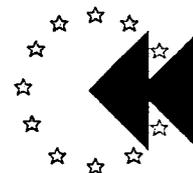


UNIVERSITÄT KONSTANZ
FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT
PROF. DR. KAY HAILBRONNER



Forschungszentrum für internationales und europäisches Ausländer- und Asylrecht

Universitätsstraße 10
Fach D 116
78457 Konstanz

Telefon: 07531/88-2247
Telefax: 07531/88-3146
E-Mail: migration@uni-konstanz.de

**Stellungnahme zur Anhörung des Innenausschusses
des Deutschen Bundestags
am 21.5.2007 zum
„Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher
und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union“**

Zu Themenblock 1:

- **Zwangsehe, Scheinehe, Recht auf Wiederkehr**
- **Nachzugsalter 18 Jahre**
- **Spracherfordernis**
- **Nachzug zu Deutschen**

1. Familiennachzug, Scheinehe, Zwangsehe

Sprachkenntnisse als Voraussetzung des Ehegattennachzugs (§ 30 Abs. 1 Nr. 2)

Gegen das Erfordernis deutscher Sprachkenntnisse vor der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Familiennachzugs werden verfassungsrechtliche, völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Einwendungen aus Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und Art. 7 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 5 sowie Art. 17 der Familiennachzugsrichtlinie 2003/86 erhoben.

Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Überprüfung im Hinblick auf den Schutz der Ehe und Familie ist der Grundsatz, dass die Bestimmungen zum Schutz des Familienlebens kein subjektives Recht auf Aufnahme im Hoheitsgebiet eines Staates begründen und sich nicht dahin auslegen lassen, dass den Staaten bei der Prüfung von Anträgen auf Familienzusammenführung kein Ermessensspielraum verbleibt. Sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als auch das Bundesverfassungsgericht haben daher aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 6 GG der Verpflichtung zum Schutz der Ehe und Familie lediglich die Pflicht entnommen, bei der Interessenabwägung den Grundsatz der Achtung des Familienlebens neben anderen öffentlichen Interessen, wie z.B. der Einwanderungskontrolle oder dem öffentlichen Interesse an einer Integration von Einwanderern Rechnung zu tragen. In seinem Urteil vom 27.6.2006 zur Familiennachzugsrichtlinie¹ hat der EuGH die EGMR-Rechtsprechung mit folgenden Grundsätzen zitiert:

- „a der Umfang der Verpflichtung eines Staates, in seinem Hoheitsgebiet Verwandte von Einwanderern aufzunehmen, hängt von der Situation der Betroffenen und vom Allgemeininteresse ab,
- b. nach einem gefestigten Grundsatz des Völkerrechts sind die Staaten vorbehaltlich der sich für sie aus Verträgen ergebenden Verpflichtungen berechtigt, die Einreise von Personen, die nicht ihre Staatsangehörigen sind, in ihr Staatsgebiet zu kontrollieren,
- c. im Bereich Einwanderung ist Art. 8 EMRK nicht dahin auszulegen, dass er für einen Staat die allgemeine Verpflichtung mit sich brächte, die

¹ Rs. C 540/03, Parlament/Rat der Europäischen Union.

Entscheidung verheirateter Paare für ihren gemeinsamen Wohnort zu respektieren und die Familienzusammenführung in seinem Hoheitsgebiet zu gestatten.“²

Im Fall Mahmut/Niederlande³ hat der EGMR die Ablehnung des Nachzugs eines neunjährigen marokkanischen Jugendlichen, der zu seinem Vater in die Niederlande ziehen wollte, trotz dessen niederländischer/marokkanischer Doppelstaatsangehörigkeit für gerechtfertigt erklärt. Im Fall Gül/Schweiz⁴ hat der EGMR den Nachzug eines minderjährigen Sohnes zu einem türkischen Ehepaar, dem in der Schweiz der Aufenthalt erlaubt worden war unter Hinweis darauf abgelehnt, dass Art. 8 EMRK

„cannot be considered to impose on a state a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorize family reunion in its territory.“

Allenfalls unter der Voraussetzung, dass nur und ausschließlich in der Schweiz die Familieneinheit hergestellt werden könne, hält der EGMR einen Anspruch auf Gewährung des Familiennachzugs für möglich. Auch aus der Entscheidung Sen⁵ kann ein Anspruch auf Erstattung des Ehegattennachzugs nicht abgeleitet werden. Im Fall Sen hat zwar der EGMR die Vorenthaltung eines Familiennachzugsrechts für ein in der Türkei aufgewachsenes neunjähriges Kind zu seinen in den Niederlanden lebenden türkischen Eltern als einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK qualifiziert. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass hier ein in den Niederlanden etabliertes Familienleben mit drei Kindern bestand, die im Laufe der Ehe geboren wurden, wovon zwei in den Niederlanden aufgewachsen sind, während ein Kind bei Verwandten in der Türkei aufgewachsen ist. In der konkreten Situation, in der sich das in der Türkei verbliebene neunjährige Kind befand, bestand keinerlei denkbare Alternative zur Gestattung des Nachzugs zu der in den Niederlanden lebenden Familie.

