



**HOCHSCHULE
FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG UND FINANZEN
LUDWIGSBURG**

University of Applied Sciences

Wahlpflichtfach im Verwaltungszweig:
„Nachhaltigkeit durch Zuwanderung - Gesellschaft im Wandel“



DIPLOMARBEIT

zur Erlangung des Grades einer Diplom – Verwaltungswirtin (FH)

vorgelegt von

Helene Schwab

Studienjahr 2008 / 2009

Erstgutachterin: StDir Dorothea Koller

Zweitgutachter: Prof. Dr. Hans-Dieter Rath

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Anlagenverzeichnis	V
Abkürzungsverzeichnis	VI
1 Einleitung	1
2 Begriffserläuterung	3
2.1 Elterliche Sorge	3
2.2 Sorgerechtserklärung.....	4
2.3 Umgangsrecht.....	4
2.4 Abstammung	5
2.5 Vaterschaftsanerkennung	6
2.6 Gemeinschaftsarten.....	6
3 Familienschutz	7
3.1 Schutzwirkung des Art. 6 GG.....	8
3.1.1 Grundsatznormen.....	9
3.1.2 Schutzbereich	10
3.1.3 Familienbegriff.....	12
3.1.4 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.....	13
3.2 Schutzwirkung des Art 8 EMRK.....	14
4 Auswirkungen des Kindes auf den Aufenthaltsstatus der Eltern	19
4.1 Auswirkungen nach § 4 Abs.1 StAG bei einem deutschen Elternteil.....	19
4.2 Auswirkungen nach § 4 Abs. 3 StAG bei ausländischen Eltern ...	22
4.2.1 Elternteil mit einer Niederlassungserlaubnis.....	23
4.2.2 Elternteil mit einer Freizügigkeitsberechtigung	24

4.3	Auswirkungen bei einem Elternteil mit Aufenthaltserlaubnis....	25
4.4	Auswirkung auf die Neueinreise	28
4.4.1	Einreise eines sorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines deutschen Kindes.....	28
4.4.2	Einreise eines nichtsorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines deutschen Kindes.....	28
4.4.3	Einreise eines ausländischen Elternteils eines ausländischen Kindes.....	30
4.5	Auswirkung auf die Ausreisepflicht.....	33
4.5.1	Auswirkung auf die Ausweisung.....	33
4.5.1.1	Ausweisungsschutz für Eltern deutscher Kinder.....	34
4.5.1.2	Zumutbarkeit der Ausreise	35
4.5.1.3	Ausübung des Ermessens	37
4.5.1.4	Besonderheiten bei der Ausreisepflicht des Vaters.....	38
4.5.2	Auswirkung auf die Abschiebung.....	41
4.5.3	Beide Elternteile ausreisepflichtig.....	44
4.6	Auswirkungen auf die Einbürgerung	46
5	Das Vater-Kind-Verhältnis.....	47
5.1	Problemdarstellung: „Scheinvaterschaft“	49
5.2	Ausländerrechtliche Folgen.....	51
5.3	Staatsangehörigkeitsrechtliche Folgen	52
5.4	Sozialrechtliche Folgen.....	53
5.5	Strafrechtliche Folgen.....	54
5.6	Maßnahmen der Behörde (Anfechtung).....	55
6	Fazit.....	57
	Anlagen	VI
	Erklärung.....	XI

Literaturverzeichnis

Bath, Clemens: Aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen aus Art. 8 EMRK in der Rechtsprechung des BVerwG, NVwZ 1998/10, S.1031ff.

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Beck'sche Kurzkommentare, 56. Aufl., München 2009

Frings, Dorothee: Frauen und Ausländerrecht die Härteklauseln des Ausländeraufenthaltsrechts unter frauenspezifischen Gesichtspunkten, 1. Aufl., Baden-Baden 1997

Geburten in Deutschland: Statistisches Bundesamt, Wiesbaden 2007

Göbel-Zimmermann, Ralph: Scheinehen, Scheinlebenspartnerschaften und Scheinväter, ZAR 3/2006, S. 81ff.

Grabenwarter, Christoph: Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch. Juristische Kurz-Lehrbücher, 3. Aufl., München 2008

Hailbronner, Kay / Renner, Günter: Staatsangehörigkeitsrecht, Reihe Beck'sche Kurz-Kommentare, 4. Aufl., München 2005

Hailbronner, Kay: Ausländerrecht, Kommentar, Bd. 1, Stand: 61.Aktualisierung, Heidelberg 2008

Hofmann, Rainer / Hoffmann, Holger [Hrsg.]: Ausländerrecht: AufenthG, FreizügG/EU, AsylVfG, StAG , Handkommentar, 1. Aufl., Baden-Baden 2008

Jarass, Hans / Pieroth, Bodo: GG, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl., München 2004

Kriechhammer-Yagmur, Sabine: Binationaler Alltag in Deutschland: Ratgeber für Ausländerrecht, Familienrecht und interkulturelles Zusammenleben, 5 Aufl., Frankfurt am Main 1999

Luft, Stefan: Ausländerpolitik in Deutschland: Mechanismen, Manipulation, Missbrauch, 2. Aufl., Gräfelfing 2003

Marx, Reinhard [Hrsg.]: Ausländer- und Asylrecht: Verwaltungsverfahren,
1. Aufl., Baden-Baden 2008, (zit. *Marx, AusIR*)

Marx, Reinhard: Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht in der
anwaltlichen Praxis, 3. Aufl., Bonn 2007, (zit. *Marx, AufenthR*)

Meyer-Ladewig, Jens: Europäische Menschenrechtskonvention,
Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006

Motzer, Stefan / Kugler, Roland: Kindschaftsrecht mit Auslandsbezug,
FamRZ-Buch 18, Bielefeld 2003

Nave-Herz, Rosemarie: Die Pluralität von Familienformen: Ideologie oder
Realität, FuR 1992, S.186ff.

Renner, Günter: Ausländerrecht, Kommentar, 8. Aufl., München 2005.

Schütz, Carsten: Rechtsposition ausländischer Kinder im Falle von
Ausweisung und Abschiebung ihrer Eltern, ZAR 1/2000, S.32ff.

Seifert, Karl-Heinz [Begr.] / Hömig, Dieter [Hrsg.]: Grundgesetz für die
Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar, 7. Aufl. Baden-
Baden 2003

**Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des
Innern zum Staatsangehörigkeitsgesetz:** in der Fassung des
Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher
Richtlinien der Europäischen Union vom 19. August 2007

**Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des
Innern zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz/ EU,**
Stand: 22. Dezember 2004

Vorschriftensammlung für die Verwaltung in Baden-Württemberg:
Stand: 25. August 2008

Wegner, Jörg / Durmus, Ali: Die Ausweisung von Ausländern mit
verfestigtem Aufenthaltsstatus nach dem neuen Ausländergesetz,
Berlin 1994

Anlagenverzeichnis

Anlage 1	Artikel FAZ vom 29.07.2006.....	VI
Anlage 2	Pressebericht CDU/CSU: Scheinvaterschaften.....	VIII
Anlage 3	Pressemitteilung des BMJ zur Anfechtung von "Scheinvaterschaften"	IX

Quelle Titelfoto: Veer, Geburten in Deutschland

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
AG	Amtsgericht
AuAS	Ausländer- und asylrechtlicher Rechtsprechungsdienst
AufenthG	Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz)
AuslG	Ausländergesetz
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EMRK	Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention)

F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FreizügG/EU	Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
InfAusIR	Informationsbrief Ausländerrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
VAH-AufenthG	Vorläufige Anwendungshinweise zum Aufenthaltsgesetz
VAH-StAG	Vorläufige Anwendungshinweise zum Staatsangehörigkeitsgesetz
VGH	Verfassungsgerichtshof
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik

1 Einleitung

„Wer als ausreisepflichtiger Ausländer die Vaterschaft eines in Deutschland geborenen Kindes anerkennt, dem ist zumindest ein vorläufiger Aufenthaltstitel sicher. Umgekehrt erwirbt auch eine in Deutschland niederkommende Ausländerin ein Bleiberecht, sobald sie für ihr Kind einen deutschen Vater nachweisen kann.“ schreibt die FAZ am 01.03.2005.¹ - Ein Bleiberecht aufgrund eines Kindes mit einem Deutschen?! Ein brisantes Thema, dessen nähere Betrachtung sich durchaus lohnen würde.

Und es geht noch weiter. Nach der Neuregelung des Staatsangehörigkeitsgesetzes erhalten selbst Kinder ausländischer Eltern die Deutscheigenschaft, wenn eines der Elternteile die bestimmten Voraussetzungen erfüllt. Auch in der Rechtsprechung zeichnete sich seit einigen Jahren die Tendenz ab, ausländischen Elternteilen nichtehelicher Kinder, die eine enge Gemeinschaft mit ihren Kindern pflegten, einen Aufenthalt in der Bundesrepublik zuzugestehen. Ein Kind wäre nach dieser Sachlage für einen ausreisepflichtigen Ausländer aufenthaltsrechtlich fast wie ein Sechser im Lotto, denn die nichteheliche Lebensgemeinschaft führt im Aufenthaltsrecht zu keinem Aufenthaltstitel, wie im Falle der Ehe. Mit einem Kind jedoch würden auch voneinander getrennte Elternteile ein Bleiberecht für die Bundesrepublik beanspruchen können. Darüber hinaus entfaltet die neue, stärkere Rechtsstellung der Ausländerkinder auch Schutzwirkungen für die Eltern, die ausgewiesen oder abgeschoben werden sollen.

Doch es stellt sich zunehmend die Frage, inwiefern so ein „Kind“ tatsächlich auf den Aufenthalt seiner Eltern einwirkt?! Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit seine ausreisepflichtigen Eltern in der Bundesrepublik bleiben können? Genügt es einfach ein Kind zu zeugen, um sich daraus ein Anspruch auf Aufenthalt ableiten zu

¹ Text: F.A.Z. v. 01.03.2005, Nr. 50, Seite 4, Anlage 1.

können oder muss mehr vorhanden sein? Welche Rahmenbedingungen schreibt das Gesetz vor, um den Aufenthaltstitel von den Eltern auf das Kind und umgekehrt zu übertragen?

Gegenstand dieser Arbeit wird die Rolle des Kindes im Aufenthaltsrecht sein. Es soll eine genauere Betrachtung der Bedeutung des Kindes auf den Aufenthaltsstatus seiner Eltern gewagt werden. Der Schwerpunkt liegt ausschließlich auf den in Deutschland geborenen Kindern ausländischer Eltern. Da speziell der Schutz der Familie im Rahmen der Europäischen Vereinbarungen und in der Verfassung nicht außer Acht gelassen werden darf, dürfte es hier besonders interessant sein, den Schutzrahmen, die tatsächliche Rechtslage und die Gründe für die behördlichen Entscheidungen in aufenthaltsrechtlichen Fragen mit Kinderbezug, zu betrachten. Auch die Frage der gesetzlichen Anforderungen an die Eltern aus rechtlicher und biologischer Sicht soll hier geklärt werden.

Zunächst sollen die wichtigsten familienrechtlich relevanten Begriffe vorgestellt werden. Zwar kann dies nicht erschöpfend geschehen, dennoch möchte ich mich diesem Bereich mit einer gewissen Ausführlichkeit widmen, weil die Kenntnis dieser Regelungen notwendig ist, um das Eltern-Kind-Verhältnis aus rechtlicher Sicht besser verstehen zu können. Im Folgenden werden die Vorgaben des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention zu diesem Thema erläutert, da dies die Grundlagen sind für die Umsetzungen im nationalen Recht. Schließlich wird die eigentliche Bedeutung des Kindes für den Aufenthaltsstatus der Eltern dargestellt, mit der ausführlichen Erläuterung, wovon das Kind eigentlich seinen Aufenthalt ableitet. Mit der Aufwertung der Rechtsposition des Kindes geht auch eine Aufwertung der Rechts- und Pflichtposition der Eltern bzw. des Vaters einher. Die besser gestellte Beziehung des nichtsorgeberechtigten Vaters zu seinem Kind wird deshalb genauer betrachtet. Fast jede wohlwollende, gesetzliche Regelung bringt auch Missbrauchsmöglichkeiten mit sich. Im Anschluss soll deswegen ein kurzer Überblick über die aktuelle Problematik der sogenannten Scheinvaterschaft geboten werden.

2 Begriffserläuterung

Durch die Reform des Kindschaftsrechts vom 1.7.1998 vollzog die gesellschaftliche Entwicklung auf der rechtlichen Ebene das nach, was das Bundesverfassungsgericht in seinen Entscheidungen schon längst festgelegt hatte.² Durch die völlige Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern und insbesondere die Einführung der gemeinsamen Sorgeerklärung für nichtverheiratete Eltern brachte diese Reform einen geradezu revolutionären Schub für die Anerkennung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit Kindern. Zentrales Anliegen der Reform war es, allen Kindern die gemeinsame elterliche Sorge zu verschaffen, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht. Dementsprechend besagt §1626 Abs.1 S.1 BGB nunmehr, dass die Eltern die Pflicht und das Recht haben, für das minderjährige Kind zu sorgen. Die Reform bestätigt die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Bamberg, wonach „einem Kind soviel wie möglich an erlebter Elternschaft beider Elternteile zu seinem Wohl erhalten bleiben soll“³

2.1 Elterliche Sorge

Die elterliche Sorge nach §§ 1626 ff. BGB, §§ 1671 ff. BGB umfasst die Personensorge und die Vermögenssorge für das minderjährige Kind. Dazu gehört auch die Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen des Kindes, § 1626 BGB. Die Personensorge umfasst gem. § 1631 BGB die Pflicht und das Recht der Eltern, ihr Kind zu versorgen, zu beaufsichtigen und zu erziehen, seinen Aufenthalt zu bestimmen sowie den Kontakt des Kindes mit dritten Personen zu regeln. Die elterliche Sorge bedeutet auch die gesetzliche Vertretung des Kindes.

² vgl. BVerfG NJW 1991, S.1944 (1945) (gemeinsames Sorgerecht geschiedener Ehegatten und lediger zusammenlebender Eltern).

³ MDR 1998, S.1167; zitiert nach Schütz, ZAR 2000, S.32 (33).

Nach Art. 21 EGBGB richtet sich dieses Eltern-Kind-Verhältnis nach dem deutschen Recht, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.

2.2 Sorgerechtserklärung

Unverheiratete Eltern können für das gemeinsame Kind eine Sorgeerklärung nach §§ 1626a ff. BGB abgeben. Sie müssen darin übereinstimmend ihren Willen darlegen, die Sorge über das Kind gemeinsam ausüben zu wollen. Das Jugendamt registriert diese Erklärung. Sie ist ausreichend, um ein gemeinsames Sorgerecht zu begründen und es dann genau wie Verheiratete gemeinsam auszuüben. Ein Zusammenleben der Eltern ist nicht Voraussetzung. Das heißt, dass unabhängig vom familienrechtlichen Status der Eltern, die Kinder heute in den Genuss der doppelten Sorgspflicht kommen. Im Grunde kann daher heute gar nicht mehr von nichtehelichen Kindern gesprochen werden, sondern es müsste heißen: Kinder, deren Eltern nicht verheiratet sind. Die Pflicht der Eltern stellt sich spiegelbildlich als das Recht des Kindes dar. Dem Kind wächst ein vollstreckbarer Anspruch zu. Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob der einzelne Elternteil von seinen Rechten und Pflichten Gebrauch machen will oder nicht.

