

Der Beitrag befasst sich mit dem wachsenden Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Ausländer- und Asylrecht. Im Mittelpunkt steht die Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Bundesverwaltungsgerichts. Außerdem spricht sich der Verfasser für eine gesetzgeberische Neuordnung des Ausweisungsrechts aus.

I. Einführung

Das europäische Ausländer- und Asylrecht prägt jedenfalls seit der Umsetzung von elf ausländer- und asylrechtlichen EU-Richtlinien durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007¹ maßgeblich die nationale Rechtspraxis. Dabei ist es vorrangig Aufgabe der nationalen Gerichte, unionsrechtliche Normen auszulegen und auf den zu entscheidenden Fall anzuwenden. Die nationalen Richter sind insofern Unionsrichter im funktionellen Sinn.² Zugleich haben die deutschen Verwaltungsgerichte regen Gebrauch von der Möglichkeit der Vorlage europarechtlicher Zweifelsfragen an den EuGH nach Art. 267 AEUV gemacht. Das BVerwG hat in den zurückliegenden drei Jahren dem EuGH u.a. Fragen zur Auslegung des Assoziationsratsbeschlusses 1/80 EWG-Türkei, zum Widerruf der Flüchtlingsanerkennung wegen Wegfalls der Verfolgungsgründe, zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft wegen terroristischer Aktivitäten und zur Übertragbarkeit des Ausweisungsschutzes nach Art. 28 III lit. a der Unionsbürgerrichtlinie auf assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige vorgelegt. In anderen Verfahren hat es Vorschriften des Unionsrechts selbst ausgelegt, wenn es darin keine Zweifelsfrage gesehen hat, z.B. bei mehreren Bestimmungen des Flüchtlingsrechts sowie bei der ausländerrechtlichen Frage, ob das Spracherfordernis beim Ehegattennachzug als eine von Art. 7 II der EU-Familienzusammenführungsrichtlinie erfasste und damit zulässige Integrationsmaßnahme angesehen werden kann.

Wenn auch die Bedeutung des Europarechts durch die Umsetzung von elf ausländer- und asylrechtlicher EU-Richtlinien im August 2007 eine neue Qualität bekommen hat, war dessen Anwendung und Beachtung den mit dem Ausländerrecht befassten Gerichten zuvor keineswegs fremd. Hier spielt das EU-Freizügigkeitsrecht nach Art. 45 ff. AEUV eine maßgebliche Rolle. Hinzu kommen die völkerrechtlichen Verpflichtungen nach der EMRK.

II. Einfluss des EU-Freizügigkeitsrechts und der EMRK auf das deutsche Ausländerrecht

Europäisches Recht wirkte sich schon vor Umsetzung von elf EU-Richtlinien in deutsches Recht im Jahr 2007 auf das nationale Ausländerrecht aus, und zwar insbesondere dadurch, dass es Bürgern der EU-Mitgliedstaaten Freizügigkeit als Arbeit-

¹ Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007, BGBl I 2007, 1970

² vgl. Kahl, in: Calliess/Ruffert, EGV, 3. Aufl. (2007), Art. 10 Rn. 43

nehmer oder zur Errichtung einer Niederlassung oder Erbringung einer Dienstleistung gewährte.

1. Das Erfordernis einer Entscheidung auf Grundlage der aktuellen Sach- und Rechtslage bei der Aufenthaltsbeendigung

Der EuGH hat aus dem Freizügigkeitsrecht nach dem heutigen Vertrag über die Arbeitsweise der EU - damals EG-Vertrag - in seinem Urteil vom 29. April 2004 in den Rechtssachen Orfanopoulos und Oliveri das Postulat abgeleitet, dass die Ausweisung eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers nur auf ein persönliches Verhalten gestützt werden darf, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Das gebietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, nach dem Ausnahmen vom Grundsatz der Freizügigkeit nach Art. 45 AEUV eng auszulegen sind.³

Das BVerwG hat die Rechtsprechung des EuGH zur Aktualität der Gefährdung mit Urteil vom 3. August 2004 dahin präzisiert, dass für die Entscheidung über die Ausweisung eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers nicht mehr die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, sondern der letzten gerichtlichen Entscheidung in der Tatsacheninstanz maßgeblich ist.⁴ Außerdem dürfen Ausweisungen bei diesem Personenkreis nur noch auf der Grundlage einer ausländersbehördlichen Ermessensentscheidung erfolgen, nicht mehr im Wege einer Ist- oder Regelausweisung.

