

## Herausgeber

Jürgen Haberland,  
Ministerialrat a.D., Berlin

Prof. Dr. Kay Hailbronner,  
Universität Konstanz

Prof. Barbara John,  
Ausländerbeauftragte a.D., Berlin

Prof. Dr. Winfried Kluth,  
Universität Halle

Dr. Otto Mallmann,  
Vorsitzender Richter am  
Bundesverwaltungsgericht, Leipzig

Victor Pfaff,  
Rechtsanwalt, Frankfurt a.M.

Cornelia Rogall-Grothe,  
Ministerialdirektorin, Bundesminis-  
terium des Innern, Berlin

## Wissenschaftlicher Beirat

Vorsitzender:  
Prof. Dr. Dr. h.c.

Hans-Jürgen Papier,  
Präsident des Bundesverfassungs-  
gerichts, Karlsruhe

Nele Allenberg,  
Evangelische Kirche in Deutschland  
Prof. Dr. Klaus J. Bade,  
Universität Osnabrück

Klaus Barwig,  
Akademie der Diözese Rottenburg-  
Stuttgart

Dr. Roland Bell,  
Regierungsdirektor, Bundesamt  
für Migration und Flüchtlinge,  
Nürnberg

Dr. Wolfgang Breidenbach,  
Rechtsanwalt, Halle

Dr. Gisbert Brinkmann,  
Ministerialrat, Bundesministerium  
für Arbeit und Soziales, Bonn

Prof. Dr. Hans-Joachim Cremer,  
Universität Mannheim

Dr. Klaus Dienelt  
Richter am Verwaltungsgericht,  
Darmstadt

Katrin Gerdsmeyer,  
Kommissariat der Deutschen  
Bischöfe, Berlin

Prof. Dr. Thomas Groß,  
Universität Gießen

Prof. Dr. Peter Knösel,  
Fachhochschule Potsdam

Prof. Dr. Christine Langenfeld,  
Universität Göttingen

Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolff,  
Richterin des Bundesverfassungs-  
gerichts, Karlsruhe

Dr. Hans-Georg Maaßen,  
Ministerialdirigent, Bundesminis-  
terium des Innern, Berlin

Dr. Ursula Mehrländer,  
Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn

Dr. Hans-Ingo von Pollern,  
Regierungsdirektor, Regierungs-  
präsidium Tübingen

Volker Roßbocha,  
DGB-Bundesvorstand, Berlin

Dr. Albert Schmid,  
Präsident des Bundesamtes für  
Migration und Flüchtlinge, Nürnberg

Prof. Dr. Albrecht Weber,  
Universität Osnabrück

Prof. Dr. Michael Wollenschläger †,  
Universität Würzburg

Prof. Dr. Andreas Zimmermann,  
Universität Kiel

Prof. Dr. Ingo Kraft, Leipzig\*

## Neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Ausländer- und Asylrecht

*Der Beitrag gibt einen Überblick zur neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in den Bereichen des Ausländer- und Asylrechts und arbeitet dabei vor allem neue Orientierungen und Fragestellungen heraus.*

### 1. Einführung

Die Materien des Ausländer-, Asyl- und Flüchtlingsrechts befinden sich derzeit in einem fundamentalen Umbruch:

Spannt man im klassischen Ausländerrecht den Bogen von den ersten Rechtsquellen in den Ausländerpolizeiverordnungen<sup>1</sup> über das Ausländergesetz von 1965<sup>2</sup> und 1990<sup>3</sup> bis hin zum Aufenthaltsgesetz vom 30.7.2004<sup>4</sup> und betrachtet die dazu ergangene Rechtsprechung, ist die dieses Rechtsgebiet ursprünglich allein beherrschende sicherheitsrechtliche Zwecksetzung zurückgetreten zugunsten einer Subjektivierung der aufenthaltsrechtlichen Rechtsstellung des Ausländers, die sich stetig verstärkt. Angesichts der demographischen Entwicklung in der Bundesrepublik Deutschland hat der deutsche Gesetzgeber – so seine eigene Einschätzung – die bisher verfolgte, rein auf Zuwanderungsbegrenzung ausgerichtete Politik aufgelockert und sich das Ziel gesetzt, Gestaltungsspielräume für eine gesteuerte Zuwanderung und Integration zu eröffnen;<sup>5</sup> dieser Paradigmenwechsel hat erstmals zur Aufnahme integrationsfördernder Regelungen

in das Gesetz geführt. Gleichzeitig geht im Gemeinschaftsrecht der Trend zum Ausbau der Freizügigkeit für Unionsbürger und deren Familienangehörige, zur Übertragung für Unionsbürger geltender Grundsätze »soweit wie möglich« auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige<sup>6</sup> sowie zur Einführung der »kleinen Freizügigkeit« für langfristig aufenthaltsberechtigte Drittstaatsangehörige. Impulse kommen sowohl aus gemeinschaftsrechtlichen Rechtsquellen wie z.B. der Unionsbürger-

\* Der Verfasser ist Richter am Bundesverwaltungsgericht und Honorarprofessor an der Universität Würzburg. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 24.10.2008 im Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe im Rahmen einer Tagung der Herausgeber und des Wissenschaftlichen Beirats der ZAR gehalten hat; die Vortragsform wurde im Wesentlichen beibehalten. Der Beitrag gibt – soweit nicht Rechtsprechung referiert wird – die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

1 Vgl. nur die Ausländerpolizeiverordnung des Deutschen Reichs vom 22.8.1938, RGBI. I S. 132.

2 Ausländergesetz vom 28.4.1965, BGBl. I S. 353.

3 Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet (Ausländergesetz – AuslG) vom 9.7.1990, verkündet als Art. 1 des Gesetzes zur Neuregelung des Ausländerrechts, BGBl. I S. 1354.

4 Verkündet als Art. 1 des Zuwanderungsgesetzes, BGBl. I S. 1950.

5 Amtliche Begründung der Bundesregierung zum Zuwanderungsgesetz in BR-Drs. 22/03, S. 129 ff., 133 ff.

6 Vgl. nur EuGH, U.v. 10.2.2000 – C-340/97, InfAuslR 2000, 161 <164 Rn. 55 m.w.N.> – *Nazli*; ständ. Rspr.

## ABHANDLUNGEN

richtlinie,<sup>7</sup> der Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>8</sup> und der Daueraufenthaltsrichtlinie<sup>9</sup> als auch aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) u.a. zum ARB 1/80,<sup>10</sup> des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 8 EMRK<sup>11</sup> sowie des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG).<sup>12</sup>

Das »kleine Asyl«, das sich mittlerweile zur Flüchtlingsanerkennung gemauert hat, wurde ebenso wie der subsidiäre Schutz durch die sog. Qualifikationsrichtlinie<sup>13</sup> mit dem Ziel der Asylrechtsharmonisierung in der Europäischen Union vergemeinschaftet; diese bestimmt nunmehr weite Teile der Auslegung des § 60 AufenthG. Demgegenüber ist das Asylrecht in Art. 16a GG von der Rechtsprechung zwar weitgehend konsonant mit der Genfer Flüchtlingskonvention interpretiert worden, erwies sich aber gegenüber gemeinschaftsrechtlichen Einflüssen bisher als immun.

Dem Trend stetig zunehmender Internationalisierung sowie Vergemeinschaftung aller Rechtsbereiche folgend wird die Rechtsprechung zum Ausländer- und Asylrecht immer intensiver durch die Judikatur des EuGH und des EGMR geprägt. Dabei obliegt es dem Bundesverwaltungsgericht, die Fäden der anderen Akteure im System des nationalen Rechts zu einer konsistenten Dogmatik zusammen zu spinnen,<sup>14</sup> die für die Verwaltungspraxis handhabbare Vorgaben und Maßstäbe liefert. Für die richterliche Arbeit bedeutet das, fallbezogen jede gemeinschaftsrechtliche Vorgabe auszuloten, Zweifelsfragen mit Blick auf eine Vorlage an den EuGH nachzugehen und zu prüfen, inwieweit traditionelle Rechtsprechungsmuster und Argumentationslinien noch tragen. Methodisch gewinnt der rechtsvergleichende Abgleich mit der Rechtsprechung z.B. französischer und britischer Gerichte zur Qualifikationsrichtlinie und Genfer Flüchtlingskonvention an Bedeutung. Das vorsichtige Tasten auf neuem Terrain soll in diesem Werkstattbericht anhand einiger Entscheidungen zur Ausweisung und zur Qualifikationsrichtlinie demonstriert werden; die Auswahl erfolgte – dem *genius loci* folgend – im Hinblick auf Themenfelder mit besonders intensiven verfassungsrechtlichen Berührungspunkten.

## 2. Aufenthaltsrecht

Lässt man die Judikatur zur Ausweisung Revue passieren, ist die Tendenz eindeutig: In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK, des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 39 III EG und Art. 14 ARB sowie der Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 6 GG und Art. 2 I GG werden die Zügel angezogen. Die Ausweisungsvoraussetzungen insbesondere bei im Bundesgebiet aufgewachsenen Ausländern der zweiten Generation werden zunehmend restriktiv gehandhabt und die gerichtliche Kontroll-dichte nimmt zu.

