

Beiträge

Die Unschuldsvermutung im Ausweisungsrecht

Nevzat Kirkagac, Gießen*

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob der zu den Maximen des Strafrechts gehörende Grundsatz der Unschuldsvermutung auch im Ausweisungsrecht Geltung beansprucht. Zunächst ist zu klären, welchen Rang dieser Grundsatz im nationalen Recht einnimmt (dazu unter I.). Anschließend ist der Rechtscharakter sowie der Inhalt und die Reichweite der Unschuldsvermutung zu erörtern (dazu unter II.). In einem abschließenden Schritt ist die aufgeworfene Frage einer Klärung zuzuführen (dazu unter III.).

I. Der Rang der Unschuldsvermutung

Die Unschuldsvermutung ist trotz ihres fundamentalen Charakters im Grundgesetz nicht ausdrücklich statuiert. In unterschiedlichen Formulierungen findet sie sich in den Verfassungen der Bundesländer Berlin,¹ Bremen,² Hessen,³ Rheinland-Pfalz⁴ und Saarland⁵ verankert. Darüber hinaus ist sie auf der Ebene des Völkerrechts anerkannt. Im Völkerrecht enthält Art. 11 Nr. 1 AEMR,⁶ Art. 14 Abs. 2 IPBürgR⁷ und Art. 6 Abs. 2 EMRK den Grundsatz der Unschuldsvermutung. Während der AEMR wegen fehlender Bindungswirkung und mangels Transformationsaktes innerstaatlich keine Bedeutung zukommt, gilt Art. 14 Abs. 2 IPBürgR über Art. 59 Abs. 2 GG innerstaatlich im Range eines Bundesgesetzes. Dies gilt jedenfalls formell auch für Art. 6 Abs. 2 EMRK.⁸

Im Grundgesetz ist der Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht ausdrücklich normiert. Das BVerfG hat diesen Grundsatz dem Rechtsstaatsprinzip zugeordnet und unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 EMRK ein entsprechendes rechtsstaatliches Prinzip auch dem Grundgesetz entnommen.⁹ Die Rechtsprechung des BVerfG, die in der Literatur¹⁰ auf einhellige Zustimmung gestoßen ist, lässt dem Prinzip der Unschuldsvermutung folglich Verfassungsrang zukommen.

Der Grundsatz der Unschuldsvermutung ist auch auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts ausdrücklich anerkannt. In Art. 48 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) heißt es: »Jeder Angeklagte gilt bis zum rechtsförmlich erbrachten Beweis seiner Schuld als unschuldig.« Diese Vorschrift ist gem. Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV Bestandteil des Gemeinschaftsrechts und nimmt damit am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts teil. Die Unschuldsvermutung ist damit gegenüber unionsrechtlich determinierten Hoheitsakten der Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbares Recht mit Vorrang vor dem nationalen Verfassungsrecht.

II. Die Unschuldsvermutung als Rechtsprinzip

1. Die Unschuldsvermutung als Grundrecht

Das BVerfG leitet den Grundsatz der Unschuldsvermutung zuvörderst aus dem Rechtsstaatsprinzip ab. Bereits in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Untersuchungshaft hat das BVerfG entschieden: »Diese Unschuldsvermutung ist zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich statuiert, entspricht aber allgemeiner rechtsstaatlicher Überzeugung und ist durch Art. 6 Abs. 2 EMRK auch in das positive Recht der Bundesrepublik eingeführt worden.«¹¹ In späteren Entscheidungen spricht das Gericht dem Grundsatz der Unschuldsvermutung auch Grundrechtscharakter zu.¹² So hat das BVerfG in der Entscheidung vom 26. März 1987 festgehalten: Die Unschuldsvermutung stehe in einem engen Zusammenhang mit dem Recht des Beschuldigten, den staatlichen Strafanspruch in einem rechtsstaatlichen, fairen Verfahren abzuwehren und sich zu verteidigen; sie sei die selbstverständliche Folge eines nach Inhalt und Grenzen durch das Gebot der Achtung der Menschenwürde bestimmten, auf dem Schuldgrundsatz aufbauenden materiellen Strafrechts.¹³ Im weiteren Verlauf wird der angegriffene Beschluss des Amtsgerichts als Verstoß ge-

* Nevzat Kirkagac ist Rechtsreferendar in Gießen.

¹ Art. 9 Abs. 2 BerlVerf.