Mit Urteil vom 15. November 2007 hat das BVerwG entschieden, dass nach dem Inkrafttreten des Richtlinienumsetzungsgesetzes vom 19. August 2007 auch für die Ausweisung sonstiger Drittstaatsangehöriger eine Gefährdungsprognose und Interessenabwägung auf der Grundlage der aktuellen Sach- und Rechtslage erforderlich ist.⁵ Dies leitet es im Wege der Gesamtschau u.a. aus der neueren Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen gegenüber Ausländern der zweiten Generation ab. So bewertet der EGMR die Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen im Hinblick auf einen möglichen Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 I EMRK regelmäßig vor dem Hintergrund der Situation, in der die Ausweisung rechtskräftig wurde.⁶ Dies spricht dafür, auch schon im Rahmen der innerstaatlichen gerichtlichen Überprüfung auf einen möglichst späten Beurteilungszeitpunkt abzustellen, um auf diese Weise der EMRK und ihrer Auslegung durch den EGMR bei der Interpretation des nationalen Rechtes so weit wie möglich Geltung zu verschaffen. In diese Richtung weist auch die neuere Rechtsprechung des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit von Ausweisungen.⁷

Das BVerwG hat seine Zeitpunktrechtsprechung in den Jahren 2009 und 2010 auf die Aufenthaltsbeendigung durch Rücknahme einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis⁸ und Nichtverlängerung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis⁹ erstreckt. Auch in

³ EuGH, Rs. C-482/01 und C-493/01, *Slg 2004, I-5257* = NVwZ 2004, 1099

⁴ BVerwG 1 C 30.02 - *BVerwGE 121, 297 (308 f.)* = NVwZ 2005, 220

⁵ BVerwG 1 C 45.06 - *BVerwGE 130, 20* = NVwZ 2008, 434

⁶ EGMR, Urteil vom 28. Juni 2007, *Kaya/Deutschland*, Beschwerde Nr. 31753/02, *InfAusIR 2007, 325*, m.w.N

⁷ Kammerbeschluss vom 10. August 2007 - 2 BvR 535/06 - NVwZ 2007, 1300

⁸ Urteil vom 13. April 2010 - BVerwG 1 C 10.09

⁹ Urteil vom 7. April 2009 - BVerwG 1 C 17.08 - *BVerwGE 133, 329, Rn 37 f.* = NVwZ 2010, 262

diesen Fällen ist der gerichtlichen Entscheidung die aktuelle Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen und nicht die zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung.¹⁰

2. Das Erfordernis einer individuellen Entscheidung ohne Vorprägung durch ein vorgegebenes System von Ist- und Regelausweisung

Weiter hat das BVerwG mit Urteil vom 23. Oktober 2007 entschieden, dass die Regelausweisung für Ausländer, die in Deutschland geboren und aufgewachsen sind, keine rechtmäßige Form der Aufenthaltsbeendigung darstellt.¹¹ Mit seiner Entscheidung hat das Gericht die Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG zur Verhältnismäßigkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen gegenüber langjährig in einem europäischen Aufnahmestaat lebenden und integrierten Ausländern aufgenommen und weiter entwickelt.¹² Das schematisierende System der Regelausweisung bietet danach keine hinreichende Gewähr für eine ergebnisoffene Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie für in Deutschland fest verwurzelte Ausländer erforderlich ist. Vielmehr bedarf es hier jeweils einer individuellen Würdigung, wie tief die Bindungen des Ausländer in Deutschland sind und ob diese Bindungen angesichts der konkreten Ausweisungsgründe bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalles einer Ausweisung entgegenstehen. Im konkreten vom BVerwG entschiedenen Fall lag eine hinreichende Verwurzelung vor, weil der Kläger in Deutschland geboren und aufgewachsen war und im Zeitpunkt der Ausweisung mit einer Deutschen und den gemeinsamen Kindern zusammenlebte.

Angesichts der vorstehend dargestellten Entwicklung in der Rechtsprechung wäre eine gesetzgeberische Entscheidung zur Neuordnung des Ausweisungsrechts wünschenswert, die Abstand vom System der Ist- und Regelausweisung nimmt. Der Gesetzgeber könnte eine Ausweisung generell von einer individuellen Güterabwägung abhängig machen, in die die derzeit als Gründe für eine Ist- und Regelausweisung ausgestalteten Tatbestände der §§ 53, 54 und 55 I und II AufenthG als öffentliche Interessen an einer Aufenthaltsbeendigung in die Abwägung einzustellen und abzuwägen wären gegen die in §§ 55 III und 56 AufenthG normierten, zugunsten des Ausländers zu berücksichtigenden Gesichtspunkte. Dabei könnte der Gesetzgeber durchaus an das bisherige gestufte System der Ausweisungstatbestände anknüpfen und bestimmte Ausweisungsgründe als schwerwiegender als andere werten. Entscheidend wäre die Ausgestaltung der behördlichen Entscheidung als eine individuelle, nicht determinierte. Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen ist es zu begründen, dass eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe „praxisgerechte Optionen zur Fortentwicklung des Ausweisungsrechts“ entwickelt hat. Diese wurden von der Konferenz der Innenminister der Länder am 4. Dezember 2009 zur Kenntnis genommen. Zugleich wurde der Bundesminister des Innern gebeten, die im Bericht dargestellten Handlungsoptionen zur Fortentwicklung des Ausweisungsrechts im Rahmen künftiger Gesetzgebungsvorschläge einzubeziehen. Dabei wird erkannt, dass „angesichts der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ausweisungsrecht die Notwendigkeit einer strukturellen Anpassung der gesetzlichen Vorgaben“ jedenfalls zu prüfen ist.¹³

¹⁰ Zu den Auswirkungen auf die Praxis vgl. Fricke, InfAuslR 2009, 422, 425

¹¹ BVerwG 1 C 10.07 - BVerwGE 129, 367 = NVwZ 2008, 326

¹² Vgl. hierzu auch Kraft, ZAR 2009, 41, 43 f.