»Die Ausweisung ist ein Eingriff in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des sich im Bundesgebiet aufhaltenden Ausländers. ... In materieller Hinsicht bietet – vorbehaltlich besonderer verfassungsrechtlicher Gewährleistungen – der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den allgemeinen verfassungsrechtlichen Maßstab, nach dem das Grundrecht aus Art. 2 I GG eingeschränkt werden darf.«<sup>15</sup>

Dieses Zitat aus einem Kammer-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.8.2007 sensibilisiert erneut für den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als zentralen Kontrollmaßstab bei der Prüfung von Ausweisungen. Dieser Prüfungsmaßstab ist nicht neu,<sup>16</sup> hat aber im Laufe der Jahre an Schärfe gewonnen,

weil die zugunsten des Ausländers sprechenden Umstände der persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Bindungen und die diesbezüglichen Folgen einer Ausweisung<sup>17</sup> heute weitaus stärker zu Buche schlagen als noch zu Zeiten des AuslG 1965. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht bereits 1979 entschieden, dass in der gebotenen Abwägung aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls einem langen Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet und seiner damit verbundenen wirtschaftlichen und sozialen Integration erhebliches Gewicht zukomme:

»Ist einem ausländischen Arbeitnehmer über lange Zeit ermöglicht worden, sich im Bundesgebiet eine wirtschaftliche Lebensgrundlage aufzubauen und diese zu festigen, und ist er vor allem infolge seiner langjährigen beruflichen Tätigkeit in hiesigen Lebensverhältnissen verwurzelt, so darf ihm seine so geschaffene wirtschaftliche und soziale Existenz nur aus entsprechend gewichtigen Gründen genommen werden. Sie ist in einem sozialen Rechtsstaat schutzwürdig.«<sup>18</sup>

Dennoch stehen die Entscheidungsgründe dieses Urteils, in dem eine ausschließlich generalpräventiv motivierte Ausweisung anlässlich einer Trunkenheitsfahrt nach 13jährigem rechtmäßigen Aufenthalt und gelungener wirtschaftlicher Integration wegen Unverhältnismäßigkeit kassiert wurde, unter erheblichem Rechtfertigungsdruck,<sup>19</sup> der bei heutiger Lektüre befremdlich wirkt. Insbesondere die im Laufe der Zeit größer gewordene Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener Ausländer der

7 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 0/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158 vom 30.4.2004, berichtigt ABl. L 229/35 vom 29.6.2004 und ABl. L 204/28 vom 4.8.2007.

8 Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251/12 vom 3.10.2003.

9 Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25.11.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. L 16/44 vom 23.1.2004.

10 Grundlegend EuGH, U.v. 20.9.1990 – C-192/89, Slg. I-3461 = NVwZ 1991, 255 – *Sevince*; U.v. 16.12.1992 – C-237/91, Slg. I-1992, 6781 = NVwZ 1993, 258 – *Kus*. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung *Mallmann*, Neuere Rechtsprechung zum assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrecht türkischer Familienangehöriger, ZAR 2006, 50; *Kurzidem* in: Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, 1. Aufl. 2008, § 7, S. 584 ff.

11 Vgl. nur EGMR, U.v. 18.2.1991 – 31/1989/191/291, EuGRZ 1993, 552 – *Moustaqim*; U.v. 26.3.1992 – 55/1990/246/317, InfAuslR 1994, 86 – *Beljoudi*; U.v. 30.11.1999 – 34374/97, NVwZ 2000, 1401 – *Baghli*; U.v. 2.8.2001 – 54273/00, InfAuslR 2001, 476 – *Boultif*; Große Kammer, U.v. 15.1.2007 – 60654/00, InfAuslR 2007, 140 – *Sisojeva* II. Vgl. dazu *Eckertz-Höfer*, Neuere Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Schutz des Privatlebens, ZAR 2008, 41.

12 Vgl. nur BVerfG, B.v. 26.9.1978 – 1 BvR 525/77, BVerfGE 49, 168; B.v. 18.7.1979 – 1 BvR 650/77, BVerfGE 51, 386; B.v. 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83 u.a., BVerfGE 76, 1. Zur neueren Kammerrechtsprechung vgl. *Roesser*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrecht auf Asyl und zum Ausländerrecht in den Jahren 2005 und 2006, EuGRZ 2007, 397.

13 Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes, ABl. L 304/12 vom 30.9.2004, berichtigt ABl. L 204/24 vom 5.4.2005.

14 *Thym*, Abschied von Ist- und Regelausweisung bei Verwurzelung – Zugleich ein Beitrag zur Vielfalt europäischer Grundrechtsordnungen, DVBl. 2007, 1346 (1351 f.) spricht diesbezüglich von einer institutionellen Schlüsselstellung des Bundesverwaltungsgerichts.

15 So zuletzt BVerfG, B.v. 10.8.2007 – 2 BvR 535/06, NVwZ 2007, 1300 – Generalpräventiv motivierte Ausweisung eines Drittstaaters wegen Cannabis-handels.

16 BVerfGE 35, 382 <400 f.>; 50, 166 <176>; 51, 386 <396>.

17 Im Gesetz verankert in § 45 Abs. 2 AuslG 1990 und § 55 Abs. 3 AufenthG.

18 BVerfG, U.v. 13.11.1979 – 1 C 100.76, BVerfGE 59, 112 <114 ff.>.

19 A.a.O. S. 116 f.

zweiten Generation dürfte bei den Gerichten das Gespür für die Bedeutung familiärer Belange und gewachsener persönlicher, gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Beziehungen, die für das Individuum als Person schlechthin konstitutiv sind,<sup>20</sup> geschärft haben. Die gewachsene Sensibilität für die Konsequenzen einer Aufenthaltsbeendigung infolge der Ausweisung steht hinter zwei neueren Entscheidungen des 1. Senats zur Neubestimmung des Ausnahmefalles von der Regelausweisung und zur Verlagerung des Relevanzzeitpunktes für die Prüfung der Sach- und Rechtslage bei einer Ausweisung.

### 2.1. Neubestimmung des Ausnahmefalles bei der Regelausweisung<sup>21</sup>

Der Gesetzgeber hat mit den Typen der zwingenden, der Regel- und der Ermessensausweisung (§§ 53 ff. AufenthG) ein System von Ausweisungstatbeständen geschaffen, das generell-abstrakt unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten abgestuft ist.<sup>22</sup> Mit der gesetzgeberischen Vorgewichtung der Ausweisungsgründe im Tatbestand korrespondiert die abnehmende Dichte der Normverknüpfung (»wird ausgewiesen«, »wird in der Regel ausgewiesen«, »kann ausgewiesen werden«), die der Verwaltung außerhalb der zwingenden Ausweisung Flexibilität verschafft, um bei der Rechtsanwendung den Besonderheiten des Einzelfalles angemessen Rechnung zu tragen. Die Annahme eines Ausnahmefalles bei der Regelausweisung kann aus unterschiedlichen Aspekten herrühren:

<1> Nach ständiger Rechtsprechung beziehen sich die Worte »in der Regel« im System der Rechtsgrundlagen für Aufenthaltstitel sowie der Ausweisungstatbestände auf Regelfälle, die sich nicht durch besondere Umstände von der Menge gleich liegender Fälle unterscheiden. Ausnahmefälle sind demgegenüber durch atypische Umstände gekennzeichnet, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel beseitigen. Bei der uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliegt, sind alle Umstände einer eventuellen strafgerichtlichen Verurteilung sowie die sonstigen Verhältnisse des Betroffenen zu berücksichtigen, die in § 55 III AufenthG nicht abschließend genannt werden.<sup>23</sup> Es handelt sich bei dieser Fallgruppe um tatsächliche Besonderheiten des der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts.

<2> Ein Ausnahmefall wurde ferner dann angenommen, wenn der Ausweisung auch unter Berücksichtigung des besonderen Ausweisungsschutzes nach § 56 I AufenthG höherrangiges Recht entgegensteht, sie sich insbesondere mit verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen (z.B. Art. 6 I GG) als nicht vereinbar erweist.<sup>24</sup> Das ist eine normative, ergebnisbezogene Schranke, bei der die Ausnahme von der Regel die Ermessensentscheidung eröffnet und zugleich inhaltlich negativ vorzeichnet (Reduzierung auf Null).

<3> Der 1. Senat hat die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte<sup>25</sup> als auch des Bundesverfassungsgerichts<sup>26</sup> erkennbar gewachsene Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung zum Anlass genommen, diese Voraussetzung weiter zu fassen:<sup>27</sup>

Ein Ausnahmefall von der Regelausweisung – und damit die Notwendigkeit einer Ermessensentscheidung – liegt bereits dann vor, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der Europäischen Menschenrechtskonvention geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der

Gesamtumstände des Falles gebieten (Fortentwicklung der Rechtsprechung).

Im Fokus stand dabei insbesondere die im Laufe der Zeit angewachsene Gruppe im Bundesgebiet geborener und aufgewachsener Ausländer, bei denen es im Rahmen der Aufenthaltsbeendigung einer individuellen Würdigung bedarf, inwieweit der Ausländer im Bundesgebiet verwurzelt ist und dies angesichts der konkreten Ausweisungsgründe bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles einer Ausweisung entgegensteht. Aber auch in anderen Fällen erweist sich der schematische Blick der Verwaltung auf die Ist- und Regelausweisung als wenig hilfreich, um das gesamte Spektrum betroffener Belange in den Blick nehmen zu können; vielmehr werden in der ausländerbehördlichen Praxis von den Tatbeständen des besonderen Ausweisungsschutzes (§ 56 I AufenthG) nicht (voll) erfasste Belange oftmals schematisierend ausgeblendet. Die Ermessensentscheidung als der dritte vom Gesetzgeber vorgesehene Entscheidungsmodus bietet in der Verwaltungspraxis höhere Gewähr für eine Berücksichtigung aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalles und die angemessene Gewichtung anlässlich der Entscheidung über den Erlass einer Ausweisung. Methodisch können nach dieser Fortentwicklung der Rechtsprechung bereits besondere, durch § 56 AufenthG nicht voll erfasste Aspekte das Vorliegen eines Ausnahmefalles begründen, ohne dass bei der Abgrenzung von Regel- und Ausnahmefall eine Kompensation mit dem öffentlichen Interesse an der Ausweisung des Klägers zulässig wäre. Diese Abwägung der gegenläufigen Interessen ist vielmehr Gegenstand der der Ausländerbehörde obliegenden Ermessensentscheidung.

