

Kerstin Becker und Ronald Reimann, DRK Berlin*

Inhalt

1. Einleitung
2. Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen des Familiennachzugs zu Drittstaatsangehörigen
 - 2.1 Entscheidung des EuGH vom 4.3.2010 (»Chakroun«)
 - 2.2 Entscheidung des BVerwG vom 16.11.2010
 - 2.3 Auswirkungen für die Beratungspraxis
3. Sprachnachweis beim Ehegattennachzug
 - 3.1 Entscheidung des BVerwG vom 30.3.2010
 - 3.2 Auswirkungen für die Beratungspraxis
4. Aktuelle Probleme beim Kindernachzug (erscheint als Teil 2 im ASYLMAGAZIN 6/2011)
 - 4.1 Sorgerecht und Kindernachzug bei getrennt lebenden Eltern
 - 4.1.1 Entscheidung des BVerwG vom 7.4.2009
 - 4.1.2 Auswirkungen für die Beratungspraxis
 - 4.2 Anerkennung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen
5. Fazit

1. Einleitung

Die im Wege des Familiennachzuges nach Deutschland einreisenden Ausländer bilden seit Jahren die größte Gruppe der dauerhaft Zuwandernden. Allerdings ist der Familiennachzug zahlenmäßig stark rückläufig. Waren es im Jahre 2002 noch 85 305 erteilte Visa zum Ehegatten- und Familiennachzug, reduzierte sich dies bereits bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes am 1.1.2005 auf 65 935 erteilte Visa im Jahre 2004.¹ Im Jahre 2009 lag die Zahl der neu erteilten Aufenthaltstitel aus familiären Gründen nur noch bei 47 885.² Rechtsgrundlage für die Einreise der sogenannten Drittstaatsangehörigen³ sind die §§ 27–36 AufenthG.⁴ Diese Vorschriften sind im Jahre 2007 durch das Richtlinienumsetzungsgesetz⁵ wesentlich verschärft worden. Insbesondere gilt seitdem als neue Erteilungsvoraussetzung für den Ehegattennachzug der Nachweis einfacher Kenntnisse der deutschen Sprache. Ferner ist durch das Urteil des BVerwG vom 26.8.2008⁶ der Nachweis der »Sicherung des Lebensunterhaltes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel« (§§ 2 Abs. 3, 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) wesentlich verschärft worden. Hier hat eine Entscheidung des EuGH vom 4.3.2010⁷ eine Kehrtwende eingeläutet, die unterdessen auch zu einer Änderung der Rechtsprechung des BVerwG geführt hat. Beim Kindernachzug stellt sich seit der Entscheidung des BVerwG vom 7.4.2009⁸ zum Nachzug bei getrennt lebenden Eltern immer häufiger die Frage nach der rechtlichen Ausgestaltung des Sorgerechts in den Herkunftsländern der Kinder. Liegen ausländische Sorgerechtsentscheidungen vor, herrscht häufig Streit, ob diese in Deutschland ohne Weiteres anerkannt werden. Über diese Probleme beim Kindernachzug informiert der 2. Teil dieses Beitrages, der im Maiheft erscheint.

Der folgende Beitrag erläutert die Auswirkungen der vorgenannten Entscheidungen und zeigt Lösungsansätze für die in der Beratungspraxis auftretenden Probleme.

2. Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen des Familiennachzugs zu Drittstaatsangehörigen

Der Familiennachzug findet nach deutschem Recht in der Regel nur dann statt, wenn der Lebensunterhalt gesichert ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten gemäß § 28 Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG für den Familiennachzug zu Deutschen und auch der Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen ist nach §§ 29 Abs. 2, 36 Abs. 1 AufenthG unter bestimmten Voraussetzungen ohne Sicherung des Lebensunterhaltes möglich. In allen anderen Fällen stellt sich aber in der Praxis immer wieder die Frage, ob der Lebensunterhalt im Hinblick auf die beantragte Familienzusammenführung zu einem Drittstaatsangehörigen in ausreichender Höhe gesichert ist. Nach der gesetzlichen Definition des § 2 Abs. 3 AufenthG ist dies der Fall, wenn der Lebensunterhalt einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestritten werden kann. War nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes in seiner jetzigen Form zunächst umstritten, wie diese gesetzliche Regelung auszulegen ist, so hat das BVerwG in seiner Grundsatzentscheidung vom 26.8.2008 klargestellt, dass nicht nur die Bedarfsätze des SGB II für die Berechnung des Lebensunterhalts heranzuziehen sind, sondern diesen die so genannten Er-

* Die Verfasser sind Mitarbeiter des Generalsekretariats des Deutschen Roten Kreuzes in Berlin und arbeiten im Team Integration und Migration (Kerstin Becker) bzw. Suchdienst (Ronald Reimann). Der Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasser wieder. Das DRK berät bundesweit in seinen Flüchtlings- und Migrationsberatungsstellen sowie durch die Suchdienst-Mitarbeiter u. a. zu asylrechtlichen, aufenthaltsrechtlichen sowie ausländersozialrechtlichen Fragen und unterstützt bei der Integration in Deutschland. Ansprechpartner vor Ort sind über www.drk.de/angebote/migration-und-suchdienst.html abrufbar. Bundesweite Beratung zur Familienzusammenführung bei Flüchtlingen und in humanitären Fällen erfolgt durch den DRK-Suchdienst, Standort Hamburg.

