

**Bleiberecht für langjährig Geduldete nach Art. 8 EMRK – Wege zur
menschenrechtskonformen Auslegung des Aufenthaltsgesetzes**

Dr. Christian Maierhöfer, Bremen¹

1. Einleitung

Ein zentrales Problem der Ausländerpolitik und des Ausländerrechts in Deutschland ist der Umgang mit Personen, die sich schon seit Jahren – teilweise sogar ihr ganzes Leben lang – in Deutschland aufhalten, aber dennoch „nur“ geduldet sind. Auch mehrere ministerielle und legislative „Bleiberechtsregelungen“ konnten nicht verhindern, dass über 94 000 Menschen im Rechtsstatus der Duldung – also: ausländerrechtlich betrachtet illegal (vgl. § 60a Abs. 3 AufenthG) – leben, davon gut ein Drittel schon länger als 5 Jahre.² Dabei handelt es sich zum Teil um Personen, die noch nie eine Aufenthaltserlaubnis besaßen (wie z.B. abgelehnte Asylbewerber), zum Teil aber auch um Personen, die nach Ablauf bzw. Aufhebung ihres Aufenthaltstitels (meist wegen Wegfall des ursprünglichen Aufenthaltszwecks) in Deutschland geblieben sind (also z.B. anerkannte Flüchtlinge, deren Status wegen eines Regimewechsels im Heimatland widerrufen worden ist). Über die Hälfte von ihnen ist jünger als 30 Jahre.³ Der nachstehende Beitrag untersucht, inwieweit der europäische Menschenrechtsschutz – konkret: der Anspruch auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK – zur Lösung dieses Problems beitragen kann. Dabei zeigt sich, dass Verwaltungspraxis und Rechtsprechung das Potential dieses Instrument bisher nur unzureichend ausschöpfen.

2. Art. 8 EMRK: Schutzbereiche, Gewährleistungsdimensionen und Schranken

Um die Wirkungen von Art. 8 EMRK in aufenthaltsrechtlichen Konstellationen richtig einschätzen zu können, muss man sich zunächst einen allgemeinen Überblick über Inhalt und Struktur der Norm verschaffen. Abs. 1 nennt die vier Schutzbereiche, die sich allerdings nicht immer trennscharf voneinander abgrenzen lassen: Das Familienleben, das Privatleben, die Wohnung und die Korrespondenz.⁴ Zum „Familienleben“ zählt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte⁵ vor allem die Beziehung von Eltern und minder-

¹ Senatsrat Dr. Christian Maierhöfer, ehem. Richter am Verwaltungsgericht Oldenburg. Der nachstehende Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Auffassung des Autors wieder. Er ist im Rahmen eines vom Flüchtlingsrat Niedersachsen am 20. Juni 2014 in Hannover veranstalteten Rechtsgesprächs entstanden.

² Vgl die von der BReg. zum Stichtag 31.12.2013 genannten Zahlen in BT-Drs. 18/1033, S. 23 f..

³ Vgl die von der BReg. zum Stichtag 31.12.2013 genannten Zahlen in BT-Drs. 18/1033, S. 25.

⁴ Grabenwarter/ Pabel, EMRK, 5. Aufl. (2012), § 22 Rn. 1; Frowein/ Peukert, EMRK, 3. Aufl. (2009), Art. 8 Rn. 1.

⁵ Alle nachstehend zitierten Urteile und Entscheidungen des Gerichtshofs – insbesondere auch diejenigen, für die keine deutschsprachige Zeitschriftenfundstelle angegeben ist – sind im englischen bzw. französischen Original auf der Homepage des Gerichtshofs unter <http://hudoc.echr.coe.int> zu finden. Die deutschsprachige Entscheidungssammlung

jährigen Kindern zueinander.⁶ Sind die Kinder schon erwachsen, muss eine Abhängigkeit bestehen, die über die normale emotionale Bindung hinausgeht.⁷ Weitläufigere Verwandtschaftsbeziehungen, kinderlose Ehen und nichteheliche (auch: gleichgeschlechtliche) Lebensgemeinschaften zählt der Gerichtshof dann zum Familienleben, wenn sie im Einzelfall ausreichend eng und stabil sind.⁸ Völlig unbedeutend ist bei alledem, ob die Beziehung im nationalen Familienrecht anerkannt ist: Auch als z.B. Elternteile und nichteheliche Kinder in einigen Staaten rechtlich noch als nicht miteinander verwandt galten, hat der Gerichtshof ihre Beziehung schon als „Familienleben“ dem Schutz des Art. 8 unterstellt.⁹ Extrem weit zu verstehen und nicht abschließend definierbar ist nach der Straßburger Rechtsprechung das „Privatleben“.¹⁰ Es weist schon fast Züge einer allgemeinen Handlungsfreiheit auf, ohne sich allerdings bisher vollständig dazu entwickelt zu haben.¹¹ Zu den Schutzgütern gehören z.B. die Identität, die körperliche und psychische Integrität, der gute Ruf, die Privatsphäre, der Datenschutz, die Berufsausübung und vor allem sämtliche soziale Beziehungen, die nicht schon unter das Familienleben fallen.¹² Der Schutzbereich der Wohnung schützt den räumlich abgrenzten Bereich, in dem Privat- und Familienleben stattfindet;¹³ mit der Korrespondenz ist die nicht öffentliche Telekommunikation zwischen einem Absender und einem bestimmten Empfänger oder Empfängerkreis (also z.B. Briefe, Telefongespräche, E-Mails) geschützt.¹⁴ Der Schutz dieser Lebensbereiche ist selbstverständlich nicht absolut. Ähnlich wie auch in der deutschen Grundrechtsdogmatik, unterliegt er gewissen Schranken. Diese sind in Art. 8 Abs. 2 EMRK geregelt. Demnach

des EGMR (EGMR-E) ist unter <http://www.eugrz.info/html/egmr.html> frei verfügbar. Urteile der Großen Kammer sind nachstehend mit „GK“ gekennzeichnet. Urteile der Kammern sind mit „K“ gekennzeichnet, wenn im selben Verfahren später noch die Große Kammer entschieden hat.

⁶ Vgl. z. B. EGMR, *Anayo* ./ D, Ur. v. 21.12.2010 - 20578/07 - Ziff. 55, EuGRZ 2011, 124; *Zaunegger* ./ D, Ur. v. 3.12.2009 - 22028/04 -, Ziff. 37 f., EuGRZ 2010, 42; *Elsholz* ./ D, Ur. v. 13.7.2000 (GK) -25735/94 -, Ziff. 43, NJW 2001, 2315.

⁷ Vgl. EGMR, *Moretti u. Bendetti* ./ I, Ur. v. 27.4.2010 -16318/07 -, Ziff. 46; *Emonet u.a.* ./ CH, Ur. v. 13.12.2007 -39051/03 -, Ziff. 35.

⁸ Vgl. zu weiteren Verwandten EGMR, *Marckx* ./ B, Ur. v. 13.6.1979 - 6833/74 -, Ziff. 45, EGMR-E 1, 396; zu kinderlosen Ehen EGMR, *Abdulaziz, Cabales und Balkandali* ./ GB, Ur. v. 28.5.1985 - 9214/80 -, Ziff. 62, EGMR-E 3, 80; zu nichtehelichen Paaren EGMR, *van der Heijden* ./ NL, Ur. v. 3.4.2012 (GK) -42857/05 - Ziff. 50 f.; zu gleichgeschlechtlichen Paaren EGMR, *Schalk u. Kopf* ./ A, Ur. v. 24.6.2010 -30141/04 -, Ziff. 94, EuGRZ 2010, 445.

⁹ Vgl. EGMR, *Marckx* ./ B, Ur. v. 13.6.1979 -6833/74 -, Ziff.31, 45, EGMR-E 1, 396; *Kroon u.a.* ./ NL, Ur. v. 27.10.1994 - 18535/91 -, Ziff. 36 – 40.

¹⁰ EGMR, *Pretty* ./ GB, Ur. v. 29.4.2002, 2346/02, Ziff. 61, NJW 2002, 2851; *van Kück* ./ D, Ur. v. 12.6.2003 -35968/97 -, Ziff.69, NJW 2004, 2505.

¹¹ Vgl. dazu näher *Uerpmann-Witzack*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. (2009), § 3 Rn. 3.

¹² Vgl. zum Schutzbereich umfassend *Frowein/ Peukert*, Fn. 4, Art. 8 Rn. 3 – 9; *Grabenwarter/ Pabel*, Fn. 4, § 22 Rn. 6 – 15.

¹³ Vgl. EGMR, *Gaida* ./ D, Entsch. v. 3.7.2007 - 32015/02 -, Ziff. B. 1., NVwZ 2008, 1215; *Moreno Gómez* ./ E, Ur. v. 16.11.2004 - 4143/02-, Ziff. 53 = NJW 2005, 3767.