² Art. 6 Abs. 3 BremVerf.

³ Art. 20 Abs. 2 S. 1 HessVerf.

⁴ Art. 6 Abs. 4 S. 2 RhPfVerf.

⁵ Art. 14 Abs. 2 SaarVerf.

⁶ Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10.12.1958 (UN-Doc. 217 A (III)).

⁷ Internationaler Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte (IPBürgR) vom 19.12.1966 (BGBl. 1973 II S. 1553).

⁸ Aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes hat das BVerfG jedoch abgeleitet, dass die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes im Einklang mit der Konvention und der Rechtsprechung des EGMR auszulegen sind, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt, eine Wirkung, die auch von der Konvention selbst nicht gewollt ist (Art. 53 EMRK), vgl. dazu BVerfGE 111, 307 (317) m. w. N.; dies führt zur faktischen Rangerhöhung der EMRK in der Normenhierarchie. Darüber hinaus sieht Art. 6 Abs. 2 EUV i. d. F. des Vertrages von Lissabon (ABl. C 306 vom 17.12.2007, S. 1 ff.; Konsolidierte Fassung der Verträge, ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 1 ff. bzw. ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 13 ff.) einen Beitritt der EU zur EMRK vor, so dass die EMRK nach einem Beitritt gem. Art. 216 Abs. 2 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 115 vom 9.5.2008, S. 1 ff. bzw. ABl. C 83 vom 30.03.2010, S. 47 ff.)) integrierter Bestandteil des Unionsrechts wird und damit am Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Verfassungsrecht teilnehmen wird. Zudem sieht Art. 52 Abs. 3 GRC (Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 83 vom 30.3.2010, S. 389 ff.) vor, dass die entsprechenden Vorschriften in der GRC die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen wird. Die EMRK ist damit Rechtskenntnisquelle des Art. 48 Abs. 1 GRC.

⁹ BVerfGE 74, 358 (370); st. Rspr.

¹⁰ Trautmann, Migration, Kriminalität und Strafrecht, 2002, S. 243; Gelpert, Jura 1993, 160 (161) m. w. N.

¹¹ BVerfGE 19, 342 (347).

¹² Vgl. Lindner, AöR 133 (2008), 235 (242 f.).

¹³ BVerfGE 74, 358 (371).

gen die Unschuldsvermutung und zugleich als »Grundrechtsverletzung« betrachtet.¹⁴ Von einem Grundrechtscharakter der Unschuldsvermutung ging das Gericht auch in seiner Entscheidung vom 29. Mai 1990 aus: »Die ... angegriffene Auslagenentscheidung verletzt sie in ihrem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes, weil das Amtsgericht der Wirkkraft der verfassungsverbürgten Unschuldsvermutung nicht hinreichend Rechnung getragen hat.«¹⁵ Anschließend führte das Gericht aus: »Schulduzuweisungen oder -feststellungen in den Gründen eines Einstellungsbeschlusses, der vor Durchführung einer Hauptverhandlung bis zur Schuldspruchreife ergeht, können hiernach zur Feststellung eines selbständigen Grundrechtsverstößes führen.«¹⁶ Nach Auffassung des Gerichts weist die Unschuldsvermutung in Verankerung bei Art. 2 Abs. 1 GG und i. V. m. dem Recht auf ein faires Verfahren also eine grundrechtliche Dimension auf.¹⁷ Diese Position hat das Gericht später erneut bekräftigt, ohne jedoch klarzustellen, in welcher Grundrechtsbestimmung die Unschuldsvermutung verankert sein soll.¹⁸

Die Rechtsprechungsanalyse zeigt also, dass das BVerfG ebenso wie die Literatur¹⁹ der Unschuldsvermutung eine grundrechtliche Dimension zuspricht. Sie ist entgegen vereinzelt vertretener Auffassung jedoch nicht aus der Menschenwürde²⁰ oder aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG)²¹ herzuleiten, sondern auf Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip zu stützen. Denn wem ein strafrechtliches Übel auferlegt wird, obwohl ihm ein Verhalten nicht zugerechnet werden kann, ist allein dadurch nicht dem Verlust oder ernsthafter Gefährdung von Authentizität und Identität ausgesetzt und folglich nicht in seiner Menschenwürde verletzt.²²

