

VwVfG erfaßte Verwaltungsakt, der sich noch nicht erledigt hat, sondern fortdauernde Wirkungen hervorruft, nicht auf seine Rechtmäßigkeit gerichtlich untersucht werden könnte.

Selbst wenn man es dennoch als zu weitgehend erachten würde, in den Fällen des § 46 VwVfG generell ein Rechtsschutzinteresse für eine gerichtliche Feststellung der Rechtsverletzung zu befürworten, müßte dies über den angesprochenen Fall des sich typischerweise kurzfristig erledigenden verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts hinaus jedenfalls dann bejaht werden, wenn eine Wiederholung des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts droht¹¹⁰. Gleiches ist dort anzunehmen, wo es sich um einen Verwaltungsakt handelt, der diskriminierenden Charakter besitzt¹¹¹. Der Umstand, daß die Verletzung von Verfahrensvorschriften als solche meist keinen diskriminierenden Charakter haben dürfte (wobei allerdings selbst dies denkbar ist, wenn etwa die Behörde einen Bürger als chronischen Querulanten ansieht und deshalb nicht anhört), ändert jedoch nichts daran, daß ein diskriminierender Verwaltungsakt allein wegen eines Verfahrensfehlers eine Grundrechtsverletzung darstellt.

Sofern man mit der h. M.¹¹² ein Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick auf die präjudizierende Bedeutung, die einer verwaltungsgerichtlichen Feststellung für einen Amtshaftungsprozeß zukommen soll, bejaht, läßt sich auch von hierher ein Rechtsschutzinteresse für eine Feststellung analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO bejahen. Der Umstand, daß gem. § 46 VwVfG ein Anspruch auf Aufhebung

des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts ausgeschlossen ist, steht nämlich der Geltendmachung eines durch einen Verfahrensfehler verursachten Schadens nicht notwendigerweise im Wege¹¹³, auch wenn sich dabei Einschränkungen von Schadensersatzansprüchen aus dem Gesichtspunkt des Rechtswidrigkeitszusammenhangs ergeben können.

III. Resümee

Zusammenfassend ist festzustellen: Die Vorschrift des § 46 VwVfG schließt in ihrem Anwendungsbereich weder die objektive Rechtswidrigkeit eines verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts noch die durch diesen bewirkte subjektive Rechtsverletzung aus. Sie beschränkt sich damit ausschließlich auf den Ausschluß eines Aufhebungsanspruchs. Unter dem Aspekt der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist die Verneinung von Aufhebungsansprüchen nicht zu beanstanden, da Art. 19 Abs. 4 GG thematisch keine Aussage über die aus einer Rechtsverletzung erwachsenden Reaktionsansprüche zu entnehmen ist. Eine generelle Negation des gerichtlichen Rechtsschutzes bei verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakten ist § 46 VwVfG nicht zu entnehmen. Im Hinblick auf die aus den Grundrechtsverletzungen typischerweise resultierenden verfassungsrechtlich garantierten Beseitigungsansprüche scheidet ein Ausschluss – wie sich im Wege der verfassungskonformen Auslegung des § 46 VwVfG ergibt – nicht nur bei Ermessensentscheidungen, sondern partiell auch bei gebundenen Entscheidungen aus. Auch hier ist es denkbar, daß ohne einen Verfahrensfehler eine andere Entscheidung in der Sache hätte ergehen können. Soweit § 46 VwVfG den Anspruch auf Aufhebung eines verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts verneint, steht dies einer gerichtlichen Feststellung der Rechtswidrigkeit des verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakts in Analogie zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO nicht im Wege.

110 S. zu dieser Fallgruppe mit eingehenden Nachweisen, Kopp, aaO (Anm. 53), § 113, RdNr. 59. Daß in einem solchen Fall auch bei verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakten, die „Ausdruck einer hartnäckigen Negierung von Verfahrensrechten“ durch die Verwaltungsbehörden sind, die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes besteht, sieht auch Schmidt-Aßmann (Anm. 12), Art. 19 Abs. 4, RdNr. 158, Fn. 22.

111 Vgl. Kopp, aaO (Anm. 53), § 113, RdNr. 60; Schenke, in: System, aaO (Anm. 84), S. 471.

112 Kopp, aaO (Anm. 53), § 113, RdNr. 58; BVerwG, DÖV 1980, S. 317; krit. hierzu Schenke, Jura 1980, S. 133 (143 f.) und BayVG, DÖV 1979, S. 872.

113 Daß auch bei Verletzung von Verfahrensrechten in den Fällen des § 46 VwVfG keineswegs immer Schadensersatzansprüche ausgeschlossen sind, erkennt auch Kopp, aaO (Anm. 11), § 46, RdNr. 9, an.

Familiennachzug und Grundgesetz

Von Privatdozent Dr. iur. Christoph Gusy, Hagen*

Lassen sich aus Art. 6 Abs. I GG, dem Schutz von Ehe und Familie, Aussagen für das Aufenthaltsrecht des Ehegatten herleiten, der selbst kein eigenes Aufenthaltsrecht im Inland hat? Dieser Beitrag überprüft die Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG anhand der Grundrechtsdogmatik und des Schutzgehalts dieses

Grundrechts. Er kommt zu dem Ergebnis, daß Art. 6 Abs. I GG kein Aufenthalts- und kein Familiennachzugsrecht begründet, daß vielmehr der Gesetzgeber das offene Aufenthaltsrecht des § 2 AuslG konkretisieren muß.

I. Das Problem

Das Grundgesetz hat in seinem Grundrechtsabschnitt eine objektive Wertordnung aufgerichtet. Dieses Wertsy-

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Privatdozent an der Fernuniversität Hagen.

stem muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse¹.

Die Konsequenzen aus diesen - nahezu unbestrittenen - Aussagen des BVerfG haben der Diskussion um Aufenthaltsrecht und Familiennachzug von Ausländern ihr verfassungsrechtliches Gepräge verliehen. Im Zentrum der Bemühungen stehen heute Fragen wie die, ob die Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nur ein Aufenthalts- oder auch ein Nachzugsrecht verleihen; ob diese Rechte nur für Minderjährige oder für alle Kinder, Eltern volljähriger Ausländer und sonstige Verwandte gelten; ob der Schutz schon mit dem Verlöbnis einsetzt und ob der Grundrechtsschutz nur für die ausländische Familie von Deutschen oder auch für rein ausländische Familien gilt².

Grundsätzlich findet das Aufenthaltsrecht Deutscher im Bundesgebiet seine grundrechtliche Anerkennung in Art. 11 Abs. 1 GG, dasjenige der Ausländer in Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG für Politisch Verfolgte und allgemein in Art. 2 Abs. 1 GG³. Wer den Schutz dieser Garantien genießt und keiner Schrankenbestimmung unterfällt, ist aufenthaltsberechtigt. Die so begründete Rechtsstellung erfährt offenbar mit der Eheschließung eine Modifikation: Neben das allgemeine, soeben dargestellte Aufenthaltsrecht tritt ein zusätzliches mit Verfassungsrang hinzu. Dessen Rechtsgrundlage ist Art. 6 Abs. 1 und 2 GG. Dieses Nebeneinander von Aufenthaltsrechten ist dann offenbar vom Familienstand abhängig; die Eigenschaft als Ehegatte begründet oder modifiziert, die Auflösung der Ehe beendet ein Aufenthaltsrecht. Derartige, nicht sofort einsichtige Erwägungen können in der Diskussion um den Familiennachzug nicht ohne Konsequenz bleiben, wenn der Umstand in Rechnung gestellt wird, daß Art. 6 Abs. 1 GG in Art. 6 Abs. 2 und 3 GG nur sehr eingeschränkte Schrankenbestimmungen beigefügt sind. Hier scheint sich eine problematische Alternative zu eröffnen: Entweder die nahezu grenzenlose Zulassung des Nachzuges von Ausländern in das Bundesgebiet oder aber eine weitgehende Relativierung des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG durch verfassungssystematische Schranken. Wenn das erste aus vielfältigen politischen Gründen nicht wünschenswert erscheint, bleibt nach jener Logik nur die zweite Alternative. Hier allerdings wird die Diskussion um den Familiennachzug und die Aufenthaltsrechte von Ausländern zu einer Bewährungsprobe für das Grundrecht überhaupt.