Anders als in der zweiten Fallgruppe ist mit der Absenkung der Schwelle für das Vorliegen eines Ausnahmefalles das Ergebnis der Ermessensentscheidung über die Ausweisung nicht etwa negativ präjudiziert, vielmehr fehlt den Ausweisungsgründen nur das von vornherein ausschlaggebende Gewicht, das ihnen der Gesetzgeber im Regelfall zugemessen hat. Aus der Annahme eines Ausnahmefalles folgt mithin nicht, dass zwingend von der Ausweisung abzusehen wäre; die Ausländerbehörde erlangt durch den Übergang in den Modus der Ermessensentscheidung lediglich mehr Flexibilität, um den besonderen Umständen des konkreten Falles ausreichend Rechnung tragen zu können.<sup>28</sup> Damit verbunden ist aber zugleich auch die Verantwortung, die Ausweisung im konkreten Einzelfall zu rechtfertigen. Der Senat hat den Ausländerbehörden den Rat mit auf den Weg gegeben, im

<sup>20</sup> So EGMR, U.v. 9.10.2003 – 48321/99, EuGRZ 2006, 560 – *Slivenko*; U.v. 22.6.2006 – 59643/00, Rn. 63 – *Kaftailova*.

<sup>21</sup> BVerwG, U.v. 23.10.2007 – 1 C 10.07, BVerwGE 129, 367 = ZAR 2008, 140 = NVwZ 2008, 326 = InfAusIR 2008, 116.

<sup>22</sup> Vgl. die Amtliche Begründung zu §§ 45 ff. AusIG 1990, BT-Drs. 11/6321 S. 50: »Schon im Gesetz werden die Ausweisungsgründe gewichtet und mit entsprechend abgestuften Rechtsfolgen verknüpft.« Das BVerfG konzidiert in seinem Kammerbeschluss vom 10.8.2007 – 2 BvR 535/06, NVwZ 2007, 946, dass das abgestufte System der Ausweisungstatbestände sowie der besondere Ausweisungsschutz dem Verhältnismäßigkeitsanforderung grundsätzlich ausreichend Rechnung trage. Damit habe es jedoch nicht sein Bedenken, denn die Anwendung dieses Stufensystems entbinde nicht davon, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften auch die Umstände des Einzelfalles zu prüfen, da nur diese Prüfung sicherstellen könne, dass die Verhältnismäßigkeit bezogen auf die Lebenssituation des betroffenen Ausländers gewahrt bleibe.

<sup>23</sup> BVerwG, U.v. 26.2.2002 – 1 C 21.00, BVerwGE 116, 55 <64 f.>; U.v. 29.9.1998 – 1 C 8.96, *Buchholz* 402.240 § 45 AusIG 1990 Nr. 16 S. 48 m.w.N.

<sup>24</sup> BVerwG, U.v. 29.9.1998 – 1 C 8.96, a.a.O. m.w.N.

<sup>25</sup> EGMR, U.v. 22.3.2007 – Nr. 1638/03, InfAusIR 2007, 221 – *Maslov*; U.v. 28.6.2007 – Nr. 31753/02, InfAusIR 2007, 325 – *Kaya*.

<sup>26</sup> Kammerbeschlüsse vom 10.5.2007 – 2 BvR 304/07, NVwZ 2007, 946 und vom 10.8.2007 – 2 BvR 535/06, NVwZ 2007, 1300 = InfAusIR 2007, 443.

<sup>27</sup> BVerwG, U.v. 23.10.2007 – 1 C 10.07, BVerwGE 129, 367 (Leitsatz).

<sup>28</sup> Vgl. BVerwG, U.v. 29.7.1993 – 1 C 25.93, BVerwGE 94, 35 <44 f.>; U.v. 27.8.1996 – 1 C 8.94, BVerwGE 102, 12 <17> zu § 7 Abs. 2 AusIG 1990.

Zweifel von einem Ausnahmefall auszugehen oder zumindest hilfsweise nach Ermessen zu entscheiden. Diese Vorgehensweise macht eine Ausweisungsverfügung keinesfalls rechtsfehlerhaft, auch wenn die spätere Prüfung ergeben sollte, dass ein Regelfall vorlag.<sup>29</sup>

Das Urteil vom 23.10.2007 markiert einen weiteren Schritt in Richtung auf die Aufweichung der starren Normverknüpfung hin zu mehr administrativer Flexibilität bei der Entscheidung über den Erlass einer Ausweisung. Auf den ersten Blick könnte man annehmen, dass wir uns tendenziell wieder dem System des § 10 AuslG 1965 annähern, der eine reine Ermessensausweisung vorsah. Der Gesetzgeber hatte demgegenüber im AuslG 1990 im Interesse der Rechtssicherheit und Bundeseinheitlichkeit die materiellen Voraussetzungen u.a. der Aufenthaltsbeendigung detailliert geregelt, um behördliches Ermessen – soweit möglich und vertretbar – einzuschränken oder gar auszuschließen. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts war man damals der Auffassung, sich den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts anhand der Wesentlichkeitslehre im Ausländerrecht nicht länger verschließen zu können.<sup>30</sup> Auf den zweiten Blick zeigt sich aber, dass die Rechtsprechung mitnichten an den Zuständen von 1965 anknüpft: »Ermessen« wird nur zur Aufweichung der Normverknüpfung benutzt, ohne – als Kehrseite des Ermessens – der Verwaltung insoweit eine weite Einschätzungsprärogative zuzubilligen, die gem. § 114 S. 1 VwGO verminderter gerichtlicher Kontrolle unterläge. Vielmehr wird bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine im Vergleich zu anderen Rechtsgebieten extrem intensive Kontrolldichte zugrunde gelegt, die mit dem Gewicht des Eingriffs zumindest in das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG gerechtfertigt wird.

»Die sich abzeichnende Tendenz zu einer zunehmenden Bedeutung der Einzelfallgerechtigkeit und zu einem Abschied von einer schematischen Anwendung des Ausweisungsrechts ist sicherlich zu begrüßen.«, schreibt Michael Hoppe in seinem Beitrag zu den neueren Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung.<sup>31</sup> Dem kann man sich anschließen, nicht ohne allerdings auch auf die Gefahr hingewiesen zu haben, dass die Gerichte bei weiter zunehmender Verdichtung der aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abgeleiteten Vorgaben Gefahr laufen, die dem System der Ausweisungstatbestände immanenten und damit demokratisch legitimierten Wertungen des Gesetzgebers durch eigene Maßstäbe zu konterkarieren.

## 2.2. Verlagerung des für die Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkts<sup>32</sup>

### 2.2.1. Bisherige Rechtsprechung

Nichts schien über lange Zeit so fest gefügt wie die Rechtsprechung des 1. Senats, wonach für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Ausweisung die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten verwaltungsbehördlichen Entscheidung maßgeblich war. Demgegenüber sollten danach eingetretene Tatsachen allein im Verfahren auf Befristung der Wirkungen der Ausweisung zu berücksichtigen sein.<sup>33</sup> Bevor wir uns in medias res stürzen, vorab die Vorbemerkung, dass alle Senate des Bundesverwaltungsgerichts in ständiger Rechtsprechung davon ausgehen, dass diese Frage nicht prozessrechtlicher, sondern materiellrechtlicher Natur ist.<sup>34</sup> Aus dem materiellen Fachrecht sind nicht nur die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes zu entnehmen, sondern auch

die Antwort auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen erfüllt sein müssen.<sup>35</sup>

### 2.2.2. Die Rechtsprechung des EuGH

Anlass zum Überdenken der bisherigen Zeitpunktrechtsprechung bei der Ausweisung gab die Entscheidung des EuGH vom 29.4.2004 in den Rechtssachen *Orfanopoulos* und *Oliveri*.<sup>36</sup> Ausgehend vom Grundsatz der Freizügigkeit hatte der Gerichtshof seine bereits gefestigte Auslegung der Schranke der öffentlichen Ordnung in Art. 39 III EG wiederholt, die voraussetzt, dass eine ausschließlich auf das persönliche Verhalten gestützte tatsächliche und hinreichend schwere gegenwärtige Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Aus der gebotenen engen Auslegung der Ausnahme vom Grundsatz der Freizügigkeit leitet der Gerichtshof ab, dass Gemeinschaftsrecht<sup>37</sup> einer innerstaatlichen Praxis entgegensteht, wonach die Gerichte bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der gegen einen Unionsbürger verfügten Ausweisung einen Sachvortrag nicht zu berücksichtigen brauchen, der *nach* der letzten Behördenentscheidung erfolgt ist und (zugunsten des Ausländers) den Wegfall oder eine nicht unerhebliche Verminderung der gegenwärtigen Gefährdung mit sich bringen kann. Dies sei vor allem dann der Fall, wenn ein längerer Zeitraum zwischen dem Erlass der Ausweisung und deren gerichtlicher Beurteilung liege.<sup>38</sup>

