

Berlin, im Juni 2010
Stellungnahme Nr. 37/10

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

**durch den Ausschuss Ausländer- und Asylrecht
Vorschlag zur Änderung der §§ 2 Abs. 3 und 5 Abs. 1 Auf-
enthG im Hinblick auf das Erfordernis zur Lebensunterhaltssi-
cherung zur Erlangung eines Aufenthaltstitels**

Mitglieder des Ausschusses:

Rechtsanwältin Susanne Schröder, Blumenauerstraße 1, 30449 Hannover (Vorsitzende)

Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Klingerstraße 24, 60313 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Universitätsring 12, 06108 Halle

Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Große Friedberger Straße 16-20, 60313 Frankfurt/M.

Rechtsanwalt Victor Pfaff, Allerheiligentor 2-4, 60311 Frankfurt/M.

Rechtsanwältin Silke C. Schäfer, Papendiek 24-26, 37073 Göttingen

Rechtsanwalt Rainer Schmid, Vorstadtplatz 15, 72202 Nagold

Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Rosenthaler Straße 46/47, 10178 Berlin (Berichterstat-
ter)

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Bettina Bachmann, Berlin

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
- Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
- Landesministerien und Senatsverwaltungen des Inneren
- Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
- Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages
- CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag
- SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag
- FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag
- Fraktion DIE LINKE im Deutschen Bundestag
- Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag
- Arbeitsgruppen Recht der im Bundestag vertretenen Parteien

- UNHCR Deutschland
- Katholisches Büro in Berlin
- Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Verwaltungsrichter
- PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
- Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
- Neue Richtervereinigung (NRV)

- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
- Landesverbände des DAV
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht

- NVwZ
- ZAR
- Asylmagazin
- ANA
- Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Der Deutsche Anwaltverein schlägt vor, das Aufenthaltsgesetz wie folgt zu ändern:

1. § 2 Absatz 3 Sätze 1 und 2 werden wie folgt geändert:

„Der Lebensunterhalt eines Ausländers ist gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme von Leistungen nach der jeweils gültigen Verordnung zur Durchführung des § 28 des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sicherstellen kann. Leistungen, die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, bleiben dabei außer Betracht.“

2. § 5 wird wie folgt geändert:

In § 5 Abs.1 S.1 wird Nr. 1 gestrichen.

§ 5 Abs.1 S.1 Nr.1 a wird umbenannt in § 5 Abs.1 S.1 Nr.1.

§ 5 Abs.3 S.1 und S.2 wird wie folgt gefasst:

„Die Erteilung eines Aufenthaltstitels kann versagt werden, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers nicht gesichert ist. In den Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach den §§ 24, 25 Abs.1 bis 3 sowie § 26 Abs.3 ist von der Anwendung der Absätze 1 und 2, im Fall des § 25 Abs.4 a von der Anwendung des Absatzes 1 Nr.2 und 4 sowie des Absatzes 2 abzusehen.“

Die bisherigen Sätze 2 und 3 des § 5 Abs.3 werden zu den Sätzen 3 und 4.

3. Die Vorschriften des 6. Abschnitts sind entsprechend anzupassen unter Berücksichtigung des Änderungsvorschlags des Deutschen Anwaltvereins vom Februar 2010.¹

Begründung:

Das Aufenthaltsgesetz sieht in § 5 Abs.1 Nr.1 AufenthG vor, dass in der Regel für die Erteilung eines Aufenthaltstitels der Lebensunterhalt gesichert sein muss. Ausnahmen können nur in atypischen Fällen gemacht werden. Unter welchen Voraussetzungen der Lebensunterhalt gesichert ist, ist in § 2 Abs.3 AufenthG geregelt.

Diese Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung hat für folgende schematisierte Fallgruppen Konsequenzen:

Fallgruppe 1: Ein langjährig in der Bundesrepublik lebender Ausländer will seinen Ehepartner und/oder seine Kinder aus dem Ausland nachziehen lassen, kann aber nicht genügend Einkommen für die Lebensunterhaltssicherung für die Familienangehörigen nachweisen.

¹ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Ausländer- und Asylrecht sowie Familienrecht vom Februar 2010, Nr. 11/10, <http://www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN11-10.pdf>

Folge: Der langjährig in der Bundesrepublik lebende Ausländer kann die eheliche oder familiäre Lebensgemeinschaft nur im Ausland herstellen, wenn er keine ausreichenden Einkünfte erzielt.

Fallgruppe 2: Ein Ausländer erhält nach Nachweis der Lebensunterhaltssicherung im Wege der Familienzusammenführung zu einem Ausländer mit Niederlassungserlaubnis eine befristete Aufenthaltserlaubnis, verliert dann aber kurz vor Verlängerung des Aufenthaltstitels unverschuldet seine Beschäftigung und kann den Lebensunterhalt nicht mehr oder nur unvollständig sichern.

Folge: Der Ausländer muss ausreisen. Der langjährig in der Bundesrepublik lebende Ausländer kann die eheliche Lebensgemeinschaft dann – wie in der Fallgruppe 1 - nur noch im Ausland herstellen.

Fallgruppe 3: Ein langjährig in der Bundesrepublik lebender Ausländer lässt seinen Ehepartner nachziehen, wofür der Lebensunterhalt auch ausreicht. Für Kinder des Ehepartners aus einer früheren Beziehung reicht der Lebensunterhalt des nachziehenden Elternteils nicht, für eine Verpflichtungserklärung des Stiefelternteils reicht dessen Einkommen ebenfalls nicht.

Folge: Der nachziehende Ehepartner muss sich zwischen Ehe in Deutschland und Familie im Ausland entscheiden.

Allen diesen Fallgruppen ist gemeinsam, dass eine Zuwanderung in die Sozialsysteme nicht beabsichtigt ist, häufig unverschuldet allerdings nicht genügend Einkommen vorhanden ist oder erwirtschaftet werden kann und damit der Lebensunterhalt nach bisheriger Rechtslage nicht gesichert ist.

Die Gesetzesänderung ist erforderlich, um das nationale Recht dem europäischen Recht anzupassen, was bislang nicht oder nur unzureichend erfolgte.

