



Rheinische Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn
Institut für Öffentliches Recht
Abteilung Öffentliches Recht

Prof. Dr. Christian Hillgruber

Adenauerallee 24-42
53113 Bonn

Tel.: 0228/73-7925
Fax: 0228/73-4869

E-Mail: hillgruber@jura.uni-bonn.de
Homepage: <http://www.jura.uni-bonn.de/index.php?id=1910>

Schriftliche Stellungnahme

zu den Themenblöcken 1 und 3
im Rahmen der öffentlichen Anhörung „EU-Richtlinienumsetzungsgesetz“
des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 21.05.2007

I. Themenblock 1

1. Kein Nachzug bei Zwangs- und Scheinehen (§ 27 Abs. 1a AufenthG-E)

Die Regelung, derzufolge ein Familiennachzug nicht zugelassen wird, wenn 1. feststeht, dass die Ehe oder das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise ins und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, oder 2. tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme begründen, dass einer der Ehegatten zur Eingehung der Ehe genötigt wurde (§ 27 Abs. 1a AufenthG-E), ist unbedenklich, weil weder Zwangsehen noch Zweckehen oder Zweckadoptionen den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG genießen.

Beruhet die Begründung und Fortführung der ehelichen Gemeinschaft nicht auf einem freien Willensentschluß beider Ehepartner, sondern auf der Ausübung tatsächlichen Zwangs, insbesondere durch die Familie, der der genötigte Teil angehört, genießt die unter solchen, die Freiheit ausschließenden Bedingungen zustande gekommene Ehe keinen grundrechtlichen Schutz nach Art. 6 Abs. 1 GG. Zum Gehalt der Ehe, wie er sich ungeachtet des gesellschaftlichen Wandels und der damit einhergehenden Änderungen ihrer rechtlichen Gestaltung bewahrt und durch das Grundgesetz seine Prägung erfahren hat, gehört, dass sie die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft ist, *begründet auf freiem Entschluss* unter Mitwirkung des Staates (vgl. BVerfGE 10, 59, 66; 29, 166, 176), in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen (BVerfGE 37, 217, 249 ff.; 103, 89, 101) und über die Ausgestaltung ihres Zusammenlebens frei entscheiden können (vgl. BVerfGE 39, 169, 183; 48, 327, 338; 66, 84, 94; 105, 313, 345). Auch

ehelichen Zwangsgemeinschaften grundrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen, wäre mit dem Freiheitscharakter des in Art. 6 Abs. 1 GG verbürgten Grundrechts (BVerfGE 31, 58. 69 f.) schlechterdings unvereinbar. Art. 6 Abs. 1 GG schützt die Ehe im Interesse der *individuellen Freiheit* der Ehepartner und um der Freiheit der Einzelnen *in der gelebten Gemeinschaft* und um des Erhalts dieser Gemeinschaft willen (BVerfGE 76, 1, 45). Zwangsehen genießen daher *ab initio* keinen Grundrechtsschutz.

Ob eine wirksam geschlossene, aber ausschließlich der Aufenthaltsrechtsverschaffung dienende und daher nicht wirklich auf die Begründung einer dauerhaften ehelichen bzw. familiären Lebensgemeinschaft gerichtete Ehe (sog. Zweck- oder Scheinehe) bzw. Adoption (Zweck- oder Scheinadoption) prima facie in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG fällt, ist umstritten (dafür aus der Lit. u.a. Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl., 2006, Art. 6 Rn. 2 a.E. m.w.N.; dagegen etwa BVerfG-K, 2 BvR 2042/02, Absatz-Nr. 4: „nicht unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG fallend“). Selbst wenn man aber den Schutzbereich wegen der legalen Eheschließung oder Adoption als eröffnet ansähe, könnten die Scheinehe bzw. -adoption selbstverständlich keinen definitiven grundrechtlichen Schutz genießen, insbesondere kein Aufenthaltsrecht für den ausländischen Ehepartner oder das adoptierte ausländische Kind vermitteln; denn dabei handelt es sich um den offensichtlichen Missbrauch des Rechtsinstituts der Ehe oder Familie für einen diesem Institut fremden Zweck und zur Umgehung des deutschen Aufenthaltsgesetzes.

Nach BVerfG-K, 2 BvR 2042/02, Absatz-Nr. 4 verstößt es nicht gegen Art. 6 Abs. 1 GG, wenn der nachzugswillige ausländische Ehepartner für seine Absicht, mit seiner deutschen Ehefrau eine eheliche Lebensgemeinschaft aufzunehmen und zu führen, als „materiell belastet“ angesehen wird. Es stünde daher auch mit Art. 6 Abs. 1 GG in Einklang, wenn § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG-E bestimmen würde, dass ein Familiennachzug bereits dann nicht zugelassen wird, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte mit indizieller Bedeutung für das Vorliegen einer Scheinehe sprechen.

