Das Recht auf Familiennachzug im Ausländerrecht – Betrachtung von Einzelproblemen unter Gerechtigkeitsaspekten, menschen- und europarechtlichen Gesichtspunkten

Dissertation

Friederike Hein

Potsdam
08 2018
A. Inhaltsverzeichnis

A. Inhaltsverzeichnis.........................................................................................................................................ii
B. Literaturverzeichnis..................................................................................................................................vi
C. Abkürzungsverzeichnis............................................................................................................................xvii
D. Einleitung..................................................................................................................................................1

   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
   II. Der Weg zum Aufenthaltstitel.............................................................................................................9
      1. Familie im Grundgesetz......................................................................................................................9
      a) Erwerbstätigkeit...............................................................................................................................11
         a) Erwerbstätigkeit...............................................................................................................................11
         b) Forschung.....................................................................................................................................12
      b) Aufenthaltsgrund: Flucht................................................................................................................13
      c) Aufenthaltsgrund: Familiennachzug...............................................................................................15
         a) Art. 6 Abs. 1 GG............................................................................................................................16
         b) Art. 8 EMRK..................................................................................................................................16
         c) Studium und Ausbildung.................................................................................................................17
      dd) §§ 27ff. AufenthG............................................................................................................................17
         (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
II. weitere Ungleichbehandlungen............................................................................................ 83
.............................................................................................................................................. 83
erst einmal die Hürde des Erstnachzugs überwunden haben?..............................................85
2. Womit lassen sich die Vorteile für türkische Staatsangehörige begründen, wenn diese
dern, nicht aber beim Nachzug zu Deutschen oder Unionsbürgern nachgewiesen werden?
1. Warum muss die Verfügbarkeit ausreichenden Wohnraums nur beim Nachzug zu Ausländern erforderlich?........................................................................61
4. Fazit.................................................................................................................................. 81
III
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 Erstnachzugs überwunden haben?..............................................85
a) Das Problem.................................................. 85
3. Kapitel: Ungleichbehandlungen bei verschiedenen Beziehungskonstellationen

II. Missbrauch des Aufenthaltsrechts durch Scheinehen

I. Nichteheliche Gemeinschaften

IV. Ergebnis

3. Kapitel: Ungleichbehandlungen bei verschiedenen Beziehungskonstellationen

I. Nichteheliche Gemeinschaften

a) historische Entwicklung
   aa) Aufenthalt nach Ermessen
   bb) § 27a AuslG1990
   cc) § 27 Abs. 2 AufenthG

b) gegenwärtige Problemfelder
   aa) Behebung von „Kinderkrankheiten"
   bb) Beschränkung auf das LPartG
   cc) kein Kindernachzug
   dd) Zwangsouting

b) Meining der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung

3. Warum ist für unter 16jährige kein Sprachtest erforderlich?
   a) Das Problem
   b) Meining der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung
   c) Stellungnahme/Kritik

4. Warum ist die Konstellation des Elternnachzuges nur für wenige Fälle geregelt?
   a) Das Problem
   b) Meining der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung
   c) Stellungnahme/Kritik

III. Der Sprachnachweis

1. Allgemeines
2. Schriftkenntnisse
3. kein Erfolg nötig?
4. weitere Verletzung von Unionsrecht
5. Verletzung von Art. 6 GG
   a) Grundlegendes
   b) Kosten des Sprachnachweises
6. Verletzung von Gleichheitsgrundsätzen
   a) Visumsprivilegierung
   b) weitere Verletzungen von Art. 3 GG
7. Die Rechtssache Dogan
   a) Der Fall
   b) Die Entscheidung
   c) Folgeentscheidungen und politische Reaktionen
8. Fazit

IV. Ergebnis

4. Warum ist die Konstellation des Elternnachzuges nur für wenige Fälle geregelt?
   a) Das Problem
   b) Meining der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung
   c) Stellungnahme/Kritik

III. Der Sprachnachweis

1. Allgemeines
2. Schriftkenntnisse
3. kein Erfolg nötig?
4. weitere Verletzung von Unionsrecht
5. Verletzung von Art. 6 GG
   a) Grundlegendes
   b) Kosten des Sprachnachweises
6. Verletzung von Gleichheitsgrundsätzen
   a) Visumsprivilegierung
   b) weitere Verletzungen von Art. 3 GG
7. Die Rechtssache Dogan
   a) Der Fall
   b) Die Entscheidung
   c) Folgeentscheidungen und politische Reaktionen
8. Fazit

IV. Ergebnis
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, Oder Public und Gesetzesreform in: NJW 2016, 3558
dies. Eheschließungen Minderjähriger und das deutsche Recht in: NZFam 2016, 1155


Arnauld, Andreas von Völkerrecht 2. Auflage Heidelberg 2014

Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar zum BGB München 2016

Bergmann, Jan Ausländerrecht Dienelt, Klaus (Hrsg.) Kommentar 11. Auflage München 2016

Barwig, Klaus Ein halbes Jahrhundert Arbeitsmigration nach Deutschland – Ein halbes Jahrhundert Familiennachzug in: ZAR 2014, 42

Bauer, Ina Das neue Ausweisungsrecht Beichel-Benedettr, Stephan 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


Britz, Gabriele Bedeutung der EMRK für nationale Verwaltungsgerichte und
Bullinger, Patrick
Behörden
Erweiterte Bindeungswirkung nach EuGH, Slg. 2002, I-6279 – Carpenter?
in: NVwZ 2004, 173

Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Hrsg.)
Inländerdiskriminierung im Steuerrecht am Beispiel des § 8 nr. 7 GewStG
in: IStR 2005, 370

Bürokratie und Politik – eine Fiktion?
in: IStR 2008, 570

Bundesministerium des Innern
Zwangsverheiratung in Deutschland - Anzahl und Analyse von Beratungsfällen
Kurzfassung
Berlin 2011

Bundesministerium des Inneren
Migrationsberichte 2010 bis 2014
Berlin 2011-2015

Coester, Michael
in: StAZ 2016, 257

Coester, Michael
Polygame Verbindungen und deutsches Recht
in: FamRZ 2016, 1618

Coester-Waltjen, Dagmar
in: StAZ 2016, 257

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
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

VII
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.
Europäische Menschenrechtskonvention
Kommentar
3. Auflage
Kehl 2009
Geiger, Rudolf
EUV/AEUV
Kommentar
Kotzur, Markus (Hrsg.)
6. Auflage
München 2017
Gibb, Robert
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
Das Recht der Europäischen Union
Kommentar
Hilf, Meinhard
Nettesheim, Martin (Hrsg.)
Loseblattsammlung
München 2010

VIII
<table>
<thead>
<tr>
<th>Name</th>
<th>Titel</th>
<th>Verlag</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Groenendijk, Kees</td>
<td>Familienzusammenführung als Recht nach der Gemeinschaft</td>
<td>in: ZAR 2006, 191</td>
</tr>
<tr>
<td>Hailbronner, Kay</td>
<td>Asyl- und Ausländerrecht</td>
<td>3. Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>Stuttgart 2014</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>Ausländerrecht</td>
<td>Loseblattsammlung</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>Heidelberg 2009</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz</td>
<td>durch den EuGH?</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>in: NJW 2004, 2185</td>
</tr>
<tr>
<td>Thym, Daniel</td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Habermas, Jürgen</td>
<td>Faktizität und Geltung</td>
<td>5. Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>Frankfurt am Main 1997</td>
</tr>
<tr>
<td>Hanganu, Elisa</td>
<td>Die Blaue Karte EU in Deutschland</td>
<td>Forschungsbericht 27 des BAMF</td>
</tr>
<tr>
<td>Heß, Barbara</td>
<td></td>
<td>Nürnberg 2016</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>Frankfurt am Main 2003</td>
</tr>
<tr>
<td>Helms, Tobias</td>
<td>Im Ausland begründete – im Inland unbekannte Statusverhältnisse</td>
<td>in: StAZ 2012, 2</td>
</tr>
<tr>
<td>Hillgruber, Christian</td>
<td>Mindestalter und sprachliche Integrationsvorleistung –</td>
<td>verfassungsgemäße Voraussetzungen des Ehegattennachzugs?</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>In: ZAR 2006, 304</td>
</tr>
<tr>
<td>Hofmann, Rainer M. (Hrsg.)</td>
<td>Ausländerrecht</td>
<td>2. Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td></td>
<td>Baden-Baden 2016</td>
</tr>
<tr>
<td>Hoffmann, Holger</td>
<td>Ausländerrecht</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Hofmann, Rainer M. (Hrsg.)</td>
<td>Handkommentar</td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>

IX
<table>
<thead>
<tr>
<th>Autor</th>
<th>Titel</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Hoppe, Mark Dominik</td>
<td>Die Berücksichtigung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft im Aufenthaltsgesetz Dissertation Berlin 2003</td>
</tr>
<tr>
<td>Huber, Bertold</td>
<td>Zur Verfassungsmäßigkeit der Beschränkungen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Ausländerrecht in: NJW 1988, 609</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>Die ausländerrechtlichen Folgen des EuGH-Urteils Zambrano in: NVwZ 2011, 856</td>
</tr>
<tr>
<td>İlkkaracan, Pinar (Hrsg.)</td>
<td>Women and Sexuality in Muslim Societies Istanbul 2000</td>
</tr>
<tr>
<td>Jonas, Hans</td>
<td>Das Prinzip der Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation 8. Auflage Frankfurt am Main 1988</td>
</tr>
<tr>
<td>Kant, Immanuel</td>
<td>Gesammelte Werke in 18 Bänden Herausgegeben von der Preußischen Akademie der Wissenschaften Berlin 1973</td>
</tr>
<tr>
<td>Name</td>
<td>Titel</td>
</tr>
<tr>
<td>-----------------------------</td>
<td>----------------------------------------------------------------------</td>
</tr>
<tr>
<td>Kingreen, Thorsten</td>
<td>Verfassungsgfragen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Aufenthaltsrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>Kluth, Winfried (Hrsg.)</td>
<td>Beck’scher Online Kommentar zum Ausländerrecht</td>
</tr>
<tr>
<td>Korbion, Hermann</td>
<td>Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI)</td>
</tr>
<tr>
<td>Mantschuff, Jack</td>
<td>Kommentar</td>
</tr>
<tr>
<td>Vygen, Klaus (Hrsg.)</td>
<td>9. Auflage</td>
</tr>
<tr>
<td>Kubicki, Phillipp</td>
<td>Die subjektive Komponente der Unionsbürgerschaft</td>
</tr>
<tr>
<td>Letzgus, Klaus</td>
<td>Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat</td>
</tr>
</tbody>
</table>
| 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      | Grundgesetz                                                          |                 |
| Klein, Friedrich von       | Kommentar                                                            |                 |
Starck, Christian von (Hrsg.)  
6. Auflage  
München 2010

Markard, Nora  
Truchseß, Nina  
Neuregelung 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
Europarecht

Classen, Claus Dieter
ein Studienbuch

Nettesheim, Martin
6. Auflage
München 2014

Otto, Carl Eduard
Das Corpus Juris Civilis (Justinianus)

Schilling, Bruno
Deutsche Ausgabe

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand
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
Staatsrecht II - Grundrechte

Schlink, Bernhard
31. Auflage
Heidelberg 2015

Platon
Politeia
in: Sämtliche Werke/Platon, Band 5
Frankfurt am Main 1991

Prütting, Hans
Bürgerliches Gesetzbuch

Wegen, Gerhard
Kommentar

Weinreich, Gerd (Hrsg.)
11. Auflage
Köln 2016

Radbruch, Gustav
Rechtspolitik
2. Auflage, Nachdruck der Ausgabe von 1932
Heidelberg 2003