¹⁴ *Kugelman*, Der Schutz privater Individualkommunikation nach der EMRK, EuGRZ 2003, 16 (21 f.); *Grabenwarter/ Pabel*, Fn. 4, § 22 Rn. 24 f..

sind Eingriffe zulässig, wenn sie eine gesetzliche Grundlage haben, einem der abschließend aufgezählten (aber sehr weit gefassten) legitimen Zwecke dienen (z.B. dem „wirtschaftlichen Wohl des Landes“, der „Aufrechterhaltung der Ordnung“ oder der „Verhütung von Straftaten“) und „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ – sprich: verhältnismäßig¹⁵ – sind. Jenseits klassischer „Eingriffsfälle“ hat der Gerichtshof aber in sehr viel weiterem Umfang, als wir dies aus dem deutschen Verfassungsrecht kennen, aus Art. 8 EMRK sogenannte „positive Gewährleistungspflichten“ abgeleitet. Hierbei handelt es sich um Ansprüche des Individuums auf positives staatliches Handeln, das eine effektive Entfaltung des Privat- und Familienlebens ermöglicht. Diese Gewährleistungspflichten können vielfältige Formen aufweisen: Neben klassischen „Schutzpflichten“ kann es z.B. um Teilhabe-, Informations- und Verfahrensrechte,¹⁶ aber eben auch um Ansprüche auf Zuerkennung eines bestimmten Rechtsstatus (z.B. juristische Anerkennung einer Ehe, einer biologischen Verwandtschaft oder eines geänderten Geschlechts) gehen.¹⁷ Eine „positive Gewährleistungspflicht“ im letztgenannten Sinne steht in Frage, wenn ein geduldeter Ausländer zum Schutz seines Privat- oder Familienlebens die erstmalige oder (nach einer Unterbrechung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts) erneute Erteilung eines Aufenthaltstitels begehrt.¹⁸ Für das Ergebnis ist der Unterschied zwischen „Eingriffsabwehr“ und „Gewährleistungspflicht“ aber kaum von Relevanz, denn der Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung Eingriffs- und Gewährleistungskonstellationen einander soweit angenähert, dass er häufig sogar offen lässt, ob die eine oder andere vorliegt.¹⁹ In beiden Fällen prüft er letztendlich, ob zwischen den geschützten Gütern des Grundrechtsträgers – in aufenthaltsrechtlichen Fällen: dem Interesse des Ausländers, seine familiären und sozialen Beziehungen im Aufenthaltsstaat fortführen zu können - und den in Abs. 2 genannten öffentlichen Interessen – hier: dem Interesse, die Zuwanderung zum „wirtschaftlichen Wohl des Landes“, zur „Aufrechterhaltung der Ordnung“ und zur „Verhütung von Straftaten“ zu begrenzen - ein gerechter Ausgleich hergestellt wurde.²⁰

¹⁵ Vgl. Grabenwarter/ Pabel, Fn. 4, § 18 Rn. 14 f.

¹⁶ Vgl. zu Begriff und Herleitung Grabenwarter/ Pabel, Fn. 4, § 19 Rn. 2 f.

¹⁷ Vgl. z.B. EGMR, *Goodwin* ./ GB, Ur t. v. 11.7.2002 (GK) -28957/95 -, NJW-RR 2004, 289 ff.; *Dadouch* ./ MLT, Ur t. v. 20.7.2010 -38816/07 -; *Kroon u.a.* ./ NL, Ur t. v. 27.10.1994 - 18535/91 -.

¹⁸ Vgl. EGMR, *Rodrigues da Silva u. Hoogkamer* ./ NL, Ur t. v. 31.1.2006 -50435/99-, Ziff. 38, EuGRZ 2006, 562; *Sen* ./ NL, Ur t. v. 21.12.2001 - 31465/96 -, Ziff. 31 f., InfAusR 2002, 334; *Ahmut* ./ NL, Ur t. v. 28.11.1996 -21702/93 -, Ziff. 63, InfAusR 1997, 141; offen gelassen dagegen in *Osman* ./ DK, Ur t. v. 14.6.2011 -38058/09 -, Ziff. 53, NVwZ 2012, 947.

¹⁹ EGMR, *Osman* ./ DK, Ur t. v. 14.6.2011 -38058/09 -, Ziff. 53, NVwZ 2012, 947; *Hatton u.a.* ./ GB, Ur t. v. 8.7.2003 (GK) - 36022/97 -, Ziff. 98, 119, EuGRZ 2005, 584; *Lopez Ostra* ./ E, Ur t. v. 9.12.1994, 16798/90, Ziff. 51, EuGRZ 1995, 530.

²⁰ Vgl. EGMR, *Bensaid* ./ GB, Ur t. v. 6.2.2001 - 44599/98 -, Ziff. 48, NVwZ 2002, 453; *Silvenko* ./ LAT, Ur t. v. 9.10.2003 (GK) - 48321/99 -, Ziff. 128, EuGRZ 2006, 560; *Ghiban* ./ D, Entsch. v. 16.9.2004 - 11103/03 -, Ziff. 1 b) = NVwZ 2005, 1046; *Sisojeva* ./ LAT, Ur t. v. 16.6.2005 (K) - 60654/00 -, Ziff. 110, EuGRZ 2006, 554; *Osman* ./ DK, Ur t. v. 14.6.2011 -38058/09-, Ziff. 53, 58, NVwZ 2012, 947. Für Bsp. aus nicht aufenthaltsrechtlichen Fällen s. Fn. 19.

3. Der Schutzbereich des Privatlebens in aufenthaltsrechtlichen Fällen

a) Allgemeines

Unter den Schutzbereichen des Art. 8 EMRK stand in der Rechtsprechung des Gerichtshofs in aufenthaltsrechtlichen Fällen zunächst das Familienleben im Vordergrund. Dabei ging es vor allem um Familiennachzug²¹ oder um Straftäter, die durch Ausweisung von ihren Familien getrennt wurden.²² Im Laufe der Zeit ergaben sich jedoch Verfahren, in denen die Berufung auf das Familienleben den Beschwerdeführern nicht weiterhalf: Sei es weil sie im Aufenthaltsstaat Verwandte, mit denen ein „Familienleben“ geführt werden kann (s.o. Ziff. 2), nicht hatten, sei es, weil diese Verwandten ebenfalls über kein Aufenthaltsrecht verfügten.²³ Hier zog der Gerichtshof den Schutzbereich des Privatlebens heran: Dieser umfasst seither „alle sozialen Beziehungen zwischen ansässigen Einwanderern und der Gesellschaft, in der sie leben.“²⁴ Zunächst vollzog sich diese Entwicklung in Bezug auf die Ausweisung von Straftätern.²⁵ Der Zerfallsprozess der Sowjetunion und Jugoslawiens bot dann die Gelegenheit, sie auch auf Sachverhalte zu erstrecken, in denen illegal in einem Land lebende Ausländer unter Berufung auf ihre gute soziale Integration ein Aufenthaltsrecht einforderten: Der Gerichtshof nahm eine Verletzung von Art. 8 unter dem Aspekt des „Privatlebens“ an, weil russisch- bzw. serbischstämmige Personen, die jahrelang als „Einheimische“ in den Teilrepubliken Lettland bzw. Slowenien gelebt hatten, nach der Unabhängigkeit zu ausreisepflichtigen Ausländern geworden waren.²⁶ Schon sehr bald hat er dann aber auch in Fällen „klassischer Migration“ geprüft, ob im Einzelfall aus der faktischen Integration des Beschwerdeführers ein „Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts“²⁷ entstanden ist.²⁸

²¹ Vgl. EGMR, *Adulaziz, Cabales u. Balkandali* ./ GB, Ur. v. 28.5.1985 -9214/80 -, EGMR-E 3, 80; *Berrehab* ./ NL, Ur. v. 21.6.1988 - 10730/84 -, EGMR-E 4, 109 Gül ./ CH, Ur. v. 19.2.1996 - 23218/94-, InfAusIR 1996, 245.

²² Vgl. *Moustaquim* ./ B, Ur. v. 18.2.1991 - 31/1989/191/291-, EuGRZ 1993, 552 ff.; *Beljoudi* ./ F, Ur. v. 26.03.1992 - 55/1990/246/317 -, EuGRZ 1993, 556 ff.

²³ Dann liegt nach der Rspr. des GH liegt kein Eingriff in das Familienleben vor, da alle Familienmitglieder ausreisen müssen vgl. *Slivenko* ./ LAT, Ur. v. 9.10.2003 (GK) - 48321/99 -, Ziff. 97, 116, EuGRZ 2006, 560; *Frowein/ Peukert*, Fn. 4, Art. 8 Rn. 35.