Dieser faktische Problemdruck läßt die exakte Auseinan-

dersetzung um die Frage: „Welche Aussagen sind Art. 6 Abs. 1 GG für das Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet zu entnehmen?“ zu einem vordringlichen Anliegen der Verfassungsrechtsdogmatik werden. Ausgangspunkt können dabei die einzelnen logischen Ableitungsschritte sein, die für die Herleitung von Aufenthaltsrechten aus dem „Schutz von Ehe und Familie“ erforderlich sind. Solche Ableitungsschritte sind konkret:

- Der Schutz von Ehe und Familie bedingt die Familieneinheit.
- Familieneinheit kann zulässigerweise nur im Inland hergestellt werden, wenn ein Ehegatte ein Aufenthaltsrecht im Inland hat.
- Daraus folgt ein Anspruch auf Herstellung von Familieneinheiten im Inland auch für Ehegatten, die kein eigenes Aufenthaltsrecht im Inland besitzen.
- Setzt Familieneinheit im Inland den Aufenthalt im Inland voraus, so folgt ein solches Aufenthaltsrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG⁴.

Ob diese Ableitung aus Art. 6 GG zulässig ist, soll im folgenden untersucht werden.

II. Rechtsprechung zum Problem

Die dargestellte Problematik hat die Rechtsprechung bereits in zahlreichen Fällen beschäftigt⁵. Hier sollen die Grundentscheidungen des BVerfG und des BVerwG auf ihre Aussagen zu den genannten Fragen überprüft werden.

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

a) Ausgangspunkt der Entscheidungstätigkeit des BVerfG ist eine frühe Entscheidung, in welcher es um die Frage ging, ob die Eheschließung eines Ausländers mit einer Deutschen dessen Ausweisung entgegenstehen könne⁵. Die Frage beantwortet das Gericht unter Hinweis auf das „Gewicht des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG“. Danach sind die Ehe und die Familie des Beschwerdeführers von Bestand „und mit der Wirksamkeit eines Grundrechts ausgestattet“. Dementsprechend ist sie bei der Ausweisungsentscheidung zu würdigen und kann nicht einfach unberücksichtigt bleiben. Einzubeziehen sind insbesondere auch die Folgen, welche die Vollziehung der Ausweisung auf die deutsche Ehefrau und die in der Bundesrepublik lebenden gemeinsamen Kinder haben könnte. Sie genießen den „Schutz der Bundesrepublik“, da sie im Bundesgebiet leben und nicht die ausländische Staatsangehörigkeit des Betroffenen haben. An der so umschriebenen Wertordnung hat sich die Ermessensentscheidung der Behörde auszurichten. Dies war durch Behörden und Fachgerichte nicht geschehen, sondern Art. 6 Abs. 1 GG ausdrücklich bei der Abwägung außer Betracht gelassen worden.

⁴ Dieses Recht steht daneben auch dem deutschen Ehegatten des Ausländers zu; s. BVerfGE 51, 386, 395 f.; BVerwGE 42, 141, 142 f.

⁵ BVerfGE 19, 394, 396 ff.

¹ BVerfGE 7, 198, 205.

² Zum Diskussionsstand Bertold Huber, Ausländer- u. AsylR, 1983, RdNr. 56 ff.; Kay Hailbronner, Ausländerrecht. Ein Handbuch, 1984, RdNr. 266 ff.; Albrecht Weber, Verfassungsrechtliche Probleme des Familiennachzugs von Ausländern, NJW 1983, S. 1225 ff.; Manfred Zuleeg, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme national gemischter Ehen, NJW 1980, S. 1185 ff.; grundlegend: ders., Familienpolitik und Verfassungsrecht, FamRZ 1980, S. 210 ff.; Friedrich Schnapp, Grenzfragen des allgemeinen Ausländerrechts, NJW 1983, S. 973 ff.; zu Art. 8 EMRK: Bertold Huber, Europäische Menschenrechtskonvention und Familiennachzug, NJW 1985, S. 1247 ff.; alle m. weit. Nachw.

³ So offenbar BVerfGE 49, 181 ff.

b) In einer späteren Entscheidung war gleichfalls die Ausweisung eines ausländischen Ehegatten einer deutschen Frau zu beurteilen⁶. Auch hier hatte nach Ansicht des Gerichts die Vorinstanz „den Umfang des Schutzbereichs des Grundrechts, das beiden Ehegatten aus Art. 6 Abs. 1 GG zusteht, nicht hinreichend gewürdigt.“ Zwar war es überhaupt in die Abwägung einbezogen worden; auch schützt nach Ansicht des Senats das Grundgesetz den Ehegatten einer Deutschen keineswegs in jedem Fall vor der Ausweisung. Doch die Abschiebung des ausländischen Ehegatten „zwingt den deutschen Partner, entweder sein Heimatland aufzugeben, um an der Ehe festhalten zu können, oder die Trennung der ehelichen Gemeinschaft hinzunehmen, um in der Heimat zu bleiben“. Daher sei hier eine Abwägung erforderlich, die nicht pauschal die Folgepflicht des deutschen Ehegatten ins Ausland „ohne Rücksicht auf sonstige Bindungen“ im Inland annehmen könne. Der Unterschied zur früheren Entscheidung liegt demnach darin, daß damals die Vorinstanz die Anwendbarkeit des Art. 6 GG überhaupt verneint hatte, so daß gar keine Abwägung stattfinden konnte; hier hingegen war Art. 6 GG zwar herangezogen, aber anderen Belangen pauschal untergeordnet worden. War die frühere Abwägung somit völlig ausgefallen, so erschien die spätere als fehlerhaft.

c) Eine weitere Entscheidung⁷ gab als Vorlagebeschluß zur Erörterung des zugrundeliegenden Einzelfalles keinen Anlaß. Das Gericht betont hier, daß im Ausweisungsrecht der Schutz „der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG und die Rücksicht auf das Elternrecht nach Art. 6 Abs. 2 GG zu beachten seien“. Dementsprechend sei hier eine Abwägung zwischen den beteiligten öffentlichen und privaten Interessen erforderlich. Dabei sei die Rechtsstellung des ausländischen Familienangehörigen von Deutschen allerdings schlechter als diejenige der Deutschen selbst. Beim Deutschen sei für eine Abwägung kein Raum, weil ihm das Aufenthaltsrecht „ohne weiteres zusteht und nicht streitig gemacht werden kann“. Warum dieses Recht des Deutschen – im Gegensatz zu demjenigen des Ausländers – so völlig uneinschränkbar ist, bleibt allerdings ebenso offen wie die – dem vorausliegende – Frage nach den Rechtsgrundlagen beider Aufenthaltsrechte.

