

DR. REINHARD MARX

- Rechtsanwalt -

RA Dr. Reinhard Marx - Mainzer Landstr. 127a – D- 60327 Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 127a  
(Eingang Rudolfstraße)  
D-60327 Frankfurt am Main

<p style="text-align: center;"><b>Deutscher Bundestag</b> Innenausschuss  Ausschussdrucksache 17(4)207 A</p>
--

Telefon: 0049 / 69 / 24 27 17 34

Telefax: 0049 / 69 / 24 27 17 35

E-Mail: info@ramarx.de

Internet: <http://www.ramarx.de>

3678/09 M/S

Bei Antwort und Zahlung bitte angeben.

10. März 2011

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur „Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften“ (BT-Drs. 17/4401) und zu weiteren Gesetzentwürfen und Anträgen der Fraktionen des Deutschen Bundestages**

## Empfehlungen

### *Wiederkehr- und Bestandsrecht für Opfer von Zwangsverheiratung*

1. Das Rückkehrrecht sollte unabhängig davon, in welchem Alter die Betroffenen in das Bundesgebiet eingereist waren, gewährt werden.
2. Das Aufenthaltsrecht wegen Zwangsverheiratung sollte auch im Bundesgebiet lebenden Opfern gewährt und deshalb § 31 Abs. 2 AufenthG (*eigenständiges Aufenthaltsrecht* wegen besonderer Härte) an deren Situation angepasst werden.
3. Im Blick auf den Nachweis der Zwangsverheiratung und deren Fortbestand wie auch auf deren Beendigung sollte unabhängig davon, ob der Anspruch im Einreiseverfahren oder im Verfahren auf Feststellung des Fortbestands der Niederlassungserlaubnis geltend gemacht wird, bestimmt werden, dass die Behörde die *Beweislast* trifft.
4. Zur Verbesserung der Rechtsstellung der Opfer von Zwangsverheiratung sollten die Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach § 35 AufenthG erleichtert werden.
5. Die Einführung einer zwingenden *Sperrfrist* ab Ausreise wird der besonders schutzbedürftigen Situation der Opfer von Zwangsverheiratung nicht gerecht. Daher sollte eine Ausnahme in Anlehnung an die *besondere Härte* nach § 37 Abs. 2 AufenthG sowohl für das Wiederkehr- wie für das Bestandsrecht zugelassen werden.

6. Zur wirksamen Durchsetzung eines Aufenthaltsrechts für die Opfer von Zwangsverheiratung empfiehlt es sich, für die aus der Zwangsehe hervorgegangenen *Kinder* einen *Aufenthaltsanspruch* zu regeln, der dem Aufenthaltsrecht des begünstigten Elternteils folgt und von keinen weiteren Voraussetzungen abhängig ist.
7. Im Blick auf den beabsichtigten Opferschutz sollte das Wiederkehrrecht als *Rechtsanspruch*, jedenfalls als *Sollanspruch* ausgestaltet werden.

#### *Verlängerung der Ehebestandszeit nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG*

8. Eine Verlängerung der Ehebestandszeit nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ist zur Erreichung des Ziels, nicht schützenswerte eheliche Gemeinschaften zu bekämpfen, nicht erforderlich. Vielmehr kann dieses Ziel auch mit den geltenden aufenthaltsrechtlichen Instrumenten erreicht werden.

#### *Aufenthaltsrecht für faktische junge Inländer (§ 25a AufenthG)*

9. Die vorgeschlagene Altersbegrenzung in § 25a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG-E widerspricht dem Ziel der Eröffnung einer Aufenthaltsperspektive für gut integrierte junge Menschen. Daher sollte allen gut integrierten jungen Menschen - *unabhängig von ihrem Alter im Zeitpunkt der Antragstellung* - unter den Voraussetzungen des § 25a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 AufenthG-E eine Aufenthaltsperspektive eröffnet werden.
10. Die doppelte Integrationsvoraussetzung erscheint nicht sachgerecht. Die Voraussetzung einer *Integrationsprognose* kann auch gegeben sein, wenn kein erfolgreicher Schulbesuch nachgewiesen wird, sofern nicht ernsthafte Anhaltspunkte auf eine Integrationsunwilligkeit hinweisen.
11. Nur vorsätzliche, nicht aber *fahrlässige* eigene Täuschungshandlungen mögen den Ausschluss der Aufenthaltsperspektive rechtfertigen.
12. Die Anwendung der *Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG* in Verb. mit § 30 Abs. 3 AsylVfG läuft dem Gesetzeszweck zuwider und sollte gesetzlich ausgeschlossen werden.

#### *Lockerungen der Aufenthaltsbeschränkungen*

13. Aus Anlass der vorgeschlagenen Lockerungen der Aufenthaltsbeschränkungen sollte auch der Zugang zum Studium für Geduldete und Personen, deren Aufenthalt gestattet ist, eindeutig geklärt werden.
14. Drei Jahrzehnte nach Einführung der Aufenthaltsbeschränkungen für Asylsuchende besteht Anlass zur Überprüfung, ob es weiterhin erforderlich ist, deren Bewegungsfreiheit zu beschränken. Dem Zweck der gleichmäßigen Verteilung der Verantwortung unter den Bundesländern wird mit einer Beschränkung der Residenzpflicht wie bisher ausreichend genügt.
15. Die strafrechtliche Verfolgung der Zuwiderhandlung gegen aufenthaltsrechtliche Beschränkungen nach § 85 Abs. 1 Nr. 2, § 86 AsylVfG erscheint unverhältnismäßig und auch unvereinbar mit Unionsrecht.

