

Hilfe zum Tag der Menschenrechte veranstaltet. Die Ergebnisse des Fachtags können Anfang 2009 bei der Deutschen AIDS-Hilfe angefordert werden.

Aus Sicht der Aidshilfen spricht die in diesem Artikel beschriebene Versorgungssituation in den Herkunftsländern dafür, dass Migrantinnen und Migranten mit HIV und Aids ein Bleiberecht zugesprochen werden sollte.¹² Darüber hinaus fordern die Aidshilfen,

- dass die Stellungnahmen von NGOs systematisch und selbstverständlich in die Rechtsprechung einbezogen werden,
- dass individuelle Fallprüfungen systematisch durchgeführt werden,
- dass die unmenschliche Praxis der Medikamentenmitgabe für einen begrenzten Zeitraum beendet wird,
- dass Menschen, die medizinische Behandlung benötigen, diese in Deutschland gewährt wird und die Integration der Menschen nicht behindert wird,
- dass gesundheitsschädigende Voraussetzungen wie z. B. die Ungewissheit der Aufenthaltssituation, die Unterbringung in Gemeinschaftsunterkünften, die Ernährung mit Lebensmittelpaketen, beendet werden.

Kontakt:

Deutsche AIDS-Hilfe e. V.
Silke Klumb
Referentin für Migration
Wilhelmstraße 138
10963 Berlin
Tel. 030/69008718
silke.klumb@dah.aidshilfe.de
www.aids-laenderberichte.de

Münchner AIDS-Hilfe
Antje Sanogo
Lindwurmstraße 71
80337 München
Tel. 089/54333114
antje.sanogo@muenchner-aidshilfe.de
www.muenchner-aidshilfe.de/forum

¹² Diese Forderung steht auch im Mittelpunkt einer Postkartenkampagne, die die Deutsche AIDS-Hilfe am 10.12.2008 starten wird. Die Postkarten können unter versand@dah.aidshilfe.de kostenlos angefordert werden.

HIV und Aufenthalt

RAin Kerstin Müller, Köln

Anfang des Jahres riefen die Vereinten Nationen eine internationale Arbeitsgruppe »Task Force Travel Restrictions« ins Leben, die sich mit Einreisebeschränkungen für HIV-Positive beschäftigt. Dieses Thema ist auch für Europa aktuell. So ist u. a. in Polen, Zypern, Spanien, Griechenland, Polen und Bulgarien bei längerfristigen Aufenthalten vor der Einreise ein HIV-Test obligatorisch. Wie sieht es in Deutschland aus? Welche Auswirkungen hat die Erkrankung hier auf die Einreise und den Aufenthalt?¹

I. Einreise

Fall: Herr S. aus Russland beantragt ein Studentenvisum. Im Rahmen des Verfahrens wird bekannt, dass er HIV-positiv ist. Nun befürchtet er, kein Visum zu erhalten.

Eine HIV-Infektion kann für den Betroffenen im Rahmen eines Visumverfahrens erhebliche Konsequenzen haben. § 5 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG sieht bei Aufenthaltstiteln, auf die kein Anspruch besteht, die Möglichkeit vor, den Aufenthalt zu versagen, wenn dieser die Interessen der Bundesrepublik beeinträchtigt oder gefährdet (vgl. auch Art. 5 Abs. 1 e) Schengener Grenzkodex). So wird die Auffassung vertreten, bereits die Feststellung oder sogar der Verdacht einer HIV-Infektion genüge, um den Versagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erfüllen.² Dem ist nicht zu folgen. Angesichts der damit einhergehenden Stigmatisierung und Diskriminierung HIV-Infizierter und der ansonsten uferlosen Auslegungsmöglichkeit des § 5 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG ist davon auszugehen, dass eine Versagung nur dann möglich ist, wenn tatsächlich davon auszugehen ist, dass eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit konkret – durch ein entsprechendes Verhalten des Ausländers – zu befürchten ist.

Darüber hinaus gibt auch § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in Verbindung mit § 55 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel und damit ein Visum zu versagen, wenn durch das Verhalten des Ausländers die öffentliche Gesundheit gefährdet wird. Neben der festgestellten HIV-Erkrankung muss somit hinzukommen, dass der Betroffene durch sein tatsächliches Verhalten die Verbreitung der Krankheit fördert.³ Ist eine Verbreitung jedoch unter Kontrolle (regelmäßige gesundheitliche Kontrolle, verantwortungsbewusstes Verhalten), besteht keine Gefahr für die öffentliche Gesundheit.⁴

Problematisch sind Visumverfahren, in denen eine Ermessensentscheidung der Botschaft – bzw. im Rahmen der behördeninternen Beteiligung der Ausländerbehörde – er-

¹ Vgl. auch Heinhold, HIV-Infektion als Abschiebungshindernis, *InfAuslR* 2000, 333 ff.

² Renner, *AuslR*, § 5 AufenthG Rn. 34; vgl. auch Nr. 5.1.3.1.6 der Vorläufigen Anwendungshinweise zum AufenthG.