²⁴ EGMR, *Trabelsi* ./ D, Ur. v. 13.10.2011 - 41548/06 -, Ziff. 48, EuGRZ 2012, 11; *Üner* ./ NL, Ur. v. 18.10.2006 (GK) - 46410/99 -, Ziff. 59, NVwZ 2007, 1279; *Slivenko* ./ LAT, Ur. v. 9.10.2003 (GK) -48321/99 -, Ziff. 96, EuGRZ 2006, 560; *Osman* ./ DK, Ur. v. 14.6.2011 - 38058/09-, Ziff. 55, NVwZ 2012, 947.

²⁵ Vgl. EGMR, *Üner* ./ NL, Ur. v. 18.10.2006 (GK) -46410/99 -, Ziff. 59, NVwZ 2007, 1279.

²⁶ Vgl. EGMR, *Sisojeva* ./ LAT, Ur. v. 16.6.2005 (K) - 60654/00 -, Ziff. 101-105, EuGRZ 2006, 554; *Kuric u.a.* ./ SLO, Ur. v. 13.7.2010 (K) - 26828/06 -, Ziff. 361.

²⁷ Vgl. *Thym*, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, EuGRZ 2006, 541 ff.

²⁸ Vgl. z.B. EGMR, *Aristimuno Mendizibal* ./ F, Ur. v. 17.1.2006 -51431/99 -, Ziff. 72; *Gezginci* ./ CH, Ur. v. 9.12.2010 - 16327/05 -, Ziff. 57; *Osman* ./ DK, Ur. v. 14.6.2011 -38058/09 -, Ziff. 53 ff., NVwZ 2012, 947.

b) Menschenrechte „nach Maßgabe des Ausländerrechts“ oder „als Maßgabe für das Ausländerrecht“? – Die Bedeutung eines rechtmäßigen Voraufenthalts für den Schutzbereich

Eines der größten Hindernisse, um Art. 8 EMRK für ein Bleiberecht langjährig Geduldeter fruchtbar zu machen, ist die in Deutschland verbreitete Ansicht, dass nur solche sozialen Bindungen vom Schutzbereich des Privatlebens erfasst seien, die während eines rechtmäßigen Aufenthalts entstanden sind.²⁹ Damit bliebe Geduldeten, die auch in der Vergangenheit noch nie einen Aufenthaltstitel besessen haben, die Berufung auf die Vorschrift versagt. Eine überzeugende Begründung bleiben die Befürworter dieser Auffassung jedoch schuldig. Die von ihnen regelmäßig zitierten Entscheidungen des EGMR taugen nicht als Beleg: Weder im Fall *Nnyanzi ./. Vereinigtes Königreich* noch in den Fällen *Dragan bzw. Ghiban ./. Deutschland* hat der Gerichtshof die Schutzbereichseröffnung wegen des illegalen Aufenthalts verneint. Er hat vielmehr offen gelassen, ob der Schutzbereich betroffen ist, weil die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts jedenfalls im Ergebnis gerechtfertigt war.³⁰ Das neuere Urteil *Butt ./. Norwegen* deutet nun stark darauf hin, dass die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts im Zusammenhang mit dem Schutzbereich noch keine Rolle spielt: Dort hat der Gerichtshof bei der Frage, ob das Privatleben der Beschwerdeführer betroffen ist, nur die faktischen Bindungen zum Gastland untersucht,³¹ und ist auf die Schwächen ihres ausländerrechtlichen Status erst bei der Interessenabwägung eingegangen.³² Nur ein solch weiter Begriff des Privatlebens

²⁹ So z.B. OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.3.14 – 8 LA 192/13-, juris Rn. 13; OVG Lüneburg, InfAusIR 2010, 429 ff.; *Fritzsche*, ZAR 2010, 14 (16 ff.); ähnl, aber schwächer (rechtmäßiger Voraufenthalt „grundsätzlich“ erforderlich) BVerwG, NVwZ 2009, 1239 (1241); BVerwG, NVwZ-RR 2011, 210 (211);.

³⁰ Vgl. EGMR, *Ghiban ./. D*, Entsch. V. 16.9.2004- 11103/03 -, Ziff. 1 b), NVwZ 2005, 1046: „Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Aufenthalt des Bf. unter diesen Umständen eine ausreichende Grundlage für die Annahme eines Privatlebens war, das gegen das Recht der Vertragsstaaten zur Einwanderungskontrolle abzuwägen ist, sind doch Abschiebung und Rückführung des Bf. als Maßnahmen anzusehen, die gesetzlich vorgesehen waren und einem berechtigten Ziel dienen.“. Darauf verweist der GH in der am selben Tag ergangenen Entscheidung *Dragan u.a. ./. D*, 33743/03, Ziff. 2, NVwZ 2005, 1043, und kommt dann auch hier zu dem Ergebnis, es liege keine „Verletzung“ des Art. 8 vor (und nicht: kein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8). In *Nnyanzi ./. GB*, Ur. v. 8.4.2008 -21878/06 -, Ziff. 76 heißt es entsprechend: „The Court does not consider it necessary to determine whether the applicant's accountancy studies, involvement with her church and friendship of unspecified duration with a man during her stay of almost ten years in the United Kingdom constitute private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention. Even assuming this to be the case, it finds that her proposed removal to Uganda is „in accordance with the law“ and is motivated by a legitimate aim, namely the maintenance and enforcement of immigration control.“ Die ebenfalls gelegentlich zit. Entscheidung *Useinov ./. NL*, 11.4.2006 -61292/00 -, betraf das Familien- und nicht das Privatleben; der GH verneint hier zwar einen Eingriff, bricht die Prüfung von Art. 8 damit aber nicht ab sondern erörtert breit ob im Einzelfall eine positive Gewährleistungspflicht (s.o. Ziff. 2 a.E.) verletzt worden ist. Völlig unverständlich ist es, wenn z.B. OVG Lüneburg, Beschluss v. 28.3.14 – 8 LA 192/13-, juris Rn. 13 die Entscheidung *Solomon ./. NL*, 5.8.2000 - 44328/98 -, zitiert, denn dort ging der GH sogar ausdrücklich von einem Eingriff in das Familienleben aus und prüft dessen Rechtfertigung („The Court further notes that the respondent Government do not deny that there has been an „interference“ with the applicant's right to respect for his „family life“. What remains to be seen, therefore, is whether this interference is in accordance with the requirements set out in Article 8 § 2“).

³¹ Vgl. EGMR, *Butt ./. NOR*, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 76.

³² Vgl. EGMR, *Butt ./. NOR*, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 78 – 91-. Zugegeben ist *Fritzsche*, ZAR 2010, 14 (20) allerdings, dass die den Zusammenbruch Jugoslawiens bzw. der Sowjetunion betreffenden Fälle (s.o. Fn. 26) nicht für die hier vertretene Ansicht zitiert werden können, denn die dortigen Bf. hatten als sowjetische bzw. jugoslawische Staatsbürger früher rechtmäßig in Lettland bzw. Slowenien gelebt.

wahrt die gebotene Konsistenz der Rechtsprechung zu Art. 8 insgesamt. Denn den Schutzbereich „Familienleben“ hat der Gerichtshof schon mehrfach ausdrücklich auf Beschwerdeführer erstreckt, deren Aufenthalt durchweg illegal gewesen ist.³³ Außerhalb ausländerrechtlichen Fallgestaltungen ist die Unabhängigkeit der Schutzbereiche des Art. 8 EMRK von nationalen Rechtsverhältnissen ohnehin unzweifelhaft: Eine nach nationalem Bau- oder Zivilrecht rechtswidrig bewohnte Unterkunft ist gleichwohl „Wohnung“ im Sinne der Vorschrift³⁴ oder eine im nationalen Familienrecht nicht anerkannte Verwandtschaft „Familie“³⁵. Wieso dann ausgerechnet in ausländerrechtlichen Fällen der Schutzbereich des Privatlebens von der innerstaatlichen Rechtsstellung des Beschwerdeführers abhängen soll, leuchtet nicht ein.³⁶ Im Übrigen würde eine solche Auffassung auch dem Wesen völkerrechtlicher Menschenrechtsgewährleistungen nicht gerecht: Wer die Eröffnung des Schutzbereichs des Privatlebens von der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts abhängig macht, reduziert Art. 8 auf einen „Menschenrechtsschutz nach Maßgabe des nationalen Rechts“, anstatt ihn – wie es Art. 27 Wiener Vertragsrechtskonvention verlangt³⁷ – selbst zum Maßstab für das nationale Recht zu machen. Die 47 nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten könnten über ihre jeweiligen Aufenthaltsgesetze frei bestimmen, welche Ausländer sich auf den Schutzbereich des Privatlebens berufen können. Das Ziel der Konvention, europaweit einen einheitlichen, effektiven Grundrechtsschutz zu garantieren, kann so nicht verwirklicht werden. Bestimmte Menschenrechte schon im Ansatz auf Personen zu beschränken, die sich legal in einem Land aufhalten, muss die absolute Ausnahme bleiben. Die wenigen Vorschriften der Konvention, bei denen dies gewollt ist, bringen es im Wortlaut klar zum Ausdruck (vgl. Art. 2 Abs. 1 des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 1 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK); auch handelt es sich bei ihnen durchweg um Gewährleistungen, die über den „harten Kern der

³³ Vgl. EGMR, *Kiyutin ./. RUS*, Urte. v. 10.3.2011 - 2700/10 -, Ziff. 55, NVwZ 2012, 221; *Omeregje u.a. ./. NOR*, Urte. v. 31.7.2008 - 265/07 -, Ziff. 53; *Solomon ./. NL*, Entsch. v. 5.9.2000 - 44328/98 -; *Rodrigues da Silva u. Hoogkamer ./. NL*, Urte. v. 31.1.2006 - 50435/99 -, Ziff. 37 f., EuGRZ 2006, 562.

