte in Dt. ohne Probleme über Art. 6 GG gelöst werden können.

<sup>3</sup> Lt. VGH liegt eine Verwurzelung vor, wenn - im extremsten Fall - Art und Ausmaß der Bindungen die Qualität einer 'irreversiblen' Integration (= vollständige Integration) hat.

<sup>4</sup> Konventionsrechtlich ist es nicht schädlich, wenn Sozialhilfe bezogen wird. Eventuell sich daraus ergebende Folgen sind im Einzelfall nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden. - Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Betroffenen in der Vergangenheit erhebliche Anstrengungen unternommen haben, um ihren Lebensunterhalt möglichst aus eigenem Erwerbseinkommen zu bestreiten, diese Bemühungen angesichts der aufenthaltsrechtlichen Beschränkungen jedoch nicht zu einem fordauernden Arbeitsverhältnis geführt haben und deshalb eine vollständige Loslösung von den Mitteln der Sozialhilfe nicht gelungen ist. Insbesondere ist in derartigen Fällen zu berücksichtigen, wenn die Betroffenen schriftliche Bestätigungen des Arbeitgebers vorlegen, welche unter dem Vorbehalt der erforderlichen Erlaubnisse eine Beschäftigung mit voller Arbeitszeit in Aussicht stellen. – Bei Kindern kann indes nicht auf die Innehabung eines Arbeitsplatzes abgestellt werden, sondern auf die Integration in eine Schul- Hochschul- oder Berufsausbildung. Deshalb kann im Blick auf die geforderte Verwurzelung bei Kindern/Jugendlichen nicht zu ihren Lasten entscheidend darauf abgestellt werden, dass sie und ihre Eltern von Arbeitslosenhilfe, Kindergeld, Wohngeld und Sozialhilfe leben.

<sup>5</sup> Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ein allgemeiner Verwaltungsgrundsatz. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip und gilt mittlerweile als

Gewohnheitsrecht (siehe Maurerer § 4 Rn. 28). Er hat seinen Ursprung im öffentlichen Recht, das von Über- und Unterordnungsverhältnissen geprägt ist.

Verhältnismäßig ist ein Verwaltungshandeln nur, wenn es folgende Anforderungen erfüllt:

- Verfolgung eines erlaubten Zwecks
- Grundsätzlich erlaubtes Mittel
- Geeignetheit
- Erforderlichkeit
- Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entspringt dem Über- Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Bürger. Daher ist eine Übertragung auf andere Rechtsgebiete nicht ohne weiteres möglich.

<sup>6</sup> Da das moderne Verständnis universeller Menschenrechte seinen rechtlichen Ausgangspunkt vom Einzelnen nimmt, wird von dort der rechtliche anerkannte Schutzbereich der ergebenden „zumutbaren“ Belastungen festgelegt. Dabei leitet sich das positivrechtliche Verständnis davon, was dem Einzelnen an Belastungen in zumutbarer Weise abverlangt werden kann, letztlich aus den verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Schutznormen wie Art 2 II in Verb. mit Art. 1 GG, Art. 6 I+II GG und Art. 8 EMRK ab. - Eine aus solchen Vorschriften hervorgehende (subjektive) Unzumutbarkeit wird also auch als 'rechtliche Unmöglichkeit' gewertet. Es ist also nicht entscheidend, ob jemand tatsächlich freiwillig ausreisen könnte, sondern ob ihm die Ausreise zumutbar ist. Bei der Klärung der Zumutbarkeit spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine entscheidende Rolle, der letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) abgeleitet wird.

<sup>7</sup> Die Verhältnismäßigkeit bei der Ausweisung und Abschiebung von Ausländern prüft der EGMR vor allem nach den folgenden Kriterien: Schwere einer Straftat bzw. eines Rechtsverstoßes, Aufenthaltsdauer, Verhalten nach Rechtsverstoß, Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen, ggf. Familiensituation, evtl. Kenntnis des Partners vom Rechtsverstoß bei Beziehungsbeginn, Alter evtl. Kinder, Hindernisse für Umsiedlung in Heimatstaat, vorübergehende Legalität des Aufenthalts, langjährige Sabotierung einer Aufenthaltsbeendigung bei möglicher freiwilliger Ausreise

<sup>8</sup> Die Frage, ob die Rechtmäßigkeit des bisherigen Aufenthalts im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 oder Abs.2 zu prüfen ist, ist noch nicht abschließend entschieden. – VGH BW (B.v.2.11.2005 - 1 S 3023/04 – InfAuslR 2006,70) hält Frage in der Rspr. des EGMR noch nicht für eindeutig geklärt, meint jedoch, dass die Frage erst im Rahmen der Schrankenregelung des Abs. 2 Bedeutung

erlange. (so auch VG Stuttgart, U.v.22.11.05 – 12 K 2469/04 – IA 2006,72). – So nahm EGMR im Falle Sisojeva einen Eingriff in das Privatleben an, obwohl kein rechtmäßiger Aufenthalt in Lettland vorlag. – Daher ist es für den Schutzbereich des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens nicht allein ausschlaggebend, ob der Aufenthalt - im Sinne einer Art „Handreichung des Staates“ - zumindest vorübergehend rechtmäßig war. --- Nach der obergerichtlichen Rspr. steht allerdings ein bloß geduldeten Aufenthalt der Berufung auf Art. 8 zumindest tendenziell entgegen. Dennoch könne ein schutzwürdiger Aufenthalt im Sinne von Art. 8 auch im Falle bloßer Duldung im Anschluss an die Rspr. des EGMR nicht von vornherein verneint werden.. Die Rechtsposition des Betroffenen sei im Rahmen der Schrankenbestimmung gegen das Recht des Vertragsstaates zur Einwanderungskontrolle abzuwägen. Bei der Gewichtung des individuellen Interesses sei der ungewisse und unsichere rechtliche Aufenthaltsstatus zu berücksichtigen (so EGMR).