### 2.2.3. Reaktion des BVerwG

Der 1. Senat hat aus dieser Entscheidung zwei Schlussfolgerungen gezogen und diese sogleich auf die Ausweisung assoziationsberechtigter Türken übertragen:<sup>39</sup>

- Zum einen dürften Unionsbürger nur noch auf der Grundlage einer Ermessensentscheidung ausgewiesen werden, weil eine gemeinschaftsrechtliche Beschränkung der Ist- und Regelausweisungstatbestände für Unionsbürger offenbar nicht genüge. Vielmehr verlange das Gemeinschaftsrecht, jeden Anschein zu vermeiden, dass strafrechtliche Verurteilungen eines Unionsbürgers – abhängig von der Art der Straftat oder der Strafhöhe – keine andere Rechtsfolge zulassen als dessen Ausweisung oder jedenfalls eine gewisse »Vermutung« zugunsten seiner Ausweisung begründen.
- Zum anderen wurde die bisherige Rechtsprechung zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt für die Ausweisung freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger aufgegeben. Für die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Ausweisun-

<sup>29</sup> Vgl. BVerwG, U.v. 19.11.1996 – 1 C 25.94, *Buchholz* 402.240 § 47 AuslG 1990 Nr. 11 S. 11 <17 f.>; U.v. 7.12.1999 – 1 C 13.99, BVerwGE 110, 140 <144>.

<sup>30</sup> BT-Drs. 11/6321 S. 1 und S. 40.

<sup>31</sup> ZAR 2008, 251 (258).

<sup>32</sup> BVerwG, U.v. 15.11.2007 – 1 C 45.06, BVerwGE 130, 20 = ZAR 2008, 189 = NVwZ 2008, 434 = InfAuslR 2008, 156 = DVBl. 2008, 392.

<sup>33</sup> BVerwG, B.v. 17.1.1996 – 1 B 3.96, *Buchholz* 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 5 m.w.N.; B.v. 26.2.1997 – 1 B 5.97, *Buchholz* 402.240 § 45 AuslG 1990 Nr. 8 m.w.N.; U.v. 26.2.2002 – 1 C 21.00, BVerwGE 116, 55 <65 f.>; U.v. 11.8.2000 – 1 C 5.00, BVerwGE 111, 369 <372>.

<sup>34</sup> Vgl. nur BVerwG, U.v. 25.11.1981 – 8 C 14.81, BVerwGE 64, 218 <221>.

<sup>35</sup> BVerwG, U.v. 3.11.1986 – 9 C 254.86, BVerwGE 78, 243 <244>.

<sup>36</sup> EuGH, U.v. 29.4.2004 – C-482/01 und C-493/01 – *Orfanopoulos* und *Oliveri*.

<sup>37</sup> Hier: Artikel 3 der Richtlinie 64/221.

<sup>38</sup> Der EGMR stellt demgegenüber bei Prüfung des Art. 8 EMRK auf die tatsächliche Situation in dem Zeitpunkt ab, in dem die Ausweisung rechtskräftig wurde, und lässt danach eintretende Veränderungen unberücksichtigt: U.v. 31.10.2002 – 37295/97, InfAuslR 2003, 126 Rn. 34 und 44 – *Yildiz*; U.v. 28.6.2007 – 31753/02, InfAuslR 2007, 325 Rn. 57 und 67 – *Kaya*.

<sup>39</sup> BVerwG, U.v. 3.8.2004 – 1 C 30.03, BVerwGE 121, 297; U.v. 3.8.2004 – 1 C 29.02, BVerwGE 121, 315.

gen freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nunmehr der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts maßgeblich.

Mit diesen Modifikationen, die über die zwingenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben hinausgehen, war der Senat bemüht, die Rechtsprechung des Gerichtshofs möglichst bruchlos in die deutsche Dogmatik einzupassen. Obwohl konstruktiv auch als Abwägung auf der Tatbestandsebene möglich, bietet die Ermessensentscheidung in der Verwaltungspraxis das am besten geeignete Forum für eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und die gegenläufige Interessenabwägung unter Beachtung von Grundrechten sowie des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Auch die generelle Verlagerung des Beurteilungszeitpunktes sowohl hinsichtlich der Rechts- als auch der Sachlage und damit die Berücksichtigung neuer positiver wie negativer Fakten sowie neuer rechtlicher Prüfungsmaßstäbe erschien gegenüber einer feineren Ausdifferenzierung vorzuzugewürdig.

Allerdings hat die *Polat*-Entscheidung des EuGH<sup>40</sup> eine Frikation mit diesem Konzept offenbart: Der Gerichtshof hat in dieser Entscheidung zu erkennen gegeben, dass er bei Rechtsänderungen – jedenfalls für das Verhältnis der Richtlinie 64/221 und der Inkrafttretensregelung des Art. 38 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG – die Bestimmungen zugrunde legt, die bei der Ausweisung bzw. Klageerhebung (noch) in Kraft waren.<sup>41</sup> Das scheint einer verallgemeinerbaren Linie seiner Rechtsprechung zu entspringen, wonach materiellrechtliche Änderungen des Gemeinschaftsrechts sich grundsätzlich keine Rückwirkung beimessen.<sup>42</sup>

#### 2.2.4. Das Urteil vom 15.11.2007<sup>43</sup>

Die Zeitpunktverlagerung bei der gerichtlichen Prüfung einer Ausweisung wurde im Urteil vom 15.11.2007 nunmehr auf alle Ausländer erweitert. Den Anlass gab das Inkrafttreten des Richtlinienumsetzungsgesetzes, dessen Regelungen der Senat im Wege einer Gesamtschau den notwendigen materiellrechtlichen Impuls zur Änderung der Rechtsprechung entnahm. Leitend war dabei die Erkenntnis, dass der die Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG tragende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dafür spricht, dass auch die Gerichte ihre Entscheidung über die Anfechtung einer Ausweisung auf eine möglichst aktuelle, d.h. nicht bereits überholte Tatsachengrundlage stützen.

#### 2.2.5. Konsequenzen für den Ausweisungsprozess

Diese Entscheidung hat für die Ausländerbehörden erhebliche Konsequenzen: Sie trifft in allen Ausweisungsverfahren die Pflicht zur ständigen verfahrensbegleitenden Kontrolle der Rechtmäßigkeit ihrer Verfügung. Dabei handelt es sich aber nicht um eine selbständige verfahrensrechtliche Pflicht, sondern um eine Obliegenheit der Behörde zur Einführung aktualisierter Ermessenserwägungen in den Prozess. Diese speist sich daraus, dass ein im Ermessen der Behörde liegender Verwaltungsakt gerichtlich nicht aus Erwägungen aufrechterhalten werden kann, die der behördlichen Ermessensbetätigung nicht zugrunde lagen.<sup>44</sup> Werden während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens ermessensrelevante neue Umstände festgestellt, aus denen sich z.B. die Verminderung der Wiederholungsgefahr erneuter Delinquenz ergibt, kann die Behörde nur durch Aktualisierung ihrer Ermessenserwägungen ein Ermessensdefizit vermeiden. Im Falle einer ursprünglich gebundenen, aufgrund nachträglicher Entwicklung des Sachverhalts aber nur noch im Ermessenswege zulässigen

Ausweisung muss sie ihr Ermessen erstmalig ausüben.

Spannend ist die Frage, inwieweit die Rechtsprechung zum Nachschieben von Gründen diese Anpassung durch die Behörde im laufenden Anfechtungsprozess zulässt.<sup>45</sup> Das Nachschieben wurde bislang davon abhängig gemacht,<sup>46</sup> dass die tatsächlichen Umstände im Relevanzzeitpunkt des Widerspruchsbescheids bereits vorlagen (*keine objektiven nova*),<sup>47</sup> der Verwaltungsakt nicht in seinem Wesen geändert wird<sup>48</sup> und der Betroffene nicht in seiner Rechtsverteidigung beeinträchtigt wird.<sup>49</sup>

Die erste Hürde hat der Senat aus dem Weg geräumt: Im Urteil vom 15.11.2007 wird klar gestellt, dass die fehlende Berücksichtigungsmöglichkeit objektiver *nova* in der bisherigen Rechtsprechung nur Fälle betraf, in denen auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung abzustellen war. Mit der Verlagerung des Relevanzzeitpunktes auf die letzte mündliche Verhandlung bzw. Entscheidung eines Tatsachengerichts erledigt sich dieser Punkt gleichsam von selbst.

