

## AUFSÄTZE

Winfried Kluth

## Neue Entwicklungen im Ausweisungsrecht in Fällen der direkten oder mittelbaren Betroffenheit von Kindern und Jugendlichen

### 1 Der besondere Schutz von Kindern und Jugendlichen im deutschen Ausländerrecht

Die im Vergleich zu Erwachsenen besondere Schutzbedürftigkeit von Kindern und Jugendlichen gehört auf allen Stufen der Rechtsordnung zu den unbestrittenen und elementaren Anforderungen, die vom Gesetzgeber besondere Rücksichtnahme einerseits und die Etablierung von Schutzvorkehrungen andererseits verlangt.<sup>1</sup> Während das deutsche Grundgesetz das Kindeswohl als begriffliche Verdichtung dieses Zusammenhangs in Art. 6 GG im Kontext des besonderen Schutzes von Ehe und Familie anspricht<sup>2</sup>, widmet die EU-Grundrechtecharta in Art. 24 den Rechten der Kinder eine eigenständige Vorschrift, die vor allem durch ihre Vorgabe für Abwägungsprozesse bedeutsam ist. Die Entstehungsgeschichte dieser Norm verweist wiederum auf die völkerrechtliche Ebene, ist die Formulierung des Art. 24 GrCh doch maßgeblich durch das Übereinkommen über die Rechte der Kinder (KRÜ)<sup>3</sup> geprägt worden.<sup>4</sup>

Im Zuge der Europäisierung des Ausländerrechts werden sich die Vorgaben des Art. 24 GrCh sowie der diese Norm prägenden Kinderrechtskonvention auch auf das deutsche Aufenthaltsrecht auswirken.<sup>5</sup> Dies hat sich zuletzt im Zuge der Umsetzung der EU-RL 2008/115/EG (sog. Rückführungsrichtlinie)<sup>6</sup> durch das sog. zweite Richtlinienumsetzungsgesetz<sup>7</sup> gezeigt, bei der auch spezifische Vorgaben für die Berücksichtigung des Kindeswohls im Rahmen von Rückführungsmaß-

1 Überblick bei *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 41.

2 Dazu vertiefend *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (Beck OK), 2009, Art. 6, Rn 42 f. In den Verfassungen der Bundesländer finden sich teilweise dem Art. 6 GG vergleichbare Normen, teilweise auf auch eigenständige Regelungen zu Kinderrechten, so etwa in Art. 125 bayVerf; Art. 13 berlVerf; Art. 14 m-vVerf; Art. 9 sa-Verf; Art. 24 Abs. 3 u. 4 s-anhVerf; Art. 18 Abs. 2 thürVerf.

3 Zu ihr exemplarisch *Cremers*, Der Anspruch des unbegleiteten Kindes auf Betreuung und Unterbringung nach Art. 20 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, 2006. Zu weiteren völkerrechtlichen Vorgaben siehe *Löhr*, Die kinderspezifische Auslegung des Flüchtlingsbegriffs, 2009 (vor allem zur Genfer Flüchtlingskonvention).

4 *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 24, Rn. 2 ff.; *Jarass*, GRCh Kommentar, 2010, Art. 24, Rn. 1.

5 Da die EU-Grundrechte nach Art. 51 Abs. 1 GRCh auch bei der Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen, wirkt sich Art. 24 GRCh auch dort aus, wo deutsches Recht auf EU-Richtlinien beruht. Dazu *Jarass*, (Fn 4), Art. 51, Rn. 16.

6 RL 2008/115/EG v. 16.12.2008 (ABlEU Nr. L 348 vom 24.12.2008 S. 98). Dazu *Franßen de la Cerda*, ZAR 2008, 377 ff., *Hörich*, ZAR 2011, 281 ff.

7 G. v. 22.11.2011, BGBl. I S. 2258. Dazu näher *Basse/Burbaum/Richard*, ZAR 2011, 361 ff.

nahmen zu beachten waren. Unter anderem wurde in diesem Zusammenhang ein neuer Absatz 1a in § 58 AufenthG eingefügt.<sup>8</sup>

## 2 Die Vorgaben von EMRK und Unionsrecht für die Ausweisung von minderjährigen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen

### 2.1 Zum Geltungsanspruch von EMRK und GRCh im deutschen Aufenthaltsrecht

Die EMRK bindet nach Art. 20 III GG alle staatlichen Behörden und Gerichte und ist im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung bei der Anwendung des deutschen Rechts zu berücksichtigen.<sup>9</sup> Dem wird im Rahmen des Aufenthaltsrechts durch die in § 1 I 5 AufenthG normierte, auf den ersten Blick blasse Maßgabe Rechnung getragen, dass die Regelungen in anderen Gesetzen unberührt bleiben. Damit soll klargestellt werden, dass sachlich einschlägige Regelungen auf einfachgesetzlicher Ebene, auch im Rang eines Bundesgesetzes stehende völkerrechtliche Verträge, vorrangig anzuwenden sind.<sup>10</sup> Auch aus diesem positivrechtlichen Grund ist die EMRK, soweit ihr Geltungsanspruch reicht, auch bei sog. gebundenen Entscheidungen nach dem AufenthG anwendbar und kann zu Änderungen des Normbefehls führen.

Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens ist mit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1.12.2009 nach Art. 7 GRCh außerdem primärrechtlich gewährleistet.<sup>11</sup> Widersprüche zwischen dieser Gewährleistung und Art. 8 EMRK werden durch Art. 52 III GRCh vermieden, wonach die Gewährleistungen der GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in durch die thematisch entsprechenden Normen der EMRK beigelegt wird.<sup>12</sup> Deshalb entspricht der Schutzgehalt des Art. 7 GRCh dem des Art. 8 EMRK.<sup>13</sup> Beide Gewährleistungen unterliegen auch der gleichen qualifizierten Schrankensystematik, so dass die etwaigen Beschränkungen der in Art. 7 GRC verbürgten Rechte nach Art. 52 I GRC den Einschränkungen entsprechen, die im Rahmen des Art. 8 II EMRK gerechtfertigt werden können.<sup>14</sup>

Ausweisungen und Abschiebungen durch deutsche Behörden sind nach dem Gesagten (auch) an Art. 8 EMRK zu messen. Sofern z. B. auf der Rückführungsrichtlinie<sup>15</sup> beruhendes, also unionsrechtlich determiniertes deutsches Recht angewendet wird oder – nach dem weiten Verständnis des Geltungsanspruchs der Unionsgrundrechte – nationale Maßnahmen in unionsrechtliche Grundfreiheiten eingreifen, kommt das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 GRCh zur Geltung. In diesen Fällen kommt es auch zur Begründung des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs, der ebenfalls von § 1 Abs. 1 S. 5 AufenthG erfasst wird.

8 Einen Überblick zu Umsetzungsproblemen in diesem Bereich gibt Marx, ZAR 2011, 292 ff.

9 BVerfGE 111, 307, 323 (329).

10 Cremer, ZAR 2006, 341, 349, 354; Funke-Kaiser, GK-AufenthG, § 1, Rn. 23.1; Hailbronner, AuslR, § 1 AufenthG, Rn. 8; Mayer, VerwArch 101 (2010), 482, 496f.