d) Etwas anders gelagert ist die bislang jüngste Entscheidung zum Ausweisungsschutz⁸. Die deutsche Ehefrau eines Ausländers hatte gegen dessen Ausweisung Verfassungsbeschwerde eingelegt. Hier betont das BVerfG zunächst den Doppelcharakter des Art. 6 Abs. 1 GG als einerseits klassisches Abwehrrecht und andererseits Institutsgarantie und wertentscheidende Grundsatznorm für den gesamten Bereich des Ehe- und Familienrechts. In diesem Sinne umfaßt Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur den Ehegatten, sondern auch die Familie einschließlich der Kinder. „Der Entschluß eines deutschen Staatsangehörigen, der mit einem Ausländer verheiratet ist und dessen eheliches Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, mit seinem Kind im Bundesgebiet zu leben, steht damit unter der Garantie des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG.“ Dieses

Recht und das „Interesse an der Familiengemeinschaft“ sind bei der Ausweisungsentscheidung zu berücksichtigen. Diese Umstände verlangen eine „sorgfältige Ermittlung“ und „eingehende Würdigung“ aller relevanten Umstände, die daraufhin nachgeprüft werden können, ob „grundrechtliche Normen und Maßstäbe außer acht gelassen worden sind“. Da derartige Rechtsfehler im konkreten Fall nicht festgestellt werden konnten, war die Ausweisung des Betroffenen hier zulässig.

e) Zusammenfassend läßt sich bezüglich der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 6 GG für das Aufenthalts- und Nachzugsrecht von Ausländern feststellen:

- Das Gericht wendet Art. 6 Abs. 1 GG für den Schutz der Ehegatten Deutscher an. Daneben ist nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG auch die Familie einschließlich der Kinder zu berücksichtigen.
- Das Gericht betont den Doppelcharakter des Art. 6 GG als Abwehrrecht und als objektiven Wert.
- Das Gericht erwähnt zwar einmal⁹ den „Schutzbereich des Art. 6 GG“, behauptet aber an keiner Stelle, daß die Ausweisung einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 6 GG darstelle.
- Dementsprechend wendet sich das Gericht in keinem Falle einer Erörterung der Grundrechtsschranken zu; insbesondere die Schranken aus Art. 6 Abs. 2 und 3 GG bleiben völlig unerörtert.
- Dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG wird zwar das Interesse „deutscher Staatsangehöriger“ auch am Zusammenleben mit der Familie im Inland unterstellt. Vom Ausländer ist insoweit keine Rede. Allerdings gaben die Sachverhalte der konkreten Entscheidungen hierzu auch keinen Anlaß⁹. Auffällig ist aber, daß – auch angesichts der betonten Interessen der Deutschen am Familienleben – das Aufenthaltsrecht Deutscher aus Art. 11 GG, nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG folgt.

2. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Entsprechend der größeren Zahl von Entscheidungen sind die Fallgestaltungen des BVerwG variantenreicher und damit auch von unterschiedlicheren Anwendungsweisen des Art. 6 GG.

a) Die erste Fallgruppe betrifft diejenige, die auch das BVerfG zentral beschäftigte: das Aufenthaltsrecht von Ausländern, die mit Deutschen verheiratet sind.

Seit der Leitentscheidung zur gegenwärtigen Rechtsprechung¹⁰ geht das Gericht davon aus, daß bei der Ausweisung von Ausländern gem. § 10 AuslG alle tangierten öffentlichen und privaten Belange abgewogen werden müssen. Für verheiratete Ausländer ist dabei zu berücksichtigen, „daß gem. Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie

⁶ BVerfGE 35, 382, 407 ff.

⁷ BVerfGE 37, 217, 247.

⁸ BVerfGE 51, 386, 396 ff.

⁹ S. jetzt noch BVerfG, BayVBl. 1985, 560, wo es lapidar heißt: „Die Bf., die ebenso wie ihr Kind beide die indische Staatsangehörigkeit besitzen, können als geeinte Familie in ihren Heimatstaat zurückkehren.“ Ein Eingriff in den Schutzbereich wird so verneint.

¹⁰ BVerwGE 42, 133 ff.

unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen“. Dieser Grundrechtsschutz engt das behördliche Ermessen ein. Insbesondere könne von deutschen Ehegatten nicht generell erwartet werden, daß sie ihrem ausländischen Ehegatten in dessen Heimat folgen. Der Zwang, entweder die Heimat oder den ausländischen Ehepartner verlassen zu müssen, stelle einen schweren Eingriff dar, der die betreffende Ehe erschüttern oder doch gefährden könne. „Unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG steht in diesem Zusammenhang nicht nur die Ehe als Status, die Möglichkeit ihrer Fortführung schlechthin und irgendwo, sondern die von dem deutschen Ehepartner in Übereinstimmung mit seinem ausländischen Partner in Deutschland geführte Ehe.“ Hat nach dieser Rechtsprechung die Ehe auch ihre territoriale Dimension, so stellt jeder Zwang zum Verlassen des Landes einen „Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG“ dar. Daraus folgt aber nicht etwa die Unzulässigkeit der Ausweisung des ausländischen Ehepartners wegen der Schrankenlosigkeit des Art. 6 Abs. 1 GG, sondern der Zwang zur Abwägung mit „den Interessen des Staates daran, daß der Ausländer den Geltungsbereich des AuslG verläßt“. Wie eine derartige Abwägung methodisch begründbar sein soll, bleibt aber offen.

Eine Begründung dafür wurde in einer Folgeentscheidung¹¹ darin gesucht, daß „Art. 6 Abs. 1 GG unmittelbar kein Recht auf Aufenthalt im Geltungsbereich des AuslG gewährleistet“. Vielmehr seien im Aufenthaltsgesetz „Verfassungsrang“ und „Schutzgehalt“ des Grundrechts zu berücksichtigen. Dabei seien die ausländerrechtlichen Belange des Grundrechts abzuwägen: „Eine Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik Deutschland liegt demnach nicht vor, wenn Art. 6 Abs. 1 GG im Einzelfall anderes gebietet.“ Eine solche Abwägung stellt demnach keine Relativierung des Schutzgutes des Grundrechts dar. Von besonderer Bedeutung ist dabei der „hohe Rang“ von Ehe und Familie in der „Wertordnung des Grundgesetzes“. Deutlich werden nun die früheren Aussagen zum Schutzbereich des Grundrechts zurückgenommen: Kein Eingriff in den Schutzbereich, sondern ein Abwägungsgebot ist Folge des Grundrechtsschutzes in territorialer Hinsicht. Daß gerade der Entschluß der Ehegatten, die Ehe in der Bundesrepublik zu führen, grundrechtlich – und zwar durch Art. 6 Abs. 1 GG – geschützt sein soll, wird nicht mehr behauptet. Im Rahmen dieser Abwägung wird vom BVerwG auch der „Schutzzweck“ des Art. 6 Abs. 1 GG berücksichtigt. Dieser liegt demnach in der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Fehlt dieser – wie bei einer Scheinehe –, so hat das Grundrecht der Ehe und Familie unbeachtet zu bleiben¹². Ist sie vorhanden, aber gestört – wie bei einer zerrütteten Ehe –, so ist Art. 6 Abs. 1 GG als Abwägungsaspekt einzubeziehen, da der Schutzzweck der Norm nicht unerreichbar geworden ist¹³. Dabei sollen die „weitreichenden aufenthaltsrechtlichen Vergünstigungen, die aufgrund des Art. 6 Abs. 1 GG einem Ausländer mit deutschem Ehepartner zuwachsen, vornehmlich dem Schutz des deutschen Staatsangehörigen“ dienen. Ihm kann es grundsätzlich nicht verwehrt

werden, die Ehe in seinem Heimatstaat zu führen. Ob dieses Recht allerdings aus dem Schutz der Ehe oder aus dem Schutz seines Aufenthaltsrechts folgt, wird nicht erörtert.

b) Eine zweite Fallgruppe sind Ehen, welche den aufenthaltsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie betreffen, an der ausschließlich Ausländer beteiligt sind.