Rengeling, Hans-Werner
Grundrechte in der Europäischen Union

Szczekalla, Peter
Charta der Grundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze
Köln 2004
<table>
<thead>
<tr>
<th>Name</th>
<th>Titel</th>
<th>Veröffentlichung</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Renner, Günter</td>
<td>Ehe und Familie im Zweichen neuer Zuwanderungsregeln</td>
<td>NVwZ 2004, 792</td>
</tr>
<tr>
<td>Riese, Christoph</td>
<td>Europarechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte der</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Noll, Paul</td>
<td>Inländerdiskriminierung</td>
<td>NVwZ 2007, 516</td>
</tr>
<tr>
<td>Rohe, Mathias</td>
<td>Eheschließung in islamischen Staaten – Prüfung der Wirksamkeit durch</td>
<td>StAZ 2006, 93</td>
</tr>
<tr>
<td>Rüthers, Bernd</td>
<td>Das Ungerechte an der Gerechtigkeit</td>
<td>JZ 2009, 969</td>
</tr>
<tr>
<td>Sachs, Michael (Hrsg.)</td>
<td>Grundgesetzes Kommentar</td>
<td>München 2014</td>
</tr>
<tr>
<td>Sander, Dirk</td>
<td>Der Schutz des Aufenthalts durch Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention Dissertation</td>
<td>Berlin 2008</td>
</tr>
<tr>
<td>Sauer, Heiko</td>
<td>Die Grundfreiheit des Unionsrechts</td>
<td>JuS 2017, 310</td>
</tr>
<tr>
<td>Säcker, Franz Jürgen</td>
<td>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</td>
<td>München 2013</td>
</tr>
<tr>
<td>Rixecker, Roland</td>
<td>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Oetker, Hartmut</td>
<td>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Limperg, Bettina (Hrsg.)</td>
<td>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Schmahl, Stefanie</td>
<td>Die Unionsbürgerschaft: Ein komplexes Rechtsinstitut mit weitreichenden Folgen</td>
<td>JURA 2016, 1272</td>
</tr>
<tr>
<td>Jung, Florian</td>
<td>Die Unionsbürgerschaft: Ein komplexes Rechtsinstitut mit weitreichenden Folgen</td>
<td>JURA 2016, 1272</td>
</tr>
<tr>
<td>Schmidt-Bleibtreu, Bruno von Hofmann, Hans von (Hrsg.)</td>
<td>Grundgesetz Kommentar</td>
<td>Köln 2014</td>
</tr>
<tr>
<td>Schönke, Adolf</td>
<td>Strafgesetzbuch Kommentar</td>
<td>München 2014</td>
</tr>
<tr>
<td>Schröder, Horst (Hrsg.)</td>
<td>Strafgesetzbuch Kommentar</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Schubert, Karin</td>
<td>Zwangsheirat – Mehr als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer</td>
<td>ZRP 2006, 33</td>
</tr>
<tr>
<td>Moebius, Isabella</td>
<td>Zwangsheirat – Mehr als nur ein Straftatbestand: Neue Wege zum Schutz der Opfer</td>
<td>ZRP 2006, 33</td>
</tr>
<tr>
<td>Autor</td>
<td>Titel</td>
<td>Quelle</td>
</tr>
<tr>
<td>---------------------</td>
<td>----------------------------------------------------------------------</td>
<td>---------------------------------</td>
</tr>
<tr>
<td>Schumann, Kay H.</td>
<td>Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat (§ 237 StGB)</td>
<td>JuS 2011, 789</td>
</tr>
<tr>
<td>Sering, Christian</td>
<td>Das neue „Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz“</td>
<td>NJW 2011, 2161</td>
</tr>
<tr>
<td>Sommerman, Karl-Peter</td>
<td>Taugt die Gerechtigkeit als Maßstab der Rechtsstaatlichkeit?</td>
<td>JURA 1999, 337</td>
</tr>
<tr>
<td>Sonnenberger, Hans Jürgen</td>
<td>Recht und Gerechtigkeit</td>
<td>JURA 2000, 561</td>
</tr>
<tr>
<td>Stelkens, Paul von</td>
<td>Verwaltungsverfahrensgesetz</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Bonk, Heinz Joachim</td>
<td>Kommentar</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Sachs, Michael (Hrsg.)</td>
<td>8. Auflage</td>
<td>München 2014</td>
</tr>
<tr>
<td>Storr, Christian von (Hrsg.)</td>
<td>Zuwanderungsrecht – Kommentar</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td>Streinz, Rudolf (Hrsg.)</td>
<td>EUV/AEUV</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>Kommentar</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>2. Auflage</td>
<td>Stuttgart 2008</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>Europarecht – Lehrbuch</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>10. Auflage</td>
<td>Heidelberg 2016</td>
</tr>
<tr>
<td>Thym, Daniel</td>
<td>Freizügigkeit in Europa als Modell?</td>
<td></td>
</tr>
<tr>
<td></td>
<td>EU-Migrationspolitik zwischen Offenheit und Abschottung</td>
<td>EUR 2011, 487</td>
</tr>
<tr>
<td>ders-</td>
<td>Anmerkung zu EuGH vom 15.11.2011</td>
<td>NVwZ 2012, 97</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>Sprachkenntnisse und Ehegattennachzug: Bewegung beim Stillstand für türkische Staatsangehörige</td>
<td>ZAR 2014, 301</td>
</tr>
<tr>
<td>ders.</td>
<td>Schnellere und strengere Asylverfahren</td>
<td>NVwZ 2015, 1625</td>
</tr>
</tbody>
</table>

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

XVI
# C. Abkürzungsverzeichnis

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


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 Unübersichtigkeiten zu vermeiden, wird daher eine Betrachtung von Regelungen in Bezug auf Flüchtlinge weitestgehend verzichtet.


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.


1. Familie im Grundgesetz


„Familie“ im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG 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“.

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. Innerhalb der Hausgemeinschaft werden dann durch das Zusammenwohnen die Familieninheit 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.

3 Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 16.
6 BVerfG, Beschluss vom 18.04.1989, Az.: 2 BvR 1169/84, Rz 32 = BVerfGE 80, 81 (90f.).
7 Hailbronner in AusIR, A1, § 27 AufenthG Rn 15.
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. Trotz der auf Lebenszeit geschlossenen Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 BGB10) wird daher eine Möglichkeit zur Scheidung vorgesehen. Durch Scheidung geht der Schutz des Art. 6 GG für die Partner verloren.11

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.12 Generell ist aber nicht von einer Anerkennung ausländischer Ehen auszugehen. Erfüllen sie deutsche Standards nicht, fallen sie nun 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.13


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.15

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.
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.
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.  

b) Kinder


2. Art. 8 EMRK

Die EMRK stellt mit ihrer Verbriefung von Menschenrechten auf europäischer Ebene für 47Konventionssstaaten 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

---


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 zunehmenden 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 eines neuen Visums) einen endgültigen Verlust bedeutet 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.\textsuperscript{21}

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.\textsuperscript{22}

\textbf{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 Rechts wegen bestehende „Familie“ - sprich Ehe - genügen, sofern das Aufnehmen eines Familienlebens beabsichtigt ist und bevorsteht.\textsuperscript{23} 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.\textsuperscript{24}

Art. 8 EMRK schützte ursprünglich nur die Kernfamilie, wurde aber durch Rechtsprechung des EGMR auf weitere Familienangehörige ausgedehnt.\textsuperscript{25} Darüber hinaus kommt es auch nicht 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.\textsuperscript{26} 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.\textsuperscript{27}


\textsuperscript{21} Fritzsch ZAR 2010, 14 (16).
\textsuperscript{22} Unterlässt der Staat eine solche Korrektur, begründet dies eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit. Meyer-Ladewig, Hk-EMRK, 3.A, Art. 8, Rn 2.
\textsuperscript{23} EGMR Urteil vom 28.05.1985 No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, Rz.:62 – Abdulaziz./Großbritannien.
\textsuperscript{24} So sind auch traditionell oder nach religiösen Ritus geschlossene Ehen ausreichend und selbst tatsächlich aus verheiratet betrachten und diese Ehe auch vom Herkunftsstaat rechtlich anerkannt wird. Details: Sander, Der Schutz des Aufenthaltes, S. 54.
\textsuperscript{26} Grabenwarter, EMRK, 4.A., § 22, Rn 16; Meyer-Ladewig, Hk-EMRK, 2.A., Art. 8, Rn 18.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{28} EGMR Urteil vom 01.06.2004 No.: 45582/99, Rz 35-42 – Lebbink./Niederlande.
\textsuperscript{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.\(^{30}\)

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.\(^{31}\)

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.\(^{32}\)

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, verstoßt der Staat gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK, wenn er ihm Aufenthalt bzw. Wiedereinreise verweigert.\(^{33}\)

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.\(^{34}\)

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.\(^{35}\)

**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.\(^{36}\)

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

---


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.


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

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


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.

Es wird auch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gewährleistet und insbesondere die Wahl des Partners geschützt.39 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.40


3. Das Familienbild des Europarechts

Das Familienbild im Europarecht wird primär geprägt von den Familienbegriffen der Grundrechtecharta (GrChEU42) und der Familienzusammenführungsrichtlinie43. 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 begründen. Diese Art der Rechtssicherheit konnten frühere rein richterrechtlich gebildete „Grundrechte“ auf Unionsebene nicht gewährleisten. Ebenso konnte der rein nationale Grundrechtschutz nicht mehr ausreichen, da nationale Grundrechte naturgemäß nur den nationalen Gesetzgeber verpflichten und nicht der Vielfalt der Bevölkerung der EU Rechnung tragen.44 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.

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.
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.\footnote{Ausführlich zu den Diskussionen im Grundrechtekonvent: Bernsdorff in Bernsdorff/Meyer, GrChEU, 4.A., Art. 9 Rn, 6-11 m.w.N.} 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.\footnote{Bernsdorff in Bernsdorff/Meyer, GrChEU, 4.A., Art. 9 Rn 12/14/16; entgegen des ursprünglichen Gedankens, die EMRK und die Rechtssprechung des EGMR zur Auslegung der Garantien der GrChEU heranzuziehen, wird mittlerweile vom EGMR im Bereich von Art. 12 EMRK die Praxis der Unionstaaten zu Art. 9 GrChEU als Auslegungshilfe herangezogen – so bspw. in: EGMR Urteil vom 11.07.2002 No.: 28957/95, Rz 100 – Goodwin./.UK.} 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.


\section*{4. Die Familie im Aufenthaltsgesetz}

Der Familienbegriff im Aufenthalts- und Asylverfahrensgesetz\footnote{BGBl. I S. 254.} 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

\begin{thebibliography}{9}
\bibitem{1} Bernsdorff in Bernsdorff/Meyer, GrChEU, 4.A., Art. 9 Rn 6-11 m.w.N.
\bibitem{2} Bernsdorff in Bernsdorff/Meyer, GrChEU, 4.A., Art. 9 Rn 12/14/16; entgegen des ursprünglichen Gedankens, die EMRK und die Rechtssprechung des EGMR zur Auslegung der Garantien der GrChEU heranzuziehen, wird mittlerweile vom EGMR im Bereich von Art. 12 EMRK die Praxis der Unionstaaten zu Art. 9 GrChEU als Auslegungshilfe herangezogen – so bspw. in: EGMR Urteil vom 11.07.2002 No.: 28957/95, Rz 100 – Goodwin./.UK.
\bibitem{4} BGBl. I S. 254.
\end{thebibliography}
Bundesgebiet aufhält und zu dem der Familiennachzug stattfinden soll.\textsuperscript{50} Zum Kernbereich der Familie gehören dabei auch adoptierte, Pflege- und Stiefkinder.\textsuperscript{51}

Für den aufenthaltsrechtlichen Schutz der Ehe genügt nicht das rechtliche Vorliegen aller Ehevoraussetzungen. Vielmehr ist auch eine tatsächliche innere Verbundenheit der Ehepartner erforderlich.\textsuperscript{52} 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.\textsuperscript{53}

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 Herkunftstaat 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 Herkunftstaates 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.\textsuperscript{54} Einschränkungen erfährt dieser Grundsatz nur in Anbetracht des deutschen Odre Public, nach dem es nicht möglich ist, im Ausland begründete familiäre Verhältnisse anzuerkennen, die deutschem Recht absolut widersprechen.\textsuperscript{55}

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 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 Familie wiederherzustellen. Daneben ist aber auch die Variante des gleichzeitigen Zuzugs

\textsuperscript{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.

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


\textsuperscript{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.


1. Unionsbürger


2. Drittstaatsangehörige

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

Während das Europarecht für die Behandlung von Unionsbürgern enge Vorgaben macht, wird den Mitgliedstaaten bei Drittstaatsangehörigen ein größerer Gestaltungsspielraum zugestanden.\(^{65}\) Die Mitgliedstaaten sind frei, Drittstaatsangehörigen die Erlangung eines Aufenthaltstitels zu erschweren.\(^{66}\)


a) **Aufenthaltszweck: Arbeit, Forschung, Studium, Ausbildung**

aa) **Erwerbstätigkeit**

Generelle Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis finden sich in § 5 AufenthG. Weitere Voraussetzungen für den Aufenthaltszweck 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\(^{67}\) wird für eine unselbständige 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.