11 EuGH, Urt. v. 4.3.2010, Rs. C-578/08, Chakroun, NVwZ 2010, 697, Rn. 44; Kokott/Sobotta, EuGRZ 2010, 265, 267.

12 EuGH, Urt. v. 9.11.2011, Rs. C-92/09, C-93/09, Schecke/Eifert, Rn. 52.

13 Bernsdorff, in Meyer (Fn 4), Art. 7, Rn. 1; der EuGH legt deshalb in seiner Rechtsprechung die Argumentation und Gewichtung des EGMR zugrunde: EuGH, Urt. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09, Tsakouridis, NVwZ 2011, 221, 224, Rn. 52f.

14 EuGH, Schecke/Eifert (Anm. 12), Rn. 52; Bernsdorff, in Meyer, (Anm. 4), Art. 7, Rn. 18; Kingreen, in Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 7 GRCh, Rn. 14.

15 Richtlinie 2008/115/EG v. 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger, ABl. EU, Nr. L 348/98 v. 24.12.2008.

## 2.2 Die Vorgaben im Einzelnen

Der Schutz von Minderjährigen im Rahmen von Ausweisungen und Abschiebungen erschließt sich systematisch und tatsächlich am besten aus dem Blickwinkel ihrer Einbindung in eine Familie. Deshalb erscheint es sinnvoll, zunächst den Schutz des Familienlebens in den Blick zu nehmen und anschließend auf die Sonderthematik des unbegleiteten Minderjährigen einzugehen.

Der Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh bezieht sich auf die tatsächlich gelebten Bindungen zu rechtmäßig im Staatsgebiet lebenden Familienmitgliedern innerhalb der Kernfamilie.<sup>16</sup> Die Beziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern sowie zwischen erwachsenen Geschwistern unterfallen nicht mehr dem Recht auf Achtung des Familienlebens, wenn nicht zusätzliche Elemente einer Abhängigkeit vorliegen, die über die üblichen gefühlsmäßigen Bindungen hinausgehen.<sup>17</sup> Ausnahmsweise erfasst werden auch junge Erwachsene, die nach Erreichen der Volljährigkeit weiterhin mit ihren Eltern in häuslicher Gemeinschaft leben.<sup>18</sup> Geschützt wird durch Art. 8 EMRK auch die Summe der persönlichen, beruflichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bindungen, die für das Privatleben eines jeden Menschen konstitutiv ist. Das Recht auf Achtung des Privatlebens im Sinne des Art. 8 I EMRK umfasst auch die Gesamtheit der sozialen Bindungen im Vertragsstaat eines – seit längerer Zeit<sup>19</sup> – rechtmäßig niedergelassenen Ausländers, der aufgrund seines Aufenthaltsstatus auf den Fortbestand des Aufenthaltsrechts vertrauen kann.<sup>20</sup> Erst nach einer längeren Aufenthaltsdauer und einer Einfügung in die Verhältnisse des Aufenthaltsstaates kann von einer Verwurzelung und einer regelmäßig damit einhergehenden Entwurzelung aus den Verhältnissen des Herkunftsstaates ausgegangen werden, die dazu führt, dass die sozialen Bindungen für das Privatleben des Ausländers konstitutiv sind<sup>21</sup> und deshalb von Art. 8 EMRK geschützt werden.

Verfügungen die einer Rechtfertigung nach Art. 8 II EMRK bedürfen, sind insbesondere die Ablehnung, der Widerruf oder die Rücknahme eines Aufenthaltstitels sowie die Ausweisung, sofern die sozialen oder familiären Bindungen der betroffenen Person nach den vom EGMR entwickelten Kriterien in den Schutzbereich des Art. 8 I EMRK fallen. Soweit die sozialen Bindungen eines Ausländers von Art. 8 EMRK geschützt werden und keine gerechtfertigte Ausnahme nach Absatz 2 vorliegt, besteht ein Anspruch auf Verlängerung des Aufenthaltsrechts, das es dem Ausländer erlaubt, sein Privat- oder Familienleben im Vertragsstaat ungehindert auszuüben.<sup>22</sup> Die Art des zu gewährenden Aufenthaltstitels wird durch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nicht determiniert.<sup>23</sup> Alle diese Verfügungen sind als Rückführungsentscheidungen im

16 EGMR (GK), Urt. v. 9.10.2003, Nr. 48321/99, Slivenko ./ Lettland, EuGRZ 2006, 560, Rn. 94; EGMR, Urt. v. 1.6.2010, Nr. 29031/04, Mawaka ./ Niederlande, Rn. 61.

17 EGMR, Slivenko, (Anm. 16), Rn. 97; EGMR, Urt. v. 17.2.2009, Nr. 27319/07, Onur ./ Vereinigtes Königreich, Rn. 45; EGMR, Urt. v. 12.1.2010, Khan ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 47486/06, InfAuslR 2010, 369.

18 EGMR (GK), Urt. v. 23.6.2008, Nr. 1638/03, Maslov ./ Österreich, Rn. 62; VGH Mannheim, NVwZ-RR 2009, 496, 498.

19 EGMR, Slivenko, (Anm. 16), Rn. 95f.; EGMR, (GK), Urt. v. 18.10.2006, Nr. 46410/99, Üner ./ Niederlande, NVwZ 2007, 1279, 1281, Rn. 59; EGMR, Urt. v. 8.1.2009, Nr. 10606/07, Grant ./ Vereinigtes Königreich, InfAuslR 2010, 89, Rn. 32; BVerfG, NVwZ 2007, 946, 947; BVerfG, NVwZ-RR 2011, 420 f., Rn. 20; Hoppe, ZAR 2006, 125, 130; Meyer-Ladewig, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8, Rn. 67.

20 BVerwG, NVwZ 2009, 1239, 1241, Rn. 20; VGH Kassel, ZAR 2006, 413 f.; näher Fritzsche, ZAR 2010, 14 ff. m.w.N.; Benassi, InfAuslR 2010, 283, 286 f.

21 OVG Lüneburg, Beschl. v. 14.6.2011, 8 ME 325/10, Juris, Rn. 30.

22 EGMR (GK), Urt. v. 7.12.2007, Nr. 59643/00, Kaftailova ./ Lettland, Rn. 51; EGMR (GK), Urt. v. 7.12.2007, Nr. 58822/00, Shevanova ./ Lettland, Rn. 46; EGMR, Urt. v. 10.3.2009, Nr. 1869/04, Botan ./ Niederlande, Rn. 22, 24; Meyer-Ladewig, (Anm. 19), Art. 8, Rn. 73.