Wird keine gemeinsame Sorgeerklärung abgegeben, so ist die nichtverheiratete Mutter auch weiterhin allein sorgeberechtigt. Das gemeinsame Sorgerecht bei Nichtverheirateten kann aufenthaltsrechtliche Auswirkungen haben.

2.3 Umgangsrecht

Beim Umgangsrecht handelt es sich nicht nur um ein Recht des Elternteils, sondern um eine Pflicht gegenüber dem Kind gemäß § 1684 BGB. Auch hier wurde die Rechtsposition des Kindes gestärkt, so dass das

Kind sein Recht auf Umgang mit den Eltern im Zweifelsfall auch vor Gericht durchsetzen kann.⁴ § 1626 Abs. 3 BGB i.V.m. § 1684 Abs. 1 BGB legt nunmehr fest, dass zum Wohle des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen gehört und das Kind das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil hat. Dieses fällt beiden schon aufgrund ihrer Stellung als Eltern zu und gilt wiederum uneingeschränkt für verheiratete und nichtverheiratete Elternteile. Wie § 1671 BGB zeigt, gilt dies sogar für Paare, die nie eine Lebensgemeinschaft gebildet haben. Im Gegensatz zur ausgelaufenen Regelung (vgl. § 1711 BGB a.F.) wird nunmehr auch dem nichtehelichen Vater ein Umgangsrecht eingeräumt, welches unabhängig von der positiven Feststellung der Förderung des Kindeswohls, besteht.

2.4 Abstammung

Das deutsche Abstammungsrecht ist in §§ 1591-1600e BGB geregelt. Durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz entfallen die Begriffe „Ehelichkeit und Nichteelichkeit“ als Statusmerkmal. So ist die Mutter gesetzlich definiert als die Frau, die das Kind geboren hat, § 1591 BGB. Wirklich interessant werden die Neuerungen bei der Frage, wer der Vater eines Kindes ist. Zunächst wird bei verheirateten Müttern davon ausgegangen, dass der Ehemann der Vater ist. Bei nichtverheirateten Müttern ist Vater, wer die Vaterschaft anerkennt oder dessen Vaterschaft durch Klage festgestellt wurde, § 1592 BGB. Wenn bei einem verheirateten Paar schon ein Scheidungsantrag anhängig ist und das Kind von einem anderen Mann stammt, kann dieser die Vaterschaft anerkennen. Dazu ist allerdings die Zustimmung der Mutter sowie ihres Noch-Ehemanns notwendig, §§ 1593 ff. BGB.

Gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB unterliegt die Abstammung dem Recht des Staates, indem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, also

⁴ Vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.130.

dem deutschen Recht. Es ist aber auch das Recht des Staates anwendbar, dem der betroffene Elternteil angehört, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB. Im Übrigen ist gemäß internationaler Abkommen,⁵ auf Kinder, deren Lebensmittelpunkt in der Bundesrepublik ist, deutsches Recht anzuwenden.

2.5 Vaterschaftsanerkennung

Bei einer mit dem Vater nicht verheirateten Mutter kann gem. §§ 1592 Nr. 2 ff. BGB eine freiwillige Anerkennung der Vaterschaft erfolgen. Diese ist lediglich an die Formerfordernisse des § 1597 BGB gebunden, d.h. auf die tatsächliche biologische Vaterschaft des Anerkennenden kommt es für die Wirksamkeit der Erklärung nicht an. Und sie kann nur unter den Voraussetzungen des § 1598 BGB als unwirksam angesehen werden. Damit ist die Vaterschaftsanerkennung solange wirksam, bis sie angefochten wird (Vaterschaftsanfechtungsklage). Der Anerkennende wird mit der Abgabe der Vaterschaftserklärung Vater im rechtlichen Sinne. Rechtlich sowohl für den Aufenthalt als auch für die Einbürgerung ist einzig die gesetzliche Vaterschaft entscheidend, die tatsächliche biologische Vaterschaft ist für das rechtliche Verständnis ohne Belang.⁶

2.6 Gemeinschaftsarten

Die *familiäre Erziehungs- und Lebensgemeinschaft* stellt die engste Gemeinschaft zwischen den Eltern und den minderjährigen Kindern dar. Sie liegt vor, wenn die Familienangehörigen zueinander in einer auf der familiären Verbundenheit beruhenden engen Lebensbeziehung stehen.⁷ Es ist eine *Beistands- und Betreuungsgemeinschaft*, die durch dauernde

⁵ wie dem Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA).

⁶ Vgl. Haibronner/Renner, § 4 StAG Rn 34ff.

⁷ Vgl. Motzer/Kugler, S. 102, Rn 219.

Hilfe und Unterstützung der Eltern zur leiblichen und seelischen Entwicklung der Kinder beiträgt.⁸

Die nächste Stufe ist die *Hausgemeinschaft*, an der auch weiter entfernte Verwandte partizipieren können. Die häusliche Gemeinschaft ist für das Vorliegen einer familiären Lebensgemeinschaft keine zwingende Voraussetzung.⁹ Ihr kommt allerdings eine indizielle Bedeutung zu,¹⁰ da die besondere Abhängigkeit der Kinder von ihren Eltern und deren besondere erzieherische Verantwortung in der Regel ein Zusammenleben voraussetzt.

Die gelockerte Form des Familienzusammenhalts ist die *Begegnungsgemeinschaft*, die durch das Getrenntleben der Familienangehörigen gekennzeichnet ist und mit gelegentlichen Besuchen, Telefongesprächen, Briefkontakten und Ähnlichem gepflegt wird.¹¹

3 Familienschutz

Die besondere Schutzwürdigkeit von Ehe und Familie ist national und international anerkannt und spielt im Aufenthaltsgesetz eine besondere Rolle. Auch anhand zahlreicher völkerrechtlicher Vereinbarungen, in die die Verpflichtung zum Schutz von Ehe und Familie Eingang gefunden hat,¹² lässt sich die besondere Schutzbedürftigkeit der Familie erkennen. Zur Gewährleistung dieses Rechts wurde im Aufenthaltsgesetz ein entsprechender Zweck zum Aufenthalt aus familiären Gründen

⁸ Vgl. Marx, *AufenthR*, § 5 Rn 12; Hofmann § 27 AufenthG Rn 21.

⁹ Vgl. BVerfG, InfAuslR 2002, S.171 (173); Hofmann, § 27 AufenthG Rn 21; VAH-AufenthG Nr. 27.1.4.

¹⁰ Vgl. Motzer/Kugler, S. 102, Rn 221.

¹¹ Vgl. Frings, S. 136; Motzer / Kugler, S. 102, Rn 220.

¹² Um einige Bsp. zu nennen: Art. 16 AEMR (Schutz von Ehe und Familie), Art 17 IPbpR (Schutz der Familie als Teil der Privatsphäre), Art. 23 IPbpR (Schutz der Familie), Art. 8 EMRK (Schutz der Familie), Art. 12 EMRK (Schutz der Ehe), Art. 17 AMRK (Schutz von Ehe und Familie)

vorgesehen. Die Rechtsprechung des BVerwG zeigt, dass aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen für das Privat- und Familienleben primär nationalem Verfassungsrecht entnommen werden, wenn nicht die ausländerrechtlichen Regelungen selbst das Abwägungsergebnis zugunsten des Aufenthaltsschutzes vorwegnehmen. Von besonderer Beachtung ist für die ausländerrechtlichen Entscheidungen der Bundesrepublik Artikel 6 GG und Artikel 8 EMRK, die beide auf ihre Weise die Familie als Einheit unter einen besonderen Schutz des Staates stellen. Auf deren Auslegung wird im Folgenden näher eingegangen. Der Schutz der Ehe muss aus minderer Bedeutung für diese Arbeit der ausführlicheren Darstellung des Schutzes der Familie weichen und wird somit vernachlässigt.

3.1 Schutzwirkung des Art. 6 GG

Artikel 6 GG stellt die Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung (Abs. 1), es definiert die Pflege und Erziehung der Kinder als ein Recht und Pflicht der Eltern (Abs. 2) und verbietet eine grundsätzliche Trennung von Eltern und ihren Kindern (Abs. 3). Außerdem wurden die unehelichen Kinder im Abs. 5 den ehelichen gleichgestellt. Dies entspricht dem momentanen Wandel von Ehe- und Familienstruktur. Denn es wäre ungerechtfertigt nur die typische Familie unter den Schutz des Grundgesetzes zu stellen, obwohl die Familie als Eltern-Kind-Einheit (mit Trauschein) nicht mehr die dominante Lebensform in unserer Gesellschaft ist¹³ und die Partnerschaften ohne Trauschein (trotz Kinder) immer mehr zunehmen.

¹³ Vgl. Nave-Herz, R., FuR 1992, S.186 (189).

3.1.1 Grundsatznormen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁴ und des Bundesverwaltungsgerichts¹⁵ gewährt Art. 6 GG grundsätzlich keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt, jedoch entfaltet es für die aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen der Ausländerbehörden zumindest unmittelbare Wirkungen. Neben einem subjektiven Abwehrrecht gegen störende Eingriffe des Staates enthält Art. 6 Abs. 1 GG als objektive Komponenten eine sogenannte Instituts- oder Einrichtungsgarantie, die den Erhalt von Ehe und Familie in ihren wesentlichen Strukturen sichert¹⁶, sowie eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden öffentlichen und privaten Rechts.¹⁷ Es setzt Maßstäbe und Grenzen sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Gesetzesanwendung. Die Behördliche Instanz hat ihr Handeln so auszurichten, dass der Bestand der Ehe- und Familiengemeinschaft nicht gefährdet wird. Art. 6 Abs. 1 GG begrenzt somit zum Einen den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, zum Anderen schränkt er die behördliche Entscheidungsfreiheit ein und kann deshalb, insbesondere im Rahmen von behördlichen Ermessensentscheidungen und bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, von Bedeutung sein. Die Entscheidung, wem und unter welchen Voraussetzungen der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll, obliegt weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt. Das Gebot, Ehe und Familie zu schützen, beinhaltet zum einen positiv die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie durch geeignete Maßnahmen zu fördern und vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren (Förderungs- und Bewahrungspflicht).¹⁸ Zum anderen enthält es negativ das Verbot für den

¹⁴ Vgl. BVerfGE 51, S.386; 76, S.1; 80, S.81; 35, S.382 (408).

¹⁵ Vgl. BVerwGE 98,S.31 (46)=NVwZ 1995,S.1113; BVerwG, NVwZ 1997, S.1116 (1118).

¹⁶ Vgl. Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 6 Rn 1

¹⁷ Vgl. Antoni in Seifert/Hömig, Art. 6 Rn 2.

¹⁸ Vgl. Antoni in Seifert/Hömig, Art. 6 Rn 12.

Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen (Verbot der Diskriminierung).¹⁹ Die in Art. 6 Abs. 1 und 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, verpflichtet die Ausländerbehörde bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren, die bestehenden familiären Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, zu berücksichtigen²⁰ und entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen.²¹ Art. 6 Abs. 1 GG gewährt jedoch keine unmittelbaren Ansprüche auf positive Förderung, so dass kein unmittelbarer Leistungsanspruch für den Einzelnen erwachsen kann.²² Den Wertentscheidungen des Art. 6 Abs.1 GG lässt sich somit die allgemeine Pflicht des Staates zur positiven Förderung des ehelichen und familiären Zusammenlebens entnehmen, diese unterliegt der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.²³ Er kann grundsätzlich den ihm geeignet erscheinenden Weg zur Verwirklichung der Wertentscheidungen des Art. 6 Abs. 1 GG bestimmen, insbesondere zwischen den verschiedenen Formen der Förderung des ehelichen und familiären Zusammenlebens wählen.

3.1.2 Schutzbereich

Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, es enthält im Gegensatz zu manchen anderen Grundrechten keine Beschränkung auf Deutsche. Der Verfassungsgeber erstreckte somit dieses Grundrecht als ein allgemeines Menschenrecht, d.h. auch auf ausländische Ehen und Familien. Art. 6 Abs.1 GG enthält keine klare Aussage darüber, auf welche Art und Weise Ehe und Familie

¹⁹ Vgl. Antoni in Seifert/Hömig, Art. 6 Rn 11.

²⁰ Vgl. BVerfGE 80, S.81 (93) = NJW 1989, S.2195; 76, S.1 = NJW 1988, S.626f.; BVerfG, NVwZ 2006, S.682f.

²¹ BVerfG, InfAuslR 2008, S.347ff.

²² Vgl. Antoni in Seifert/Hömig, Art. 6 Rn 12.

²³ BVerfGE 53, S. 245.

zu schützen sind. Inhalt und Reichweite der staatlichen Schutzverpflichtung sind deshalb durch Auslegung zu ermitteln.

Der Schutz des Artikels 6 GG erstreckt sich auf alle Familienangehörigen der Kleinfamilie gleichermaßen und greift über die Grenzen der Bundesrepublik hinaus. Wenn der Grundrechtsanspruch erst mit Gebietskontakt entstehen würde, wäre die Entscheidung über den Einreise- und Aufenthaltsantrag dem Art. 6 GG vorgeschaltet und der Grundrechtsschutz würde letztendlich ins Leere laufen, sofern sich einer der Angehörigen im Ausland aufhielte. Die staatliche Schutzpflicht könnte dadurch umgangen werden, indem eine Einreise erst gar nicht genehmigt wird.

Der nachzugswillige ausländische Angehörige kann sich bei der Beantragung der für den Aufenthalt erforderlichen Aufenthaltserlaubnis auf den Schutz durch Art 6 Abs. 1 GG berufen. Ausländerrechtliche Schutzwirkungen entfaltet Art. 6 GG freilich nicht schon aufgrund formalrechtlicher familiärer Bindungen. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Verbundenheit zwischen den einzelnen Familienmitgliedern, wobei immer eine Betrachtung des Einzelfalls geboten ist.²⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG einen Anspruch auf die besondere Berücksichtigung des Kindeswohls abgeleitet.²⁵ In der Regel wird lediglich betont, dass der Aufenthalt von Kindern bis zur Erreichung des 16. Lebensjahres dem der Eltern folgt und dass der Aufenthaltsanspruch des Kindes aus dem Recht der Eltern auf familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Kind oder aus ihrem Erziehungsrecht abgeleitet wird.²⁶ Dem Kind steht jedoch ein eigenständiger verfassungsrechtlich geschützter Anspruch auf Berücksichtigung seiner Belange zu.²⁷ Der Schutz aus Art. 6 GG besteht

²⁴ Vgl. BVerfG, InfAuslR 2000, S.67f. und BVerfG, InfAuslR 2002, S.171f.

²⁵ BVerfG, InfAuslR 1995, S.55f.

²⁶ Vgl. Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 6 Rn 8.

