

# **Das Recht auf Familiennachzug im Ausländerrecht – Betrachtung von Einzelproblemen unter Gerechtig- keitsaspekten, menschen- und eu- roparechtlichen Gesichtspunkten**

**Dissertation**

Friederike Hein

Potsdam  
08 2018

Online veröffentlicht auf dem  
Publikationsserver der Universität Potsdam:  
<https://doi.org/10.25932/publishup-43264>  
<https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:kobv:517-opus4-432642>



# A. Inhaltsverzeichnis

A. Inhaltsverzeichnis.....	ii
B. Literaturverzeichnis.....	vi
C. Abkürzungsverzeichnis.....	xvii
D. Einleitung.....	1
1. Kapitel: Aufenthaltstitel, Familie und Gerechtigkeit – Grundlegendes.....	2
I. Der Familienbegriff.....	2
1. Familie im Grundgesetz.....	2
a) Ehe.....	3
b) Kinder.....	4
2. Art. 8 EMRK.....	4
a) Recht auf Familienleben.....	5
b) Recht auf Privatleben.....	6
3. Das Familienbild des Europarechts.....	7
4. Die Familie im Aufenthaltsgesetz.....	8
II. Der Weg zum Aufenthaltstitel.....	9
1. Unionsbürger.....	10
2. Drittstaatsangehörige.....	10
a) Aufenthaltsweg: Arbeit, Forschung, Studium, Ausbildung.....	11
aa) Erwerbstätigkeit.....	11
bb) Forschung.....	12
cc) Studium und Ausbildung.....	12
b) Aufenthaltsgrund: Flucht.....	13
c) Aufenthaltsgrund: Familiennachzug.....	15
aa) Art. 6 Abs. 1 GG.....	16
bb) Art. 8 EMRK.....	16
cc) Die Familienzusammenführungsrichtlinie.....	18
dd) §§ 27ff. AufenthG.....	20
(1) Allgemeine Voraussetzungen.....	20
(2) Nachzug zu Deutschen.....	22
(3) Nachzug zu Drittstaatsangehörigen.....	24
(i) Ehegattennachzug.....	24
(ii) Kindernachzug.....	24
(iii) § 36 AufenthG.....	25
ee) Unionsbürger.....	27
ff) Geflüchtete Personen.....	29
III. Was ist Gerechtigkeit?.....	30
1. Gerechtigkeit im Wandel der Zeit.....	30
2. Gerechtigkeit im Recht der Gegenwart.....	36
a) Art. 3 GG.....	36
b) Art. 14 EMRK.....	37
c) Art 20/21 GrChEU.....	37
2. Kapitel: Das Recht auf Familiennachzug – ein gleiches Recht für alle?.....	38
I. Inländerdiskriminierung.....	38
1. Das Problem.....	38
a) Meinung der Rechtsprechung.....	40
aa) Der Wortlaut.....	40
bb) Keine Regelungskompetenz.....	41

cc) Die europäische Einigung als Ziel.....	41
dd) grenzüberschreitender Bezug.....	42
ee) Art. 3 GG gar nicht anwendbar.....	43
b) Stellungnahme/Kritik.....	43
aa) Abweichungen vom grenzüberschreitenden Bezug.....	43
bb) Wie man die europäische Einigung erreichen kann.....	45
cc) Vereinbarkeit der Unionsbürgerrichtlinie mit Primärrecht.....	46
dd) Das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV.....	48
ee) Der Wortlaut der Art. 20 und Art. 21 AEUV.....	48
ff) Regelungslücke.....	50
gg) Keine Umsetzung rechtswidrigen Unionsrechts.....	51
hh) kein Fall des Minderheitenschutzes.....	52
ii) Mangelnde Prüfung am Maßstab des Art. 3 GG.....	52
jj) Absehbare Rechtsprechungsänderung?.....	54
2. Einzelne Fälle der Inländerdiskriminierung.....	57
a) Warum muss ein zu einem Unionsbürger nachziehender Familienangehöriger keinen Sprachnachweis erbringen?.....	57
aa) Das Problem.....	57
bb) Gesetzesbegründung.....	57
cc) Stellungnahme/Kritik.....	57
b) Warum sind bei Unionsbürgern Kinder bis 21 Jahren Teil der Kernfamilie, bei allen anderen Gruppen aber nur Kinder bis 18 Jahre?.....	59
aa) Das Problem.....	59
bb) Die Begründung.....	59
cc) Stellungnahme/Kritik.....	60
c) Warum ist beim Nachzug zu Deutschen und Unionsbürgern kein Nachweis der Sicherung des Lebensunterhaltes erforderlich?.....	61
aa) Das Problem.....	61
bb) Die Rechtslage.....	61
cc) Stellungnahme.....	61
3. Rechtfertigung der Inländerdiskriminierung.....	63
a) Inländerdiskriminierung in anderen Bereichen.....	63
b) Meinung des ÖstVerfGH.....	66
c) Interpretationen des grenzüberschreitenden Bezuges.....	68
aa) schrittweise Auflösung des grenzüberschreitenden Bezuges.....	68
bb) Grenzen des grenzüberschreitenden Bezuges.....	72
cc) richterrechtliche Rechtsfortbildung.....	73
dd) mittelbare Rechtsverletzung des Unionsbürgers.....	77
d) „Dänemarkehen“ .....	79
4. Fazit.....	81
II. weitere Ungleichbehandlungen.....	83
1. Warum muss die Verfügbarkeit ausreichenden Wohnraums nur beim Nachzug zu Ausländern, nicht aber beim Nachzug zu Deutschen oder Unionsbürgern nachgewiesen werden?.....	83
a) Das Problem.....	83
b) Gesetzesbegründung.....	83
c) Stellungnahme.....	83
2. Womit lassen sich die Vorteile für türkische Staatsangehörige begründen, wenn diese erst einmal die Hürde des Erstaufzugs überwunden haben?.....	85
a) Das Problem.....	85

b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung.....	85
c) Stellungnahme/Kritik.....	86
3. Warum ist für unter 16jährige kein Sprachtest erforderlich?.....	88
a) Das Problem.....	88
b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung.....	88
c) Stellungnahme/Kritik.....	89
4. Warum ist die Konstellation des Elternnachzuges nur für wenige Fälle geregelt?.....	90
a) Das Problem.....	90
b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung.....	90
c) Stellungnahme/Kritik.....	91
III. Der Sprachnachweis.....	92
1. Allgemeines.....	92
2. Schriftkenntnisse.....	94
3. kein Erfolg nötig?.....	94
4. weitere Verletzung von Unionsrecht.....	97
5. Verletzung von Art. 6 GG.....	98
a) Grundlegendes.....	98
b) Kosten des Sprachnachweises.....	101
6. Verletzung von Gleichheitsgrundsätzen.....	102
a) Visumsprivilegierung.....	102
b) weitere Verletzungen von Art. 3 GG.....	105
7. Die Rechtssache Dogan.....	107
a) Der Fall.....	107
b) Die Entscheidung.....	108
c) Folgeentscheidungen und politische Reaktionen.....	109
8. Fazit.....	112
IV. Ergebnis.....	113
3. Kapitel: Ungleichbehandlungen bei verschiedenen Beziehungskonstellationen.....	115
I. Nichteheliche Gemeinschaften.....	115
1. gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften.....	115
a) historische Entwicklung.....	115
aa) Aufenthalt nach Ermessen.....	116
bb) § 27a AuslG1990.....	117
cc) § 27 Abs. 2 AufenthG.....	118
b) gegenwärtige Problemfelder.....	118
aa) Behebung von „Kinderkrankheiten“.....	118
bb) Beschränkung auf das LPartG.....	120
cc) kein Kindernachzug.....	122
dd) Zwangsouting.....	123
2. heterosexuelle nichteheliche Lebensgemeinschaften.....	123
a) Diskriminierung gegenüber gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft.....	123
b) Runderlass Sachsen-Anhalt.....	124
3. Ausblick.....	125
II. Missbrauch des Aufenthaltsrechts durch Scheinehen.....	126
1. Scheinehen.....	126
a) § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG.....	127
b) § 3 FreizügG/EU.....	127
c) Grundrechtsverletzung durch Ausforschung.....	129
d) Beweis durch Indizien, Dänemarkehen.....	131
e) Scheinadoption/Scheinvaterschaft.....	134

2. sonstige Beweisfragen.....	136
3. Fazit.....	136
III. Mehrehen, Zwangsehen, Kinderehen.....	137
1. Mehrehen.....	137
a) Rechtslage im Inland.....	137
b) Möglichkeiten ausländischer Mehrehen.....	138
c) Konstellationen von Mehrehen im Inland.....	140
d) Gleichheitsproblem: Welche „Teilehe“ wird anerkannt?.....	141
2. Zwangsehen.....	145
a) § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG und Mindestalter.....	145
b) Statistiken und Dunkelziffer.....	150
c) Möglichkeiten zur Hilfeleistung.....	152
3. Kinderehen.....	156
a) Altersgrenzen.....	156
b) Anerkennung fremder Altersgrenzen.....	157
c) Gesetzesinitiative.....	159
4. Fazit.....	162
E. Zusammenfassung.....	163
F. Liste der relevanten EuGH-Entscheidungen.....	165

## B. Literaturverzeichnis

- Almhofer, Martina                      Zum Aufenthaltsrecht Drittstaatsangehöriger zwei Jahre post Zambrano  
in: NVwZ 2013, 1134
- Andrae, Marianne                      Flüchtlinge und Kinderehen  
in: NZFam 2016, 923
- Antomo, Jennifer                      Kinderehen, Odre Public und Gesetzesreform  
in: NJW 2016, 3558
- dies.                                        Eheschließungen Minderjähriger und das deutsche Recht  
in: NZFam 2016, 1155
- Arendt-Rojahn, Veronika              Aufenthaltsstatus im Ausländerrecht nach dem  
Lebenspartnerschaftsgesetz  
in: FPR 2001, 464
- Arnauld, Andreas von                  Völkerrecht  
2. Auflage  
Heidelberg 2014
- Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.)      Beck'scher Online-Kommentar zum BGB  
München 2016
- Bergmann, Jan  
Dienelt, Klaus (Hrsg.)                Ausländerrecht  
Kommentar  
11. Auflage  
München 2016
- Barwig, Klaus                        Ein halbes Jahrhundert Arbeitsmigration nach Deutschland –  
Ein halbes Jahrhundert Familiennachzug  
in: ZAR 2014, 42
- Bauer, Ina  
Beichel-Benedettr, Stephan            Das neue Ausweisungsrecht  
in: NVwZ 2016, 416
- Borchardt, Klaus-Dieter              Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft  
in: NJW 2000, 2057
- Borrmann, Alexandra                Rechte drittstaatsangehöriger Ehegatten wandernder  
Unionsbürger  
in: ZAR 2004, 61
- Braun, Johann von                    Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert: die Rückkehr der  
Gerechtigkeit  
München 2001
- Britz, Gabriele                        Bedeutung der EMRK für nationale Verwaltungsgerichte und



- Behörden  
Erweiterte Bindeungswirkung nach EuGH, Slg. 2002, I-6279 –  
Carpenter?  
in: NVwZ 2004, 173  
Inländerdiskriminierung im Steuerrecht am Beispiel des § 8 nr.  
7 GewStG  
in: IStR 2005, 370
- Bullinger, Patrick
- Bundesministerium für  
Familie, Senioren, Frauen  
und Jugend (Hrsg.)
- Zwangsverheiratung in Deutschland -  
Anzahl und Analyse von Beratungsfällen  
Kurzfassung  
Berlin 2011
- Bundesministerium des Inneren
- Migrationsberichte 2010 bis 2014  
Berlin 2011-2015
- Coester, Michael
- Die rechtliche Behandlung von im Ausland geschlossenen  
Kinderehen – Zugleich Besprechung von OLG Bamberg  
12.05.2016  
in: StAZ 2016, 257
- Coester, Michael  
Coester-Waltjen, Dagmar
- Polygame Verbindungen und deutsches Recht  
in: FamRZ 2016, 1618
- Dörig, Harald
- German courts and their understanding of the common  
european asylum system  
in: IJRL 2014, 768
- Dreier, Horst (Hrsg.)
- Grundgesetz  
Kommentar  
3. Auflage  
Tübingen 2015
- Eisele, Jörg  
Majer, Christian F.
- Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB im Lichte des  
Internationalen Straf- und Privatrechts  
in: NStZ 2011, 546
- Epiney, Astrid
- Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2016: Unionsbürger  
schaft, Diskriminierungsverbot und Grundfreiheiten  
in: NVwZ 2017, 846
- Fadlalla, Mohamed
- Zwangsheirat – die Änderungen des Personenstandsgesetzes  
und das neue Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat  
in: FPR 2011, 449
- Fehrenbacher, Ansgar
- Einreise und Aufenthalt von türkischen Staatsangehörigen  
unter besonderer Berücksichtigung des  
Assoziationsratsbeschlusses 1/80 (ARB 1/80)  
in: ZAR 2008, 335

- Frenz, Walter  
Handbuch Europarecht  
Band 5: Wirkungen und Rechtsschutz  
Heidelberg 2010
- ders.  
Reichweite des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach den  
Urteilen Zambrano und McCarthy  
in: ZAR 2011, 221
- Fritz, Roland  
Aufenthaltsgesetz - Gemeinschaftskommentar  
Loseblattsammlung  
Neuwied 2008
- Fritzsch, Falk  
Die Grenzen des völkerrechtlichen Schutzes sozialer  
Bindungen von Ausländern nach Art. 8 EMRK  
in: ZAR 2010, 14
- Frowein, Jochen Abr.  
Peukert, Wolfgang  
Europäische Menschenrechtskonvention  
Kommentar  
3. Auflage  
Kehl 2009
- Geiger, Rudolf  
Khan, Daniel-Erasmus  
Kotzur, Markus (Hrsg.)  
EUV/AEUV  
Kommentar  
6. Auflage  
München 2017
- Gibb, Robert  
Good, Anthony  
Do the facts speak for themselves? Country of origin  
information in french and british refugee status determination  
procedures  
in: IJRL 2013, 291
- Göbel-Zimmermann, Ralph  
„Scheinehen“, „Scheinlebenspartnerschaften“ und  
„Scheinväter“ im Spannungsfeld von Verfassungs-, Zivil- und  
Migrationsrecht  
in: ZAR 2006, 81
- ders.  
Verfassungswidrige Hürden für den Ehegattennachzug nach  
dem Richtlinienumsetzungsgesetz  
in: ZAR 2008, 169
- Grabenwarter, Christoph  
Europäische Menschenrechtskonvention  
ein Studienbuch  
6. Auflage  
München 2016
- ders.  
Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft?  
in: EuGRZ 2004, 563
- Grabitz, Eberhard  
Hilf, Meinhard  
Nettesheim, Martin (Hrsg.)  
Das Recht der Europäischen Union  
Kommentar  
Loseblattsammlung  
München 2010

- Groenendijk, Kees Familienzusammenführung als Recht nach der Gemeinschaft  
in: ZAR 2006, 191
- Hailbronner, Kay Asyl- und Ausländerrecht  
3. Auflage  
Stuttgart 2014
- ders. Ausländerrecht  
Loseblattsammlung  
Heidelberg 2009
- ders. Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz  
durch den EuGH?  
in: NJW 2004, 2185
- ders.  
Thym, Daniel Ruiz Zambrano – Die Entdeckung des Kernbereichs der Uni-  
onsbürgerschaft  
in: NJW 2011, 2008
- Habermas, Jürgen Faktizität und Geltung  
5. Auflage  
Frankfurt am Main 1997
- Hanganu, Elisa Die Blaue Karte EU in Deutschland  
Heß, Barbara Forschungsbericht 27 des BAMF  
Nürnberg 2016
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Enzyklopädie der philisophischen Wissenschaften im  
Grundriss: 1. Teil 1830  
6. Auflage  
Frankfurt am Main 2003
- Helms, Tobias Im Ausland begründete – im Inland unbekannte  
Statusverhältnisse  
in: StAZ 2012, 2
- Hillgruber, Christian Mindestalter und sprachliche Integrationsvorleistung –  
verfassungsgemäße Voraussetzungen des Ehegattennachzugs?  
In: ZAR 2006, 304
- Hirsch, Günter Im Namen des Volkes: Gesetz – Recht – Gerechtigkeit  
in: ZRP 2012, 205
- Hofmann, Rainer M. (Hrsg.) Ausländerrecht  
2. Auflage  
Baden-Baden 2016
- Hoffmann, Holger Ausländerrecht  
Hofmann, Rainer M. (Hrsg.) Handkommentar

Baden-Baden 2008

- Hoppe, Mark Dominik Die Berücksichtigung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz  
Dissertation  
Berlin 2003
- Hoppe, Michael Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung – Gibt es eine gemeinsame Linie in den Entscheidungen von EGMR, EuGH und BVerfG?  
in: ZAR 2008, 251
- Huber, Bertold Zur Verfassungsmäßigkeit der Beschränkungen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Ausländerrecht  
in: NJW 1988, 609
- ders. Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils Zambrano  
in: NVwZ 2011, 856
- Huber-Wilhelm, Claus Anmerkung zu ÖstVerfGH vom 09.12.1999  
in: EuZW 2001, 219
- İlkkaracan, Pinar (Hrsg.) Women and Sexuality in Muslim Societies  
Istanbul 2000
- Ipsen, Jörn Staatsrecht II, Grundrechte  
19. Auflage  
München 2016
- Ipsen, Knut Völkerrecht – ein Studienbuch  
6. Auflage  
München 2014
- Jarass, Hans D.  
Pieroth, Bodo (Hrsg.) Grundgesetz  
Kommentar  
14. Auflage  
München 2016
- Jobs, Thomas Beweismaß und Beweislast beim Ehegattennachzug  
in: ZAR 2008, 295
- Jonas, Hans Das Prinzip der Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation  
8. Auflage  
Frankfurt am Main 1988
- Kant, Immanuel Gesammelte Werke in 18 Bänden  
Herausgegeben von der Preußischen Akademie der Wissenschaften  
Berlin 1973

- Kelek, Necla  
Heirat ist keine Frage oder Kann durch die Einführung eines Mindestalters für den Nachzug von Ehegatten auf 21 Jahre die „Zwangsehe“ verhindert werden?  
in: ZAR 2006, 232
- Kelsen, Hans  
Reine Rechtslehre  
2. Auflage  
Wien 1960
- Kingreen, Thorsten  
Verfassungsfragen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Aufenthaltsrecht  
in: ZAR 2007, 13
- Kluth, Winfried (Hrsg.)  
Beck'scher Online Kommentar zum Ausländerrecht  
München 2016
- Korbion, Hermann  
Mantscheff, Jack  
Vygen, Klaus (Hrsg.)  
Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)  
Kommentar  
9. Auflage  
München 2016
- Kubicki, Phillipp  
Die subjektive Komponente der Unionsbürgerschaft  
in: EuR 2006, 489
- Lach, Andreas  
Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht:  
eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal des grenzüberschreitenden Bezugs unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerschaft; zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Grundfreiheiten  
Dissertation  
Frankfurt am Main 2008
- Lehmann, Julian M.  
Persecution, Concealment and the Limits of a Human Rights Approach in (European) Asylum Law – The Case of *Germany v Y and Z* in the Court of Justice of the European Union  
in: IJRL 2014, 65
- Letzgus, Klaus  
Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat  
in: FPR 2011, 451
- Luther, Martin  
Die Bibel  
nach Martin Luthers Übersetzung – Lutherbibel revidiert  
Stuttgart 2016
- Majer, Christian F.  
Anerkennung einer ausländischen Minderjährigenehe  
in: NZFam 2016, 1019
- Mangoldt, Hermann von  
Klein, Friedrich von  
Grundgesetz  
Kommentar

- Starck, Christian von (Hrsg.) 6. Auflage  
München 2010
- Markard, Nora  
Truchseß, Nina Neureglung des Ehegattennachzugs im Aufenthaltsgesetz  
in: NVwZ 2007, 1025
- Marx, Karl Werke Karl Marx, Friedrich Engels in 43 Bänden  
Herausgegeben vom Institut für Marxismus-Leninismus beim  
ZK der SED  
Berlin 1956
- Marx, Reinhard Asylverfahrensgesetz  
Kommentar  
8. Auflage  
Köln 2014
- ders. Handbuch zur Qualifikationsrichtlinie  
Köln 2009
- ders. Sprachnachweis und Ehegattennachzug  
in: ZAR 2011, 15
- Meyer, Jürgen  
Bernsdorff, Norbert (Hrsg.) Charta der Grundrechte der Europäischen Union  
Kommentar  
4. Auflage  
Baden-Baden 2014
- Meyer-Ladewig, Jens Europäische Menschenrechtskonvention  
Handkommentar  
3. Auflage  
Baden-Baden 2011
- Mikat, Paul Die Polygamiefrage in der frühen Neuzeit – Vorträge der  
Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften  
Opladen 1988
- Moench, Christoph Reinheitsgebot für Bier – Zum Urteil des EuGH vom  
12.03.1987, NJW 1987, 1133  
in: NJW 1987, 1109
- Möstl, Markus Grenzen der Rechtsangleichung im europäischen Binnenmarkt  
– Kompetenzielle, grundfreiheitliche und grundrechtliche  
Schranken des Gemeinschaftsgesetzgebers  
in: EuR 2002, 318
- Münch, Ingo von  
Kunig, Philip Grundgesetz  
Kommentar  
6. Auflage  
München 2012
- Nettesheim, Martin Der „Kernbereich“ der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der

- Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfeldes  
in: JZ 2011, 1030
- Nietzsche, Friedrich  
Gesammelte Werke in 20 Bänden  
Herausgegeben von Werner Stegmaier  
Berlin 2004
- Oberhäuser, Thomas  
„Dänemark-Ehen“, Unionsrecht und Inländerdiskriminierung  
in: NVwZ 2012, 25
- Oppermann, Thomas  
Classen, Claus Dieter  
Nettesheim, Martin  
Europarecht  
ein Studienbuch  
6. Auflage  
München 2014
- Otto, Carl Eduard  
Schilling, Bruno  
Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand  
Das Corpus Juris Civilis (Justinianus)  
Deutsche Ausgabe  
Leipzig 1833
- Pfersich, Andreas  
Anmerkung zu BVerwG vom 30.03.2010  
in: ZAR 2011, 27
- ders.  
Anmerkung zu EuGH vom 08.03.2011  
in: ZAR 2011, 189
- ders.  
Anmerkung zu EuGH vom 05.05.2011  
in: ZAR 2011, 401
- ders.  
Anmerkung zu OVG Magdeburg vom 06.08.2015  
in: ZAR 2015, 402
- Pieroth, Bodo  
Schlink, Bernhard  
Staatsrecht II - Grundrechte  
31. Auflage  
Heidelberg 2015
- Platon  
Politeia  
in: Sämtliche Werke/Platon, Band 5  
Frankfurt am Main 1991
- Prütting, Hanns  
Wegen, Gerhard  
Weinreich, Gerd (Hrsg.)  
Bürgerliches Gesetzbuch  
Kommentar  
11. Auflage  
Köln 2016
- Radbruch, Gustav  
Rechtsphilosophie  
2. Auflage, Nachdruck der Ausgabe von 1932  
Heidelberg 2003
- Rengeling, Hans-Werner  
Szczekalla, Peter  
Grundrechte in der Europäischen Union  
Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze  
Köln 2004

Renner, Günter	Ehe und Familie im Zweichen neuer Zuwanderungsregeln NVwZ 2004, 792
Riese, Christoph Noll, Paul	Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der Inländerdiskriminierung in: NVwZ 2007, 516
Rohe, Mathias	Eheschließung in islamischen Staaten – Prüfung der Wirksamkeit durch deutsche Behörden in: StAZ 2006, 93
Rüthers, Bernd	Das Ungerechte an der Gerechtigkeit in: JZ 2009, 969
Sachs, Michael (Hrsg.)	Grundgesetzes Kommentar 7. Auflage München 2014
Sander, Dirk	Der Schutz des Aufenthalts durch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention Dissertation Berlin 2008
Sauer, Heiko	Die Grundfreiheit des Unionsrechts in: JuS 2017, 310
Säcker, Franz Jürgen Rixecker, Roland Oetker, Hartmut Limperg, Bettina (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 6. Auflage München 2013
Schmahl, Stefanie Jung, Florian	Die Unionsbürgerschaft: Ein komplexes Rechtsinstitut mit weitreichenden Folgen in: JURA 2016, 1272
Schmidt-Bleibtreu, Bruno von Hofmann, Hans von (Hrsg.)	Grundgesetz Kommentar 13. Auflage Köln 2014
Schönke, Adolf Schröder, Horst (Hrsg.)	Strafgesetzbuch Kommentar 29. Auflage München 2014
Schubert, Karin Moebius, Isabella	Zwangsheirat – Mehr als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer in: ZRP 2006, 33



- Schumann, Kay H. Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat (§ 237 StGB)  
in: JuS 2011, 789
- Sering, Christian Das neue „Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz“  
in: NJW 2011, 2161
- Simon, Helmut Wie halten wir's mit Recht und Gerechtigkeit – die  
Gretchenfrage in unserer Zeit?  
in: NJ 1998, 2
- Sommerman, Karl-Peter Taugt die Gerechtigkeit als Maßstab der Rechtsstaatlichkeit?  
in: JURA 1999, 337
- Sonnenberger, Hans Jürgen Recht und Gerechtigkeit  
in: JURA 2000, 561
- Stelkens, Paul von  
Bonk, Heinz Joachim  
Sachs, Michael (Hrsg.) Verwaltungsverfahrensgesetz  
Kommentar  
8. Auflage  
München 2014
- Storr, Christian von (Hrsg.) Zuwanderungsrecht – Kommentar  
Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU  
2. Auflage  
Stuttgart 2008
- Streinz, Rudolf (Hrsg.) EUV/AEUV  
Kommentar  
2. Auflage  
München 2012
- ders. Europarecht – Lehrbuch  
10. Auflage  
Heidelberg 2016
- Thym, Daniel Freizügigkeit in Europa als Modell?  
EU-Migrationspolitik zwischen Offenheit und Abschottung  
in: EUR 2011, 487
- ders- Anmerkung zu EuGH vom 15.11.2011  
in: NVwZ 2012, 97
- ders. Sprachkenntnisse und Ehegattennachzug: Bewegung beim  
Stillstand für türkische Staatsangehörige  
in: ZAR 2014, 301
- ders. Schnellere und strengere Asylverfahren  
Die Zukunft des Asylrechts nach dem Beschleunigungsgesetz  
in: NVwZ 2015, 1625

- United Nations High Commissioner for Refugees Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft  
Genf 1979, Neuauflage Österreich 2003
- Vitzthum, Wolfgang Graf von (Hrsg.) Völkerrecht – Lehrbuch  
7. Auflage  
Berlin 2016
- ders. Die Entdeckung der Heimat der Unionsbürger  
in: EuR 2011, 550
- Weber, Ferdinand Analogiebildung und „Lückenfüllung“ im Aufenthaltsrichter  
recht  
Zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Lounes  
in: NVwZ 2018, 130
- Wegner, Jörg Aufenthaltsrecht für gleichgeschlechtliche Partner  
in: ZAR 1997, 87
- ders. Neues Aufenthalts-, Arbeitsgenehmigungs- und  
Einbürgerungsrecht für binationale gleichgeschlechtliche Paare  
in: ZAR 2001, 159
- Wendel, Mattias Aufenthalt als Mittel zum Zweck: zu Grund und Grenzen deri  
vativer Aufenthaltsrechte Drittstaatsangehöriger  
in: DÖV 2014, 133
- Wenger, Frank Die Unionsbürgerschaft als aufenthaltsrechtlicher „Hebel“?  
in: NVwZ 2002, 1342
- Weis, Hubert Inländerdiskriminierung zwischen Gemeinschaftsrecht und  
nationalem Verfassungsrecht  
in: NJW 1983, 2721
- Zimmermann, Michael J. Anmerkung zu EuGH vom 10.05.2017  
in: NZFam 2017, 565
- Zimmermann, Peter Grundlagen des Familiennachzugs nach dem neuen  
Ausländergesetz – Zugleich Anmerkungen zu § 17 AuslG  
in: DÖV 1991, 401
- Zippelius, Reinhold Rechtsphilosophie  
5. Auflage  
München 2007

## C. Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweisen der Europäischen Union
ARB	Assoziationsratsbeschluss
Art.	Artikel
AsylG	Asylgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
AufenthV	Aufenthaltsverordnung
AuslG1990	Ausländergesetz in der Fassung von 1990
AuslR	Ausländerrecht
BeschV	Beschäftigungsverordnung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bspw.	beispielsweise
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
EG	Erwägungsgrund
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ETS	European Treaty Series
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	EU-Vertrag
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaften
EZAR NF	Entscheidungssammlung zum Zuwanderungs-, Asyl- und Freizügigkeitsrecht
f./ff.	folgende Seite/n
FPR	Familie, Partnerschaft, recht (Zeitschrift)
FreizügG/EU	Freizügigkeitsgesetz/EU
GA	Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof
GFK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge
GG	Grundgesetz
Gk-AufenthG	Gemeinschaftskommentar Aufenthaltsgesetz
GrChEU	Grundrechtecharta der Europäischen Union
Hb	Handbuch
Hk	Handkommentar
HOAI	Honorarordnung für Architekten und Ingenieure

Hrsg	Herausgeber
HS	Halbsatz
IJRL	International Journal of Refugee Law
IPbürg	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IPR	Internationales Privatrecht
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
JURA	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristen Zeitung
lit	littera (Buchstabe)
LPartG	Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZFam	Neue Zeitschrift für Familienrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Öst BGBl	Österreichisches Bundesgesetzblatt
ÖstVerfGH	Österreichischer Verfassungsgerichtshof
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S	Satz
Slg	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
StAZ	Das Standesamt (Zeitschrift)
stRspr	ständige Rechtsprechung
UNTS Vol.	United Nations Treaty Series Band
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VV	Verwaltungsvorschrift
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

## D. Einleitung

Das seit 2005 geltende Aufenthaltsgesetz ist – anders als die Vorgängergesetze – von der Umsetzung europäischer Richtlinien geprägt. Darüber hinaus erfolgt durch die Einführung des Freizügigkeitsgesetz/EU eine stärkere Differenzierung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen. Auch das Aufenthaltsgesetz selbst unterteilt mögliche Anspruchsberechtigte in zahlreiche Kategorien – zunächst abhängig vom Aufenthaltswitzweck. Gerade im Rahmen des Aufenthaltswitzwecks „Familiennachzug“ wird diese Personengruppe erneut danach unterteilt, wer nachziehen will und zu wem. Daneben stehen noch die Regelungen zum Familiennachzug nach dem FreizügG/EU und zum Teil Regelungen aus dem Asylgesetz.<sup>1</sup> Insgesamt ergibt sich ein Regelungsgeflecht, welches in der praktischen Anwendung immer wieder zu Problemen oder widersprüchlichen Ergebnissen führt. Erschwerend kommt hinzu, dass die Regelungen immer wieder zur Umsetzung neuer europäischer Richtlinien ergänzt werden. Immer wieder werden zusätzliche Sätze oder Absätze eingefügt, wodurch es immer schwerer wird, zu erkennen, wer nachzugsberechtigt ist und wer nicht.

Gerade durch beständige Ergänzungen, aber auch durch die engen Differenzierungen der Gruppen, ergeben sich fast zwangsweise Reibungseffekte. Hinzu kommt der grundsätzliche Regelungszweck der Begrenzung des Zuzugs in das Bundesgebiet<sup>2</sup>, welcher auch dadurch erreicht werden soll, dass bestimmte Ehen von vornherein nicht zum Nachzug zugelassen werden sollen oder Nachzugsvoraussetzungen verlangt werden, die hohe Hürden aufstellen. Gerade durch solche gezielten Ausgrenzungen befinden sich aber Menschenrechte in Gefahr. Schließt man Eheformen wie die Zwangs- oder Kinderehe vom Nachzug aus, muss man diese auch sicher nachweisen können. Auch eine Scheinehe lässt sich nicht immer ohne weiteres beweisen. Ebenso sind Altersgrenzen oder Anforderungen an Sprachkenntnisse immer mit dem Problem verbunden, wo man Grenzen zieht und wie man diese rechtfertigt. Durch zahlreiche Ergänzungen seit Geltung des Aufenthaltsgesetzes haben sich unübersichtliche Grenzen entwickelt, die zum Teil willkürlich wirken und dadurch zu Ungleichbehandlungen führen können. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, solche scheinbar willkürlichen Ungleichbehandlungen auf ihren Regelungszweck und ihre Vereinbarkeit mit Gerechtigkeitsgrundsätzen anhand von Grund- und Menschenrechten zu untersuchen – und in der Folge nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlungen aufzudecken und alternative Lösungen vorzuschlagen.

---

1 In Folge der Flüchtlingskrise 2015 wurde hier zum Teil das Recht auf Familiennachzug ausgesetzt und befinden sich viele Regelungen im Umbruch. Um nicht spekulieren zu müssen und Unübersichtlichkeiten zu vermeiden, wird daher eine Betrachtung von Regelungen in Bezug auf Flüchtlinge weitestgehend verzichtet.

2 Dieses Gesetzgebungsziel wird bereits seit Jahrzehnten mit aufenthaltsrechtlichen Regelungen verfolgt. Vgl. statt vieler: BVerfG NJW 1988, 626 (631).

# 1. Kapitel: Aufenthaltstitel, Familie und Gerechtigkeit – Grundlegendes

## I. Der Familienbegriff

Zur Erörterung der Problematiken im Bereich des Familiennachzugsrechtes ist es zunächst erforderlich, den Begriff der Familie zu definieren und festzustellen, was welche der bisher erörterten Rechtsquellen als „Familie“ betrachtet.

Generell unterscheidet man zwischen zwei „Formen“ von Familie, der Kernfamilie und der Großfamilie. Die Kernfamilie umfasst die Beziehung zwischen den Eheleuten untereinander und die Beziehung zwischen minderjährigen Kindern und ihren Eltern.<sup>3</sup> Die Großfamilie hingegen erfasst auch die Beziehung zu Großeltern, Tanten, Onkeln, Cousins und Cousinen.

### 1. Familie im Grundgesetz

Der Familienbegriff des Grundgesetzes ist primär von einer traditionell-konservativen Denkweise geprägt und durch die Rechtsprechung des BVerfG ausgeformt worden. Entsprechend des Wandels der gesellschaftlichen Bewertung von „Familie“ unterliegt der Familienbegriff des Grundgesetzes aber auch Veränderungen. Während die Bedeutung im Entstehungszeitpunkt des Grundgesetzes zwar als Ausgangspunkt dient, müssen auch gegenwärtige Auffassungen mit einbezogen werden.<sup>4</sup>

„Familie“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG<sup>5</sup> ist zunächst die „Ehe“ als Beziehung zwischen Mann und Frau, sowie die Beziehung zu den gemeinsamen Kindern. Das BVerfG hat 3 Ausprägungen der Familie identifiziert: die Familie als „Lebens- und Erziehungsgemeinschaft“, die Familie als „Hausgemeinschaft“ und die Familie als „Begegnungsgemeinschaft“.<sup>6</sup>

In der Ausprägung als Lebens- und Erziehungsgemeinschaft geht es um die Funktion der Familie, die seelische und leibliche Entwicklung der Kinder zu fördern und zu überwachen. Dieser Bereich verkleinert sich entsprechend, je mehr die Kinder selbst an Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit gewinnen. Dadurch wandelt sich die Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zu einer Hausgemeinschaft.<sup>7</sup> Innerhalb der Hausgemeinschaft werden dann durch das Zusammenwohnen die Familien-einheit und die Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder gewahrt, wobei aber jedes Familienmitglied weitestgehend sein eigenes Leben führt. Die Hausgemeinschaft endet, wenn die Kinder ausziehen und mit ihren Eltern nur noch gelegentlichen Kontakt pflegen. Die Familie wird sodann zu einer Begegnungsgemeinschaft.<sup>8</sup>

---

3 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 16.

4 Von Coelln in Sachs, GG, 7.A., Art. 6 Rn 3.

5 BGBl. I S. 1, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.12.2014, BGBl. I S. 2438.

6 BVerfG, Beschluss vom 18.04.1989, Az.: 2 BvR 1169/84, Rz 32 = BVerfGE 80, 81 (90f.).

7 Hailbronner in AuslR, A1, § 27 AufenthG Rn 15.

8 BVerfG, Beschluss vom 18.04.1989, Az.: 2 BvR 1169/84, Rz 32 = BVerfGE 80, 81 (90f.); Ausnahmsweise kann die Hausgemeinschaft fortbestehen, wenn von Rechtswegen Unterhaltspflichten bestehen. Daneben kommt es in der Praxis immer wieder zu Überschneidungen der einzelnen Bereiche. Der tatsächlich zu gewährende Schutz ist dabei von der konkreten Ausprägung der familiären Gemeinschaft abhängig. Schematische Beurteilungen verbieten sich daher. Zu Beispielen von Grenzfällen: Hailbronner in AuslR, A1, § 27 AufenthG Rn 16, sowie ders. in Asyl und AuslR, 3.A., Rn 687 m.w.N..

## a) Ehe

Eine Ehe im Sinne des Grundgesetzes ist nach BVerfG-Rechtsprechung eine auf Dauer angelegte Verbindung zwischen Mann und Frau, welche durch Zusammenleben in Gestalt einer umfassenden und im Grundsatz unauflösbaren Lebensgemeinschaft nach außen getragen wird. Dabei müssen die einzelnen Elemente nicht immer gleich stark ausgeprägt vorliegen. Der Ehebegriff unterliegt auch dem Wandel der Lebensverhältnisse, weshalb beispielsweise die Dauerhaftigkeit und Unauflösbarkeit einer Ehe nicht mehr zwingende Merkmale sind.<sup>9</sup> Trotz der auf Lebenszeit geschlossenen Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB<sup>10</sup>) wird daher eine Möglichkeit zur Scheidung vorgesehen. Durch Scheidung geht der Schutz des Art. 6 GG für die Partner verloren.<sup>11</sup>

Eine Ehe gilt nur dann als solche, wenn sie standesamtlich, also unter staatlicher Mitwirkung geschlossen wurde. Dies dient der Publizität und Rechtssicherheit. Eine relevante Ausnahme besteht dort, wo Ausländer im Herkunftsstaat eine Verlobung eingegangen sind und in Deutschland eine nicht standesamtlich beurkundete Ehe geschlossen haben, die nach dem Recht ihres Herkunftsstaates gültig wäre („hinkende Ehe“). Hier genügt die öffentliche Anerkennung der Eheschließung.<sup>12</sup> Generell ist aber nicht von einer Anerkennung ausländischer Ehen auszugehen. Erfüllen sie deutsche Standards nicht, fallen sie nur begrenzt in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG. Eine fragwürdige Wertung in Anbetracht der Tatsache, dass eine zerrüttete aber standesamtlich geschlossene Ehe geschützt wird, während eine intakte gelebte Ehe mangels einer Urkunde nicht schützenswert sein soll.<sup>13</sup>

Entsprechend des traditionell abendländischen Bildes von Ehe und Familie schützt Art. 6 Abs. 1 GG lediglich die Einehe. Polygame Beziehungen werden nicht erfasst. Aus Mehrehen hervorgegangene Kinder werden unter dem Schutz des Familienbegriffs gestellt. Die gesamte „Familie“ aus mehreren Frauen, einem Mann und den Kindern genießt jedoch als Ganzes keinen Schutz. Ebenso sind Zwangsehen, die entgegen des Willens eines der Beteiligten geschlossen wurden, nicht geschützt.<sup>14</sup>

Auch wenn die eingetragene Lebenspartnerschaft homosexueller Paare in der Umgangssprache zunehmend als „Ehe“ bezeichnet wird, ist eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG bisher nicht erfolgt. Dies wird primär damit begründet, dass der Schutz der heterosexuellen Ehe sich in Hinblick auf daraus entstehende Nachkommen berufen könne. Ein homosexuelles Paar könne aber keine Nachkommen haben, welche geschützt werden müssten. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob es sich um eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft handelt, die im Ausland geschlossen wurde und dort als „Ehe“ bezeichnet wird. Ein Schutz besteht lediglich aus Art. 2 Abs. 1 GG. Das bloße Bestehen des Instituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft hingegen verletze Art. 6 Abs. 1 GG nicht.<sup>15</sup>

In Bezug auf nichteheliche Lebensgemeinschaften gewährt Art. 6 Abs. 1 GG dem Wortlaut nach keinen Schutz. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, dass diese Gemeinschaften nicht anderweitig rechtlich anerkannt und begünstigt werden können. Trotzdem wird auf den besonderen Schutz der

9 BVerfGE 10, 59 (66); Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 17.

10 BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738, zuletzt geändert durch: BGBl. I S. 556.

11 BVerfGE 31, 58 (82); BVerfGE 53, 224 (245); für Details mit weiteren Nachweisen: Von Coelln in Sachs, GG, 7.A., Art. 6 Rn 5 und Coester-Waltjen in Münch/Kunig, GG, Art. 6, Rn 10. Die Begriffe „Ehe“ und „Familie“ sind daher heute nicht mehr synonym zu gebrauchen. aaO. Rn 4.

12 Von Coelln in Sachs, GG, 7.A., Art. 6 Rn 9/10.

13 Coester-Waltjen in Münch/Kunig, GG, 6.A., Art. 6 Rn 6.

14 Von Coelln in Sachs, GG, 7.A., Art. 6 Rn 7/8.

15 Hofmann in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13.A., Art. 6 Rn 16ff., in Rn 24 auch zu Fragen der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare. m.w.N.; Von Coelln in Sachs, GG, 7.A., Art. 6 Rn 6. Diese Argumentation wird aber durch die Forderung und Einführung von Adoptionsrechten für homosexuelle Paare in Frage gestellt.

Ehe bestanden und gegenüber der nichtehelichen Lebensgemeinschaft herausgestellt, dass diese eine weniger enge und feste Einstandsgemeinschaft darstelle und daher bspw. nicht jedwede Leistung aus den Sozialversicherungen gewährt werden kann.<sup>16</sup>

## **b) Kinder**

Kinder im Sinne des Grundgesetzes sind die leiblichen Nachkommen eines Mannes oder einer Frau. Geschützt ist auch die Beziehung zu volljährigen, sowie nichtehelichen<sup>17</sup> Kindern. Mit der Einbeziehung der Kinder endet auch der Familienbegriff des Grundgesetzes. Eine Generationen übergreifende Großfamilie wird nicht geschützt.

Art. 6 Abs. 2 GG enthält die Garantie des sogenannten Elternrechts, also des Rechtes – aber auch der Verpflichtung der Eltern – für ihre Kinder zu sorgen. Dieses Recht ist grundsätzlich naturgegeben und seine Nennung im Grundgesetz ist zunächst lediglich deklaratorischer Natur. Daneben wird aber auch die rechtliche Grundlage für das Sorgerecht der Eltern gegenüber ihren Kindern geschaffen. Zum Elternrecht gehört die Verantwortung für das Kindeswohl, die Erziehung und Versorgung des Kindes, sowie die Bestimmung des Aufenthaltes des Kindes. Die Verantwortung der Eltern für das Kind beginnt bereits während der Schwangerschaft und endet frühestens mit Erreichen der Volljährigkeit des Kindes, nach den Umständen des Einzelfalls aber auch erheblich später bzw. mit dem Tod des Kindes.<sup>18</sup> Eine Trennung von Eltern und Kind stellt den größten denkbaren Eingriff in das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG dar und ist nur unter den engen Voraussetzungen des Abs. 3 zulässig. Insofern stellt die Norm auch ein Abwehrrecht gegen Eingriffe des Staates dar.<sup>19</sup>

## **2. Art. 8 EMRK**

Die EMRK<sup>20</sup> stellt mit ihrer Verbriefung von Menschenrechten auf europäischer Ebene für 47 Konventionstaaten einen der bedeutendsten Menschenrechtsschutzverträgen Europas dar. Mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im französischen Straßburg besitzt diese sogar ein eigenes Kontroll- und Durchsetzungsorgan.

Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt zunächst das Privatleben. Dies ist jener Bereich, der nicht zum öffentlichen Leben zugeordnet wird und der einer Person eine selbstbestimmte Entwicklung ermöglicht. Dazu gehört notwendigerweise auch das Knüpfen von Beziehungen zu anderen Menschen. Davon

---

16 BVerfGE 84, 168; BVerfGE 82, 6; zur Verweigerung von Leistungen durch die gesetzliche Krankenkasse zur künstlichen Befruchtung eines unverheirateten Paares: BVerfG, Urteil vom 28.02.2007 Az.: 1 BvL 5/03 – im Ergebnis wurde ein Anspruch mit Hinweis auf die Einstandsgemeinschaft und den besonderen Schutz der Ehe verneint; für Details und weitere Nachweise: *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13.A., Art. 6 Rn 26ff.

17 Neben der Beziehung zwischen Mutter und nichtehelichen Kind wird zunehmend auch die Beziehung zum nichtehelichen Vater geschützt. Erforderlich ist dafür ein tatsächliches Zusammenleben. BVerfGE 57, 170; *Hofmann* in Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 13.A., Art. 6 Rn 32/43/45 – zur Entwicklung der Rechte des biologischen Vaters ebenda Rn 47ff. Der so gewährte Schutz beschränkt sich aber auf die Familie des Grundgesetzes. Nachrangigen Normen ist ein solcher Schutz nicht zu entnehmen.

18 Für Details: *Robbers* in Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6.A., Art. 6 Rn 143ff. Die Persönlichkeitsrechte der Kinder und das Elternrecht stehen in einem Abhängigkeitsverhältnis. Je größer die Erziehungsbedürftigkeit der Kinder, um so eher treten ihre Persönlichkeitsrechte zurück und entscheiden die Eltern. Mit abnehmender Erziehungsbedürftigkeit und zunehmendem Alter, tritt das Elternrecht immer mehr zurück und die Persönlichkeitsrechte der Kinder gewinnen an Bedeutung. BVerfG Beschluss vom 18.06.1986, Az.: 1 BvR 875/85, Rz 51 = BVerfGE 72, 122.

19 So hat das BVerfG festgestellt, dass auch nur gelegentliche Begegnungen zwischen einem Vater und seinem sehr kleinen Kind nach den Umständen des Einzelfalls zu einer schützenswerten Beziehung führen, da bei einem sehr kleinen Kind eine längere Trennung (bspw. zur Erlangung einer neuen Visums) einen endgültigen Verlust bedeuten kann, da es die nur vorübergehende Natur der Trennung nicht erfassen könnte. BVerfG Beschluss vom 09.01.2009, Az.: 2 BvR 1064/08.

20 BGBl. 1952 II S. 685, Neubekanntmachung BGBl. 2002 II S. 1054.



werden zunächst nicht nur private, sondern auch berufliche und wirtschaftliche Kontakte erfasst. Bestehen aber familiäre Bindungen im Konventionsstaat, greift der Schutz des Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK. Dieser ist enger und erfasst nur die Kernfamilie. Ausgeschlossen werden dadurch die Beziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern sowie zwischen erwachsenen Geschwistern.<sup>21</sup>

Die Konventionsstaaten sind nicht nur verpflichtet, für bestimmte Lebensbedingungen entsprechend Art. 8 Abs 1 EMRK zu sorgen. Darüber hinaus sind sie auch in der Pflicht, wenn einmal entstandene Lebensbedingungen gegen Art. 8 EMRK verstoßen, diese zu ändern.<sup>22</sup>

### **a) Recht auf Familienleben**

Art. 8 Abs. 1 EMRK schützt zunächst nur bestehende Familien. Ein Recht auf Gründung einer neuen Familie enthält die Konvention nicht. Im Einzelfall ist aber ein bereits funktionierendes klassisches Familienleben nicht erforderlich. Es kann eine von Rechtswegen bestehende „Familie“ – sprich Ehe – genügen, sofern das Aufnehmen eines Familienlebens beabsichtigt ist und bevorsteht.<sup>23</sup> Für die Einbeziehung einer Ehe in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK genügt es außerdem, wenn sie nach den bestehenden nationalen Vorschriften des Herkunftsstaates rechtmäßig geschlossen wurde.<sup>24</sup>

Art. 8 EMRK schützte ursprünglich nur die Kernfamilie, wurde aber durch Rechtsprechung des EGMR auf weitere Familienangehörige ausgedehnt.<sup>25</sup> Darüber hinaus kommt es auch nicht mehr darauf an, dass die Partner tatsächlich verheiratet sind. Es werden auch „nicht legitime“ Familien anerkannt – sogenannte de facto-Familien. Erforderlich ist lediglich eine starke innere Bindung, die durch ein tatsächliches Zusammenleben entsteht.<sup>26</sup> Anhaltspunkte für die Einstufung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als Familie sind die Dauer der Beziehung, gemeinsame Kinder oder andere Umstände, die eine gemeinsame Lebensführung zum Ausdruck bringen – wie zum Beispiel eine Verlobung.<sup>27</sup>

Bei einem nichtehelichen Kind ist es erforderlich, dass das Kind mit den Eltern tatsächlich zusammen lebt. Nur zu dem Elternteil, bei dem es sich regelmäßig aufhält, besteht eine familiäre Bindung. Gemeinsames Wohnen ist jedoch nicht erforderlich. Vielmehr genügt ein regelmäßiger Kontakt, der sich auf typische „Elterntätigkeiten“ wie Windeln wechseln und Gespräche über gesundheitliche Probleme mit dem anderen Elternteil erstreckt, um eine ausreichende familiäre Bindung anzunehmen.<sup>28</sup> Keine de facto-Familie ist gegeben, wenn es um bloße gefühlsmäßige Bindungen zwischen Erwachsenen geht.<sup>29</sup>

---

21 Fritzscher ZAR 2010, 14 (16).

22 Unterlässt der Staat eine solche Korrektur, begründet dies eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit. Meyer-Ladewig, Hk-EMRK, 3.A., Art. 8, Rn 2.

23 EGMR Urteil vom 28.05.1985 No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, Rz.:62 – Abdulaziz./Großbritannien.

24 So sind auch traditionell oder nach religiösen Ritus geschlossene Ehen ausreichend, sofern die Ehepartner sich selbst tatsächlich aus verheiratet betrachten und diese Ehe auch vom Herkunftsstaat rechtlich anerkannt wird. Details: Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 54.

25 Sofern ein tatsächliches Zusammenleben aller Familienmitglieder nachgewiesen werden kann. Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 670.

26 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 16; Meyer-Ladewig, Hk-EMRK, 2.A., Art. 8, Rn 18.

27 Ein ständiges Zusammenleben betrachtet der Gerichtshof heute nicht mehr als zwingend. EGMR Urteil vom 22.04.1997, No.: 21830/93, Rz 36 – X. Y. und Z./UK; Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 61/63.

28 EGMR Urteil vom 01.06.2004 No.: 45582/99, Rz 35-42 – Lebbink./Niederlande.

29 Es besteht aber ein Schutz im Rahmen des Rechtes auf Privatleben. Meyer-Ladewig, Hk-EMRK, 2.A., Art.8 Rn 18b/19a.

Da es dem Gerichtshof zuvörderst auf das Bestehen tatsächlicher Beziehungen ankommt, unterfällt eine Scheinehe – also eine rechtlich bestehende Ehe, der aber nicht der gemeinsame Wille zur Lebensführung immanent ist – nicht dem Schutzbereich des Art. 8 EMRK. Legt man die tatsächliche gemeinsame Lebensführung als Merkmal für eine geschützte Ehe zu Grunde, ist es im Umkehrschluss grundsätzlich unerheblich, ob eine Ehe allein aus aufenthaltsrechtlichen Gründen geschlossen wurde. Sofern diese Ehe tatsächlich gelebt wird, ist es keine Scheinehe.<sup>30</sup>

Grundsätzlich geschützt ist auch jede einzelne Ehe, die ein Mann zu verschiedenen Frauen unterhält. Im aufenthaltsrechtlichen Sinne kann die Konvention jedoch nicht dazu verpflichten, Polygamie anzuerkennen und den Familiennachzug von mehreren Ehefrauen zu erlauben.<sup>31</sup>

Mit der Geburt eines Kindes entsteht ipso iure eine nach Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Familienbeziehung zu seinen Eltern. Auch die Scheidung der Eltern ändert daran grundsätzlich nichts. Eine Familienbeziehung zwischen Eltern und Kind endet nur durch außergewöhnliche Umstände wie eine Adoption.<sup>32</sup>

Da es primär auf die tatsächlichen Umstände der Eltern-Kind-Beziehung ankommt, wird das Bemühen um Umgangsrechte eines Vaters mit seinem getrennt lebenden Kind geschützt. Handelt es sich beim Vater um einen Ausländer, verstößt der Staat gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK, wenn er ihm Aufenthalt bzw. Wiedereinreise verweigert.<sup>33</sup>

Nicht als Familie geschützt ist die Beziehung zwischen erwachsenen Kindern und ihren Eltern. Dies wird mit einem fehlenden Abhängigkeitsverhältnis begründet. Eine solche Abhängigkeit kann aber vorliegen, wenn auch ein volljähriges Kind auf Grund einer Behinderung die Pflege der Eltern braucht oder eine finanzielle Abhängigkeit durch Unterhaltszahlungen besteht.<sup>34</sup>

Insgesamt sind die staatlichen Stellen dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass ein Kontakt zwischen den Familienmitgliedern möglich ist und sich die Beziehung der Familienmitglieder untereinander normal entwickeln kann. Hierzu hat der Staat die positive Verpflichtung, grundsätzliche Maßnahmen zu treffen. Dabei ist aber trotzdem eine Abwägung mit Allgemeininteressen möglich.<sup>35</sup>

## **b) Recht auf Privatleben**

Das Privatleben ist dem Familienleben gegenüber weiter gefasst. Generell umfasst es die physische und psychische Integrität der Person, das Recht auf freie Bestimmung der eigenen Lebensführung sowie die Privatsphäre - in Abgrenzung zum öffentlichen Bereich des Lebens.<sup>36</sup>

Das Privatleben ist der Bereich, indem der Einzelne sich um die Erfüllung seiner privaten Interessen

---

30 EKMR Entscheidung vom 16.01.1996, No. 25050/94 – Yavuz :7: Österreich; Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 55/57. Dieses Ergebnis scheint auch insofern zwingend, als dass ein Abstellen auf innere Motive der Eheleute zur Eheschließung mit Art. 12 EMRK (das Recht auf Heirat) kollidieren könnte. Die mit dieser Rechtsprechung verbundenen beweisrechtlichen Probleme sollen an späterer Stelle behandelt werden.

31 In den meisten Fällen, über welche die frühere Kommission (EKMR) im Laufe der Zeit zu entscheiden hatte, ging es um die Beziehung zwischen einem Elternteil und einem leiblichen Kind, sodass die Beziehung zwischen einem Mann und seinen Frauen bisher nicht beurteilt wurde. Sander (Diss.) Der Schutz des Aufenthaltes, S. 59.

32 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 17.

33 EGMR Urteil vom 11.07.2000, No. 29192/95, Rz 72 – Ciliz./Niederlande.

34 Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 71.

35 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 1.

36 In diesem Zusammenhang wird auch die Beziehung zum tot geborenen Kind oder die eines gleichgeschlechtlichen Paares geschützt. Ebenso fallen familiäre Beziehungen im weiteren Sinne, wie die von Eltern zu ihren erwachsenen Kindern, in den Schutzbereich des Privatlebens. Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 82.

und Ziele kümmert – der zur Verwirklichung seiner selbst dient. Dies umfasst nach Rechtsprechung des EGMR nicht nur die innere eigene Persönlichkeit, sondern auch die Beziehung des Einzelnen zu anderen Personen. Dies wird insbesondere damit begründet, dass die Aufnahme von Beziehungen zu anderen ein wesentlicher Bestandteil der Persönlichkeitsentwicklung ist. Dies schützt auch einen niedergelassenen Ausländer.<sup>37</sup> Dass die Beziehung zu anderen Personen geschützt sein muss, ergibt sich auch aus dem Wortlaut, wo ausdrücklich „Privatleben“ und nicht – das klassischere „Privatsphäre“ gewählt wurde. Das Privatleben geht insofern schon begrifflich über den inneren Bereich der Privatsphäre hinaus.<sup>38</sup>

Es wird auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gewährleistet und insbesondere die Wahl des Partners geschützt.<sup>39</sup> Hieraus könnte man ein Recht auf Familienzusammenführung für homosexuelle Paare schlussfolgern. Der EGMR nimmt jedoch den Schutz homosexueller Beziehungen durch Art. 8 EMRK als „Familienleben“ nicht an. Eine Einbeziehung erfolgt nur über das Recht auf Privatleben. Es deutet sich aber an, dass eine Einbeziehung möglich ist, sofern sich die Auffassung in der Gesellschaft bzgl. homosexueller Paare relevant ändert.<sup>40</sup>

Eine Berufung auf das Recht auf Privatleben erfolgt häufig im Zusammenhang mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen. Hierbei wird der Schutz des Privatlebens des Ausländers als Argument gegen die Abschiebung in Stellung gebracht. Diesen Gedanken könnte man auf die Bewilligung eines Familiennachzuges übertragen.<sup>41</sup> Zwar hat der Ausländer in diesem Fall noch keine schützenswerten Beziehungen im Zielstaat. Aber der sich dort bereits aufhaltende Angehörige hat sowohl schützenswerte Verbindungen im Zielstaat als auch zu seinem nachzuholenden Ehepartner. Insofern käme es bei der Argumentation allein auf den Standpunkt und die Person dessen an, der das Recht auf Privatleben geltend macht.

### 3. Das Familienbild des Europarechts

Das Familienbild im Europarecht wird primär geprägt von den Familienbegriffen der Grundrechtcharta (GrChEU<sup>42</sup>) und der Familienzusammenführungsrichtlinie<sup>43</sup>. Die GrChEU ist nach jahrelanger rein richterrechtlicher Grundrechtsdogmatik auf Unionsebene die erste Kodifizierung von Grundrechten für die gesamte Europäische Union. Dies ist auf Grund der großen Bedeutung der Regelungen der EU in allen Lebensbereichen notwendig. Auf Grund der gewachsenen Bedeutung muss auch der EU-Gesetzgeber in seinen Maßnahmen durch für den Bürger sichere Rechtspositionen begrenzt werden. Diese Art der Rechtssicherheit konnten frühere rein richterrechtlich gebildete „Grundrechte“ auf Unionsebene nicht gewährleisten. Ebenso konnte der rein nationale Grundrechtsschutz nicht mehr ausreichen, da nationale Grundrechte naturgemäß nur den nationalen Gesetzgeber verpflichten und nicht der Vielfalt der Bevölkerung der EU Rechnung tragen.<sup>44</sup> Demgegenüber gehört die Familienzusammenführungsrichtlinie zum Sekundärrecht der EU, ist also ein Rechtsakt, welcher auf Grundlage von Ermächtigungen aus den Europäischen Verträgen (dem Primärrecht) erlassen wurde. Da die GrChEU nach Art. 6 Abs. 1 HS 2 EUV Teil des Primärrechts ist, müssen sich die Bestimmungen der Familienzusammenführungsrichtlinie auch an der GrChEU messen lassen.

---

37 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 7/13.

38 Sander, Der Schutz des Aufenthalts, S. 50.

39 EGMR Urteil vom 26.10.1988, No.: 10581/83 - Norris./Irland

40 Näheres vgl. Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 64ff/84 m.w.N. Hier wird dem Charakter der EMRK als „living instrument“ Rechnung getragen.

41 So auch: Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, Rn 660.

42 ABl. EU 2010/C 83/02.

43 Richtlinie 2003/86/EEG des Rates vom 22.09.2003, ABl. EU Nr.: L 251/12.

44 Vgl. Abs. 4 der Präambel zur GrChEU; Jarass, GrChEU, 3. A., Präambel, Rn 7. Zum Verhältnis von GrChEU und nationalen Grundrechten Geiß in DÖV 2014, 265.

Die Grundrechtecharta der Europäischen Union enthält – anders als das Grundgesetz – zwei Normen mit Garantien, die Familie betreffend. Nach Art. 7 GrChEU wird das Familien- und Privatleben einer jeden Person geschützt. Dies entspricht dem Schutz aus Art. 8 EMRK. Darüber hinaus wird nach Art. 9 GrChEU das Recht eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen geschützt. Diese Regelung liegt parallel zu Art. 12 EMRK. Entsprechend Art. 52 Abs. 3 GrChEU haben die genannten Garantien zunächst die gleiche Bedeutung, wie die der EMRK. Insofern kann auf vorstehende Ausführungen verwiesen werden.

Lediglich in Bezug auf Art. 9 GrChEU wurde in den Diskussionen zur Festlegung des Normtextes bereits durch das Präsidium des Grundrechtekonvents festgestellt, dass diese Garantie weiter gehen soll, als ihr Pendant aus Art. 12 EMRK.<sup>45</sup> Die inhaltliche Ausgestaltung des Rechtes auf Eheschließung und Familiengründung bleibt aber dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten, wodurch – mangels Kompetenz der Union – keine einheitliche Gewährleistung entsteht. Art. 9 GrChEU gewährt insofern nur einen Normkern, der sich primär auf eine Bestands- und Einrichtungsgarantie für Ehe und Familie beschränkt. Damit wird zunächst nur gewährleistet, dass die Mitgliedstaaten nicht willkürlich eine Ehe oder Familie aufheben oder beenden können, sondern vielmehr subjektive Rechte ausgestalten müssen, welche die Gründung von Ehe und Familie ermöglichen. Dank Verweis auf nationales Recht ist aber vor allem nicht ausgeschlossen, dass auch homosexuelle Partnerschaften der Ehe nach nationalem Recht gleichgestellt oder als solche anerkannt werden können.<sup>46</sup> Schranken für die Gewährleistungen aus Art. 9 GrChEU ergeben sich nach Art. 52 GrChEU und finden sich insbesondere in der Rechtsprechung und Praxis zu Art. 12 EMRK. Damit ist auch das Verbot der Mehrehe oder der Ehe unter Verwandten gerader Linie zulässig.

Familie im Sinne der Familienzusammenführungsrichtlinie ist die Kernfamilie, also der Ehegatte und die minderjährigen Kinder des Stammberechtigten. In Ausnahmefällen kann auch der Ehegatte des minderjährigen Kindes von der Kernfamilie erfasst sein. Im Falle einer Mehrehe ist nur einem Ehegatten der Nachzug gestattet. Bei unbegleiteten Minderjährigen wird die Kernfamilie um Verwandte ersten Grades erweitert. Sollte es keine Verwandten ersten Grades geben oder sind diese nicht auffindbar, wird die Kernfamilie sogar auf sonstige Familienangehörige ausgedehnt.<sup>47</sup>

#### 4. Die Familie im Aufenthaltsgesetz

Der Familienbegriff im Aufenthalts<sup>48</sup>- und Asylverfahrensgesetz<sup>49</sup> orientiert sich an den vorstehend geschilderten höherrangigen Rechtsquellen und muss sich an diesen messen lassen. Zwar basiert der Familienbegriff des Aufenthaltsgesetzes primär auf dem Grundgesetz. Das Aufenthaltsgesetz selbst schützt aber nur bestimmte Ausprägungen von Familie. Zunächst ist der Schutz auf solche familiären Lebensgemeinschaften beschränkt, die im Gebiet der Bundesrepublik bestehen oder zumindest angestrebt sind. In welchem Umfang die Familie vom Aufenthaltsgesetz erfasst wird, hängt insbesondere auch davon ab, welchen aufenthaltsrechtlichen Status derjenige inne hat, der sich bereits im

---

45 Ausführlich zu den Diskussionen im Grundrechtekonvent: *Bernsdorff* in *Bernsdorff/Meyer*, GrChEU, 4.A., Art. 9 Rn, 6-11 m.w.N..

46 *Bernsdorff* in *Bernsdorff/Meyer*, GrChEU, 4.A., Art. 9 Rn 12/14/16; entgegen des ursprünglichen Gedankens, die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR zur Auslegung der Garantien der GrChEU heranzuziehen, wird mittlerweile vom EGMR im Bereich von Art. 12 EMRK die Praxis der Unionsstaaten zu Art. 9 GrChEU als Auslegungshilfe herangezogen – so bspw. in: EGMR Urteil vom 11.07.2002 No.: 28957/95, Rz 100 – *Goodwin./UK*.

47 Vgl. Erwägungsgründe 9 und 10 der Familienzusammenführungsrichtlinie, sowie Art. 4 der Richtlinie; *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 654.

48 BGBl. I S. 254.

49 BGBl. I S. 946, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23.12.2014, BGBl. I S. 2439.

Bundesgebiet aufhält und zu dem der Familiennachzug stattfinden soll.<sup>50</sup> Zum Kernbereich der Familie gehören dabei auch adoptierte, Pflege- und Stiefkinder.<sup>51</sup>

Für den aufenthaltsrechtlichen Schutz der Ehe genügt nicht das rechtliche Vorliegen aller Eheveraussetzungen. Vielmehr ist auch eine tatsächliche innere Verbundenheit der Ehepartner erforderlich.<sup>52</sup> Bezüglich der Mehrehe gilt es zu beachten, dass vom Wortlaut des § 27 AufenthG und auch nach der Familienzusammenführungsrichtlinie ein aufenthaltsrechtlicher Schutz nicht von vornherein versagt werden kann. Vielmehr zeigt sich hier eine Abweichung von der Schutzgewährung nach Art. 6 Abs. 1 GG. Das Aufenthaltsgesetz verpflichtet sich, jegliche Familie zu schützen, damit auch die Mehrehe.<sup>53</sup>

Fraglich ist häufig, ab wann eine Ehe als „Ehe“ im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren ist. Hier kann nicht auf deutsche Maßstäbe Bezug genommen werden. Insbesondere wenn im Herkunftsstaat keine behördliche Registrierung einer Ehe oder gar ein Verwaltungsakt zum Schluss des Ehebundes erforderlich ist, kann dies kaum verlangt werden. Genügt nach dem Recht des Herkunftsstaates eine vor einem Religionsvertreter geschlossene Verbindung, um als Ehe zu gelten und damit verbundene Rechte und Pflichten zu erhalten, muss dies grundsätzlich auch in Deutschland für Fragen des Familiennachzugs genügen.<sup>54</sup> Einschränkungen erfährt dieser Grundsatz nur in Anbetracht des deutschen *Ordre Public*, nach dem es nicht möglich ist, im Ausland begründete familiäre Verhältnisse anzuerkennen, die deutschem Recht absolut widersprechen.<sup>55</sup>

## II. Der Weg zum Aufenthaltstitel

Jeder Ausländer, also eine Person, die nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, braucht für seinen Aufenthalt im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland eine rechtliche Grundlage, einen Aufenthaltstitel.

Das Hauptaugenmerk dieser Arbeit soll aber auf dem Familiennachzug als eigenständigem Aufenthaltsgrund liegen. Der Begriff „Familiennachzug“ wird nur im Aufenthaltsgesetz ausdrücklich verwendet, während im Unionsrecht von einer „Familienzusammenführung“ in Bezug auf Drittstaatsangehörige gesprochen wird und im Asylrecht die „Familieneinheit“ als Schlagwort auftritt. Vorliegend soll der Begriff des „Familiennachzugs“ als verständlichster und bekanntester Begriff übergreifend für alle Bereiche als Oberbegriff verwendet werden.

Das Aufenthaltsgesetz regelt den Aufenthalt aus „familiären Gründen“ in den §§ 27 bis 36 AufenthG. Generell geht es beim Aufenthalt aus familiären Gründen darum, dass ein bereits in Deutschland lebender Ausländer Familienangehörige ebenfalls in die Bundesrepublik holen kann, um die Familieneinheit wiederherzustellen. Daneben ist aber auch die Variante des gleichzeitigen Zuzugs

50 So sind bei Unionsbürgern grundsätzlich alle Mitglieder der Großfamilie zum Nachzug berechtigt, während sich dieses Recht bei Drittstaatsangehörigen auf die Kernfamilie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG beschränkt; vgl. *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 38; ein weiterer Familienkreis wird nur in besonderen Härtefällen nach § 36 AufenthG geschützt, *Marx* in Gk-AufenthG, § 27 Rn 15f.

51 *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 6, Rn 2; *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 40.

52 Damit soll vor allem die Einbeziehung von Zwangs- und Scheinehen verhindert werden, VV 21.1a zu § 27 AufenthG; *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 39; *Marx* in Gk-AufenthG, § 27 Rn 19.

53 *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 41 m.w.N.; durch Auslegung von Art. 6 GG gelingt es dem OVG Niedersachsen aber, auch Mehrehen in den Schutz einzubeziehen. Es wird lediglich auf das Verhältnis der Kinder zu den Eltern abgestellt – OVG Niedersachsen, Urteil vom 29.11.2005, Az.: 10 LB 84/05, Rz 38 – ein Ergebnis was aber in kinderlosen Ehen nicht fruchtbar gemacht werden kann.

54 *Marx* in AsylVfG, 8.A., § 26 Rn 10; *Günther* in BeckOK AuslR, 14. Edition, § 26 AsylG, Rn 8; *Hadamitzky/Senge* in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 26 AsylG, Rn 4.

55 Bspw. bei einer Zwangsehe, *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 44.

einer Familie als Ganzes nach Deutschland erfasst. Ebenso ist der Nachzug zur Herstellung einer erstmaligen Familieneinheit denkbar, wenn beispielsweise die Eheschließung gerade erst erfolgen soll.<sup>56</sup> Grundsätzlich besteht beim Aufenthalt aus familiären Gründen eine Akzessorietät zwischen dem Aufenthaltstitel des sich bereits länger in der Bundesrepublik aufhaltenden Familienmitglieds und dem, den das nachziehende Familienmitglied erhält. Diese soll bis zur Erlangung eines eigenständigen Aufenthaltstitels für den Nachziehenden bestehen bleiben. Unabhängig davon soll der Nachziehende aber zunächst einen befristeten Aufenthaltstitel erhalten.<sup>57</sup>

Während Unionsbürger dank des FreizügG/EU<sup>58</sup> und Art. 20/21 AEUV<sup>59</sup> relativ unproblematisch in die Bunderepublik einreisen können, stellt sich die Situation für Angehörige anderer Staaten, sogenannter Drittstaatsangehörige, wesentlich komplizierter dar. Insbesondere sind hier keine einheitlichen Lösungen zu finden. Vielmehr ist die Rechtslage für verschiedene Gruppen differenziert zu betrachten. Grundsatz ist § 4 AufenthG. Ausgenommen sind hiervon nur türkische Staatsangehörige durch das Assoziationsabkommen EWG/Türkei vom 12. September 1963. Als Formen des Aufenthaltstitels kommen ein Visum (§ 6 AufenthG), eine (befristete) Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG), eine Blaue Karte EU (§ 19a AufenthG), eine (unbefristete) Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG) oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG (§9a AufenthG) in Frage. Der Aufenthaltstitel berechtigt nicht nur zur Einreise, sondern auch zum fortgesetzten Aufenthalt im Bundesgebiet. Endet der Aufenthaltstitel, so muss auch der Aufenthalt im Bundesgebiet enden.<sup>60</sup>

Das generelle Erfordernis eines Aufenthaltstitels für die Einreise ins Bundesgebiet illustriert einen Ausfluss aus der staatlichen Souveränität. Grundsätzlich ist die Einreise Ausländern verboten. Es handelt sich aber um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>61</sup> Mit Blick auf diese grundsätzlichen Rahmenbedingungen ist es nunmehr möglich, für jede denkbare Gruppe von Ausländern einen bestimmten Aufenthaltstitel zu finden.

## 1. Unionsbürger

Für Unionsbürger<sup>62</sup> ergeben sich zunächst Aufenthaltsrechte nach den Regeln der Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV, der Unionsbürgerrichtlinie<sup>63</sup> und dem FreizügG/EU. Danach benötigen Unionsbürger für einen Aufenthalt von unter 3 Monaten keinen gesonderten Aufenthaltstitel.<sup>64</sup> Für länger währende Aufenthalte enthält § 2 Abs. 2 FreizügG/EU – einige wenige – Voraussetzungen. Ab einem Daueraufenthalt von 5 Jahren in einem anderen Mitgliedstaat erhält der Betreffende nach § 4a FreizügG/EU und § 9a AufenthG ein Daueraufenthaltsrecht. Das FreizügG/EU ist *lex specialis* zum AufenthG und geht diesem grundsätzlich vor.

## 2. Drittstaatsangehörige

Die Gruppe der Drittstaatsangehörigen lässt sich je nach Aufenthaltszweck bzw. -grund weiter unterteilen. Entsprechend des Aufenthaltszweckes hält das Aufenthaltsrecht jeweils einen passenden

---

56 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 Rn 2.

57 BT-Drs 15/420 S. 80.

58 Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern, BGBl. I S. 1950.

59 ABl.EU Nr. C 306 S. 1, ber. ABl.EU 2008 Nr. C 111 S. 56, ABl.EU 2009 Nr. C 290 S. 1; zuletzt: ABl.EU Nr. L 204 S. 131.

60 Vgl. VV 4.1.0.1 S.3 zu § 4 AufenthG.

61 Barwig ZAR 2014, 42 (43).

62 Die jedem Angehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union automatisch verliehene Unionsbürgerschaft ergibt sich aus Art. 20 AEUV.

63 ABl. EU Nr. L 79 S. 29.

64 Vgl. § 2 Abs. 5 FreizügG/EU.

Aufenthaltstitel bereit.

Während das Europarecht für die Behandlung von Unionsbürgern enge Vorgaben macht, wird den Mitgliedstaaten bei Drittstaatsangehörigen ein größerer Gestaltungsspielraum zugestanden.<sup>65</sup> Die Mitgliedstaaten sind frei, Drittstaatsangehörigen die Erlangung eines Aufenthaltstitels zu erschweren.<sup>66</sup>

Der weitere Gestaltungsspielraum ergibt sich aus dem Gedanken der Souveränität. Die Union kann nur da eng und abschließend regeln, wo sie auch abschließende Kompetenzen hat. Im Bereich der Unionsbürger ergibt sich dies aus der Logik der Verträge. Denn unterschiedliche Regelungen für Unionsbürger in den einzelnen Mitgliedstaaten würden das Ziel der Freizügigkeit sabotieren. Bezüglich Drittstaatsangehörigen besteht das Ziel der Freizügigkeit aber nicht. Hier haben die Mitgliedstaaten auch nicht ihre Hoheitsrechte vollständig abgegeben. Daher dürfen sie als Ausfluss ihrer staatlichen Souveränität national abweichende Regelungen treffen.

## **a) Aufenthaltswitzweck: Arbeit, Forschung, Studium, Ausbildung**

### **aa) Erwerbstätigkeit**

Generelle Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis finden sich in § 5 AufenthG. Weitere Voraussetzungen für den Aufenthaltswitzweck der Arbeit, der Forschung, dem Studium oder der Ausbildung finden sich in den §§ 16 bis 21 AufenthG. Insbesondere der Aufenthalt zur Erwerbstätigkeit ist nach § 4 Abs. 3 S. 1 AufenthG nur dann gestattet, wenn der Aufenthaltstitel dies ausdrücklich vorsieht, also vor allem beim Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit nach § 18 AufenthG. Nach § 18 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 25 BeschV<sup>67</sup> wird für eine unselbstständige Beschäftigung nur dann ein Aufenthaltstitel erteilt, wenn für die Ausübung der konkreten Beschäftigung eine sogenannte „qualifizierte Berufsausbildung“ nötig ist. Eine Berufsausbildung gilt als qualifiziert, wenn eine mindestens zweijährige Ausbildungsdauer vorgesehen ist. Gesonderte Regeln ergeben sich für die selbstständige Beschäftigung aus § 21 AufenthG.

Eine Aufenthaltserlaubnis ohne qualifizierte Berufsausbildung kann nach den Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 S. 1 AufenthG verliehen werden. Daneben kann eine Arbeitserlaubnis

---

65 Thym ZAR 2014, 301 (305).

66 Dabei ist aber trotzdem ein unionsrechtlicher Rahmen einzuhalten, der sich unter anderem aus der Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2011/95/EU vom 13.12.2011, ABl. EU Nr. L 337 S. 9.), der Dublin-III-Verordnung (Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des europäischen Parlaments und des Rates vom 26.06.2013, ABl. EG Nr.: L 180/31), der Opferschutzrichtlinie (Richtlinie 2012/29/EU vom 25.10.2012, ABl. EU Nr.: L 315/57), der Familienzusammenführungsrichtlinie, der Durchbeförderungsrichtlinie (Richtlinie 2003/110/EG des Rates vom 25.11.2003, ABl. EU Nr.: L 321/26), der Studentenrichtlinie (Richtlinie 2004/114/EG des Rates vom 13.12.2004, ABl. EU Nr.: 375/12), der Forscherrichtlinie (Richtlinie 2005/71/EG des Rates vom 12.10.2005, ABl. EU Nr.: L 289/15), der Asylverfahrensrichtlinie (Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 01.12.2005, ABl. EU Nr.: L 326/13), der Massenzustromsrichtlinie (Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.06.2001, ABl. EU Nr.: L 212/12) und der Asylaufnahmerichtlinie (Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27.01.2003, ABl. EU Nr.: L 31/18) ergibt. Diese geben aber insofern einen uneinheitlichen Rahmen vor, als dass Richtlinien, die für Drittstaatsangehörige mit hohem Bildungsstandard gelten, die Voraussetzungen relativ weit gefasst werden, während für weniger „willkommene“ Drittstaatsangehörige viel enge Grenzen gezogen werden. Dadurch entstehen auch Widersprüche, wenn allgemeinere Richtlinien wie die Familienzusammenführungsrichtlinie durch beispielsweise Regelungen in der Forscherrichtlinie umgangen werden. Näheres dazu findet sich im Folgenden am Beispiel des Erfordernisses des Sprachnachweises.

67 BGBl. I S. 1499, zuletzt geändert durch BGBl. I S. 1683; Aufenthaltserlaubnisse zum Zweck der Erwerbstätigkeit können auch ohne Grundlage in der Beschäftigungsverordnung erteilt werden, wenn es ein berechtigtes öffentliches, regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse gibt, welches bei plausibler Begründung des Arbeitgebers auch aus einem rein privatwirtschaftlichen Interesse erwachsen kann - vgl. Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 365.

auch nur geduldeten<sup>68</sup> Ausländern erteilt werden (§ 18a AufenthG). Für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18a AufenthG ist eine gültige Duldung im Entscheidungszeitpunkt erforderlich. Durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu Erwerbszwecken ändert sich der Aufenthaltzweck und der vormals nur geduldete Ausländer wird zum rechtmäßigen Migranten mit Arbeitserlaubnis. Sodann sind die allgemeinen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes anzuwenden.<sup>69</sup>

## bb) Forschung

Die Begünstigungen für Drittstaatenforscher aus der Forscherrichtlinie wurden in § 20 AufenthG umgesetzt. Insbesondere benötigen Forscher und Hochschulabsolventen keine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit, um eine Beschäftigung in der Bundesrepublik aufnehmen zu können.<sup>70</sup> Forschung ist in diesem Zusammenhang möglichst weit zu definieren, um nicht nur Grundlagenforschung, sondern auch Entwicklungstätigkeit in der Industrie zu erfassen.<sup>71</sup>

Entscheidend für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG ist das tatsächliche Bestehen des Forschungsvorhabens und die Verpflichtung der Forschungseinrichtung, für entstehende Kosten aufzukommen (§ 20 Abs. 1 AufenthG). Daneben muss der Forscher seine Qualifikation mittels Vorlage eines Hochschulabschlusszeugnisses nachweisen, welches ihn zumindest zum Zugang zu Doktorantenprogrammen berechtigt (Art. 2 lit. d ForscherRL).<sup>72</sup> Zuletzt ist vor allem wichtig, dass der Lebensunterhalt des Forschers, sowie seine Heimreise, während der gesamten Dauer seines Aufenthalts gesichert ist. Damit sollen die Sozialsysteme des Gaststaates vor zusätzlichen Belastungen geschützt werden. Darüber hinaus muss der Forscher auch über eine Krankenversicherung verfügen, die den Standards des Gaststaates für seine Staatsangehörigen entspricht (§ 2 Abs. 3 S. 3 AufenthG). Zur Übernahme dieser Kosten muss die Forschungseinrichtung sich schriftlich verpflichten.<sup>73</sup>

## cc) Studium und Ausbildung

Nach § 16 AufenthG<sup>74</sup> werden auch Aufenthaltserlaubnisse zum Zwecke des Studiums, der Bewerbung zum Studium<sup>75</sup>, des Schulbesuchs zur Erlangung einer qualifizierten Berufsausbildung, der Teilnahme an einem Sprachkurs, sowie zur anschließenden Arbeitsplatzsuche, erteilt. Die Norm erstreckt sich auch auf alle anderen mit dem Studium zusammenhängenden Zwecke. Neben der anschließenden Arbeitsplatzsuche wird auch die Vorbereitung auf das Studium im Bundesgebiet erfasst.<sup>76</sup>

---

68 Eine Duldung nach § 60a AufenthG setzt eine vollziehbare Ausreiseverpflichtung voraus, die aus in der Norm genannten (humanitären) Gründen nicht vollzogen wird. Der Bestand der Ausreiseverfügung bleibt unberührt. Sie wird nur solange ausgesetzt, bis die Abschiebungshindernisse weggefallen sind, für Details: *Bauer* in *Bergmann/Dienelt*, AuslR, 11.A., § 60a AufenthG, Rn 3.

69 *Hailbronner*, AuslR, A1, § 18a AufenthG Rn 1f..

70 Vgl. Erwägungsgrund 3 und 4 Forscherrichtlinie, wonach dies den europäischen Wissenschaftsstandort stärken soll; *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 461.

71 Vgl. Art. 2 lit. b Forscherrichtlinie; auch dadurch soll der Wissenschaftsstandort Europa gestärkt werden und Forschungsbedingungen verbessert werden. Insbesondere durch Forschung in der Industrie sollen Standortvorteile geschaffen werden.

72 In Anbetracht von Befürchtungen über Ideenklau und Industriespionage ist die Angabe eines konkreten Forschungsprojektes mittlerweile nicht mehr erforderlich; *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 438.

73 Vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG; *Hailbronner*, AuslR, A1 § 20 AufenthG Rn 13.

74 § 16 AufenthG dient der Umsetzung der Studentenrichtlinie. Im Sinne richtlinienkonformer Auslegung sind u.a. Asylbewerber, international Geschützte, Geduldete und unter bestimmten Voraussetzungen sonstige Drittstaatsangehörige von der Norm ausgeschlossen. Für Ausnahmefälle: *Hailbronner*, AuslR, A1, § 16 Rn 7.

75 Erfasst werden alle Hochschulen, die zumindest die Voraussetzungen zur Anerkennung einer Hochschule nach Landesrecht erfüllen. Dies soll Missbrauch verhindern, für Details: *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 464f.

76 *Röseler* in *Bergmann/Dienelt*, AuslR, 11.A., § 16 AufenthG Rn 3-5; Die heutige Regelung ist flexibler als ihr Vorgänger und spiegelt den Paradigmenwechsel im Aufenthaltsrecht wieder. Statt eines nur kurzzeitigen Aufenthalts



Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis sind lediglich die Zulassung an der konkreten Hochschule/Bildungseinrichtung und die Sicherung des Lebensunterhalts erforderlich (§§ 16 Abs. 1 S. 3, 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Zur Sicherung des Lebensunterhalts ist es den Studenten erlaubt, an 120 ganzen oder 240 halben Tagen im Jahr einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Bei allen Tätigkeiten ist aber zu beachten, dass Aufwand und Belastung nicht das Fortkommen und den Erfolg des Studiums – als Hauptaufenthaltszweck – beeinträchtigen.<sup>77</sup>

Aufenthaltszweck ist die Erreichung eines Hochschulabschlusses. Von dessen Erreichen oder Nichterreichen ist das Bestehen und die Dauer des Aufenthaltstitels abhängig. In der Praxis hat sich eine grundsätzliche Erteilungsdauer, für die Gesamtstudienzeit, von 10 Jahren herausgebildet.<sup>78</sup> Eine Aufenthaltszweckänderung ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn ein Aufbau-, Zusatz- oder Ergänzungsstudium aufgenommen wird oder eine Promotion als Studienabschluss erforderlich ist. Hauptinstrument zur Vermeidung eines sich verfestigenden Aufenthalts ist aber die Regelung des § 16 Abs. 2 S.2 AufenthG, wonach § 9 AufenthG keine Anwendung findet. Damit erhält ein Student auch nach einem Aufenthalt von mehr als 5 Jahren keine Niederlassungserlaubnis.<sup>79</sup>

Nach erfolgreichem Abschluss des Studiums oder der Ausbildung ist eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Suche nach einem Arbeitsplatz für maximal 18 Monate möglich. (§ 16 Abs. 4 AufenthG) Die zu findende Tätigkeit muss sodann dem Abschluss sowohl hinsichtlich Entlohnung als auch geforderter Qualifikationen „angemessen“ sein. Für die Zeit der Arbeitsplatzsuche ist dem Ausländer zur Sicherung seines Lebensunterhalts gestattet, einer selbstständigen oder unselbstständigen Erwerbstätigkeit ohne Erlaubnis der Bundesagentur für Arbeit nachzugehen.<sup>80</sup>

Wer eine Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG hat, genießt im Rahmen seiner Studien Freizügigkeit innerhalb der Europäischen Union, § 16 Abs. 6 AufenthG. Dadurch soll es möglich sein, einmal in Deutschland begonnene Studien im europäischen Ausland fortsetzen zu können, um so den Wissenschaftsstandort Europa attraktiver zu gestalten und weltweit Standards zu setzen.<sup>81</sup>

## **b) Aufenthaltsgrund: Flucht**

Im öffentlichen Bewusstsein am präsentesten ist heute der Aufenthaltsgrund der Flucht. Wohl grau-samste Beispiele für historische Fluchtbewegungen sind die verschiedenen Flüchtlingsströme des Zweiten Weltkrieges. Diese bisher größte Flüchtlingskatastrophe wird heute von einer neuen, nie da gewesenen Welle an Flüchtlingen sogar noch übertroffen. Seit 2013 sind mehr Menschen auf der Flucht als im Zweiten Weltkrieg.<sup>82</sup> Während viele innerhalb ihres Landes oder der Region vor Bürgerkriegen, regionalen Konflikten oder Umweltkatastrophen flüchten, sind die, die im europäischen Bewusstsein am ehesten wahrgenommen werden, diejenigen, die ihr Leben riskieren, um auf den abenteuerlichsten Wegen nach Europa zu gelangen.

---

und danach erfolgende sofortige Rückreise, wird den Studenten die Möglichkeit gegeben, sich auf dem deutschen Arbeitsmarkt zu etablieren. Dies ist Ausdruck des Fachkräftemangels. Heute ist es grundsätzlich Ziel, auch ausländische Fachkräfte für den deutschen Arbeitsmarkt zu gewinnen und zu halten.

77 Details vgl. Hailbronner Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 470Ff; Walther in GK-AufenthG, § 16, Rn 25.

78 Röseler in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 16 AufenthG Rn 11/13f; unter engen Voraussetzungen ist eine Aufenthaltsverlängerung möglich vgl. Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 478.

79 Vgl. Walther in GK-AufenthG, § 16 Rn 19-24.

80 Details zum Aufenthaltsstatus in dieser Zeit: Hailbronner, AuslR, A1 § 16 AufenthG Rn.69-72.

81 Vgl. Erwägungsgrund 6 der StudentenRL; Dieses Recht auf Freizügigkeit kann unter anderem wahrgenommen werden, wenn der Student sich an einem Austauschprogramm zwischen europäischen Hochschulen beteiligt oder wenn sein Studienplan verpflichtend vorsieht, dass er einen Teil seines Studiums an einer Hochschule im europäischen Ausland absolvieren muss; Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 490.

82 UNHCR Global Trends 2013, S. 2.

Während der tägliche Sprachgebrauch allgemein von „Flüchtlingen“ spricht, ist in juristischer Hinsicht zu differenzieren zwischen Asylbewerbern bzw. Asylberechtigten und Flüchtlingen. Letztere teilen sich dann weiterhin in verschiedene Gruppen je nach Rechtsgrundlage ihres Schutzstatus. Gemäß Art. 16a GG genießen diejenigen, die politisch verfolgt werden, Asyl in der Bundesrepublik. Hier wird die völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung von Asyl zum subjektiven öffentlichen Recht, welches aber per se keinen Rechtsanspruch beinhaltet.<sup>83</sup> Das BVerfG lässt für einen Anspruch nach Art. 16a Abs. 1 GG grundsätzlich den Nachweis objektiver Verfolgung einer Gruppe genügen, zu welcher der Antragsteller gehört. Dabei genügt auch, dass Private durch den Staat animiert, entsprechende Verfolgungshandlungen vornehmen.<sup>84</sup> Die ausgeprägte Schrankensystematik der Absätze 2 bis 4 hat sich durch die europäische Asylrechtsharmonisierung jedoch erledigt. Allein der Begriff des Art. 2 lit. d QualifikationsRL ist noch maßgeblich, welcher in die GFK verweist und weiter ist als die restriktive deutsche Auslegung des Art. 16a GG.<sup>85</sup> Allerdings gewährt Art. 16a GG über jede völkerrechtliche Schutznorm hinaus auch dem politisch Verfolgten Asyl. Anknüpfungspunkt ist die Würde des Menschen, zu der als unveräußerliches Merkmal auch die Auffassung über Gestaltung und Ordnung des gesellschaftlichen Zusammenlebens gehört – also ein weiter „politischer“ Begriff. Wird jemand auf Grund dieser Auffassung „verfolgt“ - also durch staatliches Handeln ausgegrenzt – kann ihm Asyl gewährt werden.<sup>86</sup>

Auch wenn der Flüchtlingsbegriff der GFK Eingang in das Asylrecht gefunden hat, bleibt es bei einer Differenzierung der Schutzpositionen. Allgemein gesagt, wird der Begriff des Flüchtlings im Zuge der Harmonisierung des europäischen Asylrechts auf Basis des völkerrechtlichen Flüchtlingsbegriffs definiert.<sup>87</sup> Zwar ist nach wie vor die GFK nicht unmittelbare Grundlage für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft, sondern wird mittelbar über die Qualifikationsrichtlinie umgesetzt.<sup>88</sup> Die Begriffe der GFK finden aber durch die Verweise der Qualifikationsrichtlinie unmittelbaren Eingang in das Unionsrecht. Mit diesen Verweisen hat die Europäische Union die GFK als für sich verbindliche völkerrechtliche Rechtsquelle anerkannt. Damit sind auch die Begriffe der Richtli-

---

83 Der Begriff Asyl bedeutet soviel wie „Obdach“ oder „Schutz und Zuflucht“ für Hilfsbedürftige. Definition unter <http://www.duden.de/rechtschreibung/Asyl>, abgerufen am 24.11.2014, 11:50.

84 BVerfG, Beschluss vom 02.07.1980 Az.: 1 BvR 147/80 ua. Rz 43-46, 48 (BVerfGE 54, 341).

85 Hailbronner, AuslR, B1, Art. 16 a GG Rn 3; a.A. Marx, AsylG, § 1 Rn 4.: Am Begriff des politisch Verfolgten festzuhalten und zu versuchen, den Begriff an europarechtliche Gegebenheiten anzupassen, ist weder sinnvoll noch praktikabel, insbesondere da unabhängig vom unionsrechtlichen Status oder Status nach Art. 16a GG das Asylverfahrensgesetz (AsylG - .BGBl. 2008 I S. 1798; zuletzt geändert durch BGBl. 2013 I S. 3474) gilt.

86 BVerfGE 80, 314 (335); Die Beeinträchtigung des Verfolgten wird durch rein objektive Kriterien bestimmt. Ist eine Maßnahme geeignet, den Betroffenen in seinen unverfügbaren Merkmalen zu treffen, ist sie Teil politischer Verfolgung. Eine Ausgrenzung und dadurch entstehende ausweglose Lage ist damit Indizi für eine Verfolgung nach Art. 16a GG. Details: Marx, AsylG, § 1 Rn 7 Hinsichtlich der Verfolgungsgründe genügt ein hinreichender Verdacht. BVerfG Urteil vom 08.11.1990 Az.: 2 BvR 933/90 = InfAuslR 1991, 25 (28). Letztlich kann politische Verfolgung im Rahmen anarchistischer Zustände auch von nichtstaatlichen Akteuren ausgehen, sofern eine gewisse Bestandsdauer und Verfestigung vorliegt. Details: Marx, AsylG, § 1 Rn 8 - 14.

87 Grundsätzlich kann in diesem Bereich nicht auf Begrifflichkeiten aus der deutschen Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Die Begriffe der Qualifikationsrichtlinie und der GFK fußen auf völkerrechtlichen Überlegungen und insbesondere den Termini im angelsächsischen Rechtsraum, wo stärker zwischen Verfolgungshandlung und Verfolgungsgrund differenziert wird, während eine Trennung von Ausländer- und Asylrecht nicht vorgenommen wird; Marx, Hb QualiRL, §3 Rn 5-7.

88 Bergmann in Bergmann/Dienelt, AuslR, § 1 AsylG Rn 9.

nie konventionskonform auszulegen.<sup>89</sup> Die GFK<sup>90</sup> gewährt in den Konventionsstaaten für Flüchtlinge Rechte und Pflichten.<sup>91</sup> Der Flüchtlingsbegriff der GFK setzt sich primär aus den Elementen der Verfolgung aus einem bestimmten Grund sowie der begründeten Furcht vor eben dieser Verfolgung zusammen. Verfolgungsgründe nach der GFK, und damit auch nach der Qualifikationsrichtlinie und im deutschen Asylverfahren, sind Verfolgung wegen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe und der politischen Überzeugung. Nicht als Flüchtling nach der GFK werden Wirtschafts- und Umweltflüchtlinge anerkannt. Der Verfolgungsbegriff wird bewusst nicht legaldefiniert, da eine abschließende Definition unmöglich erscheint. Vielmehr ergeben sich Anhaltspunkte für die Definition aus der Anwendung der GFK in den Konventionsstaaten und im Kontext mit Menschenrechten, deren Sicherung für Flüchtlinge oberstes Ziel ist. Anders als im Art. 16a GG werden subjektive Elemente über den Aspekt der Furcht vor Verfolgung mit einbezogen.<sup>92</sup> Abgesichert wird dieser subjektive Aspekt über die objektive Feststellung einer Verfolgungssituation<sup>93</sup> und in negativer Hinsicht abgegrenzt über die in Art. 1 F GFK genannten Personen. In der Qualifikationsrichtlinie werden diese Merkmale der GFK durch Regelbeispiele für Verfolgungshandlungen<sup>94</sup> und den Aspekt des „real risk“ für die Verfolgungshandlung<sup>95</sup> ergänzt.

Als Minus zu GFK, Qualifikationsrichtlinie und Asyl wurden weitere internationale Schutzpositionen entwickelt, die eingreifen, wenn komplexe Prüfungen nicht möglich sind. Dazu zählen der vorübergehende Schutz nach den §§ 2 Abs. 6, 24 AufenthG für Kriegs- und Bürgerkriegsflüchtlinge, der subsidiäre Schutz – welcher über die Qualifikationsrichtlinie in § 4 AsylG eingeführt wurde und für den die Feststellung von Abschiebungshindernissen und die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Ausreise genügen, sowie der humanitäre Schutz nach §§ 22, 23, 25 Abs. 3 bis 5 und 60a AufenthG.

### **c) Aufenthaltsgrund: Familiennachzug**

Zu den bereits dargestellten Aufenthaltsgründen der Flucht und des Erwerbs in seinen verschiedenen Schattierungen kommt der Familiennachzug im Sinne von §§ 27 bis 36 AufenthG und § 26

---

89 EuGH, Urteil vom 2.3.2010 – Rs.: C-175/08 – Abdulla, Rz. 53. Zur Klärung von Zweifelsfällen muss daher, im Sinne des vergemeinschafteten Asylrechts, ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gestellt werden. Die Entscheidungen des EuGH und die Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie können im völkerrechtlichen Kontext als Ausdruck einer *opinion iuris* betrachtet werden. Weicht der EuGH in seinen Entscheidungen von universellen völkerrechtlichen Auffassungen ab, so kann deshalb darin in der Entstehung befindliches neues Völkergewohnheitsrecht liegen, denn die Gruppe der Unionsstaaten ist ein durchaus relevanter Faktor in der Weltgemeinschaft, Marx, AsylG, § 3 Rn 7.

90 Die GFK galt zunächst nur auf Europa und Ereignisse vor dem 1. Januar 1951 beschränkt, seit dem Protokoll von 1967 aber weltweit. (Protokoll über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, UNTS Vol. 606, S.267; BGBl. 1969 II S. 1294.)

91 Ipsen, Völkerrecht, § 7 Rn 2.

92 Ob der Antragsteller etwas fürchtet, kann nur seinen Schilderungen entnommen werden. Dabei ist besonders auf seine Persönlichkeit Rücksicht zu nehmen. Jeder Mensch reagiert anders auf bestimmte Situationen.

93 Relevante objektive Umstände sind unter anderem die familiäre Situation, persönliche Hintergründe oder die Zugehörigkeit zu einer rassischen, politischen oder sozialen Gruppe. Zur Bewertung der Aussagen des Antragstellers sind aber auch die bekannten Fakten über den Herkunftsstaat hinzu zuziehen. Hb UNHCR, S. 13 Zif. 41f.; Informationen über den Herkunftsstaat werden von den Staaten der Union gesammelt und als „country of origin information“ (kurz COI) gespeichert. Die Sammlung der Daten erfolgt national durch das zuständige Ministerium für auswärtige Angelegenheiten, Details: Gibb, IJRL 2013, 291.

94 Im Kern gravierende Menschenrechtsverletzungen. Die geschützten Rechtsgüter werden in Art. 9 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie genannt, seit 2013 auch die Verfolgung auf Grund der sexuellen Orientierung – Art. 10 Abs. 1 UA 2 QualifikationsRL. Details: Lehmann IJRL 2014, 65; Dörig IJRL 2014, 768.

95 Bei religiösen Personen genügt hierfür bereits die weitere Ausübung ihrer Religion im Herkunftsstaat und die daraus aller Wahrscheinlichkeit nach entstehende fortgesetzte Verfolgungssituation, *Bergmann* in Bergmann/Dienelt, AuslR, § 60 AufenthG, Rn 13.

AsylG hinzu.<sup>96</sup>

### **aa) Art. 6 Abs. 1 GG**

Verfassungsrechtliche Grundlage des Familiennachzugs ist das Grundrecht auf Familienleben aus Art. 6 Abs. 1 GG. Art. 6 Abs. 1 GG wird durch seine Nennung in § 27 Abs. 1 AufenthG auch ausdrücklich als Rechtsgrundlage herangezogen.<sup>97</sup> Das BVerfG hat bereits 1987, im sogenannten „Zuheiratsbeschluss“ entschieden, dass sich aber aus Art. 6 Abs. 1 GG kein grundrechtlicher Anspruch auf Bewilligung eines Antrags auf Familiennachzug ableiten lässt.<sup>98</sup> Es ist im Antragsverfahren lediglich darauf zu achten, dass der Gedanke des Art. 6 Abs. 1 GG in angemessener Weise Beachtung findet. Es soll ein Ausgleich zwischen dem öffentlichen Interesse der Begrenzung der Zuwanderung und dem privaten Interesse der Durchführung des Familienlebens im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG vorgenommen werden.<sup>99</sup>

### **bb) Art. 8 EMRK**

Neben Art. 6 Abs. 1 GG stellt auch Art. 8 EMRK eine rechtliche Grundlage für den Familiennachzug dar. Die EMRK steht durch Transformationsgesetz in der Bundesrepublik im Rang einfachen Bundesrechts.<sup>100</sup>

Die EMRK selbst enthält aber keine ausländerrechtlichen Gewährleistungen oder gar ein Asylrecht. Eine Erstreckung auf solche Sachverhalte ist nur über den Geltungsbereich der Konvention *ratione loci* erreichbar, denn vom Schutzbereich sind alle Personen erfasst, die sich im Hoheitsgebiet der Konventionsstaaten befinden. Außerdem gelten die Gewährleistungen der EMRK auch für Ausländer, da die Konvention nach ihrer Präambel der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinten Nationen<sup>101</sup> in Bezug nimmt, welche die Menschenrechte universell für alle Menschen erklärt. Daher können bestimmte aufenthaltsrechtliche Fragen im Lichte der EMRK beantwortet werden. Ein Recht auf Einreise bzw. eine Pflicht zur Ausreise statuiert die EMRK aber keinesfalls.<sup>102</sup>

Festgestellt werden kann aber, dass Art. 8 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 1 EMRK die Konventionsstaaten verpflichtet, die sozialen Bindungen aller derer zu schützen, die sich in ihrem Hoheitsgebiet befinden. Darunter fallen mithin auch Ausländer. Dieser Schutz von Verwurzelungen setzt die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts voraus. Fraglich ist, ob dieser Schutz auch bei illegalem Aufenthalt gewährt werden kann. Dagegen spricht zunächst, dass ein Ausländer seine Persönlichkeit nicht notwendig im Aufenthaltsstaat entfalten muss, sondern durch seine rechtliche Verbindung zum Herkunftsstaat auf diesen verwiesen werden kann. Verweigert man ihm somit die Genehmigung seines Aufenthaltes trotz bestehender sozialer Bindungen, heißt das zunächst nicht, dass ihm sein Recht aus Art. 8 Abs. 1 EMRK völlig verwehrt wird.<sup>103</sup> Eine stärkere Bindung im Aufenthaltsstaat könne aber durch eine längere Aufenthaltsdauer entstehen. Grundsätzlich wird angenommen, dass die Verwurzelung

96 Zur Abgrenzung gegenüber dem untechnischen Verständnis des Familiennachzugs s. oben S. 11.

97 Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 640f.

98 BVerfG Beschluss vom 12.05.1987 Az.:2 BvR 1226/83, 101, 313/84, Rz 120 = BVerfGE 76, 1 (47).

99 BVerfG Beschluss vom 12.05.1987 Az.:2 BvR 1226/83, 101, 313/84, Rz 145 = BVerfGE 76, 1 (50).

100 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 3 Rn.6 - Als einfaches Gesetz bindet die EMRK in Deutschland sowohl Gerichte als auch Behörden, weshalb ihre Garantien auch in jedem Verwaltungsverfahren zu gewährleisten sind. § 1 Abs. 1 S. 5 AufenthG bestimmt, dass andere, insbesondere ältere, Gesetze unberührt bleiben. Damit gelten auch die Gewährleistungen aus der EMRK vorrangig gegenüber dem Aufenthaltsgesetz. Deren Gewährleistungen müssen daher auch bei gebundenen Entscheidungen vorrangig beachtet werden, wenn sie anderes oder mehr gewähren als das Aufenthaltsgesetz - Fritsch ZAR 2010, 14 (15).