23 EGMR, Urt. v. 10.3.2009, Nr. 1869/04, Botan ./ Niederlande, Rn. 22.

Sinne des Art. 3 Nr. 4, Art. 6 der Rückführungsrichtlinie zu qualifizieren.<sup>24</sup> Da die Rückführungsrichtlinie selbst keine materiellen Kriterien für die Rückführungsentscheidungen aufstellt, ist unter der Voraussetzung, dass die von der Ausweisung betroffenen Personen keine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG nach § 9a AufenthG<sup>25</sup> besitzen, nur Art. 8 EMRK anwendbar, da es keinen Bezug zum Unionsrecht gibt.

Im Rahmen der Rechtfertigung von Beschränkungen ist gemäß Art. 8 II EMRK zu prüfen, ob eine Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Dieses auf den ersten Blick ungenaue Kriterium hat der EGMR in der Entscheidung in der Sache *Boultif*<sup>26</sup> durch die Herausarbeitung von Leitlinien für die Abwägung konkretisiert und in der Folgerechtsprechung präzisiert<sup>27</sup> und ergänzt.<sup>28</sup> Diese Kriterien kommen nur bei sich rechtmäßig im Vertragsstaat aufhaltenden Ausländern zur Anwendung.<sup>29</sup> Danach sind insbesondere (1) die Art und Schwere der begangenen Straftat, (2) die Dauer des Aufenthaltes in dem Aufenthaltsstaat, aus dem der Betroffene ausgewiesen werden soll, (3) die seit der Tatzeit verstrichene Zeitspanne und das Verhalten des Betroffenen in dieser Zeit, (4) die Festigkeit sozialer, kultureller und familiärer Bande mit dem Aufenthaltsstaat und dem Herkunftsstaat in die Abwägung einzubeziehen.

Hat der Betroffene eine eigene Familie im Aufenthaltsstaat, so sind als weitere Kriterien (1) die Ehedauer und andere Faktoren, welche die Effektivität seines Familienlebens belegen, (2) die Kenntnis des Ehegatten von der Straftat, als die familiäre Beziehung aufgenommen wurde, (3) die Existenz von ehelichen Kindern und deren Alter, (4) das Ausmaß an Schwierigkeiten, das den Ehegatten erwarten würde, wenn er den ausgewiesenen Betroffenen in dessen Herkunftsstaat begleiten würde.

Im vorliegend bedeutsamen Zusammenhang ist besonders wichtig, dass auch und insbesondere (1) das Wohl der Kinder,<sup>30</sup> insbesondere die Ernsthaftigkeit der Probleme, mit denen die Kinder eines Betroffenen wahrscheinlich im Herkunftsstaat konfrontiert sein würden, und (2) die Festigkeit der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen des Betroffenen an den Aufenthaltsstaat und den Herkunftsstaat. In Fällen der Ausweisung von jungen Erwachsenen, die noch keine eigene Familie begründet haben, gelten als einschlägige Kriterien (1) die Art und Schwere der vom Betroffenen begangenen Straftaten, (2) die Dauer des Aufenthalts in dem Aufenthaltsstaat (3) die zwischen Tatbegehung verstrichene Zeit und das Verhalten des Betroffenen während dieser Zeit sowie (4) die Stabilität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufenthaltsstaat und zum Herkunftsland.

Das Alter des Minderjährigen kann als Ausdruck der Persönlichkeitsentwicklung bei der Anwendung einiger dieser Kriterien eine besondere Rolle spielen. So ist bei der Beurteilung der Art und Schwere der von dem Betroffenen begangenen Straftat zu prüfen, ob er diese als Jugendli-

24 Rückführungsentscheidungen sind auch Verfügungen, die den illegalen Aufenthalt herbeiführen; in diesem Sinne auch der Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 210/11, S. 63, 17, 72.

25 Nach Art. 4 RL 2003/109/EG v. 25.11.2003, ABl. EU, Nr. L 16/44 v. 23.1.2004.

26 EGMR, Urt. v. 2.8.2001, Nr. 54273/00, *Boultif* ./ Schweiz, InfAuslR 2001, 476, Rn. 48.

27 EGMR, Urt. v. 18.10.2006, Nr. 46410/09, *Üner* ./ Niederlande, NVwZ 2007, 1279, Rn. 57; EGMR, Urt. v. 28.6.2007, Nr. 31753/02, *Kaya* ./ Deutschland, InfAuslR 2007, 325, Rn. 54; EGMR, Urt. v. 17.2.2009, Nr. 27319/07, *Onur* ./ Vereinigtes Königreich, Rn. 54; EGMR, Urt. v. 24.11.2009, Nr. 1820/08, *Omojudi* ./ Vereinigtes Königreich, InfAuslR 2010, 178, Rn. 41.

28 EGMR, Urt. v. 25.3.2010, Nr. 40601/05, *Mutlag* ./ Deutschland, InfAuslR 2010, 325.

29 EGMR, *Slivenko*, (Anm. 16), Rn. 94; EGMR, *Üner*, (Anm. 27), Rn. 56, 59; EGMR, Urt. v. 6.12.2007, Nr. 69735/01, *Chair* ./ Deutschland, InfAuslR 2008, 111, 112, Rn. 58.

30 EGMR, Urt. v. 12.7.2011, Nr. 14737/09, *Šneerson & Campanella* ./ Italien, Rn 85.

cher oder als Erwachsener begangen hat. Außerdem kommt es bei der Bewertung der Dauer des Aufenthaltes des Betroffenen in dem Vertragsstaat und der Stabilität der sozialen, kulturellen und familiären Bindungen zum Aufenthaltsstaat darauf an, ob der Betroffene bereits als Kind oder als Jugendlicher in den Aufenthaltsstaat eingereist ist oder sogar dort geboren wurde oder erst als Erwachsener eingereist.

Das Regelungssystem des deutschen Aufenthaltsgesetzes, in dem zwischen Ist- (§ 53), Regel- (§ 54), und Ermessensausweisung (§ 55) unterschieden wird, trägt grundsätzlich den Erfordernissen der EMRK in ausreichendem Maße Rechnung.<sup>31</sup> Hinzu kommt, dass § 56 I AufenthG einen besonderen Ausweisungsschutz für die Fälle vorsieht, in denen ein erhöhter Vertrauensschutz besteht. Das ist unter anderem bei sich rechtmäßig aufhaltenden Ausländern der zweiten Generation und bei Ausländern mit einer Niederlassungserlaubnis, soweit sich diese mindestens fünf Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, der Fall. Dies entbindet nicht davon, im Einzelfall den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der durch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK geschützten Belange zu wahren.<sup>32</sup>