²⁷ Vgl. Frings, S.145.

auch dann, wenn der Ausländer vor Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat.²⁸

3.1.3 Familienbegriff

Familie ist „die umfassende Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern“.²⁹ Die Familie als soziale Erscheinungsform ist zeitlichen und räumlichen Veränderungen unterworfen. Der in einem Hausstand lebende Familienverband hat sich im Laufe der Zeit wesentlich verkleinert. Während früher regelmäßig mehrere Generationen unter einem Dach lebten und arbeiteten, ist bei uns heute überwiegend nur noch die sogenannte „Kleinfamilie“ anzutreffen, bestehend aus den Eltern und den noch nicht selbständigen Kindern.³⁰ Es ist sinnvoll den Kreis der Schutzberechtigten auf Eltern und Kinder zu beschränken, weil hier die gegenseitige Verantwortlichkeit am stärksten ausgeprägt ist.

Der Familienbegriff wurde auch auf die unehelichen Kinder ausgeweitet, was auch dem Wandel von Familie entspricht. Zur Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG gehören heute, neben den ehelichen und den nichtehelichen Kindern, auch die Adoptiv-, Stief- und Pflegekinder.³¹ Familie in diesem Sinne ist darüber hinaus auch die Beziehung zwischen nichtehelichem Kind und seinem Vater³² bzw. die Beziehung zwischen einem allein lebenden Elternteil und seinem Kind.³³ Ein volljähriger Ausländer jedoch, der nicht mehr auf die familiäre Lebensgemeinschaft angewiesen ist und sich ohnehin schon seit einigen Jahren vom elterlichen Haushalt losgesagt hat, fällt nicht mehr unter den Schutz des Art.6

²⁸ BVerfG, NJW 2000, S.59f.; Siehe hierzu auch Kapitel 4.5.1.

²⁹ BVerfGE 10, S.59 (60); 80, S.81 (90).

³⁰ Vgl. Marx, *AufenthR*, § 5 Rn 24.

³¹ BVerfGE 68, S.176 (187); 79, S.256 (267); 80, S.81 (90).

³² Vgl. Marx, *AufenthR*, § 5 Rn 40.

³³ BVerfGE 71, S.228 (231f.); 8, S.215.

Abs.1 GG.³⁴ Es darf nicht übersehen werden, dass Kinder mit zunehmendem Alter selbständig werden und sich deshalb allmählich mehr oder minder vom Familienverband lösen. Sie sind dann i.d.R. weniger stark auf die von der Familie geleistete Lebenshilfe angewiesen als jüngere Kinder und Jugendliche. Man geht deshalb davon aus, dass die Schutzbedürftigkeit der Eltern-Kind-Beziehung mit Erreichen des Volljährigkeitsalters des Kindes deutlich abnimmt.

Das Zusammenleben der Ehegatten und Familienangehörigen darf staatlicherseits grundsätzlich nicht verhindert werden, da Art. 6 Abs.1 GG die familiäre Gemeinschaft zwischen Eltern und minderjährigen Kindern gewährleistet, welche im Wesentlichen den staatlichen Einwirkungen entzogen ist.³⁵ Die grundrechtliche Freiheit des Zusammenlebens umfasst jedoch nur den Schutz vor absoluter Behinderung des ehelichen und familiären Zusammenlebens, d.h. grundrechtlich nicht geschützt ist die Wahl des gemeinsamen Lebensmittelpunktes. Dies gilt sowohl für den Bereich der Ausweisung als auch für den Familiennachzug zum Kind. Zwar würde eine eventuelle Versagung bei deutsch-ausländischen Familien regelmäßig eine stärkere Belastung für die Ehe- und Familiengemeinschaft bedeuten, sie würde jedoch nicht zu einer absoluten Behinderung des ehelichen und familiären Zusammenlebens führen, sondern lediglich zu einer Einschränkung der Wahl des gemeinsamen Lebensmittelpunktes.³⁶

3.1.4 Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Relevant für diese Betrachtung ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, welchen die staatlichen Behörden als eine weitere Wertentscheidung des Grundgesetzes zu berücksichtigen haben. Den Ehen und Familien darf nicht ein Nachteil zugefügt werden, der erkennbar außer Verhältnis zu

³⁴ Vgl. Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 6 Rn 37; ebenso Wegner/Durmus, S. 45ff.

³⁵ Vgl. Antoni in Seifert/Hömig, Art. 6 Rn 10.

³⁶ Siehe hierzu auch Kapitel 4.5.1.2 (Frage der Zumutbarkeit der Ausreise)

dem angestrebten Zweck steht.³⁷ Gesetzgeber, Behörden und Gerichte haben deshalb zu prüfen, ob die öffentlichen Belange so gewichtig sind, dass sie damit verbundene Gefahren für den Bestand von Ehe und Familie rechtfertigen können. Im Konfliktfall, d.h. bei einer Kollision zwischen dem verfassungsrechtlich garantierten Ehe- und Familienschutz und anderen Wertentscheidungen der Verfassung darf keinem der Rechtsgüter von vornherein der Vorrang eingeräumt werden. Die jeweiligen Interessen sind vielmehr in jedem Einzelfall im Rahmen einer Güter- und Interessenabwägung einander gegenüberzustellen, d.h. alle irgendwie betroffenen Interessen sind unter Heranziehung desselben Maßstabs gegeneinander abzuwägen. Öffentliche Interessen dürfen in die Abwägung nur insoweit einbezogen werden, als sie in Hinblick auf die vom Grundgesetz selbst festgelegte Wertordnung legitimiert sind. Ebenso muss das Privatinteresse durch das jeweilige Grundrecht geschützt sein.³⁸ Es kann somit keine höhere Gewichtung der öffentlichen Interessen geben, der Staat hat alle Interessen so zu behandeln, als seien es seine eigenen. Dieses Gebot leitet sich ab aus dem allgemeinen Gleichheitssatz. Der jeweiligen ausländischen Ehe und Familie darf der verfassungsrechtlich garantierte Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG nicht überwiegend oder gänzlich entzogen werden.

3.2 Schutzwirkung des Art 8 EMRK

Seit dem Inkrafttreten der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) am 3. September 1953 erlangte das durch Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, welches nach Art. 1 EMRK allen der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterstehenden Personen zu gewährleisten ist, und zwar unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, eine für zahlreiche Rechtsbereiche zentrale und prägende Bedeutung.

³⁷ Vgl. Pieroth in Jarass/Pieroth, Art. 6 Rn 40.

³⁸ Vgl. Frings, S.139ff.

Der persönliche Geltungsbereich von Art. 8 EMRK erfasst daher auch Ausländerinnen und Ausländer und gilt für das Aufenthaltsrecht. So garantiert die EMRK, wie auch das Grundgesetz, zwar kein Recht auf Einreise und Aufenthalt in einen bestimmten Staat, doch hat sie seit den Anfängen ihrer Rechtsprechung betont, dass die durch Art. 8 EMRK garantierten Rechte in ausländerrechtlichen Fragen zu berücksichtigen seien, wenn durch eine fremdenrechtliche Maßnahme Familienangehörige getrennt oder am Zusammenleben gehindert werden.³⁹

Die Bundesrepublik Deutschland ist laut Art. 46 EMRK an die Europäische Menschenrechtskonvention gebunden. Die Geltung der EMRK als innerstaatliches deutsches Recht hat den Rang eines einfachen Bundesgesetzes.⁴⁰ Damit geht sie zwar landesgesetzlichen Bestimmungen vor, könnte allerdings unter Umständen hinter neueren bundesgesetzlichen gleichartigen Regelungen zurücktreten. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt: „Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind auch Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention in Betracht zu ziehen, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes führt, [...]“⁴¹. Diese Auffassung wird bis heute von den oberen Bundesgerichten getragen, da die Grundrechtsgewährleistung der EMRK weitgehend der des Grundgesetzes der Bundesrepublik entspricht. Damit wurde der EMRK zwar kein verfassungsrechtlicher, jedoch ein übergesetzlicher Rang zuerkannt.

Art. 8 EMRK räumt jedermann, also jedem einzelnen Familienmitglied einen subjektiven Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens ein und ist somit im Bereich des Ausweisungsschutzes und des Familiennachzugs eine Parallelgewährleistung zu dem Art. 6

³⁹ BVerwG, NVwZ 1997, S.1114 (1115); vgl. auch BVerwGE 98, S.31 (46) = NVwZ 1995, S.1113.

⁴⁰ BVerwGE 99, S.331 (333) = NVwZ 1996, S.476, BVerwG, NVwZ 1997, S.1119 (1122f.).

⁴¹ BVerfG 74, S.358 (370) = NJW 1987, S.2427.

Abs.1 und 2 GG.⁴² Dieser garantierte Anspruch stellt in erster Linie und zunächst ein Abwehrrecht im Sinne des klassischen Grundrechtsverständnisses dar. Danach gewähren die Individualrechte dem Individuum eine Freiheitssphäre, die im Prinzip gegen jeglichen staatlichen Eingriff geschützt ist.⁴³ Ein Eingriff wird in der Regel immer dann vorliegen, wenn beispielsweise das faktische Zusammenleben der Familienmitglieder nicht möglich ist bzw. verunmöglicht wird.

Art. 8 Abs. 2 EMRK enthält einen umfassenden Schrankenvorbehalt, an welchem die Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu messen ist. Eine Beeinträchtigung des Privat- und Familienlebens durch eine staatliche Behörde ist nur dann gerechtfertigt, wenn die in Art. 8 Abs. 2 EMRK verankerten Voraussetzungen gegeben sind, d.h. eine gesetzliche Grundlage für die Maßnahme besteht, diese hinreichend bestimmt und notwendig ist, um in einer demokratischen Gesellschaft einen der zulässigen Zwecke zu erreichen. Ein einmal festgestellter Eingriff muss also stets durch eines der benannten Staatsziele gerechtfertigt sein. Dies entspricht weitgehend der Verhältnismäßigkeitsprüfung der deutschen Verfassungsrechtslehre.⁴⁴

Achtung des Familienlebens im Rahmen positiver Verpflichtungen bedeutet, dass die Konventionsstaaten grundsätzlich unter anderem verpflichtet sind, Maßnahmen zur Ermöglichung eines normalen Familienlebens bzw. zur Unterstützung der Entwicklung normaler familiärer Beziehungen sowie zur Wiedervereinigung getrennter Familienmitglieder zu treffen. Demgegenüber schützt das Recht auf Achtung des Familienlebens nicht die Gründung einer Familie an sich - diese fällt in den Schutzbereich von Art. 12 EMRK - sondern grundsätzlich nur bereits bestehendes Familienleben.⁴⁵ Das heißt die Geltendmachung

⁴² Vgl. Meyer-Ladewig, Art. 8 EMRK Rn 18.

⁴³ Vgl. Meyer-Ladewig, Art. 8 EMRK Rn 2a.

⁴⁴ Vgl. Grabenwarter, Art. 8 EMRK Rn 33.

⁴⁵ Vgl. Grabenwarter, Art. 8 EMRK Rn 20.

des Anspruches auf Achtung des Privat- und Familienlebens setzt das Bestehen von Privat- bzw. Familienleben i.S. von Art. 8 Abs. 1 EMRK voraus.⁴⁶ Dem Wandel der sozialen und gesellschaftlichen Umstände Rechnung tragend, haben die Konventionsorgane auch die nichteheliche Familie dem Schutz von Art. 8 EMRK unterstellt.⁴⁷ Geschützt wird das tatsächlich gelebte, bestehende Familienleben. Das bedeutet eine genügend nahe, echte und tatsächliche Beziehung zwischen den Familienmitgliedern. Bei einer Kernfamilie, wo beide Elternteile zusammenleben, wird das Bestehen einer solchen effektiven und tatsächlichen Beziehung zwischen allen Familienmitgliedern vermutet.⁴⁸

Der Begriff des Familienlebens ist offener als der von Art. 6 Abs.1 GG und umfasst nach der Definition der Europäischen Menschenrechtskommission nicht nur die geschützte Gemeinschaft rechtmäßig verbundener Eheleute und der Eltern zu ihren (auch außerhalb der Ehe geborenen) Kindern, sondern auch die gelebte Beziehung zu Geschwistern und sonstigen Familienangehörigen.⁴⁹ Der offene Familienbegriff der EMRK führt nicht zwangsläufig dazu, dass der Schutzbereich über den des Art. 6 Abs. 1 GG hinausgeht. Der Beziehung zwischen Eltern und minderjährigen Kindern messen die Organe der EMRK ein großes Gewicht bei und haben stets einzelfallbezogen entschieden.⁵⁰ Grundsätzlich wird zwischen minderjährigen Kindern und ihren Eltern das Familienleben i.S.v. Art.8 Abs.1 EMRK bejaht, unabhängig davon ob die Eltern verheiratet sind oder nicht.⁵¹ Dieses Familienleben kann nur bei Vorliegen außerordentlicher Umstände aufgehoben werden. Keine solch außerordentlichen Umstände stellen die Inhaftierung oder Ausweisung eines Elternteils oder die Scheidung bzw. Trennung der Eltern dar.

⁴⁶ Vgl. Grabenwarter, Art. 8 EMRK Rn 16.

⁴⁷ Vgl. Caroni, S.450.

⁴⁸ Vgl. Grabenwarter, Art. 8 EMRK Rn 18a.

⁴⁹ Vgl. Bath, NVwZ 1998, S.1031ff.

⁵⁰ vgl. Frings, S.169.

⁵¹ Vgl. Grabenwarter, Art. 8 EMRK Rn 17.

Familienleben zwischen minderjährigen Kindern und ihren Eltern besteht grundsätzlich auch dann, wenn die Eltern bei Geburt des Kindes nicht mehrzusammenleben oder überhaupt nie einen gemeinsamen Haushalt geführt haben⁵², jedoch kommt es wie auch bei Schutz des Art. 6 GG auf das besondere Abhängigkeits- und Schutzverhältnis an.⁵³

Für die Anerkennung von Familienleben zwischen einem minderjährigen Kind und seinem „nichtehelichen“ Vater verlangt die Rechtsprechung das Bestehen einer tatsächlich gelebten Beziehung, beispielsweise im Sinne regelmäßiger, sich über eine gewisse Zeit erstreckende Kontakte.⁵⁴ Kein Familienleben besteht daher zwischen Vater und Kind, wenn der Vater das Kind nie gesehen und die außereheliche Beziehung zur Mutter nur kurze Zeit gedauert hat. Verbindet Kinder und ihre Stiefmutter bzw. ihren Stiefvater eine enge, tatsächlich gelebte und intensive Beziehung, muss das Bestehen von Familienleben bejaht werden. Die Achtung des Familienlebens garantiert ferner auch dem geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Elternteil ein Recht auf Kontakt und Zugang zu seinem Kind.⁵⁵ Art 8 EMRK gewährt allerdings kein Recht auf Einreise, Einbürgerung, Aufenthalt und die Wahl des Familiensitzes.⁵⁶

⁵² vgl. Caroni, S.29.

⁵³ Vgl. Meyer-Ladewig, Art. 8 EMRK Rn 18; Frings, S. 176.

⁵⁴ Vgl. Meyer-Ladewig, Art. 8 EMRK Rn 18.

⁵⁵ Vgl. Caroni, S.37.

⁵⁶ Vgl. Grabenwarter, Art. 8 EMRK Rn 43.