101 Resolution vom 10.12.1948, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III).

102 Fritsch ZAR 2010, 14 (18).

103 Fritsch ZAR 2010, 14 (16).

im Gaststaat zunimmt, während die im Herkunftsstaat immer weiter abnimmt.<sup>104</sup> Diese Annahme wird aber vor allem im Fall von Flüchtlingen, Asylanten und sonstigen international Geschützten in Frage abgelehnt, da diese auf Grund ihres unsicheren Aufenthaltsstatus eine weniger schützenswerte Position hinsichtlich ihrer Bindungen im Gastland einnehmen. Ebenso wird die Entstehung relevanter Bindungen dort in Zweifel gezogen, wo der Drittstaatsangehörige sich in einem sozialen Umfeld bewegt, welches sich primär aus Personen zusammen setzt, die aus dem gleichen Herkunftsland stammen.<sup>105</sup>

Gegen eine Ausdehnung der Schutzwirkung des Art. 8 Abs. 1 EMRK auf Personen ohne gültigen Aufenthaltstitel spricht außerdem, dass auch von den fremdenrechtlichen Mindeststandards im Völkerrecht kein Recht auf Familiennachzug oder Freizügigkeit umfasst ist.<sup>106</sup> Ein faktischer Aufenthalt zieht damit zunächst keine Schutzwirkungen nach sich.<sup>107</sup> Aber auch ein tatsächlich rechtmäßiger Aufenthalt kann dann ohne den Schutz von Art. 8 EMRK bestehen, wenn es der Natur des Titels nicht entspricht, einen Familiennachzug zu gewähren. Ist der Aufenthalt nur vorübergehender Natur (Besuch, subsidiärer Schutz, Duldung, Aufenthalt zur Durchführung des Asylverfahrens), fehlt es an der nötigen Verfestigung des Aufenthalts im Gaststaat, um die Schutzwirkung von Art. 8 Abs. 1 EMRK auszulösen. Ein Recht auf Familiennachzug würde hier dem Zweck des Aufenthalts widersprechen.<sup>108</sup>

Insgesamt lässt sich zunächst feststellen, dass der EGMR kein Recht auf Familiennachzug aus Art. 8 EMRK ableiten will und stattdessen das Recht der Konventionsstaaten betont, das Recht der Einreise von Drittstaatsangehörigen selbst festzulegen und die Einreise einem eigenen Kontrollregime zu unterstellen.<sup>109</sup> Dieser Befund ist jedoch im Folgenden in Frage zu stellen. Insofern sind für Drittstaatsangehörige auch die Rechte aus der EMRK nur eingeschränkt anwendbar. Sie erlangen nur dann Geltung, wenn der Betreffende einen gültigen Aufenthaltstitel besitzt. Nur dann können sie sich auf Freiheitsrechte berufen.<sup>110</sup> Der EGMR erkennt im Einzelfall durchaus an, dass es zur Einhaltung von Art. 8 EMRK erforderlich ist, die Mitgliedstaaten im Bereich des Einwanderungs- und Aufenthaltsrechts zu beschränken, da jedenfalls in einigen Fällen ein Einreise- oder Aufenthaltsrecht zu gewähren sei.<sup>111</sup>

Gegen ein Recht auf Familiennachzug aus Art. 8 Abs. 1 EMRK wendet der Gerichtshof regelmäßig ein, dass den Konventionsstaaten von den Eheleuten nicht aufoktroziert werden könne, in welchem

---

104 BVerfGE 76, 1 (56f.) - eine ausreichende Einfügung in hiesige Lebensverhältnisse wird nach 8 Jahren Daueraufenthalt angenommen. Dies ist auch im Rahmen des Familiennachzuges verhältnismäßig, da der Stammberechtigte jederzeit ohne Frist die Familieneinheit im Herkunftsland herstellen kann.

105 In diesem Sinne – insbesondere mit dem Argument zumindest einfacher Sprachkenntnisse: BVerwG, Beschluss vom 13.07.2017 – 1 VR 3.17 – Rz. 77.

106 Kau in Vitzthum, VR, 7.A., Abschnitt 3. Rn 289.

107 Fritsch ZAR 2010, 14 (19) - Dafür spricht auch, dass sonst die Möglichkeit entstünde, durch längeren faktischen Aufenthalt Rechte zu „ersitzen“ und beispielsweise durch einen Anspruch auf Familiennachzug den ungewollten und nicht rechtlich gesicherten Aufenthalt faktisch zu verfestigen. Ein Effekt, der offensichtlich nicht gewollt ist. Ebenso knüpft Art. 2 des 4. Zusatzprotokolls (ZP 4) - BGBl. 2010 II S. 1198, 1120 - zur EMRK tatbestandlich das Freizügigkeitsrecht an den rechtmäßigen Aufenthalt im Konventionsstaat. Da alle Bestandteile der Konvention autonom und einheitlich auszulegen sind, kann diese Voraussetzung auch in den Art. 8 EMRK hineingelesen werden, sofern es um Fragen des Aufenthalts geht. (Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 5 Rn 9) Diesem Befund ist auch deshalb zu folgen, da nur der von der Rechtsordnung profitieren kann, der diese auch achtet. BVerfG Urteil vom 24.05.2006 Az.: 2 BvR 669/04 Rz 63 - „Eine Rechtsordnung, die sich ernst nimmt, darf nicht Prämien auf die Missachtung ihrer selbst setzen.“

108 Fritsch ZAR 2010, 14 (21f.);

109 Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 645/646.

110 Fritsch ZAR 2010, 14 (17).

111 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 43 - 1 EMRK könne dort verletzt sein, wo einer sich bereits rechtmäßig im Konventionsstaat aufhaltenden Person das Recht auf Zusammenleben mit ihrer Familie verwehrt wird - EGMR Urteil vom 28.05.1985 No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, Rz.:60 – Abdulaziz./Großbritannien – im Ergebnis verneint der EGMR aber die Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK.

Staat sie ihren gemeinsamen Wohnsitz nehmen wollen – der Konventionsstaat sich also nicht dem Willen der Eheleute beugen müsse<sup>112</sup>.

### cc) Die Familienzusammenführungsrichtlinie

Weiteren grundlegenden Einfluss auf das Recht des Familiennachzugs hat die Familienzusammenführungsrichtlinie. Über die bereits vom Begriff des Familiennachzugs erfassten Fälle hinaus wird auch der Fall des „Nachzugs“ durch Geburt im Inland erfasst.<sup>113</sup>

Die Richtlinie soll nach ihrem vierten Erwägungsgrund durch die Förderung der Familienzusammenführung dafür sorgen, dass die Integration von Drittstaatsangehörigen verbessert wird. In Art. 1 Familienzusammenführungsrichtlinie wird klar gestellt, dass die Richtlinie sich lediglich auf Drittstaatsangehörige, also nicht auf Unionsbürger bezieht<sup>114</sup>. In zeitlicher Hinsicht bezieht sich die Familienzusammenführungsrichtlinie sowohl auf familiäre Bindungen die vor als auch nach der Einreise entstanden sind und will diese schützen (Art. 2 lit. d Familienzusammenführungsrichtlinie).

Der sachliche Anwendungsbereich der Richtlinie wird in Art. 3 Abs. 1 festgelegt, wo als Voraussetzungen für eine Familienzusammenführung beim sich bereits in der Union Aufhaltenden<sup>115</sup> ein mindestens einjähriger Aufenthaltstitel sowie die begründete Aussicht auf einen dauerhaften Aufenthalt verlangt wird. Ausgeschlossen vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind Asylsuchende und Personen, die einen Aufenthaltstitel nach subsidiären Schutzregeln beantragt haben, über den noch nicht abschließend entschieden wurde (Art. 3 Abs. 2). Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass der Nachzug zu anerkannten Flüchtlingen vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst ist. Die Ausnahmen erklären sich aus der Unsicherheit des Aufenthaltsstatus des *Stammberechtigten*<sup>116, 117</sup>.

Der deutsche Gesetzgeber hat für das Gebiet der Bundesrepublik den personellen Geltungsbereich der Richtlinie durch Einfügung der Verweise auf §§ 31 und 35 AufenthG in § 28 Abs. 3 AufenthG erweitert.<sup>118</sup> Daher ist auch für die dort genannten Personen die Richtlinie zu beachten. Es handelt sich aber bei § 28 Abs. 3 AufenthG um eine Rechtsgrundverweisung, sodass alle sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 31 und 35 AufenthG zu erfüllen sind. Lediglich die Voraussetzung des Aufenthaltstitels für den Stammberechtigten wird kraft Gesetzes durch den gewöhnlichen Aufenthalt eines deutschen Staatsangehörigen im Bundesgebiet ersetzt.<sup>119</sup>

Gegen die Vereinbarkeit der Richtlinie mit EU-Primärrecht wurden zahlreiche Bedenken angemeldet. Insbesondere wurde die Vereinbarkeit mit der Grundrechtecharta der Europäischen Union<sup>120</sup> be-

---

112 *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK, 2.A., Art. 8 Rn 26 - Dieses – auf dem ersten Blick berechnete – Argument, beinhaltet bei näherem Hinsehen die Konsequenz, dass es vor allem gemischt-nationalen Paaren kaum möglich ist, einen gemeinsamen Wohnsitz zu nehmen, wenn kein Staat sie aufnehmen muss. Hier muss mittels Auslegung doch eher das Ergebnis erreicht werden, dass in mindestens einem Staat eine Aufnahme des Ehepartners verpflichtend ist.

113 *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt*, AuslR, 11.A., § 27 Rn 2.

114 Für diese findet dann die Unionsbürgerrichtlinie bzw. das FreizügG/EU Anwendung.

115 „Zusammenführender“ in der Sprache der Richtlinie.

116 Stammberechtigter ist der Ausländer, der sich bereits im Bundesgebiet aufhält, zu dem der Familiennachzug stattfindet und dessen Aufenthaltstitel einen Anspruch bzw. ein im Ermessen stehendes Nachzugsrecht vermittelt; *Marx* in *GK-AufenthG*, § 27 Rn 8.

117 Wer selbst keine sichere Aufenthaltsposition inne hat, soll niemanden nachholen, der den gleichen Unsicherheiten ausgesetzt wäre. *Hailbronner*, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 653.

118 Die §§ 31 und 35 AufenthG dienen der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie und sollen nach § 28 Abs. 3 AufenthG auch dann gelten, wenn statt zu einem Drittstaatsangehörigen mit entsprechendem Aufenthaltstitel „nur“ zu einem Deutschen mit gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik nachgezogen werden soll.

119 Details: *Marx* in *GK-AufenthG*, § 28 Rn 258f.

120 ABl. EU Nr.: C 83/389.

zweifelt, welche zum damaligen Zeitpunkt (2006) zwar nur deklaratorische Wirkung hatte, aber trotzdem eine anerkannte Auslegungs- und Rechtsquelle darstellte.<sup>121</sup> Gegen die Richtlinie wurde wegen dieser Bedenken vom Europäischen Parlament Nichtigkeitsklage vor dem EuGH eingereicht. Dieser verneinte einen Verstoß gegen Primärrecht und verfasste ein Grundsatzurteil zur Vereinbarkeit des unionalen Familienzusammenführungsrechts mit den europäischen Grundrechten. Außerdem wird vom Gerichtshof dargestellt, wie vielfältig die Quellen des Grundrechtsschutzes sind.<sup>122</sup> Diese sind im Bereich der Familienzusammenführung nicht nur die EMRK und die Grundrechtsercharta, sondern auch die Kinderrechtskonvention (KRK)<sup>123</sup> und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbürg)<sup>124</sup>, die Erklärung der Rechte der Kinder der Generalversammlung der Vereinten Nationen<sup>125</sup> und die internationale Konvention zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen.

Das Recht auf Familienzusammenführung steht nach Art. 6 Abs. 1 Familienzusammenführungsrichtlinie unter dem Vorbehalt der Gründe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit. In diesem Rahmen kann die Gewährung von Nachzug verweigert oder ein bestehender Titel entzogen bzw. nicht verlängert werden.<sup>126</sup>

Weitere Voraussetzungen für den Familiennachzug sind nach Art. 7 Abs. 1 Familienzusammenführungsrichtlinie angemessener Wohnraum, eine ausreichende Krankenversicherung sowie feste und regelmäßige Einkünfte, ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen.<sup>127</sup>

Der nachziehende Familienangehörige hat bei Gewährung des Familiennachzugs einen Anspruch auf einen mindestens einjährigen Aufenthaltstitel. Die Richtlinie sieht weiterhin einen Zugang zu allgemeiner Bildung, zur Erwerbstätigkeit, sowie zur beruflichen Beratung, Ausbildung, Fortbildung und Umschulung vor.<sup>128</sup> Begrenzt wird die Dauer des Aufenthalts durch die Gültigkeit des Titels des Stamberechtigten (Art. 13 Abs. 3 Familienzusammenführungsrichtlinie). Auch der Zugang zum Arbeitsmarkt kann durch die Union nicht abschließend geregelt werden, weshalb Art. 14 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie vorsieht, dass die genaue Ausgestaltung des Arbeitsmarktzugangs dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleibt.

In Frage gestellt wurde die Vereinbarkeit der Richtlinie mit Art. 8 EMRK. Da aber die EU selbst noch nicht Mitglied des Europarates und der EMRK ist, ist sie zunächst auch nicht verpflichtet, ihre Richtlinien so zu gestalten, dass jeder denkbare Verstoß gegen die EMRK durch Umsetzung und Anwendung der Richtlinie vermieden wird. Vielmehr sind die Mitgliedstaaten selbst verpflichtet, die Familienzusammenführungsrichtlinie konventionskonform umzusetzen.<sup>129</sup> Allerdings hat sich die EU bzw. der EuGH durch Rechtsprechung und ständige Übung selbst die Verpflichtung aufer-

---

121 EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Rz 38.

122 EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Rz 35ff.

123 BGBl. 1992 II S. 121.

124 BGBl. 1973 II S. 1533.

125 Res. GA 1386 (XIV).

126 Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sind die Verurteilung wegen einer Schwere Straftat oder die Angehörigkeit bzw. Unterstützung des internationalen Terrorismus. (vgl. Erwägungsgrund 14 RL 2003/86/EG) Eine Ablehnung wird somit – entgegen der Grundsätze der Freizügigkeit – auf generalpräventive Erwägungen gestützt. (*Hailbronner* in AuslR, C1 § 6 FreizügG/EU Rn 15).

127 Der Streit bzgl. der Begriffs der zusätzlichen Sozialhilfeleistungen wurde vom EuGH dahin gehend entschieden, dass es darauf dann nicht ankommt, wenn der Stamberechtigte durch sein Einkommen den Lebensunterhalt der Familien bestreiten kann. Stehen ihm trotzdem nach nationalen Recht Sozialleistungen zu, kann ihm dies nicht zum Nachteil ausgelegt werden. - EuGH Urteil vom 04.03.2010 Rs. C-578/08 – Chakroun.

128 Art. 14 Familienzusammenführungsrichtlinie.

129 Vgl. Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 667ff.

legt, die EMRK zu beachten.<sup>130</sup>

## **dd) §§ 27ff. AufenthG**

Der Aufenthalt aus familiären Gründen wird von den §§ 27ff. AufenthG geregelt.<sup>131</sup> Systematisch wird der Familiennachzug zu Deutschen und zu Ausländern<sup>132</sup> unterschieden, wobei der Nachzug zu Deutschen durch günstigere Regelungen privilegiert ist. Zusätzlich wird beim Nachzug zu Ausländern zwischen dem Ehegattennachzug und dem Kindernachzug unterschieden. Daneben kennt das Aufenthaltsgesetz noch den Nachzug bei gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft, den von Eltern zu ihren minderjährigen Kindern und den Nachzug sonstiger Familienangehöriger.

Die Regelungen des 6. Abschnitts sind in soweit abschließend, als dass andere Konstellationen als der Ehegatten- oder Kindernachzug nicht vom Gesetz vorgesehen und erfasst sind. Weiterhin gilt der 6. Abschnitt ausschließlich für Drittstaatsangehörige, während für Unionsbürger und deren Angehörige die Vorschriften des FreizügG/EU gelten. Da sich aus dem Assoziationsabkommen EWG-Türkei und den Assoziationsbeschlüssen kein Nachzugsrecht ableiten lässt, gelten die Vorschriften auch für türkische Staatsangehörige.<sup>133</sup>

Eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen wird nur erteilt, wenn sie auf die Herstellung der Familieneinheit abzielt. Es handelt sich hierbei um eine zwingende Erteilungsvoraussetzung, die sich aus § 27 Abs. 1 AufenthG ergibt. Diese Voraussetzung muss auch bei jeder Verlängerung vorliegen.<sup>134</sup>

### **(1) Allgemeine Voraussetzungen**

Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen für den Familiennachzug ergeben sich aus den §§ 5 und 27 AufenthG, sofern in § 27 AufenthG nicht von Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abgesehen wird. Darüber hinaus enthalten die nachfolgenden Normen besondere Voraussetzungen für die einzelnen Fallgruppen des Familiennachzugs. Außerdem werden besondere Fragen, wie das Vorgehen beim Tod des Stambberechtigten oder einer Trennung der Ehepartner (§ 31 AufenthG) oder die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis für minderjährige Kinder (§ 35 AufenthG) geregelt. § 33 AufenthG regelt zusätzlich die Situation von in der Bundesrepublik geborenen Kindern von Ausländern.

Wesentliche Voraussetzung für den Familiennachzug ist insbesondere die Fähigkeit, den Familienunterhalt selbstständig zu sichern (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 AufenthG). Wie bei allen zuziehenden Ausländern soll die Belastung der Sozialsysteme so gering wie möglich gehalten werden.<sup>135</sup> Es genügt kein bereits gekündigtes oder befristetes Arbeitsverhältnis. Ebenso zählen Sozialleistun-

---

130 Hoppe ZAR 2008, 251 (252).

131 Die §§ 27 ff. AufenthG (der 6. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes) wurden zur Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie 2007 überarbeitet und verschärft. Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 2f.; Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 672.

132 Ausländer im Sinne des 6. Abschnittes ist stets der Stamberechtigte bzw. der Zusammenführende.

133 Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 673; für Details vgl. Fehrenbacher ZAR 2008, 335 - Aus dem Assoziationsratsbeschluss 1/80 (ARB 1/80) ergibt sich für Arbeitnehmer lediglich ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis. Art 6 ARB 1/80 gewährt über verschiedene Verfestigungsstufen dem türkischen unselbständigen Arbeitnehmer auf dem deutschen Arbeitsmarkt ein Aufenthaltsrecht. Über Art. 7 ARB 1/80 erhalten Familienangehörige zwar Vergünstigungen, der Familiennachzug selbst richtet sich aber trotzdem nach den §§ 27ff. AufenthG. Art. 7 ARB 1/80 gewährt lediglich dem Angehörige nach einem langjährigen Aufenthalt einen gemeinschaftsrechtlichen Status, der mehr Sicherheit bietet..

134 Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 9.

135 Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. c Familienzusammenführungsrichtlinie.



gen oder Arbeitslosengeld nicht zum berücksichtigungsfähigen Einkommen.<sup>136</sup> Dadurch ist zunächst grundsätzlich der Nachzug zu einem arbeitslosen Ausländer nicht möglich, es sei denn, der nachziehende Familienangehörige ist dazu in der Lage durch sein Vermögen den gesamten Unterhalt der Familie zu bestreiten.<sup>137</sup>

Weitere Voraussetzungen sind eine Identitätsklärung, das Nichtvorliegen von Ausweisungsgründen i.S.v. §§ 53 bis 55 AufenthG, die Nichtgefährdung der Interessen der Bundesrepublik durch den Ausländer sowie die Erfüllung der Passpflicht nach § 3 AufenthG. Darüber hinaus erhält nur der einen Aufenthaltstitel, der i.S.v. § 5 Abs. 2 AufenthG mit einem gültigen Visum eingereist ist. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG finden aber nur eingeschränkt Anwendung. In vielen Fällen wird beispielsweise das Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung gesetzlich abgedungen. Außerdem sieht § 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG die Möglichkeit vor, eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug auch in Fällen zu erteilen, in denen in der Person des Nachziehenden grundsätzlich Ausweisungsgründe vorliegen.<sup>138</sup> Da § 5 AufenthG durch die Formulierung „in der Regel“ die Erteilung von Aufenthaltstiteln durchaus in das Ermessen der Behörde stellt, kann auch im Falle des Familiennachzugs von den dort genannten Voraussetzungen abgesehen werden. Dies ist insbesondere da möglich und nötig, wo sich der tatsächliche Sachverhalt als so stark abweichend von der vom Gesetzgeber angedachten Lage darstellt, dass ein Festhalten an den Regelvoraussetzungen unbillig wäre.<sup>139</sup>

Weitere allgemeine Voraussetzungen speziell für den Familiennachzug ergeben sich aus § 27 AufenthG. Dabei sind diese Voraussetzungen im Grunde Negativvoraussetzungen, durch die bestimmte Personengruppen ausgeschlossen werden sollen.

§ 27 Abs. 3 AufenthG enthält Ermessensnormen für die Versagung eines Aufenthaltstitels im Rahmen des Familiennachzugs. Dabei wird zunächst in Satz 1 der Tatbestand des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II und SGB XII als Versagungsgrund genannt. Wer zur Erfüllung von Unterhaltspflichten gegenüber einem Angehörigen auf Leistungen aus den Sozialsystemen angewiesen ist, zu dem können keine weiteren Angehörigen nachziehen.<sup>140</sup>

Daneben enthält § 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG den Versagungsgrund des Vorliegens von Ausweisungsgründen. Hier kann ein Begehren auf Familiennachzug versagt werden, wenn der Nachziehende eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. Hier sind öffentliche Belange ge-

---

136 Zur Berechnung der erforderlichen Einkommenshöhe und weiteren Details: Hailbronner, Asyl- und AuslR, 2.A., Rn 322.

137 Oder durch Nachweis einer sozialversicherungspflichtigen festen Anstellung in der Bundesrepublik, die mit der Einreise aufgenommen wird. Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn.677; für die Berechnung des erforderlichen Unterhalts vgl. aaO. Rn 678. Anders beim Nachzug zu Flüchtlingen, Asylanten und sonstigen international Geschützten (§ 29 Abs. 2 AufenthG; Weitere Ausnahmen von der Sicherung des Lebensunterhalts vgl. Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 679.).

138 Systematisch ergibt sich in Zusammenschau mit § 27 Abs. 3 S. 1 AufenthG, dass dies nicht gilt, wenn der Ausweisungsgrund im Bezug von Sozialhilfeleistung besteht.

139 So auch als klare Anweisung an die zuständigen Ausländerbehörden in VV 5.0.2 zu § 5 AufenthG formuliert. Allerdings bleibt die Beschreibung dessen, was als starke Abweichung zu interpretieren ist vage.

140 Problematisch ist der Begriff es „Angewiesenseins“. Der Wortlaut legt eine tatsächliche Inanspruchnahme nahe, während Gesetzeserwägungen auf die bloße theoretische Möglichkeit der Inanspruchnahme abstellen (BT-Drs. 15/420, S. 81; VV 27.3.1 S. 2 HS. 1 zu § 27 AufenthG) Dagegen spricht aber die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit Sozialleistungen nicht in Anspruch zu nehmen, sodass jeder selbst entscheiden kann, ob er mit einem geringen bzw. keinem Einkommen ein angemessenes Leben führen kann. Eine Gefährdung der Sozialsysteme kann bei einer solchen Nichtinanspruchnahme nicht geltend gemacht werden. (Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 259ff.) Die latente Gefahr der Inanspruchnahme steigt aber, sobald weitere anspruchsberechtigte Familienmitglieder in die Bundesrepublik nachziehen. Insofern scheint eine einzelfallabhängige Prognoseentscheidung zu Ungunsten des Ausländers gerechtfertigt. (Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, § 27 AufenthG, Rn 71).

gen völkerrechtliche und grundgesetzliche Schutzpflichten gegenüber der Familie abzuwägen. Dabei ist auch hier eine Einzelfallabwägung vorzunehmen und beispielsweise zu berücksichtigen, dass ein Betroffener durch eine Drogentherapie auf dem Weg der Besserung ist und daher eine weniger große Gefahr für die öffentliche Sicherheit darstellt. In der Regel wird dieser Versagungsgrund bei der Verlängerung eines Aufenthalts aus familiären Gründen zum Tragen kommen, da bei einer erstmaligen Einreise entsprechende Versagungsgründe kaum vorliegen können.<sup>141</sup>

Grundsätzlich folgt der Aufenthaltstitel zum Familiennachzug in seinem Umfang dem des Stammberechtigten.<sup>142</sup> Jeder nachziehende Ausländer erhält nunmehr einen uneingeschränkten Arbeitsmarktzugang. Dies soll unabhängig vom Umfang der Rechte des Stammberechtigten gelten. Ziel dieser Regelung ist die weitere Förderung der Zuwanderung von Fachkräften. Außerdem sind so die Nachziehenden dazu in der Lage, unabhängig vom Aufenthaltswort des Stammberechtigten, ihren Beitrag zur Sicherung des Lebensunterhalts der Familie zu leisten. Der Zugang zum Arbeitsmarkt ohne Prüfung durch die Bundesagentur für Arbeit besteht bereits seit langem für Angehörige von Fachkräften mit Hochschulabschluss, Forschern und Inhabern einer Blauen-Karte-EU.<sup>143</sup> Die Angleichung der Rechtslage für alle nachziehenden Familienangehörigen ist damit ein Schritt in Richtung Gleichberechtigung unter den Zuwanderern.

Fällt der Zweck des gemeinsamen Familienlebens weg – sei es durch Ende des Aufenthalts der Stammberechtigten im Inland, sei es durch Beendigung der Familie durch Scheidung oder Tod des Stammberechtigten – ist logisch auch kein Aufenthalt aus familiären Gründen mehr möglich.<sup>144</sup> In letzteren Fällen greifen sodann Sonderregeln. Für § 27 Abs. 1 AufenthG ist als familiäre Lebensgemeinschaft eine Betreuungs- oder Beistandsgemeinschaft i.S.d. Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 6 GG erforderlich.<sup>145</sup> Entscheidend ist das Vorliegen tatsächlicher innerer Verbundenheit, eine rein formale familiäre Beziehung genügt nicht.

Letztlich gewährt § 27 Abs. 2 AufenthG auch das Recht auf Familiennachzug für Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes<sup>146</sup>. Erforderlich ist also eine im Ausland geschlossene Verbindung zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern, die der deutschen eingetragenen Lebenspartnerschaft vergleichbar ist. Zur Beurteilung einer möglicherweise nur zum Zweck der Titelerlangung eingegangenen Lebenspartnerschaft sind die gleichen Kriterien heranzuziehen, die auch für die Ehe gelten. Das Recht auf Familiennachzug beschränkt sich aber in dieser Fallgestaltung auf den Nachzug des Partners – Kindernachzug wird schon vom Wortlaut nicht erfasst. Dort wird ausdrücklich nur von der „Herstellung und Wahrung einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft“ gesprochen. Eine solche ist im Sinne von § 1 Abs. 1 LPartG eben auch nur die Gemeinschaft zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts, die sich einvernehmlich vor einem Standesbeamten dazu bereit erklärt haben. Kinder sind nicht gesetzlicher Bestandteil dieser Gemeinschaft. Dies ergibt sich auch daraus, dass gleichgeschlechtliche Paare keine Kinder adoptieren können. Ein Nachzug ist für diese lediglich möglich, wenn das fragliche Kind das leibliche Kind des Stammberechtigten ist.

## **(2) Nachzug zu Deutschen**

Der Familiennachzug zu deutschen Staatsangehörigen ergibt sich aus § 28 AufenthG und erfasst Fälle, in denen ein Drittstaatsangehöriger zu seinem Deutschen Familienmitglied ziehen will, um im

---

141 Näheres vgl. Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 277ff.

142 § 27 Abs. 4 AufenthG; Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 357.

143 BR-Drs. 97/13 S. 33.

144 Näheres auch in VV 27.1.3 zu § 27 AufenthG.

145 s. oben für Details m.w.N.; entsprechende Beschreibungen finden sich auch in VV 27.1.4 zu § 27 AufenthG.

146 BGBl. I 2001, 266; im Folgenden LPartG.

Inland das Familienleben herzustellen und zu führen. Die hierzu einschlägigen Regelungen sind unter dem Gesichtspunkt erlassen worden, dass die Mitglieder deutsch-ausländischer Familien nicht auf ein anderes Staatsgebiet zur Durchführung ihres Familienlebens verwiesen werden können. Deutscher im Sinne der Regelung ist, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Dazu darf sich der Betreffende nicht nur vorübergehend im Bundesgebiet aufhalten und den Großteil des Jahres im Ausland verbringen.<sup>147</sup>

Allgemein unterliegt auch der Nachzug zu Deutschen den Voraussetzungen der §§ 5 und 27 AufenthG. Beim Nachzug von bzw. zu Kindern wird eine Aufenthaltserlaubnis aber abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts erteilt.<sup>148</sup> Entgegenstehendes kann nur in Ausnahmefällen gefordert werden.<sup>149</sup> Bezüglich der Ermessensentscheidung nach § 27 Abs. 3 S. 1 AufenthG<sup>150</sup> ist in die Abwägung schwerpunktmäßig die Tatsache mit einzustellen, dass ein Deutscher zur Herstellung der Familieneinheit grundsätzlich nicht auf das Ausland verwiesen werden kann. Bezieht der Stamberechtigte Sozialleistungen, wird davon auszugehen sein, dass ein Familienleben im Ausland schon aus finanziellen Gründen unmöglich sein wird.

Nach § 28 Abs. 2 AufenthG sind Ehegatten, minderjährige ledige Kinder und die Eltern eines minderjährigen Kindes nachzugsberechtigt. Für den Ehegattennachzug gelten über § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG teilweise die Voraussetzungen des § 30 AufenthG. Beide Ehegatten müssen das 18. Lebensjahr vollendet haben und der nachziehende Ehegatte muss dazu in der Lage sein, sich zumindest in einfacher Weise auf Deutsch zu verständigen, womit ein Schutz vor Zwangsehen gewährleistet werden soll.

Der Ehegattennachzug wird auch im Falle des Nachzugs zu einem deutschen Stamberechtigten durch die Negativmerkmale des § 27 AufenthG begrenzt. So sind Schein- und Mehrehen vom Nachzug ausgeschlossen. Nach § 27 Abs. 2 AufenthG sind die Regelungen des § 28 AufenthG außerdem auch auf Fälle von gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern anwendbar.

Für den Kindernachzug ist vor allem entscheidend, dass das Kind im Zeitpunkt der Antragstellung minderjährig und ledig ist. Im Gegensatz zum Nachzug zu Ausländern ist beim Kindernachzug zu Deutschen kein Sorgerecht des Deutschen erforderlich. Vielmehr genügt die Absicht der Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft.<sup>151</sup>

§ 28 AufenthG sieht in Abs. 1 Nr. 3 als einzige Norm einen eigenen Tatbestand für die Gewährung von Elternnachzug vor. Dies ist schon deshalb erforderlich, weil die Staatsangehörigkeit des deutschen Kindes geschützt werden muss. Würde den Eltern kein Aufenthaltsrecht gewährt, müsste das Kind ausreisen und wäre somit an der Ausübung seiner Freizügigkeit als deutscher Staatsangehöriger gehindert. Zum Elternnachzug ist grundsätzlich nur der sorgeberechtigte Elternteil berechtigt. Ausnahmsweise kann ein nichtsorgeberechtigter Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis oder Duldung zum Zwecke der Aufrechterhaltung der familiären Gemeinschaft erhalten, wenn die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG gegeben sind, wobei es sich um eine Ermessensentscheidung

147 So auch in VV 28.1.1.0 zu § 28 AufenthG. Anhaltspunkte für einen gewöhnlichen Aufenthalt bieten beispielsweise der Wohnsitz oder ein Arbeitsverhältnis.

148 § 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Es handelt sich um eine zwingende Vorschrift; die Erteilung steht nicht im Ermessen der Ausländerbehörde.

149 Solche besonderen Fälle sind insbesondere die von Doppelstaatern bzw. Deutschen, die bereits länger im Herkunftsland des Ehegatten gelebt und gearbeitet haben, da diesen die Herstellung des Familienlebens auch außerhalb des Bundesgebiets zumutbar ist. VV 28.1.1.0 zu § 28 AufenthG. Dies gilt aber nicht bei Spätaussiedlern, VV 28.1.1.1 zu § 28 AufenthG.

150 § 27 Abs. 3 S. 1 AufenthG gewährt der Ausländerbehörde einen Ermessensspielraum bzgl. der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs, sofern der Stamberechtigte Sozialleistungen bezieht.

151 VV 28.1.2.5 zu § 28 AufenthG.

handelt. Es ist insbesondere die Beziehung zwischen dem Kind und dem Ausländer zu beachten und zu bewerten, ob eine nach Art. 6 GG schützenswerte Lebens- und Erziehungsgemeinschaft gegeben ist. Dabei genügt keine bloß rechtliche Elternschaft. Über die Anforderungen aus Art. 6 GG hinaus wird aufenthaltsrechtlich verlangt, dass eine Eltern-Kind-Gemeinschaft tatsächlich und verantwortlich gelebt wird.<sup>152</sup> Nach § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG ist aber kein Nachzug aus dem Ausland möglich. Vielmehr wird nur die Möglichkeit gewährt, einen bestehenden Aufenthalt legal fortzusetzen.

### **(3) Nachzug zu Drittstaatsangehörigen**

Die dritte Nachzugsmöglichkeit stellt der Nachzug zu Ausländern dar. Diese ist in § 29 AufenthG geregelt, wird aber in weitere Untergruppen aufgeteilt, je nach Herkunft bzw. Aufenthaltsgrund des bereits aufenthaltsberechtigten Ausländers. Zunächst gewährt die Norm aber weitere allgemeine Voraussetzungen, die von allen Ausländern dieser Gruppe erfüllt werden müssen. Dabei handelt es sich um zwingende Voraussetzungen, die überhaupt erst eine Entscheidung über das Recht auf Familiennachzug ermöglichen. Die Voraussetzungen nach § 29 AufenthG können aber auch gesondert ausgeschlossen sein.<sup>153</sup>

Als zwingende Voraussetzungen sind ausreichender Wohnraum für die Familie und der Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels für den Stammberechtigten erforderlich.<sup>154</sup> Insbesondere das Wohnraumerfordernis soll dafür sorgen, dass den Ausländer durch ein Leben in einem sozial angemessenen Umfeld eine leichtere Integration ermöglicht wird. Was dabei „ausreichender Wohnraum“ ist, ergibt sich aus § 2 Abs. 4 AufenthG. Grundvoraussetzung ist die menschenwürdige Unterbringung der Familie.<sup>155</sup>

#### **(i) Ehegattennachzug**

Weitere besondere Voraussetzungen für den Nachzug von Ehegatten ergeben sich aus § 30 AufenthG. So ist weiterhin für den Nachzug von Ehegatten erforderlich, dass beide Partner das 18. Lebensjahr vollendet haben und der nachziehende Ehegatte sich in einfacher Weise auf Deutsch verständigen kann.<sup>156</sup>

#### **(ii) Kindernachzug**

Ein Nachweis von Sprachkenntnissen ist auch im Falle eines Kindernachzuges bei über 16jährigen erforderlich, es sei denn, der Jugendliche reist zusammen mit den Eltern im Familienverbund ein oder ist auf Grund seiner Ausbildung in der Lage, sich auch ohne Sprachkenntnisse zu integrieren bzw. diese schnell zu erlernen. Weiterhin wird vom Erfordernis des Sprachnachweises bei Kindern von Flüchtlingen bzw. Asylberechtigten und bei Kindern, deren Eltern eine Niederlassungserlaubnis oder eine Blaue Karte EU besitzen abgesehen.<sup>157</sup> Der Normalfall des Kindernachzuges ist aber der,

---

152 Dies wird als Leitfaden für die Ermessensentscheidung in VV 28.1.5 zu § 28 AufenthG so vorgegeben, wo auch Beispiele für Anhaltspunkte zur Beurteilung einer solchen Eltern-Kind-Gemeinschaft genannt werden. Relevante Abwägungsmerkmale sind hier insbesondere der Grad der Verbundenheit, der sich in gemeinsamen Aktivitäten äußert, die Zumutbarkeit von alternativen Kontaktformen bei Trennung und vor allem das Alter des Kindes. Im Einzelfall können auch nur regelmäßig stattfindende 14tägige Kontakte im Rahmen der Wahrnehmung des Sorgerechts genügen, sofern diese nach dem Einzelfall für das Wohl des Kindes ausschlaggebend sind – BVerfG, Urteil vom 08.12.2005 – 2 BvR 1001/04, EZAR NF 34 Nr. 5.

153 Dies ergibt sich auch aus VV 29.1.1 zu § 29 AufenthG.

154 § 29 Abs. 1 AufenthG, ausreichende Titel werden im Gesetz genannt. Eine bloße Duldung oder das Warten auf eine Antragsbewilligung sind nicht ausreichend. Bei gleichzeitiger Einreise der Familie genügt die Anknüpfung an ein Visum des Stammberechtigten – vgl. VV 29.1.2.1 zu § 29 AufenthG.

155 Insbesondere ergibt sich aus VV 2.4.2 zu § 2 AufenthG ein Quadratmeterschlüssel dafür, was als ausreichend zu beurteilen ist.

156 § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG.

157 § 32 Abs. 2 AufenthG.

dass das Kind noch keine 16 Jahre alt und ledig ist und mindestens ein alleinsorgeberechtigter Elternteil eine Aufenthalts- oder Niederlassungserlaubnis besitzt. Die alleinige Personensorge ist aber nicht in allen Staaten bekannt. In solchen Fällen wird von einer planwidrigen Regelungslücke ausgegangen und auch Kindern der Nachzug ermöglicht, für die keine alleinige Personensorge besteht, sofern der Elternteil, zu dem der Nachzug erfolgen soll, die weitestgehenden Sorgerechte übertragen bekommen hat. Nach § 32 Abs. 3 AufenthG ist außerdem der Nachzug zu nur einem Elternteil möglich, wenn der andere Elternteil seine Zustimmung gegeben hat. Für die Altersbestimmung relevanten Zeitpunkt ist neben dem Zeitpunkt der Antragstellung, der der mündlichen Verhandlung. Von dieser Regel kann nur im Ausnahmefall abgewichen werden, wenn die Verfristung nicht in der Einflussphäre des Ausländers liegt und unverhältnismäßige Folgen verhindert werden sollen.<sup>158</sup> Die aus § 32 Abs. 1 AufenthG fließenden Voraussetzungen verpflichten die Behörden zur Erteilung einer Nachzugserlaubnis. Hier besteht kein Ermessensspielraum.

Im Wege richtlinienkonformer Auslegung müssen auch Stief- und Adoptivkinder von den Rechten aus § 32 AufenthG begünstigt werden. Dabei sind Stiefkinder nur insoweit zu berücksichtigen, als dass diese Kinder des Ehegatten durch den neuen Partner ebenfalls adoptiert wurden.<sup>159</sup>

In besonderen Fällen kann ein Nachzugsrecht auch erteilt werden, wenn keiner der bisher erläuterten Fälle einschlägig ist. Solche „Härtefälle“ sind nach § 32 Abs. 4 AufenthG zu beurteilen. Beurteilungsmaßstab ist dabei die besondere individuelle Situation der Familie im Einzelfall und die Erteilung einer Nachzugserlaubnis muss der Vermeidung einer besonderen Härte dienen. Gerade der Begriff der besonderen Härte<sup>160</sup> wird aber traditionell restriktiv ausgelegt, sodass der § 32 Abs. 4 AufenthG im Einzelfall schier unüberwindbare Anforderungen stellt.<sup>161</sup>

Ebenfalls als Nachzugsfall gilt grundsätzlich die Geburt eines Kindes von Ausländern im Inland. Diese erhalten nach § 33 S. 1 AufenthG einen Aufenthaltstitel von Amtswegen, sofern ein Elternteil ebenfalls einen gültigen Aufenthaltstitel besitzt. Auch hier wird aber die strenge Akzessorietät der Titel von Stammberechtigten und Nachziehenden beibehalten. Haben die Eltern oder der sorgeberechtigte Elternteil nur ein Visum als Aufenthaltstitel, so gilt nach § 33 Abs. 3 AufenthG auch der Aufenthalt des im Inland geborenen Kindes nur für die Dauer der Gültigkeit des Visums als rechtmäßig.<sup>162</sup> Weitere Regelerteilungsvoraussetzungen sind in diesen Fällen nicht erforderlich.<sup>163</sup>

### **(iii) § 36 AufenthG**

Weiterhin gewährt § 36 AufenthG in Einzelfällen den Nachzug von Eltern zu Kindern, die sich bereits rechtmäßig in der Bundesrepublik aufhalten bzw. in Härtefällen auch Nachzugskonstellationen über die Kernfamilie hinaus.

Das Recht auf Elternnachzug besteht nach § 36 Abs. 1 AufenthG in Fällen, in denen sich ein Min-

---

158 Oberhäuser in Hoffmann/Hofmann, Hk-AuslR, § 32 AufenthG, Rn 22/29.

159 So auch in Art. 4 Abs. 1 lit. c und d Familienzusammenführungsrichtlinie geregelt, welche mangels vollständiger und korrekter Umsetzung unmittelbar anwendbar ist.

160 Zum Begriff der besonderen Härte wird im Folgenden genauer Stellung genommen.

161 Beispiele für Härtefälle sind denkbar, wenn es unverhältnismäßig wäre, abzuwarten ehe der betreffende Elternteil, zu dem der Nachzug stattfinden soll, das Sorgerecht beantragt und zugesprochen bekommt, weil der aktuell personensorgeberechtigte Elternteil aus dem einen oder anderem Grund nicht dazu in der Lage ist, sich weiterhin um das Kind zu kümmern. Weiterhin sind in Konstellationen denkbar, in denen nur ein Kind von mehreren die Nachzugsvoraussetzungen auf Grund von Alter und mangelnden Sprachkenntnissen nicht erfüllt. Es ist in solchen Fällen offenkundig nicht zumutbar ein einzelnes 16 Jahre altes Kind zurückzulassen, während alle anderen Mitglieder der Kernfamilie sich in der Bundesrepublik aufhalten. Für Details und weitere Beispiele: *Oberhäuser* in Hoffmann/Hofmann, Hk-AuslR, § 32 AufenthG, Rn 24f.

162 Durchführungsdetails und Anwendungshinweise ergeben sich aus VV 33.6 bis 33.9 zu § 33 AufenthG.

163 Vgl. VV 33.0 zu § 33 AufenthG.

derjähriger ohne Begleitung eines sorgeberechtigten Erwachsenen<sup>164</sup> im Bundesgebiet aufhält und als Konventionsflüchtling oder Asylberechtigter anerkannt ist. Minderjährig im Sinne der Norm ist derjenige, der im Zeitpunkt der Antragsstellung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.<sup>165</sup> Elternnachzug ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 AufenthG unabhängig von ausreichendem Wohnraum oder Sprachkenntnisse zu gewähren. Einzuhalten ist aber die Passpflicht.<sup>166</sup> Die Eltern haben insofern einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis.

Mangels Umsetzung ist auch hier die Familienzusammenführungsrichtlinie unmittelbar anwendbar, sodass nach Art. 10 Abs. 3 lit a auch Großeltern der Nachzug gewährt werden muss. Für die Frage der Rechtmäßigkeit einer Adoption ist weiterhin das Recht des Herkunftslandes entscheidend.<sup>167</sup>

Der Nachzug anderer Angehöriger als den Mitgliedern der Kernfamilie ist nach § 36 Abs. 2 AufenthG möglich, sofern es der Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte dient. In Frage kommende Familienangehörige sind im Sinne der Familienzusammenführungsrichtlinie dabei Verwandte in aufsteigender Linie ersten Grades (also die Eltern volljähriger Personen), sowie volljährige ledige Kinder. Für die Verwandten in aufsteigender Linie ist insofern die Sicherung ihres Lebensunterhalts erforderlich und sie dürfen keine sonstigen Familienangehörigen im Herkunftsland mehr haben. Beim Nachzug von volljährigen ledigen Kindern hingegen ist erforderlich, dass sie sich auf Grund ihres Gesundheitszustandes nicht selbst versorgen und ihren Lebensunterhalt sichern können.<sup>168</sup> Im Einzelfall ist unter Berücksichtigung der Umstände aber auch ein Nachzug weiterer entfernterer Angehöriger zulässig. Dies gilt in Verbindung mit § 28 Abs. 4 AufenthG auch für Deutsche.

Der Begriff der außergewöhnlichen Härte suggeriert bereits eine Steigerung der Anforderungen gegenüber den Fällen der besonderen Härte aus § 32 Abs. 4 AufenthG im Falle des Kindernachzuges. Maßstab und Ansatzpunkt für die Ausübung ordnungsgemäßen Ermessens im Bereich der außergewöhnlichen Härte ist der Schutz des Familienlebens nach Art. 6 Abs. 1 GG, da auch § 36 AufenthG der Sicherung bzw. Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft in der Bundesrepublik dient. Dabei ist nicht allein auf die Hausgemeinschaft abzustellen, sondern kommen auch weitere familiäre Betreuungs- und Beistandsgemeinschaften in Frage.<sup>169</sup> Eine solche Gemeinschaft muss für den Zweck des § 36 Abs. 2 AufenthG über einen längeren Zeitraum gewachsen sein, was beispielsweise bei Stiefkindern der Fall sein kann, wenn der leibliche Elternteil verstorben ist.<sup>170</sup>

Ein solcher Härtefallnachzug ist primär vom Gewicht der zwischen dem Stammberechtigten und dem Nachzug begehrenden Ausländer bestehenden familiären Bindung abhängig. Den Nachzug zu verwehren würde in diesem Lichte dann eine außergewöhnliche Härte darstellen, wenn die Großfamilie eine Beistandsgemeinschaft darstellt, in der einzelne Mitglieder auf die Unterstützung anderer angewiesen sind. Dies wird allerdings dann keine außergewöhnliche Härte darstellen, wenn sich bereits andere Angehörige im Bundesgebiet aufhalten, die die Betreuung und Unterstützung überneh-

---

164 Dies entspricht einem unbegleiteten Minderjährigen nach Art. 2 lit. f Familienzusammenführungsrichtlinie.

165 VV 36.1.2 zu § 36 AufenthG.

166 § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG; vgl. *Oberhäuser* in Hoffmann/Hofmann, Hk-AuslR, § 36 AufenthG, Rn 10.

167 Art. 22 EGBGB. Insofern sind auch Adoptiveltern zum Nachzug berechtigt.

168 So auch in Art. 4 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie, welcher im Zuge richtlinienkonformer Auslegung zur Bestimmung des Anwendungsbereichs herangezogen werden muss, auch wenn die Bestimmung selbst keine unmittelbare Anwendung mangels hinreichender Klarheit findet. Liegt ein Fall in diesem Sinne vor, ist daher generell von einer außergewöhnlichen Härte auszugehen und Nachzug zu gewähren. Für Details und weitere Nachweise: *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 36 AufenthG Rn 25-33.

169 VV 36.2.1.1 zu § 36 AufenthG.

170 Beispiel nach VV 36.2.1.2 zu § 36 AufenthG. Ebenso: Nachzug pflegebedürftiger Eltern volljähriger Kinder, die auf Grund ihres Gesundheitszustandes nicht dazu in der Lage sind, sich im Herkunftsland selbstständig zu versorgen und am sozialen Leben teilzunehmen – OVG Berlin/Brandenburg, Urteil vom 25.01.2012 – OVG 2 B 10.11, im konkreten Fall aber wegen Fehlen weiterer Voraussetzungen verneint.

men können oder in Ausnahmefällen gar eine rechtliche Betreuung möglich ist.<sup>171</sup> Ebenso ist da eine Familienzusammenführung nicht erforderlich, wo die familiären Verbindungen auch anders, bspw. durch gelegentliche Besuche, Briefe, Telefonate oder das Überweisen von Geldbeträgen, aufrecht erhalten werden kann. Unerheblich ist auch, ob bspw. der sich bereits im Inland rechtmäßig aufhaltende Ausländer hier allein lebt, während seine Angehörigen sich alle im Herkunftsland aufhalten oder umgekehrt der Antragssteller das letzte Familienmitglied ist, welches sich noch im Herkunftsland aufhält. Bei solchen Konstellationen ist in die Abwägung mit einzubeziehen, dass Ablösungsprozesse zwischen Eltern und volljährigen Kindern normal sind und die Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft nicht mehr zwingend erforderlich ist, sodass eine außergewöhnliche Härte nicht vorliegt.<sup>172</sup>

Generell liegt dann ein Fall außergewöhnlicher Härte vor, wenn derjenige, der Nachzug begehrt, nicht mehr dazu in der Lage ist, sein Leben eigenständig und ohne fremde Hilfe zu führen und die benötigte regelmäßig zu erbringende familiäre Unterstützung zumutbar nur in Deutschland gewährt werden kann.<sup>173</sup> Im Grunde ist also nur da eine außergewöhnliche Härte gegeben, wo lediglich ein Zusammenleben in Deutschland dem Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG gerecht werden würde, was nur in äußerst ungewöhnlichen Fällen denkbar erscheint, weshalb die Prüfung der Voraussetzung der außergewöhnlichen Härte auch eine sehr spezifische Einzelfallprüfung ist. Diese speziellen vom Normalfall extrem abweichenden Umstände markieren gerade den außergewöhnlichen Charakter der erforderlichen Härte.<sup>174</sup>

Über die Voraussetzung der außergewöhnlichen Härte hinaus ist es erforderlich, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen der §§ 27 und 5 AufenthG gegeben sind. Entscheidend ist auch hier die Sicherung des Lebensunterhalts, die beim Nachzug von Eltern zu ihren volljährigen Kindern Probleme aufwerfen kann, da die Eltern in solchen Fällen häufig Altersgrenzen für Erwerbstätigkeit überschritten haben und insofern keinen Anspruch auf Leistungen nach dem SGB II haben, sondern ihren Lebensunterhalt maximal über Leistungen nach dem SGB XII – also der Grundsicherung im Alter – bestreiten können. Der Anspruch bemisst sich hier nach der Feststellung, ob der betreffende Ausländer einer Bedarfsgemeinschaft angehört, wobei diese nicht mit den volljährigen Kindern besteht.<sup>175</sup> Dies ist insbesondere für die Bestimmung des Familieneinkommens nach § 2 Abs. 3 S. 4 AufenthG entscheidend.

### ee) Unionsbürger

Grundlage für die Rechte von Unionsbürgern in Deutschland ist das FreizügG/EU als Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie. Diese regelt auch den Nachzug von Drittstaatsangehörigen zu Unionsbürgern, die sich im Gebiet der Bundesrepublik aufhalten. § 2 Abs. 2 FreizügG/EU regelt, wer freizügigkeitsberechtigt ist. Im Grundsatz kann aber davon ausgegangen werden, dass jeder Unionsbürger auch als freizügigkeitsberechtigt angesehen werden kann. Das Nichtbestehen oder der Wegfall der Freizügigkeit muss gesondert festgestellt werden.<sup>176</sup> Im Grundsatz benötigt der Unionsbürger für seinen Aufenthalt kein Visum, sein nachziehender oder ihn begleitender Familienangehöriger ist

---

171 Vgl. *Oberhäuser* in Hoffmann/Hofmann, Hk-AuslR, § 36 AufenthG, Rn 31f. m.w.N.

172 *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 36 AufenthG Rn 24.

173 So ständige Rechtsprechung, unter anderem auch in BVerwG, Urteil vom 10.03.2011 – 1 C 7.10. Eine außergewöhnliche Härte nach dieser Definition liegt nur vor, wenn die erforderliche familiäre Unterstützung nicht auch im Herkunftsland erbracht werden kann. Vgl. VV 36.2.2.2 zu § 36 AufenthG.

174 Statt vieler: *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 36 AufenthG, Rn 22. Dies ergibt sich auch aus VV 36.2.2.3 zu § 36 AufenthG.

175 Nach § 43 Abs. 1 SGB XII besteht nur zu Ehegatten, Lebenspartnern oder Partnern einer eheähnlichen Gemeinschaft eine Bedarfsgemeinschaft.

176 VV 11.1.1 zu § 11 FreizügG/EU.

hingegen bei einem Aufenthalt über 3 Monaten visapflichtig.<sup>177</sup>

Familienangehörige im Sinne von § 3 Abs. 2 FreizügG/EU sind Ehegatten, Lebenspartner und Kinder unter 21 Jahren, die noch im Haushalt des Unionsbürgers leben, sowie dessen Ehegatten oder Lebenspartner. Daneben können weitere Angehörige in auf- und absteigender Linie nachzugsberechtigt sein, sofern der Unionsbürger oder sein Ehegatte bzw. Lebenspartner ihnen gegenüber zur Leistung von Unterhalt verpflichtet sind. Damit umfasst das Familiennachzugsrecht nach dem Freizügigkeitsgesetz mehr als nur die Kernfamilie und gewährt mit der Einbeziehung von Kindern bis 21 Jahren auch im Bereich der Kernfamilie einer größeren Personengruppe Zugang zum Bundesgebiet als mit der Grenze der Volljährigkeit üblich.

Das Gesetz verlangt nur für Studenten<sup>178</sup> und Nichterwerbstätige<sup>179</sup> weitere Nachzugsvoraussetzungen. Diese benötigen eine ausreichende Krankenversicherung, sowie genug Vermögen zur Existenzsicherung<sup>180</sup>. Als Grund wird der Schutz der Sozialsysteme und die fehlende Harmonisierung derselben angegeben. Hier bewegen sich die gesetzlichen Regelungen im Grenzbereich des Diskriminierungsverbotes. Dieses Ergebnis ist im Grundsatz von der Unionsbürgerrichtlinie so vorgesehen. Um diese Regelung mit dem Diskriminierungsverbot vereinbar zu machen, wird der Schutz der Sozialsysteme auf die ersten 3 Monate des Aufenthaltes beschränkt.<sup>181</sup> Verengend wird bei Studenten das Recht auf Nachzug auf Ehegatten, Lebenspartner und Kinder, denen Unterhalt gewährt wird<sup>182</sup>, beschränkt.

Die geforderten Mittel zur Existenzsicherung können aus beliebiger Quelle stammen. Es genügt, dass der Nachweis der Existenzsicherung geführt werden kann. Bei Studenten kann darüber hinaus nicht verlangt werden, dass sie ihre finanziellen Mittel detailliert offen legen. Vielmehr muss eine Erklärung genügen, dass keine Sozialleistungen in Anspruch genommen werden müssen. Die Grenze des Existenzminimums darf gemäß Art. 8 Abs. 4 RL 2004/38/EG nicht abschließend festgelegt werden. Vielmehr hat sie sich nach dem Einzelfall zu richten und wird durch das im Mitgliedstaat übliche Niveau für Sozialleistungen und Mindestrente begrenzt. Die geforderte Krankenversicherung muss alle üblichen Leistungen abdecken. Existenzmittel sind dann ausreichend, wenn der Betroffene seinen Lebensunterhalt zur Befriedigung der Grundbedürfnisse selbst bestreiten kann.<sup>183</sup>

Das Erfordernis der eigenständigen Existenzsicherung ist im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Unionsbür-

---

177 Visumsfreiheit für Unionsbürger: § 2 Abs. 4 S.1 FreizügG/EU, Visumsfreiheit bei Aufenthalt bis zu 3 Monaten für den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen: § 2 Abs. 5 S. 2 FreizügG/EU, Visumpflicht für den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen: § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU.

178 Studenten im Sinne der Norm sind Unionsbürger, welche an „einer privaten oder öffentlichen Einrichtung, die von dem Aufnahmemitgliedstaat aufgrund seiner Rechtsvorschriften oder seiner Verwaltungspraxis anerkannt oder finanziert wird, zur Absolvierung einer Ausbildung einschließlich einer Berufsausbildung als Hauptzweck eingeschrieben“ sind; Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2004/38/EG. Der Begriff ist damit weitergehend als der Studentenbegriff der RL 2004/114/EG (Studentenrichtlinie).

179 Nichterwerbstätige im Sinne der Norm sind bspw. Studenten und Rentner. Eine Definition erfolgt schlicht über die Abgrenzung gegenüber Erwerbstätigen, die einer entgeltlichen Beschäftigung nachgehen. Vgl. *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 4 FreizügG/EU Rn 8.

180 Existenzmittel sind alle dem Betreffenden zustehenden geldwerten Vermögensmittel, die zur Bestreitung seines Unterhaltes verwendet werden können. Darunter fallen auch Unterhaltsleistungen Dritter oder Stipendien u.ä. Weitere Beispiele bei *Harms* in Storr, Zuwanderungsrecht, 2.A., § 4 FreizügG/EU, Rn 6.

181 *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 4 FreizügG/EU Rn 3.

182 Im Sinne des Richtlinienumsetzungsgesetzes aus dem Jahr 2007 wird für die Frage der Unterhaltsgewährung nicht mehr auf einen gesetzlichen Unterhaltsanspruch abgestellt, was auch der Rechtsprechung des EuGH entspricht, da sonst der Familiennachzug von nationalen Vorschriften abhinge. EuGH Urteil vom 18.06.1987 – Rs.: C-316/85–Lebon, Zif. 21. Vgl. auch: VV 4.2.2. zu § 4 FreizügG/EU und VV 3.2.2.1. zu § 3 FreizügG/EU.

183 Für Details: *Harms* in Storr, Zuwanderungsrecht, 2.A., § 4 FreizügG/EU, Rn 6; *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 4 FreizügG/EU, Rn 25-32 mwN.



gerrichtlinie<sup>184</sup> dahingehend auszulegen, dass die grundsätzliche „angemessene“ Inanspruchnahme von Sozialleistungen keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen auslöst. Immer ist eine Einzelfallprüfung erforderlich und erst, wenn dort aufenthaltsbeendende Maßnahmen ergriffen werden, haben diese konstitutive Wirkung für den Wegfall des Aufenthaltsrechtes. Vorher bleibt der Bezug von Sozialhilfeleistungen lediglich Indiz für die mangelnde Existenzsicherung.<sup>185</sup>

Entgegen des Wortlautes des § 4 FreizügG/EU bestimmt Art. 7 Abs. 1 lit. c der Unionsbürgerrichtlinie, dass lediglich für den Unionsbürger die Pflicht zur Existenzsicherung und Krankenversicherung besteht, nicht aber für seine Familienangehörigen. Auch muss nur der Unionsbürger hierüber Nachweise erbringen.<sup>186</sup> Würde aber dem Unionsbürger das Aufenthaltsrecht verwehrt, weil für seine Angehörigen keine ausreichende Krankenversicherung oder Existenzmittel nachgewiesen werden kann, würde dies unverhältnismäßig in das Recht auf Freizügigkeit eingreifen. Dies entspricht auch der Auffassung des Gerichtshofes, der es zulässt, dass der drittstaatsangehörige Familienangehörige sich darauf berufen kann, dass der stammerechtliche Unionsbürger über ausreichende Mittel auch für den Unterhalt seiner Angehörigen verfügt.<sup>187</sup> Der Gerichtshof umgeht die Probleme mit der Vereinbarkeit von Unionsbürgerrichtlinie und Primärrecht jedoch, indem er die Geltung der Richtlinie im konkreten Fall verneint und stattdessen Rechte unmittelbar aus den Grundfreiheiten in Art. 20 und Art. 21 AEUV herleitet.<sup>188</sup>

Letztlich sind auch nationale Regelungen, welche Unionsbürgern und ihren Angehörigen beitragsunabhängige Sozialleistungen verwehren, im Wege unionsrechtskonformer Auslegung nicht anwendbar.<sup>189</sup>

Es ist anerkanntermaßen notwendig, auch drittstaatsangehörigen Eltern ein Nachzugsrecht bzw. Aufenthaltsrecht zu erteilen, wenn sie sich tatsächlich um ihr Kind, welches die Unionsbürgerschaft genießt, kümmern. Alles andere würde – auch wenn durch die Unterhaltsgewährung seitens des Drittstaatsangehörigen an den Unionsbürger die zum gesetzlichen Fall umgekehrte Situation vorliegt – dazu führen, dass das betroffene Kind mit den drittstaatsangehörigen Eltern die Union verlassen müsste und damit auch die Vorrechte eines Unionsbürgers nicht ausüben könnte, womit die Unionsbürgerschaft faktisch leer liefe.<sup>190</sup>

## ff) Geflüchtete Personen

Spezielle Regelungen für den Schutz von Flüchtlingsfamilien enthält § 26 AsylG, der als *lex specialis* zu den Regelungen der §§ 27 ff. AufenthG steht.<sup>191</sup> Ziel der Norm ist das Vermeiden komplizier-

---

184 Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38/EG: „Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen steht das Aufenthaltsrecht nach Art. 6 zu, solange sie die Sozialhilfeleistungen des AufnahmeMitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nehmen.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

185 Kubicki EuR 2006, 489 (496); Im diesen Sinne wäre eine Aufenthaltsbeendigung mit der Begründung, eine Krankenversicherung umfasse keine Notfallversorgung, unverhältnismäßig. So der EuGH in der Rs. C-413/99 – Baumbast u. R., Urteil vom 17.9.2001, Zif. 93.

186 Vgl. Art. 8 Abs. 3 RL 2004/38/EG.

187 EuGH, Urteil vom 19.10.2004, Rs.: C-200/02, Zif. 29-33 – Zhu und Chen.

188 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AusLR, 10.A., § 4 FreizügG/EU, Rn 19ff. Details zu der in der Rechtssache *Zambra* begründeten Rechtsprechung und der Kritik hieran im Folgenden (Kapitel 2).

189 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AusLR, 10.A., § 4 FreizügG/EU, Rn 40 m.w.N.

190 EuGH, Urteil vom 19.10.2004, Rs.: C-200/02, Zif. 39, 40, 45 – Zhu und Chen. Probleme ergeben sich im Fall von Drittstaatsangehörigen Familienmitgliedern Deutscher. Auf diese findet das Freizügigkeitsgesetz keine Anwendung, vielmehr fallen sie unter die weniger günstigen Regelungen des Aufenthaltsgesetzes. Insofern wird das Vorliegen einer Inländerdiskriminierung angenommen, die aber mit Unionsrecht vereinbar sei. Die Vereinbarkeit mit den Grundsätzen von Art. 3 GG ist hingegen umstritten; Dienelt in Bergmann/Dienelt, AusLR, 11.A., § 1 FreizügG/EU, Rn 21-23 m.w.N.

191 § 26 AsylG dient der Umsetzung von Art. 23 Qualifikationsrichtlinie zur Wahrung des Familienverbandes.

ter Prüfungen hinsichtlich des Vorliegens von Fluchtgründen bei jedem einzelnen Familienmitglied und dadurch entstehende Trennungen von Familienmitgliedern.<sup>192</sup>

Grundsätzlich verweigert § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG einen Aufenthalt aus familiären Gründen dem Ehegatten oder minderjährigen Kind eines subsidiär Schutzberechtigten.<sup>193</sup> Seine Familienangehörigen müssen vielmehr selbst humanitäre oder völkerrechtliche Gründe für ihre Aufnahme geltend machen können. Dies ist nicht mit dem Wortlaut der Qualifikationsrichtlinie vereinbar. Nach Art. 23 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie besteht auch für Angehörige von subsidiär Schutzberechtigten ein Anspruch auf Aufenthalt aus familiären Gründen. Die nationale Norm versucht hier somit europarechtswidrig die Richtlinie leerlaufen zu lassen.<sup>194</sup> Mittlerweile wird die Norm so im Zuge europarechtskonformer Auslegung nicht mehr angewendet, sondern vielmehr über § 26 AsylG auch international Geschützten Familienasyl gewährt, was als Form des Familiennachzugs betrachtet werden kann.<sup>195</sup>

Mit In-Kraft-treten des Asylpaketes II am 17. März 2016 wurde der Familiennachzug für Personen mit einem subsidiären Schutzstatus für 2 Jahre ausgesetzt.<sup>196</sup>

### III. Was ist Gerechtigkeit?

Als letzte theoretische Grundlage gilt es den Begriff der Gerechtigkeit zu klären, an dem festgestellte Regelungsunterschiede zwischen verschiedenen Gruppen von Ausländern gemessen werden sollen. Dabei wird im Folgenden zunächst die philosophische Sicht auf den Gerechtigkeitsbegriff untersucht und im Anschluss eine gesetzliche Anknüpfung gesucht.

#### 1. Gerechtigkeit im Wandel der Zeit

Die Gerechtigkeit ist wohl seit Beginn des menschlichen Lebens Grundpfeiler jeglicher Gesellschaftsform. Dort wo Menschen zusammen leben, entstehen Regeln, die von der Gemeinschaft als geltend und „gerecht“ anerkannt werden. Sie werden eingehalten, weil sie von „Alters her“ so galten und damit im Sinne dieser Gemeinschaft als „gerecht“ angesehen werden. Oder sie gelten, weil sie „gottgegeben“ sind und ein gerechter Gott natürlich auch gerechte Regeln gibt. Grundlegendstes Prinzip der Gerechtigkeit ist wohl das der Vergeltung. Wem Unrecht getan wurde, der darf Rache üben, um so die Gerechtigkeit wiederherzustellen. Gerechtigkeit stellt in dieser primitiven Form insofern ein Ausgleichsprinzip dar. Im positiven Sinne erhält danach der eine Belohnung, der Gutes getan hat. Einfachstes und ursprünglichstes Konzept in diesem Sinne ist das Talionsprinzip<sup>197</sup>. Das Ausgleichsprinzip stößt aber da an seine Grenzen, wo man versucht, die ihm immanente Gerechtigkeit zu finden. Denn wer für eine Leistung eine Medaille erhält, hat keinen gleichwertigen Ausgleich erhalten. Ebenso ist die Freiheitsstrafe für einen Diebstahl nicht mit der verletzten Norm vergleichbar. Der Entzug von Eigentum wird mit dem Entzug von Freiheit bestraft. Auch wer Rache

---

192 *Bergmann* in *Bergmann/Dienelt*, AuslR, 11.A., § 26 AsylG, Rn 2.

193 Etwas anderes gilt grundsätzlich für Angehörige von Flüchtlingen, siehe im Folgenden zu § 26 AsylG.

194 *Hoffmann* in *Hk-AuslR*, § 29 AufenthG Rn 18f.

195 Ein ähnliches Konzept wird auch im Rahmen der Massenzustromsrichtlinie angewandt. Befinden sich Familienangehörige nach Aufnahme im Sinne der Massenzustromsrichtlinie in unterschiedlichen Mitgliedstaaten, steht ihnen im Sinne von Art. 8 EMRK das Recht auf Wechsel des Staates und Zusammenführung zu. Es handelt sich um eine Verbindung von vorübergehendem Schutz und Aufenthalt aus familiären Gründen. Vgl. § 29 Abs. 4 AufenthG.

196 BGBl. I 2016, S. 390, Gesetz vom 11.03.2016.

197 Am anschaulichsten und bekanntesten ausgedrückt im Alten Testament und der Tora: „... so sollst du geben Leben für Leben, Auge für Auge, Zahn für Zahn, Hand für Hand, Fuß für Fuß, Brandmahl für Brandmahl, Wunde für Wunde, Strieme für Strieme.“ - 2. Mose 21,23-25.

nimmt, trifft oft nicht genau das gleiche Maß an Eingriff wie der ursprüngliche Täter.<sup>198</sup>

Für den Griechen Platon war die Suche nach „Gerechtigkeit“ Kern seiner Arbeit.<sup>199</sup> Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass „das Gute“ mit „Gerechtigkeit“ zumindest eng verbunden ist, wenn nicht sogar gleich zu setzen. Er kommt aber weder in Hinblick auf die Definition der Gerechtigkeit noch des Guten zu einem greifbaren Ergebnis. Aristoteles macht sich die Antwort einfacher und stellt fest, dass schlicht die Natur des Menschen verlange, dass das Zusammenleben eine „gerechte“ Form erhält. Gerechtigkeit ist insofern ein Grundbedürfnis menschlicher Natur. Dieses Bedürfnis zielt notwendig auf eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung, weshalb Recht und Gerechtigkeit auch untrennbar miteinander verbunden sind.<sup>200</sup> Die Definition dessen, was in diesem Rahmen als gerecht zu betrachten sei, überlässt Aristoteles dem Staat.<sup>201</sup> Dabei erkennt er zwei Formen von Gerechtigkeit: die ausgleichende Gerechtigkeit (*iustitia commutativa*) und die verteilende Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*). Aristoteles geht es bei dieser Kategorisierung primär um Fragen der Verteilung, womit er die Frage der Gerechtigkeit zu einer Verteilungsfrage macht.<sup>202</sup> Gerade in dieser Verteilungsfrage kommt für Aristoteles die Verknüpfung von Gleichheit und Gerechtigkeit zum Ausdruck.<sup>203</sup>

Der Satz des Römers Ulpianus „*suum cuique tribuere*“ - „jedem das Seine“<sup>204</sup> - wurde im Lauf der Geschichte Grundlage für viele (Un-)Rechtsordnungen, da er im Kern keine wirkliche Aussage trifft. Vielmehr sagt er nur, dass jedem das gebührt, was ihm gebühren soll. Dieses „Gebühren sollen“ wird aber von der bestehenden Rechtsordnung bestimmt, womit gemessen an diesem Satz jede Ordnung gerecht ist, da sie ihren Gerechtigkeitsmaßstab selbst festlegt.<sup>205</sup> Für römische Juristen galt die Gerechtigkeit als „Mutter des Rechts“.<sup>206</sup>

Im Mittelalter dominierte eine stark religiöse Prägung des Gerechtigkeitsbegriffs, ganz im Sinne des vorherrschenden Naturrechts. Die Bibel als Gesetz Gottes gab auch vor, was als gerecht zu betrachten war. Es bestand insofern eine göttliche Gerechtigkeit, die nach dem Wortlaut der Bibel, zumindest theoretisch, durch den Gedanken der Güte und Liebe geprägt sein soll. Statt Lohn an Leistung zu knüpfen, soll jeder den gleichen Lohn erhalten, weil dies gütig sei.<sup>207</sup> Die Umsetzung dieses

---

198 Für Details und weitere Beispiele: Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1960, S. 377-381; ebenso tun sich dort Grenzen auf, wo die Frage der „gerechten“ Strafe nicht beantwortbar ist. Wie sollte nach Moses Regel eine Strafe für Meineid, Inzest oder Vergewaltigung aussehen?

199 In diesem Zusammenhang stellt er fest: „Gerechtigkeit besteht danach darin, dass „ein jeder das Seinige und Gehörige hat und tut“, was aber im Grunde eine bloße Worthülse ist, da „das Seine“ von individuellen Definitionen abhängt; Platon, *Politeia*, 331e, 433aff.; Rütters JZ 2009, 969 (970).

200 Mit „Das Recht ist die Scheidung von Gerechtem und Ungerechtem“ beschreibt Aristoteles diese Hypothese am anschaulichsten; Rütters JZ 2009, 969 (970).

201 „Die Gerechtigkeit aber stammt erst vom Staat her, denn das Recht ist die Ordnung der staatlichen Gemeinschaft; das Recht ist aber die Entscheidung darüber, was gerecht ist.“

202 Der Gedanke der Gerechtigkeitskategorien findet sich in der Folge auch bei Thomas von Aquin. Modernere Kategorien sind: gesetzliche, politische, soziale, internationale und intergenerationale Gerechtigkeit. Näheres dazu und zur Unterteilung in Gemeinwohl- und Einzelfallgerechtigkeit bei Sommerman, JURA 1999, 337.

203 Details der Lehre Aristoteles und Kritik an dieser bei Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 5.A., S. 82ff.

204 Ulpianus Verständnis von der Gerechtigkeit findet sich auch in Justinians *Corpus Iuris Civilis* als Prämisse: „Gerechtigkeit ist der beständige und immerwährende Wille, Jedem sein Recht zukommen zu lassen.“ *Corpus Iuris Civilis*, 1. Buch, 1. Titel de *iustitia et iure*. Deutsche Ausgabe von Otto, Schilling, Sintenis.

205 So Kelsen in seinem grundlegenden Aufsatz „Das Problem der Gerechtigkeit“, in dem grundsätzlich die Richtigkeit und Geltung aller bekannter Gerechtigkeits-theorien angezweifelt wird.- *Reine Rechtslehre*, 1960., S. 366f.; Sonnenberger JURA 2000, 561 (562).

206 Insbesondere Ulpianus wird eine solche Theorie zugeschrieben - „Das Recht aber kommt von der Gerechtigkeit gleichsam wie von seiner Mutter, also war die Gerechtigkeit vor dem Recht“, Rütters JZ 2009, 969 (970).

207 Eine Norm, die Jesus mit dem Weinberg-Gleichnis aufstellte und dem Hausvater die Worte in den Mund legte: „Also werden die Letzten die Ersten und die Ersten die Letzten sein...“ - Matthäus 20, 1-16, Damit begründete der Hausvater, dass jeder Arbeiter – unabhängig von seiner Leistung – einen Groschen für seine Arbeit erhielt. Ein

Konzepts scheiterte gleichwohl an der menschlichen Natur - dem Streben nach dem eigenen Vorteil. Biblische Gerechtigkeit bezieht sich primär aber auf die Welt nach dieser Welt. Im Reich Gottes sollen die Ersten die Letzten sein und die Hungernden die Satten werden, die Sehenden die Blinden.<sup>208</sup> Im Kern wird also Gerechtigkeit durch eine völlige Umkehrung der Verhältnisse erreicht.<sup>209</sup>

Religiös geprägt sind insbesondere die bereits in der Antike entstandenen verschiedenen Ausprägungen der Naturrechtslehre. Kern dieser Lehren ist die Überlegung, dass es neben dem gesetzten Recht ein sogenanntes Naturrecht gibt, welches sich aus der Natur des Menschen und der Dinge ergibt und mehr oder minder von Gott gegeben wird, insofern auch den Gesetzgeber als übergeordnetes Recht bindet. Dieses Naturrecht wird als gerechte Ordnung angesehen, da die Natur nicht ungerecht sein könne.<sup>210</sup> Das Naturrecht als Recht, welches sich aus der Natur des Menschen ergibt, weiter gedacht, kommt zu dem Schluss, dass auch das Recht des Stärkeren eine Ausprägung der Gerechtigkeit sei. Deshalb sei es gerecht, wenn der eine mehr als der andere habe. Nietzsche bringt dies zum Ausdruck, indem er den Willen zur Macht als Kern allen menschlichen Strebens bezeichnet.<sup>211</sup> Schon Thomas von Aquin schränkte dies ein, indem er feststellte, dass nur die Herrschaft gerecht ist, die auf das Gemeinwohl bedacht ist.<sup>212</sup> Konsequenter müsste also auch Nietzsches Theorie soweit eingeschränkt werden, dass nur dann das Recht des Stärkeren gerecht ist, wenn seine Macht auch das Gemeinwohl fördert.

Überraschenderweise findet sich bei Kant kaum ein Bezug auf den Gerechtigkeitsbegriff. Der kategorische Imperativ<sup>213</sup> ist vielmehr eine moralische Norm, in welcher die Gerechtigkeit inbegriffen ist. Folgt man dem Kantschen Bild vom Menschen, muss man eher zu dem Schluss kommen, dass es gar keine Gerechtigkeit geben kann.<sup>214</sup> Gegen die Gültigkeit des kategorischen Imperativs als Norm der Gerechtigkeit bzw. als Beweis, dass es eine solche nicht gibt, spricht aber schon die grundsätzliche Konstruktion der Figur. Unabhängig vom Inhalt kann beinahe jede Aussage als allgemeine Norm formuliert werden, sodass auch Gegensätzliches nach Kant seine Gültigkeit haben müsste.<sup>215</sup>

Kritisch ist mithin auch die Theorie Hegels, Recht sei nur dann „wahrhaftes Recht“, wenn es vernünftig sei, da nur die Vernunft zur Wahrheit führe und nur dort Recht und Gerechtigkeit zu finden seien.<sup>216</sup> Dagegen spricht aber schon die einfache Frage danach, was denn „vernünftig“ sei – eine subjektive Antwort lässt sich hier wohl kaum ausschließen.

---

Konzept, welches auch zu der damaligen Zeit als ungerecht erschien und nur durch abstrakte Konzepte wie Güte und Liebe gerechtfertigt werden konnte.

208 Matthäus 20, 1-16; Lukas 6, 21; Johannes 9, 39.

209 Eine solche Auffassung wird heute noch von der eschatologischen Gerechtigkeitslehre vertreten, nach der wahre Gerechtigkeit dem Reich Gottes vorbehalten ist, während in der diesseitigen Ordnung nur eine Ordnung des „relativ Besseren“ erreicht werden könne. Simon, NJ 1998, 2 (2).

210 Für weitere Details und theoretische Grundlagen: Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 67ff. - insbesondere wird bestritten, dass es „ungerechte“ Normen des positiven Rechts geben kann, denn das positive Recht könne dem Naturrecht nicht widersprechen; Simon, NJ 1998, 2 (3).

211 Nietzsche XI, Nr. 838.

212 Rüthers JZ 2009, 969 (972).

213 In der bekanntesten Form: „Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“; Kant, gesammelte Werke, Bd IV, S. 421.

214 Kant legt seinem Menschenbild zu Grunde, dass nur ein freier – also selbstbestimmter – Mensch, moralisch richtig und verantwortlich handeln kann. Da aber kein Mensch in der realen Welt im Kantschen Sinne frei ist, kann es auch kein moralisch richtiges Handeln geben. Ist die Gerechtigkeit in der Moral enthalten, kann es mithin auch sie nicht geben. Kant, gesammelte Werke, Bd III, S. 372/3; so auch: Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 368.

215 So kann auf der einen Seite die Regel aufgestellt werden, dass alle Produktionsmittel in Privateigentum zu stehen haben. Genauso allgemein ist aber auch der Satz, dass alle Produktionsmittel im Volkseigentum stehen sollen. Weitere Beispiele: Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 80.

216 Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, 1830, § 6.

Das Idealbild der gerechten Gesellschaft hat Marx mit seiner Idee der kommunistischen Gesellschaft entworfen. Wo jeder nur nach seinen Fähigkeiten leisten muss und dafür die Befriedigung seiner Bedürfnisse versprochen wird, kann an der Gerechtigkeit nicht gezweifelt werden.<sup>217</sup> Hier wird Ungleiches ungleich behandelt, womit auch eine Verbindung zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit besteht. Die Realisierbarkeit dieser Idee wird aber von der menschlichen Natur begrenzt. Es steht kaum zu erwarten, dass alle freiwillig das Leisten würden, wozu sie fähig sind und sich nur mit dem begnügen würden, was zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse erforderlich ist.

Für das 20. Jahrhundert prägend waren die Theorien von Radbruch, für den Recht wertbezogen ist und sich an der Idee der Gerechtigkeit zu orientieren hat.<sup>218</sup> Generell gehe aber das positive Recht vor. Nur ausnahmsweise könne man zu einem abweichenden Ergebnis kommen, wenn das positive Recht so eklatant im Widerspruch zur Gerechtigkeit stehe, dass ein Festhalten nicht mehr vertretbar sei.<sup>219</sup> Eine Verknüpfung von Gerechtigkeit und Gleichheit schränkt Radbruch insofern ein, als dass die Gleichheit nur das Verhältnis von Behandlungen vorgibt, nicht aber welche Behandlung genau nun im Einzelfall gerecht ist.<sup>220</sup>

Der radikale Positivist Kelsen nimmt eine klare Trennung von Recht und Moral vor, welche zunächst jede Überlegungen zu Gerechtigkeit ausschließt. Normen gelten unabhängig von moralischen Kategorien wie Gerechtigkeit. Außerdem widerlegt Kelsen in seinem Aufsatz „Das Problem der Gerechtigkeit“ von 1960 alle bis dahin getroffenen Theorien über die Gerechtigkeit und stellt fest, dass die Klassifizierung als „gerecht“ immer eine zu Grunde liegende Rechtsordnung erfordert, deren Geltung als „gerecht“ vorausgesetzt wird. Erst durch sie werden Formeln wie „*sum cuique*“ mit Leben gefüllt und anwendbar.<sup>221</sup> Einzig das Gebot der Nächstenliebe betrachtet Kelsen als Gerechtigkeitsnorm, die ohne eine umgebende Ordnung funktioniert. Die Nächstenliebe verlangt danach, demjenigen zu helfen, der egal wie – leidet und in Not ist. Dabei soll insbesondere das Leiden subjektiv festgestellt werden, um eine umgebende Ordnung, die Leiden objektiv bestimmt, nicht zu benötigen. Im Unterschied zu anderen Gerechtigkeitsnormen wendet sich die so verstandene Nächstenliebe nicht an einen Staat oder eine andere höhere Instanz, sondern an jeden Einzelnen.<sup>222</sup>

Kelsen stellt insbesondere die zwei verschiedenen Gerechtigkeitssysteme der Freiheit und der Gleichheit gegenüber und stellt fest, dass der Grundsatz von der Gleichheit und Gleichbehandlung aller Menschen falsch, weil mit der Realität nicht vereinbar, sei. Ebenso kritisiert er das Freiheitsprinzip als Gerechtigkeitsnorm, da ein unbedingtes Beharren auf der Freiheit des Einzelnen asozial sei. Damit stellt er im Kern die Naturrechtslehre in Frage. Beide Prinzipien können für ihn nur eingeschränkt angewandt werden. Freiheit kann nur soweit gehen, wie sie mit der umgebenden Gesellschaftsordnung vereinbar ist. Und nicht alle Menschen können gleich sein. Vielmehr müssen die be-

---

217 Marx in: Kritik am Gothaer Programm von 1875, MEW Bd. 19, S. 21 (von Marx selbst unter dem Titel „Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei“ verfasst und als Beilage mit Brief vom 05.05.1875 an Wilhelm Bracke geschickt).

218 Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, § 9, S. 164.

219 Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, § 10 S. 177f.. Hierin wird die „Radbruch'sche Formel“ gesehen, welche das BVerfG im Mauerschützenprozess anwendete, um den entsprechenden Normen des DDR-Regimes ihren Charakter als Rechtfertigungsgrund zu nehmen. Der Bezug ergibt sich bereits aus dem 3. Leitsatz des Urteils – BVerfG Beschluss vom 24.10.1996 Az.: 2 BvR 1851, 1853, 1875 und 1852/94. Auch in anderen Fällen wurde die Radbruch'sche Formel Grundlage von höchstrichterlichen Entscheidungen: BGHZ 3, 94 (107); BVerfGE 23, 98; BVerfGE 54, 53; BGHSt 41, 101. Insofern kommt die Radbruch'sche Formel im Satz von „Gesetz und Recht“ aus Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck und stellt damit eine Absage an den Rechtspositivismus dar. Zu diesem Gedanken: Hirsch ZRP 2012, 205. Anschaulich zu Radbruchs Gedanken: Sommerman JURA 1999, 337 (341).

220 Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, § 9, S. 164.

221 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 374.

222 Ebenda S. 386.

stehenden Unterschiede berücksichtigt werden und eine umgebende Ordnung legt fest, welche Unterschiede beachtlich und welche es nicht sind.<sup>223</sup> Insofern ergibt sich aus dem Grundsatz der Gleichheit aller Menschen das Postulat: „Wenn Individuen und die äußeren Umstände gleich sind, sollen sie gleich behandelt werden, wenn Individuen und die äußeren Umstände ungleich sind, sollen sie ungleich behandelt werden.“<sup>224</sup> Danach besteht aber keine reine Gerechtigkeit mehr, weshalb Kelsen hierin keine Gerechtigkeitsnorm sieht. Lediglich Sätze, in denen tatsächlich alle Menschen gleich behandelt werden, können als Gerechtigkeitsnormen betrachtet werden.<sup>225</sup> Letztlich ist Gleichheit für Kelsen ein Gebot der Logik und nicht der Gerechtigkeit, da sich Ungleichbehandlungen schlicht nicht erklären ließen.<sup>226</sup>

Grundlegend anders geht Rawls die Frage nach der Gerechtigkeit an. Er bezeichnet Gerechtigkeit als Fairness und kommt zu Gerechtigkeitsnormen über Gedankenexperimente. Ausgangspunkt ist für ihn die Frage, welche Normen freie Menschen finden würden, wenn die Gleichheit aller vorausgesetzt wäre und es darum ginge, „gerechte“ Normen zur Regelung des Zusammenlebens zu finden. Dabei ist ausschlaggebend, dass die gefundenen Grundsätze unabhängig von gesellschaftlicher Stellung, Moralvorstellungen oder körperlichen und geistigen Fähigkeiten aufgestellt wurden.<sup>227</sup> Dadurch wäre keine Norm zum Vorteil einer bestimmten Person, da ja alle völlig gleich sind. Durch diese Gleichheit entstünden allgemeingültige Verhaltensnormen, die schlicht gerecht seien und in Unkenntnis bestehender Unterschiede auch dem Prinzip absoluter Gleichbehandlung folgen müssten.<sup>228</sup> Rawls selbst stellt dies jedoch in Frage und kommt zu dem Ergebnis, dass Ungleichbehandlung da zulässig sein soll, wo sie durch Vorteile für alle Beteiligten gerechtfertigt ist. Einschränkungen der Freiheit sind aber nicht im Bereich der Freiheiten und insbesondere der Gleichheit vor dem Gesetz hinnehmbar. Um für jeden die im schlimmsten Fall bestmögliche Position zu erreichen, muss in rechtlicher Hinsicht absolute Gleichheit und gleicher Zugang zu allen Positionen und Ämtern gegeben sein. Insgesamt ist das Gerechtigkeitsystem Rawls ein System der Chancengleichheit, bei der es weniger darauf ankommt, dass sodann im Ergebnis alle die gleichen Güterstände innehaben.<sup>229</sup> Auch Rawls scheitert jedoch an der Natur des Menschen, die von Eigenschaften wie Neid geprägt ist und in der sich niemand auf einen Vertrag einlassen würde, den er in Unkenntnis der Tatsachen zu seinem Ungunsten abgeschlossen hat. Rawls geht insofern von idealen Menschen und einem Idealfall der Gesellschaft aus, bietet aber keine Lösungen für reale Probleme.<sup>230</sup>

Ähnlich komplexe Strukturen liegen auch der Theorie Habermas zu Grunde, nach der Grundlage jeder Gesellschaftsordnung die Kommunikation ist. Nur über den Diskurs der Gesellschaftsmitglieder kann es überhaupt zur Norm- und Wahrheitsfindung kommen. Nach Habermas ist die Wahrheit wiederum zwingende Voraussetzung, um Gerechtigkeit zu erreichen. Für Habermas ist nur die Norm gültig, der alle zugestimmt haben. Hierin begründet sich auch die Bezeichnung Habermas als Radi-

---

223 Ebenda S. 389f.

224 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 392.

225 Kelsen nimmt hier den Satz „kein Mensch soll getötet werden“ als Beispiel, bei dem eine Norm ohne Unterschied in Bezug auf alle Menschen gilt. Aber schon der Satz „Der Dieb soll bestraft werden“ passt nicht mehr in dieses Schema, denn hier wird auf ein Merkmal abgestellt, welches den Dieb von anderen Menschen unterscheidet, ihn ungleich macht.

226 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 393f.

227 Rawls spricht von einem „Veil of ignorance“, der sich über die Teilnehmer seiner Gedankenexperimente legen soll. Dabei sollen sie die genannten Merkmale ihrer Persönlichkeit und ihrer persönlichen Stellung vergessen, sodass es keine Unterschiede zwischen den Menschen mehr gebe. In diesem absolut gleichen Urzustand, würden sodann Regeln des Zusammenlebens aufgestellt, die keinen bevorteilen würden, da jeder damit rechnen müsste, selbst in einer benachteiligten Position zu setzen. Details, sowie Hinweise auf Kritikpunkte bei Braun, Rechtsphilosophie, § 13.

228 Details: Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 85f.

229 Ein Vorteil aus einer Ungleichbehandlung ergibt sich bspw. bei der Güterverteilung. Da einige besser wirtschaften, als andere, empfiehlt es sich, solchen ein Mehr an Gütern zu sprechen, um so für die Gesellschaft als Ganzes ein Mehr zu erringen. Braun, Rechtsphilosophie, § 14.

230 Braun, Rechtsphilosophie, § 15.

kaldemokrat und gleichzeitig die praktische Grenze dieser Theorie. Es ist kaum denkbar, dass jemals tatsächlich alle Beteiligten einer Norm zustimmen würden. Die Befragung Weniger als repräsentative Gruppe vermag dieses Problem kaum zu lösen.<sup>231</sup>

Im Gegensatz zu vorherigen Theorien wendet sich Jonas nicht nur gegenwärtiger Gerechtigkeit zu, sondern fragt auch, was im Sinne künftiger Generationen gerecht wäre. Dabei steht für ihn das Prinzip der Verantwortung im Mittelpunkt aller Überlegungen. Es kann die Norm als gültig und gerecht angesehen werden, welche auch die Verantwortung für zukünftige Generationen im Blick hat. Jonas konzentriert sich dabei in späteren Werken auf Fragen der Medizinethik und nimmt insbesondere den technischen Fortschritt in den Blick.<sup>232</sup>

Während der BGH zunächst einer naturrechtsfreundlichen Auslegung des Rechts zugetan war, hat sich seine Haltung bei moralischen Fragen hin zu einem *Ius gentium* entwickelt, also einem Recht, welches sich aus der gleichlautenden Rechtsüberzeugung der Kulturvölker ergibt und zu anderen Kulturkreisen abgegrenzt werden muss. Insofern wird auch der Gerechtigkeitsbegriff nicht allgemein, sondern lediglich auf den entsprechenden Kulturkreis beschränkt definiert.<sup>233</sup>

In der modernen, offenen, pluralistischen, demokratischen Gesellschaft ist die Frage der Gerechtigkeit zu einer individuellen Frage geworden, die jeder für sich selbst zu beantworten hat. Der Einzelne wird zur moralischen Instanz, die im Sinne der Demokratie gleichberechtigt neben allen anderen steht. Um das Funktionieren des Staates aber zu gewährleisten, muss das als „gerecht“ gelten, was den größten gesellschaftlichen Konsens erreicht und daher in „Recht“ gegossen wird. Mithin handelt es sich um die Gerechtigkeit der Mehrheit, die aber auch einem jederzeitigen Wandel unterliegt, da es keine „ewigen Wahrheiten“ geben kann.<sup>234</sup>

Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Vielzahl der verschiedenen Ideen von Gerechtigkeit nicht auf einen Nenner zu bringen sind und Gerechtigkeit somit vielmehr ein abstrakter Begriff bleibt, der immer wieder neu definiert werden kann und muss.

Am ehesten entsteht eine Definition aus einzelnen Elementen verschiedener Theorien. Gerechtigkeit wird daher nachfolgend als das verstanden, was im Sinne des Grundgesetzes einer gleichen Behandlung entspricht und auch die Chancengleichheit nach Rawls verwirklicht, aus einem allgemeinen Diskurs im Sinne von Habermas entstanden ist und dabei als verantwortlich nach Jonas betrachtet werden kann. Dabei soll aber das christliche Element der Nächstenliebe in Gestalt von Menschenrechten Teil des Gerechtigkeitsbegriffs sein. Kelsens Grundsatz der Ausfüllungsbedürftigkeit von Gerechtigkeitsnormen durch die umgebende Ordnung wird insofern umgesetzt, als dass das Grundgesetz und menschenrechtliche Verbürgungen zur Ausfüllung herangezogen werden.

---

231 Habermas, Faktizität und Geltung, 5.A.; Ausführlich zu Theorie und der Kritik daran: Braun, Rechtsphilosophie, §§22 bis 25.

232 Bereits im ersten Kapitel nimmt Jonas den technischen Wandel als Ausgangspunkt für eine neue Ethik in den Blick. Jonas, Das Prinzip Verantwortung, 8.A., S. 15. Ein Überblick und Verbindung zu anderen Theorien bei Braun, Rechtsphilosophie, §§ 26 bis 29. Der Blick in die Zukunft lässt sich aber auch bei Rawls konstruieren, indem die Menschen unter dem Schleier des Nichtwissens auch als Ausgangspunkt künftiger Ahnenlinien für ihre Nachfahren mit entscheiden.

233 Simon, NJ 1998, 2 (3).

234 Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 60/62, in diesem Sinne auch Rüthers JZ 2009, 969 (971ff.), der zur Existenz sogenannter „Systemgerechtigkeiten“ kommt und es insbesondere als Symptom von Demokratien betrachtet, dass Gerechtigkeit das Ergebnis von Kompromissen sei. Die Gerechtigkeit als demokratischen Prozess begreift Sommerman in JURA 1999, 337 (340). Insofern kommt auch erneut der Ausspruch „Jedem das Seine“ zum Tragen, BVerfGE 4, 144, 155.

## 2. Gerechtigkeit im Recht der Gegenwart

Aus den vielfältigen Theorien zur Gerechtigkeit lässt sich wohl am besten herleiten, dass der Rechtsstaat seinen Anspruch auf Gerechtigkeit in der gegenwärtigen Form primär aus den in den Grundrechten postulierten Werten gewinnt. Insofern sind die Grundrechte in positives Recht transformierte Gerechtigkeitsnormen. Deren Geltung aber nur dann voll zum Tragen kommen kann, wenn die umgebende Ordnung im Sinne Kelsens auch die Wahrnehmung derselben ermöglicht.<sup>235</sup>

Unter allen Grundrechten bilden die Gleichheitsgarantien im Grundgesetz oder der EMRK den wohl selbstverständlichsten Anknüpfungspunkt für den Gerechtigkeitsgedanken in der heutigen Rechtsordnung. Dies umfasst sowohl Gleichheit als Prämisse der Rechtssetzung, aber auch der Rechtsanwendung.<sup>236</sup> Dem können auch nicht die Überlegungen Kelsens entgegenstehen, der Gleichheit und Gerechtigkeit voneinander trennt. Vielmehr ergibt sich aus der Feststellung, dass Gleichheit eine logische Prämisse für alles Recht ist und Recht und Gerechtigkeit nicht gleich zu setzen sind, dass Gleichheitsgrundsätze für eine Rechtsordnung zwingend notwendig sind, um im Großen und Ganzen „gerecht“ zu sein.

Für die hiesigen Überlegungen lässt sich dieser Ausgangspunkt insbesondere dahin gehend fruchtbar machen, als dass es nicht nur auf die Einzelfallgerechtigkeit im Sinne einer gleichförmigen Rechtsanwendung ankommt, sondern schon im Vorfeld die Einteilung in verschiedene Fallgruppen von Ausländern eine Frage der Gerechtigkeit ist. Als Grundlage der nachfolgenden Betrachtungen einzelner Regelungen des Rechts auf Familiennachzug in Hinblick auf ihre Gerechtigkeit, sollen zunächst verschiedene Gleichheitsgarantien erläutert werden, anhand derer die Beurteilung vorgenommen werden soll.

### a) Art. 3 GG

Die grundgesetzliche Verbürgung des Gleichheitssatzes findet sich in Art. 3 GG: Dieser normiert in Abs. 1 den allgemeinsten Grundsatz von der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz. Die Abs. 2 und 3 enthalten speziellere Garantien hinsichtlich verschiedener Merkmale. Alle Normen beziehen sich unter Hinzuziehung von Art. 1 Abs. 3 GG sowohl auf die Rechtsanwendung als auch auf die Rechtssetzung. Durch die speziellen Garantien wird deutlich, dass Abs. 1 keine absolute Gleichheit fordert, sondern nur für die Ungleichbehandlungen einen Grund verlangt. Weitere spezielle Gleichheitsgarantien finden sich in Art. 6 Abs. 1 und 5, Art. 33 Abs. 1-3 und Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG.

Ob eine gesetzliche Regelung mit Art. 3 GG vereinbar ist, wird über Vergleichsgruppen festgestellt. Wird etwas ungleich behandelt, wird gefragt, ob es sich um eine vergleichbare Gruppe handelt und ob hier Gleiches ungleich behandelt wird. Ist dies der Fall, wird als nächstes gefragt, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist. Umgekehrt ist auch zu prüfen, ob im Einzelfall wesentlich Ungleiches, willkürlich und ungerechtfertigt gleich behandelt wird. Eine relevante Ungleichbehandlung liegt vor, wenn es sich bei den gebildeten Vergleichsgruppen um *wesentlich* gleiche Gruppen handelt. Wesentlich Gleiches ist gegeben, wenn die Ungleichbehandlung durch die gleiche Rechtssetzungsinstanz erfolgt und es einen vergleichbaren Bezugspunkt – also einen gemeinsamen Oberbegriff - zwischen den Gruppen gibt. Die Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung erfolgt grundsätzlich nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen. Sie muss aber umso stärker sein, je höher die Intensität der Ungleichbehandlung ist. Die Intensität der Ungleichbehandlungen

---

235 Simon spricht in diesem Zusammenhang von einem Grundrechtspositivismus, welcher unvollständig bleibt, wenn es keine Möglichkeit der Inanspruchnahme der Grundrechte und damit der Gerechtigkeit gibt. Simon NJ 1998, 2 (4).

236 So Sonnenberger JURA 2000, 561 (563) – dabei ergänzt Sonnenberger diese Feststellung um eine Einbeziehung des Grundsatzes aus Art. 1 GG. Auch die Würde des Menschen ist Maßstab der Gerechtigkeit.



bemisst sich nach den betroffenen Kriterien. Sind sie personenbezogen, den Merkmalen aus Abs. 3 sehr ähnlich oder nur auf wenige Personen begrenzt, geht die Rechtsprechung von einer intensiven Ungleichbehandlung aus. Bei geringer Intensität genügt eine Willkürprüfung, während Ungleichbehandlung mit hoher Intensität eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordern und insbesondere ein Zweck (Sachgrund) für die Ungleichbehandlung gegeben sein muss. Bei den spezielleren Gleichheitsgarantien müssen die Rechtfertigungsgründe noch genauer geprüft und belegt werden. Hier ist der bei Abs. 1 bestehende Ermessens- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und des Gesetzesanwenders stark eingeschränkt.<sup>237</sup>

## **b) Art. 14 EMRK**

Anders als Art. 3 GG enthält die EMRK keine allgemeinen Gleichheitsgarantien. In Art. 14 EMRK findet sich lediglich ein Diskriminierungsverbot, welches in der Regel in Verbindung mit anderen Konventionsgarantien zitiert wird, denn Art. 14 EMRK verbietet nur die Diskriminierung im Schutzbereich der Konventionsgarantien und -rechte<sup>238</sup>. Die Norm enthält – ähnlich Art. 3 Abs. 2 und 3 GG – eine Liste von Diskriminierungsgründen. Ein allgemeiner Gleichheitssatz findet sich im 12. Zusatzprotokoll zur EMRK<sup>239</sup>

Bei der Prüfung von Art. 14 EMRK lässt der EGMR es genügen, wenn eine diskriminierende Maßnahme vorliegt. Es ist nicht erforderlich, dass diese Maßnahme auch ein anderes Konventionsrecht verletzt, das mit Art. 14 EMRK zitiert wurde. Wie bei Art. 3 GG ist auch hier eine Vergleichsgruppe zu finden und dadurch eine Ungleichbehandlung festzustellen. Der EGMR lässt dabei geringfügige Unterschiede zwischen zwei Gruppen unbeachtet, da er diese in der Rechtfertigung in Betracht ziehen kann. Die in Art. 14 EMRK genannten Differenzierungsgründe sind sodann zu prüfen. Dabei ist die Liste nicht abschließend. Es können auch darüber hinausgehende andere Differenzierungsgründe festgestellt werden.<sup>240</sup> In einem letzten Schritt wird auch hier eine Rechtfertigungsprüfung vorgenommen. Dabei liegt dann kein Konventionsverstoß vor, wenn sich der Mitgliedstaat auf eine sachliche und vernünftige Rechtfertigung berufen kann. Insbesondere ein legitimes Ziel ist hierfür erforderlich. Bei der Festlegung der legitimen Ziele hat der Staat aber einen weiten Ermessensspielraum. Grenzen zieht der EGMR vielmehr im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Hier kommt es insbesondere auf eine Zweck-Mittel-Relation an.<sup>241</sup>

## **c) Art 20/21 GrChEU**

Parallel zu Art. 14 EMRK enthält auch Art. 21 GrChEU nur Diskriminierungsverbote, die aber darüber hinaus auch Alter, Behinderung und sexuelle Orientierung als Diskriminierungsgrund nennen. Die allgemeine Gleichheit vor dem Gesetz findet sich in Art. 20 GrChEU. Insbesondere Art. 20 GrChEU ist für die folgende Betrachtung von Bedeutung, da diese Norm aus Sicht des EuGH Grundlage für alle speziellen Gleichheitssätze im Primärrecht ist und somit für die Europarechtskonformität des deutschen Rechts zum Familiennachzug Beurteilungsmaßstab wird.<sup>242</sup> Dogmatisch folgt die Beurteilung der Normen der Grundrechtecharta denen der EMRK und des Grundgesetzes. Als jüngste Garantie hat die Grundrechtecharta eine ausgeprägte Rechtsprechung in Grund- und Menschenrechtsfragen vorgefunden und diese sodann als Auslegungsgrundlage übernommen.<sup>243</sup>

---

237 Für Details und Prüfungsaufbau statt vieler: Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 31.A., § 11 ab Rn 459.

238 Dies wird auch als Akzessorietät des Diskriminierungsverbots bezeichnet und ist als integraler Bestandteil der Konvention auch auf alle Garantien in Zusatzprotokollen anwendbar.

239 ETS NR. 177, In Kraft getreten am 1. April 2005.

240 Zur Auslegung der Differenzierungsgründe: Meyer-Ladewig, Hk-EMRK, 2.A., Art. 14, Rn 16-33.

241 Weitere Prüfungsdetails und Verweise auf die reichhaltige Rechtsprechung des EGMR bei: Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 26.

242 Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der EU, Rn 884.

243 Zu diesem Zusammenhang und den Details der konkreten Auslegung: Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der

## 2. Kapitel: Das Recht auf Familiennachzug – ein gleiches Recht für alle?

Die vorstehenden Ausführungen offenbaren ein ungemein komplexes Regelungsgeflecht, in dem, abhängig vom Ausgangsverhalt, die jeweils einschlägigen Normen bzw. Normteile zusammengesucht werden müssen. Aus diesen ergeben sich für die genannten unterschiedlichen Personengruppen unterschiedliche Voraussetzungen für den Nachzug, welcher dadurch für die einen leichter und für die anderen ungleich schwerer zu erreichen ist.

Die Folgen sind zwangsläufig „ungerechte“ Konstellationen, die es im Folgenden zu untersuchen gilt.

### I. Inländerdiskriminierung

Mit den geringsten Voraussetzungen erreichen Drittstaatsangehörige eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs, wenn sie zu Unionsbürgern nachziehen, die sich unter Nutzung ihrer Freizügigkeit im Bundesgebiet aufhalten. Gleiches gilt im Grundsatz für den Nachzug von Unionsbürgern zu Deutschen, Drittstaatsangehörigen, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten oder anderen Unionsbürgern. Letzterer fällt aber rein formal nicht unter den Begriff des Familiennachzugs, da Unionsbürger für ihren rechtmäßigen Aufenthalt keinen Aufenthaltstitel benötigen und sich daher für ihren Aufenthalt auch nicht auf die familiären Zwecke berufen müssen. Der Nachzug zu Deutschen durch Drittstaatsangehörige ist hingegen vor höhere Hürden gestellt. Daher stellt sich hier als Hauptfrage das Problem der möglicherweise ungerechtfertigten Inländerdiskriminierung.

Allgemein ist eine Differenzierung anhand vom Merkmal der Staatsangehörigkeit kein unzulässiges Mittel. Insbesondere wird das Merkmal der Staatsangehörigkeit nicht ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannt. Allerdings ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen, dass der Gleichheitsgrundsatz als Menschenrecht ausgeformt ist und daher auch für Ausländer gelten muss. Daher sind nur die Grenzen fraglich, an denen man die Verfassungsgemäßheit einer zunächst diskriminierenden Maßnahme festmacht. Ein strenger Verhältnismäßigkeitsmaßstab ergibt sich, wo anhand eines Merkmals unterschieden wird, auf welches der Einzelne keinen Einfluss hat. Dies trifft exemplarisch auf die Staatsangehörigkeit zu, welche vom Ort der Geburt und der Staatsangehörigkeit der Eltern abhängt – Umstände die niemand beeinflussen kann. Ebenso liegt ein Wechsel der Staatsangehörigkeit nicht in der freien Verfügung des Einzelnen, sondern ist von strengen nationalen Regelungen abhängig. Weiterhin ist der Verhältnismäßigkeitsmaßstab vom betroffenen Freiheitsrecht abhängig.<sup>244</sup> Im Zusammenhang mit Regelungen des Familiennachzugs wird in der Regel das Grundrecht auf Ehe und Familie aus Art. 6 GG betroffen sein. Dies ist ein Grundrecht mit einer elementaren Schutz- und Förderdimension, die bei allen Regelungen mit in Betracht gezogen werden muss, woraus sich eine über das Willkürgebot hinausgehende Prüfung der Verhältnismäßigkeit ergibt.

Die im Folgenden betrachteten Unterscheidungen sind daher an einem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab zu messen.