³⁴ Vgl. EGMR, *Kryvitska u. Kryvitsky ./. UKR*, Urte. v. 2.12.2010 - 30856/03 -, Ziff. 40; *McCann ./. GB*, Urte. v. 13.5.2008 - 19009/04 -, Ziff. 46.

³⁵ S.o. Fn. 9.

³⁶ Wie hier im Ergebnis auch *Pätzold*, in: Mayer/ Karpenstein, EMRK (2012), Art. 8 Rn. 22; *Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, 41 (44 f.); *Keßler*, Die Anwendung des § 25 Abs. 5 AufenthG bei "faktischen Inländern" aus Sicht des internationalen und europäischen Rechts, InfAuslR 2011, 332 (335); *Benassi*, Die Bedeutung des Schutzes des Privatlebens durch Art. 8 EMRK für die humanitären Aufenthaltsrechte am Beispiel des § 25 Abs. 5 AufenthG, InfAuslR 2010, 283 (288); *Alexy*, DVBl. 2011, 185 (1188); OVG Bremen, InfAuslR 2011, 432 (434); VGH Mannheim, DVBl. 2011, 370 (372); wohl auch *Thym*, EuGRZ 2006, 541 (546); *Welte*, Legalisierung des Aufenthalts zum Schutz des Privatlebens, InfAuslR 2012, 301 (302).

³⁷ Auch das BVerwG erkannte jüngst in seinem Urte. v. 27.2.2014 – 2 C 1/13 – juris Rn. 50 an, dass die „Europäische Menschenrechtskonvention [...] kein autonomes völkerrechtliches Regelwerk dar[stellt], dessen Bedeutung für die Rechtsordnung der Konventionsstaaten nicht in Abrede gestellt werden kann, wenn das nationale Recht Besonderheiten aufweist, die in Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention stehen [...]“.

Menschenrechte“ hinausgehen und der Konvention erst in späteren, für die Vertragsstaaten optionalen Zusatzprotokollen hinzugefügt wurden. Art. 8 schützt dagegen vorstaatliche, natürliche Lebensbereiche von zentraler menschenrechtlicher Bedeutung: die Familie, die Identität, Integrität und Entfaltung der Person, die Wohnung und die zwischenmenschliche Kommunikation (s.o. Ziff. 2).

c) Familiäre Schicksalsgemeinschaft vs. individueller Grundrechtsschutz

Lebt der betroffene Ausländer mit Familienmitgliedern, die ebenfalls kein Aufenthaltsrecht besitzen, in häuslicher Gemeinschaft, so prüft die herrschende deutsche Rechtsprechung die Frage eines Ausreisehindernisses aus dem Schutz der Privatlebens „familienbezogen“. ³⁸ Das heißt, es wird eine familienbezogene Bilanzierung der Integration vorgenommen, bei der die schlechte Integration einiger Familienmitglieder die gute Integration anderer Familienmitglieder aufwiegen kann. In der Praxis führt dies dazu, dass bei gut in Deutschland verwurzelten Kindern und Jugendlichen im Regelfall ein Ausreisehindernis aus Art. 8 EMRK wegen der schlechten Integration der Eltern verneint wird. ³⁹ Verwunderlich ist, dass sich diese Vorgehensweise innerstaatlich weitgehend durchgesetzt hat, obwohl sie in der Straßburger Rechtsprechungspraxis keine Stütze findet. Im Gegenteil: Der Gerichtshof misst den Schwierigkeiten, denen Kinder bei einer Rückkehr ins Heimatland ausgesetzt wären, große Bedeutung bei. ⁴⁰ Auch menschenrechtsdogmatisch ist eine „familienbezogene Gesamtbetrachtung“ kaum begründbar: Die Menschenrechte der EMRK sind Individualrechte, die jedem Menschen eigenständig und für sich zustehen. Die Individualbezogenheit wird gerade in Art. 8 beim Anspruch auf Achtung des Privatlebens besonders deutlich, denn dieser schützt nach der Straßburger Rechtsprechung „Aspekte der gesellschaftlichen Identität eines jeden Individuums“. ⁴¹ Die Fähigkeit, Träger eines solchen Individualgrundrechts zu sein, hängt nicht von der Volljährigkeit ab. Die allgemeine Menschenrechtsdogmatik sieht Minderjährige einhellig als eigenständige Grundrechtsträger an. ⁴² Diese menschenrechtliche Eigenständigkeit darf nicht durch eine „familienbezogene Betrachtung“ überspielt werden. ⁴³ Ob in Deutschland gut integrierte

³⁸ Vgl. OVG Lüneburg, AuAS 2007, 28 (29); OVG Lüneburg, Urt. v. 27.9.2007, - 11 LB 69/07 -, juris Rn. 89; OVG Münster, Beschl. v. 11.1.2006 – 18 B 44/06 -, juris Rdnr. 8; VGH Mannheim, ZAR 2006, 142 (144 f.); VGH Kassel, NVwZ-RR 1995, 163 (165).

³⁹ Vgl. z. B. OVG Lüneburg, Urt. v. 29.1.2009 – 11 LB 136/07 -, juris Rn. 75 f.

⁴⁰ Vgl. z. B. EGMR, *Omojudi ./GB*, Urt. v. 24.11.2009 – 182/08 -, Ziff. 46, InfAuslR 2010, 178.

⁴¹ EGMR, *Omjudi ./GB*, Urt. v. 24.11.2009 – 182/08 -, Ziff. 37, InfAuslR 2010, 178 m.w.N.

⁴² Vgl. *Frowein/Peukert*, Fn. 4, Art. 1 Rn. 3 i.V.m. Art. 34 Rn. 13.

⁴³ Vgl. hierzu näher *Maierhöfer*, Minderjährigkeit als aufenthaltsrechtliches Schicksal?, NVwZ 2011, 4 ff.

Eltern und Geschwister vorhanden sind, ist nicht mehr als ein Abwägungselement unter vielen bei der Gesamtbetrachtung aller sozialen Beziehungen des Individuums.⁴⁴ Wird bezüglich eines Kindes ein Aufenthaltsrecht aus dem Schutz des Privatlebens bejaht, kann sich daraus natürlich für Eltern und Geschwister aus dem Schutz des Familienlebens mittelbar ebenfalls ein Aufenthaltsrecht ergeben; insofern gelten die allgemeinen Grundsätze aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Familiennachzug.

4. Reichweite aufenthaltsrechtlicher Gewährleistungspflichten bzw. Schranken für Eingriffe in das Aufenthaltsrecht

a) Umfassende Interessenabwägung

Die bloße Eröffnung des Schutzbereichs des Privatlebens führt noch nicht zu einem Bleiberecht für den Betroffenen. Hierzu ist vielmehr im Rahmen der Bestimmung der Reichweite der positiven Gewährleistungspflicht des Staates durch eine umfassende Interessenabwägung festzustellen, ob das Interesse des Ausländers an der Aufrechterhaltung seiner sozialen Beziehungen im Gastland das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung überwiegt (s. o. Ziff. 2 a.E.). In diese Abwägung, die einzelfallorientiert zu erfolgen hat und für die allgemeine Regeln daher nur eingeschränkt aufgestellt werden können,⁴⁵ sind insbesondere einzustellen: die Aufenthaltsdauer, das Lebensalter des Betroffenen bei der Einreise, der bisherige Aufenthaltsstatus, die Beherrschung der Sprache des Aufenthaltsstaates, eine dort absolvierte Schul- und/ oder Berufsausbildung, ein fester Arbeitsplatz, soziales Engagement und jede Art von verfestigter zwischenmenschlicher Beziehung – sei es zu Freunden, Kollegen, einem Partner bzw. einer Partnerin oder Verwandten, die nicht unter das „Familienleben“ im Sinne des Konvention (s.o. Ziff. 2) fallen. Ferner ist zu untersuchen, wie hoch der Grad der sprachlichen, kulturellen und sozialen Entfremdung vom Herkunftsland ist.⁴⁶ Dem sich aus der Summe von Integration im Aufenthaltsstaat und Desintegration im Herkunftsstaat ergebenden Bleibeinteresse ist dann das öffentliche Aufenthaltsbeendigungsinteresse gegenüberzustellen, das durch das Anliegen der Sanktionierung, Beendigung oder Verhütung von unkontrollierter Einwanderung, ausländerrechtlichen Rechtsverstößen, Straftaten oder finanziellen Belastungen

⁴⁴ So auch VGH Mannheim, InfAuslR 2009, 386 (387).