¹³ Beschlüsse der 189. Sitzung der Ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren der Länder am 4.12.2009 in Bremen, TOP 21, InfAuslR 2010, 115 f.

Im Rahmen der Novellierung des Ausweisungsrechts wäre auch die Normierung eines Rückkehroption für Ausländer der zweiten Generation nach Ablauf der Sperrfrist ihrer Ausweisung - etwa im Rahmen von § 37 AufenthG - zu befürworten. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist nämlich die Ausweisung von Ausländern der zweiten Generation ohne familiäre Bindungen in Deutschland nur unter engeren Voraussetzungen möglich als eine solche von Ausländern mit Familie. Denn letztere haben aufgrund der familiären Bindungen eine Rückkehroption nach Ablauf der Sperrfrist ihrer Ausweisung, erstere hingegen nicht. Die Verhältnismäßigkeit der Ausweisung kann aus Sicht des BVerfG beim Fehlen familiärer Bande nicht durch eine Befristung ihrer Wirkungen erreicht werden, zumal das Aufenthaltsrecht nach dem Wegfall der Bindungen an das Bundesgebiet eine Wiedereinreise grundsätzlich nicht vorsieht.¹⁴ Dass die Ausweisung eines Ausländers ohne familiäre Bande erhöhten Anforderungen im Vergleich zu einem Familienvater unterliegt, erscheint unbefriedigend. Daher wie auch aus humanitären Gründen wäre es zu befürworten, auch verwurzelten Ausländern, die älter als 21 Jahre sind und daher die Voraussetzungen für ein Rückkehrrecht nach § 37 I AufenthG nicht erfüllen, eine Rückkehrmöglichkeit zu eröffnen. Schon heute kann nach § 37 II AufenthG eine Rückkehr des Ausländers nach Deutschland zur Vermeidung einer besonderen Härte im Ermessensweg gestattet werden.¹⁵ Diese Rückkehroption sollte auf die Fälle erweitert werden, in denen Ausländer der zweiten Generation ein schützenswertes Interesse an Wiederherstellung ihrer in Deutschland entwickelten Bindungen haben. Je enger die Bindungen des Betroffenen an den bisherigen Aufenthaltsstaat waren, je länger er dort gelebt hat und je weniger lang die Ausreise zurückliegt, desto eher erfordert das Recht auf Privatleben die Ermöglichung einer Rückkehr.¹⁶

3. Die gemeinschaftsrechtliche Privilegierung von assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen

Die Regeln über die Freizügigkeit der Unionsbürger sind nach dem Assoziationsabkommen EWG-Türkei von 1963 und der zu seiner Umsetzung erlassenen Regelungen (insbesondere Assoziationsrats-Beschluss 1/80 - ARB 1/80) so weit wie möglich auf assoziationsberechtigte Staatsbürger der Türkei zu übertragen. Zentrale Bedeutung für die Aufenthaltsrechte von Türken in Deutschland kommt der für Familienangehörige des Ausländers geschaffenen Regelung des Art. 7 ARB 1/80 zu. Jedenfalls für Kinder türkischer Arbeitnehmer bleibt deren privilegierte Rechtstellung unabhängig vom Fortbestehen der familiären Lebensgemeinschaft mit den Eltern bestehen. Sie ist nicht von der Ausübung einer Beschäftigung abhängig¹⁷, gewährt ein Recht zum dauerhaften Aufenthalt und erschwert die Aufenthaltsbeendigung (Art. 14 ARB 1/80). Eine Ausweisung darf daher nicht in Gestalt einer Ist- oder Regelausweisung erfolgen und muss auf die aktuelle Sach- und Rechtslage gestützt sein.¹⁸

Diskussionen auch im politischen Raum über die Visafreiheit für türkische Staatsangehörige hat das Urteil des EuGH vom 19. Februar 2009 in der Sache Soysal ausgelöst.¹⁹ Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Stand-Still-Klausel in Art. 41 I des

¹⁴ BVerfG, Kammerbeschluss vom 10. Mai 2007 - 2 BvR 304/07 - NVwZ 2007, 946

¹⁵ zur verfassungskonformen Auslegung dieser Vorschrift vgl. OVG Koblenz, InfAusIR 2010, 144 (149)

¹⁶ vgl. hierzu Tryjanowski, InfAusIR 2007, 268, 274

¹⁷ vgl. u.a. EuGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - C-373/03 - Aydinli - *Slg* 2005, I-6181Rn. 22 = NVwZ 2005, 1292; EuGH, Urteil vom 25. September 2008 - C-453/07 - Hakan Er - NVwZ 2008, 1337

¹⁸ BVerwG, Urteil vom 3. August 2004 - 1 C 29.02 - *BVerwGE* 121, 315 = NVwZ 2005, 224

¹⁹ EuGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - C-228/06 - NVwZ 2009, 513