2. Inhalt und Reichweite der Unschuldsvermutung

Der Unschuldsvermutung kommt eine Doppelfunktion zu. Sie verbietet »zum einen, im konkreten Strafverfahren ohne gesetzlichen, prozessordnungsgemäßen – nicht notwendigerweise rechtskräftigen – Schuldnachweis, Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln; zum anderen verlangt sie den rechtskräftigen Nachweis der Schuld, bevor dem Verurteilten diese im Rechtsverkehr allgemein vorgehalten werden darf.«²³ Dies bedeutet sowohl das Verbot eines Schuldspruchs wie auch der Auferlegung von Strafen oder strafähnlichen Sanktionen ohne oder vor gesetzlichem Schuldnachweis.²⁴ Rechtsfolgen, die keinen Strafcharakter haben, verletzen folglich nicht die Unschuldsvermutung.²⁵

Das BVerfG erachtet in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR zur Auslegung und Anwendung des Art. 6 Abs. 2 EMRK, die bei der verfassungsrechtlichen Bestimmung des Inhalts und der Reichweite der Unschuldsvermutung von grundsätzlicher Bedeutung ist,²⁶ eine verfahrensbezogene Feststellung und Beurteilung von Verdachtsmomenten nicht als Verletzung der Unschulds-

vermutung.²⁷ Dagegen wird die Unschuldsvermutung verletzt, wenn eine gerichtliche Entscheidung oder Erklärungen von anderen Amtsträgern in der Öffentlichkeit den Eindruck erwecken, der Betroffene sei schuldig, noch bevor ihm dies in einem gesetzlichen Verfahren bewiesen worden ist.²⁸ Ein Verstoß ist dabei nicht nur bei einem ausdrücklichen Schuldvorwurf anzunehmen. Es genügen auch Ausführungen, die darauf schließen lassen, dass das Gericht oder der Amtsträger den Betroffenen als schuldig sieht.²⁹ Jeder Anschein einer unzulässigen Schulduzuweisung ist daher zu vermeiden.³⁰

In zeitlicher und statusmäßiger Hinsicht greift die Unschuldsvermutung nach allgemeiner Auffassung bereits vor dem Zeitpunkt der Anklageerhebung.³¹ Die Unschuldsvermutung greift also schon im Ermittlungsverfahren Platz, so dass auch der Beschuldigte in den Genuss des Schutzes der Unschuldsvermutung kommt.

III. Verletzung der Unschuldsvermutung durch Ausweisung

Die Unschuldsvermutung schützt grundsätzlich den »wegen einer strafbaren Handlung Angeklagten« und bezieht sich damit auf den subjektiven Schuldvorwurf im Rahmen eines Strafverfahrens.³² Die Unschuldsvermutung wäre also dann verletzt, wenn die Ausweisung einen Strafcharakter hätte,³³ was dann der Fall ist, wenn mit ihr ein strafrechtlicher Schuldvorwurf erhoben und somit ein sozialetisches Unwerturteil über ein pflichtwidriges, vergangenes Verhal-

¹⁴ BVerfGE 74, 358 (379).

¹⁵ BVerfGE 82, 106 (114).

¹⁶ BVerfGE 82, 106 (116).

¹⁷ Lindner, AöR 133 (2008), 235 (243).

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 5.5.2001 – 2 BvR 413/00 – zit. nach Juris, Rn. 14 der Gründe.

¹⁹ Vgl. hierzu die Nachweise bei Lindner, AöR 133 (2008), 235 (244) in Fn. 46.

²⁰ So aber Degener, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, 1985, S. 213 f.; Meyer, in: Festschr. f. Herbert Tröndle, 1989, S. 61 ff. (62) m. w. N.

²¹ So aber Lindner, AöR 133 (2008), 235 (245 f.); ebenso Stürmer, JZ 1980, 1 (3).

²² Ebenso Tiedemann, Menschenwürde als Rechtsbegriff, 2007, S. 453 f.

²³ BVerfGE 74, 358 (371); ähnlich BVerfGE 82, 106 (117).

²⁴ Eser, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. (2006), Art. 48 Rn. 6; Kühn, Unschuldsvermutung, Freistellung und Einstellung, 1983, S. 12.

²⁵ BVerfGE 82, 106 (117).

²⁶ BVerfGE 111, 307 (315 ff.).

²⁷ BVerfGE 74, 358 (372); 82, 106 (115 u. 117); EGMR, Urteil vom 25.8.1987 – 10282/83 – Z. 39 f. = EuGRZ 1987, 405 (409) (Englert ./ Deutschland); Urteil vom 25.8.1987 – 10300/83 – Z. 39 f. = EuGRZ 1987, 410 (414) (Nölkenbockhoff ./ Deutschland).