I. Bisherige Rechtslage

1. Lebensunterhaltssicherung

Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung des Zuwanderungsgesetzes die Zuwanderung von Ausländern in die Bundesrepublik steuern wollen. Die Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung wurde in das Gesetz übernommen, um die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu verhindern. Lediglich in besonders gelagerten Ausnahmefällen soll trotz unzureichender Lebensunterhaltssicherung die Erteilung eines Aufenthaltstitels möglich sein.²

In § 2 Abs.3 AufenthG sind die Voraussetzungen für die Sicherung des Lebensunterhalts definiert. Die Definition orientiert sich an § 7 Abs.2 Nr.2 AuslG.³ Danach ist der Lebensunterhalt eines Ausländers gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist es für die Lebensunterhaltssicherung ausreichend, wenn öffentliche Leistungen tatsächlich nicht bezogen werden.⁴ Nach bisheriger Rechtsprechung wird jedoch verlangt, dass kein Anspruch auf öffentliche Leistungen vorliegt bzw. im Falle des Familiennachzugs vorliegen würde.⁵

² vgl. Gesetzentwurf der BReg v. 16.01.2003, S.155 (BR-Drs. 22/03)

³ vgl. Gesetzentwurf des BReg v. 16.01.2003, S.149 (BR-Drs. 22/03)

⁴ so auch Huber, AufenthG, Kommentar, 2010, § 2, Rdnr. 6.

⁵ BVerwG, Beschl. v. 04.11.1996 – 1 B 189.96 – InfAuslR 1997, 156; OVG NRW, Beschl. v. 14.08.2006 – 18 B 1392/06 - juris.

Zur Berechnung des notwendigen Lebensunterhalts enthält das AufenthG keine Verweisungsvorschrift auf das SGB II oder SGB XII. Deren Vorschriften sind daher bisher nur als Auslegungshilfen berücksichtigt worden.⁶ Es wird aber nach bisheriger Praxis auf die Regelsatzverordnungen abgestellt.⁷

Nach § 7 Abs.2 Nr. 2 AuslG wurden einige öffentliche Leistungen, auch wenn sie nicht auf eigenen Beitragsleistungen beruhten, als eigenes Einkommen bewertet, so etwa Stipendien, Umschulungs- oder Ausbildungsbeihilfen. Das Arbeitslosengeld galt ebenfalls als eigenes Einkommen, die Arbeitslosenhilfe sowie die Sozialhilfe hingegen nicht. Beides waren schädliche Leistungen. Staatliches Wohngeld wurde ebenfalls nicht zu den eigenen Einkünften gezählt.⁸ Für den Familiennachzug zu Ausländern stellte § 17 Abs.2 Ziffer 3 AuslG zusätzlich als Erteilungsvoraussetzung auf, dass der Lebensunterhalt des Familienangehörigen aus eigener Erwerbstätigkeit des Ausländers, aus eigenem Vermögen oder sonstigen eigenen Mitteln gesichert ist. Damit waren öffentliche Leistungen für den Familiennachzug grundsätzlich stets schädlich, unabhängig von deren Herkunft. Der Bedarf lag nach der damaligen Rechtsprechung in Höhe des damaligen Regelsatzes der Sozialhilfe zuzüglich eines Zuschlages von 20 %, der Mietkosten sowie der Kosten für Kranken- und Pflegeversicherung⁹. Der Zuschlag von 20% wurde veranschlagt wegen der nach dem BSHG möglichen Leistungen wegen Mehrbedarfs und der möglichen Hilfe in besonderen Lebenslagen.

Auf der Einkommenseite wurde das Nettoeinkommen berücksichtigt, zusätzlich Kindergeld, da dieses keine öffentliche Leistung, sondern praktisch als Entlastung von der Einkommensteuer zu bewerten war.¹⁰

Auch wenn der Gesetzgeber im Zuwanderungsgesetz grundsätzlich den Bezug von öffentlichen Mitteln verhindern wollte, hat er bei der Änderung vom 01.01.2005 sowie in den folgenden Änderungsgesetzen – auch für den Familiennachzug - einige öffentliche Mittel ausdrücklich als unschädlich bezeichnet. In der aktuellen Fassung des § 2 Abs.3 AufenthG werden öffentliche Mittel benannt, die außer Betracht bleiben, nämlich Kindergeld und Kinderzuschlag, Erziehungsgeld oder Elterngeld. Diese Leistungen wurden vom Gesetzgeber inzwischen als Einkommen definiert.¹¹ Andere öffentliche Leistungen werden nicht benannt. Als öffentliche Mittel werden gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG nur solche bewertet, die steuerfinanziert sind, nicht hingegen Leistungen, die auf eigenen Beiträgen beruhen wie z.B. das ALG I.

Da ab dem 01.01.2005 auch das Sozialhilfe- und Arbeitsförderungsrecht in das SGB II, III und XII übergang, und dieses nunmehr in der Regel eine Pauschalierung der Sätze in der Regelsatzverordnung vornahm, wurde in der Rechtsprechung der 20 % - Zuschlag fallengelassen.¹²

Kindergeld und Erziehungsgeld sind seit dem 01.01.2005 eigenes Einkommen, Elterngeld wurde zum 01.01.2007, der Kinderzuschlag wurde mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz zum 28.08.2007 in das Gesetz aufgenommen.

Allerdings verlangt die Rechtsprechung, dass der Lebensunterhalt nachhaltig, d.h. auch für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts gesichert sein muß,¹³ weswegen in der Praxis diese Nachhaltigkeit bei einem Bezieher von ALG I oder anderen öffentlichen Leistun-

⁶ BVerwG, Urt. v. 26.08.2008 – 1 C 32.07 – InfAuslR 2009, 8; VG Frankfurt/Main, Urt. v. 06.12.2007 – 1 E 3804/06, juris; Funke-Kaiser in GK-AufenthG, II - § 2, Rdnr. 43.1; so auch 2.2.1.3 VV-AufenthG

⁷ vgl. Huber, aaO, § 2, Rdnr. 5 m.w.N.

⁸ BVerwG, Beschl. v. 04.11.1996, aaO.

⁹ OVG Berlin, Urt. V. 24.09.2002, - 8 B 3.02, InfAuslR 2003, 138 = juris

¹⁰ OVG Berlin, aaO

¹¹ 2.3.1.4.VV-AufenthG

¹² OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.03.2005 – OCG 2 M 70.04, InfAuslR 2005, 254

¹³ vgl. Huber, aaO, § 2, Rd.r. 8 m.w.N.

gen, die als positives Einkommen zählen, häufig verneint wird, wenn ein längerfristiger Aufenthalt angestrebt wird, was bei der Familienzusammenführung der Regelfall ist.

