

# Der Schutz junger Menschen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

Jörg Arnold/Marco Rehmet

## 1 Einleitung

Über den Schutz junger Menschen durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) zu berichten, bedeutete in gewisser Weise, Neuland zu betreten. Denn bisher lassen sich dazu nur wenige Aussagen finden. Vor dem Hintergrund dieser Feststellung konnte aber für den hier vorgelegten Beitrag auf offizielle Materialien des EGMR zurückgegriffen werden.<sup>1</sup> Der EGMR scheint die Altersgrenze für *junge Menschen* bei einem Alter von 18 bis 35 Jahren zu ziehen. Dieser Hinweis findet sich aber nur in dem RESEARCH REPORT des soeben beschriebenen Materials.<sup>2</sup> Soweit zu sehen, wird dies allerdings nirgends näher ausgeführt oder begründet.

Thematisch behandelt der RESEARCH REPORT neben dem Zugang zur beruflichen Laufbahn, der Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen, der Ausweisung von Migranten der zweiten Generation und der Zwangsarbeit auch das Universitätsstudium. Dabei handele es sich um spezifische Bereiche, die für *junge Menschen* von Bedeutung seien.<sup>3</sup>

Für die nachfolgende Darstellung liegt der Fokus insbesondere auf den Problemen der Ausweisung bzw. Abschiebung von Migranten der zweiten Generation (hierzu 3). Dieser Problemkreis stellt einen Schwerpunkt in dem eingangs erwähnten Material des EGMR dar und behandelt junge Menschen, die im Migrationsland Straftaten begangen haben, wegen derer sie ausgewiesen und abgeschoben wurden bzw. werden sollten.

Den Auftakt der hier wiedergegebenen Entscheidungen zum Schutz junger Menschen durch den EGMR bildet jedoch ein Fall, der sich nicht in dem verwendeten Material des EGMR wiederfindet. Es handelt sich um einen – der Entscheidung des EGMR zugrundeliegenden – Sachverhalt, der die Verurteilung von zwei elfjährigen Kindern in England zum Gegenstand hat (hierzu 2). Aus deutscher Sicht erscheint es durchaus wohl heikel und auf den ersten Blick unverständlich, dass in anderen Rechtsordnungen wie in England bereits Kinder in diesem Alter strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, da in Deutschland das Strafmündigkeitsalter mit 14 Jahren beginnt, dann aber das deutsche besondere Jugendstrafrecht mit vielfältigen Differenzierungsmöglichkeiten für die Berücksichtigung der Persönlichkeit jugendlicher

1 RESEARCH REPORT – Selected case-law of the European Court of Human Rights on young people, abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_young\\_people\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_young_people_ENG.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.12.2018); Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life, abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.12.2018); Guide on Article 6 of the Convention – Right to a fair trial (criminal limb), abrufbar unter: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_criminal\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_ENG.pdf) (zuletzt abgerufen am 5.12.2018). Herzlicher Dank gebührt Martina Keller, Abteilungsleiterin am EGMR, für die wertvollen Hinweise.

2 Vgl. hierzu die Überschrift der Inhaltsübersicht des RESEARCH REPORT (Anm. 1).

3 „This compilation summarises the relevant case-law of the European Court of Human Rights on specific areas of importance for young people between 18 and 35 years“, vgl. ebd.

Straftäter gilt (14 bis 17 Jahre). Für Heranwachsende (18 bis 21 Jahre) gelten die Bestimmungen des Jugendstrafrechts eingeschränkt. Es gehört nicht unbedingt zum juristischen Allgemeinwissen, dass Strafverfahren gegen Kinder unter 14 Jahren nach der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK) nicht grundsätzlich untersagt sind. Deshalb wurde(n) jene Entscheidung(en)<sup>4</sup> des EGMR ausgewählt, die sich damit prinzipiell auseinandersetzen.

Schließlich wird in dem letzten Teil (hierzu 4) des vorliegenden Beitrags der Fokus auf einen Fall gelegt, der die deutschen Gerichte, insbesondere das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) und den EGMR beschäftigt hat, und bei dem es um die Frage der Abschiebung eines jungen Menschen ging, der als sog. „Gefährder“ galt. Da die Thematik „Gefährder“ angesichts der Bekämpfung von Terrorismus von besonderer rechtlicher wie rechtspolitischer Brisanz ist, erschien auch dieser Fall von interessanter, jedenfalls informativer Relevanz zu sein.

## 2 Strafverfahren gegen Kinder und Strafmündigkeit

Zunächst soll die Rechtsprechung des EGMR zu jungen Menschen anhand der Rechtssachen *Venables* und *Thompson* gegen das Vereinigte Königreich<sup>5</sup> exemplifiziert werden. Dem Sachverhalt (hierzu 2.1) folgen die Rechtsausführungen des Gerichtshofs einerseits zum *Verfahren* (hierzu 2.2) und andererseits zur *Strafe* (hierzu 2.3).

### 2.1 Sachverhalt

Die beiden zehnjährigen Beschwerdeführer entführten am 12. Februar 1993 den zweijährigen James Bulger aus dem *New Strand Shopping Centre* (Bootle, Merseyside, England) und nahmen ihn mit auf eine mehr als drei Kilometer weite Reise. Anschließend erschlugen sie ihn und ließen den Leichnam auf einer Bahnstrecke zurück, wo er von einem Güterzug überfahren wurde.<sup>6</sup>

Der Prozess wurde formal als Erwachsenenstrafverfahren geführt und fand öffentlich über drei Wochen im November 1993 statt.<sup>7</sup> Es wurde versucht, den Prozess kindgerecht zu gestalten, indem etwa das Verfahren erklärt, die Anhörungszeiten verkürzt und die Beschwerdeführer vorab in den Gerichtssaal geführt wurden.<sup>8</sup> Beide Täter wurden wegen Mordes verurteilt.<sup>9</sup> Es

4 Da die beiden Minderjährigen mittäterschaftlich agierten, ergingen zwar zwei Entscheidungen des EGMR, die inhaltlich aber kaum divergieren.

5 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables*/Vereinigtes Königreich) und 24724/94 (*Thompson*/Vereinigtes Königreich). Die beiden Entscheidungen des EGMR entsprechen sich im Wesentlichen, daher wird wegen der Übersichtlichkeit des Fußnotenapparats nur auf eine Entscheidung, namentlich *Venables*/Vereinigtes Königreich, Bezug genommen und bei Divergenzen zusätzlich auf *Thompson*/Vereinigtes Königreich.

6 Vgl. zum Ganzen EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables*/Vereinigtes Königreich) – Ziff. 7.

7 Ebd., Ziff. 9. *Notabene*: Die Strafmündigkeit beginnt mit dem 10. Lebensjahr (unter 10 Jahren gilt die unwiderlegliche Vermutung – *irrebuttable presumption* – der Schuldunfähigkeit, Sec. 50 *Children and Young Persons Act* 1933; *doli incapax*). Ab diesem Zeitpunkt findet eine Gleichstellung in der Schuldfähigkeit mit Erwachsenen statt. Freilich bleibt das Alter ein wichtiger Faktor für diverse Gesichtspunkte der strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Vgl. hierzu ausführlich das Informationssystem für Strafrechtsvergleichung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, abrufbar unter: [http://infocrim.org/#/reports?r=\(eaw:II.J.6:de\)&a=0](http://infocrim.org/#/reports?r=(eaw:II.J.6:de)&a=0) (zuletzt abgerufen am 17.11.2018).

8 Vgl. EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables*/Vereinigtes Königreich) – Ziff. 9.

9 Ebd., Ziff. 20.

wurde zunächst ein *tariff*<sup>10</sup> in Höhe von 15 Jahren festgesetzt.<sup>11</sup> Dieser wurde jedoch im gerichtlichen Überprüfungsverfahren (*judicial review*) aufgehoben.<sup>12</sup>

Am 20. Mai 1994 riefen V. und T. jeweils den Gerichtshof an.<sup>13</sup> Sie rügten eine Verletzung von Art. 3 EMRK hinsichtlich des öffentlichen Prozesses im Erwachsenenstrafverfahren und des Strafcharakters ihrer Strafe angesichts des jungen Alters. Zudem sei Art. 6 EMRK verletzt, auch angesichts dessen, dass nicht ein Richter für die Festsetzung des *tariff* zuständig sei, sondern ein Minister. Vor dem Hintergrund des Art. 14 EMRK sei eine Diskriminierung darin zu sehen, dass ein – zum Tatzeitpunkt jünger als zehn Jahre altes – Kind nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden wäre.<sup>14</sup> Letztlich sei auch Art. 5 Abs. 4 EMRK verletzt, da sie nicht die Möglichkeit gehabt hätten, die fortdauernde Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung von einem Justizorgan überprüfen zu lassen.

## 2.2 Rechtsausführungen des EGMR hinsichtlich des Verfahrens

### 2.2.1 Art. 3 EMRK – Verbot der Folter

Nach Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden.

Der Gerichtshof betonte zunächst den Wert des Art. 3 EMRK in einer demokratischen Gesellschaft; die Frage, ob eine jener Vorschrift widersprechende Behandlung vorliegt, sei unabhängig von der Tat der Beschwerdeführer zu beurteilen.<sup>15</sup> Für eine Misshandlung sei ein Mindestmaß an Schwere erforderlich, wobei die Beurteilung naturgemäß relativ sei: Sämtliche Umstände des Einzelfalles seien zu würdigen.<sup>16</sup> Der EGMR führt beispielhaft auf:

*„Treatment has been held by the Court to be ‚inhuman‘ because, inter alia, it was premeditated, was applied for hours at a stretch and caused either actual bodily injury or intense physical and mental suffering, and also ‚degrading‘ because it was such as to arouse in its victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them. In order for a punishment or treatment associated with it to be ‚inhuman‘ or ‚degrading‘, the suffering or humiliation involved must in any event go beyond that inevitable element of*

10 Der *tariff* bezeichnet den Zeitraum der lebenslangen Freiheitsstrafe, die der Verurteilte mindestens in Haft verbringen muss. Der Ansatz besteht darin, die lebenslange Freiheitsstrafe in Bestandteile zu gliedern, namentlich Vergeltung, Abschreckung und Schutz der Bevölkerung. Dabei stellt der *tariff* die Mindestdauer dar, die der Verurteilte haben muss, um die Anforderungen an Vergeltung und Abschreckung zu erfüllen. Nach Ablauf dieser Zeitspanne kann der Bewährungsausschuss (*Parole Board*) entscheiden, ob der Verurteilte entlassen und die restliche Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird, wenn er überzeugt ist, dass die Zurückhaltung zum Schutz der Bevölkerung nicht erforderlich ist. Vgl. hierzu ebd., Ziff. 40 ff.

11 Ebd., Ziff. 22.

12 Ebd., Ziff. 43 ff. Das *House of Lords* war damals, d.h. vor dem *Constitutional Reform Act 2005*, oberstes Appellationsgericht (heute kompetenzziell der *Supreme Court of the United Kingdom*). Letztlich wurde das Strafmaß auf acht Jahre festgesetzt.

13 Vgl. ebd., Ziff. 51.

14 Hierzu nahm der EGMR bzgl. V. keine Stellung, da die Beschwerde zwar gegenüber der Kommission aber nicht vor dem Gerichtshof beibehalten wurde, vgl. EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 92. Hinsichtlich T. verwies der Gerichtshof auf seine vorherigen Ausführungen zu Art. 6 Abs. 1 EMRK; im Hinblick auf Art. 14 EMRK würden sich keine gesonderten Fragen stellen, vgl. EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24724/94 (*Thompson/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 90 f.

15 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 69.

16 Ebd., Ziff. 70.

*suffering or humiliation connected with a given form of legitimate treatment or punishment.*“<sup>17</sup>

Als erstes untersuchte der Gerichtshof, ob die *Zuschreibung von strafrechtlicher Verantwortlichkeit* angesichts des Alters der Beschwerdeführer bereits Art. 3 EMRK widersprechen könnte.<sup>18</sup> Es gäbe noch kein anerkanntes Mindestalter für strafrechtliche Verantwortlichkeit in Europa; die Altersgrenzen der Vertragsstaaten würden sowohl nach oben als auch nach unten abweichen, stellte der Gerichtshof in einem Vergleich fest.<sup>19</sup> Auch Art. 40 Abs. 3 lit. a der UN-Kinderrechtskonvention verlange nur die *Festsetzung eines Mindestalters*.