³ *HK-AuslR*, § 55 Rn. 31.

⁴ *VGH Baden-Württemberg*, *NJW* 1987, 2953.

förderlich ist, z. B. bei beabsichtigten Studienaufenthalten. So sehen z. B. die bayerischen internen Verwaltungsvorgaben die Möglichkeit vor, im Studentenvisumverfahren einen HIV-Test zu verlangen. Es wäre allerdings im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot ermessensfehlerhaft, die Erkrankung allein als Versagungskriterium anzuführen.

Das Visum von Herrn S. darf damit auch bei Kenntnis der Krankheit nicht abgelehnt werden, wenn die Botschaft nicht stichhaltige Nachweise dafür besitzt, dass er aufgrund seines Verhaltens auch andere Personen mit HIV infizieren wird.

Der Fall wirft allerdings auch folgende Frage auf: Muss man seine HIV-Infektion eigentlich offenbaren? Hierzu spricht der EuGH deutliche Worte: Das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens stellt ein von der Gemeinschaftsordnung geschütztes Grundrecht dar und umfasst insbesondere das Recht einer Person auf Geheimhaltung ihres Gesundheitszustandes.⁵ Auch das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG resultierende allgemeine Persönlichkeitsrecht grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand schütze.⁶ Eingriffe in dieses Recht könnten nur auf gesetzlicher Grundlage bei einem überwiegenden Allgemeininteresse erfolgen. Eine solche Grundlage ist weder durch § 15 AsylVfG noch § 82 AufenthG gegeben.

II. Bestehender Aufenthalt

Im Rahmen der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis spielt § 5 AufenthG als allgemeiner Versagungsgrund erneut eine Rolle; eine Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis kann also auch hier bei konkreter Gefährdung der öffentlichen Gesundheit im Rahmen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erfolgen.

Darüber hinaus kann eine HIV-Erkrankung gemäß § 55 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG eine Ausweisung begründen. Da es sich aber um einen Ermessenstatbestand handelt, ist gemäß § 55 Abs. 3 AufenthG von der Ausländerbehörde zu berücksichtigen, dass bei einem HIV-infizierten Ausländer, der infolge der Ausweisung schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen ernsthaft befürchten müsste, eine atypische Ausnahme von einem Regelausweisungsgrund vorliegt.⁷

III. HIV im Asylverfahren

Im Rahmen des Asylverfahrens ist eine HIV-Infektion von besonderer Bedeutung, da ein Abschiebungsverbot vorliegen kann. Bei bereits negativ abgeschlossenem Asylverfahren ist ein Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens zu stellen; das Bundesamt bleibt weiterhin für die Prüfung von Abschiebungsverboten gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG zuständig.⁸

1. Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2, Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 3 EMRK

Denkbar ist, dass unter dem Gesichtspunkt des § 60 Abs. 2 bzw. Abs. 5 AufenthG in Verbindung mit Art. 3 EMRK die Abschiebung in den Herkunftsstaat bei bekannter HIV-Erkrankung eine erniedrigende und unmenschliche Behandlung darstellen könnte. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich in mehreren Entscheidungen mit dieser Frage befasst: Im Verfahren D gegen Vereinigtes Königreich⁹ wurde ein an AIDS erkrankter Drogenkurier aus St. Kitts aufgrund seiner in Großbritannien diagnostizierten Infektion dort seit mehreren Jahren medizinisch u. a. mit hochdosierten Medikamenten versorgt, die in seiner Heimat nicht erhältlich waren. Er hatte keine Angehörigen mehr in seiner Heimat und wurde in Großbritannien inzwischen in einer speziell für AIDS-Patienten eingerichteten Wohlfahrtseinrichtung betreut, da sich sein Gesundheitszustand erheblich verschlechtert hatte. Der EGMR stellte zunächst fest, dass die Gefahr einer im Sinne des Art. 3 EMRK verbotenen Behandlung nicht voraussetze, dass sie vom Staat ausgehe. Wenn eine Abschiebung eines an AIDS im Endstadium erkrankten straffälligen Ausländers in ein Entwicklungsland, in dem die medizinische und soziale Versorgung solcher Patienten unzureichend ist, dazu führe, dass dessen ihm verbliebene Lebensqualität erheblich verschlechtert und seine Lebenserwartung verkürzt wird, so würde ihr Vollzug eine erniedrigende und unmenschliche Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK darstellen, wenn der abschiebende Staat die Verantwortung für den Ausländer übernommen habe.

Ähnlich entschied die Europäische Kommission für Menschenrechte 1998 im Falle eines AIDS-Kranken aus der Demokratischen Republik Kongo.¹⁰ Auch die Kommission stellte auf die fortgeschrittene Erkrankung, die fehlende Behandlungsmöglichkeit in der Heimat mit der großen Gefahr opportunistischer Erkrankungen, fehlende familiäre Bindungen und die Übernahme der (medizinischen) Verantwortung Frankreichs durch die Behandlung ab und bejahte ein Abschiebungsverbot im Sinne des Art. 3 EMRK.