Dass das Vorliegen einer Scheinehe nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG „feststehen“ muss, um den Familiennachzug ablehnen zu können, geht auf Art. 16 Abs. 2 lit. b) der damit umgesetzten Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.9.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung („Familiennachzugs-Richtlinie“, ABl. EU Nr. L 251, S. 12) zurück. Dies bedeutet aber nicht den Ausschluss eines auf hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte gestützten Indizienbeweises (insoweit etwas unklar die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, Bundesrats-Drs. 224/07, B. zu Art. 1, zu Nummer 19 (§ 27), S. 291 f.); denn „bei einer Entscheidung in diesen Fällen können die Mitgliedstaaten nach der genannten Bestimmung der Richtlinie der Tatsache besondere Bedeutung zumessen, dass die Eheschließung [...] erfolgt ist, nachdem dem Zusammenführenden ein Aufenthaltstitel erteilt wurde“. Daraus ist zu schließen, dass diese Tatsache und wohl auch andere Tatsachen, denen erhebliche indizielle Bedeutung zukommt, die durchgreifende Zweifel an der Absicht des nachzugswilligen Ehegatten, mit seinem Ehepartner eine eheliche Lebensgemeinschaft aufzunehmen, begründen, die Ablehnung eines Antrags auf Familienzusammenführung auch nach der Richtlinie rechtfertigen. Für diese Annahme spricht auch Art. 16 Abs. 4 S. 1 der Richtlinie, wonach bei Vorliegen eines begründeten Verdachts auf Scheinehe, punktuelle Kontrollen durchgeführt werden können. Wenn diese den Verdacht erhärten und aufgrund der Anzahl und des Gewichts der zusammengetragenen Indizien keine vernünftigen Zweifel an einer Scheinehe mehr bestehen, „steht“ damit jedenfalls i.S.d. Art. 16 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie die Scheinehe „fest“ und darf ein Antrag auf Einreise und Aufenthalt zum Zweck der Familienzusammenführung abgelehnt werden. Jede andere Interpretation wäre auch völlig unpraktikabel.

Die Regelung könnte daher aus verfassungs- wie europarechtlicher Sicht genauso ausgestaltet werden wie Art. 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG-E, der bereits tatsächliche Anhaltspunkte, die eine Zwangsehe indizieren, für die Versagung des Familiennachzugs genügen lässt.

2. § 28 Abs. 1 S. 3 AufenthG-E

Diese Vorschrift ermöglicht es in Ausnahmefällen, auch den Ehegattennachzug zu Deutschen von der Sicherung des Lebensunterhaltes (§ 5 Abs. 1 Nr. AufenthG) abhängig zu machen. Diese Regelung ist, um eine unerwünschte Einwanderung in die Sozialversicherungssysteme auszuschließen, sachlich geboten und auch **mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar**, sofern dem Deutschen aufgrund besonderer Umstände, wie sie in der Begründung des Regierungsentwurfs (Bundesrats-Drs. 224/07, B. zu Art. 1, zu Nummer 20 a) bb) (§ 28), S. 293) dargelegt sind, die Führung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Ausland, insbesondere im Heimatland des nachzugswilligen Ausländers zumutbar ist.

Zwar genießen Ehen mit deutschen Staatsangehörigen wegen des uneingeschränkten Aufenthaltsrechts des deutschen Ehegatten einen generell stärkeren Schutz als Ehen zwischen Ausländern genießen. In diesem Sinne hat das BVerfG das Interesse eines deutschen Ehepartners daran, dass seine ausländische Ehegatte nicht abgeschoben wird, besonderes Gewicht beigemessen, weil die Abschiebung des ausländischen Partners ihn zwingt, entweder sein Heimatland aufzugeben oder die Trennung der ehelichen Gemeinschaft hinzunehmen, was die betroffene Ehe gefährden könne (BVerfGE 35, 382, 408; 37, 217, 247; 51, 386, 397). Im Unterschied zur Konstellation einer Ausweisung mit drohender Abschiebung, bei deren Vollzug die in Deutschland begründete eheliche Gemeinschaft dort nicht fortgesetzt werden könnte, ist im Fall des anstehenden Ehegattennachzugs die eheliche Gemeinschaft bis dato allerdings in Deutschland noch nicht hergestellt, so dass kein räumlicher Bestandsschutz in Rede steht. Zudem sind auch bei Deutschen eben Fälle denkbar, bei denen anders als im Regelfall die Verweisung auf die Möglichkeit der Führung der Ehe im Ausland zumutbar und daher mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist.

3. Mindestalter und Fähigkeit zur einfachen Verständigung in deutscher Sprache als Voraussetzungen für den Ehegattennachzug zu Ausländern oder Deutschen nach §§ 30 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 AufenthG-E (i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG-E)

Die vorgesehene gesetzliche Mindestaltersgrenze für den Ehegattennachzug zu deutschen Staatsangehörigen und bereits im Bundesgebiet ansässigen Ausländern und die Anforderung, dass der sich der nachziehende ausländische Ehegatte bereits vor der Einreise in das Bundesgebiet auf einfache Weise in deutscher Sprache verständigen können muss (§ 30 Abs. 1 Nrn. 1 u. 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG-E) sind **mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar**.

Art. 6 Abs. 1 GG begründet in seiner Dimension als wertentscheidende Grundsatznorm für den Staat die allgemeine Pflicht, die Ehe zu schützen und zu fördern. Daraus erwächst für den staatlichen Gesetzgeber und für die staatlichen Behörden nach Maßgabe eingeräumten Ermessens die Notwendigkeit, bei der Entscheidung über die (Nicht-)Zulassung des Aufenthalts eines ausländischen Ehepartners in der Bundesrepublik Deutschland eheliche Bindungen an im Bundesgebiet lebenden Personen (Deutsche oder Ausländer) angemessen, d.h. in einer Weise zu berücksichtigen, die der großen Bedeutung entspricht, welche Art. 6 GG dem Schutz der Ehe erkennbar beimisst (BVerfGE 76, 1, 50). Der aus der Schutzgebotsfunktion des Art. 6 Abs. 1 GG abzuleitenden Berücksichtigungspflicht der deutschen Staatsgewalt korrespondiert ein subjektiver grundrechtlicher Anspruch der betroffenen Eheleute auf angemessene Berücksichtigung ihres grundrechtlich geschützten Interesses an einem ehelichen Zusammenleben im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland aus Art. 6 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 76, 1, 49 f.; 80, 81, 93; BVerfG-K, Beschl. v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04, ZAR 2006, 28).