„[...] Die Vertragsstaaten bemühen sich, den Erlass von Gesetzen sowie die Schaffung von Verfahren, Behörden und Einrichtungen zu fördern, die besonders für Kinder, die einer Verletzung der Strafgesetze verdächtigt, beschuldigt oder überführt werden, gelten oder zuständig sind; insbesondere a) legen sie ein Mindestalter fest, das ein Kind erreicht haben muss, um als strafmündig angesehen zu werden, [...]“

Der EGMR zog zusätzlich die – nicht bindenden – *Beijing Rules*<sup>20</sup> heran. Auch Art. 4 eben jener Regeln enthält keine Angaben zum Alter der Strafmündigkeit.

„In those legal systems recognizing the concept of the age of criminal responsibility for juveniles, the beginning of that age shall not be fixed at too low an age level, bearing in mind the facts of emotional, mental and intellectual maturity.“

Nach Auffassung des EGMR gäbe es keinen Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarats hinsichtlich der Frage der Strafmündigkeit.<sup>21</sup> Die Strafmündigkeit ab zehn Jahren unterscheide sich gegenüber den anderen Vertragsstaaten nicht überproportional.<sup>22</sup> Der Gerichtshof stellte vergleichend dar:

„The age of criminal responsibility is seven in Cyprus, Ireland, Switzerland and Liechtenstein; eight in Scotland; thirteen in France; fourteen in Germany, Austria, Italy and many eastern European countries; fifteen in the Scandinavian countries; sixteen in Portugal, Poland and Andorra; and eighteen in Spain, Belgium and Luxembourg.“<sup>23</sup>

17 Ebd., Ziff. 71.

18 Ebd., Ziff. 72. Dabei achte der Gerichtshof den Grundsatz, dass er bei der Entscheidung, ob eine bestimmte Maßnahme nach einer der Bestimmungen (in)akzeptabel sei, die Standards der Mitgliedstaaten des Europarats berücksichtige.

19 Ebd., Ziff. 73.

20 Die *Beijing Rules* wurden am 29. November 1985 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen angenommen als *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/beijingrules.pdf> (zuletzt abgerufen am 1.12.2018).

21 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables*/Vereinigtes Königreich) – Ziff. 74.

22 Ebd., Ziff. 74.

23 Ebd., Ziff. 50. Strafmündigkeitsalter im heutigen Vergleich: 15-Jahre (z.B. Tschechien), 14-Jahre (z.B. Deutschland, Bulgarien, Österreich, Ungarn, Zypern und Spanien), 12-Jahre (z.B. Türkei und Niederlande), 10-Jahre (z.B. Schweiz, Nordirland, Australien und Neuseeland), volle Strafmündigkeit und Zuständigkeit der Erwachsenenstrafgerichte ab 21-Jahren (z.B. Ägypten, Guinea, Kosovo, Niger, Sierra Leone), 7-Jahre (z.B. Indien [eingriffsintensivste Sanktion für unter 18-Jährige ist Unterbringung in einem Erziehungshaus für die Dauer von max. drei Jahren], vgl. hierzu *Dünkel*, 100 Jahre DVJJ im Kontext internationaler Entwicklungen des Jugendstrafrechts und der Jugendgerichtsbarkeit, Neue Kriminalpolitik 29 (2017), S. 273–295 (S. 281 ff.).

Damit kam der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass hierin nicht eine Art. 3 EMRK widersprechende Behandlung liege.<sup>24</sup>

Als zweites würdigte der EGMR das *Strafverfahren* im Lichte des Art. 3 EMRK:<sup>25</sup> Dabei wurde auf Art. 40 Absatz 2 lit. b der UN-Kinderrechtskonvention Bezug genommen, wonach ein

*„[...] Kind, das einer Verletzung der Strafgesetze verdächtigt oder beschuldigt wird, Anspruch auf folgende Mindestgarantien hat: [...] vii) sein Privatleben in allen Verfahrensabschnitten voll geachtet zu sehen.“*

Die Respektierung der Privatsphäre Jugendlicher in allen Verfahrensabschnitten ergebe sich auch aus Art. 8.1 der *Beijing Rules*:

*„The juvenile's right to privacy shall be respected at all stages in order to avoid harm being caused to her or him by undue publicity or by the process of labelling.“*

Aus Art. 8.2 ergäbe sich zudem, dass grundsätzlich keine Informationen veröffentlicht werden, die zur Identifizierung des jugendlichen Straftäters führen können.

*„In principle, no information that may lead to the identification of a juvenile offender shall be published.“*

Auch empfahl das Ministerkomitee des Europarats 1987 den Mitgliedstaaten, ihre Gesetze und Praktiken zu überprüfen, um zu vermeiden, Minderjährige vor einem Erwachsenenstraegericht zu verurteilen, wenn es Jugendgerichte gibt, und um das Recht der Jugendlichen auf Achtung ihres Privatlebens anzuerkennen.<sup>26</sup>

In einer Zusammenschau erblickte der EGMR eine internationale Tendenz zum Schutz der Privatsphäre Jugendlicher. Ferner sei das UN-Übereinkommen völkerrechtlich verbindlich. Auch besage Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EMRK, dass

*„das Urteil [...] öffentlich verkündet werden [muss]; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teils des Verfahrens ausgeschlossen werden, [...] wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen [...]“.“*

Auch wenn eine Tendenz zu erblicken sei, so sei diese nicht rechtserheblich für die Frage, ob eine Art. 3 EMRK widersprechende Behandlung den Beschwerdeführern widerfahren sei. Es habe keine Intention bestanden, die Beschwerdeführer zu demütigen oder ihnen Leid zuzufügen. Im Gegenteil: Es wurden Maßnahmen ergriffen, um das Verfahren vor einem Erwachsenenstraegericht in seiner Härte abzumildern. Letztlich gelangte das Gericht nicht zu der Überzeugung, dass das Verfahren zu einem Leiden geführt habe, das über das hinausginge, was unweigerlich durch einen Versuch der Behörden entstanden wäre, mit den Beschwerdeführern nach der von ihnen begangenen Straftat zu verhandeln. Art. 3 EMRK sei vor diesem Hintergrund nicht verletzt.

24 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 74 a.E.

25 Vgl. zum Ganzen ebd., Ziff. 76 ff.

26 Siehe hierzu ebd., Ziff. 49.

## 2.2.2 Art. 6 Abs. 1 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren

Die Beschwerdeführer rügten zudem eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK. Hiernach

*„[...] [hat] jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es unbedingt für erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.“*

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK in seiner Gesamtheit das Recht des Angeklagten auf eine wirksame Beteiligung an seinem Strafverfahren garantiere.<sup>27</sup> Zum ersten Mal sah sich der EGMR mit der Frage konfrontiert, inwieweit Art. 6 Abs. 1 EMRK auf Strafverfahren gegen Kinder Anwendung findet und welche Verfahrensbesonderheiten sich hieraus ergeben könnten.<sup>28</sup> Klar sei, dass ein – wegen einer Straftat angeklagtes – Kind in einer Weise behandelt werden müsse, die seinem Alter, seinem Reifegrad sowie seinen geistigen und emotionalen Fähigkeiten in vollem Umfang Rechnung trüge.<sup>29</sup> Es müssten Maßnahmen ergriffen werden, um die Fähigkeit des Kindes zum Verständnis und zur Teilnahme am Verfahren zu fördern.<sup>30</sup>

Der EGMR schlussfolgerte hieraus, dass bei einem Verfahren mit einem hohen Maß an medialem und öffentlichem Interesse die Anhörung so durchzuführen sei, dass Einschüchterung und Hemmung weitestgehend reduziert werden.<sup>31</sup> Dem Vorbringen der Regierung, öffentliche Gerichtsverfahren dienen dem allgemeinen Interesse an einer transparenten Rechtspflege,<sup>32</sup> entgegnete der Gerichtshof, diesem Bedürfnis könne auch durch ein verändertes Verfahren Rechnung getragen werden, etwa durch ausgewählte Anwesenheitsrechte und einer angemessenen Berichterstattung.<sup>33</sup>

Der Prozess der Beschwerdeführer hatte drei Wochen öffentlich im *Crown Court*<sup>34</sup> stattgefunden. Es wurde versucht, den Prozess „kindgerecht“ zu gestalten.<sup>35</sup> Dennoch müssten die

27 Ebd., Ziff. 85.

28 Ebd., Ziff. 85.

29 Ebd., Ziff. 86. So dann auch später in EGMR, Urteil v. 10.11.2004 – 60958/00 (*S.C./Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 28.

30 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 86.

31 Ebd., Ziff. 87.

32 Ebd., Ziff. 83.

33 Ebd., Ziff. 87.

34 Die *Crown Courts* sind in erster Instanz für *schwere Straftaten* zuständig (Verhandlung grundsätzlich mit einem Berufsrichter und einer Jury, bestehend aus zwölf Personen), vgl. hierzu das Informationssystem für Strafrechtsvergleichung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, abrufbar unter: [http://infocrim.org/#!/reports?r=\(eaw:I.A.5.c:de\)&a=0](http://infocrim.org/#!/reports?r=(eaw:I.A.5.c:de)&a=0) (zuletzt abgerufen am 1.12.2018).

35 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 88. Vgl. im Übrigen bereits oben.

Formalitäten und Rituale des *Crown Court* auf die damals elfjährigen Beschwerdeführer einschüchternd und unverständlich gewirkt haben.<sup>36</sup> Zudem gäbe es Beweise, dass einige „kindgerechte“ Maßnahmen eine solche Wirkung sogar verstärkt hätten.<sup>37</sup> Hinzu käme das äußerst hohe Maß an medialem und öffentlichem Interesse.<sup>38</sup>

Unter Bezugnahme auf psychiatrische Gutachten stellte der Gerichtshof fest, dass die Beschwerdeführer nicht in der Lage waren, sich wirksam an dem gegen sie geführten Strafverfahren zu beteiligen. Während für *Thompson* eine posttraumatische Belastungsstörung festgestellt wurde, die – in Verbindung mit einer fehlenden therapeutischen Behandlung – seine Fähigkeit eingeschränkt habe, seine Anwälte zu unterweisen und zur eigenen Verteidigung angemessen auszusagen,<sup>39</sup> weinte *Venables* untröstlich, war nicht fähig, in nützlicher Weise über die Umstände der Straftat zu sprechen, litt ebenfalls unter posttraumatischen Störungen und ließ Zweifel, dass er – aufgrund seiner Unreife – die Situation überhaupt verstanden hatte.<sup>40</sup> Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführer von qualifizierten und erfahrenen Anwälten vertreten wurden.<sup>41</sup> Es sei höchst unwahrscheinlich, dass sich die Beschwerdeführer im angespannten Gerichtssaal und unter öffentlicher Aufsicht ausreichend ungehemmt fühlten, um sich mit ihren Anwälten zu beraten; aufgrund der psychischen Verfassung sei eine Zusammenarbeit außerhalb des Gerichtssaals ebenso höchst unwahrscheinlich gewesen.<sup>42</sup>

Im Ergebnis stellte der Gerichtshof einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK fest.<sup>43</sup>

## 2.3 Rechtsausführungen des EGMR hinsichtlich der Strafe

### 2.3.1 Art. 3 EMRK – Verbot der Folter

Der EGMR erinnerte zunächst daran, dass die Beschwerdeführer automatisch in den Anwendungsbereich der *Detention during Her Majesty's pleasure*<sup>44</sup> fielen. Verwiesen wurde zunächst auf Art. 37 lit. b der UN-Kinderrechtskonvention, wonach

36 Ebd., Ziff. 88.

37 Ebd., Ziff. 88.

38 So bezeichnete der leitende Polizeibeamte die Täter als „Monster“, die Presse sprach von „Bestien“; der Polizeiwagen, in dem die beiden Täter zum Haftrichter gefahren wurden, bewarfen aufgebrachte Menschen mit Steinen, vgl. *Sotscheck*, <http://www.taz.de/!1257014/> (zuletzt abgerufen am 18.11.2018).

39 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24724/94 (*Thompson/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 87.