¹ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Familiennachzug in Deutschland, Working Paper 10, S. 43, abrufbar unter www.bamf.de.

² Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge im Auftrag der Bundesregierung für das Jahr 2009, Stand Februar 2011, S. 32, abrufbar unter www.bmi.bund.de.

³ Nicht behandelt wird hier die Freizügigkeit von Unionsbürgern und deren (drittstaatsangehörigen) Familienangehörigen nach den Vorschriften des FreizügigG/EU.

⁴ Ausführliche Erläuterung für die Beratungspraxis: »Familienzusammenführung – Rechtsgrundlagen für die Einreise und den Aufenthalt in Deutschland«, herausgegeben vom DRK-Suchdienst, Download unter www.drk.de/angebote/migration-und-suchdienst/suchdienst.html.

⁵ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, in Kraft seit dem 28.8.2007.

⁶ BVerwG, Urteil vom 26.8.2008 – 1 C 32.07 – ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 39 ff., hierzu Voigt, »Lebensunterhalt, Sozialrecht und Erwerbstätigkeit – wichtige Änderungen«, ASYLMAGAZIN 1–2/2009, S. 5 ff.

⁷ EuGH, Urteil vom 4.3.2010 – C 578/08 – Chakroun, ASYLMAGAZIN 2010, S. 167 ff.

⁸ BVerwG, Urteil vom 7.4.2009 – 1 C 17.08 – ASYLMAGAZIN 7–8/2009, S. 36 ff.; InfAusLR 2009, 270–277.

werbstätigenfreibeträge nach § 11 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. § 30 SGB II sowie die Pauschale für Werbungskosten nach § 11 Abs. 2 S. 2 SGB II in Höhe von 100 Euro fiktiv hinzugerechnet werden müssen.⁹ In der Praxis bedeutete dies, dass sich der Betrag des Einkommens, das zur Sicherung des Lebensunterhaltes erzielt werden musste (Bedarfssatz des SGB II zuzüglich Warmmiete), pro erwerbstätiges Familienmitglied um 100 bis zu 280 Euro (310 Euro, falls ein Kind vorhanden ist) erhöhte. Die Anrechnung dieser Freibeträge war in der Vergangenheit immer wieder in die Kritik geraten, da die Freibetragsregelung nach dem Regelungszweck des SGB II eine arbeitsmarktpolitische Regelung zur besseren Integration erwerbsfähiger Hilfebedürftiger, nicht aber eine den Familiennachzug oder den Erwerb einer Niederlassungserlaubnis erschwerende Maßnahme sein sollte.¹⁰

2.1 Entscheidung des EuGH vom 4.3.2010 (»Chakroun«)

Zumindest in Fällen des Familiennachzugs nach der Familienzusammenführungsrichtlinie¹¹ ist seit der Entscheidung des EuGH vom 4.3.2010 in der Sache »Chakroun«¹² die Frage der Höhe des zu sichernden Lebensunterhalts wieder neu zu stellen. Im Fall des marokkanischen Staatsangehörigen Chakroun, der in den Niederlanden über eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis verfügte und dessen Ehefrau die Familienzusammenführung beantragte, entschied der EuGH, dass der Begriff der »Sozialhilfeleistungen des Mitgliedstaates« ein autonomer Begriff des Unionsrechts sei, der »nicht anhand von Begriffen des nationalen Rechts ausgelegt werden kann«.¹³ Der EuGH betont, dass im Rahmen des Anwendungsbereichs der Familienzusammenführungsrichtlinie (2003/86/EG) weder das Richtlinienziel – die Begünstigung der Familienzusammenführung – noch die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigt werden darf und die nationale Vorgabe eines Mindesteinkommens für die Familienzusammenführung nicht dazu führen dürfe, dass unterhalb dieses Einkommens keine Prüfung des konkreten Einzelfalles erfolge.¹⁴ Unter Berücksichtigung der Familienzusammenführungsrichtlinie sei eine mitgliedstaatliche Regelung unzulässig, die dazu führt, dass eine Familienzusammenführung nicht erlaubt sei, obwohl der Zusammenführende nachgewiesen hat, dass er über ausreichend feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, um die allgemein notwendigen Kosten des Lebensunterhalts für sich und seine Familienangehörigen zu bestreiten, jedoch wegen der Höhe seiner Einkünfte einen Anspruch auf besondere Sozialhilfe oder einkommensunterstützende Maßnahmen hat.¹⁵ Der EuGH bejahte das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Fall Chakroun, da Herr Chakroun zur Zeit der Entscheidung noch einen Anspruch auf Leistung von Arbeitslosengeld nach niederländischem Recht für weitere vier Monate hatte.