Die Reichweite dieser aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkung des Art. 6 I GG bestimmt sich in Abwägung mit kollidierenden Gemeinwohlinteressen der staatlichen Gemeinschaft. Mit dem Ziel eines schonenden Ausgleichs sind die zu berücksichtigenden ehelichen Beziehungen mit gegenläufigen öffentlichen Belangen gegeneinander abzuwägen (BVerfGE 76, 1, 50). Der weite fremdenrechtliche Gestaltungsspielraum, der dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt von Verfassungen wegen zukommt, ist dabei in der Weise zu beachten, dass der Kreis der öffentlichen und privaten Interessen, der mit Hilfe aufenthaltsrechtlicher Regelungen zu Lasten des Schutzes und der Förderung von Ehe und Familie verfolgt werden darf, nicht unangemessen eingeengt wird (BVerfGE 76, 1, 52). Sowohl das primäre Ziel des Gesetzgebers, die Führung von Zwangsehen unter oder mit Drittstaatsangehörigen in Deutschland aufenthaltsrechtlich zu verhindern, als auch das Ziel, die Integration aus Drittstaaten nachziehender Ehegatten in Deutschland durch den Erwerb von Grundkenntnissen und Ausdrucksfähigkeit in der deutschen Sprache bereits im Ausland vorsorglich zu fördern, verfolgen **Gemeinwohlbelange von Verfassungsrang**. Das Ziel der Verhinderung von Zwangsehen in Deutschland dient dem Schutz der Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG) sowie der Selbstbestimmung der Eheleute (Art. 2 Abs. 1 GG) und weiterer fundamentaler Menschenrechte. Soweit die Neuregelung sicherstellen will, dass die sprachliche Integrationsfähigkeit des nachzugswilligen Ehepartners als betroffenen Ausländer bereits vor dessen Nachzug feststeht, fördert sie die schon aus sozialstaatlichen Gründen (Art. 20 Abs. 1 GG) anzustrebende, spätere Integration im deutschen Sprachraum und dient damit zugleich der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG); die legitime weitere Pflege der eigenen Muttersprache bleibt davon unberührt. Das Ziel der Förderung einer derartigen, maßvollen Integration in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben (vgl. § 43 Abs. 1 AufenthG) ist nicht nur verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfGE 76, 1, 53), sondern verfassungsrechtlich geboten.

- a) Die Anforderungen genügen darüber hinaus dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Bei Anlegung dieses Maßstabs hat das Bundesverfassungsgericht den Gestaltungsspielraum zu achten, der den zuständigen Organen, hier: dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber bei der Erfüllung von Schutz- und Förderungspflichten zukommt (vgl. BVerfGE 21, 1, 6; 48, 346, 366; 62, 323, 333; ferner: BVerfGE 56, 54, 80 f. m.w.N.). Insbesondere muss die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hinsichtlich künftiger Verhältnisse und Entwicklungen gewahrt bleiben. Dies führt einer bloßen Vertretbarkeitskontrolle abwägender Festlegungen des Gesetzgebers wie auch der ihnen zugrundeliegenden Einschätzungen durch das BVerfG (E 76, 1, 51 f.).

- aa) **Mildere Mittel, die in gleich effektiver Weise die angestrebten Ziele erreichen könnten, stehen nicht zur Verfügung**. Die Voraussetzung der Volljährigkeit, mit der regelmäßig die Ehemündigkeit nach deutschem Recht eintritt (§ 1303 Abs. 1 BGB), erscheint grundsätzlich notwendig, um die durch Ehegattennachzug ermöglichte Führung von Zwangsehen in Deutschland zu unterbinden, gegen die sich v.a. von Familienclans verheiratete Minderjährige nicht zur Wehr zu setzen vermögen.

Die künftig abverlangte sprachliche Integrationsvorleistung als Bedingung für den Ehegattennachzug ist erforderlich, um das damit verfolgte Integrationsziel und die damit zugleich bezweckte Verhinderung von Zwangsehen zu erreichen bzw. die sprachliche Isolation der nachgezogenen, zwangsverheirateten Opfer zu vermeiden. Die fehlende oder jedenfalls eklatant mangelhafte Beherrschung der deutschen Sprache wird zu Recht als größtes Integrationsmanko in der dritten und vierten, in Deutschland aufwachsenden und hier schulisch ausgebilde-

ten Migrantengeneration angesehen; sie schließt einen Großteil der Betroffenen von einer (vollen) Eingliederung in das wirtschaftliche, kulturelle und gesellschaftliche Leben in Deutschland aus und zeitigt infolgedessen nachhaltig desintegrative gesellschaftliche Wirkungen bis hin zur Etablierung von Parallelgesellschaften. Daher ist die Gewährleistung sprachlicher Integrationsfähigkeit *conditio sine qua non* erfolgreicher Integration. Da die bisherigen Integrationsanstrengungen in der Bundesrepublik Deutschland insoweit nur begrenzte Erfolge erzielt haben, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der sich bereits in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltende Ausländer aufgrund eigener hinlänglicher Sprachkenntnisse für die auch sprachliche Integration seines ausländischen Ehegatten „bürgt“. Dass nachgezogene ausländische Ehegatten in Deutschland die deutsche Sprache schnell(er) und besser erlernen werden, lässt sich angesichts der bisherigen Erfahrungen in dieser Hinsicht nicht mehr ohne weiteres annehmen.

Etwas anderes gilt auch nicht für die drittstaatsangehörigen Ehegatten, die mit einem/einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet sind. Denn bei ihnen wird es sich in aller Regel nicht um Deutschstämmige handeln, sondern um eingebürgerte Ausländer. Erst seit dem im Jahr 2005 in Kraft getretenen Zuwanderungsgesetz ist ein Anspruch auf Einbürgerung ausgeschlossen, wenn der Ausländer nicht über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt (§ 11 Nr. 1 StAG). Allein die Schullaufbahn in der Bundesrepublik Deutschland bietet indes keine Gewähr für ausreichende eigene, an den nachziehenden Ehegatten vermittelbare Sprachkenntnisse.

