

## **Rechtsverweigerung durch Rechtsschöpfung**

oder

### **Der verminderte Schutz von Art. 6 GG bei Beteiligung eines Ausländers**

(Eine Kritik an der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.03.2010, BVerwG 1 C 7/09, und der Anmerkung von Fricke im jurisPraxisreport Extra 8+9/2010, Seite 186 ff., JURISPR-BVerwG 14/2010 Anm. 3, Fricke)

#### **I. Um was es geht:**

Zwei schließen den „Bund für's Leben“ und beantragen sodann ein Visum für den einen, den Ehemann. Denn dieser ist Ausländer und lebt im Ausland. Die deutsche Sprache hat er schon gelernt, sonst dürfte er ohnehin nicht kommen. Er spricht bei der für die Erteilung des Visums zuständigen Auslandsvertretung vor, die ihn befragt. Die für die Zustimmung zur Erteilung des Visums zuständige Ausländerbehörde lädt und befragt die Ehefrau. Eine oder beide Behörden äußern Zweifel an der Ernsthaftigkeit der von beiden Eheleuten behaupteten Absicht, eine eheliche Lebensgemeinschaft aufzunehmen. Das Visum wird abgelehnt. Der Ehemann klagt. Das Verwaltungsgericht hört nicht ihn an – er bekommt dafür kein Visum –, sondern seine Ehefrau. Die von den Behörden geltend gemachten Zweifel werden nicht verstärkt, aber auch nicht behoben. Denn die Ehefrau hat ihren Ehemann seit der Ablehnung der Zuzugsgenehmigung nur einmal besucht. Der Flug sei zu teuer gewesen, sagt sie. Und dass sie auf das Gericht vertraut habe, ihren Ehemann zu ihr kommen zu lassen. Beweisen, dass sie und ihr Mann wirklich eine eheliche Lebensgemeinschaft aufnehmen wollen, kann die Ehefrau nicht. Non-liquet, sagt er Jurist. In diesem Fall, so das Bundesverwaltungsgericht, muss der Ehemann eben draußen bleiben. Denn die materielle Beweislast für den Willen, zusammen leben zu wollen, tragen die Eheleute. Zweifel gehen zu ihren Lasten. Dies habe der Gesetzgeber so gewollt. Ein anderes Ergebnis sei weder verfassungs- noch unionsrechtlich geboten.

Die Richterin am BVerwG Fricke teilt in ihrer Anmerkung diese Ansicht. Wundern muss dies nicht, da sie an der Entscheidung selbst mitgewirkt hat. Fragen darf man sich aber nicht nur, ob es „guter Stil“ ist, seine eigenen Entscheidungen zu kommentieren, sondern vor allem, ob nicht kritische Worte angebracht wären. Denn es erscheint äußerst fraglich, ob die Entscheidung mit Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und dem von EuGH und EGMR hervorgehobenen subjektiven Recht auf Zusammenleben mit seinem gewählten Lebenspartner nicht kollidiert beziehungsweise ihm nicht diametral entgegensteht. Außerdem, ob effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG so überhaupt noch möglich ist.

#### **II. Die Praxis des Ehegattennachzugs**

Beim Zuzug eines Ausländers zu seinem im Inland lebenden Ehegatten, dem sogenannten „Zusammenführenden“, haben die Eheleute regelmäßig keine Möglichkeit, ihre Absicht, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu führen, tatsächlich unter Beweis zu stellen, beispielsweise durch eine längere Zeit des Zusammenlebens. Dem Familienangehörigen ist der Zuzug nicht gestattet, der Zusammenführende ist in der Regel durch seinen Beruf, anderweitige Familienangehörige oder schlicht kulturell an Deutschland gebunden. Ein Zusammenleben im Ausland wäre für ihn mit zahlreichen, oft gravierenden sozialen und beruflichen Nachteilen verbundenen, bis hin zum Verlust seines Aufenthaltsrechts für Deutschland, sofern er kein Deutscher ist, § 51 Abs. 1 Nrn. 6 und 7 AufenthG.