Zusatzprotokolls zum Assoziationsabkommen EWG-Türkei Verschlechterungen in der Rechtsstellung als Erbringer von Dienstleistungen ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Protokolls am 1. Januar 1973 verbietet. Damit darf ein Mitgliedstaat kein Visum für die Einreise türkischer Staatsangehöriger in sein Hoheitsgebiet verlangen, wenn die betreffenden Personen dort Dienstleistungen für ein in der Türkei ansässiges Unternehmen erbringen wollen und ein solches Visum zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Protokolls nicht verlangt wurde. Fernfahrer wie die Kläger des Ausgangsverfahrens, die Waren für ein türkisches Unternehmen nach Deutschland liefern, brauchten hierfür 1973 kein Visum, sodass es von ihnen auch heute nicht verlangt werden darf. Die Entscheidung betrifft nicht die Einreise von Türken zur Begründung eines längerfristigen Aufenthalts und berührt damit nicht die Visumpflicht im Fall des Familiennachzugs. Streitig ist, ob ihre zur aktiven Dienstleistungsfreiheit getroffenen Aussagen auch auf die passive Dienstleistungsfreiheit übertragen werden können, ein Türke also das Recht zur visumsfreien Einreise hat, wenn er sich z.B. in Deutschland ärztlich behandeln lassen oder einen Sprachkurs absolvieren will.²⁰ Zwar umfasst die Dienstleistungsfreiheit nach der Rechtsprechung des EuGH die Erbringung wie die Entgegennahme von Dienstleistungen. Andererseits wird darauf verwiesen, dass die Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls nur die aktive Dienstleistungsfreiheit im Blick hatten und die Erweiterung auf die Entgegennahme von Dienstleistungen erst nach 1973 zur gemeinsamen Überzeugung der Mitgliedstaaten wurde.²¹ Das BVerwG war mit dieser Frage noch nicht befasst. Letztlich könnte sie vom EuGH zu entscheiden sein, wenn ein nationales Gericht sie dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorlegt.

III. Bedeutung des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2007 für das Ausländerrecht

Mit dem Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007 wurden u.a. die Unionsbürgerrichtlinie, die Richtlinie über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen und die Familienzusammenführungsrichtlinie in nationales Recht überführt. Im Folgenden werden ausgewählte Rechtsfragen angesprochen, die sich der Rechtsprechung in den letzten drei Jahren bei Anwendung der genannten Richtlinien gestellt haben.

1. Die Unionsbürgerrichtlinie

Durch die Unionsbürgerrichtlinie (2004/38/EG)²² werden die spezifischen Rechte der Unionsbürger nach Art. 21 AEUV für den Aufenthalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat normiert. Auf assoziationsberechtigte Türken sind aber nur die Regeln über den Ausweisungsschutz zu übertragen, die ein durch Grundfreiheiten nach Art. 45 bis 62 AEUV vermitteltes Aufenthaltsrecht sichern. Auf sie findet daher der besondere Ausweisungsschutz nach Art. 28 III lit. a der Richtlinie keine Anwendung.

²⁰ Für eine Übertragbarkeit auf die passive Dienstleistungsfreiheit plädieren etwa Dienelt, ZAR 2009, 182 (183 f.) und Westphal, InfAuslR 2009, 133 (134 f.); ablehnend die Bundesregierung in ihrer Antwort vom 22. April 2009 auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 16/12743, abgedruckt in ZAR 2009, 362 ff - zweifelnd Hailbronner, NVwZ 2009, 760 (764); offengelassen aber mit Tendenz zur Übertragbarkeit VG Frankfurt am Main, Urteil vom 22. Mai 2009 - InfAuslR 2009, 327 (328)

²¹ In diese Richtung argumentiert Hailbronner, Fußn. 20, S. 763 f.

²² Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EU 2004 Nr. L 229 S. 35

Nach dieser Vorschrift dürfen Unionsbürger nach zehnjährigem Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat nur aus „zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit“ ausgewiesen werden. Derartige Gründe liegen nach § 6 V 3 FreizügG/EU nur dann vor, wenn eine Freiheits- oder Jugendstrafe von mindestens fünf Jahren verhängt, Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland betroffen ist oder wenn von dem Betroffenen eine terroristische Gefahr ausgeht. Diese Regelung stellt eine spezifische Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft dar. Damit sprechen Sinn und Zweck der Regelung gegen ihre Übertragung auf assoziationsberechtigte Türken. Allerdings handelt es sich um eine gemeinschaftsrechtliche Zweifelsfrage. Ihre Klärung ist durch mehrere Vorabentscheidungsersuchen zu erwarten, die dem EuGH zu dieser Frage von deutschen Verwaltungsgerichten übermittelt wurden.²³