Zu einem anderen Ergebnis kommt die Entscheidung des EGMR vom 15.2.2000.¹¹ Die Antragstellerin stammte aus Sambia. Sie machte geltend, es sei im Jahr 1995 eine HIV-Infektion bei ihr festgestellt worden, mit einer Therapie habe man im Jahr 1999 begonnen. Der EGMR sah hier keine Verletzung von Art. 3 EMRK unter Berücksich-

⁵ EuGH, Urteil vom 5.10.1994 - C-404/92 P - NJW 1994, 3005.

⁶ BVerfG, Beschluss vom 6.6.2006 - 2 BvR 1349/05.

⁷ VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 28.6.2000 - 11 S 1080/00 - InfAuslR 2000, 438; ebenso schon VG Stuttgart, Urteil vom 12.4.2000 - 16 K 6364/98 - InfAuslR 2000, 441; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 19.11.1996 - 1 C 6.95 - NvwZ 1997, 685, 686 f., zur identischen Regelung in § 45 Abs. 2 AuslG.

⁸ BVerwG, Urteil vom 23.11.1999 - 9 C 16.99 - InfAuslR 2000, 125.

⁹ EGMR, Urteil vom 2.5.1997 - 146/1996/767/964 - InfAuslR 1997, 381.

¹⁰ B.B. gegen Frankreich, Urteil vom 9.3.1998 - 30930/96 -.

¹¹ S.C.C. gegen Schweden - 46553/99 -.

tigung der Tatsachen, dass erst kürzlich mit einer Therapie begonnen worden sei, Verwandte in Sambia lebten und nach Vortrag der schwedischen Botschaft die Behandlung von AIDS in Sambia möglich sei. Im Verfahren Arcila Henao gg. Niederlande¹² stellte der EGMR ebenfalls fest, dass Art. 3 EMRK nicht verletzt sei, da sich die Erkrankung noch nicht im Endstadium befinde und Verwandte den Antragssteller – aus Kolumbien – im Herkunftsland unterstützen könnten.¹³

In der Entscheidung N. gegen Vereinigtes Königreich¹⁴ verneinte der EGMR ebenfalls eine Verletzung von Art. 3 EMRK. Es handelte sich dabei um eine ugandische Asylbewerberin, deren Erkrankung sich bereits im Stadium CDC C 3 befand. Sie machte geltend, sie könne die Behandlung im Fall der Rückkehr nicht finanzieren. Obwohl dem EGMR bewusst war, dass der Abbruch der Behandlung eine schnelle und erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes mit sich bringen würde, war er der Ansicht, dass zum einen der derzeitige Gesundheitszustand aufgrund der Medikamenteneinnahme nicht kritisch sei, zum anderen aufgrund der grundsätzlichen Behandlungsmöglichkeiten in Uganda und der dort vorhandenen Familie eine Verletzung von Art. 3 EMRK nicht vorliege. Er betonte noch einmal die besondere Situation im Verfahren D. gegen Vereinigtes Königreich.

Deutlich wird, dass der EGMR nur in Ausnahmefällen Schutz über Art. 3 EMRK gewähren will. Entscheidend ist für ihn dabei nicht so sehr die Frage, ob im Falle der Rückkehr eine wesentliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu befürchten oder die Behandlung realiter finanzierbar ist, sondern ob die Erkrankung sich bereits im »Endstadium« befindet und Personen im Herkunftsland vorhanden sind, die zumindest theoretisch die Finanzierung der Behandlung unterstützen könnten. Dem Betroffenen wird dabei zugemutet, eine erhebliche Verschlechterung der Erkrankung in Kauf zu nehmen.

Die bundesdeutsche Rechtsprechung lehnte eine Lösung über § 60 Abs. 2 oder 5 AufenthG i. V. m. Art. 3 EMRK bisher ab. Hintergrund war die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zu § 53 Abs. 4 AuslG, die einen zielgerichteten Angriff des Staates auf die Menschenwürde verlangte.¹⁵ Im Falle einer Erkrankung lag nach dieser Rechtsprechung kein vorsätzliches, geplantes Handeln des Abschiebestaates vor.¹⁶ Diese Rechtsprechung lässt sich nun aufgrund der Regelung des § 60 Abs. 11 AufenthG zumindest hinsichtlich § 60 Abs. 2 AufenthG nicht mehr aufrecht erhalten.¹⁷ Allerdings wird aufgrund der angeführten Rechtsprechung des EGMR ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2 oder 5 AufenthG nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommen.

2. Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG

In der Regel wird somit HIV bei der Prüfung eines Abschiebungsverbotes gemäß § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG relevant. Nach dieser Norm kann von der Abschiebung eines Auslän-

ders abgesehen werden, wenn für diesen in dem Zielstaat eine erhebliche konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit besteht. Das Bundesverwaltungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die drohende Verschlimmerung einer Krankheit wegen der nur unzureichenden Behandlung im Zielstaat ein so genanntes zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot im Sinne des § 60 Abs. 7 AufenthG darstellen kann.¹⁸ In Bezug auf HIV wirft diese Norm jedoch mehrere Probleme auf.

a) Bevölkerungsgruppe

§ 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG schließt die Annahme eines Abschiebungsverbotes aus, wenn die dem Ausländer drohende Gefahr der Bevölkerung oder der Bevölkerungsgruppe, der er angehört, allgemein droht. In diesen Fällen liegt die Verantwortung auf politischer Ebene: Das zuständige Landesinnenministerium kann für diese Gruppen einen Abschiebestopp im Sinne des § 60 a Abs. 1 AufenthG erlassen. Derartige Anordnungen sind rar, im Falle von HIV-Infektionen nicht existent. Die Betroffenen sind jedoch nicht völlig schutzlos: Das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass insbesondere in Ländern, in denen eine hohe Anzahl HIV-Infizierter existiert, die Anwendung von § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG zwar beachtet werden müsse. Gebe es keinen Abschiebestopp, genieße der Flüchtling, der einer Bevölkerungsgruppe im Sinne des § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG angehört, aber dann Abschiebungsschutz, wenn eine *extreme* Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit im Falle einer Rückkehr zu bejahen sei. Das Bundesverwaltungsgericht spricht plastisch davon, dass ein Abschiebungsverbot anzunehmen sei, wenn der Ausländer »sehenden Auges in den sicheren Tod oder in schwerste Verletzungen« geschickt werde.¹⁹

Im Zusammenhang mit HIV und einer allgemeinen Gefahr im Herkunftsland hat sich das Bundesverwaltungsgericht pauschal dahingehend geäußert, es sei allgemeinkundig, dass AIDS eine zumal in Afrika weit verbreitete Krankheit sei.²⁰ Dies enthebt das Bundesamt allerdings nicht der Prüfung, ob dies auf den konkreten Herkunftsstaat auch zutrifft. Nicht nachzuvollziehen ist dabei, dass bereits bei Zahlen im einstelligen Prozentbereich ohne nähere Darlegung in der Regel von einer allgemeinen Gefahr ausgegangen wird. Bei posttraumatischen Belastungsstörungen wird diese Annahme deutlich differenzierter getroffen, obwohl in bestimmten Herkunftsländern auch von einer großen Zahl

¹² Urteil vom 24.6.2003 - 13669/03 -.

¹³ Ähnlich EGMR, Ndongoyi gg. Schweden, Urteil vom 22.6.2004, Nr. 17868/03 (Tansania); Amegnigan gg. Niederlande, Urteil vom 25.11.2004, Nr. 25629/04 (Togo).

¹⁴ Urteil vom 27.5.2008 - 26565/05 - (34 S., M13624).

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 9.9.1997 - 9 C 48.96 - InfAuslR 1998, 125.

¹⁶ Zur berechtigten Kritik vgl. schon Heinhold, InfAuslR 2000, 333, 336 f.

¹⁷ HK-AuslR, § 60 Rn. 48.

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 27.4.1998 - 9 C 13.97 - InfAuslR 1998, 409.

¹⁹ BVerwG, Beschluss vom 26.1.1999 - 9 B 617.98 - InfAuslR 1999, 265.

²⁰ BVerwG, Urteil vom 27.4.1998 - 9 C 13.97 - a. a. O.

von Traumatisierten auszugehen ist.²¹ Letztlich ist völlig unklar, wie groß die Zahl sein muss, um von einer Bevölkerungsgruppe auszugehen.²² Nicht geklärt ist auch, ob der Anteil an der Bevölkerung oder die absolute Zahl für die Annahme einer Bevölkerungsgruppe entscheidend ist. So sind z. B. nach Schätzungen von UNAIDS in Nigeria 3,1 % der Bevölkerung zwischen 15 und 49 Jahren HIV-infiziert, dies macht aber immerhin eine Zahl von ca. 2,4 Mio. Personen aus. Wie bei der posttraumatischen Belastungsstörung ist die aus der Schwere der HIV-Infektion und deren Behandlungsbedürftigkeit resultierenden Gefahren für Leib und Leben der Betroffenen derart verschieden, dass sich eine für alle Angehörigen der Gruppe der »HIV-Infizierten« einheitliche Beurteilung der Gefahr verbietet. Bei der posttraumatischen Belastungsstörung wird zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Anwendung des § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG angesichts der Unterschiede bei der Schwere und der Behandlungsbedürftigkeit der Erkrankung verbietet.²³ Dieser Ansatz ist auf die Situation HIV-Infizierter zu übertragen. So gibt es zahlreiche Betroffene, bei denen eine medikamentöse Behandlung noch nicht eingesetzt hat. Bei einigen Personen bleibt die Viruslast auch ohne Behandlung gering. Abhängig von der Diagnose ist zudem die gesundheitliche Verfassung durch bereits eingetretene opportunistische Infekte unterschiedlich beeinträchtigt. Insofern verbietet sich in der Regel die Annahme einer allgemeinen Gefahr.