2.2 Entscheidungen des BVerwG vom 16.11.2010

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung sah sich auch das BVerwG genötigt, seine Rechtsprechung zur Berechnung des Lebensunterhaltes in Fällen zur Familienzusammenführung zu ändern. Die maßgebliche Entscheidung vom 16.11.2010¹⁶ behandelt den Fall eines türkischen Staatsangehörigen, der im Jahr 2005 im Wege der Familienzusammenführung zu seiner türkischen Ehefrau nach Deutschland einreiste und bis Juni 2007 über eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 29 i. V. m. § 30 AufenthG verfügte. Dieser war der Vermerk »Erlischt mit dem Bezug von Leistungen nach dem SGB II oder XII« beigefügt. Den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis lehnte die zuständige Ausländerbehörde ab, da die Familie zwischenzeitlich Leistungen nach dem SGB II in Höhe von insgesamt 412,56 Euro bezog. Davon entfielen 76,64 Euro auf den Kläger persönlich.

Das BVerwG hat den Fall an das OVG zurückverwiesen, da es nicht abschließend entscheiden könne, ob die besonderen Umstände des Falles eine Ausnahme von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 AufenthG rechtfertigen. Es hat dem OVG Berlin-Brandenburg aber aufgegeben, bei seiner abschließenden Entscheidung die folgenden Aspekte zu berücksichtigen:

Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 3 AufenthG abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG scheidet aus, da die bei der Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis beigefügte Nebenbestimmung zwar gegebenenfalls rechtswidrig, nicht aber nichtig¹⁷ und somit nach Eintritt der Bestandskraft wirksam sei. Zu prüfen sei somit, ob die Voraussetzungen für eine Neuerteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 1 AufenthG vorliegen. Im Rahmen dieser Prüfung sei zunächst festzuhalten, dass der Bezug von Leistungen nach dem SGB II keinen Ausweisungsgrund im Sinne des § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG darstelle, der der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 27 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entgegen stehe. Denn aus dem Gesamtzusammenhang des Gesetzgebungsverfahrens ergebe sich, dass der Ausweisungstatbestand der Sozialhilfe nur die Sozialhilfe im engeren Sinne, insbesondere Leistungen nach dem SGB XII, nicht aber solche nach dem SGB II erfasse.¹⁸ Das BVerwG führt im Hinblick auf die hier vor

⁹ BVerwG (wie Fn. 6).

¹⁰ So u. a. VG Lüneburg, Urteil vom 18.1.2007 – 6 A 353/05 – InfAuslR 2007, 241 (asyl.net, M9486); GK/Funke-Kaiser, Rn. 14 zu § 27 AufenthG mit Verweis auf BR-Drs. 559/03, S. 206, Renner/Dienelt/Rösler, 9. Aufl., Rn. 16 zu § 2 AufenthG.

¹¹ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, abrufbar bei www.asyl.net.

¹² EuGH (wie Fn. 7).

¹³ Ebd. Rn. 45.

¹⁴ Ebd. Rn. 47 und 48.

¹⁵ Ebd. Rn. 52.

¹⁶ BVerwG, Urteil vom 16.11.2009 – 1C 20.09 – asyl.net, M18199.

¹⁷ So auch Hoppe, InfAuslR 2008, S. 292 ff.

¹⁸ BVerwG (wie Fn. 16), Rn. 18.

allem zu diskutierende Frage der Sicherung des Lebensunterhaltes aus, dass sich diese Frage nach den Maßstäben des Sozialrechts bemisst und somit die Regeln über die Bedarfsgemeinschaft nach § 9 Abs. 1 und 2 i. V. m. § 7 Abs. 3 SGB II Anwendung finden. Eine isolierte Berechnung des Hilfebedarfs für den einzelnen Ausländer ohne Berücksichtigung des Bedarfs der sonstigen Familienmitglieder sei »lebensfremd«.¹⁹ Im Bereich des Familiennachzugs zeige auch schon die Regelung des § 2 Abs. 3 S. 4 AufenthG sowie des Art. 7 Abs. 1 Buchstabe c der Familienzusammenführungsrichtlinie, dass auf den Gesamtbedarf der Kernfamilie des Ausländers abzustellen sei, darüber hinaus spräche auch die historische, systematische und teleologische Auslegung für dieses Ergebnis.²⁰ Der Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg, welches argumentiert hatte, durch den Nachzug eines Familienangehörigen, der seinen eigenen Lebensunterhalt sichere und dazu einen Überschuss für die Restfamilie erwirtschaftete, entstünde keine zusätzliche Belastung öffentlicher Haushalte, erteilte das BVerwG somit eine klare Absage. Die Auffassung des OVG berücksichtige nicht hinreichend, dass der Familiennachzug typischerweise zu einer Verfestigung des Aufenthalts der übrigen – auf Sozialleistungen angewiesenen – Familie führe.²¹

Entscheidungserheblich sei somit die Frage, ob im vorliegenden Fall vom Regelerfordernis der Unterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG abzusehen sei. Davon sei auch dann auszugehen, wenn höherrangiges Recht wie der Schutz von Ehe und Familie oder die unionsrechtlichen Vorgaben der Familienzusammenführungsrichtlinie es gebieten würden. Dabei seien die in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK und Art. 7 GR-Charta enthaltenen Wertentscheidungen zugunsten der Familie zu beachten. Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit müsse berücksichtigt werden, wie groß der Hilfebedarf der gesamten Familie insgesamt ist und inwieweit der Kläger zur Reduzierung dieses Betrags beiträgt. Auch Fragen wie der Beitrag des Klägers zur Sicherung des familiären Unterhalts in der Vergangenheit und die Prüfung der Frage, ob die Familie vor dem Hintergrund des Umfangs der Integration in die deutschen Lebensverhältnisse auch in der Türkei leben könne, spielten für die Beantwortung dieser Frage eine Rolle.