⁴⁵ Vgl. auch BVerwG, B. v. 14.12.2010 – 1 B 30/10 –, juris Rn. 3.

⁴⁶ Vgl. zu den einzelnen Kriterien der Interessenabwägung jeweils EGMR, *Silvenko* ./ LAT, Ur. v. 9.10.2003 (GK) - 48321/99 -, Ziff. 96, 123 ff., EuGRZ 2006, 560; *Sisojeva* ./ LAT, Ur. v. 16.6.2005 (K) - 60654/00 -, Ziff. 102, 107 f., EuGRZ 2006, 554; *Nnyanzi* ./ GB, Ur. v. 8.4.2008 - 21878/06 -, Ziff. 76; *Omorieg* u.a. ./ NOR, Ur. v. 31.7.2008 - 265/07 -, Ziff. 66; *Konstantinov* ./ NL, Ur. v. 14.6.2011 - 38058/09 -, Ziff. 49-51; *Gezginci* ./ CH, Ur. v. 9.12.2010 - 16327/05 -, Ziff. 60-80; *Osman* ./ DK, Ur. v. 14.6.2011 - 38058/09 -, Ziff. 60 f., 65, 68, NVwZ 2012, 947; *Butt* ./ NOR, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 76, 87 ff.

(Stichwort: Einwanderung in die Sozialsysteme) geprägt sein kann.⁴⁷ Dass der Ausländer so stark integriert ist, dass er sein Privatleben „faktisch nur noch im Aufenthaltsstaat führen kann“⁴⁸, dass er also – mit anderen Worten – „faktischer Inländer“ ist, ist keineswegs in allen Fällen zwingende Voraussetzung für ein Überwiegen des Bleibeinteresses. Der Maßstab des "faktischen Inländers" wurde vom Bundesverwaltungsgericht (in Anlehnung an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte) in Ausweisungsfällen entwickelt, in denen aufgrund der schweren Straftaten des Ausländers ein erhebliches Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung bestand.⁴⁹ Entsprechend konnte dort auch nur eine ganz außergewöhnliche Integration das Interesse an der Entfernung des Ausländers aufwiegen. Anders als die „Ausweisungsfälle“, betreffen die „Verwurzelungsfälle“ jedoch nicht zwingend Ausländer, die Straftaten begangen haben. Wenn ein Ausländer gar nicht oder nur geringfügig straffällig wurde, ist das öffentliche Interesse an seiner Ausreise deutlich geringer. Anstatt um den Schutz elementarer Rechtsgüter der Bevölkerung (v.a. Eigentum, Vermögen, körperliche Unversehrtheit), geht es vielfach „nur“ um die Durchsetzung des Aufenthaltsrechts oder die Entlastung der Sozialkassen.⁵⁰ Entsprechend kann auch die Verwurzelung in Deutschland etwas geringer sein, um im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK noch zu überwiegen.

b) Bedeutung von Aufenthaltsdauer und Aufenthaltsstatus bei der Interessenabwägung

Für die Interessenabwägung ist dann auch der – bei der Schutzbereichseröffnung nach richtiger Auffassung noch irrelevante (s.o. Ziff. 3 b)) – Umstand von Bedeutung, ob, für wie lange und zu welchem Zweck der Aufenthalt des Ausländers im Gaststaat schon einmal rechtmäßig war. Der Gerichtshof formuliert zu Recht, dass jemand, der die Behörden eines Staates mit seinem illegalen Aufenthalt als vollendete Tatsache (*fait accompli*) konfrontiert, daraus regelmäßig keinen Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht ableiten kann.⁵¹ Der

⁴⁷ Vgl. EGMR, *Nunez* ./ NL, Ur. v. 28.6.2011 - 55597/09 -, Ziff. 70 ff.; *Rodrigues da Silva u. Hoogkamer* ./ NL, Ur. v. 31.1.2006 - 50435/99 -, Ziff. 39, 44, EuGRZ 2006, 562; *Konstantinov* ./ NL, Ur. v. 26.4.2007 - 16351/03 -, Ziff. 50 f.; *Chandra u.a.* ./ NL, Entsch. v. 13.5.2003 - 53102/99 -; *Berrehab* ./ NL, Ur. v. 21.6.1988 - 10730/84 -, Ziff. 29, EGMR-E 4, 109.

⁴⁸ So OVG Lüneburg, Beschl. v. 28.3.2014 – 8 LA 192/13 -, juris Rn. 13 mwN.

⁴⁹ Vgl. z.B. BVerwG, InfAuslR 1999, 54 (56 f.).

⁵⁰ Vgl. EGMR, *Butt* ./ NOR, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 85, 89; *Sisojeva* ./ LAT, Ur. v. 16.6.2005 - 60654/00 -, Ziff. 108, EuGRZ 2006, 554; *Silvenko* ./ LAT, Ur. v. 9.10.2003 (GK) - 48321/99 -, Ziff. 121, EuGRZ 2006, 560; *Berrehab* ./ NL, Ur. v. 21.6.1988, 10730/84, Ziff. 26, 29, EGMR-E 4, 109; s. ferner BVerfG, NVwZ-RR 2011, 420 (422); VG Oldenburg, Ur. v. 14.11.2012 – 11 A 3061/12 -, juris Rn. 28.

⁵¹ Vgl. EGMR, *Rodrigues da Silva u. Hoogkamer* ./ NL, Ur. v. 31.1.2006 - 50435/99 -, Ziff. 43, EuGRZ 2006, 562; *Useinov* ./ NL, Entsch. v. 11.4.2006 - 61292/00 -; *Ghiban* ./ D, Entsch. v. 16.9.2004 - 11103/03 -, Ziff. 1 b), NVwZ 2005, 1046; *Dragan u.a.* ./ D, Entsch. v. 7.10.2004 - 33743/03 -, Ziff. 2, NVwZ 2005, 1043; *Nnyanzi* ./ GB, Ur. v. 8.4.2008 - 21878/06 -, Ziff. 76.

in dieser Formel offen mitschwingende Vorwurf bezeichnet Grund und zugleich Grenze der Berücksichtigung der Rechtswidrigkeit des Voraufenthalts: Getreu dem allgemeinen völkerrechtlichen Rechtsgrundsatz „*de iniuria ius non oritur*“ (dt.: aus Unrecht entsteht kein Recht) soll derjenige, der illegal in ein Land eingereist ist, aus diesem Fehlverhalten keinen rechtlichen Vorteil ziehen. Doch welches Fehlverhalten lässt sich Personen vorwerfen, die als Kind von ihren Eltern bei der illegalen Einreise mitgenommen oder als Kinder illegaler Einwanderer im Inland geboren wurden? Ist die in der deutschen Rechtsprechung gerne bemühte Brücke der „Zurechnung“ des Verhaltens der Eltern⁵² nicht zu schwach wenn es – wie hier – um den Schutz höchstpersönlicher sozialer Beziehungen geht?⁵³ Und ist die Erwartung der Betroffenen, dort bleiben zu dürfen, wo sie aufgewachsen sind, die Schule besucht haben und wo der Großteil der Menschen, die sie kennen, lebt wirklich so wenig schutzwürdig?⁵⁴ Der EGMR selbst erkennt mit der Formulierung, aus einem durchweg illegalen Aufenthalt könne regelmäßig (s.o. Fn. 51) kein menschenrechtliches Bleiberecht entspringen, an, dass es Ausnahmen gibt.⁵⁵ Vor allem bei Ausländern der „zweiten Generation“ ist dies in Betracht zu ziehen.⁵⁶ Ein striktes Bestehen auf einem zumindest zeitweise rechtmäßigen Voraufenthalt würde verkennen, dass es sich hier nicht um ein Tatbestandsmerkmal des Schutzbereichs, sondern „nur“ um einen Abwägungsgesichtspunkt handelt (s.o. Ziff. 3 b)). Im Übrigen gilt: War der Aufenthalt eines Ausländers in der Vergangenheit zeitweise rechtmäßig gewesen, so kommt es für die Abwägung außer auf die Dauer auch auf den damaligen Zweck der Aufenthaltserlaubnis an: War sie nur aus einem von vornherein vorübergehenden Grund erteilt, wird sie nicht so stark zugunsten des Ausländers wiegen, wie wenn ihr ein zeitlich unabsehbarer, potentiell dauerhafter Zweck zugrunde lag.⁵⁷ Daher kann zum Beispiel derjenige, der bis zum

⁵² Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 979 (982); dazu näher Maierhöfer, NVwZ 2011, 4 (8).