Sofern im Einzelfall die Dinge anders liegen sollten, d.h. bei bereits hinreichender Sprachkompetenz oder erkennbar geringem Integrationsbedarf des nachziehenden Ehegatten, mithin an dessen auch sprachlich erfolgreicher Integration von vornherein keine Zweifel bestehen, entfällt in dessen Person das Erfordernis des Nachweises auch nur einfacher Sprachkenntnisse (vgl. § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AufenthG-E).

bb) Die neuen **Bedingungen**, von denen der Ehegattennachzug abhängig gemacht wird, sind im allgemeinen auch **angemessen**.

Der Forderung an Zuwanderer, dass sie bestimmte Zugangsvoraussetzungen bereits im Ausland erfüllen, die ihnen eine Teilnahme am Sozialleben im Aufnahmeland allererst ermöglichen, erscheint angemessen und zumutbar. Von Drittstaatsangehörigen vor ihrem Nachzug als Ehegatten zu in Deutschland ansässigen Personen zu verlangen, dass sie Integrationsmaßnahmen nachkommen müssen, trägt den legitimen integrationspolitischen Belangen des aufnehmenden Staates Rechnung, der Einwanderung nur insoweit zulassen möchte, als von den Einwanderern eine möglichst reibungslose Eingliederung in die gegebenen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse erwartet werden kann. Dementsprechend ist es auch zulässig, dass der Aufnahmestaat das Gelingen des Integrationsprozesses nicht allein durch entsprechende Maßnahmen nach der Einreise des Ausländers sichern möchte, sondern diesbezügliche Risiken auch durch Einwanderungskontrolle, d.h. bereits vor der Einreise von diesem zu erbringende Vorleistungen, zu vermeiden sucht.

Dabei kann von Zuwanderern, die zur Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft in die Bundesrepublik Deutschland nachziehen wollen, erwartet und darf staatlicherseits auch verlangt werden, dass sie sich be-

reits vor der Einreise auf die anstehende Integration sachangemessen vorbereiten. Dazu gehört der nachzuweisende Erwerb der für die Kommunikationsfähigkeit in Deutschland unverzichtbaren Grundkenntnisse der deutschen Sprache und Gesellschaft. Der Erwerb von Grundkenntnissen vor der Einreise kommt nicht nur den betroffenen Ausländern, ihren Familie und ihrem (zukünftigen) sozialen Status (Art. 2 I GG) zugute, sondern auch der deutschen Gesellschaft insgesamt, die solchermaßen sprachlich vorgebildete Ausländer auch in wirtschaftlicher und kultureller Hinsicht besser aufnehmen und eingliedern kann. Er dient damit auch dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG).

Die Zumutbarkeit für den nachziehenden Ehegatten und seinen bereits im Bundesgebiet ansässigen Ehepartner ergibt sich daraus, dass keine ausreichenden, sondern lediglich einfache Deutschkenntnisse verlangt werden, also die Fähigkeit, sich auf zumindest rudimentäre Weise im Gastland zu verständigen. Daher sind bei durchschnittlich begabten und bemühten Menschen auch keine hohen „Durchfallquoten“ zu erwarten. Jemandem, der die gravierende Lebensentscheidung trifft, in ein anderes Land dauerhaft niederzulassen, kann in Anerkennung seiner primären Eigenverantwortung eine mäßig aufwendige Vorbereitung auf diesen Schritt angesonnen und abverlangt werden. Dazu zählt der Erwerb unverzichtbarer Sprachkenntnisse. Auch die Teilnahme an Kursen in vom bisherigen Wohnort weiter entfernten Regionen des Heimatlandes, insbesondere in der Hauptstadt des betreffenden Landes, stellt vor diesem Hintergrund in Relation zu dem legitimen Integrationszweck keine unzumutbare Belastung dar.

Sollten potentiellen Migranten im Ausland ausnahmsweise keine für sie adäquaten, erreich- und bezahlbaren Möglichkeiten zum Erwerb der Grundkenntnisse zur Verfügung stehen, müssen sie sich – in finanzieller Hinsicht wie auch bezüglich der Sprachkompetenz – an ihren Ehegatten wenden und halten, der bereits länger in der Bundesrepublik Deutschland wohnt oder gar bereits deutscher Staatsangehöriger ist und ein Eigeninteresse am Ehegattennachzug hat und damit zugleich eine Mitverantwortung dafür trägt. Ein Ehegattennachzug setzt nach den allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) regelmäßig die Sicherung des Lebensunterhalts und damit finanzielles Auskommen voraus, das es auch erlauben dürfte, die Kosten für ein audiovisuelles Sprachprogramm zu bestreiten und es dem Ehegatten oder der Ehegattin zu schicken.

Nachzugswillige Ehegatten, die schlechterdings nicht bereit oder fähig sind, sich – mit oder ohne Hilfe ihres sich bereits in der Bundesrepublik Deutschland aufhaltenden Ehegatten – auch nur Grundkenntnisse der deutschen Sprache anzueignen und nachzuweisen, können allerdings (zunächst) keinen Aufenthalt in Deutschland nehmen. Dies mag dem Betroffenen und seinem Ehepartner nachteilig erscheinen, ist aber objektiv betrachtet der Situation vorzuziehen, in der sich der Ausländer und die aufnehmende deutsche Gesellschaft im Falle mangelnder sprachlicher Integrationsfähigkeit gleich nach der Einreise befinden würden. Integrationsversäumnisse führen gerade im Zusammenhang mit dem Familiennachzug zur Ausgrenzung der Betroffenen, schließen zugewanderte Ausländer von der Teilhabe an der Gesellschaft und am Arbeitsleben im Einwanderungsland aus und führen zu systematischer Abhängigkeit von Sozialleistungen. Da viele Einwanderer ihr Aufenthaltsrecht auf Familienzusammenführung stützen und die nachziehenden Kinder häufig wiederum Familien mit Partnern aus dem ursprünglichen Herkunftsland gründen, droht dieser des-