40 EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 89.

41 Ebd., Ziff. 90.

42 Ebd., Ziff. 90.

43 Vgl. auch EGMR, Urteil v. 10.11.2004 – 60958/00 (*S.C./Vereinigtes Königreich*). Der EGMR sah dort Art. 6 Abs. 1 EMRK deshalb verletzt, da das Kind wegen seines Alters und seiner unterdurchschnittlichen Intelligenz nicht fähig war, den Verhandlungsablauf nachzuvollziehen, an ebenjenem zu partizipieren oder gar adäquate Instruktionen zu geben. Siehe auch *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, 2007, S. 114 mit dem Hinweis, dass „die den Staaten prinzipiell überlassene Freiheit zur Regelung der Strafmündigkeit [...] durch Art. 6 EMRK faktisch begrenzt [wird], da eine Bestrafung nur dann nach der EMRK legitim ist, wenn das Kind bzw. der Jugendliche tatsächlich die Möglichkeit zur effektiven Teilhabe in seinem Strafverfahren hatte.“

44 Gegenüber Straftätern unter 18 Jahren, die wegen Mordes verurteilt wurden, fallen in den Anwendungsbereich der *Detention during Her Majesty's pleasure* nach Sec. 53 (1) des *Children and Young Persons Act 1933*, d.h. weder lebenslange Freiheitsstrafe noch Todesstrafe werden verhängt; der/die Betroffene wird in einem Kinderheim oder einer anderen altersgerechten Einrichtung untergebracht, mit 18 Jahren in ein Jugendgefängnis überstellt und mit 21 Jahren denselben Bedingungen wie ein erwachsener Straftäter unterworfen, vgl. EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 35 ff.

„[die] Vertragsstaaten [sicherstellen], [...] b) dass keinem Kind die Freiheit rechtswidrig oder willkürlich entzogen wird. Festnahme, Freiheitsentziehung oder Freiheitsstrafe darf bei einem Kind im Einklang mit dem Gesetz nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden; [...].“

Ebenfalls wurde auf 17.1 lit. b der *Beijing Rules* Bezug genommen:

„The disposition of the competent authority shall be guided by the following principles: [...] (b) Restrictions on the personal liberty of the juvenile shall be imposed only after careful consideration and **shall be limited to the possible minimum** [Hervorhebung durch die Autoren]; [...].“

Zudem erinnerte der Gerichtshof daran, dass die Staaten nach der Konvention verpflichtet seien, Maßnahmen zum Schutz der Öffentlichkeit vor Gewalttaten zu ergreifen.<sup>45</sup>

Das dem Ansatz des *tariff* innewohnende punitive Element sei keine Art. 3 EMRK widersprechende Maßnahme; ebenso wenig wirke die Konvention als Verbot. Obwohl noch kein neuer *tariff* festgesetzt worden sei, könne angenommen werden, dass sich die Beschwerdeführer noch zum Zwecke der Vergeltung und Abschreckung in Haft befinden. Ebenso sei die ungewisse Zukunftsaussicht betreffend des nicht festgesetzten *tariff* unschädlich. Dies könne zwar Fragen bezüglich Art. 3 EMRK aufwerfen; wegen der kurzen Zeitspanne, in der vorliegend noch kein *tariff* festgesetzt worden war, sei dies hier jedoch nicht der Fall. Zum Zeitpunkt des Urteils waren die Beschwerdeführer sechs Jahre in Haft. Der EGMR kam unter Würdigung der Gesamtumstände zu dem Ergebnis, dass diese Dauer einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK nicht gleichkomme.<sup>46</sup>

### 2.3.2 Art. 5 Abs. 1 EMRK – Recht auf Freiheit und Sicherheit

Hinsichtlich Art. 5 Abs. 1 EMRK merkte das Gericht an, dass die Beschwerdeführer durch ein zuständiges Gericht verurteilt wurden, mithin in den Anwendungsbereich des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a fielen. Die Haftstrafe nach der *Detention during Her Majesty's pleasure* sei nach englischem Recht rechtmäßig und nach einem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren verhängt worden. Ferner stehe die Inhaftierung im Einklang mit den Zwecken des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 lit. a. Eine Verletzung sei somit nicht gegeben.<sup>47</sup>

### 2.3.3 Art. 6 Abs. 1 EMRK – Recht auf ein faires Verfahren

Die Beschwerdeführer machten geltend, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK dadurch verletzt sei, dass nicht ein Gericht, sondern der Innenminister die *tariff period* festsetzte. Der EGMR stellte aber

<sup>45</sup> Ebd., Ziff. 98.

<sup>46</sup> Vgl. zum Ganzen ebd., Ziff. 98 f. *Notabene*: 10:7 Stimmen, vgl. ebd., Rn. 128 sowie S. 54 ff. bzgl. der *Dissenting Opinion*. Zusammenfassend *Keiser*, Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phänomen der „Adulteration“ im Lichte internationaler Menschenrechte, ZStW 120 (2008), S. 25–67 (S. 44 f.): „Fünf der abweichenden Richter sahen die Verletzung des Art. 3 EMRK darin begründet, dass die **Kombination** [Hervorhebung durch die Autoren] aus frühzeitiger strafrechtlicher Verantwortlichkeit verbunden mit der Verhandlung vor einem Erwachsenengericht und schließlich die Verurteilung zu einer unbestimmten Freiheitsstrafe inhuman sei.“

<sup>47</sup> EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (*Venables/Vereinigtes Königreich*) – Ziff. 104 f.



fest, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK grundsätzlich auf den *tariff* anwendbar ist.<sup>48</sup> Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gewährt mitunter

*„[...] ein Recht darauf, dass über [...] eine strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen [...] Gericht [...] verhandelt wird.“*

Unabhängigkeit bedeute in diesem Zusammenhang Unabhängigkeit von den Parteien des Falles und auch von der Exekutive.<sup>49</sup> Nach Auffassung des Gerichtshofs war der Innenminister eindeutig nicht unabhängig.<sup>50</sup> Mithin liege eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK vor.

### 2.3.4 Art. 5 Abs. 4 EMRK – Recht auf Freiheit und Sicherheit

Abschließend rügten die Beschwerdeführer, dass sie seit ihrer Verurteilung keine Gelegenheit hatten, die weitere Rechtmäßigkeit ihrer Inhaftierung von einem Gericht feststellen zu lassen.<sup>51</sup>

Der EGMR wies kompetenziell darauf hin, dass es nicht seine Aufgabe sei, im Rahmen von Art. 5 EMRK die angemessene Dauer der Inhaftierung oder einer anderen Strafe auszusprechen.<sup>52</sup> Das Gericht werde sich daher auf die Frage beschränken, ob die Beschwerdeführer in der Lage sein sollten, ein Verfahren einzuleiten, um die Rechtmäßigkeit ihrer fortgesetzten Inhaftierung vor einem Gericht entscheiden zu lassen, das die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 4 EMRK erfüllt.<sup>53</sup> Wenn ein nationales Gericht nach der Verurteilung einer Person wegen einer Straftat eine feste Freiheitsstrafe zum Zwecke der Bestrafung verhängte, werde die Überwachung (der Rechtmäßigkeit) im Sinne von Art. 5 Abs. 4 EMRK in diese Gerichtsentscheidung mit aufgenommen.<sup>54</sup> Dies gelte jedoch nicht für die anschließende Haftzeit, in der sich neue Fragen stellen könnten, die die Rechtmäßigkeit der Haft betreffen.<sup>55</sup> Aufgrund der Tatsache, dass die Festsetzung des *tariff* durch den Innenminister gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verstieß und die Haftstrafe unbestimmt ist, könne nicht gesagt werden, dass die in Art. 5 Abs. 4 EMRK geforderte Aufsicht in die Gerichtsentscheidung mit aufgenommen wurde.<sup>56</sup> Darüber hinaus wurde die Entscheidung des Innenministers über den *tariff* durch das *House of Lords* aufgehoben. Seitdem wurde kein neuer *tariff* festgesetzt. Der Anspruch der Beschwerdeführer auf Zugang zu einem Gericht zur regelmäßigen Überprüfung der fortdauernden Rechtmäßigkeit der Inhaftierung blieb unvollständig.<sup>57</sup> Der EGMR stellte mithin einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 4 EMRK fest.

48 Ebd., Ziff. 109 a.E.

49 Ebd., Ziff. 114.

50 Ebd., Ziff. 114. Vgl. zur „Unabhängigkeit“ des Innenministers mitunter ebd., Ziff. 22 f. bzgl. einer von der Familie des Verstorbenen eingereichten Petition – unterschrieben von 278.300 Personen – mit der Aufforderung, die Täter niemals freizulassen; begleitet von 4.400 Unterstützungsschreiben aus der Öffentlichkeit.

51 Ebd., Ziff. 115.

52 Ebd., Ziff. 118.

53 Ebd., Ziff. 118.

54 Ebd., Ziff. 119.

55 Ebd., Ziff. 119.

56 Ebd., Ziff. 120.

57 Vgl. zum Ganzen ebd., Ziff. 121.

## 2.4 Fazit

Besondere Bedeutung erlangen die beiden Urteile des EGMR dadurch, dass sich bei der Auslegung der EMRK ihr außerhalb stehender „*jugendstrafrechtsbezogener Menschenrechtsstandards*“<sup>58</sup> bedient wurde. Freilich blieb dem Gerichtshof auch wenig übrig, denn abgesehen von Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EMRK finden die Interessen von jungen Menschen in der Konvention keine ausdrückliche Erwähnung. Folglich war das Gericht auf völkerrechtliche Vorgaben mit Menschenrechtsbezug speziell für das Jugendstrafrecht angewiesen.

Zudem gehen verschiedene Impulse für weitergehende Überlegungen aus. So ist grundlegend festzustellen, dass die Bedürfnisse von Kindern und Jugendlichen im grundsätzlich auf Erwachsene ausgerichteten europäischen Strafverfahren oft zu kurz kommen und sich gerade hier auch aufgrund der Realität internationaler Kriminalität neue Herausforderungen ergeben. In der Ankündigung des Vortrages von *Stefanie Bock* mit dem Thema „*Zukunftsmusik: Schutz von Kindern und Jugendlichen im europäischen Strafverfahren*“ zum 11. EU-Strafrechtstag heißt es weiter:

*„Zugleich werden aber Jugendliche gerade im Bereich der grenzüberschreitenden Internetkriminalität und bei Unterstützungshandlungen zu Terrorismus vermehrt zum Zielobjekt von strafrechtlichen Ermittlungen, so dass sie auch von Rechtshilfemaßnahmen zunehmend betroffen sein werden. Um den Schutz minderjähriger Verdächtiger in Strafverfahren zu stärken, wurde die Richtlinie (EU) 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind, ins Leben gerufen. Die Richtlinie ist bis zum 11. Juni 2019 umzusetzen.“*<sup>59</sup>

In ihrem Vortrag auf dem EU-Strafrechtstag erläuterte *Bock* ausführlich die Konsequenzen der Umsetzung der EU-Kinderrechtsrichtlinie in das nationale Recht.<sup>60</sup> Eine weitere – stärker interdisziplinäre – Frage wäre jene, ob Kinderrechte im Grundgesetz verankert werden sollen, wofür es gewichtige Argumente gibt.<sup>61</sup>

Ferner bietet sich ein Vergleich zwischen der UN-Kinderrechtskonvention, die auch der EGMR zitierte, und der genannten EU-Richtlinie an. Hinsichtlich des Strafmündigkeitsalters ist dabei bereits festzustellen, dass beide Dokumente als Kindesalter – die Konvention jedenfalls in aller Regel – das Alter unter 18 Jahren ansehen. So heißt es in Art. 3 Nr. 1 der EU-Richtlinie:

*„Für die Zwecke dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck [...] ‚Kind‘ eine Person im Alter von unter achtzehn Jahren;“*<sup>62</sup>

<sup>58</sup> *Keiser* (Anm. 46), S. 27.

<sup>59</sup> [https://www.strafverteidigervereinigung-nrw.de/wp-content/uploads/2018/08/EUStRT2018\\_2.pdf](https://www.strafverteidigervereinigung-nrw.de/wp-content/uploads/2018/08/EUStRT2018_2.pdf).

<sup>60</sup> *Bock*, *Zukunftsmusik: Schutz von Kindern und Jugendlichen im europäischen Strafverfahren*, nicht veröffentlichter Vortrag zum EU-Strafrechtstag am 1.12.2018, PowerPoint-Präsentation. *Stefanie Bock* gebührt herzlicher Dank für die Zurverfügungstellung der Präsentation.

<sup>61</sup> Vgl. *Schutter*, in: *Lange/Reiter/Schutter/Steiner* (Hrsg.), *Handbuch Kindheits- und Jugendsoziologie*, Wiesbaden 2018, S. 761 ff., S. 768 ff.

<sup>62</sup> Richtlinie (EU) 2016/800, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0800> (zuletzt abgerufen am 5.12.2018).

In Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention lautet es wie folgt:

*„Im Sinne dieses Übereinkommens ist ein Kind jeder Mensch, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt.“*<sup>63</sup>

Beide Dokumente überlassen es den jeweiligen Staaten letzten Endes selbst, das Strafmündigkeitsalter zu bestimmen. In diesem Kontext erklärt sich wohl auch die Feststellung des EGMR in der dargestellten Entscheidung,<sup>64</sup> dass es keinen Konsens unter den Mitgliedstaaten des Europarats hinsichtlich der Frage der Strafmündigkeit gibt.

Wichtige Anhaltspunkt für eine weitere Auseinandersetzung und Kritik sind bei *Dünkel* zu finden, der auf weitere internationale jugendstrafrechtliche Sondervorschriften aufmerksam macht.<sup>65</sup> Hieraus destilliert er ein „klares und kritisches Signal an Länder wie England und Wales oder Irland bzw. die Schweiz“,<sup>66</sup> das Strafmündigkeitsalter anzuheben. Bei näherem Hinsehen bleibt es jedoch fraglich, ob diese Formulierungen in den von *Dünkel* erwähnten Sondervorschriften überhaupt an so etwas wie zumindest einen deklaratorischen Charakter heranzureichen vermögen.<sup>67</sup> Bock spricht zu Recht davon, dass diese Vorgaben sehr vage oder von nur geringer Durchsetzungskraft sind.<sup>68</sup>

### 3 Rechtsprechung des EGMR zur Ausweisung von Migranten der zweiten Generation

Nachstehend geht es in sachlicher Hinsicht um ausgewählte Urteile des EGMR zur Ausweisung von (jungen) Migranten der zweiten Generation. In der Regel handelt es sich hierbei um Personen, die im Grunde keine Bindungen zum Staat der formellen Staatsangehörigkeit mehr haben; sei es, weil sie entweder im Aufenthaltsstaat geboren sind oder seit frühester Kindheit in diesem Staat leben und infolge von Straffälligkeit ausgewiesen bzw. abgeschoben wurden respektive werden sollten.<sup>69</sup> In diesen Fällen ist Art. 8 Abs. 1 EMRK von herausragender Bedeutung:

*„Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.“*

Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährt Schutz nicht vorbehaltlos. Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK

*„[...] darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingegriffen werden, 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 Aufrechterhal-*

63 UN-Kinderrechtskonvention, abrufbar unter: <https://www.unicef.de/blob/9364/a1bbcd70474053cc61d1c64d4f82d604/d0006-kinderkonvention-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 5.12.2018).

64 Vgl. EGMR, Urteil v. 16.12.1999 – 24888/94 (Venables/Vereinigtes Königreich) – Ziff. 74.

65 *Dünkel* (Anm. 23), S. 279 ff.

66 *Dünkel* (Anm. 23), S. 280.

67 *Dünkel* (Anm. 23), S. 280.

68 Bock (Anm. 60).

69 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München/Basel/Wien 2016, § 22 Rn. 75 m.w.N.

*„tung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“*

Der RESEARCH REPORT behandelt insgesamt 15 Fälle der Überprüfung ausgewiesener bzw. auszuweisenden Migranten der zweiten Generation. Beschwerdegegner war siebenmal Frankreich, dreimal Österreich, zweimal Deutschland und je einmal Niederlande, Schweiz und Belgien. Die Antragsteller waren in den gegen Frankreich gerichteten sieben Fällen je drei Staatsangehörige aus Marokko, drei aus Algerien und ein Staatsangehöriger aus Tunesien, gegen Österreich ein bulgarischer Staatsangehöriger, ein Staatsangehöriger aus der Türkei und ein Antragsteller aus Serbien und Montenegro, gegen Deutschland legten insgesamt zwei Staatsangehörige aus der Türkei Menschenrechtsbeschwerde ein, gegen die Niederlande ebenfalls ein türkischer Staatsangehöriger und gegen die Schweiz ein Staatsangehöriger aus Algerien.

Der EGMR stellte bei der Überprüfung der 15 Menschenrechtsbeschwerden in acht Fällen einen Konventionsverstoß fest, wobei sich dieser in den meisten Fällen auf einen Verletzung von Art. 8 EMRK bezog. Die Konventionsverstöße wurden je dreimal von Frankreich und Österreich begangen und je einmal von Deutschland und Schweiz.

Prägend und leitend sind die Rechtssachen *Boultif* gegen die Schweiz<sup>70</sup> (hierzu 3.1), *Üner* gegen die Niederlande<sup>71</sup> (hierzu 3.2) und *Maslov* gegen Österreich<sup>72</sup> (hierzu 3.3). Deutlich wird, dass die entsprechende Rechtsprechung des EGMR „in hohem Maße von den Umständen des Einzelfalls geprägt [ist].“<sup>73</sup>

### 3.1 Rechtssache Boultif gegen die Schweiz

#### 3.1.1 Sachverhalt

Der Antragsteller ist algerischer Staatsbürger, geboren 1967. Im Dezember 1992 reiste er mit einem Touristenvisum in die Schweiz ein. Im März 1993 heiratete der Beschwerdeführer eine Schweizer Staatsbürgerin. Im April 1994 wurde er vom Statthalteramt Zürich wegen illegalen Waffenbesitzes verurteilt. Vom Bezirksgericht Zürich wurde er im Juli 1996 wegen Raubes, Körperverletzung und Sachbeschädigung zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten auf Bewährung verurteilt. Die Staatsanwaltschaft legte Rechtsmittel ein und erwirkte, dass der Beschwerdeführer Ende Januar 1997 vom Obergericht des Kantons Zürich eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren erhielt. Diese trat der Beschwerdeführer Mitte Mai 1998 an. Wenige Tage später verweigerte man ihm die Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Sämtliche Rechtsmittel hiergegen blieben erfolglos. Anfang August 1999 wurde der Beschwerdeführer vorzeitig aus der Haft entlassen. Am 1. Dezember 1999 verhängte das Bundesamt für Ausländerfragen ein unbefristetes Aufenthaltsverbot gegen ihn. Ferner ordnete sie mit Entscheidung vom 3. Dezember 1999 an, dass der Beschwerdeführer die Schweiz bis zum 15. Januar 2000 zu verlassen habe.<sup>74</sup>

70 EGMR, Urteil v. 2.11.2001 – 54273/00 (*Boultif*/Schweiz).

71 EGMR, Urteil v. 18.10.2006 – 46410/99 (*Üner*/Niederlande).

72 EGMR, Urteil v. 23.6.2008 – 1638/03 (*Maslov*/Österreich) – Ziff. 62, ÖJZ 2008, 779 = DÖV 2009, 37.

73 *Grabenwarther/Pabel* (Anm. 69), § 22 Rn. 72.

74 Vgl. zum Ganzen EGMR, Urteil v. 2.11.2001 – 54273/00 (*Boultif*/Schweiz) – Ziff. 6 ff.

### 3.1.2 Rechtsausführungen des EGMR

Der Beschwerdeführer trug vor, er werde von seiner Frau getrennt und es könne nicht erwartet werden, dass diese ihm nach Algerien folge.<sup>75</sup>

Zunächst erinnerte der Gerichtshof daran, dass die Konvention nicht das Recht garantiere, als Ausländer in ein bestimmtes Land einzureisen und sich dort aufzuhalten.<sup>76</sup> Allerdings liege ein Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK vor, wenn – wie hier – eine Person aus einem Land abgeschoben werden soll, in dem enge Familienangehörige leben.<sup>77</sup> Ein solcher Eingriff müsse den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK entsprechen. Anschließend prüfte der EGMR die Eingriffsvoraussetzungen nach Art. 8 Abs. 2 EMRK. An einer gesetzlichen Grundlage bestanden keine Zweifel.<sup>78</sup> Ebenso unstrittig bestand ein legitimes Ziel.<sup>79</sup>

Abschließend ging es um die Frage, ob der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war.<sup>80</sup> Betont wurde, dass die Vertragsstaaten das Recht haben, Ausländer auszuweisen, die wegen Straftaten verurteilt wurden. Eine solche Ausweisung sei – bei einem Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK – jedoch an Art. 8 Abs. 2 EMRK zu messen. D.h. insbesondere, dass sie durch ein dringendes soziales Bedürfnis gerechtfertigt und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten legitimen Ziel stehen müsse. Der Gerichtshof habe daher zu überprüfen, ob ein Interessenausgleich stattgefunden habe. Hierbei berücksichtige er

- die Art und Schwere der vom Beschwerdeführer begangenen Straftat;
- die Dauer des Aufenthalts des Beschwerdeführers in dem Land, aus dem er ausgewiesen werden soll;
- die seit der Tatzeit verstrichene Zeitspanne und das Verhalten des Beschwerdeführers in dieser Zeit;
- die Staatsangehörigkeit der einzelnen Betroffenen;
- die familiäre Situation des Beschwerdeführers und insbesondere gegebenenfalls die Dauer seiner Ehe und andere Faktoren, welche die Effektivität eines Familienlebens bei einem Paar belegen;
- die Frage, ob der Ehegatte von der Straftat wusste, als die familiäre Beziehung aufgenommen wurde;
- die Frage, ob aus der Ehe Kinder hervorgegangen sind und wenn ja, welches Alter sie haben, und
- das Maß an Schwierigkeiten, denen der Ehegatte in dem Land unter Umständen begegnet, in das der Beschwerdeführer auszuweisen ist.

Der EGMR stellte fest, dass der Antragsteller seit der fraglichen Straftat nicht rückfällig geworden sei. Sein Verhalten in der Haft sei tadellos gewesen, ebenso wurde er vorzeitig entlassen. Sowohl vor der Haft als auch nach der Entlassung war er erwerbstätig. Der Gerichtshof kam daher zu dem Ergebnis, dass, obwohl der Antragsteller eine schwerwiegende Straftat begangen hatte und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, mithin Anlass zur Befürchtung be-

75 Ebd., Ziff. 31.

76 Ebd., Ziff. 39.

77 Ebd., Ziff. 40.

78 Ebd., Ziff. 43.

79 Ebd., Ziff. 44 f.

80 Vgl. nachstehend ebd., Ziff. 46 ff.

stünde, er könne in Zukunft eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellen, solche Befürchtungen durch die Umstände des Einzelfalles abgemildert würden.

Schließlich prüfte der Gerichtshof, ob der Beschwerdeführer und seine Ehegattin ein Leben in einem anderen Land aufbauen könnten. Zwar spreche die Ehegattin Französisch und habe bereits Telefonkontakt mit der Schwiegermutter in Algerien gehabt, allerdings spreche sie weder Arabisch, habe Algerien jemals besucht noch eine Verbindung zu diesem Land. Angesichts dessen könne nicht erwartet werden, dass sie dem Antragsteller nach Algerien folgen werde. Ein Familienleben außerhalb der Schweiz aufzubauen sei für den Beschwerdeführer praktisch unmöglich. Der EGMR bejahte einen Verstoß gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK.

### 3.2 Rechtssache *Üner* gegen die Niederlande

#### 3.2.1 Sachverhalt

Der Rechtssache *Üner* gegen die Niederlande liegt folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>81</sup> Der Beschwerdeführer wurde 1969 geboren und lebte bis 1981 in der Türkei. Im Jahr 1981 kam er im Alter von zwölf Jahren mit seiner Mutter und zwei Brüdern in die Niederlande, um seinem Vater zu folgen, der bereits seit zehn Jahren in den Niederlanden lebte. Erteilt wurde ihm eine jeweils für ein Jahr gültige, verlängerbare Aufenthaltserlaubnis; 1988 erhielt er eine zeitlich unbeschränkte Aufenthaltsberechtigung. Im Januar 1989 wurde der Beschwerdeführer von der Einzelrichterkammer des Arrondissementgerichts Almelo der Störung der öffentlichen Ordnung für schuldig befunden und zu einer Geldstrafe von 200 niederländischen Gulden verurteilt. Das gleiche Gericht befand ihn im Mai 1990 einer in der Öffentlichkeit begangenen Gewalttat für schuldig und verurteilte ihn zu einer Geldstrafe von 350 niederländischen Gulden und zu einer auf Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von zwei Wochen.

Der Beschwerdeführer ging 1991 eine Beziehung mit einer niederländischen Staatsangehörigen ein, wenig später nahmen sie einen gemeinsamen Lebens- und Wohnsitz; im Februar 1992 wurde ein Sohn geboren. Ende Juli 1992 wurde er erneut einer in der Öffentlichkeit begangenen Gewalttat für schuldig befunden und zu 80 Stunden gemeinnütziger Arbeit verurteilt.