## **A. Aufenthaltsrechtliche Vorschriften zum Schutze der Opfer von Zwangsheirat (BT-Drs. 17/4401, BT-Drs. 17/4197, BT-Drs. 17/2491 und BT-Drs. 17/4681)**

### **I. Vorbemerkung**

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass für Opfer von Zwangsheirat ein Rückkehr- und Bestandsrecht eingeführt werden soll. Alle Fraktionen des Bundestages bringen mit den vorliegenden Entwürfen und Anträgen ihren Konsens hierüber zum Ausdruck, wenn auch in Einzelheiten im Blick auf die Umsetzung des Rückkehr- und Bestandsrechts unterschiedliche Auffassungen vorherrschen. Das jetzige Vorhaben wäre bereits 2007 fällig gewesen, als die Einführung des Sprachnachweises damit begründet wurde, Opfer von Zwangsehen wirksam zu schützen,<sup>1</sup> die Einführung eines Rückkehr- und Bestandsrechts für die Opfer deshalb zur Bewahrung der Glaubwürdigkeit erforderlich gewesen wäre. Es erscheint grundsätzlich sachgerecht, dieses Recht in § 37 und § 51 AufenthG zu regeln und damit an die Wiederkehroption für jugendliche Ausländer sowie an die Bestandsgarantie im Falle des Auslandsaufenthaltes anzuknüpfen. Es fehlt jedoch eine Regelung für im Bundesgebiet lebende Opfer von Zwangsverheiratung. Dem Anliegen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, für diese ein eigenständiges Aufenthaltsrecht anzuerkennen, sollte Rechnung getragen werden.

### **II. Rechtsanspruch auf Wiederkehr**

§ 37 Abs. 2a AufenthG-E dient dem Ziel, aus Zwangsverheiratungen resultierende aufenthaltsrechtliche Nachteile für die Opfer zu beseitigen. Erfasst werden Fälle, in denen das Opfer im Bundesgebiet zwangsverheiratet und anschließend ins Ausland verbracht und an der Rückkehr ins Bundesgebiet gehindert wird, wie auch Fälle, in denen das Opfer im Ausland zwangsverheiratet und an der Rückkehr ins Bundesgebiet gehindert wird (BT-Drs. 17/4401, S. 8 f.). Während nach § 37 Abs. 2a Satz 1 AufenthG-E Opfern von Zwangsverheiratungen, die als Minderjährige in Deutschland aufhältig waren, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden *kann*, vermittelt § 37 Abs. 2a Satz 2 AufenthG-E diesen Personen einen *Sollanspruch*, wenn sie die Voraussetzungen des Rechtsanspruchs nach § 37 Abs. 1 AufenthG erfüllen. Demgegenüber schlägt die Fraktion der SPD für alle Wiederkehrfälle gleichermaßen eine Ermessensregelung vor, differenziert also nicht nach dem Maß der Integration aufgrund des Voraufenthaltes. Andererseits wird nicht gefordert, dass der Voraufenthalt die in § 37 Abs. 1

---

<sup>1</sup> BT-Drs. 16/5065, S. 306 ff.

Satz 1 und 3 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen – wie nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – erfüllen muss.

Da im Gesetzentwurf der Bundesregierung § 37 Abs. 2a Satz 1 AufenthG-E von den in § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen, nicht aber von den in § 37 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. AufenthG aufgestellten Voraussetzungen suspendiert, wird nur privilegiert, wer vor seiner Ausreise aus dem Bundesgebiet als *Minderjähriger* seinen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet gehabt hat. Dies wird auch durch die gesetzliche Begründung hervorgehoben. Wer als Volljähriger in das Bundesgebiet eingereist und Opfer einer Zwangsverheiratung geworden ist, kann sich damit nicht auf die Vorschrift berufen. Wenn die Integration aufgrund des Voraufenthalts Anknüpfungspunkt für das Rückkehrrecht sein soll, schließt dies jedoch nicht aus, auch jene Opfer von Zwangsverheiratung aufenthaltsrechtlich wirksam zu schützen, die im Zeitpunkt der Einreise volljährig gewesen waren. Deshalb sollte zur Regelung dieser Fälle wie im Entwurf der SPD-Fraktion ein Rückkehrrecht unabhängig davon, in welchem Alter die Betroffene eingereist ist, geregelt werden.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung befreit vom Erfordernis des § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG. Das betrifft die Dauer des Aufenthaltes und den Schulbesuch, aber auch die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes. Gleichwohl sollte zur Vermeidung von Auslegungsstreit klargestellt werden, dass der Voraufenthalt nicht zwingend rechtmäßig gewesen sein muss. Wer während des Voraufenthaltes *geduldet* war, die Voraussetzungen der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK („*faktische Inländer*“) erfüllt und von Dritten, etwa Verwandten, zum Zwecke der Zwangsverheiratung ins Ausland verschleppt oder durch Täuschung zur Ausreise veranlasst wurde sowie im Zeitpunkt der Verschleppung die Voraussetzungen der positiven Integrationsprognose erfüllte, ist nicht weniger schutzbedürftig als jene, deren Voraufenthalt rechtmäßig war.