b) Erhebliche und konkrete Gefahr

Durch die Abschiebung muss sich eine erhebliche und konkrete, bei Annahme einer allgemeinen Gefahr sogar extreme Gefahr für Leib und Leben im Falle der Rückkehr verwirklichen. Problematisch ist dies für den Personenkreis, bei dem eine HIV-Infektion diagnostiziert, eine medikamentöse Behandlung jedoch noch nicht eingeleitet wurde, da die Viruslast noch zu niedrig ist. In diesen Fällen lässt sich nur damit argumentieren, dass der Asylsuchende im Herkunftsstaat einer infektionsträchtigen Umgebung (fehlender Zugang zu sauberem Trinkwasser und sanitären Einrichtungen, erhöhte Infektionsgefahr z. B. mit Malaria, Hepatitis, Durchfallerkrankungen etc.) ausgesetzt werde und damit die Gefahr der Erhöhung der Viruslast steige. In diesem Zusammenhang verlangt das Bundesverwaltungsgericht zu Recht, dass sämtliche Umstände im Herkunftsstaat, die zu einer Verschlimmerung der Erkrankung beitragen können, in die Gefahrenprognose mit einzubeziehen sind, also auch ein mögliches höheres Infektionsrisiko.²⁴

Die Dienstanweisungen des Bundesamtes nehmen – soweit bekannt – eine Abstufung der Gefährdung vor: In der Regel erfolgt demnach in den frühen Krankheitsstadien A1 und B1 eine negative Entscheidung, weil zu diesem Zeitpunkt »weder die Annahme einer erheblichen konkreten Gefahr noch die einer extremen Gefahrensituation, in der ein Ausländer bei einer drohenden Abschiebung gleichsam sehenden Auges dem sicheren Tod oder schwersten Verlet-

zungen ausgesetzt sein würde«, gerechtfertigt sei. Für das Stadium A2 gelte: Erfolge eine antiretrovirale Therapie oder werde der sofortige Beginn einer solchen angeraten, könne ein Abschiebungsverbot in Betracht kommen. Im Stadium B2 könne ein Abschiebungsverbot in Betracht kommen, wenn die HIV-RNS-Werte über der Nachweisgrenze liegen oder die CD4-Zellzahlen konstant oder abnehmend sind. In den Stadien A3, B3, C1, C2 und C3 sei ein Abschiebungsverbot möglich.

In jedem Fall sollte ein ärztliches Attest – am besten eines Arztes, der sich entweder als niedergelassener Arzt oder in einer Klinik auf die Behandlung von HIV-Patienten spezialisiert hat – den genauen Stand der Infektion und die derzeitige Medikation sowie den bisherigen Verlauf der Erkrankung (insbesondere das Auftreten von opportunistischen Infektionen) und die Folgen eines Behandlungsabbruches wiedergeben. Ausführungen zu der Behandlungssituation im Herkunftsstaat sind entbehrlich, zumal die Kompetenz des Arztes in diesem Punkt nicht immer auf der Hand liegt.²⁵

c) Finanzierbarkeit

Inzwischen ist in den meisten Ländern grundsätzlich eine medikamentöse Therapie der HIV möglich. Oftmals ist den Betroffenen aufgrund ihrer finanziellen Situation der Zugang zur Behandlung jedoch verwehrt. Kostenlose – staatliche oder karitative – Versorgung steht meist nur eingeschränkt zur Verfügung oder es ist ungeklärt, ob Rückkehrer direkten Zugang dazu erlangen können. Im Rahmen der Prüfung eines Abschiebungsverbotes ist daher eine Prognose im Hinblick auf die Finanzierbarkeit zu treffen. Dabei steht die Leistungsfähigkeit des Betroffenen im Vordergrund, unter Berücksichtigung von persönlichen Faktoren wie Alter, Schul- und Berufsausbildung, wirtschaftliche Situation vor der Ausreise, Familienstand, Dauer der Abwesenheit vom Heimatland und eventuelle Einschränkung der Erwerbsfähigkeit durch die Erkrankung. Aber auch die allgemeine wirtschaftliche Situation im Heimatland – wie etwa die Arbeitslosenquote – ist relevant. Darüber hinaus ist die soziale Verwurzelung in der Heimat zu untersuchen. So herrscht die – in der Realität wohl selten haltbare – Auffassung hinsichtlich afrikanischer Länder vor, dass innerhalb der Großfamilie entsprechende Hilfestellung gewährt werde. Auch verweist die Rechtsprechung auf die Inanspruchnahme finanzieller Unterstützung von im Ausland lebenden

²¹ Gegen die Annahme einer Bevölkerungsgruppe Traumatisierter OVG NRW, Beschluss vom 19.11.1999 - 19 B 1599/98 -; OVG Saarland, Beschluss vom 20.9.1999 - 9 Q 286/98 -; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.9.2003 - 7 A 10186/03.OVG - ASYLMAGAZIN 4/2004, S. 33.

²² Zahlenmaterial kann über www.unaids.org ermittelt werden.

²³ VG Göttingen, Urteil vom 5.9.2003 - 3 A 3238/01 - ASYLMAGAZIN 12/2003, S. 26; VG Oldenburg, Urteil vom 27.1.2004 - 12 A 550/03 - ASYLMAGAZIN 6/2004, S. 33.