#### 1. Das Problem

Will ein Drittstaatsangehöriger bspw. zu seinem Ehegatten nachziehen, der deutscher Staatsangehö-

---

EU, Rn 867ff. - insbesondere mit reichhaltigen Hinweisen auf die Rechtsprechung von EuGH und EMRK.  
244 Statt vieler zusammenfassend m.w.N.: BVerfG, Beschluss vom 07.02.2012 – 1 BvL 14/07 – Rz 50ff.

riger ist, richtet sich dieser Nachzug nach § 28 AufenthG. Zieht hingegen ein Drittstaatsangehöriger zu seinem Ehegatten nach, der aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union stammt und sich rechtmäßig als Unionsbürger im Sinne von Art. 20 AEUV im Bundesgebiet aufhält, richtet sich die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs nach § 3 FreizügG/EU, der deutlich geringere Voraussetzungen verlangt.

Betrachtet man die an dieser Ausgangslage Beteiligten, kommt man jedoch zu dem Schluss, dass zwischen dem Franzosen oder Polen, der in Deutschland lebt und dem Deutschen in Deutschland vom Standpunkt des Art. 20 AEUV kein Unterschied besteht. Beide sind Unionsbürger und haben gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 1 AEUV die im Primärrecht vorgesehenen Rechte und Pflichten. Zwischen den nachziehenden Drittstaatsangehörigen besteht erst recht kein Unterschied. Insgesamt werden hier also zwei vergleichbare Gruppen unterschiedlich behandelt, was grundsätzlich gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und einer Rechtfertigung bedarf.

Im europarechtlichen Kontext fällt diese Frage unter den Begriff der *Inländerdiskriminierung* bzw. der „umgekehrten Diskriminierung“, denn entgegen der üblichen verbotenen diskriminierenden Konstellation, dass die Mitgliedstaaten durch nationale Regelungen Ausländer gegenüber ihren eigenen Staatsangehörigen benachteiligen, wird hier der Inländer vor strengere gesetzliche Anforderungen gestellt, als der Ausländer, daher auch der Begriff der „umgekehrten Diskriminierung“. Auch diese fällt aber unter den Wortlaut von Art. 18 AEUV und ist daher verboten.<sup>245</sup>

Im Folgenden wird also die aufgezeigte Ungleichbehandlung anhand von Grundsätzen der Inländerdiskriminierung zu beurteilen sein. Diskriminiert bzw. gemessen an Art. 3 GG ungleich behandelt wird dabei aber nicht der den Nachzug begehrende Drittstaatsangehörige, sondern der Inländer, der im Gegensatz zum Unionsbürger höheren Ansprüchen genügen muss, um seine Angehörigen ins Bundesgebiet zu holen und so die Familieneinheit herzustellen.

#### Exkurs: Grundlagen zur Figur der Inländerdiskriminierung

Die vorstehend beschriebene Situation wird unter dem Begriff der Inländerdiskriminierung geführt, einer rechtlichen Erscheinung, die durch Umsetzung von Unionsrechtsakten entsteht und vom EuGH nicht zwingend als unzulässig betrachtet wird. Der deutsche Begriff der „Inländerdiskriminierung“ wird in der Rechtsprechung des EuGH und stellenweise auch in der Literatur durch den Begriff der „umgekehrten Diskriminierung“ ersetzt. Dafür spricht, dass der Begriff der Inländerdiskriminierung sehr personal darauf abstellt, dass eine natürliche Person diskriminiert wird, aber durchaus auch Diskriminierungen von inländischen Sachverhalten losgelöst von Personen denkbar sind. Andererseits muss der „Inländer“ sich nicht zwingend auf eine Person beziehen, sondern kann auch als bloße Umschreibung der territorialen Zuordnung eines Sachverhaltes verstanden werden. Der Begriff der „umgekehrten Diskriminierung“ wiederum suggeriert, dass es zuvor eine Diskriminierung in die andere Richtung gab. Dies ist jedoch keineswegs zwingend. Daher ist im Ergebnis keiner der Begriffe als absolut richtig anzusehen. Die Begriffe werden synonym verwendet.<sup>246</sup> Für den Zweck der vorliegenden Arbeit soll der Begriff der „Inländerdiskriminierung“ verwendet werden, da es hier um die Diskriminierung von Personen geht, wofür der Begriff des Inländers unzweifelhaft zutreffend ist.

Dabei wird das Vorliegen einer Inländerdiskriminierung davon abhängig gemacht, ob ein sogenannter grenzüberschreitender Bezug vorliegt, also überhaupt der Anwendungsbereich der europäischen

245 Dazu und zu allgemeinen Grundsätzen der Figur der Inländerdiskriminierung exemplarisch: Riese/Noll NVwZ 2007, 516.

246 Ausführlich zu den Begrifflichkeiten und insbesondere auch der im Ergebnis nicht entscheidenden Unterscheidung zwischen direkter und indirekter umgekehrter Diskriminierung bei Lach, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 20ff.

Verträge eröffnet ist.<sup>247</sup> Dieser ist nur eröffnet, wenn die Lage des Inländers mit der eines ausländischen Unionsbürgers vergleichbar ist, was zumeist das Gebrauchmachen von Grundfreiheiten voraussetzt.<sup>248</sup> Für alle anderen Fälle könne sich der betroffene Bürger mit innerstaatlichen Rechtsbehelfen an seinen eigenen Staat wenden. Eine Regelung durch das Unionsrecht sei gar nicht von Nöten.<sup>249</sup> Mit diesen Anforderungen umgeht der EuGH in der Regel die Entscheidung über Konstellationen der Inländerdiskriminierung, da sie schon gar nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fallen.

Während die ursprüngliche Rechtsprechungslinie des EuGH die Anwendung von Unionsrecht auf rein innerstaatliche Sachverhalte ausschloss und damit Inländerdiskriminierung als zulässig erachtete, hat sich dies zwischenzeitlich zunehmend aufgelöst. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass die Unionsbürgerschaft und die damit verbundenen Rechte mittlerweile unabhängig von wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten gelten<sup>250</sup>. Eine weitere Ursache ist im grundlegenden Gedanken der Unionsbürgerschaft zu finden, die ein Band bilden sollen, welches nicht nur die Mitgliedstaaten zu einer Union verbindet, sondern auch und gerade deren Staatsangehörige vereint und gleichstellt.<sup>251</sup> Ein solches Band kann nicht bloß auf wirtschaftliche Tätigkeiten beschränkt bleiben, ebenso wenig, wie die europäische Einigung auf den wirtschaftlichen Bereich beschränkt bleiben soll. Damit ist aber auch eine Diskriminierung durch den eigenen Staat unvereinbar, sodass auch Inländerdiskriminierung unzulässig sein muss.

## a) Meinung der Rechtsprechung

Aus der zahlreichen Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte zur Frage der Inländerdiskriminierung in Verbindung mit Fällen des Familiennachzugs zu Inländern ergibt sich eine über die Jahre konstante Rechtsprechungslinie. Grundsätzlich wird das Vorliegen einer Inländerdiskriminierung bzw. eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 GG bejaht<sup>252</sup>, welche aber gerechtfertigt ist. Zur Rechtfertigung sowohl der Inländerdiskriminierung als auch der Ungleichbehandlung nach Art. 3 GG werden dabei insgesamt ähnliche, wiederkehrende Argumente herangezogen.

### aa) Der Wortlaut

Der EuGH bemüht zunächst eine Wortlautauslegung der Unionsbürgerrichtlinie, wonach von der Richtlinie nur derjenige Unionsbürger begünstigt wird, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt.<sup>253</sup> Die Rechte aus der Richtlinie sind also vom Gebrauch-

---

247 EuGH, Urteil vom 25.07.2008 – Rs.: C-127/08 – Metock, Rz 77; Rossi in BeckOK AusLR, Stand 01.05.2015, Art. 18 AEUV, Rn 30.

248 Von *Bagdandy* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Rt. 18 AEUV, Rn 51.

249 EuGH, Urteil vom 05.06.1997 – Rs.: C-64/96 und C-65/96 – Uecker und Jacquet, Rz 23.

250 Anders als zu Beginn des europäischen Einigungsprozesses, als die Inanspruchnahme der Grundfreiheiten von der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit abhing und gerade die Freizügigkeit sich ausdrücklich auf Arbeitnehmer bezog.

251 In diesem Sinne: Borchardt NJW 2000, 2057 (2059); Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, S. 339; Schlussanträge Generalanwalt Jacobs vom 24.11.1998 in der Rs.: C-274/96 – Bickel und Franz, Rz 23.

252 Dabei wird sich sowohl allgemein auf den Satz des Art. 3 Abs. 1 GG als auch auf den besonderen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 3 GG bezogen. Im Sinne des Abs. 3 wird zumeist eine Diskriminierung auf Grund der Heimat bzw. Herkunft geltend gemacht. Eine Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit ist im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 GG nicht vorgesehen, weshalb diese in die Begriffe der Herkunft und Heimat hinein gelesen wird, da es insbesondere im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Ausländern auf den Fremdheitseffekt ankommt, der durch die prägende örtliche Umgebung entstanden ist. Dazu: Markard/Trucseß NvWZ 2007, 1025 (1027).

253 Art. 3 Abs. 1 UnionsbürgerRL: „Diese Richtlinie gilt für jeden Unionsbürger, der sich in einen anderen als den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, begibt oder sich dort aufhält, sowie für seine Familienangehörigen im Sinne von Art. 2 Nummer 2, die ihn begleiten oder ihm nachziehen.“ (Hervorhebung durch die Verfasserin). Dieses Argument findet sich in der Mehrzahl der entsprechenden Urteile wiedergeben. Statt vieler daher: EuGH, Urteil vom 05.05.2011 – Rs.: C-434/09 – McCarthy, 1. amtlicher Leitsatz.

machen der Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV abhängig. Nach den Erwägungsgründen der Richtlinie ist gerade der Schutz dieser Freizügigkeit ihr Ziel.<sup>254</sup> Daher sei die UnionsbürgerRL dort nicht anwendbar und auch gar nicht von Nöten, wo es um einen Unionsbürger geht, der sich in seinem Herkunftsland aufhält und dieses auch noch nie verlassen hat. Sein Aufenthalt im Herkunftsland ist von keinen Bedingungen abhängig und er bedarf insofern auch keines Schutzes durch die Union gegenüber des Mitgliedstaates, in dem er sich aufhält.<sup>255</sup>

Dies wird auch von nationalen Gerichten regelmäßig aufgegriffen und für nationale Normen fruchtbar gemacht. Die UnionsbürgerRL verlangt keine Gleichbehandlung von in- und ausländischen Unionsbürgern, sondern lediglich, dass Berechtigten im Sinne der Richtlinie die entsprechenden Rechte eingeräumt werden.<sup>256</sup> Der EuGH führt weitergehend aus, dass bei Erlass der Familienzusammenführungsrichtlinie bewusst die Einbeziehung von Unionsbürgern, die nicht von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, verworfen wurde. Hieraus wird gefolgert, dass auch eine Einbeziehung in die Unionsbürgerrichtlinie nicht gewollt sei.<sup>257</sup>

### **bb) Keine Regelungskompetenz**

Außerdem könne die Union nur Sachverhalte regeln, die in ihren Zuständigkeitsbereich fallen, also zwar die Angelegenheiten, die die Unionsbürgerschaft betreffen, nicht aber Fragen der nationalen Staatsangehörigkeit. Dies fällt in den Bereich der Souveränität der Staaten. Da die Staaten insofern souverän entscheiden, was mit ihren eigenen Staatsangehörigen und Drittstaatsangehörigen, die keine Unionsbürger sind, geschieht, wird hier die weit überwiegende Mehrzahl der Fälle durch den Nationalstaat geregelt und damit nur die kleine Gruppe der Unionsbürger besser gestellt. Rechtfertigungsgrund hierfür sei das legitime Hoheitsinteresse an der Steuerung und Limitierung der Zuwanderung.<sup>258</sup>

### **cc) Die europäische Einigung als Ziel**

Weiterhin wird argumentiert, dass die Begünstigung von Unionsbürgern erforderlich sei, um das Zusammenwachsen der europäischen Staaten zu einem „Europa“ zu fördern – ein Ziel, welches grundsätzlich jedem Rechtsakt der Union zu Grunde liegen sollte.<sup>259</sup> Durch die Begünstigung der Wanderung von Unionsbürgern und ihrer Familien soll der Bevölkerungsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten gefördert werden, was zum gewünschten Effekt des Zusammenwachsens führen soll und im Ergebnis eine immer weitere Gleichstellung von Unionsbürgern und Inländern herbeiführen soll.<sup>260</sup>

Daneben wurde schon vor Erlass der Unionsbürgerrichtlinie die - zum damaligen Zeitpunkt überobligatorische und grundsätzlich außerhalb der Regelungskompetenz der Union liegende – Erstreckung der Freizügigkeit auf Angehörige des Unionsbürgers (damals Wanderarbeitnehmer) unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit damit begründet, dass alles andere eine Verletzung der Menschen-

---

254 Diese Ziel der Richtlinie ergibt sich neben Erwägungsgrund 4 vor allem auch aus einer Zusammenschau der Erwägungsgründe 1 bis 3. so OVG NRW Beschluss vom 17.03.2008 – 18 B 191/08, Rz 10-13.

255 EuGH, Urteil vom 05.05.2011 – Rs.: C-434/09 – McCarthy, Rz 33ff; so auch OVG NRW, Beschluss vom 21.01.2011 – 18 A 2513/10 – Rz.:19/22.

256 BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11.10, Rz 11; BVerwG, Urteil vom 04.09.2011 – 1 C 43.06, Rz.:40; BVerwG, Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 17.09, Rz 15; OVG NRW, Beschluss vom 17.03.2008 – 18 B 191/08, Rz.:16.

257 EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – Dereci, Rz 49.

258 EuGH, Urteil vom 25.07.2008 – Rs.: C-127/08 – Metock, Rz 44; BVerwG, Urteil vom 04.09.2011 – 1 C 43.06, Rz 40; VGH Bayern, Beschluss vom 21.06.2010 – 10 ZB 09.2959, Rz.:15.

259 OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 03.07.2001 – 10 B 10646/01 – Rz.:7.

260 OVG HH, Beschluss vom 05.08.1993 – Bs VII 90/93, Rz 17. Das Ziel des sozialen Zusammenhalts wird unter anderem auch in Erwägungsgrund 17 der UnionsbürgerRL genannt. Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., Vorb. FreizügG/EU, Rn 2.

würde desjenigen sei, der sich aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sähe, sein Herkunftsland zu verlassen.<sup>261</sup>

#### **dd) grenzüberschreitender Bezug**

Als ausschlaggebendstes Argument gegen das Vorliegen einer Inländerdiskriminierung wird aber das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs angeführt. Denn nur dort, wo ein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist, kann überhaupt Unionsrecht zur Anwendung kommen.<sup>262</sup> An diesem Punkt beginnen auch die Unklarheiten in der Rechtsprechung. Denn was als grenzüberschreitender Bezug genügt, geht nicht klar hervor. Zum Teil werden nur geringe Anforderungen gestellt, sodass es genügt, die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates innezuhaben, ohne tatsächlich einmal im Rahmen der Freizügigkeit zwischen den Staaten gewechselt zu haben.<sup>263</sup> Auch dort wird ein ausreichender Bezug angenommen, wo die nationale Maßnahme geeignet ist, die aus der Unionsbürgerschaft erwachsenden Rechte des Betroffenen zu gefährden oder gar zu vereiteln.<sup>264</sup> Vereitelung der Unionsbürgerschaft droht insbesondere da, wo der betreffende Unionsbürger gezwungen ist, die Union zu verlassen, um die gewünschte Familieneinheit herzustellen.<sup>265</sup> In einem solchen Fall stellt der EuGH einen Schutz bzw. einen Anspruch über den Art. 21 AEUV her. Dies ist mit dem Argument möglich, dass die Unionsbürgerschaft grundsätzlich für jeden Staatsangehörigen gilt und jeder Staatsangehörige unabhängig von einem vorherigen Gebrauchmachen die aus der Unionsbürgerschaft erwachsenden Rechte gegenüber seinem Herkunftsland geltend machen kann. Daher kann auch jeder sein Recht, sich frei im Gebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen, geltend machen. Wird dies nunmehr durch die Verweigerung des Nachzugs eines Angehörigen beeinträchtigt, bestehe ein ausreichender grenzüberschreitender Bezug, welcher eine Anwendung der UnionsbürgerRL ermöglicht.<sup>266</sup>

Eine ähnliche Konstruktion zur Gewährung von Rechten aus der UnionsbürgerRL bemüht das BVerwG in sogenannten Rückkehrerfällen<sup>267</sup>, also Fällen, in denen ein Deutscher von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat, nunmehr aber wieder in der Bundesrepublik lebt. Hierbei wird eine ausreichende Nachhaltigkeit beim ursprünglichen Gebrauchmachen der Freizügigkeit verlangt. Was insofern als ausreichend nachhaltig gilt, bleibt jedoch weitestgehend unklar. Der Begriff wird gleichwohl in ständiger Rechtsprechung von deutschen Gerichten angewandt.<sup>268</sup> Die ursprünglich vom EuGH verlangte Verknüpfung des Gebrauchmachens mit wirtschaftlichen Grundfreiheiten ist spätestens seit der Entscheidung in der *Rechtssache Zhu und Chen*<sup>269</sup> nicht mehr erforderlich, in der die minderjährige Unionsbürgerin schon auf Grund ihres Alters nicht die Arbeitnehmerfreizügigkeit oder Ähnliches in Anspruch genommen haben konnte. Grenzüberschreitender Bezug war aus-

---

261 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., Vorb. FreizügG/EU, Rn 8.

262 OVG NRW, Beschluss vom 21.01.2011 – 18 A 2513/10, Rz 24.

263 So im Falle *Zhu und Chen*, bei denen die Tochter einer Chinesin in Großbritannien geboren wurde, aber die irische Staatsangehörigkeit erlangte. Sie hatte sich immer in Großbritannien aufgehalten, wurde auf Grund ihrer irischen Staatsangehörigkeit aber als Unionsbürger gewertet und ihrer Mutter ein Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen im Sinne der Unionsbürgerrichtlinie gewährt. EuGH, Urteil vom 19.10.2004 – Rs.: C-200/02.

264 EuGH, Urteil vom 02.03.2010 – Rs. C-135/08 – Rottmann.

265 So in Fällen wie *Zhu und Chen*, *Zambrano* oder *Dereci*, bei denen ein Familienmitglied die Union hätte vollständig verlassen müssen, um die Familieneinheit herzustellen, da mangels Gebrauchmachen von der Freizügigkeit die Unionsbürgerrichtlinie als unanwendbar erschien, was der EuGH in Anbetracht dieser Gefahr der Vereitelung letztlich abgelehnt hat. Statt vieler: EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – Dereci, Rz 66f/74.

266 EuGH, Urteil vom 05.05.2011 – Rs.: C-434/09 – McCarthy, Rz 48.

267 Bereits 1992 gab es eine entsprechende Entscheidung in einer Rückkehrerkonstellation, in der davon ausgegangen wurde, dass die Verweigerung von Aufenthaltsrechten für Familienangehörige den Unionsbürger davon abhalten könnte, seine Freizügigkeit zu nutzen, da eine Rückkehr erschwert werde. EuGH, Urteil vom 07.07.1992 – Rs.: C-370/90 – Singh, Rz 19.

268 So in BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11.10 und BVerwG, Urteil vom 16.11.2010 – 1 C 17.09.

269 EuGH, Urteil vom 19.10.2004 – Rs.: C-200/02 -Zhu und Chen.

schließlich die irische Staatsangehörigkeit des Kindes, welche es allein auf Grund ihrer Geburt in Nordirland – was aber Territorium von Großbritannien ist – erworben hatte. Das Kind hatte in seinem bis dahin kurzen Leben das Vereinigte Königreich nie verlassen – von ihrer Freizügigkeit also keinen Gebrauch gemacht. Auch der Erwerb der irischen Staatsangehörigkeit beruhte auf keinem bewussten Willensentschluss des Kindes. Ein Gebrauchmachen kann also auch hierüber nicht konstruiert werden. Es war schlicht nicht gegeben.<sup>270</sup>

Offen blieb bisher, ob in dieser Konstellation sodann direkt das Freizügigkeitsgesetz Anwendung findet oder nicht vielmehr ein unmittelbarer Rückgriff auf Unionsrecht erforderlich ist.<sup>271</sup> Generell beinhaltet aber auch die Rechtsprechung des EuGH die Einbeziehung von Rückkehrerkonstellationen in den Anwendungsbereich der Unionsbürgerrichtlinie.<sup>272</sup>

### **ee) Art. 3 GG gar nicht anwendbar**

Gegen eine Überprüfung der fraglichen Regelungen am Maßstab von Art. 3 GG spräche nach teilweise vertretener Auffassung schon die unterschiedliche Urheberschaft der Regelungen. Während § 28 AufenthG unzweifelhaft dem deutschen Bundesgesetzgeber zuzuschreiben sei, beruhe § 3 FreizügG/EU auf einer europarechtlichen Richtlinie, welche nur umgesetzt wurde und daher dem Unionsgesetzgeber zuzurechnen sei. Auf solche Konstellationen könne Art. 3 GG nicht angewendet werden, da nicht von unterschiedlichen Gesetzgebern verlangt werden kann, gleichmäßig zu handeln und ihr Handeln insofern abzustimmen.<sup>273</sup> Darüber hinaus spiele auch eine tatsächlich gegebene Inländerdiskriminierung im Zusammenhang mit Art. 3 GG keine Rolle, da diese im Unionsrecht angelegt sei und die Bundesrepublik zur effektiven Umsetzung von Unionsrecht verpflichtet ist, solange es für die sich zwangsläufig ergebenden Ungleichbehandlungen zwischen Inländern und Unionsbürgern hinreichende Gründe gibt und die Benachteiligung nur einen begrenzten Umfang hat.<sup>274</sup> Weitergehend wird vom Bundesverwaltungsgericht angenommen, dass schon keine vergleichbaren Sachverhalte vorlägen, da unionsrechtlich eine Übertragung der Begünstigung im Bereich des Familiennachzugs auf nicht begünstigte Inländer nicht erforderlich sei. Da eine Gleichbehandlung nicht geboten ist, ist die Ungleichbehandlung legitim.<sup>275</sup>

### **b) Stellungnahme/Kritik**

In der Rechtsprechung findet sich kaum ein Anhaltspunkt, der nahelegen würde, dass eine gegenteilige Ansicht überhaupt in Betracht gezogen wird. Allerdings scheinen die gegebenen Argumente bei genauerer Betrachtung keineswegs unangreifbar.

### **aa) Abweichungen vom grenzüberschreitenden Bezug**

Schon die genannte Umgehung des grenzüberschreitenden Bezugs über den Schleichweg des Art. 21 AEUV zeugt davon, dass sich EuGH und nationale Gerichte bewusst sind, dass die Grundlinie der Negierung einer Inländerdiskriminierung durchaus zu untragbaren und unfairen Ergebnissen

---

270 Eine ganz ähnliche Konstellation mit gleichlautendem Ergebnis ergab sich auch im Fall des US-Amerikaners *Collins*, der zwar eine irische Staatsangehörigkeit besaß, im Unionsgebiet aber lediglich in Großbritannien jemals Aufenthalt genommen hatte. EuGH, Urteil vom 23.03.2004 – Rs.: C-138/02 – Collins.

271 BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11.10, Rz 9. Wobei die besseren Argumente für einen Rückgriff auf Unionsrecht zu sprechen scheinen. Schließlich erfolgte auch die Begründung des Anspruches auf Gewährung eines Aufenthaltstitels unmittelbar über den Rückgriff auf die Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV.

272 EuGH, Urteil vom 01.04.2008 – Rs.: C-212/06, Rz 33f. m.w.N.

273 Statt vieler: OVG HH, Beschluss vom 05.08.1993 – Bs VII 90/93, Rz 16.

274 So ausgeführt in der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen u.a. vom 19.08.2014 – BT-Drs.: 18/2366, S. 17. Die genauen Sachgründe für die Diskriminierung bleiben dabei ungeklärt.

275 BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 – Rz 33.

führt. Bereits früh wurde das Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezuges weit ausgelegt. In der Rechtssache *Carpenter* wurde die Dienstleistungsfreiheit so weit gedehnt, dass ein tatsächlich grenzüberschreitender Bezug kaum noch erkennbar war.<sup>276</sup> Ebenso ist die Vielzahl der Urteile und Beschlüsse zu diesem Thema wohl als Indiz zu nehmen, dass es sich um ein Gebiet handelt, in dem Klärungsbedarf besteht und in dem die aktuelle Handhabung nicht zu zufriedenstellenden Ergebnissen führt. Dies zeigt sich insbesondere in prominenten Rechtssachen wie *Zhu und Chen* oder *Ruiz Zambrano*<sup>277</sup>, in denen über Umwege Rechte eingeräumt wurden, weil alles andere untragbar gewesen wäre. Insbesondere der Fall *Zambrano* ist bemerkenswert, da der ursprünglich geforderte grenzüberschreitende Bezug völlig fehlt. Es ging um Kinder kolumbianischer Staatsangehöriger, die in Belgien geboren waren und daher die belgische Staatsangehörigkeit besaßen – mithin Unionsbürger waren. Herr und Frau Zambrano wurde jedoch kein Asyl gewährt und beiden wurde ihre Ausreisepflicht mitgeteilt. Der EuGH gewährte den Eltern hier ein von den Kindern abgeleitetes Aufenthaltsrecht, obwohl diese Kleinkinder Belgien noch nie verlassen hatten und ihre Unionsbürgerschaft mithin nie gebraucht hatten. Alle für den Fall erheblichen Umstände sind im Inland eingetreten, so dass eine Anknüpfung an Unionsrecht lediglich über die Unionsbürgerschaft als solche erfolgte. Auch wenn es sich hier nur um einen besonders gelagerten Einzelfall handelte, so ist dies doch insgesamt ein Ansatzpunkt für die Ausdehnung der Anwendbarkeit der Unionsbürgerrichtlinie.<sup>278</sup> So wird auch in anderen Fällen festgestellt, dass allein eine fehlende Inanspruchnahme der Freizügigkeit einen Sachverhalt nicht automatisch zu einem rein internen macht.<sup>279</sup>

Der EuGH begründete hier seine sogenannte „Kernbereichstheorie“, nach der auch ohne grenzüberschreitenden Bezug die Unionsbürgerschaft durch eine staatliche Maßnahme betroffen sein kann, wenn der Unionsbürger dadurch in der Ausübung des Kernbestands seiner Rechte nachhaltig behindert wird, bzw. abgeschreckt ist, sie auszuüben.<sup>280</sup>

Weite Teile der Literatur kritisierten die „Kernbereichstheorie vor allem, weil sie in ihren inhaltlichen und dogmatischen Ausmaßen unklar blieb. Das *Zambrano* Urteil ist selbst für den EuGH kurz ausgefallen und stellt den Begriff des „Kernbereichs“ lediglich auf, definiert ihn aber nicht.<sup>281</sup>

Dem trat der EuGH aber nach seinen liberalen Entscheidungen in den Rechtssachen *Zhu und Chen* sowie *Zambrano* im Fall *McCarthy* einem ungleich restriktiveren Ergebnis entgegen, obwohl sich die grundlegenden Konstellationen kaum unterschieden<sup>282</sup>. In der Folge ergingen mehrere Urteile, in denen sich der EuGH auf seine Kernbereichstheorie bezog, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht aber verneinte bzw. engere Grenzen aufzeigte und die Entscheidung den nationalen Gerichten überließ.<sup>283</sup>

---

276 EuGH, Urteil vom 11.07.2002 – Rs.: C-60/00 – *Carpenter*, Rz 29.

277 EuGH, Urteil vom 08.03.2011 – Rs. C-34/09 – *Zambrano*.

278 Dies erkannte ebenfalls *Pfersich*, wenn auch die Konsequenz der Entscheidung aus seiner Sicht auf die Frage des Elternnachzuges beschränkt bleibt, da eine vergleichbare Abhängigkeit zwischen Ehegatten nicht vorläge. ZAR 2011, 189 (191). Aus staatlicher Sicht wird die Rechtssache *Zambrano* in ihrer Rechtswirkung komplett auf diesen Einzelfall beschränkt betrachtet und nur dann als übertragbar betrachtet, wenn erneut ein so besonders gelagerter Sonderfall auftreten sollte, vgl. EuGH, Urteil vom 06.12.2012 – Rs.: C-356/11 u. C-357/11 – Zif. 38.

279 EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – *Dereci*, Rz 61.

280 EuGH, Urteil vom 08.03.2011 – Rs.: C-34/09 – *Zambrano*, Rz 42.

281 So unter anderem bei Huber, NVwZ 2011, 856; Hailbronner/Thym, NJW 2011, 2008, die eine Gefahr für die Rechtssicherheit und uferlose Aufenthaltsrechte befürchteten; Almhofer, NVwZ 2013, 1134; Weber NVwZ 2018, 130 (131); Nettesheim JZ 2011, 1030 (1033); Wendel DÖV 2014, 133 (136).

282 Eine Begründung bleibt der Gerichtshof schuldig. Ein Verweis auf den Unterschied zwischen einer Eltern-Kind-Beziehung bzw. derer zwischen Ehegatten scheint nicht tragfähig, da auch Ehegatten, schon aus Respekt vor dem Grundrecht auf Familienleben, eine tiefe emotionale Verbundenheit unterstellt werden sollte. Ähnlich auch *Pfersich* ZAR 2011, 401 (404).

283 EuGH, Urteil vom 8.11.2012 – Rs.: C-40/11 – *Iida*; Urteil vom 6.12.2012 – Rs.: C-356/11 und C-357/11 – O.u.a.; Urteil vom 08.05.2013 – Rs.: C-87/12 – *Ymeraga*; Urteil vom 10.10.2013 – Rs.: C-86/12 – *Aloka*; Urteil vom 13.09.2016 – Rs.: C-304/14 – *CS*; Urteil vom 10.05.2017 – Rs.: C-133/15; Urteil vom 14.11.2017 – Rs.: C-165/16



An eingrenzenden Kriterien stellt der EuGH die Frage nach der finanziellen, rechtlichen oder emotionalen Abhängigkeit des Unionsbürgers vom Drittstaatsangehörigen als Leitlinie auf.<sup>284</sup> Was genau diese Art von Abhängigkeit definiert, bleibt zwar insgesamt unklar. In der Rechtssache *Dereci* stellt der EuGH aber heraus, dass es nicht genügt, dass der gemeinsame Aufenthalt im Unionsgebiet für die Antragsteller wünschenswert ist. Eine konkretere und tiefgreifendere Abhängigkeit ist vielmehr von Nöten.<sup>285</sup>

Eine uferlose Gewährung von Aufenthaltstiteln und die Begünstigung illegalen Aufenthalts trat – entgegen verbreiteter Befürchtungen<sup>286</sup> – nicht ein, da der Gerichtshof die Kernbereichstheorie bewusst auf ganz besondere Einzelfälle beschränkte, in denen vor allem das Kindeswohl als gefährdet im Vordergrund steht.<sup>287</sup> Daneben ist wesentlicher Rechtsgrund für die Kernbereichstheorie der *effet utile*, da die Kernbereichstheorie sich im Einzelfall als unverzichtbar zur Durchsetzung der Unionsbürgerrechte erwiesen hat.<sup>288</sup>

Gerade um daraus resultierende Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, sollte eine eindeutige und kompromisslose Ausdehnung der Richtlinie auf inländische Unionsbürger erfolgen. Die Fülle der dem EuGH zu solchen Konstellationen vorgelegten Fragen spricht auch dagegen, dass eine europäische Regelung unnötig wäre, da auf nationaler Ebene ein ausreichender Rechtsschutz bestünde.<sup>289</sup>

### **bb) Wie man die europäische Einigung erreichen kann**

Der Versuch der Rechtfertigung über den Gedanken des Zusammenwachsens der europäischen Staaten erscheint dabei als erstes widersprüchlich. Wieso werden das Zusammenwachsen und die Akzeptanz der Union gestärkt, wenn es zu eklatanten Ungleichbehandlungen kommt?<sup>290</sup> Die Union wird gerade da akzeptiert, wo sie dem Einzelnen einen Vorteil gewährt. Hier wird aber dem Inländer ein Nachteil auferlegt. Der Einzelne kann an seiner Situation sicher keinen Unterschied zum ausländischen Unionsbürger erkennen. Hier wird vielmehr eine Unterscheidung getroffen, die dem Zusammenwachsen abträglich ist, gar Ausländerfeindlichkeit schüren könnte. Auch zu behaupten, die gewünschte Bevölkerungsvermischung erfordere eine Beschränkung der UnionsbürgerRL auf ausländische Unionsbürger, ist unhaltbar. Denn die gewünschte Vermischung bezieht sich nur auf die Vermischung von Unionsbürgern. Etwas anderes könnte die Union sich auch nicht sinnvoll als Ziel setzen. Der hier thematisierte Nachzug von Drittstaatsangehörigen, die sich mithin mit Unionsbürgern vermischen ist damit nicht gemeint. Zieht aber ein Unionsbürger zu Unionsbürgern nach, fällt es überhaupt nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie oder des FreizügG/EU.

Folgt man dem Argument, der Inländer hätte gegenüber seinem Herkunftsland keinen besonderen

---

– Lounes.

284 Beispielhaft dargestellt in EuGH, Urteil vom 06.12.2012 – Rs.: C.356/11 und C-357/11 – O. und S., Rz. 56.

285 EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – *Dereci*, Rz 68. Dazu auch Almhofer NVwZ 2013, 1134 (1135f.).

Eine dogmatische Einordnung von *Dereci* in die *Zambrano*-Folgerrechtsprechung als Einschränkung des Kernbereichs liefert *Thym* in NVwZ 2012, 97 (103ff.).

286 Statt vieler zu finden bei Hailbronner/Thym NJW 2011, 2008 (2010), zusätzlich mit der Befürchtung, der EuGH würde illegale Aufenthalte unter Missachtung von Primärrecht legalisieren. So auch Weber NVwZ 2018, 130 (133).

287 Vgl. Epiney NVwZ 2017, 846 (850). Als Härtefallklausel sieht *Wendel* die Kernbereichstheorie, vgl. DÖV 2014, 133 (134).

288 Ebenso *Wendel* DÖV 2014, 133 (134, 140, 142).

289 Dies behauptet aber *Vitzthum* in EuR 2011, 550

290 In diesem Sinne trägt auch das im Fall *Uecker und Jacquet* vorlegende Gericht vor, dass eine Ungleichbehandlung von Inländern durch nationale Normen nicht mit dem Gedanken der europäischen Einigung vereinbar ist; EuGH, Urteil vom 05.06.1997 – Rs.: C-64/96 und C-65/96 – *Uecker und Jacquet*, Rz 12. Die Gewährleistung der Freizügigkeit betrachtet der EuGH später in der Rechtssache *Lounes* als wesentlichen Teil zur weiteren und verstärkten Integration innerhalb der Union und im jeweiligen Aufnahmestaat; EuGH, Urteil vom 14.11.2017 – Rs.: C-165/16 – *Lounes*, Rz 56.

Schutz für seinen Aufenthalt nötig, der ausländische Unionsbürger aber schon, muss man unweigerlich zu dem Ergebnis kommen, dass es dann aber für den ausländischen Unionsbürger genügen würde, ihm die gleichen Rechte zu gewähren, wie dem Inländer.<sup>291</sup> Der Nachzug zu Deutschen ist im Vergleich zum Nachzug zu Drittstaatsangehörigen leichter ausgestaltet. Würden diese Voraussetzungen auch für ausländische Unionsbürger gelten, würde dies wohl genügen, um die Wahrnehmung der Freizügigkeit zu schützen. Denn letztlich geht es doch um den Schutz der Freizügigkeit des Unionsbürgers, nicht der des Nachziehenden, der ohnehin nur eine abgeleitete Freizügigkeit genießt. Müsste der Unionsbürger zum Nachholen seiner Angehörigen die gleichen Voraussetzungen erfüllen, wie der Deutsche, wäre seine Freizügigkeit nicht beeinträchtigt. Vielmehr wäre er tatsächlich gleichgestellt, was dem Zusammenwachsen der Union sicher zuträglicher wäre. Hier könnte vielmehr als klassische Argumentationsmethode ein Erst-Recht-Schluss angebracht werden. Wenn ein Staat einer Gruppe von Drittstaatsangehörigen einen Vorteil gewährt, der sich lediglich an die Zugehörigkeit zu einer bestimmten supranationalen Vereinigung anknüpft, muss er diesen Vorteil erst recht seinen eigenen Staatsangehörigen gewähren, die ebenfalls – vermittelt durch den Staat als Völkerrechtssubjekt - dieser supranationalen Vereinigung angehören. Denn Ergebnis kann sinnvoller Weise nicht sein, dass die bestehenden Rechtsvorteile von Unionsbürgern begrenzt werden.

Gegen eine Argumentation mit der Menschenwürde des Unionsbürgers, welche die Nachzugsrechte für seine Angehörigen erfordere, spricht vor allem, dass der Inländer genauso eine Menschenwürde hat, die es für ihn nach dieser Argumentation unerlässlich macht, seine Angehörigen bei sich zu haben. Würde man dies verneinen, würde man Abstufungen in der Menschenwürde erzeugen, die der Idee der Menschenwürde zuwiderlaufen.<sup>292</sup> In die gleiche Richtung zielt das Argument, der minderjährige Unionsbürger würde seine Unionsbürgerschaft in Fällen wie *Zambrano* gar nicht verlieren, wenn er den sorgerechtigten Drittstaatsangehörigen ins Ausland folgen würde. Insbesondere könne der Unionsbürger in solchen Fällen seine Unionsbürgerrechte noch gar nicht selbstbestimmt ausüben.<sup>293</sup> Dabei wird verkannt, dass es einen relevanten Unterschied bedeutet, in einem Unionsstaat wie Belgien aufzuwachsen oder in einem Land wie Kolumbien sozialisiert zu sein. Selbst wenn das betroffene Kind auf dem Papier Unionsbürger bleibt, wird es als erwachsener „Rückkehrer“ in die Union große Probleme haben, als „Einheimischer“ akzeptiert zu werden und ein entsprechendes Leben innerhalb der Union zu führen. Hier dürfte sich eher der vom EuGH oft bemühte Abschreckungseffekt realisieren, welcher den Doppelstaater im Zweifel dazu bringt, im Drittstaat zu verbleiben, in welchem er sodann aufgewachsen ist. Dadurch verliert er zumindest faktisch seine Unionsbürgerrechte.

### **cc) Vereinbarkeit der Unionsbürgerrichtlinie mit Primärrecht**

Weiterhin scheint es fragwürdig, ob die in der Richtlinie getroffene Differenzierung zwischen „Gruppen von Unionsbürgern“ mit Primärrecht, insbesondere den Bestimmungen der Grundrechtecharta vereinbar ist.<sup>294</sup> Hier fällt insbesondere Art. 20 GrChEU ein, der auch die Gesetzgebungsgleichheit enthält und sich auf die Rechtsetzung durch die Gewalt der Europäischen Union bezieht.<sup>295</sup> Für einen Verstoß hiergegen ist es zunächst erforderlich, zwei vergleichbare Sachverhalte festzustellen, die unterschiedlich behandelt werden. Dies ist vorliegend bei der unterschiedlichen Behandlung von ausländischen und inländischen Unionsbürgern hinsichtlich des Rechts auf Familiennachzug unzweifelhaft gegeben. Diese Behandlung erfolgt auch durch den gleichen Rechtsakt,

291 Ein völlig ausreichendes Rechtsschutzsystem auf nationaler Ebene sieht hier bspw. Vitzthum in EUR 2011, 550.

292 Das eine bloße Berufung auf derartige Aspekte eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen kann, räumt auch der EuGH ein und lässt daher in Fällen, in denen die Unionsbürgerschaft als solche in ihrer Effektivität gefährdet ist, ausnahmsweise auch Nachzüge zu Inländern zu, EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – Dereci, Rz 67.

293 So u.a. Vitzthum EuR 2011, 550; Weber NVwZ 2018, 130 (132).

294 Die Grundrechtecharta ist gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV mit EUV und AEUV gleichrangig und damit Bestandteil des Primärrechts.

295 *Hölscheidt* in Meyer, GrChEU, 4.A., Art. 20, Rn 17.

also durch den gleichen Hoheitsträger<sup>296</sup> Hinsichtlich der Rechtfertigung existiert keine einheitliche Rechtsprechung des EuGH. Aber es ist davon auszugehen, dass zumindest triftige sachliche Gründe des Allgemeinwohls erforderlich sind, um eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Die aufgezeigten Gründe des Zusammenwachsens der Union sind nicht tragfähig in dieser Hinsicht. In Frage kommt höchstens das Argument der staatlichen Souveränität und dass der Unionsgesetzgeber nicht befugt ist, den Mitgliedstaaten vorzuschreiben, wie diese mit ihren Bürgern umzugehen haben. Wäre dies so, wäre aber auch die Figur der Inländerdiskriminierung hinfällig. Auch stehen das Ziel des Zusammenwachsens und der Gedanke der staatlichen Souveränität sich grundsätzlich konträr gegenüber. Der EuGH formulierte unter anderem, ein Verstoß gegen Art. 20 GrChEU sei dann gerechtfertigt, wenn der Eingriff in das betroffene Recht „diese[s] Recht[e] in ihrem Wesensgehalt [nicht] antastet“<sup>297</sup>. Vorliegend wird die aus der Unionsbürgerschaft fließende Freizügigkeit beeinträchtigt. Wesen der beiden Rechte sollte aber – wie angeführt – die Gleichstellung aller Unionsbürger in diesem Bereich sein. Genau diese wird hier verletzt, indem ein Teil der Unionsbürger von bestimmten Rechten ausgeschlossen wird. Wer aber als Staat bereits im Grundsatz die Unionsbürgerschaft als Rechtsposition anerkennt, bekundet damit auch den Willen, einer anderen Instanz die Entscheidung über Rechte seiner Bürger anzuvertrauen.<sup>298</sup> Insofern ist die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt und auch Art. 3 Abs. 1 UnionsbürgerRL als rechtswidrig zu betrachten.

Daran ändert auch der scheinbar vom EuGH vertretene Ansatz nichts, den Art. 20 AEUV als Auffangtatbestand zu betrachten und über diesen Umweg ein Aufenthaltsrecht zu konstruieren, wenn die Unionsbürgerrichtlinie nicht eingreift.<sup>299</sup> Dies entspricht nicht der Systematik des Europarechts. Der Art. 20 AEUV ist als Norm des AEUV Teil des Primärrechts. Die Unionsbürgerrichtlinie hingegen ist als Rechtsakt der Union, welcher auf Grundlage der Übertragung von Hoheitsrechten durch die Mitgliedstaaten auf die Union erging, Teil des Sekundärrechts. Nicht nur dem Unions-, sondern jedem Recht einer supra- oder internationalen Organisation, ist es eigen, dass sich interne Rechtsakte (Sekundärrecht) in ihrem Umfang und ihrem Inhalt an der Verfassung der Organisation (Primärrecht) orientieren müssen. Darin verhält sich das Völkerrecht im Grunde parallel zum innerstaatlichen Recht, bei dem sich alle Rechtsakte an der Verfassung oder dem weiteren jeweils höherstehenden Recht orientieren müssen. So ist auch im Unionsrecht das Primärrecht „Grundlage, Rahmen und Grenze“<sup>300</sup> der Rechtsetzungskompetenz der Union.<sup>301</sup> Daher kann nicht vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass eine Primärrechtswidrigkeit der Unionsbürgerrichtlinie unerheblich sei, da man den Art. 20 AEUV als Auffangtatbestand heranziehen könne. Vielmehr sollte gerade diese Notwendigkeit zu denken geben.

Für eine Unionsrechtswidrigkeit spricht aber auch der Gedanke, dass es mit dem Sinn der europäischen Verträge nicht vereinbar ist, dass einzelne Personengruppen aus dem persönlichen Anwendungsbereich der europäischen Normen ausgenommen werden. Zwar ist die Beschränkung des sachlichen Anwendungsbereiches auf grenzüberschreitende Sachverhalte wohl zulässig.<sup>302</sup> Mit dem Wortlaut der Unionsbürgerrichtlinie wird aber ausdrücklich der persönliche Anwendungsbereich eingeschränkt. Es werden Inländer ausgeschlossen, die von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht haben. Damit knüpft die Einschränkung an ein personenbezogenes Merkmal an und schließt nicht nur rein zufällig eine Personengruppe vom Anwendungsbereich aus.

---

296 Hölscheidt in Meyer, GrChEU, 4.A., Art. 20, Rn 19-21.

297 EuGH, Urteil vom 13.04.2000 – Rs.: C-292/97 – Karlsson, Rz 45.

298 Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, S. 344.

299 So unter anderem in den Urteilen McCarthy, Rs. C-356/11 u. C-357/11, sowie Zambrano.

300 EuGH, Urteil vom 05.10.1978 – Rs.:C-26/78 – Viola, Rz.:9.

301 Für Details zu den Rechtsquellen der Union und deren Hierarchie statt vieler: Oppermann/Classen/Nettesheim, EuropaR, 6.A., §9 Rn 66.

302 Dies folgert auch Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 209.

Rechtfertigen nationale Gerichte also die Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 GG mit den Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie, so ist diese Rechtfertigung hinfällig, wenn man von der Primärrechtswidrigkeit der Richtlinie ausgeht.

#### **dd) Das Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV**

Zieht man an dieser Stelle der Argumentation auch Art. 18 AEUV heran, ergeben sich weitere Widersprüche. Das dort normierte Diskriminierungsverbot soll in seinem Grundgedanken das Zusammenwachsen der Union fördern, indem der Fremdenstatus unter den Unionsbürgern sich auflöst.<sup>303</sup> Begünstigt man aber die „Fremden“ gegenüber den Inländern, so wird ihr Fremdenstatus nur noch mehr betont. Eine nach Art. 18 AEUV relevante Diskriminierung wird angenommen, wenn derjenige, der sich auf Art. 18 AEUV beruft in Anwendung der fraglichen Norm ein anderes Ergebnis erzielen würde, wenn er die Staatsangehörigkeit des Staates hat, gegenüber dem er sich auf Art. 18 AEUV beruft.<sup>304</sup> Auch in Bezug auf Art. 18 AEUV ist hier leicht die Konstellation der umgekehrten Diskriminierung<sup>305</sup> erkennbar. Der Deutsche würde durch die deutschen Gesetze besser behandelt, wenn er eine andere Staatsangehörigkeit hätte. Aber auch diese Konstellation muss unter den Wortlaut von Art. 18 Abs. 1 AEUV fassbar sein. Denn die Norm selbst bezieht sich nicht nur auf eine bestimmte Diskriminierungsrichtung. Der Ausschluss inländischer Unionsbürger ist von diesem Standpunkt aus nicht mit Art. 18 AEUV vereinbar. Ebenso knüpft der Wortlaut der Norm keineswegs an eine bestimmte Staatsangehörigkeit an, sodass jegliche Diskriminierung als verboten erscheint.<sup>306</sup> Die hier in Frage stehende Diskriminierung entsteht weiterhin nicht auf Grund von unterschiedlichen Regelungen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten, sondern durch Regelungen allein in der Bundesrepublik, sodass eine unter den Art. 18 AEUV fallende Konstellation vorliegt.<sup>307</sup>

In diesem Zusammenhang entsteht auch der Gedanke, dass es widersprüchlich wäre, wenn den Mitgliedstaaten eine diskriminierende Gesetzgebung und Gesetzeshandhabung verboten wäre, der Union und ihren Organen es aber frei stünde, bestimmte Gruppen von Unionsbürgern ungerechtfertigt schlechter zu stellen.

#### **ee) Der Wortlaut der Art. 20 und Art. 21 AEUV**

Zwar kann sich die Rechtsprechung unleugbar auf den Wortlaut der Richtlinie berufen. Dieses Argument wäre aber dann hinfällig, wenn zumindest ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit der Richtlinie mit Primärrecht aufgeworfen werden könnten. In dieser Hinsicht soll zunächst darauf hingewiesen sein, dass sowohl der Wortlaut der Richtlinie als auch die Argumentation der Gerichte an der Grenze zum Zirkelschluss stehen. Die Idee der Unionsbürgerschaft ist die, dass jeder Unionsbürger einen Grundstock an Rechten erhält, die er ohne weitere Voraussetzungen in Anspruch nehmen kann und in die der Nationalstaat nicht eingreifen kann. Dadurch wird er primär mit allen Bürgern aus den anderen Unionsstaaten gleich gestellt. Die Unionsbürgerschaft soll der grundlegende Status aller Angehörigen der Mitgliedstaaten sein.<sup>308</sup> So ist auch die Formulierung in Art. 20 AEUV

---

303 Von Bogdandy in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 18 AEUV, Rn 1.

304 Für Details zur Anwendung der Norm: von Bogdandy aaO, Rn 6ff.

305 Trotzdem handelt es sich – versucht man den Fall in der Dogmatik zu Art. 18 AEUV einzuordnen – um eine unmittelbare Diskriminierung, denn das Differenzierungsmerkmal der Staatsangehörigkeit wird sowohl in der Unionsbürgerrichtlinie als auch im FreizügG/EU ausdrücklich genannt.

306 In jedem Fall jede Diskriminierung gegenüber Unionsbürgern – sowohl inländischen als auch ausländischen Unionsbürgern. Daneben wird aber unter Umständen auch eine Diskriminierung von Drittstaatsangehörigen als vom Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV erfasst zu betrachten sein. Näheres: Bogdandy aaO, Rn 30ff. mwN. Zur Inländerdiskriminierung nach Art. 18 AEUV derselbe aaO, Rn 49ff.

307 Diese Anforderung geht aus der sogenannten *Keck*-Rechtsprechung des Gerichtshofe hervor. EuGH, Urteil vom 24.11.1993 – Rs. C-267/91 und C-268/91 – *Keck und Mithouard*.

308 EuGH in st.Rspr. u.a. im Urteil vom 11.07.2002 – Rs.: C-224/98 – *D'Hoop*, Rz 28; Urteil vom 20.09.2001 – Rs.: C-184/99 – *Grzelzyk*, Rz 31; Urteil vom 17.09.2002 – Rs.: C-413/99 – *Baumbast*, Rz 82; Urteil vom 02.10.2003 –

zu verstehen – welche keinen grenzüberschreitenden Bezug verlangt<sup>309</sup>. Folgerichtig und absehbar löst sich daher auch der EuGH in seiner Rechtsprechung nach dem Vertrag vom Lissabon vom Mobilitätsbezug und entwickelt die Unionsbürgerschaft zu einem marktunabhängigen Recht, welches sowohl den Zugang zum Binnenmarkt, als auch das Recht zum Aufenthalt in jedem Mitgliedsstaates des Marktes enthält.<sup>310</sup> Aus dieser Unionsbürgerschaft fließt sodann das Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV. Dem Unionsbürger aber nach dem Wortlaut der Richtlinie nur dann ein bestimmtes Recht zu gewähren, wenn er zuvor die Freizügigkeit genutzt hat, erscheint damit nicht vereinbar.<sup>311</sup> Insbesondere fungiert die Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV als Auffangtatbestand und zugleich „Kernrecht“ der Unionsbürgerschaft, der unabhängig von einer wirtschaftlichen Betätigung gelten soll. Dass diese weitgehender ist, als die übrigen wirtschaftlichen Grundfreiheiten, versteht sich von selbst. Andernfalls könnte sie nichts „auffangen“.<sup>312</sup> Denn die Unionsbürgerschaft und die daraus resultierenden Rechte sollen ja gerade unabhängig von weiteren Voraussetzungen gelten. Außerdem ist in diesen Fällen der Inländer ganz offensichtlich dem ausländischen Unionsbürger nicht gleich gestellt, was dem Sinn der Unionsbürgerschaft ebenfalls widerspricht. Ein Bewusstsein für diese grundsätzliche Tatsache offenbart sich in der Lösung des EuGH für Fälle wie in der Rechtssache *Zhu und Chen*. Auch bei *Lounes* erkennt der Gerichtshof die Bedeutung der Freizügigkeit und betont, dass diese auch als begünstigende Rechtsposition bestehen bleiben muss, nachdem ein Unionsbürger nach dem Gebrauch der Freizügigkeit in einem anderen Unionsstaat eingebürgert wird.<sup>313</sup> Diese Konstruktion zeigt außerdem die geringe Leistungsfähigkeit der Wortlautauslegung der Richtlinie, die an der Realität scheitert.

Weiterhin stellt der Gerichtshof selbst fest, dass die Berufung auf die Unionsbürgerschaft nicht nur gegenüber anderen Mitgliedstaaten, deren Staatsangehörigkeit der Unionsbürger nicht inne hat, möglich ist, sondern auch der eigene Staat aus der Unionsbürgerschaft in Anspruch genommen werden kann.<sup>314</sup> Damit erhält insbesondere die Freizügigkeit als Kern der Unionsbürgerschaft einen – für Grundrechte ganz typischen – negativen Aspekt. Die Geltendmachung gegenüber dem eigenen

Rs.: C-148/02 – Garcia Avello – Rz 22; *Magiera* in Streinz, EUV/AEUV, 2.A., Art. 20 AEUV, Rn 19. Auch wenn die Unionsbürgerschaft als Begriff erst mit dem Vertrag von Maastricht eingeführt wurde, verwendete der EuGH bereits in seinem Urteil zur Rs. *Cowan* aus dem Jahr 1989 ein entsprechendes Konzept, um einen Anspruch für den Kläger zu konstruieren, auf den Gemeinschaftsrecht anzuwenden gewesen soll, auch wenn er keine damals übliche Fremdenkarte oder ähnliches besaß (EuGH, Urteil vom 02.02.1989 – Rs.: 186/87 – *Cowan*, Rz 13). Eine frühe Auslegung der Unionsbürgerschaft findet sich in den Schlussanträgen von Generalanwalt Pergola zur Rs. *Martinez Sala* vom 01.07.1997 – C-85/96 – Rz 19f. Eine kritische Übersicht zur Entwicklung der Unionsbürgerschaft findet sich bei Schmah/Jung in JURA 2016, 1272 (1276).

309 Zu diesem Schluss kommt auch Lach, Umgekehrte Diskriminierungen im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 341. Dies verkennen *Hailbronner* und *Thym*, wenn sie meinen, die Kernbereichstheorie würde unter Missachtung des Primärrechts illegale Aufenthalte begünstigen und mehr Rechte gewähren, als die Unionsbürgerschaft eigentlich beinhaltet – NJW 2011, 2008 (2011).

310 Nettessheim JZ 2011, 1030 (1032). Das Loslösen vom Marktbezug erkennt auch *Thym* in EuR 2011, 487 (495).

311 a.A. Generalanwalt *Pergola* in seinen Schlussanträgen zur Rs. *Martinez Sala* vom 01.07.1997 – C-85/96 – Rz 20. GA *Pergola* stellt zwar fest, dass unmittelbar aus der Unionsbürgerschaft ein Recht auf Gleichbehandlung mit Inländern fließen muss. Dieses Recht kann aber nur logisch relevant sein, solange der Unionsbürger sich unter Ausnutzung seiner Freizügigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufhält. Damit lässt zwar der ausdrückliche Wortlaut der Ausführung des GA *Pergola* auf eine gegenteilige Auffassung schließen. Diese scheint aber den konkreten Umständen des Einzelfalls – einer Unionsbürgerin, der vom Freistaat Bayern Erziehungsbeihilfen verweigert wurden – geschuldet. Die Frage, ob sich Rechte aus der Unionsbürgerschaft bereits vor Ausnutzung der Freizügigkeit auswirken, spielte keine Rolle für die fragliche Entscheidung. Als Grenze stellt GA *Pergola* lediglich die missbräuchliche Geltendmachung von Diskriminierungen gegenüber Inländern auf, wenn es um Rechte geht, die gerade aus der Staatsangehörigkeit fließen (denkbar wäre das Recht, an Wahlen zum Bundestag teilzunehmen) – aaO. Rz 21.

312 In diesem Sinne auch Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, S. 340 und Frenz ZAR 2011, 221 (222). a.A. bei Vitzthum EuR 2011, 550 mit dem Argument, bei einer derart weiten Auslegung könnte Art. 21 AEUV den Bürger vor jeglicher Unannehmlichkeit – etwa Steuern – schützen.

313 EuGH, Urteil vom 14.11.2017 – Rs.: C-165/16 – *Lounes*, Rz 53.

314 EuGH, Urteil vom 05.05.2011 – Rs.: C-434/09 – *McCarthy*, Rz 48; EuGH, Urteil vom 06.12.2012 – Rs.: C-356/11 u. C-357/11 – O.u.a., Rz.:44; EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – *Dereci*, Rz 63.

Staat ohne Vorliegen einer Rückkehrerkonstellation kann als „negative Freizügigkeit“<sup>315</sup> gesehen werden. Als Recht auf „Nichtgebrauch“ oder Recht auf „Heimat“ und Verbleiben in selbiger.<sup>316</sup>

Letztlich kann gefragt werden, ob nicht die Grundsätze, welche für nationale Maßnahmen in Hinblick auf Vertragsverletzungen gelten, auch auf Sekundärrechtsakte der Unionsorgane selbst übertragen werden müssen. Nach diesen Grundsätzen verletzt jede Maßnahme die Rechte aus den Verträgen, die geeignet ist, die Ausübung von Grundfreiheiten zu verhindern oder weniger attraktiv zu machen. Gerechtfertigt werden kann eine solche Maßnahme nur über ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel und ein daneben stehendes Binnenmarktziel.<sup>317</sup> Grundsätzlich steht die gegenständliche Richtlinie in ihrem Eingriff in die Freizügigkeit aber weder in einem wirtschaftlich geprägten Interesse des Binnenmarktes, noch ist ein Allgemeininteresse wie Gesundheitsschutz ersichtlich. Es kann auch nicht sinnvoll behauptet werden, dass ein legitimes Interesse der Mitgliedstaaten an der Beschränkung der Zuwanderung verfolgt wird, da dieses Ziel zum einen nicht im Sinne der Union steht und zum anderen auch nicht erreicht wird, wenn auf der anderen Seite Unionsbürgern und deren Angehörigen ein beinahe schrankenloser Zugang gewährt wird.

Insofern ist die Rechtmäßigkeit der Richtlinie zumindest in Bezug auf den Unionsbürger selbst fraglich. Denn die in der Richtlinie gewährten Rechte fließen alle aus der Freizügigkeit und damit mittelbar aus der Unionsbürgerschaft. Diese auf bestimmte Personengruppen zu beschränken ist aber, wie gezeigt, mit dem Gedanken der Unionsbürgerschaft nicht vereinbar. Wenn es sich aber bei den Rechten, die durch die Richtlinie den Drittstaatsangehörigen gewährt werden, um abgeleitete Rechte handelt, so fließen auch diese aus der Unionsbürgerschaft und können damit nicht beschränkt werden. Auch wird eine solche Beschränkung nicht der herausragenden Bedeutung und Stellung der Unionsbürgerschaft im Geflecht der europäischen Regelungen gerecht.<sup>318</sup>

#### **ff) Regelungslücke**

Bedenkt man, dass die Unionsbürgerrichtlinie lediglich auf solche Fälle anwendbar ist, in denen das Freizügigkeitsrecht gebraucht wurde und die Familienzusammenführungsrichtlinie nur auf Fälle des Nachzugs zu Drittstaatsangehörigen, kommt man zu dem Schluss dass im Grunde keine direkte unionsrechtliche Regelung für den Nachzug zu Deutschen besteht. Zum Teil wird aber, wie gezeigt, die Unionsbürgerrichtlinie auf Deutsche angewendet, sodass nicht das Argument verfangen kann, die Union hätte keine Kompetenz, für die Rechte von Inländern Regelungen zu treffen. Insofern ergibt sich aus der bestehenden Konstellation eine Regelungslücke, da für den Nachzug zu Inländern durch die Union keine einheitlichen Vorgaben gemacht werden, was aber grundsätzlich dem Ziel der Gemeinsamen Asyl- und Ausländerpolitik widerspricht.

Gegen das Vorliegen einer Regelungslücke spricht auch nicht der bewusste Ausschluss von Unionsbürgern aus dem Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie, die ihre Freizügigkeit nicht nutzen.<sup>319</sup> Denn dieser Ausschluss bezieht sich lediglich darauf, dass die ältere Familienzusammenführungsrichtlinie sachlich nicht zu Nachzügen zu Inländern passt. Eine Aussage für die Unionsbürgerrichtlinie wurde damit nicht getroffen. Vielmehr wurde an dieser Stelle sogar ausdrücklich festgehalten, dass eine Ungleichbehandlung von Unionsbürgern zu vermeiden sei und daher

---

315 Die „negative Freizügigkeit“ soll hier gedanklich parallel zur Idee der „negativen Religionsfreiheit“ konstruiert sein.

316 Den negativen Schutzbereich der Mobilität erkennen auch *Huber* in NVwZ 2011, 856 und *Zimmermann* in NZFam 2017, 565 (572). Das Recht auf Heimat entdeckt *Graf Vitzthum* in EuR 2011, 550. Ähnlich: *Nettesheim* JZ 2011, 1030 (1033).

317 So unter anderem auch in EuGH, Urteil vom 01.04.2008 – Rs.: C-212/06, Rz 55. Ausführlich zur Möglichkeit von Richtlinien, die die Grundfreiheiten beschränken: *Möstl* EuR 2002, 318.

318 Zur Stellung und Bedeutung der Unionsbürgerschaft: *Magiera* in *Streinz, EUV/AEUV, 2.A.*, Art. 20 AEUV, Rn 10.

319 Siehe oben. EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – *Dereci*, Rz 49.

das Recht auf Familienzusammenführung für diese an der Freizügigkeit zu messen sei.<sup>320</sup>

### **gg) Keine Umsetzung rechtswidrigen Unionsrechts**

Weiterhin scheint es voreilig, zu behaupten das Unionsrecht könne grundsätzlich mit seinen Vorgaben als Rechtfertigung dienen und eine buchstabengetreue Umsetzung erlaube jede Ungleichbehandlung. Auch das Unionsrecht kann nicht pauschal zur Umsetzung rechtswidriger Akte verpflichten.<sup>321</sup> Weder kann der Gesetzgeber verpflichtet werden, Rechtsakte umzusetzen, die ihrerseits mit dem Unionsrecht nicht vereinbar sind. Noch darf ein Unionsrechtsakt so umgesetzt werden, dass er gegen nationales Recht verstößt. Ist der Gesetzgeber zwar grundsätzlich zur Umsetzung verpflichtet, so ist er doch daneben auch berechtigt und verpflichtet eine gegebenenfalls weitergehende Umsetzung vorzunehmen, um Unvereinbarkeiten mit nationalem Recht zu vermeiden. Hier hätte der nationale Gesetzgeber zur Vermeidung eines Verstoßes gegen Art. 3 GG die Unionsbürgerrichtlinie so umsetzen können, dass auch Inländer nach ihr berechtigt sind. Dadurch wäre keine Ungleichbehandlung entstanden. Diese alternative Maßnahme wäre auch verhältnismäßig. Ohne Zweifel wäre sie nicht nur gleich geeignet zur Umsetzung der Richtlinie und zur Erreichung des Regelungsziels der Förderung des europäischen Zusammenwachsens, sondern sogar effektiver. Gemessen an den Nachzugszahlen zu Deutschen und zu Unionsbürgern wäre wohl auch kein enormer Anstieg zu erwarten.

So waren von den insgesamt 1,23 Mio. Zuzügen<sup>322</sup> im Jahr 2013 gerade einmal 27.020 Fälle Nachzüge aus Anlass der Familienzusammenführung<sup>323</sup>. Dem gegenüber standen 2013 5.928 Nachzüge nach dem Freizügigkeitsgesetz<sup>324</sup> und insgesamt 707.771 Zuzüge durch Unionsbürger<sup>325</sup>. Insgesamt sind die Zahlen des Familiennachzuges seit 2002 rückläufig und haben sich seit dem Jahr 2007 auf ein konstantes Maß eingependelt. Dabei bewegt sich seit 2010 die Zahl der Nachzüge zu Deutschen konstant um 27.000.<sup>326</sup> Dieser Zahl steht eine ständig gestiegene Gesamtzuzugszahl gegenüber.<sup>327</sup> In einem vergleichbaren Maß ist es aber seit 2010 zu einem kontinuierlichen Anstieg der Nachzüge nach dem FreizügG/EU gekommen.<sup>328</sup> Diese Entwicklung wird insgesamt auf den Beitritt von 12 Staaten zur Europäischen Union seit 2004 und dem schrittweisen Wegfall von Freizügigkeitsbeschränkungen zurückzuführen sein. Allerdings hat sich seit 2002 die Zahl der Familiennachzüge insgesamt halbiert<sup>329</sup>, sodass hier keineswegs von einer vollständigen Verschiebung gesprochen werden kann. Insgesamt geht vielmehr der Familiennachzug an sich zurück. Würde man nunmehr den knapp 27.000 Personen, die jährlich zu Deutschen nachziehen den gleichen voraussetzungsarmen Nachzug gewähren wie den mittlerweile über 5.000 Personen, die zu Unionsbürgern nachziehen, wäre nicht davon auszugehen, dass sich diese Zahlen wesentlich ändern würden. Hauptnachzugshürde zu Deutschen stellt der seit 2007 erforderliche Sprachtest dar. Bei diesem ist aber eine Bestehensquote von circa 66% zu beobachten, sodass nur circa 30% der Nachzugswilligen ausgeschlossen werden. Könnten diese auch nachziehen, wäre dies in Anbetracht steigender Gesamtzuzugszah-

---

320 Erwägungsgrund 9 des Vorschlags für eine Richtlinie des Rates betreffend das Recht auf Familienzusammenführung vom 11.01.2000, 2000/C 116 E/15 – KOM (1999) 638 endg. - 1990/0258 (CNS).

321 In diesem Sinne: EuGH, Urteil vom 06.12.2012 – Rs.: C-356/11 u. C-357/11 – O.u.a. , Rz 78.

322 Migrationsbericht 2013 des BAMF, S. 8.

323 Migrationsbericht 2013 des BAMF, S. 95f.

324 Migrationsbericht 2013 des BAMF, S. 90.

325 Migrationsbericht 2013 des BAMF, S. 35.

326 Gesamtzahlen des Nachzugs zu Deutschen: 2010: 27.396, 2011: 26.023, 2012: 26.924 – Quelle: Migrationsberichte des BAMF der Jahre 2010 bis 2012.

327 Im Jahr 2010 wurden lediglich 798.000 Zuzüge durch BMI und AA registriert. Migrationsbericht 2010 des BAMF, S. 11.

328 2010 erhielten lediglich 2.845 Personen eine Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU. Migrationsbericht 2010 des BAMF, S. 111.

329 Im Jahr 2002 wurden noch 85.305 Visa zum Zwecke des Familiennachzugs erteilt, 2013 nur noch 44.311. Migrationsbericht 2013 des BAMF, S. 91.

len und bisher konstanter Familiennachzugszahlen wohl verkraftbar bzw. würde faktisch nicht ins Gewicht fallen.<sup>330</sup> Im Zusammenhang mit der Einführung des Sprachtests ist es in Bezug auf einige Herkunftsländer zu dramatischen Rückgängen beim Familiennachzug gekommen<sup>331</sup>. Ein Zusammenhang mit der Einführung des Sprachnachweises ist wohl auch nicht zu leugnen. Solch dramatische Rückgänge um mehr als die Hälfte beschränken sich aber auf unter 10 Länder weltweit.<sup>332</sup> Aber schon die Tatsache, dass insgesamt seit 2006 kein nennenswerter Rückgang bei den Nachzugszahlen festzustellen ist, zeigt, dass es sich um Einzelfälle handelt, die unter Umständen auch auf andere Tatsachen zurückgeführt werden können. Insbesondere die in der Statistik zuerst genannten Länder Rumänien und Bulgarien sind mittlerweile EU-Staaten, sodass der Sprachtest für Bürger aus diesen Staaten überhaupt keine Rolle mehr spielt.

### **hh) kein Fall des Minderheitenschutzes**

Ebenso fragwürdig erscheint das Argument, es läge keine Diskriminierung der Inländer vor, weil mit ihnen auch beinahe alle anderen Nachzugswilligen gegenüber Unionsbürgern benachteiligt werden. Nur weil eine kleine Gruppe begünstigt wird, besteht aus dieser Tatsache heraus noch keine Rechtfertigung für diese Begünstigung. In diesem Zusammenhang könnte man maximal an die völkerrechtliche Figur des Minderheitenschutzes denken. Diese findet über Art. 25 GG<sup>333</sup> als wohl allgemeiner Grundsatz des Völkerrechts Eingang in deutsches Bundesrecht. Der völkerrechtliche Minderheitenschutz bezieht sich aber auf konkrete – völkerrechtlich anerkannte – ethnische Gruppen innerhalb eines Staates, welche sich durch Kultur, Sprache, Tradition und entsprechendes Solidaritäts- und Identitätsgefühl von der sonstigen Bevölkerung des Staates unterscheiden und in einem klar abgrenzbaren Teilgebiet des Staates zu finden sind. Sie befinden sich zwar in einer der Mehrheitsbevölkerung gegenüber unterlegenen Stellung, haben aber die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates.<sup>334</sup> Für eine solche anerkannte Minderheit kann der betreffende Staat Regelungen treffen, die diese Gruppe gegenüber der Restbevölkerung begünstigen. Die entsprechende Ungleichbehandlung wäre dann gerechtfertigt. Im vorliegenden Fall der Unionsbürger in der Bundesrepublik ist dies aber nicht einschlägig. Denn die Berechtigten nach § 3 FreizügG/EU stellen keine homogene Gruppe dar, welche sich durch eine einheitliche Sprache und Kultur auszeichnen. Diese Personen kommen vielmehr aus ganz Europa und haben schon deshalb kein besonderes Gruppengefühl, welches sie als Minderheit qualifizieren würde. Außerdem halten sie sich nicht in einem klar abgegrenzten Gebiet, sondern im ganzen Bundesgebiet auf und haben vor allem keine deutsche Staatsangehörigkeit. Mit hin stellen sie keine schützenswerte Minderheit dar. Sich für ihre Begünstigung auf Größenverhältnisse als Rechtfertigung zu berufen ist somit nicht möglich.

### **ii) Mangelnde Prüfung am Maßstab des Art. 3 GG**

Insgesamt lassen die nationalen Urteile zur Frage der Inländerdiskriminierung und Ungleichbehandlung durch das FreizügG/EU eine Prüfung an verfassungsrechtlichen Maßstäben vermissen, die durch eine Berufung auf Unionsrecht als entbehrlich bezeichnet wird. Insbesondere ist das Argument der sowieso generellen Unanwendbarkeit des Art. 3 GG wegen angeblich unterschiedlicher

---

330 2013 bestanden 67% den Sprachtest, 2012 66%, 2011 68% und 2010 66% - Migrationsberichte des BAMF der Jahre 2010 bis 2013.

331 Die Zahlen aus Rumänien fielen beispielsweise von 465 Personen im Jahr 2006 auf 3 im Jahr 2010. BT-Drs. 17/5732 S. 24.

332 Dies lässt sich der von der Bundesregierung zur Verfügung gestellten Statistik in der BT-Drs. 17/5732 S.24 entnehmen, die als Antwort auf eine kleine Anfrage der Fraktion Die Linke erteilt wurde.

333 So findet sich der Gedanke des Minderheitenschutzes in Art. 27 IPBPR (Internationaler Pakt über politische und bürgerliche Rechte vom 16.12.1966, in Kraft getreten am 23.03.1976, BGBl. 1973 II S. 1553) auch für die Bundesrepublik verbindlich normiert. Daher gilt der Minderheitenschutz auch über das entsprechende Transformationsgesetz unmittelbar als Bundesrecht, Art. 59 GG.

334 Arnould, Völkerrecht, 2.A., Rn 770.



Gesetzgeber hinfällig.<sup>335</sup> Sowohl § 28 AufenthG als auch § 3 FreizügG/EU wurden vom deutschen Bundesgesetzgeber erlassen. Außerdem wurde über Art. 23 GG die entsprechende Kompetenz an den europäischen Gesetzgeber abgeben, auch dies ein originär deutscher Hoheitsakt. Damit hat der deutsche Gesetzgeber auch für die Einheitlichkeit der Umsetzung und vor allem für die Vereinbarkeit der Umsetzung mit deutschem Recht einzustehen.<sup>336</sup> Andernfalls entstünde offensichtlich eine Rechtsschutzlücke, denn sowohl der EuGH als auch der deutsche Gesetzgeber befinden sich für unzuständig. Hier kann auch kein Vergleich zu Art. 31 GG verfangen. Denn dieser verhindert im Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht gerade solche Lücken, indem ein Rangverhältnis statuiert wird. Für das Verhältnis von Unions- und nationalem Recht gibt es eine solche Regelung aber gerade nicht. Beide Rechtsgebiete sind vielmehr vielfältig miteinander verflochten und nicht klar abgrenzbar.<sup>337</sup>

Einer Prüfung am Maßstab von Art. 3 GG steht auch nicht die *Solange-Rechtsprechung* des Bundesverfassungsgerichts entgegen.<sup>338</sup> Denn es werden gerade keine Unionsrechtsakte überprüft, für die unzweifelhaft ein ausreichendes Grundrechtsschutzsystem auf europäischer Ebene besteht. Im Gegenteil wird die deutsche Umsetzung als originär deutscher Hoheitsakt am deutschen Grundgesetz gemessen.

Außerdem ist diese Auslegung insofern nicht zeitgemäß, als sie im Grundsatz von den zwei getrennten Systemen des Europa- und des nationalen Rechts ausgeht. Im Zuge der europäischen Integration hat sich aber eine derartige Verflechtung der Gebiete ergeben, dass eine getrennte Betrachtung nicht mehr möglich ist.<sup>339</sup> Art. 3 GG ist also keineswegs von vornherein unanwendbar.

Ebenso bleibt für Umsetzungsakte die grundsätzliche Bindung an die Grundrechte aus Art. 1 Abs. 3 GG bestehen. Damit ist § 3 FreizügG/EU grundsätzlich auch an allen anderen Grundrechten zu messen<sup>340</sup>. Es spielt also keine Rolle, wenn Gerichte glauben, die Grundrechtecharta sei auf die fraglichen Fälle nicht anwendbar.<sup>341</sup> Ebenso geht die Begründung der Bundesregierung fehl, eine mögliche Inländerdiskriminierung sei deshalb mit Art. 3 GG vereinbar, weil ausreichende Sachgründe zur Rechtfertigung bestünden. Zum einen werden keine konkreten Gründe benannt. Zum anderen bestehen solche Gründe wie aufgezeigt nicht. Statt eine zwingende Diskriminierung auf Grund unionsrechtlicher Vorgaben zu behaupten, würde eine konsequente Umsetzung eine Diskriminierung dadurch umgehen, dass die Begünstigung für Unionsbürger ohne weiteres auch auf Inländer anzuwenden ist.

Insgesamt ist die Ablehnung des Vorliegens einer Inländer diskriminierenden und mit Art. 3 GG unvereinbaren Situation also keineswegs so sicher begründbar, wie es von der Rechtsprechung dargestellt wird. Vielmehr wäre es nach dem Aufgezeigten sogar angebracht, die Vereinbarkeit der UnionsbürgerRL mit Primärrecht zu überprüfen. Hierzu sieht das Europarecht mit Art. 267 AEUV einen Rechtsbehelf vor, welcher auch genutzt werden sollte. Eine Vorlagepflicht wäre nur dann

---

335 Diese Auffassung der unterschiedlichen Rechtskreise wurde sogar vom EuGH vertreten. u.a. im Urteil vom 25.10.1986 – Rs.: 355/85 – Cagnet, Rz 11. Der EuGH verneinte seine Zuständigkeit in einem Streit über Buchpreisbindungen in Frankreich insbesondere mit der Begründung, dass der Bereich der Buchpreise kein harmonisiertes Recht darstellt. In diesem Sinne auch Moench NJW 1987, 1109 (1112).

336 So auch: *Riese/Noll* in NVwZ 2007, 516 (520f.).

337 In diesem Sinne auch Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 226.

338 Solange I-Beschluss BVerfGE 37, 271 und Solange II-Beschluss BVerfGE 73, 339.

339 So schon Kingreen ZAR 2007, 13 (20). Dieser kritisierte bereits eine Entwurfsfassung der gegenwärtigen Regelung des § 28 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG und stellte einen Fall von Inländerdiskriminierung fest.

340 Eine eingehende Prüfung, ob die Regelungen des AufenthG mit dem Recht auf Familienleben aus Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar sind, folgt später.

341 So unter anderem das OVG Bremen, Beschluss vom 15.11.2010 – 1 B 156/10, Rz 6.

nicht gegeben, wenn ein sogenannter „acte claire“ vorläge – also ein Sachverhalt, in dem an der Auslegung und dem Ergebnis des Gerichts keine vernünftigen Zweifel bestehen können und dies so mit Sicherheit auch von den Gerichten der anderen Mitgliedstaaten und dem EuGH so gesehen wird.<sup>342</sup> Dies ist aber auf Grund von geäußerten Zweifeln der Generalanwaltschaft und den immer wieder erhobenen Klagen nicht anzunehmen. Unter anderem im Schlussantrag der Generalanwältin Kokott in der Rechtssache *McCarthy* lässt sich eine Tendenz auch im Bereich der Justiz finden, die bisherige restriktive Handhabung der Unionsbürgerrichtlinie aufzugeben und zum Wohle aller deren Anwendung auch auf Inländer zu erstrecken. Zumindest hält sie es für nicht ausgeschlossen, dass zukünftig ein Fall von Inländerdiskriminierung im konkreten Fall anerkannt werden könnte.<sup>343</sup> Außerdem fällt hier auf, dass der Begriff des „Berechtigten“ in der Unionsbürgerrichtlinie durch die Rechtsprechung bereits erheblich gedehnt wurde, indem Fälle von Doppelstaatern und Rückkehrern in den Anwendungsbereich aufgenommen wurden.

### **jj) Absehbare Rechtsprechungsänderung?**

Insbesondere gegen den Widerstand der Mitgliedstaaten hat der EuGH bereits vor Erlass der Unionsbürgerrichtlinie Urteile gefällt, in denen den Mitgliedstaaten auferlegt wurde, Drittstaatsangehörige zu dulden bzw. ihnen Aufenthaltserlaubnisse zu gewähren, sofern diese mit Unionsbürgern verwandt sind. Als Begründung wurde angeführt, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sei keine rechtsbegründende Handlung, sondern lediglich deklaratorischen Charakters. Es werde damit lediglich festgestellt, wie sich eine individuelle Situation zwischen Mitgliedstaat, Person und Unionsrecht verhalte.<sup>344</sup> Einen derart progressiven Gedanken schon vor dem Vertrag von Lissabon und der Stärkung der Unionsbürgerschaft in der heutigen Form zu vertreten zeichnet den Gerichtshof aus, der die zunehmende europäische Integration im Blick hat und fördert – eine Aufgabe, die auch in der hiesigen Problemstellung wahrgenommen werden muss.

Darüber hinaus fand sich bereits in einem Entwurf zur Familienzusammenführungsrichtlinie vom 03. Mai 2003 eine Regelung, welche es Unionsbürgern, die von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch gemacht hatten, ermöglicht hätte, unter geringeren – als den heute geltenden – Voraussetzungen drittstaatsangehörige Familienmitglieder nachzuholen. Insbesondere wäre ein Nachzug von Kindern bis 21 Jahre möglich gewesen.<sup>345</sup> Diese Regelung wurde deshalb aufgegeben, da parallel die Verhandlungen zur Richtlinie über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen begannen und Überschneidungen im Anwendungsbereich absehbar waren. Es wurde jedoch angedacht, eine Gleichstellung von Inländern und Unionsbürgern im Anschluss nach in Kraft treten beider Richtlinien zu überprüfen und anzustreben.<sup>346</sup> Auch wenn dies offenkundig bisher unterblieben ist, sollte dies nicht gänzlich ausgeblendet werden.

Den stärksten Ansatz in Richtung auf eine grundlegende Änderung der Rechtsauffassung des Gerichtshofes vertrat aber Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache *Zambrano*. Sie forderte Art. 18 AEUV als Grenze der zulässigen Inländerdiskriminierung aufzufassen und dahingehend auszulegen, dass er dann einer Schlechterstellung entgegensteht, wenn diese aus einem Ineinandergreifen

---

342 Sogenannte „acte-claire-Doktrin“ des EuGH aus dem Urteil vom 06.10.1982 – Rs.: 283/81 – C.I.L.F.I.T.; Details bei Frenz, Hb Europarecht V, Rn 3310ff.

343 Schlussantrag Generalanwältin Kokott vom 25.11.2010 in der Rs. C-434/09 – McCarthy, Rz 42.

344 So insbesondere im Urteil vom 25.07.2002 – Rs.: C-459/99 – MRAX, Rz 73-80. In diesem Fall erkannte der Gerichtshof eine solche Pflicht sogar trotz illegaler Einreise der Drittstaatsangehörigen an.

345 Die Regelung lautete: „Abweichend von dieser Richtlinie finden auf die Familienzusammenführung im Fall von Drittstaatsangehörigen, die Angehörige eines im Mitgliedstaat seiner Staatsangehörigkeit wohnhaften Unionsbürger sind, der noch nie von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, die Artikel 10, 11 und 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates und die sonstigen im Anhang aufgeführten gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen entsprechend Anwendung.“ - nach Hauschild ZAR 2003, 266 (269).

346 So wurde der geänderter Vorschlag zur Familienzusammenführung begründet, Ratsdokument 8626/02, S.3.

von Art. 21 AEUV und nationalem Recht entstehen. Als weitere Voraussetzung verlangt sie, dass kein adäquater nationaler Rechtsbehelf gegen diese Verletzung gegeben ist. Nach ihrem Vorschlag würde ein Anspruch auf Familiennachzug auch ohne Gebrauchmachen der Freizügigkeit entstehen.<sup>347</sup> Das Vorliegen der Voraussetzungen für diesen Vorschlag wurde im Einzelfall vom OVG Nordrhein-Westfalen verneint, da grundsätzlich in Deutschland Rechtsbehelfe gegen abschlägige Aufenthaltsentscheidungen bestünden.<sup>348</sup> Hiergegen kommen jedoch Zweifel auf, betrachtet man die vorstehend dargestellte Rechtsprechung. Denn in der gegebenen Konstellation von einem deutschen Gericht Recht zu bekommen, erscheint aussichtslos. Insofern würden die Betroffenen auf Rechtsbehelfe verwiesen, die leer laufen. Dies kann nicht als effektive Rechtsschutzmöglichkeit betrachtet werden.

Letztlich ist Generalanwältin Sharpston mit ihrem Vorstoß bisher allein geblieben. Der Gedanke der unmittelbaren Anwendung von Art. 18 AEUV und die Berücksichtigung der Tatsache, dass der Berechtigtenbegriff bereits weit ausgedehnt wurde, führt aber insgesamt zu dem Schluss, dass eine Rechtsprechungsänderung unvermeidbar ist. Vergleichbare Fälle hat es besonders im Bereich der Grundfreiheiten in den letzten Jahrzehnten immer wieder gegeben.<sup>349</sup> Dies dürfte weder eine politische noch juristische Herausforderung sein, da es sich faktisch nur um die Streichung eines Teilsatzes handelt, der in personeller Hinsicht an den Nachzugszahlen kaum etwas ändern wird.

Ähnliche Anspruchsausdehnungen hat es im vergleichbaren Bereich der Sozialrechte auch gegeben. Hier ging die Rechtsprechung zeitweise sogar so weit, dass sozialrechtliche Ansprüche in der Theorie von jedem Unionsbürger unabhängig vom Wohnsitz in jedem Unionsstaat hätten geltend gemacht werden können.<sup>350</sup> Wenn bei derartigen Ansprüchen, die eine finanzielle Belastung für die Mitgliedstaaten darstellen, eine derartige Ausdehnung – wenn auch zwischenzeitlich zurückgenommen – möglich ist, kann vorliegend bei der Frage des Familiennachzugs kein vernünftiger Grund gegen eine Beseitigung der Inländer diskriminierenden Regelung und Rechtsprechung angeführt werden.

Letztlich spricht für eine Ausdehnung der Unionsbürgerrichtlinie vor allem ein Kerngedanke des Europarechts: der effect utile. Zur effektiven Gewährleistung der Grundfreiheiten und in Anbetracht der als herausragend wichtig eingestuften Zusammenführung von Familien ist eine weite und flexible Auslegung der Grundfreiheiten erforderlich.<sup>351</sup>

### Exkurs: Diskriminierung von Doppelstaatern

Nicht ungewöhnlich ist die Konstellation von Doppelstaatern innerhalb der Union. Auch in der Bundesrepublik haben viele deutsche Staatsangehörige mit Migrationshintergrund die Staatsangehörigkeit ihres Herkunftslandes beibehalten. Dies betrifft insbesondere die türkische Staatsangehörigkeit und solche der Nachfolgestaaten der Sowjetunion – mithin keine Unionsstaaten. Diese Personen sind folglich sowohl Unionsbürger als auch Drittstaatsangehörige. Gemäß Art. 3 Abs. 3 Familienzusammenführungsrichtlinie ist auf sie als Unionsbürger die Richtlinie nicht anwendbar. Die Unionsbürgerrichtlinie hingegen ist für Drittstaatsangehörige nicht anwendbar. Selbst wenn man an-

347 Schlussantrag Generalanwältin Sharpston vom 30.09.2010 in der Rs. C-34/09 – Ruiz Zambrano, Rz 139-150. Entsprechende Tendenzen fanden sich aber bereits im Urteil des Gerichtshofs vom 01.04.2008 – Rs.: C-212/06, Rz 40, an welchem Sharpston als Generalanwältin ebenfalls beteiligt war.

348 OVG NRW, Beschluss vom 21.01.2011 – 18 A 2513/10, Rz 41f.

349 So forderte der Gerichtshof ursprünglich für einen Nachzug von Drittstaatsangehörigen zu Unionsbürgern den vorherigen rechtmäßigen Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat, EuGH, Urteil vom 23.09.2003 – Rs.: C-109/01 – Akrich; Rz 50. Von dieser Haltung nimmt der Gerichtshof im *Metock*-Urteil ausdrücklich Abstand, EuGH, Urteil vom 25.07.2008 – Rs.: C-127/08 – Metock, Rz 58.

350 Brochart NJW 2000, 2057 (2058).

351 So der EuGH im Urteil vom 11.07.2002 – Rs.: C-60/00 – Carpenter, Rz 38ff. Unter Hinweis auf Art. 8 EMRK als Maßstab für eine Beschränkung der Freizügigkeit im konkreten Fall.

nahme, dass die Unionsbürgerrichtlinie trotz zweiter Staatsangehörigkeit anwendbar ist, käme man dort zu Problemen, wo der fragliche eingebürgerte Unionsbürger seit seiner Einbürgerung innerhalb der Union keine Wanderung vorgenommen – seine Freizügigkeit also nicht in Anspruch genommen hat, weshalb er nach gegenwärtiger Auffassung keine Rechte aus der Unionsbürgerrichtlinie in Anspruch nehmen kann. Der Doppelstaater war also bis zum Zeitpunkt seiner Einbürgerung durch die Familienzusammenführungsrichtlinie geschützt und hatte ein Recht auf Familienzusammenführung. Mit dem Zeitpunkt der Einbürgerung verliert er dieses Recht und kann sich unter Umständen auch nicht auf die Unionsbürgerrichtlinie berufen. Ein Familiennachzug ist ihm in der Bundesrepublik maximal noch im Rahmen von § 28 AufenthG möglich – einer Norm mit höheren Anforderungen als die der Unionsbürgerrichtlinie. Im Ergebnis wird der Doppelstaater schlechter gestellt als der originäre Unionsbürger und darüber hinaus auch schlechter als der Drittstaatsangehörige, der er ursprünglich war – denn dieser wird durch Unionsrecht geschützt.<sup>352</sup>

Als mögliche Lösung des Problems könnte man in der Anwendung von Grundsätzen des internationalen Privatrechts finden. Dort wird auf die effektive Staatsangehörigkeit, also die des tatsächlichen Aufenthaltsstaates – in der Regel dem Unionsstaat – abgestellt. Dadurch könnte aber von Fall zu Fall in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ein unterschiedlicher Anwendungsbereich zu Stande kommen. Andererseits ist es aus staatlicher Sicht am zweckmäßigsten, auf die eigene Staatsangehörigkeit abzustellen, denn im konkreten Fall begibt der Doppelstaater sich mit seinem Begehren ja auch unter die Hoheitsgewalt des betreffenden Staates. Zu ebenfalls unstimmgigen Ergebnissen würde es führen, je nach der aktuellen Frage auf die eine oder die andere Staatsangehörigkeit abzustellen. Allerdings würde dies eine größtmögliche Rechtstellung für Doppelstaater bedeuten. Begehrt der Doppelstaater bzw. dessen Angehöriger Familiennachzug, so gehört dies zu einem typisch von Drittstaatsangehörigen geltend gemachten Begehren. Hier steht die Rechtsfrage eindeutig der Staatsangehörigkeit näher, die nicht zur Union gehört. Auch in solchen Fällen allein auf die Unionsbürgerschaft abzustellen, würde der Situation nicht gerecht werden. Der Doppelstaater kann dem Inländer in solchen Konstellationen nicht gleichgestellt werden. Eine Inländer diskriminierende Situation würde für Doppelstaater wesentlich häufiger auftreten als für Inländer, da der Doppelstaater naturgemäß häufiger Angehörige in Drittstaaten hat als der Inländer.

Eine abschließende Lösung für Doppelstaater existiert nicht. Es lässt sich lediglich ablesen, dass der EuGH bestrebt ist, Doppelstaatern größtmögliche Rechtspositionen zu sichern, indem er die bloße Angehörigkeit zu zwei Mitgliedstaaten genügen lässt, um einen eigentlich rein innerstaatlichen Sachverhalt an sich zu ziehen und einen grenzüberschreitenden Bezug zu konstruieren.<sup>353</sup> Eine tatsächliche Erklärung für dieses Vorgehen gibt der Gerichtshof aber nicht ab. So fragt er sich nicht, welcher Situation der Doppelstaater, der seinen Geburtsstaat nie verlassen hat eigentlich näher steht. Dann würde er dazu kommen, dass dies von der tatsächlichen Wahrnehmung her unzweifelhaft die Situation des nicht freizügigen Inländers sein muss. Man könnte von einer Figur der „effektiven Staatsangehörigkeit“ sprechen. Wird der Doppelstaater nun unter Missachtung dieser effektiven Staatsangehörigkeit gegenüber dem Landsmann mit nur einer Staatsangehörigkeit bevorzugt, ergibt sich zwangsweise eine Diskriminierung von Inländern, die nicht dadurch zu rechtfertigen ist, dass der Doppelstaater zufällig noch eine zweite Staatsangehörigkeit besitzt, zu der er aber bisher überhaupt keinen Bezug hatte. Hier wird in negativer Hinsicht der Inländer mit nur einer Staatsangehörigkeit auf Grund seiner Staatsangehörigkeit diskriminiert, weil er gerade nur eine besitzt.

---

352 Zu diesem Schluss kommt auch *Groenendijk* in ZAR 2006, 191 (197f.).

353 So im Urteil vom 02.10.2003 – Rs.: C-148/02 – *Garcia Avello*, Rz 28. Dort ging es um in Belgien geborene Kinder eines Spaniers und einer Belgierin, die Belgien noch nie verlassen hatten. Allein auf Grund ihrer durch Geburt erworbenen spanischen Staatsangehörigkeit erkannte der EuGH einen grenzüberschreitenden Bezug.

## **2. Einzelne Fälle der Inländerdiskriminierung**

### **a) Warum muss ein zu einem Unionsbürger nachziehender Familienangehöriger keinen Sprachnachweis erbringen?**

#### **aa) Das Problem**

In Zusammenhang mit der Möglichkeit des quasi voraussetzungslosen Familiennachzugs zu Unionsbürgern stellt sich die Frage, womit dieser Umstand eigentlich gerechtfertigt wird. Insbesondere fällt auf, dass auch Drittstaatsangehörige, die zu Unionsbürgern nachziehen, keinen Sprachtest absolvieren müssen. Eine Voraussetzung, die auch solche Ausländer nachweisen müssen, die zu Deutschen nachziehen.<sup>354</sup> Als Begründung für den nicht erforderlichen Sprachnachweis lässt sich zunächst das gleiche anführen wie vorstehend zur allgemeinen Frage der Inländerdiskriminierung. Darüber hinaus sollte aber auch nach einer Begründung gesucht werden, weshalb ein Nachweis von Sprachkenntnissen für nachziehende Drittstaatsangehörige entbehrlich sein soll. Denn ein geringerer Integrationsbedarf auf Grund des Nachzugs zu einem Unionsbürger kann wohl nicht bestehen, wenn ein solcher auf Grund des Nachzugs zu einem Deutschen nicht bestehen soll.

#### **bb) Gesetzesbegründung**

Auch als Begründung für diese Regelung wird der Schutz der Freizügigkeit primär herangezogen. Im Grunde handelt es sich ebenfalls um eine Konstellation der Inländerdiskriminierung, welche von der Rechtsprechung als zulässig angesehen wird.

Generell wurde die Einführung des Sprachnachweises für den Ehegattennachzug zu Deutschen und Ausländern mit dem Schutz vor Zwangsehen und der besseren Steuerung und Begrenzung des Nachzugs begründet.<sup>355</sup>

Das Verlangen eines Sprachnachweises beim Nachzug zum Unionsbürger sei deshalb unzulässig, weil die Erteilung des Einreisevisums in einem solchen Fall einzig von der Unionsbürgerschaft des Stambberechtigten abhängt.<sup>356</sup>

Ansonsten kann für die Begründung, weshalb beim Nachzug zum Unionsbürger kein Sprachnachweis erforderlich ist, weitestgehend auf die Erwägungen in Bezug auf die generelle Frage der Inländerdiskriminierung durch das Freizügigkeitsgesetz verwiesen werden. Insbesondere behauptet die Bundesregierung das Vorliegen ausreichender rechtfertigender Sachgründe für eine Ungleichbehandlung von Unionsbürgern und Inländern in Hinblick auf den Sprachnachweis.<sup>357</sup>

#### **cc) Stellungnahme/Kritik**

Entgegen der auch hier vorgetragenen Förderung europäischer Belange und der Steigerung der Ak-

---

354 Hiervon ausgenommen sind grundsätzlich nur die in § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 AufenthG genannten Personen, also insbesondere Forscher, Selbständige und Hochqualifizierte, sowie sogenannte Positivstaater (Personen aus den USA, Kanada, Japan, Australien und anderen Staaten nach Art. 1 Abs. 2 VO (EG) 539/2001. Eine abschließende Liste findet sich im Anhang II zur Verordnung).

355 Zur Begrenzung des Nachzugs insbesondere: OVG NRW, Beschluss vom 01.03.2011 – 18 B 944/10; Rz 40ff.; Details und eine ausführliche kritische Auseinandersetzung mit dem Erfordernis des Sprachnachweises und dessen Vereinbarkeit mit höherrangigen Recht im Folgenden in einem eigenen Kapitel.

356 Dies ergibt sich unter anderem aus einer Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat als „Hilfeleistung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten“, KOM(2009) 313 endg.

357 Siehe oben. So in der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen u.a. vom 19.08.2014 – BT-Drs.: 18/2366, S. 12 – ausgeführt.

zeptanz der Union wird mit den stark abweichenden Regelungen für Unionsbürger und ihre Angehörigen im Ergebnis nur das Gegenteil erreicht. Die Situation eines Drittstaatsangehörigen der zu einem Unionsbürger nachzieht, unterscheidet sich in der Ausgangslage nicht wesentlich von der eines Solchen, der zu einem Deutschen nachzieht. Aber auch die Situation des Unionsbürgers ist nicht wesentlich anders als die des Deutschen. Denn würde er sich in seinem Heimatland aufhalten und würde ein drittstaatsangehöriges Familienmitglied nachholen wollen, müsste er auch höhere Anforderungen erfüllen, als die der Unionsbürgerrichtlinie. Insofern kann nicht behauptet werden, dass es den Unionsbürger in seiner Freizügigkeit einschränken würde, wenn er für den Nachzug seines Gatten oder eines Kindes gewisse Voraussetzungen erfüllen müsste. Vielmehr scheint sich hier eine Möglichkeit zu eröffnen, Nachzugsvoraussetzungen zu umgehen, was sich auch in den zahlreichen Fällen von Eheschließungen im europäischen Ausland abzeichnet.

Das Erfordernis eines Sprachnachweises gilt grundsätzlich dort als abbedungen, wo ein erkennbar geringerer Integrationsbedarf besteht. Eine solche Situation ist aber vorliegend kaum gegeben. Warum sollte ein Drittstaatsangehöriger, der zu einem Unionsbürger nachzieht, pauschal einen geringeren Integrationsbedarf haben, als ein Drittstaatsangehöriger, der zu einem Deutschen nachzieht? Der Unionsbürger wird häufig selbst nicht fließend Deutsch sprechen und ist aus der Natur der Sache heraus selbst integrationsbedürftig. Denn auch wer aus dem europäischen Kulturkreis kommt, ist nicht automatisch in Deutschland vollständig integriert. In dieser Situation muss er sodann auch noch einen Drittstaatsangehörigen integrieren, der sowohl mit der Sprache als auch mit der Kultur wenig vertraut sein wird. Während ein deutscher Stammberechtigter keine eigene Integrationsleistung erbringen muss und in der Regel die besseren Voraussetzungen hat, einem Drittstaatsangehörigen bei der Integration zu helfen.

Das ins Feld geführte Argument, der Sprachtest sei generell aus Gründen der Nachzugsbegrenzung zulässig, weckt menschenrechtliche Bedenken. Denn im Grunde wird damit suggeriert, dass nur derjenige das Nachzugsrecht verdient hat, der ausreichend intelligent ist und über die sonstigen Ressourcen verfügt, um den geforderten Sprachnachweis zu erbringen. Alle anderen sind des Nachzugs nicht würdig, ungeachtet familiärer Bindungen oder ähnlicher Belange. Mangels konkret normierter Härtefallregelung in Bezug auf das Erfordernis des Sprachnachweises wird hierdurch in Einzelfällen eine dauerhafte Trennung herbeigeführt werden und in einer Vielzahl anderer Fälle zumindest eine langzeitige Trennung.<sup>358</sup> Ob hierdurch tatsächlich eine nennenswerte Begrenzung des Nachzugs erreicht wird, ist jedoch – in Anbetracht des generell nur geringen Anteils des Familiennachzugs an der Gesamtzuwanderung in die Bundesrepublik – zweifelhaft.

Auch die umgekehrten Argumente, die das Erfordernis des Sprachnachweises begründen sollen, gehen leer, wenn man sich fragt, warum sie nicht für Unionsbürger gelten sollen. Auch eine drittstaatsangehörige Ehefrau, die zu einem Unionsbürger ins Bundesgebiet nachzieht, kann sich in einer Zwangslage befinden, aus der sie sich eventuell besser befreien könnte, wenn sie die Landessprache spräche. Wertungsmäßig ist hier kein Unterschied festzustellen. Lediglich könnte behauptet werden, dass es für diese näher läge, die Muttersprache des Ehegatten, der Unionsbürger ist, zu erlernen. Aber auch dazu besteht keine gesetzliche Verpflichtung. Außerdem bringt es für die Situation des Drittstaatsangehörigen im Bundesgebiet wenig Vorteil Polnisch, Rumänisch oder Französisch zu lernen. Den Alltag kann man mit solchen Kenntnissen nicht besser bewältigen.

Weiterhin ist auf die Rechtsprechung des EuGH im Fall *Angonese* zu verweisen. Dort wurde befunden, dass das Erfordernis eines Sprachnachweises im Grundsatz nicht die Freizügigkeit beschränkt und gerechtfertigt ist. Zwar ging es im Fall *Angonese* um einen Arbeitnehmer, der als Voraussetzung

---

<sup>358</sup> Zu den hier insbesondere aufkommenden Fragen in Bezug auf die Menschenwürde, welche durch eine solche Beurteilung tangiert erscheint, später ausführlich.

um überhaupt zu einem Auswahlverfahren zugelassen werden zu können, einen Sprachnachweis erbringen musste.<sup>359</sup> Aber auch dort ging es im Grunde um die Frage der Freizügigkeit und ob das Erfordernis eines Sprachnachweises diese einschränkt.

Letztlich entstehen dort weitere Fragen, wo man die Rechtsprechung genauer untersucht und auffällt, dass Ausnahmen vom Sprachnachweis da zugelassen werden, wo ein Nachzug zu Deutschen stattfindet. Mit der Begründung, dass diesen durch Art. 11 GG – im Unterschied zu Drittstaatsangehörigen – ein Recht zum Aufenthalt gewährt würde.<sup>360</sup> Wenn aber dies die Besserstellung von Inländern bzw. des Nachzugs zu diesen, begründet – dies aber auch nur in Härtefällen<sup>361</sup> –, ist eine Begründung für die Besserstellung von Unionsbürgern gegenüber Inländern auf dieser Argumentationslinie nicht gegeben. Der Unionsbürger leitet sein Recht zum Aufenthalt nach herrschender Meinung maximal aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 11 GG her. Ein bloß abgeleitetes Aufenthaltsrecht wird mithin besser gestellt, als das originäre Aufenthaltsrecht des Inländers, da der Nachzug zum Unionsbürger immer ohne Sprachnachweis möglich ist, während er zum Deutschen nur in Härtefällen genehmigt werden soll – eine widersprüchliche Argumentation.

Auch in Anbetracht bestehender grund- und europarechtlicher Zweifel an der Regelung des Sprachnachweises ist in konsequenter Vermeidung von Inländer diskriminierenden Ergebnissen im Zweifel der Verzicht auf die Regelung zum Sprachnachweis über § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG für den Nachzug zu Inländern die angezeigte Maßnahme.

## **b) Warum sind bei Unionsbürgern Kinder bis 21 Jahren Teil der Kernfamilie, bei allen anderen Gruppen aber nur Kinder bis 18 Jahre?**

### **aa) Das Problem**

Wie eingangs gezeigt, wird die Kernfamilie in der Regel auf Ehegatten und die Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres beschränkt. Diese Regel durchbricht das FreizügG/EU, indem es auch Kinder bis zum 21. Lebensjahr zur Kernfamilie zählt. Womit sich diese Ausdehnung, welche erneut eine Begünstigung gegenüber inländischen Unionsbürgern darstellt, begründet, bleibt auf den ersten Blick unklar.

### **bb) Die Begründung**

Ein Blick in die Familienzusammenführungsrichtlinie verrät zunächst, dass nach Art. 4 Abs. 1 Uabs. 2 die Minderjährigkeit eines Kindes nach den nationalen Rechtsvorschriften zu bestimmen ist. Dies könnte im Grundsatz dazu führen, dass in anderen Unionsstaaten durchaus für den Nachzug zu Drittstaatsangehörigen andere Altersgrenzen gelten könnten. In der Praxis liegt die gesetzliche Grenze der Minderjährigkeit aber in allen Staaten bei 18 Jahren. Eine Grenze bei 21 Jahren gibt es lediglich in einigen Staaten als zusätzliche Altersstufe der „jungen Erwachsenen/Leute/Heranwachsenden“<sup>362</sup>, was aber mit der entscheidenden Grenze der Minderjährigkeit nichts zu tun hat.

---

359 EuGH, Urteil vom 06.06.2000 – Rs.: C-281/98 – Angonese, Rz 40ff. Wobei der Sprachnachweis im konkreten Fall deshalb diskriminierend war, weil die geforderte Bescheinigung nur in der Provinz Bozen zu erlangen war. Bedenkt man jedoch, dass auch der für einen Ehegattennachzug nach Deutschland erforderliche Sprachnachweis nur an ausgewählten Instituten und nur wenigen Orten im jeweiligen Herkunftsland zu erwerben ist, ergibt sich eine durchaus vergleichbare Situation. Zu generellen Bedenken am Erfordernis des Sprachnachweises im Folgenden.