Während der zweiten Schwangerschaft (eine Fehlgeburt) der Lebensgefährtin des Beschwerdeführers traten Spannungen in der Beziehung auf, sodass der Beschwerdeführer im November 1992 eine separate Wohnung bezog, aber weiterhin mit seiner Partnerin und seinem Sohn engen Kontakt hielt.

Das Berufungsgericht Arnheim befand den Beschwerdeführer Ende Januar 1994 des Totschlags und der schweren Körperverletzung für schuldig und verurteilte ihn zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren. Während der Haft nahm er an Computerkursen, Verwaltungs- und Buchhaltungslehrgängen teil; ihm wurde ein Befähigungsnachweis für Einzelhändler und Gewerbetreibende erteilt und er besuchte Lehrgänge, um sich als Sportlehrer zu qualifizieren. Während der Haft wurde er regelmäßig von seiner Partnerin und seinem Sohn besucht. Ende Juni 1996 bekamen sie einen zweiten Sohn. Beide Kinder besitzen die niederländische Staatsangehörigkeit und sprechen – ebenso wie die Partnerin des Beschwerdeführers – kein Türkisch.

Am 30. Januar 1997 wurde dem Beschwerdeführer die ihm erteilte Aufenthaltsberechtigung aberkannt und er wurde zum unerwünschten Ausländer mit Ausweisung für die Dauer von

81 EGMR, Urteil v. 18.10.2006 – 46410/99 (*Üner*/Niederlande) – Ziff. 12 ff.

zehn Jahren erklärt. Der Einspruch des Beschwerdeführers wurde zurückgewiesen (4. September 1997). Auch eine spätere Beschwerde blieb erfolglos. Am 14. Januar 1998 wurde der Beschwerdeführer aus der Haft entlassen und in Abschiebehaft genommen. Mitte Februar 1998 wurde er in die Türkei abgeschoben. Nachdem er in die Niederlande zurückkehrte, wurde er erneut Anfang Juni 1998 in die Türkei abgeschoben; zudem wurde er des unerlaubten Aufenthalts in den Niederlanden für schuldig befunden und zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt. Auch ein hiergegen eingelegter Einspruch und eine spätere Beschwerde blieben erfolglos.

Die niederländischen Behörden ermittelten Ende März 2006, dass der Beschwerdeführer in einer illegalen Cannabis-Plantage in den Niederlanden arbeitete. Daraufhin wurde er fest- und in Haft genommen. Am 16. Mai 2006 wurde der Beschwerdeführer erneut in die Türkei abgeschoben.

### 3.2.2 Rechtsausführungen des EGMR

Mit seiner Beschwerde vom 4. August 1998 rügte Üner eine Verletzung von Art. 8 EMRK.

Der Gerichtshof stellte zunächst seine – aus der Rechtssache *Boultif* bekannten – allgemeinen Grundsätze dar.<sup>82</sup> Ergänzend wies er darauf hin, dass diese Grundsätze unabhängig davon anwendbar seien, ob ein Ausländer als Erwachsener oder in sehr jungen Jahren in das Gastland eingereist oder dort gar geboren sei. Dabei nahm der EGMR Bezug auf eine Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung des Europarats:

*„In der Empfehlung 1504 (2001) empfiehlt die Parlamentarische Versammlung des Europarats den Ministerdelegierten, die Regierungen der Mitgliedstaaten insbesondere aufzufordern: „11. ii. c) sich dafür einzusetzen, dass die bei den eigenen Staatsangehörigen anwendbaren Verfahren und Strafen nach gemeinem Recht ebenfalls bei langjährig ansässigen Einwanderern gelten, die dieselben Straftaten begangen haben; [...] g) die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die Sanktion der Ausweisung bei langjährig ansässigen Einwanderern nur auf besonders schwere Straftaten im Zusammenhang mit der Sicherheit des Staates Anwendung findet, derentwegen sie für schuldig befunden worden sind; h) zu gewährleisten, dass die in dem Aufnahmestaat geborenen oder aufgewachsenen Einwanderer und deren minderjährigen Kinder unter keinen Umständen ausgewiesen werden dürfen; [...]“<sup>83</sup>*

Aus dieser Empfehlung könne aber kein absolutes Recht auf Nichtausweisung aus Art. 8 EMRK abgeleitet werden. Selbst wenn ein ausländischer Staatsangehöriger einen unbefristeten Aufenthaltsstatus genieße und ein hohes Maß an Integration erreicht habe, könne – dem EGMR zufolge – seine Situation nicht mit derjenigen eines Staatsbürgers verglichen werden.

Der Gerichtshof betonte, dass es Umstände gäbe, unter denen die Ausweisung eines Ausländers eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK darstelle. Anschließend nahm er Bezug auf die Kriterien der Rechtssache *Boultif*, die bei der Prüfung der Frage heranzuziehen seien, ob eine Ausweisung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig und gegenüber dem verfolgten Ziel verhältnismäßig sei. Ergänzend wies der Gerichtshof auf zwei weitere Kriterien hin, die in der Rechtssache *Boultif* bereits implizit aufgeführt worden seien, namentlich

<sup>82</sup> Ebd., Ziff. 54 ff.

<sup>83</sup> Ebd., Ziff. 37.

- die Belange und das Wohl der Kinder, vor allem das Ausmaß an Schwierigkeiten, denen die Kinder des Beschwerdeführers in dem Land begegnen könnten, in das der Betroffene auszuweisen ist, und
- die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufenthaltsstaat und zum Bestimmungsland.

Hinsichtlich des zweiten Aspekts merkte der EGMR an, dass diese erst recht in den Fällen anwendbar seien, in denen die Beschwerdeführer in dem Gastland geboren oder dort in jungen Jahren eingereist seien; je länger eine Person sich in einem bestimmten Land aufhalte, umso stärker seien Bindungen zu diesem Land und umso schwächer diese zu dem Herkunftsland. Daher sei es offensichtlich, dass der Gerichtshof die besondere Situation von Ausländern berücksichtige, die die überwiegende oder sogar die gesamte Zeit ihrer Kindheit im Aufenthaltsstaat verbracht haben, dort aufgewachsen sind und erzogen wurden.

Aus der Tatsache, dass Art. 8 Abs. 1 EMRK auch die Beziehungen zu anderen Menschen schütze sowie eine solche zur Außenwelt aufzunehmen, zu pflegen und gelegentlich Aspekte der sozialen Identität des Einzelnen umfassen könne, müsse man akzeptieren, dass die Gesamtheit der sozialen Bindungen zwischen den niedergelassenen Einwanderern und der Gemeinschaft, in der sie leben, feste Bestandteile des *Privatlebens* im Sinne des Art. 8 Abs. 1 sind.<sup>84</sup> Der EGMR schlussfolgerte, unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen eines *Familienlebens* stelle die Ausweisung eines niedergelassenen Einwanderers einen Eingriff in sein Recht auf Achtung seines Privatlebens dar. Mithin seien daher die ersten drei Leitlinien der Rechtssache *Boultif* nicht ausschließlich auf das *Familienleben* zu beziehen. Der Gerichtshof fasste zusammen:

*„In the light of the foregoing, the Court concludes that all the above factors [...] should be taken into account in all cases concerning settled migrants who are to be expelled and/or excluded following a criminal conviction.“<sup>85</sup>*

Abschließend wendete der Gerichtshof diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an.<sup>86</sup> Betont wurde zunächst die lange Aufenthaltsdauer in den Niederlanden, die Familiengründung und die sich daraus ergebenden gefestigten Bindungen zu den Niederlanden. Zu berücksichtigen sei aber auch die relativ kurze Zeit, in der der Beschwerdeführer mit seiner Partnerin zusammenlebte. Die Straftaten seien sehr schwerwiegender Natur gewesen, zudem sei er im Besitz von zwei geladenen Schusswaffen gewesen. Von dem Beschwerdeführer könne daher behauptet werden, er habe eine kriminelle Neigung unter Beweis gestellt. Der Tatsache, dass der Beschwerdeführer vorzeitig aus der Haft entlassen wurde, sei – angesichts des Rechts und der gängigen Praxis bei der vorzeitigen Haftentlassung in den Niederlanden – kein besonderes Gewicht beizumessen. Auch die Kinder (sechs bzw. eineinhalb Jahre) seien in einem anpassungsfähigen Alter gewesen. Im Ergebnis stellte der Gerichtshof keine Verletzung des Art. 8 Abs. 1 EMRK fest.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> Ebd., Ziff. 59.

<sup>85</sup> Ebd., Ziff. 60.

<sup>86</sup> Ebd., Ziff. 61 ff.

<sup>87</sup> *Notabene*: 14:3 Stimmenverhältnis, ebd., Ziff. 67: Richter *Costa*, *Zupančič* und *Türmen* waren der Auffassung, dass Ausländer eine Behandlung und eine Rechtsstellung genießen müssten, die möglichst der Situation der inländischen Staatsbürger entspreche.



### 3.3 Rechtssache Maslov gegen Österreich

#### 3.3.1 Sachverhalt

In der Rechtssache *Maslov* gegen Österreich ereignete sich der folgende Sachverhalt:<sup>88</sup> Der Beschwerdeführer ist bulgarischer Staatsangehöriger und 1984 geboren. Gemeinsam mit seinen Eltern und zwei Geschwistern kam er 1990 nach Österreich, ließ sich rechtmäßig nieder und besuchte die Schule. Eine unbefristete Niederlassungsbewilligung erhielt er im März 1999. Wegen teils vollendeten und teils versuchten gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch und als Mitglied einer Bande, wegen Erpressung, Vergehen der Bandenbildung, des unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen und teils vollendeten, teils versuchten Körperverletzungen wurde der Beschwerdeführer Anfang September 1999 zu einer Freiheitsstrafe in Höhe von 18 Monaten verurteilt. Von diesen wurden 13 Monate als „bedingt“ nachgesehen.

Ende Mai 2000 wurde der Beschwerdeführer wegen der Beteiligung an einer Serie von Einbrüchen zu einer Freiheitsstrafe in Höhe von 15 Monaten verurteilt. Während der Verbüßung der Strafe, verhängte die Bundespolizeidirektion Wien Anfang Januar 2001 ein auf zehn Jahre befristetes Aufenthaltsverbot über den Beschwerdeführer. Eine hiergegen erhobene Berufung blieb erfolglos, ebenso eine spätere Beschwerde. Ende Dezember 2003 wurde der nunmehr volljährige Beschwerdeführer nach Sofia, die Hauptstadt Bulgariens, abgeschoben.

#### 3.3.2 Rechtsausführungen

In Frage stand auch hier eine Verletzung von Art. 8 EMRK. Diesbezüglich stellte der EGMR fest, dass die Ausweisung einen Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK darstelle.<sup>89</sup> Auch wenn junge Erwachsene noch keine eigene Familie gegründet hätten, stelle doch die Beziehung zu ihren Eltern und anderen nahen Familienangehörigen ein *Familienleben* im Sinne von Art. 8 Abs. 1 EMRK dar.<sup>90</sup> Anschließend wiederholte der Gerichtshof seine Grundsätze aus den Entscheidungen *Boultif* und *Üner*.<sup>91</sup>

Bei der Frage, ob der vorliegende Eingriff den Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 EMRK gerecht wird, tritt insbesondere der Aspekt der *Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft* problematisch hervor.<sup>92</sup> Der Gerichtshof merkte an, dass die diesbezüglichen Grundprinzipien in der Rechtsprechung des EGMR gut etabliert seien, verwies auf die Rechtssache *Üner* und die dort aufgestellten Kriterien. Er wies darauf hin, dass diesen Kriterien nach den Umständen des Einzelfalles unterschiedliches Gewicht zukäme. Wenn – wie im vorliegenden Fall – das legitime Ziel in der Aufrechterhaltung der Ordnung und in der Verhütung von Straftaten (vgl. Art. 8 Abs. 2 EMRK) liege, würden die Kriterien letztlich auch dazu dienen, zu beurteilen, inwieweit von dem Beschwerdeführer noch eine diesbezügliche Gefahr zu befürchten sei. Insbesondere seien bei *jungen Erwachsenen* die maßgeblichen Kriterien

88 EGMR, Urteil v. 23.6.2008 – 1638/03 (*Maslov*/Österreich) – Ziff. 10 ff.

89 Ebd., Ziff. 61.

90 Ebd., Ziff. 62.

91 Vgl. ebd., Ziff. 63 ff.

92 Vgl. zum Nachstehenden ebd., Ziff. 68 ff.

- die Art und Schwere der vom Beschwerdeführer begangenen Straftat;
- die Dauer des Aufenthalts des Beschwerdeführers in dem Land, aus dem er ausgewiesen werden soll;
- die seit der Tatzeit verstrichene Zeitspanne und das Verhalten des Beschwerdeführers in dieser Zeit und
- die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen zum Aufenthaltsstaat und Zielstaat.