Wie verfährt in solchen Fällen die Behörde? Sie sucht nach Anhaltspunkten für das Vorliegen einer „Scheinehe“, also danach, ob die Ehe zu ehefremden Zwecken geschlossen wurde. Wobei damit nicht solche Ehen gemeint sind, die am Totenbett, zur Erlangung steuerlicher Vorteile oder eines Adelstitels geschlossen werden. Auch die sog. Josephsehe fällt nicht hierunter. Niemand zweifelt, dass solche Ehen in jeder Hinsicht von Art. 6 GG geschützt sind. Anders bei Beteiligung eines drittstaatsangehörigen Ausländers, also eines Ausländers, der kein Unionsbürger ist. Dort wird das bei Ausländerbehörde und Auslandsvertretung meist ohnehin vorhandene Misstrauen sogar ministeriell verordnet. Nr. 27.1a.1.7 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG vom 26.10.2009

(AVwV-AufenthG) listet auf, wann Zweifel aufzukommen haben, ob die Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft beabsichtigt sei. Die Vorschrift lässt erahnen, dass ein Großteil der Ehen, die mit einem im Ausland lebenden Partner geschlossen werden, solchen Zweifeln unterliegen sollen.

- Es genügt, dass sich Ehepartner vor ihrer Ehe nie oder „auffallend“ kurz begegnet sind. Dies ist bei einem Großteil der Ehen aus einem Kulturkreis festzustellen, bei denen Eltern oder sonstige Dritte die Ehe arrangieren. Allerdings sollen nach dem Willen des Gesetzgebers auch arrangierte Ehen – anders als Zwangsehen – dem Schutz von Art. 6 GG unterfallen. Und was „auffallend“ ist, ist schlicht nicht objektivierbar.
- Auch genügen widersprüchliche Angaben zu den Umständen des Kennenlernens oder sonstiger wichtiger Informationen. Indes: Wer dem Bericht zweier Personen von ein und demselben Ereignis lauscht, wird nicht selten auf Widersprüchliches stoßen; je länger und genauer gefragt wird, desto wahrscheinlicher ein Widerspruch. Es liegt also in der Hand der Behörde, Widersprüche zu produzieren. Hierzu passt, dass die getrennte Befragung der Eheleute durch Auslandsvertretung und Ausländerbehörde im Visumverfahren immer häufiger praktiziert wird.
- Welche „angemessene Verteilung der Beiträge der Ehepartner zu den Verpflichtungen aus der Ehe“ erwartet werden, um eine schützenswerten Lebensgemeinschaft anzunehmen, ist ebenfalls höchst subjektiv und, im hier interessierenden Zusammenhang, die letztlich unüberprüfbare Einschätzung eines Behördenmitarbeiters.
- Weshalb der Umstand, dass ein Ehepartner sich früher „unbefugt beziehungsweise im Rahmen eines Asylantrags“ in einem EU-Mitgliedstaat aufgehalten hatte, Anlass zu Zweifeln an der Absicht der Herstellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft begründet, erschließt sich ohnehin nicht.

In all diesen – und vielen weiteren – Fällen hängt es also im Wesentlichen von der Einstellung eines Mitarbeiters der Auslandsvertretung oder Ausländerbehörde ab, ob ein Zweifel als gewichtig oder weniger gewichtig angesehen wird. Scheint er gewichtig, darf nachgefragt werden. Verbleiben Restzweifel, und sei es nur, weil der Befragte sich das inquisitorische Aushorchen seines persönlichen Umfelds verbittet, geht dies zum Nachteil des Nachzugswilligen.

### III. Die Folgen der Entscheidung des BVerwG

Schützt nun das wegen der Ablehnung des Visums angerufene Gericht den Wunsch der Eheleute, zusammen zu leben? Nein, dem BVerwG folgend bürdet es den Eheleuten die Pflicht auf, ihre Absicht, eine schützenswerte eheliche Lebensgemeinschaft zu führen, unter Beweis zu stellen. Anders gesagt: derjenige, der sich auf den Grundrechtsschutz beruft, soll zunächst beweisen, dass er überhaupt Grundrechtsträger ist und in den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG fällt. Dies sei, so das BVerwG, der Wille des Gesetzgebers. Dies sei, so das BVerwG, der Wille des Gesetzgebers.