⁵³ So gab der GH in *Butt ./. NOR*, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 80 zu bedenken: "[...] the Court observes in the first place that [...] the need to identify children with the conduct of their parents could not always be a decisive factor; [...]".

⁵⁴ Der GH bemerkte in *Butt ./. NOR*, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 82, dass der „*fait accompli*“-Vorwurf den in Norwegen aufgewachsenen Bf. nicht gemacht werden könne, weil ihre sozialen Beziehungen dort schon stark entwickelt waren, als sich für sie erstmals persönlich die Ausreisefrage stellte.

⁵⁵ Vgl. auch EGMR, *Butt ./. NOR*, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 78 f. wo der Gerichtshof in Bezug auf Personen mit ungesichertem Aufenthaltsstatus ausführt: "Where this is the case the removal of the non-national family member would be incompatible with Article 8 *only in exceptional circumstances*." [Hervorhebung nicht im Original]; solche „außergewöhnlichen Umstände“ nahm er in diesem Fall, in dem die Bf. in Norwegen aufgewachsen waren, dann an (vgl. Ziff. 79 – 91).

⁵⁶ Vgl. den Abwägungsvorgang in EGMR, *Butt ./. NOR*, Ur. v. 4.12.2012 - 47017/09 -, Ziff. 78 – 91.

⁵⁷ Vgl. z.B. für Personen, denen der Aufenthalt nur zur Prüfung des (erfolglosen) Asylantrags gestattet war EGMR, *Nyanzi ./. GB*, Ur. v. 8.4.2008 - 21878/06 -, Ziff. 76; *Useinov ./. NL*, Entsch. v. 11.4.2006 -61292/00 -; *Ghiban ./. D*, Entsch. v. 16.9.2004 - 11103/03 -, Ziff. 1 b), NVwZ 2005, 1046; *Dragan u.a. ./. D*, Entsch. v. 7.10.2004 - 33743/03 -, Ziff. 2, NVwZ 2005, 1043; für Studenten EKMR, *X ./. D*, Bericht v. 8.12.1981, DR 27, 243 (245 f.); für anerkannte Flüchtlinge nach Widerruf der Flüchtlingseigenschaft VG Oldenburg, Ur. v. 14.11.2012 - 11 A 3061/12 -, juris Rn. 20; für ehemalige Staatsangehörige EGMR, *Silvenko ./. LAT*, Ur. v. 9.10.2003 (GK) - 48321/99 -, Ziff. 128, EuGRZ 2006, 560; *Sisojeva ./. LAT*, Ur. v. 16.6.2005 (K) - 60654/00 -, Ziff. 108, EuGRZ 2006, 554; *Kuric u.a. ./. SLO*, Ur. v. 26.6.2012 (GK) - 26828/06 -, Ziff. 356 ff.

Wegfall der Verfolgungsgefahr als anerkannter Flüchtling in Deutschland gelebt hatte, bei guter Integration eher mit einem Aufenthaltsrecht aus Art. 8 EMRK rechnen als derjenige, der nur eine Aufenthaltserlaubnis zum Studium erhalten hatte. Ein weiterer Gesichtspunkt, der bei der Gewichtung des bisherigen Aufenthalts zu berücksichtigen ist, ist das Alter des Ausländers. Dabei gilt als Faustregel: Je jünger der Ausländer, desto geringer die Anforderungen an die Dauer seines bisherigen Aufenthalts. Denn die Aufenthaltszeit ist immer auch in Relation zum Lebensalter zu sehen; gerade Kindheit und Jugend prägen das Individuum besonders stark.⁵⁸ Wer als Baby nach Deutschland gekommen ist, wird hier mit zwanzig Jahren in der Regel viel tiefer sprachlich, sozial und kulturell verwurzelt sein, als jemand, der als Vierzigjähriger nach Deutschland kam, es mit sechzig ist.

c) Soziale und kulturelle Einbindung statt „wirtschaftlicher Integration“

Einen prominenten Platz bei der Interessenabwägung räumen viele deutsche Gerichte der sogenannten „wirtschaftlichen Integration“, sprich: der Fähigkeit, den Lebensunterhalt ohne nicht beitragsfinanzierte Sozialleistungen zu bestreiten, ein.⁵⁹ Dabei ist schon der Begriff „wirtschaftliche Integration“ eine innerstaatliche Wortschöpfung: In den Entscheidungen des EGMR kommt er – soweit ersichtlich – nicht vor. Dies bedeutet nicht, dass der Besitz eines Arbeitsplatzes für den Gerichtshof irrelevant wäre. Er betont in seiner Rechtsprechung – auch außerhalb aufenthaltsrechtlicher Fallkonstellationen –, dass gerade das Arbeitsleben ein Bereich ist, in dem soziale Beziehungen und Identitäten – also: ein Privatleben (s.o. Ziff. 2) – sich entwickeln können.⁶⁰ Unter einem solchen sozialen Aspekt berücksichtigt die Straßburger Rechtsprechung dann – gemeinsam mit anderen kulturellen, freundschaftlichen und verwandtschaftlichen Bindungen – auch die Erwerbstätigkeit eines Migranten. Der dabei erzielte „ökonomische Erfolg“ spielt dagegen in diesen Urteilen allenfalls eine untergeordnete Rolle.⁶¹ Gänzlich unerheblich ist die Frage, ob der Betroffene staatliche Transferleistungen bezieht, sicher nicht: Unter dem Gesichtspunkt des in Art. 8 Abs. 2 EMRK ausdrücklich als zulässiges Eingriffsziel genannten „wirtschaftlichen Wohls des Landes“ kann eine Belastung der Sozialkassen das öffentliche Aufenthaltsbeendi-

⁵⁸ Vgl. EGMR, *Osman* ././ DK, Ur. v. 14.6.2011 -38058/09 -, Ziff. 65, 68, NVwZ 2012, 947; *Maslov* ././ A, Ur. v. 23.6.2008 (GK) - 1638/03 -, Ziff. 73.; *Trabelsi* ././ D, Ur. v. 13.10.2011 - 41548/06 -, Ziff. 62, EuGRZ 2012, 11.

⁵⁹ Vgl. z.B. OVG Münster, Beschl. v. 16.5.2013 – 18 A 1478/12 -, juris Rn. 9; OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.3.2013 – 8 LA 13/13 – zit. nach juris Rn. 17; VGH Mannheim, Ur. v. 9.12.2009 – 13 S 2092/09 – zit nach juris Rn. 30.

⁶⁰ Vgl. EGMR, *Bigaeva* ././ GR, Ur. v. 28.9.2009 - 26713/05 -, Ziff. 23, NJW 2010, 3419; *Albanese* ././ I, Ur. v. 23.3.2006 - 77924/01 -, Ziff. 53 f.; *Sidabras u. Dziautas* ././ LIT, Ur. v. 27.7.2004 - 55480/00 -, Ziff. 47 f.