Unter Berufung auf die Sen-Entscheidung wird z.T. argumentiert, § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG-E verstoße zumindest in den Fällen gegen Art. 8 EMRK und Art. 6 GG, in denen keine ausreichenden Möglichkeiten bestünden, im Herkunftsland deutsche Sprachkenntnisse zu erwerben und dem Ehegatten vernünftigerweise nicht zugemutet werden könne, in ehelicher Verbundenheit zusammenzuleben. Argumentiert wird ferner, das Erfordernis der

² Vgl. Nr. 55 des Urteils unter Verweis auf die Entscheidung des EGMR in den Urteilen Gül/Schweiz, § 38 und Mahmut/Niederlande, § 67.

³ EGMR v. 28.11.1996, Slg. 1996/IV.

⁴ EGMR v. 19.2.1996, InfAuslR 1996, 245; vgl. für beide Entscheidungen Hailbronner, Ausländerrecht, § 27 AufenthG, Rn. 31.

⁵ EGMR v. 21.12.2001, Sen/Niederlande, InfAuslR 2002, 334.

Sprachkenntnisse sei unverhältnismäßig und ungeeignet, die damit verfolgten öffentlichen Interessen zu verwirklichen.

Meines Erachtens sind diese Einwendungen nicht begründet. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH ausdrücklich Integrationskriterien als zulässige Voraussetzungen eines Familiennachzugs ansieht. Der EuGH stellt fest:

„Was das Integrationskriterium betrifft, so verstößt es als solches nicht gegen das in Art. 8 EMRK ausgedrückte Recht auf Achtung des Familienlebens. Dieses Recht ist – wie aufgezeigt – nicht so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat danach notwendigerweise verpflichtet wäre, die Familienzusammenführung in seinem Hoheitsgebiet zu gestatten und Art. 4 Abs. 1 letzter Unterabsatz der Richtlinie belässt den Mitgliedstaaten nur einen Ermessensspielraum, wobei er diesen auf die Prüfung eines auf die nationalen Rechtsvorschriften festgelegten Kriteriums beschränkt, die der Mitgliedstaat unter Wahrung insbesondere der in den Art. 5 Abs. 5 und Art. 17 der Richtlinie niedergelegten Grundsätze vorzunehmen hat. Jedenfalls kann das Erfordernis der Integration unter mehrere der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten rechtmäßigen Ziele fallen“.⁶

Daraus folgt, dass grundsätzlich Sprachkenntnisse als Erfordernis des Nachzugs von Ehegatten zulässig sind. Aber auch gegen die generelle Geltung der Klausel bestehen im Hinblick darauf, dass § 30 Abs. 1 S. 3 eine Reihe von Ausnahmen für die Unmöglichkeit der Erfüllung des Erfordernisses vorsieht keine verfassungs- oder völkerrechtlichen Bedenken. Ausschlaggebend dafür sind folgende Erwägungen:

1. Der Level an Sprachkenntnissen, der durch § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in Zukunft verlangt wird, ist so niedrig, dass auch in den Fällen, in denen besondere Sprachkurse nicht verfügbar sind, die Möglichkeit besteht, mittels Selbstunterricht oder Internetzugang die nötigen Kenntnisse für den Erwerb der Sprachkenntnisse zu erwerben (vgl. auch in dieser Hinsicht die niederländische Praxis der Übersendung eines Pakets, das drei Probesprachtests enthält).
2. Anders als im Fall Sen, besteht im Fall des Ehegattennachzugs keine unabdingbare Angewiesenheit auf Deutschland als das einzige Land, in dem ein eheliches Zusammenleben realisiert werden könnte.
3. Der Gesetzgeber braucht nicht für jeden auch nur theoretisch denkbaren Fall durch Postulierung einer generellen Ausnahme- oder Härtefallregelung Vorsorge zu treffen. § 30 Abs. 1 S. 3, der eine Reihe von Ausnahmen enthält, insbesondere, wenn der Ehegatte aus individuellen Gründen (Krankheit oder Behinderung) nicht in der Lage ist, die erforderlichen Sprachkenntnisse nachzuweisen, berücksichtigt ausreichend den Schutz der Ehe und Familie, wenn objektiv die erforderlichen Sprachkenntnisse im Herkunftsland nicht erworben werden können.

⁶ Urteil v. 27.6.2006, Nr. 66.

Eine Reihe weiterer Argumente stützt sich auf die angebliche Ungeeignetheitsregelung und ihre Unverhältnismäßigkeit im Hinblick darauf, dass die Möglichkeit bestehe, die legitimen Integrationserfordernisse nach der Gestattung des Familiennachzugs zu berücksichtigen.