2. Die Richtlinie über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen

Die Richtlinie über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (2003/109/EG)²⁴ vermittelt nach fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt und Erteilung der Aufenthaltsberechtigung nach Art. 8 der Richtlinie eine aufenthaltsrechtliche Stellung besonderer Qualität. Gegenüber der Rechtsstellung nach dem ARB 1/80 hat sie den Vorteil, dass sie nicht nur erhöhten Ausweisungsschutz, sondern auch eine begrenzte Freizügigkeit innerhalb der Union gewährt. Probleme wirft die Anwendung von Art. 3 II der Richtlinie auf, wonach sie u.a. keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige findet, denen der Aufenthalt als Flüchtling oder aufgrund subsidiärer Schutzformen gewährt wurde. Hier stellt sich die Frage, ob auch Zeiten des Besitzes eines humanitären Aufenthaltstitels nach nationalem Recht, der unabhängig von den unionsrechtlichen Regeln zur Gewährung subsidiären Schutzes gewährt wurde, unter den Ausschlussstatbestand fallen oder bei der Berechnung des fünfjährigen rechtmäßigen Aufenthalts zu berücksichtigen sind. Diese Frage wurde in einem Verfahren vor dem BVerwG aufgeworfen. Der 1. Senat hat in seinem hierzu ergangenen Urteil Gesichtspunkte genannt, die eher für eine weite Auslegung des Ausschlussstatbestandes sprechen. Er hat die Frage aber als unionsrechtliche Zweifelsfrage angesehen, auf die es im konkreten Fall mangels Entscheidungserheblichkeit nicht ankam.²⁵

3. Die Familienzusammenführungsrichtlinie

Im Zusammenhang mit der Familienzusammenführungsrichtlinie (2003/86/EG)²⁶ bestand für drei Probleme besonderer Klärungsbedarf: (a) das Sorgerecht als Voraussetzung für den Kindernachzug, (b) das Erfordernis von Sprachkenntnissen beim Nachzug des Ehepartners und (c) die Notwendigkeit der Sicherung des Lebensunterhalts.

a) Das Sorgerecht als Voraussetzung für den Kindernachzug

²³ vgl. Beschluss des VGH Mannheim vom 22. Juli 2008 - 13 S 1917/07 - NVwZ-RR 2009, 82; Beschluss des BVerwG vom 25. August 2009 - BVerwG 1 C 25.08 - NVwZ 2010, 392

²⁴ Richtlinie 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, ABl. EU 2004 Nr. L 16 S. 44

²⁵ Urteil vom 9. Juni 2009 - BVerwG 1 C 7.08 - NVwZ 2009, 1431, Rn. 17

²⁶ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. EU 2003 Nr. L 251 S. 12

§ 32 III AufenthG regelt das Recht auf Familiennachzug von Kindern zu ihren in Deutschland lebenden Eltern. Danach ist dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers, welches das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil ein Aufenthaltsrecht in Deutschland besitzen. Die Vorschrift dient der Umsetzung der Familienzusammenführungsrichtlinie. Nach Art. 4 I lit. c der Richtlinie gestatten die Mitgliedstaaten den Kindernachzug, wenn der zusammenführende Elternteil das Sorgerecht besitzt und für den Unterhalt der Kinder aufkommt. Die in EU-Richtlinien verwendeten Begriffe sind unionsrechtlich auszulegen. So bestimmt sich der Begriff des Sorgerechts als Grundlage für den Nachzugsanspruch eines Kindes nach der EG-Verordnung 2201/2003 und nicht nach deutschem Familienrecht. Danach ist ein Elternteil nicht allein personensorgeberechtigt, wenn dem anderen Elternteil bei der Ausübung der Personensorge substantielle Mitentscheidungsrechte und -pflichten zustehen, etwa in Bezug auf Aufenthalt, Schule und Ausbildung oder Heilbehandlung des Kindes. Dies hat das BVerwG durch Urteil vom 7. April 2009 entschieden. Zugleich hat es die Rechtsauffassung zurückgewiesen, wonach ein Anspruch auf Kindernachzug nach § 32 III AufenthG analog dann bestehe, wenn das ausländische Familienrecht eine vollständige Sorgerechtsübertragung nicht kenne.²⁷ Über den Nachzug der Kinder ist in diesen Fällen vielmehr nach Ermessen zu entscheiden, wobei dem Kindeswohl maßgebliche Bedeutung zukommt.

b) Das Erfordernis von Sprachkenntnissen für den Nachzug des Ehepartners

Das für den Ehegattennachzug in § 30 I 1 Nr. 2 AufenthG normierte Erfordernis von Sprachkenntnissen ist verfassungsrechtlich u.a. am Maßstab des Art. 6 GG und europarechtlich im Hinblick auf seine Vereinbarkeit mit Art. 7 II der Familienzusammenführungsrichtlinie zu messen. Nach dem Urteil des BVerwG vom 30. März 2010 ist die Regelung sowohl mit Verfassungsrecht wie mit Europarecht zu vereinbaren.²⁸ Das Spracherfordernis widerspricht nicht dem besonderen Schutz, den Ehe und Familie nach dem Grundgesetz und nach dem Unionsrecht genießen. Art. 6 GG gewährt nach der Rechtsprechung des BVerfG keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt zu einem hier lebenden Familienangehörigen, sondern verpflichtet zu einem schonenden Ausgleich des privaten Interesses an einem ehelichen und familiären Zusammenleben im Bundesgebiet mit gegenläufigen öffentlichen Interessen. Dem wird die gesetzliche Regelung gerecht, die ein Zusammenleben im Bundesgebiet regelmäßig nur für einen überschaubaren Zeitraum verhindert. Die Vorschrift ist auch nicht deshalb verfassungswidrig, weil sie keine allgemeine Ausnahmeregelung für Härtefälle enthält. Zwar erscheint es möglich, dass die deutschen Sprachkenntnisse aus nicht zu vertretenden Gründen innerhalb eines angemessenen Zeitraums nicht erworben werden können. Zugleich kann es an einer zumutbarer Möglichkeit fehlen, die Lebensgemeinschaft im Ausland herzustellen. In einer derartigen das eheliche Zusammenleben dauerhaft in Frage stellenden Situation kann der verfassungsrechtlich gebotene Interessenausgleich jedoch einfachgesetzlich auf andere Weise herbeigeführt werden, etwa durch die Erteilung einer vorübergehenden Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Spracherwerbs (§ 16 V AufenthG).