Unbeleuchtet bleibt schon, dass dies in der Praxis zu einer für die Eheleute untragbaren Beweislast führt. Ein innerer Vorgang („Ich will mit ihm zusammenleben“) ist ohnehin schwer darzustellen, erst recht kaum zu beweisen. Kommt hinzu, dass ein nur künftiges Ereignis in Frage steht, nämlich das gewünschte Zusammenleben in ehelicher Verbundenheit nach Erteilung des begehrten Visums, fehlt es an jeder beweisbaren Manifestation des Herstellungswillens. Bestenfalls sind insoweit Indizien vorhanden, Beweise nie. Und die Bewertung von Indizien ist weder vorhersehbar, noch führt sie im Regelfall dazu, dass sämtlichen Zweifeln Einhalt geboten ist. Wenn aber bei fortbestehenden Zweifeln die Eigenschaft der Eheleute als Grundrechtsträger verneint und der Zuzug verwehrt werden darf, versagt jeder effektive Rechtsschutz.

Ob dies mit dem Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK sowie mit Art. 19 Abs. 4 GG in Einklang steht, muss bezweifelt werden. Die Annahme, weil der Herstellungswille nicht bewiesen sei, gebiete auch Art. 6 GG keine andere Verteilung der Beweislast, ist jedenfalls ein Zirkelschluss.

Man sollte sich an dieser Stelle aber die Frage stellen, weshalb nur beim Zuzug von Ausländern die materielle Beweislast den Eheleuten auferlegt wird. In sämtlichen anderen Bereichen, in denen es um die Wahrnehmung von Rechten aufgrund ehelichen Zusammenlebens ankommt, genügt der Akt der Eheschließung. Ob, auf welche Art und wie intensiv Eheleute zusammenleben, überlässt der Gesetzgeber aus guten Gründen dem Wunsch der Eheleute. Man stelle sich nur vor, jeder Steuerpflichtige, der das Ehegatten-Splitting in Anspruch nehmen will, müsste sich einer Befragung

durch seinen Finanzbeamten zu den Einzelheiten seiner Ehe und den Gepflogenheiten des Ehegatten aussetzen, die ähnlich peinlich wie die Befragung des Ausländers und des Zusammenführenden beim Ehegattennachzug ist. Der Aufschrei in der Bevölkerung wäre immens.

#### **IV. Die Vereinbarkeit mit Unionsrecht**

Das BVerwG behauptet, seine Entscheidung sei so eindeutig mit der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (Familienzusammenführungsrichtlinie – FZF-RL –, ABl. EU Nr. L 251 S. 12) vereinbar, dass es einer Vorlage an den EuGH nicht bedürfe. Diese Ansicht ist mit Blick auf den Wortlaut von Art. 16 Abs. 1 b) und Abs. 2 S. 1 b) FZF-RL geradezu kühn.

Als Beleg für die Richtigkeit seiner Auffassung zitiert das BVerwG das Ratsdokument 11330/01 vom 27.07.2001 zum ersten Entwurf dieser Richtlinie und stützt seine Ansicht auf eine Fußnote (!) in diesem Dokument. Tatsächlich enthielt jener Entwurf aber nur eine Art. 16 Abs. 2 S. 1 b) FZF-RL entsprechende Vorschrift. Die Kommission hatte in der Beratung zu dieser Richtlinie die Frage aufgeworfen, ob bei einer sehr engen Interpretation des Begriffs des tatsächlichen ehelichen Zusammenlebens im Fall einer Ehekrise – der Richtliniegeber unterscheidet zwischen (erstmaliger) „Herstellung“ und „Wiederherstellung“ (!) – Sanktionen nicht unverhältnismäßig seien. Ausweislich dieser einen Fußnote im Ratsdokument vertrat der Vorsitzende des Rates die Auffassung, dass die Aufnahme einer Bestimmung, wie sie nun in Art. 16 Abs. 1 b) FZF-RL enthalten ist, insofern notwendig sei, als das Kriterium der Lebensgemeinschaft allein nicht ausreiche und die Mitgliedstaaten verlangen können müssen, dass das Vorhandensein eines Mindestmaßes an Beziehungen zwischen den betreffenden Personen nachgewiesen wird. Die Kommission äußerte Bedenken, Schweden unterstützte den Vorschlag des Vorsitzenden, Deutschland legte einen Vorbehalt gegen diese Differenzierung ein. Im übrigen Rechtssetzungsverfahren wurde Art. 16 Abs. 1 b) FZF-RL dann nicht vertieft erörtert.