Ob die im Rahmen des Familiennachzugs verlangten Nachweise einfacher deutscher Sprachkenntnisse hinreichend erfolversprechend und notwendig für die Durchsetzung eines Integrationskonzepts sind, insbesondere die Integrationsvoraussetzungen verbessern und Zwangsehen einschränken, liegt grundsätzlich im Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Maßgebliches Kriterium für die Verfassungsmäßigkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ob ein Gesetz evident ungeeignet ist und ob die Prognose des Gesetzgebers als vertretbar anzusehen ist.⁷ Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall offensichtlich nicht gegeben. Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber von unzutreffenden faktischen Annahmen ausgeht oder sich von sachfremden Erwägungen bei der Einführung des Erfordernisses einfacher deutscher Sprachkenntnisse leiten lässt.⁸

Zum Verstoß gegen die Richtlinienerfordernisse wird von den Kritikern der vorgeschlagenen Regelung insbesondere auch auf die Entstehungsgeschichte zu Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/86/EG hingewiesen. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie sieht vor:

„Die Mitgliedstaaten können gemäß dem nationalen Recht von Drittstaatsangehörigen verlangen, dass sie Integrationsmaßnahmen nachkommen müssen. Im Hinblick auf die in Art. 12 genannten Flüchtlinge und/oder Familienangehörigen von Flüchtlingen können die im Unterabsatz 1 genannten Integrationsmaßnahmen erst Anwendung finden, wenn den betroffenen Personen eine Familienzusammenführung gewährt wurde.“

Es wird darauf hingewiesen, dass aus einem Ratsdokument⁹ hervorgehe, dass Art. 7 Abs. 2 S. 1 das Ergebnis eines Kompromisses sei. Während ursprünglich die Formulierung „integration conditions“ vorgeschlagen worden sei, habe man sich im Wege des Kompromisses auf die Formulierung „integration measures“ geeinigt. Während die Formulierung „Bedingungen“ weitergehende Einschränkungen erlaubt hätte, beruhe der Kompromissvorschlag „integration measures“ darauf, dass zwar ein Mitgliedstaat die

⁷ Vgl. dazu Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 GG, Rn. 151; BVerfGE 50, 290, 332 f.; 73, 40, 92.

⁸ Vgl. BVerfGE 25, 1, 19 f. zu Art. 12 GG; vgl. auch BVerwGE 97, 79, 85 – „Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers“.

⁹ DOC 7393/1/03.

Teilnahme an Integrationsmaßnahmen verlangen dürfe, daraus aber keine generelle Bedingung des Familiennachzugs, insbesondere, wenn keine Sprachkurse zur Verfügung gestellt würden, abgeleitet werden dürften.¹⁰ Meines Erachtens folgt aus der Ablehnung des Begriffs „integration conditions“ nicht zwingend, dass die Forderung nach dem Nachweis einfacher Sprachkenntnisse gemeinschaftsrechtswidrig ist. Tatsächlich gibt es keine eindeutigen Erkenntnisse darüber, worauf die Änderung der Formulierung letztlich beruht. „Integration conditions“ könnte auch als Rechtfertigung dafür verstanden worden, lediglich bereits vollintegrierte Familienmitglieder zum Familiennachzug zuzulassen. Dies wäre jedenfalls als zu weitgehend erschienen. Die Formulierung „integration measures“ ist dagegen weicher und lässt jedenfalls gewisse Integrationsmaßnahmen zu, wobei insbesondere aus der Gegenüberstellung von Satz 1 und Satz 2 eindeutig hervorgeht, dass mit Satz 1 unter Integrationsmaßnahmen auch Erfordernisse verstanden werden, die erfüllt werden müssen, bevor der Familiennachzug gestattet wird. Im Rat bestand darüber angesichts der niederländischen und deutschen Vorstellungen wohl auch kein Zweifel. Dementsprechend hat neben Deutschland und den Niederlanden auch die französische Regierung bereits angekündigt, in Umsetzung der Richtlinie Sprachkenntnisse als Voraussetzung des Ehegattennachzugs zu verlangen.

Gemeinschaftsrechtlich wird ferner ein Verstoß gegen das Maximum der zweijährigen Wartezeit in Art. 8 Abs. 1 geltend gemacht („Die Mitgliedstaaten dürfen verlangen, dass sich der Zusammenführende während eines Zeitraums, der zwei Jahre nicht überschreiten darf, rechtmäßig in ihrem Hoheitsgebiet aufgehalten hat, bevor seine Familienangehörigen ihm nachreisen“). Meines Erachtens ist dieser Einwand nicht haltbar, weil man den Anwendungsbereich der beiden Vorschriften strikt unterscheiden muss. Art. 8 betrifft ausschließlich die Einführung einer Wartezeit. Der Sprachtest ist keine Wartezeitregelung.

Die weiteren Argumente unter Hinweis auf das Kindeswohl (Art. 5 Abs. 5 Familiennachzugsrichtlinie) und die Pflicht, alle Umstände zu berücksichtigen (Art. 17 Familiennachzugsrichtlinie) sind ebenfalls nicht einschlägig, da nicht ersichtlich ist, weshalb das Erfordernis einfacher deutscher Sprachkenntnisse gegen die wohlverstandenen Interessen von Kindern verstoßen sollen.

¹⁰ Groenendijk, Family Reunification as a Right Under Community Law, European Journal of Migration and Law 2006, 215 f.