Bei der erforderlichen Berechnung des Hilfebedarfs der familiären Bedarfsgemeinschaft müsse nationales Gesetz insofern korrigiert werden, als es gegen höherrangiges Recht – hier Unionsrecht – verstößt. Unter Verweis auf das Chakroun-Urteil des EuGH führt das BVerwG aus, dass der Freibetrag für Erwerbstätige nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 i. V. m. § 30 SGB II nicht unter den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Sozialhilfe fällt und damit im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie nicht zu Lasten des Nachzugswilligen angerechnet werden dürfe.²² Dies gelte jedoch nicht für die nach § 11 Abs. 2 S. 2 SGB II pauschaliert erfassten Werbungskosten, welche tatsächlich das verfügbare Einkommen reduzierten. Hier sei jedoch im Rahmen der individualisierten Prüfung eines jeden Antrags dem Antragsteller zu ermöglichen, einen geringeren Bedarf als

die veranschlagten 100 Euro nachzuweisen. In einem weiteren Urteil vom selben Tage bekräftigt das BVerwG seine Rechtsprechung, dass nur im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie die Sicherung des Lebensunterhaltes ohne Freibeträge nach SGB II zu prüfen sei. Im Falle der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis seien keine unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten und somit keine Veranlassung gegeben, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.²³ Das BVerwG weist ferner darauf hin, dass in den Fällen, in denen durch eine Beantragung des Kinderzuschlags nach § 6 a BKGG der Leistungsbezug nach dem SGB II entfallen sollte, ebenfalls von einer Lebensunterhaltssicherung im Sinne des § 2 Abs. 3 AufenthG auszugehen sei.²⁴

2.3 Auswirkungen für die Beratungspraxis

Die vorstehenden Entscheidungen sind zunächst nur für den Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen zu Drittstaatsangehörigen relevant (Art. 1 und 3 der Familienzusammenführungsrichtlinie). Grundsätzlich sind weder Unionsbürger noch deutsche Staatsangehörige vom Anwendungsbereich der Richtlinie erfasst, selbst Personen mit doppelter Staatsangehörigkeit wird man nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie ziehen können, solange sie *auch* die deutsche Staatsangehörigkeit oder Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats haben, da die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats im Rahmen des Unionsrechts als vorrangig gilt.²⁵ Da für den Familiennachzug zu Unionsbürgern in der Regel die ohnehin günstigeren Vorschriften des Freizügigkeitsgesetzes Anwendung finden, kann es in der Praxis vor allem zu einer Schlechterbehandlung von Deutschen kommen, wenn etwa nach § 28 Abs. 1 S. 3 AufenthG ausnahmsweise die Sicherung des Lebensunterhalts gefordert wird, weil aufgrund besonderer Umstände die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Ausland als zumutbar erachtet wird. Davon ist nach den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften v.a. bei Doppelstaatlern oder Deutschen auszugehen, die geraume Zeit im Herkunftsland des Ehegatten gelebt und gearbeitet haben und die Sprache dieses Landes sprechen.²⁶

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Richtlinie ist nach Art. 3 Abs. 1, dass der zusammenführende Drittstaatsangehörige eine deutsche Aufenthaltserlaubnis mit mindestens einjähriger Gültigkeitsdauer und begründete Aussicht auf ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht hat. Die Richtlinie findet keine Anwendung, wenn der Zusammen-

¹⁹ So das BVerwG, Urteil vom 16.11.2009 – 1 C 21.09 –, Rn. 19 (asyl.net, M18224).

²⁰ BVerwG (wie Fn. 16), Rn. 22 ff.

²¹ Ebd. Rn. 26.

²² Ebd. Rn. 33.

²³ BVerwG (wie Fn. 19), Rn. 20.

²⁴ BVerwG (wie Fn. 16), Rn. 35, BVerwG (wie Fn. 19), Rn. 22.

²⁵ Vgl. hierzu Renner/Dienelt, § 27 AufenthG, Rn. 15ff. mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 11.11.1999 – C-179/98 – Mesbah.

²⁶ 28.1.1.0 Allgemeine Verwaltungsvorschriften zum AufenthG.

führende Asylsuchender ist, eine Aufenthaltserlaubnis zum vorübergehenden Schutz beantragt hat oder besitzt, er eine subsidiäre Schutzform gemäß internationalen Verpflichtungen, einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Praktiken der Mitgliedstaaten beantragt oder bereits gewährt bekommen hat (Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie²⁷).