⁶¹ Vgl. z. B. EGMR *Bajsultanov* ././ A, Ur. v. 12.6.2012 - 54131/10 -, Ziff. 85; *Kaya* ././ D, Ur. v. 28.6.2007 - 31753/02 -, Ziff. 64, InfAuslR 2007, 325; *Keles* ././ D, Ur. v. 27.10.2005 - 32231/02 -, Ziff. 61; *Silvenko* ././ LAT, Ur. v. 9.10.2003 (GK) - 48321/99, Ziff. 123, EuGRZ 2006, 560; *Gezginci* ././ CH, Ur. v. 9.12.2010 - 16327/05 -, Ziff. 76; *Berrehab* ././ NL, Ur. v. 21.6.1988 - 10730/84 -, Ziff. 29, EGMR-E 4, 109.

gungsinteresse durchaus erhöhen.⁶² Dies allerdings nur maßvoll: Mit dem Gewicht, das zum Beispiel der Verhütung von Straftaten konventionsrechtlich zukommt, ist die Bedeutung solcher fiskalischer Interessen nicht vergleichbar (s.o. Ziff. 4 a) a.E.). Die Lebensunterhaltssicherung dergestalt überzubewerten, dass sie selbst bei ansonsten gut integrierten Personen – etwa den im Gastland aufgewachsenen Ausländern der „zweiten Generation – quasi zur „*conditio sine qua non*“ für ein Aufenthaltsrecht wird, würde der hohen Bedeutung des Schutzgutes „Privatleben“ nicht gerecht.⁶³ Dies gilt zumal dann, wenn – wie vielfach in der deutschen Rechtsprechung⁶⁴ – eindimensional auf das wirtschaftliche „Ergebnis“ abgestellt wird, nicht aber auf die zugrundeliegenden persönlichen Umstände: Es gibt Personen, denen ist aufgrund ihres Gesundheitszustandes, ihres Alters, ihres Bildungsstandes oder ihrer Verantwortung für minderjährige Kinder eine (vollständige) Lebensunterhaltssicherung realistisch kaum möglich. In solchen Fällen stellt die deutsche Gesellschaft auch an Einheimische nicht die soziale Erwartung einer vollständigen Unabhängigkeit von staatlicher Unterstützung.⁶⁵ Dann kann Sozialleistungsbezug aber auch bei Ausländern in vergleichbarer Lage nicht als Indiz für eine mangelhafte Eingliederung in eben diese Gesellschaft gewertet werden.⁶⁶ Die Überbewertung der „wirtschaftlichen Integration“ wirft ein Schlaglicht auf ein grundsätzlicheres Problem: Der Integrationsbegriff der deutschen ausländerrechtlichen Praxis stimmt in weiten Teilen nicht mit dem überein, was sowohl der allgemeine Sprachgebrauch als auch die Straßburger Richter darunter verstehen. Während es letzteren vor allem um die sprachliche und kulturelle Prägung sowie die mannigfaltigen sozialen Beziehungen einer Person geht (die im Einzelfall sicher schwierig zu erfassen und bewerten sind)⁶⁷, stellt die herrschende Verwaltungspraxis „harte“, leicht aktenkundig zu machende Aspekte wie Aufenthaltsstatus oder Lebensunterhaltssicherung in den Mittelpunkt.⁶⁸ Die Folge sind Entscheidungen, die dem Rechtsgefühl weiter Bevölkerungsteile widersprechen und die Akzeptanz ausländerbehördlichen Handelns allgemein schwächen.

⁶² Vgl. EGMR, *Hasanbasic* ./ CH, Urt. v. 11.6.2013 - 52166/09 -, Ziff. 59; *Konstantinov* ./ NL, Urt. v. 26.4.2007 - 16351/03 -, Ziff. 50.

⁶³ Vgl. EGMR, *Hasanbasic* ./ CH, Urt. v. 11.6.2013 - 52166/09 -, Ziff. 59, 66; BVerfG NVwZ-RR 2011, 420 (422); im Ergebnis ähnl. BVerwG, Beschl. v. 14.12.2010 – 1 B 30/10 -, juris Rn. 3; BVerwG NVwZ 2010, 707 f.

⁶⁴ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.3.2013 – 8 LA 13/13 -, juris Rn. 17; OVG Lüneburg, Beschl. vom 24.3.2009 – 10 LA 377/08 -, juris Rn. 19 jeweils m.w.N.

⁶⁵ Dies bestätigen nach der Erfahrung des Autors nicht zuletzt die Äußerungen vieler ehrenamtlicher Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Verfahren, die kranke, alte oder alleinerziehende Ausländer betrafen.

⁶⁶ VG Oldenburg, Urt. v. 14.11.2012 – 11 A 3061/12 -, juris Rn. 23.

⁶⁷ Vgl. die Definition des Privatlebens als „alle sozialen Beziehungen“ des Migranten, oben Fn. 24.

⁶⁸ Dass eine andere Vorgehensweise zwar in der Tatsachenermittlung aufwendig, aber durchaus möglich ist, sind zeigen z.B. OVG Bremen, InfAuslR 2011, 379 ff. und VG Oldenburg, Urt. v. 15.5.2013 – 11 A 3184/12 -, http://www.nds-fluerat.org/wp-content/uploads/2014/04/VG_Oldenburg_25_5.pdf.

d) Die Desintegration im Herkunftsland – zielstaatsbezogener Aspekt eines inlandsbezogenen Ausreisehindernisses

Die Ermittlung des Grades der Desintegration im Herkunftsland und der Reintegrations-schwierigkeiten, die bei einer Rückkehr dorthin bestünden, darf nicht mit der Feststellung zielstaatsbezogener Abschiebungshindernisse nach § 60 AufenthG vermengt werden, die bei den meisten Geduldeten schon vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge negativ getroffen worden ist: § 60 AufenthG normiert Voraussetzungen, unter denen keinem Ausländer – ob gut integriert oder nicht - die Rückkehr in seine Heimat abverlangt werden kann. Auch wer gerade erst in Deutschland angekommen ist und weder die deutsche Sprache spricht noch sonst mit den hiesigen Lebensverhältnissen vertraut ist, braucht nicht auszureisen, wenn ihm Gefahren nach § 60 AufenthG drohen. Im Rahmen von Art. 8 EMRK geht es dagegen nicht um „Gefahren“, sondern um „Reintegrationsschwierigkeiten“. Diese können weit unterhalb der Schwelle des § 60 AufenthG liegen (z.B. fehlende Sprachkenntnisse, schwierige Integration in den Arbeitsmarkt, fehlende verwandtschaftliche Unterstützung). Sie führen allerdings nicht *per se* zur Unzumutbarkeit der Ausreise, sondern nur, wenn sie mit einer guten Integration in Deutschland und einem im Verhältnis dazu geringeren öffentlichen Interesse an der Aufenthaltsbeendigung zusammen treffen.⁶⁹

5. Die Rechtsfolge

a) Europäischer Schutzgehalt: Abschiebungsverbot oder Aufenthaltsrecht

Aus der Feststellung, dass der Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK einer Aufenthaltsbeendigung entgegensteht, ergibt sich nicht unmittelbar ein innerstaatlicher Rechtsanspruch auf einen bestimmten Aufenthaltstitel. Die Konvention überlässt es vielmehr – im Ausländerrecht, wie generell – den Mitgliedsstaaten, in welcher Weise sie ihren menschenrechtlichen Verpflichtungen innerstaatlich nachkommen.⁷⁰ Nicht der Weg, nur das Ziel wird von der Konvention vorgegeben. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Ausländergesetze der 47 Vertragsstaaten wäre etwas anderes auch gar nicht leistbar. Daher hat der Gerichtshof anerkannt, dass dem nationalen Gesetzgeber ein Gestaltungsspielraum bezüglich der Frage zukommt, welchen Aufenthaltsstatus er einer Person, für die ein Ausreisehindernis aus Art. 8 besteht, einräumt. Er hat aber zugleich die Grenzen dieses Spielraums betont: Es muss sich um eine Rechtsstellung handeln, die eine ungestörte Entfaltung des Privatlebens ermöglicht.⁷¹ Zum Privatleben gehören – wie oben ausgeführt -, ins-

⁶⁹ VG Oldenburg, Urt. v. 14.11.2012 – 11 A 3061/12 –, juris Rn. 27.

⁷⁰ Vgl. Frowein/ Peukert, Fn. 4, Art. 1 Rn. 2; Grabenwarter/ Pabel, Fn. 4, § 16 Rn. 3.