Bei einigen öffentlichen Mitteln ist es nach wie vor streitig, ob diese als positives Einkommen, als neutrales Einkommen oder als schädliche Einkünfte zu bewerten sind, so z.B. beim Wohngeld.¹⁴

Diese Gesamtsituation ist nach zahlreichen Rechtsänderungen sehr unübersichtlich geworden. Hinzu kommt, dass die Entscheidung über die Frage, ob der Lebensunterhalt gesichert ist, eine Prognoseentscheidung ist und damit weiteren vielfältigen Unsicherheiten unterliegt.¹⁵ Seit Ende 2004 hat es inzwischen vier Gesetzesänderungen gegeben, die zu berücksichtigen waren. Die Regelsätze werden zudem ebenfalls geändert. Uneinheitliche Rechtsanwendung in den einzelnen Bundesländern zur Berücksichtigung bestimmter öffentlicher Leistungen führte zu weiteren Unsicherheiten. Zudem ist bei Unterdeckung nur in besonderen atypischen Fällen eine Ausnahme vorgesehen, die die Erteilung des Aufenthaltstitels zulässt, so z.B. bei dem Familiennachzug zu anerkannten Flüchtlingen.¹⁶

In der Folge haben dann weitere Änderungen der Rechtslage für erhebliche Unsicherheit gesorgt:

Mit dem Freibetragsneuregelungsgesetz vom 14.8.2005¹⁷ hat der Gesetzgeber im SGB II aus arbeitsmarktpolitischen Gründen Freibetragsregelungen für Leistungsempfänger vorgesehen, die den Zweck haben, Anreize für Arbeitslose zu schaffen, einer – auch nur geringfügigen – Beschäftigung nachzugehen.

Am 26.08.2008 hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die Absetzbeträge des § 11 Abs.2 Ziffer 6 i.V.m. § 30 SGB II sowie des § 11 Abs.2 S.2 SGB II auch bei der Einkommensberechnung des § 2 Abs.3 AufenthG zu berücksichtigen sind.

§ 11 Abs.2 Ziffer 6 und § 30 SGB II lautet in der aktuellen Fassung:

„(2) Vom Einkommen sind abzusetzen

...

6. für Erwerbstätige ferner ein Betrag nach § 30.“

§ 30 SGB II lautet in der aktuellen Fassung:

„Bei erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, die erwerbstätig sind, ist von dem monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit ein weiterer Betrag abzusetzen. Dieser beläuft sich

1. für den Teil des monatlichen Einkommens, das 100 Euro übersteigt und nicht mehr als 800 Euro beträgt, auf 20 vom Hundert und
2. für den Teil des monatlichen Einkommens, das 800 Euro übersteigt und nicht mehr als 1200 Euro beträgt, auf 10 vom Hundert.

An Stelle des Betrages von 1 200 Euro tritt für erwerbsfähige Hilfebedürftige, die entweder mit mindestens einem minderjährigen Kind in Bedarfsgemeinschaft leben oder die mindestens ein minderjähriges Kind haben, ein Betrag von 1 500 Euro.“

§ 11 Abs.2 S.2 SGB II lautet:

„Bei erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, die erwerbstätig sind, ist an Stelle der Beträge nach Satz 1 Nr. 3 bis 5 ein Betrag von insgesamt 100 Euro monatlich abzusetzen.“

¹⁴ vgl. differenzierende Darstellung bei Funke-Kaiser in GK-AufenthG, II - § 2, Rdnr.59

¹⁵ so auch Funke-Kaiser in GK-AufenthG, II - § 2, Rdnr.41

¹⁶ vgl. § 29 Abs.2 AufenthG

¹⁷ BGBl I, S. 2407

Einige Gerichte wendeten zuvor beide Regelungen nicht an, weil diese nicht den Zweck hätten, den Lebensunterhalt sicherzustellen, sondern arbeitsmarktpolitische Gründe hätten.¹⁸ Der Hessische VGH vertrat demgegenüber die differenzierte Auffassung, dass die Pauschale des § 11 Abs.2 S.2 SGB II das Einkommen tatsächlich schmälert, also anzurechen sei. Bei dem Freibetrag nach § 11 Abs.2 Ziffer 6 i.V.m. § 30 SGB II gehe der Sinn und Zweck der Minderung des zur Deckung des Existenzminimums an sich ausreichenden Erwerbseinkommens dahin, für erwerbstätige Hilfsbedürftige einen finanziellen Anreiz zur Aufnahme und der Beibehaltung von - auch nicht bedarfsdeckender - Erwerbstätigkeit zu schaffen. Derjenige, der arbeitet, soll mehr Geld zur Verfügung haben, als derjenige, der trotz Erwerbsfähigkeit nicht arbeitet (vgl. die Gesetzesbegründung zu § 30 SGB II, BT - Drs. 15/1638 S. 59 f.). Würde die danach eine Begünstigung beabsichtigende Norm im Rahmen der gebotenen Prognose fiktiv einkommensmindernd berücksichtigt, würde für den die Verfestigung seines Aufenthalts erstrebenden Ausländer statt der intendierten Besserstellung im Bereich des Ausländerrechtes eine nachteilige Wirkung herbeigeführt. Dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme der Freibetragsregelung in das SGB II eine solche erhebliche Verschärfung der Anforderungen an die Erlangung des Aufenthaltstitels für erwerbstätige Ausländer in den Blick genommen oder gar beabsichtigt habe, sei nicht erkennbar.¹⁹

Dieser arbeitsmarktpolitisch begründeten Auffassung hat sich das Bundesverwaltungsgericht nicht angeschlossen.

Ausgangspunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts war ein Familiennachzugsfall, in dem eine allein stehende türkische Staatsangehörige ihre Tochter nachziehen lassen wollte. Die für den Nachzug erforderliche Zustimmung wurde von der zuständigen Berliner Ausländerbehörde versagt, weil das Einkommen unter Berücksichtigung der Voraussetzungen des § 11 Abs.2 SGB II nicht reichte. Im Klageverfahren gegen das Auswärtige Amt gab die 2. Kammer des VG Berlin der Ausländerbehörde Recht.²⁰ Sie schloss sich einem Urteil der 4. Kammer des VG Berlin²¹ an und wendete sich ausdrücklich gegen die Entscheidung des Hess. VGH sowie der 25. Kammer des VG Berlin. Auch das Oberverwaltungsgericht Berlin schloss sich der Auffassung der 2. Kammer an und wies die Berufung zurück.²²

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Urteil vom 26.08.2008 – 1 C 32/07 – entschieden, dass das Einkommen unter Berücksichtigung des § 11 Abs.2 SGB II zu ermitteln ist. Zu der Argumentation, die Freibeträge dienten ausschließlich arbeitsmarktpolitischen Zwecken und seien daher bei § 2 Abs.3 AufenthG nicht zu berücksichtigen hat das Bundesverwaltungsgericht wie folgt ausgeführt:

„Die maßgebliche Bestimmung des § 2 Abs. 3 AufenthG ist ... dahingehend auszulegen, dass sämtliche in § 11 Abs. 2 SGB II genannten Beträge bei der Ermittlung des Einkommens abzusetzen sind, weil der Lebensunterhalt dann nicht gesichert ist, wenn ein Anspruch auf (aufstockende) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II besteht. Dies lässt sich zwar nicht schon aus dem Wortlaut der Vorschrift herleiten. Denn die Formulierung, der Ausländer müsse seinen Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten "können", lässt auch eine Interpretation im Sinne der Auffassung der Revision zu. Es ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift in Verbindung mit den Gesetzesmateria-

¹⁸ VG Lüneburg, Urt. v. 18.01.2007 – 6 A 353/05, InfAuslR 2007, 241 = juris; im Ergebnis OVG Lüneburg, Beschl. v. 29.11.2006 – 11 LB 127/06, juris; Funke-Kaiser in Gk-AufenthG, II - § 2, Rdnr. 46; HK-AuslR/Hoffmann; § 2, Rdnr. 14

¹⁹ Hess. VGH, Beschl. v. 14.03.2006 – 6 TG 512/06, ZAR 2006, 145 = AuAS 2006, 146 = juris; VG München, Beschl. v. 04.09.2007 – M 10 S 07.2852, juris; VG Frankfurt/Main, Urt. v. 06.12.2007 – 1 E 3804/06, juris; VG Berlin, Urt. v. 23.09.2005 – 25 A 329.02, InfAuslR 2006, 21

²⁰ VG Berlin, Urt. v. 01.06.2006 – 2 V 5.06, juris

²¹ VG Berlin, Urt. v. 28.03.2006 – 4 V 56.05, juris

²² OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.04.2007 – 12 B 16.07, InfAuslR 2007, 340 ff. = juris

lien und der systematischen Stellung im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes. Der Sinn und Zweck der Regelung besteht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, darin, neue Belastungen für die öffentlichen Haushalte zu vermeiden. Die Lebensunterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 3 AufenthG wird in der Begründung des Gesetzentwurfs als eine der Erteilungsvoraussetzungen von grundlegendem staatlichen Interesse und als wichtigste Voraussetzung, um die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu verhindern, bezeichnet (BT-Drucks 15/420 S. 70). Dies spricht dafür, dass im Falle eines voraussichtlichen Anspruchs auf öffentliche Mittel - sofern sie nicht ausdrücklich nach § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG außer Betracht zu bleiben haben - der Lebensunterhalt nicht als gesichert angesehen werden kann, da dann auch eine Inanspruchnahme dieser Mittel zu erwarten oder jedenfalls nicht auszuschließen ist. Ob die Leistungen tatsächlich in Anspruch genommen werden, ist nach dem gesetzgeberischen Regelungsmodell unerheblich. Dies wird u.a. auch durch die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 27 Abs. 3 AufenthG bestätigt, in der zu dem vergleichbaren Erfordernis des Angewiesenseins auf Leistungen nach dem Zweiten und Zwölften Buch des Sozialgesetzbuchs ausgeführt wird, es komme wie im bisherigen Recht "nur auf das Bestehen eines Anspruchs auf Sozialhilfe, d.h. das Vorliegen der Voraussetzungen, nicht auf die tatsächliche Inanspruchnahme an" (BT-Drucks 15/420 S. 81).

Dass die hier in Rede stehenden öffentlichen Leistungen des (ergänzenden) Arbeitslosengeldes II (für die Mutter der Klägerin) und des Sozialgeldes (für die Klägerin) nach dem SGB II beitragsunabhängig sind und auch sonst nicht zu den nach § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG unschädlichen Leistungen gehören, ist unstreitig. Das Arbeitslosengeld II wird ebenso wie das Sozialgeld vom Gesetzgeber ausdrücklich als Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts bezeichnet (vgl. die Überschrift von Kapitel 3 Abschnitt 2 SGB II). Diese Leistungen nach dem SGB II werden auch im Aufenthaltsgesetz mehrfach den Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII gleichgesetzt (vgl. etwa § 27 Abs. 3, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG), ohne dass zwischen verschiedenen Leistungen oder Teilleistungen der Lebensunterhaltssicherung nach dem SGB II differenziert wird. Der in erster Linie aus arbeitsmarkt- bzw. beschäftigungspolitischen Gründen in dieser Höhe gewährte Freibetrag nach § 30 i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 SGB II, der in Kapitel 3 Abschnitt 2 (Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts) Unterabschnitt 3 (Anreize und Sanktionen) geregelt ist, ändert nichts daran, dass das Arbeitslosengeld II selbst eine einheitliche Leistung zur Lebensunterhaltssicherung darstellt. Der von der Gegenmeinung angeführte Gesichtspunkt, dass der Gesetzgeber mit der Verbesserung der Leistungen nach dem SGB II nicht die Nachzugsvoraussetzungen für Ausländer verschärfen wollte, spricht deshalb nicht gegen die Anrechnung der Abzugsbeträge. Wenn der Gesetzgeber zusätzliche Belastungen für öffentliche Haushalte vermeiden will, nimmt er es auch in seinen Willen auf, dass sich die Nachzugsvoraussetzungen bei steigenden Sozialleistungen für den Lebensunterhalt zwangsläufig verschärfen.“

Das Gericht hat in der Entscheidung dann, ohne darauf weiter im Detail einzugehen, dargelegt, ein Verstoß gegen Art. 7 der Familienzusammenführungsrichtlinie läge nicht vor.