### **III. Rechtsanspruch auf Verbleib (eigenständiges Aufenthaltsrecht)**

In den vorliegenden Gesetzentwürfen fehlt eine aufenthaltsrechtliche Regelung zugunsten der Frauen, die bereits vor oder nach der Einreise zwangsverheiratet wurden, aber nicht ausgereist sind, sich aber aus ihrer Zwangslage lösen wollen. Nur dann, wenn sie während der Führung der ehelichen Gemeinschaft im Bundesgebiet schwerwiegend und dauerhaft misshandelt wurden oder ihnen als Folge der Rückkehr im Herkunftsland als alleinstehende Frau

gesellschaftliche Ächtung droht, wird eine besondere Härte (§ 31 Abs. 2 Satz 2 AufenthG) anerkannt und ihnen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Derartige Begleiterscheinungen und Folgen sind aber nicht notwendigerweise mit einer Zwangsehe verbunden. Die Folge ist, dass die betroffenen Frauen zwei, nach den Vorstellungen der Bundesregierung in Zukunft sogar drei Jahre die für sie unerträgliche Situation ertragen müssen, wenn sie rechtmäßig im Bundesgebiet verbleiben wollen. Hier sollte der Vorschlag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/2491, S. 2) aufgegriffen und für diese Fälle ein eigenständiges Aufenthaltsrecht geregelt werden.

#### **IV. Wegfall der Zwangslage**

Die Bundesregierung wie auch die SPD-Fraktion billigen Opfern von Zwangsverheiratungen eine *Überlegungsfrist von drei Monaten* nach Wegfall der Zwangslage zu. Die Bundesregierung will darüber hinaus eine *Sperrfrist von fünf bzw. zehn Jahren* seit der Ausreise einführen. Diese Fristregelungen werden der besonderen Situation der Opfer von Zwangsverheiratung nicht gerecht. Auf fehlt eine Beweislastregel für den Nachweis der Zwangslage als solche wie auch für deren Beendigung. Nicht akzeptabel erscheint darüber hinaus, dass die Situation von *Kindern*, die aus der Zwangsehe hervorgegangen sind, überhaupt nicht bedacht worden ist.

Ein Rechtsanspruch ist nichts wert, wenn seine Voraussetzungen nicht bewiesen werden können. Der Anspruch nach § 37 Abs. 2a AufenthG unterliegt den allgemeinen verwaltungsverfahrensrechtlichen Regeln, also dem *Günstigkeitsprinzip*. Da es um die Geltendmachung eines Anspruchs gegen die Verwaltung geht, trifft deshalb die Antragstellerin die Beweislast, wenn die anspruchsbegründenden Tatsachen – also die Zwangsverheiratung als solche wie auch deren Beendigung - unerweislich sind. Dies wird der Beweisnot der Opfer von Zwangsverheiratung nicht gerecht. Gerade die typischen Fälle mit Voraufenthalt, auf die der Gesetzentwurf der Bundesregierung insbesondere gemünzt ist, zeichnen sich dadurch aus, dass die sozialen, kulturellen und persönlichen Beziehungen der Betroffenen im Bundesgebiet bestehen, nicht jedoch im Herkunftsland. Auf Hilfe durch die eigene Familie kann die Frau nicht vertrauen. Diese hat ja die Zwangsverheiratung veranlasst. Für das Visumverfahren kann dies unlösbare Nachweislasten mit sich bringen und dazu führen, dass jahrelange Gerichtsverfahren die Folge sind, welche die Betroffenen vom Herkunftsland aus führen müssen. Dies verdeutlicht, dass das gesamte Gesetzvorhaben nichts wert ist, wenn keine Beweislastregel zugunsten der Betroffenen in das Gesetz eingeführt wird.

Dabei ist folgendes zu bedenken: Voraussetzung des Wiederkehrrechts ist eine Zwangsheirat, also eine Nötigung zur Eingehung der Ehe mittels Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel. Die Nötigung muss sich auch auf die Unmöglichkeit, nach Deutschland zurückzukehren, erstrecken, darf also nicht nach Eingehung der Ehe beendet sein. Von einem Fortbestand der Nötigungssituation ist bei einer Zwangsverheiratung mangels gegenteiliger Anzeichen, für deren Nachweis die Behörde die Beweislast trifft, regelmäßig auszugehen.

Der Überlegungsfrist nach „Wegfall der Zwangslage“ liegt die Annahme zugrunde, dass die Zwangslage, die durch die Zwangsheirat entstanden ist, regelmäßig auch zu einem subjektiven Unvermögen führt, in das Bundesgebiet zurückzukehren. Erst wenn aufgrund äußerer Umstände feststeht, dass die Betroffene die eheliche Lebensgemeinschaft aufgegeben hat, kann von einer Beendigung der Zwangslage ausgegangen werden. Für den Nachweis derartiger äußerer Umstände genügt Glaubhaftmachung, also ein schlüssiger, in sich stimmiger und widerspruchsfreier Sachvortrag. Verbleiben Zweifel, trägt die Behörde die Beweislast. Auch wenn sich etwa die Betroffene während der Zwangsheirat mit der Situation arrangiert, um Eskalationen zu vermeiden, spricht dies nicht für deren Beendigung. Gemeinsame Kinder aus einer derartigen Ehe sind typische Folgen einer derartigen Zwangslage und sprechen ebenfalls nicht ohne Weiteres für eine nachträgliche Einwilligung der Betroffenen in die Zwangslage. Ist die Behörde anderer Ansicht, trifft sie die Beweislast.