²⁴ BVerwG, Urteil vom 17.10.2006 - 1 C 18.05 - ASYLMAGAZIN 1-2/2007, S. 33.

²⁵ Vgl. zum Fragenkatalog für ärztliche Bescheinigungen, Merkblatt des Flüchtlingsrates NRW, abgedruckt in ASYLMAGAZIN 11/2000.

Verwandten.²⁶

In diesem Zusammenhang stellt sich erneut die Frage, ob die mangelnde Finanzierbarkeit der Behandlung als individuelle, gerade den Einzelnen treffende Gefahr im Sinne des § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG oder als Auswirkung einer allgemeinen Gefahr i. S. d. § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG anzusehen ist.²⁷ Dies ist für die anzuwendende Prognose entscheidend, da entweder »nur« eine erhebliche oder aber eine extreme Gefahr im Falle der Rückkehr vorliegen muss.

Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist uneinheitlich.²⁸ Der Annahme einer allgemeinen Gefahr steht jedoch entgegen, dass es Sinn und Zweck von § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG ist, eine Vielzahl gleich gelagerter Fälle einheitlich zu entscheiden, die Gruppe der mittellosen Erkrankten jedoch derart heterogen ist und die ihnen aufgrund der individuellen Erkrankung drohenden Gefahren derart vielschichtig sind, dass sich eine pauschale Betrachtung verbietet. Die Gefahr für Leib und Leben der Betroffenen besteht letztlich nicht darin, keinen Zugang zum Gesundheitssystem zu haben, sondern in der konkreten Weiterentwicklung der jeweiligen individuellen Krankheit.²⁹ Auch das Bundesverwaltungsgericht hat festgestellt, dass von einer individuellen Gefahr auszugehen sei, wenn zwar allgemein eine Behandlungsmöglichkeit bestehe, sie dem Betroffenen aber aus finanziellen oder sonstigen Gründen nicht zugänglich sei.³⁰

d) »Alsbald«-Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts muss sich die von § 60 Abs. 7 AufenthG vorausgesetzte Gefahr alsbald nach der Rückkehr in den Herkunftsstaat verwirklichen.³¹ Welcher Zeitraum dabei anzusetzen ist, bleibt unklar. Die Behörden behelfen sich damit, dass sie unter Einschaltung des zuständigen Sozialamtes erklären, dass die finanziellen Mittel für die Behandlung für einen bestimmten Zeitraum – in der Regel sechs Monate und mehr – dem Betroffenen bei der Abschiebung mitgegeben werden. Diese Handhabung gerät zu Recht zunehmend in die Kritik.³² Eine Gefahrenlage im Sinne des § 60 Abs. 7 AufenthG ist demnach nur dann zu verneinen, wenn es sich insoweit um ein geeignetes Mittel handelt, der dargestellten Gefahrenlage zu begegnen und wenn mit hinreichender Sicherheit erwartet werden kann, dass nach Ausschöpfung der Barmittel die erforderliche weitere Behandlung im Zielstaat dem Ausländer zur Verfügung steht.³³ Zudem muss die Behörde nachweisen, dass die Geldmittel ihren Zweck auch tatsächlich erreichen. Oftmals ist nämlich unklar, ob die zoll- und devisa-rechtlichen Bestimmungen es überhaupt erlauben, eine solche Summe einzuführen. Auch das Diebstahls- und Raubrisiko sowie das Verhalten der Grenzbeamten und des Flughafenpersonals bleibt unkalkulierbar.³⁴

IV. HIV im ausländerrechtlichen Verfahren

Fall: Herr Abdul wird im Jahr 2005 – ohne vorangegangenes Asylverfahren – abgeschoben. Im Jahr 2006 reist er illegal ins

Bundesgebiet ein und meldet sich in der Folgezeit nicht bei den Behörden. 2008 wird bei ihm eine HIV-Infektion diagnostiziert. Er beantragt nach Einleitung einer antiretroviralen Therapie eine Aufenthaltserlaubnis. Die Ausländerbehörde ist der Ansicht, er müsse einen Antrag beim Bundesamt stellen. Darüber hinaus könne ihm aufgrund der Abschiebung keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

Bei Personen, die keinen Asylantrag gestellt haben und geduldet werden, kann eine HIV-Infektion unter den gleichen Voraussetzungen wie im Asylverfahren zu einer Aufenthaltsverfestigung führen. In diesem Fall ist nämlich die Ausländerbehörde zur Prüfung des Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG verpflichtet. Hierzu hat es das Bundesamt allerdings gemäß § 72 AufenthG zu beteiligen. Wird ein Abschiebungsverbot bejaht, ist in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG zu erteilen.³⁵ Eine HIV-Infektion stellt dabei grundsätzlich keine Gefahr für die Allgemeinheit im Sinne des § 25 Abs. 3 S. 2 d) AufenthG dar.³⁶

Ist aufgrund einer Ausweisung oder Abschiebung eine Sperrwirkung eingetreten, scheidet die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG allerdings gemäß § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Es kommt jedoch eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG in Betracht, da hier von § 11 Abs. 1 AufenthG ausdrücklich abgewichen werden darf. Zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote werden von dem Begriff der rechtlichen Unmöglichkeit der Ausreise in § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG erfasst.³⁷

Da die Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG die Sperrwirkung einer Aus-

²⁶ BVerwG, Beschluss vom 1.10.2001 - 1 B 185.01 -; VG Bremen, Urteil vom 6.1.2004 - 6 K 1847/01.A - (10 S., M4681); VG Koblenz, Urteil vom 19.3.2004 - 8 K 2133/03.KO - (10 S., M5205).