Geltend gemacht werden schließlich Verletzungen des Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 14 und Art. 8 EMRK). Auch diese Einwände entbehren meines Erachtens der Grundlage, da sachlicher Grund für die differenzierte Regelung in § 30 die Unterschiedlichkeit der Integrationsschwierigkeiten bei Staatsangehörigen unterschiedlicher Herkunftsstaaten ist. Es ist daher nicht sachwidrig, eine Reihe von Ausnahmen in solchen Fällen vorzusehen, in denen ein erkennbar geringer Integrationsbedarf besteht.

Auch der Hinweis auf die EuGH-Entscheidung vom 27.6.2006 erzwingt meines Erachtens keine abweichende Beurteilung. Richtig ist allerdings, dass der EuGH hier implizit von einer Unterscheidung zwischen Ehegattennachzug und Nachzug von Kindern über zwölf Jahre in Bezug auf das von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie verlangte „Integrationskriterium“ ausgeht. Der EuGH geht hier lediglich auf den Einwand einer Diskriminierung ein, ohne über die Auslegung von Art. 7 der Richtlinie irgendwelche Aussagen zu treffen. Die Tatsache, dass damit implizit gewisse Unterscheidungen vorausgesetzt werden, führt nicht zwingend zu dem Ergebnis, dass Art. 7 so verstanden werden muss, dass von einreisewilligen Ehegatten lediglich eine Teilnahme an Sprachkursen verlangt werden kann, ohne dass es auf das Ergebnis von Integrationsbemühungen ankommt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Familiennachzugsrichtlinie, wie auch den meisten anderen Richtlinien, keineswegs ein geschlossenes, in sich systematisch völlig kohärentes System von Vorschriften zu Grunde liegt. Allerdings hat der EuGH zum Integrationsbegriff von Art. 4 Abs. 1 eine Reihe von Aussagen getroffen, wie z.B. dass die Mitgliedstaaten keinen unbestimmten Integrationsbegriff heranziehen dürfen, sondern dass zum Zeitpunkt der Umsetzung der Richtlinie in ihren Rechtsvorschriften vorgesehene Integrationskriterium anwenden müssen, wenn sie die besondere Situation eines Kindes über 12 Jahre prüfen, das unabhängig vom Rest seiner Familie ankommt (Rn. 70). Entsprechendes dürfte auch für die Integrationsmaßnahmen nach Art. 7 gelten.

2. Zu § 28 Abs. 1 S. 2-4 AufenthG-E

Nach der Neufassung der Vorschrift soll in besonders gelagerten Fällen die Versagung eines Aufenthaltstitels zum Zweck des Ehegattennachzugs versagt werden können, wenn der Lebensunterhalt nicht gesichert ist. Gegen die Vorschrift werden insbesondere verfassungsrechtliche Erwägungen angeführt. Grundsätzlich gehen das Bundesverfassungs-

gericht und die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ungeachtet der oben dargelegten Grundsätze, wonach Art. 6 GG keinen Anspruch auf Familiennachzug begründet, davon aus, dass der Nachzug von Ehegatten zu deutschen Staatsangehörigen grundsätzlich nicht versagt werden kann, da der deutsche Staatsangehörige – anders als der Ausländer – grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden kann, die familiäre Einheit im Ausland herzustellen. Das Bundesverfassungsgericht geht daher von einem grundsätzlichen Übergewicht des Interesses am Erhalt der Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen gegenüber dem Abschreckungsinteresse im Falle einer Ausweisung aus und nimmt ein solches überwiegendes Interesse nur bei besonders schweren Straftaten an.¹¹ Bei der Analyse dieser Rechtsprechung ist aber zu berücksichtigen, dass dem die Angewiesenheit der Ehegatten auf den Aufenthalt im Bundesgebiet zu Grunde liegt. Eine offene Frage ist, inwieweit die vom Bundesverfassungsgericht apostrophierte „Schutzpflicht“ zu Gunsten Deutscher auch dann Geltung beanspruchen kann, wenn – wie vom Gesetzentwurf vorausgesetzt – besondere Umstände vorliegen (Doppelstaatsangehörigkeit, Voraufenthalt im Herkunftsland des Ehegatten), die eine Verweisung auf ein Herkunftsland des zuwandernden Ehegatten prinzipiell zulassen. Meines Erachtens kann in diesem Fall wegen des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Verhinderung von Zuwanderung mit Folge einer dauernden Belastung sozialer Sicherungssysteme und dem Gesichtspunkt der Missbrauchsbekämpfung dem Interesse der Ehegatten auf Wahl der Bundesrepublik Deutschland als Aufenthaltsland keine vorrangige Bedeutung im Hinblick auf Art. 6 GG zukommen, zumal es sich um Umstände handelt, die prinzipiell im Verantwortungsbereich des im Bundesgebiet lebenden Ehegatten liegen.