Die Zwangslage ist beendet, wenn es der Betroffenen gelingt, die eheliche Zwangslage ohne Gefährdungen und Beschädigungen für sich und ihre Kinder zu beenden. Deshalb müssen für die Beendigung der Zwangslage hinreichend gewichtige sowie eindeutige Tatsachen sprechen. Dies ist der Fall, wenn vernünftige Anhaltspunkte dafür sprechen, dass es der Betroffenen ohne Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit möglich ist, eine freiwillige Entscheidung für oder gegen die Fortführung der Ehe zu treffen. Verbleiben hieran Zweifel, trifft die Behörde die Beweislast. Mit dem Wegfall der Zwangslage beginnt die Frist von drei Monaten zu laufen. Die Betroffene muss innerhalb dieser Zeit die zuständige deutsche Auslandsvertretung aufsuchen und den Antrag für sich und gegebenenfalls die Kinder stellen. Insbesondere die Sorge der Mutter um die Kinder erfordert einen sensiblen Umgang mit den Fristbestimmungen. Erst wenn es der Mutter gelingt, sich und die Kinder vor dem Ehemann und dessen Familie in Sicherheit zu bringen und für die Sicherheit ihrer Kinder auch während der Dauer des Visumverfahrens wirksam zu sorgen, beginnt die Frist zu laufen. Verbleiben hieran Zweifel, trifft die Behörde die Beweislast.

## **V. Fortbestand des Aufenthaltsrechts (§ 51 Abs. 4 AufenthG-E)**

Die Regelung des § 51 Abs. 4 AufenthG-E sowie die Sperrfrist in § 37 Abs. 2a AufenthG-E bedürfen einer Überprüfung. Die Entwürfe der Bundesregierung und der SPD-Fraktion wie auch der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen behandeln dieses Problem.

Die Berufung auf das Rückkehrrecht nach § 37 AufenthG ist nur dann erforderlich, wenn die Betroffene vor ihrer Ausreise noch nicht im Besitz eines unbefristeten Aufenthaltsrechtes war. Nur dann erlischt im Falle des Ablaufs der Geltungsdauer der Aufenthaltstitel (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Diese Folge kann bei einem unbefristeten Aufenthaltstitel nicht eintreten, wohl aber kann dieser nach § 51 Abs. 1 Nr. 6 oder 7 AufenthG erlöschen. Insoweit erscheint der Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen hilfreich, die Erlangung des unbefristeten Aufenthaltstitels zu erleichtern. Dadurch wird bereits verfahrensrechtlich, aber auch materiellrechtlich die Situation der Opfer von Zwangsverheiratung erheblich verbessert.

Zu Recht wird in den Entwürfen für den Fall der Zwangsverheiratung eine Nichtanwendung der Erlöschensvorschriften und damit ein Bestandrecht vorgeschlagen. Offen bleibt hier die Beweislast. Da es um einen Erlöschenstatbestand geht, trifft die Behörde die Beweislast. Jedoch beseitigt das nicht die auftretenden administrativen Probleme. Die Verwandten werden die junge Frau nach der Straftat bei der Meldebehörde abmelden oder die Ausländerbehörde über die „dauerhafte“ Ausreise informieren. Diese wird deshalb zunächst einen Erlöschenstatbestand annehmen. Will sich die Betroffene Jahre nach ihrer Ausreise auf ihr früheres Aufenthaltsrecht berufen, gelingt ihr das nur, wenn die Geltungsdauer ihres Passes nicht abgelaufen ist und sie deshalb mit Verweis auf die früher erteilte Niederlassungserlaubnis ohne Probleme einreisen kann. In allen anderen Fällen muss sie zunächst gegenüber der Ausländerbehörde mit Hilfe der deutschen Auslandsvertretung ihre frühere Rechtsposition klären. Hier drohen ihr möglicherweise dieselben Probleme wie bereits aufgezeigt. Auch hier muss sie ja glaubhaft machen, dass sie von einer Zwangsverheiratung betroffen war und diese in den letzten drei Monaten weggefallen ist. Um hier eine möglichst reibungslose Wiederkehr sicherzustellen, sollte der Gesetzgeber die bereits bestehende verfahrensrechtliche Beweislastregel zugunsten der Betroffenen gesetzlich bekräftigen und insbesondere an die besondere Situation der Opfer von Zwangsverheiratung anpassen.

Einer Überprüfung bedarf auch die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene Sperrfrist sowohl für das Wiederkehrrecht wie für den Fortbestand des Aufenthaltsrechts. Die

Einführung einer zwingenden und durch keine Ausnahmen durchbrochenen Frist von fünf bzw. zehn Jahren wirft zu Lasten der Opfer von Zwangsverheiratung erhebliche Probleme auf. Erst recht erscheint eine Differenzierung für den Beginn der Sperrfrist nach Maßgabe der Vorintegration nicht sachgerecht. Die Schwierigkeiten, sich ohne Gefährdungen und Beschädigungen für die eigene Person und die der Kinder aus der auf Dauer angelegten Situation der Zwangsheirat zu befreien, wird nicht von den Umständen des Voraufenthaltes, sondern von denen im Herkunftsland bestimmt.

Helfen kann hier vielleicht die Vorschrift des § 37 Abs. 2 AufenthG. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung verweist § 37 Abs. 2a Satz 3 AufenthG-E auf die humanitäre Härteregelung des § 37 Abs. 2 AufenthG. Dieser ist eine Sperrfrist fremd, wie insbesondere die Befreiung von der Fünfjahresfrist des § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG durch § 37 Abs. 2 AufenthG erweist. Zur Vermeidung von Auslegungstreit sollte klargestellt werden, dass in besonderen Härtefällen die Sperrfrist in beiden Fallkonstellationen keine Anwendung findet. Aus gesetzessystematischen Gründen wie aber auch aus der Ratio des Gesetzesvorhabens heraus sollte auch für den Fortbestand des Aufenthaltsrechts nach § 51 Abs. 4 AufenthG-E eine an § 37 Abs. 2 AufenthG anknüpfende Ausnahmeregelung eingeführt werden.

