



## Rechtsschutz gegen Abschiebungsandrohung

OVG Hamburg Beschluss vom 20.08.2009 – 3 Bs 104/09 – Asylmagazin 10/2009/25

*Franz Hoß*

In dieser Entscheidung geht es um vorläufigen Rechtsschutz gegen eine Abschiebungsandrohung. Dieser Rechtsschutz erfolgt bekanntlich gemäß § 80 Abs. 5 VwGO, wenn der Ausländer einen rechtmäßigen Status hatte, dieser jedoch ausgelaufen ist und der Verlängerungsantrag abgelehnt wurde.

Bei Ausländern, die nur geduldet sind, erfolgt der vorläufige Rechtsschutz über § 123 VwGO. Hierbei kann dem Antrag üblicherweise nur stattgegeben werden, wenn der Antragsteller einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch glaubhaft macht. Es ist dann etwas glaubhaft gemacht, wenn eine beachtliche Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit spricht.<sup>1</sup> Wenn diese Form der Glaubhaftmachung nicht gelingt, überwiegt das Vollzugsinteresse des Staates das Aussetzungsinteresse des Ausländers.

Im vorliegenden Fall verlangt das OVG keine Glaubhaftmachung zur Gewährung des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO, sondern gibt sich mit einer Folgenabwägung zufrieden, die in der Regel als Grundlage einer Entscheidung bei einem Eilrechtsschutzverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO angebracht ist, wenn der Ausgang des Hauptsacheverfahrens als 'offen' zu bewerten ist. Das OVG führt hierzu aus:

*"Dies gilt nicht nur im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO, sondern ist im Hinblick auf den in gleicher Weise gegebenen Anspruch auf Gewährung effektiven (vorläufigen) Rechtsschutzes in Fällen drohender Grundrechtsbeeinträchtigungen auch im einstweiligen Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu beachten. ... Genügt in Fällen schwer wiegender Nachteile ..., dass auf der Basis der glaubhaft gemachten Tatsachen der Erfolg im Hauptsacheverfahren offen ist."*

Bei zu erwartenden schwer wiegenden und unzumutbaren Nachteilen ist also keine Glaubhaftmachung erforderlich, sondern das Gericht muss seine Entscheidung auf der Grundlage einer Folgenabwägung ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Hauptsache treffen, wenn eine eingehende Prüfung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich ist.

Zu den schwer wiegenden und unzumutbaren Nachteilen würde ein Verstoß gegen Artikel 8 Abs. 1 EMRK gehören (Schutz des Privatlebens). Artikel 8 greift als Schutznorm auch dann ein, wenn der betreffende Ausländer nur geduldet ist. Zu dieser strittigen Frage setzt sich das OVG eingehend mit der Rechtsprechung auseinander und lässt im Anschluss an den EuGH und z.B. auch den VGH Baden-Württemberg einen Duldungsstatus ausdrücklich als Grundlage für den Schutz nach Artikel 8 Abs. 1 EMRK zu.

Das gilt selbst bei Straffälligkeit des Ausländers, weil die nach Artikel 8 Abs. 2 EMRK vorzunehmende Abwägung auch bei einem Straftäter nicht automatisch zum Vorrang des Vollzugsinteresses des Staates führen muss. Vielmehr ist stets eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalles erforderlich. Dies lässt sich im Eilverfahren nicht abschließend durchführen, da hierzu weitere Ermittlungen nötig sind.

§ 104 a Abs. 1 Ziffer 6 AufenthG (keine Altfallregelung bei bestimmten Straftaten) steht dieser Betrachtung nicht entgegen, weil § 104 a keine abschließende Regelung für geduldete Ausländer trifft, bei denen nach Artikel 8 EMRK eine sog. Verwurzelung gegeben ist bzw. die als faktische Inländer anzusehen sind. Die Latte für die Anwendung des § 104 a ist wesentlich niedriger, da es genügt, wenn eine bestimmte Aufenthaltsdauer (8 oder 6 Jahre) für einen geduldeten Ausländer abgelaufen ist.

---

<sup>1</sup> Andere Entscheidungen sprechen von 'überwiegender Wahrscheinlichkeit', wieder andere von einer 'gewissen Wahrscheinlichkeit'.