\(^{65}\) Thym ZAR 2014, 301 (305).


auch nur geduldeten Ausländern erteilt werden (§ 18a AufenthG). Für die Erteilung einer Aufenthaltserslaubnis nach § 18a AufenthG ist eine gültige Duldung im Entscheidungszeitpunkt erforderlich. Durch die Erteilung einer Aufenthaltserslaubnis zu Erwerbszwecken ändert sich der Aufenthaltszweck und der vormals nur geduldete Ausländer wird zum rechtmäßigen Migranten mit Arbeitserlaubnis. Sodann sind die allgemeinen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes anzuwenden.\(^{69}\)

**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.\(^{70}\) Forschung ist in diesem Zusammenhang möglichst weit zu definieren, um nicht nur Grundlagenforschung, sondern auch Entwicklungstätigkeit in der Industrie zu erfassen.\(^{71}\)

Entscheidend für die Erteilung einer Aufenthaltserslaubnis 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 Zgang zu Doktorandenprogrammen berechtigt (Art. 2 lit. d ForscherRL).\(^{72}\) 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.\(^{73}\)

**cc) Studium und Ausbildung**

Nach § 16 AufenthG\(^{74}\) werden auch Aufenthaltserslaubnisse zum Zwecke des Studiums, der Bewerbung zum Studium, 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.\(^{75}\)


\(^{69}\) Hailbronner, AuslR, A1, § 18a AufenthG Rn 1f.


\(^{71}\) 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.


\(^{76}\) Rössler 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


Wer eine Aufenthaltsverlängerung 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.

\[ \text{b) Aufenthaltsgrund: Flucht} \]


UNHCR Global Trends 2013, S. 2.

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. Zwar ist nach wie vor die GFK nicht unmittelbare Grundlage für die Anerkennung der Flüchtlings eigenschaft, sondern wird mittelbar über die Qualifikationsrichtlinie umgesetzt. 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-

87 Grundsätzlich kann in diesem Bereich nicht auf Begrifflichkeiten aus der deutschen Rechtssprechung zurückgegriffen werden. Die Begriffe der Qualifikationsrichtlinie und der GFK füßen auf völkerrechtlichen Überlegungen und insbesondere den Terminen 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.

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 verschiedensten Schattierungen kommt der Familiennachzug im Sinne von §§ 27 bis 36 AufenthG und § 26

---


91 Ipsen, Völkerrecht, § 7 Anm. 2.

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


94 Im Kern graviere die 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.

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.97 Das BVerfG hat bereits 1987, im sogenannten „Zuwanderungsbeschluss“ entschieden, dass sich aber aus Art. 6 Abs. 1 GG kein grundrechtlicher Anspruch auf Bewilligung eines Antrags auf Familiennachzug ableiten lässt.98 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.99

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.100


Festgestellt werden kann aber, dass Art. 8 Abs. 1 EMRK i.V.m. Art. 1 EMRK die Konventionsstaaten verpflichtet, die sozialen Bindungen all 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.103 Eine stärkere Bindung im Aufenthaltsstaat könne aber durch eine längere Aufenthaltsdauer entstehen. Grundsätzlich wird angenommen, dass die Verwurzelung

96 Zur Abgrenzung gegenüber des untechnischen Verständnisses des Familiennachzugs s. oben S. 11.
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 - Fritzsch ZAR 2010, 14 (15).
102 Fritzsch ZAR 2010, 14 (18).
103 Fritzsch ZAR 2010, 14 (16).
im Gaststaat zunimmt, während die im Herkunftsstaat immer weiter abnimmt. 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.


104 BVerfGE 76, 1 (56f.) - eine ausreichende Einfügung in hiesige Lebensverhältnisse wird nach 8 Jahren Dauer aufenthalt angenommen. Dies ist auch im Rahmen des Familiennachzuges verhältnismäßig, da der Stammberechtigte jederzeit ohne Frist die Familienzusammenführung im Herkunftsland herstellen kann.
108 Fritzsch ZAR 2010, 14 (21f.);
110 Fritzsch ZAR 2010, 14 (17).
111 Grabenerzer, EMRK, 4.A., § 22, Rn 43 - 1 EMRK könne dort verletzt sein, wobei einer sich bereits rechtsmäßig 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\textsuperscript{112}.

**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.\textsuperscript{113}

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\textsuperscript{114}. 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\textsuperscript{115} ein mindestens einjähriger Aufenthaltstitel sowie die begründete Aussicht auf einen dauerhaften Aufenthalt verlangt wird. Ausgeschlossen von 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\textsuperscript{116}.\textsuperscript{117}

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.\textsuperscript{118} 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.\textsuperscript{119}

Gegen die Vereinbarkeit der Richtlinie mit EU-Primärrecht wurden zahlreiche Bedenken angemeldet. Insbesondere wurde die Vereinbarkeit mit der Grundrechtecharta der Europäischen Union\textsuperscript{120} be-

\textsuperscript{112} Frowein in Frowein/Peukert, EMRK, 2.A., Art. 8 Rn 26 - Dieses – auf dem ersten Blick berechtigte – 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.

\textsuperscript{113} Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 11.A., § 27 Rn 2.

\textsuperscript{114} Für diese findet dann die Unionsbürgerrechtlinie bzw. das FreizügG/EU Anwendung.

\textsuperscript{115} „Zusammenführender“ in der Sprache der Richtlinie.

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


\textsuperscript{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 entsprechenden Aufenthaltstitel „nur“ zu einem Deutschen mit gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik nachgezogen werden soll.

\textsuperscript{119} Details: Marx in GK-AufenthG, § 28 Rn 258f.

\textsuperscript{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.\textsuperscript{121} 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.\textsuperscript{122} Diese sind im Bereich der Familienzusammenführung nicht nur die EMRK und die Grundrechtecharta, sondern auch die Kinderrechtskonvention (KRK)\textsuperscript{123} und der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbürger)\textsuperscript{124}, die Erklärung der Rechte der Kinder der Generalversammlung der Vereinten Nationen\textsuperscript{125} 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.\textsuperscript{126}

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.\textsuperscript{127}


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.\textsuperscript{129} Allerdings hat sich die EU bzw. der EuGH durch Rechtsprechung und ständige Übung selbst die Verpflichtung aufer-

\textsuperscript{121} EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Rz 38.
\textsuperscript{122} EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – Rs. C-540/03 – Parlament/Rat, Rz 35ff.
\textsuperscript{123} BGBl. 1992 II S. 121.
\textsuperscript{124} BGBl. 1973 II S. 1533.
\textsuperscript{125} Res. GA 1386 (XIV).
\textsuperscript{127} Der Streit bzgl.- der Begriffs der zusätzlichen Sozialhilfeleistungen wurde vom EuGH dahin gehend entschieden, dass es darauf dann nicht ankommt, wenn der Stammberechtigte 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.
\textsuperscript{128} Art. 14 Familienzusammenführungsrichtlinie.
legt, die EMRK zu beachten.\textsuperscript{130}

dd) §§ 27ff. AufenthG


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.\textsuperscript{133}

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.\textsuperscript{134}

(1) Allgemeine Voraussetzungen


Wesentliche Voraussetzung für den Familienachzug 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.\textsuperscript{135} Es genügt kein bereits gekündigtes oder befristetes Arbeitsverhältnis. Ebenso zählen Sozialleistun-

\textsuperscript{130} Hoppe ZAR 2008, 251 (252).
\textsuperscript{132} Ausländer im Sinne des 6. Abschnittes ist stets der Stammberechtigte bzw. der Zusammenführende.
\textsuperscript{134} Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 9.
\textsuperscript{135} Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. c Familienzusammenführungsrichtlinie.


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.

\begin{itemize}
\item § 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 SBG 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.\footnote{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.}
\end{itemize}

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.\footnote{Näheres vgl. Marx in Gk-AufenthG, § 27 Rn 277ff.}


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.\footnote{Näheres auch in VV 27.1.3 zu § 27 AufenthG.} 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.\footnote{s. oben für Details m.w.N.; entsprechende Beschreibungen finden sich auch in VV 27.1.4 zu § 27 AufenthG.} Entscheidend ist das Vorliegen tatsächlicher innerer Verbundenheit, eine rein formale familiäre Beziehung genügt nicht.


\section*{(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...
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.\(^{147}\)

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.\(^{148}\) Entgegenstehendes kann nur in Ausnahmefällen gefordert werden.\(^{149}\) Bezüglich der Ermessensentscheidung nach § 27 Abs. 3 S. 1 AufenthG\(^{150}\) 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 Stammberechtigte Sozialleistungen, wird davon auszugehen sein, dass ein Familienleben im Ausland schon aus finanziellen Gründen unmöglich sein wird.


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.\(^{151}\)

§ 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 Doppelstaat en 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 Stammberechtigte Sozialleistungen bezieht.

\(^{151}\) VV 28.1.2.5 zu § 28 AufenthG.

(3) Nachzug zu Drittstaatsangehörigen


Als zwingende Voraussetzungen sind ausreichender Wohnraum für die Familie und der Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels für den Stammberechtigten erforderlich. Insbesondere das Wohnraumforderndes 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.

(i) Ehegattennachzug


(ii) Kindernachzug


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 betrachten ist.

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

157 § 32 Abs. 2 AufenthG.

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.


(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-

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.
162 Durchführungsdetails und Anwendungshinweise ergeben sich aus VV 33.6 bis 33.9 zu § 33 AufenthG.
163 Vgl. VV 33.0 zu § 33 AufenthG.

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


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 ordnungsgemäßer 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. Eine solche Gemeinschaft muss für den Zweck des § 36 Abs. 2 AufenthG über einen längeren Zeitraum gewachsen sein, was bei Stiefkindern der Fall sein kann, wenn der leibliche Elternteil verstorben ist.

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 übernehmen.

---

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.
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 selbständig 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. 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. Unberührt 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.

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. 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.


**ee) Unionsbürger**

Grundlage für die Rechte von Unionsbürgern in Deutschland ist das FreizügG/EU als Umsetzung der Unionsbürgerrechtsrichtlinie. 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 als freizügigkeitsberechtigt angesehen werden kann. Das Nichtbestehen oder der Wegfall der Freizügigkeit muss gesondert festgestellt werden. 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.
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.


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

---

177 Visumsfreiheit für Unionsbürger: § 2 Abs. 4 S.1 Freizügigkeitsgesetz (FreizügG/EU), Visumsfreiheit bei Aufenthalt bis zu 3 Monaten für den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen: § 2 Abs. 5 S. 2 Freizügigkeitsgesetz (FreizügG/EU), Visumpflicht für den drittstaatsangehörigen Familienangehörigen: § 2 Abs. 4 S. 2 Freizügigkeitsgesetz (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 Berufsaußbildung als Hauptzweck eingeschrieben“ sind; Art. 7 Abs. 1 lit. c RL 2004/38/EG. Der Begriff ist damit weitergehend als der Studentenbegriff der Richtlinie 2004/38/EG (Studentenrichtlinie).


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 Familienachzug 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 Freizügigkeitsgesetz (FreizügG/EU) und VV 3.2.2.1. zu § 3 Freizügigkeitsgesetz (FreizügG/EU).

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

Letztlich sind auch nationale Regelungen, welche Unionsbürgern und ihren Angehörigen beitrags unabhängige Sozialleistungen verwehren, im Wege unionsrechtskonformer Auslegung nicht anwendbar.

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.