3. Zur Einführung des Ehegattennachzugsalters von 18 Jahren (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG)

Für die verfassungs- und völkerrechtlichen Grundlagen kann insoweit auf die vorangegangenen Ausführungen verwiesen werden. Grundsätzlich gibt Art. 6 GG keinen Anspruch auf Familiennachzug, sondern verpflichtet lediglich zur Berücksichtigung der Ehe und Familie bei der Abwägung unterschiedlicher öffentlicher Interessen bei der gesetzgeberischen Neugestaltung einer Nachzugsregelung. Das öffentliche Interesse an der Verhinderung von Zwangsehe ist ein gewichtiges Interesse, das bei der gesetzgeberischen Gestaltung des Nachzugsrechts Berücksichtigung finden kann. Die Einführung eines

¹¹ Vgl. BVerfGE 51, 386, 397.

Alterserfordernisses von mindestens 18 Jahren ist im Hinblick auf die vorliegenden Erkenntnisse über erzwungene Eheschließung grundsätzlich als geeignet anzusehen, den Nachzug von zwangsweise verheirateten Ehegatten erheblich zu erschweren. Im Übrigen gelten zur Geeignetheit und Erforderlichkeit und zum Prognosespielraum die obigen Erwägungen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Unzulässigkeit einer dreijährigen Wartezeit¹² steht einer Setzung eines Mindestalters beider Ehegatten für den Ehegattennachzug nicht entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 12.5.1987 entscheidend darauf abgestellt, dass das generelle Erfordernis einer dreijährigen Ehebestandszeit zu Ausländern der ersten Generation, die bereits einen Aufenthalt von acht Jahren im Bundesgebiet nachweisen müssen, regelmäßig zu einer irreparablen Gefährdung der Ehe führen könnte, weil die Eheleute in dieser Situation nicht in der Lage seien, die Folgen einer mehrjährigen Trennung einzuschätzen und sich unter Verkennung der mit der Trennung verbundenen Gefährdungen gegen eine umgehende Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft entscheiden würden. In diesem Zusammenhang verweist das Bundesverfassungsgericht gerade auch auf die angeworbene erste Generation.¹³ Diese Erwägungen sind auf die Festsetzung eines Nachzugsalters nicht übertragbar. Ein Eingriff in das Recht auf eheliches Zusammenleben kann angesichts des unterschiedlichen Ausgangspunktes des § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG-E, Zwangsehen zu verhindern, nicht angenommen werden.¹⁴

Gemeinschaftsrechtlich ist auf Art. 4 Abs. 5 der Familiennachzugsrichtlinie hinzuweisen, wonach die Mitgliedstaaten zur Förderung der Integration und zur Vermeidung von Zwangsehen vorsehen können, dass der Zusammenführende und sein Ehegatte ein Mindestalter erreicht haben müssen, das höchstens auf 21 Jahre festgesetzt werden darf, bevor der Ehegatte dem Zusammenführenden nachreisen darf. Daraus ergibt sich zugleich die gemeinsame Vorstellung der EU-Mitgliedstaaten, dass die Einführung eines Nachzugsalters mit den Anforderungen aus Art. 8 EMRK in Einklang steht.

¹² BVerfGE 76, 147.

¹³ Vgl. BVerfGE 76, 69, 70.

¹⁴ Vgl. dazu auch ausführlich Hillgruber, Gutachten.

4. Zwangsehen/Scheinehen (§ 27 Abs. 1a AufenthG)

Die Familiennachzugsrichtlinie anerkennt das Interesse der Vermeidung von Zwangsehen bei Art. 4 Abs. 5 (Mindestnachzugsalter). Nach Art. 16 Abs. 2 können die Mitgliedstaaten ferner einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt ablehnen u.a. wenn feststeht:

- a. „dass falsche oder irreführende Angaben gemacht wurden, ge- oder verfälschte Dokumente verwendet wurden, auf andere Weise eine Täuschung verübt wurde oder andere ungesetzliche Mittel angewandt wurden;
- b. dass die Ehe oder Lebenspartnerschaft nur zu dem Zweck geschlossen bzw. die Adoption nur vorgenommen wurde, um der betreffenden Person die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den Aufenthalt in einem Mitgliedstaat zu ermöglichen.
Bei der Entscheidung in diesen Fällen können die Mitgliedstaaten der Tatsache besondere Bedeutung zumessen, dass die Eheschließung die Schließung der Lebenspartnerschaft oder die Adoption erfolgt ist, nachdem dem Zusammenführenden ein Aufenthaltstitel erteilt wurde.

Insbesondere diese Richtlinienvorschrift wird angeführt, um die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Umkehrung der Beweislast darzulegen. Meines Erachtens kann aus dem Wortlaut des Art. 16 Abs. 2 lit. b diese Folgerung nicht abgeleitet werden.

Die Richtlinie postuliert die materiellen Voraussetzungen, unter denen die Eheschließung zum Zweck der Erlangungen eines Aufenthaltsrechts untersagt werden kann, sagt aber nichts über die allgemeinen verfahrensmäßigen Voraussetzungen, unter denen ein Anspruch auf Familiennachzug festgestellt wird. Grundsätzlich obliegt es dem Antragsteller, für eine Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen, dass eine echte Familienbeziehung obliegt. Der Antragsteller trägt hierfür nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast.