Grundsätzlich sind auch insoweit Ehe und Familie zu berücksichtigen. Auch Ausländer sind Träger des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG, da das Grundgesetz dieses Recht nicht auf Deutsche beschränkt hat¹⁴. Auch hier ist demnach eine Abwägung zwischen den beteiligten Belangen vorzunehmen, die allerdings anders als bei einer Ehe mit deutschen Partnern zu erfolgen hat. „Teilen der Ehegatte und ein etwaiges minderjähriges Kind dagegen die Staatsangehörigkeit des Ausländers, ohne zugleich deutsche Staatsangehörige zu sein, so kann die Berücksichtigung von Ehe und Familie nur geringeres Gewicht beanspruchen. In diesem Fall hat die Ausweisung für den anderen Ehepartner und das Kind nicht die gleichen schwerwiegenden Folgen.“ Das gilt insbesondere offenbar deshalb, weil hier kein deutscher Ehepartner in die Zwangslage geraten kann, seine Ehe im Ausland fortsetzen zu müssen. „Eine Rückkehr in das Land gemeinsamer Staatsangehörigkeit ist, wenn nicht außergewöhnliche Umstände vorliegen, dem anderen Ehegatten im Interesse der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft zuzumuten.“

Solche „außergewöhnlichen Umstände“ können eintreten, wenn dem Ehegatten im Bundesgebiet ein besonderer aufenthaltsrechtlicher Status zukommt. Dies kann etwa der Fall sein, wenn er aufgrund langjährigen Aufenthalts in der Bundesrepublik einen aufenthaltsrechtlichen Vertrauensstand genießt, der nur unter besonderen Voraussetzungen aufgehoben werden darf¹⁵, oder asylberechtigt ist¹⁶. Hier wird besonders deutlich, daß maßgebliche Grundlage des Schutzes aus Art. 6 Abs. 1 GG das Aufenthaltsrecht des Ehegatten ist. Dies wird nämlich nicht durch Art. 6 Abs. 1 GG begründet, sondern liegt dem Schutz der Familieneinheit voraus.

Der Grundrechtsschutz gilt nicht nur für ausländische Ehen, sondern auch für ausländische Familien einschließlich der Kinder¹⁷. Allerdings bewirkt er für die ausländischen Angehörigen eines in der Bundesrepublik lebenden Ausländers in der Regel nur einen geringeren Schutz vor der Ausweisung als für die mit einem deutschen Staatsangehörigen verheirateten Ausländer. „Seine Ausweisung berührt aber ebenfalls den Schutz gem. Art. 6 Abs. 1 GG.“ Deutlich zeigen diese Aussagen, daß zwar in allen genannten Konstellationen dasselbe Grundrecht einschlägig ist, die Schutzintensität allerdings stark divergiert. Der Rechtsgrund solcher Divergenzen kann nicht in Art. 6 GG liegen, sondern muß ihm vorausliegen. Konkret bedeutet dies: Das Aufenthaltsrecht kann jedenfalls seine Grundlage nicht allein im Schutz von Ehe und

11 BVerwGE 56, 246, 249 ff.

12 BVerwGE 65, 174, 179 ff.

13 BVerwGE 60, 126 ff.

14 Ausführlich hierzu BVerwGE 48, 299, 302 f.

15 BVerwGE 61, 32 ff. im Anschluß BVerfGE 49, 181 ff.

16 Seit BVerwG, DÖV 1974, S. 784 f.

17 BVerwGE 60, 133 (Leitsatz).

Familie finden. Entscheidungen über Ehen zwischen Ausländern unterschiedlicher Staatsangehörigkeit und deren Aufenthaltsrecht finden sich in der amtlichen Sammlung bislang nicht.

c) Besonderheiten weist demgegenüber die Fallgruppe der Familiennachzugs-Entscheidungen auf. Sie unterscheiden sich von allen bislang erörterten Konstellationen durch den Umstand, daß es bislang stets um die Trennung einer bestehenden Familieneinheit ging, der Familiennachzug hingegen die Herstellung einer tatsächlich nicht bestehenden Familieneinheit betrifft. Dabei sind drei Arten von Fällen denkbar:

- (1) Ein Deutscher gründet im Ausland eine Familie und will später mit dieser in die Bundesrepublik zurückkehren;
- (2) Ein Ausländer, der bereits ein Aufenthaltsrecht besitzt, gründet im Ausland eine Familie und will diese nachziehen lassen;
- (3) Ein Ausländer hat im Ausland eine Familie gegründet, bevor er das Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik erwarb, und will diese nach dessen Erwerb nachziehen lassen.

Die amtliche Sammlung enthält bislang Entscheidungen des BVerwG nur zur dritten Fallgruppe. Die erste Entscheidung – Nachzug einer ausländischen Großmutter zur Betreuung minderjähriger Enkel¹⁸ – zeigt insbesondere Probleme hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Familie“ auf. Das Gericht läßt die Frage nach einem Familiennachzugsrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG weitgehend offen. Ausdrücklich blieb dahingestellt, ob der Nachzug der Großeltern „im Wirkungsbereich von Art. 6 Abs. 1 GG“ liege, welcher nicht nur den Schutz, sondern auch die „Förderung der Familie“ gebiete. Ein Nachzugsrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG wurde so zumindest nicht bejaht.

Nach den späteren Entscheidungen folgt aus dem Grundrecht „nicht ohne weiteres ein Aufenthaltsrecht für Ausländer, die Familienangehörige im Bundesgebiet haben“¹⁹. Dies bedeutet allerdings nicht, daß der Schutz von Ehe und Familie für den Nachzug völlig bedeutungslos ist. Vielmehr muß der Staat nachteilige Wirkungen seiner Maßnahmen auf die Erhaltung der Familie im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren begrenzen. Daraus folgt ein Abwägungsgebot, welches auch im Aufenthaltsrecht gilt. Dabei sind das notwendige Maß an häuslicher Gemeinschaft in der Familie ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, daß Familieneinheit sich „nicht notwendig in einer häuslichen Gemeinschaft ausdrückt“. Offen bleibt, ob diese Erkenntnis generell oder nur für die Besonderheiten des entschiedenen Falls gelten soll. Jedenfalls genießen erwachsene Kinder kein Nachzugsrecht zu ihren in der Bundesrepublik lebenden Eltern²⁰ und Großeltern kein Nachzugsrecht zu ihren Nachkommen in Deutschland²¹. „Ausnahmen sind allerdings in Betracht

zu ziehen, wenn nach den Verhältnissen des Einzelfalles Eltern oder das Kind auf die in der Familie geleistete Lebenshilfe in einer Weise angewiesen sind, die den Aufenthalt im Bundesgebiet erforderlich macht.“²² Ob sich dies aus dem Sozialstaatsprinzip oder aus Art. 6 GG ergibt und welche Bedeutung demgegenüber „einwanderungspolitische Interessen“ haben können, ist noch nicht entschieden.

d) Die Rechtsprechung des BVerwG nimmt zu den hier aufgezeigten Rechtsfragen eine wesentlich schwankendere Haltung ein als das BVerfG. Während anfangs der „Schutzbereich“ des Art. 6 Abs. 1 GG herangezogen wurde und sogar „Eingriffe“ angenommen wurden, zeigte die spätere Praxis demgegenüber ausdrücklich Zurückhaltung. Insgesamt wird deutlich:

- Das BVerwG wendet Art. 6 Abs. 1 GG für den Schutz von ausländischen Ehegatten und Familienangehörigen Deutscher und aufenthaltsberechtigter Ausländer an.
- Das Gericht betont – abgesehen von seiner ersten Entscheidung – die Eigenschaft des Art. 6 Abs. 1 GG als Abwägungsposten bei der Ermessensausübung der Ausländerbehörden.
- Trotz einmaliger, isolierter Diskussion eines „Eingriffs“ in den Schutzbereich wird das Schrankenproblem des Art. 6 Abs. 1 GG an keiner Stelle erörtert.
- Art. 6 Abs. 1 GG soll sowohl Deutsche als auch Ausländer schützen. Voraussetzung ist dafür stets – implizit –, daß ein Ehepartner ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik besitzt, welches nicht durch Art. 6 GG begründet wurde.
- Entsprechend dieser Tendenz, nach welcher der Schutz von Ehe und Familie im Bundesgebiet ein Aufenthaltsrecht voraussetzt, ist das Gericht zurückhaltend bei der Begründung von Aufenthaltsrechten durch Familiennachzug.