4 Auswirkungen des Kindes auf den Aufenthaltsstatus der Eltern

Ein Kind kann seinen Aufenthalt nicht eigenständig begründen. Um ein Recht auf den Verbleib in der Bundesrepublik zu haben, bedarf es eines gefestigten Aufenthaltstitels eines der Elternteile. Falls das Kind dieses Recht erhält, profitiert wiederum der Elternteil, der keinen Aufenthaltstitel hatte bzw. diesen verloren hat, denn er leitet sich unter bestimmten Voraussetzungen seinen Aufenthalt vom Kind ab. Im Folgenden wird dargestellt, inwiefern sich das Kind einen Aufenthaltsstatus ableiten kann und wie es auf den Elternteil ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel Einfluss nimmt.

4.1 Auswirkungen nach § 4 Abs.1 StAG bei einem deutschen Elternteil

Sofern ein Elternteil des Kindes deutsch im Sinne von Art. 116 GG ist, erwirbt ein Kind durch die Abstammung von einem Deutschen die deutsche Staatsangehörigkeit gem. § 4 Abs. 1 Satz 1 StAG. Bei einem mit der ausländischen Mutter nicht verheirateten deutschen Vater ist zu dieser Feststellung eine Vaterschaftsanerkennung⁵⁷ gem. § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG i.V.m. § 1592 Nr. 2 BGB notwendig, denn sonst kann sich das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit nicht ableiten und erhält nur die Staatsangehörigkeit der Mutter. Bei einer vorliegenden Ausreisepflicht der Mutter würde es auch die Ausreisepflicht des Kindes bedeuten.

Seit dem neuen Kindschaftsrechtreformgesetz hat sich die Situation für binationale Paare mit gemeinsamen Kindern entscheidend verändert. Es wurde u.a. festgelegt, dass die gemeinsame elterliche Sorge und der enge Kontakt zu beiden Elternteilen für das gesunde Aufwachsen eines Kindes

⁵⁷ Siehe hierzu auch Kapitel 2.5.

erforderlich sind.⁵⁸ Damit kann der ausländische Elternteil bei einem deutschen Kind sowohl die Einreise als auch den Aufenthalt nach § 28 AufenthG geltend machen. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG legt fest, dass ausländische Staatsangehörige, die die Personensorge für ein minderjähriges, deutsches Kind ausüben, Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis haben. Diese kann aber auch gem. § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG dem nichtsorgeberechtigten Elternteil erteilt werden, wenn die familiäre Gemeinschaft schon im Bundesgebiet gelebt wird. Der Begriff der familiären Gemeinschaft ist identisch mit dem der familiären Lebensgemeinschaft.⁵⁹ Das Gesetz unterscheidet eindeutig zwischen dem sorgeberechtigten und dem nichtsorgeberechtigten Elternteil. Während der ausländische sorgeberechtigte Elternteil eines deutschen Kindes nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG einen Anspruch auf die Einreise und Aufenthalt erhält, steht dem nichtsorgeberechtigten Elternteil nach § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG nur ein Ermessensanspruch zu. Das Innehaben des Sorgerechts für das Kind bringt somit auch eine aufenthaltsrechtliche Privilegierung mit sich.

Die Aufenthaltserlaubnis ist bei sorgeberechtigten und kann bei nichtsorgeberechtigten Elternteilen abweichend von den allgemeinen Erteilungserfordernissen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, nämlich auch bei einem Bezug von staatlichen Leistungen, erteilt werden: § 28 Abs. 1 S. 2 und S. 4 AufenthG. Die Aufenthaltserlaubnis wird verlängert, solange die familiäre Gemeinschaft fortbesteht. Grundsätzlich darf der Bezug von staatlichen Leistungen wegen des Gewichts von Art. 6 GG und des Kindeswohls nur bei schwerwiegenden Gründen zur Versagung des Aufenthaltstitels führen. Es ist jedoch § 27 Abs. 3 AufenthG zu beachten, der den Bezug von Sozialleistungen nach SGB II und XII als familiennachzugshemmend ansieht.

⁵⁸ Vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.130.

⁵⁹ Hailbronner, § 28 AufenthG Rn 13 / Siehe hierzu auch Kapitel 2.6.

Laut den Vorläufigen Anwendungshinweisen zum AufenthG⁶⁰ soll die Personensorge auch tatsächlich ausgeübt werden. Eine Betreuungs- und Beistandsgemeinschaft ohne den Bestand einer Haushaltsgemeinschaft soll hierbei nur ausnahmsweise ausreichen. Im Wesentlichen kommt es eher darauf an, ob die Beistandsgemeinschaft dadurch gekennzeichnet ist, dass der Elternteil gegenüber dem Kind Verantwortung für die Betreuung und Erziehung übernimmt, ihm Beistand im Lebensalltag gewährt und durch Zuwendung Lebenshilfe leistet.⁶¹ Sofern kein tatsächliches Zusammenleben besteht, genügt die ernsthafte Absicht zur Ausübung der Personensorge durch tatsächliche Erziehung, Betreuung und Versorgung.⁶² Eine gemeinsame Sorgerechtserklärung der Eltern begründet wiederum die Vermutung einer tatsächlich ausgeübten Personensorge, unabhängig davon ob die häusliche Gemeinschaft besteht oder nicht.⁶³ Wenn die gemeinsame Lebensgemeinschaft besteht, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 10.5.2008 klargestellt, dass die aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung von Art. 6 GG für einen Ausländer nicht an das Bestehen einer Beziehung zu einem Kind deutscher Staatsangehörigkeit gebunden ist.⁶⁴ Leben die Elternteile jedoch getrennt, ist der Bestand der familiären Gemeinschaft genauer darzulegen.⁶⁵

Im Übrigen kann der Familienangehörige eines Deutschen schon nach einem dreijährigen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis eine Niederlassungserlaubnis gem. § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG bekommen, obwohl die allgemeine Regelerteilung des § 9 AufenthG den fünfjährigen Besitz verlangt.

⁶⁰ VAH-AufenthG Nr.28.1.5.

⁶¹ BVerfG, InfAusIR 2002, S.171(173).

⁶² Vgl. Renner, § 28 AufenthG Rn. 9.

⁶³ Vgl. Schröder bei Marx, *AusIR*, S.167.

⁶⁴ BVerfG, InfAusIR 2008, S. 347 (348).

⁶⁵ SächsOVG, InfAusIR 2005, S.35.

Kinder, die in einer deutsch-ausländischen Ehe geboren werden, sind deutsche Staatsbürger. Ob sie zusätzlich zu der deutschen noch die Staatsangehörigkeit ihrer ausländischen Elternteile erwerben, richtet sich nach deren Heimatrecht. Wenn das Heimatrecht die Weitergabe der Staatsangehörigkeit über die Abstammung vorsieht und keine Ausschlussgründe nennt, sind die Kinder Mehrstaater. Sie bleiben auch Mehrstaater und brauchen sich aus deutscher Sicht nicht bei Volljährigkeit für die eine oder andere Staatsangehörigkeit zu entscheiden.⁶⁶

4.2 Auswirkungen nach § 4 Abs. 3 StAG bei ausländischen Eltern

Durch die Neuregelung des Staatsangehörigkeitsrechts zum 1.1.2000 hat der Gesetzesgeber entscheidende Regelungen für die Kinder ausländischer Familien geschaffen. Das bis dahin auf dem Abstammungsprinzip basierte Staatsangehörigkeitsrecht wurde in den Bemühungen um die Gleichstellung unehelicher Kinder und der Verhinderung von Mehrstaatigkeit mit der partiellen Einschränkung des Abstammungsprinzips geändert. Gemäß § 4 Abs. 3 S. 1 StAG gilt nunmehr, dass ein in Deutschland geborenes Kind ausländischer Eltern die deutsche Staatsangehörigkeit erhält, sofern ein Elternteil seit acht Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt, unabhängig davon, ob der andere Elternteil ausreisepflichtig oder geduldet ist. Für die Bewertung des rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalts des maßgeblichen Elternteils gelten die Maßstäbe des § 10 Abs. 1 S. 1 StAG⁶⁷, ebenso die Legaldefinition in § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I.⁶⁸ Ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzen u.a. Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und

⁶⁶ vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.175.

⁶⁷ BVerwG, NVwZ 2007, S.1088 (1089).

⁶⁸ BVerwG, InfAusIR 2005, S.215 (216).

Ausländer mit einer Niederlassungserlaubnis.⁶⁹ Damit kann auch ein Kind ausländischer Eltern die Deutscheigenschaft erhalten und damit genau dieselben Wirkungen auf den Aufenthaltsstatus seiner Eltern entfalten, wie das Kind mit einem deutschen Elternteil.

Diese Kinder werden in der Regel auch die Staatsangehörigkeit der Eltern erlangen und sind die sogenannten Optionskinder, die sich zwischen dem 18. und 23. Lebensjahr nach § 29 StAG für eine der Staatsangehörigkeiten entscheiden müssen. Die Deutscheigenschaft wird also „auf Zeit“ vergeben. Die spätere Ablehnung der deutschen Staatsangehörigkeit wird sich nicht rückwirkend negativ auf den Aufenthaltsstatus des zur Geburt des Kindes ausreisepflichtigen Elternteils auswirken, da der Aufenthalt aufgrund der Personensorge bzw. des Umgangsrechts (bei nicht sorgeberechtigten Eltern) für das „damals“ deutsche Kind begründet wurde. Diese Deutscheigenschaft des Kindes kann erst ab dem 18. Lebensjahr abgelegt werden. Demzufolge wird für den betroffenen Elternteil nach einem 18jährigen Aufenthalt im Bundesgebiet regelmäßig ein eigenständiges festes Aufenthaltsrecht entstanden sein. Auch hier ist bei einem mit der Mutter nicht verheirateten Vater als dem maßgeblichen Elternteil eine möglichst frühzeitige Vaterschaftsanerkennung von entscheidender Bedeutung, weil sonst die Deutscheigenschaft des Kindes nicht festgestellt werden kann und der Mutter mit dem Kind möglicherweise die Ausreise droht. Ebenso könnte ein ausreisepflichtiger Vater sich einen Aufenthaltsstatus aus familiären Gründen ableiten. Es kommt jedoch darauf an, dass eine familiäre Lebensgemeinschaft zwischen Vater und Kind besteht.

4.2.1 Elternteil mit einer Niederlassungserlaubnis

Die Niederlassungserlaubnis ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel und wird in der Regel nach den Voraussetzungen des § 9 AufenthG erteilt. Dem Besitz einer Niederlassungserlaubnis steht es gleich, wenn diese

⁶⁹ eingeschlossen sind u.a. auch: gleichgestellte Staatsangehörige eines EWR-Staates sowie deren Familienangehörige und Lebenspartner, usw. siehe VAH-StAG Nr. 4.3.1.3.

rechtzeitig beantragt, rückwirkend erteilt, oder gerichtlich festgestellt wird, dass sie zu erteilen war.⁷⁰

Das Kind erhält trotz der Niederlassungserlaubnis der Eltern keine deutsche Staatsangehörigkeit, wenn kein Elternteil mindestens seit acht Jahren seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik hat. Dies ist durchaus möglich, da § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG für die Erteilung lediglich einen fünfjährigen Aufenthalt verlangt. Außerdem ist auch für Hochqualifizierte gem. § 19 Abs. 1 AufenthG die frühere Erteilung der Niederlassungserlaubnis vom Gesetz vorgesehen. Hier sind die Auswirkungen identisch mit den Fällen des Kapitels 4.3, in denen mindestens ein Elternteil lediglich eine Aufenthaltserlaubnis vorweisen kann.

4.2.2 Elternteil mit einer Freizügigkeitsberechtigung

Die Freizügigkeitsberechtigung erhalten Bürger der Europäischen Union sofern die Voraussetzungen hierzu nach § 2 Abs. 2 FreizügG/EU erfüllt sind. Die Freizügigkeit berechtigt zur Einreise und Aufenthalt in der BRD ohne Aufenthaltstitel, § 2 Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU. Unionsbürger, die die Freizügigkeitsberechtigung nicht erhalten können, können auch kein Bleiberecht nach § 3 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU in Form der Freizügigkeit auf das hier geborene Kind übertragen. Aber auch ein deutsches Kind eines Unionsbürgers ohne Freizügigkeitsberechtigung kann diesem nach dem FreizügG/EU kein Bleiberecht begründen. So dass der Elternteil, trotz des deutschen Kindes, theoretisch ausreisen müsste, solange er die Voraussetzungen der Freizügigkeitsberechtigung nicht erfüllt. Das FreizügG/EU enthält jedoch in § 11 Abs. 2 eine Regelung, wonach in solchen Fällen die Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes Anwendung finden. Sofern also die Freizügigkeitsberechtigung nicht vorhanden ist (Vorrang), kann einem EU-Bürger ein Aufenthalt nach § 28 AufenthG erteilt werden.

⁷⁰ Hailbronner/Renner, § 4 StAG Rn. 80; § 81 Abs.3, 4 AufenthG.

4.3 Auswirkungen bei einem Elternteil mit Aufenthaltserlaubnis

Sofern die Voraussetzungen des § 4 Abs.3 S.1 StAG von keinem der Elternteile erfüllt werden, erhält das Kind nicht die deutsche Staatsangehörigkeit, sondern nur die Staatsangehörigkeit der Eltern. Seine aufenthaltsrechtliche Stellung beurteilt sich, nach den Regeln des Aufenthaltsgesetzes. Nach § 33 S. 1 AufenthG kann einem Kind, das im Bundesgebiet geboren wird, eine Aufenthaltserlaubnis von Amts wegen erteilt werden, wenn ein Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzt. Das Ermessen reduziert sich auf Null, sofern diese Voraussetzungen von beiden Elternteilen oder dem allein personensorgeberechtigten Elternteil erfüllen werden, § 33 Satz 2 AufenthG. Es reicht zwar der Besitz eines Aufenthaltstitels, von einem Elternteil zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes aus, diese ist jedoch auch ein zwingende Voraussetzung, ohne der kein Bleiberecht für das Kind sonst begründet werden kann. Damit werden die im Inland geborenen Kinder durch das Gesetz privilegiert und können, sofern der andere Elternteil ausreisepflichtig ist, ihrerseits auf dessen Aufenthalt Einfluss nehmen.

Gesetzt den Fall einer der Elternteile ist ausreisepflichtig, käme an diesen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG in Betracht. Das Aufenthaltsgesetz sieht in den §§ 28-32 AufenthG kein Nachzugsrecht für Eltern eines ausländischen minderjährigen Kindes vor.⁷¹ Demnach muss, um dem Familienschutz des Art. 6 GG auch gegenüber ausländischen Familien gerecht zu werden, auf die Regelung des § 25 Abs. 5 AufenthG (Aufenthalt aus humanitären Gründen) ausgewichen werden. § 25 Abs. 5 AufenthG ermöglicht es einem ausreisepflichtigen Ausländer einen Aufenthaltstitel zu erteilen, wenn die

⁷¹ Vgl. Hailbronner, § 36 AufenthG Rn 2.

Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Ereignisse im Leben eines Ausländers können in vielen Fällen ausreisehindernd und damit bei der Ermessensausübung von Bedeutung sein. Ein solches ausreisehinderndes Ereignis kann neben der Eheschließung und dem Tod eines nahen Angehörigen, die Geburt eines Kindes sein.⁷² Das Recht auf Wahrung des Familienlebens mit einem im Bundesgebiet zum Aufenthalt befugten Kind, das durch die Abschiebung des Elternteils beeinträchtigt wäre, stellt ein inlandsbezogenes Abschiebungshindernis dar.⁷³ Es könnte sogar die Annahme gewagt werden, dass die tatsächliche Betreuung des Kindes das Ermessen des § 25 Abs. 5 AufenthG auf Null reduziert, da es mit dem Gebot des Schutzes der Ehe und Familie nicht zu vereinbaren wäre, wenn man von einem negativ gebundenen Ermessen ausgehen würde. Die Aufenthaltserlaubnis darf nach den Sätzen 3 und 4 des § 25 Abs. 5 AufenthG nur erteilt werden, wenn positiv festgestellt ist, dass der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Das Verhältnis zum Kind stellt ein rechtliches Ausreisehindernis gem. § 60a Abs. 2 AufenthG i. V. m. Art. 6 GG dar,⁷⁴ da es nicht als vorwerfbares Verhalten unterstellt werden kann. Meistens kann mit dem Wegfall eines solchen Ausreisehindernisses auf absehbare Zeit nicht gerechnet werden, weil eine gemeinsame Ausreise, entweder von Seiten des anderen Elternteils (verfestigter Aufenthalt) oder des deutschen Kindes, nicht zuzumuten ist. Der Ausländer wäre demnach unverschuldet an der Ausreise gehindert.

Eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG ist für einen nichtsorgeberechtigten Elternteil auch trotz vorangegangener Ausweisung möglich. Es ist ausdrücklich geregelt, dass von dem Einreise- und Aufenthaltsverbot des § 11 Abs. 1 AufenthG abgewichen werden kann. Auch hier haben die einwanderungspolitischen Belange je nach Gewicht

⁷² Vgl. Marx, *AusIR*, S. 81.

⁷³ Vgl. Hailbronner, § 25 AufenthG Rn 125.

⁷⁴ Vgl. Schröder bei Marx, *AusIR*, S.171.

der familiären Bindung zurückzustehen.⁷⁵ Die Gründe der Ausweisung sind jedoch genau zu betrachten und es ist genau abzuwägen, ob von dem Betroffenen noch eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht.⁷⁶

Wird einem Elternteil der aufgrund der Eheschließung erteilte Aufenthaltstitel im Anschluss an eine Trennung oder Scheidung entzogen oder nicht verlängert, weil die Voraussetzungen hierfür nicht erfüllt sind, kann ein Aufenthaltstitel basierend auf dem Familiennachzug zum Kind erteilt werden. Sonst würde es zu einer Trennung zwischen dem Elternteil und dessen Kind und damit zu einer Beeinträchtigung ihres Familienlebens kommen. Dafür wird das Bestehen einer regelmäßigen und relativ engen Beziehung zwischen dem betroffenen Elternteil und dem Kind vorausgesetzt und aufgrund der Tatsache, dass sie während einer gewissen Zeit zusammengelebt hatten und der betreffende Elternteil zum Unterhalt des Kindes beigetragen hat, sogar vermutet.⁷⁷ Die Versagung der Aufenthaltserlaubnis gegenüber dem ausländischen Familienangehörigen ist deshalb, sofern eine enge rechtliche und tatsächliche Verbundenheit besteht, grundsätzlich geeignet, die Familiengemeinschaft zu erschüttern und den Fortbestand der Familie zu gefährden. Eine enge rechtliche und tatsächliche familiäre Verbundenheit zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern wird man in aller Regel annehmen können, wenn dem Elternteil die Personensorge für sein Kind zusteht oder wenn eine familiäre Lebensgemeinschaft besteht bzw. beabsichtigt ist.⁷⁸

⁷⁵ VG Magdeburg, InfAuslR 2005, S.315 (317).

⁷⁶ Vgl. Schröder bei Marx, *AuslR*, S. 173.

⁷⁷ Vgl. Caroni, S.280f.

⁷⁸ BVerwG, NJW 1975, S.2155 (2156).

4.4 Auswirkung auf die Neueinreise

Leben Eltern/Elternteile und ihre minderjährigen Kinder in verschiedenen Staaten und versagt der Aufenthaltsstaat der Kinder den Eltern bzw. dem Elternteil die Einreise, stellt dies grundsätzlich, wenn Kontakte zwischen Elternteil und Kind bestehen, einen Eingriff in das Familienleben dar. Denn die Maßnahme verunmöglicht ein Zusammenleben oder zumindest einen regelmäßigen, persönlichen Kontakt. Rechtlich wird zwischen dem Elternteil mit und ohne Sorgerecht für ein deutsches bzw. ein ausländisches Kindes unterschieden. Die ausländischen Sorgerechtsentscheidungen sind hierbei grundsätzlich anzuerkennen und zu berücksichtigen.⁷⁹

4.4.1 Einreise eines sorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines deutschen Kindes

Der Visumsantrag eines sorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines deutschen Kindes kann auf § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG gestützt werden. Dies ist ein Rechtsanspruch der lediglich an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in der Bundesrepublik geknüpft ist.⁸⁰ Entscheidend für diesen Anspruch ist auch das tatsächliche Innehaben des Sorgerechts für das Kind, da § 28 AufenthG hier einen eindeutigen Unterschied macht.

4.4.2 Einreise eines nichtsorgeberechtigten ausländischen Elternteils eines deutschen Kindes

Ein ausländischer nichtsorgeberechtigter Elternteil eines deutschen Kindes kann keine Anspruchsgrundlage für die Einreise geltend machen, solange keine Sorgerechtsübertragung vorliegt. Die Norm des § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG sieht zwar eine Aufenthaltserlaubnis für den nichtsorgeberechtigten Elternteil vor, ist hier jedoch aufgrund der geforderten gelebten familiären Gemeinschaft im Bundesgebiet nicht

⁷⁹ VAH-AufenthG Nr.28.1.5.

⁸⁰ Siehe hierzu auch Kapitel 4.1.

einschlägig. Der Nachzug eines Elternteils aus dem Ausland zum Zwecke der Herstellung einer Familieneinheit wird hier nicht erfasst.⁸¹ Und auch sonst bietet das Aufenthaltsgesetz keine Ermächtigungsgrundlage zur Einreise eines nichtsorgeberechtigten ausländischen Elternteils zu seinem deutschen Kind. Die Frage, ob der Begriff der „familiären Gemeinschaft“ auch aus dem Ausland ausgeübt werden kann (da die Haushaltsgemeinschaft nicht verlangt wird), ist hier irrelevant, da das Gesetz eindeutig auf das „Bestehen“ im Bundesgebiet Wert legt. Demnach ist ein sich illegal in der BRD aufhaltender Ausländer vom Gesetz privilegiert und kann seinen Aufenthalt durch die Betreuung des Kindes legalisieren.

Gerade im Hinblick auf die wertentscheidende Grundsatznorm des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, nach der der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, erscheint es nicht tragbar, dass ein Elternteil eines deutschen Kindes, auch wenn er nicht die Personensorge für dieses innehat, keine aufenthaltsrechtliche Möglichkeit hat zu diesem zu ziehen. Insbesondere wenn der Kontakt aus dem Ausland durch beispielsweise telefonischen Beistand im Lebensalltag und intensive Zuwendung aufgrund des Alters des Kindes noch nicht möglich ist, von dem Elternteil jedoch im außergewöhnlichem Maße begehrt wird. Jedes Kind ist in seiner Entwicklung auf den Umgang und die Erziehung von beiden Elternteilen angewiesen. Auch die Rechtsprechung betont, dass ein Kind einen Anspruch auf die Fürsorge durch beide Elternteile hat (§ 1684 Abs. 1 BGB) und beide für seine Entwicklung benötigt.⁸² Der persönliche Kontakt des Kindes zu einem getrennt lebenden Elternteil und der damit verbundene Aufbau und Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter dient in aller Regel der persönlichen Entwicklung des Kindes.⁸³ Besonders das deutsche Kind müsste ein Recht auf den regelmäßigen

⁸¹ Vgl. Hailbronner, § 28 AufenthG Rn 13.

⁸² BVerfG, InfAusIR 2002, S.171.

⁸³ BVerfG, FamRZ 2006, 187 ff.

persönlichen Kontakt im Bundesgebiet mit beiden Elternteilen haben.

§ 25 Abs. 5 AufenthG würde als Auffangvorschrift hier nicht in Betracht kommen,⁸⁴ da es an der Voraussetzung der vollziehbaren Ausreisepflicht fehlen würde und diese Vorschrift sowohl nach dem Wortlaut als auch nach Sinn und Zweck für geduldete ausreisepflichtige Ausländer geschaffen worden ist.

Die nichtsorgeberechtigten Elternteile eines deutschen Kindes, die sich nicht im Bundesgebiet aufhalten, werden meiner Ansicht nach vom Nachzugsrecht eindeutig benachteiligt.

4.4.3 Einreise eines ausländischen Elternteils eines ausländischen Kindes

Der nachziehende Elternteil (ob sorgeberechtigt oder nicht) hat keinen direkten Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Er kann auf keine Einreisegrundlage des Aufenthaltsgesetzes zurückgreifen, da das Aufenthaltsgesetz kein Nachzugsrecht in den §§ 28-32 AufenthG für Eltern ausländischer minderjähriger Kinder vorsieht.⁸⁵

Als eine Auffangvorschrift käme die Regelung des § 36 Abs. 2 AufenthG in Betracht. Obwohl hier ausdrücklich die ausländischen Kinder erwähnt sind, ist *Oberhäuser*⁸⁶ der Ansicht, dass gerade weil es keine anderen Vorschriften gibt, von dieser auch die Eltern deutscher und nicht deutscher minderjähriger Kinder erfasst wären. Diese Ansicht teile ich im Bezug auf die deutschen Kinder aufgrund der grammatikalischen Auslegung dieser Regelung nicht. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber mit den „Ausländern“ auch die deutschen Kinder gemeint hatte. Auch der Nachzug der Eltern ausländischer Kinder erscheint mir unter dem Begriff der „sonstigen Familienangehörigen“ schwierig, da dieser schon im Abs. 1 ausdrücklich definiert wurde. Es wäre jedoch

⁸⁴ Siehe hierzu auch Ausführungen im Kapitel 4.3.

⁸⁵ Vgl. Hailbronner, § 36 AufenthG Rn 2.

⁸⁶ Vgl. Hofmann, § 36 AufenthG Rn 21.

unverhältnismäßig wenn die sonstigen Familienangehörigen, also die Mitglieder einer Großfamilie,⁸⁷ gegenüber den Eltern bevorzugt wären, gerade weil Abs. 1 des § 36 AufenthG einen Aufenthaltsrecht nur für Eltern nur asylerkannter Kinder und Abs. 2 eine Aufenthaltserlaubnis für Familienangehörige aller Kinder vorsieht. Demzufolge kann diese Regelung durchaus für die Einreise ausländischer Eltern eines ausländischen Kindes angenommen werden. Es müsste jedoch zur Vermeidung einer „außergewöhnlichen Härte“ geschehen. Die Trennung von einem der Elternteile könnte je nach Zeitdauer und Alter des Kindes die „außergewöhnliche Härte“ darstellen.

Diese Auslegung wird vom *Hailbronner*⁸⁸ verneint, da „die familiäre Gemeinschaft bei minderjährigen Kindern durch die Rückkehr des Kindes zu den im Ausland lebenden Eltern [...] herzustellen ist.“⁸⁹ und die außergewöhnliche Härte nur dann angenommen werden kann, wenn die Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft im Heimatstaat des Ausländers ausgeschlossen ist.⁹⁰ Auch die Kommission für Menschenrechte verneint das Vorliegen eines Eingriffs in das Recht auf Achtung des Familienlebens bei Ausreise der Kinder zu ihren Eltern. Und das sogar bei den Kindern, die die Staatsangehörigkeit des einen aufenthaltsbeendende Maßnahme ergreifenden Staates besitzen: „Für sich alleine genommen schließe diese Staatsangehörigkeit die Zumutbarkeit der Ausreise nicht aus. [...] Vielmehr käme es auf das anpassungsfähige Alter des Kindes an.“⁹¹ Dies halte ich für bedenklich. Selbst wenn das Kind seine Deutscheigenschaft aufgrund des § 4 Abs. 3 StAG erworben hätte und die Eltern die Staatsangehörigkeit desselben

⁸⁷ Vgl. Hailbronner, § 36 AufenthG Rn 10.

⁸⁸ Vgl. Hailbronner, § 36 AufenthG Rn 19

⁸⁹ Hailbronner § 36 Rn 19, siehe auch Rn 20.

⁹⁰ Vgl. Hailbronner § 36 Rn 24.

⁹¹ Vgl. Caroni, S. 218ff. zitiert aus: *Mark E. Villiger, La convention européenne des droits de l'homme - Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], S. 331, Rz. 564.*

Heimatlandes besäßen, wäre die Ausreise des Kindes zu dem die Einreise begehrenden Elternteil meiner Meinung nach nicht zumutbar. Bei Kindern, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, würde die Versagung der Einreise und des Aufenthalts der Eltern faktisch zur Ausweisung eigener Staatsangehöriger führen, wenn dieser den Kontakt mit seinem Elternteil begehrt. Eine Ausreise ist nicht nur für bereits eingeschulte und im Sozialsystem der Bundesrepublik integrierte Kinder kaum mit dem Kindeswohl vereinbar, auch für kleinere, grundsätzlich noch anpassungsfähige Kinder steht viel mehr als nur eine Umstellung der Lebenssituation und eine Anpassung an veränderte gesellschaftliche, sprachliche, kulturelle und sonstige Umstände auf dem Spiel. In der Mehrzahl der Fälle sind die Schul-, Ausbildungs- und Berufschancen im Herkunftsstaat der Eltern bzw. des sorgeberechtigten Elternteils wesentlich schlechter als in der BRD. Auch könnten dem Kind entsprechende Möglichkeiten wegen fehlender finanzieller Mittel der Eltern nicht offen stehen.

Aber auch wenn die betroffenen Kinder nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen (siehe oben: *Hailbronner*), ist dem Kindeswohl im Rahmen der umfassenden Interessen- und Verhältnismäßigkeitsprüfung vorrangige Bedeutung beizumessen. Gerade bei älteren, bereits eingeschulten Kindern kommt die Ausreise in einer Vielzahl von Fällen einer Entwurzelung gleich, wenn sie sich bereits in die gesellschaftlichen, kulturellen und sprachlichen Gegebenheiten integriert haben. Dies ist u.a. durch die Vorlage von Schulzeugnissen und durch ein persönliches Gespräch abschätzbar. Den besonderen Umständen des jeweiligen Einzelfalles ist Rechnung zu tragen. So können z. B. neben gesundheitlichen Problemen, die spezialisierter medizinischer Betreuung bedürfen, auch die Verhältnisse im Herkunftsland eine Ausreise als schwer mit dem Kindeswohl vereinbar erscheinen lassen.