Nicht ausgelotet wurde bisher die Grenze der »Wesensänderung« bei einer Ausweisung, wenn dieses Kriterium denn angesichts des neuen Zeitpunktes für die Prüfung der Sach- und Rechtslage überhaupt noch von Bedeutung sein sollte. Die Kriterien für den Quantensprung, der gleichzeitig den Übergang in einen neuen Streitgegenstand markieren könnte, sind diffus: Liegt eine Wesensänderung erst bei einem Eingriff in den Regelungsausspruch eines Bescheids vor,<sup>50</sup> oder jedenfalls dann, wenn der Bescheid sich nunmehr als eine bislang nicht getroffene Ermessensentscheidung darstellt,<sup>51</sup> oder bereits, wenn eine Ermessensentscheidung in wesentlichen Aspekten geändert bzw. ergänzt wird?<sup>52</sup> Schließlich ließe sich auch rein formal an den jeweiligen Ausweisungstatbestand bzw. das betroffene Schutzgut anknüpfen, wobei diese Kriterien nicht frei von Überschneidungen erscheinen und eine daran ausgerichtete Differenzierung

40 U.v. 4.10.2007 – C-349/06, NVwZ 2008, 59 Rn. 25-27.

41 Dem folgend BVerwG, U.v. 3.12.2008 – 1 C 35.07 – Rn. 11.

42 EuGH, U.v. 12.11.1982 – Rs. 212-217/80, Slg. 1981, 2735 Rn. 8 ff. – *Salumi*; U.v. 10.2.1982 – Rs. 21/82, Slg. 1982, 381 Rn. 13 – *Bout*; U.v. 27.5.1982 – Rs. 113/81, Slg. 1982, 1957 Rn. 14 – *Reichelt*. Vgl. auch U.v. 29.1.1985 – Rs. 234/83, Slg. 1985, 341 Rn. 20 – Gesamthochschule Duisburg: Der Grundsatz der Rechtssicherheit lässt grundsätzlich keine rückwirkende Anwendung einer Verordnung zu, unabhängig davon, ob sich eine solche Anwendung für den Betroffenen günstig oder ungünstig auswirkt.

43 BVerwG, U.v. 15.11.2007 – 1 C 45.06, BVerwGE 130, 20 = ZAR 2008, 189 = NVwZ 2008, 434 = InfAuslR 2008, 156 = DVBl. 2008, 392.

44 BVerwG, B.v. 15.12.1993 – 1 B 193.93, InfAuslR 1994, 130 = *Buchholz* 402.24 § 10 AuslG Nr. 135 m.w.N.

45 Restriktiv BayVG, U.v. 24.10.2008 – 10 B 08.492 – Rn. 18 ff.

46 BVerwG, U.v. 15.6.1971 – II C 17.70, BVerwGE 38, 191 <195>; U.v. 27.1.1982 – 8 C 12.81, BVerwGE 64, 356 <358 ff.> – Erschließungsbeitrag; U.v. 19.8.1982 – 3 C 47.81 – *Buchholz* 418.02 Tierärzte Nr. 2 S. 7; U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97, BVerwGE 351 <363>.

47 BVerwG, U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97, BVerwGE 106, 351 <363>.

48 BVerwG, U.v. 27.1.1982 – 8 C 12.81, BVerwGE 64, 356 <360> – Wesensänderung im Abgabenrecht, wenn zur Rechtfertigung des Tenors (= Geldzahlungspflicht) auf eine andere Abgabenart (Gebühr, Steuer) übergegangen oder der Bezugsgegenstand geändert wird (= Grundstück oder Straße); B.v. 20.8.2003 – 1 WB 23.03, *Buchholz* 236.1 § 3 SG Nr. 32 – Wesensänderung im Beamtenrecht, wenn bei einer Beförderung vom gewählten Modell der Bestenauslese unter Einschluss aller Versetzungsbewerber die bisherige Ermessensbegründung im Kern ausgewechselt wird; U.v. 14.7.1999 – 6 C 20.98, BVerwGE 109, 212 <216> – Prüfungsrecht, wenn im Nachprüfungsverfahren das Bewertungssystem geändert wird.

49 U.v. 27.1.1982 – 8 C 12.81, BVerwGE 64, 356 <360>: Nicht bereits durch Instanzverlust erfüllt.

50 Vgl. BVerwG, B.v. 5.2.1993 – 7 B 107.92, *Buchholz* 316 § 45 VwVfG Nr.23.

51 BVerwG, U.v. 1.7.1999 – 4 C 23.97, BayVBl. 2000, 118 = NVwZ 2000, 195.

52 Vgl. BVerwG, U.v. 18.5.1990 – 8 C 48.88, BVerwGE 85, 163 <165 f.> – Wohnungsbindungsrecht.

wenig aussagekräftig sein dürfte. Eine weitere Variante bietet das Abstellen auf den Ausweisungszweck.<sup>53</sup>

Die Antwort muss m.E. aus dem teleologischen Hintergrund der Schranke der Wesensänderung entwickelt werden: Sinn und Zweck dieser richterrechtlichen Limitation sind Überlegungen prozessualer Waffengleichheit, damit insbesondere belastende Ermessensverwaltungsakte nicht frühzeitig auf »schwacher Grundlage« erlassen und von der Verwaltung auch noch im Prozess zur nachträglichen Legitimation der Anordnung nach Belieben »nachbearbeitet« werden können. Diese Teleologie trifft aber die infolge der Veränderung des Relevanzzeitpunkts zu bewältigenden Fälle nachträglicher Änderungen der Sach- und Rechtslage nicht; hier spricht m.E. viel für eine prozessökonomisch sinnvolle Abarbeitung in *einem* Verwaltungsstreitverfahren. Andernfalls gliche ein Ausweisungsverfahren mit sich anschließendem Prozess einem Fußballspiel, in dem in der zweiten Halbzeit (= Prozess) die eine Mannschaft (= Behörde) zwar weiter mitspielen muss, aber nicht mehr über die Mittellinie spielen darf.

Die Vorschrift des § 114 S. 2 VwGO steht einer eher großzügigen Handhabung des Kriteriums der »Wesensänderung« in Ausweisungsverfahren nicht entgegen, denn mit dieser prozessrechtlichen Norm sollte lediglich klargestellt werden, dass die Verwaltung »auch noch während des gerichtlichen Verfahrens materiellrechtlich relevante Ermessenserwägungen in den Prozess einführen kann.«<sup>54</sup> Ist die Zulässigkeit einer Ergänzung von Ermessenserwägungen aber nach dem jeweils einschlägigen materiellen Recht und dem Verwaltungsverfahrenrecht zu beurteilen, hat § 114 Satz 2 VwGO nur die Bedeutung, dass einem danach zulässigen Nachholen von Ermessenserwägungen prozessuale Hindernisse nicht entgegenstehen.<sup>55</sup>

#### 2.2.6. Weitere Fragen

Gerade das Ausländerrecht erweist sich extrem sensibel für Fragen des Prüfungszeitpunkts; denn typischerweise entwickeln sich in der Praxis gerade dieses Rechtsgebiets die aus der Sicht der Normen des materiellen Rechts entscheidungserheblichen Sachverhalte weiter. Wegen der Dauer ausländerrechtlicher Prozesse verschärfen sich mit der Verlagerung des Beurteilungszeitpunkts grundsätzliche Problemstellungen, die hier nur schlaglichtartig beleuchtet werden können.

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Forderung, dass die Rechtsfolge einer Befugnisnorm von deren Tatbestand im Moment des Rechtsfolgeneintritts gedeckt sein muss. Trägt man dieses Postulat auf der Zeitachse auf, wird deutlich, dass die Fixierung auf *einen* Zeitpunkt die rechtliche Beurteilung einer Ausweisung zwar vereinfacht, ihr aber nicht vollumfänglich gerecht wird. Denn die Ausweisung löst ein Bündel von Rechtswirkungen aus, die genau genommen zu unterschiedlichen Zeitpunkten der Legitimation bedürfen: Die Ausweisung vernichtet einen vorhandenen Aufenthaltstitel (§ 51 I Nr. 5 AufenthG) und löst ein Einreise- und Aufenthaltsverbot sowie eine Titelerteilungssperre aus (§ 11 I 1 und 2 AufenthG). Diese rechtsgestaltenden Wirkungen treten bereits im Zeitpunkt ihres Erlasses ein (§ 84 II 1 AufenthG). Für ihre Funktion als Vollstreckungsgrundlage ist es hingegen von Bedeutung, dass sie im Zeitpunkt des Erlasses der Abschiebungsandrohung und deren Vollzugs rechtmäßig ist. Dogmatisch präzise wäre die Beurteilung der Rechtmäßigkeit zu dem Zeitpunkt bzw. den Zeitpunkten, in dem/denen Rechtsfolgen eintreten bzw. von der Verwaltung umgesetzt werden (z.B. Abschiebung aufgrund Sofortvollzugs).

Die Fixierung weg vom Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids hin zum Relevanzzeitpunkt der letzten Tatsacheninstanz kann die Verwaltung benachteiligen und Amtshaftungsrisiken aussetzen, wenn der Kläger z.B. auf der Grundlage eines angeordneten Sofortvollzugs abgeschoben worden ist und durch spätere Veränderung der Sachlage die anfänglich rechtmäßige Ausweisung vor Abschluss der Berufungsinstanz rechtswidrig wird. Demzufolge müsste eigentlich in einem Fall späteren Rechtswidrigwerdens einer Ausweisung der kassatorische Ausspruch des Verwaltungsgerichts (§ 113 I 1 VwGO) bei einem stattgebenden Anfechtungsurteil auf der Zeitachse eingeschränkt werden. Die gleiche Wirkung ließe sich auch mit einem Feststellungsausspruch analog § 113 I 4 VwGO zugunsten der Behörde erreichen, um die präjudizielle Wirkung des kassatorischen Anfechtungsurteils mit dem darin enthaltenen Rechtswidrigkeitsurteil für einen ggf. nachfolgenden Amtshaftungsprozess einzuschränken.