²⁷ BVerwG, Beschluss vom 29.4.2002 - 1 B 59.02 - ASYLMAGAZIN 7-8/2002, S. 38.

²⁸ Für die Annahme einer allgemeinen Gefahr z. B. BayVGH, Beschluss vom 10.10.2000 - 25 B 99.52077 - (10 S., M10591); OVG Saarland, Beschluss vom 23.8.1999 - 3 R 28/99 -; VG Düsseldorf, Urteil vom 19.7.2006 - 5 K 3104/06.A - (12 S., M8656).

²⁹ So zu Recht VG Sigmaringen, Urteil vom 13.8.2003 - A 5 K 11176/03 - ASYLMAGAZIN 1-2/2004, S. 42; VG Oldenburg, Urteil vom 28.4.2005 - 12 A 3364/02 -.

³⁰ BVerwG, Urteil vom 29.10.2002 - 1 C 1.02 - ASYLMAGAZIN 3/2003, S. 33.

³¹ BVerwG, Urteil vom 25.11.1997 - 9 C 98.96 - InfAuslR 1998, 189.

³² BayVGH, Urteil vom 6.3.2007 - 9 B 06.30682 - ASYLMAGAZIN 5/2007, S. 16; VG Ansbach, Urteile vom 27.5.2006 - AN 18 K 03.30815 - (9 S., M8554) und vom 20.10.2005 - AN 14 K 04.31848 - ASYLMAGAZIN 4/2006, S. 22: Verstoß gegen die guten Sitten; VG Stade, Urteil vom 27.1.2003 - 3 A 1787/01 - (10 S., M3660).

³³ VGH Hessen, Beschluss vom 23.2.2006 - 7 ZU 269/06.A - ASYLMAGAZIN 6/2006, S. 23; OVG NRW, Beschluss vom 22.1.2007 - 18 E 274/06 - (4 S. M9813).

³⁴ VG Düsseldorf, Urteil vom 8.2.2007 - 8 K 7907/04.A - (11 S., M11831).

³⁵ VG Freiburg, Beschluss vom 27.6.2008 - 1 K 737/08 - (8 S., M13893), zur CDC A 2 – Russland.

³⁶ VG Mainz, Beschluss vom 13.2.2008 - 4 L 24/08.MZ - (19 S., M13136).

³⁷ BVerwG, Urteil vom 27.6.2006 - 1 C 14.05 - ASYLMAGAZIN 10/2006, S. 28; OVG Hamburg, Beschluss vom 30.1.2007 - 3 So 166/06 - (6 S., M9722).

weisung nach § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG jedenfalls für aufenthaltsrechtliche Ansprüche nach den Vorschriften des 5. Abschnitts in Kapitel 2 des AufenthG beendet,³⁸ kann Herr Abdul zunächst die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG begehren und im Anschluss an die Erteilung eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG beantragen.

In besonderen Situationen, in denen aufgrund der Erkrankung bereits eine Pflegebedürftigkeit eingetreten oder aber aufgrund der psychischen Ausnahmesituation ein besonderer Beistand durch Eltern oder Kinder erforderlich ist, ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 36 AufenthG denkbar.³⁹

Eine Verfestigung des Aufenthaltes ist bei humanitären Aufhalten über § 26 Abs. 4 AufenthG möglich. Sollte aufgrund der Erkrankung eine (teilweise⁴⁰) Erwerbsunfähigkeit eingetreten sein, die die Sicherung des Lebensunterhaltes ausschließt, kommt gemäß § 9 Abs. 2 S. 6 AufenthG (i. V. m. § 26 Abs. 4 S. 2 AufenthG) die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis dennoch in Betracht.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 4.9.2007 - 1 C 43.06 - (23 S., M12278).

³⁹ Vgl. hierzu VG Freiburg, Beschluss vom 27.6.2008 - 1 K 737/08 -.

⁴⁰ Lesenswert hierzu BayVGh, Urteil vom 21.9.2006 - 19 B 07.336 -.