## **V. Aufenthaltsanspruch für Kinder**

Bereits jetzt kann prognostiziert werden, dass die Schutzvorschrift für Opfer von Zwangsverheiratungen leer laufen wird, weil die betroffenen Frauen nicht bereit sein werden, ohne die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder zurückzukehren. Deshalb muss zur wirksamen Sicherstellung des Wiederkehr- und Bestandsrechts der Nachzugsanspruch der Kinder klar geregelt werden. Als Folge der Anwendung des derzeit geltenden Rechts wird sich das Visumverfahren vermutlich über Jahre hinziehen, weil zunächst im Herkunftsland das *alleinige Sorgerecht* (§ 32 Abs. 3 AufenthG) gerichtlich durchgesetzt werden muss. Ist die Frau – wie zumeist - ohne Bindungen und Schutz, wird sie aus Furcht vor Übergriffen durch den Ehemann im Zusammenhang mit dem Sorgerechtsprozess den Antrag nicht stellen. Ferner wird sie erhebliche Probleme haben, während der Dauer des Verfahrens ihren und den Lebensunterhalt der Kinder sicherzustellen.

Ein zentrales Hindernis ist das Erfordernis des alleinigen Personensorgerechts. Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, aus Art. 4 Abs. 1 Buchst. c) RL 2003/86/EG folge im Umkehrschluss, dass es nicht genüge, wenn für das Kind ein „geteiltes“ Sorgerecht“

bestehe. Stehe das Sorgerecht nicht einem Elternteil allein zu, sondern teilten es sich die Eltern, räume die Richtlinie 2003/86/EG den Mitgliedstaaten einen Spielraum ein, der unter der Prämisse stehe, dass der andere Elternteil seine Zustimmung erteile. Im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Buchst. c) RL 2003/86/EG besitze ein Elternteil das Sorgerecht daher nur, wenn er „allein“ sorgeberechtigt sei, dem anderen Elternteil also bei der Ausübung des Sorgerechts keine substantziellen Mitentscheidungsrechte und -pflichten zustünden, etwa in Bezug auf Aufenthalt, Schule und Ausbildung oder Heilbehandlung des Kindes.<sup>2</sup>

Kennt das Heimatrecht kein alleiniges Personensorgerecht, hat das Kind keinen Anspruch auf Einreise. In diesem Fall wird im Ermessenswege (§ 32 Abs. 4 AufenthG) über den Kindernachzug entschieden, wenn der andere Elternteil dem Nachzug zustimmt oder seine Zustimmung entbehrlich und nach eingehender Prüfung der Auswirkungen eines Nachzugs das maßgebliche Kindeswohl zu bejahen ist (Nr. 32.0.4 AufenthG-VwV). Entbehrlich ist die Zustimmung, wenn nach dem Heimatrecht die Übertragung des alleinigen Personensorgerechts nicht möglich oder aussichtslos ist (Nr. 32.4.4.4 AufenthG-VwV). Das alles kann dauern und wird dazu führen, dass die Wiederkehr der Mutter in vielen Fällen scheitern wird; ganz abgesehen davon, dass der Kindernachzug bereits wegen des fehlenden Nachweises des Lebensunterhaltes (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) versagt werden wird. Es empfiehlt sich deshalb, in § 32 AufenthG einen Rechtsanspruch für den Kindernachzug zu regeln, der ohne weitere Voraussetzungen aus der Gewährung des Wiederkehr- oder Bestandsrechts für die Mutter folgt.

## **VI. Ermessensreduzierung**

Der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion und § 37 Abs. 2a Satz 1 AufenthG-E stellen die Wiederkehr in das behördliche Ermessen. Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 37 Abs. 2a Satz 1 AufenthG vor, wird über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach Ermessen entschieden. Eine derart unbestimmte Ermessensvorschrift ist nicht sachgerecht. Angesichts des Zwecks des Opferschutzes ist das Ermessen regelmäßig zugunsten der Betroffenen auszuüben. Daher sollte einheitlich für alle Fälle ein Sollanspruch geregelt werden. Die Ermächtigung räumt danach einen grundsätzlichen *Anspruch* ein.<sup>3</sup> Dies bedeutet,

---

<sup>2</sup> BVerwGE 133, 329 (336) = NVwZ 2010, 262 = EZAR NF 34 Nr. 20 = AuAS 2009, 182; s. auch BVerwG, InfAuslR 2009, 13 (14) = AuAS 2009, 5.

<sup>3</sup> BVerwGE 67, 7 (9) = Buchholz 130 § 8 RuStAG Nr. 12 = EZAR 271 Nr. 4 = InfAuslR 1981, 309; BVerwGE 77, 164 (180) = Buchholz 130 § 9 RuStAG Nr. 5 = EZAR 271 Nr. 16 = StAZ 1987, 314 = InfAuslR 1987, 289.

dass nur in atypischen Fällen die Rückkehr verweigert werden darf. Atypisch sind insbesondere solche Sachverhalte, auf die ihrer Zweckbestimmung nach die Privilegierung des § 37 Abs. 2a Satz 2 AufenthG nicht zielt, die aber von ihrem abstrakten Rahmen erfasst werden. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt, dürften atypische Sachverhalte kaum geltend gemacht werden können. Dem gesetzgeberischen Ziel einer Privilegierung der Vorintegration kann durch Heraufstufung zu einem Rechtsanspruch genügt werden.