4.5 Auswirkung auf die Ausreisepflicht

Der Aufenthalt eines Ausländers, der keinen Aufenthaltstitel besitzt, ist rechtswidrig, d.h. er ist zur Ausreise verpflichtet. Die Ausreisepflicht entsteht insbesondere durch das Erlöschen des Aufenthaltstitels gem. § 51 Abs. 1 AufenthG. Damit hält sich der betroffene Ausländer illegal in der Bundesrepublik auf. Der Aufenthalt kann jedoch durch ein Kind legalisiert werden.

Für die Beendigung des Aufenthalts bei bestehender familiärer Lebens- und Beistandsgemeinschaft gelten dieselben Grundsätze wie für den Familiennachzug. Auch hier leitet sich kein Aufenthaltsanspruch aus dem Abwehrrecht des Art. 6 Abs. 1 GG ab, er kann sich jedoch aus der Verpflichtung zum Schutz von Ehe und Familie ergeben.⁹² Einreise (Familiennachzug) und Ausreise (Ausweisung) haben im Endeffekt dieselbe Prüfung, da in beiden Fällen der Verbleib im Bundesgebiet begehrt wird.

4.5.1 Auswirkung auf die Ausweisung

Ausweisung ist eine behördliche Verfügung, die dem Ausländer den Aufenthalt im Bundesgebiet untersagt. Sie begründet ein Aufenthaltsverbot, das eine eigenständige Pflicht zum Verlassen des Bundesgebiets impliziert⁹³ und steht unter erhöhter Strafandrohung des § 96 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG. Die Ausweisung erfordert das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes. Das AufenthG unterscheidet zwischen Gründen, bei denen die Ausweisung zwingend (§ 53 AufenthG), regelmäßig (§ 54 AufenthG) und nach Ermessen (§ 55 AufenthG) erfolgt. Ein erzwungener Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen gegen die Eltern bzw. den

⁹² Vgl. Antoni in Seifert/Hömig, Art. 6 Rn 9.

⁹³ Vgl. Hailbronner, § 53 AufenthG Rn 4.

sorgeberechtigten Elternteil würde grundsätzlich zur Trennung von Eltern und Kindern führen, wenn das Kind über einen gültigen Aufenthaltstitel verfügt und daher eigentlich weiterhin im Bundesgebiet bleiben könnte. Deshalb sind diese Fallkonstellationen unter dem Aspekt eines Eingriffes in das Familienleben und damit in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 EMRK zu betrachten. Diese verlangen eine umfassende Abwägung, in der auch die Belange der Kinder gebührend beachtet werden.⁹⁴ Besonders problematisch ist dies bei Kindern, welche die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates besitzen oder wenn die Maßnahme sich, bei getrennt lebenden Eltern, nur gegen den sorgeberechtigten Elternteil richtet, der andere Elternteil aber weiterhin im Aufenthaltsstaat lebt. Hier wird das Kind zumindest faktisch ebenfalls zum Verlassen des Aufenthaltsstaates angehalten.

4.5.1.1 Ausweisungsschutz für Eltern deutscher Kinder

Für Ausländer die mit einem Deutschen in einer Lebensgemeinschaft leben, sieht das Aufenthaltsgesetz in § 56 Abs. 1 Nr. 4 einen besonderen Ausweisungsschutz vor. Die Ausweisung kann nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfolgen. Diese können in der Regel in allen Kriterien der zwingenden Ausweisung und bei einigen Kriterien der Regelausweisung bejaht werden. Der besondere Ausweisungsschutz stuft jedoch die zwingende Ausweisung auf den Level einer Regelausweisung und die Regelausweisung auf die Ausübung des Ermessens herab. Solange das Gesetz noch ein Ermessen vorsieht, muss zwischen dem grundsätzlich garantierten Schutz von Ehe und Familie und dem Interesse des Staates an der Ausweisung abgewogen werden. Der Aufenthaltsstatus des Betroffenen ist hierbei nicht von Belang. Auch muss der ausländische Familienangehörige oder Ehepartner nicht im Besitz eines erforderlichen Aufenthaltstitels sein.⁹⁵ Den besonderen

⁹⁴ OVG Bremen, InfAusIR 4/2008 S.164.

⁹⁵ Vgl. Wegner/Durmus, S.54ff.

Ausweisungsschutz genießen nur Eltern deutscher Kinder. Eltern ausländischer Kinder werden von der Regelung nicht erfasst. Die Privilegierung ausländischer Elternteile deutscher Kinder dient vorwiegend dem Schutz deutscher Staatsangehöriger.⁹⁶ Diese Differenzierung folgt aus der grundsätzlich geringeren Schutzbedürftigkeit der ausländischen Familie.⁹⁷ Sinn und Zweck der Regelung nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG ist der Schutz solcher Ausländer, die in einem engen Verwandtschaftsverhältnis mit einem deutschen Staatsangehörigen leben, was nur der Fall ist, wenn es sich um eine dem Schutz des Art 6 GG unterfallende Lebensgemeinschaft handelt.⁹⁸ Geschützt werden sowohl sorgeberechtigte, als auch nichtsorgeberechtigte Eltern eines deutschen Kindes. Jedoch sind bei dem nichtsorgeberechtigten Elternteil die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 4 (das Vorliegen einer familiären Gemeinschaft) zu beachten.⁹⁹ Die bloße Begegnungsgemeinschaft zwischen einem nichtsorgeberechtigten ausländischen Elternteil und einem deutschen Kind ist zwar weniger schutzwürdig als die Beistandsgemeinschaft eines sorgeberechtigten ausländischen Elternteils zu seinem Kind, muss zumindest, im Falle der Versagung der Aufenthaltserlaubnis, im Rahmen des Ermessens gewürdigt werden, da auch diese Eltern-Kind-Gemeinschaft nicht von vornherein ohne jedes Gewicht ist.

4.5.1.2 Zumutbarkeit der Ausreise

Die Bindungen des im Inland lebenden Ausländers an die Bundesrepublik Deutschland sind nach ständiger Rechtsprechung¹⁰⁰ regelmäßig weniger eng als dies bei einem Deutschen der Fall ist, so dass die Ausreise des

⁹⁶ Vgl. Hailbronner, § 28 AufenthG Rn 8.

⁹⁷ BVerwG v. 6.4.1981, InfAusIR 1982, S.6;

⁹⁸ BVerwG, InfAusIR 95, S.405.

⁹⁹ Vgl. Marx, *AufenthR*, § 7 Rn 188.

¹⁰⁰ BVerwG v. 6.4.1981, InfAusIR 1982, S.6; BVerwG v. 20.9.1978; OVG NRW v. 10.11.1981, FamRZ 1982, S. 372.

ausländischen Kindes zu dem die Einreise begehrendem Elternteil grundsätzlich möglich wäre. Dem ausländischen Staatsangehörigen steht bei einer Übersiedlung in seinem Heimatland i.d.R. ein Aufenthaltsrecht zu, so dass für ihn die Realisierung der Familieneinheit dort in rechtlicher Hinsicht auch machbar wäre. Die Tatsache, dass Art. 6 Abs. 1 GG auch ausländische Familien unter den Schutz der staatlichen Ordnung stellt, bedeutet nicht, dass deshalb notwendig die Realisierung der Ehe- und Familieneinheit gerade im Bundesgebiet gestattet werden muss. Die Familienangehörigen werden somit lediglich in ihrer Entscheidung über den Ort der gemeinsamen Lebensführung eingeschränkt, ohne dass die Gestaltung des Familienlebens im Übrigen angetastet wird. § 29 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zieht die Ausreise einer ausländischen Familie ebenso in Betracht. Jedoch sind auch bei ausländischen Ehen und Familien die nachteiligen Auswirkungen ausländerbehördlicher Maßnahmen im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu beschränken.

Richtet sich die Maßnahme indes nicht gegen den nicht sorgeberechtigten Elternteil selber, sondern gegen dessen neuen Ehegatten, und ist dem betroffenen Elternteil die Ausreise zur Aufrechterhaltung seines Ehelebens zumutbar, so spricht die Kommission der Menschenrechte der dadurch eintretenden Trennung zwischen dem nicht sorgeberechtigten Elternteil und seinem Kind aus einer früheren Beziehung den Charakter eines staatlichen Eingriffes ab.¹⁰¹

Der Vollzug der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ist bis zur Ermittlung aller Umstände, die für die Bewertung der Frage, ob ein Nachzug der Familie in den Zielstaat der Abschiebung oder ein anderes Drittland möglich und zumutbar ist, auszusetzen.¹⁰² Kommt man zu der Auffassung die Ausreise sei für die Familie nicht zumutbar, so drängt die Pflicht des

¹⁰¹ Vgl. Caroni, S.280ff.

¹⁰² BVerfG, InfAuslR 2008, S.347 (350).

Staates die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück.¹⁰³

4.5.1.3 Ausübung des Ermessens

Sind die Belange der Familie schutzwürdig und ist ihr die Begleitung in das Herkunftsland des Ausgewiesenen nicht zumutbar, ist eine Ausweisung nur zulässig, wenn hinreichend gewichtige spezialpräventive Gründe vorliegen. Insbesondere werden hier die berechtigten Interessen des deutschen Kindes an dem Umgang mit beiden Elternteilen von den Ausländerbehörden in ihre Abwägung miteinbezogen werden müssen. Im Hinblick auf den Ausweisungszweck der Spezialprävention müssen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in Zukunft eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch neue Verfehlungen des Ausländers ernsthaft bedroht und damit von ihm eine bedeutsame Gefahr für ein wichtiges Schutzgut ausgeht.¹⁰⁴ Wird diese ernsthafte Gefahr des Betroffenen zum gegenwärtigen Zeitpunkt verneint, so fehlt es an einem schwerwiegenden spezialpräventiven Ausweisungsgrund. Eine Ausweisung aus Gründen der Generalprävention ist bei Ausländern, die einen besonderen Ausweisungsschutz genießen, nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn die Straftat besonders schwerwiegend und deshalb ein dringendes Bedürfnis dafür besteht, über eine etwaige strafrechtliche Sanktion hinaus durch Ausweisung andere Ausländer von Straftaten ähnlicher Art und Schwere abzuhalten.¹⁰⁵ Maßgebend ist hierbei neben den konkreten Umständen des Einzelfalles auch das Strafmaß.

Soweit der Betroffene nach der Geburt des Kindes keine Straftaten mehr begangen hat, ist von einer „Zäsur in seiner Lebensführung“¹⁰⁶ auszugehen und dies positiv in der Abwägung zu berücksichtigen. Die

¹⁰³ BVerfG, InfAuslR 2008, S. 347.

¹⁰⁴ BVerwG, NVwZ 2005, S.229f; NVwZ 1997; S.297 (302).

¹⁰⁵ BVerwG, NVwZ 2005, S.229f.; OVG Bremen: 1 A 82/07 vom 06.11.2007 = BeckRS 2008, 32619.

¹⁰⁶ BVerfG, InfAuslR 2006, S.320 (322).

Geburt des Kindes sollte zu einem Bruch in dem bisherigen Lebenswandel geführt haben, um mit dem Kind als ein Ausweisungsgrund argumentieren zu können. Besteht eine Lebens- und Erziehungsgemeinschaft und kann diese nur in der BRD verwirklicht werden, etwa weil das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, so drängt die staatliche Schutzpflicht gegenüber der Familie einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück.¹⁰⁷ Wichtig ist zu berücksichtigen welchen Teil der Kinderbetreuung der betroffene Elternteil tatsächlich übernimmt und wie intensiv das Verhältnis tatsächlich ist. Je erheblicher die Art und Umfang seiner Betreuungsleistungen, desto untragbarer wäre es die Eltern-Kind-Verbindung durch eine Ausweisung zu zerstören.¹⁰⁸ Die Übernahme des Umgangsrechts sollte in einer Weise erfolgen, die geeignet ist, das Fehlen eines gemeinsamen Lebensmittelpunktes weitgehend auszugleichen.¹⁰⁹ Dieses wird nur angenommen, wenn eine Beistands- und Betreuungsgemeinschaft, keine bloße Begegnungsgemeinschaft, die ggf. auch aus dem Ausland unterhalten werden kann, im außergewöhnlichen bzw. überdurchschnittlichen Umfang besteht.¹¹⁰ Das bedeutet eine Übernahme der Verantwortung für die Betreuung und Erziehung des Kindes im überdurchschnittlichen Maße, Beistand im Lebensalltag, intensive Zuwendung und Leistung der Lebenshilfe, auch im geistlichen Bereich. Das tatsächliche Zusammenleben mit dem Kind begründet automatisch das Vorliegen einer engen Beziehung zu diesem.

4.5.1.4 Besonderheiten bei der Ausreisepflicht des Vaters

Grundsätzlich muss das Kind vom vermeintlichen Vater anerkannt sein.¹¹¹ Wenn ein Aufenthaltsgrund aus familiären Gründen vorliegen würde, wäre

¹⁰⁷ BVerfG, InfAuslR 2006, S.122 (124).

¹⁰⁸ Vgl. Schröder bei Marx, *AuslR*, S.170.

¹⁰⁹ a.a.O.

¹¹⁰ BVerfG, NVwZ 1997, S. 479; BVerwG, InfAuslR 1998, 272f.

¹¹¹ Siehe Kapitel 2.5.

ein Visumsverfahren durchzuführen.¹¹² Hierzu müsste der Vater zunächst ausreisen. Wenn jedoch die Geburt des Kindes, welche den Grund für den weiteren Aufenthalt darstellen würde, so nah bevorsteht, dass die Durchführung des Visumsverfahrens nicht mehr vor der Geburt möglich wäre oder wenn bei der werdenden Mutter eine Risikoschwangerschaft besteht und zu befürchten wäre, dass die abschiebungsbedingte Trennung zu einer erheblichen Belastung für die werdende Mutter und damit auch für das ungeborene Kind wird, kann die Anerkennung der Vaterschaft für ein noch nicht geborenes deutsches Kind zu einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG¹¹³ oder einem Duldungsgrund nach § 60a Abs. 2 AufenthG führen.¹¹⁴ Auch wenn bis dahin noch keine Anerkennung vorliegt, kann in Ausnahmefällen der Duldungsanspruch sogar dann bestehen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Betroffene den unbedingten Willen hat, nach der Geburt für sein Kind Verantwortung zu übernehmen.¹¹⁵

Grundsätzlich sind bei der Entscheidung der Zumutbarkeit der Trennung vom Vater die zu erwartende Trennungszeit, das Alter des betroffenen Kindes und die Frage zu berücksichtigen, ob der Ausländer nach der Ausreise den hohen Anforderungen des Familiennachzugs und den allgemeinen Voraussetzungen des § 5 AufenthG genügen würde und überhaupt ein Visum zum Familiennachzug erhalten würde. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Trennung von Kleinkindern, um zum Beispiel ein Visumsverfahren nachzuholen, auf ungewisse Zeit nicht zuzumuten. Es heißt „die Entwicklung der Kleinkinder schreitet sehr schnell voran, so dass schon eine verhältnismäßig kurze Trennung im Lichte von Art. 6 GG nicht zumutbar ist.“¹¹⁶ Diese Auffassung

¹¹² Siehe hierzu auch Kapitel 4.4.

¹¹³ Vgl. Marx, *AufenthR*, § 5 Rn 48.