²⁸ Isfen, StV 2009, 611 (612 f.) m. w. N.

²⁹ Isfen, StV 2009, 611 (612 f.) m. w. N.

³⁰ Isfen, StV 2009, 611 (613).

³¹ Eser (o. Fn. 24), Art. 48 Rn. 11 a m. w. N.

³² BVerwGE 107, 58 (63) m. w. N.

³³ Alexy, in: Hofmann/Hoffmann (Hrsg.), Ausländerrecht, 1. Aufl. (2008), § 54 AufenthG Rn. 19.

ten des Betroffenen ausgesprochen wird.³⁴

Bei der verfassungsrechtlichen Bestimmung der Reichweite der Unschuldsvermutung lässt das BVerfG der Rechtsprechung des EGMR zur Anwendung des Art. 6 Abs. 2 EMRK eine maßgebliche Rolle zukommen.³⁵ Deshalb ist der Blick auch auf die Rechtsprechung des EGMR zu richten. Für die Annahme des Vorliegens einer »strafrechtlichen« Anklage legt die Rechtsprechung des EGMR keine formalen Kriterien zugrunde, sondern orientiert sich vielmehr am sachlichen Gehalt der Sanktionsnormen.³⁶ Er berücksichtigt erstens die Zuordnung des Geschehens im nationalen Recht, zweitens die Natur der Sanktion und drittens die Art und Schwere der angedrohten Sanktion.³⁷

Maßgebend ist zunächst die Beurteilung durch das innerstaatliche Recht, ob es nämlich das Geschehen dem strafrechtlichen Bereich zuordnet. Innerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung wird das Recht der Ausweisung nicht dem Strafrecht, sondern dem Ordnungsrecht zugeordnet.³⁸

Um die Reichweite der Unschuldsvermutung nicht zur Disposition des Gesetzgebers zu stellen, hält der EGMR die innerstaatliche Qualifizierung jedoch nicht für verbindlich und misst ihr nur ein geringes Gewicht bei.³⁹ Sie ist lediglich ein Indiz mit beschränktem Aussagewert.⁴⁰ In Betracht zu ziehen ist die wahre Natur der Sanktion. Sie ist für den EGMR ein Beurteilungsfaktor von erheblich größerem Gewicht.⁴¹ Hinweise auf den Rechtscharakter einer Sanktion ergeben sich hierbei sowohl aus der Tatbestandsseite als auch aus der Rechtsfolgenreihe der Regelung.⁴² Auf der Tatbestandsseite ist der Regelungsgegenstand, vor allem der sachliche und persönliche Anwendungsbereich, von Bedeutung.⁴³ Wenn sich die Regelung nicht an eine bestimmte Personengruppe, sondern an die Allgemeinheit richtet, so spricht dies nach Auffassung des EGMR für den strafrechtlichen Charakter der Sanktion.⁴⁴ Auf der Rechtsfolgenreihe ist die Art und das Ziel der Sanktion bedeutsam.⁴⁵

Bei näherer Betrachtung gilt es zunächst festzuhalten, dass die Ausweisung ebenso wie die Kriminalstrafe zum Teil eine Reaktion auf eine rechtswidrig und schuldhaft begangene Erfüllung eines strafgerichtlich definierten Tatbestandes ist.⁴⁶ Mit der Strafe hat die Ausweisung damit zum Teil die Begehung einer rechtswidrigen Tat als Ausgangspunkt der Beurteilung gemeinsam. Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass mit der Ausweisung spezial- und/oder generalpräventive Zwecke verfolgt werden, die in der strafrechtlichen Dogmatik als Strafzwecke weitgehend anerkannt sind.⁴⁷ Für den Strafrechtscharakter der Ausweisung spricht schließlich auch eine historische Betrachtung. In der frühen Neuzeit war die Ausweisung nämlich als eine strafrechtliche Sanktionsform vorgesehen.⁴⁸ Auch im Mittelalter wurde die Ausweisung in der Regel als Strafmittel angewandt.⁴⁹ Erst im 18./19. Jahrhundert wandelte sich der strafrechtliche Charakter der Ausweisung zur Sicherungsmaßnahme um.⁵⁰