### 3. Asyl- und Flüchtlingsrecht

Das Bundesverwaltungsgericht hat bisher die Tatbestände des Asylgrundrechts sowie des flüchtlingsrechtlichen Abschiebungsschutzes, des sog. »kleinen Asyls«, weitgehend kongruent interpretiert. Das galt für den Begriff der Verfolgungshandlung, deren politische Qualität, die objektive Beurteilung der Verfolgungsgefahr bzw. Verfolgungsfurcht<sup>56</sup> und die Subsidiarität des Asyls und Flüchtlingsschutzes mit Blick auf den Schutz des Antragstellers in einem anderen Staat bzw. einer inländischen Fluchtalternative.<sup>57</sup> Seit der Verbindlichkeit der Qualifikationsrichtlinie<sup>58</sup> dürften die Zeiten weitgehender Konvergenz vorbei sein. Ob und wenn welche Folgen das Bundesverfassungsgericht daraus für die Auslegung des Art. 16a GG ziehen wird, bleibt abzuwarten.

#### 3.1. Flüchtlingsanerkennung

##### 3.1.1. Inländische Fluchtalternative

Erste Divergenzen zwischen den Tatbeständen des Asylgrundrechts sowie der Flüchtlingsanerkennung zeigt eine Entscheidung des 10. Senats zu Berg-Karabach als inländischer Fluchtalternative auf.<sup>59</sup> Im Streit waren hier sowohl die Asylanerkennung gemäß Art. 16a GG als auch die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gemäß § 60 I AufenthG. Bisher wurde bei beiden Prüfungsmaßstäben einheitlich untersucht, ob der Betreffende im Gebiet der innerstaatlichen Fluchtalternative zum einen vor politischer Verfolgung hinreichend sicher ist und er dort zum ande-

53 So BayVG, U.v. 23.3.1999 – 10 B 98.2378, InfAuslR 1999, 403 = BayVBl. 1999, 627 für den Wechsel von Spezial- auf Generalprävention.

54 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 13/5098 S. 24.

55 BVerwG, U.v. 5.5.1998 – 1 C 17.97, BVerwGE 106, 351 <363 f.> unter Verweis auf *Gerhardt* in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO, § 114 Rn. 12 c und *Schmieszek*, NVwZ 1996, 1151 <1155>.

56 Vgl. BVerwG, U.v. 18.1.1994 – 9 C 48.92, BVerwGE 95, 42 <48 und 52 f.>;

57 BVerwG, U.v. 3.11.1992 – 9 C 21.92, BVerwGE 91, 150 <155>; U.v. 29.8.1995 – 9 C 1.95, *Buchholz* 402.25 § 1 AsylVfG Nr. 179; U.v. 6.8.1996 – 9 C 172.95, BVerwGE 101, 328 <335>.

58 Die Umsetzungsfrist lief gemäß Art. 38 Abs. 1 RL 2004/83/EG am 10.10.2006 ab; das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19.8.2007 (BGBl. I S. 1970) trat am 28.8.2007 in Kraft. Allerdings hat der Gesetzgeber auf die Voraussetzung *staatlicher* Verfolgung bereits in § 60 I 4 AufenthG i.d.F. des Zuwanderungsgesetzes vom 30.7.2004 (BGBl. I S. 1950) ab 1.1.2005 verzichtet.

59 BVerwG, U.v. 29.5.2008 – 10 C 11.07, DVBl. 2008, 1251 = NVwZ 2008, 1246.

ren auch keinen anderen existentiellen Gefährdungen ausgesetzt sein wird, die so am Herkunftsort nicht bestünden.<sup>60</sup>

§ 60 I AufenthG verweist in Satz 5 nunmehr auf Art. 8 der Richtlinie 2004/83/EG, demzufolge der Einwand des »internen Schutzes« u.a. voraussetzt, dass »... von dem Antragsteller vernünftigerweise erwartet werden kann, dass er sich in diesem Landesteil aufhält.« Art. 8 II verlangt von den Mitgliedstaaten bei Prüfung der Frage, ob ein Teil des Herkunftslandes die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt, die Berücksichtigung der dortigen allgemeinen Gegebenheiten und der persönlichen Umstände des Antragstellers zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag.

Mit dieser Vorgabe ist der landesinterne Vergleich, aufgrund dessen nicht verfolgungsbedingte andere Nachteile und Gefahren am verfolgungssicheren Ort unberücksichtigt bleiben, nicht mehr vereinbar. Der 10. Senat folgt damit der Auslegung der Richtlinie, von der auch der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des Regierungsentwurfs zum Richtlinienumsetzungsgesetz ausgegangen ist.<sup>61</sup> Danach ist bei fehlender Existenzgrundlage am avisierten internen Zufluchtsort eine interne Schutzmöglichkeit keinesfalls gegeben, auch wenn im Herkunftsgebiet des Antragstellers die Lebensverhältnisse gleichermaßen schlecht sind.

Mit Blick auf den Prüfungsmaßstab des Art. 16a GG sah der Senat sich zu einem entsprechenden Schritt aufgrund der Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.7.1989<sup>62</sup> zu den Voraussetzungen einer inländischen Fluchtalternative gehindert. Es ist kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass durch das Umsetzungsgesetz auch der Schutzbereich des Asylgrundrechts auf einfachgesetzlicher Grundlage ausgeweitet werden sollte, so dass es bei der Bindung gemäß § 31 BVerfGG verbleibt.

### 3.1.2. Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung

Mit dem Vorlagebeschluss vom 14.10.2008<sup>63</sup> hat der 10. Senat dem EuGH mehrere Fragen zur Auslegung der Ausschlussgründe nach der Qualifikationsrichtlinie vorgelegt. Art. 12 II RL 2004/83/EG, der I F GK entspricht, ist nunmehr in § 3 II AsylVfG umgesetzt und betrifft – verkürzt gesagt – Fälle der Asylunwürdigkeit wegen Begehung von Verbrechen gegen den Frieden, die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen, die Begehung einer schweren nichtpolitischen Straftat vor der Einreise oder die Zuwiderhandlung gegen Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen einschließlich der Anstiftung oder Beteiligung zu derartigen Taten oder Handlungen.

Das Verfahren eines Klägers, der den bewaffneten Kampf einer türkischen Organisation unterstützt hatte, sich aber mittlerweile davon distanziert hat und von dem nach den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Gefahr mehr ausgeht, wirft hinsichtlich der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft die Frage nach der Auslegung des Begriffs der »schweren nichtpolitischen Straftat« sowie der »Zuwiderhandlung gegen Ziele und Grundsätze der Vereinten Nationen«<sup>64</sup> auf. Sodann bedarf der Klärung, ob der Ausschlussstatbestand voraussetzt, dass von dem Betroffenen weiterhin eine Gefahr ausgeht. Sollte das – in Abgrenzung zu der Ausnahme vom Refoulement-Verbot des Art. 33 II GK nachgebildeten § 60 VIII AufenthG<sup>65</sup> – zu verneinen sein, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Verhältnismäßigkeitsprüfung und deren Maßstab.

Zu Art. 16 II 2 GG hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass dem Asylgrundrecht ein Ausschluss sog. Asylunwürdiger fremd sei. Art. 1 F GK sei nicht Ausdruck eines Rechtsgrundsatzes mit Verfassungsrang und könne daher als

niederrangiges Recht den Geltungsbereich eines unbeschränkt gewährleisteten Grundrechts nicht begrenzen.<sup>66</sup> Die nunmehr geltende Qualifikationsrichtlinie sieht die genannten Ausschlussgründe in Art. 12 II aber als obligatorische Regelungen vor und überlässt deren Umsetzung nicht dem Belieben der Mitgliedstaaten. Gemäß Art. 3 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten günstigere Normen zur Entscheidung der Frage, wer als Flüchtling ... gilt ... erlassen oder beibehalten, *sofern sie mit dieser Richtlinie vereinbar sind*. Nachdem die Qualifikationsrichtlinie einerseits Mindestnormen enthält, andererseits aber auch der Angleichung der Rechtsvorschriften im Hinblick auf eine gemeinsame Asylpolitik dient, stellt sich für den Senat die Frage nach der gemeinschaftsrechtlichen Vereinbarkeit eines insoweit unbeschränkten Asylgrundrechts, die er wie folgt formuliert hat: Ist es im Sinne des Art. 3 der Richtlinie 2004/83/EG mit der Richtlinie zu vereinbaren, dass der Antragsteller trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes nach Art. 12 II der Richtlinie einen Anspruch auf Asyl nach nationalem Verfassungsrecht hat?

### 3.2. Subsidiärer Schutz

#### 3.2.1. Umsetzung der Richtlinien-systematik in nationales Recht

Der Gesetzgeber hat die positiven Voraussetzungen des subsidiären Schutzes aus Art. 15 RL 2004/83/EG in § 60 II, III und VII 2 AufenthG niedergelegt und auch nur für diese Abschiebungsverbote in § 60 XI AufenthG die unmittelbare Geltung einzelner Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie angeordnet. Daneben treten die »nationalen« Abschiebungsverbote des § 60 V AufenthG (Verweis auf die EMRK) und des § 60 VII 1 AufenthG (erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit).

Hinsichtlich der Rechtsfolge sieht die Richtlinie für den subsidiären Schutz – wie auch bei der Anerkennung als Flüchtling in Art. 13 – die Zuerkennung eines entsprechenden Status in Art. 18 RL 2004/83/EG vor.<sup>67</sup> Der deutsche Gesetzgeber ist dem aber nicht gefolgt und hat – anders als bei der abschließenden Entscheidung des Bundesamtes über Voraussetzungen und Ausschlussgründe der Flüchtlingseigenschaft (§§ 3, 31 II AsylVfG sowie § 25 II AufenthG) – insoweit keinen gesonderten Status vorgesehen, sondern die Kompetenzen zwischen Bundesamt und Ausländerbehörde aufgespalten.