Als Entscheidungsregel lässt sich damit folgende Maßgabe<sup>33</sup> ableiten: Je stärker der von einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme Betroffene im Vertragsstaat integriert ist, desto schwerer muss das öffentliche Interesse an der Maßnahme wiegen, da nach Art. 8 II EMRK die gegenläufigen Interessen in ein ausgewogenes Verhältnis zu bringen sind. Ausnahmefälle im Sinne des § 56 I 3 AufenthG sind durch atypische Umstände gekennzeichnet, die ein Abweichen von der gesetzlichen Regel rechtfertigen.<sup>34</sup> Das Vorliegen einer Ausnahme von der Regel nach § 56 I 3 AufenthG ist anzunehmen, mit der Folge, dass Ermessen auszuüben ist,<sup>35</sup> wenn dies schutzwürdige Belange erfordern. Von der Ausweisung insgesamt abzusehen ist nur, sofern eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.<sup>36</sup> Von einem Ausnahmefall mit der Folge einer *Ermessensentscheidung* ist in den Fällen von Ausländern der zweiten Generation und von Personen mit einem vergleichbar hohen Grad an Schutzwürdigkeit<sup>37</sup> sowie beim Vorliegen von verantwortungsvoll gelebten und vom Schutzzweck des Art. 6 GG bzw. des Art. 8 EMRK erfassten familiären Bindungen<sup>38</sup> auszugehen.<sup>39</sup> Bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit der Bindungen ist neben der Intensität der Bindungen und dem Alter auch zu berücksichtigen, welche Sprachen die Ausländer beherrschen und welche Bindungen sie zu Personen im Herkunftsstaat und welche Bindungen sie zu Personen im Aufenthaltsstaat haben.<sup>40</sup> Erst bei Ausländern der zweiten Generation kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass ihre Angewiesenheit auf die im Vertragsstaat geknüpften sozialen Bindung so stark ist, dass dem erhöhten Schutzbedürfnis nur durch eine Ermessensentscheidung Rechnung getragen werden kann.<sup>41</sup> Sowohl EGMR als auch BVerwG stellen maßgeblich auf die Unterschei-

31 BVerfG, NVwZ 2004, 852, 853; NVwZ 2007, 1300; BVerwGE 130, 20, 24; *Langeheine*, in: Kluth/Hund/Maaßen (Hrsg.), *Zuwanderungsrecht*, 2008, § 5, Rn. 50; *Thym*, *Migrationsverwaltungsrecht*, 2010, S. 250.

32 BVerfG, NVwZ 2007, 946, 947 f.; NVwZ 2007, 1300; BVerwGE 130, 20, 24; *Hailbronner*, *AuslR*, vor § 53 AufenthG, Rn. 5 ff.; *Langenfeld*, in: FS Herzog, 2009, S. 256 f., 262 ff.

33 So formuliert bei *Fritzschke*, ZAR 2011, 297 (301).

34 BVerwGE 129, 367, 372.

35 BVerwGE 129, 367, 374; VGH München, Urt. v. 31.1.2011, 10 ZB 10.2868, Rn. 17 - juris; OVG Lüneburg, Urt. v. 10.3.2011, 8 LB 153/09, Rn. 41f. - juris.

36 BVerfG, NVwZ 2007, 946, 947; BVerwGE 129, 367, 374.

37 VGH Kassel, Beschl. v. 14.1.2009, 9 A 1622/08.Z, *Juris*, Rn. 24; *Langenfeld*, (Anm. 32), S. 262 f.; weitergehend *Thym*, (Anm. 31), S. 250; *Strieder*, *InfAuslR* 2009, 371, 377.

38 BVerwGE 129, 367, 373.

39 Siehe dazu auch VwV-AufenthG, Nr. 54.0.3.

40 EGMR, Urt. v. 4.10.2001, Nr. 43359/98, *Adam ./. Deutschland*, NJW 2003, 2595, 2596.

41 Siehe dazu auch VwV-AufenthG, Nr. Vor 53.5.6.2.

dung zwischen der ersten und zweiten Generation ab.<sup>42</sup> Die Ausländer der ersten Generation haben in der Regel noch stärkere kulturelle und soziale Bindungen zum Herkunftsstaat, die ihnen die Wiedereingliederung erleichtern. In allen anderen Fällen ist das vom Bundesgesetzgeber vorgesehene differenzierte und abgestufte Ausweisungssystem anzuwenden. Bei der Ermessensentscheidung nach § 55 III AufenthG hat eine gewichtende Gesamtbewertung der Lebensumstände des Ausländers zu erfolgen,<sup>43</sup> um feststellen zu können, ob nach Erlass der Ausweisung die gegenläufigen Interessen der betroffenen Einzelnen und der gesamten Gesellschaft in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Jedoch kann aus Art. 8 EMRK selbst für Ausländer der zweiten Generation kein absolutes Recht abgeleitet werden, nicht aus dem Hoheitsgebiet des Vertragsstaates ausgewiesen zu werden, da auch bei diesen Personen die Schranke des Art. 8 II EMRK anwendbar ist.<sup>44</sup> Dem entsprechend liegt in dem Vorliegen eines Ausnahmefalles noch kein negatives Präjudiz, sondern der Ausweisungsgrund ist entsprechend seinem Gewicht, das in dem gestuften Ausweisungssystem und der Regelvermutung nach § 56 I 3 AufenthG<sup>45</sup> zum Ausdruck kommt, in die Ermessensentscheidung einzubeziehen.<sup>46</sup> So wiegt etwa in den Fällen von Ausweisungen wegen Unterstützung terroristischer Organisationen nach § 54 Nr. 5 AufenthG das öffentliche Interesse an der Ausweisung besonders schwer.

Schwerwiegende Straftaten, und insbesondere das öffentliche Interesse an der Bekämpfung der Drogenkriminalität, können die schutzwürdigen Belange des Einzelnen auch bei langjährigen Aufenthalt im Vertragsstaat überwiegen.<sup>47</sup> Sofern die Straftaten besonders schwer wiegen und deshalb ein dringendes Bedürfnis besteht, über eine etwaige strafrechtliche Sanktion hinaus durch eine Ausweisung andere Ausländer von Straftaten ähnlicher Art und Schwere abzuhalten, sind auch – unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – generalpräventive Ausweisungen zulässig.<sup>48</sup> Solche schwerwiegenden Straftaten sind insbesondere Drogendelikte und schwere Bandendiebstähle, als eine Art des organisierten Verbrechens.<sup>49</sup> Generalpräventive Erwägungen sind im Rahmen des Art. 8 II EMRK zulässig<sup>50</sup> und auch verfassungsrechtlich keinen Bedenken ausgesetzt. In einer generalpräventiven Ausweisung liegt insbesondere kein Verstoß gegen das in Art. 1 I GG verankerte Instrumentalisierungsverbot, da in der Sanktionierung des *eigenen* Verhaltens des Ausländers, um andere Ausländer von der Begehung von Straftaten abzuhalten, keine Herabwürdigung zum Objekt staatlichen Handelns gesehen werden kann.<sup>51</sup>

## 2.3 Die Einbeziehung der UN-Kinderrechtskonvention durch den EGMR in der Entscheidung Nunez ./ Norwegen

Eine neue Akzentuierung hat die Berücksichtigung des Kindeswohls bei Ausweisungsentscheidungen in Bezug auf einen Elternteil durch die Entscheidung des EGMR in der Sache Nunez ./

42 BVerwG, ZAR 2010, 284 ff., Rn. 22, 26.

43 BVerwGE 133, 73, 84; BVerfG, NVwZ-RR 2011, 420, 422, Rn. 21.

44 EGMR, Üner, (Anm. 27), Rn. 55; BVerfG, NVwZ 2004, 852, 853; NVwZ 2007, 1300, 1301; Hailbronner, AuslR, Vor § 53 AufenthG, Rn. 18.