¹¹⁴ OVG Bautzen, NVwZ 2006, S.613.

¹¹⁵ OVG Bautzen, NVwZ 2006, S.613f.

¹¹⁶ BVerfG, InfAuslR 2000, S.67 (69).

wird von einem Großteil der Rechtsprechung akzeptiert.¹¹⁷ Dies wird allerdings problematisch je älter das Kind ist bzw. wenn der Ausländer ausreisepflichtig ist, weil er ausgewiesen wurde.¹¹⁸ Jedoch wird die Unzumutbarkeit trotzdem bejaht, wenn die Weiterführung der Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen dem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik möglich ist und die Unterbrechung des Aufenthalts für einen nicht nur erheblichen Zeitraum unzumutbar wäre. Ebenso wenn die Gründe für die besonders lange Trennung in der Sphäre des Ausländers liegen.¹¹⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat klargestellt, dass es nicht auf die Frage ankommt, wer die längere Trennungszeit zu verantworten hat, entscheidend ist die Frage, ob eine Aufenthaltsbeendigung eine unzumutbar lange Trennungszeit zur Folge hätte. Ist dies der Fall, besteht die aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung.

Fraglich ist trotzdem, ob auf die Ausweisung des ausländischen Elternteils eines ausländischen Kindes überhaupt bestanden werden kann, da nach Ablauf der Sperrwirkung des § 11 AufenthG kein gesetzlich anerkannter Rückkehranspruch mehr für eine Wiedereinreise besteht.¹²⁰ Die Durchsetzung der Ausreisepflicht würde demzufolge den endgültigen und dauerhaften Abbruch der Beziehung zu dem Kind bedeuten. Auch der nichtsorgeberechtigte Elternteil eines deutschen Kindes hätte bei seiner Ausreise keinen für das Visumsverfahren relevanten Aufenthaltsanspruch mehr. Die Durchsetzung der Ausreisepflicht/Ausweisung wäre deshalb, solange es keine klare Rückkehroption im AufenthG gibt, diesem gegenüber unverhältnismäßig. Sonst würde die Ausweisung faktisch zu einer Ausweisung eigener Staatsangehöriger (hier Kinder) führen, um dem Abbruch der familiären Beziehungen entgegenzuwirken. Bei den nichtsorgeberechtigten und sorgeberechtigten Elternteilen ausländischer

¹¹⁷ BVerfG, ZAR 2006, S. 28 m.w.N.

¹¹⁸ VG BW, AuAs 2003, S.2 (3).

¹¹⁹ BVerfG, InfAuslR 2008, S.347 (350).

¹²⁰ Siehe Feststellungen in den Kapiteln 4.4.2 und 4.4.3.

Kinder wäre dagegen die Ausreise der gesamten ausländischen Familie in das Heimatland gegebenenfalls möglich und zumutbar. Besonders wenn der Grund der Ausweisung schwer wiegt. So dass letztendlich die Frage der Unverhältnismäßigkeit hier nicht bejaht werden kann. Durch die generelle Möglichkeit der Ausreise einer ausländischen Familie kann auch die Schwelle der „außergewöhnlichen Härte“ des § 36 AufenthG für die Rückkehr des ausländischen Elternteils eines ausländischen Kindes meiner Meinung nach nicht überwunden werden.

4.5.2 Auswirkung auf die Abschiebung

Eine Abschiebung ist die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht eines Ausländers, § 58 AufenthG. Die Abschiebung als Maßnahme ist ein Eingriff in das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG steht als allgemeines Menschenrecht auch Ausländern zu. Der aus diesem Recht folgende Schutz vor Eingriffen ist in den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet.¹²¹ Maßnahmen zum Entzug oder Verkürzung eines Aufenthalts sind grundsätzlich möglich, sofern dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Frage Rechnung getragen wird, ob im Einzelfall die Abschiebung rechtlich unmöglich ist, so dass sie nach § 60a Abs. 2 S.1 AufenthG zwingend auszusetzen ist. Eine Abschiebung die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widerspricht, ist in diesem Sinne rechtlich unmöglich.¹²² Das OVG Hamburg meint sogar, dass mit der Abschiebung die Handlungsfreiheit des umgangsberechtigten Elternteils mit seinem Kind in der Weise eingeschränkt wird, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht mehr entspricht.¹²³ Die Handlungsfreiheit umfasst das Recht, in Deutschland Umgang mit dem Kind zu pflegen, wenn dies der gewöhnliche Wohnort des Kindes ist. Gemäß § 1685 Abs. 1 und 2 BGB haben enge Bezugspersonen des Kindes ein Recht auf

¹²¹ BVerfG, NVwZ 2007, S.1300 m.w.N.

¹²² OVG Hamburg, InfAusIR 2008, S.389 (390).

¹²³ a.a.O.

Umgang mit dem Kind, wenn sie für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder getragen haben und wenn der Umgang dem Wohl des Kindes dient. Dieses Recht ist, wie das nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Elternrecht, auf das Kindeswohl ausgerichtet und ein Recht im Interesse des Kindes.¹²⁴ Zwar ist aus dem Umgangsrecht kein direktes Abschiebungshindernis abzuleiten, die Einschränkung der Handlungsfreiheit des Umgangsberechtigten durch die Abschiebung und das Wohl des Kindes sollten jedoch bei der Untersuchung, ob ein Abschiebungshindernis nach § 60a Abs. 2 AufenthG vorliegt, beachtet werden. Der Schutz von Ehe und Familie ist zum primären Duldungsgrund der rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 AufenthG geworden.¹²⁵ Diese ist jedoch erst mit der bevorstehenden unzumutbaren Trennung der Familienangehörigen bzw. einer mit Art. 6 GG unvereinbaren Beeinträchtigung einer Familiengemeinschaft gegeben.¹²⁶ Laut dem Bundesgerichtshof genügt für die Verwirklichung dieser Norm, dass die Bezugsperson (auch) in der Vergangenheit Verantwortung getragen hat, womit eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind begründet wurde und dass die Person deshalb für das Kind eine enge Bezugsperson ist bzw. war.¹²⁷ Bei der Bewertung, ob die Abschiebung in unverhältnismäßiger Weise das Recht auf Umgang einschränkt, ist ebenfalls das Kinderwohl zu berücksichtigen, dem das Umgangsrecht entscheidend dient. Je stärker das Wohl des Kindes von diesem Recht abhängt, desto gewichtiger müssen die Gründe sein, die es rechtfertigen, das Kindeswohl gegenüber den Gründen der Abschiebung zurücktreten zu lassen.¹²⁸ Die zu klärende Frage dabei ist, wie erheblich der Schaden für das Wohl des Kindes wäre, wenn es auf den Umgang mit dem Antragsteller verzichten müsste?! Angesichts der herausragenden

¹²⁴ BVerfG, NJW 2008, S.1287 (1288).

¹²⁵ Vgl. Hailbronner, § 60a AufenthG Rn 27.

¹²⁶ Vgl. Hailbronner, § 60a AufenthG Rn 29.

¹²⁷ BGH, FamRZ 2005, S.705; siehe auch NJW 2005, S.2395.

¹²⁸ OVG Hamburg, Beschl. v. 17.06.2008 – 4 Bs 76/08, BeckRS 2008, 37951.

Bedeutung, die der Umgang des Kindes mit seinen Eltern für seine Entwicklung hat, dürfte im Regelfall von einer erheblichen Gefahr für das Kindeswohl beim Abbruch des Umgangs auszugehen sein, so dass Bundesverfassungsgericht.¹²⁹ Natürlich sind dem gegenüber die Schwere der zur Abschiebung veranlassenden Straftat und die Wiederholungsgefahr gut abzuwägen. Öffentliche Belange von ähnlich hohem Gewicht wären zum Beispiel die Gefahr drohender Straftaten, die sich gegen Leben und körperliche Unversehrtheit Dritter richten.¹³⁰ Verstöße gegen die Einreisevorschriften trotz früherer Abschiebung (§95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG) sind nach Meinung des Gerichts eindeutig nicht so gewichtig, dass das Kindeswohl zurücktreten würde.¹³¹ Dies hängt allerdings davon ab, wie intensiv das Verhältnis des Kindes zum Elternteil tatsächlich ist und bleibt jedes Mal eine Individualentscheidung.

Exkurs: Wenn es um den leiblichen Elternteil des Kindes handelt, der einer Adoption seines Kindes zugestimmt hatte, kann er kein Abschiebungshindernis nach § 60a Abs. 2 S.1 AufenthG geltend machen, da durch die Zustimmungserklärung zur Adoption die elterliche Sorge ruht und das Umgangsrecht nach § 1751 Abs. 1 BGB erlischt.¹³² Durch die Adoption erlangt das Kind die Stellung eines leiblichen Kindes des oder der Annehmenden, die verwandtschaftlichen Beziehungen zur Ursprungsfamilie erlöschen, §1755 Abs. 1 BGB. Der leibliche Elternteil kann nicht mehr Träger des Rechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sein. Inhaber dieses Rechts ist wer zugleich die Elternverantwortung trägt, unabhängig davon, ob sich die Elternschaft auf Abstammung oder auf Rechtszuweisung gründet.¹³³ Das können für ein Kind nur der Vater und die Mutter sein, ohne das es daneben noch weitere Träger dieses Rechts

¹²⁹ BVerfG, NJW 2008, S.1287 (1290).

¹³⁰ OVG Hamburg, Beschl. v. 17.06.2008 – 4 Bs 76/08, BeckRS 2008 37951.

¹³¹ OVG Hamburg, InfAuslR 2008, S.389 (392).

¹³² OVG Hamburg Beschl. v. 17.06.2008 – 4 Bs 76/08, BeckRS 2008 37951.

¹³³ BVerfG, FamRZ 2006, S.1661f.

geben kann.¹³⁴ Das Gericht ließ offen, ob eine fortbestehende Lebensgemeinschaft des adoptierten Kindes mit seinem biologischen Vater auch nicht mehr unter den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG fällt. Wenn dies bejaht werden sollte, würde für den abschiebungsbedrohten Vater auch ein Abschiebungshindernis nach § 60a Abs. 1 S. 2 AufenthG vorliegen.

4.5.3 Beide Elternteile ausreisepflichtig

Ein Kind ausreisepflichtiger Elternteile kann für sich keinen Aufenthaltsstatus von diesen ableiten und kann somit keinen Einfluss auf den fehlenden Aufenthaltsstatus seiner Eltern ausüben. Der langjährige Aufenthalt im Bundesgebiet kann u.a. an der vorherigen Asylenerkennung, die schließlich widerrufen wurde, oder an einem tatsächlichen Ausreisehindernis (meist sind es die fehlenden Reisedokumente) gelegen haben. Wollen die Ausländerbehörden dennoch ihrer gesetzlichen Pflicht nachkommen, die Familienmitglieder zur Ausreise zu bringen, sehen sie sich meist öffentlichen Kampagnen mit dem Vorwurf ausgesetzt, das Ausreisen einer sich seit Jahren in der Bundesrepublik etablierten Familie sei unmenschlich. Deshalb wird häufig der Aufenthalt der gesamten Familie geduldet, trotz eindeutiger Ausreisepflicht, womit die Betroffenen und deren Anwälte ein wichtiges Zwischenziel auf dem Weg zu einem dauerhaften Bleiberecht erreicht haben. Durch die Ausreisedurchsetzung kann kein Verstoß gegen Art. 6 GG geltend gemacht werden, da die Familie bei dabei nicht auseinandergerissen wird. Sind nun aufgrund der Verfahren von Geduldeten, Aufenthaltszeiten von bis zu zehn Jahren erreicht worden, wird argumentiert, dass es angesichts des mittlerweile eingetretenen Maßes an Integration nicht mehr zumutbar sei, die Familie in ihr Herkunftsland zurückzuführen – womit das Ziel eines dauerhaften

¹³⁴ BVerfGE 108, 82 = NJW 2003, S.2151 (2152).

Bleiberechts erreicht wäre. Bemerkenswert ist, dass dieses Ziel erreicht wird, obwohl zumeist die Ausreisepflicht von Beginn an besteht.¹³⁵

Die Familien, die lang genug in Deutschland gelebt oder die entsprechende Zeit erfolgreich „ausgeharrt“ haben, können letztendlich in den Genuss einer Altfallregelung kommen. Dazu müssen die Betroffenen bestimmte Voraussetzungen erfüllen, im Zweifel helfen die „Härtefallkommissionen“ die festgelegten Kriterien zu umgehen.¹³⁶ Natürlich spielen die in Deutschland geborenen gut integrierten Kinder hierbei eine wichtige, wenn nicht sogar eine entscheidende Rolle. Obwohl auch diese in Anbetracht der ständigen Duldung oder eines Aufenthalts aus humanitären Gründen damit hätten rechnen müssen, irgendwann einmal in die Heimat (ihrer Eltern) ausreisen zu müssen. Jedoch wird die Integration der Kinder in ein deutsches Schulsystem und deren Kenntnis von den relevanten Dingen des Heimatlandes, wie Sprache und Kultur, bei der Schutzwürdigkeit der Belange der Familie entscheidend berücksichtigt. Es sind zahlreiche Fälle bekannt, in denen die Betroffenen jahrelang durch die Führung zahlreicher aufenthaltsrechtlicher Verfahren in der Bundesrepublik verbracht haben und im Endeffekt durch die Petitionsausschüsse und Altfallregelungen im Bundesgebiet bleiben konnten. Denn wenn in dieser Zeit Kinder auf die Welt kamen, ständig die deutsche Schule besucht und das Heimatland der Eltern „nie“ kennengelernt haben, spielt es im Hinblick auf das Kinderwohl und die Zerstörung deren Verwurzelung im Sozialgebilde der Bundesrepublik eine entscheidende Rolle. Man könnte den Ausgang der Fälle, in denen ein langjähriger Duldungsaufenthalt zum Bleiberecht geführt hat, als eine Misere des deutschen Ausländerrechts bezeichnen, da die ausreisepflichtigen Ausländer nur deshalb im Endeffekt bleiben konnten, weil sie über Jahre in Unsicherheit und Rechtlosigkeit gelebt haben und mit Hilfe von Rechtsanwälten, Unterstützerguppen und der Öffentlichkeit

¹³⁵ Vgl. Luft, S.43f.

¹³⁶ Vgl. Luft, S.74.

mit großer Konsequenz und Härte ihre Interessen gegen den Staat durchgesetzt haben. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die hier geborenen Kinder beider ausreisepflichtiger Eltern nicht direkt auf deren Aufenthaltsstatus Auswirkung haben.

Ausländerrechtlich teilen die Kinder das Schicksal der Eltern und müssen mit ausreisen. Ausnahme besteht bei ausreisepflichtigen Eltern dessen Kind die Asylenerkennung erhalten hat. Hier kann den Eltern gem. § 36 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, um die Trennung der Familie zu vermeiden. Somit ist auch die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Wege der Asylenerkennung möglich, ohne dass die Eltern ein Bleiberecht innehaben.