Diese Entscheidung hat für sehr viele Familiennachzugsfälle ganz erhebliche Auswirkungen: So muss nun der Stammberechtigte, zu dem der Nachzug erfolgen soll, in erheblich höherem Umfang Einkünfte erzielen als zuvor. Während etwa zuvor gemessen an den Regelsatzverordnungen der Lebensunterhalt beim Nettoeinkünften in Höhe von 359,- € pro erwachsener Person zuzüglich dem jeweiligen Mietanteil gesichert war, bei einem Mietanteil von 400,- € also 759,- € Nettoeinkommen ausreichend war, muss dieselbe Person nach der Berechnung des Bundesverwaltungsgerichts nun ein Nettoeinkommen von deutlich über 1.000,- € nachweisen. Beim Ehegattennachzug muss durchschnittlich ohne Berücksichtigung etwaiger Besonderheiten mindestens 1.300,- € netto erwirtschaftet werden, bei Familien mit Kindern in Abhängigkeit vom Alter der Kinder ggf. noch mehr. Im Hinblick auf die Wirtschaftslage in der Bundesrepublik ist der Familiennachzug für viele

langfristig in der Bundesrepublik lebende Menschen nicht mehr möglich, auch wenn sie seit Jahrzehnten in der Bundesrepublik leben und bislang nie öffentliche Mittel erhalten haben.

2. Regelversagungsgrund

Ungeachtet einiger gesetzlicher Ausnahmen wird diese Sachlage auch nicht anderweitig aufgefangen, denn § 5 Abs.1 S.1 Nr.1 AufenthG macht den gesicherten Lebensunterhalt zur Regelvoraussetzung, sodass trotz nicht gesicherten Lebensunterhalts nur bei atypischen Sachlagen eine Ausnahme gemacht werden kann. Das kann etwa der Fall sein, wenn der Schutz von Ehe und Familie einwanderungspolitische Zwecke zurückdrängt.²³ Nach bisheriger Rechtsprechung gibt es bislang aber wenige Fälle, in denen dieses angenommen wird. Geschützt wird dabei bislang in der Praxis nur die bereits in der Bundesrepublik bestehende familiäre Beziehung zwischen Kindern und Elternteilen im Hinblick auf das Kindeswohl.²⁴ Zudem behilft sich die Praxis in derartigen Fällen mit einem bloßen Verweis auf einen humanitären Aufenthaltstitel nach § 25 Abs.5 AufenthG²⁵ mit der Folge erheblicher Integrationshemmnisse für den betroffenen Familienangehörigen und häufig erst nach jahrelangem Rechtsstreit.²⁶

Ein atypischer Fall kann sich auch aus Vertrauensschutzgesichtspunkten bei Verlängerungsentscheidungen ergeben.²⁷

II. Vereinbarkeit mit der Familienzusammenführungsrichtlinie

1. Begriff der Lebensunterhaltssicherung in § 2 Abs.3 AufenthG

Mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz sollte 2007 eine Umsetzung der Richtlinie 2003/86/EG vom 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung²⁸ erfolgen. Dort heißt es zur Frage der Lebensunterhaltssicherung in Art. 7:

„(1) Bei Einreichung des Antrags auf Familienzusammenführung kann der betreffende Mitgliedstaat vom Antragsteller den Nachweis verlangen, dass der Zusammenführende über Folgendes verfügt:

- a. ...
- b. ...
- c. feste und regelmäßige Einkünfte, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen des betreffenden Mitgliedstaates für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seiner Familienangehörigen ausreicht. Die Mitgliedstaaten beurteilen diese Einkünfte anhand ihrer Art und Regelmäßigkeit und können die Höhe der Mindestlöhne und -renten sowie die Anzahl der Familienangehörigen berücksichtigen.“

Die Umsetzung der Richtlinie führte aber nicht zu einer Änderung des § 2 Abs.3 AufenthG bzw. § 5 Abs.1 AufenthG, da der Gesetzgeber der Auffassung war, dass die nationale Regelung bereits richtlinienkonform sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Entscheidung vom 26.08.2008 lapidar festgestellt, dass die von ihm angenommene Auslegung des nationalen Rechts nicht gegen die

²³ vgl. Huber, aaO, § 5, Rdnr.2 m.w.N.

²⁴ vgl. BVerfG, Beschl. v. 01.12.2008 – 2 BvR 1830/08

²⁵ vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 09.02.2010 – OVG 12 S 117.09

²⁶ vgl. Anm. 1

²⁷ so auch BVerwG, Urt. v. 26.08.2008 – 1 C 32.07 – InfAuslR 2009, 8, vgl. Funke-Kaiser in GK-AufenthG, II-§ 5, Rdnr.29

²⁸ Amtsblatt Nr. L 251 vom 03/10/2003 S. 0012 – 0018 = http://www.aufenthaltstitel.de/rl_2003_86_eg.html

Richtlinie verstoße. Eine nähere Prüfung erfolgte in der Entscheidung ausweislich der Entscheidungsgründung aber nicht.²⁹

Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof sich allerdings in zwei Entscheidungen eingehender mit den Fragen auseinandergesetzt, die die Problematik der Lebensunterhaltssicherung beim Familiennachzug betreffen:

Zum einen geht es in der Entscheidung „Vatsouras und Koupatantze“ um die Frage, was inhaltlich Sozialhilfeleistungen sind,³⁰ zum anderen in der Entscheidung „Chakroun“ um die Frage, welche Aussagen die Vorschriften der Familienzusammenführungsrichtlinie, der EMRK sowie der Grundrechte-Charta zur Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung treffen³¹. Vor dem Hintergrund beider Entscheidungen bestehen erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der deutschen Vorgaben mit der Familienzusammenführungsrichtlinie.

a. EuGH, Urteil vom 04.06.2009 - C 22/08 - „Vatsouras und Koupatantze“

In der Entscheidung vom 04.06.2009 hat der Europäische Gerichtshof sich mit dem Begriff der „Sozialhilfeleistungen“ auseinandergesetzt.