360 Unter anderem im Vorlagebeschluss des VG Berlin zur Frage der Vereinbarkeit des Sprachnachweises mit Unionsrecht zum EuGH: VG Berlin, Beschluss vom 25.10.2012 – 29 K 138.12 V; sowie BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12.

361 Über die Argumentation des unbedingten Aufenthaltsrechts des Inländers gelangt das BVerwG im Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 dazu, eine Härtefallregelung zu verlangen – Details im Folgenden.

362 So u.a. in Finnland, Portugal oder den Niederlanden (hier sogar bis zum 25. Lebensjahr).

Die Unionsbürgerrichtlinie steht jedoch in der Tradition früherer Richtlinien zu den Rechten von Arbeitnehmern und nimmt auf diese Bezug<sup>363</sup>, zu deren Erlasszeitpunkt die Grenze der Minderjährigkeit noch überwiegend bei 21 gelegen hat. Da es Merkmal des Unionsrechts ist, einmal gewährte Begünstigungen nicht grundlos zurück zu nehmen, wurde dieser Vorteil wohl beibehalten.

### **cc) Stellungnahme/Kritik**

Für das Feld des Aufenthaltsrechts eigentlich untypisch, ergehen Gesetzesbeschlüsse zum Freizügigkeitsrecht ohne große Diskussion und weitgehend im Konsens aller Beteiligten. Insofern ist eine Bestimmung von Gründen für eine Regelung im Einzelfall durchaus schwierig. So wie vorliegend, wo ein Grund für die Diskrepanz bei der Altersgrenze zwischen dem Aufenthaltsgesetz und dem FreizügG/EU nicht ausgeführt wird. Trotz verhältnismäßig häufiger Änderungen des FreizügG/EU während seiner noch jungen Existenz hat sich bei der Bestimmung der nachzugsberechtigten Kinder bis zum Alter von 21 nie etwas geändert. Diese Grenze fand sich vielmehr schon in einem Entwurf zum FreizügG/EU aus dem Jahr 2003.<sup>364</sup> Eine unionsrechtliche Verpflichtung für diese Altersgrenze gibt es nicht. 18 Jahre wären genauso hinreichend, um die Vorgaben der Richtlinie zu erfüllen. Insofern handelt es sich hier um einen Fall einer Übererfüllung der Richtlinie zu Gunsten der Unionsbürger, was ohne weiteres zulässig ist.

Eine solche Übererfüllung erstaunt jedoch in Anbetracht einer ansonsten eher zurückhaltenden Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie. So gab es bisher keinerlei Umsetzung in Hinblick auf die weiteren Angehörigen von Unionsbürgern, welchen nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie zwar keine Freizügigkeit zusteht, aber zumindest ein erleichterter Zugang zum Bundesgebiet. Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten dabei auch keinen Entscheidungsspielraum, diese Erleichterungen zu gewähren oder nicht. Eine Umsetzung über einen bloßen Verweis auf eine in etwa dementsprechende Regelung in § 36 Abs. 2 AufenthG kann schon deshalb nicht genügen, weil diese Norm nicht explizit auf die Begünstigung von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen abzielt, mithin nicht der Umsetzung einer solchen Privilegierung dienen kann.<sup>365</sup> Deshalb wurde auch von der Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren diesbezüglich eingeleitet.<sup>366</sup>

Die Altersgrenze von 21 Jahren findet sich lediglich in der Familienzusammenführungsrichtlinie in Art. 4 Abs. 5 in Hinblick auf die Frage der Verhinderung von Zwangsehen als Höchstgrenze, bis zu der ein Nachzug verweigert werden darf. Insofern ist ein sinnvoller Anknüpfungspunkt für diese Altersgrenze nicht ersichtlich. In der Konsequenz ist daher auch nicht klar, warum diese Grenze für den Nachzug zu Inländern nicht gilt. Auch wenn die Begünstigung gegenüber Inländern im Grundsatz zulässig sein soll, bedarf sie doch einer Begründung bzw. Rechtfertigung.

Im weitesten Sinne kann eine Rechtfertigung aus dem sechsten Rechtfertigungsgrund der Unionsbürgerrichtlinie abgeleitet werden. Dort wird die Wahrung „der Einheit der Familie im weiteren Sinne“ als Ziel der Richtlinie genannt.<sup>367</sup> Zu dieser Familie im weiteren Sinne gehören zweifellos auch volljährige Kinder. So wäre zumindest in Hinblick auf die kleine Gruppe der 18 bis 21 Jährigen eine Umsetzung des Art. 3 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie erfolgt. Dass hier der Zugang zum Bundesgebiet nicht nur erleichtert, sondern sogar ein Recht darauf statuiert wird, ist unschädlich, da die Richtlinie keine Vorschriften macht, wie die Erleichterung umzusetzen ist, sondern nur, dass sie erfolgen muss.

---

363 Vgl. Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2004/38/EG; dazu auch Renner NVwZ 2004, 792 (794).

364 BT-Drs.: 15/420, S. 38.

365 Zu diesem Schluss kommt auch *Dienelt* in Renner, AuslR, 10.A., § 3 FreizügG/EU, Rn 22.

366 IP/12/646 – Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland, Österreich und Schweden.

367 EG 6 RL 2004/38/EG.



Trotzdem steht eine Ungleichbehandlung im Raum. Ziel der Regelung mag eine – unterstellte – Erfüllung von Richtlinienvorgaben sein. Dieses Ziel ist grundsätzlich legitim und wohl auch in Bezug auf Familienangehörige zwischen 18 und 21 geeignet. Zur Erreichung einer vollständigen Umsetzung der Richtlinie ist eine solche „Nischenregelung“ aber kaum effektiv und zur Erreichung von „Erleichterungen“ direkt einen Anspruch zu gewähren, wird man als unverhältnismäßig bezeichnen können. Insbesondere wenn man die grundlose Anknüpfung an eine derart kleine Personengruppe betrachtet. Nicht tragbar ist vor allem die Behauptung, dass es europäischen Gemeinschaftswerten entspreche, Kinder bis 21 Jahren als Teil der Kernfamilie zu betrachten. Den besonderen Schutz für Minderjährige erkennen alle Unionsstaaten nur bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres an.

Anhand allgemeiner Verhältnismäßigkeitserwägungen kann diese Ungleichbehandlung also nicht gerechtfertigt werden.

### **c) Warum ist beim Nachzug zu Deutschen und Unionsbürgern kein Nachweis der Sicherung des Lebensunterhaltes erforderlich?**

#### **aa) Das Problem**

Abgesehen von der grundsätzlichen Besserstellung der Unionsbürger gegenüber allen anderen Nachzugswilligen, wird auch der Nachzug zu Deutschen zum Teil erheblich erleichtert. So müssen Drittstaatsangehörige, die zu Deutschen zum Zwecke der Familienzusammenführung nachziehen wollen, keinen Nachweis über die Sicherung des Lebensunterhaltes erbringen. Grundsätzlich besteht aber auch beim Nachzug zu Deutschen die Gefahr der Belastung der Sozialkassen, weshalb in der Regel der Nachweis der Unterhaltssicherung gefordert wird. Insbesondere zeigt sich dieser Gedanke auch, wenn man bedenkt, dass nach § 4 S. 1 FreizügG/EU selbst beim Nachzug zu Unionsbürgern ein Nachweis ausreichender Existenzmittel erforderlich ist, wenn der Stammberechtigte erwerbslos ist. Wenn die Sozialkassen in solchen Situationen geschützt werden sollen, warum dann nicht im gleichen Maße auch im Falle des Nachzugs zu erwerbslosen Deutschen. Hier kommt insbesondere auch in den Sinn, dass die Regelung unmittelbar gegen Art. 18 AEUV verstößt. Der Inländer wird hier besser gestellt, als der ausländische Unionsbürger.

#### **bb) Die Rechtslage**

Differenzierend ist zunächst anzumerken, dass auch beim Nachzug zu Deutschen lediglich für den Kinder- und den Elternnachzug zwingend eine Nachzugserlaubnis unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhaltes zu erteilen ist. Für den Ehegattennachzug ist dies lediglich eine Regelanweisung, von der beim Vorliegen besonderer Umstände abgesehen werden kann. Eine mögliche Arbeitslosigkeit des Stammberechtigten zählt jedoch nicht zu diesen besonderen Umständen. Diese kann hier schon deswegen nicht berücksichtigt werden, weil der Deutsche zur Führung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht auf das Ausland verwiesen werden kann. Aus dem Grund wird als besonderer Umstand unter anderem auch eine doppelte Staatsbürgerschaft angeführt. Denn ein Doppelstaater kann im Zweifel zur Führung seines Familienlebens auf das Ausland verwiesen werden, insbesondere auf das Land seiner zweiten Staatsangehörigkeit.<sup>368</sup>

#### **cc) Stellungnahme**

Daher erscheint die Annahme eines Verstoßes gegen Art. 18 AEUV nicht gegeben. Zwar knüpft das fragliche Regelungsgeflecht an die Staatsangehörigkeit an, denn der Unionsbürger wird über § 4 S. 1 FreizügG/EU unmittelbar schlechter gestellt, als der Deutsche, bei dem die eigene tatsächliche wirtschaftliche Situation bei der Frage der Nachzugsberechtigung keine Rolle spielt. Diese Ungleichbehandlung kann jedoch als gerechtfertigt angesehen werden, da es um den Schutz der Sozial-

---

368 VV 28.1.1.0 zu § 28 AufenthG.

systeme vor ungebührlichen Belastungen geht. Der nachziehende Drittstaatsangehörige wird nie in die Sozialkassen eingezahlt haben, sodass eine Inanspruchnahme derselben durch ihn eine Belastung ohne Gegenleistung darstellt. Die Leistungen der verschiedenen Sozialversicherungen und Krankenkassen dienen primär dem Schutz und der Aufrechterhaltung der Volksgesundheit und der Grundsicherung, um dem Anspruchsinhaber einen Platz im sozialen Gefüge der Bundesrepublik zu sichern. Insbesondere die Volksgesundheit ist ein Ziel, welches innerhalb des Unionsrechts als legitimes Rechtfertigungsmittel anerkannt ist. Außerdem wird vom Unionsbürger nach § 4 S. 1 FreizügG/EU kein regelmäßiges Einkommen zur Bestreitung des Lebensunterhalts gefordert. Vielmehr genügen jegliche Finanzmittel, gleich aus welcher Quelle als „Existenzmittel“. Damit kann auch bestehendes Vermögen einbezogen werden, was die Einschränkung aus § 4 S. 1 FreizügG/EU mildert.

Die Regelung ist auch im Vergleich mit der Handhabung des § 28 Abs. 1 S. 3 AufenthG nicht diskriminierend. Es besteht im Grunde eine vergleichbare Lage, denn der Doppelstaater mit deutscher und anderer Staatsangehörigkeit ist doch letztlich in seiner Stellung ähnlich dem Unionsbürger, der seine nationale Staatsangehörigkeit und die Unionsbürgerschaft besitzt. Durch die Unionsbürgerschaft erlangt er das Recht, sich im Bundesgebiet weitestgehend voraussetzungslos aufzuhalten. Er kann aber weiterhin für die Ausübung bestimmter Rechte auf sein Herkunftsland verwiesen werden. Insbesondere zur Führung der familiären Lebensgemeinschaft ist eine Verweisung auf das Herkunftsland vergleichbar mit dem Verweis des Doppelstaaters auf das Land seiner zweiten Staatsangehörigkeit. Die Beeinträchtigung der Freizügigkeit hierdurch scheint hinnehmbar, da es sich im Ursprung um ein wirtschaftliches Recht handelt und nicht um eine Sozialunion. Dies ist auch legitim in Hinblick auf die Rechtsprechung zur Frage des Bezuges von Sozialleistungen<sup>369</sup> durch arbeitssuchende Unionsbürger<sup>370</sup> und den zehnten Erwägungsgrund der Unionsbürgerrichtlinie, nach dem die Sozialsysteme vor unangemessenen Belastungen geschützt werden sollen. Die Regelung ist auch insofern zulässig, als dass die Unionsbürgerrichtlinie auf Arbeitssuchende, die nicht zuvor einer Tätigkeit nachgegangen sind, sowie auf diejenigen, die keine Aussicht auf eine Arbeit innerhalb der nächsten sechs Monate haben, nicht anwendbar ist. Somit muss die Behandlung dieser Personen sich nicht am Maßstab der in der Richtlinie gewährten Rechte und der dort konkret ausgestalteten Form der Freizügigkeit orientieren. Nach Art. 24 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie sind die Mitgliedsstaaten insbesondere nicht verpflichtet, Personen, welche nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, Sozialhilfeleistungen oder beitragsunabhängige Leistungen zur Grundsicherung (Hartz IV) zu gewähren.<sup>371</sup> Demjenigen, dem man Leistungen verwehrt, auch das Recht auf Familiennachzug zu verweigern, ist folglich nur konsequent, denn andernfalls würde sich die Belastung der Sozialsysteme nur verlagern und damit der Schutzgedanke leer laufen. Letztlich wird auch das Aufenthaltsrecht selbst nicht betroffen, denn eine Ausweisung des Unionsbürgers auf Grund von Arbeitslosigkeit ist nach Art. 14 Abs. 4 Unionsbürgerrichtlinie nicht zulässig.

Insgesamt besteht hier also keine Diskriminierung in Zusammenhang mit Unionsbürgern, weder in der klassischen Konstellation noch als „Inländerdiskriminierung“. Darüber hinaus ist auch keine unzulässige Diskriminierung von Drittstaatsangehörigen festzustellen. Wenn es schon innerhalb des

---

369 Als Sozialhilfeleistung qualifiziert der EuGH sowohl beitragsunabhängige als auch solche staatliche Unterstützungsleistungen, die auf Beiträgen beruhen und nicht ausschließlich zur Erleichterung des Zuganges zum Arbeitsmarkt dienen. Dass beispielsweise Leistungen nach dem SGB II *auch* dem Zugang zum Arbeitsmarkt dienen, genügt nicht, um sie nicht als Sozialhilfeleistungen zu qualifizieren, da die Unterhaltssicherung für die Führung eines menschenwürdigen Lebens im Vordergrund steht. u.a. EuGH, Urteil vom 11.11.2014 – Rs.: C-333/13 – Dano und EuGH, Urteil vom 15.09.2015 – Rs.: C-67/14 – Alimanovic, sowie EuGH, Urteil vom 19.09.2013 – Rs.: C-140/12 – Brey. Zusammenfassend: Farahat, Kommentar zum Urteil *Alimanovic* vom 16.09.2015 – <http://verfassungsblog.de/der-umbau-der-europaeischen-sozialbuergerschaft-anmerkungen-zum-urteil-des-eugh-in-der-rechtssache-alimanovic/>, abgerufen am 27.01.2016.

370 Unter anderem EuGH, Urteil vom 11.11.2014 – Rs.: C-333/13 – Dano, in welchem sich der Gerichtshof gegen „Sozialtourismus“ wand.

371 So auch der EuGH in seinem Urteil vom 15.09.2015 – Rs.: C-67/14 – Alimanovic, Rz 58.

Unionsrechts ausdrücklich geregelt wird, dass die Aufenthalt im Inland nehmende Person nicht die Sozialsysteme belasten soll, dann muss dies erst recht gegenüber Personen, die nicht den gesteigerten Schutzstatus der Unionsbürgerschaft genießen, zulässig sein.

### **3. Rechtfertigung der Inländerdiskriminierung**

Die vorstehend geschilderten Konstellationen sind unzweifelhaft Fälle der Inländerdiskriminierung. Solche Fälle treten nicht nur im Bereich des Aufenthaltsrechtes auf, sondern in vielfältiger Weise in beinahe allen Bereichen, in denen das Unionsrecht auf nationales Recht einwirkt. Dabei ist aber auch die Entstehung solcher Konstellationen meist ähnlich gelagert wie hier: es werden ausdrückliche Sonderregelungen für Unionsbürger getroffen und ursprünglich bestehende – hinter dem Unionsrecht zurück bleibende – Regelungen werden für alle anderen Rechtsbetroffenen – insbesondere eben Inländer – aufrecht erhalten. Schon aus der Natur der Sache ergibt sich so eine Benachteiligung der jeweiligen Inländer, da die Umsetzung von Unionsrecht nur dann Gesetzesänderungen nach sich zieht, wenn dieses günstigere Regelungen vorsieht, die Mitgliedstaaten aber davor zurück schrecken, uneingeschränkt die günstigeren Regelungen des Unionsrechts zuzulassen. Dabei handelt es sich auch um kein rein deutsches Problem, es tritt vielmehr in allen Mitgliedstaaten auf.

Die deutsche Rechtsprechung steht seit Jahrzehnten auf dem Standpunkt, dass es zwar faktisch zu Inländerdiskriminierung käme, aber diese schon allein deswegen kein Verstoß gegen Unionsrecht sein könne, weil Unionsrecht auf diese Fälle nicht anwendbar sei und darüber hinaus das Unionsrecht Inländerdiskriminierung jedenfalls nicht verbiete – eine Auffassung die auch von großen Teilen der Literatur vertreten wird.<sup>372</sup> Daher unterblieb auch bisher konsequent eine Vorlage bzgl. Fragen der Inländerdiskriminierung an den EuGH. Vielmehr wird behauptet, es handle sich um einen „Acte claire“, da der EuGH sich auch bereits hinreichend zu diesem Thema geäußert habe und eine weitere Entscheidung nicht notwendig sei.<sup>373</sup>

#### **a) Inländerdiskriminierung in anderen Bereichen**

Die in vielen Bereichen auftretende Inländerdiskriminierung wird zumeist damit als rechtmäßig gerechtfertigt, dass der Maßstab des Grundgesetzes schon deswegen nicht anwendbar sei, weil für die Umsetzung von Unionsrecht – aus welcher ja die Inländerdiskriminierung resultiere – eben nur das Unionsrecht maßgeblich sein könne und dieses gebiete lediglich die Gleichbehandlung von Ausländern gegenüber Inländern, nicht aber den umgekehrten Fall. Häufig wird auch darauf abgestellt, dass das Ziel des Unionsrechts die Förderung des Binnenmarktes mittels Integration von Unionsbürgern im anderen Mitgliedstaat und die Förderung der Freizügigkeit sei. Daher sei beispielsweise im Bereich der Gewährung von BaföG die Differenzierung zwischen Unionsbürgern und Inländern sachlich gerechtfertigt. Die Differenzierung gehe auf die Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie zurück und Fragen der Integration und Förderung der Freizügigkeit spielten für den Inländischen Antragsteller gerade keine Rolle, sodass eine Begünstigung mit diesem Ziel keinen Sinn ergebe.<sup>374</sup> Ähnlich argumentiert auch das OVG Münster in Bezug auf das Daueraufenthaltsrecht für Angehörige von gewanderten Unionsbürgern nach § 4a Abs. 1 FreizügG/EU, welches dem Kläger verwehrt blieb, da er mit einer Deutschen verheiratet war, die von ihrem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht hatte. Das OVG Münster beruft sich weiterhin auf eine unionsrechtlich gewollte Privile-

---

372 Entsprechende Argumentationen wurden bereits oben dargestellt. So u.a. das OVG Münster, Beschluss vom 21.01.2011 – 18 A 2513/10 und das VG Hamburg, Urteil vom 04.09.2007 – 2 K 3410/06; Für die Stimmen in der Literatur statt vieler: Streinz in Streinz EUV/AEU, 2.A., Art. 18 AEU, Rn 63.

373 Der EuGH hat in diesem Sinne unter anderem im Fall *Aubertin* ein Verbot der Inländerdiskriminierung maximal grenzüberschreitenden Bezuges abgelehnt. EuGH, Urteil vom 16.02.1995 – Rs.: C-29/94 – *Aubertin*.

374 VG Hamburg, Urteil vom 04.09.2007 – 2 K 3410/06.

gierung von Unionsbürgern als Rechtfertigung.<sup>375</sup>

Anders wurde die entstehende Inländerdiskriminierung im Bereich des Honorarrechts für Architekten gerechtfertigt. Dort ist die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nur noch bei rein inländischen Sachverhalten anwendbar. Wird ein Architekt aus dem europäischen Ausland tätig, kann mit ihm ein davon abweichendes – niedrigeres – Honorar vereinbart werden, wodurch automatisch die Leistung des deutschen Architekten unattraktiver – weil gesetzlich festgelegt teurer – wird. Hier stellt sich auch die Frage, welches Recht anwendbar sein wird, wenn beispielsweise ein deutscher Architekt im benachbarten europäischen Ausland tätig wird. Neben angedachten Lösungen über die Vorschriften des Internationalen Privatrechts, wurde als Rechtfertigung für die Inländerdiskriminierung ins Feld geführt, dass derartige Konfliktsituationen kaum denkbar seien und wenn dann nur in verschwindend geringer Zahl aufträten.<sup>376</sup>

Auch im Bereich von steuerlichen Begünstigungen lediglich für Unionsbürger, welche zu Inländerdiskriminierungen führen, wird als Rechtfertigung angeführt, diese sei zulässig, weil sie nur in zahlenmäßig geringer Zahl tatsächlich greifen wird.<sup>377</sup>

Am bekanntesten wurde wohl der brandenburger Bierstreit über das Reinheitsgebot von Bier als inländerdiskriminierende Regelung. Der brandenburgischen Bierbrauerei Kloster Neuzelle wurde untersagt, ein Schwarzbier als „Bier“ zu veräußern, da nach Ende des Gärungsprozesses Zucker zugeführt wird, welcher nach Auffassung der zuständigen Behörden als Malzersatz diene und damit nicht dem Reinheitsgebot entspreche. Als Malzersatz könne der Zucker auch nicht als Gewürz gewertet werden, was eine Ausnahmegenehmigung für die Bezeichnung als „Bier“ ermöglicht hätte (§ 9 Abs. 7 VorlBierG<sup>378</sup>). Die Inländerdiskriminierung entsteht in diesem Fall dadurch, dass ein im europäischen Ausland gebrautes Bier, welches sich nicht am deutschen Reinheitsgebot orientiert, trotzdem unter der Bezeichnung „Bier“ vertrieben werden darf. Nach einem zwölfjährigen Kampf der Brauerei durch die Instanzen, gelangte der Fall schließlich 2005 vor das BVerwG, welches die brandenburgischen Behörden verpflichtete, eine Ausnahmegenehmigung nach § 9 Abs. 7 VorlBierG zu erteilen. Dabei stellte das Gericht fest, dass das Reinheitsgebot von 1589 zwar grundsätzlich verfassungsmäßig sei, es aber zweifelhaft ist, ob die Pflege deutscher Braukultur einen derart hohen Stellenwert für sich geltend machen kann, als dass ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG gerechtfertigt sei. Eine klare Stellungnahme zur Frage der Inländerdiskriminierung erfolgte aber erneut nicht.<sup>379</sup> Am Beispiel des Bierstreits zeigt sich anschaulich die Schwäche des Begriffs der „Inländerdiskriminierung“. Wer den Begriff allzu wörtlich verstehen will, kann hier das Argument ins Feld führen, es handle sich schon begrifflich um keine Inländerdiskriminierung, da ja das Bier keine Person und damit kein „Inländer“ sei. Geht es um die Diskriminierung von Waren, sei die Unionsbürgerschaft gar nicht betroffen.<sup>380</sup> Dieses Argument ist aber schon deshalb nicht stichhaltig, da sinnvoll nicht auf die Diskriminierung des Bieres abgestellt wird, sondern auf die des Produzenten, der in seinem Betrieb behindert wird. Ein personaler Bezug ist mithin gegeben.

Noch zum alten AufenthG/EWG – dem Vorgängergesetz zum heutigen FreizügG/EU – entschied der VGH Mannheim, es sei kein Verstoß gegen denkbare Gleichbehandlungsgrundsätze gegeben, wenn einem drittstaatsangehörigen Ausländer der Familiennachzug zu deutschen Angehörigen verwehrt werde und Rechte, welche beim Nachzug zu Unionsbürgern gewährt würden, nicht angewen-

---

375 OVG Münster, Beschluss vom 21.01.2011 – 18 A 2513/10.

376 Wirth/Galda in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9.A., § 1, Rn 18.

377 Bullinger IStR 2005, 370 (375).

378 BGBl. I 1993, S. 1400.

379 BVerwG, Urteil vom 24.02.2005 – 3 C 4/05; eine ausführliche Darstellung des Rechtsstreits bei Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 5ff.

380 Riese/Noll NVwZ 2007, 516 (520).

det werden. Der VGH Mannheim befand, dass das Unionsrecht nur dort die Gleichbehandlung von Inländern gebiete, wo dieser zumindest in vergleichbarer Weise wie der Unionsbürger von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht hat, wie der Unionsbürger. Dies treffe für die sogenannten Rückkehrerfälle zu. Dass der Gesetzgeber von einer Gleichstellung der Inländer im Bereich des AufenthG/EWG abgesehen habe, bewege sich im Bereich der gesetzgeberischen Freiheit. Auch wenn sich kein sachlicher oder personeller Differenzierungsgrund ergebe, sei dies unschädlich, da die Regelungen des damaligen AufenthG/EWG und AuslG in verschiedene Kompetenzbereiche fallen und daher nicht an Art. 3 GG oder Diskriminierungsverboten des Unionsrechts zu messen seien. Insbesondere sei auch deshalb keine Gleichstellung im Bereich des Familiennachzugs für Drittstaatsangehörige erforderlich, da es dem Unionsrecht nicht zum Ziel gesetzt sei, gegenüber Drittstaatsangehörigen eine einheitliche Politik nach außen zu haben.<sup>381</sup>

Ein klassisches Beispiel für die Rechtsprechung zur Inländerdiskriminierung durch den EuGH ist das Singh-Urteil<sup>382</sup>, welches zwar noch zur alten Rechtslage nach dem EWG-Recht erging, aber die üblichen Argumente zu diesem Thema aufgreift. Insbesondere wird festgestellt, dass das Unionsrecht nur dort Anwendung findet, wo ein genügender Auslandsbezug besteht, der im konkreten Fall durch die Erwerbstätigkeit des Klägers im Ausland gegeben war. Insofern handelt es sich um eine klassische Rückkehrerkonstellation.<sup>383</sup> Hieraus wurde für das deutsche Rechtsgebiet geschlossen, dass eine inländerdiskriminierende Regelung dann zulässig ist, wenn sie sich am Wortlaut einer Richtlinie orientiert und diese lediglich umsetzt. Ein Verstoß gegen Art. 3 GG liege schon deswegen nicht vor, weil es eben keine vergleichbaren Gruppen mangels einheitlicher Gesetzgebungskompetenz gebe. Der Bundesgesetzgeber sei frei, in Bereichen, in denen der europäische Gesetzgeber mangels Kompetenz nicht tätig wird, eigene Regelungen zu treffen, die strengere Anforderungen aufstellen, als es für von Richtlinien geregelte Konstellationen der Fall ist.<sup>384</sup>

Die Erfindung des Merkmals des grenzüberschreitenden Bezuges war überhaupt nur in Folge der berühmten *Cassis de Dijon-Entscheidung* nötig, da erst durch sie die Grundfreiheiten zu Rechten wurden, die nicht nur Diskriminierungen sondern auch Beschränkungen verboten und damit überhaupt erst die Figur der Inländerdiskriminierung relevant wurde.<sup>385</sup> Der EuGH begründete bereits in den 1980er Jahren seine Anforderungen an den grenzüberschreitenden Sachverhalt, welcher sich aus dem Gebrauchmachen der Freizügigkeit ergibt, damit, dass der Inländer, der Vorteile aus dem Zusammenschluss der Mitgliedstaaten nicht gezogen hat, auch keinen Grund habe, Begünstigungen zu erwarten.<sup>386</sup> Die aus dieser Auffassung resultierenden Ungleichbehandlungen wurden als hinnehmbar befunden, da die damalige Gemeinschaft sich dadurch auszeichnete, dass sie sich auf wirtschaftliche Zusammenarbeit bezog, in deren Kompetenzbereich unzweifelhaft nicht die Bestimmung über Aufenthaltsrechte von Drittstaatsangehörigen fiel.

Für den grenzüberschreitenden Bezug spricht, dass ohne dieses begrenzende Merkmal die Zuständigkeit des EuGH und damit der Union unbegrenzt auf jegliche Sachverhalte ausgedehnt würde – auch solche, für welche die Union nach den Verträgen keine Kompetenz besitzt. Der EuGH würde zur Superrevisionsinstanz und verstieße damit gegen das primärrechtlich verankerte Subsidiaritäts-

---

381 VGH Mannheim, Beschluss vom 07.08.1995 – 13 S 329/95.

382 EuGH, Urteil vom 07.07.1992 – Rs. C-370/90 – Singh.

383 EuGH, Urteil vom 07.07.1992 – Rs. C-370/90 – Singh, Rz 23. Ein ähnliches Urteil erging später zur Unionsbürgerschaft: Urteil vom 11.07.2002 – Rs.: C-224/98 – D'Hoop. Rz 31.

384 In diesem Sinne analysierte Lüdke (NVwZ 1994, 1178 (1180)) das Singh-Urteil des EuGH und dessen Folgen für das deutsche Recht.

385 Ausführlich zur Entwicklung hin zur *Cassis-Entscheidung* und darüber hinaus bei Lach, *Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht*, 2008, S. 56ff.

386 Weis NJW 1983, 2721 (2722).

## b) Meinung des ÖstVerfGH

Jedoch ist in neuerer Zeit innerhalb der Rechtsprechung des EuGH eine Entwicklung zu beobachten, die schrittweise vom Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezuges Abstand nimmt und auch das Verbot der Inländerdiskriminierung differenzierter betrachtet. So hat der EuGH insbesondere befunden, dass inländerdiskriminierende Regelungen da nicht zulässig sind, wo eine Inländerdiskriminierung gegen nationale Verfassungsrecht verstößt. Enthält nationales Verfassungsrecht ein Verbot der Inländerdiskriminierung, prüft der EuGH auch da die Verletzung von Grundfreiheiten, wo ein grenzüberschreitender Bezug nicht ersichtlich ist.<sup>389</sup> Ein solches innerstaatliches Verbot der Inländerdiskriminierung gibt es unzweifelhaft in Österreich und Finnland. Das finnische Verwaltungsrecht verbietet ausdrücklich Fälle der Diskriminierung finnischer Staatsangehöriger gegenüber EU-Ausländern.<sup>390</sup>

Von oberster Stelle als verfassungswidrig befunden, gilt die Inländerdiskriminierung in Österreich. Hier entschied der Österreichische Verfassungsgerichtshof in einem Verfahren über die Verfassungsgemäßheit einer Regelung in der Gewerbeordnung, nach der solchen Antragstellern eine Gewerbeerlaubnis ohne Befähigungsnachweis zu erteilen war, die unter bestimmten Voraussetzungen im entsprechenden Gewerbe im – damals noch – EWG-Ausland tätig waren. Durch die Verwendung des Begriffs „in einem anderen EWG-Mitgliedstaat“ machte die streitige Regelung deutlich, dass sie keinen Ausnahmetatbestand für Personen enthielt, die in Österreich tätig waren. Der ÖstVerfGH prüfte insbesondere die Verfassungsmäßigkeit des Wortes „anderen“ und kam zu dem Schluss, dass dieses nicht mit österreichischem Verfassungsrecht – insbesondere dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz – zu vereinbaren war und daher gestrichen werden musste. Die österreichische Bundesregierung führte für die Verfassungsmäßigkeit der Norm ins Feld, dass es sich zum einen um die Umsetzung von Unionsrecht handle und schon allein deshalb so rechtmäßig sein müsse. Zum anderen würden ordnungspolitische Aspekte eine Rolle spielen, da das Erfordernis eines Befähigungsnachweises der Qualitätssicherung im Handwerk diene. Außerdem wurde angeführt, dass die streitige Regelung ohnehin nur einen verschwindend geringen Teil der Antragsteller für eine Gewerbeerlaubnis begünstige und daher eine unterstellte Diskriminierung akzeptabel sei. Dem tritt der ÖstVerfGH entgegen und befindet zunächst, dass die Zahl der Begünstigten auf die Rechtfertigung einer Diskriminierung keinen Einfluss habe. Auch sei nicht zu erkennen, warum es dann aus ordnungspolitischen Aspekten gerechtfertigt sei, Personen, die im Ausland tätig waren einen ungeprüften Zugang zum österreichischen Markt zu gewähren, während dies für Österreicher nicht möglich sein solle, die doch aber mit dem nationalen Markt und dessen Rechtsgrundlagen von Natur aus vertrauter sein werden. Das stärkste Argument für die Verfassungswidrigkeit der Regelung ist jedoch die Figur einer „*doppelten Bindung*“, welche der ÖstVerfGH in diesem Urteil aufstellt. Danach ist der Gesetzgeber auch bei der Umsetzung von Unionsrecht an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden und daneben an das Unionsrecht, sodass in zweifacher Hinsicht eine Vereinbarkeitsprüfung vorgenommen werden muss.<sup>391</sup>

Mit diesem Urteil stellt sich der ÖstVerfGH in klaren Widerspruch zur Ansicht der nationalen Re-

387 Normiert in Art. 5 EUV.

388 Mit diesem Argument für die Rechtfertigung der Inländerdiskriminierung *Riese* und *Noll* in NVwZ 2007, 516 (519).

389 In diesem Sinne äußert sich die Generalanwältin *Kokott* in ihren Schlussanträgen vom 26.09.2013 zu den verbundenen Rechtssachen C-162/12, C-163/12, C-419/12 und C-420/12. Der EuGH befand in diesem Sinne unter anderem im *Guimont*, Urteil vom 05.12.2000 – Rs.: C-448/98, Rz 22f.

390 Schlussanträge Generalanwältin *Kokott* 26.09.2013 zu den verbundenen Rechtssachen C-162/12, C-163/12, C-419/12 und C-420/12 – Rz 48.

391 ÖstVerfGH in EuZW 2001, 219.

gierungen und insbesondere auch der deutschen Gerichte, wonach inländerdiskriminierende Regelungen nicht am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts zu messen seien, da lediglich Unionsrecht anwendbar sei. Dieses aber verbiete gerade nicht die Inländerdiskriminierung. Diese Ansicht wurde auch von der österreichischen Bundesregierung vorgetragen. Vielmehr bedarf es über die bloße zwingende Umsetzung von Unionsrecht hinaus einer belastbaren Rechtfertigung für die Schlechterstellung der Inländer – welche der österreichische Gesetzgeber hier gerade nicht vorgebracht hatte. Insbesondere in Anbetracht der weitgehenden Parallelen zwischen deutschem und österreichischem Recht wurden Auswirkungen auf die deutsche Haltung zum Thema der Inländerdiskriminierung erwartet<sup>392</sup>, die jedoch ausgeblieben sind. Stattdessen hat der deutsche Gesetzgeber in einer ähnlich gelagerten Problematik im Rahmen der Handwerksordnung (HwO) nach einer Gesetzesänderung 2003 den Meisterzwang weitgehend abgeschafft. Grund war aber nicht das Eingeständnis, dass es ein Problem im Bereich der Inländerdiskriminierung gibt, sondern der wiederholt von deutschen Gerichten getroffene Befund, dass der Meisterzwang mit der Berufsfreiheit nach Art. 12 GG und dem Gleichheitssatz aus Art. 3 GG nicht vereinbar sei. Dabei wurde aber von der Rechtsprechung immer eingeschränkt, dass diese Verfassungsverstöße mit dem Ziel des Schutzes der Allgemeinheit durch die Erhaltung hoher Standards im Handwerk gerechtfertigt seien. Hiervon Abstand nahm zwar das BVerwG in einer Entscheidung aus 2000, die Verfassungsmäßigkeit des Meisterzwanges selbst ließ das Gericht jedoch offen.<sup>393</sup> Als Begründung für die Gesetzesänderung 2003 wurde sodann aber auch vom Bundesgesetzgeber in Zweifel gezogen, dass ein solches Bedürfnis an Standardhaltung noch bestünde. Vielmehr wird für noch bestehende Berufszugangsschranken die Abwehr von Gefahren für das Leben und die Gesundheit Dritter herangezogen.<sup>394</sup> Dass die Regelung zum Meisterzwang nur für Inländer aber mit Art. 12 GG nicht vereinbar ist, erkannte das BVerfG in der Folge zumindest teilweise an. Allerdings ohne den dogmatischen Ansatz des ÖstVerfGH zu berücksichtigen, der auch für deutsches Recht Anwendung finden könnte.<sup>395</sup>

Die Feststellung des ÖstVerfGH, dass der Gesetzgeber einer doppelten Bindung unterliegt und Inländerdiskriminierung gegen Verfassungsrecht verstößt, ist aber schon älter und wird so seit 1997 in ständiger Rechtsprechung vertreten. Herausragend ist das Urteil von 1997 insbesondere auf Grund des Umstandes, dass die österreichischen Richter dort entschieden, es sei inländerdiskriminierend, wenn die Vorschriften des Fremdenengesetzes<sup>396</sup> nicht auf eigene Staatsangehörige angewendet würden. Damit kommt der ÖstVerfGH für die österreichische Regelung zu genau dem Schluss, der sich für das deutsche FreizügG/EU – wie dargelegt – auch aufdrängt. Insbesondere wird festgestellt, dass die Beschränkung des Begriffs „EWR-Bürger“ auf Ausländer eine unzulässige Auslegung des Wortlautes darstellt, da auch der Österreicher EWR-Bürger sei. Da es um einen Fall des Familiennachzuges ging, stellte das Gericht außerdem noch einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK fest, der aber leider nicht näher begründet wird.<sup>397</sup>

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die österreichische Rechtsprechung darauf abstellt, dass eine Regelung dann inländerdiskriminierend und daher verfassungswidrig ist, wenn sie zunächst gegen Unionsrecht verstößt, woraus sich dann wiederum der Verstoß gegen den nationalen Gleichheitssatz ergibt. Dies ist ein Schluss, der sich durchaus auch auf deutsches Recht übertragen

---

392 So zum Beispiel *Huber-Wilhelm* in EuZW 2001, 219 (224). Die Problematik war schon früh vor dem BVerwG gelandet, wobei das Gericht aber eine Verletzung von Art. 3 GG ablehnte, BVerwG, Beschluss vom 22.01.1970 – I B 65.69 (DVBL 1970, 627). In diesem Sinne auch BVerfG, Beschluss vom 08.11.1989 – 1 BvR 986/89 (NJW 1990, 1033) und Bundessozialgericht, Urteil vom 18.05.1989 – 6 Rka 6/88 (BSGE 65, 89).

393 BVerwG, Beschluss vom 31.03.2000 – 1 BvR 608/99, NVwZ 2001, 187.

394 BT-Drs. 15/1206, S.1.

395 BVerfG, Beschluss vom 05.12.2005 – 1 BvR 1730/02, EuGRZ 2005, 740.

396 Öst BGBl. 838/1994. Das Fremdenengesetz entspricht dem AufenthG/EWG und der entscheidende Umstand – die Nichtanwendung auf Inländer – entspricht auch dem Anwendungsbereich des FreizügG/EU.

397 VerfGH Wien: Beschluss vom 17.06.1997 - B 592/96 – EuGRZ 1997, 362.

ließe.

### c) Interpretationen des grenzüberschreitenden Bezuges

Aber auch in der Literatur gab es früh Stimmen, welche den Argumenten zur Verneinung einer Gleichheitssätze verletzenden Inländerdiskriminierung widersprachen. So befand Weis schon 1983, dass das Argument der unterschiedlichen Gesetzgeber nicht verfange. Keineswegs lägen getrennte Rechtsordnungen vor, sodass weder Art. 3 GG noch das Unionsrecht Maßstab seien könnten. Vielmehr ergäbe sich die Diskriminierung einheitlich aus nationalen Gesetzen. Die deutsche Rechtsordnung und das Unionsrecht seien derart verwoben, dass eine Differenzierung nach Urhebern leer liefe – insbesondere in Anbetracht der Beteiligung deutscher Vertreter in den europäischen Institutionen am Gesetzgebungsprozess. Der nationale Gesetzgeber muss sich daher auch Richtlinien und Verordnungen der Union als eigene Rechtsakte zurechnen lassen, sodass diese am Maßstab der nationalen Verfassung zu messen sind. Ausschlaggebend ist aber die Überlegung Weis', dass der Inländer sich sonst in einem gänzlich rechtsfreien Raum schutzlos wiederfände. Der nationale Gesetzgeber will dem Inländer keinen Schutz gewähren, weil er behauptet, nicht verantwortlich zu sein. Der europäische Gesetzgeber kann dem Inländer keinen Schutz gewähren, da er tatsächlich nicht zuständig ist – die Umsetzung von europäischen Rechtsakten und deren Folgen sind allein Sache der Mitgliedstaaten.<sup>398</sup>

#### aa) schrittweise Auflösung des grenzüberschreitenden Bezuges

Zwar wurde mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Saunders* der grenzüberschreitende Bezug zu einem Grundpfeiler der Rechtsprechung. Die dort verwendete Formulierung ließ aber unbeabsichtigten Raum für Interpretationen. So wird der Sachverhalt als rein innerstaatlich und daher für den EuGH unbeachtlich befunden, dem „jeglicher Bezug zu irgendeinem der Tatbestände fehlt, die das Gemeinschaftsrecht regelt“.<sup>399</sup> Nimmt man dies wörtlich, ist der grenzüberschreitende Bezug dort gegeben, wo durch die Gemeinschaft bzw. heute durch die Union eine Regelung getroffen wurde, die im innerstaatlichen Bereich ihren Niederschlag gefunden hat. Damit würde auch der Familiennachzug meist einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, denn in diesem Bereich wird durch Richtlinien praktisch jeder Fall des Nachzugs geregelt. Dies würde aber im Ergebnis nur zu einer Begünstigung des Nachzugs zu Drittstaatsangehörigen führen<sup>400</sup>, da es ausgerechnet für den Nachzug von Drittstaatsangehörigen zu Inländern keine Richtlinie gibt. Dies kann jedoch nur insofern ein Hindernis darstellen, als dass man davon ausginge, dass der Ausschluss von Inländern in der Unionsbürgerrichtlinie mit dem Primärrecht vereinbar wäre. So oder so wird man davon ausgehen können, dass der EuGH hier nicht beim Wort genommen werden sollte – da sich eine entsprechende Formulierung in späteren Entscheidungen auch nicht wiederfindet, obwohl der grenzüberschreitende Bezug selbst fortan immer herangezogen wird.

Wie der ÖstVerfGH hatte der EuGH ebenfalls, aber schon viel früher – 1979 –, eine Frage zur Tätigkeitsvoraussetzung für Handwerker zu klären. In der Rechtssache *Knoors* ging es um einen niederländischen Staatsangehörigen, der jahrelang als Handwerker in Belgien tätig war und nunmehr bei seiner Rückkehr in die Niederlande eine Ausnahme von niederländischen Qualifikationserfordernissen begehrte, welches einem vergleichbaren Antragsteller, der die belgische Staatsangehörigkeit inne hat, gewährt worden wäre. Die niederländische Regierung lehnte dies ab, da die entsprechende Regelung auf einer Richtlinie beruhte, welche der Umsetzung der Niederlassungsfreiheit aus

398 Weis NJW 1983, 2721 (2725f.).

399 EuGH, Urteil vom 28.03.1979 – Rs. C-175/78 – *Saunders*, Rz 11.

400 Wobei eine solche Begünstigung nur bei einer ersten rein isolierten Betrachtung des grenzüberschreitenden Bezuges gegeben wäre. Dass sich Drittstaatsangehörige im Ergebnis nicht auf die Grundfreiheiten berufen können, auch wenn nach der Formel des EuGH im *Saunders*-Urteil ein grenzüberschreitender Bezug gegeben wäre, ergibt sich unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Grundfreiheiten unzweifelhaft nur Unionsbürgern zu stehen.



Art. 52 Abs. 1 EWGV<sup>401</sup> diene. Die Niederlassungsfreiheit sprach – und spricht bis heute – ausdrücklich von der Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat als dem eigenen. Daher könne eine Ausnahmeregelung, die deren Förderung dient, nicht auf eigene Staatsangehörige angewendet werden. Der EuGH trat dem entgegen und erweiterte die Geltung der Niederlassungsfreiheit auch auf Rückkehrerkonstellationen, da diese sonst gegenüber anderen EU-Ausländern, die sich im Inland niederlassen wollen, benachteiligt wären.<sup>402</sup> Hier befand der EuGH wegweisend über Inländerdiskriminierung und benutzte – wenn auch nicht ausdrücklich so benannt – den grenzüberschreitenden Bezug, um einen auf den ersten Blick reinen Inlandssachverhalt – einen Streit zwischen einem Niederländer und niederländischen Behörden – beurteilen zu können. Dass Rückkehrer sich problemlos auf Unionsrecht berufen können, steht heute nicht mehr in Frage. Bemerkenswert ist an dieser Entscheidung aber, dass der EuGH auf Grundlage des Art. 52 Abs. 1 EWGV entschied, dessen Wortlaut das Ergebnis keineswegs trug. Hier hat der EuGH den Wortlaut unzweifelhaft überdehnt und damit eine richterrechtliche Rechtsfortbildung vorgenommen.<sup>403</sup> Der Gerichtshof hatte offenkundig den *effet utile* als Hintergedanken bei seiner Urteilsfindung. Es kann nicht im Sinne des Binnenmarktes sein, so offensichtliche Ungleichbehandlungen zu dulden, auch wenn sie sich aus dem Wortlaut des Primärrechts ergeben. Ein Argument, welches in gleicher Form auch auf die Konstellationen im Familiennachzug anwendbar ist.<sup>404</sup>

Einen gänzlich vom grenzüberschreitenden Bezug losgelösten Ansatz verfolgten sowohl Generalanwaltschaft und Kommission, als auch der EuGH selbst in der Rechtssache *Auer*. Hier ging es um einen gebürtigen Österreicher<sup>405</sup>, der in Italien Tiermedizin studierte und dann nach Frankreich zog, die französische Staatsangehörigkeit annahm und dort als Tierarzt tätig werden wollte. Was ihm aber von den französischen Behörden verwehrt wurde, da die italienische Ausbildung nicht als ausreichend anerkannt wurde. Eine entsprechende Richtlinie über die Anerkennung von tiermedizinischen Ausbildungen existierte zwar bereits – ihre Umsetzungsfrist war aber noch nicht abgelaufen. Der Fall spielte also offensichtlich zwischen einem Franzosen und Frankreich. Der grenzüberschreitende Bezug entstand lediglich durch den Qualifikationserwerb in Italien – welcher aber auch nicht anerkannt worden wäre, wenn ein Italiener versucht hätte, in Frankreich als Tierarzt tätig zu werden. Trotzdem verlangten Generalanwaltschaft und Kommission eine Anwendung der Grundfreiheiten auf den Fall, da es schon vom Rechtsgefühl her nicht angehen könnte, dass man sich ausgerechnet im Herkunftsland nicht frei niederlassen könne.<sup>406</sup> Der EuGH fand das gleiche Ergebnis – einen Anspruch auf Anerkennung für Dr. Auer – aber auf anderem Weg. Entgegen der Kommission und der Generalanwaltschaft nahm der EuGH keinen Bezug auf die Grundfreiheiten, sondern prüfte am Maßstab der Richtlinie 78/1026<sup>407</sup>. Dies ist möglich, da zum einen Frankreich im Zeitpunkt der Entscheidung die Richtlinie zwischenzeitlich umgesetzt hatte und zum anderen aber die Umsetzungsfrist verstreichen ließ. Mithin kam es dem EuGH auf eine unmittelbare Wirkung von Richtlinien an.<sup>408</sup> So ließ der EuGH die Chance auf eine Stellungnahme zur Anwendbarkeit von Grundfreiheiten auf Inlandssachverhalte verstreichen. Anders sieht dies *Lach*, der schlussfolgert, dass der EuGH hier die Rechte aus dem Vertrag nicht anwendet, weil es im konkreten Fall noch keine Richtlinie und damit kein vom Gemeinschaftsrecht überlagertes Recht gab, welches auch für Inländer den Anwen-

---

401 Heute Art. 43 AEUV.

402 EuGH, Urteil vom 07.02.1979 – Rs. 115/78 – Knors.

403 Zu diesem Ergebnis kommt auch Lach, *Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht*, 2008, S. 60.

404 So später geschehen im Urteil vom 11.12.2007 – Rs.: C-291/05 – Eind, Rz 35, 36, 45 sowie im Urteil vom 8.11.2012 – Rs.: C-40/11 – Iida, Rz 70.

405 Die ursprünglich österreichische Staatsangehörigkeit des Klägers spielte für den EuGH keine Rolle, da Österreich zum Entscheidungszeitpunkt der Gemeinschaft noch nicht beigetreten war.

406 Slg. 1979, 443.

407 Richtlinie des Rates vom 18. Dezember 1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Tierarztes und für Maßnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr (78/1026/EWG).

408 EuGH, Urteil vom 22.09.1983 – Rs.: C-271/82 – Auer, NJW 1984, 2022 (2023).

dungsbereich der Verträge hätte eröffnen können.<sup>409</sup> Für eine solche Auslegung lässt das Urteil des EuGH aber kaum Raum, da auf die Frage der Anwendbarkeit der Verträge oder Grundfreiheiten überhaupt nicht eingegangen wurde.

Zu weit ging dem EuGH aber die Auslegung des deutschen Klägers *Moser*, der sich in seinen Rechten aus den Verträgen verletzt sah, da ihm auf Grund seiner Mitgliedschaft in der KPD der Zugang zum Referendariat als Lehrer verweigert wurde. Somit konnte er seine Lehramtsausbildung nicht abschließen und sei in der Folge auch daran gehindert gewesen, sich in anderen Mitgliedstaaten als Lehrer zu bewerben. Hierin sah der EuGH einen lediglich hypothetischen grenzüberschreitenden Bezug, der nicht genüge, da sich keine irgendwie gearteten tatsächlichen Anhaltspunkte ablesen ließen, dass Herr Moser dies überhaupt jemals beabsichtige.<sup>410</sup> Bemerkenswert ist diese Entscheidung aber auch, weil die Bundesregierung mit ihrem Vorbringen zurückgewiesen wurde, der Sachverhalt weise von vornherein keinen Bezug zum Unionsrecht auf und das Vorlageverfahren als solches sei daher schon unzulässig. Hierauf antwortet der EuGH mit der Feststellung, dass hinsichtlich dieser Frage den nationalen Gerichten ein Beurteilungsspielraum obliegt, den der EuGH nicht zu überprüfen vermag, da allein die vorlegenden Gerichte einen umfassenden Einblick in den Sachverhalt und die zugrunde liegenden streitbefangenen Normen haben. Kommt das nationale Gericht daher zu dem Schluss, es bestünde eine Vorlagesituation, so unterstellt der EuGH die rechtliche Richtigkeit dieses Schlusses.<sup>411</sup> Diese Rechtsauffassung formt der EuGH in der Folge weiter aus, was zum *Dzodzi*-Urteil aus dem Jahr 1990 führt.<sup>412</sup> Frau *Dzodzi* war als Togosin mit einem Belgier verheiratet, der aber kurze Zeit nach der Heirat verstarb, ohne selbst je in einem anderen Unionsstaat gelebt oder gearbeitet zu haben. Die Eheleute waren vor seinem Tod lediglich einige Monate in Togo gewesen. Frau *Dzodzi* hatte bis zum Tod ihres Mannes keine Aufenthaltserlaubnis erhalten und beehrte nunmehr eine Aufenthaltserlaubnis als Witwe eines Unionsbürgers<sup>413</sup>. Jedoch führten die Kommission und der belgische Staat aus, dass es sich um einen rein internen Sachverhalt handele. Es wurde aber vom EuGH unter Verweis auf das *Moser*-Urteil verworfen und festgestellt, dass die Zuständigkeit des Gerichtshofes schon allein deswegen gegeben sei, da das nationale belgische Gericht befunden habe, der Sachverhalt weise ausreichende Bezüge zum Gemeinschaftsrecht auf, um eine Vorlage zu rechtfertigen.<sup>414</sup> Der Sachverhalt ist zwar offensichtlich rein intern und für einen Teil der Vorlagefragen erkennt der EuGH zwar auf Grund der bloßen Vorlage seine Zuständigkeit an. Allerdings verneint er im Ergebnis die Begründetheit, da er keinen grenzüberschreitenden Bezug feststellen kann. Anders für die weiteren Fragen, bei denen angeführt wird, sie dienen insbesondere auch der Wahrung einer einheitlichen Auslegung von Gemeinschaftsrecht. Danach waren Regelungen des Gemeinschaftsrechts ausschlaggebend für die Beurteilung des Sachverhaltes und es drohte eine Situation, in denen die belgischen Gerichte diese Normen anders auslegen könnten als der EuGH. Für solche Situationen sah Art. 177 EWGV<sup>415</sup> das Vorlageverfahren vor. Der EuGH stellte in Hinblick darauf fest, dass es weder im Wege einer historischen noch einer teleologischen Auslegung annehmbar ist, dass in solchen Fällen rein interne Sachverhalte ausgeschlossen seien. Zur Zustän-

---

409 Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 62ff.

410 EuGH, Urteil vom 28.06.1984 – Rs.: C-180/83 – *Moser*, Rz 18f.

411 EuGH, Urteil vom 28.06.1984 – Rs.: C-180/83 – *Moser*, Rz 5f.

412 EuGH, Urteil vom 18.10.1993 – Rs.: C-297/88 – *Dzodzi*. Dieses Urteil wird zur dargestellten Frage auch als Grundsatzurteil betrachtet, weshalb die Auffassung des EuGH, was die nationalen Gerichten vorlegen sei grundsätzlich auch zulässig als *Dzodzi-Rechtsprechung* bezeichnet.

413 Ein solches Aufenthaltsrecht könnte sich heute in Deutschland aus § 3 Abs. 3 FreizügG/EU ergeben. Entsprechende Regelungen muss es auch in allen anderen Mitgliedstaaten auf Grund Art. 12 der Unionsbürgerrichtlinie geben. Dass diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, da die Eheleute nicht mindestens ein Jahr vor dem Tod des Mannes gemeinsam in Belgien lebten, ist unerheblich, da es eine entsprechende Regelung im Gemeinschaftsrecht des Jahres 1990 nicht gab.

414 EuGH, Urteil vom 18.10.1993 – Rs.: C-297/88 – *Dzodzi*, Rz 18.

415 Die weitgehend gleichlautende Regelung findet sich heute in Art. 267 AEUV.

digkeitsbegründung genügt danach ein Verweis des nationalen Rechts in das Europarecht.<sup>416</sup> Versucht man in der Kategorie des grenzüberschreitenden Bezuges zu bleiben, liegt dieser hier also in der Einheitlichkeit der Auslegung des Gemeinschafts- bzw. Unionsrechts. Danach müsste konsequent eine Vorlage an den EuGH immer möglich sein, sofern nur die fragliche nationale Norm auf Unionsrecht zurück geht – wie es im Bereich des Familiennachzugs zumeist der Fall ist.

Ähnlich weitgreifende Zusammenhänge sah der EuGH auch in der Rechtssache *Angonese*.<sup>417</sup> Der Kläger hatte zwar mit seinem Studium der Anglistik und Slawistik in Wien als Italiener eindeutig von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht. Dies hatte aber sachlich nichts mit dem Fall zu tun. Der Kläger wurde vielmehr mangels eines Nachweises seiner Zweisprachigkeit in Bezug auf Italienisch und Deutsch in einem Bewerbungsverfahren nicht berücksichtigt. Dass er zweisprachig war, ergab sich zwar wohl implizit aus seinem Studium in Österreich. Dies änderte jedoch nichts daran, dass ein spezieller Nachweis verlangt wurde, der nur in der Provinz Bozen zu erlangen war. Der Kläger stammte auch ursprünglich aus Bozen. Es handelte sich aber um ein Bewerbungsverfahren bei einer Bank, sodass zwischen Studium im Ausland und beabsichtigter Tätigkeit im Inland kein Zusammenhang bestand. Darüber hinaus ist der grenzüberschreitende Bezug des bloßen Streitgegenstandes mehr als fraglich. Herr *Angonese* wurde keineswegs auf Grund seiner Staatsangehörigkeit nicht ausgewählt und auch das Erfordernis den entsprechenden Nachweis der Zweisprachigkeit zu erbringen, traf ihn nicht anders als es beispielsweise einen deutschen Bewerber getroffen hätte. Er wurde auch nicht auf Grund seines Studiums im Ausland ausgeschlossen. Insgesamt hatte der grenzüberschreitende Bezug also überhaupt nichts mit dem Fall zu tun. Konsequent könnte man unter diesem Blickwinkel vermutlich für jeden Deutschen bzw. Unionsbürger einen grenzüberschreitenden Bezug konstruieren, da sicher jeder entweder im europäischen Ausland im Urlaub war, bei einem Onlineversand bestellt hat, der in einem anderen Mitgliedstaat seinen Sitz hat, oder sonst auf die eine oder andere Weise von einer der Grundfreiheiten Gebrauch gemacht hat. Mithin könnte kaum ein Bundesbürger vom Geltungsbereich des FreizügG/EU ausgeschlossen werden.

Einer kompletten Aufgabe des grenzüberschreitenden Bezuges kommt das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Deliège* gleich. Es ging um eine belgische Judoka, die vom nationalen Verband trotz hervorragender Ergebnisse nicht für internationale Wettkämpfe nominiert wurde. Die Klägerin betrieb Judo als Berufssportlerin und erzielte damit wirtschaftlich relevante Einkünfte. Hieraus ergab sich für den EuGH die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Dienstleistungsfreiheit. Der erforderliche grenzüberschreitende Bezug ergab sich aus dem Umstand, dass es um die Teilnahme an internationalen Wettkämpfen auch im europäischen Ausland ging.<sup>418</sup> Damit ließ der EuGH für die Eröffnung des Vorlageverfahrens den bloßen Willen zur Grenzüberschreitung ohne tatsächlich bereits erfolgten grenzüberschreitenden Bezug genügen, den er in der Rechtssache *Moser* noch ablehnte. Zwar hat der EuGH eine Verletzung der Grundfreiheiten im Ergebnis verneint. Aber bereits die bloße Zulassung des Verfahrens stellte eine weitere Abkehr vom Erfordernis des grenzüberschreitenden Bezugs dar.

Noch weitergehend waren die Entscheidungen in den Rechtssachen *Leur-Bloem* und *Giloy*, in denen der EuGH ausschließlich die Einschätzung der nationalen Gerichte ausreichen ließ, um seine Zuständigkeit zu begründen, obwohl die fraglichen Normen des nationalen Rechts nicht in das Europarecht verwiesen.<sup>419</sup> In der Rechtssache *Guimont* vertieft der Gerichtshof diese Rechtsprechung noch, indem er neben den Feststellungen des nationalen Gerichts Bezug auf die Möglichkeit nimmt, dass

---

416 EuGH, Urteil vom 18.10.1993 – Rs.: C-297/88 – Dzodzi, Rz 34-39.

417 EuGH, Urteil vom 06.06.2000 – Rs.: C-281/98 – *Angonese*.

418 EuGH, Urteil vom 11.04.2000 – verbundene Rs.: C-51/96 und C-191/97 – *Deliège*.

419 EuGH, Urteil vom 17.07.1997 – Rs.: C-130/95 – *Giloy*, Rz 20; EuGH, Urteil vom 17.07.1997 – Rs.: C-28/95 – *Leur-Bloem*, Rz 24.

das nationale Recht eine Inländerdiskriminierung positiv verbieten könnte.<sup>420</sup> Im Urteil zur Rechtsache *BIAO* wird dies noch ergänzt durch den Zusatz, dass das vorlegende Gericht sich an das Ergebnis des Gerichtshofs gebunden sehen wird.<sup>421</sup>

### **bb) Grenzen des grenzüberschreitenden Bezuges**

Entgegen dieser weiten Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH, schränkte dieser selbst in der Rechtssache *Kapasakalis* den grenzüberschreitenden Bezug ein. Es ging um die Klage dreier griechischer Ingenieure, die an griechischen Bildungszentren nach dreijähriger Ausbildung Diplome erworben hatten und in Griechenland tätig waren. Diese Diplome ermöglichten ihnen aber auch nur in Griechenland eine Tätigkeit als Ingenieure. Eine Richtlinie, welche den griechischen Staat nach ihrer Umsetzung verpflichtet hätte, diese Diplome als Hochschuldiplome anzuerkennen, wurde nicht rechtzeitig umgesetzt, wodurch sich die Kläger in ihren Rechten verletzt sahen. Hier sah der EuGH aber keinen grenzüberschreitenden Bezug gegeben, sodass den Klägern eine unmittelbare Berufung auf die Richtlinie verwehrt war.<sup>422</sup> Aus diesem Urteil kann aber keine Kehrtwende des EuGH und ein Bestreben nach Verengung des grenzüberschreitenden Bezuges gelesen werden. Zum einen sprechen zeitlich später ergangene – in ihrer Auslegung wesentlich weitere - Urteile wie *Angonese* oder *Carpenter* dagegen. Zum anderen ging es im Wesentlichen um eine unmittelbare Anwendung von Richtlinien nach versäumter Umsetzung. Eine solche Konstellation ist nicht typisch für die Frage der Inländerdiskriminierung und kann schon allein deswegen nicht exemplarisch gewertet werden.

Ebenfalls keinen grenzüberschreitenden Bezug hat der EuGH in der Rechtssache *Graf* feststellen können. Zwar ging es um einen deutschen Arbeitnehmer, der zunächst in Österreich und nach einer von ihm ausgehenden Kündigung wieder in Deutschland tätig war. Auf diesen Umstand ging der EuGH aber – im Gegensatz zum nur fünf Monate später erfolgenden Urteil *Angonese* – nicht ein, um einen grenzüberschreitenden Bezug zu konstruieren. Der Kläger sah sich diskriminiert, da er auf Grund seiner eigenen Kündigung nach österreichischem Recht keine Abfindung vom bisherigen Arbeitgeber erhalten konnte. Diese ist nur vorgesehen, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis beendet. Darin sah der Kläger eine Beschränkung seiner Freizügigkeit und bezog sich auf das Urteil *Bosman*, indem Ablösesummen für Profifußballer als Beschränkung der Freizügigkeit gesehen wurden.<sup>423</sup> Der Kläger war der Auffassung, ob nun ein neuer Arbeitgeber eine Ablösesumme zahlen müsse oder der alte eine Abfindung, sei doch unerheblich – die Sachverhalte vergleichbar – und er daher in seiner Freizügigkeit verletzt.<sup>424</sup> Dies wird vom EuGH aber abgelehnt und insbesondere darauf aufmerksam gemacht, dass der Sachverhalt rechtlich keinerlei grenzüberschreitenden Bezug aufweist und darüber hinaus die Grenze für die Geltendmachung von Verletzungen der Freizügigkeit durch nationale Normen dort liege, wo die Norm tatsächlich keinen Anknüpfungspunkt zur Staatsangehörigkeit des Rechtsunterworfenen habe.<sup>425</sup> Auch wenn hier der grenzüberschreitende Bezug deutlich in seiner Auslegung begrenzt wird, folgt daraus für die Auslegung des FreizügG/EU keine Einschränkung. Dieses Gesetz nimmt deutlich auf die Staatsangehörigkeit der Rechtsunterworfenen Bezug.

---

420 EuGH, Urteil vom 05.12.2000 – Rs.: C-448/98 – Guimont, Rz 22. Dafür gab es aber im konkreten Fall eines französischen Käseproduzenten überhaupt keinen Anhaltspunkt, sodass auch hier ein maximal hypothetischer Bezug angenommen werden kann. Ähnliche Aussagen finden sich u.a. im Urteil zur Rs. Tk-Heimdienst (C-254/98).

421 EuGH, Urteil vom 07.01.2003 – Rs.: C-306/99 – BIAO, Rz 92.

422 EuGH, Urteil vom 02.07.1998 – verbundene Rs.: C-225/95 bis C-227/95 – Kapasakalis.

423 EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – Rs.: C-415/93 – Bosman. Näheres zur Bosman-Rechtsprechung im Folgenden.

424 EuGH, Urteil vom 27.01.2000 - Rs.: C-190/98 – Graf, Rz 19.

425 EuGH, Urteil vom 27.01.2000 - Rs.: C-190/98 – Graf, Rz 24f.

### cc) richterrechtliche Rechtsfortbildung<sup>426</sup>

Für eine Aufweichung des grenzüberschreitenden Bezuges spricht auch der grundsätzliche Wandel in der Bewertung der Rechte, die das Unionsrecht dem Einzelnen gewährt. In der Anfangszeit der europäischen Integration – im Rahmen der damaligen reinen Wirtschaftsgemeinschaft – erschien eine Inländerdiskriminierung so unwahrscheinlich, dass durchaus problemlos vertreten werden konnte, der damalige Art. 7 EWGV verbiete tatsächlich „jede“ Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit – also auch die umgekehrte Diskriminierung des Inländers.<sup>427</sup> Im Laufe der Jahrzehnte dehnte sich dann der Anwendungsbereich für die Grundfreiheiten aus und an ihre Seite trat die Unionsbürgerschaft. Dadurch wurden die Grundfreiheiten von bloßen Diskriminierungsverboten zu Rechten, auf welche sich die heutigen Unionsbürger berufen können und welche dadurch einen Grundrechten nicht unähnlichen Charakter angenommen haben. In der Folge erscheint es nicht mehr zeitgemäß, Rechte aus diesen Freiheiten nur abzuleiten, wenn sie zuvor gebraucht wurden. Grundrechten wäre vielmehr immanent, dass diese jederzeit als Rechtsposition zur Verfügung stehen. Letztlich lassen sich die Grundfreiheiten auf klassische Grundrechte – wie sie auch in der Grundrechtecharta zu finden sind – reduzieren.<sup>428</sup> Berufsfreiheit, Freizügigkeit und der Gleichheitsgrundsatz finden sich in den Grundfreiheiten wieder. Dabei steht der Gleichheitssatz im Vordergrund, da der Kerngedanke der Grundfreiheiten darin besteht, durch die Gleichbehandlung von Dienstleistungen, Arbeitnehmern und Kapital zwischen den verschiedenen nationalen Märkten den europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Dabei gelten die Grundfreiheiten wie die im Grundgesetz enthaltenen Grundrechte für alle dem Geltungsbereich des Grundgesetzes Unterworfenen, um innerhalb dieses Gebiets für Gleichbehandlung zu sorgen. Diese Einschränkung des Geltungsbereiches ist auch zwingend, da niemand annehmen würde, aus dem deutschen Grundgesetz könne ein Franzose in Frankreich gegenüber der französischen Republik Rechte ableiten. Für die Grundfreiheiten wurde dieser Geltungsgrundsatz lange auf den wirtschaftlichen Bereich als Handlungsfeld der Europäischen Gemeinschaft beschränkt. Die Union ist heute aber – anders als noch in den 1970er oder 1980er Jahren – in beinahe jedem Lebensbereich Europas als Richtlinien- und Verordnungsgeber tätig. Dabei beschränkt sich ihre Tätigkeit keineswegs mehr nur auf wirtschaftliche Aspekte. Es werden in allen Bereichen des täglichen Lebens Regelungen durch die Union vorgenommen. Insbesondere kann nicht mehr behauptet werden, die Union hätte weder die Kompetenz noch die Absicht, den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen in den Mitgliedstaaten zu regeln.<sup>429</sup> Bei genauer Betrachtung regelt das Unionsrecht tatsächlich in weiten Teilen den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen im Unionsgebiet. Durch UnionsbürgerRL, FamilienzusammenführungRL, ForscherRL, StudentenRL, HochqualifiziertenRL, QualifikationsRL, DurchbeförderungsRL und andere wird praktisch kaum ein Drittstaatsangehöriger auf Grund von Regelungen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Union finden, die nicht auf Unionsrecht zurück zu führen sind. Dadurch entsteht vielleicht keine absolut einheitliche Politik gegenüber Drittstaatsangehörigen. Aber es gibt Mindeststandards, welche unionsweit einheitlich sind – sodass im Ergebnis nicht davon ausgegangen werden kann, dass es hier an Kompetenzen mangeln würde, die ein Messen des Sachverhalts an unionsrechtlichen Maßstäben verbieten würden.

Auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs lassen sich vielfältige Hinweise finden, dass die Grundfreiheiten zunehmend wie Grundrechte behandelt und ausgelegt werden. Exemplarisch sei

---

426 Kritisch betrachtet *Hailbronner* die Tendenzen des EuGH, gerade im Bereich der Unionsbürgerschaft das Unionsrecht durch Rechtsfortbildung passend zu biegen in NJW 2004, 2185. Insbesondere die Methodik des EuGH zur oft nur dünnen Begründung seiner Ergebnisse wird kritisiert.

427 Diese Auffassung vertrat zum Beispiel Ingolf Bode, *Diskriminierungsverbote im EWG-Vertrag*, 1968, S. 300f.; ein Überblick über die frühen Haltungen zur Inländerdiskriminierung findet sich bei Andreas Lach, *Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht*, 2008, S. 47ff.

428 Hierfür spricht auch die oben dargestellte „negative Freizügigkeit“ aus Art. 21 AEUV, welche grundrechtstypisch ist.

429 So noch 1995 der VGH Mannheim in seinem Beschluss vom 07.08.1995 – 13 S 329/95.

das *Bosman*-Urteil genannt. Hier ging es um belgische Transferregelungen im Bereich des Profifußballs und inwiefern diese die Freizügigkeit des Klägers – dem Profifußballer *Bosman* – beeinträchtigten. Herr *Bosman* strebte einen Wechsel von einem belgischen Verein zu einem französischen Verein an. Welcher aber nicht zu Stande kam, da der französische Verein wohl nicht finanzstark genug gewesen war, um die nach belgischen Regelungen erforderliche Ablösesumme zu zahlen, weshalb der belgische Verein keine Freigabe zum Transfer für Herrn *Bosman* beantragte und der Wechsel platzte. Hier kam der EuGH insgesamt zu dem Schluss, dass die fragliche Transferregelung die Arbeitnehmerfreizügigkeit des Klägers beeinträchtigt. Dazu konnte der EuGH aber nur kommen, indem er annahm, dass die Grundfreiheiten auch Private – hier den belgischen Fußballverband – verpflichten.<sup>430</sup> Dies ist aber ein für Grundrechte ganz typischer Wesenszug – die Drittwirkung.<sup>431</sup> Während Grundfreiheiten schon begrifflich auf Schutzrechte vor dem Staat hinweisen – denn nur dieser kann in einer modernen Gesellschaft ernsthaft in die Freiheit des Einzelnen eingreifen -, impliziert der Begriff des „Rechts“ einen weiteren Anwendungsbereich, der sich eben auch gegen vom Staat verschiedene Personen richten kann. Im Falle von Ungleichgewichten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern oder anderen übergeordneten Verbänden schafft der EuGH den Ausgleich durch Einschränkung der Privatautonomie zugunsten der Freizügigkeit.<sup>432</sup> Darüber hinaus verzichtet der EuGH hier im Grunde genommen auch auf den grenzüberschreitenden Bezug, um seine Zuständigkeit zu begründen. Zwar stellt er zu Beginn noch darauf ab, dass der Kläger von Belgien nach Frankreich wechseln wollte.<sup>433</sup> Später wird dann aber ausdrücklich festgestellt, dass die fragliche Regelung ohne Ansehung der Staatsangehörigkeit des betreffenden Spielers gelte und trotzdem die Arbeitnehmerfreizügigkeit verletzen könne.<sup>434</sup> Dies ist bemerkenswert, da der EuGH im fünf Jahre später ergangenen Urteil *Graf* zum gegenteiligen Schluss kommt. Kritisch zu betrachten ist auch die Folge des *Bosman*-Urteils. Danach können entsprechende Ablösesummen nach belgischem Recht nur noch für innerbelgische Transfers verlangt werden, für Transfers aus dem oder in das Ausland hingegen nicht, da sie gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit verstoßen würden. Hier schafft der EuGH im Grunde gerade eine Situation der Inländerdiskriminierung.<sup>435</sup> Es wird aber das Bestreben des Gerichtshofs deutlich, jegliche Art der innereuropäischen Mobilität mit Hilfe der Grundfreiheiten zu ermöglichen. Dies zeigt sich aus der Zusammenschau der genannten Urteile. Damit dienen die Grundfreiheiten keineswegs mehr lediglich dem Ausgleich zwischen In- und Ausländern, um einen einheitlichen Binnenmarkt zu ermöglichen. Dies wäre auch nur da möglich, wo tatsächlich zwei verschiedene Rechtskreise berührt sind. Durch die aufgezeigte Verabschiedung vom grenzüberschreitenden Bezug ist diese Voraussetzung aber kaum mehr gegeben. Auf jeden Fall stehen Urteile wie *Bosman* in einer klaren Rechtsprechungslinie des Gerichtshofs und bestimmen nachhaltig die unionsrechtliche Dogmatik.

Weiterhin wurde in der Rechtssache *Grzelczyk* eine für Grundrechte ganz typische Verhältnismäßigkeitsprüfung angedeutet. Wenn auch mit dünner Begründung und methodisch nicht ganz sauber, lässt der Gerichtshof für einen französischen Studenten in Belgien die Gewährung von Leistungen zum Existenzminimum zu, indem er mit berücksichtigt, dass der Kläger die ersten drei Jahre seines

430 EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – Rs.: C-415/93 – *Bosman*, Rz. 84. Während der Fußballverband hier auch als Intermediär gesehen werden kann (also als Privater, dessen Maßnahmen quasi staatliche Wirkung haben), handelt es sich im bei *Angonese* (EuGH, Rs.: C-281/98) zweifellos um einen Fall von Drittwirkung gegenüber Privaten. Dazu auch: Streinz, *EuropaR*, 10.A., Rn 875f.

431 So auch Sauer in *JuS* 2017, 310 (314), wobei die angesprochene Auslegungsvariante der Verpflichtung staatlicher Stellen, die Grundfreiheiten durch positive Maßnahmen zu schützen im Ergebnis auch auf eine Drittwirkung hinaus liefe, da denkbare Schutzkonzepte i.d.R. eben die Geltungserstreckung auf Private bedeuten werden.

432 Kritisch dazu Streinz, *EuropaR*, 10.A., Rn 875.

433 EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – Rs.: C-415/93 – *Bosman*, Rz 64.

434 EuGH, Urteil vom 15.12.1995 – Rs.: C-415/93 – *Bosman*, Rz 96.

435 Zu diesem Schluss kommt auch Lach, *Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht*, 2008, S. 120, und weist darauf hin, dass damit die Grundfreiheiten in der Auslegung des Gerichtshofs ins Negative zu kippen drohen (S. 281f.).

Studiums selbst finanziert hat und dies nun nicht lediglich wegen Bedürftigkeit im letzten Studienjahr vergebens gewesen sein sollte. Mit dieser kurzen Abwägung kam der EuGH zu einem Ergebnis, was eigentlich seinem zuvor angestellten Ausführungen zum ausdrücklichen Inhalt des Sekundärrechts widersprach.<sup>436</sup> Auch wenn die konkrete Begründung des Ergebnisses tatsächlich dünn ausfällt<sup>437</sup>, ist die angedeutete Verhältnismäßigkeitsprüfung als Indiz dafür zu werten, dass auch der EuGH die Grundfreiheiten als Grundrechte begreifen will – was sodann auch eine weitere Begründung des Prüfungsmaßstabes obsolet erscheinen ließe. Dem gegenüber kann im Grunde auch nicht die einschränkende Bemerkung des Gerichtshofs überzeugen, dass es im vorliegenden Urteil nur um die Frage der Gewährung von Sozialleistungen ginge und die Staaten nicht gehindert seien, den Bezug von Sozialleistungen als Grund für aufenthaltsbeendende Maßnahmen heran zu ziehen.<sup>438</sup> Wäre dem so, würde die gerade vom Gerichtshof eröffnete Möglichkeit des Bezugs von Sozialleistungen leer laufen, denn die Mitgliedstaaten würden wohl kaum zögern, mit Stellung eines Antrags auf Sozialleistungen sofort den Aufenthalt des Unionsbürgers zu beenden.

Auch in der Rechtsprechung zum Familiennachzug in Form von abgeleiteten Aufenthaltsrechten für Drittstaatsangehörige finden sich Erwägungen, die typisch für Grundrechte sind. Insbesondere belässt der EuGH den Mitgliedstaaten die Möglichkeit den Schutz der Unionsbürgerschaft in Abwägung mit Fragen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu bringen.<sup>439</sup> Dies erscheint als parallele Überlegung zum Institut der Grundrechtsschranken.

Es lassen sich aber in der Rechtsprechung des EuGH konkrete Ansätze dafür finden, dass Inländerdiskriminierung als Verstoß gegen Unionsrecht zu werten ist. In der Rechtssache *Lancry* stellte der EuGH beispielsweise fest, dass auch innerstaatliche Zollgrenzen den freien Warenverkehr behindern und damit gegen das Unionsrecht verstoßen – obwohl es sich offensichtlich bei innerstaatlichen Zollgrenzen um rein interne Sachverhalte handelt, für deren Regelung der Union auf den ersten Blick keine Kompetenz zu kommt. Argument hierfür war insbesondere, dass es für die Beeinträchtigung des einheitlichen Zollgebietes der Union nicht darauf ankäme, ob inländische oder ausländische Waren mit einem regionalen Zoll belegt würden. Die Behinderung sei in jedem Fall gegeben.<sup>440</sup> Konsequentermaßen folgert der Gerichtshof hier insbesondere, dass eine Norm nur dann tatsächlich als rein inlandsbezogen begriffen werden kann, wenn sie sich ausdrücklich nur auf Inlandssachverhalte bezieht. Es kann nicht Ergebnis einer europarechtlichen Überprüfung sein, dass eine Norm dann gegen Unionsrecht verstößt, wenn es sich um einen Sachverhalt mit Beteiligung eines EU-Ausländers handelt. Die gleiche Norm aber als hinnehmbar angesehen wird, wenn nur Inländer beteiligt sind.<sup>441</sup> Hier zeigt sich auch ein anderes Problem, welches der Gerichtshof erkannte und zur Begründung seiner Zuständigkeit mit heran zog. Gerade bei Waren wird es im zusammenwachsen-

---

436 EuGH, Urteil vom 20.09.2001 – Rs.: C-184/99 – Grzelczyk, Rz 33ff.

437 Diese Auffassung vertritt insbesondere *Hailbronner* in NJW 2004, 2185 energisch.

438 EuGH, Urteil vom 20.09.2001 – Rs.: C-184/99 – Grzelczyk, Rz 42. Auf diese Einschränkung weist auch *Wenger* in NVwZ 2002, 1342 (1343) hin. Ein tatsächliches Einschränken der weiten Rechtsprechung fand sich aber erst im Urteil zur Rs. *Collins* vom 23.03.2004 – C-138/02, in dem Großbritannien das Recht eingeräumt wird, vor Gewährung von Sozialhilfeleistungen an den tatsächlichen Bezug zum inländischen Arbeitsmarkt entsprechend hohe Anforderungen zu stellen – EuR 2004, 946. Die Einschränkungen im Bereich der Sozialhilfeleistungen sind aber insofern konsequent, als dass die Union nicht als Sozialunion angelegt ist und dem EuGH im Rahmen seiner an die Kompetenzen der Union selbst gebundenen Möglichkeiten kein Recht zur Erweiterung auf eine solche zusteht. Eine solche Kompetenz besteht aber im Bereich des Aufenthaltsrechts. Konsequentermaßen muss die Auslegung daher lauten, dass die Grundfreiheiten im Bereich der Kompetenzen der Union als Grundrechte auszulegen sind.

439 So in der Rechtssache *CS*, bei der die drittstaatsangehörige Mutter des Unionsbürgers straffällig geworden war, vgl. EuGH, Urteil vom 13.09.2016 – Rs.: C-304/14 – *CS*. Dazu auch *Nettesheim* in JZ 2011, 1030 (1034) und *Vitzthum* in EuR 2011, 550 in Zusammenhang mit der *Zambrano* Rechtsprechung.

440 EuGH, Urteil vom 09.08.1994 – verbundene Rs.: C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 und C-411/93 – *Lancry* u.a., Rz 27.

441 EuGH, Urteil vom 09.08.1994 – verbundene Rs.: C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 und C-411/93 – *Lancry* u.a., Rz 30.

den Europa immer schwieriger werden, mit abschließender Sicherheit sagen zu können, ob es sich bei einem bestimmten Produkt nun um eine inländische oder ausländische Ware handeln wird.<sup>442</sup> Der Binnenmarkt als Grundziel der Union wird hier zum Argument gegen das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezuges. Dass der Binnenmarkt begrifflich das Merkmal des grenzüberschreitenden Bezuges ad absurdum führt, scheint auch der EuGH zu erkennen. Der Begriff des Binnenmarktes war in den ursprünglichen Verträgen nicht enthalten und kam erst 1993 mit dem Vertrag von Maastricht als eigenständiger Begriff in das Unionsrecht. Zuvor war von einem Gemeinsamen Markt die Rede.<sup>443</sup> In der frühen Rechtsprechung des Gerichtshofes wurde der Begriff des Gemeinsamen Marktes mit dem Bestreben des zunehmenden Abbaus von Hemmnissen im innergemeinschaftlichen Handel mit dem Ziel des Verschmelzens der nationalen Märkte zu einem Binnenmarkt definiert.<sup>444</sup> Betrachtet man aber den Binnenmarkt zum einen als gegenwärtig vollendet und zum anderen eben als über den Gemeinsamen Markt hinaus gehend, kann man nur zu dem Schluss gelangen, dass der Binnenmarkt selbst die Rolle von Grenzen aufgehoben hat, sodass die Anwendung seiner Regelungen nicht von diesen abhängen kann. Denn wie kann in einem grenzenlosen Raum eine Grenze und deren Überschreitung ausschlaggebend für die Inanspruchnahme von Rechten sein?<sup>445</sup>

Noch weiter ging der Gerichtshof in der Rechtssache *Pistre*, in der es um französische Fleischproduzenten und die Bezeichnung von Erzeugnissen aus einer bestimmten Bergregion Frankreichs ging – ein Sachverhalt der tatsächlich in keiner Weise einen grenzüberschreitenden Bezug hatte. Trotzdem prüft der EuGH die Vereinbarkeit der Regelung mit Unionsrecht, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit und begründete dies mit zumindest denkbaren Konstellationen, in denen auch EU-Ausländer betroffen sein könnten. Dass solche nicht im Raum standen, spielte dabei für den EuGH keine Rolle.<sup>446</sup> Der eigentlich inländerdiskriminierende Sachverhalt ergab sich aber daraus, dass die Regelung, welche Produkte mit der Bezeichnung „montagne“ versehen werden dürften, auf inländische Hersteller beschränkt war. Was den Gerichtshof zu der Feststellung brachte, dass auch daraus eine benachteiligende Situation entstehe, die den Warenverkehr behindert.<sup>447</sup> Eine solche Benachteiligung ist aber nur für die überhaupt betroffenen innerstaatlichen Hersteller ersichtlich. Der EuGH stellt hier also fest, dass Inländerdiskriminierung zumindest im Bereich des Warenverkehrs gegen Unionsrecht verstößt.

Da es sich hierbei um eine richterrechtliche Rechtsfortbildung handelt, die sich nicht ohne weiteres dem Wortlaut der Verträge entnehmen lässt, kann zunächst nur davon ausgegangen werden, dass im Bereich des Warenverkehrs ein konkreter grenzüberschreitender Bezug nicht erforderlich ist.

Im Urteil zur Rechtssache *Karner* entsteht sogar der Eindruck, dass der Gerichtshof gänzlich vom grenzüberschreitenden Bezug Abstand nimmt.<sup>448</sup> Vergleicht man die Situationen, liegt der Schluss nahe, dass dies im Bereich des Familiennachzugs erst Recht gelten muss. Denn im Gegensatz zu

---

442 EuGH, Urteil vom 09.08.1994 – verbundene Rs.: C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 und C-411/93 – Lancry u.a., Rz 31.

443 So zum Beispiel auch noch benannt in Art. 2 EGV. In der Nachfolgenorm des Art. 3 Abs. 3 EUV wird hingegen nunmehr vom Binnenmarkt gesprochen.

444 EuGH in st.Rspr. u.a. im Urteil vom 05.05.1982 – Rs.: 15/81 – Schul, Rz 33. Dass der Binnenmarkt als Fortentwicklung des Gemeinsamen Marktes zu begreifen ist, stellt auch v. *Bogdandy* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 2 EGV Rn 40, fest. Zu einem weniger differenzierenden Schluss kommt *Tietze* in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 94 EGV Rn 4, wo er die Auffassung vertritt, dass eine Differenzierung zwischen den Begriffen keinen Unterschied machen würde und daher im Ergebnis unterbleiben kann.

445 Diese Frage stellen auch *Riese* und *Noll*, NVwZ 2007, 516 (519).

446 EuGH, Urteil vom 07.05.1997 – verbundene Rs.: C-321 bis 324/94 – *Pistre*, Rz 44.

447 EuGH, Urteil vom 07.05.1997 – verbundene Rs.: C-321 bis 324/94 – *Pistre*, Rz 45.

448 EuGH, Urteil vom 25.03.2004 – Rs.: C-71/02 – *Karner*, Rz 18-22.



Fragen des Warenverkehrs und des Wettbewerbs greift eine Beschränkung des Familiennachzugs empfindlich in Persönlichkeitsrechte und die Menschenwürde ein. Es wäre daher naheliegend, die Rechtsprechung des EuGH zum Warenverkehr auf Nachzugsfragen zu übertragen – eine bisher unbeachtete Schlussfolgerung sowohl im Schrifttum als auch in der Rechtsprechung des EuGH.

Auch der eingeschlagene Weg der deutschen Rechtsprechung kann bei konsequenter Anwendung zu einem anderen Ergebnis als der Ablehnung von Rechtswidrigkeit auf Grund einer Inländerdiskriminierung führen. Im Bereich von Waren wird die Rechtmäßigkeit der Norm oder ihrer Anwendung am Maßstab des Art. 12 GG – der Berufsfreiheit – gemessen. Und das, obwohl bei Fragen der Diskriminierung instinktiv der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG naheliegender wäre. Geht es also um die Diskriminierung von Personen, die Familiennachzug begehren, müsste Art. 6 Abs. 1 GG der einschlägige Maßstab sein. Auch wenn dieses Grundrecht unzweifelhaft kein Grundrecht auf Aufenthalt vermittelt, wird es doch in einer Vielzahl von Fällen dazu führen, dass die Trennung der Familie mit Art. 6 Abs. 1 GG nicht vereinbar ist. Einem Verstoß gegen Art. 12 GG steht häufig ein legitimes Interesse an Gefahrenabwehr und der Aufrechterhaltung bestimmter Standards – beispielsweise im Handwerk – entgegen. Parallel kann beim Familiennachzug maximal das Interesse an der Beschränkung der Einwanderung angeführt werden. Ein Interesse, welches in Anbetracht zahlloser weit gefächerter Möglichkeiten des Zuzuges und insbesondere des schrankenlosen Zuzugs für Angehörige von Unionsbürgern sowie Unionsbürgern jedoch an Schlagkraft verliert.

Kein Argument für eine legitime Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs kann die Herkunft der Diskriminierung aus dem Unionsrecht sein. Denn nur weil eine sekundärrechtliche Norm eine Schlechterstellung beinhaltet, muss diese nicht mit dem Primärrecht vereinbar sein und damit kann sich zur Rechtfertigung der Mitgliedstaat nicht auf sie berufen.<sup>449</sup> Auch wenn gegen dieses gesamte Konstrukt der richterrechtlichen Rechtsfortbildung im Bereich des grenzüberschreitenden Bezuges häufig vorgebracht wird, dass der EuGH in dieser Sache überhaupt keine Entscheidungskompetenz habe, sondern in originär nationalstaatliche Fragen des Rechts der Staatsangehörigkeit eingreife<sup>450</sup>, kann dies nicht überzeugen. Dagegen spricht insbesondere im Bereich der Kernbereichstheorie, dass der EuGH in seiner Rechtsprechung den Kernbereich so einschränkt, dass er kaum anwendbar ist und mithin maximal minimalste Eingriffe in nationalstaatliche Kompetenzen denkbar sind. Vielmehr ist die Kernbereichstheorie zwingend notwendig um die Wahrnehmbarkeit der Unionsbürgerschaft zu schützen.<sup>451</sup> Gerade in einer immer vielfältiger werdenden Gesellschaft ist es kaum denkbar, dass der Gesetzgeber – sei es der europäische oder der nationale – jegliche Konstellation im Voraus regeln kann. In unserer schnelllebigen Zeit ist es vielmehr zwingend nötig, dass Gerichte – als zeitnah reagierende Instanz – das geltende Recht so anwenden, dass es den Bedürfnissen der Zeit gerecht wird. Der Gesetzgeber hingegen ist gehalten, solche Entwicklungen später durch Normen nachzuvollziehen. Daneben wirkt diese Argumentation aber auch widersprüchlich, wenn man sie im Kontext mit dem gern genannten Argument betrachtet, auf Inländerdiskriminierung sei Art. 3 GG mangels Kompetenz des deutschen Gesetzgebers nicht anwendbar. Wie kann dann gleichzeitig der EuGH ebenfalls nicht zur Entscheidung berufen sein, wenn es darum geht, dass sich ein Inländer auf seine Unionsbürgerrechte beruft?

#### **dd) mittelbare Rechtsverletzung des Unionsbürgers**

Eine insbesondere für den Bereich des Familiennachzuges interessante Lösung verfolgt der EuGH

---

449 Zu diesem Ergebnis kommt auch Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 36. Zur Vereinbarkeit der Unionsbürgerrichtlinie mit dem Primärrecht siehe oben.

450 So Vitzthum, EuR 2011, 550 und Schmahl/Jung JURA 2016, 1272 (1282) mwN.

451 Zu diesem Schluss kommen auch Schmahl/Jung in JURA 2016, 1272 (1284).

unter anderen in den Rechtssachen *Singh*<sup>452</sup> und *Carpenter*<sup>453</sup>. In beiden Fällen ging es um das Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürgers und die Frage, ob ein genügender Bezug zum Unionsrecht gegeben ist, um die Rechte aus Vorgängernormen zur Unionsbürgerrichtlinie anzuwenden. Beide Male konstruiert der EuGH eine Rechtsverletzung über einen merkwürdig anmutenden Umweg – er prüfte jeweils die Rechtsverletzung beim Unionsbürger. Dies ist zunächst deshalb schwer nachvollziehbar, weil der jeweilige Unionsbürger weder im Mitgliedsstaat als Antragsteller hinsichtlich eines Aufenthaltstitels auftrat, noch im Ausgangsverfahren oder vor dem EuGH als klagende Partei. Erst im Schlusssatz wird vom EuGH gefolgert, dass daher der Kläger in Rechten aus den Verträgen verletzt sei. Eine Erklärung, wie der Gerichtshof zu diesem Schluss kommt, lässt sich aber in den Urteilen nur schwer finden.<sup>454</sup>

Ein Ansatz könnte zunächst in der Unionsbürgerrichtlinie selbst gefunden werden. Das dort enthaltene Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige ist ein abgeleitetes Recht, welches beim Unionsbürger wurzelt. Da der Drittstaatsangehörige selbst kein originäres Recht erhält, scheint es durchaus nachvollziehbar, dass auch zum Schutz dieses abgeleiteten Rechtes abgeleitete Rechtsverletzungen gegeben sein müssen. Man könnte eine strenge Akzessorietät zwischen dem Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen und den Rechten des Unionsbürgers behaupten, um die Rechtsprechung des EuGH zu erklären. Dies ergibt unter dem Gesichtspunkt Sinn, dass letztlich auch das Aufenthaltsrecht des Drittstaatsangehörigen nur dazu dient, dem Unionsbürger seine Grundfreiheiten zu wahren.<sup>455</sup> Es kommt also ohnehin immer ausschlaggebend auf die Rechte des Unionsbürgers und nicht die des Antragstellers an.

Daneben soll die Unionsbürgerrichtlinie natürlich auch das Recht auf Familienleben gewährleisten.<sup>456</sup> Dieses ergibt sich aus Art. 7 GrChEU und Art. 8 EMRK. Betrachtet man dies, erscheint es zwingend, dass der Drittstaatsangehörige einen Aufenthaltstitel erhalten muss, um das Familienleben für den Unionsbürger zu erhalten. Denn kein europäisches Gericht kann den Unionsbürger darauf verweisen, sein Familienleben außerhalb der Union im Drittstaat zu führen. Dies wäre auch mit dem Gedanken aus den Rechtssachen *Zhu und Chen* sowie *Zambrano*<sup>457</sup> unvereinbar – die Effektivität der Unionsbürgerschaft wäre in Frage gestellt.<sup>458</sup>

Dogmatisch handelt es sich also um eine Art mittelbarer Verletzung der Grundfreiheiten. Die verletzte hoheitliche Maßnahme richtet sich gegen den Drittstaatsangehörigen, verletzt aber den Unionsbürger in seinen Rechten. Dass eine mittelbare Verletzung von personenbezogenen Rechten durch hoheitliches Handeln gegenüber Dritten möglich ist, lässt sich verschiedentlich feststellen. So wird im Bereich des Aufenthaltsrechts für türkische Staatsangehörige Entscheidungen zum Familiennachzug der Gedanke zu Grunde gelegt, dass die Verweigerung des Nachzugs eine mittelbare Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darstellt, die türkischen Staatsangehörigen über das Assoziationsrecht gewährt wird. Dadurch wird dann der Anwendungsbereich der Stand-Still-Klausel aus Art. 13 ARB 1/80 eröffnet. Denn die Anwendung der Stand-Still-Klausel kann nur gegeben sein, wenn es einen ordnungsgemäß Stammberechtigten im Bundesgebiet gibt, da die fragliche Regelung sich nur auf seine Rechte bezieht. Wird also einer türkischen Ehefrau der Nachzug zu ihrem

---

452 EuGH, Urteil vom 07.07.1992 – Rs.: C-370/90 – Singh.

453 EuGH, Urteil vom 11.07.2002 – RS.: C-60/00 – Carpenter.

454 Vgl. Britz, NVwZ 2004, 173 (176f.) mwN., insbesondere auch mit dem Hinweis, dass der EuGH in weiten Teilen auch seine Sachverhaltserwägungen nicht erläutert.

455 Erwägungsgründe Nr. 3 und 5 der RL 2004/38 (EG).

456 Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2004/38 (EG).

457 Als insofern absehbare Entwicklung betrachtet *Nettesheim* die *Zambrano*-Rechtsprechung, vgl. JZ 2011, 1030 (1032).

458 So auch der EuGH in seinem Urteil vom 06.12.2012 – Rs.: C-356/11, C-357/11 – O.u.a., Rz 76. Dazu vgl. weiterhin Almhofer NVwZ 2013, 1134 (1137); Weber NVwZ 2018, 130 (131).

türkischen Ehemann, der als Arbeitnehmer in der Union tätig ist, der Nachzug verwehrt, beeinträchtigt dies den Ehemann in seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit, sodass nach Art. 13 ARB 1/80 gefragt werden kann und muss, ob es sich um eine Schlechterstellung gegenüber früheren Rechtslagen handelt und die Verweigerung daher unzulässig ist – der Ehefrau der Nachzug gestattet werden muss.<sup>459</sup> Ein ähnlicher Gedanke findet sich auch in der Rechtsprechung des EGMR zur Folter. So ist es Folter, wenn ein Staat Angehörige darüber im Ungewissen lässt, was mit Opfern staatlicher Gewalt passiert ist. So wurde im Urteil zum *Katyn*-Massaker im Zweiten Weltkrieg zwar im Ergebnis eine Rechtsverletzung der Kläger verneint. Dies erfolgte aber nur auf Grund des großen zeitlichen Abstands zum Massaker und des Umstandes, dass im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens der EMRK in Russland im Jahre 1998 historisch bereits aufgeklärt war, was mit den polnischen Staatsangehörigen im Jahr 1940 bei Katyn geschehen war. Grundsätzlich wurde aber festgehalten, dass eine solche Ungewissheit einer unmenschlichen Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK entspreche.<sup>460</sup> Die eigentliche staatliche Handlung war aber die Tötung der polnischen Elite durch die Rote Armee im Jahr 1940, welche ursächlich für die unmenschliche Behandlung der Angehörigen in der Gegenwart war. Das vom EuGH ohne weitere Erklärungen angewandte Konstrukt ist also durchaus in anderen Bereichen bekannt.

Eine Verletzung des Drittstaatsangehörigen kommt schließlich schon deshalb nicht in Betracht, weil dieser aus den Verträgen keine Rechte herleiten kann. Da es aber vom Rechtsschutzziel keinen Sinn machen würde, wenn der Unionsbürger seine Rechtsverletzung geltend machen würde – ihm könnte wirksam kein Aufenthaltstitel zugesprochen werden –, muss die Geltendmachung durch den Drittstaatsangehörigen erfolgen, denn nur dieser kann damit auch etwas erreichen.<sup>461</sup>

#### d) „Dänemarkehen“

Dass die deutsche Rechtsprechung mit ihren Argumenten gegen die Inländerdiskriminierung zu weit geht, zeigt auch ein Phänomen, das unter dem Begriff der „Dänemarkehe“ bekannt ist. Dabei geht es um Inländer, die kurzzeitig für einige Tage nach Dänemark reisen, dort einen Drittstaatsangehörigen ehelichen und bei ihrer Rückkehr nach Deutschland einen Anspruch auf Familiennachzug unter den erleichterten Voraussetzungen des FreizügG/EU geltend machen. Dies wird von Behörden und Gerichten regelmäßig abgelehnt. Als Begründung wird angeführt, dass bloß kurze Auslandsaufenthalte nicht ausreichend seien, um ein Gebrauchmachen der Freizügigkeit anzunehmen. Es bedürfe vielmehr eines nachhaltigen Gebrauchmachens.<sup>462</sup> Auf den ersten Blick scheint dies mit der Linie des EuGH, einen grenzüberschreitenden Bezug zu verlangen, überein zu stimmen. Bei genauer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass der Gerichtshof jeglichen Bezug genügen lässt. Keineswegs gibt es ein zeitliches Element, wie lange die Grenzüberschreitung gedauert haben muss. Darüber hinaus birgt die deutsche Auslegung ungeahnte Unsicherheiten, da unklar ist, welche zeitliche Dimension im Ergebnis für ein nachhaltiges Gebrauchmachen erforderlich ist. Damit behindert die deutsche Rechtsprechung auch das Ziel der Förderung der Freizügigkeit. Wer nicht genau weiß, wie lange er bleiben muss, wird im Zweifel gar nicht erst gehen. Außerdem steht dies im Widerspruch zur Haltung des EuGH, der zunehmend geringere Anforderungen an den grenzüberschreitenden Bezug

459 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14.

460 EGMR (große Kammer), Urteil vom 21.10.2013 - 55508/07, 29520/09 - Janowiec ua ./ . Russland.

461 Einen anderen Ansatz verfolgt das BVerwG (Urteil vom 27.08.1996 – 1 C 8/94 – NVwZ 1997, 1116), welches für den Bereich von Art. 6 GG annimmt, dass die enthaltene „wertende Grundsatzentscheidung“ für den Schutz von ehelichen und familiären Zusammenleben für den Ehegatten, der von einer Ausweisungsverfügung nicht betroffen ist, eine eigene Klagebefugnis hinsichtlich einer Anfechtungsklage gegen die Ausweisungsverfügung begründet.

462 Statt vieler: BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11/10 – Rz 9. Den Aspekt der Unionsbürgerschaft völlig ignorierend: VG Augsburg, Beschluss vom 14.12.2017 – Au 6 S 17.1709 (Im konkreten Fall wäre die Erörterung von Fragen bzgl. des relevanten Bezugszeitpunktes für die Einreise in den Schengenraum sowie die Bundesrepublik obsolet gewesen, wenn das Gericht den Bezug zur Unionsbürgerschaft erkannt hätte. In diesem Fall hätte es sodann auch ein Aufenthaltsrecht gewähren müssen.)

stellt und in solchen Konstellationen vermutlich ohne weiteres einen Rückkehrerfall annehmen würde. Was aber nicht in Erfahrung gebracht wird, da sich die Rechtsprechung auf den Standpunkt zurück zieht, es handle sich um eine Situation des *acte claire* und mithin bestünde keine Vorlagepflicht.<sup>463</sup>

In der Rechtsprechung des EuGH finden sich lediglich in Frühphasen Hinweise darauf, dass der Gerichtshof eine gewisse Qualität hinsichtlich des grenzüberschreitenden Bezuges verlangt. So war es für einen deutschen Zahnarzt nicht ausreichend, im Bundesgebiet zu praktizieren und den Hauptwohnsitz aber in den Niederlanden zu führen. Der Gerichtshof argumentierte hier, dass der Sachverhalt hinsichtlich der Frage, dass der Zahnarzt von deutschen Steuerbehörden auf Grund seines Wohnsitzes im Ausland nicht zum Ehegattensplitting veranlagt wurde, nicht am Maßstab der Grundfreiheiten zu messen sei. Dass der Kläger seinen Wohnsitz außerhalb des Bundesgebietes genommen hat, begründet keinen ausreichenden grenzüberschreitenden Bezug, da der Wohnsitz nichts mit seiner wirtschaftlichen Tätigkeit als Zahnarzt zu tun, auf welche sich seine Steuerpflicht richtet. Dass er als Deutscher in den Niederlanden durch Mieten einer Wohnung Dienstleistungen empfängt, ist für den streitgegenständlichen Fall unerheblich. Seine eigenen Dienstleistungen erbringt er als Deutscher im Bundesgebiet, sodass kein grenzüberschreitender Bezug gegeben ist.<sup>464</sup> Der EuGH verlangt hier also für den grenzüberschreitenden Bezug eine Verbindung zu der als verletzt geltend gemachten Grundfreiheit – mithin eine Anforderung an die sachliche Qualität des grenzüberschreitenden Bezuges. Ein solcher wäre in der Konstellation der Dänemarkehen aber durchaus zu finden. Die Reise nach Dänemark dient unzweifelhaft der Inanspruchnahme von dortigen Dienstleistungen in Form der Trauung, Unterbringung, denkbaren Feierlichkeiten und Ähnlichem. Damit hat der beteiligte Unionsbürger von seiner Freizügigkeit in Form der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch gemacht. Dies unberücksichtigt zu lassen, ist damit ein Verstoß gegen dieselbe – die sachliche Qualität des grenzüberschreitenden Bezuges ist mithin gegeben.

Gerade im Bereich der Dienstleistungsfreiheit hat der EuGH wiederholt nur sehr geringe grenzüberschreitende Bezüge ausreichen lassen. So handelte es sich in der Rechtssache *Bickel & Franz* auch nur um Touristen, die in Italien – in der Provinz Bozen – vor Gericht standen und sich auf eine dortige Regelung beriefen, nach der es möglich war, auf Deutsch zu verhandeln. Diese Regelung diene der regionalen deutschsprachigen Minderheit zur Erhaltung ihrer Kultur, kam den deutschen Touristen Bickel und Franz aber entgegen, die kein Italienisch sprachen. Den nötigen grenzüberschreitenden Bezug fand der EuGH hier im Urlaubsaufenthalt der beiden Kläger und den damit verbundenen Dienstleistungen. Das die Regelung über die Gerichtssprache für beide nicht gelten sollte, weil sie keine Einwohner der Provinz Bozen seien, wurde sodann auch als diskriminierend befunden und für mit den Verträgen nicht vereinbar erklärt.<sup>465</sup> Ebenso wurde in der Rechtssache *Cowan* der grenzüberschreitende Bezug in einem kurzzeitigen Urlaubsaufenthalt eines britischen Staatsangehörigen in Frankreich gesehen.<sup>466</sup> In Anbetracht dessen kann schwerlich von deutschen Gerichten behauptet werden, ein bloßer Urlaubsaufenthalt sei kein hinreichender grenzüberschreitender Bezug. Erschwerend kommt hinzu, dass in dieser Konstellation nicht nur ein Urlaubsaufenthalt vorliegt, sondern eben darüber hinaus auch die Eheschließung. Argumentativ durchgreifender wäre die Feststellung, dass es sich bei Dänemarkehen in der Mehrzahl der Fälle um eine missbräuchliche Geltendmachung von Rechten aus den Verträgen handelt – ein Argument, das bisher aber nicht angeführt wurde. Damit käme es in diesem Bereich gar nicht entscheidend auf den grenzüberschreitenden Bezug und dessen Intensität an, sondern vielmehr auf den Aspekt der Scheinehe – ein Gebiet, auf wel-

---

463 In diesem Sinne nachvollziehbar: Oberhäuser NVwZ 2012, 25 (26f.).

464 EuGH, Urteil vom 26.01.1993 – Rs. C-112/91 – Werner. Anders sah der EuGH dies später in der Rs. *Elsen*, in welcher der Wohnsitz einer Deutschen in Frankreich genügte, um einen grenzüberschreitenden Bezug zu begründen und ihr Rechte aus der Unionsbürgerschaft einzuräumen – Urteil vom 23.11.2000 – Rs. C.135/99 – *Elsen*, Rz 34ff.