## **B. Verlängerung der Ehebestandszeit (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG-E)**

Die Verlängerung der Ehebestandszeit erscheint zur Zweckerreichung nicht erforderlich. Die Begründung, „Wahrnehmungen aus der ausländerbehördlichen Praxis“ deuteten darauf hin, dass die Herabsetzung der Bestandszeit von vier auf zwei Jahre mit Wirkung zum 1. Juni 2000 zu einer „Erhöhung der Scheineheverdachtsfälle“ geführt habe (BT-Drs. 17/4401, S. 10), wird nicht belegt. Es werden insoweit keine Statistiken geführt. Häufig halten die ausländerbehördlichen Mutmaßungen einer gerichtlichen Überprüfung nicht stand. Allein auf eher subjektive und mangels anderweitiger gesicherter Angaben auch eher selektive „Wahrnehmungen“, eine gesetzliche Änderung zu stützen, erscheint nicht angezeigt. Der angegebene Zweck der Bekämpfung nicht schützenswerter ehelicher Lebensgemeinschaften kann mit den geltenden ausländerrechtlichen Instrumenten wirksam erreicht werden. Stellt sich im Nachhinein heraus, dass unzutreffende Angaben über die Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft gemacht wurden, kann die Aufenthaltserlaubnis mit rückwirkender Wirkung zurückgenommen (§ 51 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, § 48 VwVfG) und können strafrechtliche Maßnahmen (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) veranlasst werden. Die Ausländerbehörden haben es in der Hand, bei gewichtigen Zweifeln die ehebezogene Aufenthaltserlaubnis auf den Ablauf der Ehebestandszeit zu befristen und im Rahmen der Verlängerung von beiden Ehepartnern eine gemeinsame Erklärung zum Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verlangen, um so nicht oder nicht mehr schützenswerten ehelichen Gemeinschaften die aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung zu nehmen.

## **C. Aufenthaltserlaubnis für Jugendliche und Heranwachsende (§ 25a Abs. 1 AufenthG-E)**

### **I. Vorbemerkung**

Die Initiative des Bundesrates, durch Einfügung eines § 25a in das AufenthG eine Aufenthaltsregelung für integrierte Jugendliche und Heranwachsende zu schaffen (BR-Drs.

704/1/10; BT-Drs. 17/4401, S. 15), ist grundsätzlich zu begrüßen. Durch Anknüpfung an die Wiederkehrproption (§ 37 AufenthG) werden zutreffend die bisherigen Integrationsleistungen privilegiert und Härten vermieden, die sich aus der Anwendung der bisherigen schematisch angelegten Regelungen des § 104a AufenthG ergeben. Damit wird eine *dynamische Bleiberechtsregelung* eingeführt. Anders als bei der Altfallregelung des § 104a AufenthG wie auch bei den zahlreichen erlassrechtlich geregelten vorangegangenen Bleiberechtsregelungen wird für die Anwendung nicht mehr ein bestimmter Einreisezeitpunkt festgelegt, sodass diejenigen, die nach dem festgelegten Zeitpunkt eingereist sind, ungeachtet vollbrachter Integrationsleistungen nicht in den Genuss derartiger Regelungen kommen konnten. Vielmehr ist der Ausgangspunkt die Integration der Jugendlichen und Heranwachsenden aufgrund langjährigen Aufenthalts und vollzogener Integration. Erfüllen sie die entsprechenden Voraussetzungen, wird auch den Eltern grundsätzlich eine Aufenthaltsperspektive eröffnet. Es kommt dabei nicht auf den Einreisezeitpunkt an.

## **II. Begünstigter Personenkreis**

Voraussetzung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist, dass der Antragsteller im Bundesgebiet geboren oder vor Vollendung des 14. Lebensjahres eingereist ist. Wer nach Vollendung des 14. Lebensjahres eingereist ist, kann sich nicht auf § 25a Abs. 1 AufenthG-E berufen. Der Deutsche Caritasverband wendet sich zu Recht gegen die Altersbegrenzung.<sup>4</sup> Es ist kein sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, den Aufenthaltsanspruch von der Vollendung des 15. Lebensjahres abhängig zu machen. Vielmehr sollten im Interesse des Kindeswohls schematisierende, an bestimmte abstrakte Kriterien anknüpfende Voraussetzungen vermieden werden. Ebenso wenig ist nachvollziehbar, dass über 21 Jahre alte Personen ausgeschlossen werden sollen.

Im einen wie im anderen Fall kommt es auf die faktische Integration aufgrund langjährigen Aufenthalts und Schulausbildung an. Nach dieser Ratio des Vorhabens ist die Regelung in § 25a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG-E weder plausibel noch überzeugend. Aufgrund der Normstruktur ist ein Mindestalter von zwölf Jahren bei Antragstellung erforderlich. Dies reicht aus, um die vollzogene Integration überprüfen zu können. Mit zunehmendem Alter verfestigt sich die Integration. Dies spricht dagegen, über 21 Jahre alte Antragsteller auszuschließen

---

<sup>4</sup> *Deutscher Caritasverband*, Kommentar zur Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drs. 17/4401, Anlage 3), S. 2.

### III. Duldung

Der Antragsteller muss *geduldet* sein. Klargestellt werden sollte, dass nicht der Besitz der Duldungsbescheinigung (§ 60a Abs. 4 AufenthG), sondern das Vorliegen der Voraussetzungen für die Duldung maßgebend ist. Die Abschiebung muss also ausgesetzt sein.<sup>5</sup> Zu begrüßen ist, dass anders als bei § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG eine vollziehbare Ausreisepflicht nicht vorausgesetzt wird.