Der Begriff der Sozialhilfeleistungen ist im Grundsatz europarechtlich abzugrenzen von Leistungen „sozialer Sicherheit“. Mit dem Begriff der Sozialhilfeleistungen sind solche gemeint, die der Sicherung des Existenzminimums dienen, während Leistungen „sozialer Sicherheit“ begrifflich solche sind, die darüber hinaus gesellschaftliche Teilhabe in besonderen Lebenslagen schaffen sollen. Die Abgrenzung der Begriffe ergibt sich aus Art. 34 der Grundrechte-Charta³². In Art 34 Abs.1 GrRCh werden die Leistungen der „sozialen Sicherheit“ als solche beschrieben, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten. Demgegenüber wird von der Union in Art. 34 Abs.3 GrRCh das Recht auf eine „soziale Unterstützung“ und auf eine Unterstützung für die Wohnung zur Sicherstellung menschenwürdigen Daseins für alle, die nicht über ausreichende Mittel verfügen, anerkannt. Unter den Begriff der „sozialen Unterstützung“ („social assistance“/„aide sociale“) fällt das, was in Deutschland als „Sozialhilfe“ gekennzeichnet wird.³³

Die Freibetragsregelungen des SGB II haben den Zweck, die betroffenen Anspruchsinhaber in den Arbeitsmarkt zurückzuführen. Sie dienen nicht der Existenzsicherung, sondern der Arbeitsförderung. Dieses erkennt auch grundsätzlich das Bundesverwaltungsgericht an.³⁴ Das Bundesverwaltungsgericht sieht lediglich in dem SGB II eine einheitliche Leistung zum Lebensunterhalt. Hier liegt ein Wertungswiderspruch vor.

Der EuGH hat im Verfahren „Vatsouras und Koupatantze gegen ARGE Nürnberg“ entschieden, dass Arbeitsförderungsleistungen unabhängig von ihrer nationalen Einstufung keine „Sozialhilfeleistungen“ im Sinne des Art. 24 Abs.2 der Unionsbürgerrichtlinie sind.³⁵ Die Entscheidung betrifft einen Fall mit EU-Bezug, nicht hingegen die Familienzusammenführungsrichtlinie. Wörtlich heißt es unter Nr. 45:

„Finanzielle Leistungen, die unabhängig von ihrer Einstufung nach nationalem Recht den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern sollen, können nicht als „Sozialhilfeleistungen“ im Sinne von Art. 24 Abs.2 der Richtlinie 2004/38 angesehen werden.“

²⁹ vgl. BVerwG, Urt. v. 26.08.2008, aaO

³⁰ EuGH, Urt. v. 04.06.2009 – C 22/08 – „Vatsouras und Koupatantze“ - juris

³¹ EuGH, Urt. v. 04.03.2010 – C 578/08 – „Chakroun“ - juris

³² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2007/C 303/01

³³ Jarass, EU-Grundrechte, 2005, S. 374, Rdnr. 23

³⁴ so auch BVerwG, Urt. v. 26.08.2008, aaO.

³⁵ EuGH, „Vatsouras und Koupatantze“, aaO

Zwar bezieht sich diese Definition auf die Richtlinie 2004/38, es ist aber nichts dafür ersichtlich, dass der EuGH den Begriff der Sozialhilfeleistungen entgegen der Definition in Art. 34 GrRCh in anderen Richtlinien anders definieren würde.

Daraus folgt, dass die Freibetragsregelungen, die es ermöglichen, dass der Leistungsempfänger bei geringfügigen Beschäftigungen gleichwohl Leistungsansprüche behält, obwohl er mit den Einkünften über dem Existenzminimum liegt, keine schädlichen Sozialhilfeleistungen im Sinne der Familienzusammenführungsrichtlinie sind.

Der EuGH geht über die – uneinheitliche³⁶ - nationale Begrifflichkeit hinaus. Nicht nur die Freibetragsregelungen des SGB II, sondern das gesamte SGB II ist kein Sozialhilferecht im europarechtlichen Sinne. Dem hat sich das Bundessozialgericht inzwischen angeschlossen.³⁷

Aus der Formulierung „unabhängig vom nationalen Recht“ ergibt sich, dass eine Auslegung eines nationalen Gerichts, die der des EuGH widerspricht, der Richtlinie zuwiderläuft.

Danach dürfte es der Familienzusammenführungsrichtlinie schon widersprechen, SGB-II-Leistungen grundsätzlich der Familienzusammenführung entgegenzuhalten. Selbst wenn man die Grundleistungen des SGB-II auch europarechtlich noch zu Lebensunterhaltssicherung zählen würde, kann man die fiktiven Einkommensabzüge zum Zwecke der Arbeitsförderung nicht dazu zählen.

b. EuGH, Urt. V. 04.03.2010 – C-578/08 - „Chakroun“

Inzwischen hat der Europäische Gerichtshof in der Entscheidung vom 04.03.2010³⁸ weitere umfangreiche Aussagen zur Lebensunterhaltssicherung im Rahmen der Familienzusammenführungsrichtlinie getroffen:

Zunächst geht es in der Entscheidung ebenfalls um die Frage, was Sozialhilfeleistungen sind. Dazu hat der Gerichtshof klargestellt, dass der Begriff der Sozialhilfeleistung ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist, der nicht anhand von Begriffen des nationalen Rechts ausgelegt werden kann (Nr. 45). Damit ist klargestellt, dass die Auslegung des Leistungsrechts des SGB-II in der „Vatsouras und Koupatantze“-Entscheidung als Arbeitsförderung auch für den Familiennachzug zu Drittstaatsangehörigen bindend sein wird. Schon in der „Vatsouras“-Entscheidung hatte der EuGH auf den Vorrang der europarechtlichen Auslegung des Begriffs der Sozialhilfe abgestellt.

Der Gerichtshof hat dann weiter klargestellt, dass der Begriff der Sozialhilfeleistung sich auf eine Hilfe bezieht, die einen Mangel an ausreichenden festen und regelmäßigen Einkünften ausgleicht, nicht aber eine Hilfe, die es erlauben würde, außergewöhnliche oder unvorhergesehene Bedürfnisse zu befriedigen (Nr. 50). Der Gerichtshof zieht daraus den Schluss, dass Familiennachzug zu gewähren ist, wenn der Zusammenführende nachgewiesen hat, dass er über feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, um die allgemein notwendigen Kosten des Lebensunterhalts für sich und seine Familienangehörigen zu bestreiten. Sozialhilfe zur Bestreitung besonderer, individuell bestimmter notwendiger Kosten des Lebensunterhalts, einkommensabhängige Befreiungen von Abgaben nachgeordneter Gebietskörperschaften oder einkommensunterstützende Maßnahmen im Rahmen gemeindlicher Politik für Einkommensschwache bleiben dabei außer Betracht (Nr. 52). Die

³⁶ zur Definition „Sozialhilfe“ in § 55 Abs.2 Nr.6 AufenthG: Grundsicherung soll keine Sozialhilfe in diesem Sinne sein, so Funke-Kaiser in GK-AufenthG, II-§ 2, Rdnr. 43.1; Renner, Ausländerrecht, § 55 AufenthG, Rdnr.44; Hailbronner, § 55 AufenthG, Rdnr. 69

³⁷ BSG, Urt. v. 06.05.2010 - B 14 AS 3/09 AR, noch nicht veröffentlicht, a.A. LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 26.02.2010 – L 15 AS 30/10 B ER – juris; LSG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 11.11.2009 – L 10 AS 1801/09 - juris

³⁸ EuGH, „Chakroun“, aaO

Entscheidung erfolgte zwar zum niederländischen Recht, enthält aber generalisierende Aussagen.