integrative Prozess sich von Generation zu Generation fortzusetzen. Dieser Prozess kann durch das Erfordernis des Nachweises von Sprachkenntnissen vor der Einreise durchbrochen werden. Dies hat auch mit Blick auf die Aufnahme- und Integrationsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland (§ 1 I S. 2 AufenthG) den Vorteil, dass sich der Ausländer seine Entscheidung, in die Bundesrepublik Deutschland einzuwandern, im Hinblick auf die sprachlichen Anforderungen, die dieser Schritt mit sich bringt, gründlich überlegt, und wenn er sich dafür entscheidet und die dafür erforderlichen sprachlichen Voraussetzungen mitbringt, sich von Anfang an besser in der deutschen Gesellschaft orientieren kann, was zugleich die Chancen auf eine weitere Integration erhöht und die Kosten hierfür reduziert.

- cc) **Unzumutbare Härten im Einzelfall werden** – bezogen auf das Mindestalter – durch die Härteklausel des § 30 Abs. 2 S. 1 AufenthG-E bzw. – bezogen auf die sprachliche Integrationsvorleistung – durch die Ausnahmeregelung bei krankheits- oder behinderungsbedingtem Unvermögen nach § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AufenthG **vermieden**.

Als Härtefall i.S.d. § 30 Abs. 2 S. 1 AufenthG-E, bei dem der Ehegattennachzug auch vor Erreichen des regulären Nachzugsalters gewährt wird, dürfte etwa der Fall zu gelten haben, dass die Ehegatten anderenfalls gezwungen wären, in einem Land zu leben, in das der in Deutschland lebende Ausländer nicht ausreisen kann, etwa ein Flüchtling, der seinen Ehegatten im Herkunftsstaat verlassen musste und zu dem der Ehegatte nun nachziehen will. Eine besondere Härte kann darüber hinaus vorliegen, wenn es angesichts einer schweren Krankheit oder Behinderung aus humanitären Gründen unter angemessener Berücksichtigung der Schutzwirkung des Art. 6 I GG nicht gerechtfertigt wäre, den in Deutschland lebenden Ehegatten darauf zu verweisen, in ein anderes Land auszureisen, weil dort die erforderliche Behandlung nicht gewährleistet ist. Zu denken wäre schließlich an den Fall, dass die in Deutschland lebende Person ein Sorge- und Umgangsrecht für ein minderjähriges Kind hat. Dagegen kann allein der Umstand, dass gemeinsame Kinder vorhanden sind, nicht als besonderer Härtefall angesehen werden, weil andernfalls das Ziel der Verhinderung von Zwangsehen nicht wirksam verhindert werden könnte. Da in Zwangsehen die sexuelle Selbstbestimmung des genötigten Partner nicht gewährleistet ist, kann dieser Fall auch gerade gegen den Willen des genötigten Opfers eintreten und dessen Zwangslage erheblich verstärken.

- dd) Die Regelung über das Mindestnachzugsalter und die vom Nachzugswilligen zu erbringende sprachliche Integrationsvorleistung ist aus den oben (unter 2.) angeführten Gründen auch dann noch angemessen, wenn der Ehepartner Deutscher ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die betroffenen deutschen Staatsangehörigen in aller Regel nicht deutschstämmig sein dürften, was zwar selbstverständlich nichts an ihrem Status und ihrer vollen Gleichberechtigung als deutsche Staatsangehörige ändert, aber doch dazu führt, dass auch bei ihnen die Wahl eines ausländischen, aus dem Herkunftsland ihrer eigenen Vorfahren stammenden Ehegatten eine (fortdauernde) Verbundenheit mit diesem Land bekundet, die bei der anzustellenden Abwägung nicht unberücksichtigt bleiben darf und eine (vorübergehende) dortige Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht schlechthin unzumutbar macht.

- ee) Das grundrechtlich geschützte Interesse der Ehepartner an der (sofortigen) Ermöglichung eines Zusammenlebens in Deutschland muss bei Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in der Abwägung hinter vorrangigen, ausländer- und integrationspolitischen Gemeinwohlinteressen zurückstehen. Das gilt sowohl für die legitime Forderung nach einer Integrationsvorleistung des nachzugswilligen Ehegatten in sprachlicher Hinsicht als auch für die Verhinderung der Führung von mit Art. 6 Abs. 1 GG schlechthin unvereinbaren Zwangsehen in Deutschland. Hier kann man sich, wenn man es ernst meint, nicht mit symbolischer Zivil- und Strafgesetzgebung begnügen, sondern muss, soweit möglich, das präventiv-sonderpolizeiliche Aufenthaltsrecht zur effektiven Gefahrenabwehr einsetzen.

Das Mindestaltererfordernis des § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG-E ist auch **europa- und völkerrechtskonform**. Es wird durch die Ermächtigung des Art. 4 Abs. 5 der Familiennachzugs-Richtlinie ausdrücklich gedeckt und wahrt auch das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK; davon geht auch der 2. Erwägungsgrund der Familiennachzugs-Richtlinie aus.