<sup>9</sup> So auch VG Stuttgart U.v.26.10.06 – 4 K 1753/06 -: „Ebenfalls erst auf der Schrankenebene ist zu prüfen, ob ein Wiedereinleben (bei Kindern oftmals eine erstmalige Integration) in die Verhältnisse des Heimatlandes zumutbar ist.“

<sup>10</sup> „Denn für die Beurteilung der Verwurzelung des Klägers kommt es auch entscheidend darauf an, ob bzw. inwieweit seine familiären Verhältnisse an das Leben in der BRD angeleglichen sind und welche Verbindungen insoweit noch zum Land seiner Staatsangehörigkeit bestehen.“

<sup>11</sup> BVerwG ordnet diese Fälle 'rechtl. Unmöglichkeit' den inlandsbezogenen Abschiebungshindernissen zu.

<sup>11</sup> § 60 Abs. 5 AufenthG i. v. m. § 25 Abs. 3 wird vom BVerwG als Grundlage für Konventionsverstöße nur dann akzeptiert, wenn es sich um zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse handele. Diese Einschränkung auf zielstaatsbezogene Hindernisse wurde immer wieder angegriffen, aber bis heute erfolglos.

<sup>13</sup> Das BVerwG hat zwei Revisionen zugelassen, welche die Problematik des Art. 8 EMRK betreffen.

<sup>14</sup> Das VG Oldenburg U.v.17.5.2006 – 11 A 2380/08 - Asylmagazin 7-8/2006 S.50 bringt es folgendermaßen auf den Punkt: „Etwas anderes kann - bei bisher nicht rechtmäßigem Aufenthalt - nur in besonderen atypischen Konstellationen gelten, wenn sich auf Grund der Umstände des Einzelfalles ganz ausnahmsweise ergibt, dass der Ausländer trotzdem faktisch zum Inländer geworden ist und deshalb jede andere Entscheidung als die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht mehr verständlich wäre.“

## Ausweitung humanitärer Aufenthaltsrechte durch Art. 8 EMRK

1. Art. 8 : eine neue Geheimwaffe!?? – Der Senkrechtstarter in der VG-Rspr. seit 2004!??

2. Art. 8: = normative Leitfunktion der Rspr. des EGMR im Ausländerrecht

3. Was kann über Art. 8 erreicht werden?

- bei Ausweisung/Abschiebung von Geduldeten: Aufhebung nach § 25 Abs. 5 AufenthG, da inlandsbezogenes Abschiebungshindernis
- bei Ablehnung der Verlängerung einer AE: Erteilung der Verlängerung nach § 25 Abs. 5
- bei Widerruf einer AE: Hinfälligkeit des Widerrufs
- bei langjährigem Duldungsstatus und extremen Sonder-situationen: Legalisierung durch Erteilung einer AE nach § 25 Abs. 5

4. Voraussetzungen der Anwendung des Art. 8

1. Art. 8 Abs. 1: Verwurzelung in der BRD
2. Art. 8 Abs. 2: Schrankenprüfung nach dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

5. Bewertung

- Rspr. nicht ausgereift; BVerwG hat zwei Fälle zur Revision angenommen
- Rspr. des EGMR in dem Spannungsfeld zwischen europarechtl. Grundrechtsschutz und Respekt vor der nationalen Gesetzesanwendung/Rspr.; EGMR rudert schon wieder zurück

• Potentieller Anwendungsbereich des Art. 8 wird durch §§ 104a und 104b des 2. Änderungsgesetzes eingengt werden.

• Urteile/Beschlüsse:

a. VG Stuttgart: Urteil v. 22.11.2005 (12. Kammer): AE bei abgelehntem Asylbewerber - 1994 eingereist - anerkannt; Berufung nicht zugelassen

b. VG Stuttgart: Urteil v. 20.7.2006: Ahmadi-Familie aus Pakistan, seit 15 Jahren hier; volljährige Kinder erhalten Schutz nach Art. 8, Eltern mit minderjährigem Kind erhalten keinen Schutz aus Art. 8

c. VGH Hessen, B. 06.06.2006: Urteil des VG Darmstadt wird aufgehoben, da Möglichkeit der Reintegration der hier aufgewachsenen Kinder im Heimatland gesehen wird

d. VGH BW B.v.10.5.2006: Ashkali 1993 eingereist, seitdem geduldet; kein Schutz nach Art. 8 zugestanden, da Duldungsstatus einer geschützten Rechtsposition grundsätzlich entgegenstehe

e. VGH BW U. v. 18.01.2006: stattgebendes Urteil des VG Stuttgart im Hinblick auf vietnamesische Familie wird aufgehoben, da Kind grundsätzlich das aufenthaltsrechtl. Schicksal der Eltern teile

f. VGH BW U. v. 26.7.2006: Widerruf eines asylbezogenen Widerrufs wird aufgehoben