Das in § 30 I 1 Nr. 2 AufenthG normierte Spracherfordernis steht auch im Einklang mit der Familienzusammenführungsrichtlinie. Denn diese ermächtigt in Art. 7 II die

²⁷ Urteil vom 7. April 2009 - BVerwG 1 C 17.08 – *BVerwGE* 133, 329 Rn. 12 ff. = *NVwZ* 2010, 262

²⁸ Urteil vom 30. März 2010 - BVerwG 1 C 8.09 - in diesem Heft

Mitgliedstaaten, den Familiennachzug davon abhängig zu machen, dass der Betroffene Integrationsmaßnahmen nachkommt. Hierunter wurde in den zuständigen Gremien der Union von Anfang an auch das Absolvieren von Sprachprüfungen und nicht nur die Teilnahme an Sprachkursen verstanden.²⁹ Auch die EU-Kommission hält Sprachprüfungen von der Ermächtigung in Art. 7 II der Richtlinie für gedeckt, wenn sie dem Integrationsziel dienen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.³⁰ Auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit kann sich ein Drittstaatsangehöriger beim Familiennachzug nicht berufen.

c) Die Notwendigkeit der Sicherung des Lebensunterhalts

Die Ermächtigung der Mitgliedstaaten, für den Familiennachzug feste und regelmäßige Einkünfte zur Sicherung des Lebensunterhalts nach Art. 7 I lit. c der Familienzusammenführungsrichtlinie zu verlangen, erlaubt nicht, einen Familiennachzug ohne individuelle Prüfung der Einkommensverhältnisse abzulehnen. Nach dem Urteil des EuGH vom 4. März 2010 in der Sache Chakroun ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten kein vom individuellen Lebensbedarf des betroffenen Ausländers völlig unabhängiges Mindesteinkommen verlangen dürfen, unterhalb dessen jede Familienzusammenführung abgelehnt wird.³¹ Die Entscheidung des EuGH betraf die in den Niederlanden geltende Regelung, wonach ein Ausländer im Fall der Familiengründung nach seiner Einreise in die Niederlande dauerhaft über ein Nettoeinkommen verfügen muss, das 120 % des Mindesteinkommens eines Arbeitnehmers im Alter von 23 Jahren entspricht, damit sein Unterhalt als gesichert angesehen werden kann. Auf den konkreten Unterhaltsbedarf des einzelnen Antragstellers kommt es im Fall einer Familiengründung nach Einreise nicht an, anders als wenn die familiären Bande zum Zeitpunkt der Einreise schon bestanden. Hiervon unterscheidet sich die in Deutschland geregelte Berechnung des Unterhaltsbedarfs nach altersabhängigen sozialhilfrechtlichen Regelsätzen, die ergänzt werden durch individuelle Faktoren wie die konkrete Höhe der Wohnungsmiete und der Mietnebenkosten. Die in Deutschland praktizierte Berechnung des Unterhaltsbedarfs für den Familiennachzug, die nicht zwischen Familiengründung vor oder nach Einreise des Zusammenführenden differenziert, hat das BVerwG in seinem Urteil vom 26. August 2008 als rechtmäßig angesehen.³² Allerdings wird der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der angekündigten Ausweitung der Freibeträge für nicht anrechenbare Hinzuverdienste zu erwägen haben, diese Freibeträge bei der Berechnung des Unterhaltsbedarfs von Ausländern unberücksichtigt zu lassen. Eine entsprechende Gesetzesinitiative zur Änderung von § 2 III 2 AufenthG hat unlängst das Land Berlin ergriffen.³³

IV. Bedeutung des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2007 für das Flüchtlingsrecht

Seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages ermächtigt Art. 78 II AEUV zu einer Vollharmonisierung des Flüchtlingsrechts. In den zurückliegenden Jahren stand die Umsetzung asylrechtlicher Richtlinien im Vordergrund, die zu einer Vereinheitlichung

²⁹ Vgl. Rat der Europäischen Union, Beratungsergebnisse der Gruppe „Migration und Rückführung“ vom 12. November 2002 - 13968/02 MIGR 113 S. 12 Fußn. 1 und vom 26. November 2002 - 14272/02 MIGR 119 S. 12 f.

³⁰ Europäische Kommission, Bericht vom 14. Oktober 2008 über die Anwendung der Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenleben, Ratsdokument 14189/08 MIGR 86, S. 9.