Art. 8 EMRK gebietet nicht zwingend, einem Ausländer den Nachzug zu seinem Ehepartner zu gestatten, sofern letzterer nicht Staatsangehöriger des Aufenthaltsstaats ist. Für die Gewährleistung von Familiennachzug kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Der Gerichtshof prüft insbesondere, inwiefern ein Nachzug von Familienangehörigen die einzige Möglichkeit zur Verwirklichung des Familienlebens darstellt. Art. 8 EMRK vermittelt jedenfalls dann keinen Anspruch auf Herstellung der Familieneinheit in dem gewünschten Aufenthaltsstaat, wenn die Möglichkeit besteht, die Ehe- und Familieneinheit in einem anderen Staat zu leben. (so insbesondere EGMR, *Gül v. Schweiz*, RJD 1996-I = InfAuslR 1996, 245, Rn. 41-43; *Ahmut v. Niederlande*, RJD 1996-IV = InfAuslR 1997, 141, Rn. 69 f.). Eine wirksame Einwanderungskontrolle stellt auch nach der Rechtsprechung des EGMR eine Maßnahme dar, die in einer demokratischen Gesellschaft aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung notwendig ist (siehe EGMR, *Ghiban v. Deutschland*, NVwZ 2005, S. 1046). Die EMRK erkennt das legitime Interesse der Konventionsstaaten an, Einreise und Aufenthalt von Ausländern von bestimmten Bedingungen abhängig zu machen. Der zur Verfolgung in diesem Sinne legitimer Ziele erfolgende Eingriff in ein Konventionsrecht muss zudem „in einer demokratischen Gesellschaft“ notwendig sein. Die damit vorgeschriebene Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfordert eine Abwägung zwischen den sich aus dem Eingriff ergebenden Nachteilen für den Berechtigten im Hinblick auf die einschlägige Konventionsgarantie einerseits und den legitimen Eingriffszielen auf Seiten des Staates andererseits. Hierbei genießen die Mitgliedstaaten nach ständiger Rechtsprechung des EGMR einen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“). Im Bereich des Einwanderungs- und Aufenthaltsrechts ist der Beurteilungsspielraum besonders groß.

Daran gemessen verfolgt die Bundesrepublik Deutschland mit der vorgesehenen Anhebung des Ehegattennachzugsalters einen legitimen Zweck, nämlich die Vermeidung von Zwangsehen, und dies auch in verhältnismäßiger Weise.

Das Verlangen eines schon im Heimatland zu erbringenden Nachweises einfacher Kenntnisse der deutschen Sprache als Voraussetzung für den Ehegattennachzug nach Deutschland ist ebenfalls grundsätzlich europarechtskonform. Gemäß Art. 7 Abs. 2 der Familiennachzugs-Richtlinie können die EU-Mitgliedstaaten gemäß dem nationalen Recht von Drittstaatsangehörigen verlangen, dass sie Integrationsmaßnahmen nachkommen müssen. Da die genannte Richtlinienbestimmung nur beim Nachzug von Familienangehörigen zu anerkannten Flüchtlingen, deren familiäre Bindungen bereits vor ihrer Einreise bestanden (Art. 9 Abs. 2 der Familiennachzugs-Richtlinie) vorsieht, dass solche Integrationsmaßnahmen erst Anwendung finden, wenn den betroffenen Personen die Familienzusammenführung bereits gewährt wor-

den ist – dem trägt § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG-E Rechnung –, können Integrationsleistungen, wie der Spracherwerb, im Umkehrschluss in allen anderen Fällen auch vor der Einreise gefordert werden. Diese naheliegende Auslegung der Richtlinienbestimmung wird auch entstehungsgeschichtlich gestützt, weil sie gerade im Hinblick auf die von den Niederlanden zum Zeitpunkt der Verhandlungen über die geplante Richtlinie bereits vorgesehene Einführung eines entsprechenden Erfordernisses vor dem Nachzug erworbener Sprachkenntnisse geschaffen worden ist (vgl. *Hauschild*, ZAR 2003, 266, 271).

Dass die – auf den Erwerb einfacher Sprachkenntnisse gerichtete – Integrationsmaßnahme nicht nur durchgeführt worden sein muss, sondern auch erfolgreich gewesen muss, versteht sich nach dem Sinn und Zweck dieser Maßnahme von selbst, entspricht jedenfalls einer allein sachgerechten und am *effet utile* ausgerichteten Interpretation des Gemeinschaftsrechts, wie sie auch sonst üblich ist.

Der geforderte Nachweis von einfachen Deutschkenntnissen für den Ehegattennachzug ist auch mit Art. 8 EMRK vereinbar; er dient dem i.S.d. Art. 8 Abs. 2 EMRK legitimen Zweck der Förderung der (sprachlichen) Integration nachziehender Ehegatten und ist angesichts der Beschränkung auf einfache Sprachkenntnisse auch verhältnismäßig.

Ich verweise im übrigen hinsichtlich der Details auf mein im März 2006 dem Bundesministerium des Innern erstattetes Rechtsgutachten zu diesen Fragen, das in gekürzter Form in der Zeitschrift für Ausländerrecht (ZAR 2006, 304 ff.) veröffentlicht ist.

4. Eigenständiges Aufenthaltsrecht des Ehegatten (§ 31 AufenthG)

Im Hinblick auf das Ziel der Vermeidung der Erschleichung von Aufenthaltstiteln durch Scheinehen wäre eine längere als die vorgesehene zweijährige Aufenthaltsdauer (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG) – Art. 15 Abs. 1 Familiennachzugsrichtlinie erlaubt die Anforderung eines bis zu fünfjährigen Aufenthalts – als prinzipielle Voraussetzung für ein eigenständiges Aufenthaltsrecht des nachgezogenen Ehegatten wünschenswert. Dem stünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 1 GG entgegen. Wenn die eheliche Bindung zum Stammberechtigten vorher entfällt, ist eine Rückkehr in das Heimatland grundsätzlich zumutbar. Besonderen Härtefällen könnte auch dann nach § 31 Abs. 2 AufenthG in ausreichendem Maße Rechnung getragen werden.

5. Aufenthaltserlaubnis für ein im Bundesgebiet geborenes Kind (§ 33 AufenthG-E)

Die Ausgestaltung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an ein im Bundesgebiet geborenes Kind als Ermessenstatbestand (§ 33 S. 1 AufenthG-E), sofern nur ein (nicht allein personensorgeberechtigter) Elternteil die Aufenthaltserlaubnis, die Niederlassungserlaubnis oder die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzt, trägt der Familieneinheit Rechnung, die unter diesen Umständen nicht in Deutschland hergestellt werden kann. Die Ermessensregelung ist daher mit Art. 6 Abs. 1 u. 2 GG vereinbar.