Dass die Ausweisung auch wegen schuldhafter Verwirklichung eines Straftatbestandes verfügt werden darf, kann andererseits für sich allein nicht dazu führen, die Auswei-

sung als Strafe zu qualifizieren. Denn die Schuld ist eine normative Anforderung an die Verhängung der Strafe und kann damit kein Wesensmerkmal derselben sein.⁵¹ Unabhängig hiervon verleiht diese Verknüpfung der Ausweisung keinen Strafcharakter. Denn sofern die Ausweisung aus spezialpräventiven Gründen verfügt wird, ist die rechtswidrige und schuldhaft (Straf-)Tat eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für die Ausweisung. Sie stellt keine Reaktion auf die in der Anlasstat verwirklichte Schuld dar. Kausal für die Ausweisung ist die in der Tat zu Tage getretene und fortbestehende Gefährlichkeit des Ausländers. Das begangene Unrecht ist folglich nicht die Ursache, sondern nur Anlass für ihre Verfügung. Das kommt zunächst darin zum Ausdruck, dass die strafgerichtliche Verurteilung allein in der Regel nicht zur Ausweisung berechtigt. Von Bedeutung ist neben dem Strafmaß auch der Umstand, ob eine Sicherungsverwahrung angeordnet oder die Strafe zur Bewährung ausgesetzt worden ist.⁵² Diese Umstände indizieren nach dem Verständnis des Gesetzgebers ein besonders hohes Maß an krimineller Energie und sprechen damit für eine besonders hohe Rückfallgefahr.⁵³ Deshalb war § 47

³⁴ So i. E. BVerfGE 95, 96 (140); 110, 1 (13); ebenso v. der Leye Ostman, Vom Wesen der Strafe, 1959, S. 149; krit. dazu Roxin, in: Festschr. f. Klaus Volk, S. 601 ff., der das Kriterium des »sozial-ethischen Unwerturteils« ablehnt und Strafe lediglich als »eine staatliche Übelzufügung auf Grund eines vorwerfbaren, in erhöhtem Maße sozialschädlichen Verhaltens« definiert.

³⁵ BVerfGE 74, 358 (371); 111, 307 (315 ff.).

³⁶ Schroth, EuGRZ 1985, 557 (558).

³⁷ EGMR, Urteil vom 8.6.1976 – 5100/71 u. a. – Z. 82 = EuGRZ 1976, 221 (232) (Engel ./ Niederlande); EGMR, Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79 – Z. 50 = EuGRZ 1985, 62 (67) (Öztürk ./ Bundesrepublik Deutschland); st. Rspr.

³⁸ BT-Drs. 11/6321, S. 49 f.

³⁹ Grabenwarter/Pabel, in: Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2006, Kap. 14 Rn. 19.

⁴⁰ EGMR, Urteil vom 8.6.1976 – 5100/71 u. a. – Z. 81 f. = EuGRZ 1976, 221 (231 f.) (Engel ./ Niederlande); EGMR, Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79 – Z. 52 = EuGRZ 1985, 62 (67) (Öztürk ./ Bundesrepublik Deutschland); st. Rspr.

⁴¹ EGMR, Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79 – Z. 52 = EuGRZ 1985, 62 (67) (Öztürk ./ Bundesrepublik Deutschland); st. Rspr.

⁴² Grabenwarter/Pabel (o. Fn. 39), Kap. 14 Rn. 23.

⁴³ Grabenwarter/Pabel (o. Fn. 39), Kap. 14 Rn. 23.

⁴⁴ EGMR, Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79 – Z. 53 = EuGRZ 1985, 62 (67 f.) (Öztürk ./ Bundesrepublik Deutschland).

⁴⁵ Grabenwarter/Pabel (o. Fn. 39), Kap. 14 Rn. 23.

⁴⁶ Trautmann (o. Fn. 10), S. 247.

⁴⁷ Trautmann (o. Fn. 10), S. 248; Beichel, Ausweisungsschutz und Verfassung, 2001, S. 199.

⁴⁸ Trautmann (o. Fn. 10), S. 248 ff.; Beichel (o. Fn. 47), S. 209 f.; jeweils m. w. N.

⁴⁹ Trautmann (o. Fn. 10), S. 249 f.; Beichel (o. Fn. 47), S. 209; jeweils m. w. N.; Die »Verweisung« konnte jedoch ausnahmsweise gegen bestimmte Personen, u. a. gegen Zigeuner und Juden, bereits im Mittelalter aus sicherheitspolizeilichen Gründen angeordnet werden, vgl. Pfau, Die Reichsverweisung nach dem Gesetz vom 23. März 1934, 1934, S. 24 f. m. w. N.