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. 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).
186 Vgl. Art. 8 Abs. 3 RL 2004/38/EG.
189 Dienelt in Bergmann/Dienelt, AuslR, 10.A., § 4 FreizügG/EU, Rn 40 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.\textsuperscript{192}

Grundsätzlich verweigert § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG einen Aufenthalt aus familiären Gründen dem Ehegatten oder minderjährigen Kind eines subsidiär Schutzberechtigten.\textsuperscript{193} 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.\textsuperscript{194} 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.\textsuperscript{195}

Mit In-Kraft-treten des Asylpakettes II am 17. März 2016 wurde der Familiennachzug für Personen mit einem subsidiären Schutzstatus für 2 Jahre ausgesetzt.\textsuperscript{196}

III. Was ist Gerechtigkeit?


1. Gerechtigkeit im Wandel der Zeit


\textsuperscript{193} Etwas anderes gilt grundsätzlich für Angehörige von Flüchtlingen, siehe im Folgenden zu § 26 AsylG.
\textsuperscript{194} Hoffmann in Hk-AuslR, § 29 AufenthG Rn 18f.
\textsuperscript{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 vorübergehenden Schutz und Aufenthalt aus familiären Gründen. Vgl. § 29 Abs. 4 AufenthG.
\textsuperscript{196} BGBl. I 2016, S. 390, Gesetz vom 11.03.2016.
nimmt, trifft oft nicht genau das gleiche Maß an Eingriff wie der ursprüngliche Täter.\textsuperscript{198}

Für den Griechen Platon war die Suche nach „Gerechtigkeit“ Kern seiner Arbeit.\textsuperscript{199} 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 verlangte, 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 un trennbar miteinander verbunden sind.\textsuperscript{200} Die Definition dessen, was in diesem Rahmen als gerecht zu betrachten sei, überlässt Aristoteles dem Staat.\textsuperscript{201} 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.\textsuperscript{202} Gerade in dieser Verteilungsfrage kommt für Aristoteles die Verknüpfung von Gleichheit und Gerechtigkeit zum Ausdruck.\textsuperscript{203}

Der Satz des Römers Ulpianus „\textit{suum cuique tribuere}“ - „jedem das Seine“\textsuperscript{204} - 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.\textsuperscript{205} Für römische Juristen galt die Gerechtigkeit als „Mutter des Rechts“.\textsuperscript{206}

Im Mittelalter dominierte eine stark religiöse Prägung des Gerechtigkeitsbegriffs, ganz im Sinne des vor herrschenden Naturrechts. Die Bibel als Gesetz Gottes gab auch vor, was als gerecht zu betrachten war. Es bestand in sofern 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.\textsuperscript{207} Die Umsetzung dieses

\textsuperscript{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?

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

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

\textsuperscript{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.“


\textsuperscript{204} Ulpianus Verständnis von der Gerechtigkeit findet sich auch in Justinians Corpus Iuris Civilis als Prämise: „Gerechtigkeit ist der beständige und immerwährende Wille, Jedem sein Recht zukommen zu lassen.“


\textsuperscript{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“, Rüthers JZ 2009, 969 (970).

\textsuperscript{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. Im Kern wird also Gerechtigkeit durch eine völlige Umkehrung der Verhältnisse erreicht.


Kritisich 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. Dagegen spricht aber schon die einfache Frage danach, was denn „vernünftig“ sei – eine subjektive Antwort lässt sich hier wohl kaum ausschließen.
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.217 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.


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.
221 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 374.
222 Ebenda S. 386.


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.
226 Kelsen, Reine Rechtslehre, 1960, S. 393f.
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 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 je-
mals tatsächlich alle Beteiligten einer Norm zustimmen würden. Die Befragung Weniger als reprä-
sentative Gruppe vermag dieses Problem kaum zu lösen.\textsuperscript{231}

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 Prin-
zip 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.\textsuperscript{232}

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 allge-
mein, sondern lediglich auf den entsprechenden Kulturkreis beschränkt definiert.\textsuperscript{233}

In der modernen, offenen, pluralistischen, demokratischen Gesellschaft ist die Frage der Gerechtig-
keit zu einer individuellen Frage geworden, die jeder für sich selbst zu beantworten hat. Der Einzel-
ne 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 han-
delt es sich um die Gerechtigkeit der Mehrheit, die aber auch einem jederzeitigen Wandel unterliegt,
da es keine „ewigen Wahrheiten“ geben kann.\textsuperscript{234}

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 Behand-
lung 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 Menschen-
rechten Teil des Gerechtigkeitsbegriffs sein. Kelsens Grundsatz der Ausfüllungsbedürftigkeit von
Gerechtigkeitsnormen durch die umgebende Ordnung wird insofern umgesetzt, als dass das Grund-
gesetz und menschenrechtliche Verbürgungen zur Ausfüllung herangezogen werden.

\textsuperscript{231} Habermas, Faktizität und Geltung, 5.A.; Ausführlich zu Theorie und der Kritik daran: Braun, Rechtsphilosophie,
§§22 bis 25.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{233} Simon, NJ 1998, 2 (3).
\textsuperscript{234} Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 60/62, in diesem Sinne auch Rüthers JZ 2009, 969 (971ff.), der zur Existenz soge-
nannter „Systemgerechtigkeiten“ kommt und es insbesondere als Symptom von Demokratien betrachtet, dass Ge-
rechtigkeit das Ergebnis von Kompromissen sei. Die Gerechtigkeit als demokratischen Prozess begreift Sommer-
man in JURA 1999, 337 (340). Insofern kommt auch erneut der Ausspruch „Jedem das Seine“ zum Tragen, BVerf-
GE 4, 144, 155.
2. Gerechtigkeit im Recht der Gegenwart


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 zu nächst 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 Ungleichbehandlung 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.


b) Art. 14 EMRK


c) Art 20/21 GrChEU

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

Die vorstehenden Ausführungen offenbaren ein ungemein komplexes Regelungsgeflecht, in dem, abhängig vom Ausgangssachverhalt, die jeweils einschlägigen Normen bzw. Normteile zusammen- gesucht werden müssen. Aus diesen ergeben sich für die genannten unterschiedlichen Personen- gruppen 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


Die im Folgenden betrachteten Unterscheidungen sind daher an einem strengen Verhältnismäßig- keitsmaßstab zu messen.

1. Das Problem

Will ein Drittstaatsangehöriger bspw. zu seinem Ehegatten nachziehen, der deutscher Staatsangehö-
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.\textsuperscript{245}

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**


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

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

\textsuperscript{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.\textsuperscript{247} Dieser ist nur eröffnet, wenn die Lage des Inländers mit der eines ausländischen Unionsbürgers vergleichbar ist, was zumeist das Gebrauchmachen von Grundfreiheiten voraussetzt.\textsuperscript{248} 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.\textsuperscript{249} 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.\textsuperscript{250} 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.\textsuperscript{251} 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.

\textbf{a) Meinung der Rechtsprechung}


\textbf{aa) Der Wortlaut}

Der EuGH bemüht zunächst eine Wortlautauslegung der Unionsbürgerrichtlinie, wonach der der Richtlinie nur derjenige Unionsbürger begünstigt wird, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt.\textsuperscript{252} Die Rechte aus der Richtlinie sind also vom Gebrauch-

\footnotesize{\textsuperscript{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.
\textsuperscript{248} Von Bagdandy in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Rt. 18 AEUV, Rn 51.
\textsuperscript{249} EuGH, Urteil vom 05.06.1997 – Rs.: C-64/96 und C-65/96 – Uecker und Jacquet, Rz 23.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{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 Herkunft 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).
\textsuperscript{253} Art. 3 Abs. 1 UnionsbürgerRL: „Diese Richtlinie gilt für jeden Unionsbürger, der sich in einem anderen als dem 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. 254 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. 255


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 Drittsstaatsangehörigen, 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. 258

c) 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. 259 Durch die Begünstigung der Wanderung von Unionsbürgern und ihrer Familien soll der Bevölkerungsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten gefördert werden, was zum gewünschten Effekt des Zusammenwachens führen soll und im Ergebnis eine immer weitere Gleichstellung von Unionsbürgern und Inländern herbeiführen soll. 260

Daneben wurde schon vor Erlass der Unionsbürgerrichtlinie die - zum damaligen Zeitpunkt überobligatorische und grundsätzlich außerhalb der Regelungskompetenz der Union liegende – Erstre ckung der Freizügigkeit auf Angehörige des Unionsbürgers (damals Wanderarbeitnehmer) unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit damit begründet, dass alles andere eine Verletzung der Menschen-
würde desjenigen sei, der sich aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sähe, sein Herkunftsland zu verlassen.261

dd) grenzüberschreitender Bezug

Als ausschlaggebendes 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.262 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.263 Auch dort wird ein ausreichender Bezug angenommen, wo die nationale Maßnahme geeignet ist, die aus der Unionsbürgerschaft erwachsenen Rechte des Betroffenen zu gefährden oder gar zu verleihen.264 Vereitelung der Unionsbürgerschaft droht insbesondere da, wo der betreffende Unionsbürger gezwungen ist, die Union zu verlassen, um die gewünschte Familieneinheit herzustellen.265 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 erwachsenen 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 Unionsbürgerschaft ermöglicht.266

Eine ähnliche Konstruktion zur Gewährung von Rechten aus der UnionsbürgerschaftRL bemüht das BVerwG in sogenannten Rückkehrerfällen267, 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.268 Die ursprünglich vom EuGH verlangte Verknüpfung des Gebrauchmachen mit wirtschaftlichen Grundfreiheiten ist spätestens seit der Entscheidung in der Rechtssache Zhu und Chen269 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-

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.
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.270

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

**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.273 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, so lange es für die sich zwangsläufig ergebenden Ungleichbehandlungen zwischen Inländern und Unionsbürgern hinreichende Gründe gibt und die Benachteiligung nur einen begrenzten Umfang hat.274 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.275

**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

---

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 Aufenthaltsstitels 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.

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.

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.

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. 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.

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.
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; Almofer, NVwZ 2013, 134; Weber NVwZ 2018, 130 (131); Nettesheim JZ 2011, 1030 (1033); Wendel DÖV 2014, 133 (136).


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


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

---

*Lounes.*

288 Ebenso Wendel DÖV 2014, 133 (134, 140, 142).
289 Dies behauptet aber Vitzthum in EuR 2011, 550.


**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. Hier fällt insbesondere Art. 20 GrChEU ein, der auch die Gesetzgebungsgleichheit enthält und sich auf die Rechtsetzung durch die Gewalt der Europäischen Union bezieht. 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 Familienzusammenhalt unzweifelhaft gegeben. Diese Behandlung erfolgt auch durch den gleichen Rechtsakt,

---


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. 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.

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


In diesem Zusammenhang entsteht auch der Gedanke, dass es widersprüchlich wäre, wenn dem 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**


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.


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 Unionsbürgerchaft. Diese auf bestimmte Personengruppen zu beschränken ist aber, wie gezeigt, mit dem Gedanken der Unionsbürgerchaft 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 Unionsbürgerchaft 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.

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. 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.
das Recht auf Familienzusammenführung für diese an der Freizügigkeit zu messen sei. 320

**gg) Keine Umsetzung rechtswidrigen Unionsrechts**


---

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

**hh) kein Fall des Minderheitenschutzes**


**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

---


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 Arnauld, Völkerrecht, 2.A., Rn 770.
Gesetzgeber hinfällig.\textsuperscript{335} 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.\textsuperscript{336} 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.\textsuperscript{337}

Einer Prüfung am Maßstab von Art. 3 GG steht auch nicht die Solange-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entgegen.\textsuperscript{338} 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.\textsuperscript{339} 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.\textsuperscript{340} Es spielt also keine Rolle, wenn Gerichte glauben, die Grundrechtecharta sei auf die fraglichen Fälle nicht anwendbar.\textsuperscript{341} 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 eine Prüfung insofern als zwingend vor, wie es der Dealungsauftrag des § 28 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 30 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG und 1990 AufenthG mit dem Recht auf Familienleben aus Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar sind, folgt später.


\textsuperscript{336} So auch: Riese/Noll in NVwZ 2007, 516 (520f.).

\textsuperscript{337} In diesem Sinne auch Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 226.

\textsuperscript{338} Solange I-Beschluss BVerfGE 37, 271 und Solange II-Beschluss BVerfGE 73, 339.

\textsuperscript{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.

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

\textsuperscript{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.\textsuperscript{342} 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 \textit{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.\textsuperscript{343} 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.

\textbf{jj) Absehbare Rechtsprechungsänderung?}


Den stärksten Ansatz in Richtung auf eine grundlegende Änderung der Rechtsauffassung des Gerichtshofes vertrat aber Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache \textit{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


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


\textsuperscript{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).

\textsuperscript{346} So wurde der geänderten Vorschlag zur Familienzusammenführung begründet, Ratsdokument 8626/02, S.3.


Ähnliche Anspruchsaußerdiehtungen 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. Wenn bei derartigen Ansprüchen, die eine finanzielle Belastung für die Staaten 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 diskriminierender Regelung und Rechtsprechung angeführt werden.