⁷¹ Vgl. zu beiden Aspekten (Spielraum und Grenzen) EGMR, Sisojeva ./ LAT, Urt. v. 15.1.2007 (GK) - 60654/00 -, Ziff. 90 f., NVwZ 2008, 979; Aristimuno Mendizibal ./ F, Urt. v. 17.1.2006 - 51431/99 -, Ziff. 66.

besondere die psychische Integrität, die zwischenmenschlichen Beziehungen und das Berufsleben (s.o. Ziff. 2). Daher wird man verlangen können, dass dem Ausländer ein Status eingeräumt wird, der es ihm ermöglicht, ohne die ständige Angst vor Abschiebung zu leben, Freunde und Verwandte zu besuchen und einen Beruf auszuüben.⁷²

b) Die Übersetzung in das deutsche Aufenthaltsrecht: Menschenrechtskonforme Auslegung des § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG

Innerstaatlich hat die EMRK in Deutschland „nur“ den Rang eines einfachen Bundesgesetzes, d.h. sie ist gegenüber dem Aufenthaltsgesetz gleichrangig. Wegen des unbedingten Charakters der völkerrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den Vertragspartnern (Art. 27 Wiener Vertragsrechtskonvention) und der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes sind Verwaltung und Gerichte jedoch verpflichtet, im Rahmen ihrer Befugnisse das gesamte innerstaatliche Recht im Einklang mit der EMRK auszulegen, sofern das Ergebnis nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung noch vertretbar erscheint.⁷³ Die Umsetzung der Konventionsgarantien in das System des deutschen Ausländerrechts kann in Fällen, in denen der Schutz des Privatlebens nach Art. 8 EMRK einer Aufenthaltsbeendigung entgehen steht, nur durch Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfolgen. Nur diese wird der konventionsrechtlichen „Zielvorgabe“, dem Ausländer eine ungestörte Entfaltung seines Privatlebens zu ermöglichen gerecht. Eine Duldung genügt dagegen nicht:⁷⁴ Sie lässt die Ausreisepflicht fortbestehen (vgl. § 60a Abs. 3 AufenthG), die mit ihr verbundene räumliche Beschränkung (§ 61 AufenthG) schränkt die Möglichkeiten, Beziehungen zu Freunden und Verwandten in anderen Teilen Deutschlands zu pflegen, erheblich ein und das grundsätzliche Verbot der Erwerbstätigkeit (§ 4 Abs. 3 AufenthG) schließt den Betroffenen von einem wesentlichen Aspekt des „Privatlebens“ im Sinne der EMRK aus. Eine Unzulässigkeitsentscheidung, in der der Gerichtshof in einem Ausweisungsfall eine Verletzung von Art. 8 unter Hinweis auf die dem Beschwerdeführer erteilte Duldung verneint hat,⁷⁵ ist daher zum Glück vereinzelt geblieben. Der Gerichtshof muss sich vorhalten lassen, dass er in diesem Judikat Wesen und Rechtsfolgen einer deutschen Duldung nur sehr oberflächlich gewürdigt hat. Den erforderlichen Ansatzpunkt für eine systemgerechte und methodisch vertretbare Integration der Pflichten aus Art. 8

⁷² Vgl. solchen Aspekten auch EGMR, *Sisojeva* ./ LAT, Urte. v. 15.1.2007 (GK) - 60654/00 -, Ziff. 94 ff., NVwZ 2008, 979; *Aristimuno Mendizibal* ./ F, Urte. v. 17.1.2006 - 51431/99 -, Ziff. 70 ff.

⁷³ St. Rspr. des BVerfG und des BVerwG, vgl. BVerwG, Urte. v. 27.2.2014 – 2 C 1/13 -, Rn. 52 f.; BVerfGE 111, 307 (316 ff., 329); BVerfGE 128, 326 (366 f., 371 f.).

⁷⁴ So auch *Benassi*, InfAuslR 2010, 283 (286); *Keßler*, InfAuslR 2011, 322 (335); VGH Mannheim, DVBl. 2011, 370 (374); a.A. *Eckertz-Höfer*, ZAR 2008, 41 (43).

⁷⁵ EGMR, *Yildiz* ./ D, Entsch. v. 13.10.2005 -40932/02 -.

EMRK in das deutsche Ausländerrecht bietet § 25 Absatz 5 AufenthG. Er ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn eine Ausreise auf unabsehbare Zeit „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“. Es ist in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt, dass ein solches rechtliches Ausreisehindernis auch darin bestehen kann, dass Art 8 EMRK der Aufenthaltsbeendigung entgegensteht.⁷⁶ Allerdings darf die Anwendung dieses Instruments nicht mit dem Argument ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, dass Gesetzgeber und Exekutive das Schicksal verwurzelter Geduldeter in zahlreichen „Bleiberechtsregelungen“ (wie z. B. § 104a, § 104b und § 25a AufenthG oder den auf § 23 Abs. 1 AufenthG gestützten Erlassen der Landesinnenminister) schon geregelt hätten, und diese Vorschriften dem § 25 Abs. 5 AufenthG als *lex specialis* vorgingen.⁷⁷ Dies würde gegen das Verfassungsgebot verstoßen, das Aufenthaltsgesetz bis zur Grenze des Vertretbaren so auszulegen, dass Art. 8 EMRK voll zur Geltung kommt. Es kann angesichts des oben zum Schutzgehalt von Art. 8 EMRK Ausgeführten nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass es Fälle gibt, die nicht von einer „Bleiberechtsregelung“ erfasst sind, in denen aber trotzdem der Schutz des Privatlebens einer Aufenthaltsbeendigung entgegen steht. Angesichts des „Einzelfallcharakters“ der bei Art. 8 erforderlichen Interessenabwägung (s.o.) einer- und der notwendig abstrakt-generellen Formulierung einer „Bleiberechtsregelung“ andererseits wird sich dies auch nie ganz vermeiden lassen. Die unter normalen Umständen sicherlich vertretbare Ansicht, dass spezielle Bleiberechtsregelungen den Rückgriff auf den allgemeinen § 25 Abs. 5 AufenthG i. V.m. Art. 8 EMRK ausschließen, würde also zu Konflikten zwischen der deutschen Rechtsordnung und der Konvention führen; sie wäre daher nur verfassungskonform, wenn sie nach allgemeinen Auslegungsregeln alternativlos wäre. Davon wird man aber nicht sprechen können: Das Aufenthaltsgesetz ordnet nicht ausdrücklich an, dass die Bleiberechtsregelungen abschließend sind. Eine Auslegung, die § 25 Abs. 5 i.V.m. Art. 8 EMRK sozusagen als subsidiären Auffangtatbestand begreift, auf den sich jeder berufen kann, der verwurzelt ist und nicht bereits nach anderen Vorschriften Anspruch auf einen Aufenthaltstitel hat, ist ebenfalls möglich – und damit aus völker- und verfassungsrechtlichen Gründen vorzuziehen. Die anschließende Prüfung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen (§ 5 AufenthG) muss dann die Ergebnisse der menschenrechtlichen Interessenabwägung im Blick behalten.⁷⁸ § 5 Abs. 1 Nr. 1 (Lebensunterhaltssicherung), Nr. 2 (Ausweisungsgründe) und Nr. 3 (Interessen der

⁷⁶ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.12.2010 – 1 B 30/10 –, juris Rn. 3; BVerwG, NVwZ 2006, 1418 (1419).

⁷⁷ So aber OVG Lüneburg, Beschl. v. 12.3.2013 – 8 LA 13/13 –, juris Rn. 13; OVG Lüneburg, InfAuslR 2013, 104 f.; wie hier dagegen OVG Bremen Ur. 28.6.2011 1 A 141/11 juris Rn. 44; VGH Mannheim, Ur. v. 13.12.2010 – 11 S 2359/10 –, juris Rn. 25.

⁷⁸ Vgl. BVerwG, NVwZ 2009, 979 (982).

Bundesrepublik) AufenthG können hier keine eigenständige Rolle mehr spielen, weil sie der Sache nach schon bei der Interessenabwägung im Rahmen des Art. 8 Abs. 2 EMRK berücksichtigt wurden. Mussten sie dort hinter dem Bleibeinteresse des Ausländers zurückstehen, müssen sie es auch jetzt. Die Ermessensklausel des § 5 Abs.3 Satz 2 AufenthG kann hierfür als „nationalrechtliche Brücke“ dienen. Es spricht jedoch im Normalfall nichts dagegen, vom Ausländer die Vorlage eines Passes und den Nachweis seiner Identität zu verlangen (§ 5 Abs. 1 Nr. 1a und 4 AufenthG), solange nicht im Einzelfall besondere Hindernisse entgegenstehen.⁷⁹

6. Schluss

Die vorstehenden Betrachtungen zeigen: Die Lücken und Härten, die jede abstrakt-generelle Bleiberechtsregelung in Einzelfällen aufweisen wird, können bereits heute *de lege lata* über § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK geschlossen und vermieden werden. Dazu wäre lediglich notwendig, dass sich die deutsche Behörden- und Gerichtspraxis von ihrer Fixierung auf die Rechtmäßigkeit des Voraufenthalts, die „familienbezogene Betrachtung“, die „wirtschaftliche Integration“ und den Vorrang der Bleiberechtsregelungen löst und stattdessen den Schutz des Privatlebens so einzelfallbezogen, umfassend und flexibel in den Mittelpunkt ihrer Entscheidungen stellt, wie dies auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte tut.

Die Herausgabe dieses im Auftrag des Flüchtlingsrat Niedersachsen erstellten Gutachtens wird gefördert durch den Europäischen Flüchtlingsfonds und durch die UNO-Flüchtlingshilfe



UNO-Flüchtlingshilfe



⁷⁹ Vgl. zu letzterem BVerwG, Urt. v. 14.5.2013 – 1 C 17/12 –, juris Rn. 28; Beschl. v. 18.11.2011 – 1 B 13/11 –, juris Rn. 9.