Das Bundesamt entscheidet, wenn ein Asylantrag gestellt worden ist, gemäß § 31 III AsylVfG nur über das Vorliegen der (positiven) Voraussetzungen der Abschiebungsverbote des § 60 II bis V

60 BVerfGE 80, 315 <343 f.>; 81, 58 <65 ff.>; BVerwG, U.v. 15.5.1990 – 9 C 17.89, BVerwGE 85, 139 <145 f.>; U.v. 9.9.1997 – 9 C 43.96, BVerwGE 105, 204 <211 f.>.

61 BT-Drs. 16/5065 S. 185.

62 BVerfGE 80, 315 Leitsatz 5 b; vgl. auch BVerwG, U.v. 15.5.1990 – 9 C 17.89, BVerwGE 85, 139 <145 f.>.

63 BVerwG, B.v. 14.10.2008 – 10 C 48.07; daran anschließend B.v. 25.11.2008 – 10 C 46.07 in einem Fall des allein auf die Einführung der Ausschlussgründe als Rechtsänderung gestützten Widerrufs gem. § 73 AsylVfG.

64 Vgl. dazu BVerwG, U.v. 1.7.1975 – I C 44.68, *Buchholz* 402.24 § 28 AuslG Nr. 9, wonach die in Art. 1 der UN-Charta genannten Ziele ausschließlich den zwischenstaatlichen (internationalen) Beziehungen gelten und Art. 2 UN-Charta sich nur an die Organisation der Vereinten Nationen und ihre Mitglieder (wiederum nur Staaten) wendet. Daher ist umstritten, ob dieser Ausschlussstatbestand nur bei Ausübung staatlicher oder staatsähnlicher Gewalt verwirklicht werden kann. Zum Streitstand vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 12.3.2008 – 2 BvR 378/05, InfAuslR 2008, 263 Rn. 24.

65 Vgl. BVerwG, U.v. 30.3.1999 – 9 C 31.98, BVerwGE 109, I <4, 8> zu der Vorgängernorm des § 51 III AuslG 1990.

66 BVerwG, U.v. 17.5.1983 – 9 C 36.83, BVerwGE 67, 184 <192>.

67 Vgl. auch die insoweit gleichlautende Formulierung in Art. 24 I und II RL 2004/83/EG.

oder VII AufenthG.<sup>68</sup> Daran ist die Ausländerbehörde gemäß § 42 I AsylVfG gebunden. Die Prüfung der Ausschlussgründe als Teil der von Art. 18 RL 2004/83/EG vorgesehenen Statusentscheidung trifft dagegen die Ausländerbehörde im Rahmen der ihr gemäß § 25 III AufenthG obliegenden Entscheidung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Zwar sind Ausländerbehörde und Bundesamt verfahrensrechtlich durch Unterrichtungs- (§ 24 III Buchst. b AsylVfG) und Beteiligungspflichten (§ 72 II AufenthG) bei der Entscheidungsfindung zusammengespannt; das ändert aber nichts an der gespaltenen Entscheidungskompetenz. Bei der durch Art. 19 RL 2004/83/EG vorgesehenen Aberkennung, Beendigung oder Ablehnung der Verlängerung des subsidiären Schutzstatus setzt sich die Kompetenzspaltung zwischen Bundesamt und Ausländerbehörde fort (§ 73 III AsylVfG, § 52 I 1 Nr. 5 AufenthG).

Die Frage, ob Gemeinschaftsrecht die Einräumung eines expliziten Schutzstatus gebietet, lasse ich außen vor; jedenfalls zeichnet sich das vom deutschen Gesetzgeber gewählte Modell durch ein bemerkenswertes Maß an Komplexität aus und ist von dem ansonsten gepriesenen Ideal eines »one-stop-shop-government« weit entfernt.

### 3.2.2. Konsequenzen für den Streitgegenstand

Bislang waren mit Blick auf die Rechtsfolgen die *obligatorischen* Abschiebungshindernisse nach § 53 I, II und IV AuslG als ein Streitgegenstand zusammengefasst und diesem das schwächere *fakultative* Abschiebungshindernis des § 53 VI 1 AuslG als weitere Hilfsbegehren nachgeordnet worden.<sup>69</sup> Die beschriebene, durch das Richtlinienumsetzungsgesetz eingeführte Aufgabenverteilung zwischen Bundesamt und Ausländerbehörde sowie die Konkurrenz zwischen gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Abschiebungsverboten in § 60 AufenthG machten es erforderlich, das Verhältnis der Abschiebungsverbote untereinander mit Blick auf die interessengerechte Erfassung in prozessuale Klagebegehren neu zu bewerten. Das ist im Urteil vom 24.6.2008<sup>70</sup> geschehen. Den Senat haben dabei folgende Erwägungen geleitet:

Da der Gesetzgeber keine Statusentscheidung vorgesehen hat, muss für die Ausländerbehörde erkennbar sein, ob ein vom Bundesamt festgestelltes Abschiebungsverbot auf den Voraussetzungen des Art. 15 der Richtlinie oder nur auf nationalem Recht beruht. Denn das der Ausländerbehörde nach § 25 III AufenthG durch die Normverknüpfung »soll« eingeräumte, allerdings auf atypische Fallkonstellationen begrenzte »Restermessen« ist je nach nationaler oder gemeinschaftsrechtlicher Fundierung des Abschiebungsverbots unterschiedlich weit. Das »soll« ist bei einem nach Art. 15 RL 2004/83/EG subsidiär Schutzberechtigten richtlinienkonform dahin auszulegen, dass eine Aufenthaltserlaubnis nur abgelehnt werden darf, wenn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung i.S.d. Art. 24 II RL 2004/83/EG der Erteilung entgegenstehen.

Anlässlich dieses Befunds würde es dem Regelungszweck des subsidiären Schutzes nach der Richtlinie zuwiderlaufen, wenn im Rahmen der vom Bundesamt nach § 60 II bis VII AufenthG in Bezug auf das Herkunftsland zu treffenden Feststellungen alle Abschiebungsverbote zusammen als einheitlicher Streitgegenstand behandelt würden. Denn dann könnte das Bundesamt das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 15 der Richtlinie 2004/83/EG offen lassen und sich auf die Feststellung eines nationalen Abschiebungsverbots beschränken. Die Annahme getrennter Streitgegenstände entspricht daher tendenziell eher der in Art. 18 der Richtlinie 2004/83/EG vorgesehenen Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus.

Jedenfalls seit dem Inkrafttreten des Richtlinienumsetzungsgesetzes muss innerhalb der nationalen Abschiebungsverbote nicht mehr zwischen *zwingenden* (früher § 53 I, II und IV AuslG) und *fakultativen* Abschiebungshindernissen (früher § 53 VI AuslG) differenziert werden. Denn das Bundesamt ist bei Asylbewerbern nunmehr auch für die ausländerrechtliche Ermessensentscheidung zuständig, ob nach § 60 VII 1 AufenthG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschrift von der Abschiebung abgesehen werden soll.<sup>71</sup> Eine vom Bundesamt in Ausübung dieses (Rest-)Ermessens ausgesprochene positive Entscheidung führt daher zu denselben Rechtsfolgen wie die Feststellung eines sonstigen nationalen ausländerrechtlichen Abschiebungsverbots (vgl. § 25 III, § 59 III AufenthG). Damit handelt es sich bei den nationalen ausländerrechtlichen Abschiebungsverboten – bezogen auf den jeweiligen Abschiebezielstaat – um einen einheitlichen, nicht weiter teilbaren Streitgegenstand.

Daher werden im Asylprozess die Anträge hinsichtlich der Abschiebungsverbote typischerweise interessengerecht dahingehend gestaffelt, dass

- in erster Linie die Verpflichtung zur Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 II, III und VII 2 AufenthG (entsprechend den Voraussetzungen für den subsidiären Schutz in Art. 15 der Richtlinie 2004/83/EG)
- und für den Fall, dass die Klage insoweit keinen Erfolg hat, hilfsweise die Verpflichtung zur Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 V und VII 1 AufenthG in Bezug auf das Herkunftsland begehrt wird.

### 3.2.3. Auslegung des § 60 VII 2 AufenthG

Der Gesetzgeber hat Art. 15 Buchst. c Richtlinie 2004/83/EG in § 60 VII 2 AufenthG umgesetzt, allerdings auf das Merkmal der »Bedrohung infolge willkürlicher Gewalt« verzichtet.

In dem Urteil vom 24.6.2008 hat sich der 10. Senat dem Tatbestandsmerkmal des »internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts« angenähert. Für die Auslegung hat er auf die Bedeutung dieses Begriffs im humanitären Völkerrecht, d.h. insbesondere in den vier Genfer Konventionen vom 12.8.1949<sup>72</sup> sowie in dem Zusatzprotokoll vom 8.6.1977<sup>73</sup> hingewiesen, in dem dieser von inneren Unruhen und Spannungen abgegrenzt wird. Kriminelle Gewalt dürfte bei der Feststellung, ob ein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt vorliegt, jedenfalls dann keine Berücksichtigung finden, wenn diese nicht von einer der Konfliktparteien begangen wird. Der Konflikt muss jedenfalls ein bestimmtes Maß an Intensität und Dauerhaftigkeit aufweisen; typische Beispiele dafür sind Bürgerkriegsauseinandersetzungen

<sup>68</sup> Vgl. dazu BVerwG, U.v. 11.9.2007 – 10 C 8.07, BVerwGE 129, 251 (Rn. 23): Die Kompetenz des Bundesamtes erstreckt sich seit dem Inkrafttreten des Richtlinienumsetzungsgesetzes auch auf die bisher der Ausländerbehörde vorbehaltene Ermessensentscheidung, ob nach § 60 VII 1 AufenthG bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschrift von der Abschiebung abgesehen werden soll.