Nach der deutschen Rechtsprechung obliegt einem Ausländer die Beweislast für den Nachweis einer echten Familienbeziehung, wenn Anhaltspunkte vorliegen, dass es sich um keine wirkliche familiäre Beziehung handelt.¹⁵ Auch aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht können meines Erachtens keine Einwände gegen die Formulierung des Art. 16 Abs. 2 erhoben werden. Jedenfalls bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte kann es nicht im Verantwortungsbereich der Ausländerbehörden liegen, den Nachweis für die „subjektive Motivation“ („zu dem Zweck geschlossen wurde“) zu erbringen. Die Richtlinie verbietet

¹⁵ Vgl. HessVGH v. 16.1.2007, Rs. 7 TG 2879/06.

auch nicht eine verfahrensmäßige Regelung, die Voraussetzung einer effektiven Anwendung der Vorschrift ist. Darauf deutet im Übrigen auch Art. 16 Abs. 2 S. 2 der Richtlinie hin, wonach die Mitgliedstaaten der Tatsache besondere Bedeutung zumessen können, dass die Eheschließung erfolgt ist, nachdem dem Zusammenführenden ein Aufenthaltstitel erteilt worden ist.

Zu Themenblock 2: Ausweisungstatbestände und Sicherheit

1. Neue Ausweisungstatbestände (§ 55 Abs. 2 Nr. 9-11 AufenthG)

Gegen die neuen Ausweisungstatbestände wird insbesondere eingewandt, dass die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzungen den Ausländerbehörden Schwierigkeiten bereiten wird, da sich die relevanten Tatbestände z.T. im häuslichen Umfeld ereignen.

Meines Erachtens ergeben sich daraus, dass die Feststellung der relevanten Tatbestände mit Aufklärungsschwierigkeiten verbunden ist, keine grundlegenden Einwände. Derartige Schwierigkeiten bestehen auch anderweitig bei der Anwendung gesetzlicher Vorschriften. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass es im konkreten Fall den Ausländerbehörden obliegt, die Tatbestände festzustellen, da eine strafrechtliche Verurteilung nicht verlangt wird.

Ein Problem stellt sich allerdings insbesondere bei § 55 Abs. 2 Nr. 9 und Nr. 10 im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot. Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung müssen die Voraussetzungen einer Aufenthaltsbeendigung so bestimmt wie möglich vom Gesetzgeber formuliert werden. Zu berücksichtigen ist aber, dass das Bundesverfassungsgericht auch die sehr weit gefassten allgemeinen Ausweisungsklauseln des Ausländergesetzes und des § 55 Abs. 2 AufenthG verfassungsrechtlich für zulässig erklärt hat, wobei er den im Gesetz niedergelegten Regelbeispielen der Ermessensausweisung die Funktion zugewiesen hat, die generalklauselartigen Ausweisungstatbestände zu konkretisieren.¹⁶ Dabei anerkennt das Bundesverfassungsgericht, dass es nicht möglich ist, bei bestimmten Tatbeständen gesetzlich im Voraus sämtliche Situationen oder Gegebenheiten im Einzelnen festzulegen. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass neue Risiken für gewichtige öffentliche Interessen (Integration), die sich u.a. auch in neuen Strafbestimmungen niedergeschlagen haben,

¹⁶ Vgl. BVerfGE 50, 166, 173.

ausländerrechtlich kodifiziert werden. Dabei kommt der Rechtsprechung die Aufgabe zu, unbestimmte Rechtsbegriffe (wie z.B. „in verwerflicher Weise“) anhand der Regelbeispiele zu konkretisieren.

Aller Voraussicht nach werden in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung hinreichend Kriterien für die Feststellung der neuen Ausweisungstatbestände entwickelt werden, die hinreichende Rechtssicherheit gewährleisten. Bei einer restriktiven Handhabung der neuen Vorschriften, wofür Einiges spricht, können die neuen Tatbestände eine erhebliche präventive Wirkung erzielen. Der Einwand, es könne zu einer diskriminierenden Anwendung der Vorschriften durch die Ausländerbehörden kommen, entbehrt hinreichender Begründung.

2. Zurückweisungshaft (§ 15 Abs. 5 AufenthG)

Die Neueinführung der Zurückweisungshaft auf richterliche Anordnung (Abs. 5 S. 1) in Fällen einer Zurückweisungsentscheidung ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Es bestehen sachliche Gründe, die eine Abweichung von den Erfordernissen des § 62 AufenthG rechtfertigen. Es besteht auch ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass in den in § 15 Abs. 5 erfassten Tatbeständen keine vollendeten Tatsachen durch Einreise geschaffen werden. Durch den Richtervorbehalt werden die verfassungs- und völkerrechtlichen Erfordernisse gewahrt.¹⁷

Der Einwand, die Regelung widerspreche Art. 18 der Richtlinie 2005/85/EG über Mindestnormen für Verfahren, wonach die Mitgliedstaaten eine Person nicht allein deshalb nicht in Gewahrsam nehmen, weil sie ein Asylbewerber ist, ist nicht begründet. Art. 18 erfasst lediglich den Fall, dass eine innerstaatliche Regelung ausschließlich an die Stellung eines Asylantrags die Folge knüpft, dass eine Person in Haft genommen wird. Die Verfahrensrichtlinie schließt jedoch nicht aus, Asylsuchende zum Zweck der Sicherung der Zurückweisung in Gewahrsam zu nehmen. Dies folgt u.a. auch aus der Richtlinie über Mindeststandards der Aufnahme von Asylsuchenden. Auch die rechtsvergleichende Analyse der Umsetzung der Richtlinie über Aufnahme von Asylsuchenden hat keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Ingewahrsamnahme von Asylsuchenden zur Sicherung der Zurückweisung gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.¹⁸

¹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK – rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungsverfahren im Gange ist.