**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-
nähme, dass die Unionsbürgerrechtslinie 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 Unionsbürgerrechtslinie in An-
spruch 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 Unionsbürgerrechtslinie berufen. Ein Familienauflistung ist ihm in der Bundesrepublik
maximal noch im Rahmen von § 28 AufenthG möglich – einer Norm mit höheren Anforderungen
als die der Unionsbürgerrechtslinie. Im Ergebnis wird der Doppelstaater schlechter gestellt als der
originäre Unionsbürger und darüber hinaus auch schlechter als der Drittstaatsangehörige, der er ur-
sprünglich war – denn dieser wird durch Unionsrecht geschützt.352

Als mögliche Lösung des Problems könnte man in der Anwendung von Grundsätzen des internatio-
nalen 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 kom-
men. Andereorts 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 un-
ter die Hoheitsgewalt des betreffenden Staates. Zu ebenfalls unstimmigen 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 Dop-
elstaater bzw. dessen Angehöriger Familienauflistung, so gehört dies zu einem typisch von Dritt-
staatsangehörigen geltend gemachten Begehren. Hier steht die Rechtsfrage eindeutig der Staatsan-
gehörigkeit näher, die nicht zur Union gehört. Auch in solchen Fällen allein auf die Unionsbürger-
chaft 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 natur-
gemäß 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 Rechtssituationen 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.353 Eine tat-
sächliche 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 Inländer 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 zwangsläufig eine Diskriminierung von Inländern, die nicht dadurch zu rechtfertigen ist, dass
der Doppelstaater zufällig noch eine zweite Staatsangehörigkeit besitzt, zu der er aber bisher über-
haupt keinen Bezug hatte. Hier wird in negativer Hinsicht der Inländer mit nur einer Staatsangehö-
rigkeit 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 – García 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 er-
worbenen 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 voraussetzunglosen 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.354 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 Zwangsehnen und der besseren Steuerung und Begrenzung des Nachzugs begründet.355

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 Stammberechtigten abhängt.356

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 rechtfergender Sachgründe für eine Ungleichbehandlung von Unionsbürgern und Inländern in Hinblick auf den Sprachnachweis.357

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.


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.


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

358 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. Aber auch dort ging es im Grunde um die Frage der Freizügigkeit und ob das Erfordernis eines Sprachnachweises diese einschränkt.


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

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

**cc) Stellungnahme/Kritik**


Im weitesten Sinne kann eine Rechtfertigung aus dem sechsten Rechtfertigungsgrund der Unionsbürgerrechtsrichtlinie abgeleitet werden. Dort wird die Wahrung „der Einheit der Familie im weiteren Sinne“ als Ziel der Richtlinie genannt. 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 Unionsbürgerrechtsrichtlinie 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.

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.

Anhand allgemeiner Verhältnismäßigkeiterwägungen 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


bb) Die Rechtslage


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.


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...
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 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.372 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.373

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 Unionsbürgerrechtsrichtlinie 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.374 Ähnlich argumentiert auch das OVG Münster in Bezug auf das Daueraufenthaltsrecht für Angehörige von gewanderten Unionsbürgern nach § 4a Abs. 1 FreizügigG/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-

374 VG Hamburg, Urteil vom 04.09.2007 – 2 K 3410/06.
gierung von Unionsbürgern als Recht fertigung.


Auch im Bereich von steuerlichen Begünstigungen lediglich für Unionsbürger, welche zu Inländerdiskriminierungen führen, wird als Recht fertigung angeführt, diese sei zulässig, weil sie nur in zahlenmäßig geringer Zahl tatsächlich greifen wird.


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 geweht würden, nicht angewen-

376 Wirth/Galda in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9.A., § 1, Rn 18.
377 Bullinger IStR 2005, 370 (375).
380 Riese/Noll NVwZ 2007, 516 (520).

Ein klassisches Beispiel für die Rechtsprechung zur Inländerdiskriminierung durch den EuGH ist das Singh-Urteil\(^{382}\), 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.\(^{383}\) 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 geregelt Konstellationen der Fall ist.\(^{384}\)

Die Erfindung des Merkmals des grenzüberschreitenden Bezuges war überhaupt nur in Folge der berühmten Cassis de Dijon-Entscheidung nötig, da erst durch sie das Grundsätzliche über rechtliche Fragen entschieden wurde, die nicht nur Diskriminierungen sondern auch Beschränkungen verbieten und damit überhaupt erst die Figur der Inländerdiskriminierung relevant wurde.\(^{385}\) 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.\(^{386}\) 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.
\(^{384}\) 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.\(^\text{389}\) 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.\(^\text{390}\)


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.
gierungen und insbesondere auch der deutschen Gerichte, wonach inländerdiskriminierende Rege-
lungen nicht am Maßstab des nationalen Verfassungsrechts zu messen seien, da lediglich Unions-
recht 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 vorge-
bracht hatte. Insbesondere in Anbetracht der weitgehenden Parallelen zwischen deutschem und ös-
terreichischem Recht wurden Auswirkungen auf die deutsche Haltung zum Thema der Inländerdis-
kriminierung erwartet, die jedoch ausgeblieben sind. Stattdessen hat der deutsche Gesetzgeber in
einer ähnlich gelagerten Problematik im Rahmen der Handwerksordnung (HwO) nach einer Geset-
zesänderung 2003 den Meisterzwang weitgehend abgeschafft. Grund war aber nicht das Einge-
ständnis, dass es ein Problem im Bereich der Inländerdiskriminierung gibt, sondern der wiederholt
durch deutsches 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 Recht-
sprechung immer eingeschränkt, dass diese Verfassungsverstöße mit dem Ziel des Schutzes der All-
gemeinheit durch die Erhaltung hoher Standards im Handwerk gerechtfertigt seien. Hiervon Ab-
stand nahm zwar das BVerwG in einer Entscheidung aus 2000, die Verfassungsmäßigkeit des Meis-
terzwanges selbst ließ das Gericht jedoch offen. 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.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die österreichische Rechtsprechung darauf abstellt,
dass eine Regelung dann inländerdiskriminierend und daher verfassungswidrig ist, wenn sie zu-
ächst 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

932 So zum Beispiel Huber-Wilhelm in EuZW 2001, 219 (224). Die Problematik war schon früh vor dem BVerwG ge-
landet, wobei das Gericht aber eine Verletzung von Art. 3 GG ablehnte, BVerwG, Beschluss vom 22.01.1970 – 1 B
65.69 (DVBL 1970, 627). In diesem Sinne auch BVerfG, Beschluss vom 08.11.1989 – 1 BvR 986/89 (NJW 1990,
934 BT-Drs. 15/1206, S.1.
Nichtanwendung auf Inländer – entspricht auch dem Anwendungsbereich des FreizügG/EU.
c) Interpretationen des grenzüberschreitenden Bezuges


aa) schrittweise Auflösung des grenzüberschreitenden Bezuges


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 begehre, 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.
Art. 52 Abs. 1 EWGV\textsuperscript{401} diente. 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 Rückkehrkonstellationen, da diese sonst gegenüber anderen EU-Ausländern, die sich im Inland niederlassen wollen, benachteiligt wären.\textsuperscript{402} 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.\textsuperscript{403} Der Gerichtshof hatte offenkundig den \textit{effet utile} als Hintergedanken bei seiner Urteilsfindung. Es kann nicht im Sinne des Binnenmarktes sein, so offensichtliche Ungleichenheit zu dulden, auch wenn sie sich aus dem Wortlaut des Primärrechts ergeben. Ein Argument, welches in gleicher Form auch auf die Konstellationen im Familienzusammenhang anwendbar ist.\textsuperscript{404}

Einen gänzlich vom grenzüberschreitenden Bezug losgelösten Ansatz verfolgten sowohl Generalanwaltschaft und Kommission, als auch der EuGH selbst in der Rechtssache \textit{Auer}. Hier ging es um einen gebürtigen Österreicher\textsuperscript{405}, 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 Rechtsgedanken her nicht angehen könne, dass man sich ausgerechnet im Herkunftsland nicht frei niederlassen könne.\textsuperscript{406} Der EuGH fand das gleiche Ergebnis – einen Anspruch auf Anerkennung für Dr. \textit{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\textsuperscript{407}. 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.\textsuperscript{408} So ließ der EuGH die Chance auf eine Stellungnahme zur Anwendbarkeit von Grundfreiheiten auf Inlandssachverhalte verstreichen. Anders sieht dies \textit{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-

\textsuperscript{401}Heute Art. 43 AEUV.
\textsuperscript{402}EuGH, Urteil vom 07.02.1979 – Rs. 115/78 – Knoors.
\textsuperscript{403}Zu diesem Ergebnis kommt auch Lach, Umgekehrte Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 60.
\textsuperscript{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.
\textsuperscript{405}Die ursprünglich österreichische Staatsangehörigkeit des Klägers spielte für den EuGH keine Rolle, da Österreich zum Entscheidungszeitpunkt der Gemeinschaft noch nicht beigetreten war.
\textsuperscript{406}Slg. 1979, 443.
\textsuperscript{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).
dungsbereich der Verträge hätte eröffnen können. 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.


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 grund- sätzlich auch zulässig als Dzodzi-Rechtsprechung bezeichnet.
415 Die weitgehend gleichlautende Regelung findet sich heute in Art. 267 AEUV.


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

\textsuperscript{417} EuGH, Urteil vom 06.06.2000 – Rs.: C-281/98 – Angonese.
das nationale Recht eine Inländerdiskriminierung positiv verbieten könnte.\textsuperscript{420} Im Urteil zur Rechts-
sache \textit{BIAO} wird dies noch ergänzt durch den Zusatz, dass das vorlegende Gericht sich an das Er-
gebnis des Gerichtshofs gebunden sehen wird.\textsuperscript{421}

\textbf{bb) Grenzen des grenzüberschreitenden Bezuges}

Entgegen dieser weiten Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH, schränkte dieser selbst in der
Rechtsache \textit{Kapasakalis} den grenzüberschreitenden Bezug ein. Es ging um die Klage dreier griec-
chischer Ingenieure, die an griechischen Bildungszentren nach dreijähriger Ausbildung Diplome er-
worben 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 ih-
rer 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.\textsuperscript{422} 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 \textit{Angonese}
or \textit{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 Fra-
ge der Inländerdiskriminierung und kann schon allein deswegen nicht exemplarisch gewertet wer-
den.

Ebenfalls keinen grenzüberschreitenden Bezug hat der EuGH in der Rechtssache \textit{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 \textit{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 Ar-
beitgeber erhalten konnte. Diese ist nur vorgesehen, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis be-
endet. Darin sah der Kläger eine Beschränkung seiner Freizügigkeit und bezog sich auf das Urteil
\textit{Bosman}, indem Ablösesummen für Profifußballer als Beschränkung der Freizügigkeit gesehen wur-
den.\textsuperscript{423} 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.\textsuperscript{424} Dies wird vom EuGH aber abgelehnt und insbesondere dar-
on aufmerksam gemacht, dass der Sachverhalt rechtlich keinerlei grenzüberschreitenden Bezug
aufweist und darüber hinaus die Grenze für die Geltendmachung von Verletzungen der Freizügig-
keit durch nationale Normen dort liege, wo die Norm tatsächlich keinen Anknüpfungspunkt zur
Staatsangehörigkeit des Rechtsunterworfenen habe.\textsuperscript{425} Auch wenn hier der grenzüberschreitende Be-
zug deutlich in seiner Auslegung begrenzt wird, folgt daraus für die Auslegung des FreizügG/EU
keine Einschränkung. Dieses Gesetz nimmt deutlich auf die Staatsangehörigkeit der Rechtsunter-
worfenen Bezug.

\textsuperscript{420} EuGH, Urteil vom 05.12.2000 – Rs.: C-448/98 – Guimont, Rz 22. Dafür gab es aber im konkreten Fall eines fran-
zösischen 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).
\textsuperscript{421} EuGH, Urteil vom 07.01.2003 – Rs.: C-306/99 – BIAO, Rz 92.
\textsuperscript{422} EuGH, Urteil vom 02.07.1998 – verbundene Rs.: C-225/95 bis C-227/95 – Kapasakalis.
\textsuperscript{424} EuGH, Urteil vom 27.01.2000 - Rs.: C-190/98 – Graf, Rz 19.
\textsuperscript{425} EuGH, Urteil vom 27.01.2000 - Rs.: C-190/98 – Graf, Rz 24f.

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

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


\(^{431}\) 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.


\(^{435}\) 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 8S. 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.\(^{436}\) Auch wenn die konkrete Begründung des Ergebnisses tatsächlich dünn ausfällt,\(^{437}\) ist die angedeutete Verhältnismäßigkeitstücksprüfung als Indiz dafür zu werten, dass auch der EuGH die Grundfreiheiten als Grundrechte begreifen will – was sodann auch eine weitere Begründung des Prüfungsmaßstabs 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 ging und die Staaten nicht gehindert seien, den Bezug von Sozialleistungen als Grund für aufenthaltsbeendende Maßnahmen heran zu ziehen.\(^{438}\)

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 lässt der EuGH den Mitgliedstaaten die Möglichkeit den Schutz der Unionsbürgerschaft in Abwägung mit Fragen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu bringen.\(^{439}\)

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 *Lancy* 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 Zoll grenzen 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.\(^{440}\) Konsequent 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.\(^{441}\) 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-


\(^{437}\) Diese Auffassung vertritt insbesondere Hailbronner in NJW 2004, 2185 energisch.