³¹ EuGH, Urteil vom 4. März 2010 - C-578/08 - Chakroun - FamRZ 2010, 621

³² BVerwG 1 C 32.07 - BVerwGE 131, 370 = NVwZ 2009, 248

³³ BR-Drucks. 206/10 vom 16. April 2010

der Voraussetzungen der Flüchtlingsanerkennung und des bei der Anerkennung zu beachtenden Verfahrens beitragen sollen. Drei Problemkreise erscheinen dabei von besonderer Bedeutung.

1. Nationales Asylgrundrecht und einheitlicher europäischer Flüchtlingsstatus

Seit Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie (2004/83/EG)³⁴ kommt der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach Art. 2 lit. c und d (§ 3 I AsylVfG) zentrale Bedeutung zu. Das nationale verfassungsrechtliche Asylrecht tritt zunehmend in den Hintergrund.³⁵ Das verdeutlichen die Anerkennungszahlen. So erkannte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge im Jahr 2009 zwar 7.663 Asylbewerbern den Flüchtlingsstatus zu (26,6 %), aber nur 452 Antragstellern eine Asylberechtigung (1,6 %).³⁶ Das rein national begründete, wenn auch mit Verfassungsrang ausgestattete Asylrecht nach Art. 16a GG wird jedenfalls nach einer Vollnormierung des europäischen Flüchtlingsrechts voraussichtlich kein Freizügigkeitsrecht nach Art. 26 - 28 Genfer Flüchtlingskonvention mehr begründen können. Denn das nationale Asylrecht nach Art. 16a GG erlaubt z.B. einen Ausschluss ehemaliger Terroristen von der Anerkennung nur im Fall einer weiterhin von ihnen ausgehenden Gefährdung, das völkerrechtliche und europarechtliche Flüchtlingsrecht verlangt hingegen ihren Ausschluss schon aufgrund der Schutzwürdigkeit ihres früheren Handelns - also auch ohne aktuell fortbestehende Gefährlichkeit. Die Frage wird demnächst vom EuGH zu entscheiden sein, dem entsprechende Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG vorliegen.³⁷ Spätestens nach einer Vollharmonisierung des europäischen Flüchtlingsrechts, wie sie Art. 78 II AEUV nunmehr vorsieht, ist eine Entwicklung innerhalb der EU-Mitgliedstaaten zu erwarten, wonach nur noch diejenigen Flüchtlinge Freizügigkeit genießen, die den europaweit „einheitlichen Asylstatus“ besitzen. § 2 I AsylVfG, der Asylberechtigten die Rechtstellung nach der Genfer Flüchtlingskonvention verleiht, wäre dann zu ändern.

2. Auslegung des Flüchtlingsrechts unter Rückgriff auf Völkerrecht

Die Auslegung von europarechtlichen Normen des Flüchtlingsrechts setzt in vermehrtem Umfang den Rückgriff auf Vorschriften des humanitären Völkerrechts und des Völkerstrafrechts voraus. Denn das Unionsrecht greift zur Wahrung der Rechtseinheit - soweit möglich - auf bestehende internationale Regelwerke und die Rechtsprechung von internationalen Gerichtshöfen zurück. Ausgangspunkt der Normierung bildet die Genfer Flüchtlingskonvention und damit ein völkerrechtlicher Vertrag. Darüber hinaus sind die Klauseln zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft in der Qualifikationsrichtlinie - wie etwa der Begriff des Kriegsverbrechens - unter Rückgriff auf das Völkerstrafrecht auszulegen, insbesondere unter Bezugnahme auf Art. 8 des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs vom 17. Juli 1998 und die hierzu ergangene Rechtsprechung.³⁸ Bei der Gewährung subsidiären Schutzes nach Art. 15 lit. c der Qualifikationsrichtlinie ist der dort verwandte Begriff des internationa-

³⁴ Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen ..., ABl. EU 2004 Nr. L 304 S. 12

³⁵ Vgl. hierzu auch Hailbronner, ZAR 2009, 369

³⁶ Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, Aktuelle Zahlen zu Asyl, Stand: März 2010, S. 6

³⁷ Beschlüsse vom 14. Oktober 2008 - BVerwG 10 C 48.07 - *BVerwGE* 132, 79 und vom 25. November 2008 - BVerwG 10 C 46.07 - *NVwZ* 2009, 592

³⁸ Vgl. hierzu Urteile vom 24. November 2009 - BVerwG 10 C 24.08 - Rn. 31 und vom 16. Februar 2010 - BVerwG 10 C 7.09

len oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts unter Rückgriff auf Vorschriften des humanitären Völkerrechts, insbesondere Art. 3 der Genfer Konventionen zum humanitären Völkerrecht von 1949 und der zu ihrer Umsetzung erlassenen Zusatzprotokolle auszulegen.³⁹ Allerdings findet die Orientierung an den Kriterien des humanitären Völkerrechts ihre Grenze dort, wo ihr der Zweck der Schutzgewährung für Zuflucht in Drittstaaten Suchende nach Art. 15 lit. c der Richtlinie widerspricht.⁴⁰