45 Die jedoch nicht als abschließend zu verstehen ist, vgl. BVerwG, ZAR 2009, 145 f.

46 BVerwGE 129, 367, 373; Thym, (Anm. 31), S. 251, 254; vgl. auch BVerwG, ZAR 2010, 284 ff., Rn. 22.

47 Hoppe, ZAR 2008, 251, 255; Eckertz-Höfer, ZAR 2008, 93.

48 BVerwGE 101, 247, 255; 121, 356, 362; Thym, (Anm. 31), S. 251; Dienelt, (Anm. ), § 56 AufenthG, Rn. 7.

49 VGH München, Beschl. v. 31.1.2011, 10 ZB 10.2868, Juris, Rn. 15.

50 EGMR, Chair, (Anm. 29), Rn. 24, 60 ff.

51 BVerfGE 50, 167, 175f.; BVerfG, NVwZ 2007, 1300 f.; Langeheine, (Anm. 31), § 5, Rn. 48; a. A. VGH Mannheim, Urt. v. 18.3.2011, 11 S 2/11, Rn. 27 - juris.

Norwegen erfahren.<sup>52</sup> In dem zugrunde liegenden Fall hatte die Mutter zweier in Norwegen beim sorgeberechtigten Vater lebenden Kinder ihren mehrfachen Aufenthalt im Land durch schwerwiegende Täuschungshandlungen herbeigeführt. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass die Behörden nach Kenntnis der Umstände des Falles mehrere Jahre mit der Ausweisung warteten, die Kinder durch die schwierigen Lebensumstände (unter anderem durch die Trennung der Eltern bedingt) stark belastet waren und zudem mit einem baldigen Rückkehrrecht der Mutter wegen der Schwere der Rechtsverstöße nicht zu rechnen war. Obwohl der EGMR die Rechtfertigung einer Ausweisung und eines zweijährigen Wiedereinreiseverbot in Fällen solcher Art aus spezial- und generalpräventiven Gründen entsprechend der bisherigen Rechtsprechung anerkennt, gelangt er im Rahmen einer abschließenden Abwägung unter expliziter Bezugnahme auf die Kinderrechtskonvention zu dem Schluss, dass die Ausweisung der Mutter wegen der damit verbundenen Gefährdung des Kindeswohls nicht gerechtfertigt ist:

„84. Having regard to all of the above considerations, notably the children's long lasting and close bonds to their mother, the decision in the custody proceedings, the disruption and stress that the children had already experienced and the long period that elapsed before the immigration authorities took their decision to order the applicant's expulsion with a re-entry ban, the Court is not convinced in the concrete and exceptional circumstances of the case that sufficient weight was attached to the best interests of the children for the purposes of Article 8 of the Convention. Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions taken by public authorities concerning children (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 135, ECHR 2010 ...). The Court is therefore not satisfied that the authorities of the respondent State acted within their margin of appreciation when seeking to strike a fair balance between its public interest in ensuring effective immigration control, on the one hand, and the applicant's need to be able to remain in Norway in order to maintain her contact with her children in their best interests, on the other hand.

85. In sum, the Court concludes that the applicant's expulsion from Norway with a two-year re-entry ban would entail a violation of Article 8 of the Convention.“

Der Gerichtshof betont zwar, dass es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, um von vorneherein einer Verallgemeinerung entgegen zu treten. Die mit der Entscheidung verbundene „Trendwende“ ist aber nicht zu leugnen und wird auch in der Kritik der dissentierenden Richter *Mijovic* und *de Gaetano* deutlich, die unter anderem auf die Gefahr der Schwächung des öffentlichen Interesses an einer wirksamen Einreisekontrolle hinweisen, wenn die auf den Einzelfall konzentrierte Folgenbetrachtung letztlich dazu führt, dass Migranten zur Nichtbeachtung der Einreisebestimmungen motiviert werden. Hinzu kommt, dass beide Richter die zweijährige Wiedereinreise-sperre auch im Hinblick auf das Kindeswohl für verhältnismäßig erachten.

52 EGMR, Urt. v. 28.06.2011, Nr. 55597/09.

### 3 Die besonderen Anforderungen bei der Ausweisung und Rückführung unbegleiteter Minderjähriger

#### 3.1 Die Vorgaben der Rückführungsrichtlinie

Die RL 2008/115/EG sieht in Art. 10 vor, dass die Mitgliedstaaten bei der Rückführung von unbegleiteten Minderjährigen<sup>53</sup> besondere Schutzmaßnahmen zu treffen haben.<sup>54</sup> Diese beziehen sich auf das Verfahren vor der Rückführungsentscheidung als auch auf die Durchführungsphase:

„(1) Vor Ausstellung einer Rückkehrentscheidung für unbegleitete Minderjährige wird Unterstützung durch geeignete Stellen, bei denen es sich nicht um die für die Vollstreckung von Rückkehrentscheidungen zuständigen Behörden handelt, unter gebührender Berücksichtigung des Wohles des Kindes gewährt.

(2) Vor Abschiebung von unbegleiteten Minderjährigen aus dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates vergewissern sich die Behörden dieses Mitgliedstaats, dass die Minderjährigen einem Mitglied ihrer Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung im Rückkehrstaat übergeben werden.“

Damit soll den spezifischen Anforderungen aus Art. 3 der Kinderrechtskonvention Rechnung getragen werden<sup>55</sup> wobei bereits bei der Interpretation der Richtlinie umstritten ist, wie deren Anforderungen im Lichte der Kinderrechtskonvention auszulegen sind. So hält Marx die Vorgaben der Richtlinie vor dem Hintergrund der Anforderungen der Kinderrechtskonvention für „lax“ und verweist zur Begründung unter anderem auf die interpretierenden Stellungnahmen des Ausschusses nach der Kinderrechtskonvention.<sup>56</sup> Dabei geht es unter anderem um die Anforderungen, die an die behördliche Vergewisserung nach Art. 10 Abs. 2 RL 2008/115/EG zu stellen sind. Nach seiner Ansicht reicht es dabei nicht aus, sich der „Übernahmebereitschaft“ der zukünftigen Betreuungspersonen im Zielstaat zu vergewissern; es bedürfe vielmehr einer Prüfung ihrer Bereitschaft und Eignung zur sachgerechten Ausübung des Sorgerechts bei der Übergabe im Abschiebungszielstaat, jedenfalls dann, wenn es sich nicht um Verwandte handelt.<sup>57</sup> Zudem kann nach seiner Meinung in solchen Fällen eine Abschiebung nur in den Herkunftsstaat erfolgen.<sup>58</sup> Dafür sprechen in der Tat gute Gründe.