Das niederländische Recht kennt zwei Arten von Sozialhilfe, nämlich die allgemeine Sozialhilfe nach der Definition des niederländischen Sozialhilfegesetzes, die allgemein als die „Hilfe zur Bestreitung der allgemein notwendigen Kosten des Lebensunterhalts“ verstanden wird. Darüber hinaus kennt das niederländische Recht die besondere Sozialhilfe für die notwendigen Kosten, die sich aus außergewöhnlichen Umständen ergeben. Diese Leistungen werden teilweise auf lokaler Ebene gezahlt.³⁹

Der EuGH hat in der Entscheidung dargelegt, dass nur die allgemeine Sozialhilfe maßgeblich sei und dabei auch nicht in dem Sinne maßgeblich, dass die Leistungen eine verbindliche Grenze beschreiben, sondern lediglich als „Richtwert“ zu bestimmen sind.

Das deutsche Recht unterscheidet sich in der hier maßgeblichen Frage vom holländischen Recht nicht entscheidungserheblich. Auch das deutsche Recht enthält die nach Regelsätzen zu bestimmende allgemeine Sozialhilfe oder, wenn man SGB II-Leistungen überhaupt als Sozialhilfeleistungen interpretieren kann,⁴⁰ deren „Grundleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts“. Darüber hinaus kennt auch das deutsche Recht Leistungen, die besondere Lebenslagen absichern sollen. Auch das SGB II kennt unterschiedliche Leistungen, nämlich die „Regelleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts“ für erwerbslose Hilfebedürftige einerseits und das Sozialgeld für nicht erwerbsfähige Hilfebedürftige andererseits, sofern sie mit einem erwerbsfähigen Hilfebedürftigen in Bedarfsgemeinschaft leben. Schon nach jetzigem Recht können auch nach dem SGB II in besonderen Lebenslagen Zuschläge gezahlt werden.⁴¹

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Entscheidung zur teilweisen Verfassungswidrigkeit des SGB II dem Gesetzgeber zudem hierzu aufgegeben, besondere Lebenslagen weitergehender als bisher zu berücksichtigen.⁴²

Soweit das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26.08.2008 dargelegt hatte, die Freibetragsregelungen befänden sich im SGB II im Unterabschnitt 3 im Abschnitt 2 über „Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts“ und änderten deswegen nichts daran, dass nach Berücksichtigung der Freibeträge gezahlte Leistungen solche zur Sicherung des Lebensunterhalts seien, so ergibt sich daraus für die Frage der Vereinbarkeit mit europäischem Recht nichts. Auch die ergänzenden Zuschüsse gemäß §§ 21 ff. SGB II befinden sich im Abschnitt 2, gehen allerdings über die bloße Existenzsicherung hinaus.

Wenn der EuGH bereits solche Leistungen aus den schädlichen Leistungen herausnimmt, so ist es mit der Familienzusammenführungsrichtlinie nicht vereinbar, wenn nach nationalem Recht Leistungen als schädlich bezeichnet werden, die nicht einmal der Existenzsicherung dienen sondern ganz andere Zwecke haben.

Für das nationale Recht bedeuten diese beiden Entscheidungen, dass öffentliche Mittel, die nicht der Deckung der „allgemein notwendigen Kosten“, also des Existenzminimums dienen, nicht herangezogen werden dürfen, um den Familiennachzug zu versagen. Im nationalen Recht wird das Existenzminimum in der Praxis durch die Regelsatzverordnungen beschrieben, weswegen auch nur Regelsatzleistungen schädliche Leistungen im Sinne des Aufenthaltsrechts sein können. Alle anderen Leistungen, die nicht vorrangig der Existenzsicherung dienen, sind daher unschädlich.

³⁹ EuGH, Urt. v. 04.03.2010, aaO, Rdnr. 26

⁴⁰ vgl. Anm. 37

⁴¹ vgl. § 21 ff. SGB II

⁴² BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1, 3 und 4/09 - juris

Eine Regelung, wonach – wie nach altem Recht – ein generalisierender Zuschlag auf das Existenzminimum in Höhe von z.B. 20 % zur Abgeltung eventueller Leistungen für besondere Lebenslagen vorgenommen werden durfte, wäre nach der „Chakroun“-Entscheidung des EuGH ebenso unzulässig. Der EuGH hat in der Entscheidung klargestellt, dass derartige generalisierende Pauschalzuschläge unzulässig sind.

Sofern danach SGB-II-Leistungen überhaupt noch schädliche Leistungen sein können, wird allein auf den Bezug der Regelleistungen (zuzüglich der tatsächlich in Ansatz zu bringenden Miete) abzustellen sein, nicht hingegen auf ergänzende Leistungen. Damit wird das Gesetz, wie vorgeschlagen, zu ändern sein, sodass es auf die Frage, ob und ggf. welche sonstigen öffentlichen Mittel unbeachtlich, schädlich oder unschädlich sind, nicht mehr ankommen wird. Diese Differenzierung kann daher ersatzlos fallen gelassen werden.

Da andere Richtlinien über den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen die wortgleiche Formulierung wie Art. 7 der Familienzusammenführungsrichtlinie enthalten,⁴³ gelten die vorgenannten Regelungen auch für Fälle außerhalb der Familienzusammenführung. § 2 Abs.3 AufenthG ist daher, wie vorgeschlagen, zu ändern.