465 EuGH, Urteil vom 24.11.1998 – Rs. C-274/96 – *Bickel & Franz*.

466 EuGH, Urteil vom 2.2.1989 – Rs. C-186/87 – *Cowan*.

chem die deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung sich auf weniger dünnem Eis bewegt.

#### 4. Fazit

In Anbetracht der aufgezeigten Unstimmigkeiten der Rechtsprechung zum grenzüberschreitenden Bezug – der insbesondere auf Grund seines Charakters als einzelfallabhängiges Merkmal extreme Rechtsunsicherheiten birgt – empfiehlt sich die komplette Aufgabe des Merkmals. Dies wäre auch in Anbetracht des eigentlichen Ziels der Union – der Schaffung eines grenzenlosen Europas – konsequent. Ohnehin scheint auch der EuGH wenig auf den Wortlaut der Unionsbürgerrichtlinie zu geben – zumindest wenn dieser seiner Argumentation entgegen steht. Rückkehrerfälle sind vom Richtlinienwortlaut nicht umfasst. Voraussetzung nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie ist, dass der Unionsbürger sich in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Heimatstaat aufhält. Statt für Rückkehrerfälle zu diskutieren, ob diese Regelung überhaupt mit dem Unionsrecht vereinbar ist, erkennt der Gerichtshof, dass eine diskriminierende Situation entstanden ist und bedient sich einer extrem weiten Auslegung des Wortlautes, die eigentlich keinen Halt im Wortlaut mehr findet, sondern im Grunde eine Überdehnung darstellt. Dadurch entstehen im Ergebnis erneute Diskriminierungen, obwohl eigentlich gerade eine diskriminierende Situation ausgeglichen werden sollte.<sup>467</sup> Denn wie kann begründet werden, dass die einen nicht erfassten Fälle doch erfasst werden und die anderen nicht? Ein solches Ergebnis kann auch nicht zur Förderung des wirtschaftlichen Zusammenwachsens gerechtfertigt werden. Denn eine solche Ungleichbehandlung kann nicht im Sinne des Binnenmarktes als Raum ohne Grenzen sein. Die Ziele der Europäischen Union nennen vor allem die Errichtung und Gewährleistung dieses Raumes ohne Binnengrenzen und dass den Bürgerinnen und Bürgern Europas daraus Vorteile erwachsen sollen. Dass diese Vorteile nur denen angedeihen sollen, die eine Binnengrenze – die es gerade nicht geben soll – überquert haben, lässt sich aus dem Wortlaut nicht schließen.<sup>468</sup>

Häufig ist eine bestimmte Produkteigenschaften betreffende nationale Regelung auf das Bestreben des Gesetzgebers zurück zu führen, eine bestimmte Tradition zu schützen. Beispielhaft sei hier an den Streit über das deutsche Reinheitsgebot für Bier erinnert. Darunter fallen aber auch geschützte Regionalbezeichnungen, die nur an Produkte vergeben werden, die auf eine bestimmte Weise an einem bestimmten Ort hergestellt wurden. Im Gegensatz zum Reinheitsgebot werden solche diskriminierenden Normen aber selten tatsächlich Ausländer betreffen, sodass der Umstand, dass dieser nach den Gedanken des Binnenmarktes vielleicht von diesen Erfordernissen ausgenommen werden müsste, wohl in der Regel leer läuft und im Sinne der europäischen Pluralität<sup>469</sup> Diskriminierungen im Einzelfall hingenommen werden können. Dieser Gedanke lässt sich jedoch keinesfalls auf den Familiennachzug übertragen, um dortige Diskriminierungen zu rechtfertigen. Denn hier steht weder eine Tradition noch die europäische Vielfalt im Raume. Im Gegenteil. Erleichterungen im Familiennachzug würden die kulturelle Vielfalt Europas noch verstärken – zu der heute keineswegs mehr nur die Kulturen der Mitgliedstaaten der Union zählen.

Die begriffliche Differenzierung von Grundfreiheiten und Grundrechten – in welcher der EuGH seine Forderung nach den grenzüberschreitenden Bezug anlegt, der bestehen könne, weil es gerade

---

467 Dies zeigt sich beispielsweise in Fällen wie *Bosman*, wo die zuvor für alle Spieler gleich geltende Regelung zur Ablösesumme nach dem Urteil des EuGH nur noch für inländische Sachverhalte gelten soll (s. oben). Auch in der Rechtssache *Doc Morris* (Urteil vom 19.05.2009 – verbundene Rs.: C-171/07 und C-172/07) entstand erst durch die Zulassung der niederländischen Versandapotheke in der Bundesrepublik eine diskriminierende Situation für inländische Apotheker, für die weiter das Apothekengesetz Anwendung findet, sodass jede Apothekenfiliale nur durch einen Apotheker betrieben werden kann.

468 Die Ziele der Union ergeben sich insbesondere aus Art. 3 EUV, wo der Binnenmarkt in Abs. 3 gesondert genannt wird.

469 Vgl. Art. 3 Abs. 3 UAbs. 4 EUV, nach dem die kulturelle Vielfalt der Völker Europas zu wahren ist.

nicht um Grundrechte geht – ist zum einen zweifellos in Anbetracht des mittlerweile entstandenen Gehalts der Grundfreiheiten nicht mehr haltbar. Auf der anderen Seite ist diese Unterscheidung aber typisch für ein Europa, welches sich scheut, ein Dokument „Verfassung“ zu nennen. Um nicht in die Nähe einer echten Verfassung zu kommen, hat man den Grundrechtskatalog ausgesondert. Er findet sich in der Grundrechtecharta wieder.<sup>470</sup> Betrachtet man nun aber den Regelungsgehalt der Grundfreiheiten genauer, lassen sich diese auf die eine oder andere Weise inhaltlich alle auf Grundrechte zurückführen. So stehen die Arbeitnehmer- und Dienstleistungsfreiheit im Zeichen der Art. 15 und 16 GrChEU. Ebenso die Warenverkehrsfreiheit, die darüber hinaus auch dem geschützten Eigentum nach Art. 17 GrChEU Rechnung trägt. Gemeinsam ist allen Grundfreiheiten der Gedanke der Gleichheit aus Art. 20 und 21 GrChEU und vor allem der Gedanke der Freizügigkeit in Art. 45 Abs. 1 GrChEU, der Art. 21 AEUV beinahe wortgleich wiederholt. Damit erscheint die Differenzierung zwischen Grundfreiheiten und Grundrechten rein begrifflicher Natur und insbesondere seit Erlass der Grundrechtecharta obsolet. Denn wollte man diese Differenzierung aufrecht erhalten, könnte man statt umständlicher Interpretationen der Grundfreiheiten einfach eine Verletzung der Grundrechte aus der Charta prüfen. Es ergibt sich ein Dualismus, der am ehesten zu erklären ist, wenn beide Positionen nicht als einander ausschließend betrachtet, sondern als einander ergänzenden Regelungskomplex<sup>471</sup>, der für einen optimalen Rechtsschutz sorgt. In diesem Sinne sind die Grundfreiheiten wohl am besten als *lex specialis* zu den Grundrechten zu betrachten. Wenn die Grundfreiheiten Gedanken der Grundrechte in sich vereinen und dabei aber in ihrer Schutzdimension auf die Gewährleistung des freien Binnenmarktes als rein wirtschaftliches Ziel abstellen, sind sie spezieller als die allgemein für jedermann in jeder Situation geltenden Grundrechte – die Grundrechte sind in dem Fall bloßer Auffangtatbestand.<sup>472</sup> Besonders im Bereich der Freizügigkeit von Personen muss – anders als bei den Produktverkehrsfreiheiten – ein stark grundrechtlich geprägter Maßstab gelten.<sup>473</sup> Denn naturgemäß müssen Einschnitte in beispielsweise das Familienleben weit schwerer wiegen, als solche in das Eigentum. Wenn der EuGH aber schon im Bereich von Produkten bereit ist, eine weite Auslegung der Grundfreiheiten vorzunehmen, um wirtschaftliche Aspekte bestmöglich zu fördern, sollte dies in Anbetracht von Menschenschicksalen erst recht gelten.

Insgesamt ist unzweifelhaft eine Wandlung von speziellen Diskriminierungsverboten hin zu einem universellen Gleichheitsgebot auf Unionsebene zu beobachten. Dies kommt auch schon in frühen Urteilen wie *Martinez Sala* zum Ausdruck, in denen der Generalanwalt Pergola um ein möglichst weitgehendes Verständnis der Unionsbürgerschaft bemüht ist und aus ihr unmittelbar die Rechte auf

---

470 Deren Existenz aber in Anbetracht der Entwicklung von Rechtsprechung und tatsächlichen Gegebenheiten in einem Europa, das weit über eine rein wirtschaftliche Gemeinschaft hinaus geht, folgerichtig ist. Um ihr zu effektiver Wirkung zu verhelfen, muss sie dann aber auch über ein bloßes Symbol hinaus Bedeutung für die gesamte Unionsrechtsordnung erhalten.

471 Auch *Grabenwarter* betrachtet die Einführung der Grundrechtecharta als Schritt zur Vollendung des Rechtskanons der Union und damit als Ergänzung der bestehenden Rechte, EuGRZ 2004, 563. Die Rede von Grundrechten aus den Verträgen war aber schon erheblich früher, so in den Schlussanträgen von GA *Léger* zur Rs. *Boukhalfa* vom 14.11.1995 – Rs.: C-214/94 – Rz 15. Ebenso benennt GA *Cosmas* in seinen Schlussanträgen zur Rs. *Wijsenbeek* als wichtigste Funktion des Art. 8a EWGV die Anerkennung von Grundrechten für die Unionsbürger (Schlussanträge vom 16.09.1999 – Rs.: C-378/97 – Rz 95). Art. 8a EWGV enthielt die Bestimmung zur Freizügigkeit.

472 a.A. Möstl EuR 2002, 318, der beide Bereiche als komplett eigenständig und voneinander losgelöst betrachtet. Zu Grunde legt er aber die gleichen Ausgangsgedanken, sodass der Schluss von getrennten Regelungsbereichen dogmatisch kaum haltbar erscheint. Er stellt so auch selbst fest, dass dort, wo die speziellen Grundfreiheiten mangels wirtschaftlichen Bezug nicht greifen, die allgemeinen Grundrechte ausreichenden Schutz gewähren würden (aaO S. 332).

473 Ein solcher Schluss ergibt sich auch in Anbetracht der Rechtsprechung zu den Rückkehrerfällen, in der sich abzeichnet, dass der Gerichtshof auf ein generelles Beschränkungsverbot hinsichtlich der Freizügigkeit abzielt. Insbesondere in der Rs. *D'Hoop* (Rs. C- 224/98) zeigt sich, dass die Unionsbürgerschaft als Rechtsposition eben auch gegenüber dem eigenen Mitgliedstaat angeführt werden kann und dies sogar so rückwirkend, dass sie sich günstig auf einen Auslandsaufenthalt auswirkt, der vor Einführung der Unionsbürgerschaft stattfand.

Gleichbehandlung ableitet.<sup>474</sup>

## II. weitere Ungleichbehandlungen

### 1. Warum muss die Verfügbarkeit ausreichenden Wohnraums nur beim Nachzug zu Ausländern, nicht aber beim Nachzug zu Deutschen oder Unionsbürgern nachgewiesen werden?

#### a) Das Problem

Ebenso wie der Nachweis der Unterhaltssicherung ist auch ein Nachweis von ausreichendem Wohnraum für den Nachzug zu Deutschen und Unionsbürgern entbehrlich, während § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dies für den Nachzug zu Drittstaatsangehörigen verlangt. Auch hier stellt sich grundsätzlich die Frage, welche besonderen Umstände dazu führen sollen, dass diese Voraussetzung entbehrlich ist.

#### b) Gesetzesbegründung

Das Wohnraumerfordernis dient der Gewährleistung einer menschenwürdigen Unterbringung<sup>475</sup> und damit gleichzeitig der Integration. Denn nur wer menschenwürdig untergebracht ist, kann auch am gesellschaftlichen Leben teilnehmen.<sup>476</sup> Offenkundig dient das Wohnraumerfordernis auch der Vermeidung von Obdachlosigkeit, für welche Ausländer als gefährdeter erscheinen, da sie das hiesige Umfeld nicht kennen und auf Grund von Sprachbarrieren häufig keinen Zugang zu entsprechenden sozialen Einrichtungen haben, welche im Fall drohender Obdachlosigkeit helfen könnten.

Über der bloßen Forderung nach überhaupt vorhandenem Wohnraum hinaus, wird aber solcher Wohnraum verlangt, der von Beschaffenheit und Belegung eine menschenwürdige Unterbringung ermöglicht. Damit ist insbesondere gemeint, dass jedem Bewohner einer Wohnung eine ausreichende Fläche an Wohnraum zur Verfügung stehen muss. Die erforderliche Ausstattung und Größe soll dabei objektiv beurteilt werden.<sup>477</sup>

Außerdem fußt das Wohnraumerfordernis auf der unionsrechtlichen Grundlage des Art. 7 Abs. 1 lit. a Familienzusammenführungsrichtlinie, die als zu verlangenden Rahmen auf das jeweils im Mitgliedstaat übliche abstellt. Diese Vorgabe wird durch die Orientierung des Wohnraumerfordernisses an den landesrechtlichen Vorschriften für Sozialwohnungen erfüllt.<sup>478</sup>

#### c) Stellungnahme

Das Wohnraumerfordernis ist in seiner Verhältnismäßigkeit gegenüber dem Recht auf Familienleben zu bedenken. Insbesondere kommen Zweifel auf, wenn man betrachtet, dass insbesondere in Ballungsgebieten gegenwärtig ein Wohnraummangel zu verzeichnen ist, welcher es auch Deutschen schwer macht, angemessene Wohnungen zu finden. Ein solcher Wohnraummangel trifft in der Regel die unteren finanzschwächsten Schichten. Gerade in diese Ballungsgebiete ziehen aber viele Ausländer, da gerade dort ein hoher Bedarf an ausländischen Arbeitskräften besteht. Und häufig

---

474 Schlussanträge GA Pergola zur Rs. *Martinez Sala* vom 01.07.1997 – C-85/96 – Rz. 19ff. Und ebenso im Urteil vom 12.05.1998 – Rs.: C-85/96 – *Martinez Sala*, Rz 63.

475 Dies ergibt sich aus VV 2.4.0 i.V.m. 29.1.3. zu §§ 2, 29 AufenthG.

476 Dass dieser integrationspolitische Gedanke bereits in den 1990er Jahren im Fokus stand, zeigte sich an der Regelung des § 7 Abs. 1 AufenthG/EWG (BGBl. I 1980, S. 116), wonach auch für Angehörige anderer EWG-Staaten Wohnraum eine Nachzugsvoraussetzung darstellte.

477 *Dienelt/Röseler* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 2 AufenthG, Rn 31.

478 VV 2.4.1. zu § 2 AufenthG.

sind gerade diese Ausländer Teil der weniger finanzkräftigen Schichten.<sup>479</sup> Die alltäglichen Probleme auch deutscher Familien können hier dazu führen, dass ausländischen Familien das Zusammenleben verweigert wird. Da das Problem des Wohnraummangels aber auch deutsche Familien oder Unionsbürger täglich trifft und auch diese unter Umständen nicht zusammen leben können, wenn sich keine ausreichend große Wohnung findet, wird es hier mit Hinblick auf einen Verstoß gegen Art. 3 GG wohl schon an der Ungleichbehandlung fehlen. Zwar kann der Drittstaatsangehörige zum deutschen Stammberechtigten ohne Nachweis ausreichenden Wohnraums nachziehen. Aber auch dann darf die zusammengeführte Familie nicht in einer Einraumwohnung leben. Und die für Ausländer geltenden Grenzen hinsichtlich der Wohnfläche ergeben sich aus den Grenzen für öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau – also für Inländer geltende Grenzen. Außerdem sind die jeweiligen landesrechtlichen Rahmenbedingungen für die Beurteilung angemessenen Wohnraumes an örtliche Gegebenheiten angepasst und verlangen nichts Unmögliches. Vielmehr bleibt eine flexible Handhabung durch die jeweilige Ausländerbehörde zulässig.<sup>480</sup>

In Hinblick auf Art. 6 GG ist ebenfalls davon auszugehen, dass das Wohnraumerfordernis nicht unverhältnismäßig den Schutzbereich des Grundrechtes beeinträchtigt. Dagegen spräche vor allem, dass zum Schutz nach Art. 6 GG gerade keine gemeinsame Wohnung nötig ist. Das Familienleben ist auch geschützt, wenn es lediglich regelmäßig aber nicht dauerhaft gelebt wird – beispielsweise bei getrennten Wohnsitzen.<sup>481</sup> Jedoch verlangt § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dem Wortlaut nach nicht ausdrücklich eine gemeinsame Wohnung. Es wird lediglich für alle Familienmitglieder ausreichender Wohnraum verlangt. Wo dieser sich befinden muss, sagt die Norm nicht. Auch wenn es rein tatsächlich zumeist auf eine gemeinsame Wohnung hinaus laufen wird, ist dies keinesfalls zwingend. Es kommt lediglich darauf an, dass der benötigte Wohnraum tatsächlich und rechtlich gesichert zur Verfügung steht.<sup>482</sup>

Während im Bereich des Sprachnachweises durchaus jahrelange Trennungen für die Zeit des Erlernens der deutschen Sprache entstehen können, wird das Suchen angemessenen Wohnung zwar unter Umständen eine gewisse Zeit dauern – aber keineswegs mehrere Jahre. Außerdem steht die Regelung im öffentlichen Interesse, da eine Verhinderung von Obdachlosigkeit und Überbelegung von Wohnungen im Interesse der öffentlichen Sicherheit steht. So spielen brandpolizeiliche Erwägungen ebenso eine Rolle, wie Fragen des Gesundheitsschutzes. Eine kurzzeitige Behinderung des familiären Zusammenlebens führt unter anderem auch darum anerkanntermaßen nicht zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG.<sup>483</sup> Letztlich wird es zu einer derartigen Behinderung auch nicht kommen, da der Stammberechtigte nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG bereits einen verfestigten Aufenthalt nachweisen können muss – also eine Niederlassungserlaubnis, Blaue Karte EU, Daueraufenthaltsenerlaubnis-EU oder eine Aufenthaltserlaubnis seit mindestens 2 Jahren<sup>484</sup>. Derartige Aufenthaltstitel erfordern ihrerseits einen festen Wohnsitz und auf Grund der im Schnitt doch geringen Mindestanforderungen an die Wohnraumfläche, wird zumeist ein entsprechender Wohnraum am bereits existierenden Wohnsitz des Stammberechtigten zur Verfügung stehen.

Schon 1961 befand die europäische Kommission: „Welche Probleme durch die Familienzusammenführung für die demographische oder Wohnungssituation entstehen mögen, sind diese sicherlich weniger ernst, als die Nachteile, die durch die Trennung der Familie entstehen.“<sup>485</sup>

---

479 Gleiches erkennen *Dienelt und Röseler* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 2 AufenthG, Rn 29.

480 So schon zur Alten Rechtslage nach dem AuslG 1990 *Zimmermann* in DÖV 1991, 401 (406).

481 *Zimmermann* DÖV 1991, 401 (403).

482 *Dienelt/Röseler* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 2 AufenthG, Rn 33.

483 Vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 17.05.2011 – 2 BvR 1367/10 – Rz 14ff.; *Zimmermann* DÖV 1991, 401 (406).

484 Dies ergibt sich aus §§ 29 Abs. 1 i.V.m. 30 Abs. 1 Nr. 3 lit. d AufenthG.

485 Anhang III von KOM(60) 85 endg., zitiert von Groenendijk ZAR 2006, 191 (191).



## **2. Womit lassen sich die Vorteile für türkische Staatsangehörige begründen, wenn diese erst einmal die Hürde des Erstnachzugs überwunden haben?**

### **a) Das Problem**

Der Nachzug zu türkischen Staatsangehörigen richtet sich grundsätzlich nach dem Aufenthaltsgesetz. Sonderrechte aus dem Assoziationsabkommen EWG-Türkei<sup>486</sup> und insbesondere dem Assoziationsratbeschluss 1/80<sup>487</sup> ergeben sich erst, wenn der nachgezogene Angehörige sich um die Verlängerung eines Aufenthaltstitels bemüht. Dabei ergeben sich die Rechte auf Aufenthalt und Erwerbstätigkeit insbesondere aus Art. 6 ARB 1/80 und für Familienangehörige von türkischen Staatsangehörigen aus Art. 7 ARB 1/80. Eine besondere Rolle spielt in diesem Gebiet die sogenannte „Stand-Still-Klausel“ des Art. 13 ARB 1/80. Sie legt grundsätzlich fest, dass einmal gewährte günstige Regelungen für den Aufenthalt von türkischen Staatsangehörigen in der EU nicht zurückgenommen werden dürfen. Grundsätzlich gilt diese Regelung nur für den erwerbstätigen Türken, nicht aber bspw. für seine nachziehende Ehefrau und auch nur für die Erteilung von Aufenthaltsverlängerungen, nicht aber für die erstmalige Einreise. Die Rechtsprechung des EuGH hat dies aber ausgedehnt, sodass heute auch Regelungen der erstmaligen Einreise erfasst sein können, Visafragen<sup>488</sup> und über das Konstrukt der „mittelbaren Beeinträchtigung“ auch Angehörige. Danach beeinträchtigt es auch den türkischen Erwerbstätigen, wenn seine Ehefrau auf Grund einer neuen strengeren Regelung nicht nachziehen kann, denn das Familienleben trage zur erhöhten Lebensqualität und Integration bei.<sup>489</sup> Besonders markant ist dies bei der Frage des Sprachnachweises, der nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Dogan*<sup>490</sup> für türkische Staatsangehörige in der Bundesrepublik nicht beizubringen ist. Hier stellt sich die Frage, wie diese Besserstellung gerechtfertigt ist.

### **b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung**

Da die Begünstigungen der türkischen Staatsangehörigen aus dem Assoziationsabkommen zwischen der EWG und der Türkei herrühren, handelt es sich um eine völkerrechtliche Verpflichtung, die grundsätzlich zulässig ist. Ein solches ist nach Rechtsprechung des EuGH dann unmittelbar anwendbar, wenn die Erfüllung der Bestimmungen des Abkommens – auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck – ohne weitere Zwischenakte möglich ist.<sup>491</sup> In Bezug auf die Bestimmungen des Abkommens kam der EuGH dabei zu dem Ergebnis, dass es sich lediglich um programmatische Sätze handelt, die keine unmittelbare Wirkung entfalten. Anders aber in Bezug auf Art. 13 ARB 1/80, welcher ein ausdrückliches Verbot enthält und damit unmittelbar anwendbar sein muss.<sup>492</sup> Gleiches gilt für die inhaltsgleiche Stand-Still-Klausel des Art. 41 Abs. 1 ZP und Art. 7 ARB 1/80, der Familienangehörige von türkischen Arbeitnehmern begünstigt.

---

486 Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei mit Vorläufigem Protokoll 1 und Finanzprotokoll 2, unterzeichnet in Ankara am 12. September 1963.

487 Beschluss 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980; ANBA 1981 S.4.

488 Dazu zusammenfassend: Hailbronner, Asyl- und AusländerR, 3.A., Rn 1567, 1571ff.

489 Statt vieler aktuell: BVerwG, Urteil vom 6.11.2014 Az.: 1 C 4.14 – EZAR NF 19 Nr. 74. Zuletzt prominent in der Entscheidung zum Sprachtest für türkische Staatsangehörige vom EuGH angewandt: Urteil vom 10.07.2014 Rs. C-138/13. Details zur Frage des Sprachtests und der Stand-Still-Klausel später. Entsprechendes gilt über Art. 41 ZP auch für Selbständige.

490 EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs.: C-138/13 – Dogan.

491 Zur Entscheidung über die Anwendbarkeit von völkerrechtlichen Verträgen ist der Gerichtshof über Art. 267 Abs.1 lit.a AEUV berufen, da es sich um durch den Rat geschlossene Abkommen und damit Handlungen eines Organs der Union handelt; EuGH, Urteil vom 30.09.1987 – Rs.: 12/86 – Demirel, Rz 7ff.

492 EuGH, Urteil vom 30.09.1987 – Rs.: 12/86 – Demirel, Rz 14ff; EuGH, Urteil vom 20.09.1990 – Rs.: C-192/89 – Sevince, Rz 26; EuGH, Urteil vom 21.10.2003 – verbundene Rs.: C-317/01 und 369/01 – Abatay, Rz 58.

Als naheliegender Grund für die Begünstigung türkischer Staatsangehöriger wird das beiderseitige Interesse an der Begünstigung der wirtschaftlichen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Türkei angeführt. Ein Interesse, das bereits weit in die Geschichte der Union zurück reicht und mit dem Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei aus dem Jahre 1963 in einen rechtlichen Rahmen gegossen wurde und langfristig auf eine Aufnahme der Türkei in die Europäische Union abzielen sollte. Auch wenn dieses Ziel mehr als 50 Jahre später immer noch in weiter Ferne liegt, bleiben Erleichterungen bei Einreise und Aufenthalt für türkische Staatsangehörige im Unionsgebiet ein wichtiges Thema und politisches Druckmittel. Die Begünstigungen im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen sollen dabei die Aufnahme in die europäische Familie vorbereiten, indem die Verhältnisse bereits angeglichen werden. So dient das Zusatzprotokoll von 1970 der schrittweisen Herstellung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern, wozu ARB 1/80 eine weitere Stufe im sozialen Bereich ist.<sup>493</sup> Dass durch Art. 13 ARB 1/80 ausdrücklich auch Familienangehörige begünstigt werden, soll dem Zweck der besseren Integration durch ein intaktes Familienleben dienen.<sup>494</sup> Außerdem dient die Norm der Verbesserung der Rechtsstellung von türkischen Emigranten im Unionsgebiet, die noch keine Rechte bezüglich Beschäftigung und Aufenthalt aus den Assoziationsratbeschlüssen oder dem Assoziationsabkommen herleiten können. Sie dient dazu, überhaupt erst einen Zugang für türkische Staatsangehörige zum Unionsgebiet und zur Erwerbstätigkeit zu ermöglichen.<sup>495</sup> Mithin werden türkische Migranten umfassend in der Union geschützt – unabhängig von wirtschaftlichen Aspekten, allein begründet in ihrem Aufenthalt im Unionsgebiet. Daher hängt auch die Einreise von Familienangehörigen zum Zwecke der Familienzusammenführung nicht von einer eigenen Erwerbstätigkeit ab.<sup>496</sup> Nach neuerer Auffassung des Gerichtshofs steht Art. 13 ARB 1/80 auch neuen Beschränkungen entgegen, die sich auf die Einreise selbst beziehen. Damit sieht der EuGH auch Rechte für Personen, die sich noch gar nicht im Unionsgebiet aufhalten.<sup>497</sup>

Begrenzt ist die Reichweite der Stand-Still-Klausel des Art. 13 ARB 1/80 durch die Rechtsstellung der Unionsbürger. Auch ein türkischer Staatsangehöriger kann durch die Stand-Stil-Klausel keine bessere Rechtsstellung erlangen als ein Unionsbürger.<sup>498</sup> Insgesamt stuft der EuGH das Assoziationsrecht aber in ständiger Rechtsprechung als Teil des Unionsrechts ein<sup>499</sup>, sodass die entsprechenden Rechte übertragen werden.

### c) Stellungnahme/Kritik

Die Förderung wirtschaftlicher Belange ist im Zusammenhang mit der Frage nach dem Recht auf Familienleben als Menschenrecht ein kritisch zu betrachtendes Argument. Aber Regelungen wie Art. 7 ARB 1/80 enthalten auch einen sozialen Charakter, der vor allem darauf abzielt, dem Stammberechtigten seinen Aufenthalt zu erleichtern und für Integration zu sorgen. Aus wirtschaftlicher Sicht ist es keineswegs erforderlich, dass die Familienangehörigen eines Arbeitnehmers ebenfalls Aufenthalt im Unionsgebiet nehmen können. Dies ist vielmehr unter gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten wünschenswert, da die Integration in einem fremden Land leichter fällt, wenn man mit nahen Angehörigen zusammen lebt und durch diese emotionalen Rückhalt erhält. Auch die Aus-

---

493 Vgl. Art. 36 ZP und 3. Erwägungsgrund von ARB 1/80; außerdem: EuGH, Urteil vom 06.06.1995 – Rs.: C-434/93 – Bozkurt, Rz 14; Urteil vom 23.11.1997 – Rs.: C-171/95 – Tetik, Rz 20; Urteil vom 19.11.1998 – Rs.: C-210/97 – Akman, Rn 20.

494 Für Art. 7 ARB 1/80 hat der EuGH dies mit Urteil vom 29.03.2012 – verbundene Rs.: C-7/10 und C-9/10 - Kahveci und Inan, Rz 33 festgestellt. Ebenso: EuGH, Urteil vom 17.04.1997 – Rs.: C-351/95 – Kadiman, Rz 34. Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., Art 13 ARB 1/80, Rn 19.

495 EuGH, Urteil vom 17.09.2009 – Rs.: C-242/06 – Sahin, Rz 51; EuGH, Urteil vom 09.12.2010 – verbundene Rs.: C-300/09 und C-301/09 – Toprak/Oguz, Rz 45.

496 EuGH, Urteil vom 21.10.2003 – verbundene Rs.: C-317/01 und 369/01 – Abatay, Rz 82.

497 EuGH, Urteil vom 29.04.2010 – Rs.: C-92/07 – Kommission./Niederlande, Rz 49.

498 EuGH, Urteil vom 17.09.2009 – Rs.: C-242/06 – Sahin, Rz 67.

499 Grundlegend: EuGH, Urteil vom 20.09.1990 – Rs.: C-192/89 – Sevince, Rz 8f.

legung des EuGH von Art. 13 ARB 1/80, der danach gerade nicht die bereits im Arbeitsmarkt integrierten türkischen Staatsangehörigen schützen soll, spricht für einen eher sozialen Gedanken, der vor allem auf die Öffnung Europas zur Türkei hin abzielt. Eine Verbundenheit, welche nicht allein rein wirtschaftlich zu bewerten ist, sondern auch auf eine Jahrhunderte alte Verbindung zurück geht, in der das Gebiet der heutigen Türkei Teil des Abendlandes und vor allem auch Wiege der Entwicklung des Abendlandes war – sowie Brücke zum Morgenland. Dafür spricht auch die Grenze der Begünstigungen am Maßstab der Rechte, die ein Unionsbürger innehaben kann.

Die Begünstigungen für türkische Staatsangehörige wiegt auch weniger, wenn man mit in Betracht zieht, dass diese – anders als gegenüber von Unionsbürgern – vielfältig eingeschränkt werden können. So entstehen die abgestuften Rechte auf Zugang zum Arbeitsmarkt nach Art. 6 ARB 1/80 nur, wenn tatsächlich ein rechtmäßiger Aufenthaltstitel vorlag. Ein faktischer Aufenthalt ist nicht ausreichend. Gerade auch das gestufte System, welches nur nach Ablauf bestimmter Fristen eine schrittweise Gleichstellung mit Unionsbürgern ermöglicht, mildert die Besserstellung gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen. Weiterhin ist eine hinreichende Verknüpfung zum Unionsarbeitsmarkt erforderlich und die Rechte nach Art. 6 ARB 1/80 enden, sobald der türkische Staatsangehörige endgültig dem regulären Arbeitsmarkt nicht mehr zu Verfügung steht – sei es auf Grund von Alter oder Krankheit oder objektiver Unvermittelbarkeit.<sup>500</sup>

Der grundsätzlichen Rechtfertigung unter Einbeziehung sozialer Aspekte steht aber entgegen, dass auch der EuGH betont, dass dem Assoziationsrecht der wirtschaftliche Aspekt der Angleichung der Türkei an die Union innewohnt, sodass eine uneingeschränkte Übertragbarkeit von Rechten aus dem Unionsrecht nicht möglich ist, da dieses eine grundsätzlich andere Ausrichtung habe.<sup>501</sup> Betrachtet man aber das über die Zeit entstandene vollständige Assoziationsrecht, findet man beispielsweise auch in ARB 3/80<sup>502</sup> zahlreiche Regelungen zur Gleichstellung türkischer Staatsangehöriger im sozialen Bereich. Damit kann man auch einen Vergleich zur Entwicklung des Unionsrechts ziehen, welches ursprünglich auch rein auf die Schaffung einer wirtschaftlichen Einheit gerichtet war.

Die Rechtsprechung des EuGH, nach der Art. 13 ARB 1/80 auch auf die erstmalige Einreise in einen Mitgliedstaat anwendbar ist, muss aber einschränkend dahingehend ausgelegt werden, dass die Herleitung von Rechten sich tatsächlich nur auf solche Personen erstrecken kann, die eine entsprechende Einreise durch die jeweils im Mitgliedstaat erforderlichen rechtlichen Schritte eingeleitet haben und denen ein rechtmäßiger Aufenthalt zusteht. Alles andere wäre mit dem Wortlaut der Norm nicht vereinbar.<sup>503</sup>

Als weitere Begünstigung erhalten türkische Staatsangehörige nunmehr nach § 4 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis ausgestellt, die lediglich rein deklaratorisch das Recht zum Aufenthalt bescheinigt, sofern im Zeitpunkt des Antrags ein solches bestand. Es entfällt auch nicht, wenn in der Folge die tatsächlichen Voraussetzungen für den Aufenthalt wegfallen. Damit erhält die rein deklaratorische Bescheinigung einen konstitutiven Charakter. Die Norm gilt grundsätzlich auch für Personen, die zum Zweck des Familiennachzugs eingereist sind. Nachteilig wirkt jedoch, dass der be-

---

500 Zusammenfassend m.w.N.: Hailbronner, Asyl- und AusländerR, 3.A., Rn 1509ff.

501 EuGH, Urteil vom 04.10.2007 – Rs.: C-349/06 – Polat,

502 Beschluss des Assoziationsrates Nr. 3/80 vom 19.09.1980 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften auf die türkischen Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige, Abl. EG Nr. C 110/83.

503 Entsprechende Hinweise finden sich auch in den Anwendungshinweisen zum Assoziationsrecht EWG-Türkei des BMI, Stand 26.11.2013, S. 76, abrufbar unter [http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/MigrationIntegration/Auslaender/Anwendungshinweise\\_zum\\_Assoziationsrecht\\_EWG\\_Tuerkei.pdf?\\_\\_blob=publication-File](http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/MigrationIntegration/Auslaender/Anwendungshinweise_zum_Assoziationsrecht_EWG_Tuerkei.pdf?__blob=publication-File).

scheinigte Titel sich lediglich auf das Assoziationsrecht stützt. Gerade für Familienangehörige behalten die Titel nach dem Aufenthaltsgesetz aber mehr Rechte in Hinblick auf die Erwerbstätigkeit, sodass sich eher die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach den §§ 27ff. AufenthG empfiehlt, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>504</sup> Hier zeigt sich die Widersprüchlichkeit des gesamten Ausländerrechts, in dem verschiedene Interessen zum Tragen kommen. Während die Einführung des weitgehenden Zugangs zur Erwerbstätigkeit für Familienangehörige vom Gedanken der Integration und Gleichberechtigung geleitet ist<sup>505</sup>, spiegelt § 4 Abs. 5 AufenthG die politisch und wirtschaftlich geleiteten Gedanken des Assoziationsrechts wieder. Daraus entsteht eine Gemengelage, in der eine eigentliche Begünstigung in einen Nachteil umschlagen kann und es sinnvoller ist, auf andere Normen zurück zu greifen. Das macht die Begünstigungen für türkische Staatsangehörige in der Gesamtschau nicht gerechter gegenüber anderen Drittstaatsangehörigen. Aber durch den immer wieder erforderlichen Rückgriff und die Einbettung in das allgemeine Familiennachzugsrecht werden die Vorteile derart geschmälert, dass die Gedanken der wirtschaftlichen Integration der Türkei in die Union und der sozialen Integration der türkischen Arbeitskräfte in der Union als Rechtfertigung genügen kann.

### **3. Warum ist für unter 16jährige kein Sprachtest erforderlich?**

#### **a) Das Problem**

Nach § 32 Abs. 2 AufenthG ist für Kinder, welche das 16. Lebensjahr vollendet haben, ein Sprachnachweis erforderlich, um ihnen den Nachzug zu Drittstaatsangehörigen im Bundesgebiet zu gestatten. Dabei greift diese zusätzliche Voraussetzung nur, wenn das Kind seinen Aufenthalt nicht zusammen – zumindest in engen zeitlichen Zusammenhang – mit seinen Eltern in das Bundesgebiet verlegt. Hier stellt sich die Frage, weshalb diese Altersgrenze festgelegt wurde und ob es unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten nicht besser gewesen wäre, Kinder generell vom Sprachnachweis auszunehmen. Andererseits könnte man sich fragen, ob nicht die Möglichkeit bestünde, altersangemessene Sprachtests für jeden Antragssteller einzuführen.

#### **b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung**

Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass bei älteren Kindern der natürliche Ablöseprozess von den Eltern bereits eingesetzt hat oder bald einsetzen wird, sodass sie nicht zwingend auf das Leben im Familienverbund angewiesen sind und ein Nachzug daher besonderer Grundlagen bedarf – wie Sprachkenntnissen, die in der Folge eine Integration insbesondere auch in den Arbeitsmarkt begünstigen. Anders bei jüngeren Kindern, die auf ihre Eltern angewiesen sind und bei denen darüber hinaus davon ausgegangen werden kann, dass das Erlernen der deutschen Sprache schon allein durch den Schulbesuch und die Interaktion mit Gleichaltrigen leichter fällt als bei beinahe Erwachsenen.<sup>506</sup> Insgesamt soll auch durch die Sprachkenntnisse der älteren Kinder die Verlegung des Lebensmittelpunkts der gesamten Familie gefördert werden.<sup>507</sup> Ziel ist es, durch einen frühestmöglichen Nachzug von Kindern eine bestmögliche Integration zu erreichen. Durch klare Altersgrenzen

---

504 *Sußmann* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 4 Rn 99-101.

505 BR-Drs. 97/13, S. 27.

506 AVV 32.2.6 zu § 32 AufenthG; Erwägungsgrund 12 der Familienzusammenführungsrichtlinie.

507 So schon in der Begründung zum ersten Entwurf des Zuwanderungsgesetzes, der noch von einer Altersgrenze von 12 Jahren für den Nachzug ausging, BT-Drs.: 15/420, S. 83. Generell war im Gesetzgebungsprozess die konkrete Altersgrenze für den voraussetzungslosen Kindernachzug umstritten. Zum Teil wurde sogar eine Absenkung auf 10 Jahre verbunden mit der Einschränkung von Nachzugsmöglichkeiten bis zum 18. Lebensjahr gefordert, BT-Drs. 15/955, S. 50. Begründet wurden solche Forderungen primär mit dem Ziel eine Integration durch Schulbesuch zu erreichen, BR- Plenarprotokoll der 802. Sitzung vom 09.07.2004, S. 340 – Rede von *Peter Müller*, und daneben dem Ziel der Begrenzung der Einwanderung, BT-Plenarprotokoll 15/44 vom 09.05.2003, S. 3655 – Rede von *Dr. Cornelia Sonntag-Wolgast*. A.A. BT- Plenarprotokoll 15/44 vom 09.05.2003, S. 3652 – Rede von *Volker Beck*.

sollen die Eltern dazu angehalten werden, auch den Lebensmittelpunkt der Kinder frühestmöglich in das Bundesgebiet zu verlegen.<sup>508</sup> Vermieden werden soll, dass Eltern ihre Kinder im Ausland aufwachsen und ausbilden lassen und dann zum spätmöglichsten Zeitpunkt zum Zwecke der Arbeitsmarktmigration nachholen, bzw. sodann eine Inanspruchnahme der Sozialsysteme erfolgt.

Das Spracherfordernis soll dabei als spezielle Regelung für den Erstnachzug verstanden werden, so dass es lediglich auf das Alter des Kindes bei Stellung des ersten Antrags auf Kindernachzug ankomme.<sup>509</sup> Zur Abmilderung des mit C1 als Sprachniveau sehr anspruchsvollen Erfordernisses, kann alternativ auf eine positive Integrationsprognose auf Grund besonderer Umstände beim Bildungsstand des Kindes abgestellt werden.

### c) Stellungnahme/Kritik

Mit der eingeführten Altersgrenze wird unzweifelhaft das legitime Ziel der Begrenzung der Zuwanderung gefördert. Denn die Altersgrenze gilt – wie auch im Unionsrecht vorgesehen<sup>510</sup> – nur für die Fälle des isolierten Nachzugs des Kindes unabhängig von den Eltern. Dabei wird die Altersgrenze mit 16 Jahren höher gewählt als im Unionsrecht. Dahinter steht die nachvollziehbare Erwägung, dass ein Kind, das bisher auch ohne seine Eltern im Herkunftsland gelebt hat und mit über 16 Jahren nah an der Grenze zur Volljährigkeit und somit dem Wegfall der Möglichkeit des Familiennachzugs steht, nicht zwingend auf das Leben in familiärer Gemeinschaft mit den Eltern angewiesen ist. Vielmehr ist es nicht ausgeschlossen, von missbräuchlichen Zielen bei der Antragsstellung auszugehen.<sup>511</sup> Um diesem zu begegnen ist das Erfordernis von Sprachkenntnissen durchaus geeignet. Denn der Aufwand, Deutsch auf dem hohen Level von C1 zu erlernen, kann durchaus abschreckend wirken – insbesondere wenn man in Betracht zieht, dass für die Aufnahme eines Studiums und einen entsprechenden Aufenthaltstitel nach § 16 AufenthG das Level B2 genügt und für eine Einbürgerung nach § 10 StAG das Level B1. Es wird also eine verhältnismäßig hohe Hürde gestellt, die insofern auch effektiv sein wird, um die gewünschte Beschränkung der Zuwanderung zu erreichen bzw. Eltern dazu anzuhalten, ihre Kinder zügig nachzuholen. Auch dass der Sprachnachweis nicht verlangt wird, wenn der über 16jährige mit seinen Eltern erstmalig und gleichzeitig einreist, trägt dem Rechnung, denn in diesem Fall ist eine Missbrauchssituation unwahrscheinlich und die Eltern hätten auch keine Möglichkeit gehabt, ihr Kind vor dem 16. Geburtstag in das Bundesgebiet einreisen zu lassen. Somit nimmt die Regelung auch Rücksicht auf besondere Einzelfälle. Dabei wird aber durch die alternative Berücksichtigung von anderen Integrationsvoraussetzungen dem Kindeswohl ausreichend Rechnung getragen.<sup>512</sup> Denn gerade für Kinder, die aus westlichen Industriestaaten stammen, wird zum einen die Integration in Deutschland leichter sein und zum anderen mit 16 keineswegs bereits eine volle Unabhängigkeit erreicht sein. Auch wenn diese Unterscheidung sehr generalisierend ist, wird sie in der Mehrzahl der Fälle wohl zutreffen, da in Ländern der Dritten Welt Personen mit 16 Jahren schon nicht mehr als Kinder gesehen würden – die Lebensbedingungen ein früheres Erwachsenwerden erfordern. Letztlich wird die Regelung tatsächlich nur wenige Fälle treffen, in denen die Beschränkung nicht als unverhältnismäßig anzusehen ist.<sup>513</sup>

---

508 BT-Drs.: 15/420, S. 83.

509 OVG Niedersachsen, Urteil vom 13.03.2006 – 11 ME 315/05 – NvwZ-RR 2006, 726 (726).

510 Art. 4 Abs. 1 UAbs 3 Familienzusammenführungsrichtlinie.

511 Zu dieser Befürchtung fehlt es jedoch an belastbaren statistischem Material, was auch schon im Gesetzgebungsprozess für Diskussionen sorgte.

512 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 32 AufenthG, Rn 38.

513 Der Anteil am Nachzug von unter 18jährigen am gesamten Familiennachzug beträgt seit 1998 konstant zwischen 20% und 25%. Eine Aufschlüsselung nach Altersgruppen wird vom BAMF und BMI nicht herausgegeben. Vgl. Migrationsbericht des BAMF 2013, S. 94ff.

## 4. Warum ist die Konstellation des Elternnachzuges nur für wenige Fälle geregelt?

### a) Das Problem

Eltern haben nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 und § 36 Abs. 1 AufenthG zur Ausübung der Personensorge das Recht auf Nachzug ins Bundesgebiet. Damit können drittstaatsangehörige Eltern zu ihren deutschen Kindern bzw. zu Kindern, welche ihrerseits einen der verschiedenen Flüchtlingsbegriffe erfüllen, nachziehen. Dass ein Drittstaatsangehöriger zu einem in Deutschland lebenden leiblichen Kind nachziehen will, ist aber auch in Konstellationen ohne Fluchtsituation oder der Beteiligung eines Deutschen möglich. So kann der bisher anwesende Elternteil verstorben sein oder aber die sorgeberechtigten Eltern sind nicht durch eine Ehe verbunden, sodass ein Ehegattennachzug für den zweiten Elternteil ausscheidet. Sollte dieser keine Erwerbstätigkeit aufnehmen wollen, sondern die Pflege des Kindes beabsichtigen und auch sonst für keinen anderen Aufenthaltstitel die Voraussetzungen erfüllen, käme ein Nachzug zum ausländischen Kind nicht in Frage. Ebenso ist nicht ausgeschlossen, das auch der Ausweg über einen Fall außergewöhnlicher Härte nach § 36 Abs. 2 AufenthG nicht durchgreift. Aber gerade die Beziehung zwischen Eltern und Kind sollte in jedem Fall schützenswert sein, sodass hier ein Verstoß gegen Art. 6 GG und die parallelen völkerrechtlichen Verbürgungen nahe liegt.

### b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung

Ziel ist grundsätzlich – wie bei allen Regelungen des Aufenthaltsgesetzes – die Begrenzung des Zuzugs unter gleichzeitiger Förderung der Integration. Dabei soll insbesondere mit § 36 Abs. 1 AufenthG kein genereller Auffangtatbestand für Personen geschaffen werden, denen sonst kein Aufenthaltsrecht zusteht.<sup>514</sup> Es sollen die Kinder geschützt werden, die sich hier ohne Begleitung einer sorgeberechtigten Person aufhalten. Nicht Ziel der Regelung ist der Schutz von Interessen der Eltern.<sup>515</sup> Dafür spricht auch, dass der Anspruch auf einen Aufenthaltstitel nach § 36 Abs. 1 AufenthG nur bis zum Erreichen der Volljährigkeit des Kindes besteht und danach auch kein Verlängerungsanspruch für den anwesenden Elternteil mehr besteht. Denn das vormalige Kind ist sodann nicht mehr auf die Anwesenheit einer personensorgeberechtigten Person angewiesen.<sup>516</sup>

Auch § 28 Abs. 1 S. Nr. 3 AufenthG dient dem Schutz der Interessen des Kindes. Es muss für das Kindeswohl erforderlich sein, mit dem sorgeberechtigten ausländischen Elternteil in einer Lebensgemeinschaft zu leben. Im Sinne des Kindeswohls kann ausnahmsweise im Ermessenswege auch ein Aufenthaltsrecht für nicht sorgeberechtigte Elternteile gewährt werden.<sup>517</sup> Dies wird nur dann angenommen, wenn eine solche Gemeinschaft bereits im Inland bestand, sodass § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG keinen Elternnachzug aus dem Ausland ermöglicht.<sup>518</sup> Die Beschränkung des Elternnachzugs auf deutsche Kinder als Stammberechtigte lässt sich unionsrechtlich mit dem Gedanken zur Effektivität der Unionsbürgerschaft des EuGH aus dem Urteil zur Rechtssache *Zambrano* begründen. Danach müssen auch drittstaatsangehörige Eltern ein Aufenthaltsrecht bei ihren Kindern, welche die Unionsbürgerschaft besitzen, erhalten, weil die Kinder sonst gezwungen wären, das Unionsgebiet zu verlassen, um mit ihren Eltern im Drittstaat zu leben. In diesem Fall verfielen für sie die Vorteile der Unionsbürgerschaft.<sup>519</sup> Dieser Schutzgedanke kann nicht für drittstaatsangehörige Kinder gelten, die keine besonderen Rechte im Unionsgebiet genießen – im Zweifel genießen sie mehr

---

514 BT-Drs. 15/420, S. 84.

515 BVerwG Urteil vom 18.04.2013 – 10 C 9/12 – Rz 12; *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, 11.A., § 36 AufenthG, Rn 4.

516 BVerwG Urteil vom 18.04.2013 – 10 C 9/12 – Rz 17/20; a.A. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011 – OVG 3 B 22.10 – Rz 31.

517 Vgl. § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG.

518 Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 856.

519 EuGH, Urteil vom 08.03.2011 – Rs.: C-34/09 – Ruiz Zambrano; zum Sachverhalt siehe oben.

Rechte im Herkunftsstaat, sodass der Aufenthalt dort mehr dem Wohl des Kindes entsprechen dürfte.

### c) Stellungnahme/Kritik

Grundsätzlich ist die Beschränkung des Elternnachzugs auf deutsche Stammberechtigte unter dem Gesichtspunkt der Rechtssache *Zambrano* nachvollziehbar. Dabei wird jedoch der Teil der Eltern ausgeschlossen, die einen modernen Lebensansatz verfolgen und beispielsweise keine eheliche Lebensgemeinschaft führen und auch kein geteiltes Sorgerecht innehaben, weil es ein solches Modell unter Umständen in ihrem Herkunftsland gar nicht gibt. Diese Eltern haben im Zweifel keine Möglichkeit, gemeinsam mit ihrem Partner und dem gemeinsamen Kind im Inland die familiäre Lebensgemeinschaft zu führen. Der nichtsorgeberechtigte Elternteil kann nach § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG – wie aufgezeigt – nicht aus dem Ausland heraus einen Aufenthaltstitel erhalten, sodass dieser Ausnahmetatbestand keine bessere Rechtsstellung herbeiführt. Wobei die tatsächlichen Fälle einer solchen Konstellation wohl eher gering sind. Aber in Zeiten einer zunehmenden Enttraditionalisierung insbesondere in westlichen Staaten sollte die Regelung überdacht werden, denn auch die nichteheliche Gemeinschaft von Mann und Frau mit einem gemeinsamen Kind stellt eine Familie dar.

Außerdem schließen die Regelungen des § 28 AufenthG Unionsbürger aus. Das Urteil in der Rechtssache *Zambrano* beschränkt sich aber gerade nicht nur auf Kinder mit der Staatsangehörigkeit des jeweiligen Aufenthaltslandes, sondern bezieht sich auf Unionsbürger im Allgemeinen. Ein Nachzugsrecht für Eltern zu Kindern mit Unionsbürgerschaft ergibt sich aber aus § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Zwar wird hier als Bedingung die Unterhaltsgewährung durch den Unionsbürger genannt. Aber der EuGH hat in der Rechtssache *Zhu und Chen* festgestellt, dass im Sinne der Effektivität der Unionsbürgerschaft auch die umgekehrte Unterhaltsgewährung vom drittstaatsangehörigen Elternteil an den minderjährigen Unionsbürger genügt.<sup>520</sup> Damit ist auch diese potentielle Regelungslücke gefüllt.

Die Einführung des Elternnachzugs für unbegleitete Minderjährige in § 36 Abs. 1 AufenthG stellt eine wesentliche Verbesserung deren Rechtslage dar. Allerdings geht die Regelung in ihren Voraussetzungen über das hinaus, was die umgesetzte Familienzusammenführungsrichtlinie in Art. 10 Abs. 3 verlangt. Dort ist Voraussetzung lediglich die unbegleitete Einreise des Minderjährigen. Die deutsche Regelung hingegen verlangt, dass sich gegenwärtig kein personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet befindet – was nicht automatisch der Fall sein muss, wenn ein Minderjähriger unbegleitet einreist. Die deutsche Regelung ist mithin enger und geht davon aus, dass es für das Wohl eines Flüchtlingskindes genügt, wenn er einen sorgeberechtigten Elternteil im Inland an seiner Seite hat. Hier stellt sich die Frage, ob nicht auch diese Kinder ein Recht auf Zusammenleben mit beiden Elternteilen als vollständige Familie haben.<sup>521</sup> Problematisch könnte jedoch sein, dass in den klassischen Fluchtländern die Großfamilie mit mehreren Kindern üblich ist, sodass ein Nachzugsrecht für beide Elternteile fast automatisch auch den Nachzug von mehreren Geschwistern nach sich ziehen müsste. Hier würde also eine umfangreiche Zuwanderung ermöglicht, die nicht dem Regelungsziel

---

<sup>520</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2004 – Rs.: C-200/02 – *Zhu und Chen*; zum Sachverhalt und Details siehe oben. Auch hier kann die Kritik angeführt werden, dass der EuGH in richterrechtlicher Rechtsschöpfung seine Kompetenzen überschritten hat und das Tür zu uferloser Aufenthaltsgewährung aufgestoßen hat. Dabei wird jedoch übersehen, dass der EuGH mit seiner Kernbereichsrechtsprechung primär Menschenrechte von Minderjährigen schützt, deren Wohlbefinden in der nötigen Abwägung in den Mittelpunkt zu stellen ist. Die Minderjährigen bei *Zhu und Chen* sowie *Ruiz Zambrano* hatten keine Entscheidungsmöglichkeit auf Grund ihres Alters, sodass sie über ihre Unionsbürgerschaft überhaupt nicht entscheiden konnten. Dabei handelt es sich aber offensichtlich zum Ausnahmefälle, sodass keineswegs unabsehbar viele Drittstaatsangehörige aus der Kernbereichsdoktrin Aufenthaltsrechte ableiten könnten. Dazu siehe oben und Thym, NVwZ 2012, 97 (104).

<sup>521</sup> Art. 24 Abs. 3 GrChEU bestimmt für Kinder ein Umgangsrecht mit beiden Elternteilen und beschränkt dieses Recht auch nicht auf Unionsbürger. Es genügt hierfür ein Aufenthalt im Unionsgebiet.

der Begrenzung eben dieser entspricht. Außerdem würde ein Anreiz geschaffen, einen Minderjährigen allein auf die Flucht zu schicken – was Gefahren birgt und nicht dem Wohl des Kindes entspricht – um sodann einen Nachzug für die ganze Familie zu erreichen. Ein Aufenthaltsrecht für beide Eltern ist wohl nur durch eine zeitgleiche Antragstellung erreichbar, wobei es aber nicht darauf ankommen darf, dass keine weiteren Kinder im Herkunftsstaat zurück bleiben dürfen.<sup>522</sup>

Dass den Eltern mit Erreichen der Volljährigkeit der Kinder kein Aufenthaltsrecht mehr zusteht, ist im Vergleich mit deutschen jungen Menschen nicht zwingend nachvollziehbar. Denn zunehmend kann man nicht davon ausgehen, dass mit Wegfall der Personen die nunmehr volljährigen Personen auch dazu in der Lage sind, für sich alleine zu sorgen. Jedoch ist dem Gesetzgeber zuzugestehen, dass es eines objektiven Merkmals bedarf, um die Schutzbedürftigkeit des Kindes bestimmen zu können. Hierzu eignet sich die Volljährigkeit durchaus, da mit diesem Alter auch sonst Rechte und Pflichten verbunden werden, die davon ausgehen, dass der Betreffende nunmehr von seinem Entwicklungsstand her dazu in der Lage ist, entsprechende Entscheidungen allein zu treffen.

### III. Der Sprachnachweis

Seit seiner Einführung im Jahr 2007 ist das Erfordernis des Nachweises zumindest einfacher Kenntnisse der deutschen Sprache für den nachziehenden drittstaatsangehörigen Ehegatten umstritten.<sup>523</sup>

#### 1. Allgemeines

Als einfache Kenntnisse der deutschen Sprache gelten Kenntnisse, welche der Stufe A1 des gemeinsamen europäischen Referenzrahmens entsprechen. Um A1 zu erreichen, wird vom Ausländer verlangt, sich in einfachen Sätzen in alltäglichen Situationen verständigen zu können, um mit vertrauten Ausdrücken seine grundlegenden Bedürfnisse befriedigen zu können. Darüber hinaus soll der Ausländer dazu in der Lage sein, ein einfaches Gespräch über diese Bedürfnisse und personenbezogene Fakten zu führen, wenn der Gesprächspartner langsam und deutlich spricht und bereit ist, bei sprachlichen Problemen zu helfen.<sup>524</sup> Nach Auffassung der Bundesregierung und des Goetheinstituts ist das Erlangen solcher Deutschkenntnisse innerhalb von 100 bis 300 Unterrichtsstunden zu 45 Minuten möglich. Die tatsächliche Länge ist abhängig von bereits vorhandenen Fremdsprachenkenntnissen und der Frage, ob im Einzelfall eine vorhergehende Alphabetisierung erforderlich ist.<sup>525</sup> Umstritten ist, ob diese Kenntnisse bereits im Zeitpunkt der Einreise nachgewiesen werden müssen. Davon ausgehend ist aber ein entsprechendes Zertifikat bereits bei der Beantragung eines Visums zum Ehegattennachzug bei der deutschen Botschaft im Herkunftsland vorzulegen und somit eine Aneignung der entsprechenden Kenntnisse bereits im Herkunftsland erforderlich. Dafür bietet insbesondere das Goetheinstitut weltweit entsprechende Kurse und Prüfungen an.<sup>526</sup> Neben dem Goetheinstitut gibt es regelmäßig in den Herkunftsländern auch private Anbieter für Sprachkurse. Außerdem ist das Erlernen der deutschen Sprache mittels Multimediaangeboten wie Video-, CD-Rom oder Internetkursen möglich.<sup>527</sup> Anfallende Kosten für Sprachkurse, Prüfung, Anreisen zum Kurs oder Unterkunft am Kursort hat der Antragsteller selbst zu tragen.<sup>528</sup>

522 BVerwG Urteil vom 07.04.2009 – 1 C 17.08 – Rz. 32; BVerwG Urteil vom 18.04.2013 – 10 C 9/12 – Rz 14; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011 – OVG 3 B 22.10 – Rz 26.

523 Für Nachzug zu Deutschen ergibt sich das Sprachnachweiserfordernis aus §28 Abs. 1 S. 5 i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG, beim Nachzug zu Ausländern aus § 29 i.V.m. § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG.

524 VV 30.1.2.1 zu § 30 AufenthG.

525 BT Drs. 16/7288, S.1f. Diese Daten werden so auch als Grundlage für die entsprechende Rechtsprechung zum Thema verwendet.

526 <https://www.goethe.de/de/spr/kup/prf/prf/gzsd1.html>, abgerufen am 19.08.2015.

527 So bietet insbesondere die Deutsche Welle ein breites Angebot an Deutschkursen, die über das Internet in Anspruch genommen werden können.

528 Hailbronner, Asyl- und AuslR, 3.A., Rn 741. Für einen durchschnittlichen Kurs am Goetheinstitut ist mit Kosten



Nicht unumstritten ist, ob die Familienzusammenführungsrichtlinie als unionsrechtliche Grundlage für das Erfordernis des Sprachnachweises berechtigt, ein bestimmtes Sprachniveau zu verlangen. Sinnvoll ist dies zunächst, da nur ein einheitlicher Maßstab im Antragsverfahren effektiv und einheitlich geprüft werden kann. Dagegen spricht allerdings eine systematische Auslegung. Der Begriff der Integrationsmaßnahme wird in anderen Richtlinien<sup>529</sup> mit der bloßen Teilnahme an solchen gleichgesetzt, während für den Nachweis eines bestimmten Niveaus der Begriff der Integrationsanforderung verwendet wird.<sup>530</sup> Unumstrittene Grenze der Anforderungen ist aber die, an der durch zu hohe Hürden der Familiennachzug in praktischer Weise nachhaltig behindert bzw. verhindert wird. Der EuGH betonte hierzu in seiner Entscheidung *K und A* aus dem Jahr 2015, dass entsprechende Maßnahmen die Integration und den Aufenthalt der Familienangehörigen sowie die Familienzusammenführung im Allgemeinen zu fördern haben und zog daraus den Schluss, dass eine Integrationsmaßnahme wie ein Sprachtest nicht bloßes Auswahlkriterium für die Personen sein darf, denen Einreise und Aufenthalt gewährt wird.<sup>531</sup>

Nach Angaben des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge liegt die Bestehensquote der entsprechenden Sprachprüfung bei circa 77% in Bezug auf Personen, welche zuvor einen Kurs des Goetheinstituts absolviert haben und bei 65% in Bezug auf externe Prüfungsteilnehmer. Bei Teilnehmern aus Hauptherkunftsländern wie Bosnien-Herzegowina, der Ukraine oder der Türkei liegen die Bestehensquoten allerdings eher bei 80%. Niedrigere Quoten werden dagegen in Pakistan, dem Irak oder dem Kosovo erreicht (circa 50%).<sup>532</sup>

Als Ziel der Einführung des Sprachnachweises wird primär die Förderung der Integration der nachziehenden Ehegatten im Inland sowie die Verhinderung von Zwangsehen angeführt. So sollen einfache Sprachkenntnisse eine schnelle Integration begünstigen, da der Drittstaatsangehörige unmittelbar damit beginnen könne, am sozialen Leben teilzunehmen und nicht permanent auf die Hilfe des Stamberechtigten oder Dritter angewiesen sei. In diesem Zusammenhang soll auch der Schutz vor Zwangsehen liegen. Die Opfer dieser Zwangssituation könnten sich auf Grund ihrer Sprachkenntnisse an Behörden oder Opferschutzverbände wenden und würden überdies ohnehin unattraktiv für entsprechende Familien, da Personen mit entsprechendem Bildungsstand als unbeherrschbar und daher ungeeignet gelten.<sup>533</sup>

Von einem Nachweis einfacher Deutschkenntnisse kann in Ausnahmefällen abgesehen werden.<sup>534</sup> Solche Ausnahmen liegen unter anderem vor, wenn ein erkennbar geringer Integrationsbedarf besteht, Visumerleichterungen gegeben sind oder der Ehegatte auf Grund von Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage ist, eine Fremdsprache zu erlernen.<sup>535</sup> Gründe für ein Abweichen müssen also in der Person des Antragstellers selbst liegen. Nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts soll Analphabetismus aber nicht dazu zählen.<sup>536</sup>

Eine generelle Vereinbarkeit des Erfordernisses eines Sprachnachweises mit den unionsrechtlichen

---

von circa 700€ zu rechnen.

529 Bspw. In Art. 33 Abs. 1 Qualifikationsrichtlinie.

530 Näheres zu diesem Streit im Folgenden. Eine kritische Darstellung der Positionen findet sich bei *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 AufenthG Rn 49ff.

531 EuGH, Urteil vom 04.03.2010 – Rs.: C-578/08 – Chakroun und EuGH, Urteil vom 9.7.2015 – Rs.: C-153/14 – K und A, Rz 56f. Zur Tragweite der letzteren Entscheidung im Folgenden.

532 Migrationsbericht des BAMF 2013, S. 99.

533 BT Drs.: 16/5065 S. 173.

534 Die Ausnahmefälle ergeben sich abschließend aus § 30 Abs. 1 S. 3 AufenthG.

535 Hier kritisiert *Marx*, dass es sich primär um Ausnahmen für Elitezuwanderung handelt, während Strukturschwächen ignoriert würden. ZAR 2011, 15 (15).

536 BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – 16.

Grundlagen in Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Die Möglichkeit des Verlangens von Integrationsmaßnahmen kam erst auf Drängen Deutschlands, der Niederlande und Österreichs in die Richtlinie und im Laufe der Verhandlungen wurde einhellig davon ausgegangen, dass Sprachnachweise hiervon umfasst sein sollten.<sup>537</sup> Die konkrete Ausformung der deutschen Umsetzung ist jedoch umstritten.

## 2. Schriftkenntnisse

Auf Grund des Wortlautes des § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG, der bloß ein „Verständigen“ fordert, wird zum Teil behauptet, dass Schriftkenntnisse nicht erforderlich seien.

Entgegen dieser Auffassung wird herrschend davon auszugehen sein, dass der § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG auch Kenntnisse der Schriftsprache verlangt. Dies ergibt sich schon, wenn man mit anderen Normen des Aufenthaltsgesetzes vergleicht, bei denen ausdrücklich nur mündliche Kenntnisse verlangt werden.<sup>538</sup> Weiterhin wurde mit Einführung der aktuellen Regelung eine ältere Fassung des § 28 Abs. 2 AufenthG aufgegeben, in der ausdrücklich nur mündliche Sprachkenntnisse gefordert wurden, sodass daraus geschlossen werden kann, dass solche Erleichterungen eben nicht mehr gelten sollen.<sup>539</sup> Daneben ist aber auch das Ziel der Regelung ausschlaggebend. Der Sprachnachweis soll Zwangsehen verhindern und die Integration in die Bundesrepublik fördern. Dafür ist es essentiell, dass es dem Ausländer auch möglich ist, sich gegenüber Behörden zu verständigen und beispielsweise Anträge ausfüllen zu können. Dies ist nur mit Kenntnis der Schriftsprache möglich.<sup>540</sup>

## 3. kein Erfolg nötig?

Zum Teil wird vertreten, dass im Wege einer europarechtskonformen Auslegung nur die Teilnahme an einem Sprachkurs verlangt werden kann, nicht aber die erfolgreiche Absolvierung einer Prüfung. Hierzu wird sich auf den Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie berufen, in dem den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt wird „Integrationsmaßnahmen“ zu verlangen. Über einen Vergleich zur Daueraufenthaltsrichtlinie<sup>541</sup>, in der zwischen Integrationsanforderungen und Integrationsmaßnahmen unterschieden wird, kommt ein Teil der Literatur zu dem Schluss, dass es sich bei Integrationsmaßnahmen nur um bestimmte Bemühungen handle. Sei ein bestimmter Erfolg verlangt, spräche die Richtlinie von Integrationsanforderungen.<sup>542</sup> Daraus wird auch gefolgert, dass Integrationsanforderungen gegen Integrationsmaßnahmen als belastender anzusehen sind – vom möglicherweise Berechtigten mehr verlangen.<sup>543</sup>

Entgegen dieser Auffassung kann der Vergleich zur Daueraufenthaltsrichtlinie schon deshalb nicht verfangen, weil beide Richtlinien weitestgehend parallel verhandelt wurden und sich in ihrer Termi-

---

537 Ratsdokument Nr. 14272/02 vom 26.11.2002 über die Beratungsergebnisse der Gruppe „Migration und Rückführung“, S. 12 Fn.1.

538 So im Ausnahmefall bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 i.V.m. § 104 Abs. 2 AufenthG oder § 9 Abs. 2 S. 5 AufenthG.

539 Dies ergibt sich auch aus BT-Drs. 16/5065, S. 171-172, welche die Begründung für den Gesetzesentwurf zur Änderung des AufenthG von 2007 (Richtlinienumsetzungsgesetz) enthält.

540 BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – Rz 14.

541 Richtlinie 2003/109/EG vom 14.03.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen ABl EU Nr. L 16/44.

542 Groenendijk, ZAR 2006, 191 (195). *Dienelt* untermauert diese Auffassung durch Verweis auf Verhandlungsprotokolle zur DaueraufenthaltsRL, in denen u.a. von Deutschland gestellte Anträge auf Wortlautänderung hinsichtlich der Begriffe „Maßnahme“ und „Anforderung“ abgelehnt wurden – *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 Rn 52 m.w.N.

543 So Generalanwalt *Mengozzi* in seinen Schlussanträgen zur Rechtssache Dogan vom 30.04.2014 – BeckEuRS 2014, 393975 – Rz 52.

nologie daher nicht aufeinander beziehen können.<sup>544</sup> Ein Bezug beider Richtlinien aufeinander findet sich auch in den Verhandlungsprotokollen nicht. Ebenso ist den Protokollen nicht zu entnehmen, wo genau der Unterschied zwischen den beiden Begriffen liegen soll. Darüber hinaus sollte auch bedacht werden, dass eine einheitliche Terminologie in der Regel nur innerhalb einer Richtlinie erwartet werden kann. Es ist dem Europarecht aber nicht fremd, für jede Richtlinie ein eigenes Begriffssystem zu entwerfen – weshalb Richtlinien in der Regel in den ersten Normen Begriffsbestimmungen für den Zweck der jeweiligen Richtlinie vornehmen.<sup>545</sup> Letztlich ist aber auch zu bedenken, dass die deutsche Sprachfassung nicht isoliert von den anderen Fassungen in den weiteren 23 Amtssprachen der Union betrachtet werden darf. Anders als im Völkerrecht gibt es nicht nur einige wenige authentische Fassungen, sondern alle sind verbindlich.<sup>546</sup> Einschränkend ist lediglich zu beachten, dass unklare Begriffe in der jeweiligen Sprache unter Berücksichtigung der englischen und französischen Sprachfassung zu betrachten sind. So findet sich der Begriff der Integrationsmaßnahmen auch in der Qualifikationsrichtlinie, wo aber der englische Text von „integration facilities“ spricht und es im Französischen „dispositifs d'intégration“ heißt, während in anderen Richtlinien von „integration measures“ bzw. „mesures d'intégration“ die Rede ist.<sup>547</sup> Auch der in der niederländischen Fassung der Familienzusammenführungsrichtlinie verwendete Begriff der „integratievoorwaarden“ kann zu keinem anderen Ergebnis führen. Der Begriff wird auch in anderen niederländischen Fassungen von Richtlinien verwendet und deutet somit darauf hin, dass statt einfachen „Maßnahmen“ eher die härteren „Anforderungen“ gemeint sind. Auf Grund dieser gehäuften Verwendung des Begriffs steht die niederländische Fassung im Vergleich zu den Fassungen der anderen Mitgliedstaaten allein da und kann mithin nicht als Ansatzpunkt für einen erkenntnisbringenden Vergleich verwendet werden.<sup>548</sup> Mithin kann eine einheitliche Terminologie zwischen den Richtlinien nicht angenommen werden.

Selbst wenn man eine Parallelität der Terminologie annähme, müsste man über eine systematische Auslegung des Art. 7 Familienzusammenführungsrichtlinie zu dem Ergebnis kommen, dass von Abs. 2 gerade Integrationsmaßnahmen gedeckt werden und nicht Integrationsanforderungen. Abs. 1 beschreibt zwingende Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, um einen Nachzug zu erlauben, während Abs. 2 darüber hinaus zusätzliche Bedingungen erlaubt. Würde es sich unter dem Gesichtspunkt des Rechtscharakters um gleich zu bewertende Figuren handeln, wäre ein zweiter Absatz entbehrlich gewesen – man hätte den Inhalt des Abs. 2 als weiteren Buchstaben in Abs. 1 einfügen können.<sup>549</sup>

Daneben kann sich vom Wortlaut her noch gefragt werden, zu welchem Zeitpunkt die Integrationsmaßnahmen vorgenommen werden müssen. Der Wortlaut bietet hierfür keinen Anhaltspunkt, sodass derartige Maßnahmen grundsätzlich vor und nach der Einreise denkbar sind. Gegen Integrationsmaßnahmen vor der tatsächlichen Einreise in das Bundesgebiet spricht zumindest das allgemeine Verständnis von „Integration“, die auf die Einfügung in eine bestimmte Umgebung abzielt. Eine solche Einfügung ist aber sinnvoll wohl nur möglich, wenn man sich auch in dieser Umgebung befindet. Andererseits bezieht sich die Gesetzesbegründung bei genauer Betrachtung nur auf eine „Förderung“ der Integration, woraus ein Bewusstsein für das Erfordernis der tatsächlichen Integrati-

544 Die Familienzusammenführungsrichtlinie trat am 22.09.2003 in Kraft, nur ein halbes Jahr nach der Daueraufenthaltsrichtlinie. ebenso: Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 AufenthG Rn, 53.

545 BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – Rz 26.

546 Art. 10 und Art. 33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (UNTS Bd. 1155 S. 331; BGBl. 1985 II S. 927) legen fest, dass bei Annahme eines völkerrechtlichen Vertrages eine oder mehrere Sprachen als authentisch und für die Auslegung des Vertrages maßgeblich festgelegt werden können; Frenz Hb EuR, Band V, Rn 355.

547 Vgl. Art. 34 QualifikationsRL.

548 Entsprechende Ausführungen finden sich auch in den Schlussanträgen des Generalanwalts Mengozzi zur Rechtssache Dogan vom 30.04.2014 – BeckEuRs 2014, 393975 – Rz 55.

549 Schlussanträge Generalanwalt Mengozzi zur Rechtssache Dogan vom 30.04.2014 – BeckEuRs 2014, 393975 – Rz 53.

on im Inland abgeleitet werden kann. Somit ist bei wohlwollender Auslegung eine Vereinbarkeit des Verlangens von Spracherwerb noch vor der Einreise mit dem Wortsinn gegeben. Die Rechtmäßigkeit von Integrationsanforderungen schon vor Einreise ergibt sich auch aus einer systematischen Auslegung in Zusammenschau mit Art. 7 Abs. 2 Uabs. 2 i.V.m. Art. 12 Familienzusammenführungsrichtlinie. Danach können Flüchtlinge im Sinne der Richtlinie erst nach Einreise zu Integrationsmaßnahmen herangezogen werden. Eine solche Ausnahmereglung ist aber nur dort erforderlich und sinnvoll, wo die Regel eine andere ist. Daher muss im Umkehrschluss für alle anderen von der Richtlinie Erfassten die Verpflichtung zu Integrationsmaßnahmen schon vor Einreise möglich sein.<sup>550</sup>

Trotz dieser Argumente konnte das BVerwG im Verfahren aus 2010 nicht berechtigterweise davon ausgehen, dass bezüglich der Frage nach einem nötigen Prüfungserfolg keine Vorlagepflicht bestünde. Ein *acte claire* könnte nur angenommen werden, wenn es bereits eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH gegeben hätte. Diese fehlte aber zu diesem Zeitpunkt. Darüber hinaus war nicht deshalb von einem *acte claire* auszugehen, weil andere Unionsstaaten den Begriff der Integrationsmaßnahmen ähnlich auslegen. Eine derartige Staatenpraxis als Auslegungsinstrument ist dem Europarecht fremd.<sup>551</sup> Während das BVerwG schon 2011 Tendenzen zeigte, seine *acte claire* Theorie hier aufzugeben und von einer Vorlagepflicht in dieser Frage auszugehen<sup>552</sup>, kam die klarstellende Entscheidung des EuGH erst 2015 auf eine niederländische Vorlage hin. In seiner Entscheidung *K und A* stellte der EuGH im Kern fest, dass ein Sprachnachweis als Integrationsmaßnahme grundsätzlich zulässig und mit Art. 7 Abs. 2 Uabs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie vereinbar sei. Der EuGH sieht in Sprachkursen eine sinnvolle Maßnahme, welche das Leben der Nachziehenden im Mitgliedstaat positiv beeinflussen kann, insbesondere die Interaktion mit Einheimischen erleichtert und fördert, den Zugang zum Arbeitsmarkt begünstigt und generell die Integration der Familie als Ganzes fördern kann.<sup>553</sup> Diese positiven Seiten des Sprachnachweises schlagen aber dort ins Negative um, wo der Sprachnachweis zu einem absoluten Auswahlkriterium wird, das im Einzelfall eine unüberwindbare Hürde für den Nachzug wird.<sup>554</sup> Obwohl der Gerichtshof hier auf den ersten Blick entschieden hat, dass die Richtlinie eine erfolgreiche Teilnahme an einem Integrationskurs verlangt, ist bei genauerer Betrachtung die entsprechende Streitfrage immer noch offen. Es wird lediglich klargestellt, dass das Erfordernis eines erfolgreichen Ablegens eines Sprachkurses grundsätzlich mit der Richtlinie vereinbar ist.<sup>555</sup> Dies enthält jedoch keine definitive Aussage, dass die Richtlinie zwingend den Erfolg verlangt oder nicht auch die weitere Auslegung in Form einer bloßen Teilnahme zulässig sein könnte. Da der EuGH in seiner Entscheidung beherrschend auf das Ziel der Integrationsförderung abstellt, dürfte auch eine Teilnahme ausreichen, welche fraglos auch mehr Förderung darstellt als eine komplett unvorbereitete Einreise.

Damit bleibt als Ergebnis lediglich generell festzustellen, dass der Nachweis einer erfolgreichen Teilnahme an einem Sprachkurs zwar grundsätzlich zulässig gefordert werden kann.<sup>556</sup> Aber nicht zwingend gefordert werden muss.

---

550 *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 AufenthG Rn 45.

551 BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – Rz. 28.; Pfersich ZAR 2011, 27 (35).

552 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 28.10.2011 – 1 C 9/10; *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 12.A., § 30 AufenthG Rn 44.

553 EuGH, Urteil vom 09.07.2015 – Rs.: C-153/14 – K und A, Rz. 53.

554 EuGH, Urteil vom 09.07.2015 – Rs.: C-153/14 – K und A, Rz. 57.

555 Dies wird in den Rz. 54 und 55 des Urteils auch ausdrücklich so formuliert und die Vorlagefrage war wortwörtlich auf eine erfolgreiche Teilnahme zugeschnitten, vgl. aaO Rz. 44.

556 Dazu kommt auch *Thym* in NVwZ 2015, 1625 (1627).

#### 4. weitere Verletzung von Unionsrecht

Gegen eine Vereinbarkeit mit Unionsrecht könnte jedoch sprechen, dass das Erfordernis eines Sprachnachweises in Einzelfällen dazu führen kann, dass der Stamberechtigte seine Aufenthaltsposition aufgeben und zu seinen Angehörigen im Herkunftsland zurückkehren wird. Damit wird eine bereits bestehende – zumindest aber begonnene – Integration abgebrochen, obwohl doch Integration gerade das Ziel der Familienzusammenführungsrichtlinie ist.<sup>557</sup>

Die in den Erwägungsgründen dem eigentlichen Richtlinien- oder Verordnungstext vorangestellten Ziele der unionsrechtlichen Regelung dienen der historischen Auslegung am Willen des Gesetzgebers und als Orientierung für die Auslegung und geben den Maßstab vor, an dem sich jede Umsetzungsmaßnahme zu messen hat. Damit sind sie gleichzeitig – und vermutlich vorrangig – Quelle der teleologischen Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm.<sup>558</sup>

Dagegen kann nur schwer eingewandt werden, dass es sich nur um einige wenige Einzelfälle handle. Wie viele Drittstaatsangehörige auf Grund eines verweigerten Familiennachzuges ihr Aufenthaltsrecht aufgegeben haben, ist statistisch nicht erfasst. Da aber nur zwischen 60 und 77% der Teilnehmer den Sprachtest bestehen, kann man wohl davon ausgehen, dass von den 23 bis 40% derer, die den Test nicht bestehen, ein nicht unerheblicher Anteil ihr Familienleben fortan im Herkunftsland führen, nachdem der Stamberechtigte die Bundesrepublik verlassen hat. Zumindest besteht das Potential einer Verletzung des Richtlinienziels. Ein solches Potential könnte – unter Aufrechterhaltung der Regelung – nur gemindert werden, indem eine Härtefallregelung hinzugefügt werden würde.

Keine Härtefallregelung kann der Verweis auf eine Aufenthaltserlaubnis zum Spracherwerb nach § 16 Abs. 5 AufenthG darstellen.<sup>559</sup> Würde man dies annehmen, würde man unterstellen, dass zwischen den einzelnen Abschnitten des 2. Kapitels des Aufenthaltsgesetzes Zusammenhänge bestehen, welche aber im Sinne der Systematik des Gesetzes grundsätzlich abzulehnen sind. Die einzelnen Abschnitte regeln jeweils eigenständige Tatbestände, welche ein Aufenthaltsrecht begründen können. Insbesondere liegt jedem Abschnitt ein völlig anderer Lebenssachverhalt zu Grunde. Es kann mithin nicht behauptet werden, dass § 16 Abs. 5 AufenthG in irgendeiner Weise eine für den 6. Abschnitt relevante Regelung darstellt, da keinerlei Zusammenhang zum Familiennachzug gegeben ist.

Hier kommt insbesondere auch ein Gedanke des EuGH aus der Rechtssache *Chakroun* zum tragen, wonach die Grenze des Ermessensspielraums aus Art. 7 Familienzusammenführungsrichtlinie für die Mitgliedstaaten dort liegt, wo die praktische Erreichung der Ziele der Richtlinie gefährdet ist.<sup>560</sup> Zweck der Richtlinie ist zwar die Zusammenführung der Familie. Aber eben im Unionsgebiet und nicht im Herkunftsland. Es geht um die Förderung der Integration im Gebiet eines Unionsstaates, nicht um die Verhinderung und Beendigung des Aufenthaltes. Noch enger wird dieser Ermessensspielraum auszulegen sein, wenn man das Urteil des EuGH aus der Rs. C-540/03 zu Grunde legt, wonach Art. 4 Familienzusammenführungsrichtlinie einen Rechtsanspruch enthalte, der den Mitgliedstaaten keinen Ermessensspielraum belasse.<sup>561</sup> Da Art. 4 Familienzusammenführungsrichtlinie

557 In diesem Sinne auch Bundestagsabgeordnete und die Fraktion DIE LINKE in einer kleinen Anfrage – BT Drs. 17/5732, S. 1 vom 05.05.2011.

558 Frenz, Hb EuR, Band V, Rn 373/382.

559 So unter anderem von der Bundesregierung und dem BVerwG wiederholt als Ausweichmöglichkeit aufgeführt – BT-Drs.: 17/5732, S. 12; BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8.09 – ZAR 2011, 27 (33).

560 EuGH, Urteil vom 04.03.2010 – Rs.: C-578/08 – *Chakroun*, Rz 43. Die Bundesregierung hingegen verneint Auswirkungen des *Chakroun*-Urteils auf nationale Regelungen – BT-Drs. 17/5732, S. 7. Ebenso BT-Drs. 17/3393, S.9; eine tatsächliche inhaltliche Aueinandersetzung erfolgt jedoch nicht.

561 EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs.: C-540/03 – Parlament/Rat, Rz 60. Ein eingeschränkter Ermessensspielraum wird dort eingeräumt, wo ein Kind über 12 Jahren unabhängig von seinen Eltern einreisen will.

lediglich für den Nachzug von Kindern über 12 Jahren einen Ermessensspielraum bestimmt, dürfte diese Regelung das Erfordernis eines bestimmten Sprachniveaus für den Ehegattennachzug ausschließen. Dies wird insbesondere damit begründet, dass der Ehegatte durch eine Heirat mit dem Stambberechtigten enger und vor allem dauerhafter verbunden sei, als das über 12jährige Kind, welches in absehbarer Zukunft den Haushalt der Eltern dauerhaft verlassen und ein eigenes Leben beginnen wird. Dies spräche für eine explizite Besserstellung von Ehegatten. Der EuGH trifft in dieser Hinsicht jedoch keine klare und unumstößliche Entscheidung. Zwar verbietet er implizit die Einschränkung des Rechts auf Familiennachzug im Rahmen von Art. 4 FamiliennachzugsRL. Andererseits befindet er, dass es sich bei „Integrationsmaßnahmen“ nach Art. 7 Abs. 2 FamiliennachzugsRL nicht um solche Einschränkungen handele.<sup>562</sup>

## 5. Verletzung von Art. 6 GG

### a) Grundlegendes

Große verfassungsrechtliche Bedenken bestehen hinsichtlich der Vereinbarkeit des Sprachnachweises mit dem Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG. Ist aus dem einen oder anderen Grund das Erbringen des Sprachnachweises nicht möglich, führt das zu längerfristigen – unter Umständen dauerhaften – Trennungen der Familie. Der sich bereits im Bundesgebiet aufhaltende Ehepartner hat in dieser Situation nur die Wahl, seinen Aufenthaltstitel weiter zu nutzen und dafür auf sein Familienleben zu verzichten. Oder aber zurück in sein Herkunftsland zu kehren, um dort sein Recht auf Familienleben wahrzunehmen, damit aber gleichzeitig den Aufenthaltstitel aufzugeben. Handelt es sich beim Stambberechtigten um einen deutschen Staatsangehörigen, würde dieser zwar mit der Ausreise nicht seine Staatsangehörigkeit aufgeben. Aber er wäre faktisch gezwungen, außerhalb des Hoheitsgebietes seines eigenen Staates zu leben. Insofern ist in vielen Konstellationen ein weitreichender Eingriff in Grundrechte absehbar.<sup>563</sup>

Dabei sind die Gründe, warum ein Sprachnachweis nicht erbracht werden kann, denkbar vielfältig. Ein Hauptgrund ist sicher die rein physische Unmöglichkeit, an einem Sprachkurs teilzunehmen. Auch wenn das Goetheinstitut ein verhältnismäßig dichtes Netz an Kursen in den wichtigsten Herkunftsländern anbietet und kein Zwang besteht, einen Kurs des Goetheinstituts zu besuchen, bleiben weiße Flecken auf der Landkarte. Wer in abgelegenen Regionen wohnt, wird weite Reisewege zu einem Kursangebot auf sich nehmen müssen, da sich solche in der Regel in Hauptstädten, zumindest aber Ballungszentren, befinden. Ebenso wird es für Personen in Krisengebieten, beispielsweise in afrikanischen Ländern, welche zum Teil seit Jahrzehnten von Bürgerkriegen überzogen werden, schwer sein, Zugang zu Deutschkursen zu erhalten. Daneben könnten auch die Kursgebühren als Hindernis betrachtet werden. Denn häufig sind circa 600 € in den fraglichen Herkunftsländern ein Vermögen, welches die finanzielle Leistungsfähigkeit der Betroffenen weit übersteigt. Der Hinweis auf multimediale Angebote im Internet ist dabei wenig zielführend, da in den entsprechenden Gebieten auch der freie Zugang zum Internet kaum mit hiesigen Verbreitungsgraden vergleichbar ist.<sup>564</sup>

Betrachtet man diese Umstände, die in vielfältigen Konstellationen zu langfristigen oder dauerhaften Trennungen von Familien führen können, ist also unübersehbar, dass das Erfordernis des Sprachnachweises in den Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG eingreift. Zur Rechtfertigung wird auf die Gesetzeserwägungen Bezug genommen, insbesondere dass Sprachkenntnisse den Opfern von

---

562 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 Rn 58f.

563 Zur Problematik des Nachzugs zu deutschen Staatsangehörigen siehe. BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12, sowie weitere Ausführungen im Folgenden.

564 Auch 2016 hatte noch die Hälfte der Weltbevölkerung keinen Zugang zum Internet. Dazu: <http://www.broadbandcommission.org/Documents/reports/sob2016-key-findings-en.pdf>, abgerufen am 11.08.2017. Der gleiche Befund bestand schon 2008, vgl.: Göbel-Zimmermann ZAR 2008, 169 (172f.).

Zwangsehen die Möglichkeit geben sollen, sich an Dritte in Deutschland zu wenden und sich so aus der Zwangssituation zu befreien. Dies in Abwägung mit dem Schutz der Familie – und damit in Abwägung zum Schutz „normaler“ Ehen ohne Zwangssituation – zu bringen, erfordert ein hohes Maß an Begründung, welches offenkundig nicht erbracht wurde. Insbesondere scheint das Gebot der schonenden Abwägung zwischen Interessen der Familie als schützenswerter Institution und öffentlichen Belangen nicht eingehalten.<sup>565</sup> Zuverlässige Zahlen über Zwangsehen gibt es naturgemäß nicht. Gegenüber der Zahl an „normalen“ Ehen dürften Zwangsehen aber einen nur kleinen Anteil ausmachen. Mit dem Erfordernis des Sprachnachweises wird aber jede zwischen Drittstaatsangehörigen oder einem Inländer und einem Drittstaatsangehörigen geschlossene Ehe unter einen Generalverdacht gestellt. Um in einigen Fällen – über deren genaue Zahl man keine Aussage treffen kann – Personen aus einer Zwangssituation zu befreien, wird in einer Vielzahl von Fällen das Zusammenleben von Familien vorübergehend oder dauerhaft verhindert.

Gegen das Argument der Verhinderung von Zwangsehen spricht aber auch eine lebensnahe Auslegung, welche sich im Grundsatz auch in der Argumentation der Bundesregierung selbst findet. Wenn davon gesprochen wird, dass die Nachziehenden nach der Einreise auf Grund von bereits im Ausland gewonnenen Sprachkenntnissen dazu in der Lage sind, sich aus ihrer Zwangslage zu befreien<sup>566</sup>, so geht man doch schon offensichtlich davon aus, dass gar nicht das Entstehen der Zwangsehe verhindert wird, sondern maximal deren Auflösung begünstigt wird. Zu diesem – in jedem Fall ungewissen – Ergebnis kommt man aber auch mit dem bereits bestehenden Instrument der zwingenden Teilnahme an Integrationskursen<sup>567</sup>. Bloße einfache Deutschkenntnisse allein werden wohl keineswegs zu einer Lösung aus der Zwangslage führen. Dazu ist auch notwendig, Kontakt zur deutschen Gesellschaft zu haben, um zu erkennen, dass eine Zwangsehe hier nicht akzeptiert ist und daher überhaupt eine Chance auf Lösung besteht. Und nur über einen solchen Kontakt kann der oder die Betroffene die notwendige Hilfe erhalten, um sich tatsächlich zu befreien. Da die Teilnahme an Integrationskursen unabhängig vom erbrachten Sprachnachweis erforderlich ist und auch in diesem Sprachkenntnissen vermittelt werden, besteht objektiv kein wesentlicher Gewinn für die Bekämpfung von Zwangsehen.

Als weiterer Grund zur Rechtfertigung wird angeführt, es bestünde ein legitimes Interesse an der Begrenzung des Nachzugs ins Inland, wozu der Sprachnachweis als objektiver Beurteilungsmaßstab dienen soll, in welchen Fällen eine Einschränkung vorgenommen werden kann.<sup>568</sup>

Das Bundesverfassungsgericht hat einen Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG deshalb abgelehnt, weil es im Sprachnachweis einen gewichtigen Grund des Allgemeinwohls sieht, der eine vorübergehende Trennung der Ehegatten rechtfertigt. Insbesondere schließt das Bundesverfassungsgericht eine längere bzw. dauerhafte Trennung der Ehegatten aus, da nur geringe Anforderungen an die erforderlichen Sprachkenntnisse gestellt werden. Für die wenigen Ausnahmefälle, in denen der Spracherwerb länger dauert, sei daher keine Härtefallregelung erforderlich.<sup>569</sup> Bei diesem Befund lässt das Bundesverfassungsgericht außer Acht, dass neben der grundsätzlichen Geeignetheit – welche in Einzelfällen bestehen mag – auch eine Zweck-Mittel-Relation vorgenommen werden muss, in welche von Seiten des Gesetzgebers regelmäßig auch das Argument der Förderung der Integration eingeführt wird. Zwar stellt insbesondere die Förderung der Integration ein legitimes staatliches Ziel dar, welches in Anbetracht von offenkundigen Integrationsproblemen auch eine überragende Stellung einnehmen sollte. Auf der anderen Seite ist aber auch bekannt, dass es die Integration befördert, wenn

---

565 So das BVerwG in seinem Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 – Rz 20.

566 So auch in der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen u.a. vom 19.08.2014 – BT-Drs.: 18/2366, S. 12 – ausgeführt.

567 § 44a AufenthG.

568 OVG NRW Beschluss 01.03.2011 – 18 B 944/10 – Rz 40f.

569 BVerfG, Beschluss vom 25.03.2011 – 2 BvR 1413/10 – NvwZ 2011, 870 (871).

ein Ausländer nicht allein im Aufenthaltsstaat lebt, sondern die Integration gemeinsam mit seiner Familie erleben kann.<sup>570</sup> Wird langfristig der Nachzug verhindert, wird mithin das Ziel der Integration für den Stammberechtigten untergraben. Gegenstimmen verweisen hier regelmäßig auf die Gefahr der Bildung sogenannter Parallelgesellschaften. Dem soll durch die im Herkunftsland erfolgte Alphabetisierung und dem Spracherwerb entgegen gewirkt werden, weil so die – in der Regel betroffenen – Frauen dazu in der Lage seien, ein den deutschen Gepflogenheiten entsprechendes Leben zu führen. Dass dies scheitert, zeigen die bestehenden Parallelgesellschaften insbesondere in den Großstädten. Nur weil jemand im Ausland die deutsche Sprache erlernt hat, verhindert dies nicht ein Hausfrauendasein nach der Einreise. Effektiver sind hier offensichtlich Kurse vor Ort, wodurch deutsche Stellen überhaupt erst die Möglichkeit erhalten, auf betroffene Frauen einzuwirken und sie eben aus ihrem Umfeld heraus zu holen. Daneben erweisen sich Sprachkurse im Herkunftsland dort als zwecklos, wo auf illegalem Weg der Erhalt von Zertifikaten möglich gemacht wird. Mit Sprachkursen nach der Einreise in die Bundesrepublik würde dieses Problem vermieden.

Ebenso erscheint das Argument, bereits eine irgendwie geartete Förderung des legitimen Gesetzeszweckes würde für die Bejahung der Verhältnismäßigkeit genügen<sup>571</sup>, zu weitgehend. Mit dieser Argumentation könnte man jegliche Maßnahme für jeglichen Zweck rechtfertigen, solange nur irgendein Sachzusammenhang besteht. Der Maßstab der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlichen Handelns liefe dadurch leer. Gerade wenn ein Eingriff in Grundrechte und den höchstpersönlichen Bereich des Einzelnen im Raum steht, sind an die Geeignetheit höhere Anforderungen als eine bloß irgendwie denkbare Förderung zu stellen. Zwar wurde bisher kaum eine Regelung auf Grund ihrer Ungeeignetheit verworfen, insbesondere da dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum bei der Erprobung von Konzepten eingeräumt wird. Damit verbunden wird aber auch darauf hingewiesen, dass bestehende Konzepte in ihrer tatsächlichen Wirksamkeit überprüft werden müssen und bei Fehlentscheidungen nachgebessert werden muss.<sup>572</sup> Ein Vorgang der hier eindeutig außer Acht gelassen wurde.

Außerdem kann das Erfordernis des Sprachnachweises zu faktischen Nachzugsverboten führen, welche das Bundesverfassungsgericht in Hinblick auf Art.6 Abs. 1 GG in früheren Entscheidungen als nicht angemessen – mithin verfassungswidrig – beurteilt hat. Insofern wird die gesamte Rechtsprechung unschlüssig.<sup>573</sup> Auch das Argument, die Eheschließungsfreiheit sei nicht betroffen<sup>574</sup>, kann an diesem Befund nichts ändern. Wie andere Grundrechte auch, schützt Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe in mehr als nur einer Dimension. Auch wenn es den Drittstaatsangehörigen im Grundsatz frei steht, jede Ehe zu schließen, die ihnen beliebt, so sind sie doch nicht frei, die einmal geschlossene Ehe auch zu führen, sodass die Eheführungsfreiheit die hier relevante verletzte Schutzdimension ist.

Wenn man die Geeignetheit der Maßnahme in Hinblick auf die Verhinderung von Zwangsehen noch als gegeben ansehen will, so wird doch spätestens bei der Frage nach einem milderem Mittel die mangelhafte Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 6 GG offenkundig. Dabei kommt insbesondere die Teilnahme an Integrationskursen nach Einreise in das Bundesgebiet in Frage. Zur Teilnahme an solchen sind die Betroffenen nach §§ 43, 44 a AufenthG ohnehin verpflichtet. Außerdem ist davon auszugehen, dass bei Kursen in Deutschland, die auch speziell auf das Aufdecken von Zwangsehen ausgelegt werden könnten, die Effektivität wesentlich höher sein wird, als bei einem bloßen Sprachkurs im Herkunftsland. Es ist doch eher davon auszugehen, dass sich die Opfer von Zwangsehen in einer Situation zu erkennen geben, in der sie auch einen Ausweg sehen, statt in ihrer Heimat, in der

---

570 So auch in Erwägungsgrund 4 der Familienzusammenführungsrichtlinie festgestellt.

571 BVerfG, Beschluss vom 25.03.2011 – 2 BvR 1413/10 – Rz 7.

572 *Sachs* in *Sachs*, GG, Art. 20 Rn 150f.

573 *Dienelt* in *Bergmann/Dienelt*, AuslR, 11.A., § 30 AufenthG, Rn 40.

574 So auch in der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen u.a. vom 19.08.2014 – BT-Drs.: 18/2366, S. 13 – ausgeführt.



sie den Zwang ausübenden Familien kaum entkommen können. Es erscheint abwegig, zu behaupten, durch das Erfordernis des Sprachnachweises hätte der von einer Zwangsehe Betroffene schon im Herkunftsland die Chance, sich aus einer Zwangslage zu befreien, indem er oder sie bewusst den Erfolg des Kurses sabotiere und so den Nachzug verhindere.<sup>575</sup> Wer am Sprachkurs teilnimmt, wird sich in aller Regel bereits in einer Zwangssituation befinden, aus der eine Befreiung durch bloße Verweigerung im Zweifel nicht zu erreichen sein wird. Am Gedanken der Integrationsförderung orientiert sollte auch berücksichtigt werden, dass Integration am besten dort erreicht wird, wo sie erfolgen soll. Ein bloßer Sprachkurs macht den Teilnehmer nicht zu einer integrierten Person. Vielmehr erfolgt die Integration in der Regel effektiv durch den Stambberechtigten und dessen zu meist Deutsch sprechendes Umfeld. Diese Art sozialer Integration kann durch einen Sprachkurs nicht erreicht werden und ist wesentlich geeigneter, daher ein milderes Mittel.

Auf jeden Fall zu kurz greift die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, eine Verletzung von Art. 6 GG durch das Erfordernis des Sprachnachweises sei nicht gegeben, da das Bundesverfassungsgericht festgestellt habe, dass Art. 6 GG keinen Anspruch auf Nachzug enthalte.<sup>576</sup> Nur weil ein konkreter Anspruch nicht besteht, enthält trotzdem auch Art. 6 GG Schutzdimensionen in Hinblick auf den Familiennachzug, welche durchaus durch die Regelung zum Sprachnachweis beeinträchtigt werden können. Dies zeigt sich auch mit einem vergleichenden Blick auf Art. 8 EMRK, der im Rahmen einer Abwägungslösung nach Verhältnismäßigkeitsgrundsätzen durchaus für die Konventionsstaaten eine begrenzte Verpflichtung zur Aufnahme von Familienangehörigen enthalten soll – begrenzt durch die Erwägung, ob eine Aufnahme des Familienlebens lediglich im Konventionsstaat möglich ist.<sup>577</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das Erfordernis des Sprachnachweises offensichtlich unangemessen ist und Zweck und Mittel außer Verhältnis zueinander stehen. Die bei mangelnden Sprachkenntnissen zwingend erfolgende Versagung des Nachzugs ist insofern mit Art. 6 GG unvereinbar.<sup>578</sup>

## **b) Kosten des Sprachnachweises**

Die anfallenden, zum Teil erheblichen, Kosten für den Sprachkurs, die Prüfung und die damit in Zusammenhang stehenden Reise- und Unterkunftskosten muss der Antragsteller selbst tragen. Dies kann insbesondere für die große Gruppe der Nachziehenden aus einkommensschwachen Schichten ein Problem darstellen. Hier können finanzielle Engpässe mittelfristig – in Ausnahmefällen auch dauerhaft – zu einer Trennung der Familie führen und damit das Recht auf Familienleben beeinträchtigen. In Anbetracht dessen kann auch unter diesem Gesichtspunkt die Verhältnismäßigkeit des Sprachnachweises in Frage gestellt werden.<sup>579</sup>

Zur Vermeidung unnötiger Härten und eben auch der Kosten des Sprachnachweises wird bereits seit der Einführung des Sprachnachweises von beispielsweise der deutschen Botschaft in Ankara eine Einzelfallbetrachtung vorgenommen, nach der Antragsteller, welche offenkundig die geforderten Deutschkenntnisse besitzen, einen gesonderten Sprachnachweis mittels entsprechendem Zertifikat nicht erbringen müssen.<sup>580</sup> Eine derartige Regelung spricht für ein Bewusstsein der vor Ort tätigen

---

575 So die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion DIE LINKE u.a. vom 28.08.2014 – BT-Drs.: 18/2414, S. 8.

576 BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8.09 – ZAR 2011, 27 (31).

577 EGMR, Urteil vom 01.12.2005 – Nr. 60665/00 – Tuquabo-Tekle.

578 Zu diesem Ergebnis kommt auch *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AusR, 11.A., § 30 AufenthG, Rn 43.

579 Die Bundesregierung lehnt derlei Bedenken ab und hält den Sprachnachweis und die damit einhergehenden Kosten für verhältnismäßig und zumutbar. BT-Drs.: 16/7288 S. 6, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten *Sevim Dagdelen, Ulla Jelpke, Jan Korte, Wolfgang Neskovic* und der Fraktion DIE LINKE. Ebenso das BVerwG – Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8.09 – Rz 44.

580 Göbel-Zimmermann ZAR 2008, 169 (172); Infoblatt Nr. 40: Ehegattennachzug/Eheschließung in Deutschland – ab-

Botschaften, dass das Erfordernis des Sprachnachweises eine Belastung für die Antragssteller ist und flexibel gehandhabt werden sollte. Dies entspricht auch einer Wortlautauslegung des § 30 AufenthG. Dort wird lediglich gefordert, dass der Antragssteller in der Lage ist, sich in einfacher Weise in deutscher Sprache zu verständigen. Wie er dies zur Überzeugung der bewilligenden Behörde nachweist, ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Auch wenn der klassische Sprachtest die einfachste und sicherste Nachweismethode ist, wird vom Wortlaut der Norm nicht ausgeschlossen, die Sprachkenntnisse auch auf andere Weise zu belegen.<sup>581</sup> Insbesondere wenn zwingend der Nachweis eines Zertifikats des Goetheinstituts oder einer Partnerorganisation verlangt wird, ist dies zu eng und nicht mit dem Wortlaut der Norm vereinbar.<sup>582</sup>

## **6. Verletzung von Gleichheitsgrundsätzen**

Letztlich ist auch daran zu denken, dass das Erfordernis eines Sprachnachweises nur für einige Gruppen von Drittstaatsangehörigen Gleichheitsgrundsätze verletzt. Durch die Ausnahmetatbestände des § 30 Abs. 1 S. 3 AufenthG werden eine Vielzahl von Personen vom Sprachnachweis befreit. Ob jede dieser Befreiungen mit Gleichheitsgrundsätzen vereinbar ist, war in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen.