Wer im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist, kann sich nicht auf § 25a Abs. 1 AufenthG-E berufen. Ist die Geltungsdauer jedoch abgelaufen und wird der Betroffene geduldet, kann er unter den Voraussetzungen des § 25a Abs. 1 AufenthG-E die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis beantragen. An die rechtliche Natur des Aufenthalts werden keine Anforderungen gestellt. Es muss im Zeitpunkt der Entscheidung ein tatsächlicher Mindestaufenthalt von sechs Jahren nachgewiesen werden. Weder muss der Aufenthalt rechtmäßig gewesen sein noch steht der vorübergehende Besitz eines Aufenthaltstitels entgegen. Unerheblich ist, aufgrund welcher Rechtsgrundlage der Aufenthaltstitel erteilt worden war. Maßgebend ist allein, dass im Zeitpunkt der Behördenentscheidung der Aufenthalt geduldet ist.

### IV. Integrationsprognose

Zu Recht kritisiert der Caritasverband die Übersicherung der Integrationsvoraussetzung im Vorschlag des Bundesrates. Die positive Integrationsprognose lehnt sich an § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG an. Zugleich wird aber zusätzlich ein erfolgreicher Schulbesuch gefordert. Diese Voraussetzung wird in der Gesetzesanwendung erheblichen Streit hervorrufen. Auch ein Wiederholer kann erfolgreich die Schule besuchen. Nachvollziehbar ist, dass integrationsunwillige Personen ausgeschlossen werden sollen. Zur Erreichung dieses Ziels bedarf es indes keiner doppelten Integrationssicherung, sondern reicht die Integrationsprognose in § 25a Abs. 1 Satz 1 2. Hs. AufenthG-E aus.

Anknüpfungspunkte für das „komplexe Kriterium“ Integrationsprognose sind insbesondere die *Dauer des Aufenthaltes*, die *Sprachkenntnisse* und der *Schulabschluss*. Das Vorliegen eines Hauptschulabschlusses kann ausreichend sein. Konnte eine berufliche Ausbildung aus Rechtsgründen oder wegen der tatsächlichen mit dem Duldungsstatus verbundenen

---

<sup>5</sup> Röseler, in: Renner, AuslR, 9. Aufl., 2011, § 104a AufenthG Rdn. 9.

Behinderungen nicht begonnen werden, darf dies dem Antragsteller nicht entgegen gehalten werden. Ebenso wenig kann ihm vorgehalten werden, dass er unter der Drohung der Abschiebung keine berufsvorbereitenden Maßnahmen begonnen hat.<sup>6</sup> Nach der Rechtsprechung spricht zwar das Fehlen eines Schulabschlusses im Allgemeinen gegen die Integration.<sup>7</sup> Wer hingegen nach dem Schulabschluss eine länger dauernde Ausbildung durchläuft, dürfte in hohem Maße integriert sein.

## V. **Ausschlussgründe**

Zu begrüßen ist, dass die volle Bandbreite der Ausschlussgründe des § 104a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 bis 6 AufenthG nicht übernommen und das Kausalitätserfordernis eingeführt wird. Ausreichend ist, dass der Ausschlussgrund des § 104a Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 AufenthG lediglich auf den Fall der gegenwärtigen eigenen falschen Angabe bzw. Täuschung über die Identität oder Staatsangehörigkeit (§ 25a Abs. 1 Satz 1 letzter Hs. AufenthG) eingeschränkt wird.

Besonders zu begrüßen ist, dass ein *persönliches Fehlverhalten* gefordert wird. Bei der Anwendung von § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG bereitet oft Probleme, dass in der Verwaltungspraxis das Fehlverhalten der Eltern den Kindern zugerechnet wird. Die Ausländerbehörden erwarten, dass die Jugendlichen mit Beginn der Handlungsfähigkeit, also ab dem 16. Lebensjahr, die Täuschung der Eltern offenbaren. Unterlassen sie dies, wird ihnen die durch die Eltern ursprünglich begangene Täuschungshandlung als eigene zugerechnet. Dies erscheint nach der Formulierung in § 25a Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E ausgeschlossen. Dadurch werden erhebliche familiäre Konflikte für die Jugendlichen vermieden. Allerdings besteht Handlungsbedarf, da nur ein vorsätzliches eigenes Handeln, nicht jedoch ein fahrlässiges den Ausschluss verhältnismäßig erscheinen lässt.

§ 25a Abs. 1 Satz 3 AufenthG-E ist dahin zu verstehen, dass weitere Ausschlussgründe nicht in Betracht kommen. Dies sollte klargestellt werden, weil die Rechtsprechung Straftaten im Rahmen der Integrationsprognose zu Lasten der Betroffenen berücksichtigt. Bei der Anwendung von § 104a AufenthG wird aus einer systematischen Betrachtung der Vorschrift und ihrer Ausschlussgründe (§ 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6, Abs. 3 AufenthG) geschlossen, dass bei einer deutlich über der Schädlichkeitsgrenze liegenden *strafgerichtlichen Verurteilung* nur

---

<sup>6</sup> OVG Bremen, InfAuslR 2007, 447 (448); OVG Hamburg, InfAuslR 2009, 64 (70).

<sup>7</sup> OVG Hamburg, InfAuslR 2009, 64 (70).

in atypischen Ausnahmefällen eine positive Integrationsprognose getroffen werden kann.<sup>8</sup> Der Regelungsmechanismus in § 25a AufenthG-E ist aber so zu verstehen, dass für Antragsteller nach § 25a Abs. 1 AufenthG-E kein strafrechtlicher Ausschlussgrund Anwendung findet. Eine der Vorschrift des § 104a Abs. 3 AufenthG vergleichbare Regelung fehlt in § 25a AufenthG-E. Es bleibt deshalb bei der Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Da der Gesetzgeber Jugendliche und Heranwachsende, die sich in einer Ausbildung befinden, vom Unterhaltserfordernis freistellt (§ 25a Abs. 1 Satz 1 letzter Hs. AufenthG), sollte klargestellt werden, dass diese bei der Ermittlung des Unterhaltsbedarfs nicht berücksichtigt werden dürfen.