3. Zusammenfassung

Sind eingangs²² die Ableitungsschritte vom „Schutz der Ehe und Familie“ bis zum Aufenthaltsrecht dargestellt worden, so läßt sich jetzt die Antwort der Rechtsprechung ansatzweise umreißen:

- Nach Ansicht von BVerfG und BVerwG bedingt der Schutz von Ehe und Familie Familieneinheit.
- Familieneinheit kann grundsätzlich im In- und im Ausland hergestellt werden. Für Ehegatten, die ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet besitzen, begründet die Ausweisung des anderen Partners einen faktischen Entscheidungszwang zwischen Nachfolge und Beeinträchtigung der Familieneinheit. Dieser Entscheidungszwang ist nur eingeschränkt „zumutbar“.
- Ein Anspruch auf Herstellung der Familieneinheit im Inland wird dementsprechend verneint. Im übrigen ist

18 BVerwGE 42, 148, 156 ff.

19 BVerwGE 65, 188 ff.; 66, 268, 272 f.; bestätigt in BVerwG, DÖV 1985, S. 680; 681; 682.

20 BVerwGE 65, 188 ff.

21 BVerwGE 66, 268, 272 f.; zur Zweitehefrau BVerwG, JZ 1985, S. 740 m. Anm. Kimminich.

bestehende Familieneinheit Abwägungsposten bei der Konkretisierung der „Zumutbarkeit“.

- Familieneinheit begründet kein Aufenthaltsrecht, sondern setzt ein solches voraus. In dieses kann - mittelbar - eingegriffen werden, wenn Maßnahmen gegen einen Ehepartner ergriffen werden, die zu einer Entfernung aus dem Bundesgebiet führen können.

Diese Antworten der Rechtsprechung sind bislang lediglich dargestellt, nicht aber auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 GG befragt worden. Entsprechen sie dem Konzept von Ehe und Familie des Grundgesetzes? Dieses ist im folgenden zu erörtern.

III. Familiennachzug und Grundrechtsdogmatik

Die Dogmatik des Art. 6 I GG ist - ungeachtet der besonderen Formulierung dieses Grundrechts - bemerkenswert traditionell geblieben²³. Auch die zahlreichen, zu dieser Materie ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts haben sich überwiegend in diesen Bahnen bewegt²⁴.

1. Der Schutzbereich des Art. 6 I GG

a) Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem „besonderen Schutz“ der Staatsordnung. Im Gegensatz zu manchen sonstigen Grundrechten werden hier nicht nur „Freiheiten“ eingeräumt, sondern daneben der positive „Schutz“ von Ehe und Familie betont²⁵. Dabei soll nicht verkannt werden, daß schon der Schutzbereich von „Ehe“ und „Familie“ dogmatische Sonderprobleme aufwirft, die letztlich damit zusammenhängen, daß beide Phänomene ohne staatliche Rechtsordnung nicht einmal theoretisch denkbar sind. Die daraus resultierenden Ausgestaltungsanforderungen, also die institutionellen Elemente des Grundrechts, sind Voraussetzungen und Bestandteile des Schutzes zugleich: Die Ausgestaltung kann nicht losgelöst von der Garantie des Art. 6 Abs. 1 GG begriffen werden. Was der Staat als „Ehe“ und „Familie“ gestaltet, ist allerdings durch diese Begriffe und den Schutzzinhalt des Art. 6 Abs. 1 GG nur wenig vorgeprägt.

Der „besondere Schutz“ im Rahmen jenes Grundrechts läßt sich in drei unterschiedlichen Dimensionen umschreiben:

- Dem Eingriffsverbot: Der Staat hat die Bildung einer Ehe und Familie in die Freiheit der Beteiligten zu stellen und darf in die bestehende Familie nicht zwangsweise eingreifen. Eehindernisse²⁶ oder Zwangsschei-

dungen sind ebenso untersagt wie die Trennung des Kindes aus der elterlichen Sorge, sofern nicht die Schranken des Art. 6 Abs. 2 und 3 GG maßgeblich sind.

- Das Diskriminierungsverbot: Der Staat darf niemanden rechtlich benachteiligen, weil er verheiratet ist oder eine Familie hat. Hier liegt der Schwerpunkt des Grundrechts im Bereich des staatlichen Abgabenrechts und der wirtschaftlichen Zuwendungen²⁷.
- Der Schutzauftrag: Dieser bezeichnet alle staatlichen Maßnahmen zur Förderung von Ehe und Familie, die weder mit dem Eingriffs- noch dem Diskriminierungsverbot erfaßt werden können. Beide Verbote stellen gemeinsam die Untergrenze jedes Schutzes dar.

Charakteristikum dieses besonderen Schutzauftrages ist, daß er nicht durch seine verfassungsrechtliche Anordnung allein eintritt. Vielmehr bedarf er der Ausgestaltung und Konkretisierung durch die Rechtsordnung, insbesondere durch das einfache Recht. Wie und in welchem Rahmen derartige Gesetze allerdings die Ehe schützen sollen, ist aus dem Grundrecht selbst nicht zu ermitteln. Dieses beschränkt sich auf den Schutzauftrag; bei der Konkretisierung der Verpflichtung und des Schutzzumfangs sind ihm jedoch kaum Anhaltspunkte zu entnehmen. Folgt aber aus dem Grundrecht selbst insoweit kein Handlungsmaßstab, so kann auch ein Gesetz, welches die Ehe schützt, nicht auf seine Vereinbarkeit mit Art. 6 Abs. 1 GG überprüft werden. Wo keine Maßstäbe sind, sind auch keine Kontrollmaßstäbe. Dem entspricht die Deutung, daß Art. 6 Abs. 1 GG zwar insoweit gilt und wirkt, seinen Geltungsinhalt aber erst durch die Gesetze empfängt, die ihn konkretisieren. Hier mag das Grundrecht als Auslegungsmaxime herangezogen werden; eigenständiger Schutzgehalt gegenüber dem Gesetz kommt ihm nicht zu. Konkret bedeutet dies, daß der besondere Schutzauftrag des Grundrechts für alle Staatsgewalt gilt; daß er aber mangels konkreter eigener Maßstäbe dem Gesetzgeber zur Ausformung aufgegeben ist. Eben diese Ausformung macht ihn überhaupt erst „anwendbar“. Dementsprechend kann ein Gesetz vom BVerfG nicht auf seine Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit dem Schutzauftrag - oberhalb des Eingriffs- und des Diskriminierungsverbots - geprüft werden. Das Grundgesetz ist insoweit offen; und diese Offenheit wirkt als Konkretisierungsverbot für das BVerfG und die Rechtswissenschaft²⁸.

Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG bindet demnach in drei Dimensionen, von denen allerdings nur zwei rechtlich unmittelbar anwendungsfähig sind. Nur sie dürfen daher vom BVerfG als Kontrollmaßstab gegenüber der Legislative herangezogen werden.

2. Familieneinheit

Sind Ehe und Familie rechtlich anerkannte Formen des Zusammenlebens, so bedarf dieses Zusammenleben des rechtlichen Schutzes durch Art. 6 Abs. 1 GG. Dement-

23 S. etwa die Kommentierung von Theodor Maunz in Maunz / Dürig / Herzog, GG, 6. Aufl., Stand: 1984, Art. 6 RdNr. 1 ff.

24 S. BVerfGE 1, 98 ff.; 3, 241 f.; 4, 52 ff.; 6, 34, 44, 55 ff., 70 ff.; 386 ff.; 7, 195 f.; 320 ff.; 9, 239 ff.; 247 ff.; 10, 61 ff.; 83 ff.; 11, 57 ff.; 12, 163 ff.; 198 ff.; 13, 290 ff.; 14, 38 ff.; 15, 330 ff.; 16, 208 ff.; 244 ff.; 17, 26 ff.; 217 ff.; 223 ff.; 18, 105 ff.; 19, 237 ff.; 397 ff.; 20, 33 f.; 43 f.; 21, 51 f.; 133 ff.; 22, 96 ff.; 23, 79 ff.; 24, 109 ff.; 135 ff.; 25, 195 ff.; 26, 325 ff.; 28, 111 ff.; 324 ff.; 29, 57 ff.; 71 ff.; 112 ff.; 175 ff.; 31, 67 ff.; 78 ff.; 203 ff.; 32, 261 ff.; 35, 382 ff.; 36, 161 ff.; 37, 217 ff.; 42, 100 ff.; 45, 125 ff.; 47, 42 ff.; 69 ff.; 51, 396 ff.; 53, 249 ff.; 55, 126 ff.; 56, 385 ff.; 58, 377 ff.; 59, 376 ff.; 60, 88 ff.; 61, 319 ff.; 346 ff.; 62, 329 ff.; 66, 77 ff.

25 Ebenso etwa Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG.

26 S. zu den Eehindernissen BVerfGE 31, 58 ff.; 36, 146 ff.

27 S. nur BVerfGE 6, 55; 13, 290; 17, 210; 22, 100; 28, 324; 32, 260.

28 Zur Offenheit als Konkretisierungsverbot Christoph Gusy, Die Offenheit des Grundgesetzes, JöR 1984, S. 105, 123.

sprechend ist die „Familieneinheit“ als Ausprägung des Grundrechtsschutzes anerkannt²⁹. Sie findet ihre rechtliche Grundlage für die Ehe in § 1353 BGB, welcher die Pflicht zur „ehelichen Gemeinschaft“ begründet; eine Pflicht, die ein konstituierendes Element von „Ehe“ und „Familie“ betrifft, welche den besonderen grundrechtlichen Schutz genießen. Was das bürgerliche Recht zur Pflicht macht, anerkennt das Grundgesetz jedenfalls als Recht der Beteiligten. Im Verhältnis von Eltern und Kindern ist Art. 6 Abs. 2 GG unmittelbare Rechtsgrundlage der Familieneinheit. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, wie gerade der spezifische „Schutz“ der Ehe- und Familieneinheit beschaffen sein kann. Ist die Einheit Anwendungsfall des Grundrechts insgesamt, so folgt aus Eingriffsverbot, Diskriminierungsverbot und Schutzgebot verfassungsrechtlich:

- Das Eingriffsverbot begründet die Unzulässigkeit staatlicher Eingriffe in die Familieneinheit. Der Staat darf eine bestehende Einheit nicht zerstören, indem er den Beteiligten unmöglich macht, die Einheit fortzusetzen oder wiederherzustellen. Dies bedeutet allerdings nicht, daß die Bundesrepublik Familieneinheit gerade im Bundesgebiet gestatten muß: Wo die Beteiligten ihre Familieneinheit betätigen können, richtet sich nach der allgemeinen Rechtsordnung: Residenzpflichten eines Familienmitgliedes greifen nicht in den Schutz seiner Familieneinheit ein, wenn er am Ort der Residenzpflicht sein Familienleben fortsetzen kann. Auch die Versetzung eines Beamten an einen anderen Dienstort ist kein Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG. In diesem Sinne setzt somit der Grundrechtsschutz von Ehe und Familie das Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik voraus. Ein Eingriff liegt nicht vor, wenn die deutschen Staatsorgane einen Ausländer ausweisen und nicht zugleich seine Familienangehörigen in der Bundesrepublik zurückhalten.
- Das Diskriminierungsverbot untersagt die Schlechterstellung der Familie gegenüber getrennt lebenden Gemeinschaften. Aus ihm kann auch im Wege der Nichtdiskriminierung von Familieneinheiten kein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik hergeleitet werden.
- Das Schutzgebot begründet die Verpflichtung zu positiven Maßnahmen über das Eingriffs- und Diskriminierungsverbot hinaus. Demnach ist der Gesetzgeber zwar zu positiven Schutzmaßnahmen verpflichtet; wie er dieser Verpflichtung allerdings nachkommt, ist aus dem Grundgesetz nicht eindeutig und daher nicht justiziabel herzuleiten. Solange das Gesetz nicht gegen das Eingriffs- oder Diskriminierungsverbot verstößt, ist es nicht verfassungswidrig. Die Legislative ist demnach nicht zwingend aus Art. 6 Abs. 1 GG verpflichtet, Personen, denen kein Aufenthaltsrecht zukommt, wegen ihrer Ehe oder Familie ein solches zu verleihen.

Begründet demnach der Gedanke der Familieneinheit in keiner Dimension des Art. 6 Abs. 1 GG ein Aufenthaltsrecht, so setzt das Grundrecht ein derartiges Recht offenbar voraus. Demnach stellt auch die Ausweisung von

Ausländern aus dem Bundesgebiet jedenfalls so lange keinen Eingriff in das genannte Grundrecht dar, als die Familienangehörigen nachziehen können. Dieser Befund ist unabhängig davon, ob die Familienangehörigen des Ausgewiesenen Ausländer oder Deutsche sind. Die Bundesrepublik ist nach Art. 6 Abs. 1 GG nicht verpflichtet, Familieneinheit gerade auf deutschem Boden zu ermöglichen.

3. Aufenthaltsrecht und Familiennachzug

Setzt der Schutz der Familieneinheit das Aufenthaltsrecht voraus, so kann ein solches Recht für Deutsche allein aus Art. 11 GG, für Ausländer lediglich aus Art. 2 Abs. 1 GG folgen. Damit stellt sich die Frage, inwieweit ausländerrechtliche Maßnahmen gegen einen Ehegatten in das Aufenthaltsrecht des anderen eingreifen können.

Durch ausländerrechtliche Maßnahmen erlischt die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft nach § 1353 BGB nicht. Will der Ehegatte des Betroffenen diese gesetzliche Pflicht weiterhin erfüllen, so entsteht für ihn daraus die Rechtspflicht, seinen eigenen Aufenthalt in der Bundesrepublik zu beenden. Ist etwa ein Deutscher mit einem Ausländer verheiratet, so ist der Deutsche aus § 1353 BGB verpflichtet, seinem Ehegatten in dessen Heimat zu folgen, wenn dieser aus der Bundesrepublik ausgewiesen wird. In diesem Sinne begründet das bürgerliche Recht die Nachzugspflicht des Nicht-Betroffenen gegenüber dem Betroffenen. Diese rechtliche Nachzugspflicht stellt einen Eingriff in die Rechte des beteiligten deutschen Ehegatten aus Art. 11 Abs. 1 GG dar. Dementsprechend kann er nur im Rahmen der Schranken des Art. 11 GG zulässig sein. Welche der überaus differenzierten Schrankenbestimmungen des Art. 11 Abs. 2 GG in Betracht kommen können, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere dem Ausweisungsgrund, ab.