Liegen die Voraussetzungen der Anwendbarkeit der Familienzusammenführungsrichtlinie danach vor, so bedeutet dies in der Praxis, dass bei der Berechnung des erforderlichen Lebensunterhaltes im Rahmen des Familiennachzugs die sog. Erwerbstätigenfreibeträge nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 i. V. m. § 30 SGB II keine Berücksichtigung mehr finden dürfen. Entscheidend sind vielmehr die allgemeinen Bedarfssätze des SGB II, da diese gemäß § 20 SGB II die Sicherung des Lebensunterhalts abdecken. Hinsichtlich der sog. Werbungskostenpauschale muss stets im Einzelfall überprüft werden, ob der Nachweis von niedrigeren monatlichen Werbungskosten als der Pauschale von 100 Euro (z. B. durch Vorlage einer Monatskarte für den öffentlichen Nahverkehr) möglich ist. Schließlich sollte beim Vorhandensein von Kindern stets überprüft werden, ob die Beantragung des Kinderzuschlags nach § 6a BKKG den Bezug von öffentlichen Leistungen überflüssig machen würde. Sollte dann noch immer ein Restanspruch auf öffentliche Mittel im Sinne des § 2 Abs. 3 AufenthG bestehen, so muss *in jedem Einzelfall* geprüft werden, ob sonstige Gründe dafür sprechen, ausnahmsweise von dem Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts abzusehen. Dabei müssen sowohl der Schutz der Familie im Sinne des Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und Art. 7 GR-Charta hinreichend gewürdigt werden als auch die bereits erfolgte Integration des bzw. der Zusammenführenden. Eine – wie in der Vergangenheit übliche – generelle Ablehnung der Familienzusammenführung selbst in Fällen mit nur geringfügigen Differenzbeträgen ist nach der Rechtsprechung des EuGH und des BVerwG eindeutig rechtswidrig.

Zwar hat das BVerwG sich in seinem Urteil vom 16.11.2010 nicht zu der Frage geäußert, unter welchen Voraussetzungen es von »festen und regelmäßigen« Einkünften ausgeht, das Urteil des EuGH in der Sache »Chakroun« ist aber auch diesbezüglich richtungweisend: Den viermonatigen Anspruch auf niederländisches Arbeitslosengeld hat er hierfür ausreichen lassen. Die bisherige Praxis deutscher Ausländerbehörden, nur unbefristete Arbeitsverträge anzuerkennen und den Bezug von Elterngeld aufgrund seiner Befristung als nicht dauerhaft anzusehen, muss vor diesem Hintergrund ebenfalls geändert werden.

3. Sprachnachweis beim Ehegattennachzug

3.1 Urteil des BVerwG vom 30.3.2010²⁸

Am 30.3.2010 hat das BVerwG über eine der umstrittensten Neuregelungen beim Ehegattennachzug entschieden. Durch das Richtlinienumsetzungsgesetz gilt seit dem 28.8.2007 das Erfordernis, dass der ausländische Ehegatte

nur dann nach Deutschland im Wege des Ehegattennachzuges einreisen darf, wenn er vorher im Visumverfahren nachweist, dass er über einfache Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt. Diese Voraussetzung gilt sowohl für den Nachzug zum ausländischen,²⁹ als auch zum deutschen Ehepartner,³⁰ nicht aber beim Nachzug zu einem in Deutschland lebenden Unionsbürger.³¹ Ausnahmen vom Sprachnachweiserfordernis gelten u. a. beim Nachzug zu Asylberechtigten und Konventionsflüchtlingen,³² bei Ehegatten aus bestimmten privilegierten Staaten,³³ beim Nachzug zu »Hochqualifizierten« im Sinne von § 19 AufenthG, »Forschern« im Sinne von § 20 AufenthG und »Selbstständigen«, die auf Grundlage von § 21 AufenthG einen Aufenthalt haben³⁴ sowie bei »erkennbar geringem Integrationsbedarf«³⁵. Ferner sind Ehegatten vom Sprachnachweis befreit, wenn sie »wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage sind, einfache Kenntnisse der deutschen Sprache nachzuweisen.«³⁶ Eine allgemeine Härtefallklausel, die es ermöglichen würde, auf den Sprachnachweis zu verzichten, weil im Herkunftsland objektiv keine oder völlig unzureichende Möglichkeiten bestehen, die deutsche Sprache zu lernen oder weil es dem Ehegatten zum Beispiel aus finanziellen Gründen oder wegen der Entfernung zum Sprachkursort unzumutbar ist, ein Sprachlernangebot wahrzunehmen, existiert im AufenthG nicht. Das Urteil des BVerwG vom 30.3.2010 hat jetzt für den Teilaspekt des Nachzuges zum *ausländischen* Ehepartner die gesetzliche Neuregelung in vollem Umfang für vereinbar mit den Grundrechten und den Menschenrechten der betroffenen Ehepartner erklärt und sieht auch keinen Verstoß gegen vorrangige europarechtliche Regelungen. Voraussichtlich im ersten Halbjahr 2011 wird das BVerwG auch über die Vereinbarkeit des Sprachnachweises beim Nachzug zum *deutschen* Ehegatten entscheiden.³⁷

Nach Ansicht des BVerwG liegen die erforderlichen einfachen Kenntnisse der deutschen Sprache nur dann vor,

²⁷ Z.B. aufgrund der Abschiebungsverbote in § 60 Abs. 2–7; vgl. zum Umfang der Ausschlussklausel VG Aachen, Urteil vom 30.4.2008 – 8 K 766/06 – (asyl.net, M13391)

²⁸ BVerwG, Urteil vom 30.2.2010 – 1 C 8.09 – ASYLMAGAZIN 2010, S. 342 ff.