#### 3.2 Umsetzung im deutschen Recht

Der Bundesgesetzgeber hat Art. 10 RL 2008/115/EG durch die Einfügung eines Absatzes 1a in § 58 AufenthG umgesetzt. Dieser lautet:

53 Zur aktuellen Bedeutung und Verfahrensweise sowie statistischen Angaben kann auf die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Ulla Jelpke u. a. BT-Drucks. 17/7433 verwiesen werden.

54 Auch Art. 5 RL 2008/115/EG hebt bereits das Wohl der Kinder hervor: „Bei der Umsetzung dieser Richtlinie berücksichtigen die Mitgliedstaaten in gebührender Weise: a) das Wohl des Kindes, b) die familiären Bindungen, c) den Gesundheitszustand der betreffenden Drittstaatsangehörigen, und halten den Grundsatz der Nichtzurückweisung ein.“

55 So auch Erwägungsgrund 22 der Richtlinie: „In Übereinstimmung mit dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes von 1989 sollten die Mitgliedstaaten bei der Durchführung dieser Richtlinie insbesondere das „Wohl des Kindes“ im Auge behalten. In Übereinstimmung mit der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten sollte bei der Umsetzung dieser Richtlinie der Schutz des Familienlebens besonders beachtet werden.“

56 Marx, ZAR 2011, 292 (296 f.) auch mit Nachweisen zur deutschen Rechtsprechung zu diesem Themenkomplex.

57 Marx, ZAR 2011, 292 (296).

58 Marx, ZAR 2011, 292 (297).



„Vor der Abschiebung eines unbegleiteten minderjährigen Ausländers hat sich die Behörde zu vergewissern, dass dieser im Rückkehrstaat einem Mitglied seiner Familie, einer zur Personensorge berechtigten Person oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung übergeben wird.“

Damit werden die Einzelheiten der Ausübung der Vergewisserung offen gelassen bzw. der Auslegung und den Anwendungshinweisen überlassen mit der Folge, dass die Interpretationsfragen, die zu Art. 10 RL 2008/115/EG angesprochen wurden, sich auch bei der Anwendung des § 58 Abs. 1a AufenthG stellen.

Auffällig ist zudem, dass sich im zweiten Richtlinienumsetzungsgesetz keine Regelung findet, die der Umsetzung von Art. 10 Abs. 1 RL 2008/115/EG dient. Insoweit ist aber zu beachten, dass eine entsprechende Betreuungspflicht des Jugendamtes bereits in § 42 SGB VIII geregelt ist<sup>59</sup> und diese Norm auch auf die von der Richtlinie angesprochenen Fallgestaltungen zur Anwendung kommt. Insoweit bestand deshalb kein gesonderter Regelungsbedarf im Aufenthaltsgesetz. Allenfalls hätte aus Gründen der Transparenz bei der Regelung des Verfahrens auf § 42 SGB VIII verwiesen werden können.

## 4 Die Ausweisung der Eltern von minderjährigen Unionsbürgern nach der Zambrano-Entscheidung des EuGH

### 4.1 Gegenstand und zentrale Aussagen der Entscheidung

Ähnlich wie die EGMR Entscheidung in der Sache *Nunez* ./ Norwegen hat die Entscheidung des EuGH in der Sache *Ruiz Zambrano*<sup>60</sup> einen neuen Akzent für nationale Ausweisungsentscheidungen gesetzt, über dessen Tragweite derzeit ebenso gestritten wird<sup>61</sup> wie über die methodischen Grundlagen<sup>62</sup> der Entscheidung.

Zugrunde lag der Entscheidung der Fall des mit seiner Ehefrau seit 1999 in Belgien aufhältigen Kolumbianers *Ruiz Zambrano*, der erfolglos Asyl beantragt hatte und anschließend geduldet wurde. Herr *Ruiz Zambrano* war die meiste Zeit berufstätig und zahlte regulär Abgaben. Während des Aufenthalts wurde ein (weiteres) Kind geboren, das die belgische Staatsangehörigkeit erlangte und damit auch den Unionsbürgerstatus. Im Ausgangsverfahren vor dem belgischen Gericht ging es um die Frage des Arbeitsmarktzugangs von Herrn *Ruiz Zambrano*. Hätte er mit seiner Familie, insbesondere mit seinem die belgische Staatsangehörigkeit und die Unionsbürgerschaft besitzenden Kind vom Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht, so hätte ihm nach der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38 ein Aufenthaltstitel mit dem Recht zum Arbeitsmarktzugang zugestanden. Die Generalanwältin *Sharpston* forderte den EuGH in ihren Schlussanträgen<sup>63</sup> auf, seine Rechtsprechung zur Inländerdiskriminierung zu ändern und vor diesem Hintergrund den belgischen Staat zu verpflichten, ein Aufenthaltsrecht mit Arbeitsmarktzugang einzuräumen. Diesem Vorschlag folgte der

59 Zu Einzelheiten dieser Betreuungspflicht des Jugendamtes *Ollmann*, FamRZ 2000, 261 ff.

60 EuGH, Urt. v. 8.03.2011, Rs. C-34/09n- *Zambrano* ./ Office national de l'emploi, NVwZ 2011, 545; dazu *Huber*, NVwZ 2011, 856 ff.; *Frenz*, ZAR 2011, 221 ff.; *Gutmann*, InfAuslR 2011, 177 ff.; *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 ff.; *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 ff.; *Pfersich*, ZAR 2011, 189 ff.; *Graf Vitzthum*, EuR 2011, 550 ff.

61 Eine erhebliche Tragweite nehmen u. a. *Huber*, NVwZ 2011, 856 ff. und *Gutmann*, InfAuslR 2011, 177 ff. an. Beide sehen in der Entscheidung die Grundlage für die Überwindung der Inländerdiskriminierung im Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie. Restriktiver *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 ff.

62 Zu ihnen kritisch *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 ff.

63 *GA Sharpston* v. 30.09.2010, C-34/09.

EuGH jedoch nicht. Vielmehr stützte er sich auf eine andere Argumentation, bei der auf einen sog. Kernbestand an Rechten abgestellt wurde, die einem Unionsbürger zustehen:

„[41] Wie der Gerichtshof mehrfach hervorgehoben hat, ist der Unionsbürgerstatus dazu bestimmt, der grundlegende Status der Angehörigen der Mitgliedstaaten zu sein.

[42] Unter diesen Umständen steht Art. 20 AEUV nationalen Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird.

[43] Eine derartige Auswirkung liegt vor, wenn einer einem Drittstaat angehörenden Person in dem Mitgliedstaat, in dem ihre minderjährigen Kinder, die diesem Mitgliedstaat angehören und denen sie Unterhalt gewährt, der Aufenthalt und eine Arbeitserlaubnis verweigert werden.

[44] Eine solche Aufenthaltsverweigerung hat nämlich zur Folge, dass die genannten Kinder – Unionsbürger – gezwungen sind, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihre Eltern zu begleiten. Ebenso besteht die Gefahr, dass eine solche Person, wenn ihr keine Arbeitserlaubnis erteilt wird, nicht über die für ihren Unterhalt und den ihrer Angehörigen erforderlichen Mittel verfügt, was ebenfalls zur Folge hätte, dass ihre Kinder – Unionsbürger – gezwungen wären, das Hoheitsgebiet der Union zu verlassen. Unter derartigen Umständen wäre es den genannten Unionsbürgern unmöglich, den Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, tatsächlich in Anspruch zu nehmen.