Ähnliches gilt für den Ehegatten eines Ausländers, der mit einem anderen Ausländer verheiratet ist, sofern beide im Bundesgebiet wohnen. Hier kann³⁰ das jeweils anwendbare Familienrecht, soweit es Pflichten zur ehelichen Gemeinschaft enthält, sich als Nachzugspflicht für Nicht-Betroffene auswirken. Da Ausländer allerdings ein Aufenthaltsrecht nicht aus Art. 11 Abs. 1 GG, sondern lediglich aus Art. 2 Abs. 1 GG genießen³¹, kommen hier auch die Schrankenbestimmungen dieses Grundrechts in Betracht.

Im Ergebnis ist die Ausweisung eines Ausländers, der in Deutschland mit seiner Familie lebt, nach den Aufenthaltsrechten der Familienangehörigen je getrennt zu beurteilen. Grundrechte des Ausgewiesenen sind nur insoweit relevant, als sie für ihn ein Aufenthaltsrecht begründen. Art. 6 Abs. 1 GG begründet ein solches nicht, daher ist auch die Ausweisung kein Eingriff in den Schutzbereich. Ähnliches gilt analog für den Familiennachzug: Ein solches Grundrecht ist nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG herzuleiten³².

³⁰ Das Problem der Anwendbarkeit des § 1353 BGB im Rahmen des internationalen Privatrechts soll hier offen bleiben.

³¹ S. o. I.

³² S. o. III, 2; Christoph Gusy, Ermessen und Ermessensbindung im Ausländerrecht, VBIBW 1984, 393, 401.

²⁹ S. zur Familieneinheit etwa D. Pirson in: Bonner Kommentar, Art. 6 RdNr. 47 ff.

4. „Wertgehalt“ des Art. 6 Abs. 1 GG

Ein Recht auf Familiennachzug oder Aufenthalt wird aus Art. 6 Abs. 1 GG oftmals nicht „unmittelbar“, sondern lediglich „mittelbar“ hergeleitet. Dies zeigt sich in der Rechtsprechung³³ stets, wenn der Grundrechtsschutz nicht als Eingriffsschutz, sondern in seiner „Wertdimension“ angewandt wird. In diesem Fall folgt die Berücksichtigung von Ehe und Familie aus dem Grundrecht als „wertentscheidende Grundsatznorm“, als „institutionelle Garantie“ oder aus ihrem „positiven Gehalt“, der sich offenbar von einem sonstigen Gehalt unterscheidet. In diesem Sinne ist dann kein Grundrechtseingriff anzunehmen, vielmehr liegt der Familiennachzug im „Wirkungsbereich des Grundrechts“.

a) Bereits die dabei verwendete Terminologie deutet an, daß mit dieser Argumentation der eigentliche „Schutzbereich“ des Grundrechts überschritten wird. Vielmehr wird hier der in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene „Wert“ umgesetzt. Wertgehalt und Schutzgehalt treten dabei auch inhaltlich auseinander: Setzt Art. 6 GG ein Aufenthaltsrecht voraus und begründet ein solches nicht, so strahlt der Wert in alle Rechtsbereiche aus und wirkt so dennoch auf die aufenthaltsrechtlichen Normen ein. Aus diesem Wert empfangen alle Bereiche des Rechts ihre Impulse, und so eben auch das Aufenthaltsrecht, das im Lichte des Werts ausgelegt und angewandt wird. Konsequenter läßt sich sagen: Der Grundrechtsschutz ist aufenthaltsrechtsneutral, der Grundrechtswert hingegen nicht.

Diese aufenthaltsrechtliche Bedeutung erlangt der Schutz von Ehe und Familie nicht aus sich selbst. Vielmehr entsteht sie aus einer Argumentationskette, die im einfachen Recht ihre Wurzeln findet: Das Ausländerrecht enthält eine Vielzahl offener Normen, die in unterschiedlicher Weise ausgelegt werden können. Dabei existieren mehr oder weniger „ehe- und familienfreundliche“ Alternativen. Wegen der Existenz des Grundrechts aus Art. 6 GG werden die „familienfreundlichen“ Alternativen gewählt. Dabei ist zwar vorausgesetzt, daß das Grundrecht kein Aufenthaltsrecht begründet; andererseits wird jedoch der Familienschutz durch ein familienfreundliches Aufenthaltsrecht sinnvoll ergänzt. Weil das so ist und entgegenstehende rechtliche Regelungen oder Auslegungsgesichtspunkte regelmäßig nicht erkennbar sind, wird daher das Aufenthaltsrecht „familienfreundlich“ verstanden. Die Berücksichtigung von Ehe und Familie hat so aufenthaltsrechtliche und nicht verfassungsrechtliche Wurzeln.

Ein solches Konzept macht eine Vielzahl von Argumentationsfiguren der Rechtsprechung erst verständlich. Zwar wird Art. 6 Abs. 1 GG „herangezogen“, aber nicht angewandt. Er wird „berücksichtigt“, aber weder Schutzbereich noch Schranken werden erörtert. Zwar wird betont, daß Art. 6 Abs. 1 GG kein Aufenthaltsrecht begründet; aber das Grundrecht wird im Aufenthaltsrecht angewandt. Schließlich wird das so hergeleitete Aufenthaltsrecht mit möglicherweise entgegenstehenden Gesichtspunkten – wie Straftaten des Betroffenen – abgewogen,

ohne daß geprüft wird, ob jene Gesichtspunkte überhaupt das Grundrecht einzuschränken vermögen. Zusammenfügen lassen sich solche Erwägungen nur, wenn bewußt bleibt, daß hier Ausländerrecht und nicht Verfassungsrecht angewendet worden ist.

b) Seinen aufenthaltsrechtlichen Inhalt erfährt Art. 6 Abs. 1 GG somit nicht „aus sich selbst“, sondern aus dem Gesetzesrecht. Denn das Grundrecht begründet gerade kein Recht, in das Bundesgebiet zu kommen oder in ihm zu bleiben. Daraus folgen Konsequenzen für den Rang jenes „Wertes“ von Ehe und Familie in der Rechtsordnung. Verfassungsrecht kann als Verfassungsrecht nur gelten, soweit es inhaltlich reicht. Wo der Inhalt des Grundgesetzes aufhört, kann es kein Verfassungsrecht geben. Ein grundgesetzlich begründetes Aufenthaltsrecht kann nur so weit reichen, wie seine verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen reichen. Jenseits dieser Grenzen von Tatbestand und Rechtsfolgen des Grundrechts beginnt die Lückenhaftigkeit und Offenheit der Verfassung, und damit der verfassungsrechtsfreie Raum³⁴. Hier kann es zwar Recht, aber eben kein solches mit dem Vorrang der Art. 20 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 3 GG geben. Ein „Wertbereich“, der den Schutzbereich eines Grundrechts explizit überschreitet, kann demnach keinen Verfassungsrang genießen. Soweit jener Wertbereich – praeter constitutionem – am, aber nicht aus dem Grundgesetz gewonnen wird, können solche Erwägungen nicht am Geltungsrang des Verfassungsrechts teilhaben. Insoweit ist die Wertordnung eine solche einfachen Rechts, nicht hingegen des Verfassungsrechts.