Dabei könne auch das Alter bei der Anwendung der oben genannten Kriterien eine Rolle spielen. So etwa bei der Frage der Art und Schwere der vom Beschwerdeführer begangenen Straftat, namentlich ob diese als Jugendlicher oder Erwachsener begangen wurde.<sup>93</sup> Ebenso spiele das Alter bei der Frage eine Rolle, ob der Beschwerdeführer in seiner Kindheit oder Jugend in den Aufenthaltsstaat gekommen, dort gar geboren sei oder nur als Erwachsener einreiste. Erneut nahm der Gerichtshof hierbei Bezug auf die Rechtssache *Üner*.<sup>94</sup>

*„In short, the Court considers that for a settled migrant who has lawfully spent all or the major part of his or her childhood and youth in the host country **very serious reasons** are required to justify expulsion. This is all the more so where the person concerned committed the offences underlying the expulsion measure as a **juvenile** [Hervorhebung durch die Autoren].“<sup>95</sup>*

Umgekehrt betonte der EGMR auch, dass den Staaten bei der Beurteilung ein Ermessensspielraum zustehe.<sup>96</sup> Dieser gehe aber Hand in Hand mit der Prüfung durch den Gerichtshof, ob ein angemessener Interessensausgleich hergestellt wurde. Letztlich sei der EGMR befugt, die endgültige Entscheidung darüber zu treffen, ob eine Ausweisungsmaßnahme mit Art. 8 EMRK vereinbar sei.<sup>97</sup>

Im Anschluss prüfte das Gericht den vorliegenden Fall im Lichte der eingangs aufgestellten Kriterien.<sup>98</sup>

Hinsichtlich der Art und Schwere der vom Beschwerdeführer begangenen Straftaten sei festzustellen, dass diese zu einer Zeit begangen wurden, in der er 14 und 15 Jahre alt war. Die Straftaten seien von gewisser Schwere gewesen. Ausschlaggebend sei aber hier einerseits das junge Alter des Beschwerdeführers und andererseits die überwiegend gewaltfreie Natur der Straftaten.<sup>99</sup> Diese könnten als Akte der Jugendkriminalität angesehen werden. Ferner sei insbesondere das Kindeswohl zu berücksichtigen. Nach Ansicht des Gerichtshofs gelte die Verpflichtung zur Wahrung des Kindeswohls auch, wenn die auszuweisende Person selbst minderjährig sei oder wenn – wie im vorliegenden Fall – der Grund für die Ausweisung in Straftaten liege, die als Minderjähriger begangen wurden. Dabei nahm der EGMR Bezug auf Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention:

93 Vgl. hierzu auch EGMR, Urteil v. 18.2.1991 – 12313/86 (*Moustaquim/Belgien*) – Ziff. 44 sowie EGMR, Urteil v. 22.7.2004 – 42703/98 (*Radovanovic* /Österreich) – Ziff. 35.

94 Vgl. EGMR, Urteil v. 23.6.2008 – 1638/03 (*Maslov*/Österreich) – Ziff. 74.

95 Ebd., Ziff. 75.

96 Ebd., Ziff. 76.

97 Ebd., Ziff. 76.

98 Vgl. zum Folgenden ebd., Ziff. 77 ff.

99 Hierdurch unterscheidet sich der Fall auch von den Rechtssachen *Boultif* und *Üner*, vgl. ebd., Ziff. 81.

*„Artikel 3: Wohl des Kindes*

*(1) Bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, gleich viel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.*

*(2) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, dem Kind unter Berücksichtigung der Rechte und Pflichten seiner Eltern, seines Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen den Schutz und die Fürsorge zu gewährleisten, die zu seinem Wohlergehen notwendig sind; zu diesem Zweck treffen sie alle geeigneten Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen.*

*(3) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass die für die Fürsorge für das Kind oder dessen Schutz verantwortlichen Institutionen, Dienste und Einrichtungen den von den zuständigen Behörden festgelegten Normen entsprechen, insbesondere im Bereich der Sicherheit und der Gesundheit sowie hinsichtlich der Zahl und der fachlichen Eignung des Personals und des Bestehens einer ausreichenden Aufsicht.“*

Auch nahm er Bezug auf Art. 28 Abs. 3 lit. b der RL 2004/38 EG:

*„[...] (3) Gegen Unionsbürger darf eine Ausweisung nicht verfügt werden, es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden, wenn sie [...] b) minderjährig sind, es sei denn, die Ausweisung ist zum Wohl des Kindes notwendig, wie es im Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vorgesehen ist.“*

Mit der Verpflichtung, das Kindeswohl zu berücksichtigen, gehe auch die Verpflichtung einher, die Resozialisierung zu erleichtern. Dies manifestiere sich in Art. 40 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention, der dies zu einem Ziel der Jugendgerichtsbarkeit mache.

*„[...] (1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht jedes Kindes an, das der Verletzung der Strafgesetze verdächtigt, beschuldigt oder überführt wird, in einer Weise behandelt zu werden, die das Gefühl des Kindes für die eigene Würde und den eigenen Wert fördert, seine Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten anderer stärkt und das Alter des Kindes sowie die Notwendigkeit berücksichtigt, seine **soziale Wiedereingliederung** [Hervorhebung durch die Autoren] sowie die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft durch das Kind zu fördern.“*

Gerade dieses Ziel werde aber nicht dadurch erreicht, dass familiäre oder soziale Bindungen getrennt werden. Dies müsse das letzte Mittel bleiben. In diesem Zusammenhang stellte der EGMR fest, dass diese Erwägungen nicht ausreichend von den österreichischen Behörden berücksichtigt wurden.

*„In sum, the Court sees little room for justifying an expulsion of a settled migrant on account of mostly non-violent offences committed when a minor [...].“<sup>100</sup>*

100 Ebd., Ziff. 84. Vgl. auch EGMR, Urteil v. 6.5.2003 – 36757/97 (*Jakupovic/Österreich*) – Ziff. 27 ff. sowie EGMR, Urteil v. 18.2.1991 – 12313/86 (*Moustaquim/Belgien*) – Ziff. 44.

Umgekehrt stellte der EGMR aber klar, dass *sehr schwere Gewalttaten* eine Ausweisung rechtfertigen können, auch wenn sie von einem Minderjährigen begangen wurden.<sup>101</sup>

Hinsichtlich des Verhaltens des Beschwerdeführers merkte der EGMR an, dass diesem bei der Beurteilung des eingangs erwähnten Risikos zugute zu halten sein müsse, dass er sich in dem relevanten Zeitraum (2000 bis 2003) nichts zu Schulden kommen ließ.<sup>102</sup>

Bezüglich des Kriteriums der Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen zum Aufenthaltsstaat und Zielstaat stellte der Gerichtshof fest, dass der Antragsteller seine prägenden Jahre der Kindheit und Jugend in Österreich verbracht hat. Er spreche Deutsch und erhielt seine gesamte Schulausbildung in Österreich; dort leben auch sämtliche Familienangehörige. Ferner spreche er kein Bulgarisch, zudem sei er in Bulgarien nie zur Schule gegangen.<sup>103</sup>

Abschließend war noch die Dauer der Ausweisung zu berücksichtigen.<sup>104</sup> Hierzu führte der Gerichtshof aus, dass ein zehnjähriges Aufenthaltsverbot dem Beschwerdeführer fast so lange in Österreich zu leben verbiete, wie er dort verbracht habe und zwar für einen entscheidenden Zeitraum seines Lebens.

Im Ergebnis kam der EGMR zu der Entscheidung, dass eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorlag.<sup>105</sup>

### 3.3.3 Fazit

Festzustellen ist, dass es der EGMR grundsätzlich als legitimes Interesse der Vertragsstaaten ansieht, straffällig gewordene Ausländer auszuweisen. Zur Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen stellt der Gerichtshof auf eine Reihe von Kriterien ab,

*„[...] die zur Gewichtung des Interesses der Allgemeinheit an der Ausweisung und dem Interesse des Betroffenen an der Ermöglichung seines Familienlebens herangezogen werden.“*<sup>106</sup>

Die Ausweisungen von Migranten der zweiten Generation werden in Teilen der Literatur als eine eigene Fallgruppe angesehen.<sup>107</sup> Eine andere Stimme in der Literatur sieht hingegen in den Ausweisungen eben jener Migranten offensichtlich keine eigene Fallgruppe, sondern ordnet diese in ein grundsätzliches Abschiebungsrecht der Staaten von ausländischen Straftätern ein.<sup>108</sup> Aus Art. 8 EMRK ergäbe sich demnach nicht die sorgfältige Prüfung, ob im Einreiseland geborene oder als Kind dorthin gekommene straffällig gewordene Ausländer ausgewiesen werden dürfen.<sup>109</sup>

Ein umfassender Vergleich der Entscheidungen würde wohl auch Fragen dahingehend aufwerfen, ob der Gerichtshof dabei immer wirklich gleiche Maßstäbe anlegt. So fällt zum Beispiel auf, dass bei Entscheidungen des EGMR zu den Ausweisungen von Migranten der zwei-

101 EGMR, Urteil v. 23.6.2008 – 1638/03 (*Maslov*/Österreich) – Ziff. 85.

102 Ebd., Ziff. 87 ff.

103 Vgl. zum Ganzen ebd., Ziff. 96 f.

104 Ebd., Ziff. 98 f.

105 Ebd., Ziff. 101. *Notabene*: 16:1 Stimmenverhältnis.

106 *Grabenwarther/Pabel* (Anm. 69), § 22 Rn. 74.

107 *Grabenwarther/Pabel* (Anm. 69), § 22 Rn. 75.

108 *Meyer-Ladewig*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Hrsg.), *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention*, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, Art. 8 Rn. 77 ff.

109 *Meyer-Ladewig* (Anm. 108), Art. 8 Rn. 78.

ten Generation, in denen *kein* Konventionsverstoß festgestellt wurde, hierbei vor allem die privaten und familiären Bindungen der Antragsteller im Vergleich mit der Schwere der Straftaten beurteilt und besonders gewichtet werden. Dazu kommen aber überraschender Weise zwei Aspekte, die bei den Fällen, in denen eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt wurde, und denen ähnliche Straftaten und familiäre Bindungen zu Grunde lagen, überhaupt keine Rolle spielten, ja als Problem nicht einmal auftauchten. Das betrifft Menschenrechtsbeschwerden gegen Frankreich, bei deren Prüfung der EGMR offensichtlich einerseits davon ausging, dass dem Umstand eines fehlenden Wunsches der Antragsteller, die französische Staatsangehörigkeit zu erlangen, und andererseits der Tatsache, dass die Antragsteller der arabischen Sprache ihres Herkunftslandes mächtig zu sein scheinen, eine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden müsse.<sup>110</sup>

#### 4 Abschiebung junger Menschen als „Gefährder“

Nachstehend soll ein Fall behandelt werden, der jüngst viel mediale Aufmerksamkeit fand.<sup>111</sup> Im Vordergrund stand die Frage, ob dem Betroffenen – ein sog. „Gefährder“<sup>112</sup> – eine Art. 3 EMRK zuwiderlaufende Behandlung infolge der Abschiebung in die Russische Föderation droht. Angesichts des hier zu untersuchenden Konnex zu „jungen Menschen“, interessiert vor allem die Würdigung des Sachverhalts vor dem Hintergrund des Art. 8 EMRK.

##### 4.1 Sachverhalt<sup>113</sup>

*Izmulla A.* wurde am 14. März 1999 in Dagestan geboren und ist russischer Staatsangehöriger. Im Jahr 2002 reiste er mit weiteren Familienmitgliedern nach Deutschland ein und stellte gemeinsam mit diesen unter falschem Namen erfolglos Asylanträge. Nach Ablehnung des ersten Asylantrags konnte er mehrere Jahre lang wegen fehlender Heimreisedokumente nicht abgeschoben werden. Nach Richtigstellung der Personalien der Familie wurde *A.* im April 2012 erstmalig eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Im Jahr 2014 erließ die zuständige Ausländerbehörde ein Ausreiseverbot gegen ihn. Es trat zutage, dass er eine Ausreise nach Syrien geplant hatte. Die Staatsanwaltschaft Bremen leitete ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer Straftat nach § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein. Eine Verurteilung erfolgte nicht.