[45] Somit ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 20 AEUV dahin auszulegen ist, dass er es einem Mitgliedstaat verwehrt, einem Drittstaatsangehörigen, der seinen minderjährigen Kindern, die Unionsbürger sind, Unterhalt gewährt, zum einen den Aufenthalt im Wohnsitzmitgliedstaat der Kinder, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, zu verweigern und ihm zum anderen eine Arbeitserlaubnis zu verweigern, da derartige Entscheidungen diesen Kindern den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehren würde.“

Damit vermeidet der EuGH einerseits, seine gefestigte Rechtsprechung zur Inländerdiskriminierung zu ändern und der Richtlinie 2004/38/EG eine über den ausdrücklichen Wortlaut und gesetzgeberischen Willen hinausgehenden Regelungsgehalt zu verleihen, führt mit dem unionsrechtlich bislang nicht etablierten Begriff eines Kernbestandes an Rechten der Unionsbürger eine neue Variable in das Ausweisungsrecht ein, deren Tragweite vorerst nur grob abzuschätzen ist. Dies haben erste Interpretationsversuche der neuen Formel in der Literatur<sup>64</sup> und Rechtsprechung<sup>65</sup> sowie zwei Folgeurteile des EuGH<sup>66</sup> in den letzten Monaten gezeigt.

#### 4.2 Erste, weitgehende Interpretationen und methodische Kritik

In ersten Interpretationsversuchen des Urteils wurde die These eines Abschieds von der Inländerdiskriminierung in den Raum gestellt und dabei letztlich davon ausgegangen, der EuGH sei der Argumentation der Generalanwältin *Sharpston* gefolgt.<sup>67</sup> Dagegen spricht indes bereits der Umstand, dass der EuGH mit keiner Silbe auf die Schlussanträge Bezug nimmt und seine Argumentation auch nicht auf die Gleichbehandlung aufbaut. Vielmehr beschreitet das Gericht einen methodisch völlig anderen Weg, dessen genaue Einordnung sogleich zu diskutieren ist (sub 4.4).

64 Insbesondere *Huber*, NVwZ 2011, 856 ff. und *Gutmann*, InfAuslR 2011, 177 ff.

65 OVG Münster, NVwZ 2011, 955; VGH Mannheim, NVwZ 2011, 1210.

66 EuGH, Urt. v. 5.05.2011, Rs. C-434/09 – *McCarthy* (dazu *Frenz*, ZAR 2011, 221 ff.); EuGH (GK), Urt. v. 15.11.2011, Rs-C256/11 – *Dereci u. a.*, EuZW 2011, 522.

67 So die Tendenz bei *Gutmann*, InfAuslR 2011, 177 ff. Deutlich anders *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2009): „Die dogmatische Eigenständigkeit der Kernbereichsdoktrin verdeutlicht, dass der EuGH gerade kein generelles Verbot der Inländerdiskriminierung ausspricht.“

Eine weniger weitreichende Verallgemeinerung nimmt *Huber* vor, wenn er behauptet, der Kernbestand der Rechte eines Unionsbürgers sei auch dann betroffen, wenn ein Erwachsener zur Ausreise verpflichtet werde.<sup>68</sup> Sollte dies zutreffen, so wären aber gleichwohl zahlreiche weitere Fallkonstellationen ohne grenzüberschreitenden Bezug betroffen.<sup>69</sup>

Aus dem Blickwinkel der methodischen Grundlagen der Argumentation ist die Zambrano-Entscheidung des EuGH vor allem von *Hailbronner* und *Thym* kritisiert worden.<sup>70</sup> Dabei werden zwei Fragen hervorgehoben: der Verzicht auf einen grenzüberschreitenden Sachverhalt<sup>71</sup> und die Missachtung des ausdrücklichen Willens des Europäischen Gesetzgebers (namentlich der Mitgliedstaaten), der in der Richtlinie 2004/38/EG ebenfalls reine Inlandssachverhalte ausgeklammert hat.<sup>72</sup> Überdies gehen beide Autoren davon aus, dass sich die Entscheidung in erster Linie auf junge Unionsbürger auswirkt und weichen damit von den Einschätzungen zur Tragweite des Urteils ab, die *Gutmann* und *Huber* formuliert haben.<sup>73</sup> Bemängelt wird schließlich die fehlende Begründung der neuen Kernbereichsdoktrin sowie die mangelhafte Abgrenzung zur bisherigen Rechtsprechungslinie, die grund- und menschenrechtliche Argumente (Art. 8 EMRK, jetzt auch Art. 7 und 24 GRCh) in den Vordergrund gestellt und die Entscheidung des Einzelfalls den mitgliedstaatlichen Gerichten überantwortet hatte.<sup>74</sup>

#### 4.3 Genauere Einordnung des „Kernbereichs der Rechte eines Unionsbürgers“ durch die Folgerechtsprechung des EuGH

Dass es ihm nicht um eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der RL 2008/38/EG geht und auch nicht um eine Abschaffung verbliebener Inländerdiskriminierungen, hat der EuGH in seiner Entscheidung *McCarthy*<sup>75</sup> herausgearbeitet. In diesem Fall ging es um die Ausweisung des drittstaatsangehörigen Ehemanns einer Frau, die zugleich die irische und englische Staatsangehörigkeit besitzt, in Großbritannien wohnt und nicht von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch macht. Der EuGH stellt dazu klar, dass in einem solchen Fall der Kernbestand der Rechte eines Unionsbürgers nicht betroffen ist, da die Frau nicht gezwungen ist, das Unionsgebiet zu verlassen:

„[57] Nach alledem ist die erste Vorlagefrage wie folgt zu beantworten:

–Art. 3 der Richtlinie 2004/38 ist dahin auszulegen, dass diese Richtlinie auf einen Unionsbürger, der noch nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, der sich stets in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, aufgehalten hat und der sich im Übrigen im Besitz der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats befindet, nicht anwendbar ist.

68 *Huber*, NVwZ 2011, 856 (857): „Die vom EuGH aufgestellten Grundsätze sind nicht nur anzuwenden, wenn ein Kind drittstaatsangehöriger Eltern *Unionsbürger* ist. Vielmehr sind sie auch zu beachten, sofern ein Elternteil z. B. auf Grund einer Einbürgerung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, dessen Kind aber aus welchen Gründen auch immer (z. B. nicht beschaffbare Unterlagen aus dem Herkunftsland) weiterhin allein Drittstaatsangehöriger ist.“

69 Zu ihnen *Huber*, NVwZ 2011, 856 (857 ff.).

70 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 ff.