²⁹ § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG.

³⁰ § 28 Abs. 1 Satz 5 AufenthG.

³¹ Insoweit gilt § 3 FreizügG/EU, wonach der Ehepartner eines in Deutschland lebenden freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers im Prinzip ohne Weiteres auch freizügigkeitsberechtigt ist, auch wenn der Ehepartner selbst kein Unionsbürger ist.

³² § 30 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 AufenthG.

³³ § 30 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 AufenthG, bei den privilegierten Staaten handelt es sich um Australien, Israel, Japan, Kanada, Republik Korea, Neuseeland, Vereinigte Staaten von Amerika, Andorra, Honduras, Monaco und San Marino; vgl. § 41 Abs. 1 AufenthG.

³⁴ § 30 Abs. 1 S. 2 AufenthG.

³⁵ § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AufenthG.

³⁶ § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AufenthG.

³⁷ Verfahren 1 C 6.10; siehe hierzu http://bverwg.de/enid/69342ae543decc326beb6835865da537,0/Jahrespressegesprach_2_ssss/Rechtsprechungs_vorschau_2_ssss_p9.html#_Toc285548222.

wenn der nachzugswillige Ehegatte über mündliche und schriftliche Grundkenntnisse der deutschen Sprache auf der Stufe A 1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens des Europarats für Sprachen (GER)³⁸ verfügt. Das BVerwG geht ferner davon aus, dass jeder Lernwillige in seinem Heimatland auf die unterschiedlichsten Lernangebote zurückgreifen kann. Befinde sich am Wohnort keine Sprachschule, sei es zumutbar, sich zur Absolvierung eines Sprachkurses an einen anderen Ort im Herkunftsland zu begeben. Im Übrigen bestehe die Möglichkeit, sich Grundkenntnisse der deutschen Sprache mit Hilfe von Audio- und Videosprachkursen oder anderen Medien anzueignen und diese zu vertiefen. Die damit verbundenen finanziellen Aufwendungen und sonstigen Belastungen erachtet das BVerwG für zumutbar, da der Ehegatte in aller Regel auf die finanzielle Unterstützung des in Deutschland lebenden Ehepartners zurückgreifen könne.

Auch wenn aus anderen als gesundheitlichen Gründen oder wegen einer Behinderung dem nachzugswilligen Ehegatten der Spracherwerb nur schwer oder gar nicht möglich ist, ohne dass er dies zu vertreten hätte, sieht das BVerwG die Regelung nicht als unangemessen an.³⁹ Sofern dies dazu führe, dass ein Zusammenleben im Bundesgebiet für längere Zeit und möglicherweise sogar auf Dauer scheitert, weist das Gericht darauf hin, dass es dem im Bundesgebiet lebenden ausländischen Ehepartner grundsätzlich zumutbar ist, die familiäre Einheit im Ausland herzustellen.

Das Fehlen einer allgemeinen Härtefallregelung führt nach Ansicht des BVerwG auch nicht zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift. So weit einfache Sprachkenntnisse vom nachzugswilligen Ehegatten aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen innerhalb eines angemessenen Zeitraums – wobei das Gericht von 2–3 Jahren ausgeht – nicht erworben werden können und keine zumutbare Möglichkeit besteht, die Lebensgemeinschaft im Ausland herzustellen, könne statt eines Aufenthaltstitels aus familiären Gründen etwa ein Aufenthaltstitel für einen vorübergehenden Aufenthalt zum Zwecke des Spracherwerbs (§ 16 Abs. 5 AufenthG) erteilt werden.⁴⁰

3.2 Auswirkungen für die Beratungspraxis

Die Entscheidung des BVerwG in dieser sowohl juristisch als auch gesellschaftspolitisch hochkontroversen Frage hat die verfassungs- und europarechtliche Kritik am Sprachnachweiserfordernis nicht zum Verstummen gebracht.⁴¹ Mit einer kurzfristigen Korrektur der Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht oder den EuGH oder einer gesetzlichen Entschärfung⁴² ist aktuell nicht zu rechnen. Daher ist es in aktuellen Beratungsfällen notwendig, die Betroffenen auf die restriktive Rechtsprechung des BVerwG hinzuweisen und den nachzugswilligen Ehegatten zu empfehlen, alles zu versuchen, um Deutsch im Heimatland zu lernen. Allerdings hat das BVerwG bislang nur zum Nachzug zum ausländischen Ehepartner eine Entscheidung getroffen und die Frage, ob der Sprachnachweis beim Nach-

zug zum deutschen Ehepartner gleichfalls vor dem BVerwG Bestand hat, ist als zumindest offen anzusehen. Ein wesentlicher Begründungsbaustein des BVerwG, nämlich die Möglichkeit, eine dauerhafte Trennung dadurch zu vermeiden, dass die eheliche Lebensgemeinschaft im Ausland fortgeführt wird, kann aus verfassungsrechtlichen Gründen dem deutschen Partner nicht abverlangt werden.⁴³