<sup>69</sup> Vgl. BVerwG, U.v. 15.4.1997 – 9 C 19.96, BVerwGE 104, 260 <262 f.>.

<sup>70</sup> U.v. 24.6.2008 – 10 C 43.07, NVwZ 2008, 1241.

<sup>71</sup> BVerwG, U.v. 11.9.2007 – 10 C 8.07, BVerwGE 129, 251 <261> Rn. 23.

<sup>72</sup> Konvention zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der Streitkräfte im Felde (1. Konvention – BGBl. 1954 II S. 783), sowie der Verwundeten, Kranken und Schiffbrüchigen der Streitkräfte zur See (2. Konvention – BGBl. 1954 II S. 813), die Behandlung von Kriegsgefangenen (3. Konvention – BGBl. 1954 II S. 838) und der Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten (4. Konvention – BGBl. 1954 II S. 917, ber. 1956 II S. 1586).

<sup>73</sup> Art. 1 des Zusatzprotokolls II zu den Genfer Abkommen vom 12.8.1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (BGBl. 1990 II S. 1637).

und Guerillakämpfe. Die Voraussetzung einer bestimmten Größenordnung rechtfertigt sich im humanitären Völkerrecht angesichts des erst dann gerechtfertigten Zurücktretens staatlicher Souveränität gegenüber dem Einsatz internationaler Organisationen wie z.B. dem Roten Kreuz.

Aus dem Verweis des § 60 XI AufenthG auf Art. 8 Richtlinie 2004/83/EG ergibt sich zudem, dass keine landesweite Konfliktsituation erforderlich ist, sondern ein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt auch dann schon vorliegen kann, wenn die genannten Voraussetzungen nur in einem Teil des Staatsgebiets erfüllt sind.

Die Tatbestandsvoraussetzungen der »erheblichen individuellen Gefahr für Leib oder Leben« entsprechen denen einer »ernsthaften individuellen Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit« im Sinne von Art. 15 Buchst. c der Richtlinie. Hierbei ist zu prüfen, ob die von einem bewaffneten Konflikt für eine Vielzahl von Zivilpersonen ausgehende und damit allgemeine Gefahr sich in der Person des Einzelnen so verdichtet hat, dass sie eine erhebliche individuelle Gefahr im Sinne des § 60 VII 2 AufenthG darstellt. Nach Auffassung des Senats kann sich auch eine allgemeine Gefahr, die von einem bewaffneten Konflikt ausgeht, individuell verdichten und damit die Voraussetzungen des § 60 VII 2 AufenthG und des Art. 15 Buchst. c der Richtlinie erfüllen. Unter welchen Voraussetzungen dies der Fall ist, dürfte eine gemeinschaftsrechtliche Zweifelsfrage sein, die abschließend der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften klären müsste.<sup>74</sup>

Aus dem 26. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/83/EG, nach dem Gefahren, denen die Bevölkerung oder eine Bevölkerungsgruppe eines Landes allgemein ausgesetzt sind, für sich genommen normalerweise keine individuelle Bedrohung darstellen, die als ernsthafter Schaden zu beurteilen wäre, ergibt sich, dass ein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt *normalerweise* nicht eine solche Gefahrendichte hat, dass alle Bewohner des betroffenen Gebiets ernsthaft persönlich betroffen sind. Ausgeschlossen wird eine solche Betroffenheit der gesamten Bevölkerung oder einer ganzen Bevölkerungsgruppe allerdings nicht.

Eine allgemeine Gefahr kann sich aber insbesondere durch individuelle gefahrerhöhende Umstände zuspitzen, die sich möglicherweise aus einer Gruppenzugehörigkeit ergeben. Die allgemeinen Lebensgefahren, die lediglich Folge des bewaffneten Konflikts sind (z.B. Verschlechterung der Versorgungslage) können nicht in die Bemessung der Gefahrendichte einbezogen werden. Im Übrigen können für die Feststellung der Gefahrendichte grundsätzlich ähnliche Kriterien gelten wie im Bereich des Flüchtlingsrechts für den dort maßgeblichen Begriff der Verfolgungsdichte bei einer Gruppenverfolgung.<sup>75</sup>

Schließlich muss die individuelle Gefahr für Leib und Leben infolge von »willkürlicher Gewalt« drohen. Dieses Erfordernis aus Art. 15 Buchst. c der Richtlinie hat der deutsche Gesetzgeber zwar nicht explizit in § 60 VII 2 AufenthG aufgenommen, aber in der Begründung des Regierungsentwurfs ausdrücklich auch auf dieses Tatbestandsmerkmal des Artikels 15 Buchst. c der Qualifikationsrichtlinie verwiesen.<sup>76</sup> Insoweit bieten sich zwei Auslegungsmöglichkeiten an:

– Denkbar ist, dass das Merkmal im Licht des humanitären Völkerrechts auszulegen ist.<sup>77</sup> Danach soll der Begriff der willkürlichen Gewalt (englische Fassung: indiscriminate violence) nur solche Gewaltakte erfassen, die unter Verletzung der Regeln des humanitären Völkerrechts, insbesondere der Genfer Konventionen von 1949 und der zu ihrer Präzisierung

vereinbarten Zusatzprotokolle von 1977 begangen werden. Das bezieht sich insbesondere auf Gewalt, die nicht zwischen zivilen und militärischen Objekten unterscheidet und erfasst Anschläge, die nicht auf die bekämpfte Konfliktpartei gerichtet sind, sondern die Zivilbevölkerung treffen sollen. Der Begriff erstreckt sich ferner auf Gewaltakte, bei denen die Mittel und Methoden in unverhältnismäßiger Weise die Zivilbevölkerung treffen (z.B. chemische Waffen).

- Nach anderer Ansicht soll das Merkmal der »willkürlichen Gewalt« die Anforderungen begrenzen, die an das Vorliegen einer erheblichen individuellen Gefahr im Sinne des § 60 VII 2 AufenthG zu stellen sind. Dies wird mit der fehlenden Zielgerichtetheit willkürlicher Gewaltakte begründet (französische Fassung: violence aveugle). Würden Gewaltakte nicht gezielt gegen bestimmte Personen oder Personengruppen, sondern wahllos ausgeübt, könnten die Betroffenen in aller Regel keine individualisierenden Merkmale vorweisen, die sie von anderen unterscheiden.<sup>78</sup>
- In eine ähnliche Richtung zielt die Auffassung von *Marx*, nach der das Erfordernis willkürlicher Gewalt den Anwendungsbereich des 26. Erwägungsgrundes der Richtlinie, demzufolge allgemeine Gefahren für sich genommen normalerweise keine individuelle Bedrohung darstellen, begrenzen soll. Sei die Situation im Herkunftsland von willkürlichen Gewaltmustern geprägt, herrsche keine Situation lediglich allgemeiner Gewalt.<sup>79</sup>

Welchen Inhalt dieses Merkmal hat, sieht der Senat als eine gemeinschaftsrechtliche Zweifelsfrage an, die letztlich nur vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften geklärt werden kann.

#### 4. Schlussbemerkung

Die vorgestellten Entscheidungen belegen die – weder überraschende noch revolutionäre – Eingangsthese, dass die Arbeit im Ausländer- und Asylrecht mittlerweile intensiv durch die Auslegung des Gemeinschaftsrechts geprägt ist. Die Spannung auf die zukünftige Entwicklung der Rechtsprechung insbesondere von EuGH und EGMR in diesen Bereichen ist groß; zu hoffen bleibt, dass sich ein inter-institutioneller Dialog auch zwischen dem EuGH und den Gerichten der Mitgliedstaaten etabliert. Angesichts der Bedeutung eines von Kooperation getragenen Diskurses der Interpreten für die Qualität der Norminterpretation möchte man den Akteuren – in Abwandlung des römischen Originals – zurufen: *videant iudices, ne quid salus publica detrimenti capiat*.

<sup>74</sup> Insoweit wurde im Urteil auf das bereits anhängige Vorlageverfahren des Niederländischen Raad van State (C-465/07, Vorlage vom 17.10.2007, ABl. C 8 vom 12.1.2008, S. 5) verwiesen.

<sup>75</sup> Vgl. BVerwG, U.v. 12.6.2007 – 10 C 24.07, *Buchholz* 402.25 § 73 AsylVfG Nr. 28 Rn. 21 bis 23; U.v. 18.7.2006 – 1 C 15.05, BVerwGE 126, 243 Rn. 20 bis 25.

<sup>76</sup> Vgl. BT-Drs. 16/5065 S. 187 zu Buchst. d.

<sup>77</sup> Asylum and Immigration Tribunal, U.v. 1.2.2008, KH <Article 15(c) Qualification Directive> Iraq CG [2008] UKAIT 00023, Rn. 85 bis 94.

<sup>78</sup> Vgl. *Hruschka/Lindner*, Der internationale Schutz nach Art. 15 b und c Qualifikationsrichtlinie im Lichte der Maßstäbe von Art. 3 EMRK und § 60 VII AufenthG, NVwZ 2007, 645 <649>.

<sup>79</sup> Vgl. *Marx*, Handbuch zur Flüchtlingsanerkennung, § 40 Rn. 50.