¹⁸ Vgl. zur Inhaftnahme von Asylsuchenden Hailbronner, *European Journal of Migration Law* 9/2007, 1-14.

3. Transitgewahrsam von 30 Tagen (§ 15 Abs. 6)

Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in der Entscheidung zur Flughafenregelung¹⁹ die Unterbringung von Asylsuchenden auf dem Flughafengelände zur Durchführung des Flughafenverfahrens nicht als Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 104 Abs. 2 GG qualifiziert. Diese Entscheidung ist angesichts des besonderen Charakters einer Unterbringung auf dem Flughafengelände zur Prüfung eines Anspruchs auf internationalen Schutz auch heute noch zutreffend, auch wenn auf Grund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eine differenzierende Auffassung für die Anwendung von Art. 5 EMRK im Hinblick auf die Festhaltung von Asylsuchenden nach französischem Recht in der Transitzone von Flughäfen vertreten wird.²⁰

In der Praxis führt die 30-Tageregelung dazu, dass in einer großen Zahl von Fällen Asylsuchenden die Einreise gestattet werden muss. Es ist daher erforderlich, die Einreise, die regelmäßig mit dem mehrjährigen Aufenthalt im Bundesgebiet verbunden ist, durch Zurückweisungshaft zur Sicherung der Ausreise aus dem Bundesgebiet zu verhindern. Rechtsstaatlichen Anforderungen ist dadurch Rechnung getragen, dass die Regelung ausdrücklich vorsieht, dass Zurückweisungshaft nur verlangt werden kann, wenn die Ausreise innerhalb der Anordnungsdauer zu erwarten ist. Für die Auslegung vergleichbarer Erfordernisse bei der Abschiebungshaft liegt eine umfangreiche verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung vor.

Zu Themenblock 3: Humanitäres Aufenthaltsrecht/subsidiärer Schutz

1. Vereinbarkeit des § 60 Abs. 7 S. 2 mit Art. 15 lit. c

Der UNHCR und andere Organisationen haben gegen die Regelung den Einwand erhoben, sie verstoße wegen der Nichtberücksichtigung „willkürlicher Gewalt“ und der Sperrwirkung des § 60 Abs. 7 S. 3 AufenthG gegen Art. 15 lit. c der Qualifikationsrichtlinie. Art. 15 lit. c der Qualifikationsrichtlinie definiert den ernsthaften Schaden als Voraussetzung für den Anspruch auf subsidiären Schutz folgendermaßen:

„Als ernsthafter Schaden gilt:

a.

¹⁹ BVerfGE 94, 166.

²⁰ Amour/Frankreich, EGMR v. 25.6.1996, Slg. 1996-III, S. 847.

- b.
- c. eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson in Folge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts.“

Ein Verstoß gegen die Qualifikationsrichtlinie insbesondere Art. 15 lit. c liegt meines Erachtens nicht vor. Mit der Definition des Schadens als „erhebliche Gefahr für Leib oder Leben im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts“ wird Art. 15 lit. c weitgehend wörtlich umgesetzt, wobei lediglich die zusätzliche Qualifizierung der willkürlichen Gewalt nicht übernommen worden ist. Einschränkungen können aber daraus nicht abgeleitet werden. Die willkürliche Gewalt kann jedenfalls dann als Einschränkung verstanden werden, wenn unter willkürlicher Gewalt ein Gegensatz zur gezielten Gewalt verstanden wird. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichts wird aber jede Form rechtswidriger, einschließlich gezielter Gewalt als ausreichend angesehen, um einen Schutzanspruch zu begründen. Andererseits erfasst auch die Qualifikationsrichtlinie nicht alle denkbaren Gefahren, sondern gebietet eine ernsthafte, individuelle Bedrohung. Ausdrücklich erwähnt Nr. 26 des Erwägungsgrundes zur Richtlinie, dass 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. Damit hat der Erwägungsgrund in der Formulierung weitgehend das aufgenommen, was auch nach der deutschen Rechtsprechung als Abgrenzungsmerkmal gegenüber allgemeinen Gefahren und individuellen Gefahren zu Grunde gelegt wird.