### **a) Visumsprivilegierung**

Diskriminierend könnte zunächst die Privilegierung von Ehepaaren sein, welche Visumerleichterungen genießen<sup>583</sup>. Entgegen sonstiger Ausnahmen, wie einem erkennbar geringerem Integrationsbedarf oder Krankheit bzw. Behinderung, stellt eine Visumerleichterung keinen klassisch in der Person des Antragsstellers liegenden Umstand dar. Ob eine Person ein Visum für die Einreise in die Bundesrepublik benötigt oder nicht, hängt einzig davon ab, ob es zwischen dem Herkunftsland und der Bundesrepublik entsprechende Abkommen gibt, die Visumerleichterungen statuieren. Anders als Krankheit oder Integrationsbedarf hat der Antragssteller selbst wenig bzw. keinen Einfluss auf seine Staatsangehörigkeit. Gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG ist insofern eine vergleichbare Lage für alle nachzugswilligen Drittstaatsangehörigen gegeben, die aber zu einer Ungleichbehandlung führt. Personen aus visumsprivilegierten Staaten können einen Ehegattennachzug leichter erreichen, als Personen aus anderen Drittstaaten. Diese Ungleichbehandlung müsste gerechtfertigt sein. Anders als in den genannten Fällen von Krankheit, Behinderung oder geringem Integrationsbedarf kann wohl kaum von einem Härtefall die Rede sein, der als Anknüpfungspunkt für eine Rechtfertigung dienen könnte. Von den fraglichen Privilegierungen betroffen sind Personen aus Staaten nach § 41 Abs. 1 und 2 AufenthV<sup>584</sup>, also Personen aus den USA, Kanada, Japan, Neuseeland, Israel, Australien und Südkorea. Darüber hinaus außerdem Erwerbstätige aus Andorra, El Salvador, Brasilien, San Marino, Honduras und Monaco. Hier abzustellen auf einen geringen Integrationsbedarf scheint fragwürdig. Auch wenn es sich primär um Angehörige westlicher Staaten handelt, kann doch nicht ernsthaft behauptet werden, dass beispielsweise Südkorea, Brasilien oder Japan unserem Kulturkreis entsprechen und die betreffenden Personen ohne weitere Sprachkenntnisse eine reibungslose und schnelle Integration absolvieren werden. Auch bei ihnen würden zumindest grundlegende Deutschkenntnisse helfen, Missverständnisse auf Grund kultureller Unterschiede zu vermeiden. Begründet wird diese Privilegierung primär mit langjährig-traditionellen Verflechtungen der Wirtschaft der Herkunftslän-

---

rufbar über die Website der deutschen Botschaft in Ankara <http://www.tuerkei.diplo.de/contentblob/4511606/Daten/5525692/40ehgattennachzugeheschliessungindeu.pdf> (Stand September 2015)

581 So auch das OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.01.2008 – 2 M 1.08 – S. 3. Dort wurde der Bezug auf einen früheren Aufenthalt des Klägers und ein damals angefertigtes Gutachten als ausreichend betrachtet.

582 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 AufenthG Rn 35.

583 Für diese ist nach § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG kein Sprachnachweis erforderlich.

584 BGBl. 2004 I S. 2945, zuletzt geändert durch BGBl. 2015 I S. 599.

der mit denen der Bundesrepublik.<sup>585</sup> Betrachtet man dieses Argument genau, werden Menschenrechte mit wirtschaftlichen Belangen abgewogen und die wirtschaftlichen Belange sollen sogar obersiegen.<sup>586</sup> Natürlich ist nicht von der Hand zu weisen, dass es die Wirtschaftsbeziehungen sicher fördert, wenn Personen aus diesen Staaten problemlos einreisen können, um zum Beispiel in deutschen Niederlassungen ausländischer Firmen zu arbeiten. Diese Wirtschaftsbeziehungen sind für die deutsche Exportwirtschaft sicher auch von enormer Bedeutung. Insofern könnte man zu der bekannten Formel des Wohls Vieler kommen, welches über dem Wohle Weniger (hier derer, die mangels Visumserleichterung einen Sprachnachweis erbringen müssen) steht. Dies entspricht aber nicht dem Grundprinzip des Grundgesetzes und schon gar nicht dem Satz von der Unantastbarkeit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG. Wendet man die Objektformel des Bundesverfassungsgerichts auf die vorliegende Argumentation an, so muss an der Vereinbarkeit der Argumentation mit der Menschenwürde gezweifelt werden. Laut Bundesverfassungsgericht ist die Würde des Menschen dort verletzt, wo er zum Objekt staatlichen Handelns wird<sup>587</sup>. Wirtschaftliche Belange überhaupt mit so menschlichen Bedürfnissen wie dem Wunsch nach Zusammenleben mit seiner Familie abzuwägen, ist bereits fragwürdig. Wird wie hier aber konkludent durch die Abwägung eine Hierarchie zwischen Ausländern gebildet, nach der diejenigen bessergestellt werden, die aus einem wirtschaftlich potenten Land kommen, während Personen aus wirtschaftlich unwichtigen Staaten erfahren müssen, dass auch sie als unwichtig und unerwünscht betrachtet werden und daher höhere Hürden für den Familiennachzug überwinden müssen, so verletzt dies die Menschenwürde und ist darüber hinaus diskriminierend im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG, da kein zulässiger Rechtfertigungsgrund ersichtlich ist.

In Bezug auf die Visumserleichterung ist auch an eine Diskriminierung auf Grund der Heimat nach Art. 3 Abs. 3 GG bzw. auf Grund der Staatsangehörigkeit nach Art. 18 AEUV zu denken. Beide werden von der Rechtsprechung pauschal abgelehnt. Gegen eine Diskriminierung wegen der Heimat spräche, dass dieser Begriff sich nur auf die örtliche Herkunft beziehe, nicht auf ein bestimmtes Staatsgebiet. Darüber hinaus sei außerdem zu bedenken, dass der Ausnahmetatbestand an eine visumsrechtliche Privilegierung anknüpfe, nicht aber an die Staatsangehörigkeit.<sup>588</sup> Dagegen spricht schon, dass eine visumsrechtliche Privilegierung gerade auf Grund einer bestimmten Staatsangehörigkeit gewährt wird. Dass der Begriff der Heimat sich nur auf örtliche Herkunft beziehe, erscheint hier insofern unschädlich, als dass auch die Herkunft aus einem Staat, mit dem eine Visumprivilegierung vereinbart ist, eine örtliche Herkunft darstellt. Gegen die Einbeziehung der Staatsangehörigkeit unter den Begriff der Heimat wird eingewandt, Heimat bezöge sich auf den Ort der Geburt und dieser sei – im Gegensatz zur Staatsangehörigkeit – unveränderlich.<sup>589</sup>

Im Ergebnis kann aber auch dahinstehen, ob eine Subsumtion unter den Begriff der Heimat möglich ist, da zumindest durch das Bundesverfassungsgericht anerkannt wurde, dass auch die Anknüpfung an eine bestimmte Staatsangehörigkeit eine diskriminierende Regelung sein kann und damit Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Dies ergibt sich schon aus der Überlegung, dass Art. 3 GG in Abkehr von der Weimarer Reichsverfassung bewusst als Menschen- und nicht als Deutschenrecht formuliert wurde.<sup>590</sup> Würde man nunmehr das Merkmal der Staatsangehörigkeit als Diskriminierungsmerkmal ausschließen, würde man in einem Fall wie dem Vorliegenden die Gruppe der Drittstaatsangehörigen vom Schutz des Art. 3 GG ausschließen. Die bewusste Öffnung der Norm würde also leer laufen.<sup>591</sup>

---

585 BT Drs. 16/5498 S. 6; VV 30.1.4.2.3.4 zu § 30 AufenthG.

586 Gegen die Abwägung mit wirtschaftlichen und außenpolitischen Belangen der BRD wendet sich auch Pfersich in ZAR 2011, 27(35).

587 Statt vieler BVerfG, Beschluss vom 08.11.2006 – 2 BvR 578/02 – Rz. 68.

588 BVerfG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – Rz. 56.

589 Heun in Dreier, GG, 3.A., Art- 3 Rn 131.

590 Osterloh/Nußberger in Sachs, GG, 7.A., Art. 3 Rn 1.

591 BVerfG, Beschluss vom 07.02.2012 – 1 BvL 14/07 – Rz 51.

Dabei schränkt das Gericht ein, dass dem Gesetzgeber durchaus Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit belassen sind, sofern er dafür einen hinreichenden Sachgrund nennen kann. Da es sich bei der Staatsangehörigkeit um ein Merkmal handelt, auf das der Einzelne wenig bis keinen Einfluss hat, kommt es den absoluten Diskriminierungsgründen des Art. 3 Abs. 3 GG sehr nahe, weshalb entsprechend hohe Anforderungen an den rechtfertigenden Sachgrund zu stellen sind.<sup>592</sup> Einziger Sachgrund für die Besserstellung von Personen die visumprivilegiert sind, ist die Wahrung wirtschaftlicher Interessen der Bundesrepublik. Dass eine Abwägung in Anbetracht tangierter Grundrechte wie der Menschenwürde und dem Recht auf Familienleben nach Art. 6 Abs. 1 GG mit diesen nicht vertretbar ist, wurde bereits dargelegt. Daneben ist auch in Anbetracht des eigentlichen Regelungsziels der Förderung der Integration zu bedenken, dass grundsätzlich jeder Ausländer einen Integrationsbedarf hat und daher die Ausnahme vom Sprachnachweis auf Grund der Staatsangehörigkeit nicht mit einem ausschlaggebenden Sachgrund begründet ist.

Nicht in Betracht kommt die Diskriminierung auf Grund der Sprache im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG. Dieses Merkmal bezieht sich nur auf sprachliche Minderheiten im Bundesgebiet, denen der Gebrauch ihrer Sprache ermöglicht werden soll. Zu verlangen, dass im öffentlichen Verkehr Deutsch gesprochen wird oder bestimmte gesetzliche Ansprüche an Kenntnisse der deutschen Sprache geknüpft werden, wird hiervon nicht ausgeschlossen.<sup>593</sup>

Daneben kommt aber auch eine Verletzung von parallelen Normen des Unionsrechts in Frage. Gegen die Anwendbarkeit von Art. 18 AEUV wird angeführt, es fehle am Bezug zum Unionsrecht.<sup>594</sup> Dagegen lässt sich einwenden, dass die fragliche Regelung des § 30 AufenthG auf Grund der Umsetzung von Richtlinien als Sekundärrecht eingeführt wurde und auf Grund der fortschreitenden Europäisierung des Ausländerrechts durchaus ein Bezug zum Unionsrecht besteht. Daneben ist natürlich zu bedenken, dass das Unionsrecht – insbesondere die primärrechtlichen Verträge – über Art. 23 Abs. 1 GG Bestandteil des nationalen Rechts sind und in der Normenhierarchie sogar noch über dem Verfassungsrecht – wenn auch nur begrenzt in Form eines Anwendungs-, nicht aber Geltungsvorranges – stehen.<sup>595</sup> Damit ist auch Art. 18 AEUV Bundesrecht, an dem sich alle darunter stehenden Gesetze messen lassen müssen, mithin auch § 30 AufenthG. Art. 18 AEUV entfaltet maximal dort keine Wirkung, wo das Primärrecht für einen unionsrechtlich geregelten Sachverhalt ein spezielles Diskriminierungsverbot vorgesehen hat.<sup>596</sup> Unter den Schutz der Norm fallen in personeller Hinsicht unproblematisch Unionsbürger. Es wird jedoch vertreten, dass dort auch eine Schutzwirkung für Drittstaatsangehörige gegeben ist, wo diese in den Anwendungsbereich der Verträge fallen. Darüber hinaus soll für Drittstaatsangehörige zusätzlich erforderlich sein, dass die fraglichen Normen ihnen ein Recht auf Gleichbehandlung mit Unionsbürgern einräumen sollen.<sup>597</sup> Der Anwendungsbereich der Verträge wird dabei als das definiert, was sich in irgendeiner Weise als eine von der Gemeinschaft geregelte Situation darstellt. Dafür lässt der EuGH auch nur einfache Bezugspunkte zu einem unionsrechtlichen Sachverhalt genügen.<sup>598</sup>

Die in § 30 AufenthG umgesetzte Familienzusammenführungsrichtlinie wurde auf Grundlage des alten Art. 63 EGV erlassen, der heute Eingang in Art. 79 AEUV gefunden hat. Damit fällt die Regelung eindeutig in den Anwendungsbereich der Verträge. Der erforderliche Anspruch auf Gleichbe-

---

592 BVerfG, Beschluss vom 07.02.2012 – 1 BvL 14/07 – Rz 52/55.

593 Heun in Dreier, GG, 3.A., Art. 3 Rn 130.

594 BVerfG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – Rz 64.

595 Huber in Sachs, GG, Art. 31 Rn 4a.

596 So häufig im Bereich der wirtschaftlichen Grundfreiheiten zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Khan in Geiger, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn 2.

597 Streinz in Streinz, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn 39; Khan in Geiger, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV Rn 5.

598 So im Urteil vom 02.02.1989 – Rs. 186/87 – Rz. 19, wo lediglich unionsrechtliche Regelungen über einige Zuständigkeiten in Strafsachen genügend, um den Fall in den „Anwendungsbereich der Verträge“ fallen zu lassen.

handlung lässt sich aus dem Gedanken herleiten, dass ein Anspruch auf Familiennachzug statuiert wird, wie er auch für Deutsche gilt und den zu gewähren die Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Ebene nicht verpflichtet sind. Mithin kann die Visumsprivilegierung durchaus als Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit gewertet werden.

Die Privilegierung einiger Gruppen von Ausländern in Bezug auf den Sprachnachweis ist auch in der Hinsicht fragwürdig, als dass es sich primär um eine Elitenprivilegierung handelt. Es werden solche Personen vom Sprachnachweis ausgenommen, die ihn am leichtesten erbringen könnten und die in der Summe die kleinste Gruppe an Zuwanderern ausmachen. Ein großer Teil der heute Nachzug begehrenden Angehörigen stammt aus Ländern wie der Türkei oder den Nachfolgestaaten Jugoslawiens und damit aus strukturschwachen Gebieten, aus denen im vergangenen Jahrhundert gezielt Gastarbeiter angeworben wurden, über deren Verbleib und das Wachsen ihrer Familien im Bundesgebiet man nicht allzu glücklich ist.<sup>599</sup>

### **b) weitere Verletzungen von Art. 3 GG**

Das Erfordernis des Sprachnachweises kann weiterhin zu einer Verletzung des Gleichheitssatzes in der Dimension der Inländerdiskriminierung führen. Zur Verfolgung des Zweckes der Begrenzung der Zuwanderung in das Bundesgebiet wird von Drittstaatsangehörigen verlangt, Deutschkenntnisse nachzuweisen. Dies wird jedoch nicht von Personen verlangt, die zu Unionsbürgern nachziehen. Was insofern als gerechtfertigt angesehen wird, als dass der Zuzug von Unionsbürgern nicht begrenzt werden soll, sondern gerade im Interesse der Union steht. Dagegen spricht aber, dass es sich bei der ohne Sprachnachweis nachziehenden Person um einen Drittstaatsangehörigen und nicht um einen Unionsbürger handelt. Wenn aber ein generelles legitimes Interesse an der Begrenzung der Zuwanderung durch Drittstaatsangehörige besteht – und zwar auch dann, wenn diese zu Deutschen nachziehen – warum sollte dieses dann nicht bestehen, wenn zu einem Unionsbürger nachgezogen wird? An der Eigenschaft als Drittstaatsangehörigem – deren Zahl legitim begrenzt werden darf – ändert die Verwandtschaft mit einem Unionsbürger nichts.

Aber auch die weiteren zahlreichen Ausnahmen vom Erfordernis des Sprachnachweises sorgen dafür, dass ein Flickenteppich entsteht, durch den unweigerlich die eine oder andere Gruppe diskriminiert wird. Im Falle von Krankheiten oder sonstigen Einschränkungen, die das Erlernen der deutschen Sprache verhindern, wird in Abwägung mit dem Schutzgut des Art. 6 GG ohne weiteres davon auszugehen sein, dass eine Begünstigung von Personen in einer solchen Lage durchaus gerechtfertigt ist. Anders könnte dies im Fall von Personen mit erkennbar geringem Integrationsbedarf liegen. Ein solcher erkennbar geringer Integrationsbedarf wird angenommen, wenn der nachziehende Ehegatte über einen Hoch- oder Fachhochschulabschluss verfügt oder einer Beschäftigung nachgeht, die einen solchen voraussetzt und daher davon ausgegangen wird, dass der Antragsteller sich ohne staatliche Hilfe umfänglich in die deutsche Gesellschaft integrieren wird. Darüber hinaus wird bewertet, inwiefern der Antragsteller auf Grund seiner vorhandenen Sprachkenntnisse Aussicht auf die Aufnahme einer seiner Qualifikation entsprechenden Tätigkeit hat. Fällt diese Prognose mangels Deutsch- oder Englischkenntnissen negativ aus, ist trotz vorhandener Abschlüsse keine Nachzugserlaubnis unabhängig von einem Sprachnachweis, zu erteilen. Darüber hinaus wird die Höhe des Integrationsbedarfs an der Berechtigung zur Teilnahme an Integrationskursen festgemacht, die beispielsweise nicht besteht bei Eheleuten, die nur vorübergehend einen Aufenthalt im Bundesgebiet planen.<sup>600</sup> Bei genauerer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass hier faktisch gar keine echte Ausnahme vom Sprachnachweis normiert ist. Vielmehr wird es sich um Personen handeln, die bereits Deutsch sprechen und diese Kenntnisse – zur Überzeugung der Auslandsvertretung – auch ohne ge-

---

<sup>599</sup> Dieses Missverhältnis kritisiert auch *Marx* in ZAR 2011, 15 (15).

<sup>600</sup> Vgl. für Details VV 30.1.4.2.3.1 bis 30.1.4.2.3.3 zu § 30 AufenthG.

sonderten Test nachweisen könnten. Dies wird auch deutlich wenn man bedenkt, dass ein erkennbar geringer Integrationsbedarf nur dann angenommen wird, wenn anhand einer Prognoseentscheidung davon ausgegangen werden kann, dass der Hochqualifizierte auf Grund seiner Sprachkenntnisse und fachlichen Qualifikationen zeitnah eine Beschäftigung wird aufnehmen können. Mithin wird es also schon für die Feststellung des geringeren Integrationsbedarfs erforderlich, Sprachkenntnisse nachzuweisen. Auch die anderen Gründe, aus denen die Teilnahme an Integrationskursen nicht im Raum steht, sind damit verbunden, dass der Antragssteller bereits über Sprachkenntnisse verfügt. Im Ergebnis kann § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AufenthG nicht als echte Ausnahme vom Erfordernis des Sprachnachweises gewertet werden. Wenn es sich aber schon nicht um eine echte Ausnahme handelt, kann auch nicht von einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung die Rede sein. Die normativ angelegte Ungleichbehandlung löst sich mithin durch die faktische Handhabung auf, sodass die Ausnahme der Ziffer 3 zu keiner tatsächlichen Ungleichbehandlung führt.

Die Ausnahme für Personen mit Aufenthaltstiteln nach §§ 25 Abs. 1 oder Abs. 2 oder 26 Abs. 3 AufenthG hingegen ist im Grundsatz nur an die Voraussetzung geknüpft, dass die Ehe bereits bestand, bevor der Stamberechtigte sich ins Bundesgebiet begeben hat. Da sich der Stamberechtigte bereits auf Grund einer Notsituation in seinem Herkunftsland nach Deutschland begeben hat und hier als Asylberechtigter oder Flüchtling anerkannt wurde, ist davon auszugehen, dass seinem Ehegatten nicht zugemutet werden kann, über eine längere Zeit allein weiter im Herkunftsland zu verbleiben und Deutsch zu erlernen. Dagegen gehalten werden kann, dass im Falle einer tatsächlich derart dramatischen Situation im Herkunftsland die Eheleute bereits die Flucht hätten gemeinsam antreten können und sollen. Dies ist aber vor dem Hintergrund realer Lebenserfahrungen unrealistisch. Im Allgemeinen begibt sich nur ein Familienmitglied – zumeist der Mann – auf die gefährliche und kostspielige Flucht – auch um die zurückbleibende Frau zu beschützen. Derartiges Vorgehen durch das Verlangen nach einem Sprachnachweis zu „bestrafen“ erscheint zynisch und mit dem Gedanken der Menschenwürde unvereinbar. Insofern ist die Ausnahme vom Sprachnachweis nach § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG gerechtfertigt und mangels vergleichbarer Lage mit anderen Gruppen von nachzugsbegehrenden Ausländern auch nicht im Zusammenhang mit Art. 3 GG zu beanstanden.

Weiterhin werden vom Sprachnachweis Unionsbürger<sup>601</sup> und Personen, die mit einer Blauen Karte/EU einreisen ausgenommen. Für erstere richtet sich der Familiennachzug nach dem Freizügigkeitsgesetz, während letztere sich auf die Hochqualifiziertenrichtlinie<sup>602</sup> berufen können.<sup>603</sup> Diese schließt in ihrem Art. 15 ausdrücklich die Anwendbarkeit des Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie aus. Damit sind Integrationsmaßnahmen vor der Einreise nicht erforderlich.<sup>604</sup> Diese Unterscheidung lässt sich zunächst durch praktische Erwägungen rechtfertigen. Wer als Hochqualifizierter einreist, macht dies in Verbindung mit einem Arbeitsvertrag. In einem solchen Fall einen vorhergehenden Sprachkurs zu verlangen, könnte das Arbeitsverhältnis gefährden, da der Drittstaatsangehörige seinen Arbeitsantritt nicht um – möglicherweise – Jahre verschieben kann, die er für das Erlernen der deutschen Sprache brauchen könnte. Dieses Argument verfängt aber nur da, wo der Hochqualifizierte mit seinem Ehepartner gleichzeitig einreisen will. Bei einem späteren Nachzug ist das Arbeitsverhältnis nicht betroffen. Hier könnte lediglich die positive Auswirkung des fa-

---

601 Ausführliche Erläuterungen zur damit einhergehenden Inländerdiskriminierung: siehe oben.

602 Richtlinie 2009/50/EG des Rates vom 25. Mai 2009 über die Bedingungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung - ABl. EG: L 155/17 vom 18. Juni 2009.

603 Tatsächlich haben circa 90% der Hochqualifizierten in der Bundesrepublik ihre Partner mitgebracht. Von diesen gehen lediglich 29% einer Vollzeitbeschäftigung nach. Der Zugang zum Arbeitsmarkt ist also auch für diese Personengruppe trotz Erleichterungen nicht unproblematisch. Vgl. Hanganu/Heß, Die Blaue Karte EU in Deutschland. Forschungsbericht 27 des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, 2016, S. 9.

604 Auf diesen Umstand weist auch die Bundesregierung in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage der Bundestagsfraktion Bündnis90/Die Grünen u.a. vom 19.08.2014 – BT-Drs.: 18/2366, S. 14/16 – hin.

miliären Zusammenlebens auf die Integration des Drittstaatsangehörigen angeführt werden. Unter Berücksichtigung des Ziels, Hochqualifizierte dauerhafte an das Unionsgebiet zu binden, erscheint es zunächst gerechtfertigt, für deren Integration ideale Voraussetzungen zu schaffen. Auf der anderen Seite werden aber auch hier wieder wirtschaftliche Aspekte mit menschenrechtlichen Positionen in Abwägung gebracht. Ebenso kann angeführt werden, dass es einem Hochqualifizierten nicht unmöglich sein sollte, Deutsch zu erlernen. Für die Arbeit in einem deutschen Unternehmen wird dies auch wünschens- und erstrebenswert sein. Das Kriterium der Hochqualifikation knüpft auch nicht an eine Eigenschaft des Nachziehenden, sondern des Stambberechtigten an. Damit wird erneut an ein Merkmal angeknüpft, auf welches der Betroffene keinen Einfluss hat – ähnlich wie bei der Staatsangehörigkeit. Gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG wird hier in der Gruppe der Drittstaatsangehörigen zwischen solchen unterschieden, die einen Ehegatten haben, der eine Hochqualifikation und einen Arbeitsvertrag vorweisen kann und solchen, die einen „einfachen“ Ehegatten haben, der unter Umständen „nur“ einen handwerklichen Beruf ausübt. Bei der Qualifikation der Nachziehenden besteht unter Umständen kein Unterschied. Der eine darf aber nachziehen, da der Aufenthalt des Stambberechtigten als erwünscht betrachtet wird. In Anbetracht von unbesetzten Lehrstellen und einem Fachkräftemangel auch in niedrig qualifizierten Bereichen, sollte in dieser Frage ein Umdenken erfolgen.

Zuletzt kann auch in diesem Zusammenhang auf den Aspekt der Bekämpfung von Zwangsehen zurück gekommen werden. Denn wenn für die Ehegatten, die keinen Integrationskurs belegen müssen, eine Ausnahme vom Erfordernis des Sprachnachweises gemacht wird, unterstellt man bei konsequenter Auslegung der Rechtslage, dass bei diesen Personengruppen von vornherein die Möglichkeit von Zwangsehen ausgeschlossen wird. Dies läuft im Ergebnis auf eine mit Art. 3 GG nicht vereinbare Vorverurteilung von Ehepaaren aus bestimmten Regionen der Welt hinaus.

## **7. Die Rechtssache Dogan**

Eine richtungsweisende Entscheidung in der Frage der Rechtmäßigkeit des Sprachnachweises kam im Sommer 2014 vom EuGH mit der Entscheidung in der Rechtssache Dogan gegen die Bundesrepublik Deutschland.

### **a) Der Fall**

Naime Dogan ist türkische Staatsangehörige, die mit einem gleichfalls türkischen Staatsangehörigen verheiratet ist, der sich seit 2002 mit einer Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet aufhält. Mittlerweile verfügt er über eine Niederlassungserlaubnis. Herr Dogan ist als Geschäftsführer einer GmbH in Deutschland wirtschaftlich tätig. Seine Frau und die gemeinsamen Kinder leben weiterhin in der Türkei. Unter dem 18.01.2011 beantragte Frau Dogan für sich und zwei Kinder Visa zum Zwecke des Ehegatten- bzw. Kindernachzuges. Ihr vorgelegtes Zeugnis über einen absolvierten Sprachtest beim Goetheinstitut bescheinigte Frau Dogan „ausreichende“ Sprachkenntnisse. Im schriftlichen Teil erzielte Frau Dogan 14,11 von 25 möglichen Punkten. Dies sei nach Ansicht der deutschen Botschaft darauf zurück zu führen, dass Frau Dogan Analphabetin sei und rein zufällig die richtigen Antworten angekreuzt hätte und einige vorformulierte Sätze auswendig gelernt hätte. Daher wurde ihr mangels einfacher Sprachkenntnisse das begehrte Visum verweigert. Das Verfahren gelangte sodann vor das Verwaltungsgericht Berlin, welches das Verfahren aussetzte und nach Art. 267 Abs. 2 AEUV dem EuGH vorlegte. Dabei sollte der EuGH befinden, inwiefern der vorstehende Sachverhalt mit Art. 41 Abs. 1 ZP<sup>605</sup> bzw. Art. 7 Abs. 2 UABs. 1 Familienzusammenführungsrichtlinie vereinbar ist.<sup>606</sup> In seinem Vorlagebeschluss hat das VG Berlin unterstrichen, dass

605 Zusatzprotokoll zum Assoziierungsabkommen EWG-Türkei vom 23.11.1970, ABl. L 293 vom 29.12.1972, S. 3.

606 Für Details zum Lebenssachverhalt hinter der Entscheidung und die Vorlagefragen: EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs.: C-138/13 – Dogan, Rz 17ff.

der Sprachnachweis in seiner gegenwärtigen Form erst nachträglich ins Gesetz aufgenommen wurde und insbesondere der Integration dienen, sowie Zwangsehen vermeiden soll. Außerdem seien Kurse im Inland nach Einreise nicht gleich effektiv und letztlich weder die Eheschließungs- noch die Eheführungsfreiheit berührt, sodass nur geringe Eingriffe vorlägen. In Härtefällen sei eine von der Norm des § 30 AufenthG abweichende Entscheidung mittels Auslegung möglich.<sup>607</sup>

## b) Die Entscheidung

Der Gerichtshof stützt seine Entscheidung ausschließlich auf Erwägungen zu Art. 41 ZP. Die Norm verbietet die Einführung schärferer, die Niederlassungsfreiheit oder den freien Dienstleistungsverkehr für Selbständige türkische Staatsangehörige begrenzende Regelungen, da Herr Dogan als Geschäftsführer einer GmbH unter diese Regelung fällt. Bezugszeitpunkt ist das Inkrafttreten des Zusatzprotokolls. Dabei wirkt die Norm auch zum Schutz von erstmals zu einem späteren Zeitpunkt eingereisten Personen, sofern sie zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit einreisen.<sup>608</sup> Da im konkreten Verfahren Frau Dogan und ihre Kinder keine wirtschaftliche Tätigkeit beabsichtigen, kommt der EuGH nur über eine Betrachtung der Rechtsstellung des Herrn Dogan zu einer Rechtsverletzung. Denn dessen Niederlassungsfreiheit wird mittelbar durch die Verweigerung der Visa für seine Familie betroffen. Eine erfolgreiche Integration und Ausnutzung des Aufenthaltstitels kann nur über den Nachzug der Familie glücken, die ein stabiles Umfeld für den wirtschaftlich Tätigen bedeutet. Ist dieser Nachzug nicht möglich, wirkt sich dies negativ auf den Stammberechtigten aus.<sup>609</sup> In diesem Zusammenhang kommt der Gerichtshof zu einer neuen Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch das Erfordernis eines Sprachnachweises.<sup>610</sup> Eine solche kann nur durch überwiegende Interessen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein. Für eine solche Rechtfertigung zieht der EuGH die Argumente des VG Berlin – damit gleichzeitig die Gesetzesbegründung – heran und kommt zu dem Schluss, dass die Regelung trotzdem zu weitgehend ist. Eine automatische Ablehnung bei fehlendem Nachweis von Sprachkenntnissen ist mit den Rechten türkischer Staatsangehöriger innerhalb der Union weitgehend unvereinbar.<sup>611</sup>

Kern der Entscheidung ist mithin der Gedanke, dass die deutsche Regelung zum Erfordernis des Sprachnachweises mangels Härtefallklausel gegen die Ziele der Assoziationsvereinbarungen zwischen der EU und der Türkei verstößt.<sup>612</sup> Da der Gerichtshof bereits die Vereinbarkeit der Regelung zum Sprachnachweis mit Art. 41 ZP verneint hat, kam er nicht zur Prüfung der Vereinbarkeit mit Unionsrecht, insbesondere Art. 7 Familienzusammenführungsrichtlinie. Hinweise auf eine diesbezügliche Europarechtswidrigkeit von § 30 AufenthG finden sich aber in den Schlussanträgen des Generalanwalts Mengozzi. Der Generalanwalt ist der Auffassung, dass gegen die Rechtmäßigkeit des Sprachtest vor allem die fehlende Härtefallklausel spräche. Wie auch in Bezug auf die Vereinbarkeit mit Art. 41 ZP stellt Generalanwalt Mengozzi heraus, dass das Erfordernis eines Sprachtestes vor der Einreise zu dauerhaften Trennungen der Familie führen könne und vor allem, dass den Nachzug begrenzende Regelungen nicht ohne Beachtung der Umstände des Einzelfalls gelten dürfe.<sup>613</sup> Zwar gesteht er zu, dass die konkrete Ausformung, wie Einzelfallaspekte im Verfahren behandelt werden, dem nationalen Gesetzgeber obliege. Eine Ausübung dieses Ermessensspielraums läge jedoch im deutschen Fall eindeutig nicht vor, da überhaupt keine Berücksichtigung von Einzelfal-

607 Details und Verweise auf entsprechende deutsche Rechtsprechung: VG Berlin, Beschluss vom 25.10.2012 – 29 K 138.12 V.

608 EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs.: C-138/13 – Dogan, Rz 26ff.

609 EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs.: C-138/13 – Dogan, Rz 32ff.

610 EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs.: C-138/13 – Dogan, Rz 36.

611 EuGH, Urteil vom 10.07.2014 – Rs.: C-138/13 – Dogan, Rz 37ff.

612 Der entsprechende Gedanke wurde schon 2008 – also zu einem Zeitpunkt, zu dem die fragliche Regelung noch kaum Umsetzung und Anwendung gefunden hat – von Göbel-Zimmermann formuliert in ZAR 2008, 169 (171).

613 Schlussanträge Generalanwalt Mengozzi zur Rechtssache Dogan vom 30.04.2014 – BeckEuRs 2014, 393975 – Rz 57.



laspekten vorgenommen würde. Eine automatische Ablehnung des Antrags wegen Nichtvorliegen eines Sprachnachweises sei damit europarechtswidrig, da mit ihr auch die praktische Wirksamkeit der Ziele der Richtlinie in Gefahr sei.<sup>614</sup> Unzweifelhaft nicht ausreichend zur Umgehung der Europarechtswidrigkeit seien die bestehenden wenigen Ausnahmeregelungen im Fall von Krankheit oder Behinderung als dauerhafte Hindernisse hinsichtlich der Möglichkeit, sich zumindest einfache Deutschkenntnisse anzueignen. Beispielsweise ein Antragsteller, der Analphabet ist, könne sich auf diese Ausnahmefälle nicht berufen, wird aber gleichwohl einem für ihn im Einzelfall andauernden Hindernis gegenüber stehen. Wer bereits ein fortgeschrittenes Alter erreicht hat und in abgelegenen Regionen lebt, wird kaum die Chance haben, eine zeitnahe Alphabetisierung vorzunehmen.<sup>615</sup>

### c) Folgeentscheidungen und politische Reaktionen

Eine parallel zum EuGH verlaufende Argumentationslinie hat das Bundesverwaltungsgericht kurz darauf in einem Verfahren zur Frage der Wirkungen der Stillhalteklausele aus Art. 13 ARB 1/80 angewendet – mit entgegengesetztem Ergebnis.<sup>616</sup> Zunächst erkennt das Gericht die Parallelität von Art. 41 ZP und Art. 13 ARB 1/80<sup>617</sup> an und lässt daher auch für Art. 13 ARB 1/80 die Anwendbarkeit für nicht wirtschaftlich tätige Familienangehörige gelten. Geprüft wird aber die Vereinbarkeit der Verpflichtung zur Beantragung eines Aufenthaltstitels für Jugendliche nach § 4 Abs. 1 AufenthG. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zu dem Schluss, dass diese Regelung eine neue Beschränkung darstellt.<sup>618</sup> Es sieht jedoch die Beschränkung als gerechtfertigt an. Insbesondere diene dies der Regulierung des Nachzugs – ein nach Art. 79 Abs. 1 AEUV legitimes Ziel. Die Einführung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil der Aspekt des Kindernachzugs für den historischen Gesetzgeber kein Problem dargestellt habe.<sup>619</sup> Insbesondere sei die Aufenthaltserlaubnispflicht aber deswegen verhältnismäßig, weil sie im Rahmen von § 33 Abs. 1 AufenthG als Ermessensklausele ausgestaltet sei, für solche Kinder, die im Bundesgebiet geboren wurden.<sup>620</sup> Mithin ist der entscheidende Unterschied – welcher das abweichende Ergebnis begründet – die bestehende Öffnung für Härtefälle, während beim Sprachnachweis eine automatische Ablehnung folgt. Die bloße Einführung einer Härtefallklausele könnte also die Norm zum Sprachnachweis bereits rechtmäßig machen.

Von Seiten der Bundesregierung wird zunächst eine Umsetzung des Urteils in der Rechtssache Dogan in Form eines Erlasses des Auswärtigen Amtes und des Bundesinnenministeriums an die deutschen Auslandsvertretungen für genügend gehalten. Inhaltlich stellt dieser Erlass darauf ab, dass der § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG grundsätzlich rechtmäßig – insbesondere europarechtskonform – ist und daher lediglich in seiner Anwendung einer Wandlung bedarf. Dementsprechend werden die Auslandsvertretungen angewiesen, eine Härtefallprüfung vorzunehmen. Ein Härtefall wird dabei entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angenommen, wenn das Erlernen der deutschen Sprache vor der Einreise nicht zumutbar ist oder trotz ernsthafter Bemühungen über ein Jahr hinweg nicht erfolgreich war<sup>621</sup>. Diese Regelung soll sowohl auf erwerbstätige türkische Staatsangehörige als auch auf alle anderen Drittstaatsangehörige angewandt werden. Diese über den

---

614 Schlussanträge Generalanwalt Mengozzi zur Rechtssache Dogan vom 30.04.2014 – BeckEuRs 2014, 393975 – Rz 59.

615 Schlussanträge Generalanwalt Mengozzi zur Rechtssache Dogan vom 30.04.2014 – BeckEuRs 2014, 393975 – Rz 60.

616 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14/EZAR NF 19 Nr. 74.

617 Zum Schluss der Parallelität von Art. 41 ZP und Art. 13 ARB 1/80 kommt auch der VGH Baden-Württemberg in seinem Beschluss vom 21.07.2014 – 11 S 1009/14 – Rz 19 m.w.N. insbesondere EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – Rs.: C-256/11 – Dereci, Rz 94.

618 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14/EZAR NF 19 Nr. 74 – Rz 19.

619 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14/EZAR NF 19 Nr. 74 – Rz 22.

620 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14/EZAR NF 19 Nr. 74 – Rz 25.

621 Diese Definition wird dem Urteil des BVerwG vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 entnommen, welches sich auf das Erfordernis des Sprachnachweises beim Nachzug zu Deutschen bezog.

Wortlaut des Dogan-Urteils hinausgehende Umsetzung begründet die Bundesregierung mit den derart grundsätzlichen Argumenten des EuGHs, sodass eine grundsätzliche Umsetzung nur konsequent erscheine.<sup>622</sup> Dieser Erlass ist am 31.07.2015 in seiner Wirksamkeit abgelaufen. Seit dem 01.08.2015 ist aber § 30 Abs. 1 S. 3 um eine Nummer 6 ergänzt worden, die im Wesentlichen den Erlass widerspiegelt. Daher kann zur Auslegung der neuen Norm auch die bereits existierende Praxis und Rechtsprechung zum Erlass herangezogen werden.

Für die Bestimmung des Härtefalls wird es von der Bundesregierung als unerheblich erachtet, was für Kursangebote der Antragsteller konkret hätte erreichen können und ob die erforderlichen Finanzmittel tatsächlich verfügbar waren. Insbesondere preislich könne das als zumutbar betrachtet werden, was dem örtlichen Preisniveau entspricht.<sup>623</sup> Zumutbarkeitskriterien sind in diesem Zusammenhang die tatsächliche Erreichbarkeit von Kursangeboten, die persönlichen Umstände des Antragstellers und des Stambberechtigten sowie örtliche Gegebenheiten.<sup>624</sup> Wer also in einer entlegenen strukturschwachen Region eines Herkunftslandes lebt, in der die Familie vor Ort nicht entbehrlich ist und wem keine überschießenden finanziellen Mittel zur Verfügung stehen, kann auf die Anerkennung als Härtefall hoffen, sofern er über ein Jahr hinweg vergeblich aber ernsthaft versucht hat, die deutsche Sprache zu erlernen.

Das Urteil, auf welches der Umsetzungserlass Bezug nimmt, bezog sich inhaltlich jedoch auf einen Fall des Nachzugs zu Deutschen durch Drittstaatsangehörige, wobei als weitere Besonderheit die doppelte Staatsangehörigkeit des Stambberechtigten hinzukam. Das Bundesverwaltungsgericht kam in seinem Urteil insbesondere deswegen zu der Forderung nach Härtefällen, weil dem deutschen Stambberechtigten – auch wenn er die deutsche Staatsangehörigkeit „nur“ als nachträglich erworbene Staatsangehörigkeit besitzt – nicht zugemutet werden kann, dass er seine Ehe außerhalb des Bundesgebietes führt.<sup>625</sup> Insofern verfolgt das Gericht damit primär die Wahrung von Grundrechten für deutsche Staatsangehörige. Daran ist auch die Definition des Härtefalls ausgerichtet, der durch ein Jahr der Wartezeit geprägt ist. Dies unbesehen auf die Fälle des Nachzugs zu Drittstaatsangehörigen zu übertragen, ist problematisch. Das Gericht selbst hatte in seinem Urteil aus 2012 darauf hingewiesen, dass zwischen Deutschen und Drittstaatsangehörigen Unterschiede im Nachzugsrecht bestehen.<sup>626</sup> Daher sollten konsequent auch Unterschiede in der Behandlung von Härtefällen bestehen. Denn der deutsche Stambberechtigte wird im Inland ein gefestigtes soziales Umfeld haben, in welchem er sich während des Jahres der Wartezeit bis zur Erteilung eines Nachzugsvisums für seinen Ehegatten bewegen kann. Einem Drittstaatsangehörigen, der unter Umständen erst kürzlich hier angekommen ist und der sich in einer ihm fremden Welt befindet, wird das Jahr der Trennung – bei realistischer Betrachtung von Arbeitsabläufen in Behörden eher mehr als ein Jahr, da erst nach Ablauf des Jahres über den Härtefall entschieden wird – weit härter treffen. Auch unter Berücksichtigung des Aspekts, dass der Familiennachzug als wesentliche Voraussetzung für eine gelungene Integration angesehen wird, ist fraglich, ob eine Wartezeit von über einem Jahr in allen Fällen als angemessen angesehen werden kann. In Fällen, in denen auf Grund von Analphabetismus, entlegenem Aufenthaltsort im Herkunftsland oder sonstiger Umstände von Beginn an ersichtlich ist, dass der Spracherwerb nicht gelingen wird, wird auch die nunmehr angewendete Härtefallregelung zwangsläufig zu unbilligen Härten führen. Dies wiederum steht nicht in Einklang mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, nach dem die grundsätzlich verhältnismäßige Voraussetzung des Sprachnachweises durch konkrete Umstände des Einzelfalls in ein unzumutbares Hindernis um-

---

622 Erlass des AA und BMI vom 04.08.2014, Gz.: 508-1-516.00/9; BT-Drs.: 18/2366, S. 7.

623 BT-Drs.: 18/2366, S. 8/9 als Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion Bündnis90/Die Grünen u.a..

624 BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 – Rz 28; BT-Drs.: 18/2366, S. 9.

625 BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12; zu diesem Befund Näheres s. oben.

626 BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 – Rz 8.

schlagen kann.<sup>627</sup> Es bedarf vielmehr einer weiteren Härtefallregelung, welche der Situation der Drittstaatsangehörigen Rechnung trägt.

Zu diesem Ergebnis kam auch das OVG Berlin-Brandenburg in seinem Urteil vom 30.01.2015<sup>628</sup>, in dem es um einen Fall des Nachzugs einer türkischen Ehefrau zu ihrem im Bundesgebiet als Arbeitnehmer beschäftigten türkischen Ehemann ging. Ähnlich wie in der Rechtssache Dogan war es auch hier der Antragstellerin und Klägerin nicht möglich, den Sprachnachweis zu erbringen. Das begehrte Visum wurde von Behörde und Verwaltungsgericht insbesondere deshalb abgelehnt, weil § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG als durch Auslegung europarechtskonform angesehen wurde und eine Anwendung von abweichenden Grundsätzen nach Art. 13 ARB 1/80 verneint wurde, da die Antragstellerin nur zum Zwecke des Familiennachzuges ein Visum begehre und nicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit.<sup>629</sup> Dieser Auffassung trat das OVG entgegen. Es betont die Vergleichbarkeit von Regelungsgehalt und -ziel von Art. 13 ARB 1/80 und Art. 41 ZP, sodass die Normen auch in ihrer Auslegung und Auswirkung auf nationales Recht gleich behandelt werden müssen. Darüber hinaus wird die Rechtsnatur von Art. 13 ARB 1/80 als die Kompetenzen der Mitgliedstaaten in Hinblick auf das Aufenthaltsrecht beschränkende Norm charakterisiert,<sup>630</sup> über welche die Grundsätze der Freizügigkeit in das Assoziationsrecht hineingelesen werden. Letztlich wird in die Auslegung noch Art. 59 ZP einbezogen, der den Rechten für türkische Staatsangehörige die „natürliche“ Grenze der Rechte und Begünstigungen für Unionsbürger setzt. Diese Grenze würde aber hier bei einer Nichtanwendung des Erfordernisses des Sprachnachweises nicht verletzt, da Unionsbürger nicht unter den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG fallen.<sup>631</sup> Im Hinblick auf die nationale Umsetzung des Dogan-Urteils – welches auf Grund der Auslegungshoheit des EuGHs mit faktischer Bindungswirkung gesetztem Recht gleich kommt – stellt das OVG noch fest, dass eine Übertragung der Härtefallgrundsätze aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus 2012 nicht möglich sind. Auf die Situation von Drittstaatsangehörigen sind Art. 11 GG und § 28 AufenthG gerade nicht anwendbar, sodass schon keine vergleichbare Lage besteht.<sup>632</sup> Dies ist folgerichtig, da das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aus 2012 sich in seinen tragenden Entscheidungsgründen gerade auf die besondere Lage des deutschen Stammberechtigten stützt, der zur Führung seines Familienlebens nicht auf das Ausland verwiesen werden kann, was das Bundesverwaltungsgericht zum Erfordernis eines Härtefalls führte. Die für türkische Staatsangehörige nach dem Dogan-Urteil erforderliche Härtefallregelung ist aber auf Grund der Unionsrechtswidrigkeit der gegenwärtigen Regelung erforderlich und begründet sich in den Besonderheiten des Assoziationsrechtes – einer grundlegend anderen Ausgangslage. Nach alledem kommt das OVG zu dem Ergebnis, dass ein bloßer Erlass zur Umsetzung des Dogan-Urteils nicht genügt. Vielmehr ist ein ausdrückliches Gesetz erforderlich, da ein Erlass nicht zu einer Änderung der Rechtslage führt. Durch einen Erlass wird dem Unionsrecht nicht effektiv und sicher zur Wirksamkeit verholfen. Dies ist – auch zur Vermeidung von divergierender Auslegung, wie im vom OVG entschiedenen Fall – zuverlässig nur durch eine ausdrückliche Regelung im Gesetz möglich. Darüber hinaus ist schon deshalb keine bloße Wahrung von Rechtsansprüchen über einen Erlass und nationale Auslegungsregelungen möglich, da es sich bei der Stand-Still-Klausel um eine völkerrechtliche Verfahrensnorm handelt, die nur anhand völkerrechtlicher Auslegungsgrundsätze zu behandeln ist.<sup>633</sup>

Fragen wirft hingegen der Beschluss des VGH Baden-Württemberg auf, der am 21.07.2014 in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Dogan-Urteil ergangen ist. Der VGH kommt dabei in Auslegung

---

627 BVerwG, Urteil vom 04.09.2012 – 10 C 12.12 – Rz 28.

628 Vgl. OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14 für Details zum Sachverhalt.

629 OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14 – S. 2-3, beck-online.

630 OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14 – S. 5, beck-online.

631 OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14 – S. 6, beck-online.

632 OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14 – S. 7, beck-online.

633 OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14 – S. 7-8, beck-online.

des Dogan-Urteils zu dem Schluss, dass durch das Erfordernis des Sprachnachweises unmittelbar der türkische erwerbstätige Stammberechtigte in seinen Rechten verletzt sei.<sup>634</sup> Abweichend von herrschender Rechtsprechung folgert der VGH daraus wiederum, dass nicht Art. 13 ARB 1/80, sondern Art. 7 ARB 2/76<sup>635</sup> anwendbar sei, da es sich nicht um eine Frage des Rechtes auf Familiennachzug, sondern um eine Frage originärer Rechte des Arbeitnehmers handle.<sup>636</sup> Zwar führt dies den VGH zu keinem anderen Ergebnis als bei der Anwendung des Art. 13 ARB 1/80. Dies ist jedoch dogmatisch zweifelhaft. Folgt man der Auffassung, dass hier unmittelbar der Stammberechtigte in seinen Rechten verletzt sei, so wäre die Beschwerde und das zu Grunde liegende Verfahren vor dem VG Stuttgart schon unzulässig gewesen. Es würde schon an der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO<sup>637</sup> fehlen, da Antragstellerin bzw. Klägerin im Ausgangsverfahren hier nicht der Stammberechtigte sondern die Nachzug begehrende Ehefrau war.

An der Vereinbarkeit des neuen § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 AufenthG mit Europarecht kommen weiterhin nach dem Urteil des EuGH in der *Rechtssache C-153/14* Zweifel auf. Darin stellt der EuGH zwar fest, dass grundsätzlich das Verlangen von Integrationsmaßnahmen zulässig ist. Gleichzeitig setzt er jedoch Grenzen für dieses Verlangen. Lediglich solche Maßnahmen dürfen gefordert werden, welche den Nachzug nicht von vornherein ausschließen oder unverhältnismäßig beeinträchtigen. Insbesondere müsse auch ein ernsthaftes Bemühen um Erreichen der Integrationsziele genügen. Es darf nicht ausschließlich das Bestehen von entsprechenden Tests als ausreichend angesehen werden.<sup>638</sup> Gerade dies erfasst der § 30 AufenthG nach wie vor nicht, sondern verlangt ein Bestehen des Sprachtests.<sup>639</sup>

## 8. Fazit

Das Urteil in der *Rechtssache Dogan* bezieht sich zunächst nur auf türkische Staatsangehörige und deren Familienmitglieder. Über den Umweg der Stand-Still-Klausel und der mangelnden Härtefallklausel erspart sich der EuGH hier die Auslegung der Familienzusammenführungsrichtlinie selbst, sodass eine Aussage für alle Drittstaatsangehörigen fehlt. Um endgültige Klarheit bezüglich des Erfordernisses des Sprachnachweises zu schaffen, wäre eine solche Entscheidung aber wünschenswert.<sup>640</sup> Hinweise auf eine ebenso bestehende Europarechtswidrigkeit der deutschen Regelung geben aber die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi. Auch wenn seine Ausführungen zu Art. 7 Familienzusammenführungsrichtlinie rein hilfsweise erfolgten, kann ihnen eine innerhalb der Judikative der Union bestehende Rechtsauffassung entnommen werden. Betrachtet man diese Auffassung, ergibt sich als Konsequenz, dass der deutsche Gesetzgeber nicht nur gehalten ist, für türkische Staatsangehörige eine Härtefallregelung zu schaffen, sondern generell in Bezug auf den Nachzug von Drittstaatsangehörigen § 30 AufenthG um eine reale Härtefallklausel zu ergänzen.

Als Kernaussage der *Rechtssache Dogan* kann das Strukturproblem des Sprachnachweises betrachtet werden. Gerade in ländlichen Regionen ist es oft nicht möglich, Deutsch zu erlernen. Wenn es schon in der Türkei – einem der Europäischen Union und dem Westen vergleichsweise nahestehendem Land – ein Problem ist, Zugang zu Sprachkursen zu erhalten, wie soll dann für Menschen aus beispielsweise afrikanischen Staaten der Erwerb von Sprachkenntnissen gelingen, sofern sie nicht zufällig in der Hauptstadt ihres jeweiligen Landes leben? Auch der Zugang zu multimedialen Quel-

---

634 VGH BW, Beschluss vom 21.07.2014 – 11 S 1009/14 – Rz 16.

635 Beschluss Nr. 2/76 des Assoziationsrates über die Durchführung des Artikels 12 des Abkommens von Ankara vom 20.12.1976.

636 VGH BW, Beschluss vom 21.07.2014 – 11 S 1009/14 – Rz 24.

637 BGBl. I 1991 S. 686, zuletzt geändert durch BGBl. 2015 I S. 1722.

638 EuGH, Urteil vom 09.07.2015 – Rs.: C-153/14 – K und A, Rz 56.

639 Auch wenn im Migrationsbericht 2014 durch breite Ausführungen zum genannten Urteil ein anderer Anschein erweckt wird und wohl auch werden soll; vgl. Migrationsbericht des BAMF 2014, S. 88.

640 Thym ZAR 2014, 301 (304).

len ist in entlegenen Gebieten kaum gewährleistet. Der bloß pauschale Verweis auf die Goetheinstitute in den Herkunftsländern und regionale Partner<sup>641</sup> kann diese Probleme nicht negieren. Insofern erscheint die Härtefallklausel zunächst die einzige Lösung der Rechtmäßigkeitsprobleme zu sein.

Auch aus anderen Urteilen des EuGH lässt sich ablesen, dass die deutsche Regelung hier zu weitgehend und nachzugsfeindlich ist. Dies ist nach dem Urteil in der Rechtssache *Chakroun* insbesondere deshalb der Fall, weil die Familie als Teil der Integration gefördert werden soll<sup>642</sup> und nach dem Urteil in der Rechtssache *C-540/03*, weil jeder einen Anspruch auf Leben im Familienverband hat<sup>643</sup>. In diese Richtung geht auch der EGMR, der dort eine Verpflichtung zur Aufnahme von Familienmitgliedern aufstellt, wo nach Abwägung aller Umstände ein Familienleben sicher nur im Konventionsstaat geführt werden kann.<sup>644</sup>

Dies, zusammen betrachtet mit dem Umstand, dass die Regelung zum Sprachnachweis ein Flickenteppich an Ausnahmen ist, die dadurch zu einem hohen Verwaltungsaufwand bei der Anwendung führt und der Tatsache, dass die Regelung in einigen Konstellationen höchstrichterlich für verfassungs- bzw. europarechtswidrig befunden wurde, sowie andere Konstellationen unter den Gesichtspunkten der Artikel 3 und 6 GG zumindest angreifbar sind, führte nach dem Urteil *Dogan* zu dem Ergebnis, dass es einer klaren Gesetzesänderung bedurfte.<sup>645</sup> Die Regelung des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 6 AufenthG fügt dem Sprachnachweis aber nur einen weiteren Flecken hinzu und macht die Norm in sich noch inkonsistenter. Stattdessen sollte das Erfordernis des Sprachnachweises komplett abgeschafft werden. Es würden Diskriminierungen vermieden. Eine eklatanter Anstieg der Nachzugszahlen ist auch nicht zu befürchten, da die Einführung umgekehrt auch keinen wesentlichen Rückgang verursacht hat. In jedem Fall hätte eine komplette Neuregelung – ob unter kompletter Abschaffung des Sprachnachweises vor Einreise oder unter veränderter Beibehaltung – den Vorzug, dass, als Konsequenz aus den Fehlern der gegenwärtigen Regelung, Rechtsklarheit geschaffen werden könnte. Denkbar wäre beispielsweise eine Einfügung des Aspektes des Sprachnachweises in den Komplex der §§ 44, 44 a AufenthG, sodass dieser auch gesetzlich als Teil der Integration hervortritt.

## IV. Ergebnis

Damit hat sich das Thema der Inländerdiskriminierung überraschenderweise als relevantes Problem für den Familiennachzug im Ausländerrecht erwiesen. Auch wenn nicht alle aufgeworfenen Problempunkte tatsächlich zu einer Beanstandung der Regelung führen, ist insgesamt ein gravierendes Ungleichgewicht zwischen den Rechten von Unionsbürgern und anderen Gruppen festzustellen. Dabei beruht die Diskriminierung auch auf widersprüchlichen und teilweise zu detaillierten Regelungen.

Dass die Bemühungen, Regelungslücken durch weitere Detailregelungen auszugleichen, im Ergebnis nur zu mehr Ungleichbehandlungen führt, zeigt sich parallel auch am Beispiel des Sprachnachweises. Eine wirkliche Problemlösung ist nur zu Erreichen, indem die zu feingliedrigen Regelungen komplett abgeschafft werden und stattdessen abstrakt-generelle Regelungen getroffen werden – wie

---

641 So unter anderem von der Bundesregierung vorgenommen in BT-Drs.: 16/7288 S. 8, Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Abgeordneten *Sevim Dagdelen, Ulla Jelpke, Jan Korte, Wolfgang Neskovic* und der Fraktion DIE LINKE.

642 EuGH, Urteil vom 04.03.2010 – Rs.: C-578/08 – *Chakroun*.

643 EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs.: C-540/03 – *Parlament/Rat*.

644 EGMR, Urteil vom 01.12.2005 – Nr. 60665/00 – *Tuquabo-Tekle*. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint eine Diskussion darüber, den Familiennachzug für Personen aus Bürgerkriegsgebieten wie Syrien auszusetzen zweifelhaft und mit der EMRK nicht vereinbar.

645 OVG BB, Urteil vom 30.01.2015 – 7 B 22.14.

es Eigenart eines Gesetzes sein sollte. Sinn von Gesetzen ist es gerade nicht, so genau zu sein, dass jeder denkbare Antragsteller seinen Fall gesondert geregelt findet. Die von den Regelungen betroffenen Gruppen von Ausländern sollten daher größer und allgemeiner gefasst werden. Zweifelhafte Merkmale wie der grenzüberschreitende Bezug hingegen müssten primär aus der Rechtsprechung gestrichen werden, da es sich um ungeschriebene Merkmale handelt.

### 3. Kapitel: Ungleichbehandlungen bei verschiedenen Beziehungskonstellationen

Unabhängig von bestimmten Herkunftsgruppen gibt es auch Ungleichbehandlungen abhängig davon, in welcher familiären Ausgangssituation sich die Antragsteller befinden. Es wird insbesondere nach verschiedenen „Formen“ von Ehen unterschieden, deren Vereinbarkeit mit dem Gerechtigkeitsgedanken und Menschenrechten im Folgenden überprüft werden soll.

#### I. Nichteheleiche Gemeinschaften

Neben den bisher betrachteten klassischen ehelichen Lebensgemeinschaften zwischen Mann und Frau entwickeln sich zunehmend alternative Gemeinschaften. Zum einen leben immer mehr Paare ohne Trauschein in nichteheleicher Lebensgemeinschaft – nehmen dabei aber die gleichen Beistands- und Verantwortungspflichten wahr wie in einer Ehe. Außerdem hat sich in den letzten Jahrzehnten insbesondere in Westeuropa eine Form der gesetzlichen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare gebildet, welche in Deutschland als eingetragene Lebenspartnerschaft bezeichnet wird. Für letztere gibt es nunmehr einen eigenen Anspruch auf Familiennachzug – während nichteheleiche Lebensgemeinschaften nach wie vor ausgespart werden. Für beide Gruppen – vor allem auch in Bezug aufeinander – können sich diskriminierende Situationen ergeben.

#### 1. gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften

Grundsätzlich wird die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft nicht vom Schutz des Art. 6 GG umfasst, da dieser sich als Institutsgarantie auf traditionelle Familienmodelle beschränkt.<sup>646</sup> Hingegen ist sie als Lebensgemeinschaft von Art. 8 EMRK geschützt und über Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, sodass das Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Paare zumindest nicht staatlich verboten werden kann.<sup>647</sup> Darüber hinaus formuliert Art. 9 GrChEU das Recht auf Eheschließung bewusst so weit, dass auch die Ehe zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts vom Schutzbereich erfasst wird.<sup>648</sup> Dahinter bleibt der deutsche Gesetzgeber mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft grundsätzlich zurück. Aus dieser „abgeschwächten Form der Ehe“ ergeben sich in mancher Hinsicht Probleme hinsichtlich der Gleichberechtigung im Vergleich zu Ehen.

#### a) historische Entwicklung

In den letzten Jahren ist die Akzeptanz für gleichgeschlechtliche Paare und deren offenes Zusammenleben zumindest in der westlichen Welt immer mehr gestiegen. Dabei schlägt sich die gestiege-

---

646 Das BVerfG legt für die Ehe in stRspr. die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten zu Grunde. Von diesem Merkmal könne man nur abweichen, wenn es ausreichende Anhaltspunkte dafür gebe, dass sich das Eheverständnis der Gesellschaft grundlegend geändert haben könnte – was bisher verneint wurde. So auch unter Verweis auf frühere Entscheidungen im Beschluss vom 04.10.1993 – 1 BvR 640/93. In neueren Entscheidungen stellte das BVerfG zwar durchaus die Verfassungswidrigkeit von Differenzierungen zwischen gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften und Ehen fest. Dies aber über den Umweg des Art. 3 Abs. 3 GG gelöst, indem die Entscheidung für eine gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft auf der sexuellen Orientierung beruhe und damit eine Schlechterstellung gegenüber der Ehe nicht gerechtfertigt sei. Nicht angenommen wird aber, dass der Schutzbereich des Art. 6 GG erweitert werden müsse. So im Beschluss vom 07.05.2013 – 2 BvR 909/06 zur Frage der steuerlichen Begünstigung des Ehegattensplittings.

647 BVerfG, Urteil vom 27.02.1996 – 1 C 41/93 – NVwZ 1997, 189 (191).

648 Vgl. Art. 9 GrChEU: „Das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen gewährleistet, welche die Ausübung dieser Rechte regeln.“ Dazu die Erläuterungen des Grundrechte-Konvents bei *Bergmann* in *Bergmann/Dienelt*, AusLR, 11.A., Art. 9 GrChEU.

ne gesellschaftliche Akzeptanz auch im Recht wieder. So ist seit 2001 in Deutschland das Eingehen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare möglich.<sup>649</sup> Seit November 2015 können in Irland gleichgeschlechtliche Paare sogar einen der herkömmlichen Ehe gleichgestellten Bund fürs Leben schließen.<sup>650</sup> Mit Gesetz vom 20.07.2017 ist nunmehr auch in der Bundesrepublik die sogenannte „Homoehe“ zulässig.<sup>651</sup> Trotzdem gibt es in weiten Teilen der Welt nach wie vor kein Institut für gleichgeschlechtliche Paare, um ihre Beziehung zu verrechtlichen.<sup>652</sup> Darüber hinaus ändert die Einführung der „Homoehe“ nichts an den nachfolgend geschilderten bestehenden Problemen im Zusammenhang mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft. Es wurde in Gestalt von § 20a LPartG lediglich die Möglichkeit eröffnet eine bestehende eingetragene Lebenspartnerschaft durch übereinstimmende Erklärung in eine Ehe umzuwandeln. Damit bleiben eingetragene Lebenspartnerschaften bestehen.

### **aa) Aufenthalt nach Ermessen**

Ursprünglich sah das Ausländergesetz<sup>653</sup> keine Möglichkeit des Familiennachzugs für gleichgeschlechtliche Paare vor. Erst im Laufe der 1990er Jahre ergab sich eine zunehmende Akzeptanz in der Bevölkerung, die zu einem Wandel in der Rechtsprechung führte.<sup>654</sup> In seinem Urteil vom 27.02.1996 stellt das BVerwG aber klar, dass eine Subsumtion von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften unter den Art. 6 GG maximal dann in Frage käme, wenn sich die gesellschaftliche Beurteilung der Ehe als Gemeinschaft zwischen Mann und Frau gewandelt hätte und die Verschiedengeschlechtlichkeit nicht mehr als konstitutives Element betrachtet würde.<sup>655</sup> Daher konnte eine Aufenthaltserlaubnis für einen homosexuellen Lebenspartner nur über den Umweg einer Ermessensentscheidung nach § 15 i.V.m. § 7 Abs. 1 AuslG1990 erreicht werden. Diese Ermessensentscheidung sollte insbesondere dort ein Aufenthaltsrecht ermöglichen, wo keiner der gesetzlich ausgestalteten Fälle eingreift und trotzdem ein ernsthaftes Interesse an der Aufenthaltsgewährung besteht. Insbesondere stellte das BVerwG auch klar, dass die §§ 17 ff. AuslG1990 nicht bereits negativ abschließend den Fall des Nachzugs von homosexuellen Lebenspartnern regeln und ausschließen.<sup>656</sup> Als private Interessen waren dabei in die Abwägung insbesondere Umstände wie die deutsche Staatsangehörigkeit des einen Partners einzustellen – wodurch die wirtschaftliche Grundlage der Lebensgemeinschaft nur im Bundesgebiet liegen kann – und der Grad der Verfestigung der Lebensgemeinschaft einzustellen. Öffentliche Interessen wie die Vermeidung von Präzedenzfällen hinge-

649 Grundlage ist das Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG), BGBl. I (2001), S. 266, Inkraftgetreten am 01.08.2001.

650 Presseberichte zur irischen „Homoehe“ unter anderem bei Zeit-Online: <http://www.zeit.de/politik/2015-10/irland-gleichgeschlechtliche-ehe-gesetz>, abgerufen am 17.08.2016.

651 BGBl. I 2017 S. 2787. Insbesondere wurde § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB wie folgt neu gefasst: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“.

652 Lediglich in 22 Staaten der Welt ist derzeit die Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Ehe möglich. [https://de.wikipedia.org/wiki/Gleichgeschlechtliche\\_Ehe](https://de.wikipedia.org/wiki/Gleichgeschlechtliche_Ehe), abgerufen am 10.04.2018.

653 Gesetz über die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern im Bundesgebiet, BGBl. I 1965 S. 353. Komplette neu gefasst durch BGBl. I 1990 S. 1354, 1356. Im Folgenden AuslG1990.

654 Nach den §§ 17, 18 und 23 AuslG1990 bestand ein Anspruch auf Aufenthalt für drittstaatsangehörige Ehegatten. Die Normen dienten dem Schutz der Rechte aus Art. 6 Abs. 1 GG. Da Art. 6 GG aber nicht gleichgeschlechtliche Paare in seinen Schutzbereich mit einbezieht, schied eine Analogie aus. Daneben gab es noch den § 22 AuslG1990, welcher in Härtefällen den Aufenthalt für weitere „Familienangehörige“ ermöglichte. Gemäß der damals vorherrschenden gesellschaftlichen Auffassung fielen aber schon vom Wortsinn her homosexuelle Lebenspartner nicht unter den Begriff des „Familienangehörigen“. Darüber hinaus entsprach dies auch nicht dem Willen des Gesetzgebers. Für Details vgl. Wegner ZAR 1997, 87.

655 BVerwG, Urteil vom 27.02.1996 – 1 C 41/93 – NVwZ 1997, 189 (190).

656 BVerwG, Urteil vom 27.02.1996 – 1 C 41/93 – NVwZ 1997, 189 (192); so auch nachfolgend OVG Münster, Urteil vom 07.08.1996 – 17 A 1093/95 – NVwZ 1997, 512 (513) unter Betonung des Umstands, dass der deutsche Lebenspartner und dessen Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet in die Ermessensabwägung mit eingestellt werden muss. Weitergehend nimmt das OVG Münster aber auch einen Anspruch aus Art. 8 EMRK – mit der Begründung, dass die wirtschaftliche Grundlage der Beziehung durch den deutschen Partner auch im Inland liegt – an, welchen das BVerwG zuvor verneint hatte – der heute aber allgemein anerkannt wird.



gen, sind nicht zu berücksichtigen. Vielmehr kam es nur auf die immer geltenden Aspekte der Sicherung des Lebensunterhalts und des ausreichenden Wohnraums an.<sup>657</sup>

Als Problem ergab sich aus dieser Rechtsprechung, dass nunmehr nur in Ausnahmefällen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen war und es vor allem keine festen Kriterien für die Beurteilung der Verfestigung der Lebensgemeinschaft existierten. Es blieb maximal als Auffangtatbestand noch ein Aufenthaltsrecht nach § 30 AuslG1990 – eine Aufenthaltsbefugnis aus dringenden humanitären oder völkerrechtlichen Gründen. Dabei wurde der Schutz der Lebensgemeinschaft nach Art. 8 Abs. 1 EMRK als solch völkerrechtlicher Grund betrachtet – ein Weg, der wesentlich vom Wohlwollen des erkennenden Gerichts abhing, da der Schutz über Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht unumstritten war und insbesondere vom BVerwG abgelehnt wurde.<sup>658</sup>

### **bb) § 27a AuslG1990**

Auf Grund der unklaren Situation wurde sodann 2001 § 27a AuslG1990<sup>659</sup> - auch in Anbetracht der neu ermöglichten eingetragenen Lebenspartnerschaft – eingeführt. § 27a AuslG1990 schuf einen eigenen Erteilungstatbestand – mit der Einschränkung, dass die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach wie vor im Ermessen der Ausländerbehörden stand. Dieses Ermessen war zwar gebunden durch die Verweise auf den Ehegattennachzug in § 18 AuslG1990 und den Familiennachzug in § 27 AuslG1990, der in der Gesetzesbegründung genannte grundsätzliche Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ging aus dem Gesetzeswortlaut jedoch nicht hervor.<sup>660</sup>

Aber auch diese Regelung trug Probleme in sich. So blieb durch den Verweis sowohl auf den Ehegattennachzug als auch auf den Familiennachzug unklar, ob die Lebenspartner nun wie Ehegatten oder wie sonstige Familienangehörige zu behandeln waren. Außerdem enthielt § 27a AuslG1990 keinen Verweis auf § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AuslG1990, welcher in besonderen Härtefällen wie häuslicher Gewalt oder Zwangsprostitution auch nach Beendigung der Ehe dem drittstaatsangehörigen Ehegatten ein Aufenthaltsrecht einräumte. Dass solche Konstellationen für gleichgeschlechtliche Paare nicht in Frage kommen, kann nicht ernsthaft vertreten werden. Warum gerade der Verweis auf diese Nummer des § 19 AuslG1990 unterblieb, erläutert aber auch die Gesetzesbegründung nicht.<sup>661</sup> Auf Grund der Konstruktion des Lebenspartnerschaftsrechts konnte ein drittstaatsangehöriger Lebenspartner auch nach Beendigung der Partnerschaft keinen Aufenthaltsanspruch geltend machen, um weiterhin mit einem etwaigen gemeinsamen Kind Umgang zu haben. Art. 1 § 9 LPartG gewährt lediglich das sogenannte „kleine Sorgerecht“, was den „adoptierenden“ Lebenspartner nicht zum rechtlichen Elternteil machte. § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG war daher nicht einschlägig. Emotional und sozial wird aber auch der gleichgeschlechtliche Lebenspartner genauso Elternteil für ein Kind sein, wie dies eine Adoptivmutter oder Adoptivvater in einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft ist – eine klare Ungleichbehandlung.<sup>662</sup>

---

657 OVG Münster, Urteil vom 07.08.1996 – 17 A 1093/95 – NVwZ 1997, 512 (513); Wegner ZAR 1997, 87.

658 Wegner ZAR 1997, 87 (88); a.A. Arendt-Rojahn FPR 2001, 464 (464).

659 Eingefügt mit Wirkung zum 01.08.2001 mit folgenden Wortlaut: „Dem ausländischen Lebenspartner eines Ausländers kann eine Aufenthaltserlaubnis für die Herstellung und Wahrung der lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft mit dem Ausländer im Bundesgebiet erteilt und verlängert werden. Auf die Einreise und den Aufenthalt des Lebenspartners finden § 17 Abs. 2 bis 5, §§ 18, 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3 und 4, Abs. 2 bis 4, §§ 23, 25 und 27 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 und Abs. 4 entsprechend Anwendung.“, BGBl. I 2001, S. 266

660 BT-Drs. 14/3751 S. 55; Arendt-Rojahn FPR 2001, 464 (464).

661 Kritisch hierzu und zu der zunächst angedachten Beibehaltung dieses Ausschlusses auch in § 27 Abs. 2 AufenthG Hoppe, Die Berücksichtigung der eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz, 2002, S.156ff.

662 Zu den genannten Problemen aus der Sicht der Zeit des Inkrafttretens vgl. Wegner ZAR 2001, 159 (161f.) und Arendt-Rojahn FPR 2001, 464 (465).

### **cc) § 27 Abs. 2 AufenthG**

Mit der grundlegenden Reform des Ausländerrechts durch das Zuwanderungsgesetz von 2005 wurde auch die Regelung zum Nachzug gleichgeschlechtlicher Lebenspartner umgestellt. § 27 Abs. 2 AufenthG erstreckt nunmehr für den Familiennachzugs in das Bundesgebiet die Rechte von Ehegatten weitestgehend auch auf Partner einer gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaft. Ausgeschlossen werden lediglich die Rechte zum Kindernachzug und die Eröffnung von Härtefällen nach § 36 Abs. 2 AufenthG. Diese Erstreckung gilt aber nur, wenn es sich um eine Partnerschaft im Sinne des LPartG handelt bzw. um eine nach ausländischem Recht geschlossene Lebenspartnerschaft, die dem deutschen Modell gleichgestellt werden kann. Dazu ist insbesondere erforderlich, dass es sich um eine auf Dauer angelegte Partnerschaft mit gegenseitiger Pflichtübernahme auch hinsichtlich von Unterhaltspflichten handelt.<sup>663</sup>

Generell fällt die Regelung weiter aus als ihr Vorgänger in § 27 a AuslG1990. Auch wenn der ursprüngliche Gedanke des Abstandsgebots zwischen Ehe und gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft bestehen bleiben musste – dies schon, um die besondere Position des Instituts Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG zu erhalten und den Ausschluss der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft aus dessen Schutzbereich deutlich zu machen – wird im Rahmen des § 27 Abs. 2 AufenthG deutlich, dass der viel beschworene „Abstand“ gerade im Ausländerrecht sehr gering ist bzw. kaum eine Rolle spielt. Im Grunde werden den Lebenspartnern die gleichen Rechte eingeräumt, wie Ehegatten. Einzig in Bezug auf die Fragen des Kindernachzuges und bei Fragen des Härtefallnachzuges nach § 36 AufenthG wird eingetragenen Lebenspartnerschaften eine Gleichstellung verweigert. Dies lässt sich darauf zurück führen, dass der wesentliche Unterschied zwischen einer Ehe und einer eingetragenen Lebenspartnerschaft der der fehlenden Reproduktionsfähigkeit ist. Da es biologisch ausgeschlossen ist, dass beide Partner „Eltern“ eines Kindes sind, ist im Sinne des Abstandsgebotes der Ausschluss vom Kindernachzug auf den ersten Blick gerechtfertigt.<sup>664</sup>

### **b) gegenwärtige Problemfelder**

#### **aa) Behebung von „Kinderkrankheiten“**

Die Regelung des § 27 Abs. 2 AufenthG verweist breiter in die sonstigen Regelungen zum Familiennachzug als die Vorgängernorm des Ausländergesetzes.

Durch die geänderte globale Verweisung in § 27 Abs. 2 AufenthG wird nun auch deutlich, dass die Lebenspartner mit Ehegatten gleichgestellt werden. Auf Normen mit Bezug auf Familienangehörige über Ehegatten hinaus findet gerade keine Verweisung statt, sodass eine Behandlung als eben diese erkenntlich nicht in Betracht kommt.

Insbesondere wurde entgegen des ersten Entwurfs der nur eingeschränkte Verweis auf § 31 AufenthG entfernt, sodass nunmehr auf die gesamte Norm verwiesen wird. Dadurch ist auch für gleichgeschlechtliche Partner ein eigenständiges Aufenthaltsrecht im Falle einer besonderen Härte bei vorzeitiger Beendigung der Lebenspartnerschaft möglich. Dabei wurde insbesondere dem Umstand Rechnung getragen, dass sich die Beziehungen zwischen gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Paaren nicht so grundlegend in ihrer Ausgestaltung unterscheiden, dass Härtefälle ausgeschlossen wären und es zu rechtfertigen wäre, die Lebenspartnerschaft von entsprechenden Schutzrechten gänzlich auszuschließen. Häusliche Gewalt oder die Ausnutzung von Zwangslagen in Form von Zwangsprostitution sind keine Erscheinungen, die mit den Besonderheiten einer Ehe ge-

<sup>663</sup> Vgl. AVV 27.2.2 zu § 27 AufenthG.

<sup>664</sup> In diesem Sinne ausgehend von der Reproduktionsfähigkeit auch Hoppe, Die Berücksichtigung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz, 2002, S. 103f. Hoppe hebt dabei hervor, dass dieser Unterschied im Ausländerrecht generell kaum Relevanz aufweist.

genüber der eingetragenen Lebenspartnerschaft angelegt sind. Vielmehr erkennt der Gesetzgeber sogar an, dass eine besondere Härte bei Homosexuellen eher bestehen kann. Je nach Herkunftsland würde eine Abschiebung auf Grund des Wegfalls des Aufenthaltsrechts zum Familiennachzug strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. So steht Homosexualität in vielen Ländern unter Strafe und ist sogar zum Teil mit der Todesstrafe bedroht. Im Falle einer Abschiebung wäre damit zu rechnen, dass die Behörden im Herkunftsland durchaus um den Grund des Aufenthalts in der Bundesrepublik wissen und entsprechende Schritte einleiten. Eine solche Bedrohung besteht in der Regel für verschiedengeschlechtliche Paare nicht.<sup>665</sup>

Nicht verändert hat sich die Situation in Bezug auf Fragen der Kindschaftssorge nach Beendigung der eingetragenen Lebenspartnerschaft. Das Gesetz sieht für eingetragene Lebenspartner weiterhin nur das sogenannte „kleine Sorgerecht“ für ein leibliches Kind des Partners vor. Dies genügt nicht als Recht zur Personensorge i.S.d. Gesetzes. Die Personensorge ist nach § 1631 Abs. 1 BGB als umfassendes Recht zur Bestimmung über das betreffende Kind legaldefiniert. § 9 LPartG hingegen gewährt lediglich ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht, welches nur im Einvernehmen mit dem Partner ausgeübt werden kann. Lediglich im Falle von Gefahr im Verzug kann der Partner, der nicht leibliches Elternteil ist, ausnahmsweise alleine entscheiden. Da das Gesetz ausdrücklich an das Bestehen der rechtlichen Beziehung der Personensorge zwischen Eltern und Kindern anknüpft, kann auch eine tatsächlich gelebte Personensorge kein Aufenthaltsrecht zur Kindschaftssorge begründen. Dieses Abstellen allein auf rechtliche Gegebenheiten ist aus Sicht der bearbeitenden Ausländerbehörden sicher mit einer erhöhten Praktikabilität verbunden, da eine Prüfung der Frage, ob in tatsächlicher Hinsicht eine Personensorge ausgeübt wird, kaum durchführbar sein wird.<sup>666</sup> Andererseits erscheint dieser Schluss doch unbillig, wenn man bedenkt, dass es dadurch für Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft faktisch unmöglich ist, gemeinsam Verantwortung für ein Kind zu übernehmen. Es kann wohl unterstellt werden, dass auch die meisten gleichgeschlechtlichen Paare ein in der Partnerschaft lebendes Kind gemeinschaftlich und gleichberechtigt erziehen und versorgen. Einzig der Gesetzgeber spricht ihnen dieses Recht faktisch ab, indem nur ein kleines Sorgerecht eingeräumt wird. Dabei wird auch hier der Grund im Abstandgebot zur Ehe zu sehen sein. Geschützt werden soll auch die Beziehung zu leiblichen Eltern und deren bestehendes Sorgerecht. Das Wohl des Kindes wird als Hauptziel angeführt.<sup>667</sup> Aber entspricht es dem Wohl des Kindes, wenn es in einer familiären Gemeinschaft lebt, in der unabhängig entscheiden nur einem Elternteil zu steht? Wird ihm dadurch nicht im Zweifel sogar deutlicher vor Augen geführt, dass es in einer von der gesellschaftlichen Erwartungshaltung abweichenden Situation groß wird, als dies ohnehin durch den augenscheinlichen Unterschied hinsichtlich der Eltern der Fall ist? Auch innerhalb von Ehen ist es heute keineswegs mehr ungewöhnlich, dass ein Ehepartner kein leibliches Elternteil ist. In dieser Situation ist es für die Ehegatten durch Adoption aber ohne weiteres möglich, eine vollwertige rechtliche Elternposition einzunehmen. Insofern mag es zwar den eingetragenen Lebenspartnern tatsächlich nicht möglich sein, ein gemeinsames Kind im biologischen Sinne zu haben. Der Abstand zur Ehe ist jedoch nicht im vom Gesetzgeber zu Grunde gelegten Ausmaß gegeben, denn die grundlegende familiäre Konstellation ist bei verschiedengeschlechtlichen Ehen genauso denkbar und auch häufig anzutreffen. Auch wenn man eine Regelung hinsichtlich der eingetragenen Lebenspartnerschaft nicht an Art. 6 Abs. 1 GG messen will und kann, so bliebe hier doch offensichtlich eine Diskriminierung i.S.v. Art. 3 GG. Die Gleichgeschlechtlichkeit der Elternteile kann nicht als hinreichender Differenzierungsgrund angesehen werden, um eine Adoption im Allgemeinen und hier speziell ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zum Zweck der Kindschaftssorge nach Beendigung der eingetragenen Lebenspartnerschaft zu rechtfertigen.

---

665 BT Drs. 15/420 S. 81 und 14/7987 S. 13.

666 Im Ergebnis geht hiervon auch *Hoppe* in *Die Berücksichtigung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz*, 2002, S. 130 aus.

667 BT Drs. 14/3751 S. 39

Insgesamt wurden also einige der Punkte, die am § 27a AuslG1990 bemängelt wurden, behoben. Mit zweifelhafter Begründung ist aber der Ausschluss von Rechten in Bezug auf Kinder nach Beendigung der Lebenspartnerschaft geblieben. Ein Ansatz zur weiteren Liberalisierung findet sich lediglich in der Möglichkeit der sogenannten Sukzessivadoption, welche 2014 nach einer Entscheidung des BVerfG<sup>668</sup> eingeführt wurde. Diese Möglichkeit hat aber im Grundsatz nichts an den Sorgerechtsverhältnissen des § 9 LPartG geändert, welche letztlich ausschlaggebend für die Ungleichbehandlung sind. Eine Rechtskräftige Sukzessivadoption wird aber zumindest in Einzelfällen Bleiberechte begründen können.

### **bb) Beschränkung auf das LPartG**

§ 27 Abs. 2 AufenthG setzt für die entsprechende Anwendung der Vorschriften zum Familiennachzug voraus, dass eine eingetragene Lebenspartnerschaft im Sinne des LPartG geschlossen wurde oder aber zumindest im Ausland ein vergleichbares Institut einer auf Dauer angelegten Beistandsgemeinschaft.<sup>669</sup> Damit ist der Anwendungsbereich des § 27 Abs. 2 AufenthG aber von vornherein sehr beschränkt und schließt gleichgeschlechtliche Paare aus weiten Teilen der Welt aus, in denen eben keine der deutschen Rechtslage vergleichbare Regelung besteht.

Zwar ist zumindest in großen Teilen der sogenannten westlichen Welt ein entsprechendes Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Paare zu finden. Genauso gibt es aber sogar innerhalb der europäischen Union Staaten, in denen nach wie vor keine Möglichkeit gegeben ist, die Beziehung zwischen zwei gleichgeschlechtlichen Partnern zu verrechtlichen. So gibt es in Polen keinerlei Rechtsinstitute für gleichgeschlechtliche Paare, in Ungarn lediglich eine unregistrierte Partnerschaft. Gerade diese Form der unregistrierten Partnerschaft muss aber im Rahmen des § 27 Abs. 2 AufenthG Probleme aufwerfen. Geht man davon aus, dass die Beschränkung auf die eingetragene Lebenspartnerschaft nach dem LPartG sich vor allem darauf stützt, dass der damit verbundene Publizitätsakt durch die Registrierung der Partnerschaft die nötige Nachweisbarkeit für die Ernsthaftigkeit der Verbindung gewährleistet und damit für die Verwaltung die Anwendung der richtigen Rechtsgrundlage für einen Aufenthalt ohne weiteres ermöglicht, kann dies bei einer unregistrierten Partnerschaft nicht angenommen werden. Wenn eine Partnerschaft im Herkunftsland nicht registriert wird, fehlt im Zweifel hier der Nachweis, dass die Partnerschaft wirklich besteht. Gerade der Publizitätsakt der Registrierung wird immer wieder als ausschlaggebend für die Gleichstellung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft in Abgrenzung zur sonstigen Lebensgemeinschaft genannt. Fehlt dieser, kann eine Gleichstellung konsequent nicht angenommen werden.

Nun mag dieser Umstand für Paare aus Ungarn nicht wirklich ein Problem darstellen, da sie als Unionsbürger wohl in den meisten Fällen problemlos ihren Aufenthalt im Bundesgebiet nehmen können.<sup>670</sup> Diese rein faktische Möglichkeit des Aufenthalts über andere Rechtsgrundlagen heißt aber nicht die Diskriminierung durch den Ausschluss vom Recht auf Familiennachzug.

Schwerwiegender sind die Folgen dieser Beschränkung auf das LPartG aber für Drittstaatsangehörige. Gerade in weiten Teilen der islamischen Welt gibt es nicht nur einfach keine Rechtsgrundlage für eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft. Dort steht Homosexualität sogar unter Strafe – bis hin

---

668 BVerfG, Urteil vom 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 – NJW 2013, 847.

669 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 54.

670 Der Nachzug bei Unionsbürgern richtet sich zwar ohnehin nach § 3 FreizügG/EU. Die dort in Abs. 2 Nr. 1 genannten Lebenspartner müssen aber konsequent wie in § 27 Abs. 2 AufenthG ausgelegt werden, da das deutsche Recht gerade keine absolute Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft vorsieht – andernfalls würde § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU nach gegenwärtiger Auffassung des BVerfG gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßen. Vgl. Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 3 FreizügG/EU, Rn 26f.

zur Todesstrafe<sup>671</sup>. Personen aus solchen Staaten abzuverlangen, dass sie eine Registrierung ihrer Beziehung vornehmen lassen, ist beinahe schon zynisch. Im Herkunftsland ist dies unmöglich und einer Registrierung im Inland steht entgegen, dass auch für die eingetragene Lebenspartnerschaft ein Ehefähigkeitszeugnis verlangt wird, welche nur zu erlangen wäre, wenn der Betreffende sich im Herkunftsland als homosexuell outet, da für die Erlangung eines solchen Zeugnisses ein Grund angegeben werden muss. Darüber hinaus würde auch die Beantragung eines Visums zur Einreise in die Bundesrepublik zum Zweck der Schließung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft zum Outing führen, was wiederum eine Strafbarkeit nach sich ziehen würde und die Ausreise wohl verhindern würde. Die Schließung einer für § 27 Abs. 2 AufenthG erforderlichen registrierten Partnerschaft wäre also nur auf Umwegen und über Verschleierungstaktiken möglich – welche in der Regel schlicht Lügen sein werden, die wiederum Ordnungswidrigkeiten nach dem AufenthG oder gar Straftatbestände nach deutschem Recht darstellen könnten, welche die Erteilung eines Aufenthaltstitels ausschließen könnten. Zumindest läge aber ein Wechsel im Aufenthaltswort vor, der im Grunde eine Ausreise und die Beantragung eines Visums aus dem Herkunftsland heraus erfordert.

Unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG ist es allerdings zunächst legitim, an einen Publizitätsakt anzuknüpfen. Damit wird die Vergleichbarkeit zur Ehe gewährleistet. Ebenso sind eingetragene Lebenspartnerschaften mit gleichgeschlechtlichen nichteingetragenen Partnerschaften zunächst nicht im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG vergleichbar. Ist das geforderte Kriterium für die Vergleichbarkeit faktisch unmöglich zu erfüllen, so ist auf Grund von Unzumutbarkeit eine Rechtfertigung zu verneinen. Bestimmt man aber die Vergleichsgruppen nicht nach der tatsächlich bestehenden legalisierten Beziehung, sondern danach, ob die Partner aus einem Staat kommen, in welchem sie überhaupt die Möglichkeit haben, eine solche Lebenspartnerschaft einzugehen oder nicht, käme man in den Bereich der Differenzierungsverbote nach Art. 3 Abs. 3 GG – den Kriterien der Heimat und Herkunft. Zwar hindern diese den Gesetzgeber nicht daran, deutsche und ausländische Staatsangehörige unterschiedlich zu behandeln – Herkunft meint nicht die Staatsangehörigkeit. Aber eben auch die Differenzierung auf Grund der Staatsangehörigkeit muss nach Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt sein.<sup>672</sup> Es wird aber kaum einen plausiblen Grund geben, warum der Familiennachzug für homosexuelle Paare aus beispielsweise Kanada im legitimen staatlichen Interesse stehe, der von Paaren aus dem Iran aber nicht. Der fehlende Publizitätsakt kann bei dieser Betrachtung keine Rolle spielen. Auch hier wäre dieser als Anknüpfungspunkt unzumutbar. Der Umstand, welche Rechtsinstitute ein Gesetzgeber ermöglicht und welche nicht, liegt nicht im Einflussbereich des Bürgers, sodass auch der Bezug auf die Registrierung wiederum auf die Staatsangehörigkeit als Kriterium hinaus liefe, welche gerade nicht zur Rechtfertigung einer Differenzierung wegen der Staatsangehörigkeit dienen kann. Alles andere wäre zirkulär.

Mithin erscheint die Anknüpfung an den Publizitätsakt als ein mit Art. 3 Abs. 1 GG im Einzelfall nur schwer vereinbares Merkmal. Nähme man hiervon aber Abstand, käme man in einen Bereich, in welchen sodann auch verschiedengeschlechtliche nichteheliche Lebensgemeinschaften aufenthaltsrechtlich Berücksichtigung finden müssten, um eine weitere Diskriminierung zu vermeiden.<sup>673</sup>

Die Anknüpfung an einen Publizitätsakt zur Begründung eines Nachzugsrechts nimmt auch der EuGH in seiner Entscheidung vom 5.6.2018 in der Rechtssache *Coman* vor. Der dort entschiedene Fall betraf ein gleichgeschlechtliches Paar aus einem Amerikaner und einem Rumänen, welcher aber auch die amerikanische Staatsangehörigkeit besaß. Die Partner hatten in Belgien eine gleichgeschlechtliche Ehe nach belgischem Recht geschlossen, während sich Herr Coman dort als parlamen-

671 So steht im Iran sowohl der Beischlaf zwischen zwei Männern als auch der zwischen zwei Frauen bei Wiederholungstätern unter Todesstrafe. Gleiches gilt für Saudi-Arabien, wo aber Todesurteile zumindest in der Regel nicht vollstreckt werden.

672 Ipsen, Staatsrecht II, 19.A., Rn 826.

673 Zur Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften im Folgenden näheres.

tarischer Assistent beim Europäischen Parlament aufhielt – also seine Arbeitnehmerfreizügigkeit wahrgenommen hatte. Die rumänischen Behörden verweigerten nunmehr die gemeinsame Einreise des Paares mit dem Ziel eines dauerhaften Aufenthalts für Herrn Hamilton – den Ehepartner Herrn Comans –, da in Rumänien gleichgeschlechtliche Ehen vom Gesetz nicht vorgesehen sind. Der Gerichtshof stellte in dieser Sache fest, dass die Mitgliedsstaaten eine nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaates geschlossene Ehe anerkennen müssen, da sie verpflichtet sind, das Unionsrecht zu beachten.<sup>674</sup> Dabei stellt der EuGH darauf ab, dass die Verweigerung eines Nachzugsrechts den Unionsbürger in der Ausübung seiner Freizügigkeit behindern würde, da es ihm nicht möglich ist, mit seinem Ehegatten in sein Heimatland zurück zu kehren.<sup>675</sup> Mithin wendet der Gerichtshof hier seine Kernbereichstheorie aus der Rechtsache *Zambrano* unter umgekehrten Vorzeichen an. Dabei übersieht der EuGH jedoch, dass die Antragsteller als amerikanische Staatsangehörige ohne weiteres gemeinsam in den USA einen Wohnsitz nehmen und ihr Familienleben ausleben könnten. Hier verlässt der EuGH seine eigenen Leitlinien in Bezug auf den Grundsatz, dass weder die GrChEU noch die EMRK ein Recht auf Familienleben in einem Land der EU gewähren, sondern lediglich das Recht auf Familienleben generell. Sicher ließe sich argumentieren, dass Herr *Coman* durch eine Ausreise in die USA seine Rechte als Unionsbürger nicht nutzen könnte. Jedoch hat er als Erwachsener anders als die Kinder in den Urteilen *Zambrano* und *Zhu und Chen* die Möglichkeit einer eigenen Entscheidung und mit dem Urteil *Dereci* genügt es nicht, dass ein Aufenthalt im Unionsgebiet bloß wünschenswert wäre<sup>676</sup> – zumal im konkreten Fall die Eheleute bisher nie gemeinsam in Rumänien gelebt hatten.

Mithin ist das Ergebnis des EuGH begrüßenswert und ein Signal an nationale Gesetzgeber, ihre Aufenthaltsgesetze zu öffnen. Inhaltlich ist das Urteil jedoch angreifbar und fragwürdig.

### **cc) kein Kindernachzug**

Weiterhin von der Globalverweisung des § 27 Abs. 2 AufenthG ausgenommen sind die Normen zum Kindernachzug. In der Mehrzahl der Fälle wird dies auch nicht erforderlich sein, da der Nachzug eines Kindes zum leiblichen Elternteil mit Personensorgerechtigkeit nach § 32 AufenthG möglich ist, ohne Bezug auf Lebenspartnerschaft zu nehmen. Ebenso wird auch der Nachzug von Elternteilen i.R.v. § 36 Abs. 1 AufenthG ohne Bezug zur eingetragenen Lebenspartnerschaft möglich sein, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.

Dass es für Fragen in Bezug auf Kinder allein auf die rechtliche Beziehung zwischen Eltern und Kind ankommt, ist im Vergleich zur Ehe auch nicht zu beanstanden, da gleiches dort auch gilt – nur ein adoptiertes Stiefkind ist im Aufenthaltsrecht relevanter Bezugspunkt. Problematisch wird die fehlende Verweisung erst im Zeitpunkt nach Beendigung einer Lebenspartnerschaft.

Wenn aber die Rechtslage grundsätzlich ohnehin zumindest für einen Teil der Familie einen Nachzug ermöglicht, ist es nicht nachvollziehbar, dass die Verweisung in den Kindernachzug ausgenommen wurde. Grundsätzlich befinden sich die gleichgeschlechtlichen Partner in der gleichen Lage wie Ehegatten. Auch für Ehegatten lässt sich anführen, dass Kindernachzug oder Elternnachzug unabhängig von einer bestehenden Ehe nach den gesetzlichen Voraussetzungen gewährt werden kann. Trotzdem ist auf diese der 6. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes uneingeschränkt anwendbar. Die Einschränkung wird mit keinem legitimen Sachargument begründet. Dass es nur selten Fälle gibt, in denen eine Verweisung nötig wäre, ist in jedem Fall kein Rechtfertigungsgrund.<sup>677</sup>

---

674 EuGH, Urteil vom 5.6.2018 – C-673/16 – *Coman*, Rz.:38.

675 EuGH, Urteil vom 5.6.2018 – C-673/16 – *Coman*, Rz 39.

676 Vgl. EuGH, Urteil vom 15.11.2011 – C-256/11 – *Dereci*, Rz 68.

677 Zu diesem Schluss kommt auch Hoppe, Die Berücksichtigung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz, 2002, S. 173.

Zwar wird auch angenommen, dass die Lebenspartner als Familienangehörige gelten, sodass eine Anwendung von § 36 Abs. 2 AufenthG ohne weiteres möglich ist.<sup>678</sup> Aber auch dies wird nicht durch eine entsprechende Verweisung aufenthaltsrechtlich deutlich gemacht. Der ausdrückliche Ausschluss der Verweisung in § 27 Abs. 2 AufenthG erweckt gerade den Eindruck, dass keine Anwendung stattfinden soll. Hierin liegt zumindest ein geringer Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips. Der Bürger kann nicht ohne weiteres durch einen Blick ins Gesetz erfassen, welche Rechte ihm gewährt werden.

#### **dd) Zwangsoouting**

Durch die Benennung des Aufenthaltszwecks der Herstellung und Wahrung einer lebenspartnerchaftlichen Gemeinschaft in den Aufenthaltstiteln, wird automatisch dafür gesorgt, dass die sexuelle Orientierung des Ausländers offenbart wird – auch wenn dieser aus einem Staat kommt, in welchem Homosexualität unter Strafe steht. Damit wird dem Betreffenden nach einmal erfolgter Ausreise in Richtung Bundesrepublik die Rückkehr in seinen Herkunftsstaat faktisch unmöglich gemacht.

Dies ließe sich unproblematisch vermeiden, indem generell der Aufenthaltszweck des Familiennachzugs angegeben wird, was auch den gesetzlichen Regeln entspricht. Zwar stünde auch dann die Gefahr, dass durch genauere Recherchen offenbar wird, zu welcher Art von Familie nachgezogen wurde. Das Risiko des Outings würde aber minimiert. Hierzu besteht im Grundsatz keine Rechtspflicht für den Gesetzgeber. Aber es ist rein menschlich geboten.

## **2. heterosexuelle nichteheliche Lebensgemeinschaften**

### **a) Diskriminierung gegenüber gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft**

Die Einbeziehung der eingetragenen Lebenspartnerschaft in den 6. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes führt zu der Frage, ob nicht nunmehr nichteheliche aber verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften diskriminiert werden. Der 6. Abschnitt dient primär dem Schutz der Familie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG. Es wird jedoch immer wieder betont, dass die homosexuelle Lebensgemeinschaft keine solche Familie darstellt, sondern der Abstand zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft gewahrt werden müsse. Bezieht man systemwidrig die eingetragene Lebenspartnerschaft mit ein, müsste es einen Rechtfertigungsgrund geben, warum weiterhin der heterosexuellen nichtehelichen Lebensgemeinschaft die selben Rechte verwehrt werden.

Beide nichtehelichen Gemeinschaften genießen nicht den Schutz aus Art. 6 Abs. 1 GG, wohl aber den auf Schutz ihres Familienlebens als Ausgestaltung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK. Mithin wäre eine vergleichbare Lage durchaus gegeben. Die Schutzlage ist jedoch nicht ohne weiteres vergleichbar. Dem heterosexuellen Paar steht es grundsätzlich frei, jederzeit eine Ehe zu schließen und damit den Schutz aus Art. 6 Abs. 1 GG zu erhalten. Diese Möglichkeit haben homosexuelle Paare nicht, sodass deren nichteheliche – aber der Ehe durch einen Publizitätsakt vergleichbare – Verbindung in die §§ 27ff. AufenthG einbezogen werden muss, um dem Schutz aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu gewährleisten.<sup>679</sup>

Der fehlende Publizitätsakt wird auch als primärer Grund für den Ausschluss von aufenthaltsrechtlichen Vergünstigungen angeführt. Da für die Behörden nicht sicher feststellbar ist, ob eine Beziehung zwischen zwei Menschen tatsächlich besteht, wird ihnen kein erleichterter Aufenthalt gewährt.

---

678 BT-Drs. 14/3751, S. 34.

679 So auch VGH München, Urteil vom 28.10.1998 – 10 Zs 98.2959 – Rz. 3 (BeckRS 1998, 17678).

Es wird davon ausgegangen, dass die nichteheliche Beziehung weniger ernsthaft angelegt ist, als die Ehe oder die eingetragene Lebenspartnerschaft. Zwar erfordern auch die §§ 27ff. AufenthG grundsätzlich nicht nur die rein rechtliche Verbindung zwischen zwei Menschen, sondern auch eine tatsächlich gelebte Beziehung. Die nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaft wird dies zwar unproblematisch vorweisen können. Ihr fehlt es aber an der staatlichen Anerkennung durch eine rechtliche Verbindung, welche der Gesetzgeber zu privilegieren bereit ist.<sup>680</sup> Genauso wird aber eben auch nicht privilegiert, wer nur eine rechtliche Beziehung hat, aber keine tatsächlich gelebte. Wird eine solche Scheinehe festgestellt, entfällt die Privilegierung nach den §§ 27ff. AufenthG.

Daneben sind nichteheliche Lebensgemeinschaften in ihren Erscheinungsformen so Vielfältig, dass eine Typisierung und der Nachweis der Ernsthaftigkeit kaum möglich wäre. Dem gegenüber wird die eingetragene Lebenspartnerschaft durch die Vorschriften des LPartG derart reguliert, dass eine Missbrauchsgefahr auf das gleiche Maß beschränkt wird, wie bei der Ehe.

Auch wenn damit die Ausgrenzung der nichtehelichen verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft grundsätzlich gerechtfertigt zu sein scheint, geht diese Ausgrenzung doch weiterhin an der Lebensrealität vorbei. Es kann kaum ernsthaft behauptet werden, dass registrierte Paarverbindungen automatisch beständiger wären. Eine Scheidung ist heute gesellschaftlich akzeptiert und die Hemmschwelle dazu ist gesunken. Hingegen sind zahllose Paare auch ohne Trauschein über Jahre und Jahrzehnte zusammen, haben Kinder und führen ein typisches Familienleben. Man könnte nunmehr fordern, für solche Fälle eine Registrierungsform zu eröffnen, die zwar ein Minus zur Ehe darstellen wird, aber durch einen Publizitätsakt und eine damit einhergehende Typisierung zumindest für den Zweck des Aufenthaltsrechts eine Gleichstellung ermöglichen würde. Allerdings bliebe fraglich, inwieweit ein solches Konstrukt angenommen würde von Paaren denen die Ehe ja grundsätzlich offen stände, die aber aus dem einen oder anderen persönlichen Grund auf eine staatliche Anerkennung verzichten. Insbesondere in Anbetracht der grundsätzlich offenstehenden Möglichkeit der Ehe wird man auch die Erforderlichkeit eines solchen Konstrukts verneinen müssen.

Besteht aber in einem Drittstaat die Möglichkeit – beispielsweise durch einen öffentlich bezeugten Vertrag – eine Paarverbindung auch ohne Trauschein in rechtliche Bahnen zu lenken, könnte das Argument der fehlenden Publizität und Nachweisbarkeit nicht mehr greifen. Da eine solche Verbindung vom Aufenthaltsgesetz nicht vorgesehen wird und auch nicht dem deutschen *Ordre Public* entspricht, würde sie wohl keine Berücksichtigung finden. Es könnte jedoch daran gedacht werden, dass sich aus bilateralen Abkommen oder etwa Unionsrecht eine Pflicht zur Anerkennung ergeben könnte.

Sind aus der Beziehung gemeinsame Kinder hervorgegangen, besteht aufenthaltsrechtlicher Schutz, da das gemeinsame Kind als Bindeglied die Verbindung zur „Familie“ mit dem Schutz nach Art. 6 Abs. 1 GG macht. Denn die jeweils isolierte Zweierbeziehung zwischen Mutter bzw. Vater und Kind ist grundrechtlich geschützt und auch von den §§ 27ff. AufenthG erfasst. Auf Grund des höheren Verfassungsrangs der Ehe und der freiwilligen Entscheidung von Paaren, auf diesen zu verzichten, ist es aber gerechtfertigt, einen geringeren Schutz nur für die bestehenden Einzelbeziehungen zu gewähren.<sup>681</sup> Gänzlich rechtlos stünden also nur Paare ohne Kinder da.

## **b) Runderlass Sachsen-Anhalt**

Beinahe revolutionäre Wege ging das Land Sachsen-Anhalt bereits im Jahr 1997 mit einem Runder-

---

680 So auch Hoppe, Die Berücksichtigung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz, 2002, S. 115.

681 So schon Zimmermann in DÖV 1991, 401 (402).



lass, der entsprechend der damaligen Rechtsauffassung als Arbeitsanweisung Grundlage für die Ausländerbehörden war und nicht nur gleichgeschlechtliche Paare erfasste, sondern auch nichteheliche verschiedengeschlechtliche Paare.<sup>682</sup> Dieser Runderlass trat zwar mit der Einführung des LPartG außer Kraft, könnte aber trotzdem einen Hinweis darauf darstellen, dass keineswegs absolut verneint werden kann, dass die Anerkennung von nichtehelichen Paaren dem deutschen *Odre Public* entspricht. Auch wenn sich seither keine neue ähnliche Regelung entwickelt hat, ist der Gedanke zumindest rechtshistorisch der deutschen Rechtsordnung nicht gänzlich fremd und könnte eine entsprechende Regelung in einem bilateralen Abkommen rechtfertigen.

### 3. Ausblick

Die Globalverweisung des § 27 Abs. 2 AufenthG führt wie gezeigt zu Unklarheiten und Regelungslücken. Sinnvoller wäre eine Formulierung wie: „Für die Herstellung und Wahrung einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft im Bundesgebiet werden die Vorschriften dieses Abschnitts wie für Ehegatten angewandt.“ Statt einer fragwürdigen „eingeschränkten Globalverweisung“ würde damit deutlich gemacht, dass im Grunde alles gilt, da eben auch das Abstandsgebot zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft aufenthaltsrechtlich keine Rolle spielt. Mit Verweisungen hingegen wird man immer Diskussionsbedarf erzeugen. Damit würde auch der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG nicht berührt, da lediglich eine entsprechende Behandlung angeordnet wird, aber beschränkt auf aufenthaltsrechtliche Familiennachzüge und ohne zu unterstellen, es handle sich um identische Rechtsinstitute.