⁵⁰ Pfau (o. Fn. 49), S. 26.

⁵¹ Beichel (o. Fn. 47), S. 207.

⁵² Vgl. §§ 53 Nr. 1 bis 3, 54 Nr. 1, 2 AufenthG.

⁵³ Krit. dazu Beichel (o. Fn. 46), S. 66 ff.

AuslG 1990, die Vorgängervorschrift der Ist- und Regelausweisung, mit der Überschrift »Ausweisung wegen besonderer Gefährlichkeit« versehen.

Sofern eine »qualifizierte strafgerichtliche Verurteilung« Anlass für eine Ausweisung ist, richtet sie sich nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an bestimmte Ausländer. Dieser Umstand spricht nach Auffassung des Gerichtshofs auch gegen eine strafrechtliche Qualifizierung.

Die Qualifizierung als Ordnungsmaßnahme ergibt sich inhaltlich zudem daraus, dass die Ausweisung nicht unbedingt die Verhängung einer Strafe wegen schuldhaft rechtswidriger Verwirklichung eines Straftatbestandes, sondern teilweise ausdrücklich eine Gefahr voraussetzt.⁵⁴ Das, was bekämpft werden soll, ist etwas erst Drohendes, in der Zukunft Liegendes. Dem Ausländer wird also nicht wegen seiner Zurechnungsfähigkeit, sondern wegen seiner Gefährlichkeit ein Übel auferlegt.

Die fehlende strafrechtliche Qualität indiziert insbesondere § 56 AufenthG. Diese Vorschrift privilegiert bestimmte Ausländergruppen »auf Grund ihrer aufenthaltsrechtlichen Status«. Dies wird dadurch erreicht, dass auf der Tatbestandsseite die Ausweisung dahingehend eingeschränkt wird, dass sie nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verfügt werden darf und auf der Rechtsfolgenseite eine Herabstufung einer zwingenden zu einer Regel- und einer Regel- zu einer Ermessensausweisung vorgenommen wird. Dem Bereich des Strafrechtlichen sind derartige Privilegierungen völlig fremd. Für die Verhängung einer Strafe ist im Strafrecht nämlich allein die Schuld des Täters maßgebend und nicht sein Aufenthaltstitel.

Für das Strafrecht eher die Ausnahme ist zudem die Verhängung einer Strafe von unbestimmter Dauer. Dagegen lässt sich im Ausweisungsrecht eine mit der Zweckerreichung zusammenhängende, gegenteilige Tendenz feststellen. Das Aufenthaltsverbot wird nämlich stets für unbestimmte Zeit ausgesprochen.

Ferner wird die Ausweisung nicht in das Strafregister eingetragen. Sie wird von einer Verwaltungsbehörde erlassen, ohne dass auf der Rechtsfolgenseite strafrechtliche Erwägungen von Schuld und Sühne Berücksichtigung finden.⁵⁵

Diese Gründe rechtfertigen die Schlussfolgerung, dass die Ausweisung im Wesentlichen präventiver Natur ist und folglich nicht als strafrechtlich zu qualifizieren ist.

Schließlich berücksichtigt der EGMR die Art und Schwere der angedrohten Sanktion, die mit dem zweiten Kriterium der Natur des Vergehens, insbesondere mit seinem rechtsfolgenbezogenen Teil zusammenhängt.⁵⁶ Das dritte Kriterium der Art und Schwere der Sanktion erfasst die (potenziellen) negativen Auswirkungen der Sanktion auf den Beschuldigten, die von der Art der Strafe, der angedrohten Höchststrafe und den Modalitäten ihrer Vollstreckung abhängen.⁵⁷ Die Anwendbarkeit des Art. 6 EMRK ist nach Auffassung des Gerichtshofs aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn eine geringere Sanktion vorgesehen ist.⁵⁸