Hiergegen wird offenbar argumentiert, dass die Formel „willkürliche Gewalt“ eine Ausweitung des Schutzanspruchs auf das im Rahmen von Kriegen und Bürgerkriegen typische Risiko einer ziellosen, zufälligen Gewaltanwendung bedeute und dass dem die Umsetzung in § 60 Abs. 7 nicht ausreichend Rechnung trage. Hierfür ist jedoch keine ausreichende Grundlage gegeben. Auch Art. 15 lit. c der Richtlinie geht von dem Erfordernis der ernsthaften individuellen Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit nicht ab, sondern verlangt eine derartige individuelle Bedrohung, wobei allerdings die willkürliche Gewaltanwendung als ausreichend angesehen wird. Dies schließt jedoch auch § 60 Abs. 7 S. 2 jedenfalls in den Fällen nicht aus, in denen die Voraussetzung der erheblichen individuellen Gefahr erfüllt ist.

Dieser Interpretation steht auch Abs. 7 S. 3 (sog. Sperrwirkung der Anordnung nach § 60a Abs. 1 S. 1) nicht entgegen. Anders als bei der konkreten Gefahr geht es hier um Gefahren, denen die Bevölkerung oder Bevölkerungsgruppe allgemein ausgesetzt ist und die im Grundsatz nur im Rahmen politischer Entscheidungen zu berücksichtigen ist.²¹ Eine Durchbrechung der Sperrwirkung der Vorschriften hat auch das Bundesverfassungsgericht angenommen, wenn eine extreme allgemeine Gefahrenlage besteht, die einen einzelnen Ausländer gleichsam sehenden Auges der individuellen Gefährdung für Leib oder Leben preisgeben würde. Meines Erachtens kann dies als Situation willkürlicher Gewalt angesehen werden, die zur individuellen Gefährdung Einzelner führt, obwohl sie auf willkürlicher Gewaltanwendung beruht und damit die Bevölkerung allgemein tangiert. Zumindest auf dem Hintergrund dieser Auslegung des § 60 Abs. 7 bestehen keine verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Einwendungen gegen die Neufassung der Vorschrift.

2. Zu § 25 Abs. 3 AufenthG-E

Allerdings gebietet Art. 24 Abs. 2 der Qualifikationsrichtlinie, Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, sobald wie möglich nach Zuerkennung des Schutzstatus einen Aufenthaltstitel auszustellen, sofern nicht zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung entgegenstehen. § 25 Abs. 3 S. 1 sieht in der Entwurfsfassung eine Soll-Vorschrift vor, die allerdings keinerlei Ermessen beinhaltet, wie dies z.T. irrtümlich angenommen wird. Eine Sollvorschrift erlaubt bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände, die von der vom Gesetz vorausgesetzten Normallage abweichen, ein Absehen von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Da die Richtlinie nur bei Vorliegen zwingender Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung eine Abweichung erlaubt, wäre eine Regelung vorzuziehen, die sich an den Wortlaut der Richtlinie anlehnt.

3. § 25 Abs. 4 AufenthG

Im Hinblick auf die erhebliche Unsicherheit, die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung entstanden ist, ist die Klarstellung des Geltungsbereichs der Vorschrift erforderlich. Es ist sinnvoll, den Anwendungsbereich des Abs. 4 auf nicht vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer zu beschränken und in Abs. 5 eine abschließende

²¹ Für Einzelheiten der Anwendung der Sperrklausel in der Rechtsprechung vgl. Hailbronner, *Ausländerrecht*, Bd. I, § 60 AufenthG, Rn. 139 f.

Sonderregelung für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer vorzusehen. Dagegen spricht, dass die humanitären Gründe ausreichend in Abs. 5 berücksichtigungsfähig sind. Die vollziehbare Ausreisepflicht setzt bereits der Grundstruktur nach die endgültige Entscheidung über die Verpflichtung zum Verlassen des Bundesgebiets voraus. Es macht an sich keinen Sinn, eine generalklauselartige Entstehung vorübergehender Aufenthaltserlaubnisse für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer ins Gesetz aufzunehmen, wenn die Ausreise aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. Anders als nach früherem Recht, das durch die Duldung als Ersatzaufenthaltsrecht charakterisiert war, besteht letztlich für die Erweiterung der Möglichkeiten der Erteilung humanitärer Aufenthaltsrechte kein Bedürfnis.

Deshalb sollte auch nicht durch generelle Ausweitung des Anwendungsbereichs von Abs. 5 durch eine Klausel, die die „Unzumutbarkeit“ einschließt, die Möglichkeit zu einer allgemeinen Gewährung von Aufenthaltserlaubnissen aus allgemeinen humanitären Zumutbarkeitserwägungen geschaffen werden. Für das Aufenthaltsrecht sollte klargestellt sein, dass die endgültige Entscheidung über das Nichtbestehen eines Aufenthaltsrechts nicht zu einem diffusen Rekurs auf zahlreiche neue aufenthaltsrechtliche Möglichkeiten führt, sondern zu einer grundsätzlichen Verpflichtung, das Bundesgebiet zu verlassen, verbunden mit der nötfalls zwangsweisen Durchsetzung aufenthaltsbeendender Maßnahmen.

Konstanz, 16. Mai 2007

Prof. Dr. Kay Hailbronner