Noch unklar ist, wie die in Irland eingeführte Homo-Ehe sich aufenthaltsrechtlich auswirken wird. Im Grunde kann auf gleichgeschlechtliche Paare, die im Ausland rechtskräftig eine Ehe geschlossen haben, nicht § 27 Abs. 2 AufenthG Anwendung finden. Vielmehr müssten alle Vorschriften über Ehegatten unmittelbar anwendbar sein. Das würde aber auch zum uneingeschränkten Kinder- und Elternnachzug führen, da davon auszugehen ist, dass Partner einer Homo-Ehe auch uneingeschränkte Adoptionsrechte haben. Dies würde wiederum zu einer Diskriminierung gegenüber allen Paaren aus Ländern führen, in denen keine Homo-Ehe möglich ist. Außerdem könnte eine solche Behandlung mit dem deutschen *Odre Public* unvereinbar sein. Auch nach dem Bundesverfassungsgericht muss eine ausländische Ehe nur dann im Inland akzeptiert und als von Art. 6 Abs. 1 GG umfasst betrachtet werden, wenn sie mit dem Leitgedanken der Ehe im Sinne des Grundgesetzes vereinbar ist.<sup>683</sup> Folgt man der Ansicht, dass die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft auch nach der allgemeinen Auffassung in der Gesellschaft nicht als Ehe im Sinne des Grundgesetzes verstanden wird, käme man für die Homo-Ehe mithin dazu, dass auch diese weiterhin lediglich nach § 27 Abs. 2 AufenthG zu behandeln ist. Auch wenn dieser Schluss konsequent erscheint, versperrt er eine Möglichkeit, mit den gegebenen Gesetzen einen Wandel hin zu einer modernen Weltanschauung zu vollziehen.

Keine Perspektive besteht für nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften, denen die Registrierung als Merkmal für eine sichere Nachweisbarkeit fehlt. Auf Grund der jederzeit offenstehenden Möglichkeit der Eheschließung besteht aber auch kein überragendes Bedürfnis für eine entsprechende Anerkennung.

Insgesamt besteht also keine diskriminierende Situation für nichteheliche verschiedengeschlechtliche Paare. Allerdings werden die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft gegenüber Ehegatten diskriminiert. Der Bundesgesetzgeber behebt solche Diskriminierungen auch nicht durch

---

682 Runderlass zum Aufenthaltsrecht nichtehelicher (verschieden- und gleichgeschlechtlicher) Lebensgemeinschaften des Innenministeriums Sachsen-Anhalt vom 23.01.1997 – 42-21 1223186.2; Vgl. *Wegner* in ZAR 2001, 159 (163).

683 BVerfG, Urteil vom 12.05.1987 – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, Rz. 80 - E 76, 1.

punktueller Gesetzesänderungen oder die Reaktion auf Urteile wie in der Rechtssache *Coman* (eine solche Reaktion bleibt allerdings noch abzuwarten), sondern sollte beherzt einmal generell eine Neuregelung treffen, die gleichgeschlechtliche Partner schlicht gleichstellt – vielleicht sogar ohne jede ausdrückliche Benennung. Denn wer die „Ehe für alle“ einführt, sollte auch konsequent alle Regelungen in Bezug auf das Institut der Ehe schlicht gelten lassen – ohne besondere Nennungen. Lediglich für ausländische Institute, die der alten eingetragenen Lebenspartnerschaft mehr ähneln als der Ehe für alle, sollten ausdrückliche Gleichstellung aufrecht erhalten werden – um einen Rückschritt zu vermeiden.

## II. Missbrauch des Aufenthaltsrechts durch Scheinehen

### 1. Scheinehen

Schinehen als Möglichkeit der missbräuchlichen Ausnutzung des Familiennachzugs sind ein beständiges Problem des Ausländerrechts. Dabei ist vor allem der Nachweis einer solchen Scheinehe problematisch. Grundrechtliche Grenzen verhindern sowohl einen Generalverdacht gegenüber allen Ehen mit Beteiligung von Ausländern, als auch eine intensive Nachforschung im Bereich der Intimsphäre bei Bestehen eines konkreteren Verdachts.

Eine Scheinehe liegt im Sinne des Aufenthaltsgesetzes vor, wenn zwar eine formal gültige Ehe geschlossen wurde, diese aber nur außereheliche Zwecke verfolgt und insbesondere der Wille zur Herstellung und Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft nicht gegeben ist.<sup>684</sup> Als außerehelicher Zweck interessiert hier die Erlangung bzw. Verschaffung eines Aufenthaltstitels für einen Ehepartner.<sup>685</sup> Dadurch dass es für die Beurteilung einer Ehe als Scheinehe auf den Zeitpunkt der Antragsstellung für einen Aufenthaltstitel ankommt, kann auch eine bereits länger bestehende und ursprünglich vom Willen zur Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft getragene Ehe zur Scheinehe werden, wenn dieser Wille nachträglich entfallen ist.<sup>686</sup>

Der Begriff der Scheinehe ist allerdings missverständlich. Nach dem allgemeinen Wortsinn wird der Durchschnittsbürger unter einer Scheinehe eine nicht bestehende Ehe verstehen. Formal besteht die Scheinehe jedoch. Sie ist lediglich aufhebbar.<sup>687</sup> Solange aber keine Aufhebung stattgefunden hat, besteht die Ehe als solche. Es müsste daher vielmehr korrekt heißen „Ehe zu allein außerehelichen Zwecken“. Der Einfachheit halber wird im Folgenden aber trotzdem von der „Schinehe“ gesprochen, da dieser Begriff auch üblich ist. Anders dagegen ist es bei eingetragenen Lebenspartnerschaften, bei denen auch Scheinpartnerschaften zur Erlangung von Aufenthaltstiteln denkbar sind. Gemäß § 15 LPartG können zwar auch eingetragene Lebenspartnerschaften aufgehoben werden. § 15 Abs. 2 S. 2 LPartG verweist jedoch dafür nur in die Aufhebungsgründe des § 1314 Abs. 2 Nr. 1 bis 4 BGB, nicht aber auf den § 1314 Abs. 2 Nr. 5 BGB, der den Aufhebungsgrund der Scheinehe enthält. Daraus lässt sich entnehmen, dass Scheinpartnerschaften nicht zunächst Bestand haben und erst einer Aufhebung bedürfen, sondern dass diese von Anfang an unwirksam sind und damit konsequent auch keine aufenthaltsrechtlichen Folgen erzeugen können.<sup>688</sup>

---

684 Hierzu auch *Borrmann* in ZAR 2004, 61 (61).

685 Daneben ist aber klassisch auch die Erlangung von steuerlichen Vorteilen oder das Einrücken in eine Erbfolge denkbar. Unabhängig vom verfolgten außerehelichen Zweck ist die fehlende Lebensgemeinschaft ausschlaggebend.

Für die aufenthaltsrechtliche Scheinehe statt vieler: BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11/10 (NVwZ 2012, 52).

686 BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11/10 – Rz 18 (NVwZ 2012, 52 (55)).

687 Denn im streng juristischen Sinne würde eine Scheinehe zum Schein abgegebene Erklärungen voraus setzen, die nicht auf das wirksame Herbeiführen einer Ehe gerichtet waren und damit nach § 117 BGB von Anfang an nichtig wären. Die Ehe wäre also nie entstanden. So auch *Göbel-Zimmermann* in ZAR 2006, 81 (82).

688 Ring/Olse-Ring, LPartG, § 15, Rn 9; *Göbel-Zimmermann* ZAR 2006, 81 (84).

### a) § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG

Dass eine Scheinehe keine Grundlage für einen Ehegattennachzug darstellt, ergibt sich aus § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG. Darüber hinaus umfasst die Norm auch weitere zum Schein begründete Verwandtschaftsverhältnisse, wie eine Scheinadoption oder eine Scheinvaterschaft, welche ebenfalls den Zweck verfolgen, jemanden unrechtmäßig einen Aufenthaltstitel zu verschaffen. Erfasst werden sowohl Beziehungen zwischen Drittstaatsangehörigen, als auch zwischen einem Deutschen und einem Drittstaatsangehörigen.

Die Norm dient der Umsetzung von Art 16 Abs. 2 lit. b Familienzusammenführungsrichtlinie und übernimmt diesen beinahe wortgleich. Für den deutschen Rechtsanwender bietet sie dabei allerdings lediglich eine Klarstellungsfunktion, da die Ehe ohne Wille zur Führung einer Lebensgemeinschaft bereits nicht vom Ehebegriff des § 27 Abs. 1 AufenthG erfasst ist und damit kein Aufenthaltsrecht begründen kann. Darüber hinaus beabsichtigte der Gesetzgeber mit dem ausdrücklichen Ausschluss von Scheinehen vor allem die Signalfunktion, dass der Missbrauch von Aufenthaltsrechten nicht hingenommen wird. Das Unrechtsbewusstsein der potentiell missbräuchlichen Antragssteller soll geschärft werden und letztlich sollen auch Zwangssituationen in Form von Zwangsprostitution bekämpft werden.<sup>689</sup>

Es handelt sich damit um die Normierung eines Ausschlussgrundes für den Familiennachzug, welcher positiv vorliegen („feststeht“) muss. Dabei hatte die Einführung dieses Ausschlussgrundes insgesamt wohl eher klarstellenden Charakter, denn ein Mangel an Willen zur gemeinsamen Lebensführung hat schon vorher zu einer Versagung des Ehegattennachzuges geführt. Insgesamt hat der § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG also einen denkbar kleinen Anwendungsbereich, da es in der Regel auch schwer wird, eine Scheinehe positiv festzustellen.<sup>690</sup>

### b) § 3 FreizügG/EU

Da Unionsbürger nicht von den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes erfasst werden, hält das Freizügigkeitsgesetz auch für diese Problematik eigene Begrifflichkeiten bereit. In § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU werden Ehegatten als nachzugsberechtigt aufgeführt. Mangels Bezug auf eine Norm, die den Ehebegriff näher ausgestaltet, kommt man zu dem Ergebnis, dass der Begriff des „Ehegatten“ rein formal auszulegen ist. Es käme damit nur auf die wirksam geschlossene Ehe an – abhängig vom Recht des Herkunftsstaates bzw. des Ortes, an welchem die Ehe geschlossen wurde.<sup>691</sup> Eine Scheinehe könnte im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes nur bestehen, wenn die behauptete Ehe aus formalen Gründen nie wirksam geschlossen wurde. Dieser engere Begriff der Scheinehe würde im Vergleich zum Aufenthaltsgesetz wesentlich weiter reichende Nachzugsrechte einräumen.<sup>692</sup> Dafür spricht auch, dass für die Erteilung von Aufenthaltskarten lediglich formale

---

689 BT-Drs. 16/5065, S. 3 und 152; Jobs ZAR 2008, 295 (298), *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 56 mwN.

690 Zu den Problemen bei der Beweisbarkeit einer Scheinehe und deren verfassungsrechtlicher Grenze im Folgenden ausführlich.

691 Vgl. Art. 11 EGBGB. Nicht einschlägig ist bei Konstellationen unter dem Freizügigkeitsgesetz Art. 13 EGBGB, welcher lediglich von Auslandsberührungen einer Ehe ausgeht, während Art. 11 EGBGB sich auf rein ausländische Ehen bezieht. Für den Anwendungsbereich des FreizügG/EU sind aber in der Mehrzahl der Fälle zwei Ausländer (mindestens ein Unionsbürger und ein Drittstaatsangehöriger) erforderlich, sodass es sich um reine Auslandsehen handeln wird (Ausnahmen werden maximal in Rückkehrerfällen denkbar sein).

692 Diese Auffassung verfolgt zumindest das OVG Magdeburg in seinem Beschluss vom 06.08.2015 – 2 M 54/15, ZAR 2015, 402. Dort wurde eine Scheinehe zwischen einem Mann aus Burkina Faso und einer Kroatin festgestellt. Die Ehe wurde in der burkiner Botschaft in Paris geschlossen, was zumindest aus kroatischer Sicht bereits unwirksam ist, da Ehen durch kroatische Staatsangehörige im Ausland nur in kroatischen Auslandsvertretungen geschlossen werden können.

Nachweise erforderlich sind.<sup>693</sup> Durch diese rein formale Betrachtung käme man zu einem europarechtlichen Ehebegriff, der den Vorteil hätte, dass eine unionsweit einheitliche Behandlung möglich wäre. Bezöge man sich auf nationale Ehebegriffe, könnte es zu Ungleichbehandlungen kommen und zu Situationen, in denen eine Ehe nur in einem Teil der Mitgliedstaaten anerkannt wird.<sup>694</sup>

Durch diese rein formale Auffassung würde aber der Anwendungsbereich des Begriffs der Scheinehe stark verkürzt. Dieser ist in Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie aber ausdrücklich erwähnt. Ein rein formaler Begriff der Scheinehe würde aber dazu führen, dass der Begriff selbst praktisch inhaltslos wäre. Denn eine formal fehlerhafte Ehe kann schon begrifflich nicht als Ehe betrachtet werden, damit auch keine Scheinehe sein. Es liegt schlicht keine Ehe vor. Vielmehr müssen auch für den Zweck des Freizügigkeitsgesetzes tatsächliche Umstände in die Beurteilung mit einbezogen werden. Darauf deuten auch die Erwägungsgründe zur Unionsbürgerrichtlinie hin, nach denen die Mitgliedstaaten gegen „Scheinehen oder andere Arten von Bindungen, die lediglich zum Zweck der Inanspruchnahme des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts geschlossen wurden“<sup>695</sup> vorgehen sollen. Offensichtlich wird davon ausgegangen, dass eine Scheinehe ein klassisches Beispiel für eine zur Erschleichung von Aufenthaltsrechten geschlossene Verbindung ist. Dies setzt aber schon begrifflich voraus, dass eine Ehe geschlossen wurde und nicht wegen formaler Mängel gar nicht besteht. Der Bezug auf tatsächliche Umstände ergibt sich auch aus § 2 Abs. 7 FreizügG/EU, wonach Aufenthaltsrechte nicht bestehen, wenn falsche Tatsachen vorgespiegelt wurden und nach Satz 2 insbesondere nicht die Führung der familiären Lebensgemeinschaft Grund für den Nachzug ist. Die Formulierungen kommen hier den dogmatischen Grundsätzen zu § 27 Abs. 1a AufenthG nahe.<sup>696</sup> Allerdings verlangt die Norm in Hinblick auf das Beweismaß auch die volle Überzeugung der Behörde vom Feststehen einer Scheinehe und erlegt darüber hinaus auch die Beweislast der Behörde auf. Da jedoch gerade in § 2 Abs. 7 S. 2 FreizügG/EU nicht durch den Begriff des „Willens“ auf innere Tatsachen Bezug genommen wird, dürften an die Feststellung geringere Anforderungen zu stellen sein.<sup>697</sup> Dass nicht die Führung der familiären Lebensgemeinschaft Zweck des Aufenthalts ist, lässt sich auch an objektiven Gesichtspunkten festmachen. Der Feststellung selbst müssen aber die gleichen menschenrechtlichen Grenzen gesetzt sein, wie der nach § 27 AufenthG.

Letztlich würde eine rein formale Auffassung des Ehebegriffs aber auch zu einem Zirkelschluss führen. Auch nach dem Freizügigkeitsrecht wird einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kein Aufenthaltsrecht eingeräumt. Die tatsächlich gelebte Beziehung genügt insofern nicht zur Erlangung einer Rechtsposition. Für die Ehe wird aber bei einer formalen Auslegung lediglich der Verwaltungsakt der Eheschließung verlangt, eine tatsächliche Beziehung wäre nicht erforderlich. Damit würde derjenige, der mehr Voraussetzungen erfüllt, nicht begünstigt, während jemand mit weniger Voraussetzungen eine Rechtsposition erlangen kann. Darum kann eine Ehe auch im Unionsrecht nicht ohne weiteres nur auf Grund ihres formalen Vorliegens gefördert werden. Andernfalls ergäben sich nicht zu rechtfertigende Diskriminierungen gegenüber nichtehelichen Lebensgemeinschaften.<sup>698</sup>

---

693 Nach Art. 8 Abs. 5 und Art. 10 Abs. 10 UnionsbürgerRL ist lediglich die Vorlage von Ausweispapieren und weiteren Urkunden zum Nachweis bestehender Verbindungen erforderlich. Auf innere Einstellungen oder tatsächlich gelebte Beziehungen wird nicht abgestellt.

694 Diese Ansicht vertritt auch *Pfersich* in ZAR 2015, 402 (404).

695 Erwägungsgrund 28 der UnionsbürgerRL. Auch der EuGH erkennt an, dass es „Scheinehen“ gibt. So stellt er im Urteil *Akrich* (Urteil vom 23.09.2003 - Rs.: C-109/01, Rz 58) fest, dass der Gebrauch von Freizügigkeitsrechten dann rechtsmissbräuchlich ist, wenn eine Scheinehe gegeben ist und diese in Kombination mit den genutzten Freizügigkeitsrechten über die UnionsbürgerRL zu einem Aufenthaltsrecht führen soll.

696 Zu diesem Schluss kommt auch das VG Würzburg, Urteil vom 27.04.2015 – W 7 K 14.533 für den Fall einer Ehe zwischen einem Inder und einer Bulgarin, in welcher es sogar ein Kind gab, für welches der Ehemann die Vaterschaft anerkannt hatte. Jedoch hatten Mutter und Kind ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Bulgarien, während der indische Kläger sich dauerhaft in der Bundesrepublik aufhielt.

697 *Dienelt* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 2 FreizügG/EU, Rn 146-150.

698 In diesem Sinne auch Borrmann ZAR 2004, 61 (64).

### c) Grundrechtsverletzung durch Ausforschung

Die Prüfung, ob eine Scheinehe vorliegt, hat grundsätzlich innerhalb eines menschenrechtlichen Rahmens zu erfolgen, wobei nach herrschender Ansicht den Antragsteller die Beweislast trifft.<sup>699</sup> Als menschenrechtlicher Rahmen zu beachten ist auf jeden Fall das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Dieses schützt unter anderem die Privatsphäre, also den Bereich, in welchem jeder für sich bleiben kann und eigenverantwortlich Entscheidungen, unbehelligt von staatlichen Eingriffen, treffen kann.<sup>700</sup> Kennzeichnend ist insbesondere, dass der Einzelne sein Privatleben frei gestalten kann – sicher vor Einblicken durch Dritte oder den Staat. Durch die Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ist dieses allgemeine Persönlichkeitsrecht Bestandteil der Menschenwürde mit entsprechend hohen Anforderungen an einen verfassungsmäßigen Eingriff.<sup>701</sup> Um aber den Willen zweier Eheleute, eine eheliche Lebensgemeinschaft führen zu wollen, abschließend und sicher beurteilen können, bedarf es tiefere Einblicke in die private Lebensgestaltung der Beteiligten. Wenn die Behörde als staatliche Stelle genauere Kenntnisse über die innere Einstellung der Beteiligten zur Ehe erlangen will, muss sie zwangsweise in den von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Bereich der Privatsphäre eingreifen. Für solche Eingriffe gilt die Schrankentrias des Art. 2 GG, wonach auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz eingeschränkt werden kann. Wichtigste Schranke ist dabei wohl die verfassungsmäßige Ordnung, welche die Gesamtheit der Rechtsordnung umfasst, also auch einfache Gesetze wie das Aufenthaltsgesetz. Grundgedanke hinter diesen Freiheitschranken ist die Gemeinverträglichkeit der Ausübung eigener Vorstellungen des Einzelnen. Da der Abschluss von Scheinehen vom Nachzugsrecht neben dem grundsätzlichen Zweck der Begrenzung der Zuwanderung vor allem den Missbrauch von Nachzugsrechten bekämpfen soll, dienen diese Regelungen auch dem Gemeinwohl und sind damit als Teil der Rechtsordnung geeignet, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Antragsteller einzuschränken. Auf Grund der Verbindung mit der Menschenwürde sind aber an die Rechtfertigung etwaiger Eingriffe höhere Anforderungen gestellt. Dazu hat das BVerfG die Sphärentheorie aufgestellt. Die Eingriffsintensität wird abgestuft daran gemessen, in welchen der drei Schutzbereiche Sozialsphäre, Privatsphäre oder Intimsphäre eingegriffen wird. Je nach Stufe des Eingriffs werden sodann entsprechende Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt. Dabei ist die Intimsphäre als Kernbereich unantastbarer privater Lebensgestaltung aber staatlichen Eingriffen gänzlich verschlossen.<sup>702</sup> Während also objektiv nach Außen tretende Umstände wie das Zusammenleben in einer gemeinsamen Wohnung wohl zur Sozialsphäre zu zählen sind und die Ausforschung dieser auf herkömmliche Weise anhand von Kriterien der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt werden kann, werden Fragen wie die tatsächliche Ausgestaltung des gemeinsamen Lebens, Gewohnheiten der Partner und auch Fragen des ehelichen Verkehrs – welche als Anhaltspunkte für eine Scheinehe dienen können – der Intimsphäre zuzuordnen sein, sodass ein Eingriff nicht zu rechtfertigen ist.

Konsequent sind daher Maßnahmen der Ausforschung kaum möglich. Auch wenn beispielsweise die Befragung von Nachbarn Umstände betreffe, die zumindest soweit nach Außen gedrungen sind, dass sie der Privatsphäre als zweiter Stufe zuzuordnen wären, müsste hier doch eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung durchgeführt werden. Die Bekämpfung von Scheinehen und Begrenzung des Zuzugs mögen zwar legitime Ziele sein, zu denen die Ausforschung mittels Befragungen im Umfeld auch geeignet ist. Schon bei der Erforderlichkeit wird es jedoch problematisch. Als gleich geeignetes, milderes Mittel kommt zunächst die Befragung der Eheleute selbst in Betracht, zumindest aber die Information darüber, dass Personen aus ihrem Umfeld befragt werden

---

699 BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11/10 – Rz 15ff. (NVwZ 2012, 52 (54)).

700 BVerfGE 27. 1 (6); 34, 269 (282).

701 Für Details vgl. *Murswiek* in Sachs, GG, 7.A., Art. 2, Rn 59ff.

702 Statt vieler BVerfGE 6, 32 und 34, 238 sowie *Murswiek* in Sachs, GG, 7.A., Art. 2, Rn 103ff.

sollen. Im Vergleich zu einer heimlichen Ausforschung wäre dies durch die Kenntnis der Betroffenen weniger einschneidend. Wer um einen bevorstehenden Eingriff in seine Privatsphäre weiß, hat im Zweifel auch eher die Möglichkeit, den Eingriff mit Rechtsmitteln abzuwehren. Daneben besteht im Falle einer tatsächlich gegebenen Scheinehe auch die denkbare Möglichkeit, dass der Antragsteller in Anbetracht bevorstehender Ausforschungen seinen Verstoß einräumt. Damit würden nicht nur die Kosten von Ermittlungsmaßnahmen gespart, sondern der Eingriff in die Privatsphäre gänzlich vermieden. Im Bereich der Befragung der Betroffenen muss beachtet bleiben, dass die Intimsphäre als absolut geschützter Bereich nicht verletzt werden darf. Solche Verletzungen könnten auch durch Fragen aus diesem Bereich erfolgen. Hier muss den Betroffenen das Recht, die Antwort zu verweigern, zustehen.

Angemessen wäre eine solche Ausforschung aber sicher nur dann, wenn es hinreichend konkrete Verdachtsmomente für das Vorliegen einer Scheinehe gibt. Eine generelle Überprüfung aller mit ausländischer Beteiligung geschlossener Ehen würde mit Art. 6 Abs. 1 GG kollidieren. Die Instituts-garantie enthält grundsätzlich auch die Möglichkeit, das eheliche Leben frei auszugestalten und nicht ohne weiteres verdächtigt zu werden, rechtsmissbräuchlich zu handeln. Zur Vermeidung solcher Konstellationen dürfen nur dort ausforschende Maßnahmen ergriffen werden, wo sich ein konkreter Verdacht für das Vorliegen einer Scheinehe bereits aus der Behörde auf üblichen Wege bekannt gewordenen Umständen ergibt.<sup>703</sup>

Auch in einem europarechtlichen Bezugsrahmen können keine engmaschigeren Ausforschungen durchgeführt werden. Auch wenn Art. 16 Familienzusammenführungsrichtlinie den Mitgliedstaaten Rechte zur Bekämpfung von Scheinehen einräumt, können auch diese nur im Rahmen der geltenden menschenrechtlichen Regelwerke wahrgenommen werden. Dabei sind insbesondere Art. 12 EMRK und Art. 9 GrChEU zu beachten, welche die Eheschließungsfreiheit<sup>704</sup> enthalten und damit wie Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe in Zusammenschau mit der Garantie auf Familien- und Privatleben aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 GrChEU als Institut gewährleisten und vor Generalverdachten schützen.

Ursprünglich war zur Regulierung des Phänomens der Scheinehe eine Wartezeit vor Bewilligung des Familiennachzugs durch ländereigene Verwaltungsvorschriften entwickelt worden<sup>705</sup>. Die Wartezeit setzte voraus, dass der Stamberechtigte bereits eine bestimmte Zeit ununterbrochen im Bundesgebiet berechtigt verbracht hat und die zu Grunde liegende Ehe für diese Zeit ununterbrochen bestand. Damit sollte bezweckt werden, dass der Stamberechtigte sich bereits in die hiesigen Lebensverhältnisse eingefunden, ein soziales Netz aufgebaut hat und die Ernsthaftigkeit seines Aufenthalts als gegeben betrachtet werden kann.<sup>706</sup> Dies führte dazu, dass die Führung eines Familienlebens entweder auf Jahre ausgeschlossen war oder aber der Stamberechtigte in das Herkunftsland zurück kehren musste, wodurch bestehende Aufenthaltsrechte verloren gingen. Mithin bestand faktisch die Wahl zwischen einem Verzicht auf Familienleben oder einem Verzicht auf den Aufenthalt im Bundesgebiet. Es wird also entweder die aufenthaltsrechtliche Stellung gefährdet oder in das

---

703 So auch BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11/10, Rz 15; Göbel-Zimmermann ZAR 2006, 81 (85).

704 Die Eheschließungsfreiheit ist hier in der Hinsicht betroffen, dass den Antragstellern mittels Generalverdacht unterstellt würde, sie hätten ihre Ehe lediglich zur Erreichung außerehelicher Zwecke geschlossen, wodurch zumindest mittelbar und wertungsmäßig Ausländern das Recht abgesprochen wird, Ehen zu schließen und im Anschluss einen Aufenthaltstitel zu begehren. Dagegen kann auch nicht angeführt werden, dass Ausländer sich von jeher mit Belastungen konfrontiert sehen, um im Bundesgebiet verweilen zu können (BVerfG NJW 1988, 626 (627)). Die Eheschließungsfreiheit ist kein Deutschengrundrecht, sondern schützt schlicht jede Ehe, die zumindest den Vorstellungen des Grundgesetzes entspricht und in dessen Geltungsbereich gelebt wird, und auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist als Menschenrecht allen zu gewähren.

705 Die Dauer der Wartezeit wurde von den Bundesländern selbst festgelegt und variierte zum Teil stark. In BVerfGE 76, 1 ging es um die in Schleswig-Holstein verlangte Wartezeit von 8 Jahren. Baden-Württemberg hingegen verlangte nur eine dreijährige Wartezeit. Herrschend galt eine einjährige Frist.

706 BVerfGE 76, 1 – NJW 1988, 626 (629).

verfassungsrechtlich geschützte Familienleben eingegriffen. Hinzu kommt, dass eine solche Wartezeit undifferenziert für alle ausländischen Ehen gilt und daher auch jede Ehe zwischen Drittstaatsangehörigen, die einen gemeinsamen Aufenthalt im Bundesgebiet begehren unter den Generalverdacht stellt, eine Scheinehe zu sein. Ein solcher Generalverdacht ist aber nach heutiger Auffassung mit Art. 6 Abs. 1 GG und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unvereinbar. Das Erfordernis einer Wartezeit kann daher auch nicht als milderes Mittel gegenüber Ausforschungen betrachtet werden. Während mit Ausforschungen „lediglich“ in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingegriffen wird, betrifft die Wartezeit auch das Recht auf Familienleben, welches faktisch über Jahre ausgehebelt werden kann, sollten die Antragsteller ein hohes Interesse am Aufenthalt im Bundesgebiet haben und daher ein gemeinsames Leben im Herkunftsland nicht in Betracht ziehen. Darüber hinaus ist auch zu bedenken, dass derartige Wartezeiten nur für rein ausländische Ehen galten, während die Ehe mit einem Deutschen nicht betroffen war. Für diesen kann zwar nicht sinnvoll angeführt werden, dass der Stammberechtigte sich bereits einige Zeit im Bundesgebiet aufgehalten haben muss, um sich in die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse integriert zu haben. Die Möglichkeit der Eingehung einer Scheinehe besteht aber trotzdem, sodass konsequent auch hier Bestandszeiten hätten zu Grunde gelegt werden müssen. Da dies unterblieb, verstieß die Regelung schon gegen Art. 3 GG. Für eine Ungleichbehandlung gab es keinen sachlichen Grund. Vor allem ist die Ehe mit einem Deutschen zur Erlangung von aufenthaltsrechtlichen Vorteilen wesentlich attraktiver, als mit einem Drittstaatsangehörigen, bei dem schon die Stammberechtigung nie als sicher betrachtet werden kann.<sup>707</sup> Damit wird auch faktisch die Wahl eines Ehepartners für Ausländer auf bereits im Inland lebende Drittstaatsangehörige oder eben Deutsche begrenzt, um Nachteile zu vermeiden.<sup>708</sup>

Insgesamt kann eine Ausforschung zum Beweis einer Scheinehe nur dort vorgenommen werden, wo ein begründeter, konkreter Verdacht bereits besteht. Ein solcher Verdacht kann sich in der Regel nur auf Indizien stützen.

#### **d) Beweis durch Indizien, Dänemarkehen**

Der begründete konkrete Verdacht für das Vorliegen einer Scheinehe wird für die Behörde in der Regel zunächst nur aus Indizien herleitbar sein. Dafür haben sich im Laufe der Zeit eine Reihe von Umständen herausgebildet, anhand derer die zuständigen Behörden ihren Verdacht bilden und begründen.

Als Merkmale gilt insbesondere das Fehlen einer für beide Parteien verständlichen Sprache, sodass eine Kommunikation zwischen den Eheleuten kaum ohne Dritte möglich erscheint. Der gewöhnliche Aufenthalt der Eheleute befindet sich in weit auseinander liegenden Standesamtbezirken, was als Indiz noch verstärkt wird, wenn einem der Partner aufenthaltsrechtlicher nur ein begrenzter Bewegungsradius in der Bundesrepublik zusteht. In diesen Bereich fällt auch der Umstand einer fehlenden gemeinsamen Ehwohnung und mangelnder sonstiger gemeinsamer Aktivitäten (wie gemeinsame Freizeitbeschäftigungen, Besuche von Verwandten oder Freunden, gegenseitige Unterstützung im Alltag, gemeinsame Reisen, gemeinsames Wirtschaften, Essen, Einkaufen), die gegen eine gemeinsame Lebensführung sprechen. Ebenso spricht das Zusammenleben einer Partei mit einem anderen Partner für das Vorliegen einer Scheinehe. Im Rahmen von Befragungen kann sich außerdem ergeben, dass wichtige persönliche Daten oder Lebensumstände des jeweils anderen unbekannt sind. Dazu gehören auch widersprüchliche Angaben zum Kennenlernen. Ebenso spricht für eine Scheinehe der fehlende persönliche Kontakt zwischen den Eheleuten, die Zahlungen von Geldbeträgen oder frühere Scheinehen, die einer der Partner eingegangen ist. Indiz ist auch die der Ehe

---

707 Das BVerfG führte darüber hinaus noch an, dass die Wartezeit idR gerade junge Ehen trifft, die sich noch nicht behaupten hätten und daher um so stärker durch eine langjährige Trennung belastet würden. BVerfGE 76,1 – NJW 1988, 626 (633).

708 So auch Huber NJW 1988, 609 mit weiteren Argumenten gegen die Wartezeit.

vorausgegangene, mehrfache Ankündigung von beabsichtigten Eheschließungen mit verschiedenen Partnern über einen kurzen Zeitraum hinweg. Hinzu kann eine auffällig kurze Zeitspanne vom Kennenlernen bis zur Eheschließung kommen, eventuell verbunden mit dem Umstand, dass sich die Partner in dieser kurzen Zeitspanne auch nur einmal kurz gesehen hatten. Auch ein auffällig großer Altersunterschied kann für eine Scheinehe sprechen.<sup>709</sup>

Dabei genügt es nicht, wenn nur ein Indiz vorliegt. Ein begründeter konkreter Verdacht erfordert das kumulative Vorliegen mehrerer Indizien, welche im Gesamtbild für eine Scheinehe sprechen. Sollte eine solche Ehe in Deutschland geschlossen werden sollen, wäre bereits der Standesbeamte bei entstehen des entsprechenden Verdachts verpflichtet, die Eheschließung zu verhindern.<sup>710</sup> Diese Regelung trifft nicht auf im Ausland geschlossene Ehen zu, wobei für diese beachtet werden muss, dass eine ursprünglich als Scheinehe geschlossene Ehe durch den Wandel der inneren Einstellung der Partner zu einer echten Ehe erstarken kann. Dies kann zwar auch auf im Inland geschlossene Ehen zutreffen, da aber durch die Eheschließung im Inland in der Regel unverzüglich aufenthaltsrechtliche Folgen bewirkt werden sollen, wird der spätere Gesinnungswandel nicht mehr heilend wirken können, weil das Nachzugsrecht bereits verweigert wurde.

Ebenfalls als Indiz wird eine „Dänemarkehe“ gewertet. Hier wird unterstellt, dass die Eheschließung zwischen einem Deutschen und einem Drittstaatsangehörigen in Dänemark oder vergleichbaren Ländern mit geringeren Anforderungen an die Eheschließung nur zum außerehelichen Zweck der Verschaffung eines Aufenthaltsrechtes geschlossen wurde. Die Umgehung der strengeren deutschen Vorschriften wird als Indiz für außereheliche missbräuchliche Beweggründe genommen. Neben der europarechtlich bedenklichen Rechtsprechung zur Dänemarkehe auf Grund der diskriminierenden Elemente wird hier verfassungsrechtlich bedenklich ein Generalverdacht lediglich anhand des Ortes der Eheschließung aufgestellt.<sup>711</sup> Bereits gegen eine regelmäßige Ausforschung von Ehen von Amts wegen bestehen verfassungsrechtliche Einwände, da die generelle Verdächtigung von Ehen als Scheinehen nicht mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist. Es wird einhellig ein konkreter Verdacht vor Beginn von Ermittlungsmaßnahmen und der Versagung eines Aufenthaltstitels gefordert. Im Falle einer Dänemarkehe fehlt es an einem solchen konkreten Verdacht, da zunächst nicht auf den Einzelfall abgestellt wird, sondern typisierend auf einen generellen Umstand. Über das Stadium des Generalverdachts geht die Situation erst dann hinaus, wenn weitere Indizien hinzutreten. Folglich kann auch eine Dänemarkehe nur insoweit Indizwirkung haben, wie jedes andere der genannten Indizien. Problematisch ist nur die Situation, in der sich weitere Indizien nicht augenscheinlich aus den ohnehin zugänglichen Umständen ergeben, sondern erst ermittelt werden müssen. Stützt die Behörde diese Ermittlungsmaßnahmen allein auf den Umstand der Eheschließung in Dänemark, ist dies konsequent ein Verstoß gegen die aufgezeigten Grundsätze zur Feststellung einer Scheinehe im Rahmen der Grundrechte und damit unzulässig. In praktischer Hinsicht ließe sich die zeitliche Abfolge der Kenntniserlangung durch die Behörde durch Akteneinsicht gemäß § 29 VwVfG nachweisen und ein rechtswidriger Generalverdacht belegen.

Weiterhin ist nicht jedes Indiz für jede Konstellation tauglich. So sind zum Beispiel getrennte Wohnsitze bei Unionsbürgern kein sinnvolles Indiz. Aufenthaltsrechte für Unionsbürger nach dem Freizügigkeitsgesetz sollen gerade die Freizügigkeit schützen und fördern. Einem freizügig lebenden Unionsbürger kann nicht auferlegt werden, mit seiner Familie einen gemeinsamen Wohnsitz zu nehmen, nur um die Aufrichtigkeit seiner Ehe zu belegen. Dies liefe dem Sinn der Freizügigkeit

---

709 Zusammengefasst und übersichtlich dargestellt bei Göbel-Zimmermann ZAR 2006, 81.

710 Vgl. §§ 1310 Abs. 1, 1314 Abs. 2 Nr. 5, 1353 Abs. 1 BGB, wonach der Standesbeamte verpflichtet ist, seine Mitwirkung an einer Ehe zu verhindern, die aufhebbar wäre.

711 Vgl. dazu Oberhäuser NVwZ 2012, 25 (25). Näher zur Konstellation der „Dänemarkehe“ bereits vorstehend unter Kapitel 2, I.3.d.



entgegen.<sup>712</sup> Zwar könnte man unterstellen, dass es den Ehegatten jederzeit frei stünde durch das Beziehen einer gemeinsamen Wohnung aufenthaltsrechtlich nachteilige Folgen zu vermeiden bzw. zu beenden. Eine solche Argumentation verkennt aber die Bedeutung der freien Wohnsitzwahl für die Freizügigkeit. Würde man diese allein auf Grund eines Generalverdachts ausschließen wollen, könnte dies in der Konsequenz dazu führen, dass Unionsbürger von ihrer Freizügigkeit keinen Gebrauch mehr machen.<sup>713</sup> Mithin schließt sich das Indiz getrennter Wohnsitze für Unionsbürger aus.

Problematisch sind Fälle, in denen zwar eine Reihe von klassischen Indizien für eine Scheinehe vorliegen, die Eheleute aber innerlich durchaus den Willen zur gemeinsamen Lebensführung haben. So ist denkbar, dass Indizien wie ein großer Altersunterschied, frühere Scheinehen oder mehrere angekündigte Eheschließungen gegeben sind. Auch kann die Ehe durchaus in Dänemark geschlossen worden sein und die Partner können sich auch erst kurze Zeit kennen. Gerade aus letzterem Umstand kann sich dann ergeben, dass man über die Gewohnheiten oder das Vorleben des jeweils anderen noch nicht detailliert Bescheid weiß. Trotzdem kann die Ehe auf einer realen Basis gegenseitiger Zuneigung, sowie dem Willen, Verantwortung für den anderen zu übernehmen und ein gemeinsames Leben zu führen, getragen sein. Selbst wenn auch der außereheliche Zweck der Aufenthaltsbegründung verfolgt wird, genügt dies grundsätzlich nicht für die Annahme einer Scheinehe, da diese voraussetzt, dass allein ein außerehelicher Zweck verfolgt wird.<sup>714</sup> Damit stellt sich aber die Frage, wie die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens einer Scheinehe verteilt ist.

Vor Einführung des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG bestand unstreitig für den Antragsteller die Beweislast, dass seine Ehe vom Willen zur Führung einer Lebensgemeinschaft getragen ist. § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG könnte aber eine Beweislastumkehr enthalten, sodass nunmehr die Behörde verpflichtet wäre, das Vorliegen einer Scheinehe zu beweisen. Nach dem Wortlaut muss feststehen, dass eine Scheinehe besteht. Nach den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung trifft damit die Ausländerbehörde die Beweislast hinsichtlich des Versagungsgrundes der Scheinehe.<sup>715</sup> Damit geht jedoch keine generelle Beweislastumkehr einher, da der Gesetzgeber lediglich beabsichtigte, Scheinehen zu bekämpfen. Eine Beweislastregelung soll die Norm nicht enthalten. Darüber hinaus genügt für eine Verweigerung des Titels nach §§ 27 Abs. 1, 30 AufenthG bereits der begründete Verdacht einer Scheinehe. In diesem Fall ist aber der Antragsteller wie zuvor auch beweisbelastet. Denn solange die Behörde und das Gericht zu der für ein „Feststehen“ erforderlichen Überzeugung nicht kommen, ist der Versagungsgrund des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG nicht gegeben. Dann kann lediglich darauf abgestellt werden, dass die familiäre Lebensgemeinschaft fehlt, sodass die Erteilungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nicht vorliegen. Für positive Anspruchsvoraussetzungen trägt aber nach den allgemeinen Beweislastregeln der Antragssteller die Beweislast.<sup>716</sup> Dafür spricht auch, dass § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG vom Wortlaut her enger ist, als die allgemeinen Grundsätze zur geschützten Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG, § 27 AufenthG. Während § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG ausschließlich auf die ursprüngliche Scheinehe abstellt, da es entscheidend auf den Zeitpunkt der Eingehung der Ehe abstellt, ist eine Scheinehe im generellen Sinne des § 27 AufenthG eben auch die später entstandene. Die Ausländerbehörde stellt bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis eine Prognose hinsichtlich der zu führenden Lebensgemeinschaft an, die sich nur auf den gegenwärtigen Zeitpunkt als Anhaltspunkt stützen kann. Bei einem viel engeren Begriff in Abs. 1a ergibt sich auch logisch ein engerer Beweismaßstab, der aber nur isoliert für diesen engen Anwen-

---

712 Borrmann ZAR 2004, 61 (64).

713 Diese Abschreckungswirkung hinsichtlich einer Pflicht zur gemeinsamen Wohnsitznahme erkennt auch der EuGH in seinem Urteil vom 23.09.2003 – Rs.: C-109/01 – Akrich, Rz. 54.

714 Dass eine „Zweckehe“ per se nicht verboten ist, erkennt auch Göbel-Zimmermann, ZAR 2006, 81 (83).

715 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG, Rn 59.

716 BT-Drs. 16/5498 S. 5; Diesen Schluss zieht auch Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 AufenthG Rn 60ff mwN; vgl. auch VV 27.1.8 zu § 27 AufenthG.

dungsbereich gelten kann.<sup>717</sup> Weiterhin findet sich ein Argument gegen die Beweislastumkehr in der Normgeschichte. Da diese der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie dient, muss auch der Wortlaut der dortigen Ursprungsnorm (Art. 16) zur Auslegung herangezogen werden. Dort wird in Abs. 1 den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt, Aufenthaltstitel zu verweigern, wenn die eheliche Gemeinschaft nicht tatsächlich geführt wird. In Abs. 2 findet sich der Versagungsgrund der feststehenden Scheinehe. Dabei enthält Abs. 2 ein „auch“, welches darauf hindeutet, dass dieser lediglich Abs. 1 ergänzt und neben ihm steht, aber keine direkten Auswirkungen hat.<sup>718</sup> Letztlich spricht gegen eine Beweislastumkehr auch, dass die Frage der tatsächlich geführten Lebensgemeinschaft in der Sphäre des Antragstellers liegt und der Nachweis dieser daher sachnäher bei ihm liegt.

### e) Scheinadoption/Scheinvaterschaft

Schein- bzw. Zweckadoptionen erfolgen in der Regel durch deutsche Männer, welche ein drittstaatsangehöriges Kind adoptieren, um so Kind und personensorgeberechtigter Mutter einen Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Nach dem gleichen Muster vollziehen sich auch Scheinvaterschaften, bei denen ein Deutscher oder ein drittstaatsangehöriger aber aufenthaltsberechtigter Mann die Vaterschaft für ein ausländisches Kind anerkennt, obwohl er nicht der biologische Vater ist. Genauso ist aber auch denkbar, dass durch die Anerkennung der Vaterschaft für den Mann selbst ein Aufenthaltsrecht erwirkt werden soll. Im Falle der Vaterschaftsanerkennung durch einen Deutschen wird vermittels *ius sanguinis* auch das Kind gemäß § 4 Abs. 1 StAG deutscher Staatsangehöriger.<sup>719</sup> Auch hier wird der eigentlich Zweck einer Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB – die Begründung eines familiären Verhältnisses und die Sicherung von Rechten für den Vater bezüglich des Kindes – nicht beabsichtigt, sondern lediglich die Aufenthaltsverschaffung als missbräuchlicher Zweck. Dies stellt eine Scheinverwandtschaft im Sinne von § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG dar. Keine Scheinvaterschaft ist jedoch gegeben, wenn der Vater eine tatsächliche Beziehung zum Kind aufbaut und sich um dieses kümmert. Auch wenn die Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis bezweckt wird, hindert dies nicht die rechtliche Verwandtschaft, welche durch das tatsächliche Verhältnis – unabhängig davon, wann dieses begründet wurde – wirksam ist.<sup>720</sup>

Denkbar sind auch Scheinadoptionen, da auch Adoptivkinder dem Schutz nach Art. 6 Abs. 1 GG unterfallen und somit einen Familiennachzug begründen könnten. In tatsächlicher Hinsicht ist diese Konstellation aber weniger wahrscheinlich als die einer Scheinvaterschaft. Während man für die Vaterschaftsanerkennung lediglich Geburtsurkunden und die Zustimmung der Mutter benötigt, wird im Falle einer Adoption von der zuständigen Behörde eingehend geprüft, ob die Annahme an Kindes statt sittlich gerechtfertigt ist und entsprechende Beziehungen vorliegen.<sup>721</sup>

Die rechtliche Einordnung von Scheinvätern ist aber insofern problematisch, als es für eine Vaterschaftsanerkennung lediglich auf die Voraussetzungen der §§ 1591ff. BGB ankommt, nach denen die biologische Vaterschaft grundsätzlich keine Rolle spielt. Lediglich wenn ein Kind innerhalb der Ehe geboren wird, unterstellt das Gesetz, dass es sich beim Ehemann um den biologischen Vater handelt.<sup>722</sup> Da aber der Gedanke hinter dem Begriff der Scheinvaterschaft die missbräuchliche und

717 Jobs ZAR 2008, 295 (297f.).

718 Ausführlich zu diesem Ansatz bei *Jobs* in ZAR 2008, 295 (297).

719 Göbel-Zimmermann ZAR 2006, 81 (82). Diese Konstellation würde ein deutsches Kind als Stammberechtigten i.S.v. § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG voraussetzen oder aber, dass das drittstaatsangehörige Kind einen der in § 36 Abs. 1 AufenthG genannten Aufenthaltstitel innehat, wodurch ein Elternnachzug ermöglicht werden könnte.

720 Die Unwirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung ist abschließend in den § 1598 Abs. 1 i.V.m. §§ 1594ff. BGB geregelt. Danach führen auch abweichende Zwecke oder die wahrheitswidrige Anerkennung nicht zur Unwirksamkeit der Anerkennung.

721 So auch Göbel-Zimmermann in ZAR 2006, 81 (87).

722 § 1592 Nr. 1 BGB. Nach § 1598 Abs. 1 BGB ist eine Vaterschaftsanerkennung nur dann unwirksam, wenn sie gegen die vorstehenden Vorschriften verstößt.

damit rechtsfolgenlose Erklärung der Vaterschaft ist, kann eine Scheinvaterschaft grundsätzlich nur dann gegeben sein, wenn die Erklärung unwirksam im Sinne von § 1598 Abs. 1 BGB ist. Danach unwirksam ist aber nur eine Vaterschaft, die formal nicht korrekt erklärt wurde. Da diese formale Betrachtungsweise nicht mit dem Begriff der Scheinehe als Vergleichsstück zusammen passt, muss auch hier ein aufenthaltsrechtlicher Begriff der Scheinvaterschaft gelten, bei dem es erneut auf einen inneren Willen ankommt. Dies ist schon deshalb zwingend, weil das Gesetz an eine Scheinehe und eine Scheinpartnerschaft die gleichen Rechtsfolgen knüpft und in der *lex specialis* des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG auch ausdrücklich auf den Willen zur Aufenthaltserlangung abgestellt wird – was im Umkehrschluss zum mangelnden Willen hinsichtlich der tatsächlich gelebten Vater-Kind-Beziehung führt.

Die familienrechtlich wirksame Vaterschaftsanerkennung entfaltet somit keine aufenthaltsrechtlichen Folgen. Erfolgte die Anerkennung, um Mutter und Kind einen Aufenthaltstitel abgeleitet vom Scheinvater zu verschaffen, ist fraglich, wie dieser Ausschluss aufenthaltsrechtlicher Folgen zu begründen ist. Denn im Grunde hat der Scheinvater durch die falsche Anerkennung die missbräuchliche Rechtshandlung begangen und dürfte damit konsequent keinen Anspruch auf Vergünstigungen haben, da er kein schutzwürdiges Vertrauen mehr geltend machen kann. Jedoch kann eine Vaterschaftsanerkennung nicht ohne Zustimmung der Mutter erfolgen, sodass beide kollusiv zusammengewirkt haben müssen. Dadurch ist auch der Mutter von vornherein bewusst, dass sie etwaige aufenthaltsrechtliche Vorteile nur erlangt, weil sie an einer rechtsmissbräuchlich hergestellten Verwandtschaftsbeziehung mitgewirkt hat. Insofern kann auch sie keinen Vertrauensschutz genießen. Da die personensorgeberechtigte Mutter auch für ihr Kind gehandelt hat, kann selbst für dieses kein Vertrauensschutz bestehen – selbst wenn man es unter Missachtung von Aspekten des Kindeswohls für möglich hielte, allein einem Kind ein Aufenthaltsrecht über den Scheinvater zu vermitteln.<sup>723</sup> Gegen diesen Schluss wird zum Teil angeführt, dass die Vaterschaftsanerkennung nur in den Grenzen der §§ 1594 bis 1597 BGB unwirksam ist, ansonsten aber zum Schutz von Verwandtschaftsverhältnissen gegenüber jedermann gelten sollte. Dabei geht der Gesetzgeber aber zu Gunsten der Antragsteller davon aus, dass auch falsche Vaterschaftsanerkennungen familiäre und soziale Bindungen bedingen.<sup>724</sup> Im vom VGH Mannheim entschiedenen Fall hingegen, bestanden solche Beziehungen nicht, da kein gemeinsamer Haushalt geführt wurde oder sonstige Bindungen nachweisbar waren. Insofern kann kein höherer Schutzstandard angeführt werden, denn es gibt keine schützenswerte Beziehung. Auch wenn der Gesetzgeber mit den Regelungen zur Vaterschaftsanerkennung grundsätzlich auch bewusst unrichtig abgegebene Erklärungen in Kauf genommen hat, so kann diese Folge sich doch unmittelbar systematisch nur auf Folgeansprüche aus dem BGB beziehen. Da aber grundsätzlich die Begrenzung von Zuzug Ziel der Regelungen im Aufenthaltsgesetz ist, und gerade § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG auch andere Scheinverwandtschaften neben der Scheinehe erfasst, wird deutlich, dass der Gesetzgeber diese Wertung nicht auf aufenthaltsrechtliche Folgen erstrecken wollte. Darüber hinaus übersieht die Gegenansicht<sup>725</sup>, dass die Antragsteller keinen Vertrauensschutz geltend machen können. Letztlich ist auch zu bedenken, dass die Verweigerung von aufenthaltsrechtlichen Vorteilen nicht gleichbedeutend ist mit der Auflösung familiärer Beziehungen. Diese können auch im Ausland geführt werden, sofern sie tatsächlich bestehen. Insgesamt wird die Entscheidung aber immer vom Einzelfall abhängig sein.

Auch im Bereich der Scheinväter muss dementsprechend ein konkreter Verdacht für Behörden und

---

723 Von diesen Folgen kollusiven Zusammenwirkens geht auch der VGH Mannheim aus – Beschluss vom 03.03.2005 – 13 S 3035/04 – NJW 2005, 1529 (1530).

724 Kritisch dazu *Göbel-Zimmermann* in ZAR 2006, 81 (90).

725 Für eine universelle Gültigkeit der Vaterschaftsanerkennung auch mit aufenthaltsrechtlichen Folgen ist bspw. *Göbel-Zimmermann* in ZAR 2006, 81 (90). Für die Wirksamkeit von Vaterschaftsanerkennungen trotz Geschäftsunfähigkeit: BGH, Urteil vom 19.12.1984 – IVb ZR 86/82 – Rz 14. Mit Hinweis auf die Geltung der Anerkennung mit Wirkung „für und gegen alle“ VGH Kassel, Beschluss vom 05.07.2005 – 9 UZ 364/05.

Gerichte bestehen, um eine aufenthaltsrechtliche Begünstigung verweigern zu können. Da auch die Beziehung des Vaters zum Kind grundrechtlich geschützt ist, müssen die gleichen Maßstäbe wie für Scheinehen gelten. Darüber hinaus ist aber auch die etwaige Beziehung der Mutter zum Vater insoweit geschützt, als dass die Frage einer sexuellen Begegnung zweifellos die Intimsphäre der Betroffenen betrifft und daher einer Ausforschung unzugänglich ist. Taugliche Indizien werden hingegen frühere gegenläufige Angaben zur Vaterschaft durch die Mutter sein oder die faktische Unmöglichkeit der Vaterschaft, da eine Begegnung zum gesetzlichen Empfängniszeitpunkt nach § 1593 BGB<sup>726</sup> ausgeschlossen ist. Ebenso könnte sich aus einem Zusammentreffen einer Scheinehe und Zweifeln an einer Vaterschaftsanerkennung ein Indiz ergeben, dass nicht nur die Ehe zum Schein geschlossen wurde, sondern auch eine Scheinvaterschaft gegeben ist. Einziges Mittel zur Erlangung von Sicherheit hinsichtlich der Frage der Vaterschaft ist wohl nur der DNA-Test. Da die Ausforschung derartiger Informationen aber nur unter Eingriff in die von Art. 2 Abs. 2 GG geschützte körperliche Unversehrtheit möglich ist, wird sie in der Regel nur unter Zustimmung der Beteiligten zulässig sein. In einem solchen Fall wäre dann wohl der Test auch obsolet, da sich mit der erteilten Zustimmung Zweifel an der Vaterschaft auflösen dürften. Die Zustimmung wird nur erteilen, wer sich der biologischen Vaterschaft auch sicher ist. Hingegen wird man aus einer verweigerten Zustimmung nicht zum Nachteil der Antragsteller darauf schließen können, dass es sich tatsächlich um eine Scheinvaterschaft handelt. Da die Verfügungsgewalt über die körperliche Unversehrtheit allein beim Inhaber liegt, muss ihm auch das Recht eröffnet sein, einen Eingriff zu verweigern, ohne nachteilige Folgen befürchten zu müssen. Andernfalls liefe das Grundrecht leer, da die Entscheidungsfreiheit faktisch nicht mehr gegeben wäre.

## **2. sonstige Beweisfragen**

Rein im verfahrensrechtlichen Bereich spielen Fragen der Nachweisbarkeit von im Ausland begründeten Familienständen, über die keine ausreichenden Dokumente beigebracht werden können. Solche Probleme werden sich aber in der Regel in asylrechtlichen Fällen ergeben, deren Erörterung den hiesigen Rahmen sprengen würde.

## **3. Fazit**

Zum Erreichen von Aufenthaltstiteln begründete Scheinverwandtschaften sind ein immer wieder auftretendes Problem, dessen Bewältigung sowohl den europäischen als auch den deutschen Gesetzgeber dazu bewogen hat, solchen formal und familienrechtlich wirksamen Verbindungen keinen aufenthaltsrechtlich positiven Gehalt beizumessen. Ob dadurch tatsächlich in relevantem Maße der Nachzug eingedämmt wird, lässt sich statistisch nicht belegen. Vor allem stößt der Nachweis einer Scheinehe oder Ähnlichem aber regelmäßig auf die Grenze des grundgesetzlich geschützten Bereichs der Privat- und Intimsphäre. Dass der Ausforschung hohe Hürden gesetzt werden und ein konkreter Verdacht im Einzelfall erforderlich ist, dient aber auch dem Schutz aller anderen „richtigen“ Verwandtschaftsverhältnisse. Wären der Ausforschung keine Grenzen gesetzt, könnte die Exekutive zur Vereinfachung von Entscheidungen pauschal alle Ehen und Vaterschaftsanerkennungen mit ausländischer Beteiligung detailliert überprüfen. Ein solcher Generalverdacht würde vielleicht verhindern, dass der eine oder andere eine Scheinverwandtschaft erfolgreich verschleiert und automatisierte Überprüfungen wären verwaltungstechnisch einfacher zu bewältigen. Andererseits würde damit der Wert von Ehe und Familie in Frage gestellt und der Institutsschutz aus Art. 6 Abs. 1 GG untergraben.

Zwar stellt die Ausforschung selbst wohl zunächst eine ungleiche Behandlung wesentlich gleicher Sachverhalte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG dar. Da diese aber nur in den Ausnahmefällen durchge-

---

<sup>726</sup> Es wird gesetzlich vermutet, dass die Empfängnis 300 Tage vor der Geburt stattgefunden hat.

führt wird, in denen ganz konkrete Verdachtsmomente bestehen, sind die Sachverhalte schon nicht mehr wesentlich gleich. Denn für die Ehe oder Vaterschaftsanerkennung bestehen Zweifel am Willen zum tatsächlichen Familienleben, für die andere nicht. Damit ist die Behandlung von Scheinehen und Scheinvaterschaften nicht diskriminierend.

### III. Mehrehen, Zwangsehen, Kinderehen

Es gibt verschiedene Ehekonstellationen, die zwar in anderen Rechtsordnungen zumindest geduldet, wenn nicht sogar vorgesehen sind, mit unserer deutschen Vorstellung von „Ehe“ als freiwillige Verbindung von zwei volljährigen Personen nicht vereinbar ist. Entgegen der Vorstellung von einer Paarbeziehung können Mehrehen im Ausland geschlossen werden (Polygamie). Es gibt Länder in denen Ehen auch ohne Zustimmung beider Partner bzw. gegen den Willen des einen Partners geschlossen werden (Zwangsehen). Und letztlich wird auch die Voraussetzung der Volljährigkeit nicht überall gefordert, sodass auch deutlich minderjährige Kinder sich als Ehegatten wiederfinden können (Kinderehen).

Wie mit diesen Eheformen umzugehen ist und ob die jeweilige Lösung mit Gerechtigkeitsgesichtspunkten vereinbar ist, wird im Folgenden untersucht.

#### 1. Mehrehen

Im Bereich der Mehrehen ist die Hauptfrage, ob die Ehe in einer Rechtsordnung geschlossen wurde, welche eine bereits bestehende Ehe als Ehehindernis ansieht (monogame Rechtsordnung) oder nicht (polygame Rechtsordnung). Daraus ergibt sich sodann die Frage, ob eine geschlossene Ehe als bestehend anerkannt werden muss oder nicht. Hier muss also innerhalb eines Verwaltungsverfahrens und durch die Verwaltungsgerichte Familienrecht und internationales Privatrecht angewendet werden. Die Mehrehe selbst ist aber nicht als Scheinehe zu beurteilen, da in der Regel alle Ehegatten tatsächlich die ehelichen Lebensgemeinschaften leben wollen. Es kann mithin nicht von einem Willensmangel ausgegangen werden.<sup>727</sup>

#### a) Rechtslage im Inland

Grundgesetz und BGB liegt der Gedanke einer Ehe zwischen zwei Personen – Mann und Frau – zu Grunde. Auch wenn dies ausdrücklich so nicht im Gesetz formuliert ist<sup>728</sup>, lässt sich diese Beschränkung auf ein Zweipersonenverhältnis aus dem gesellschaftlichen und historischen Kontext herleiten. Zwar gilt heute nur die bürgerliche Ehe nach dem BGB als rechtlich erheblich, aber auch diese hat sich aus der christlichen Form der Ehe entwickelt, auf welche sie in unserer abendländischen Gesellschaft unzweifelhaft zurückgeht.<sup>729</sup> Mithin besteht für die deutsche Rechtsordnung ein Bigamie-

727 OVG Lüneburg, Beschluss vom 23.06.2008 – 7 ME 58/08. Zur Voraussetzung eines Willensmangels bei Scheinehen siehe Kap.3 II 1.

728 Ein Anhaltspunkt ergibt sich lediglich aus § 1306, wonach eine bereits bestehende Ehe mit einer „Dritten Person“ ein Ehehindernis darstellt. Der Bezug auf eine *dritte Person* legt nahe, dass die Ehe selbst zwischen zwei Personen besteht. Üblicherweise bezeichnet der Begriff „Dritter“ aber jede außerhalb eines bestimmten Rechtsverhältnisses stehende Person, unabhängig von ihrer tatsächlichen zahlenmäßigen Stellung. Art. 6 Abs. 1 GG umfasst hingegen nur solche Eheschließungen, die mit dem deutschen *Odre Public* vereinbar sind – also mit dem hiesigen Bild einer Ehe; BVerfGE 76, 1; 62, 323 (330).

729 Vgl. Matthäus 19, 5-6: „und sprach (1. Mose 2,24): »Darum wird ein Mann Vater und Mutter verlassen und an seiner Frau hängen, und die zwei werden ein Fleisch sein.«? So sind sie nun nicht mehr zwei, sondern ein Fleisch. Was nun Gott zusammengefügt hat, das soll der Mensch nicht scheiden!“. Allerdings hatten auch zahlreiche Gestalten aus dem Alten Testament mehrere Frauen. Genannt seien nur Abraham (1. Mose 16, 2; 25,6), Jakob (1. Mose 29,28; 30 1-9), David (2 Samuel 5, 13) und Salomon (Buch der Könige 11, 1-8). Zwar waren diese keine noch Christen im eigentlichen Sinne, aber ihre bloße Existenz innerhalb der Bibel belegt, dass Polygamie auch dem Christentum nicht gänzlich fremd ist. Das Monogamiegebot ergibt sich erst aus dem Neuen Testament. Allerdings gibt es auch im Ver-

verbot, welches in § 1306 BGB i.V.m. Art. 13 EGBGB verortet wird. Dieses Bigamieverbot ist nicht nur für den bereits verheirateten Verlobten ein Ehehindernis, sondern verbietet auch dem ledigen Verlobten die Eingehung der Ehe. Dies gilt unabhängig vom Ort der Eheschließung immer, wenn ein deutscher Staatsangehöriger am Eheschluss beteiligt ist. Dabei umfasst das Bigamieverbot nunmehr auch gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaften sowie alle anderen Formen durch Registrierung formalisierter Lebensgemeinschaften (welche im Ausland durchaus bekannt sind, dabei insbesondere auch die „Homo-Ehe“ in Irland). Auch wenn beide Ehegatten aus Drittstaaten kommen, in denen Mehrehen zulässig sind, ist es ihnen auf Grund der engen Anknüpfung an die Inlandsrechtsordnung nicht möglich, vor einem deutschen Standesbeamten eine Zweitehe zu schließen.<sup>730</sup> Die Rechtsfolgen einer Zweitehe ergeben sich sodann aus dem allgemeinen deutschen Familienrecht, wonach eine Zweitehe zunächst aufhebbar ist, §§ 1314 Abs. 1, 1306 BGB. In Ausnahmefällen kann eine Aufhebbarkeit durch nach der Eheschließung eintretende Rechtskraft einer Scheidung der Erstehe geheilt werden, § 1315 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Trifft das ausländische Recht für eine bigamistische Ehe härtere Rechtsfolgen als die bloße Aufhebbarkeit *ex nunc*, werden über Art. 13 EGBGB diese auch von deutschen Gerichten angewandt.<sup>731</sup>

In strafrechtlicher Hinsicht ist die Mehrehe mit bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe bzw. mindestens einer Geldstrafe bewährt.<sup>732</sup> Auch hieraus lässt sich deutlich die Ablehnung von Mehrehen durch die deutsche Rechtsordnung ersehen und damit die grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem *Odre Public*. Hinzu kommt, dass das Führen einer Mehrehe damit eine Straftat darstellt und folglich ein erhöhtes Ausweisungsinteresse nach §§ 53 Abs. 1, 54 AufenthG begründet.

## b) Möglichkeiten ausländischer Mehrehen<sup>733</sup>

In verschiedenen vor allem islamisch geprägten Rechtsordnungen sind Mehrehen jedoch möglich.<sup>734</sup> Diese werden als polygame Ehen bezeichnet – in Abgrenzung zu den verbotenen bigamistischen Ehen. Stammen beide Ehegatten aus einer solchen Rechtsordnung, ist ihnen die Schließung von Zweitehen möglich<sup>735</sup> – diese werden dann als aktuell polygam bezeichnet, wenn zumindest für einen Ehegatten bereits eine Erstehe wirksam geschlossen wurde. Sind beide Ehegatten noch nicht verheiratet, wäre die Ehe lediglich potentiell polygam und damit auch unproblematisch vor einem deutschen Standesbeamten schließbar. Dass es zumindest denkbar ist, dass einer der Ehegatten später eine Zweitehe eingeht, kann kein Ehehindernis für die Erstehe sein. Diese verstößt gegenwärtig gegen keine gesetzlichen innerstaatlichen Regelungen und unterfällt dem Schutz von Art. 6 Abs. 1

---

lauf des Mittelalters bis zur anbrechenden Neuzeit immer wieder Mehrehen unter Fürsten mit Zustimmung der katholischen Kirche – dazu m.w.N. Coester/Coester-Waltjen in FamRZ 2016, 1618 (1618).

730 Ausführlich zum Bigamieverbot: Coester in MüKo-BGB, 6.A., Art. 13 EGBGB, Rn 61ff. m.w.N..

731 BGH, Beschluss vom 10.01.2001 – XII ZR 41/00 – NJWE-FER 2001, 116. Danach war eine in der Türkei geschlossene Ehe von Anfang an nichtig, da diese Rechtsfolge vom türkischen Recht im Fall von Bigamie vorgesehen wird. Die Anwendung dieser türkischen Vorschriften durch das vorinstanzliche OLG wurde als richtig befunden. Ähnlich auch das OLG Frankfurt am Main, welches nach vorinstanzlich eingeholten Sachverständigengutachten zur Rechtslage in den Philippinen die grundsätzliche Nichtigkeit einer Zweitehe feststellte. Darüber hinaus hätte nach philippinischem Recht aber diese Nichtigkeit gerichtlich festgestellt werden müssen, um tatsächlich als Nichtehe behandelt zu werden. Da dies unterblieben war, wirkte die grundsätzlich nichtige Zweitehe weiter als Ehehindernis gegenüber einer weiteren, später geschlossenen Ehe, welche ebenfalls nach philippinischem Recht als nichtig zu betrachten war. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 11.09.2001 – 20 W 70/00 – FPR 2002, 87.

732 § 172 StGB.

733 Ein Überblick über die Möglichkeiten von Mehrehen in ausländischen Rechtsordnungen findet sich bei Coester/Coester-Waltjen FamRZ 2016, 1618. Außerdem Helms StAZ 2012, 2 (2).

734 Nachweise zu den Staaten, die Mehrehen erlauben bei Coester/Coester-Waltjen FamRZ 2016, 1618 (1617). Darüber hinaus wird auch auf die Mehrehe unter Hindus hingewiesen, die in Indien zwar faktisch verboten ist, in der Realität aber mangels zuverlässiger Registrierung von Eheschließungen üblich ist.

735 Art. 13 EGBGB. Ein Abstellen auf den Eheschließungsort ist über Art. 11 EGBGB möglich. Über Art. 12 Abs. 2 GFK gilt dies auch für Flüchtlinge.

GG in Form der Eheschließungsfreiheit. Die aktuell polygam geschlossene Ehe ist hingegen nur im Ausland möglich, da in dieser Situation die Eheschließungsfreiheit nicht mehr schützen kann. Denn auch diese kann nur im Rahmen des geltenden Rechts eingreifen. Wenn aber bereits eine rechtskräftig geschlossene Ehe der Eheschließung entgegensteht, kann der Entschluss zur erneuten Eheschließung nicht mehr schützenswert sein.

Wurde im Ausland eine zulässig polygame Ehe zwischen mehreren Drittstaatsangehörigen geschlossen, wird diese grundsätzlich auch in Deutschland anerkannt. Dabei geht es um einen Vertrauensschutz für die beteiligten Ehepartner, deren Verhältnis nicht deswegen in Frage gestellt werden darf, weil sie einen neuen Aufenthaltsort wählen.<sup>736</sup> Diese Anerkennung unterliegt jedoch in bestimmten Bereichen Einschränkungen im Sinne eines entgegenstehenden öffentlichen Interesses. Als solches Interesse gilt zunächst die Begrenzung des Zuzugs in die Bundesrepublik zur Vermeidung einer Verschärfung sozialer und wirtschaftlicher Spannungslagen. Außerdem ist das öffentliche Interesse am Erhalt des abendländischen Prinzips der Einehe begrenzend zu berücksichtigen. Dieses hat sich über die Jahrhunderte heraus gebildet und ist Grundlage der Normen zum Schutz von Ehe und Familie.<sup>737</sup> In diesem Sinne bestimmt auch § 30 Abs. 4 AufenthG, dass nur einem Ehegatten ein Aufenthaltstitel zum Familiennachzug erteilt wird. Befindet sich bereits ein Ehegatte im Inland, kann kein weiterer nachziehen. Eine dennoch erteilte Aufenthaltserlaubnis ist daher nach § 48 VwVfG zurücknehmbar.<sup>738</sup> Die Doppelehe entfaltet mithin zwar zivilrechtliche Wirkung, wird aber aufenthaltsrechtlich anders beurteilt. Da durch § 172 StGB bereits eine strafrechtliche Bewertung von Ehen abweichend vom Zivilrecht eröffnet ist, muss dies zweckmäßig auch im Verwaltungsrecht an den Stellen möglich sein, wo es entsprechende Gründe dafür gibt. Für den Bereich des Familiennachzugs ergibt sich ein solcher Grund über dem Gedanken der Zuzugsbeschränkung hinaus aus Art. 6 GG. Dem gesamten Recht auf Familiennachzug liegt der Schutz von Ehe und Familie im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG zu Grunde. Art. 6 Abs. 1 GG enthält aber das Prinzip der Einehe und dient daher nicht dem Schutz von Mehrehen.<sup>739</sup> Zwar gilt auch für das Zivilrecht grundsätzlich eine Bindung an Wertentscheidungen des Grundgesetzes, das Zivilrecht hat aber nicht die Aufgabe, die Möglichkeit des Führens von Ehe- und Familienleben zu gewährleisten. Es soll vielmehr nur einen Rahmen schaffen, anhand dessen die Wirksamkeit von Ehen grundsätzlich beurteilt werden kann. So kann jede Ehe isoliert für sich zivilrechtlich wirksam sein, das Führen derselben trotzdem strafrechtlich und aufenthaltsrechtlich untersagt sein. Dies ist auch insofern konsequent, als dass eine „Doppelehe“ nach § 172 StGB voraussetzt, dass beide Ehen zunächst formal wirksam geschlossen sind. Eine unwirksame Ehe könnte maximal als durchaus erlaubte zwischenmenschliche Beziehung beurteilt werden. Was die Ehepartner aber neben ihre Ehe für weitere außereheliche Beziehungen führen, ist der staatlichen Kontrolle entzogen und steht den Ehegatten frei. Insofern muss das Zivilrecht zu einem anderen Ergebnis kommen, als Straf- und Verwaltungsrecht.<sup>740</sup>

Zumindest aufhebbar nach § 1314 Abs. 1 BGB ist eine im Ausland geschlossene Zweitehe dann, wenn einer der Ehegatten Deutscher ist. Dieser unterliegt auch im Ausland deutschem Personalstatut, weshalb das Eehendernis des § 1306 BGB beachtet werden muss. Dies gilt unabhängig davon,

736 So auch Rohe in StAZ 2006, 93 (98). Als schutzwürdige Umstände sind insbesondere Unterhalts- und Erbteilsansprüche für den schwächeren Ehepartner (in der Regel die Frau) zu berücksichtigen, welche verloren gehen könnten, wenn eine Ehe als *ex tunc* betrachtet werden würde.

737 OVG Münster, Urteil vom 03.12.2009 – 18 A 1787/06 – NVwZ-RR 2010, 411 (413); VGH Mannheim, Beschluss vom 21.08.2007 – 11 S 995/07 – NJW 2007, 3453.

738 Müller in Hofmann, AuslR, 2.A., § 30 AufenthG, Rn 35.

739 Noch zur alten Norm des § 17 AuslG1990 stellte der Gesetzgeber dies ausdrücklich fest, vgl. BT-Drs.: 11/6321 S. 60. § 17 AuslG1990 galt auch ausdrücklich nur in den Schranken des Art. 6 Abs. 1 GG, womit auch ohne ausdrückliche Benennung des Verbots von Mehrehen solche vom Nachzug ausgeschlossen waren.

740 Zu einer Ablehnung einer ausschließlich zivilrechtlichen Beurteilung von Doppelehen kommt auch das OVG Münster, Urteil vom 03.12.2009 – 18 A 1787/06 – NVwZ-RR 2010, 411 (414); ebenso VGH Mannheim, Beschluss vom 21.08.2007 – 11 S 995/07 – NJW 2007, 3453.

ob dem anderen Ehegatten nach seinem Heimatrecht die Schließung aktuell polygamer Ehen gestattet ist.

In der Regel wird einer Rücknahme der erteilten Aufenthaltserlaubnis entgegen § 30 Abs. 4 AufenthG auch nicht durch Vertrauensschutzgesichtspunkte gehindert. Wer sich trotz tatsächlich bestehender Mehrehen entsprechende Aufenthaltserlaubnisse für mehrere Ehegatten erschlichen hat, wird dies nur unter bewusster Angabe falscher Tatsachen bewirkt haben können. Solche „Lügen“ schließen aber nach § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 und Nr. 3 VwVfG Vertrauensschutz gerade aus. Insbesondere wer gezielt durch falsche Angaben bestehende Ehen verschweigt, weiß offenbar zumindest laienhaft, dass kein Recht auf Familiennachzug für alle Ehegatten besteht. Eine laienhafte Vorstellung genügt aber für § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG.<sup>741</sup>

§ 30 Abs. 4 AufenthG dient der Umsetzung des Art. 4 Abs. 4 der Familienzusammenführungsrichtlinie. Die Richtlinie lässt den Mitgliedstaaten dabei nach ihrem Wortlaut ausnahmsweise keinen Umsetzungsspielraum, sondern stellt abschließend fest, dass kein Nachzug gewährt wird, wenn bereits ein Ehegatte des Stambberechtigten sich rechtmäßig in der Union aufhält. Die Mitgliedstaaten können lediglich frei entscheiden, ob sie Kinder aus der nicht im Inland geführten Zweitehe aufnehmen, sofern der zusammenführende Stamberechtigte leibliches Elternteil des Kindes ist.<sup>742</sup> Ein restriktives Vorgehen gegen Mehrehen wird auch von der Richtlinie über die gemeinsamen, von allen Mitgliedstaaten anerkannten Werte gerechtfertigt.<sup>743</sup> Diese Werte können wiederum nur die abendländischen Vorstellungen der Einehe sein, welche allen Mitgliedstaaten gemein ist. Mit dieser restriktiven Haltung bringt auch das Unionsrecht eine klare Ablehnung von Mehrehen zum Ausdruck. Damit können Mehrehen auch nicht über eine Einreise in ein anderes Unionsland und dort erhaltenen Aufenthaltstitel in die Bundesrepublik getragen werden.

### c) Konstellationen von Mehrehen im Inland

Nach dem Vorstehenden sind in Deutschland geschlossene Zweitehen grundsätzlich nicht denkbar. Sollte eine solche durch Zufall doch einmal geschlossen worden sein, wäre sie aufhebbar, sodass spätestens dann, wenn einer Behörde der Fehler auffällt, die Rechtswirkungen der Zweitehe entfallen. Die tatsächliche Anzahl solcher Fälle dürfte aber zu vernachlässigen sein.

In Zeiten der vermehrten Einreise von Flüchtlingen aus der islamischen Welt treten gesteigert Fälle von im Ausland nach dortigem Recht rechtmäßig geschlossenen Mehrehen zwischen Drittstaatsangehörigen auf. Diese müssten konsequent als wirksam anerkannt werden, was aber ausländerrechtliche Konflikte aufwirft. Insbesondere stellt sich das Problem, welche der Ehen für Konstellationen wie Familienasyl nach § 26 AsylG berücksichtigt wird. Kann dagegen jeder Ehegatte in eigener Person Asylgründe geltend machen, müsste konsequent ein ganzer polygamer Eheverband legal im Bundesgebiet die Ehen ausleben können. Zum gleichen Ergebnis müsste man auch in solchen Konstellationen ohne asylrechtlichen Bezug kommen. Kann jeder Ehegatte für sich einen Aufenthaltsgrund nach dem Aufenthaltsgesetz in Anspruch nehmen, könnte einer im Inland gelebten Mehrehe kaum etwas entgegen gesetzt werden.

Darüber hinaus sind auch noch gemischte Mehrehen denkbar – also Konstellationen, an denen nicht nur Angehörige eines Staates beteiligt sind. Dies ist sowohl in Form von Mehrehen zwischen Drittstaatsangehörigen verschiedener Nationalitäten denkbar, als auch unter Beteiligung deutscher Staatsangehöriger. Auch wenn Zweitehen nicht in Deutschland geschlossen werden können, so kann es doch sein, dass eine der Mehrehen im Inland eingegangen wurde. Die erste Ehe kann unproble-

<sup>741</sup> *Sachs* in *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 8.A., § 48, Rn 162.

<sup>742</sup> Erwägungsgrund 10 der FamilienzusammenführungRL.

<sup>743</sup> Erwägungsgrund 11 der FamilienzusammenführungRL.



matisch wirksam geschlossen werden, wenn beide Partner noch nicht anderweitig verheiratet sind. Dies gilt sowohl für Ehen mit Beteiligung Deutscher als auch für solche zwischen Drittstaatsangehörigen. Erst wenn die Eheschließung für eine Partei nicht mehr die erste Ehe darstellt, greift das Eheschließungsverbot. Eine solche Ehe kann nur dort geschlossen werden, wo eine mehrfache Verheiratung zulässig ist. Ist die Ehe einmal wirksam geschlossen, greift der Institutsschutz für bestehende Ehen und verpflichtet den Staat zur Anerkennung der Ehe unter Einräumung der Möglichkeit, diese auch im Inland zu leben. Würde die Zweitehe zwischen Angehörigen verschiedener Drittstaaten im Ausland geschlossen, bedarf es komplexerer Prüfungen hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit der ausländischen Zweitehe, da verschiedene Landesrechte berücksichtigt werden müssen.

Hinzu kommen komplexere Konstellationen mit Beteiligung von Kindern aus einer oder mehreren Ehen. Hier könnte im Einzelfall denkbar sein, dass Kinder als Stammberechtigter auch den Nachzug von Zweit- oder Drittfrauen ermöglichen. Ein Kind als verbindendes Glied kann damit zumindest im Einzelfall einen Nachzug für den ganzen mehrehelichen Familienverband ermöglichen.

Dass Mehrehen im Inland gelebt werden, ist also zunächst nicht ausgeschlossen und zieht daher die Frage nach sich, wie rechtlich mit diesen Ehen umzugehen ist.

#### **d) Gleichheitsproblem: Welche „Teilehe“ wird anerkannt?**

Zum Teil wird vertreten, die Ehe gelte als wirksam, aus der das schwächere Glied (in der Regel die Frau), einen rechtlichen Vorteil herleiten kann. Damit solle dieser geschützt werden.<sup>744</sup> Dafür sprechen könnte § 34 Abs. 2 SGB I, wonach bei mehreren hinterbliebenen Ehegatten die Witwenrente anteilig unter diesen aufgeteilt wird.<sup>745</sup> Allerdings geht auch § 34 Abs. 2 SGB I davon aus, dass nur ein Anspruch auf Witwenrente aufgeteilt wird. Es werden also die Mehrehen wie eine Ehe behandelt. Ein echter rechtlicher Vorteil ist also nicht vorhanden. Vielmehr wird lediglich versucht, die gezwungenermaßen anzuerkennende Situation unter der hiesigen Rechtsordnung angemessen zu behandeln. Andernfalls würde man sogar Anreize setzen, Mehrehen zu schließen. Was nicht im Sinne des Gesetzgebers und des *Ordre Public* sein kann.

Aus § 30 Abs. 4 AufenthG ergibt sich vielmehr als Merkmal für die Anerkennung einer von mehreren Ehen aus einer polygamen Verbindung die zeitliche Reihenfolge der Antragstellung. Es wird für aufenthaltsrechtliche Zwecke allein darauf abgestellt, ob der den Nachzug begehrende Ehegatte der erste dieser Art ist. Unabhängig von Ehebestandszeiten, gemeinsamen Kindern, tatsächlich gelebter Beziehung und Ähnlichem wird allein auf die im Ausland gegebene rechtliche Wirksamkeit der Ehe abgestellt und ob der Stammberechtigter noch keine andere Ehe im Inland führt. Dieses Zeitmoment als Unterscheidungsmerkmal ist im Sinne einer effektiven Verwaltungsarbeit sicher geeignet. Andererseits werden damit soziale Gesichtspunkte völlig ausgeblendet. Familiennachzug dient dem Schutz von Ehe und Familie. Das reine Zeitmoment als Merkmal ignoriert diesen Schutzgedanken zu Gunsten einer einfacheren Bearbeitung der Anträge. Dass dies menschenrechtlich kaum tragbar ist, muss fast nicht erwähnt werden. Aber auch wenn die Familienzusammenführungsrichtlinie ähnlich absolut formuliert, wird über die Möglichkeit des Kindernachzugs über die eine, im Unionsgebiet erlaubte, Ehe hinaus<sup>746</sup> deutlich, dass ein soziales Moment nicht völlig außen vor bleiben soll. In seiner Absolutheit stellt sich hier vielmehr die Frage, ob Art. 4 Abs. 4 Familienzusammenfüh-

---

744 So etwa *Helms* in StAZ 2012, 2 (3) und *Rohe* in StAZ 2006, 93 (98). Würde man die Zweitehe als nichtig betrachten, entstünden hinkende Rechtsverhältnisse, welche die auf den Bestand der Ehe vertrauende Zweitfrau schutzlos lassen würden.

745 Dass § 34 Abs. 2 SGB I sich nur auf Mehrehen beziehen kann, ergibt sich aus der Formulierung „Ehegatten“, welche einen gegenwärtig bestehenden Status impliziert und nicht auf eine Scheidung oder ähnliches Bezug nimmt. Vgl. dazu *Gutzler* in Beck'scher Onlinekommentar zum Sozialrecht, Stand 31.07.2016, § 34 SGB I, Rn 26-31.

746 Erwägungsgrund 10 der FamilienzusammenführungsRL.

rungsrichtlinie überhaupt mit höherrangigem Unionsrecht vereinbar ist. Es werden Aspekte des schutzwürdigen Familienlebens aus Art. 8 EMRK und Art. 7 GrChEU völlig außen vor gelassen. Dies mit gemeinsamen Wertvorstellungen zu rechtfertigen, greift doch sehr kurz. Tatsächlich ist es gar nicht völlig unumstritten, dass die Einehe der gemeinsamen abendländisch-europäischen Werteordnung entspricht. Zweifel am Monogamiegebot gab es schon in der frühen Neuzeit durch Naturrechtler und Theologen, die insbesondere auf den wie selbstverständlich geführten polygamen Lebenswandel nicht nur von Fürsten aus dem Alten Testament sondern auch aus der damaligen Gegenwart verwiesen.<sup>747</sup> In diesem Sinne gab es auch in Dänemark in jüngster Vergangenheit eine intensive öffentliche Debatte über Polygamie, bei der selbst als konservativ bekannte Kirchenvertreter einräumten, dass es zum einen keine gesicherten Anhaltspunkte für die Unchristlichkeit der Mehrehe gäbe und zum anderen ein islamisch geprägter Familienverband nicht durchgreifend nach christlichen Maßstäben beurteilt werden kann. Innerhalb dieser Debatte ergab sich auch, dass das dänische Bigamieverbot allein die Schließung der zweiten Ehe unter Strafe stellt. Das Führen mehrerer Ehen hingegen ist straffrei. Auch wurde von dänischen Familienrechtlern zu bedenken gegeben, dass die Aufhebung einer Ehe inkonsequent sei, wo man doch grundsätzlich beide Ehen als rechtskräftig geschlossen betrachten müsste.<sup>748</sup> Der Fall zeigt vor allem, dass von einer unumstößlichen Überzeugung von der Einehe kaum gesprochen werden kann.

Darüber hinaus wird doch durch die Verweigerung des Nachzugs die Wertvorstellung nicht wirklich geschützt. Auch wenn nicht alle Teilehen einer Mehrehe im Unionsgebiet gelebt werden können, so sind die Partner nicht gehindert, weiter verheiratet zu sein. Außerdem ist nicht ausgeschlossen, dass die Zweitfrau über einen anderen Aufenthaltsgrund einen Titel erlangt oder die Zweitehe mit einer bereits rechtmäßig im Inland befindlichen Frau geschlossen wird. Mehrehen sind dadurch zumindest nicht gänzlich ausgeschlossen.<sup>749</sup> Würde man konsequent die Werteordnung schützen wollen, müsste man darauf abstellen, welche Ehe zuerst geschlossen wurde und lediglich diese anerkennen, während die späteren Ehen am Eheschließungshindernis einer bereits bestehenden Ehe scheitern müssten. Auch wenn einer dieser späteren Ehegatten dann als erstes einen Antrag auf Familiennachzug stellt, müsste ihm dieser verwehrt werden, weil die fragliche Ehe im Sinne unserer abendländischen Werteordnung nicht als wirksam betrachtet werden kann. Diese Auslegung widerspräche jedoch dem Grundsatz des IPR, wonach sich in ausländische familienrechtliche und standesamtliche Angelegenheiten nicht eingemischt wird. Dass aber unter Umständen einer Zweit- oder Drittehe der Aufenthalt im Unionsgebiet gestattet wird und darüber hinaus auch kein Anstoß daran genommen wird, dass ein Ehegatte weitere Ehen im Ausland führt, schützt die abendländische Werteordnung keineswegs. Sie wird vielmehr in Frage gestellt, denn letztlich werden polygame Beziehungen in ihrem Bestehen anerkannt. Die Werteordnung tatsächlich schützen könnte man nur, indem man keiner einzigen Teilehe einer Mehrehe ein Nachzugsrecht gewährt. Dies wäre aber wiederum mit dem Schutz von Ehe und Familie nicht in Einklang zu bringen. Man sollte also die gewählten Prioritäten hinterfragen und zu dem Ergebnis kommen, dass ein ineffektiver Schutz von überkommenen Werten nicht den Schutz von Menschenrechten überwiegen kann. Damit einher geht eine Verabschiedung vom Ziel der Vermeidung von Mehrehen im Unionsgebiet und stattdessen die Beurteilung nach schützenswerten sozialen Beziehungen innerhalb des polygamen Familienverbandes. Statt zeitliche Abfolgen zu betrachten, sollte untersucht werden, welche der Beziehungen in sozialer Hinsicht am engsten – schützenswertesten – ist. Dafür müsste dies entweder bei Nachzugsantrag eines

---

747 Dazu Mikat, Die Polygamiefrage in der frühen Neuzeit, Vorträge der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften, 1988, S. 15, 26, 65. m.w.N. Coester/Coester-Waltjen FamRZ 2016, 1618 (1618).

748 Der konkrete Fall drehte sich um einen irakischen Dolmetscher, der mit den dänischen Streitkräften im Irakkrieg zusammengearbeitet hatte und nach Abzug Dänemarks als Flüchtling in Dänemark mit seinen beiden Ehefrauen anerkannt wurde. Zu den Details und den verschiedenen Stellungnahmen: *Otto* in StAZ 2009, 238. Besonders an dem Fall war, dass auch eine staatlich durchgeführte Scheidung von einer der Ehefrauen nicht dazu geführt hätte, dass diese ihren Aufenthaltsstatus verloren hätte. Die Mehrehe spielte für das dänische Aufenthaltsrecht keine Rolle.

749 So auch *Helms* in StAZ 2012, 2 (4).

Ehegatten hinsichtlich des ganzen Familienverbandes geprüft werden – was mangels Antragstellung der anderen Ehegatten problematisch erscheint. Oder es müsste bei späteren Anträgen eine Prüfung im Vergleich zur bereits im Inland befindlichen Teilehe erfolgen. Hier könnte sich das Problem ergeben, dass die im Inland gelebte Ehe sicher die effektivere – weil tatsächlich gelebte – sein wird, aber durchaus zu Kindern aus der anderen Ehe schützenswerte Beziehungen bestehen können. Unter Umständen könnte das Ergebnis sein, dass sich doch ein ganzer polygamer Familienverband im Inland aufhält. Weist dieser aber in jeder Teilbeziehung einen schützenswerten Charakter auf, ist aus menschenrechtlicher Sicht nichts dagegen einzuwenden. Das Bild von Ehe und Familie des Grundgesetzes hat sich ohnehin zunehmend als unzulänglich erwiesen. Der Ausschluss von gleichgeschlechtlichen Paaren geht ebenso an der Lebensrealität vorbei wie das Bestehen auf die Einehe, welche durch häufige außereheliche Beziehungen auch bei Deutschen kaum mehr seriös vertreten werden kann. Die Idee der Einehe ist die Idee der ehelichen Treue – fehlt diese, ist das heute längst kein Skandal mehr.

Inkonsequent ist auch die sich aus Art. 13 EGBGB ergebende Schlussfolgerung, dass polygame Ehen nicht nur nicht nichtig sondern sogar mit dem *Odre Public* vereinbar sind, wenn alle betroffenen Ehegatten nach ihrem Heimatstatut polygame Ehen eingehen können, diese im Ausland geschlossen wurden und alle Beteiligten damit einverstanden sind.<sup>750</sup> Auch wenn die rechtliche Beurteilung im Zivil- und öffentlichen Recht durchaus auseinander fallen kann, scheinen verschiedene *Odre Public* je nach betrachteten Rechtsgebiet wenig überzeugend zu sein. Der *Odre Public* soll die unserer Rechtsordnung zu Grunde liegenden Grundsätze abbilden. Diese können kaum variabel sein. Den *Odre Public* für unanwendbar zu halten, weil eine Eheschließung im Ausland keinen hinreichenden Bezug zum Inland haben soll, selbst wenn die Ehegatten von Anfang an das Führen der Mehrehe im Bundesgebiet beabsichtigten, ist nicht stichhaltig. Allein die Absicht zur Aufenthaltsbegründung im Bundesgebiet schafft einen unleugbaren Bezug zum Inland. Ausgeschlossen werden kann dies lediglich, wenn dieser Wille nicht anfänglich bestand, sondern die polygame Familiengemeinschaft zuvor schon eine Zeit lang im Ausland geführt wurde.<sup>751</sup>

Weiterhin ist es in zahlreichen westlichen Rechtsordnungen möglich, im Rahmen registrierter nicht-ehelicher Partnerschaften auch polyamoröse Lebensformen zu verrechtlichen und schützenswerte Positionen zu erlangen.<sup>752</sup> Auch dies spricht grundsätzlich dagegen von einer unumstößlichen gemeinsamen abendländischen Überzeugung vom Prinzip der Monogamie und Treue auszugehen. Dauerhafte Verbindungen zwischen mehreren Personen sind heute nicht mehr auf zwei Personen – schon gar nicht des selben Geschlechts – beschränkt.

In Hinblick auf eine eventuell mangelnde Gleichberechtigung müssen auch moderne „Patchwork-Konstellationen“ in die Betrachtung mit einbezogen werden. Klassische Patchworkfamilien mit jeweils eigenen und gemeinsamen Kindern, wobei die Kinder auch noch eine enge Beziehung zum geschiedenen Elternteil haben, werden als von Art. 6 GG geschützte Kernfamilie angesehen, sodass Nachzugsrechte bestehen. Im Grunde hat man es aber auch hier mit Fällen mehrfacher Eheschließung zu tun. Entscheidendes Element der Unterscheidung ist der zeitliche Abstand zwischen den

---

750 So vertreten in BVerwGE 71, 228 – NJW 1985, 2097 (2098). Der zu Grunde liegende Fall einer libanesischen Mehrehe verdeutlicht, dass auch diese grundrechtlichen Schutz beanspruchen können, wenn gemeinsame Kinder existieren, sodass der Schutz des Familienlebens eingreift. Eine aufenthaltsrechtliche Diskussion konnte in diesem Fall aber primär nur deshalb entstehen, weil das AuslG1965 keine dem § 30 Abs. 4 AufenthG entsprechende Norm kannte, sondern nach § 2 AuslG1965 lediglich die Ausländerbehörde dazu berechtigt war, Aufenthaltstitel im Interesse der öffentlichen Ordnung zu verweigern.

751 Vgl. Helms StAZ 2012, 2 (3).

752 So beispielsweise in Australien, Mazedonien, die kanadische Provinz British Columbia oder Norwegen. Dazu Coester/Coester-Waltjen FamRZ 2016, 1618 (1623 m.w.N.).

einzelnen Ehen. Es wurden nicht mehrere Ehen zugleich geführt, sondern nacheinander.<sup>753</sup> Auch wenn das tatsächlich gelebte Familienverhältnis einer Patchworkfamilie dem einer Mehrehe gleich kommt, ist die rechtliche Qualität der Mehrehe eine andere, die gerade nicht mehr unter den Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG fallen kann. Außerdem wird im Falle einer Patchworkfamilie ein außerhalb der aktuellen Ehe stehender Elternteil im Zweifel kein Nachzugsrecht erhalten, denn das sich bereits im Inland befindliche Kind wird sich beim personensorgeberechtigten Elternteil aufhalten und ein Ausnahmefall des Elternnachzugs wird nicht vorliegen.<sup>754</sup> Zwar ist über Art. 8 EMRK im Sinne eines geschützten Privatlebens im Einzelfall auch die „faktische Familie“ zwischen geschiedenen Eheleuten und gemeinsamen Kindern geschützt. Zwar wird man auch hier Art. 8 EMRK keine anspruchsbegründende Wirkung zuschreiben können, sondern lediglich bei Fragen der Verlängerung eine ermessensleitende Funktion. Denn die Behörde muss bei ihrer Entscheidung mit einbeziehen, wie stark die Beziehungen innerhalb der „faktischen Familie“ ausgeprägt und daher im Inland schützenswert sind.<sup>755</sup> Gleiches kann im Grunde auf Patchworkfamilien angewendet werden. Auch hier liegt eine „faktische Familie“ - neben der tatsächlich durch Trauschein verbundenen Familie - vor. Grundsätzlich können beide schützenswert sein - über Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK. Zwar ergibt sich hieraus kein Nachzugsrecht, aber zumindest kann ein fortdauernder Aufenthalt gewährt werden. Damit wäre im Ergebnis die gleiche Situation erreicht wie bei Mehrehen, die nicht zugleich im Inland geführt werden sollen. Unterschied bleibt allein, dass nicht gleichzeitig mehrere Ehen geführt werden. Das Grundgesetz hat gegen fortbestehende Beziehungen zwischen Geschiedenen nichts einzuwenden. Auch bei Entstehen des Grundgesetzes 1948/49 war eine Scheidung als Rechtsinstitut bereits bekannt. Lediglich die Häufigkeit hat sich im Laufe der Jahrzehnte geändert. Stellt man jedoch auf die zu Grunde liegende abendländische Vorstellung von Ehe und Familie ab, muss man dazu kommen, dass hiervon Scheidungen nicht - zumindest nicht ursprünglich - umfasst sind. Auch wenn Scheidungen heute zum Alltag gehören, werden sie insbesondere von der katholischen Kirche immer noch abgelehnt. Gerade diese hat aber unsere Vorstellung einer abendländischen Weltordnung geprägt. Damit zeigt sich, dass auch die schlagwortartig verwendete abendländische Vorstellung wandelbar ist. Auch das Grundgesetz schützt - wie Art. 8 EMRK - das Privatleben. Darüber hinaus muss Art. 8 EMRK im Sinne einer konventionsgemäßen Auslegung und Handhabung der nationalen Rechtsordnung auch für Behörden eine Leitlinie bilden - selbst bei Anwendung des Grundgesetzes. Dadurch schützt das Grundgesetz nunmehr auch nichteheliche - vormals durch Ehe verbundene - Beziehungen. Auch wenn gegenwärtig nicht ansatzweise davon ausgegangen werden kann, dass die Führung von Mehrehen in Deutschland gesellschaftlich so anerkannt wird, dass ein Schutz dieser in das Grundgesetz mit hinein gelesen wird, kann dies nicht grundsätzlich und für alle Zeiten ausgeschlossen werden. Gerade in Anbetracht der Flüchtlingsströme aus der islamischen Welt in den letzten Jahren und der grundsätzlich fortschreitenden Globalisierung wird es auf Dauer immer schwieriger werden, an abendländischen Wertvorstellungen unumstößlich festzuhalten. Allein der Verweis auf überkommene Wert- und Moralvorstellungen wird nicht genügen.

Damit ist zwar zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Unterscheidung von Patchwork-Konstellationen und Mehrehen auf dem Boden des Grundgesetzes gerechtfertigt, eine Änderung dieser Diagnose ist aber nicht ausgeschlossen.

---

753 Hierfür existiert der Begriff der „sukzessiven Polygamie“. Gerade im Bereich der streng konservativ katholischen Kirche wird auch diese Form der Polygamie unter Verweis auf die Einmaligkeit des Ehebundes als unzulässig betrachtet - Coester/Coester-Waltjen FamRZ 2016, 1618 (1622).

754 Da die Fälle des Elternnachzuges aus § 36 Abs. 1 AufenthG auf Fluchtsituationen zugeschnitten sind, wird sich das Auftreten von Patchwork-Konstellationen schon deswegen ausschließen, da solche Lebensformen in den klassischen Herkunftsländern nicht üblich sind.

755 In diesem Sinne lässt sich auch das OVG Lüneburg ein - Beschluss vom 23.06.2008 - 7 ME 58/08.

## 2. Zwangsehen

Im Zusammenhang mit Zuwanderern taucht auch immer wieder das Thema der Zwangsehe auf. Zwangsehen sind Ehen, die gegen den Willen der Eheleute geschlossen werden. Dabei kann der Zwang zur Eheschließung sowohl nur einen Partner treffen, als auch gegenüber beiden ausgeübt werden. Der Zwang selbst äußert sich in Form von Ausübung oder Androhung von Gewalt bzw. einem empfindlichen Übel.<sup>756</sup> Abzugrenzen ist die Zwangsehe von der arrangierten Ehe, bei welcher zwar die Wahl der Partner durch Dritte (in der Regel wohl die Eltern) getroffen wird, die zukünftigen Ehegatten haben sich aber frei und selbstbestimmt dazu entschieden, diese Ehe einzugehen. Diese Abgrenzung ergibt zwangsläufig Grauzonen, in denen Fälle liegen, bei denen die Zwangsausübung nur subtil erfolgte oder die Beteiligten den Zwang zur arrangierten Ehe als üblich wahrnehmen und es fraglich ist, ob in solchen Fällen von einer Zwangsehe gesprochen werden kann. Außerdem bestehen Schnittmengen zu Kinderehen, da Zwangsverheiratete üblicherweise relativ jung sind.

Die Thematik wirft Fragen der Gerechtigkeit auf, wenn der Gesetzgeber versucht, über den Ausschluss bestimmter Faktoren Zwangsehen zu bekämpfen – ohne gewährleisten zu können, dass davon nicht auch sonstige „richtige“ Ehen erfasst werden. Generell stellt eine echte Zwangsehe einen Verstoß gegen Art. 12 EMRK und Art. 16 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen<sup>757</sup> dar, sowie einen Verstoß gegen die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 1 GG. Darüber hinaus wird, speziell in Hinblick auf die Lage der betroffenen Frauen in Nr. 21 der Empfehlungen des UN-Komitees zur Abschaffung aller Formen der Diskriminierung von Frauen, die Bedeutung der freien Partnerwahl betont.<sup>758</sup>

### a) § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG und Mindestalter

Mit dem 2007 eingeführten § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG will der Gesetzgeber Zwangsehen bekämpfen, indem kein Familiennachzug gewährt wird, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass einer der Partner zur Eingehung der Ehe gezwungen wurde.<sup>759</sup> Dies soll der Umsetzung des Art. 16 Abs. 2 lit. b Familienzusammenführungsrichtlinie dienen.<sup>760</sup> Auf Grund von § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG kann bereits die Erteilung eines Visums durch die jeweilige Botschaft im Herkunftsland verweigert werden.<sup>761</sup> Damit wird unterstellt, dass eine Zwangsehe geschlossen wurde, um einen Aufenthalt im Inland zu ermöglichen. Da der mindestens bei einem Partner ausgeübte Zwang, die Freiwilligkeit der Eheschließung ausschließt – die Ehe also nicht vom Willen zur gemeinsamen Lebensführung beider Partner getragen wird – soll die Zwangsehe nicht in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG fallen. Anders wird dies für arrangierte Ehen gesehen, bei welcher davon ausgegangen wird, dass die Ehe trotz Einwirkung von Dritten doch vom Willen der Partner getragen wird.<sup>762</sup> Anders als bei der Scheinehe genügen für die Annahme einer Zwangsehe tatsächliche Anhaltspunkte, die die Ausländerbehörde selbst gewonnen hat. Damit liegt die Beweislast für den verminderten

756 Definition nach Amnesty International: <http://www.amnesty-frauen.de/Main/Zwangsheirat>, abgerufen am 29.11.2016. Außerdem: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 18; Letzgas FPR 2011, 451 (452) mit beispielhafter Beschreibung möglicher Zwangslagen, sowie *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (547).

757 Resolution vom 10.12.1948 der Generalversammlung der Vereinten Nationen, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III).

758 Dies nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG: E 31, 58 (67), E 105, 34. Zu Menschenrechtsverletzungen durch Zwangsehe: Letzgas FPR 2011, 451 (452) m.w.N.; Sering NJW 2011, 2161 (2161).

759 Wird eine Zwangsehe erst nach Einreise und Erlangung eines Aufenthaltstitels festgestellt oder erst im Bundesgebiet geschlossen, begründet die Zwangsehe gegenüber der Partei, welche den Zwang ausgeübt hat, ein Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG. Die praktische Relevanz dessen ist jedoch gering, Bauer/Beichel-Benedetti NVwZ 2016, 416 (417).