\(^{440}\) EuGH, Urteil vom 09.08.1994 – verbundene Rs.: 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.


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


**dd) mittelbare Rechtsverletzung des Unionsbürgers**

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

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).


Daneben soll die Unionsbürgerrichtlinie natürlich auch das Recht auf Familienleben gewährleisten. Dies 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 unvereinbar – die Effektivität der Unionsbürgerschaft wäre in Frage gestellt.


453 EuGH, Urteil vom 11.07.2002 – RS.: C-60/00 – Carpenter.
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).

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 Dritt-staatsangehörigen erfolgen, denn nur dieser kann damit auch etwas erreichen.

d) „Dänemarkehe“


460 EGMR (große Kammer), Urteil vom 21.10.2013 - 55508/07, 29520/09 - Janowiec ua ./ Russland.
stellen 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.\(^{463}\)


\(^{463}\) In diesem Sinne nachvollziehbar: Oberhäuser NVwZ 2012, 25 (26f.).
\(^{466}\) 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


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 Ablösungsumme 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.

81

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 \textit{Martinez Sala} zum Ausdruck, in denen der Generalanwalt Pergola um ein möglichst weitgehendes Verständnis der Unionsbürgerchaft bemüht ist und aus ihr unmittelbar die Rechte auf

\begin{flushright}
\footnote{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.


\footnote{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 gewährn würden (aaO S. 332).

\footnote{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. \textit{D’Hoop} (Rs. C- 224/98) zeigt sich, dass die Unionsbürgerchaft 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 Unionsbürgerchaft stattfand.}

82
Gleichbehandlung ableitet.\textsuperscript{474}

II. weitere Ungleichenbehandlungen

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\textsuperscript{475} und damit gleichzeitig der Integration. Denn nur wer menschenwürdig untergebracht ist, kann auch am gesellschaftlichen Leben teilnehmen.\textsuperscript{476} Offenkundig dient das Wohnraumerfordernis auch der Vermeidung von Obdachlosigkeit, für welche Ausländer als gefährdet 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 vorhandenen 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.\textsuperscript{477}

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.\textsuperscript{478}

c) Stellungnahme


\textsuperscript{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.: Martinez Sala, Rz 63.

\textsuperscript{475} Dies ergibt sich aus VV 2.4.0 i.V.m. 29.1.3. zu §§ 2, 29 AufenthG.

\textsuperscript{476} Dieser integrationspolitische Gedanke bereits in den 1990er Jahren im Fokus stand, zeigte sich an der Reglung des § 7 Abs. 1 AufenthG/EWG (BGBl. I 1980, S. 116), wonach auch für Angehörige anderer EWG-Staaten Wohnraum eine Nachzugsvoraussetzung darstellte.


\textsuperscript{478} VV 2.4.1. zu § 2 AufenthG.


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.“

484 Dies ergibt sich aus §§ 29 Abs. 1 i.V.m. 30 Abs. 1 Nr. 3 lit. d AufenthG.
2. Womit lassen sich die Vorteile für türkische Staatsangehörige begründen, wenn diese erst einmal die Hürde des Erstnachzugs überwunden haben?

a) Das Problem

b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung


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 Stamm berechtigten 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-


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. Betrachtet man aber das über die Zeit entstandene vollständige Assoziationsrecht, findet man bei spielsweise auch in ARB 3/80 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.

Als weitere Begünstigung erhalten türkische Staatsangehörige nunmehr nach § 4 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis ausgestellt, die lediglich rein deklatorisch 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 deklatorische Bescheinigung einen konstitutiven Charakter. Die Norm gilt grundsätzlich auch für Personen, die zum Zweck des Familiennachzugs eingereist sind. Nachteilig wirkt jedoch, dass der be-

501 EuGH, Urteil vom 04.10.2007 – Rs.: C-349/06 – Polat,

3. **Warum ist für unter 16jährige kein Sprachtest erforderlich?**

a) **Das Problem**


b) **Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung**


---

505 BR-Drs. 97/13, S. 27.
506 AVV 32.2.6 zu § 32 AufenthG; Erwägungsgrund 12 der Familienzusammenführungsrichtlinie.

c) Stellungnahme/Kritik


508 BT-Drs.: 15/420, S. 83.
510 Art. 4 Abs. 1 UAbs 3 Familienzusammenführungsrichtlinie.
511 Zu dieser Befürchtung fehlt es jedoch an belastbarem statistischem Material, was auch schon im Gesetzgebungsprozess für Diskussionen sorgte.
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 Personensor- ge 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 Aufenthaltsstitel 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 Verbürungen nahe liegt.

b) Meinung der Rechtsprechung/Gesetzesbegründung

514 BT-Drs. 15/420, S. 84.
517 Vgl. § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG.
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

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.\(^{520}\) Damit ist auch diese potentielle Reglungslücke gefüllt.

Die Einführung des Elternnachzugs für unbegleitete Minderjährige in § 36 Abs. 1 AufenthG stellt eine wesentliche Verbesserung ihrer 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.\(^{521}\) 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

---


521 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.522


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.523

1. Allgemeines


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.

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%).


Eine generelle Vereinbarkeit des Erfordernisses eines Sprachnachweises mit den unionsrechtlichen von circa 700€ zu rechnen.

529 Bspw. in Art. 33 Abs. 1 Qualifikationsrichtlinie.
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.  
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.537 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, das 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.538 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.539 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 auszufüllen zu können. Dies ist nur mit Kenntnis der Schriftsprache möglich.540

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 Daueraufenthaltsrichtlinie541, 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 handelt. Sei ein bestimmter Erfolg verlangt, spräche die Richtlinie von Integrationsanforderungen.542 Daraus wird auch gefolgert, dass Integrationsanforderungen gegen Integrationsmaßnahmen als belastender anzusehen sind – vom möglicherweise Berechtigten mehr verlangen.543

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.
541 Richtlinie 2003/109/EG vom 14.03.2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen ABl EU Nr. L 16/44.

Selbst wenn man eine Parallelität der Terminologie annehmen, 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 beschräbt 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.

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-

546 Art. 10 und Art. 33 der Wiener Vertragsrechtskonvention (UNTS Bd. 1155 S. 331; BGBI. 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.


Damit bleibt als Ergebnis lediglich generell festzustellen, dass der Nachweis einer erfolgreichen Teilnahme an einem Sprachkurs zwar grundsätzlich zulässig gefordert werden kann.\footnote{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.} Aber nicht zwingend gefordert werden muss.

\footnote{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 Stammberechtigte 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.557

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.558


Hier kommt insbesondere auch ein Gedanke des EuGH aus der Rechtssache Chakroun zum tragen, wonach die Grenze des Ermessenspielraums aus Art. 7 Familienzusammenführungsrichtlinie für die Mitgliedstaaten dort liegt, wo die praktische Erreichung der Ziele der Richtlinie gefährdet ist.560 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.561 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.
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.

5. Verletzung von Art. 6 GG

a) Grundlegendes


Betrachtet man diese Umstände, die in vielfältigen Konstellationen zu langfristigen oder dauerhaften Trennungen von Familien führen können, ist also umsehbar, 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


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.


567 § 44a AufenthG.
568 OVG NRW Beschluss 01.03.2011 – 18 B 944/10 – Rz 40f.


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. Auch das Argument, die Eheschließungsfreiheit sei nicht betroffen, 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 mildernden 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.
572 Sachs in Sachs, GG, Art. 20 Rn 150f.

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. 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 Konventionssstaat möglich ist.

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.

**b) Kosten des Sprachnachweises**


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. 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.
577 EGMR, Urteil vom 01.12.2005 – Nr. 60665/00 – Tuquabo-Tekle.
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 – I C 8.09 – Rz 44.
580 Göbel-Zimmermann ZAR 2008, 169 (172); Infoblatt Nr. 40: Ehegattennachzug/Eheschließung in Deutschland – ab

6. Verletzung von Gleichheitsgrundsätzen


a) Visumstrain privilegierung


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.

102


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 formu-liert wurde. Würde man nunmehr das Merkmal der Staatsangehörigkeit als Diskriminierungsmerkmal aus-schließen, 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.

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 BVerwG, Urteil vom 30.03.2010 – 1 C 8/09 – Rz. 56.
590 Osterloh/Nußberger inSachs, 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.\footnote{592 BVerfG, Beschluss vom 07.02.2012 – 1 BvL 14/07 – Rz 52/55.}

Einziger Sachgrund für die Besserstellung von Personen die visumsprivilegiert sind, ist die Wahrnehmung 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 Regelungszieles 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.\footnote{593 So häufig im Bereich der wirtschaftlichen Grundfreiheiten zur Verwirklichung des Binnenmarktes. Khan in Geiger, EUV/AEUVE, Art. 18 AEUVE Rn 2.}


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. Darauf hinaus soll für Drittstaatsangehörige zusätzlich erforderlich sein, dass die fraglichen Normen ihnen ein Recht auf Gleichbehandlung mit Unionsbürgern einräumen sollen.\footnote{597 Streinz in Streinz, EUV/AEUVE, Art. 18 AEUVE Rn 39; Khan in Geiger, EUV/AEUVE, Art. 18 AEUVE Rn 5.}

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.\footnote{598} 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-
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.


**b) weitere Verletzungen von Art. 3 GG**


599 Dieses Missverhältnis kritisiert auch Marx in ZAR 2011, 15 (15).
600 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 sichern kann. 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 Rahmen steht, sind damit verbunden, dass der Antragssteller bereits über Sprachkenntnisse verfügt. 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 Stammberechtigte sich ins Bundesgebiet begeben hat. Da sich der Stammberechtigte bereits auf Grund einer Notlage im 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 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.


601 Ausführliche Erläuterungen zur damit einhergehenden Inländerdiskriminierung: siehe oben.


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


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 Eheführungsfreiheit noch die Eheschließungsfreiheit berührt, sodass nur geringe Eingriffe vorlagen. In Härtefällen sei eine von der Norm des § 30 AufenthG abweichende Entscheidung mittels Auslegung möglich.607

b) Die Entscheidung


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 verstoßen.612 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 Sprachtests 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 Sprachtests 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.613 Zwar gesteht er zu, dass die konkrete Ausformung, wie Einzelfallspektre 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-

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. 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 anzuzeigen. Beispielsweise ein Antragsteller, der Alphabet 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.

c) Folgeentscheidungen und politische Reaktionen


616 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14/EZAR NF 19 Nr. 74.
618 BVerwG, Urteil vom 06.11.2014 – 1 C 4.14/EZAR NF 19 Nr. 74 – Rz 94.
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.
Wortlaut des Dogan-Urteils hinausgehende Umsetzung begründet die Bundesregierung mit den derart grundsätzlichen Argumenten des EuGHs, sodass eine grundsätzliche Umsetzung nur konsequent erscheine.622 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.623 Zumutbarkeitskriterien sind in diesem Zusammenhang die tatsächliche Erreichbarkeit von Kursangeboten, die persönlichen Umstände des Antragstellers und des Stammberechtigten sowie örtliche Gegebenheiten.624 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.

Es bedarf vielmehr einer weiteren Härtefallregelung, welche der Situation der Drittstaatsangehörigen Rechnung trägt.


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
des Dogan-Urteils zu dem Schluss, dass durch das Erfordernis des Sprachnachweises unmittelbar
der türkische erwerbstätige Stammberechtigte in seinen Rechten verletzt sei. Abweichend von
herrschender Rechtsprechung folgert der VGH daraus wiederum, dass nicht Art. 13 ARB 1/80, son-
dern Art. 7 ARB 2/76 anwendbar sei, da es sich nicht um eine Frage des Rechtes auf Familien-
nachzug, sondern um eine Frage originärer Rechte des Arbeitnehmers handle. 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 fehlen, da Antragstellerin bzw. Klägerin im Ausgangsverfahren hier nicht der Stammbere-
rechtigte 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 dürften gefordert werden, wel-
che den Nachzug nicht von vornherein ausschließen oder unverhältnismäßig beeinträchtigen. Insbe-
sondere müsse auch ein ernsthaftes Bemühen um Erreichen der Integrationsziele genügen. Es darf
nicht ausschließlich das Bestehen von entsprechenden Tests als ausreichend angesehen werden. Gerade dies erfasst der § 30 AufenthG nach wie vor nicht, sondern verlangt ein Bestehen des
Sprachtests.