71 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 f. Bislang hat der EuGH den grenzüberschreitenden Sachverhalt immer als Voraussetzung für den Rekurs auf die Unionsbürgerschaft behandelt: „Die in Artikel 7 EG vorgesehene Unionsbürgerschaft bezweckt jedoch nicht, den sachlichen Anwendungsbereich des Vertrags auf interne Sachverhalte auszudehnen, die keinerlei Bezug zum Gemeinschaftsrecht aufweisen.“ EuGH, Urt. v. 2.10.2003 - C-148/02, Slg. 2003, I-11613, Rn 26 – *Garcia Avello*.

72 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2009 f.): „richterliche Überlagerung des geschriebenen Rechts“.

73 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2012 f.).

74 *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 (2010).

75 EuGH, Urt. v. 5.05.2011, Rs. C-434/09 – *McCarthy* EuZW 2011, 522 (dazu *Frenz*, ZAR 2011, 221 ff.); *Huber*, NVwZ 2011, 856 (859) meint irrtümlich, dass dieses Urteil seine weite Interpretation nicht betrifft.

–Art. 21 AEUV ist auf einen Unionsbürger, der noch nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, der sich stets in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, aufgehalten hat und der sich im Übrigen im Besitz der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats befindet, nicht anwendbar, sofern die Situation dieses Bürgers nicht von der Anwendung von Maßnahmen eines Mitgliedstaats begleitet ist, die bewirken, dass ihm der tatsächliche Genuss des Kernbestands der durch den Unionsbürgerstatus verliehenen Rechte verwehrt oder die Ausübung seines Rechts, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, behindert würde.“

Ein weitere Klarstellung hat der EuGH in seiner mehrere unterschiedliche Sachverhalte aus Österreich betreffenden Entscheidung vom 15.11.2011 in der Sache Dereci u. a.<sup>76</sup> vorgenommen. Dabei ging es um verschiedene Fallkonstellationen, in denen es um das Aufenthaltsrecht von erwachsenen Unionsbürgern oder Drittstaatsangehörigen ging, das sich teilweise auch auf Minderjährige auswirkte, ohne dass für die betroffenen Unionsbürgern das Verlassen des Staatsgebiets und der Union die einzige denkbare Verhaltensalternative darstellte. In diesem Urteil stellt der EuGH fest:

„[74] Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass das Unionsrecht und insbesondere dessen Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft dahin auszulegen sind, dass sie es einem Mitgliedstaat nicht verwehren, einem Drittstaatsangehörigen den Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet zu verweigern, wenn dieser Drittstaatsangehörige dort zusammen mit einem Familienangehörigen wohnen möchte, der Unionsbürger ist, sich in diesem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, aufhält und nie von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, sofern eine solche Weigerung nicht dazu führt, dass dem betreffenden Unionsbürger der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird; dies zu prüfen, ist Sache des vorlegenden Gerichts.“

Da bei Erwachsenen in der Regel die Möglichkeit besteht, für einen bestimmten Zeitraum eine räumliche Trennung hinzunehmen, wie dies auch der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK entspricht, dürfte die Kernbereichs-Formel der Zambrano-Entscheidung in der Tat vor allem Fälle betreffen, in denen ein Kleinkind mit Unionsbürgerstatus, das in seinem Aufenthaltsort vollständig von den Drittstaatsangehörigen Eltern abhängig ist, durch die Ausweisung der Eltern auch zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen wird. Eine ausnahmsweise Anwendung auch auf Erwachsene ist aber nicht völlig ausgeschlossen und Sache der Einzelfallbetrachtung durch die mitgliedstaatlichen Gerichte.

#### 4.4 Dogmatische Einordnung der Kernbereichsdoktrin

Über die Folgen der Kernbereichsdoktrin für das Verständnis der Unionsbürgerschaft wurden in den letzten Monaten zahlreiche Überlegungen vorgetragen, die nur beschränkt klare Konturen aufweisen.<sup>77</sup> Näher liegen dürfte es, die vom EuGH erfundene Argumentationsfigur in der Nähe einer Billigkeitsüberlegung zu verorten, mit der Grenzfälle erfasst werden, in denen einem Unionsbürger jegliche Möglichkeit genommen wird, aus seinem Status Rechte gegenüber einem Mitgliedstaat oder der Union abzuleiten. Solche Argumentationsfiguren sind in zahlreichen Teilrechtsgebieten anzutreffen und sie dienen der Durchführung einer übergeordneten materiellen Gerechtigkeitskontrolle im Einzelfall. Damit verbunden ist naturgemäß der Nachteil, dass eine klare methodische Ableitung ebenso wenig geleistet werden kann, wie eine klare Abschätzung des Anwendungsfeldes. Es geht um Grenzfälle des Rechts, die immer schwer zu erfassen sind und letztlich die spezifische Reservefunktion der Gerichte bei der Verwirklichung materieller Gerechtig-

<sup>76</sup> EuGH (GK), Urt. v. 15.11.2011, Rs-C256/11 – Dereci u. a.

<sup>77</sup> Siehe exemplarisch *Nettesheim*, JZ 2011, 1030 ff.

keit ansprechen. Der EuGH hat indes in seiner bisherigen Rechtsprechung zu erkennen gegeben, dass die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben einen Rahmen liefern, mit dessen Hilfe die meisten Fälle angemessen gelöst werden können. Deshalb ist damit zu rechnen, dass der Rekurs auf den Kernbestand der Unionsbürgerrechte in Zukunft vor dem EuGH ebenso selten relevant werden wird, wie die Rüge einer Verletzung des Wesensgehalts eines Grundrechts vor dem Bundesverfassungsgericht. Dass der EuGH mit der Kernbereichsdoktrin eine letzte Korrekturfunktion für sich in Anspruch nimmt, ist vor diesem Hintergrund positiv zu würdigen und Ausdruck einer auch auf materielle Einzelfallgerechtigkeit bezogenen Verantwortung.

## 5 Ausblick

Die vorstehenden Überlegungen lassen erkennen, dass der Schutz des Kindeswohls bei Ausweisungsentscheidungen aus mehreren Rechtsquellen in den letzten Jahren gestärkt wurde. Dabei geht von der Kinderrechtskonvention sicherlich der stärkste Impuls aus, unter anderem vermittelt durch Art. 24 GRCh und die Rückführungsrichtlinie. Hinzu kommt, mit einem sehr schmalen Anwendungsbereich, die Kernbereichsdoktrin des EuGH, wie er sie in der Zambrano-Entscheidung entwickelt hat.

Zu erwähnen ist abschließend, dass die Interessen von Heranwachsenden auch in einem anderen Zusammenhang gestärkt wurden. Gemeint ist damit der neue § 25a AufenthG, durch den gut integrierten Jugendlichen ein schnellerer Weg zu einem sicheren Aufenthaltstitel geebnet wird.<sup>78</sup>

*Verf.: Prof. Dr. Winfried Kluth, Richter des Landesverfassungsgerichts, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universitätsplatz 10 a, 06099 Halle, E-Mail: winfried.kluth@jura.uni-halle.de*

---

<sup>78</sup> Dazu näher *Deibel*, ZAR 2011, 241 ff.