Duldung des Kindesvaters während der Schwangerschaft

RA Michael Ton, Dresden

Verschiedene Oberverwaltungsgerichte haben die Auffassung vertreten, dass die Duldung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers nicht allein wegen der Vaterschaft für ein noch ungeborenes Kind der aufenthaltsberechtigten Mutter geboten sei.¹ Nur im Ausnahmefall einer Risikoschwangerschaft könne der Familienschutz nach Art. 6 des Grundgesetzes (GG) und nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) der Abschiebung des Vaters entgegenstehen. Gegen diese restriktive Rechtsprechung, welche Väter von nichtehelichen Kindern betrifft, die keine Unionsbürger sind, sprechen gewichtige Argumente rechtlicher und tatsächlicher Art:

In tatsächlicher Hinsicht ist beachtlich, dass nach dem Stand medizinischer Kenntnisse bereits beim ungeborenen Kind von erheblichen Umwelteinflüssen auszugehen ist, die mittelbar über die Mutter oder unmittelbar auf das Kind wirken. Das ungeborene Kind nimmt bereits in eigener Weise am Leben der Mutter teil: zum einen durch körperliche Einwirkungen, etwa bei körperlichen Betätigungen der Mutter, bei Musik und bei Lärm oder durch die Art der Lebensmittelaufnahme, darunter auch bei Alkohol- und Nikotinkonsum; zum anderen durch Einwirkungen bei psychischem Stress der Mutter. Schon das ungeborene Kind entwickelt mit fortschreitender Schwangerschaft eine eigene seelische Befindlichkeit, die auch von der Lebensweise und der seelischen Befindlichkeit der Mutter abhängt. Lebt die schwangere Mutter in Lebenssituationen mit Angst, star-

ker psychischer Anspannung und erheblichen körperlichen Belastungen, wirkt sich dies mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit auch auf die seelische Befindlichkeit des ungeborenen Kindes aus.

Ungeachtet dieser unumstrittenen medizinischen Erkenntnisse geht die Rechtsprechung ganz überwiegend davon aus, dass ein Kind im Allgemeinen erst mit der Geburt als Rechtssubjekt existent wird und rechtlich schützenswert ist – mit Ausnahme des Rechts auf Leben, das bereits dem ungeborenen Kind zugesprochen wird, weil sonst die Kindesötung während der Schwangerschaft straffrei bliebe, und mit Ausnahme des Rechts auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, welches bei einem Gesundheitsschaden des ungeborenen Kindes im Verlauf einer Risikoschwangerschaft beeinträchtigt sein könnte.

Mit einem dynamischen Rechts- und Verfassungsverständnis müssen jedoch die medizinischen Kenntnisse über das Seelenleben eines ungeborenen Kindes zur Anwendung des Familienschutzes nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG auch auf das Kind während der Schwangerschaft führen. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG lautet: »Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht«. Es ist im Allgemeinen selbstverständlich, dass elterliche Fürsorge nicht erst mit der Kindesgeburt beginnt, sondern dass bereits während der Schwangerschaft die Rücksichtnahme auf das ungeborene Kind erforderlich ist. Bereits während der Schwangerschaft ist die Mutter auch im Interesse des Kindeswohles vor übermäßigen körperlichen und psychischen Belastungen zu schützen.² Deshalb sind die psychischen Belastungen der Mutter, die im Falle der Abschiebung des Vaters durch die Ungewissheit über den Zeitpunkt der Wiedereinreise entstehen, auch im Interesse des Wohles des ungeborenen Kindes zu vermeiden.³

Vor diesem Hintergrund ist das Grundrecht auf Familienschutz nach Art. 6 GG – und entsprechend der Familienschutz nach Art. 8 EMRK – so zu verstehen, dass die Familienbeziehung des vollziehbar ausreisepflichtigen Vaters

¹ OVG Saarland, Beschluss vom 24.4.2008 - 2 B 199/08 - NVwZ-RR 2008, 646 (7 S., M13226); OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 15.4.2008 - 2 M 84/08 - ZAR 2008, 317 (2 S., M13249); OVG Sachsen, Beschluss vom 25.1.2006 - 3 BS 274/05 - InfAuslR 2006, 279 = ASYLMAGAZIN 7-8/2006, S. 49; OVG NRW, Beschluss vom 26.6.2002 - 18 B 1267/02 - (4 S., M2646).

² Die medizinischen Fürsorgeempfehlungen reichen weit über die Schutzregelungen des Mutterschutzgesetzes hinaus, welches im Regelfall ein Beschäftigungsverbot für sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt vorsieht.

³ Diesem Ziel kommt die Auffassung des VGh Bad.-Württ. nahe, der im Einzelfall mit Rücksicht auf eine ärztlich attestierte zugespitzte psychische Belastung der schwangeren Mutter die Ausländerbehörde gemäß § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG wegen »Ermessensreduzierung auf Null« zur Erteilung der Duldung an den Vater verpflichtet hat, Beschluss vom 13.9.2007 - 11 S 1964/07 - ASYLMAGAZIN 11/2007, S. 30; die »Hinweise zum Richtlinienumsetzungsgesetz« des Bundesministeriums des Innern i. d. F. vom 2.10.2007, Rz. 302, gehen zwar davon aus, dass »das Wohl des betroffenen Kindes« bei Ermessensabwägungen nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG zu berücksichtigen ist, nennen aber nicht die Fallkonstellation der Schwangerschaft einer Ausländerin oder der Lebensgefährtin des Ausländers.