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 Härtefall-
klausel erspart sich der EuGH hier die Auslegung der Familienzusammenführungsrichtlinie selbst,
sodass eine Aussage für alle Drittstaatsangehörigen fehlt. Um endgültige Klarheit bezüglich des Er-
fordernisses des Sprachnachweises zu schaffen, wäre eine solche Entscheidung aber wünschens-
wert. Hinweise auf eine ebenso bestehende Europarechtswidrigkeit der deutschen Regelung ge-
ben aber die Schlussanträge des Generalanwalts Mengozzi. Auch wenn seine Ausführungen zu Art.
7 Familienzusammenführungsrichtlinie rein hilfsweise erfolgten, kann ihnen eine innerhalb der Ju-
dikative der Union bestehende Rechtsauffassung entnommen werden. Betrachtet man diese Auffas-
sung, 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
der Drittstaatsangehörigen § 30 AufenthG um eine reale Härtefallklausel zu ergänzen.

Als Kernaussage der Rechtssache Dogan kann das Strukturproblem des Sprachnachweises betrach-
tet 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 nahestehend-
em Land – ein Problem ist, Zugang zu Sprachkursen zu erhalten, wie soll dann für Menschen aus
beispielsweise afrikanischen Staaten der Erwerb von Sprachenkenntnissen gelingen, sofern sie nicht
zufällig in der Hauptstadt ihres jeweiligen Landes leben? Auch der Zugang zu multimediaalen Quel-

639 Auch wenn im Migrationsbericht 2014 durch breite Ausführungen zum genannten Urteil ein anderer Anschein er-
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 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 und nach dem Urteil in der Rechtssache C-540/03, weil jeder einen Anspruch auf Leben im Familienverband hat. 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 Konventsstaat geführt werden kann.


IV. Ergebnis


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 Neskov ic 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.

113
3. Kapitel: Ungleichbehandlungen bei verschiedenen Beziehungskonstellationen


I. Nichteheliche Gemeinschaften


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. 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. 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. 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 Ehegattensplitsings.


aa) Aufenthalt nach Ermessen


649 Grundlage ist das Lebenspartnerschaftsgesetz (LpartG), BGBl. I (2001), S. 266, Inkraftgetreten am 01.08.2001.

bb) § 27a AuslG1990


659 Eingeügt mit Wirkung zum 01.08.2001 mit folgenden Wortlaut: „Dem ausländischen Lebenspartner eines Ausländer 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


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-

663 Vgl. AVV 27.2.2 zu § 27 AufenthG.


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 Aufenthaltsrecht, 2002, S. 130 aus.
667 BT Drs. 14/3751 S. 39

**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. 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.


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. Diese rein faktische Möglichkeit des Aufenthalts über andere Rechtsgrundlagen heilt 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

---

zur Todesstrafe. 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 Outting 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 Aufenthaltsstipendiums ausschließen könnten. Zumindest läge aber ein Wechsel im Aufenthaltszweck vor, der im Grunde eine Ausreise und die Beantragung eines Visums aus dem Herkunftsland heraus erfordert.


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.

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 parlamentarisch.

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


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.


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.

**dd) Zwangsouting**


**2. heterosexuelle nichteheliche Lebensgemeinschaften**

**a) Diskriminierung gegenüber gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaft**


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.679

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.
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.\(^{680}\) 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 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 Odre 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.


\(b\) Runderlass Sachsen-Anhalt

Beinahe revolutionäre Wege ging das Land Sachsen-Anhalt bereits im Jahr 1997 mit einem Runder-


\(^{681}\) So schon Zimmermann in DÖV 1991, 401 (402).

124
682 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


Keine Perspektive besteht für nichteheliche verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften, denen die Registrierung als Merkmal für eine sichere Nachweisbarkeit fehlt. Auf Grund der jederzeit offenstehende 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

683 BVerfG, Urteil vom 12.05.1987 – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, Rz. 80 - E 76, 1.
punktuelle 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

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. Als außerehelicher Zweck interessiert hier die Erlangung bzw. Verschaffung eines Aufenthaltsstitels für einen Ehepartner. Dadurch dass es für die Beurteilung einer Ehe als Scheinehe auf den Zeitpunkt der Antragstellung für einen Aufenthaltsstitel ankommt, kann auch eine bereits länger bestehende und ursprünglich dem Willen zur Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft getragene Ehe zur Scheinehe werden, wenn dieser Wille nachträglich entfallen ist.


684 Hierzu auch Bormann in ZAR 2004, 61 (61).
686 BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 – 1 C 11/10 – Rz 18 (NVwZ 2012, 52 (55)).
687 Denn im strengen 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.


689 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.

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. Eine Scheinehe könnte im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes nur bestehen, wenn die be- hauptete Ehe aus formalen Gründen nie wirksam geschlossen wurde. Dieser engere Begriff der Scheinehe würde im Vergleich zum Aufenthaltsgesetz wesentlich weiter reichende Nachzugsrechte einräumen. Dafür spricht auch, dass für die Erteilung von Aufenthaltskarten lediglich formale

690 Zu den Problemen bei der Beweisbarkeit einer Scheinehe und deren verfassungsrechtlicher Grenze im Folgenden ausführlich.
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.  

Durch diese rein formale Betrachtung käme man zu einem europarechtlichen Ehebegriff, der den Vorteil hätte, dass eine unionsweit einheitliche Behandlung möglich wäre. Bezüge 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.


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).
698 In diesem Sinne auch Borrmann ZAR 2004, 61 (64).
c) Grundrechtsverletzung durch Ausforschung


Konsequent sind daher Maßnahmen der Ausforschung kaum möglich. Auch wenn beispielsweise die Befragung von Nachbarn Umstände beträfe, die zumindest soweit nach Außen gedrungen sind, dass sie der Privatsphäre als zweiter Stufe zuzuordnen wären, müsste hier doch eine besonders strenge Verhältnismäßigkeitsschaffung 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).
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 Institutsgarantie enthält grundsätzlich auch die Möglichkeit, das eheähnliche Leben frei auszusetzen und nicht ohne weiteres verdächtigt zu werden, rechtswidrig 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.703

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 Eheschließungsfreiheit704 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.705 Die Wartezeit setzte voraus, dass der Stammberechtigte bereits einen bestimmten Zeit ununterbrochen im Bundesgebiet berechtigt verbracht hat und die zu Grunde liegende Ehe für diese Zeit ununterbrochen bestand. Damit sollte bezweckt werden, dass der Stammberechtigte sich bereits in die hiesigen Lebensverhältnisse eingefunden, ein soziales Netz aufgebaut hat und die Ernsthaftigkeit seines Aufenthalts als gegeben betrachtet werden kann.706 Dies führte dazu, dass die Führung eines Familienlebens entweder auf Jahre ausgeschlossen war oder aber der Stammberechtigte 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).
706 BVerfGE 76, 1 – NJW 1988, 626 (629).

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, Dänemarkhe

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.


707 Das BVerfG führte darüber hinaus noch an, dass die Wartezeit idR gerade junge Ehen trifft, die sich noch nicht bewehrt 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.\textsuperscript{709}

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.\textsuperscript{710} 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.


\textsuperscript{709}Zusammengefasst und übersichtlich dargestellt bei Göbel-Zimmermann ZAR 2006, 81.

\textsuperscript{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 aufhebar wäre.

entgegen.\textsuperscript{712} 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.\textsuperscript{713} 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 gegebene 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 gegen seitiger 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.\textsuperscript{714} 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.\textsuperscript{715} 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.\textsuperscript{716} 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 Aufenthaltserslaubnis 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-

\textsuperscript{712} Borrmann ZAR 2004, 61 (64).

\textsuperscript{713} Diese Abschreckungswirkung hinsichtlich einer Pflicht zur gemeinsamen Wohnsitznahme erkennt auch der EuGH in seinem Urtei vom 23.09.2003 – Rs.: C-109/01 – Akrich, Rz. 54.

\textsuperscript{714} Dass eine „Zweckehe“ per se nicht verboten ist, erkennt auch Göbel-Zimmermann, ZAR 2006, 81 (83).


\textsuperscript{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. Weiterhin findet sich ein Argument gegen die Beweislastumkehr in der Normgeschichte. Da diese der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie dient, muss auch der Wortlaut der dortigen Ursprungs norm (Art. 16) zur Auslegung herangezogen werden. Dort wird in Abs. 1 den Mitgliedstaaten das Recht eingeräumt, Aufenthaltstitel zu verweigern, wenn die eheähliche 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. 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**


Denkbar sind auch Scheinadoptionen, da auch Adoptivkinder dem Schutz nach Art. 6 Abs. 1 GG unterfallen und somit einen Familienachzug 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.

Die rechtliche Einordnung von Scheinvätern ist aber insofern problematisch, als es für eine Vaterschaftsanerkennung lediglich auf die Voraussetzungen der §§ 1591 ff. 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. Da aber der Gedanke hinter dem Begriff der Scheinvaterschaft die missbräuchliche und

---

717 Jobs ZAR 2008, 295 (297f.).
719 Göbel-Zimmermann ZAR 2006, 81 (82). Diese Konstellation würde ein anderes 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 Eltern nachzug ermöglicht werden könnte.
720 Die Unwirksamkeit einer Vaterschaftsanerkennung ist abschließend in den § 1596 Abs. 1 i.V.m. §§ 1594 ff. BGB geregelt. Danach dürfen 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 Aufenthaltserslangung abgestellt wird – was im Umkehrschluss zum mangelnden Willen hinsichtlich der tatsächlich gelebten Vater-Kind-Beziehung führt.


Auch im Bereich der Scheinväter muss dementsprechend ein konkreter Verdacht für Behörden und


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

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- 726 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 Schein- ehen und Scheinvaterschaften nicht diskriminierend.

III. Mehrehen, Zwangsehen, 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.

a) Rechtsslage 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, 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. Mithin besteht für die deutsche Rechtsordnung ein Bigamie-

In strafrechtlicher Hinsicht ist die Mehrehe mit bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe bzw. mindestens einer Geldstrafe bewährt.\textsuperscript{732} Auch hieraus lässt sich deutlich die Ablehnung von Mehrehen durch die deutsche Rechtsordnung ersehen und damit die grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dem \textit{Ordre Public}. Hinzu kommt, dass das Führen einer Mehrehe damit eine Straftat darstellt und folglich ein erhöhtes Ausweisungsinteresse nach §§ 53 Abs. 1, 54 AufenthG begründet.

\section*{b) Möglichkeiten ausländischer Mehrehen\textsuperscript{733}}

In verschiedenen vor allem islamisch geprägten Rechtsordnungen sind Mehrehen jedoch möglich.\textsuperscript{734} 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\textsuperscript{735} – 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 einginge, kann kein Ehehindernis für die Erstehe sein. Diese verstößt gegenwärtig gegen keine gesetzlichen innerstaatlichen Regelungen und unterfällt dem Schutz von Art. 6 Abs. 1

\begin{footnotes}
\item[730] Ausführlich zum Bigamieverbot: \textit{Coester in MüKo-BGB}, 6.A., Art. 13 EGBGB, Rn 61ff. m.w.N.
\item[732] § 172 StGB.
\item[733] Ein Überblick über die Möglichkeiten von Mehrehen in ausländischen Rechtsordnungen findet sich bei \textit{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.
\item[734] 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.
\item[735] 138
\end{footnotes}
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.


ob dem anderen Ehegatten nach seinem Heimatrecht die Schließung aktuell polygamer Ehen gestat-tet ist.

In der Regel wird einer Rücknahme der erteilten Aufenthaltserlaubnis entgegen § 30 Abs. 4 AufenthG auch nicht durch Vertrauenesschutzgesichtspunkte 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 Vertrauenesschutz 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.\textsuperscript{741}

§ 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 Stammberechtigten 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 Stammberechtigte leibliches Elternteil des Kindes ist.\textsuperscript{742} Ein restriktives Vorgehen gegen Mehrehen wird auch von der Richtlinie über die gemeinsamen, von allen Mitgliedstaaten anerkannten Werte gerechtfertigt.\textsuperscript{743} 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 Aufenthaltsstitel 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 wurden sein, wäre sie aufhebbar, sodass spätestens dann, wenn einer Behörde der Fehler auffällt, die Rechtswirkungen der Zweitehe entfie-len. Die tatsächliche Anzahl solcher Fälle dürfte aber zu vernachlässig sein.


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-

\textsuperscript{741} Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8.A., § 48, Rn 162.
\textsuperscript{742} Erwägungsgrund 10 der FamilienzusammenführungRL.
\textsuperscript{743} Erwägungsgrund 11 der FamilienzusammenführungRL.