110 EGMR, Urteil v. 30.11.1999 – 34374/97 (*Baghli*/Frankreich); EGMR, Urteil v. 21.10.1997 – 25404/94 (*Boujlifa*/Frankreich); EGMR, Urteil v. 26.9.1997 – 25613/94 (*El Boujaïdi*/Frankreich).

111 Vgl. etwa <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2017-11/islamismus-gefaehrder-abschiebung-menschengerichtshof-klage> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018); *Hempel*, <https://www.tagesschau.de/inland/abschiebung-gefaehrder-105.html> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018); *Podolski*, <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/egmr-54646-17-gefaehrder-abschiebung-russe-vorlaeufiges-verfahren/> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018); *Karon*, <https://www.zeit.de/gesellschaft/2017-09/radikalisierung-islamischer-staat-jugendlicher-russland-abschiebung> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018); <https://www.welt.de/politik/deutschland/article167300979/Europaeischer-Gerichtshof-stoppt-Abschiebung-von-Gefahrder-aus-Deutschland.html> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018); *Diehl*, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/islamistische-gefaehrder-werden-nun-abgeschoben-hauptsache-weg-a-1142922.html> (zuletzt abgerufen am 10.11.2018).

112 Vgl. zum Begriff des „Gefährders“ *Wartenpuhl*, Der „Gefährder“: Wer ist das?, JM 11/2017, S. 423–426.

113 Vgl. hierzu ausführlich BVerfG, Beschl. v. 26.7.2017 – 2 BvR 1606/17 – Rn. 2 ff.; BVerwG, Urteil v. 27.3.2018 – 1 A 4.17 – Rn. 1 ff.; BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3. 17 (1 A 4. 17), NVwZ 2017, 1531 ff.; EGMR, Urteil v. 7.11.2017 – 54646/17 (*X./Deutschland*), NVwZ 2018, 715 ff.

Auf Grundlage des § 58 a AufenthG<sup>114</sup> wurde mit Verfügung vom 13. März 2017 die Abschiebung in die Russische Föderation angeordnet. Die Abschiebung wurde mit der Gefahr begründet, dass *Ismulla A.* einen terroristischen Anschlag verüben oder an einem solchen mitwirken werde. Seit 2014 sei zu beobachten gewesen, dass er sich zunehmend islamistisch radikalisierte und mit dem sog. „Islamischen Staat“ sympathisierte: *A.* besuchte einen – inzwischen verbotenen – extremistischen islamischen Kulturverein in Bremen, identifizierte sich in sozialen Netzwerken eindeutig mit der „IS“-Ideologie, erklärte sich in einem Chat dazu bereit, an einem Anschlag zu partizipieren und die Auswertung seines Smartphones ergab mitunter, dass ihm eine Anleitung zur Herstellung einer Splitterbombe mit einfachsten Mitteln zur Verfügung stand. Zudem seien insgesamt ca. 42.000 Bilddateien mit Enthauptungsszenen und anderen Gewaltdarstellungen, Anschlagszenarien, „IS“-Propagandamaterial, Abbildungen und Bedienungsanweisungen von Kurzwaffen etc. aufgefunden worden. Am 14. März 2017 wurde *A.* die Verfügung ausgehändigt. Zwecks Sicherung der Abschiebung wurde er am gleichen Tag in Haft genommen.

*A.* stellte am 21. März 2017 gegen die Abschiebungsanordnung beim BVerwG<sup>115</sup> Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz und erhob am 24. März 2017 Klage. Den Antrag lehnte das Gericht am 13. Juli 2017 ab. Hiergegen erhob er am 14. Juli 2017 Verfassungsbeschwerde und beantragte, seine Abschiebung im Wege der einstweiligen Anordnung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde, zunächst für die Dauer von sechs Monaten zu untersagen. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) beschloss am 26. Juli 2017 einstimmig, die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung anzunehmen. Damit erledigte sich auch der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung. Am 30. Juli 2017 legte *A.* beim EGMR Beschwerde ein (Art. 34 EMRK). Am 31. Juli 2017 untersagte der Gerichtshof auf Antrag vorläufig der Freien Hansestadt Bremen die Abschiebung.<sup>116</sup> Diese hob der Gerichtshof am 29. August 2017 wieder auf. Die Abschiebung erfolgte daraufhin am 4. September 2017. Die Beschwerde beim EGMR verlief ohne Erfolg. Das BVerwG wies mit Urteil vom 27. März 2018 die Klage ab.

#### 4.2 Verhältnis der EMRK zur deutschen Rechtsordnung

Zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK gehört nach Art. 35 Abs. 1 EMRK, dass zunächst alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe erschöpft werden müssen.<sup>117</sup> Zum Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR<sup>118</sup> war das Verfahren in der Hauptsache noch vor dem BVerwG anhängig. Die Beschwerde wurde insoweit – d.h. bzgl. Art. 8 EMRK – wegen Nichterschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe nach Art. 35 Abs. 1, Abs. 4

114 Vgl. hierzu ausführlich *Kulick*, Gefahr, »Gefährder« und Gefahrenabwehrmaßnahmen angesichts terroristischer Gefährdungslagen, AöR 143 (2018), S. 175–219 (S. 197 ff., S. 198), wonach jene Vorschrift „[...] zwölf Jahre lang ein veritables Schattendasein [führte].“

115 Vgl. § 50 Abs. 1 Nr. 3 VwGO.

116 Begründet wurde dies in erster Linie mit der Sicherstellung des ordnungsgemäßen Verfahrensablaufs, vgl. <http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/egmr-stoppt-abschiebung-islamistischen-gefaehrdrers-15133514.html> (zuletzt abgerufen am 1.12.2018).

117 Die Nichterschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs stelle bezüglich Beschwerdeverfahren gegen Deutschland in der Praxis den häufigsten Unzulässigkeitsgrund dar, so *Schäfer*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: EMRK, 2. Aufl., München 2015, Art. 35 Rn. 1.

118 EGMR, Urteil v. 7.11.2017 – Nr. 54646/17 (*X./Deutschland*), NVwZ 2018, 715 (717, Ziff. 38.).

EMRK zurückgewiesen.<sup>119</sup> Von besonderem Interesse ist daher die Würdigung des Sachverhalts durch das BVerwG im Lichte des Art. 8 EMRK. Dafür ist notwendigerweise vorrangig zu klären, welchen Rang und welche Bedeutung die EMRK in der deutschen Rechtsordnung hat.

Für völkerrechtliche Verträge bildet Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG den Ausgangspunkt. Hiernach werden völkerrechtliche Verträge mit einem Zustimmungsgesetz in die deutsche Rechtsordnung inkorporiert. Im Umkehrschluss ergibt sich hieraus, dass die EMRK normenhierarchisch nicht über dem Zustimmungsgesetz<sup>120</sup> stehen kann. Das BVerfG schlussfolgert, dass diese inkorporierten völkerrechtlichen Verträge grundsätzlich nur den Rang eines *einfachen Bundesgesetzes* haben.<sup>121</sup> Sie binden mithin vollziehende Gewalt und Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3 GG).

In einer Zusammenschau der verfassungsrechtlichen Vorschriften, die das Verhältnis Deutschlands zur internationalen Staatengemeinschaft zum Gegenstand haben (namentlich Art. 1 Abs. 2, 23 ff., 59 GG), ergibt sich allerdings der sog. *Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit*.<sup>122</sup> Dieser hat Verfassungsrang.<sup>123</sup> Nach dem BVerfG folge hieraus keine verfassungsrechtliche Pflicht zur uneingeschränkten Befolgung jeder Bestimmung des Völkerrechts.<sup>124</sup> Von hervorragender Bedeutung ist allerdings, dass der Grundsatz als *Auslegungshilfe* für die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verfassung sowie für das einfache Recht dient.<sup>125</sup> Ein Konflikt mit völkerrechtlichen Verpflichtungen solle nicht entstehen. *In praxi* bedeute dies, dass im Rahmen geltender methodischer Grundsätze von mehreren möglichen Auslegungen eines Gesetzes grundsätzlich eine völkerrechtsfreundliche zu wählen ist.<sup>126</sup> Die Entscheidungen des EGMR haben zudem eine „faktische Orientierung- und Leitfunktion“.<sup>127</sup>

### 4.3 Rechtsausführungen des BVerwG im Lichte des Art. 8 EMRK

#### 4.3.1 Beschluss vom 13. Juli 2017

Das BVerwG hatte zu prüfen, ob – bei der gebotenen Abwägung – das Interesse des Antragstellers, bis zum Abschluss des Klageverfahrens in Deutschland zu bleiben, das öffentliche Interesse an einer sofortigen Aufenthaltsbeendigung überwiegt.<sup>128</sup> Im Rahmen dieser Interessenabwägung sind insbesondere die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache zu berück-

119 Für Art. 3 EMRK genüge Erschöpfung aller Rechtsbehelfe mit Suspensiveffekt, vgl. ebd., Ziff. 22.

120 Zustimmungsgesetz vom 7.8.1952.

121 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – Rn. 37, 43 und 45, NJW 2016, 1295 ff. Siehe zur EMRK auch *Pieroeth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 30. Aufl., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg 2014, § 3 III Rn. 64.

122 *Herdegen*, Völkerrecht, 13. Aufl., München 2014, § 22 Rn. 9 f.; *Windthorst*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln (Hrsg.) Grundgesetz Studienkommentar, 3. Aufl., München 2017, Art. 1 Rn. 73 a. Teilweise auch aus Art. 1 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG abgeleitet, vgl. *Pieroeth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Anm. 121), § 3 III Rn. 65 m.w.N. Vgl. bezüglich der Sicherungsverwahrung auch BVerfG, Urteil v. 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 – Rn. 85 ff.

123 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – Rn. 65.

124 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – Rn. 70.

125 BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – Rn. 71 m.w.N.

126 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.12.2014 – Az. 2 BvR 450/11 = BVerfG, HRRS 2015 Nr. 173, Rn. 36 = BVerfG, NVwZ 2015, 361 (364). Sog. *Kontrollmaßstab* nach *Pieroeth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Anm. 121), § 3 III Rn. 65.

127 BVerfG, Beschl. v. 18.9.2018 – 2 BvR 745/18 – Rn. 41.

128 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3. 17 – Rn. 7.

sichtigen. Sie sind ein wesentliches Indiz.<sup>129</sup> Das BVerwG hatte daher im Rahmen der Interessenabwägung auch die Verhältnismäßigkeit der Abschiebungsanordnung zu prüfen.<sup>130</sup>

Diese sei mit Art. 8 EMRK vereinbar und nicht unverhältnismäßig gewesen.<sup>131</sup> Die oberste Landesbehörde habe berücksichtigt, dass sich A. seit 15 Jahren im Bundesgebiet aufhält, mithin faktischer Inländer sei, den Hauptschulabschluss erlangt habe, bis zu seiner Verhaftung weiter die Schule besuchte und über soziale Bindungen an Freunde sowie an Eltern und Geschwister verfüge, in deren Haushalt er lebe.<sup>132</sup> Die Beziehung zu einer nach religiösem Ritus angetrauten deutschen Ehefrau sei zwischenzeitlich beendet.<sup>133</sup> Eine Integration in die Russische Föderation sei auch unter Berücksichtigung der damit verbundenen Schwierigkeiten möglich und zumutbar.<sup>134</sup> Es könne davon ausgegangen werden, dass er über einfache russische Sprachkenntnisse verfüge.<sup>135</sup> Auch ohne Unterstützung durch Verwandte oder Bekannte sei es dem volljährigen und arbeitsfähigen Antragsteller zuzumuten, sich in seinem Herkunftsland eine Existenz aufzubauen.<sup>136</sup> Hieran ändere der Umstand nichts, dass er von seiner Persönlichkeitsentwicklung und Reife noch einem Jugendlichen entsprechen möge.<sup>137</sup> Zudem habe er eine aussichtsreiche erzieherische Maßnahme der Jugendhilfe stationärer Art abgelehnt.<sup>138</sup>

Das BVerwG stellte ferner fest, dass selbst, wenn die Antragsgegnerin ihrer Entscheidung zugrunde legte, der Antragsteller werde bei seinem Einleben durch Verwandte, zu denen die Familie Kontakt habe, unterstützt und hierin ein Ermessensfehler liege, führe dieser jedenfalls nicht zur unheilbaren Rechtswidrigkeit der Ermessensentscheidung – soweit dieser auf die Ermessensbetätigung insgesamt überhaupt durchschlüge. Der Grund ist in § 114 Satz 2 VwGO zu verorten: Hiernach kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.<sup>139</sup>

### 4.3.2 Urteil vom 27. März 2018

Auch in seinem Urteil vom 27. März 2018 kam das BVerwG zu dem Ergebnis, dass zum einen die Ermessenserwägungen rechtlich nicht zu beanstanden seien und zum anderen die Aufenthaltsbeendigung nicht unverhältnismäßig sei.<sup>140</sup> Der Eingriff in Art. 8 Abs. 1 EMRK sei gesetzlich vorgesehen, verfolge mit der Abwehr terroristischer Gefahren für die Bevölkerung in Deutschland ein legitimes Ziel von höchstem Rang und erweise sich vor diesem Hintergrund auch als in einer demokratischen Gesellschaft notwendig.