Im Entwurf wird die Anwendung der *Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG* nicht ausgeschlossen. Dies betrifft auch die Fälle, in denen der Asylantrag wegen fehlender eigener Asylgründe des Kindes abgelehnt wird (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG in Verb. mit § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylVfG). Das erscheint bei faktisch vollzogener Integration nicht sachgerecht und sinnwidrig. Daher sollte klargestellt werden, dass § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG keine Anwendung findet.

#### **VI. Geschwister (§ 25a Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 AufenthG-E)**

Für die Geschwister des stammberechtigten Antragstellers sollte klargestellt werden, dass sie in Abhängigkeit von den Eltern ein Aufenthaltsrecht erhalten. Ferner sollte klargestellt werden, dass das einmal so erworbene Aufenthaltsrecht bestehen bleibt, wenn der Stammberechtigte volljährig wird oder nicht mehr mit den Eltern und Geschwistern in familiärer Gemeinschaft lebt.

#### **D. Lockerungen der Aufenthaltsbeschränkungen**

Folgerichtig wird im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgeschlagen, zur Ausübung einer Beschäftigung, des Schulbesuchs, einer Ausbildung oder eines Studiums die Aufenthaltsbeschränkungen nach § 61 Abs. 1 AufenthG und § 58 Abs. 1 AsylVfG zu lockern. Dem Zweck des Gesetzes entsprechend sollte für Asylsuchende und Geduldete auch klar geregelt werden, dass der Zugang zum Studium nicht unter Hinweis auf die Bescheinigung

---

<sup>8</sup> BVerwGE 133, 72 (80) = EZAR NF 33 Nr. 19 = NVwZ 2009, 979 = AuAS 2009, 122; *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG II - § 104a Rdn. 26.

über die Aufenthaltsgestattung (§ 63 AsylVfG) oder die Duldung (§ 60a Abs. 4 AufenthG) versagt werden darf.

Es sollte aus diesem Anlass darüber hinaus – wie von den Fraktionen Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drs. 17/2010) und Die Linke (BT-Drs. 17/2261) vorgeschlagen – überlegt werden, ob die aufenthaltsbeschränkenden Regelungen gegenüber Asylsuchenden weiterhin tatsächlich erforderlich sind. Nach über drei Jahrzehnten einer sehr restriktiven Praxis gegenüber Asylsuchenden besteht im Hinblick auf eine grundlegende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse Überprüfungsbedarf. Während der Dauer der Residenzpflicht nach § 47 AsylVfG – also für maximal drei Monate - sind die Beschränkungen sicherlich zum Zwecke der zügigen Durchführung des Asylverfahrens erforderlich. Für das weitere Verfahren bedarf es aber keiner Aufrechterhaltung der Beschränkungen mehr. Dem Interesse der Bundesländer an einer gerechten Aufteilung der Lasten kann weiterhin mit der Beschränkung der Residenzpflicht auf den örtlichen Bezirk der zuständigen Ausländerbehörde Rechnung getragen werden. Für die darüber hinaus gehende Einschränkung der Bewegungsfreiheit sprechen jedoch weder Erfordernisse des Gesetzesvollzugs noch der Sicherstellung eines zügigen Asylverfahrens. Vielmehr erfahren die Betroffenen derartige Beschränkungen als „Bestrafung“ für ihre Schutzsuche im Bundesgebiet.

Jedenfalls eine Sanktionierung der Zuwiderhandlung (§ 85 Abs. 1 Nr. 2, § 86 AsylVfG) erscheint überzogen und dürfte mit Unionsrecht unvereinbar sein. Zwar erlaubt die *Aufnahmerichtlinie* Sanktionen für grobe Verstöße gegen die Vorschriften hinsichtlich der Unterbringungszentren. Nach dem Gesamtzusammenhang der Regelungen in Art. 16 RL 2003/9/EG kommen hiermit jedoch nur verwaltungsrechtliche Sanktionen, wie etwa der Entzug bisher gewährter Vorteile, in Betracht. Bestätigt wird dies durch Art. 7 Abs. 4 RL 2003/9/EG, wonach aufenthaltsrechtliche Restriktionen mit der Gewährung materieller Aufnahmebedingungen verknüpft werden können. Sanktionen strafrechtlicher Art werden in der Richtlinie nicht genannt (vgl. auch Art. 16 Abs. 4 RL 2003/9/EG). Wenn den Mitgliedstaaten auch derartige Befugnisse hätten eingeräumt werden sollen, hätten entsprechende ausdrückliche Regelungen getroffen werden müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Da die Richtlinie *Mindestnormen* für die Praxis der Mitgliedstaaten festlegt, dürfen deren Sanktionen den festgelegten Standard nicht dadurch unterschreiten, dass

verwaltungsrechtliche durch strafrechtliche Sanktionen ersetzt werden.<sup>9</sup> Gegen die Regelungen in § 85 und § 86 AsylVfG dürften damit erhebliche unionsrechtliche Bedenken sprechen. Diese Vorschriften sollten deshalb aufgehoben werden.

Dr. Marx  
Rechtsanwalt

---

<sup>9</sup> Marx, Kommentar zum AsylVfG, 7. Auflage, 2009, § 85 Rdn. 2.