760 BT-Drs. 16/5065 S. 170.

761 So im Fall des OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.06.2012 – OVG 11 N 10.11.

762 Vgl. für diese gesetzliche Wertung: VV 27.1a.2.1 zu § 27 AufenthG.

Maßstab der tatsächlichen Anhaltspunkte bei der Behörde und nicht bei den von einer Zwangsehe betroffenen Antragstellern.<sup>763</sup> Dies kann zum einen positiv gewertet werden, als dass dem Betroffenen und unter Zwang Stehenden nicht auch noch auferlegt wird, sich zu offenbaren, um der Zwangssituation zu entkommen. Darin kommt auch die Hoffnung zum Ausdruck, dass die Verweigerung der begehrten Aufenthaltstitel dazu führt, dass bestehende Zwangsehen gelöst werden bzw. der Anreiz zum Eingehen von Zwangsehen schwindet. Fraglich ist aber, ob es tatsächlich zu einer Auflösung der Ehe kommen würde, in Anbetracht der Tatsache, dass Scheidungen in den entsprechenden kulturellen und religiösen Kreisen verpönt sind. Selbst wenn eine solche vorgenommen werden sollte, würde sie das betroffene schwächere Glied der Zwangsehe – in der Regel die Frau – stigmatisieren und unter Umständen schutzlos zurück lassen. Darüber hinaus ist auch fraglich, wie häufig Zwangsehen tatsächlich allein zu dem Zweck geschlossen werden, einen Aufenthaltstitel zu erlangen.<sup>764</sup>

Die Ermittlungen der Behörde dürfen durch getrennte Befragungen erfolgen, wobei widersprüchliche Aussagen der Ehegatten zum Kennenlernen oder der Eheschließung als Indiz für eine Zwangsehe gewertet werden dürfen. Dabei sei die geschützte Privatsphäre nicht betroffen, da solche Befragungen nur nach Vorliegen „tatsächlicher Anhaltspunkte“ für eine Zwangsehe vorgenommen werden sollen. Als tatsächlicher Anhaltspunkt genügt dabei nicht die Herkunft aus einem Land oder die Zugehörigkeit zu seiner Religion, in der typischerweise Zwangsehen geschlossen werden.<sup>765</sup> Da der Begriff der tatsächlichen Anhaltspunkte aber derart unbestimmt ist und auch die tatsächliche Feststellung des Vorliegens einer Zwangsehe im Ergebnis allein auf der vagen Basis von Indizien<sup>766</sup> erfolgen kann, erscheint der Schutz von Menschenrechten der Betroffenen doch eher gering. Es steht zu befürchten, dass eine pauschale Überprüfung nur deshalb unterbleibt, weil der entsprechende Verwaltungsaufwand nicht zu bewältigen wäre. Genug Spielraum gäbe es für die Ausländerbehörden. Für die Frage von Grundrechtsverletzungen kann daher nicht allein auf die tatsächliche Handhabung von Normen abgestellt werden, sondern muss auch betrachtet werden, was unter Ausnutzung der gesamten Bandbreite der Norm grundsätzlich möglich wäre. Neben den „tatsächlichen Anhaltspunkten“ findet sich in § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG auch noch die Formulierung „die Annahme begründen“. Eine Annahme ist im Grunde genommen eine Vermutung, die schematisch aus bestimmten äußeren Umständen gewonnen wird. Es bleibt also dabei, dass sich die Behörde im vagen Bereich der Spekulation befindet. Geht man davon aus, dass im Falle eines begehrten Familiennachzuges die Zwangsehe im Ausland geschlossen wurde, wäre eine sichere Feststellung vermutlich nur möglich, wenn im Herkunftsland entsprechende Nachforschungen angestellt würden. Grundlagen für Vermutungen werden aber immer vage bleiben, sodass die Grenze zum Generalverdacht schnell überschritten sein kann. Einem Generalverdacht kommt es gleich, wenn sich die „tatsächlichen Anhaltspunkte“ allein daraus ergeben, dass in äußerlich ähnlichen Fällen ebenfalls eine Zwangsehe angenommen wurde. Auch wenn ausdrücklich das Herkunftsland als Kriterium ausgeschlossen sein soll, wird es sich wohl kaum verhindern lassen, dass auch dieser Aspekt in die Bewertung eines Sachverhalts mit einfließt. Davon abgesehen findet sich der Ausschluss des Herkunftslandes nicht im Wortlaut der Norm, sondern lediglich in entsprechenden Gesetzeserwägungen.<sup>767</sup> Diese Einschränkung ist also nur schwer zu ermitteln und nicht einmal in den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften (VV) zum AufenthG zu finden, welche der ausführenden Behörde als

---

763 Müller in Hofmann, AuslR, 2.A., § 27 AufenthG, Rn 29.

764 Zur Motivlage bei der Schließung von Zwangsehen siehe unter bb) Statistiken und Dunkelziffer.

765 VV 27.1a.2.1 zu § 27 AufenthG; BT-Drs. 16/5065 S. 170.

766 Neben klassischen Indizien kommen auch Fälle vor, in denen der vom Zwang Betroffene beispielsweise bei Beantragung eines Visums im Herkunftsland eine entsprechende Aussage gemacht hat, welche eine Zwangsehe nahelegt oder gar bestätigt, dann aber im Nachhinein widerruft. Hier liegt der Schluss nahe, dass der Widerruf nur auf Druck durch die Familie erfolgte, sodass der ursprünglichen Aussage samt Widerruf bis zu einem gewissen Grad Indizwirkung zukommen kann. So auch bei OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.06.2012 – OVG 11 N 10.11.

767 Vgl. BT-Drs. 16/5065 S. 170.

Richtlinie zur Anwendung dienen sollen. Betrachtet man darüber hinaus, dass die Mehrzahl der Behördenmitarbeiter keine juristische Ausbildung haben, ergibt sich daraus das praktische Problem, dass diese Einschränkung gänzlich übersehen werden könnte. Zwar verbieten auch die VV systematische Ausforschungen,<sup>768</sup> dabei wird aber nicht konkretisiert, wo die Grenze zur systematischen Ausforschung liegen soll. Der einzelne Mitarbeiter könnte eine Systematik schon dadurch verneinen, dass er nicht alle in seinen Bereich fallenden Fälle überprüft, sondern nur solche, die bestimmte, von ihm festgelegte Kriterien erfüllen. Auch dies ist letztlich systematisch und dann diskriminierend, wenn sich diese Kriterien auf Umstände beziehen, auf welche die unter Verdacht Geratenen keinen Einfluss haben. Dies sind insbesondere die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Umstände. Es würde allerdings der allgemein anerkannten Auslegung des in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Merkmals der „Heimat und Herkunft“ widersprechen, nähme man nunmehr an, dass sich schon hieraus – ganz ohne historische Auslegung anhand der Gesetzesbegründungen – ergäbe, dass das jeweilige Herkunftsland nicht als Kriterium für eine Ausforschung dienen könne. Denn die geographische Herkunft aus einem bestimmten Land wird gerade nicht davon erfasst. Lediglich ein Verbot der Heranziehung des Kriteriums der Religionszugehörigkeit ergibt sich aus Art. 3 Abs. 3 GG, da es eine verbotene Ungleichbehandlung darstellen würde, wenn pauschal alle Ehen von Personen muslimischen Glaubens überprüft würden. Darüber hinaus lässt sich so pauschal nicht sagen, dass die fraglichen Ehen keinen Schutz aus Art. 6 Abs. 1 GG genießen können. Da es sich selbst im Falle der Verweigerung des Aufenthaltsrechtes um bloße Vermutungen handelt und nicht abschließend feststehen muss, dass einer der Ehegatten zum Eingehen der Ehe gezwungen wurde, kann nicht sicher davon ausgegangen werden, dass der Wille zum Führen der ehelichen Lebensgemeinschaft fehlt. Darüber hinaus ist auch – anders als bei einer reinen Scheinehe – gar nicht gesagt, dass im Falle einer Zwangsehe dieser Wille fehlt. Nur weil die Eingehung der Ehe selbst unter Zwang erfolgte, ist keine Aussage über die innere Einstellung der Beteiligten hinsichtlich des nachfolgenden Führens der Ehe getroffen. Daher dürfte nur in Fällen, in denen sicher eine Zwangsehe vorliegt, die Ehe als nicht schützenswert angesehen werden. Verweigert man aber allein auf Grundlage von Vermutungen eine Familienzusammenführung, greift dies in das Recht auf Führung des Familienlebens ein. Auch wenn man annimmt, dass damit Persönlichkeitsrechte der Betroffenen geschützt werden sollen<sup>769</sup>, ist dies keine ausreichende Rechtfertigung. Zwar greift eine Zwangsehe grundsätzlich in die geschützte freie Willensbetätigung des Einzelnen ein, aber dieser Eingriff wird nicht dadurch beendet, dass ein Nachzugsrecht verweigert wird. Die Zwangsehe wird in der Regel weiter bestehen bleiben, sodass die Verweigerung von Nachzugsrechten schon kein geeignetes Mittel zur Erreichung des Gesetzeszweckes ist. Hingegen bestehen bereits ausreichende andere Möglichkeiten, den Betroffenen aus ihrer Zwangslage zu helfen.<sup>770</sup> Denn verweigert man Aufenthaltsrechte, führt dies doch letztlich nur dazu, dass man das Problem wegschiebt und die Betroffenen schutzlos zurück lässt. Dadurch werden die angeblich als schutzwürdig berücksichtigten Menschenrechte nur noch mehr verletzt. Denn mit der Antragstellung auf Familiennachzug und der anschließenden Prüfung, ob eine Zwangsehe vorliegt – welche zumindest zu der positiven Annahme einer solchen geführt hat – hat die Bundesrepublik in einem gewissen Maße auch Verantwortung für die Rechte der Betroffenen übernommen, deren Situation durch eine Rückverweisung in das Herkunftsland in der Regel verschlechtert werden wird. Darüber hinaus wird es für diejenigen, die zur Heirat ins Ausland verschleppt wurden, nur ein schwacher Trost sein, dass sie gemäß § 37 Abs. 2a AufenthG unter erleichterten Bedingungen ins Inland zurückkehren können, wenn sie einen entsprechenden Antrag innerhalb von 3 Monaten nach Wegfall der Zwangslage stellen, spätestens aber 5 Jahre nach ihrer unfreiwilligen Ausreise. Darüber hinaus erlischt nach § 51 Abs. 4 S. 2 AufenthG der Aufenthaltstitel im

768 Vgl. VV 27.1a.2.2 zu § 27 AufenthG.

769 Als geschützte Güter werden angeführt: die Eheschließungsfreiheit, die sexuelle Selbstbestimmung, die persönliche Freiheit und die körperliche Unversehrtheit, vgl. BT-Drs.: 16/5065, S. 173.

770 Ebenfalls kritisch zu gesetzgeberischen Versuchen, Zwangsehen zu bekämpfen: *Bauer* in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 54 AufenthG. Rn 66. Zu zivil- und strafrechtlichen Handlungsmöglichkeiten siehe unten „cc) Möglichkeiten zur Hilfeleistung“.

Falle einer Heiratsverschleppung nicht, wenn der Betroffene nach Wegfall der Zwangslage innerhalb von 3 Monaten – spätestens nach 10 Jahren seit der Ausreise – wieder einreist.<sup>771</sup> Zum einen wird dies kaum bekannt sein. Daneben ist die Zeitspanne sehr gering und ein entsprechender Antrag wird häufig daran scheitern, dass die Betroffenen in entlegene Regionen verbracht wurden und dort oft jahrelang von der Außenwelt abgeschnitten gelebt haben. In solchen Situationen wird trotz Wegfall der Zwangslage kaum die Möglichkeit bestehen, selbstbestimmt einen solchen Antrag zu stellen. Letztlich wird aber auch hier vor allem die Einstufung problematisch sein, wann die Zwangslage weggefallen ist – sodass die Betroffenen schnell ihr Antragsrecht verwirkt haben werden.

Aus grundrechtlicher Sicht wird letztlich häufig angeführt, dass eine Grundrechtskollision zwischen dem Schutz der Ehe aus Art. 6 Abs. 1 GG und der Religionsfreiheit aus Art. 4 Abs. 2 GG nicht denkbar sei. Zwar sei grundsätzlich die Zwangsehe durchaus Teil religiöser Überzeugungen, die Zwangsausübenden könnten sich hierauf aber nicht berufen, da sie ihrerseits gegen geltendes Recht in Form von bspw. § 237 StGB verstoßen hätten.<sup>772</sup> Dies läuft letztlich darauf hinaus, dass der rechtsbrüchige Bürger seine Grundrechte verwirkt hätte. Konsequenz dürfte dann auch der Dieb kein Recht mehr auf sein Eigentum und der Mörder kein Recht auf seine körperliche Unversehrtheit haben. Dass dies mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist, dürfte sich von selbst verstehen. Zumal die Täter hier in keiner Weise eine religiöse Verletzung begangen haben. Sie sind vielmehr ihrer Religion gefolgt. Anerkanntermaßen wird auch sonst einem Straftäter maximal für einen klar begrenzten Zeitraum die Freiheit entzogen. Auf sein Recht auf Religionsausübung wirkt sich eine Straftat nie aus – selbst wenn der Dieb eine Kirche ausgeräumt haben sollte. Das richtige Ergebnis, dass Art. 4 Abs. 2 GG Zwangsehen nicht rechtfertigen kann, muss mithin anders begründet werden. Statt die Verwirkung eines Grundrechts anzunehmen, sollte lieber eine Abwägung stattfinden. Zwar gestände man damit im Grundsatz eine Grundrechtskollision ein. Aber diese kann ohne weiteres zu Gunsten der Ehe und dem Opfer entschieden werden. Denn der Eingriff in die Religionsfreiheit ist durch das Verbot von Zwangsehen vergleichsweise gering. Zwangsehen werden zum Beispiel vom Koran nicht befürwortet und es wird auch nicht die gesamte Religion verboten, sondern nur ein kleiner höchst umstrittener Teil. Dem gegenüber wird für die Opfer entscheidend in ihre freie Willensbetätigung eingegriffen und das Recht auf Eheschließungsfreiheit durch eine Zwangsehe sogar ausgeschlossen. Diese Eingriffe wiegen zweifellos deutlich schwerer, sodass die Religionsfreiheit für die Täter nicht schützend eintreten kann.

Weiterhin hat der Gesetzgeber zur Bekämpfung von Zwangsehen in den §§ 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG ein Mindestalter von 18 Jahren der beiden Ehegatten für den Familiennachzug festgelegt. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dass einer der Ehegatten bei Eheschließung im Ausland jünger als 18 Jahre war. Ein Nachzug ist trotzdem erst möglich, wenn beide Ehegatten das Mindestalter erreicht haben.<sup>773</sup> Das Mindestalter bewegt sich dabei im Rahmen der in der Familienzusammenführungsrichtlinie vorgesehenen Möglichkeiten von Art. 4 Abs. 5 und Art. 7 Abs. 2.<sup>774</sup> Damit soll der Anreiz zur Zwangseheschließung verringert werden, da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass Zwangsehen traditionell mit weitaus jüngeren Beteiligten geschlossen werden und es für die Zwangsausübenden Familien nicht reizvoll ist, den erstrebten Vorteil eines Aufenthaltstitels erst nach einiger Zeit mit Vollendung des 18. Lebensjahres zu erreichen.<sup>775</sup> Der hierin liegende Eingriff in die Eheführungsfreiheit aus Art. 6 Abs. 1 GG wird damit gerechtfertigt, dass zum einen Persönlichkeitsrechte geschützt werden sollen und zum anderen die Ehe ja grundsätzlich geführt werden

---

771 Hierzu *Sering* in NJW 2011, 2161 (2164).

772 *Sering* NJW 2011, 2161 (2162); Letzgas FPR 2011, 451 (452).

773 Vgl. VV 30.1.1 zu § 30 AufenthG.

774 Welches sogar bis 21 Jahre hochgesetzt werden könnte. Dies war im Gesetzgebungsprozess 2006 auch in der Diskussion, wurde aber letztlich auf die mit deutschem Recht besser vereinbare Grenze von 18 Jahren begrenzt, da dies auch dem deutschen Mindestalter zur Eheschließung entspricht.

775 Vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 172.



kann, nur eben temporär nicht im Bundesgebiet.<sup>776</sup> Dass diese Begründung nicht durchgreift, ergibt sich zunächst wieder aus dem Vorgesagten. Die Opfer von Zwangsverheiratung aus dem Bundesgebiet fern zu halten, schützt deren Rechte keineswegs. Darüber hinaus stellt der generelle Ausschluss vom Nachzug unter 18 Jahren eindeutig einen Generalverdacht dar. Es wird unterstellt, dass solche Ehen im Inland nicht zugelassen werden können, weil es sich um Zwangsehen handelt. Andererseits fragt sich auch, warum eine unterstellte Zwangsehe dann mit Vollendung des 18. Lebensjahrs plötzlich zulässig sein soll. Geht man aber davon aus, dass zu diesem Zeitpunkt dann der § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG greift und das Nachzugsrecht endgültig verweigert werden kann, ist die Behauptung, es würde sich lediglich um einen temporären Ausschluss handeln, Augenwischerei. Gerade auch wenn man die Wertung der §§ 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG betrachtet, nach denen eine zwischen unter 18jährigen geschlossene Ehe typischerweise eine Zwangsehe darstellen wird, muss die zuständige Ausländerbehörde in solchen Fällen eine Prüfung vornehmen und zu der entsprechenden Annahme einer Zwangsehe kommen. Dann hat sie aber wiederum einen Generalverdacht zu Grunde gelegt, was ihr eigentlich nicht gestattet ist. Würde sie dies aber nicht tun, würde sie eine gesetzliche Wertung missachten. Hier entsteht ein Spannungsverhältnis, in dem die Behörde sich kaum rechtskonform verhalten kann und in das Grundrecht auf Ehe und Familie eingegriffen wird.<sup>777</sup>

Ebenso wie das Mindestalter soll auch das Erfordernis des Sprachnachweises der Bekämpfung von Zwangsehen dienen. Dessen grundrechtliche Fragwürdigkeit wurde bereits erörtert. Es ist zu bezweifeln, dass der Sprachnachweis tatsächlich Zwangsehen verhindert. Wer gezwungen wird, die Ehe einzugehen, kann mit den gleichen Mitteln gezwungen werden, eine Sprache zu erlernen.<sup>778</sup>

Letztlich enthält § 31 Abs. 2 AufenthG die Möglichkeit für Betroffene nach Aufhebung der Zwangsehe auch vor Ablauf der Mindestbestandszeit von 3 Jahren für die Ehe im Inland zu verbleiben, wenn ihnen eine Rückkehr in das Herkunftsland wegen drohender Repressalien nicht zumutbar ist. § 31 Abs. 2 AufenthG stellt eine Härtefallregelung dar und soll auch auf Zwangsehen anwendbar sein.<sup>779</sup> Der Gedanke dahinter ist aus Opferschutzperspektive lobenswert. Allerdings wird hier aus den Augen verloren, dass diejenigen, denen nach § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG bereits von Anfang ein Aufenthaltsrecht verweigert wird, im Herkunftsland genauso Repressalien drohen dürften. Zwar haben sie wohl in der Regel die Zwangsehe nicht aufgelöst. Aber auch der Umstand, dass die Betroffenen nicht dazu in der Lage waren, den Eindruck des Vorliegens einer Zwangsehe zu zerstreuen, wird im Herkunftsland von der dortigen Familien kritisch aufgenommen werden und entsprechend geahndet werden. Insofern wird eine ganze Gruppe schutzlos gestellt, die überhaupt erst durch deutsche Gesetzgebung schutzbedürftig wurde.

Die ansonsten grundsätzlich bestehende Ehemindestbestandszeit von 3 Jahren aus § 31 Abs. 1 AufenthG wurde vor allem erhöht, um Scheinehen besser aufzudecken. Der Gesetzgeber nahm an, die Behörden wären nach einem Beobachtungszeitraum von 3 Jahren eher dazu in der Lage, eine Scheinehe festzustellen. Unabhängig von der praktischen Fragwürdigkeit dieser Annahme führt die Regelung vor allem dazu, dass Opfer von Zwangsehen länger ausharren müssen, ehe sie sich befreien können, um nicht Gefahr zu laufen, ihren Aufenthaltsstatus zu verlieren. Allein der Verweis auf die Härtefallregelung kann hier kaum Sicherheit bieten, sodass erneut Opferschutzaspekte aus den Augen verloren wurden.<sup>780</sup>

---

<sup>776</sup> Vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 173.

<sup>777</sup> Eine positive Haltung zum Mindestalter nimmt *Kelek* in ZAR 2006, 232 (236) ein, wobei ihrer Auffassung zu Grunde liegt, dass eine Altersgrenze von 21 Jahren eingeführt wird. Eine Altersgrenze von 18 Jahren lehnt auch sie ab.

<sup>778</sup> Für weitere Ausführungen zum Sprachnachweise siehe oben.

<sup>779</sup> Vgl. VV 31.2.2.1 zu § 31 AufenthG. Schubert/Moebius ZRP 2006, 33 (36)

<sup>780</sup> So auch *Sering* in NJW 2011, 2161 (2164f.).

## b) Statistiken und Dunkelziffer

Grundlage für jede statistische Erhebung zu Zwangsehen können immer nur Fälle sein, in denen einer der Betroffenen den Mut gefunden hat, sich an eine Beratungsstelle zu wenden bzw. Hilfe zu suchen. Da dieses Thema mit Stigmatisierungen einher geht und auch in den entsprechenden kulturellen Kreisen eher totgeschwiegen wird, findet ein solches Hilfesuchen selten statt. Es ist davon auszugehen, dass eine erhebliche Dunkelziffer an Zwangsehen besteht. Darüber hinaus ist generell nur wenig zuverlässiges statistisches Material verfügbar. Primär herangezogen wird eine Studie des Bundesministeriums für Familie aus dem Jahr 2011, die auf einer Befragung von Beratungsstellen basierte.<sup>781</sup>

Es muss zwischen Fällen unterschieden werden, bei denen die Zwangsehe bisher nur angedroht wurde und solchen, wo sie bereits vollzogen ist. Vielfach suchen Betroffene bereits im Zeitpunkt der Androhung Hilfe. Dadurch werden statistisch auch Fälle erfasst, in denen die Zwangsehe letztlich weder in der Bundesrepublik geschlossen, noch gelebt wird. Es ist damit kaum möglich, eine Erhebung über Zwangsehen allein in Deutschland durchzuführen. Bei einem solchen Versuch würde man vermutlich nur eine kleine Gruppe von Betroffenen erreichen und befragen können, da bei bereits zwangsverheirateten eine geringere Bereitschaft zur Hilfesuche zu beobachten ist.<sup>782</sup> Viele Betroffene, die bereits zwangsweise verheiratet sind, schweigen auch, weil ihre Ehe genauso gut auch als Scheinehe gesehen werden kann und daher ein Verlust des Aufenthaltsstatus droht.<sup>783</sup>

In der Regel handelt es sich bei den Betroffenen um Frauen, der Anteil betroffener Männer liegt im einstelligen Prozentbereich.<sup>784</sup> Die Altersstruktur weist eine hohe Spannweite von jungen Mädchen bis zu älteren Frauen auf.<sup>785</sup> Der Großteil der Betroffenen ist aber zwischen 17 und 21 Jahren alt und befindet sich noch in der Ausbildung (Schul- oder Berufsausbildung). Zwangsverheiratungen von unter 18jährigen werden in der Regel im Ausland vorgenommen oder aber im Inland nur auf traditionelle bzw. religiöse Weise geschlossen, sodass es an einer rechtlichen Verbindlichkeit fehlt. Insgesamt wird wohl jede dritte Ehe in nicht staatlich anerkannter Weise geschlossen.<sup>786</sup> Zwangsehen werden außerdem mehrheitlich im Ausland geschlossen, auch wenn einer oder gar beide Partner die deutsche Staatsangehörigkeit innehaben. In gut Zweidrittel der Fälle kommt aber mindestens ein Partner aus dem Ausland. In Zusammenhang mit diesem Auslandsbezug droht einer hohen Zahl von Betroffenen der dauerhafte Wegzug ins Ausland.<sup>787</sup> Insgesamt geschieht Zwangsverheiratung aber in

---

781 Weiteres belastbares Material ist kaum verfügbar bzw. bezieht sich nur auf regionale Erhebungen wie zum Beispiel aus dem Jahr 2003 durch den Senat Berlin. Auch sind keine neueren Zahlen erhältlich. Entsprechend kann nur begrenzt mit Sicherheit über die Zahl der Betroffenen gesprochen werden. Zu diesem Schluss kommt auch der Gesetzgeber. Vgl. hierzu BT-Drs. 17/4401, S. 8 – zum Gesetzesentwurf zur Bekämpfung von Zwangsverheiratung und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsverheiratung sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften. Eisele/Majer NSTZ 2011, 546 (547).

782 60- 70% der Hilfesuchenden in Deutschland holen sich bereits im Stadium der Androhung einer Zwangsehe Beratung. Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 23/38f.

783 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 42.

784 Gerade hier wird die Dunkelziffer gravierend höher liegen, da Männer sich noch seltener an Beratungsstellen wenden. Kelek ZAR 2006, 232 (233).

785 In der Erhebung des Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, (Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 26) war die jüngste erfasste Betroffene 9 Jahre und die älteste 55 Jahre.

786 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 27f/38.

787 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 39f.

alle Richtungen und betrifft sowohl Fälle, in denen ein Aufenthaltstitel für das Inland beabsichtigt ist, als auch solche, in denen der im Inland ansässige Ehegatte ins Ausland verbracht werden soll und so seinen Aufenthaltstitel verliert.<sup>788</sup>

Zwar trifft es übereinstimmend mit der öffentlichen Wahrnehmung zu, dass die meisten Betroffenen einen Migrationshintergrund haben. Allerdings ist die größte Gruppe in Deutschland geboren. Erst an zweiter Stelle kommen Personen, die aus der Türkei stammen.<sup>789</sup> Hier ergaben Untersuchungen, dass 45,7% der Frauen in der Ost- und südöstlichen Türkei nicht gefragt wurden, bevor sie einem Partner versprochen wurden und 50,8% gegen ihren Willen verheiratet wurden.<sup>790</sup> Weitere typische Herkunftsländer befinden sich im Nahen und Mittleren Osten. Gleiches gilt für die Staatsangehörigkeit.<sup>791</sup> In der Regel halten sich die Betroffenen schon längere Zeit im Bundesgebiet auf – auch wenn sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Kein Zusammenhang besteht hingegen zwischen der Qualität von Deutschkenntnissen und Zwangsverheiratungen. Diese ermöglichen lediglich eine erleichterte Hilfesuche. Zu beobachten ist aber ein generell geringer Ausbildungsstand, der sich vor allem dadurch kennzeichnet, dass mit Abschluss einer Zwangsverheiratung eine begonnene Ausbildung in der Regel abgebrochen wird.<sup>792</sup> Die überwiegende Mehrheit (83%) der Betroffenen gehört dem Islam an. Darüber hinaus sind aber alle großen Religionen vertreten.<sup>793</sup> Die starke Betroffenheit muslimischer Personen ist wohl auch darauf zurückzuführen, dass die ermittelten Herkunftsländer in der Regel vorwiegend islamisch geprägt sind bzw. der Islam die Staatsreligion darstellt. Dies führt statistisch auch zu Ungenauigkeiten, da häufig Personen allein auf Grund ihres Herkunftslandes einer Religion zugeordnet werden.<sup>794</sup> Darüber hinaus ist die Ehe in der muslimischen Welt ein zivilrechtlicher Vertrag zwischen den Familien und höchstes Ziel der Eltern für ihre Kinder. Insofern wird auch die Partnerwahl nicht den Kindern überlassen.<sup>795</sup> Daraus ergibt sich auch die Abgrenzungsproblematik zur arrangierten Ehe, welche eher die Regel als die Ausnahme bei Muslimen ist. Gerade in derart traditionsverhafteten Situationen ist die Grenze zwischen freiwilliger Zustimmung und Zwang eher fließend. Typischerweise haben Betroffene schon in ihrer Erziehung Gewalt durch Familienangehörige – bis hin zu sexueller Gewalt (7%) – erlebt. Entsprechend findet auch die Durchsetzung des Zwangs zur Eheschließung innerhalb der eigenen Familie statt, indem körperliche Gewalt oder gar Mord angedroht bzw. angewendet wird.<sup>796</sup>

---

788 Die Eheschließung und anschließende Wohnsitznahme im Ausland stellt „einen seiner Natur nicht vorübergehenden Grund“ dar, welcher die Aufenthaltserlaubnis erlöschen lässt, § 51 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG. Zu „Importbräuten“ und weiteren Erscheinungsformen: Letzgas FPR 2011, 451, 452, sowie Eisele/Majer NSTZ 2011, 546 (547).

789 Ein undifferenzierter Bezug auf „türkische Familien“ als Hauptquelle von Zwangsehen bei: *Wellenhofer* in MüKo/BGB, 8.A., § 1314, Rn 24. Hauptgrund für das gehäufte Auftreten von Fällen mit Verbindungen in die Türkei wird darin liegen, dass türkische Migranten zumindest bis zur Flüchtlingskrise die größte Gruppe von Ausländern in Deutschland stellten; Schubert/Moebius ZRP 2006, 33 (34).

790 *Women and sexuality in Muslim societies*, P. İlkkaracan (Hrsg.), *Women for Women's Human Rights*, Istanbul, 2000, S. 237. Zur Zwangsverheiratung in der Türkei: [http://www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/AlleDok/B0625E307C560829C1256EE700365EBD/\\$FILE/EUR440132004.pdf](http://www2.amnesty.de/internet/deall.nsf/AlleDok/B0625E307C560829C1256EE700365EBD/$FILE/EUR440132004.pdf), S. 12f; abgerufen am 03.12.2016. Kelek ZAR 2006, 232 (233); Schubert/Moebius ZRP 2006, 33 (34).

791 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung)*, 2011, S. 28f.

792 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung)*, 2011, S. 31f.

793 Dies betont auch *Fadlalla* in FPR 2011, 449 (451), um darüber hinaus klarzustellen, dass weder Zwangsheirat noch die Heirat unter Verwandten vom Islam getragen wird.

794 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung)*, 2011, S. 34f.

795 Ausführlich zu muslimischen Heiratstraditionen und den daraus resultierenden Zwangsehen: *Kelek* in ZAR 2006, 232. *Fadlalla* FPR 2011, 449 (449).

796 In diesem Zusammenhang wird in der Öffentlichkeit insbesondere das Thema der Ehrenmorde diskutiert. Diese drastischen Fälle sind hingegen nur die Spitze des Eisbergs quasi alltäglicher Gewaltanwendungen. Schubert/Moebius ZRP 2006, 33 (34); Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, *Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung)*, 2011, S. 36f.

Statistisch kaum erfassbar sind die vielfältigen Motivlagen hinter Zwangsehen. Dies liegt zum einen daran, dass diejenigen, die den Zwang ausüben, sich nicht an öffentliche Stellen wenden und die Betroffenen im Einzelfall unter Umständen nur mutmaßen können, was ihre Familien dazu bewegt. Zum anderen lassen sich etwaige Motive nur schwer typisieren, da sie von der speziellen Lage der einzelnen Familie abhängen. Häufig stellt die Zwangsehe aber zumindest für eine Familie einen finanziellen Vorteil dar. Entgegen der landläufigen Meinung stellen gerade die gelungene Integration und ein höherer Bildungsstand des Betroffenen einen Auslöser für Zwang dar, denn der Betroffene wird sich auf Grund seiner Bildung nicht ohne weiteres auf eine traditionell arrangierte Ehe einlassen. Immer wieder tritt auch das Bestreben auf, eine als unpassend wahrgenommene sexuelle Orientierung der Kinder verbergen oder gar brechen zu wollen.<sup>797</sup>

Aus dem Vorgesagten ergibt sich allerdings nicht zwangsweise, dass Zwangsehen ein aufenthaltsrechtliches Problem darstellen. Die Mehrzahl der Betroffenen lebt bereits im Bundesgebiet und verfügt sogar über die deutsche Staatsangehörigkeit. Häufig wird die Eheschließung im Ausland durchgeführt und im Anschluss kehren die Betroffenen nicht ins Bundesgebiet zurück. Lediglich 16% der Betroffenen halten sich erst kurz im Bundesgebiet auf, sodass zumindest vermutet werden kann, dass sie zum Zweck der Eheschließung nach Deutschland gekommen sind.<sup>798</sup> Trotzdem hat der Gesetzgeber offenkundig ein Bedürfnis gesehen, Zwangsehen auch aufenthaltsrechtlich zu begegnen.

### c) Möglichkeiten zur Hilfeleistung

Da Zwangsehen mit abendländischen Wertvorstellungen als nicht vereinbar betrachtet werden, ist die Bekämpfung dieser erklärtes Ziel europäischer und nationaler Gesetzgebung.<sup>799</sup> Neben den dazu eingeführten §§ 27 Abs. 1a Nr. 2 und 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG, wurden daher auch außerhalb des aufenthaltsrechtlichen Bereichs Maßnahmen ergriffen.

Zunächst ergibt sich aus § 1314 Abs. 2 Nr. 4 BGB, dass Ehen, die durch Drohungen gegen einen der Partner zustande gekommen sind, aufhebbar sind. Dabei ist die Drohung im Sinne von § 123 BGB gemeint, welche Fälle wie Androhung von Gewalt, Suizid, Strafanzeige oder Enterbung umfasst. Wie bei allen Aufhebungsgründen nach § 1314 BGB muss auch bei Nummer 4 ein Antrag zur Aufhebung gestellt werden. In diesem Fall ist allein der von der Drohung Betroffene antragsberechtigt. Der Antrag ist gemäß § 1317 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB innerhalb von drei Jahren nach Wegfall der Zwangslage zu stellen.<sup>800</sup> Dabei ist erforderlich, dass der von der Zwangslage Betroffene Kenntnis vom Wegfall der Zwangslage hat – nicht aber muss er Kenntnis davon haben, auf Grund des aus der Zwangslage resultierenden Willensmangels, ein Antragsrecht zur Aufhebung der Ehe zu haben.<sup>801</sup> Die Antragsbefugnis erlischt, wenn der Bedrohte nach Wegfall der Zwangslage beschließt, die Ehe als solche fortzuführen – sie also bestätigt. Hierzu ist auch der noch minderjährige Ehegatte befugt, denn nach § 1315 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann auch der minderjährige Ehegatte eine Ehe bestätigen, wenn das Familiengericht dies genehmigt. Dies muss dann auch in den Fällen der Nr. 4 gelten, da die Varianten des § 1315 Abs. 1 BGB sich in ihrer Anwendung nicht gegenseitig ausschließen, son-

---

797 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 44f.

798 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 41.

799 Vgl. hierzu: Art. 4 Abs. 5 FamilienzusammenführungsRL und BT-Drs. 17/4401, S. 8.

800 Die ursprünglich einjährige Antragsfrist wurde auf 3 Jahre ausgedehnt, um der besonderen Lage der Betroffenen Rechnung zu tragen, die nach oft jahrelanger Zwangslage erst einmal den Mut finden müssen, sich zu wehren. Ein kompletter Verzicht auf eine Antragsfrist wurde dabei abgelehnt, da sonst eine zu große Rechtsunsicherheit befürchtet wurde. Vgl. hierzu *Schubert/Moebius* in ZRP 2006, 33 (36) m.w.N.; Sering NJW 2011, 2161 (2162).

801 Hahn in BeckOK BGB, Auflage 2016, § 1317, Rn 2.

dem nebeneinander stehen – also auch zusammentreffen können.<sup>802</sup> Dadurch wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass Zwangsehen häufig zwischen noch minderjährigen Partnern geschlossen werden. Allerdings ist selbst die schon verlängerte Antragsfrist in Fällen von Zwangsausübung da nicht ausreichend, wo der oder die Betroffene nicht darum weiß, dass überhaupt Rechtsmittel bestehen, die Ehe aufzuheben. Außerdem kann das nach Wegfall der Zwangslage fortgesetzte Zusammenleben schnell als Form der Bestätigung der Ehe betrachtet werden, sodass nach § 1315 Abs. 1 Nr. 4 BGB die Antragsbefugnis wegfällt. Insofern wäre auch ein komplettes Absehen von Antragsfristen kein Grund, Rechtsunsicherheit zu befürchten. Wer sich über weit mehr als 3 Jahre nach Wegfall der Zwangslage immer noch in ehelicher Lebensgemeinschaft befindet, wird damit eine Bestätigung der Ehe vorgenommen haben und das Antragsrecht verwirkt haben. Es stünde also kaum zu befürchten, dass zeitlich unbegrenzt Ehen aufgehoben werden. Da statistisch gesehen vornehmlich junge Frauen mit niedrigem Bildungsstand Opfer von Zwangsverheiratungen werden, besteht wohl auch eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass diese sich in ihr Schicksal ergeben und die nötigen Kenntnisse und Mittel fehlen, um Rechtsmittel zu ergreifen. Außerdem kann das BGB nur die Aufhebung von unter seiner Geltung geschlossenen Ehen regeln. Zwar ist nach der Rom-III-VO<sup>803</sup> auf Scheidungen das Recht des Aufenthaltsstaates im Einzelfall anwendbar. Allerdings gilt auch dies nicht in allen Fällen und darüber hinaus erfasst die Rom-III-VO lediglich Scheidungen oder Trennungen ohne Aufhebung des Ehebandes. Die Aufhebung der Ehe nach den §§ 1313ff. BGB zielt aber gerade auf die Lösung des Ehebandes und steht neben der Scheidung. Da die Verordnung ihren Anwendungsbereich ausdrücklich beschränkt, kommt auch keine Übertragung in Frage.<sup>804</sup> Dies ist konsequent, wenn man betrachtet, dass die Scheidung letztlich bis zu einem gewissen Grad auf dem Willen beider Ehegatten beruht, während eine Aufhebung generell von nur einem Partner oder sogar von Amts Wegen beantragt werden kann. Hier wird von staatlicher Seite in die geschlossene Ehe als Hoheitsakt eines anderen Staates eingegriffen, ohne dass behauptet werden kann, dass beide Ehegatten ein Interesse am Fortbestand der Ehe verloren haben. Die Regelungen über die Aufhebung der Ehe können also nur Anwendung finden, wenn es sich um im Inland geschlossene Ehen handelt oder aber das ausländische Recht vergleichbare Regeln vorsieht.<sup>805</sup> Damit kann die Möglichkeit der Aufhebung nicht alle potentiellen Opfer erreichen – aus aufenthaltsrechtlicher Sicht sogar nur sehr wenige, da die Mehrzahl der Familiennachzüge sich auf bereits im Ausland geschlossene Ehen stützt.

In strafrechtlicher Hinsicht wurde 2011 der Straftatbestand der Zwangsverheiratung in § 237 StGB eingeführt. Dieser stellt nicht nur die Zwangsverheiratung selbst unter Strafe, sondern in Abs. 2 auch die sogenannte „Heiratsverschleppung“ - also das Verschaffen des einen Partners ins Ausland mittels Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel oder List<sup>806</sup>, um dort die Zwangsverheiratung vorzunehmen und die anschließende Rückkehr ins Bundesgebiet zu verhindern. Nicht erfasst ist hingegen der „Heiratshandel“ mit „Importbräuten“ - also die Verbringung von Frauen ins Inland,

---

802 Vgl. § 1315 Abs. 1 Nr. 4 BGB. Zur Bestätigung durch Minderjährige: *Pieper* in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 5.A., §. 1315 Rn 3.

803 Verordnung (EU) Nr.: 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Abl.: L 343/10.

804 Lediglich die Brüssel-IIa-VO sieht in ihrem Art. 3 vor, dass auch für die Ungültigserklärung einer Ehe inländische Gerichte zuständig sind. Diese müssen aber, je nach Ergebnis der Bewertungen im internationalen Privatrecht, ausländisches Recht anwenden, wenn zur jeweiligen Frage eine selbständige Anknüpfung an ein ausländisches Ehestatut erfolgen muss.

805 Dass sich die Rechtsfolgen hinsichtlich einer im Ausland geschlossenen Zwangsehe nach dem Recht des Herkunftslandes richten müssen, befinden auch *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (550).

806 Die Tatmittel werden entsprechend denen in § 240 StGB definiert. List ist darüber hinaus ein Verhalten, bei dem der Täter seine Absicht gezielt und geschickt verbirgt und damit die wahren Zwecke seines Handelns verheimlicht. Der Begriff soll über die bloße Täuschung aus § 263 StGB hinaus gehen – Schumann JuS 2011, 789 (792).

um hier eine Zwangsehe zu schließen.<sup>807</sup> Dies ist erst mit tatsächlich geschlossener Zwangsehe nach § 237 Abs. 1 StGB strafbar.<sup>808</sup> Schutzgüter sind die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung, sowie die Menschenwürde.<sup>809</sup> Nicht erfasst ist die sexuelle Selbstbestimmung.<sup>810</sup> § 237 StGB fällt in den Bereich der Nötigung und enthält daher wie § 240 StGB eine Verwerflichkeitsklausel.<sup>811</sup> Die Zwangsheirat wird jedoch gesondert geregelt und mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe auch empfindlich geahndet, um ein deutliches Signal an potentielle Täter zu senden.<sup>812</sup> Zwar wird § 237 StGB für Fragen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden nur in § 5 Nr. 6c StGB als Tat mit besonderen Inlandsbezug genannt, entgegen des engen Geltungsbereichs des § 1314 BGB erfasst § 237 StGB aber auch ausländische Ehen, da Regelungsziel die generelle Bekämpfung von Zwangsehen ist.<sup>813</sup>

Für eine Strafbarkeit nach § 237 Abs. 1 StGB kommt es auf die Vollendung der Eheschließung an – es handelt sich um ein Erfolgsdelikt. Die geschlossene Ehe muss wirksam sein. Umstritten ist, ob dabei allein der Maßstab des BGB herangezogen werden soll, oder ob darüber hinaus auch im Inland nicht vorgesehene Eheformen genügen. Die besseren Argumente sprechen hier wohl dafür, dass jede Ehe genügen muss, die nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts nach dem EGBGB anerkannt werden kann. Dadurch können auch rein religiös geschlossenen Ehen<sup>814</sup> unter § 237 StGB fallen, wenn sie im Herkunftsland als rechtswirksam anerkannt sind. Dies wird auch von Art. 6 Abs. 1 GG gedeckt, dessen Definition von Ehe untechnisch allein auf die dauerhafte Gemeinschaft von Mann und Frau abstellt. Darüber hinaus ist Gesetzesziel die globale Bekämpfung von Zwangsehen, was sich auch daran zeigt, dass in Abs. 2 mit der Heiratsverschleppung gleichermaßen Handlungen unter Strafe gestellt werden, die im Ergebnis zu einer Zwangsheirat im Ausland führen sollen.<sup>815</sup> Daher stellt auch eine sogenannte Handschuhehe – also die Eheschließung durch einen Stellvertreter – keinen Verstoß gegen den *Odre Public* dar, sofern sie im Recht des Herkunftslandes anerkannt ist. Anderes ergibt sich nur, wenn die Stellvertretung sich auch darauf bezieht, die Willenserklärung selbst erst zu bilden. Eine Stellvertretung im Willen ist mit deutschem *Odre Public* nicht vereinbar, denn für die Eheschließung ist unzweifelhaft eine eigene Willensbetätigung zwingend erforderlich. Die Entscheidung, die Ehe zu schließen, kann nicht durch Dritte getroffen wer-

---

807 Dies war im Gesetzgebungsprozess aber von verschiedenen Seiten gefordert worden und zwischenzeitlich auch vorgesehen gewesen. Vgl. dazu § 234b Abs. 2 in BT-Drs. 17/1213, S. 5/10 sowie *Letzgus* in FPR 2011, 451 (454); *Schubert/Moebius* in ZRP 2006, 33 (35) und *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (548).

808 *Letzgus* FPR 2011, 451 (455).

809 BT-Drs 17/4401, S. 12. Danach begründet sich das gesteigerte Unrecht gegenüber der Nötigung mit dem „Zwang zu einer ungewollten Ehe und damit in dem Zwang zu einer ungewollten dauerhaften rechtlichen und persönlichen Verbindung“. a.A. in Hinblick auf die Menschenwürde als Schutzgut: *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (547).

810 *Eisele/Majer* NStZ 2011, 546 (547).

811 § 237 StGB selbst ist eine Qualifikation zur Nötigung aus § 240 StGB. Daher kann hinsichtlich der Begrifflichkeiten wie Gewalt zum Großteil auf die Dogmatik zu § 240 StGB zurückgegriffen werden. So auch *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (548). Allerdings würde den freien Willen komplett ausschließende *vis absoluta* der Eheschließung selbst entgegen stehen, da hierzu zumindest eine grundsätzliche Mitwirkung des Opfers erforderlich ist – Schumann JuS 2011, 789 (791).

812 *Letzgus* FPR 2011, 451 (454).

813 *Letzgus* FPR 2011, 451 (455).

814 Auch bei rein religiös oder traditionell geschlossenen Ehen kann man davon ausgehen, dass die Betroffenen sich auf Grund ihres kulturellen Hintergrunds eine mit einer formellen Ehe vergleichbare Verpflichtung fühlen und entsprechend in einer vergleichbaren Zwangslage sind. Dazu auch *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (551). a.A. bei *Schumann* in JuS 2011, 789 (791) mit dem Argument, der Begriff der „Ehe“ stelle als Wortlautgrenze allein auf inländisch mögliche Ehen ab. Dabei ignoriert *Schumann* das IPR und die Möglichkeit der Anerkennung ausländischer Ehen. Außerdem liefe andernfalls der § 237 Abs. 1 StGB im Grunde auf einen reinen Versuchstatbestand hinaus, da Standesbeamte Zwangsehen in Deutschland gar nicht schließen dürfen (§ 13 PStG) und damit die Täter kaum dazu kämen, ihren Tatplan jemals zu vollenden.

815 *Schumann* JuS 2011, 789 (791); *Eisele/Majer* NStZ 2011, 546 (549f./551). Eine Verpflichtung zur Anerkennung ausländischer Ehen ergibt sich auch aus dem Haager Ehwirkungsübereinkommen – BGH NJW 1959, 717 (719).

den.<sup>816</sup> Hingegen ist die Heiratsverschleppung nach Abs. 2<sup>817</sup> als Vorbereitungsdelikt<sup>818</sup> ausgestaltet, bei der in objektiver Hinsicht allein ein Aufenthalt im Ausland genügt, wodurch das Opfer einen geringeren Schutz gegen Zwangsverheiratung genießt. Regelungszweck ist daher auch, dem potentiellen Opfer den Schutz des Aufenthalts im Inland zu erhalten.<sup>819</sup> Allein in subjektiver Hinsicht stellt die spätere Eheschließung auf Grund von Zwang das Täterziel dar. Als Handlungsvarianten sind das Verbringen ins Ausland, das Veranlassen zu einem Aufenthalt im Ausland durch Täuschung und das Abhalten von einer Rückkehr aus dem Ausland strafbar. Zwischen diesen und der späteren Eheschließung muss aber weder Kausalität noch ein objektiver Zurechnungszusammenhang gegeben sein. Ebenso beinhaltet Abs. 2 keine Verwerflichkeitsklausel, da auf Abs. 1 nur hinsichtlich der Strafandrohung verwiesen wird.<sup>820</sup> In § 237 Abs. 4 StGB ist außerdem ein minderschwerer Fall vorgesehen, dessen praktischer Anwendungsbereich jedoch unklar bleibt. Er soll dort angewendet werden, wo das Maß von Gewalt oder Drohung gering geblieben ist. Einzig vorgegeben ist, dass kein minderschwerer Fall gegeben ist, nur weil im Herkunftsland eine Zwangsverheiratung üblich ist.<sup>821</sup>

Regelungstechnisch bleibt nicht nur vieles unklar. Der Strafraum mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe erscheint auch fragwürdig, wenn man bedenkt, dass dies auch über den Tatbestand der Nötigung zuvor bereits erreichbar war. Unterstellt man einen über die Nötigung hinausgehenden Unrechtsgehalt der Zwangsverheiratung, sollte doch auch die Strafe empfindlicher ausfallen, um dies zu betonen.<sup>822</sup>

Insgesamt trifft der Straftatbestand der Zwangsverheiratung insbesondere da auf praktische Probleme, wo eine im Ausland geschlossene Zwangsehe nachzuweisen wäre. Hier werden den deutschen Ermittlungsbehörden häufig die Befugnisse fehlen. Darüber hinaus kann eine Ermittlung wohl überhaupt nur nach Anzeige durch das Opfer beginnen. Diese werden sich aber eher nicht dazu überwinden, ihre eigene Familie anzuzeigen. Die praktische Bedeutung des § 237 StGB dürfte daher als eher gering einzustufen sein.<sup>823</sup>

Praktischen Schutz sollen Betroffene in Beratungsstellen finden, aber auch in Frauenschutzhäusern oder Integrationskursen. Genau wie im Bereich der zivil- und strafrechtlichen Möglichkeiten bleibt jedoch das Problem, dass alle Hilfsangebote von der Initiative der Betroffenen abhängig sind. Zeigen diese nicht an, dass sie sich in Zwangssituationen befinden, kann auch niemand ihnen zu Hilfe kommen. Allerdings wird dies ein grundlegendes Problem aller irgendwie denkbaren Hilfsmöglichkeiten sein. Umgehen ließe sich dies nur, indem man systematische Ausforschungen zuließe und so von Amts Wegen zuverlässig feststellen könnte, wo Zwangsehen bestehen. Das müsste dann aber auch in aufenthaltsrechtlich irrelevanten Fällen wie im Inland zwischen Deutschen mit Migrations-

---

816 Zu diesem Schluss kommen auch *Eisele* und *Majer* in NStZ 2011, 546 (550).

817 Angelehnt an den Tatbestand der Verschleppung nach § 234a StGB.

818 Schumann JuS 2011, 789 (792f.), der ein unvollkommenes zweiaktiges Delikt annimmt, da die Eheschließung selbst wiederum durch Abs. 1 bestraft wird; Sering NJW 2011, 2161 (2162), der auf die für Vorbereitungsdelikte typische bloß eintretende Gefährdungslage betont; a.A. bei *Eisele/Majer* in NStZ 2011, 546 (548), welche den Aufenthalt im Ausland als Erfolg betrachten und daher ein Erfolgsdelikt annehmen; *Eisele* in Schönke/Schröder, StGB, 29.A., § 237, Rn 20.

819 BT-Drs. 17/4401, S. 13; Schumann JuS 2011, 789 (792); Sering NJW 2011, 2161 (2162).

820 Auf eine Verwerflichkeitsklausel kann wohl auch verzichtet werden, da zumindest die Fälle der Verschleppung in ihrer Zweck-Mittel-Relation immer verwerflich sein werden. Anders ist dies im Fall von Abs. 1 zu beurteilen, wo sonst auch sozialadäquat zulässige Drohungen wie das Beenden einer Beziehung bei Nichteingehung der Ehe strafbar wären. Dies wird schon deshalb zu weitgehend sein, weil Art. 6 GG immer noch die Ehe als typische Form des partnerschaftlichen Zusammenlebens betrachtet. Letzgus FPR 2011, 451 (455f.); Fadlalla FPR 2011, 449 (450); *Eisele/Majer* NStZ 2011, 546 (548).

821 BT-Drs. 17/4401, S. 13; *Eisele/Majer* NStZ 2011, 546 (548).

822 Letzgus FPR 2011, 451 (454).

823 Letzgus kommt zu dem Schluss, dass der § 237 StGB aus strafrechtlicher Sicht völlig ungeeignet sei. Allerdings könnte man ihn im Gesetz belassen, da er auch grundsätzlich nicht schade. FPR 2011, 451 (453).

hintergrund oder Ausländern mit bereits bestehenden Aufenthaltstiteln, sowie den Fällen, wo die Zwangsehe im Ausland geschlossen und gelebt wird, untersucht werden. Hier ergäbe sich neben den grundsätzlich bestehenden menschenrechtlichen Bedenken auch ein Zuständigkeitsproblem. Sofern es nicht um die Erlangung oder den Fortbestand von Aufenthaltstiteln geht, ist die Ausländerbehörde nicht zuständig und wird von dem Fall auch nicht erfahren. Sie könnte maximal betroffen sein, wenn es um einen Fall geht, indem ein Ausländer mit Aufenthaltstitel nach der Eheschließung im Ausland nicht zurückkehrt und daher sein Titel erlischt. Fälle von Eheschließung mit Beteiligung deutscher Staatsangehöriger könnten eventuell vom örtlich zuständigen Standesamt erforscht werden. Dabei fallen aber immer noch rein religiös oder traditionell geschlossene, rechtlich nicht verbindliche Ehen durchs Raster. Ebenso besteht im Grundsatz keine Verpflichtung in Fällen von Eheschließung und anschließenden Verbleib im Ausland, die Verheiratung einem deutschen Standesamt zur Kenntnis zu bringen.<sup>824</sup> Selbst wenn dies aber geschehen sollte, ist fraglich, ob dem Standesamt entsprechende Ressourcen zur Ausforschung zur Verfügung stehen. Nach § 13 Abs. 2 PStG bestünde aber zumindest die Kompetenz zu einer entsprechenden Ausforschung im menschenrechtlichen Rahmen. Somit bleiben die Möglichkeiten Zwangsehen staatlicherseits aufzudecken begrenzt – was aber aus rechtsstaatlicher Sicht richtig und zwingend ist.

### 3. Kinderehen

Als Kinderehen werden solche Ehen bezeichnet, bei denen mindestens einer der Ehepartner noch nicht volljährig ist. Laut UNICEF<sup>825</sup> befanden sich 2014 über 700 Millionen Frauen in Ehen, die vor ihrem 18. Lebensjahr geschlossen wurden. Dabei trifft dieses Phänomen primär Frauen und nur in weitaus geringerem Maße Männer. Die Ehepartner der Betroffenen sind dabei zumeist bedeutend älter. Auch wenn die Kinderehe weltweit verbreitet ist, liegt ihr Schwerpunkt doch in Südasien und den Subsahara-Staaten Afrikas.<sup>826</sup> Innerhalb eines Staates ist die Wahrscheinlichkeit, Opfer einer Kinderehe zu werden, abhängig vom Lebensstandard der Familie und dem regionalen Wohnort. Tendenziell weniger betroffen sind Mädchen aus reichen Familien in urbanen Regionen, derweil Mädchen aus armen Familien in ländlichen Regionen signifikant häufiger als Kinder verheiratet werden. Während UNICEF 2014 noch einen leichten aber messbaren Rückgang an Kinderehen feststellte, hat sich dieses Bild im Zuge der Flüchtlingsbewegungen im Mittleren Osten und Afrika ins Gegenteil verkehrt.<sup>827</sup>

Kinderehen sind häufig auch nicht auf Grund freiwilliger Zustimmung der Kinder zu Stande gekommen, sondern Resultat von Zwangsausübungen innerhalb der Familie. Insofern gibt es eine große Schnittmenge zwischen Zwangs- und Kinderehen. Als Motivation für die Familien, ihre Kinder zu verheiraten gilt insbesondere diesen Sicherheit zu verschaffen, die Bewahrung der Jungfräulichkeit vor der Ehe, Armut, sowie kulturelle Prägung und mangelnde Bildung.<sup>828</sup>

#### a) Altersgrenzen<sup>829</sup>

Für eine Eheschließung kommt es auf die Ehemündigkeit – das sogenannte Heiratsmindestalter –

---

824 Vgl. § 34 PStG.

825 Die ganze Studie: Ending Child Marriage: Progress and prospects, UNICEF 2014, [https://www.unicef.org/media/files/Child\\_Marriage\\_Report\\_7\\_17\\_LR..pdf](https://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR..pdf).

826 Während Niger die insgesamt höchste Quote an Kinderehen weltweit aufweist, kommen die meisten Kinderbräute aus Bangladesch und Indien. Vgl. hierzu: [https://www.unicef.org/media/files/Child\\_Marriage\\_Report\\_7\\_17\\_LR..pdf](https://www.unicef.org/media/files/Child_Marriage_Report_7_17_LR..pdf), S. 2.

827 Hiervon berichtete unter anderem die ARD in Zusammenhang mit einer gestiegenen Zahl von Kinderehen unter den in Deutschland registrierten Flüchtlingen am 01.09.2016: <http://www.tagesschau.de/inland/kinderehen-101.html>.

828 Vgl. Antomo NJW 2016, 3558 (3558).

829 Zur Entwicklung des Verbots von Kinderehen und den entsprechenden Altersgrenzen findet sich ein Überblick bei Coester StAZ 2016, 257 (258).



an, welche von der Geschäftsfähigkeit und Volljährigkeit abweichen kann. In Deutschland beträgt das Heiratsmindestalter nach § 1303 Abs. 1 BGB 18 Jahre. § 1303 Abs. 2 BGB lässt hiervon Ausnahmen zu, wenn das Familiengericht eine entsprechende Befreiung ausspricht und ein Ehegatte wenigstens 18 Jahre alt ist und der Antragsteller selbst zwischen 16 und 18 Jahren. Wird diese Altersgrenze verletzt, handelt es sich um eine nach § 1314 BGB aufhebbar Ehe, deren Aufhebbarkeit aber entfällt, wenn die Ehe nachträglich vom Familiengericht genehmigt wurde oder durch die Ehegatten bestätigt wird.<sup>830</sup>

## b) Anerkennung fremder Altersgrenzen

Wie für alle Fragen der Anerkennung ausländischer Ehen gilt auch im Bereich der Ehemündigkeit Art. 13 EGBGB. Danach ist das Mindestalter des jeweiligen Herkunftsstaates ausschlaggebend.<sup>831</sup> Sollte gegen eine solche ausländische Altersgrenze verstoßen worden sein, richten sich die Rechtsfolgen nach dem Recht des Herkunftsstaates. Dabei soll jedoch eine Grenze da gezogen werden, wo das Heimatrecht Kinderehen ermöglicht. Dies soll als *Odre Public*-Verstoß nicht anerkannt werden. Strittig ist dabei, welche Altersgrenze als Untergrenze anzunehmen ist.<sup>832</sup> Sicher kein *Odre Public*-Verstoß ist eine Ehe mit einem 16- oder 17jährigen Kind, denn dies ist nach § 1303 Abs. 2 BGB auch in Deutschland möglich.<sup>833</sup> Völkerrechtlich ist die Bundesrepublik auf Grund des UN-Übereinkommens über die Erklärung des Ehwillens<sup>834</sup> verpflichtet, Kinderehen zu bekämpfen. Diese legt zwar keine ausdrückliche Altersgrenze für die Ehemündigkeit fest, es gibt jedoch eine Empfehlung der Generalversammlung, wonach die Altersgrenze bei 18 Jahren liegen sollte, keinesfalls unter 15 Jahren.<sup>835</sup> Enger ist sogar die Forderung des Europarates, ausnahmslos ein Mindestalter von 18 Jahren festzulegen.<sup>836</sup> Auch die Kinderrechtskonvention<sup>837</sup> definiert als Kind Personen unter 18 Jahren. Dies kann mithin durchaus als Altersgrenze für Kinderehen betrachtet werden. Um eine Ausnahmeregelung wie die aus § 1303 Abs. 2 BGB zu rechtfertigen, geht man weiterhin davon aus, dass eine Kinderehe bis zu einer Untergrenze von 16 Jahren erlaubt sein kann, wenn das Heimatrecht dies vorsieht, darunter aber eine völkerrechtlich verbotene Kinderehe vorliegt, die einen *Odre Public*-Verstoß darstellt.<sup>838</sup> Ein anderer Schluss wäre zumindest in Anbetracht von § 1303 Abs. 2 BGB auch nicht mit Gleichheitsgrundsätzen vereinbar. Es wäre nicht zu rechtfertigen, warum im Inland geschlossene Ehen mit einem 16-jährigen gelten sollten, ausländische Ehen aber nicht. Ein Differenzierungsgrund könnte sich maximal daraus ergeben, dass der Eheschluss für 16- bis 18-jährige nicht von einer Prüfung des Einzelfalls und einer hoheitlichen Zustimmung abhängig gemacht wird. Dagegen spricht jedoch, dass bei der Anerkennung von ausländischen Ehen generell nicht nach Details ihres Zustandekommens gefragt wird. Unabhängig von den jeweils erforderlichen Formalia wird eine im Ausland wirksam geschlossene Ehe anerkannt. Würde man dies nun aufweichen und deutsche Standards verlangen, läge darin wiederum eine Ungleichbehandlung des jugendlichen Ehepart-

830 § 1315 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

831 Gerade in der islamischen Welt liegt das Heiratsmindestalter häufig unter der deutschen Altersgrenze, Rohe StAZ 2006, 93 (95).

832 So wird zum Teil eine Altersgrenze von 14 Jahren verlangt – in Anlehnung an die Strafmündigkeit in Bezug auf sexuelle Handlungen und die Religionsmündigkeit. Andere stellen auf das 15. Lebensjahr ab oder fordern gar eine flexible Festlegung je nach regionaler Herkunft – abhängig von klimatischen Gegebenheiten solle sich die geistige Reife unterschiedlich entwickeln. Dazu m.w.N. Antomo NJW 2016, 3558 (3561) und Majer NZFam 2016, 1019 (1020). Keinesfalls akzeptabel ist in jedem Fall eine Ehe, in der ein Partner erst 12 Jahre alt ist – OLG Köln NJW-FER 97, 55.

833 Antomo NJW 2016, 3558 (3561).

834 BGBl. II 1969, 161; UN-Übereinkommen über die Erklärung des Ehwillens, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschließungen vom 07.11.1962, A/Res/1763 A (XVII). Im Folgenden: UNÜ-Ehewille.

835 Vgl.: Empfehlung zum UNÜ-Ehewille vom 01.11.1965, A/Res/2018 (XX).

836 Resolution 1468 (2005) abrufbar unter: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17380&lang=en>.

837 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, BGBl. II 1992, 121; A/Res/44/25.

838 Andrae NZFam 2016, 923 (924).

ners gegenüber sonstigen Ehen. Dafür bietet aber auch Art. 13 EGBGB keinen Anhaltspunkt.

Wird eine Ehe zwischen einem Minderjährigen und einem Volljährigen im Inland geschlossen, benötigen – für den Fall einer fremden Staatsangehörigkeit – beide ein Ehefähigkeitszeugnis nach § 1309 BGB. Sollte der Minderjährige nicht deutscher Staatsangehöriger sein, müsste sich aus dem Ehefähigkeitszeugnis ergeben, dass er die nach seinem Heimatrecht geregelte Ehemündigkeit erreicht hat. Soll aber die absolute Altersgrenze von 16 Jahren aus § 1303 Abs. 2 BGB unterschritten werden, greift der *Odre Public*-Grundsatz ein und der Standesbeamte ist dazu verpflichtet, die Eheschließung abzulehnen. Auch wenn der Minderjährige in seinem Herkunftsland die Ehe eingehen könnte, kann in Deutschland keine Ehe geschlossen werden, die außerhalb des gesetzlichen Rahmens liegt.<sup>839</sup> Es kommt wohl auch keine automatische Heilung der Minderjährigkeit durch zwischenzeitliches Erreichen der Volljährigkeit beider Partner in Betracht. Auf jeden Fall ausgeschlossen ist dies, wenn eine Zwangslage, die zur Eingehung der Ehe ausschlaggebend war, auch über diese Altersgrenze hinaus fortbesteht. Fragwürdig erscheint der Lösungsansatz, eine Heilung da anzunehmen, wo aus der Ehe für den ursprünglich minderjährigen Partner nunmehr positive Rechtsfolgen in Form von Versorgungsansprüchen und Ähnlichem entstehen könnten.<sup>840</sup> Dadurch würde sich eine Art „Forum-Shopping“ ergeben, bei dem man sich das Beste aus allen Rechtsordnungen herauspicken könnte. Außerdem würde dies zu einer uneinheitlichen Rechtslage führen, bei der nicht ohne Weiteres beurteilt werden kann, ob eine Ehe wirksam ist oder nicht.

Insgesamt muss hinsichtlich des *Odre-Public*-Verstoßes unterschieden werden, ob es sich um eine vor einem deutschen Standesbeamten geschlossene Ehe handelt oder eine im Ausland geschlossene Ehe. Bei letzterer ist der Inlandsbezug geringer, sodass an die Feststellung des *Odre-Public*-Verstoßes höhere Anforderungen zu stellen sind.<sup>841</sup>

Unabhängig von möglicherweise wirksam geschlossenen Kinderehen im In- oder Ausland ist der Ehegattennachzug nicht vor Vollendung des 18. Lebensjahres beider Ehegatten möglich, § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Da zu diesem Zeitpunkt die Betroffenen durch Bestätigung der Ehe nach § 1315 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Aufhebbarkeit der Ehe verhindern können, kommt es für den Ehegattennachzug zunächst nicht auf die Frage der Kinderehe an. Erforderlich ist lediglich, dass eine wirksame Ehe vorliegt. Erst hier könnte es im Einzelfall auf die Frage der Kinderehe ankommen, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die geschlossene Kinderehe einen Verstoß gegen den *Odre Public* darstellte und daher von deutschen Gerichten für nichtig erklärt werden kann. Der für die Zuständigkeit deutscher Gerichte erforderliche Inlandsbezug ergibt sich daraus, dass wenigstens einer der Partner Deutscher ist bzw. seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.<sup>842</sup> Das Mindestalter des § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG dient aber primär als Umsetzung von Art. 4 Abs. 5 Familienzusammenführungsrichtlinie der Bekämpfung von Zwangsehen. Dass hierdurch das Zusammenleben von Kinderbräuten mit ihren volljährigen Ehegatten im Inland auch unterbunden wird, stellt eher einen Rechtsreflex dar. Dies zeigt sich auch daran, dass Art. 4 Abs. 5 Familienzusammenführungsrichtlinie ein mögliches Mindestalter bis 21 Jahren zulässt<sup>843</sup>, obwohl die Grenze der Volljährigkeit innerhalb der Europäischen Union einheitlich bei 18 Jahren liegt. Der Regelung kommt es mithin nicht

---

839 Vgl. dazu ausführlich und m.w.N. Andrae NZFam 2016, 923 (925f.).

840 So Rohe in StAZ 2006, 93 (95).

841 Coester StAZ 2016, 257 (259).

842 Mittels Bezug auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehepartner begründete das OLG Bamberg seine internationale Zuständigkeit zur Entscheidung über eine syrische Ehe, OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – Rz. 15. So auch Andrae NZFam 2016, 923 (926).

843 Obwohl der Gesetzgeber ursprünglich eine Umsetzung der zulässigen Höchstgrenze von 21 Jahren andachte, wurde dieses Vorhaben fallen gelassen. Mangels entsprechender Begründung hierfür kann nur vermutet werden, dass der Rückzug auf das 18-jährige Mindestalter aus verfassungsrechtlichen Bedenken erfolgte. So auch Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 30 AufenthG, Rn 23.

auf die Volljährigkeit der Ehegatten als solche an, sondern tatsächlich nur darauf, dass ein bestimmtes Alter erreicht ist, weil unterstellt wird, dass es dann unwahrscheinlicher ist, dass die Ehe durch Zwang zustande gekommen ist. Mithin enthält das AufenthG keine direkte Regelung zur Bekämpfung von Kinderehen, obwohl hier theoretisch der beste Ansatzpunkt wäre, um ausländischen Ehen daraufhin zu überprüfen – ähnlich wie es hinsichtlich Zwangs, Schein- und Mehrehen auch gehandhabt wird.

### c) Gesetzesinitiative

Im Verlauf des Jahres 2016 kam es zunehmend zu einer Debatte über Kinderehen, nachdem Zahlen bekannt worden, wonach 2015 circa 1000 Kinderehen in Deutschland unter den Flüchtlingen registriert wurden und auch die Vereinten Nationen zu dem Ergebnis kamen, dass seit Beginn des Bürgerkrieges in Syrien die Zahl von Kinderehen dort erheblich gestiegen sei und nunmehr bei 51% aller geschlossenen Ehen liegt – vor dem Krieg waren es lediglich 13%.<sup>844</sup> Medial am meisten Aufmerksamkeit erhielt in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OLG Bamberg<sup>845</sup>. Dort ging es um ein syrisches Paar, welches nach gemeinsamer Flucht nach Deutschland gekommen war. Die beiden hatten in Syrien die Ehe geschlossen – sie damals 14 Jahre alt, er 7 Jahre älter und volljährig. Beide lebten auch in Deutschland zunächst zusammen, bis das Jugendamt die minderjährige Ehefrau in Obhut nahm und das Paar trennte, um das Mädchen in einer Jugendhilfeeinrichtung unterzubringen. Nach Antrag des Ehemanns erlaubte das Familiengericht aber einen Umgang der beiden von Freitag bis Sonntag, wogegen das Jugendamt Beschwerde beim OLG Bamberg einlegte.

Wie auch im Fall des OLG Bamberg tritt die Problematik von im Ausland geschlossenen Kinderehen, die hier gelebt werden sollen, primär in Verbindung mit Flüchtlingen auf. Zwar soll das Asylrecht nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein. Da das Thema der Kinderehen aber auch im Aufenthaltsrecht eine Rolle spielen muss und eine Betrachtung losgelöst von der aktuellen Diskussion kaum möglich ist, soll es hier ausnahmsweise auch in der Fallbetrachtung um Flüchtlinge gehen.

Das OLG Bamberg entschied nunmehr, dass die Ehe der beiden Syrer wirksam sei und daher gemäß §§ 1633, 1800 BGB das Jugendamt die minderjährige Ehefrau nur in persönlichen Angelegenheiten vertritt, nicht aber hinsichtlich der Fragen von Aufenthalt und Umgang.<sup>846</sup> Zur Begründung führte das OLG aus, dass im Falle eines *Odre Public*-Verstoßes die mangelhafte Ehe zunächst durch ausländisches Recht zu behandeln sei.<sup>847</sup> Nach syrischem Recht ist eine mangelhafte Ehe jedoch auch nicht nichtig, sondern zieht lediglich die Aufhebbarkeit der Ehe nach sich. Die Rechtsfolge unterscheidet sich demnach nicht zur deutschen Rechtslage – kann also wiederum kein *Odre Public*-Verstoß sein. Daher kann auch offen bleiben, ob die Eheschließung selbst ein *Odre Public*-Verstoß war. Zumindest wäre sie in der Folge trotzdem bestandskräftig.<sup>848</sup> Das OLG verneinte auch eine Kindeswohlgefährdung, da das Paar durch die gemeinsame Flucht eine enge Bindung aufgebaut hat und

---

844 Hierüber berichtete die ARD am 01.09.2016: <http://www.tagesschau.de/inland/kinderehen-101.html>.

845 OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – FamRZ 2016, 1270.

846 OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – Rz 19 /34f. unter Verweis auf Art. 15 Abs. 1 KSÜ und syrisches Kindschaftsrecht.

847 Die syrische Ehe war hier wirksam, da syrisches Eherecht vorsieht, dass bei Mädchen eine Ehe bereits mit 13 Jahren gerichtlich genehmigt werden kann, sofern die Geschlechtsreife erlangt ist. Vgl. zum Unterschied zwischen deutschen und syrischen Dispens vom Ehemindestalter: Coester in StAZ 2016, 257 (260).

848 OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – Rz. 24/27. aA bei Majer NZFam 2016, 1019 (1021), der darauf verweist, dass nach syrischen Recht die Ehe lediglich anfechtbar wäre und nicht zwingend eine Aufhebung durchgeführt werden würde – mithin eine andere Rechtsfolge bestünde als im deutschen Recht. Davon abgesehen seien die Rechtsfolgen nicht vergleichbar, da vor einem deutschen Standesbeamten eine solche Ehe gar nicht geschlossen worden wäre. Dieses Argument ist jedoch nicht tragend, da sonst der § 1315 Abs. 1 Nr. 1 BGB keinen Anwendungsbereich hätte – denn nach Majers Ansicht dürfte eine solche Eheschließung gar nicht passieren.

keine Anzeichen auf eine Zwangsehe deuten, sowie eine Strafbarkeit wegen sexuellen Kontakts zu Minderjährigen nach § 182 StGB im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung hier wohl nicht gegeben sein wird.<sup>849</sup>

Gegen diese Entscheidung legte die Stadt Aschaffenburg als Rechtsträgerin des zuständigen Jugendamtes Rechtsbeschwerde zum BGH ein.<sup>850</sup>

Die Entscheidung des OLG Bamberg ist nicht unumstritten.<sup>851</sup> Insbesondere wird eingewandt, dass damit faktisch Kinderehen in Deutschland legalisiert würden und den Behörden keine Handhabe mehr bliebe, dort schützend einzugreifen.<sup>852</sup> Es wird vertreten, dass im Falle von Kinderehen mit unter 16jährigen die §§ 1633, 1800 BGB keine Anwendung finden können und bei über 16-jährigen nur, wenn im Zeitpunkt der Eheschließung bereits die Voraussetzungen nach § 1303 Abs. 2 BGB vorlagen. Hiervon profitiere zwar eine deutsche Ehe mit einem mindestens 16jährigen Ehegatten, welche auch schützenswert gegenüber staatlichen Eingriffen sei. Dazu habe der 16jährige sich aber frei entschieden und nur nach reiflicher Prüfung des Familiengerichts sei hierzu die Zustimmung ergangen. Eine 14- oder 15-jährige Braut könne aber die Folgen der Eheschließung gar nicht absehen. Darüber hinaus würde die unbedingte Anerkennung von ausländischen Kinderehen dazu führen, dass die betreffenden Ehen immer nach dem Recht des Herkunftslandes zu beurteilen wären. Damit würde die syrische Ehefrau immer den stark einschränkenden Vorschriften syrisch-muslimischen Eherechts unterstehen, was ihr ein selbstbestimmtes Leben auf Dauer verwehren würde und nicht mit der staatlichen Aufgabe der Wahrung des Kindeswohls aus Art. 6 Abs. 2 GG i.V.m. der Kinderrechtskonvention vereinbar ist.<sup>853</sup> Für diese teleologische Reduktion der §§ 1633, 1800 BGB gibt es jedoch grundsätzlich keinen Ansatzpunkt in der Gesetzessystematik. Das BGB geht auch bei Kinderehen zunächst von deren Wirksamkeit aus und erlaubt lediglich ihre Aufhebung. Damit unterscheiden diese Ehen sich in ihrer Rechtswirksamkeit nicht von denen, die nach deutschem Recht unter § 1303 Abs. 2 BGB geschlossen wurden.<sup>854</sup>

Zu einem anderen Ergebnis als das OLG Bamberg kam das KG, welches nicht nur in der Kinderehe einen *Odre Public*-Verstoß sah, sondern als Rechtsfolge aus dem ausländischen Recht sogar die Nichtigkeit der Ehe übernahm, obwohl diese Rechtsfolge im deutschen Recht gar nicht vorgesehen ist.<sup>855</sup> Auch wenn die Nichtigkeit der Ehe wünschenswert erscheinen mag, ist sie zu weitgehend. Selbst unter Anwendung fremder Rechtsnormen kann ein deutsches Gericht nicht mehr entscheiden, als ihm Kompetenzen vom Gesetzgeber zugestanden wurden. Andernfalls könnte durch geschickte Auslegung des IPR in einer Vielzahl von Fällen der Handlungsspielraum von Gerichten erweitert werden, sodass Gerichte sich selbst Kompetenzen eröffnen könnten. Damit würde der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen werden – in dem die Exekutive die Aufgabe hat, grundsätzlich die Rechtsfolgen für einen Sachverhalt festzulegen, nicht die Judikative, indem sie gezielt fremdes

---

849 OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – Rz. 28ff.

850 Diese läuft nunmehr als anhängiges Verfahren XII ZB 292/16.

851 Kritik kam auch aus politischer Richtung. So forderte in Reaktion auf die Entscheidung Mecklenburg-Vorpommerns Justizministerien *Uta-Maria Kuder*, Kinderehen nicht anzuerkennen – siehe becklink 2004251 vom 01.09.2016. Umfassend kritisch äußern sich *Majer* in NZFam 2016, 1019 und *Coester* in StAZ 2016, 257, der aber zumindest die Entscheidung hinsichtlich des Umfangs der Rechte des Vormundes als richtig betrachtet und lediglich die Umgehung der Entscheidung hinsichtlich des *Odre Public*-Verstoßes kritisiert.

852 So auch *Andrae* in NZFam 2016, 923 (927). Ähnliche Stimmen fanden sich auch in der Presse: ARD vom 01.09.2016, <http://www.tagesschau.de/inland/kinderehen-101.html>; Deutschlandfunk vom 15.06.2016: [http://www.-deutschlandfunk.de/urteil-von-bamberg-bayerisches-gericht-erklaert-kinderehe.886.de.html?dram:article\\_id=357185](http://www.-deutschlandfunk.de/urteil-von-bamberg-bayerisches-gericht-erklaert-kinderehe.886.de.html?dram:article_id=357185); welt.de vom 31.05.2016: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article155837698/Kinderehen-nach-Scharia-Recht-spalten-deutsche-Justiz.html>.

853 So *Andrae* in NZFam 2016, 923 (928).

854 In diesem Sinne auch *Antomo* in NZFam 2016, 1155 (1158).

855 KG, NJOZ 2012, 165.

Recht anwendet.

Ebenso befand das AG Tübingen, dass eine Ehe mit einer 14-jährigen nach dem Recht von Uruguay kein *Odre Public*-Verstoß sei.<sup>856</sup>

Während sich die Gerichte mithin uneinig sind, wie sie Kinderehen behandeln sollen, hat sich aus dem öffentlichen Diskurs eine Gesetzesinitiative des Bundesministers für Justiz Heiko Maas entwickelt, mit der Kinderehen verhindert und bekämpft werden sollen.<sup>857</sup> Dazu soll die Möglichkeit der Eheschließung für 16- oder 17-jährige aus § 1303 Abs. 2 BGB erschwert werden. Ausländische Kinderehen sollen bei Gefährdung des Kindeswohls von Gerichten schneller aufgehoben werden können. Eine Anerkennung soll allein für ausländische Ehen von 16- und 17-jährigen möglich sein, wenn aus der Beziehung bereits gemeinsame Kinder hervorgegangen sind.<sup>858</sup> Zur Umsetzung dieser Ziele wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe einberufen, welche sich primär mit der Ehemündigkeit im deutschen Recht und der Anerkennung ausländischer Ehen beschäftigen soll.

Die auf den ersten Blick löblichen Ziele des Ministers sind insgesamt doch eher unklar. Wie beispielsweise durch gesetzliche Änderungen die Eheschließung nach § 1303 Abs. 2 BGB erschwert werden soll, ist nicht ersichtlich. Einzig könnte man die Gerichte zu genauerer Prüfung anhalten, was aber rechtsstaatlich kritisch wäre in Anbetracht von Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Gerichte. Der Wortlaut selbst könnte dahingehend angepasst werden, dass der Ausnahmecharakter der Norm deutlicher wird.<sup>859</sup> Dies wäre aber eine rein kosmetische Maßnahme. Schon jetzt ist klar, dass die Ehe mit 16 nur eine Ausnahme sein soll – was sich schon daran zeigt, dass solche Verbindungen kaum noch geschlossen werden und die wenigen Fälle, die sich damit in neuerer Zeit beschäftigen, immer unter Beteiligung von Ausländern stattgefunden haben. Sinnvoller wäre eine komplette Abschaffung der Norm. Damit würde sich auch die Problematik des *Odre Public* weniger schwierig gestalten. Es wäre einfacher davon auszugehen, dass der deutschen Werteordnung immanent ist, erst mit 18 die Ehe eingehen zu können.<sup>860</sup>

Problematischer erscheint das Ziel, ausländische Kinderehen möglichst umfassend aufheben zu wollen. Staatliche Zwangsscheidungen kommen schon deswegen für ausländische Ehen nicht in Betracht, weil dies einen Eingriff in fremde Hoheitsrechte darstellen würde. Außerdem würde dies ebenso in die Eheschließungsfreiheit eingreifen, wie eine Zwangsehe. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet nicht nur das Recht, selbst zu entscheiden, ob man eine Ehe eingehen will, sondern auch, ob man sie auflösen will. Eine Scheidung ginge ja gerade davon aus, dass zunächst eine wirksame Ehe bestand. Die Lösung sollte daher in dem Bereich verbleiben, in dem davon ausgegangen wird, dass eine Kinderehe eine aufhebbare Ehe nach § 1314 BGB ist. Liegt faktisch damit schon keine Ehe vor, muss auch die Willensbetätigung hinsichtlich des Fortbestehens nicht gesondert geschützt werden. Dies ist aber heute schon möglich, sodass sich eine Gesetzesänderung erübrigen würde. Zumindest die Aufhebung der Ehe erscheint auch mit Grundrechten vereinbar, da der Eingriff vergleichsweise gering ist, wenn man bedenkt, dass die Ehepartner sich durchaus nach Erreichen der Volljährigkeit erneut nach deutschem Recht verheiraten lassen können. Es würde sich also lediglich

856 AG Tübingen, ZfJ 1992, 48.

857 Weitergehender als die Forderungen von Maas sind die des Koalitionspartners CDU, der ein grundsätzliches Verbot von Kinderehen fordert – becklink 2004870 vom 09.11.2016.

858 Über diese möglichen Inhalte des Gesetzesentwurfs berichteten verschiedene Medien. U.a.: Zeit online am 28.10.2016 – <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2016-10/heiko-maas-kinderehen-gesetzesentwurf-minderjaehrig-fluechtlinge>; Spiegel online am 28.10.2016 – <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/heiko-maas-will-gerichten-aufhebung-von-kinderehen-erleichtern-a-1118678.html>.

859 Dies schlägt *Antomo* in NJW 2016, 3558 (3563) vor.

860 Auch dann müsste aber weiter in jedem Fall einzeln geprüft werden, ob ein *Odre Public*-Verstoß vorliegt, da Art. 6 EGBGB nicht zu einer generellen Überprüfung fremden Rechts ermächtigt. Vgl. dazu *Antomo* in NZFam 2016, 1155 (1159).

um einen zeitlich begrenzten Eingriff handeln.<sup>861</sup>

#### 4. Fazit

Für den Bereich der Mehrehe ergibt sich ein eher gespaltenes Bild, bei dem an überkommenen Moralvorstellungen festgehalten werden soll, auch wenn diese zu widersprüchlichen Ergebnissen führt. Dabei mag es gegenwärtig noch möglich sein, die strikte Ablehnung von Mehrehen mit abendländischen Wertvorstellungen zu rechtfertigen. Dies wird aber immer fadenscheiniger und insbesondere in Anbetracht von modernen Patchwork-Konstellationen inkonsequent. Zur Vermeidung solcher Ergebnisse sollte über die Berücksichtigung von Mehrehen auch im Bereich des Familiennachzugs nachgedacht werden. Dies wäre auch mit § 172 StGB vereinbar, denn es würde nach wie vor keine im Inland geschlossene Mehrehe anerkannt, sondern lediglich zugelassen, was nach dem Heimatstatut der Antragsteller ohnehin zulässig war. In Anbetracht geringer Zahlen von Mehrehen auch in den typischen islamischen Herkunftsländern würde die Polygamie trotzdem eine Randerscheinung bleiben und die abendländischen Moralvorstellung nicht angreifen.

Hinsichtlich der Bekämpfung von Zwangsehen lassen sich insgesamt viele Regelungen finden. Allerdings stellt gerade die zentrale Norm des § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG eher auf die Begrenzung des Zuzugs ab – ein für das Aufenthaltsrecht übliches Ziel. Dass mit dieser Regelung mehr Menschen schutzlos gestellt werden, als tatsächlich Opferschutz betrieben wird, scheint dem Gesetzgeber entgangen zu sein. Zielführender wäre es, den Zugang zu Hilfsangeboten nach erfolgtem Zuzug zu verbessern und das Herauslösen aus der Zwangsehe im Inland zu erleichtern.<sup>862</sup> Die gegenwärtige Regelung stellt eine Mauer um die Bundesrepublik für solche Personen dar, die bereits Opfer von Menschenrechtsverletzungen geworden sind. Die Betroffenen werden vielmehr auf Grund der Tatsache, dass sie bereits eklatant verletzt wurden abgewiesen. Ein Signal was kaum im Sinne des Grundgesetzes und völkerrechtlicher Verpflichtungen der Bundesrepublik sein kann.

Bei Kinderehen erscheint die Gesetzesinitiative insofern folgerichtig, als dass die dauernde Anwendung des *Odre Public*-Vorbehaltes gegen dessen Natur als Ausnahme verstößt und aufzeigt, dass es Lücken im Gesetz gibt. Statt jedoch an bestehenden – funktionierenden – Regelungen etwas ändern zu wollen, sollte versucht werden, durch eine gänzlich neue Regelung in Bezug auf ausländische Ehen die aufgedeckte Lücke zu schließen.

---

861 Dies gibt auch *Antomo* in NJW 2016, 3558 (3563) zu bedenken.

862 So auch Schubert/Moebius ZRP 2006, 33 (37).

## E. Zusammenfassung

So ergibt sich abschließend der Befund, dass an mehreren Punkten gravierende Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Regelungen des Familiennachzugs mit menschenrechtlichen Grundsätzen und solchen der Gerechtigkeit bestehen. Während Erfordernisse – wie ausreichend Wohnraum oder Altersgrenzen – weitestgehend akzeptabel erscheinen, da sie entweder zumindest mittelbar für alle etwaigen Nachzugsbegehrenden gelten oder aber zumindest kein anderer praktikabler Bezugspunkt denkbar ist, sind andere Punkte nicht tragbar.

Insbesondere für den Sprachnachweis ist bereits höchstrichterlich entschieden, dass dieser zumindest für türkische Staatsangehörige nicht mit Europarecht und Menschenrechten vereinbar ist. Nimmt man diese nun aus seinem Geltungsbereich heraus – und noch zahlreiche andere Gruppen, für die bereits Ausnahmen bestanden – schrumpft der Anwendungsbereich derart zusammen, dass diese Hürde für den Nachzug nicht mehr zu rechtfertigen ist. Trotz einer weniger deutlichen Rechtsprechung muss man zu diesem Ergebnis auch im Bereich der Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug kommen. Die Rechtsprechung des EuGH hat sich über Jahrzehnte hinweg immer mehr von der Voraussetzung des grenzüberschreitenden Bezuges gelöst. Mittlerweile ist kaum mehr klar, was genau einen solchen ausmachen soll. Wenn aber der eine faktisch gegebene grenzüberschreitende Sachverhalt ausreichen soll, um bspw. einen Rückkehrerfall zu begründen, der andere aber nicht, ist das nicht mehr transparent und mit Gerechtigkeitsmaßstäben zu rechtfertigen. Ebenso wie das Erfordernis des Sprachnachweises sollte auch der grenzüberschreitende Bezug als überholt fallen gelassen werden. Gerade in einer Zeit wachsender Ressentiments gegenüber der europäischen Ideen könnte ein wichtiger Schritt hin zu mehr Akzeptanz der sein, weniger Unterschiede zwischen den Unionsbürgern zu machen.

Anders fällt das Urteil aus, wenn man Maßnahmen betrachtet, die bestimmte unerwünschte Eheformen aus dem Bundesgebiet ausschließen sollen. Die Regelungen zur Bekämpfung von Schein-, Zwangs-, Mehr- und Kinderehen sollen vordergründig Menschenrechte schützen bzw. die Ehe als Institut nach Art. 6 Abs. 1 GG bewahren. Bei genauerer Betrachtung führt die Zugangssperre zum Bundesgebiet jedoch dazu, dass die Menschenrechtsverletzung grundsätzlich bestehen bleibt, nur eben in einem anderen Staat erfolgt. Das kann nicht seriös als erfolgreicher Menschenrechtsschutz bezeichnet werden. Menschenrechte gelten weltweit und sollten auch auf diese Weise verteidigt werden. Nur weil eine bestimmte Art von Menschenrechtsverletzung aus dem Bundesgebiet fern gehalten wird, findet sie trotzdem ungehindert im Ausland weiter statt. Auch wenn der europäische oder der Bundesgesetzgeber keine Möglichkeit hat, in Drittstaaten Einfluss zu nehmen, gäbe es Möglichkeiten, zu Helfen. Voraussetzung dafür wäre es aber, den Opfern Zugang zum Bundesgebiet zu gewähren. Befinden sich Opfer von Zwangsverheiratung oder Kinderehen erst einmal im Inland, kann durch gezielte Integrationsmaßnahmen auch auf Hilfsangebote aufmerksam gemacht werden. Statt einen entsprechenden Verdacht bei der Antragsstellung direkt als Ausschlussgrund zu werten, sollte dieser eher Anlass sein, den Betroffenen Hilfe zu gewähren. Dies kann sowohl durch Aufklärung geschehen als auch durch das konkrete Angebot von rechtlichem Beistand. Nicht zielführend wäre es natürlich, wenn Betroffene nach einer Auflösung der unerwünschten Eheform ausreisepflichtig würden. Zum Schutz der Opfer müssten noch weitergehende eigenständige Bleiberechte geschaffen werden. Andernfalls werden alle Hilfsangebote leerlaufen, denn kaum ein Opfer wird die Offenbarung wagen, wenn es befürchten muss, unmittelbar nach seiner „Befreiung“ in das Herkunftsland zurückkehren zu müssen und dort vermutlich denjenigen schutzlos ausgeliefert zu sein, welche die Zwangslage begründet haben. Entsprechende Regelungen wären auch mit der Familienzusammenführungsrichtlinie vereinbar, da die dortigen relevanten Vorschriften als Kann-Vorschriften gestaltet sind.

In Bezug auf die Gesetzgebungsinitiative zum Verbot der Kinderehe sollten vor allem die Grundsätze des internationalen Privat- und Völkerrechts im Auge behalten werden. Eine Regelung, welche automatisch alle Kinderehen im Bundesgebiet für nichtig erklärt, wäre ein unzulässiger Eingriff in fremde Personalstatute – zumal nicht einmal sicher behauptet werden kann, dass eine Kinderehe gegen den deutschen *Odre Public* verstößt. Darüber hinaus muss eine solche Regelung auch an mangelnder Publizität scheitern. Wenn nicht einmal die Ehepartner selbst wissen, ob ihre Ehe Bestand hat oder nicht, entsteht eine gravierende tatsächliche und rechtliche Unsicherheit. Die ausländischen Ehegatten werden unter Umständen nicht wissen, dass Kinderehen in der Bundesrepublik derart restriktiv behandelt werden oder nicht die nötigen Kenntnisse haben, um für sich feststellen zu können, ob ihre spezielle Ehe von dieser Regelung erfasst ist. Mit der Menschenwürde eher vereinbar ist eine Regelung, die weiterhin eine gerichtliche Entscheidung über die Auflösung der Ehe erfordert. Da dies aber im Grundsatz jetzt schon weitgehend möglich ist, ist das politisch entdeckte Bedürfnis für eine Neuregelung tatsächlich eher eingeschränkt gegeben.

Bei Mehrehen ist die grund- und menschenrechtliche Problematik eher da zu verorten, wo es um eine Abwägung zwischen mehreren Ehen geht. Die Ehe wird in der abendländischen Rechtstradition als Institut geschützt. Auch wenn die Einehe als ebenfalls abendländische Tradition betrachtet wird, ist die Bewertung der einen als wirksam – und damit schützenswerter – und der anderen als unwirksam mit Grundsätzen der Gerechtigkeit nur schwer erklärbar.

Anderes muss sicher für missbräuchlich geschlossene Scheinehen gelten, die tatsächlich nur auf die Erlangung eines Aufenthaltsstatus abzielen. Das Problem hier liegt primär bei der Frage der zuverlässigen Feststellung der Scheinehe. Ein hohes Maß an sicherer Feststellung fordert § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG, der sich aber als praktisch unbedeutend erwiesen hat und durch die bereits vorher existierende Versagungsmöglichkeit über § 27 Abs. 1 AufenthG ersetzt wird. Der dort angewandte geringere Maßstab wird zwar durch die tatsächliche Umsetzung wohl insgesamt noch den menschenrechtlichen Grenzen der Ausforschung unter Eingriff in die Intim- und Privatsphäre gerecht. Dabei wird jedoch eine wesentlich strengere ausdrückliche Regelung umgangen, was aus rechtsstaatlicher Sicht zumindest bedenklich ist.

Mit dem grund- und menschenrechtlichen Rahmen gegenwärtig grundsätzlich vereinbar ist die Behandlung von gleichgeschlechtlichen und nichtehelichen Paaren zwar gegenwärtig, die dahinter stehenden Gedanken des Schutzes der Ehe und Ähnlichem sind jedoch durch die nunmehr auch in Deutschland geltende „Ehe für alle“ überholt. Hier wird den Gesetzgeber in naher Zukunft die Pflicht zur Nachbesserung treffen, welche nach der Entscheidung des EuGH im Fall *Coman* durch eine beherzte komplette Neuregelung sachgerechter zu erreichen ist, als durch weitere punktuelle Anpassungen.

Abschließend bleibt der Eindruck zurück, dass die Regelungen über den Familiennachzug nicht primär vom Gedanken der Schutzwürdigkeit des Familienlebens getragen werden, sondern davon, den Zuzug möglichst zu beschränken. Die sich daraus ergebenden Ungerechtigkeiten und Menschenrechtsverletzungen werden dabei billigend in Kauf genommen.



## F. Liste der relevanten EuGH-Entscheidungen

- C-26/78 Urteil vom 05.10.1978 – Institut National d'Assurance Maladie-Invalidité / Antonio Viola  
→ soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer
- C-115/78 Urteil vom 07.02.1979 – Knoors / Staatssecretaris van Economische Zaken  
→ Persönlicher Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit
- C-175/78 Urteil vom 28.03.1979 – Saunders / The Queen  
→ Unanwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht bei rein internem strafrechtlichen Sachverhalt
- C-15/81 Urteil vom 05.05.1982 – Schul / Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Roosendaal#  
→ Einfuhr von Waren als grenzüberschreitender Bezug
- C-283/81 Urteil vom 06.10.1982 – C.I.L.F.I.T. / Ministero della Sanità  
→ acte claire Theorie
- C-271/82 Urteil vom 22.09.1983 – Auer / Ministère public  
→ Unmittelbare Wirkung von Richtlinien, Niederlassungsfreiheit
- C-180/83 Urteil vom 28.06.1984 – Moser / Land Baden-Württemberg  
→ rein hypothetische Aussichten auf eine Grenzüberschreitung
- C-355/85 Urteil vom 25.10.1986 – Cagnet / Draincourt  
→ Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit
- C-316/85 Urteil vom 18.06.1987 – Centre Public d'Aide Social / Marie-Christine Lebon  
→ Begriff des Verwandten in absteigender Linie
- C-186/87 Urteil vom 02.02.1989 – Cowan / Trésor public  
→ Diskriminierung bei staatlichen Leistungen
- C-370/90 Urteil vom 07.07.1992 – Singh / Secretary of State for the Home  
→ Rückkehr in Herkunftsstaat nach Gebrauchmachen der Freizügigkeit
- C-112/91 Urteil vom 26.01.1993 – Werner / Finanzamt Aachen-Innenstadt  
→ Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaats unbeachtlich, wenn alle Bezugspunkte zur Erwerbstätigkeit im Inland liegen
- C-297/88 Urteil vom 18.10.1993 – Dzodzi / Belgien  
→ bereits Vorlagebeschluss impliziert grenzüberschreitenden Bezug
- C-267, 268/91 Urteil vom 24.11.1993 – Strafverfahren gegen Keck und Mithouard

→ nationale bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränkende Bestimmungen sind dann mit Unionsrecht vereinbar, wenn sie für alle Marktteilnehmer gleichermaßen gelten

- C-363/93 u.a. Urteil vom 09.08.1994 – Lancry u.a. / Direction générale des douanes u.a.  
→ Abgaben gleicher Wirkung unter Einbeziehung der Abgaben auf inländische Erzeugnisse
- C-29/94 Urteil vom 16.02.1995 – Strafverfahren gegen Aubertin  
→ Maßstab für Anforderungen an Ausbildung
- C-415/93 Urteil vom 15.12.1995 – Union royale belge des sociétés de football association u.a. / Bosmann  
→ Beeinträchtigung der Freizügigkeit
- C-321 bis 324/94 Urteil vom 07.05.1997 – Strafverfahren gegen Pistre u.a.  
→ Schutz regionaler Bezeichnungen
- C-64, 65/96 Urteil vom 05.06.1997 – Uecker und Jacquet / Nordrhein-Westfalen  
→ Rechte eines drittstaatsangehörigen Ehegatten ohne grenzüberschreitenden Bezug
- C-85/96 Urteil vom 01.07.1997 – Martinez Sala / Freistaat Bayern  
→ Erfordernis des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis zum Bezug staatlicher Leistungen
- C-28/95 Urteil vom 17.07.1997 – Leur-Bloem / Inspecteur der Belastingdienst  
→ Zuständigkeit des EuGH bei nationalen Vorschriften, die Gemeinschaftsrecht übernehmen
- C-130/95 Urteil vom 17.07.1997 – Giloy / Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost  
→ Zuständigkeit des EuGH bei nationalen Vorschriften, die Gemeinschaftsrecht übernehmen
- C-225/95 u. C-227/95 Urteil vom 02.07.1998 – Kapasakalis u.a. / Elliniko Dimossio  
→ Auf einen Mitgliedstaat beschränkter, rein interner Sachverhalt
- C-274/96 Urteil vom 24.11.1998 – Strafverfahren gegen Bickel und Franz  
→ Sprachenregelung für Strafverfahren
- C-254/98 Urteil vom 13.01.2000 – Schutzverband gegen den unlauteren Wettbewerb / TK-Heimdienst Sass GmbH  
→ positives Verbot einer Inländerdiskriminierung
- C-190/98 Urteil vom 27.01.2000 – Graf / Filzmoser Maschinenbau GmbH  
→ Begrenzung des grenzüberschreitenden Bezugs
- C-51/96 u. C-191/97 Urteil vom 11.04.2000 – Deliège / Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL u.a.

- Aussicht auf Möglichkeit künftiger Grenzüberschreitung genügt
- C-292/97 Urteil vom 13.04.2000 – Karlsson u.a.  
→ Gleichbehandlungsgrundsatz
- C-281/98 Urteil vom 06.06.2000 – Angonese / Cassa di Risparmio di Bolzano SpA  
→ Zugang zur Beschäftigung
- C-135/99 Urteil vom 23.11.2000 – Elsen / Bundesversicherungsanstalt für Angestellte  
→ grenzüberschreitende Berücksichtigung von Erziehungszeiten
- C-448/98 Urteil vom 05.12.2000 – Strafverfahren gegen Jean-Pierre Guimont  
→ Maßnahmen gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung bei rein internen Sachverhalt
- C-184/99 Urteil vom 20.09.2001 – Grzelzyk / Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve  
→ Aufenthaltsrecht für Studenten und Gewährung des Existenzminimums
- C-224/98 Urteil vom 11.07.2002 – D'Hoop / Office national de l'emploi  
→ Anerkennung ausländischer Abschlüsse
- C-60/00 Urteil vom 11.07.2002 – Carpenter / Secretary of State for the Home Department  
→ kein freier Dienstleistungsverkehr bei rein internen Sachverhalt
- C-459/99 Urteil vom 25.07.2002 – MRAX / Belgien  
→ Aufenthaltsrecht für illegal eingereisten Ehegatten
- C-413/99 Urteil vom 17.09.2002 – Baumbast und R / Secretary of State for the Home Department  
→ Recht der Kinder eines Arbeitnehmers auf Zugang zum Unterricht im Aufnahmemitgliedstaat
- C-306/99 Urteil vom 07.01.2003 – BIAO / Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg  
→ Zuständigkeit des EUGH für die Auslegung von Gemeinschaftsrecht in einem Kontext, in dem es nicht unmittelbar anwendbar ist
- C-109/01 Urteil vom 23.09.2003 – Akrich / Secretary of State for the Home Department  
→ Niederlassung in der Absicht, dem Ehegatten nach Gemeinschaftsrecht einen Anspruch zu verschaffen
- C-148/02 Urteil vom 02.10.2003 – Garcia Avello / Belgien  
→ Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinsichtlich

der Regeln, nach denen sich der Familienname bestimmt

- C-138/02 Urteil vom 23.03.2004 – Collins / Secretary of State for Work and Pensions  
→ Doppelstaater, der sich im Unionsgebiet aufhält, ohne Freizügigkeit genutzt zu haben
- C-71/02 Urteil vom 25.03.2004 – Kamer GmbH / Troostwijk GmbH  
→ Wettbewerbsbeschränkungen unter Bezugnahme auf Herkunft der Ware
- C-200/02 Urteil vom 19.10.2004 – Zhu und Chen / Secretary of State for the Home Department  
→ Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörigen Elternteil
- C-540/03 Urteil vom 27.06.2006 – Europäisches Parlament / Rat der Europäischen Union  
→ Familienzusammenführung minderjähriger Kinder  
Drittstaatsangehöriger
- C-349/06 Urteil vom 04.10.2007 – Polat / Stadt Rüsselsheim  
→ Rechtmäßigkeit einer Ausweisungsverfügung im Lichte von ARB 1/80 und RL 2004/38/EG
- C-291/05 Urteil vom 11.12.2007 – Eind / Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie  
→ Rückkehr des Arbeitnehmers in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehöriger er ist
- C-212/06 Urteil vom 01.04.2008 – Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon / Gouvernement flamand  
→ Ausschluss von Personen mit Wohnsitz in einem anderen als dem der Zuständigkeit dieser Einheit unterliegenden Teil des Staatsgebiets
- C-127/08 Urteil vom 25.07.2008 – Metock u.a. / Minister for Justice, Equality and Law Reform  
→ Eheschließung mit Drittstaatsangehörigen nach Einreise in EU
- C-171, 172/07 Urteil vom 19.05.2009 – Doc Morris / Apothekerkammer des Saarlandes u.a.  
→ Niederlassungsfreiheit
- C-310/08 Urteil vom 23.02.2010 – Ibrahim u.a./ London Borough of Harrow  
→ Fortbestand eines Aufenthaltsrechts für Familienangehörige eines drittstaatsangehörigen Wanderarbeitnehmers
- C-480/08 Urteil vom 23.02.2010 – Teixeira /London Borough of Lambeth u.a.  
→ Fortbestand eines Aufenthaltsrechts für Familienangehörige eines drittstaatsangehörigen Wanderarbeitnehmers

- C-135/08 Urteil vom 02.03.2010 – Rottmann / Freistaat Bayern  
→ Kein Verlust der Einbürgerung bei drohender Staatenlosigkeit und Verlust der Unionsbürgerschaft
- C-175, 176, 178/08 Urteil vom 02.03.2010 – Abdulla u.a. / Bundesrepublik Deutschland  
→ Erlöschen der Flüchtlingseigenschaft
- C-578/08 Urteil vom 04.03.2010 – Chakroun / Minister van Buitenlandse Zaken  
→ Verweigerung der Familienzusammenführung bei Inanspruchnahme von Sozialhilfe
- C-92/07 Urteil vom 29.04.2010 – Kommission / Niederlanden  
→ Unionsrechte auch für Personen, die sich noch außerhalb der EU befinden
- C-34/09 Urteil vom 08.03.2011 – Zambrano / Office national de l'emploi  
→ abgeleitetes Aufenthaltsrecht für drittstaatsangehörige Eltern eines Unionsbürgers
- C-434/09 Urteil vom 05.05.2011 – McCarthy / Secretary of State for the Home Department  
→ Auswirkungen des Besitzes der Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaats, rein interner Sachverhalt
- C-256/11 Urteil vom 15.11.2011 – Dereci u.a. / Bundesministerium für Inneres  
→ Versagung eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts mangels Bezuges zum Unionsrecht
- C-40/11 Urteil vom 08.11.2012 – Yoshikazu Iida / Stadt Ulm  
→ kein abgeleitetes Aufenthaltsrecht, wenn sich Drittstaatsangehöriger und Unionsbürger in unterschiedlichen Mitgliedsstaaten aufhalten
- C-356, 357/11 Urteil vom 6.12.2012 – O.u.S./ Maahanmuuttovirasto u.a.  
→ Definition des Kernbestands der Rechte eines Unionsbürgers
- C-87/12 Urteil vom 08.05.2013 – Ymeraga / Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration  
→ abgeleitetes Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds eines Unionsbürgers
- C-140/12 Urteil vom 19.09.2013 – Brey / Pensionsversicherungsanstalt  
→ Anspruch auf beitragsunabhängige Leistungen von Personen, die Arbeitnehmereigenschaft nicht mehr erfüllen
- C-86/12 Urteil vom 10.10.2013 – Alokpa und Moudoulou/Luxemburg  
→ Auslegung Art. 7 I lit. b RL 2004/38
- C-138/13 Urteil vom 10.07.2014 – Dogan / Bundesrepublik Deutschland

→ Sprachnachweis als Verstoß gegen Unionsrecht

- C-333/13 Urteil vom 11.11.2014 – Dano / Jobcenter Leipzig  
→ Ausschluss von nichterwerbstätigen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates aufhalten von beitragsunabhängigen Geldleistungen
- C-153/14 Urteil vom 09.07.2015 – Minister van Buitenlandse Zaken / K und A  
→ Vereinbarkeit von Integrationsmaßnahmen mit Unionsrecht
- C-67/14 Urteil vom 15.09.2015 – Alimanovic / Jobcenter Berlin Neukölln  
→ Arbeitssuchende Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, die sich im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats aufhalten
- C-304/14 Urteil vom 13.09.2016 – Secretary of State / CS  
→ abgeleitetes Aufenthaltsrecht für einen Drittstaatsangehörigen nach Straffälligkeit
- C-133/15 Urteil vom 10.05.2017 – Centrale Raad van Beroep  
→ Aufenthaltsrecht eines sorgeberechtigten Drittstaatsangehörigen für minderjährigen Unionsbürger
- C-165/16 Urteil vom 14.11.2017 – Lounes / Secretary of the State for the Home Department  
→ Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen des Unionsbürgers
- C-673/16 Urteil vom 05.06.2018 – Coman u.a. / Inspectoratul General pentru Imigrări u.a.  
→ abgeleitetes Aufenthaltsrecht für gleichgeschlechtliche Ehepartner