2. Einzelfallprüfung/Ermessensausübung - § 5 Abs.1 Nr.1 AufenthG

Nach dem nationalen Recht kann von der Lebensunterhaltssicherung nur bei atypischen Fällen abgesehen werden, wobei auch Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und Art. 7 GrRCh zu berücksichtigen sind, wenn die Familieneinheit nur im Bundesgebiet hergestellt werden kann.⁴⁴

Art. 7 Abs.1 der Familienzusammenführungsrichtlinie enthält allerdings keine Verpflichtung der Nationalstaaten, den Familiennachzug nur bei ausreichenden Einkünften ohne Sozialhilfeleistungen zuzulassen.

In der Entscheidung „Chakroun“ hat der EuGH weitere allgemeine Ausführungen zur Prüfung des erforderlichen Lebensunterhalts gemacht, die die nationale Rechtslage nicht erfüllen.

Bei der Bestimmung der materiellen Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Rechts auf Familienzusammenführung ist Erwägungsgrund 4 der Richtlinie zu berücksichtigen. Danach ist die Familienzusammenführung notwendige Voraussetzung für die Möglichkeit eines Familienlebens. Die Gründung und der Erhalt einer Familie ist ein wesentlicher Gesichtspunkt der Integration des Drittstaatsangehörigen in die Gemeinschaft. Daraus folgt, dass die Familienzusammenführung die Grundregel ist, die nicht durch einen über Gebühr ausgenutzten Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten eingeschränkt werden darf.⁴⁵

Aus Art. 17 der Familienzusammenführungsrichtlinie ergibt sich die generelle Pflicht zur Einzelfallabwägung sowohl für die Zusammenführung als auch für den Erhalt der Familie.⁴⁶ Dabei sind im Einzelfall neben Art. 8 EMRK auch Art. 5 Abs.5 der Richtlinie in Verbindung mit dem UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes von 1989 zu berücksichtigen⁴⁷, zudem auch Art. 7 und 33 GrRCh. Das bedeutet, dass nicht nur in atypischen Fällen der Familiennachzug zuzulassen ist, sondern dieser generell im Ermessen der Behörde liegt.⁴⁸ Dieses ergibt sich auch aus der historischen Entstehungsgeschichte der

⁴³ Art. 5 Abs.1 Buchstabe a) der Richtlinie 2003/109/EG des Rates über die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen vom 25.11.2003 (ABl L 16/44 – „Daueraufenthaltsrichtlinie“)

⁴⁴ vgl. Anm. 1

⁴⁵ EuGH, „Chakroun“, aaO, Rdnr. 43

⁴⁶ EuGH, „Chakroun“, aaO, Rdnr. 48; Dienelt, aaO, S. 118 f.

⁴⁷ EuGH, Urt. v. 27.06.2006 – C-540/03, Slg. I -5769 – „Parlament gegen Rat“; Dienelt, aaO, S.119, 120.

⁴⁸ Dienelt, aaO, S. 120.

Richtlinie. Der EuGH hat bereits früher in den Entscheidungen Grzelczyk⁴⁹ und Baumbast⁵⁰ entschieden, dass die Staaten nicht „über Gebühr“ belastet werden dürfen, was eine gewisse Solidarität der Angehörigen dieses Staates mit den Angehörigen der anderen Mitgliedstaaten erfordert.⁵¹

Auch Art. 33 GrRCh sieht ausdrücklich vor, dass der rechtliche, wirtschaftliche und „soziale Schutz“ der Familie gewährleistet wird. Der Begriff des sozialen Schutzes in diesem Sinne ist anzulehnen an den in der – rechtlich unverbindlichen - Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer vom 09.12.1989⁵² verwendeten gleich lautenden Begriff. Dort wird in Art. 2 Abs.3 zwischen „sozialer Sicherheit“ und „sozialem Schutz“ unterschieden. An den Begriff des „sozialen Schutzes“ in der Sozialcharta lehnt sich auch der Begriff der Sozialhilfe in Art. 34 GrRCh an.⁵³ Schließlich genügt die bisherige nationale Praxis auch nicht der europarechtlichen Verhältnismäßigkeit, wie sie in der Entscheidung Trojani⁵⁴ berücksichtigt wurde.⁵⁵ Mit dem Hinweis auf die Erforderlichkeit des „sozialen Schutzes“ der Familie nimmt Art. 33 GrRCh gewisse fiskalische Nachteile für die Nationalstaaten bewusst in Kauf.

Auch der EuGH hat in der Entscheidung „Chakroun“ zudem dargelegt, dass auch allgemeine Regelungen zur Bestimmung des Existenzminimums nur „Richtwerte“ sein können und „in jedem Einzelfall“ zu prüfen sei, ob der Lebensunterhalt gesichert ist.

Unter diesen Voraussetzungen ist es keine Einzelfallprüfung, wenn das nationale Recht generalisierend eine Mindesteinkommensgrenze festlegt und dabei lediglich für atypische, also außergewöhnliche Fälle Ausnahmen vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung zulässt.

Diesen Vorgaben wird eine Änderung des § 5 Abs.1 AufenthG im Sinne des Vorschlags gerecht, in dem trotz Bezuges von Sozialhilfeleistungen im Sinne des Europarechts die Familienzusammenführung gewährleistet werden kann. Welche Ermessenserwägungen für oder gegen die Zulassung der Familienzusammenführung sprechen, wird sich dabei im Einzelfall zu bestimmen haben. Bei der Ermessensausübung wird etwa eine naheliegende Gefahr langfristigen erheblichen Leistungsbezugs zu Lasten der Familienzusammenführung berücksichtigt werden können. Nur kurzfristiger und geringfügiger Leistungsbezug wird sich dagegen nicht nachteilig auswirken dürfen.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 20.09.2001 – C-184/99 – „Grzelczyk“, InfAuslR 2001, 484

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 17.09.2002 – C-413/99 – „Baumbast“, InfAuslR 2002, 463

⁵¹ Dienelt, aaO, S.121

⁵² „Sozialcharta“, <http://europa.eu/abc/treaties/archives/de/detr8i.htm>

⁵³ Erläuterungen des Präsidiums des Europäischen Konvents, ABI. 2004 C 310/444; Jarass, aaO, S.373, Rdnr.

20.

⁵⁴ EuGH, Urt. v. 07.09.2004 – C-456/02 – „Trojani“, InfAuslR 2004, 417

⁵⁵ Dienelt, aaO, S. 122