129 Decker, in: Wolff/Decker (Hrsg.), VwGO/VwVfG Studienkommentar, 3. Aufl., München 2012, § 80 VwGO Rn. 71.

130 BVerwG, Beschl. v. 13.7.2017 – 1 VR 3. 17 (1 A 4. 17) – Rn. 73.

131 Ebd., Rn. 76.

132 Ebd., Rn. 76.

133 Ebd., Rn. 76.

134 Ebd., Rn. 77.

135 Ebd., Rn. 77. Anders dann im Urteil, vgl. 4.3.2.

136 Ebd., Rn. 77.

137 Ebd., Rn. 77.

138 Ebd., Rn. 77 a.E.

139 Damit wird ein Teilbereich des Nachschiebens von Gründen bei Ermessensverwaltungsakten geregelt, Wolff (Anm. 129), § 114 VwGO Rn. 55.

140 BVerwG, Urteil v. 27.3.2018 – 1 A 4.17 – Rn. 92.



Das Gericht betonte erneut den langjährigen Aufenthalt in Deutschland und die sozialen Bindungen.<sup>141</sup> Es wies aber auch darauf hin, dass der Kläger mit seinen Eltern und Geschwistern zunächst erfolglos unter falschem Namen Asylverfahren betrieben habe und erst seit 2012 über einen legalen Aufenthalt verfüge.<sup>142</sup> Anerkannt wurde, dass dem Kläger die Russische Föderation weitgehend unbekannt sein dürfte.<sup>143</sup> Entgegen des damaligen Beschlusses anerkannte das Gericht ebenfalls, dass der Kläger nicht über Grundkenntnisse der russischen Sprache verfüge.<sup>144</sup> Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Integration angesichts der fehlenden Sprachkenntnisse, des fehlenden familiären Rückhalts und seiner Unerfahrenheit erhebliche Schwierigkeiten bereiten würde.<sup>145</sup>

Gleichwohl sei – aufgrund der von ihm ausgehenden überaus schwerwiegenden Gefahr eines terroristischen Anschlags – die Abschiebung zu rechtfertigen. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Radikalisierung und die der Abschiebungsanordnung zugrunde gelegten Tatsachen noch in die Zeit seiner Minderjährigkeit fielen.<sup>146</sup> Das BVerwG zog hier eine Analogie zu der Rechtssache *Maslov/Österreich*:<sup>147</sup>

*„Das gilt selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Radikalisierung und die der Abschiebungsanordnung zugrunde gelegten Tatsachen noch in die Zeit seiner Minderjährigkeit fallen. Der EGMR hat anerkannt, dass **schwere Gewalttätigkeiten**<sup>148</sup> [Hervorhebung durch die Autoren] eine Ausweisung auch dann rechtfertigen können, wenn sie von einem Minderjährigen begangen worden sind [...]. Dies ist auf Fälle übertragbar, in denen eine Begehung – noch schwerer wiegender – terroristischer Gewalttaten droht.“<sup>149</sup>*

Im Übrigen könne davon ausgegangen werden, dass der Kläger sich Sprachkenntnisse, die für das tägliche Leben und einfache (Hilfs-)Arbeiten zur Sicherung des Lebensunterhalts ausreichen, vor Ort rasch aneignen werde.<sup>150</sup> In diesem Zusammenhang seien auch größere Integrationserschwernisse hinzunehmen, habe der Kläger doch die Maßnahme der Jugendhilfe abgelehnt.<sup>151</sup> Zudem konnte er von einem entfernten Bekannten seiner Eltern in Nordwestrussland aufgenommen werden.<sup>152</sup> Letztlich habe auch die Ausländerbehörde Maßnahmen getroffen, die dem Kläger erste Orientierungen erleichtern sollte.<sup>153</sup> Ihm wurden Kontaktdaten von Hilfsorganisationen mitgeteilt, er wurde über mögliche ärztliche Versorgung an Flughäfen und Verkehrsverbindungen in die Innenstadt sowie über Unterkunftsmöglichkeiten informiert. Ferner wurde er mit einem Handgeld in Höhe von 300 € versorgt.<sup>154</sup>

141 Ebd., Rn. 93.

142 Ebd., Rn. 93.

143 Ebd., Rn. 93.

144 Ebd., Rn. 93.

145 Ebd., Rn. 94.

146 Ebd., Rn. 94.

147 EGMR, Urteil v. 23.6.2008 – 1638/03 (*Maslov/Österreich*) – Ziff. 85.

148 In der Entscheidung des EGMR ist jedoch von *very serious violent offences* die Rede, vgl. ebd., Ziff. 85.

149 BVerwG, Urteil v. 27.3.2018 – 1 A 4.17 – Rn. 94.

150 Ebd., Rn. 95.

151 Ebd., Rn. 96.

152 Ebd., Rn. 95 a.E.

153 Ebd., Rn. 96.

154 Ebd., Rn. 96.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der vom Kläger ausgehenden Gefahr eines jederzeit möglichen Terroranschlags führten die gewichtigen privaten und familiären Belange nicht zur Unverhältnismäßigkeit der verfügbaren Aufenthaltsbeendigung und ihres Vollzugs, so das BVerwG.

#### 4.4 Fazit

Zusammenfassend wird ein erhebliches Spannungsverhältnis deutlich: *einerseits* die terroristische Dauergefährdungslage, *andererseits* die Menschenrechte respektive allgemeiner das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit. Dieses Verhältnis ist nicht eines des Antagonismus, sondern ein solches der Komplementarität.<sup>155</sup> Diese Aspekte entsprechen und ergänzen sich wechselseitig. Der EGMR stellt diesbezüglich fest, dass die Staaten das Recht haben müssen, Ausländer abzuschieben, die sie als Gefahr für die nationale Sicherheit ansehen; dies sei Teil ihres Kampfes gegen den Terrorismus.<sup>156</sup> Dieser „Kampf“ darf aber nicht *um jeden Preis*<sup>157</sup> stattfinden,<sup>158</sup> namentlich nicht um den Preis der Menschenrechte. Diesbezüglich wirft das Urteil im Lichte des Art. 8 EMRK Fragen auf:

*Erstes* fragt sich, inwieweit dem A. das Fehlverhalten seiner Eltern vorzuwerfen ist, falsche Namensangaben gemacht zu haben; geschah dies doch zu einem Zeitpunkt, zu dem er drei Jahre alt war bzw. später bei Berichtigung der Personalien gerade einmal das zwölfte Lebensjahr erreicht hatte.

*Zweitens* bereitet die vom BVerwG gebildete Analogie Bedenken. Es ist nämlich hervorzuheben, dass es einerseits nicht „nur“ um schwere Gewalttaten geht, sondern um *sehr* schwere Gewalttaten, die während der Minderjährigkeit begangen werden müssten.<sup>159</sup> Während das Urteil also nicht den Schweregrad berücksichtigt, der den Gewalttaten zugrunde liegen müsste, wird in einem Atemzug andererseits anstelle der Gewalttaten ein – zwar potentiell gefährliches, aber (bislang) strafloses – Verhalten gestellt, das Grundlage einer Gefahrenprognose für mögliche Gewalttaten in der Zukunft ist, die – würde man die Terminologie des EGMR nun konsequent beibehalten und auf die Analogie des BVerwG anwenden – „schwerer als sehr schwer“ sein müssten.

*Drittens* und schließlich bereitet die Praxis Bedenken, die *Gefahr* – und dass eine solche hier vom Beschwerdeführer ausging, soll gar nicht bezweifelt werden – zu exportieren im Sinne eines „aus dem Auge aus dem Sinn“. In diesem Zusammenhang verdient § 11 AufenthG Aufmerksamkeit. Nach § 11 Abs. 1 AufenthG hat die Ausweisung eines Ausländers ein Einreise- und Aufenthaltsverbot zur Folge. Eine Befristung oder Aufhebung des Einreise- oder Aufenthaltsverbotes erfolgt nicht, wenn der Ausländer aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG aus dem Bundesgebiet abgeschoben wurde (§ 11 Abs. 5 Satz 1 AufenthG). Dies gerät in Konflikt mit dem – vom EGMR in der Rechtssache *Maslov* aufgestellten – Kriterium der Dauer der Ausweisung.<sup>160</sup> Nach dem BVerwG scheint dies aber unschädlich,

155 Kulick (Anm. 114), S. 184.

156 EGMR, Urteil v. 7.11.2017 – 54646/17 (X./Deutschland), NVwZ 2018, 715 (716, Ziff. 27).

157 So aber ausdrücklich zur Abschiebung Innensenator Ulrich Mäurer im Interview mit Panorama 3 vom 29.8.2017, abrufbar unter: [https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama3/Panorama-3\\_sendung679340.html](https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama3/Panorama-3_sendung679340.html) (zuletzt abgerufen am 16.11.2018).

158 So i.E. auch Kulick (Anm. 114), S. 184.

159 Vgl. Anm. 148.

160 Vgl. 3.3.2 a.E.

„[denn] auch der Adressat einer Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG kann jedenfalls eine nachträgliche Aufhebung oder Verkürzung eines aufgrund behördlicher Anordnung oder kraft Gesetzes entstandenen Einreise- und Aufenthaltsverbots nach § 11 Abs. 4 Satz 1 i. V. m. Abs. 5 Satz 2 AufenthG erreichen, wenn er glaubhaft darlegen kann, dass von ihm aufgrund nachhaltiger Veränderungen seines Verhaltens keine Gefahr mehr ausgeht. Eine spätere Wiedereinreise in das Bundesgebiet ist mithin – zumindest besuchsweise – nicht ausgeschlossen, auch wenn der Kläger dafür eines neuen Aufenthaltstitels bedürfte.“<sup>161</sup>

Vor dem Hintergrund der rechtspolitischen Brisanz an dem Konstrukt des „Gefährders“<sup>162</sup> müsste eigentlich zu erwarten sein, dass das BVerwG und mehr noch der EGMR eine Differenzierung zwischen jenen Fällen von Migranten der zweiten Generation, die Straftaten begangen haben, vornimmt und bei den Fällen von Gefährdern erkennt, dass hier nicht von konkreten Straftaten gesprochen werden kann. Noch dazu, wenn es sich um junge Gefährder handelt, dürfte der – freilich noch nicht klar absehbarer Trend – nicht dahin gehen, jungen Gefährdern nicht den Schutz der EMRK wie den Migranten, die Straftaten begangen haben, zukommen zu lassen. Hier wird die Entwicklung, die auch von besonderer politischer und sicherheitsrechtlicher Relevanz ist, noch genauer zu beobachten sein.

## 5 Ausblick

Der Beitrag erhebt nicht den Anspruch, eine Würdigung der Rechtsprechung des EGMR zum Schutz von jungen Menschen vorzunehmen. Dazu ist das ausgewertete Material nicht ausreichend und wohl auch nicht repräsentativ genug. Für sich spricht aber die Tatsache, dass der EGMR in dem Schutz junger Menschen einen eigenen Schwerpunkt in seiner Rechtsprechung zu sehen scheint. Dieser Tatsache muss weiter nachgegangen werden, um nach einem Gesamtbild dafür zu suchen. *Grosso modo* bietet die Auswertung der Rechtsprechung des EGMR zum Schutz junger Menschen damit ein reichhaltiges Kompendium für die weitere wissenschaftliche Beschäftigung mit der Rechtsprechung wie auch für wissenschaftliche Fragestellungen.

*Verf.: Prof. Dr. iur. habil. Jörg Arnold, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i. Br.,  
E-Mail: j.arnold@mpicc.de*

*Cand. iur. Marco Rehmet, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i. Br.,  
E-Mail: m.rehmet@mpicc.de*

161 BVerwG, Urteil v. 27.3.2018 – 1 A 4.17 – Rn. 97.

162 Vgl. hierzu *Hanschmann*, „Gefährder“ – eine neue alte Figur im Öffentlichen Recht, KJ 2017, S. 434–447.