Diese Aussage des Gerichtshofs lässt den Schluss zu, dass die Schwere einer staatlichen Reaktion alleine nichts über die Qualität einer Sanktion sagt und folglich kein geeignetes Kriterium für die Bestimmung des Rechtscharakters einer Sanktion sein kann. Dass die Abgrenzung über das angedrohte Übel nicht unproblematisch ist, zeigt sich im Falle der Ausweisung besonders deutlich: Der Übelgehalt der Ausweisung schwankt sehr stark. Er hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls, insbesondere auch von der Intensität der Bindungen des Ausländers zum Aufenthaltsstaat, ab. Die Frage nach dem Übelgehalt der Ausweisung kann folglich niemals einheitlich beantwortet werden. Er kann im Einzelfall größer sein als der einer schweren Freiheitsstrafe, er kann aber auch gänzlich fehlen. Hingegen die Entscheidung über den Rechtscharakter der Ausweisung von der Schwere der staatlichen Reaktion ab, dann müsste die Ausweisung in dem einen Fall als Strafe und in dem anderen Fall als ordnungsrechtliche Maßnahme qualifiziert werden.

Aus dem schwankenden Übelgehalt der Ausweisung lässt sich auch ableiten, dass die Ausweisung als Strafmittel in der Regel nicht geeignet ist. Denn der Sinn der Strafe wird in der gerechten Vergeltung für die begangene Tat gesehen.⁵⁹ Gerechtfertigt ist aber nicht die Zufügung beliebigen Übels, sondern nur die Zufügung eines entsprechenden Übels.⁶⁰ In dieser Proportionalität zwischen Strafe und Straftat liegt die Gerechtigkeit der Strafe und auch der Unterschied der in der Strafe geübten Vergeltung von der Rache.⁶¹ Es ist in der Regel jedoch nicht möglich, mit Hilfe der Ausweisung die begangene Tat gerecht zu vergelten. Derjenige, der mit der Ausweisung kein Übel erleidet, wird nämlich kaum getadelt. Anders verhält es sich bei denjenigen Tätern, die besonders starke Bindungen zum Aufenthaltsstaat aufgebaut haben und die Ausweisung deshalb für sie ein empfindliches Übel darstellt. Sie werden besonders intensiv getadelt. Die Ausweisung kann also regelmäßig nicht ein dem Verbrechen adäquates Übel sein.

Letztlich bleibt festzuhalten, dass die Ausweisung gemessen an den vom EGMR entwickelten Kriterien nicht als strafrechtlich zu qualifizieren ist,⁶² so dass die Unschuldsvermutung im Recht der Ausweisung nicht gilt.⁶³ Die Aus-

⁵⁴ Vgl. §§ 54 Nr. 5 a, 55 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG.

⁵⁵ Vgl. § 55 Abs. 3 AufenthG.

⁵⁶ Grabenwarter/Pabel (o. Fn. 39), Kap. 14 Rn. 24.

⁵⁷ Grabenwarter/Pabel (o. Fn. 39), Kap. 14 Rn. 24.

⁵⁸ EGMR, Urteil vom 21.2.1984 – 8544/79 – Z. 53 = EuGRZ 1985, 62 (67 f.) (Öztürk ./ Bundesrepublik Deutschland).

⁵⁹ Bassenge, Ethik der Strafe, 1934, S. 12; Birkmeyer, Strafe und sichernde Maßnahmen, 1906, S. 5 f.; Dürig, JZ 1952, 513 (515); Gropp, in: Ulsamer (Hrsg.), Lexikon des Rechts, 2. Aufl. (1996), S. 902; v. Weber, DRZ 1951, 153 (153).

⁶⁰ Bassenge (o. Fn. 59), S. 14.

⁶¹ Birkmeyer (o. Fn. 59), S. 13.

⁶² Ebenso EGMR, Urteil vom 5.10.2000 – 39652/98 – Z. 39 f. = ÖJZ 2002, 109 (110) (Maaouia ./ Frankreich); Hailbronner, in: Frowein/Stein (Hrsg.), Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht, 1987, S. 363; Meyer, NVwZ 1984, 13, 13; a. A. Beichel (o. Fn. 47), S. 224.

weisung eines Ausländers ohne gesetzlichen Schuldnachweis verstößt folglich nicht gegen die Unschuldsvermutung.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG, die sich bei der Beurteilung des pönalen Charakters einer Maßnahme ebenso wie der EGMR am sachlichen Gehalt der Sanktionsnormen orientiert und hierbei neben dem Übelgehalt weitere wertende Kriterien heranzieht, insbesondere den Rechtsgrund der Anordnung und den vom Gesetzgeber mit ihr verfolgten Zweck.⁶⁴ Das BVerfG⁶⁵ folgt grundsätzlich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,⁶⁶ wonach die Ausweisung als ordnungsrechtliche Maßnahme nicht den Zweck der Ahndung eines bestimmten Verhaltens verfolge, sondern der Vorbeugung von künftigen Störungen diene.