Mit nicht überzeugender Begründung⁴⁴ hat es das BVerwG abgelehnt, eine Entscheidung des EuGH zur Vereinbarung des deutschen Sprachnachweiserfordernisses mit der europäischen Familiennachzugsrichtlinie sowie der EMRK uEuGH-Vorlagemöglichkeiten im Asyl- und Migrationsrecht. War es bislang dem BVerwG als letztinstanzlichem Gericht in aufenthaltsrechtlichen Verfahren vorbehalten, sogenannte Vorabentscheidungen des EuGH einzuholen, so steht es nunmehr allen Verwaltungsgerichten und Oberverwaltungsgerichten frei, bei ihnen anhängige Klageverfahren dem EuGH vorzulegen, soweit Zweifel über die richtige Auslegung des Unionsrechts und seine Anwendung auf den Sachverhalt bestehen. Der EuGH hat in einer Mitteilung ausdrücklich angeregt, Vorabentscheidungsersuchen durchzuführen, wenn es sich als besonders nützlich erweisen könne, weil es um eine Auslegungsfrage geht, die von allgemeiner Bedeutung für die einheitliche Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten ist, oder wenn die bisherige Rechtsprechung des EuGH auf den konkreten zur Beurteilung stehenden neuen nationalen Sachverhalt nicht anwendbar erscheint.⁴⁵ Gerade anwaltlich vertretene Ehepartner, bei denen das Nachzugsvisum nur versagt worden ist, weil der Sprachnachweis nicht erbracht worden ist, sind darauf hinzuweisen, dass im gerichtlichen Verfahren darauf hingewirkt werden sollte, dass das Verfahren zur Vorlage an den EuGH ausgesetzt wird.⁴⁶

Besonderes Augenmerk ist im Einzelfall auf die Gründe zu richten, die dazu führen, dass der Sprachnachweis nicht erbracht werden kann. Liegen Erkrankungen oder Behinderungen vor, ist zu prüfen, ob diese Erkrankungen dafür ursächlich sind, dass die Sprache nicht gelernt werden kann. In der Praxis wird in solchen Fällen von der Auslandsvertretung die Vorlage eines aussagekräftigen ärztlichen Attests

³⁸ Ausführlich dazu: www.goethe.de/z/50/commeuro/i0.htm.

³⁹ Dies betrifft zum Beispiel Analphabeten, die vor einem Erwerb der deutschen Sprache zunächst alphabetisiert werden müssten.

⁴⁰ Siehe hierzu sogleich unter 3.2.

⁴¹ Siehe hierzu ausführlich Marx, Sprachnachweis und Ehegattennachzug, ZAR 1/2011, S. 16ff. Sein Fazit: »Die Entscheidung schafft keinen Rechtsfrieden, sondern verschärft den Konflikt« (S. 20).

⁴² Siehe aber Gesetzentwurf Bündnis90/Grüne zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes, BT-Drs. 17/1626.

⁴³ Marx (wie Fn. 41), S. 16.

⁴⁴ Pfersich, Urteilsanmerkung, ZAR 1/2011, S. 35; ebenso Marx (wie Fn. 41), S. 20.

⁴⁵ Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Pressemitteilung Nr. 104/09.

⁴⁶ Ausführlich zum Vorabentscheidungsverfahren in ausländer- und asylrechtlichen Angelegenheiten Hoffmann, Verbesserungen im Rechtsschutz aufgrund des Lissaboner Vertrages?, in: ASYLMAGAZIN 1–2/2010, S. 3ff.

Deutsch ohne Land? Über den Umgang der Justiz mit deutschen Kindern, wenn es gilt Familiennachzug zu verhindern

RA Eberhard Haberkern und RAin Susanne Achterfeld, Essen*

verlangt, aus dem sich nachvollziehbar das Krankheitsbild und die Auswirkungen auf den Spracherwerb ablesen lassen. Häufig wird zusätzlich die Bestätigung des Attestes durch einen »Vertrauensarzt« der Deutschen Botschaft eingeholt. Ausweislich des Evaluationsberichtes der Bundesregierung zum Nachweis einfacher Deutschkenntnisse beim Ehegattennachzug nach dem Aufenthaltsgesetz vom 24.9.2010⁴⁷ ist bei folgenden Erkrankungen und Behinderungen durch die Auslandsvertretungen der Ausnahmetatbestand im Einzelfall anerkannt worden: »Taubstumme und schwerhörige Personen; Personen mit altersbedingter Demenz und Personen mit psychischen bzw. neurologischen Erkrankungen. Die Fälle von anerkannten Krankheiten und Behinderungen, die nicht unmittelbar das sprachliche und schriftliche Ausdrucksvermögen betreffen, bleiben damit in der bisherigen Visumpraxis auf körperlich-geistige Beeinträchtigungen begrenzt, die den Ehegatten im Einzelfall am Erlernen der einfachen Deutschkenntnisse hindern.«⁴⁸