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.\footnote{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.} Dafür sprechen könnte § 34 Abs. 2 SGB I, wonach bei mehreren hinterbliebenen Ehegatten die Witwenrente anteilig unter diesen aufgeteilt wird.\footnote{Dass § 34 Abs. 2 SGB I sich nur auf Mehren 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.} 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 \textit{Odre Public} sein kann.


\footnote{Erwägungsgrund 10 der FamilienzusammenführungRL.}
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 Einhe der gemeinsamen abendländisch-europäischen Wertordnung 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. 747 In diesem Sinne gab es auch in Dänemark in jüngster Vergangenheit eine intensive öffentliche Debatte über Polygamie, bei der selbst als konservativ bekannte Kirchenvertreter einrömten, dass es zum einen keine gesicherten Anhaltspunkte für die Unchristlichkeit der Mehrehe gab 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 müsse. 748 Der Fall zeigt vor allem, dass von einer unumstößlichen Überzeugung von der Ehe kaum gesprochen werden kann.


748 Der konkrete Fall drehte sich um einen irakischen Dolmetscher, der mit den dänischen Streitkräften im Irakkrieg zusammenarbeitete 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).


In Hinblick auf eine eventuell mangelnde Gleichberechtigung müssen auch moderne „Patchwork-Konstellationen“ in die Betrachtung mit einbezogen werden. Klassische Patchworkfamilien mit je-weils 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

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.).

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-Wältjen FamRZ 2016, 1618 (1622).
754 Da die Fälle des Elternnachzugs 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


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. Dies soll der Umsetzung des Art. 16 Abs. 2 lit. b Familienzusammenführungsrichtlinie dienen. Auf Grund von § 27 Abs. 1a Nr. 2 AufenthG kann bereits die Ermittlung eines Visums durch die jeweilige Botschaft im Herkunftsland verweigert werden. 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 der 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. 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


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 vom14.06.2012 – OVG 11 N 10.11.

762 Vgl. für diese gesetzliche Wertung: VV 27.1a.2.1 zu § 27 AufenthG.


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 Indizierung zukommt 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.

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.


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 Familien nachzug 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.\(^{773}\) Das Mindestalter bewegt sich dabei im Rahmen der in der Familien zusammenführungsrichtlinie vorgesehenen Möglichkeiten von Art. 4 Abs. 5 und Art. 7 Abs. 2.\(^{774}\) 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 Zwang ausübenden Familien nicht reizvoll ist, den erstrebten Vorteil eines Aufenthaltstitels erst nach einiger Zeit mit Vollendung des 18. Lebensjahres zu erreichen.\(^{775}\) 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); Letzgus FPR 2011, 451 (452).
\(^{773}\) Vgl. VV 30.1.1 zu § 30 AufenthG.
\(^{775}\) Vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 172.
kann, nur eben temporär nicht im Bundesgebiet. 776 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. 777

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. 778

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. 779 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 Ehemindestbestandzeit 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 befrieden 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. 780

776 Vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 173.
778 Für weitere Ausführungen zum Sprachnachweise siehe oben.
779 Vgl. VV 31.2.2.2.1 zu § 31 AufenthG. Schubert/Moebius ZRP 2006, 33 (36)
780 So auch Sering in NJW 2011, 2161 (2164f.).
b) Statistiken und Dunkelziffer


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 Zwangsehe 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.782 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.783

In der Regel handelt es sich bei den Betroffenen um Frauen, der Anteil betroffener Männer liegt im einstelligen Prozentbereich.784 Die Altersstruktur weist eine hohe Spannbreite von jungen Mädchen bis zu älteren Frauen auf.785 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.786 Zwangssehen 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.787 Insgesamt geschieht Zwangsverheiratung aber in

---

783 Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 33/38.
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.
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.\textsuperscript{788}

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.\textsuperscript{789} 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.\textsuperscript{790} Weitere typische Herkunftslander befinden sich im Nahen und Mittleren Osten. Gleiches gilt für die Staatsangehörigkeit.\textsuperscript{791} 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.\textsuperscript{792} Die überwiegende Mehrheit (83\%) der Betroffenen gehört dem Islam an. Darüber hinaus sind aber alle großen Religionen vertreten.\textsuperscript{793} 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.\textsuperscript{794} 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.\textsuperscript{795} 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.\textsuperscript{796}

\textsuperscript{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: Letzgus FPR 2011, 451, 452, sowie Eisele/Majer NStZ 2011, 546 (547).


\textsuperscript{791}Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 28f.

\textsuperscript{792}Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 31f.

\textsuperscript{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.\textsuperscript{796}

\textsuperscript{794}Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 34f.


\textsuperscript{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.\textsuperscript{797}

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.\textsuperscript{798} 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.\textsuperscript{799} 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 Entehrung 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.\textsuperscript{800} 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.\textsuperscript{801} 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-

\textsuperscript{797} Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 44f.
\textsuperscript{798} Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen (Kurzfassung), 2011, S. 41.
\textsuperscript{799} Vgl. hierzu: Art. 4 Abs. 5 FamilienzusammenführungsRL und BT-Drs. 17/4401, S. 8.
\textsuperscript{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).
\textsuperscript{801} Hahn in BeckOK BGB, Auflage 2016, § 1317, Rn 2.

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, 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.
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.807 Dies ist erst mit tatsächlich geschlossener Zwangsehe nach § 237 Abs. 1 StGB strafbar.808 Schutzgüter sind die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung, sowie die Menschenwürde.809 Nicht erfasst ist die sexuelle Selbstbestimmung.810 § 237 StGB fällt in den Bereich der Nötigung und enthält daher wie § 240 StGB eine Verwerflichkeitsklausel.811 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.812 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.813

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 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.815 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 nun, 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-

808 Letzgus FPR 2011, 451 (455).
810 Eisele/Majer NStZ 2011, 546 (547).
812 Letzgus FPR 2011, 451 (454).
813 Letzgus FPR 2011, 451 (455).
Hingegen ist die Heiratsverschleppung nach Abs. 2 aus Vorbereitungsdelikt 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. 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 Strafanordnung verwiesen wird. 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.

Regelungstechnisch bleibt nicht nur vieles unklar. Der Strafrahmen 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 betonen.


816 Zu diesem Schluss kommen auch Eisele und Majer in NStZ 2011, 546 (550).
817 Angelehnt an den Tatbestand der Verschleppung nach § 234a StGB.
819 BT-Drs. 17/4401, S. 13; Schumann JuS 2011, 789 (792); Sering NJW 2011, 2161 (2162).
821 BT-Drs. 17/4401, S. 13; Eisele/Majer NStZ 2011, 546 (548).
822 Letzgus FPR 2011, 451 (454).

3. Kinderehen


a) Altersgrenzen

Für eine Eheschließung kommt es auf die Ehemündigkeit – das sogenannte Heiratsmindestalter –
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 aufhebbare Ehe, deren Aufhebbarkeit aber entfällt, wenn die Ehe nachträglich vom Familiengericht genehmigt wurde oder durch die Ehegatten bestätigt wird.

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 Ständesbeamte 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.\(^{839}\) Es kommt wohl auch keine automatische Heilung der Minderjährigkeit durch zwi‌schenzzeitliches 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 darzunehmen, wo aus der Ehe für den ursprünglich minderjährigen Partner nur mehr positive Rechtsfolgen in Form von Versorgungsansprüchen und Ähnlichem entstehen könnten.\(^{840}\) 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 Ständesbeamten 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.\(^{841}\)

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.\(^{842}\) 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\(^{843}\), 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).

auf die Volljährigkeit der Ehegatten als solche an, sondern tatsächlich nur darauf, dass ein bestimmter 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


845 OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – FamRZ 2016, 1270.
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.\textsuperscript{849} 

Gegen diese Entscheidung legte die Stadt Aschaffenburg als Rechtsträgerin des zuständigen Jugendamts Rechtsbeschwerde zum BGH ein.\textsuperscript{850} 

Die Entscheidung des OLG Bamberg ist nicht unumstritten.\textsuperscript{851} Insbesondere wird eingewandt, dass damit faktisch Kinderehen in Deutschland legalisiert würden und den Behörden keine Handhabe mehr bliebe, dort schützend einzugehen.\textsuperscript{852} Es wird vertreten, dass im Falle von Kinderehen mit unter 16-jährigen 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 16-jährigen 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 Ehrechts unterstehen, was ihr ein selbstbestimmtes Leben auf Dauer verwehre und nicht mit der staatlichen Aufgabe der Wahrung des Kindeswohls aus Art. 6 Abs. 2 GG i.V.m. der Kinderrechtskonvention vereinbar ist.\textsuperscript{853} 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.\textsuperscript{854} 


\textsuperscript{849} OLG Bamberg, Beschluss vom 12.05.2016 – 2 UF 58/16 – Rz. 28ff. 
\textsuperscript{850} Diese läuft nunmehr als anhängiges Verfahren XII ZB 292/16. 
\textsuperscript{853} So Andrae in NZFam 2016, 923 (928). 
\textsuperscript{854} In diesem Sinne auch Antomo in NZFam 2016, 1155 (1158). 
\textsuperscript{855} KG, NJOZ 2012, 165. 

160
Recht anwendet.

Ebenso befand das AG Tübingen, dass eine Ehe mit einer 14-jährigen nach dem Recht von Uruguay kein Odre Public-Verstoß sei.\(^{856}\)


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 Ausnahmefall des Grundrechts der Norm deutlicher wird.\(^{859}\) 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 befasst haben, 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 immer noch entspricht, erst mit 18 die Ehe eingehen zu können.\(^{860}\)

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 Zwangserklärung. 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. Liegter 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 erübrigt 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.


\(^{859}\) 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.\footnote{Dies gibt auch Antomo in NJW 2016, 3558 (3563) zu bedenken.}

4. Fazit


E. Zusammenfassung


Anderes muss sicher für missbräuchlich geschlossene Scheinerehen 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 in Fall \textit{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

<table>
<thead>
<tr>
<th>Entscheidung</th>
<th>Datum</th>
<th>Beschreibung</th>
</tr>
</thead>
</table>
| C-26/78      | 05.10.1978 | Institut National d’Assurance Maladie-Invalidité / Antonio Viola  
→ soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer |
| C-115/78     | 07.02.1979 | Knoors / Staatssecretaris van Economische Zaken  
→ Persönlicher Geltungsbereich der Niederlassungsfreiheit |
| C-175/78     | 28.03.1979 | Saunders / The Queen  
→ Unanwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht bei rein internem strafrechtlichen Sachverhalt |
| C-15/81      | 05.05.1982 | Schul / Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Roosendaal#  
→ Einfuhr von Waren als grenzüberschreitender Bezug |
| C-283/81     | 06.10.1982 | C.I.L.F.I.T. / Ministro della Sanità  
→ acte claire Theorie |
| C-271/82     | 22.09.1983 | Auer / Ministère public  
→ Unmittelbare Wirkung von Richtlinien, Niederlassungsfreiheit |
| C-180/83     | 28.06.1984 | Moser / Land Baden-Württemberg  
→ rein hypothetische Aussichten auf eine Grenzüberschreitung |
| C-355/85     | 25.10.1986 | Cognet / Draincourt  
→ Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit |
| C-316/85     | 18.06.1987 | Centre Public d’Aide Social / Marie-Christine Lebon  
→ Begriff des Verwandten in absteigender Linie |
| C-186/87     | 02.02.1989 | Cowan / Trésor public  
→ Diskriminierung bei staatlichen Leistungen |
| C-370/90     | 07.07.1992 | Singh / Secretary of State for the Home  
→ Rückkehr in Herkunftsstaat nach Gebrauchmachen der Freizügigkeit |
| C-112/91     | 26.01.1993 | Werner / Finanzamt Aachen-Innenstadt  
→ Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaats unbeachtlich, wenn alle Bezugspunkte zur Erwerbstätigkeit im Inland liegen |
| C-297/88     | 18.10.1993 | Dzodzi / Belgien  
→ bereits Vorlagebeschluss impliziert grenzüberschreitenden Bezug |
| C-267, 268/91| 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 Pistle 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 Aufenthaltsersaubnis 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

→ positives Verbieten einer Inländerdiskriminierung

C-190/98 Urteil vom 27.01.2000 – Graf / Filzmoser Maschinenbau GmbH
→ Begrenzung des grenzüberschreitenden Bezugs

– Aussicht auf Möglichkeit künftiger Grenzüberschreitung genügt

– 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

– 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
→ Familiennachzug 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-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 Mitgliedstaates 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 Strafhaft

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