IV. Fazit

Die Ausweisung ist eine ordnungsrechtliche Maßnahme, die einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder Beeinträchtigungen sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland vorbeugen soll. Sie hat keinen Straf- oder Sanktionscharakter. Deshalb gilt der Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht im Ausweisungsrecht, so dass eine Ausweisung auch ohne gesetzlichen Schuldnachweis angeordnet werden darf.

Aktuelle Probleme beim Kindernachzug

*Kerstin Becker und Ronald Reimann, DRK Berlin**

4. Aktuelle Probleme beim Kindernachzug

Im 2. Teil dieses Aufsatzes¹ stehen praxisrelevante Probleme beim Nachzug ausländischer Kinder zu hier lebenden Eltern im Mittelpunkt. Weiterhin wird erläutert, unter welchen Voraussetzungen ausländische Sorgerechtsentscheidungen in Deutschland wirksam sind.

4.1 Sorgerecht und Kindernachzug bei getrennt lebenden Eltern

Leben Eltern getrennt und dies über Ländergrenzen hinweg, hat dies auch erhebliche Auswirkungen auf die rechtlichen Möglichkeiten des Zusammenlebens des Kindes mit seinen Eltern bzw. einem Elternteil. Soll das Kind in Deutschland leben, kommt es nach dem AufenthG darauf an, ob es eine eindeutige Regelung des Sorgerechtes gibt. Dies bereitet in der Praxis häufig Schwierigkeiten.

4.1.1 Urteil des BVerwG vom 7.4.2009

Die in § 32 Abs. 3 und 2 AufenthG geregelten Rechtsansprüche auf Nachzug der minderjährigen ledigen Kinder eines Ausländers setzen übereinstimmend voraus, dass beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzen. Soll der Nachzug bei getrennt lebenden Eltern nur zu dem in Deutschland lebenden Elternteil erfolgen,² ist es für den Kindernachzug daher erforderlich, dass dieser Elternteil »allein personensorgeberechtigt« ist. Lebt das Kind noch im Ausland – wie es regelmäßig in einem Visumverfahren der Fall ist –, so richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen einem Kind und seinen Eltern, also auch die Frage des Sorgerechtes, nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 21 EGBGB). Für die Frage, wer das Sorgerecht innehat, kommt es daher nicht auf das deutsche Familienrecht an, sondern auf das Familienrecht des Herkunftsstaates. Anders als das deutsche Recht, welches in § 1671 BGB im Falle des Getrenntlebens der Eltern die Möglichkeit vorsieht, das gesamte Sorgerecht auf nur ein Elternteil zu übertragen, sehen viele ausländische Rechtsordnungen eine vollumfängliche Übertragung des Sorgerechtes auf ein

⁶³ So i. E. BVerwG, DÖV 1969, 467 (467); BVerwG, EZAR 120 Nr. 5, S. 7; BVerwGE 49, 202 (210) m. w. N.; 107, 58 (63); BayObIG, BayVBl. 1976, 88 (89); Alexy (o. Fn. 33), § 54 AufenthG Rn. 19; Camphausen, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, 182 (184); Hailbronner, JZ 1987, 73 (76); Richter, NVwZ 1999, 726 (730).

⁶⁴ BVerfGE 110, 1 (14) m. w. N.

⁶⁵ BVerfG, NVwZ 2007, 1300 (1301) = ASYLMAGAZIN 10/2007, S. 27 ff.

⁶⁶ BVerwGE 106, 302 (305 f.).

* Die Verfasser sind Mitarbeiter des Generalsekretariats des Deutschen Roten Kreuzes in Berlin und arbeiten im Team Integration und Migration (Kerstin Becker) bzw. Suchdienst (Ronald Reimann). Der Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasser wieder.

¹ Teil 1 des Beitrags »Aktuelle Probleme beim Familiennachzug« ist im ASYLMAGAZIN 4/2011 erschienen.

² Nicht behandelt wird hier die Konstellation, dass beide Elternteile in Deutschland leben, aber nur einer einen Aufenthaltstitel besitzt; vielmehr wird von getrennt lebenden Eltern ausgegangen, bei denen ein Teil in Deutschland, der andere im Heimatland des Kindes lebt.