Allerdings wird im geänderten Vorschlag zu Art. 16 FZF-RL klargestellt, dass in Abs. 1 b) „auf ein tatsächliches Ehe- oder Familienleben abgestellt (wird); damit soll verhindert werden, dass das Ziel der Familienzusammenführung, das in der Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Familiengemeinschaft besteht, umgangen wird. Absatz 2 dient der Bekämpfung von Betrug und von Ehen, Adoptionen oder Partnerschaften, die nur zum Schein geschlossen wurden. Diese Bestimmung wurde ergänzt, um alle möglichen Fälle abzudecken“ (KOM/2002/225 endg., CNS 1999/0258, ABl. C 203E vom 27.08.2002, S. 136-141). Unterschieden wird also ausdrücklich zwischen Abs. 1, bei dem es um die „Wiederherstellung“ einer unterbrochenen Lebensgemeinschaft geht, und Abs. 2, der ausschließlich der Bekämpfung von Scheinehen u.ä. bei der erstmaligen Herstellung einer Lebensgemeinschaft dient. Der Richtliniengeber hat folglich, entgegen der Ansicht des BVerwG, mit Abs. 1 b) nicht die Zweck- oder Scheinehe im Blick, sondern die Situation, dass die eheliche Lebensgemeinschaft bereits bestand, aber unterbrochen wurde. Dies war auch der Gegenstand der Diskussion im Rat. Wenn Deutschland dort einen Vorbehalt eingelegt hat, so lässt sich hieraus jedenfalls nicht folgern, dass der Rat trotz beibehaltener Formulierung von seiner Mehrheitsauffassung abgewichen ist und entgegen der Begründung der Kommission nun auch vermutete Scheinehen unter Abs. 1 fassen wollte.

Spricht schon die Entstehungsgeschichte der FZF-RL nicht für die vom BVerwG – als unzweifelhaft richtig – erkannte Auslegung, so wird der Widerspruch zu dem vom Rat Gewollten bei einer systematischen Auslegung offenkundig. Denn welchen Anwendungsbereich soll Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZF-RL noch haben, wenn alle denkbaren Fallgruppen schon von Abs. 1 dieser Norm erfasst sind? Die in Abs. 2 genannte „Scheinehe“ zeichnet sich ja gerade dadurch aus, dass „keine tatsächlichen ehelichen oder familiären Bindungen“ bestehen. Genau dies wird aber in Abs. 1 als Ausschlussgrund benannt. Warum sollte der Normgeber daneben einen Absatz 2 mit einer expliziten Beweisregel – in Abs. 4 – schaffen, wenn doch alles schon über Abs. 1 zu „lösen“ ist? Doch offensichtlich nur, weil er die „Scheinehe“-Fälle nicht in Abs. 1, sondern ausschließlich in Abs. 2 verorten wollte.

Selbst wenn dies nicht zwingend wäre, hätte die Frage der Beweislastverteilung dem Gerichtshof vorgelegt werden müssen, um eine Klärung dieser unionsrechtlichen Frage zu ermöglichen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Entscheidung des EuGH vom 04.03.2010 (Rs. C-578/08 [Chakroun], InfAusR 2010, 221), in der der Gerichtshof nicht zum ersten Mal darauf hingewiesen hat, dass Art. 4 Abs. 1 FZF-RL klar definierte subjektive Rechte einräumt und diese nicht einschränkend interpretiert werden dürfen.

#### **IV. Ausblick**

Wird die Frage den EuGH nicht vorlegt, wozu auch jedes erstinstanzliche Gericht, insbesondere das für Visumklagen zuständige Verwaltungsgericht Berlin befugt wäre, wird dies zu einem drastischen Rückgang des Ehegattennachzugs und einer erschreckenden Erfolglosigkeit von Visumklagen führen. Wie oben aufgezeigt, genügen geringe Unregelmäßigkeiten und aus Sicht eines deutschen Beamten oder Berufsrichters unverständliche Verhaltensweisen für „Zweifel“ und damit als Rechtfertigung für die Ablehnung eines Visums. Der Eingriff in die Rechte der Betroffenen, ihre Ehe überhaupt leben zu dürfen, ist immens. Zumindest den deutschen Staatsangehörigen kann angesichts dessen nur empfohlen werden, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen und die originären Unionsbürgerrechte zu re-importieren, so dass sich der Familiennachzug nach dem primären Unionsrecht richtet. Den in Deutschland lebenden, nicht gewanderten Zusammenführenden bleibt nur die Hoffnung auf einen verständigen, vorlagegeeigneten Richter.

Ulm, 11.11.2010

T. Oberhäuser  
Rechtsanwalt