II. Themenkomplex 3

1. Bleiberecht (§§ 104a, 104b AufenthG-E)

Die vorgesehene Bleiberechtsregelung ist **unter rechtsstaatlichen Aspekten dem Grunde nach nicht unbedenklich**.

Sie erfasst sich langjährig in Deutschland illegal aufhaltende Ausländer, deren Abschiebung vorübergehend ausgesetzt ist (sog. Duldung), insbesondere weil sie zur Zeit aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist (§ 60a Abs. 2 AufenthG). Die Duldung lässt die Ausreisepflicht des Ausländers unberührt (§ 60a Abs. 3 AufenthG); lediglich deren zwangsweise Durchsetzung im Wege der Abschiebung unterbleibt wegen tatsächlicher oder rechtlicher Unmöglichkeit. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs (Bundsrats-Drs. 224/07, S. 366 unter B, zu Art. 1, zu Nummer 82) hielten sich zum Jahresende 2006 knapp 175.000 geduldete, ausreisepflichtige Ausländer im Bundesgebiet auf, wobei es sich zum großen Teil um abgelehnte Asylbewerber handelt, die bisher nicht abgeschoben werden konnten und deren Abschiebung voraussichtlich auch in nächster Zeit nicht möglich sein wird.

Es handelt sich mithin um einen größeren Kreis von Personen, die das von ihnen mittels Berufung auf das Asylrecht erstrebte dauerhafte Bleiberecht gerade nicht erlangt haben, deren infolgedessen bestehende Ausreisepflicht bisher aber nicht durchgesetzt werden konnte.

Das BVerfG hat in seiner jüngeren Rechtsprechung mit Recht betont, dass eine Rechtsordnung, die sich ernst nimmt, nicht Prämien auf die Missachtung ihrer selbst setzen darf. Sie schafft sonst Anreize zur Rechtsverletzung, diskriminiert rechtstreu Verhalten (vgl. BVerfGE 84, 239, 268 ff.; 110, 94, 112 ff.) und untergräbt damit die Voraussetzungen ihrer eigenen Wirksamkeit (so zuletzt. BVerfG, 2 BvR 669/04 vom 24.5.2006, Absatz-Nr. 63 – erschlichene Einbürgerung),

Das Rechtsstaatsprinzip verbietet insoweit allerdings nicht schlechthin die Legalisierung eines bisher illegalen Zustands (hier: des Aufenthalts des ausreisepflichtigen Ausländers). Die rechtlichen Rahmenbedingungen dürfen jedoch insgesamt jedenfalls nicht so beschaffen sein, dass sie – zumindest aus der Sicht der weniger Gewissenhaften - zu rechtswidrigem Verhalten oder zur Herstellung rechtswidriger Zustände geradezu einladen. Die Bereitschaft zu rechtmäßigem Verhalten darf nicht dadurch untergraben werden, dass statt des rechtstreuen Verhaltens der Rechtsverstoß begünstigt wird (BVerfG, 2 BvR 669/04 vom 24.5.2006, Absatz-Nr. 64 – erschlichene Einbürgerung).

Die vorgesehene Bleiberechtsregelung könnte hier falsche Signale aussenden: Wer es als abgelehnter Asylbewerber ungeachtet einer bestehenden Ausreisepflicht schafft, sich gleichwohl länger in Deutschland aufzuhalten, kann, wenn solche Altfallregelungen Schule machen sollten, unter Umständen (insbesondere als arbeitswilliger Wirtschaftsflüchtling) darauf hoffen, sein Ziel, das Bleiberecht, letztlich doch noch zu erreichen. Unter diesen Umständen hat ein rational kalkulierender, sich illegal in Deutschland aufhaltender Ausländer keine Veranlassung, pflichtgemäß freiwillig auszureisen, sondern wird alles daran setzen, seine Abschiebung auf längere Frist unmöglich zu machen. Dazu kann er bekanntlich durch sein eigenes Verhalten – etwa durch Vernichtung seiner Ausweispapiere (hier könnte allerdings möglicherweise der Ausschlussgrund des § 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG-E eingreifen) oder Schaffung subjektiver Nachfluchtgründe – nicht unwesentlich beitragen.

Dass der Einwanderungsdruck auf Spanien in letzter Zeit erheblich zugenommen hat, dürfte nicht zuletzt auf die Entscheidung der Regierung *Zapatero* zurückzuführen sein, einer hohen Zahl sich illegal in Spanien aufhaltender Ausländer ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen. Der

effektiven Bekämpfung illegaler Einwanderung nach Europa ist damit kein guter Dienst erwiesen worden.

Wenn man unter Zurückstellung grundsätzlicher rechtsstaatlicher Vorbehalte wegen möglicher falscher Anreize zur Missachtung des Ausländerrechts aus verständlichen humanitären Erwägungen heraus in Deutschland sich illegal, aber geduldet aufhaltenden Ausländern eine dauerhafte Bleibeperspektive eröffnen will, so bestehen gegen die vorgesehene, insbesondere eine dauerhafte Zuwanderung in die Sozialsystem abwehrende Bleiberechtsregelung in ihrer näheren Ausgestaltung im wesentlichen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der von der Regelung angesprochene Personenkreis besitzt keine Ansprüche auf einen Aufenthaltstitel, so dass an dessen Verleihung geknüpfte Bedingungen und Befristungen sich nicht besonders verfassungsrechtlich rechtfertigen müssen.