Liegen sonstige Gründe vor, die es dem Ehegatten trotz aller Bemühungen unmöglich machen, die deutsche Sprache zu erlernen, so besteht nach dem Urteil des BVerwG die Möglichkeit, auch ein *Visum zum Spracherwerb* in Deutschland (§ 16 Abs. 5 AufenthG) zu beantragen. Aus der Entscheidung des BVerwG ergibt sich nicht eindeutig, ob ein solcher Antrag grundsätzlich erst dann Erfolg versprechend ist, wenn bereits 2–3 Jahre vergeblich versucht worden ist, den Sprachnachweis zu erbringen. Richtigerweise muss ein solcher Antrag bereits dann ernsthaft durch die Auslandsvertretung geprüft werden, wenn die Gründe für den unverschuldeten fehlenden Sprachnachweis prognostisch auch innerhalb der nächsten 2–3 Jahre gegeben sein werden.⁴⁹ Allerdings besteht auf die Erteilung eines solchen Visums kein Rechtsanspruch. Neben der Darlegung der Gründe, die den Spracherwerb im Heimatland unmöglich machen, sollte auch belegt werden, dass der Besuch eines Sprachkurses in Deutschland ernsthaft beabsichtigt ist (Anmeldebestätigung). Durfte ein Ehegatte zum Spracherwerb einreisen und hat er es innerhalb der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels zum Spracherwerb geschafft, Deutsch auf dem Niveau A 1 zu lernen, kann im Anschluss direkt durch die Ausländerbehörde im Inland nunmehr der Aufenthaltstitel aus familiären Gründen (§ 30 AufenthG) erteilt werden. Eine erneute Ausreise und die Durchführung des Visumverfahrens ist in diesen Fällen entbehrlich, da gemäß § 39 Satz 1 Nr. 1 der Aufenthaltsverordnung der Aufenthaltstitel im Inland eingeholt bzw. verlängert werden kann, wenn der Betroffene »ein nationales Visum oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt«.

Mit Urteil vom 16.11.2010 hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen einem sich in Deutschland illegal aufhaltenden ausländischen Vater eines ausländischen Kindes, das mit einem deutschen Halbgeschwisterkind und seiner ebenfalls ausländischen Mutter zusammenlebt, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zugesprochen.¹

Was sich nur so umständlich ausdrücken lässt, ist eine in der Realität häufig vorkommende Familienkonstellation, für die es bisher keine ausländerrechtlich befriedigende Lösung gab – zumindest aus der Sicht der Betroffenen. Einen speziellen Familienzusammenführungstatbestand aus dem 6. Abschnitt des AufenthG erfüllt dieser ausländische Vater nicht. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Beistandsgemeinschaft wurde regelmäßig verneint unter Hinweis auf den dieser Konstruktion zugrunde liegenden Art. 6 Abs. 1 GG, der auf die Konstellation eines deutschen Kindes und eines Vaters des nichtdeutschen Halbgeschwisters nicht direkt anwendbar ist. Urteile suchte man bislang vergebens, da die vollziehbar ausreisepflichtigen ausländischen Väter spätestens nach der zweitinstanzlichen Eilentscheidung keine Chance oder kein Rechtsschutzinteresse mehr für eine Fortführung der Verfahren hatten – entweder waren sie abgeschoben oder untergetaucht, um bei ihrem Kind bleiben zu können.

Die summarischen Entscheidungen setzten sich allesamt mit den verfassungsrechtlichen Auswirkungen der deutschen Staatsangehörigkeit eines Mitgliedes einer solchen Patchworkfamilie nur ungenügend auseinander. Der mit der Änderung des Kindschaftsrechts 1997 eingetretene Perspektivenwechsel aus Sicht des Kindeswohls, das als elementaren Bestandteil das Recht insbesondere des nichtehelichen Kindes zum Umgang mit beiden Eltern umfasste, führte zwar zur Einführung der Figur der Beistandsgemeinschaft nichtehelicher Väter über Art. 6 Abs. 1 GG durch das BVerfG. Die Perspektive des Kindeswohls wurde jedoch selbst bei Halbgeschwistern und erst recht bei (nicht verwandten) Vätern dieser Halbgeschwister entweder schlicht nicht berücksichtigt oder abgewogen mit den allseits berücksichtigten »einwanderungspolitischen Interessen«.

Das Freizügigkeitsrecht der deutschen Kinder aus Art. 11 GG litt am meisten unter dieser Rechtsprechung. Es verkam zu einem Grundrecht, das entweder auf derselben Stufe wie das allgemeine Ausländerrecht gleichrangig gegen dieses abgewogen wurde (die besagten »einwanderungspolitischen Belange«) oder zu einem Grundrecht, das Kindern

⁴⁷ BT-Drs. 17/3090.

⁴⁸ Ebd. S. 35.

⁴⁹ Z. B. bei einem zerfallenen Staat mit langjährigem Bürgerkrieg, ohne Sprachlernangebot etc. bei nicht absehbarer Änderung der Verhältnisse.

* Eberhard Haberkern ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Susanne Achterfeld, LL.M., ist Rechtsanwältin, beide sind in Essen schwerpunktmäßig im Bereich des Aufenthalts- und Asylrechts tätig.

¹ OVG NRW, Urteil vom 16.11.2010 – 17 A 2434/07 – (ausführlich zitiert auf S. 132).