Das einfache Gesetz ist und bleibt auch dann ein einfaches Gesetz, wenn es ausgelegt wird. Auslegung ändert nicht den Rang einer Norm. Das ist unabhängig von den Aspekten und Argumenten, welche in die Interpretation einfließen. Wird eine Erwägung einbezogen, nach welcher eine Vorschrift mehr oder weniger grundgesetzfreundlich ausgelegt werden soll, so ist dadurch der Rang des Gesetzes nicht tangiert. Es ist und bleibt einfaches Recht; insbesondere erlangt es keinen Verfassungsrang. Ist und bleibt es einfaches Recht, so bindet es gem. Art. 20 Abs. 3 GG Vollziehung und Rechtsprechung, nicht aber den Gesetzgeber.

c) Daraus folgen nun unmittelbare Konsequenzen für die Möglichkeiten zur Regelung des Aufenthalts- und Familiennachzugsrechts der Ausländer. Begründet Art. 6 Abs. 1 GG kein Aufenthaltsrecht, so ist aus dem Grundrechtsschutz von Ehe und Familie mit Verfassungsrang keine Regelung geboten, welche derartige Rechte für Ausländer mit Familie im Bundesgebiet begründet. Wenn die Legislative ein solches Recht nicht schafft oder beibehält, so verstößt sie jedenfalls nicht gegen das Grundgesetz. Aus der Perspektive des Verfassungsrechts stehen das Aufenthalts- und das Familiennachzugsrecht demnach zur Disposition des Gesetzgebers. Er kann selbst gestalten, ob und in welchem Umfang er Recht auf Aufenthalt oder Familiennachzug schafft. Die Diskussionen insbesondere um die letzte Frage³⁵ sind ja gerade daraus

33 S. o. II.

34 Gusy. (Anm. 28) S. 120ff.

35 S. o. Anm. 2.

entstanden, daß die Legislative eine derartige Regelung nicht erlassen hat und die Problematik in das allgemeine Aufenthaltsrecht verweist, das in seiner nahezu grenzenlosen Weite und Offenheit eben für unterschiedliche Ausgestaltungen im Wege von Konkretisierung und Interpretation zugänglich ist.

Einer gesetzlichen Ausgestaltung stehen auch nicht die Erwägungen entgegen, die aus der Wertordnung des Art. 6 Abs. 1 GG hergeleitet werden. Kommt ihr nur der Rang einfachen Rechts zu und begründet sie auch keine Rangänderung des gesetzlichen Aufenthaltsrecht, so steht sie einer gesetzlichen Abänderung oder Aufhebung offen wie jedes andere Gesetz.

d) Konsequenzen hat dieser Befund auch für die Kompetenzverteilung zwischen den Gerichten. Nach unbestrittener Auffassung ist das BVerfG zuständig für die Beurteilung von Verstößen gegen das Grundgesetz; die Fachgerichte sind zuständig für die Entscheidung nach dem Gesetzesrecht. Ist Gesetzesrecht auch das ausgelegte Recht, und zwar auch dann, wenn im Lichte von Werten ausgelegt wird, die an das Verfassungsrecht angelehnt sind, so steht die Entscheidung nach derart ausgelegtem Recht allein den Fachgerichten zu. Das BVerfG ist demgegenüber unzuständig, da es sich hier nicht um ein vom Grundgesetz begründetes Aufenthaltsrecht handelt. Allgemein läßt sich feststellen: „Spezifisches Verfassungsrecht“³⁶ ist das Grundgesetz selbst. Erlangt umgekehrt die ganze Rechtsordnung durch eine „Wertordnung des Grundgesetzes“ Richtlinien und Impulse, so ist zwar alles

Recht im Lichte solcher Werte auszulegen. Die Auslegung läßt allerdings den Charakter des ausgelegten Rechts als einfaches Recht unberührt. Ob und wie die Gesetze im Lichte der Wertordnung auszulegen sind, ist allein von den Fachgerichten zu entscheiden. Das gilt jedenfalls insoweit, wie die Wertordnung nicht mit der Anwendung von Verfassungsrecht identisch ist, also – wie beim Aufenthaltsrecht und beim Familiennachzug – Schutzgehalt und Wertgehalt der Verfassungsnorm auseinander fallen. Ist der Wertgehalt ein solcher einfachen Rechts, so kann das BVerfG nicht darüber entscheiden, ob die Fachgerichte bei der Auslegung die Wertentscheidungen erkannt oder verkannt haben. Die Wertentscheidungen sind dann gerade nicht „verfassungsrechtlicher Art“.

IV. Zusammenfassung

Art. 6 Abs. 1 GG begründet kein Aufenthalts- und kein Familiennachzugsrecht. Wendet die Rechtsprechung den „positiven“, den „institutionellen“ oder den „Wertgehalt“ des Grundrechts bei der Auslegung des Ausländergesetzes an und begründet so Aufenthaltsrechte, so überschreitet dieser Wertgehalt den Schutzgehalt des Grundrechts. Die Werte sind dann nicht verfassungsrechtlicher, sondern einfach-gesetzlicher Art. Sie gehen nicht den Gesetzen vor und stehen damit der Legislative zur Abänderung offen. Eine Steuerung des Ausländerzustroms ist demnach für den Familiennachzug möglich. Zuständig hierfür ist der Gesetzgeber, der das offene Aufenthaltsrecht des § 2 AuslG konkretisieren muß. Verwaltungsvorschriften reichen nicht aus, da diese nach überkommener Auffassung die Rechtsprechung nicht binden, so daß Verwaltungsvorschriften und Gerichtsentscheidungen auseinanderklaffen können. Dies würde keine Lösung des Problems, sondern die Schaffung neuer Probleme – insbesondere Belastung der Justiz – mit sich bringen. Zur Lösung der praktischen Gestaltungsfragen ist demnach hier der Gesetzgeber aufgerufen.

³⁶ Zu diesem Problem Ulrich Steinwedel, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“, 1976; Hans-Jürgen Papier, „Spezifisches Verfassungsrecht“ und „einfaches Recht“ als Argumentationsformel des Bundesverfassungsgerichts, in: Christian Starck (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. I, 1976, S. 432 ff.

Das Ende des Reichsrechnungshofes und die Versuche eines Neubeginns

Von Präsident des Bundesrechnungshofes a. D. Karl Wittrock, Wiesbaden*

Die Fortgeltung der Reichshaushaltsordnung vom 31. Dezember 1922 ermöglichte nach dem II. Weltkrieg den Wiederaufbau des Haushaltswesens und der Rechnungsprüfung. Diese Einheitlichkeit wurde bereits 1947 durch die erste Präsidentenkonferenz der Rechnungshöfe bestätigt: Dieser Beitrag soll die Aufmerksamkeit auf den Wiederaufbau und die beteiligten Personen lenken.

Im vergangenen Jahr haben wir uns der Ereignisse vor 40 Jahren erinnert. Damals zerbrach die Struktur des Staates und seiner Organe. Auch die Einrichtungen der Rechnungsprüfung, nämlich der Reichsrechnungshof und seine Außenstellen, wurden zerstört. Hoffnungen, sie zu erhalten, erwiesen sich als trügerisch. Erhalten blieb nur – und das war von hoher Bedeutung – die wesentliche Grundsubstanz eines einheitlichen Rechtssystems der Rechnungsprüfung, vor allem die Reichshaushaltsordnung vom 31. Dezember 1922.

Wenn wir der Menschen und der Ereignisse gedenken, die vor 40 Jahren die Zerstörung und dann die ersten

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser war bis Ende 1985 Präsident des Bundesrechnungshofes.