Aus rechtsstaatlichen Gründen verfassungsrechtlich geboten erscheint die prinzipielle Begrenzung des Kreises der Begünstigten auf nicht gravierend straffällig gewordene, geduldete Ausländer (§ 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AufenthG-E) sowie der Ausschluss von Extremisten und Terroristen (§ 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 AufenthG-E). Rechts- und Verfassungstreue als Voraussetzung der in § 104a Abs. 1 AufenthG-E vorgesehenen Wohltat verstehen sich im Grunde von selbst. Die Rückausnahme für als geringfügig angesehene Straftaten nach dem AufenthG oder Asylverfahrensgesetz (§ 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AufenthG-E) ist mit dem Erfordernis der Rechtstreue allerdings schwerlich vereinbar; auch dem bloß geduldeten Ausländer ist es ohne weiteres zumutbar, jedweden bewussten und gewollten Verstoß gegen strafbewehrte Vorschriften, auch gegen spezifisch ausländerrechtliche, zu unterlassen, um in den Genuss einer Bleiberechtsregelung zu gelangen.

Die Regelung des § 104a Abs. 3 S. 1 AufenthG-E, nach der Straftaten eines in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen im Sinne des Abs. 1 Nr. 6 auch für andere Familienmitglieder zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis führen, stellt keine unzulässige „Sippenhaft“ dar, sondern berücksichtigt angemessen den Grundsatz, dass minderjährige Kinder aus Gründen der Wahrung der Familieneinheit prinzipiell das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Eltern teilen müssen, umgekehrt die Straffälligkeit von Kindern Ausdruck elterlichen Versagens ist, das auch aufenthaltsrechtlich relevant ist (ebenso die Begründung des Regierungsentwurfs, Bundesrats-Drs. 224/07, S. 368 unter B, zu Art. 1, zu Nummer 82).

Aus den o.a. rechtsstaatlichen Gründen kommt ein selbständiges Aufenthaltsrecht auch für minderjährige Kinder im Alter zwischen 14 und 18 Jahren jedenfalls bei schweren, nach Eintritt der Schuldfähigkeit (§ 19 StGB) begangenen Straftaten nicht in Betracht. Dies sollte durch Ergänzung der für die Ermessensentscheidung in den Nrn. 1-5 vorgesehenen tatbestandlichen Voraussetzungen um eine entsprechende Nr. 6 eindeutig klargelegt werden, auch wenn die tatbestandliche Voraussetzung des § 104b Nr. 4 AufenthG-E („auf Grund seiner bisherigen [...] Lebensführung in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland eingefügt hat“) bereits in diesem Sinne gedeutet werden könnte und erhebliche Straffälligkeit jedenfalls einen hinreichenden Ermessensgesichtspunkt darstellte, welcher die Versagung einer eigenständigen Aufenthaltserlaubnis rechtfertigte.

2. Humanitärer Aufenthalt (§ 25 AufenthG)

Die vorgesehene Änderung des Wortlauts des § 25 Abs. 4 AufenthG-E führt zu keiner inhaltlichen Änderung des bisherigen Rechtslage. Die Vorschrift bezog sich aufgrund der Systematik des Kapitels 2 Abschnitts 5 AufenthG, wie die §§ 23a Abs. 1 und 25 Abs. 5 AufenthG zeigen, nach richtiger Auslegung schon bisher nicht auf vollziehbar ausreispflichtige, d.h. sich

nicht (mehr) rechtmäßig in Deutschland aufhaltende Ausländer (so auch die Begründung des Regierungsentwurfs, Bundesrats-Drs. 224/07, S. 287 f. unter B, zu Art. 1, zu Nummer 17).

Diese Beschränkung des personellen Anwendungsbereichs der Regelung erscheint auch allein sachgerecht, weil andernfalls die bestehende und vollziehbare (vgl. § 58 Abs. 2, 84 Abs. 1 AufenthG) Ausreisepflicht unter einen allgemeinen Vorbehalt humanitärer oder persönlicher Gründe gestellt würde, der geeignet wäre, die an sich angezeigte Aufenthaltsbeendigung hinauszuschieben, und auch eine angeblich bloß vorübergehende Aufenthaltserlaubnis nach aller Erfahrung nicht selten zu einer unerwünschten Verfestigung des eigentlichen rechtswidrigen Aufenthalts und damit zu einem längeren Verbleib im Bundesgebiet statt zur umgehenden Beendigung des Aufenthalts führt.

Gegen die Umsetzung der Opferschutzrichtlinie in § 25 Abs. 4a und § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG-E und des Art. 24 der Qualifikationsrichtlinie in § 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG-E bestehen weder verfassungs- noch europarechtliche Bedenken.

3. Asylbewerberleistungsgesetz (§§ 1 Abs. 1 Nr. 3, 2 Abs. 1 Asylbewerberleistungsgesetz-E)

Es ist sachgerecht, den nur vorübergehend, in der Regel kurzfristig (vgl. § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG-E) Aufenthaltsberechtigten nach § 25 Abs. 4a AufenthG-E lediglich Leistungen nach dem Asylbewerbergesetz und nicht nach dem Zweiten oder Zwölften Buch Sozialgesetzbuch zu gewähren. Ein Bedürfnis nach sozialer Integration auf dem höherem Niveau des deutschen Sozialstaates ist erst bei längerfristigem Aufenthalt anzuerkennen. Aus diesem Grunde erscheint auch die Verlängerung der Bezugsdauer von Leistungen nach § 3 Asylbewerbergesetz von 36 auf 48 Monate verfassungsrechtlich unbedenklich. Dass verfassungs- oder europarechtlich schon vorher ein Anspruch auf höhere Leistungen (nach dem Sozialgesetzbuch) bestehen könnte, ist nicht ersichtlich. Bedürftigen Drittstaatsangehörigen, die Opfer von Menschenhandel geworden sind und bedürftig sind, sind nach Art. 7 Abs. 1 Opferschutzrichtlinie „die Mittel zur Sicherung ihres Lebensunterhalts“ zu gewähren. Dem genügt die Leistungsbeziehung nach Asylbewerberleistungsgesetz.