3. Der Widerruf der Flüchtlingsanerkennung

Für den Widerruf der Flüchtlingseigenschaft sind nunmehr die vom EuGH in seinem Urteil vom 2. März 2010 entwickelten Grundsätze zu beachten.⁴¹ Die einen Wegfall der Verfolgungsgefahr begründenden Umstände im Sinne von Art. 11 I lit. e der Qualifikationsrichtlinie müssen dauerhaft sein. Davon kann nur ausgegangen werden, wenn der Heimatstaat dem Flüchtling Schutz vor Verfolgung bietet. Dazu muss der Staat geeignete Schritte eingeleitet haben, um die Verfolgung zu verhindern. Insbesondere muss er über wirksame Rechtsvorschriften verfügen, die der Ermittlung, Strafverfolgung und Ahndung von Handlungen dienen, die eine Verfolgung darstellen. Zudem muss der Betroffene Zugang zu diesem Schutz haben (Art. 7 II). Der EuGH richtet sein Augenmerk deutlicher als die bisherige deutsche Rechtsprechung auf die Frage der Schutzgewährung.⁴² Im Übrigen hat das Urteil des EuGH weitere Klärung zur Frage des Beweismaßstabes und der Beweiserleichterungen im Fall der Vorverfolgung eines Flüchtlings gebracht. Hieran wird die nationale Rechtsprechung anknüpfen können.

V. Schlussbemerkungen

Das europäische Unionsrecht gewinnt für das deutsche Aufenthaltsrecht zunehmend an Bedeutung, nachdem im August 2007 elf EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt wurden. Eine erste Bilanz dieser Umsetzung des Unionsrechts in die nationale Rechtsprechung zum Ausländer- und Asylrecht zeigt, dass die Mehrzahl der Rechtsstreite nicht mehr ohne Rückgriff auf das Unionsrecht entschieden werden können. Damit kommt auf Verwaltungsjuristen, Anwälte und Richter verstärkt die Aufgabe zu, sich europarechtliche Begriffe zu erschließen und sich mit der Rechtsprechung des EuGH, des EGMR und anderer Gerichte aus EU-Mitgliedstaaten auseinanderzusetzen, die die gleiche unionsrechtliche Norm auslegen. In den meisten Fällen müssen die nationalen Gerichte die Erstauslegung der gemeinschaftsrechtlich geprägten Normen vornehmen und dann entscheiden, in welchen Fällen sie eine europarechtliche Zweifelsfrage sehen, die dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen ist. Das Bundesverwaltungsgericht wertet die ihm zugängliche Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten der EU, aber auch außerhalb der EU zur Vorbereitung seiner Entscheidungsfindung aus und setzt sich mit ihr in seinen Urteilen auseinander.⁴³ Entsprechendes geschieht in anderen Mitgliedstaa-

³⁹ Vgl. Urteil vom 24. Juni 2008 - BVerwG 10 C 43.07 - *BVerwGE* 131, 198 Rn. 19 ff. = *NVwZ* 2008, 1241

⁴⁰ Auf diese Zweckbestimmung des Schutzes stellt ab: Court of Appeal for England and Wales (Civil Division), Urteil vom 24. Juni 2009, [2009] EWCA Civ 620, Rn 34-36

⁴¹ EuGH, C-175/08 u.a., *NVwZ* 2010, 505

⁴² vgl. hierzu Wittkopp, *ZAR* 2010, 170

⁴³ Vgl. etwa Urteil vom 24. Juni 2008 zum subsidiären Schutz nach Art. 15 c Qualifikationsrichtlinie (Fußn. 39), Vorlagebeschluss vom 14. Oktober 2008 – BVerwG 10 C 48.07 – *BVerwGE* 132, 79 und Urteil vom 24. November 2009 - BVerwG 10 C 24.08 (Fußn. 38) - beide zum Ausschluss von der Flüchtlingseigenschaft

ten. So hat sich der Supreme Court des Vereinigten Königreichs (vormals: House of Lords) in seinem Grundsatzurteil vom 17. März 2010 zum Ausschluss von der Flüchtlingsanerkennung zu bestimmten Fragen auf die Rechtsauffassung des BVerwG bezogen und sich ihr angeschlossen.⁴⁴

Damit die Rechtspraxis die ihr gestellte Aufgabe erfolgreich bewältigen kann, bedarf es allerdings eines Mindestmaßes an Rechtsbeständigkeit. Mit Sorge ist daher zu beobachten, dass die EU-Kommission bereits drei Jahre nach Umsetzung der Richtlinien Vorschläge zu deren Novellierung vorgelegt hat⁴⁵ und weitere Vorschläge erarbeitet. Eine Novellierung der bestehenden unionsrechtlichen Regelungen im Ausländer- und Asylrecht sollte erst nach einem hinreichenden Zeitraum der Erfahrung mit der Anwendung der bestehenden Normen erfolgen.

⁴⁴ Urteil des Supreme Court of the United Kingdom vom 17. März 2010 [2010] UKSC 15, Rn. 14, 34, 36, 47 ff.

⁴⁵ Vorschlag der Kommission für eine Novellierung der Qualifikationsrichtlinie vom 21. Oktober 2009 - KOM(2009) 551 endgültig und für eine Novellierung der Richtlinie über das Asylverfahren vom 22. Oktober 2009 - KOM(2009) 554 endgültig; vgl. dazu auch die kritischen Stellungnahmen des Bundesrates vom 18. Dezember 2009, BRDrs 791/09 und 792/09