Zu erwähnen wäre auch der aus Art. 8 Abs.1 EMRK entwickelte Aufenthaltsrecht „faktischer Ausländer“, die sich bei der Erfüllung bestimmter Integrationsvoraussetzungen auf ein „Recht auf Heimat“ berufen können.¹³⁷ Es entspricht einer gewissen Verwurzelung im Bundesgebiet und kommt den Kriterien der Prüfung der Zumutbarkeit der Ausreise nahe.¹³⁸ Besonders Kinder lang geduldeter Ausländer werden sich bei einer erfolgreichen Integration auf dieses „Recht“ berufen können. Jedoch ist das allgemeine Aufenthaltsrecht „faktischer Ausländer“ umstritten, da sich dieses „weder aus Art. 8 Abs.1 EMRK noch aus sonstigen völkerrechtlichen Erwägungen [...] ableiten lässt.“¹³⁹

4.6 Auswirkungen auf die Einbürgerung

Nach § 5 StAG erhalten nichteheliche Kinder ausländischer Mütter und deutscher Väter, die nach dem 1.7.1993 geboren wurden, die deutsche Staatsbürgerschaft dann, wenn der Vater die Vaterschaft anerkannt hat oder diese durch eine Klage festgestellt wurde. Diese Regelung sichert

¹³⁷ VG Stuttgart, InfAuslR 2005, S.106f.

¹³⁸ Siehe auch Ausführungen im Kapitel 4.5.1.2.

¹³⁹ Hailbronner, § 25 AufenthG Rn 127.

nichtdeutschen Müttern nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt, wenn sie das Sorgerecht ausüben.¹⁴⁰ Sonst sieht das StAG keine Sonderregelungen für eine schnellere Einbürgerung von Familienangehörigen Deutscher vor. Der ausländische Elternteil kann sich entweder gemäß § 10 StAG nach 8 Jahren des Besitzes der Niederlassungserlaubnis oder im Rahmen des Ermessens gemäß § 8 StAG schon eher einbürgern lassen. Das Vorhandensein eines deutschen Kindes kann hierbei ermessenslenkend wirken.¹⁴¹

5 Das Vater-Kind-Verhältnis

Für eine Mutter ist es meiner Meinung nach einfacher einen Aufenthaltstitel vom Kind abzuleiten als für einen Vater, sofern dieser nicht in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Kind lebt. Obwohl juristisch kein Unterschied gemacht wird und beide je nach Besitz des Sorgerechts für das Kind die gleichen Ansprüche haben, haben die Väter ihren Umgang mit dem Kind nachzuweisen, während er bei den Müttern vermutet wird. Weil diese in der Regel eine Haushaltsgemeinschaft mit dem Kind begründet. Auch ist es unkomplizierter die Mutterschaft zu einem Kind nachzuweisen als die Vaterschaft. Die Väter haben im Wesentlichen, wenn es um das Bleiberecht geht, mehr Voraussetzungen zu belegen als die Mütter.

Väter nichtehelicher Kinder sind unabhängig vom gemeinsamen Haushalt, gemeinsamen Sorgerecht oder der gemeinsamer Wahrnehmung der Erziehungsaufgaben mit der Mutter, Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 GG.¹⁴² Problematisch für die Praxis wird es deswegen, wenn der nicht personensorgeberechtigte ausländische Elternteil, meistens ist es der Vater, einen Aufenthaltstitel begehrt oder sich gegen eine

¹⁴⁰ Vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.178.

¹⁴¹ Vgl. Hailbronner/Renner, § 8 StAG Rn 49.

¹⁴² BVerfGE 84, S. 168 (179).

aufenthaltsbeendende Maßnahme wendet und als Begründung eine familiäre Gemeinschaft bzw. ein Umgangsrecht mit dem Kind angibt.¹⁴³ Die familiäre Lebensgemeinschaft muss zwischen dem Vater und seinem Kind auch tatsächlich im Sinne der Rechtsprechung vorliegen.¹⁴⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen verbindliche Kriterien vorgegeben unter welchen Umständen eine schützenswerte familiäre Lebensgemeinschaft angenommen werden soll.¹⁴⁵ Der persönliche Kontakt mit dem Kind in Ausübung eines Umgangsrechts, unabhängig von Sorgerecht, ist Ausdruck und Folge des natürlichen Elternrechts und der damit verbundenen Elternverantwortung und steht daher unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG.¹⁴⁶ Dieser schützt auch die Beistandsgemeinschaft, welche in der Regel vorliegt, wenn das Kind auf die dauernde Anwesenheit seines nicht sorgeberechtigten Elternteils angewiesen ist, wobei es in diesem Zusammenhang nicht darauf ankommt, ob eine Hausgemeinschaft vorliegt.¹⁴⁷ Das BVerfG stellt außerdem fest, dass sich eine verantwortungsvoll gelebte Eltern-Kind-Gemeinschaft nicht allein nach der Menge des persönlichen Kontakts oder genauem Inhalt der einzelnen Betreuungshandlungen bestimmen lasse, sondern nach der geistigen und emotionalen Auseinandersetzung, welche die Entwicklung des Kindes prägt.¹⁴⁸ Ein regelmäßiger Umgang und die Tatsache, dass der Vater seiner Unterhaltsverpflichtung als Teil der Elternverantwortung nachkommt, zeugen von einer familiären Gemeinschaft.¹⁴⁹ Dies soll bei der Ermessensentscheidung der Ausländerbehörde, wenn es um die die tatbestandlichen

¹⁴³ Vgl. Göbel-Zimmermann, ZAR 2006, S. 81 (82).

¹⁴⁴ BGH, FamRZ 2005, S.705; siehe auch NJW 2005, S.2395.

¹⁴⁵ BVerfG, InfAuslR 2006, S.320ff., S.441ff.

¹⁴⁶ BVerfGE 64, S.180 (187).

¹⁴⁷ BVerfG, InfAuslR 2002, S.171 (173).

¹⁴⁸ BVerfG, InfAuslR 2006, S.122 (124).

¹⁴⁹ a.a.O.

Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG geht, entsprechend berücksichtigt werden. Die finanzielle Leistungsfähigkeit und die Möglichkeiten eine Arbeitsstelle zu finden, sind hierbei entsprechend einzubeziehen.

Die Frage, ob das Kind in seiner Entwicklung auf die Anwesenheit des Vaters angewiesen ist, wie es in der VAH-AufenthG Nr.28.1.6.1 gefordert wird, spielt nach der Rechtsprechung des BVerfG bei der Bewertung keine Rolle, denn darauf, ob die von einem Familienmitglied erbrachte Lebenshilfe auch von einer anderen Person erbracht werden könnte, kommt es nicht an. Der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters wird nicht durch die Betreuung des Kindes durch die Mutter entbehrlich.¹⁵⁰ Der spezifische Erziehungsbeitrag und die Betreuungsleistung des Vaters haben eine eigenständige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes und sind deshalb nicht von anderen Personen ersetzbar.¹⁵¹ Demnach weichen die Verwaltungsvorschriften teilweise von der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ab. Eine Trennung vom Vater ist auch nicht zumutbar, weil der Kontakt nicht über Briefe oder Telefonate aufrechterhalten werden kann.¹⁵² Im Rahmen der hier zu treffenden Ermessensentscheidung ist immer das Kindeswohl von entscheidender Bedeutung.¹⁵³

5.1 Problemdarstellung: „Scheinvaterschaft“

Seit der Reform des Kindschaftsrechts ist Vater, wer sich dazu bekennt und von der Mutter als solcher anerkannt wird - dass diese Regelung zum Missbrauch führen könnte, ist damals niemandem in den Sinn gekommen, da mit einer Vaterschaft in der Regel mehr Pflichten als Rechte verbunden sind.

¹⁵⁰ BVerfG InfAusIR 2000, S.67 (68); InfAusIR 2003, S.328 (329).

¹⁵¹ BVerfG, InfAusIR2006, S.320 (321); BVerfG, InfAusIR 2002, S.171 (173).

¹⁵² OVG Hamburg, InfAusIR 2006, S.361 (362); BVerfG, InfAusIR 2000, S.67 (69).

¹⁵³ Hess VGH, AuAs 2002, S.98 (99).

Wurde das Bleiberecht früher nicht selten durch Scheinehen erschlichen, hat sich nunmehr eine neue Missbrauchsvariante etabliert. „Gezielt werden deutsche Männer für die Vaterschaftsanerkennung von Kindern ausländischer Mütter gesucht. [...] Ist diese eine ausreisepflichtige Ausländerin, so ist mit der Vaterschaftsanerkennung eines deutschen Mannes darüber hinaus auch das Bleiberecht von Mutter und Kind verbunden.“¹⁵⁴ Die häufigsten Fälle sind die, in denen die Frau zu einem begrenzten Aufenthalt ins Bundesgebiet als Touristin, Studentin, au pair, zum Spracherwerb oder auch illegal einreist. Sie geht hier eine Beziehung mit einem Mann ein, aus der ein Kind hervorgeht oder sie reist schon schwanger ein. Im Falle der Scheinvaterschaft, wird anschließend ein Mann gesucht, der dem Kind die Deutscheigenschaft nach § 4 Abs. 1 StAG mit der Abgabe der Vaterschaftsanerkennung sichert, ohne tatsächlich der biologische Vater zu sein.¹⁵⁵

Natürlich sind auch die Fälle denkbar, in denen der ausreisepflichtige Ausländer für ein Kind deutscher Mutter die Vaterschaft anerkennt. Dies würde den Tatbestand der Scheinvaterschaft genauso erfüllen, da sich der Vater den Aufenthalt vom Kind ableitet. Auch die Mütter von im Ausland gezeugten Kindern deutscher Männer haben einen Anspruch auf Zuzug nach Deutschland, sobald für die Kinder ein gewöhnlicher Aufenthalt im Bundesgebiet begründet ist. Die Feststellung der Vaterschaft kann genauso vom Ausland aus betrieben werden, gegebenenfalls bestünde auch ein Anspruch auf Einreise zur Durchführung des Vaterschaftsfeststellungsverfahrens.¹⁵⁶

Für die Vaterschaftsanerkennung sollen auf dem grauen Markt sowohl für die Vermittlung, als auch für die Übernahme von Scheinvaterschaften beträchtliche Summen gezahlt werden.¹⁵⁷ Schließlich erwerben die

¹⁵⁴ Pressemitteilung der CDU/CSU v. 01.02.2007, Anlage 2.

¹⁵⁵ Siehe hierzu auch Kapitel 4.1.

¹⁵⁶ Vgl. Frings, S.44.

¹⁵⁷ Vgl. F.A.Z., 01.03.2005, Nr. 50 / Seite 4, Anlage 1.

Käuferinnen damit nicht nur dauerhafte Ansprüche auf soziale Leistungen, sondern nach einer gewissen Zeit auch die Möglichkeit, weitere Familienmitglieder nach Deutschland zu holen, insbesondere den künftigen Ehemann und Kinder aus früheren Beziehungen. Etwas schwerer hat es ein Ausländer, der sich eine Vaterschaftsanerkennung von einer deutschen Frau kauft. Bei ihm kann die Ausländerbehörde immerhin prüfen, ob er seine Pflichten des Sorge- und Umgangsrechts tatsächlich ausübt. Ist das nicht der Fall, erlischt auch sein Bleiberecht als Familienvater.

5.2 Ausländerrechtliche Folgen

Die Behörden sind nun bei ihrer Entscheidung über aufenthaltsrechtliche Maßnahmen verpflichtet familiäre Bindungen an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten (hier ist es das deutsche Kind), entsprechend dem Gewicht der Bindung in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen.¹⁵⁸ In der Regel lebt die Mutter mit dem Kind zusammen, häufig hat sie auch das Sorgerecht und betreut das Kind überwiegend, so dass in den meisten Fällen einer ausländischen Mutter eines deutschen Kindes die schützenswerte familiäre Gemeinschaft im Sinne der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵⁹ bejaht werden kann. Letztendlich steht ihr ein Rechtsanspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels gem. § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zur Ausübung der Personensorge für ein minderjähriges deutsches Kind zu, unabhängig von Einkommen und Wohnraum.¹⁶⁰ Bei einem ausreisepflichtigen Vater muss dies entsprechend genauer untersucht werden.

Auch die Frau, die mit einem Kind schwanger ist, welches bei Geburt voraussichtlich die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten wird, kann i.d.R.

¹⁵⁸ Vgl. Schröder bei Marx, *AuslR*, S.174f.

¹⁵⁹ BVerfG, *InfAuslR* 2000, S.67f.

¹⁶⁰ Zu den weiteren aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen eines deutschen Kindes siehe Kapitel 4.1.

einen Abschiebeschutz beanspruchen, da die Vaterschaftsanerkennung nach § 1594 Abs. 4 BGB schon während der Geburt möglich ist. Zwar wirken die Rechte aus der Staatsangehörigkeit erst ab der Geburt, doch entfalten sie insoweit eine Vorwirkung, dass dem deutschen Kind nicht zugemutet werden kann, für die Geburt auszureisen, die Vaterschaftsfeststellung vom Ausland aus zu betreiben, um dann seinen Aufenthalt erneut im Bundesgebiet zu begründen. Für die ausreisepflichtige Mutter entsteht somit ein rechtliches Abschiebungshindernis nach § 60a AufenthG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und 2 GG und es ist zunächst eine Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG an die sorgeberechtigte Mutter eines deutschen Kindes zu erteilen.

5.3 Staatsangehörigkeitsrechtliche Folgen

Das Kind erhält mit der Anerkennung der Vaterschaft durch einen Deutschen gemäß § 4 Abs. 1 StAG oder einen Ausländer mit verfestigtem Aufenthaltsstatus gemäß § 4 Abs. 3 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit.¹⁶¹ Die Staatsangehörigkeit kann bei Anfechtung der Vaterschaft, von der sie abgeleitet wurde, auch entfallen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Fall der Vaterschaftsanfechtung eines in einer Ehe mit einem deutschen Staatsangehörigen geborenen Kindes entschieden.¹⁶² Die Mutter kann in diesem Fall keine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG als ausländische Familienangehörige eines deutschen Kindes geltend machen.¹⁶³ Ob der Wegfall der Staatsangehörigkeit auch für ältere Kinder gilt, hat das Bundesverfassungsgericht dabei offen gelassen. Jedenfalls wird es solange zu bejahen sein, wenn das betroffene Kind sich in einem Alter befindet, in dem Kinder üblicherweise ein eigenes

¹⁶¹ Siehe hierzu auch Kapitel 4ff.

¹⁶² Beschl. v. 24.10.2006-2 BvR 696/04, Asylmagazin 1-2/2007, S.58ff.

¹⁶³ Vgl. Hailbronner, § 28 AufenthG Rn 9.

Vertrauen auf den Bestand ihrer Staatsangehörigkeit noch nicht entwickelt haben.

5.4 Sozialrechtliche Folgen

Der Vater hat allein durch die Anerkennung der Vaterschaft schon Mitspracherechte oder aber ebenfalls das Sorgerecht für das Kind. Der Anerkennende muss aber auch damit rechnen den Unterhalt für das Kind bezahlen zu müssen. Die Unterhaltspflicht ist in §§ 1601 ff. BGB geregelt. Haben Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Bundesrepublik, wird Kindesunterhalt immer nach deutschem Recht bemessen. Die Höhe des Unterhalts bemisst sich nach zwei Kriterien: der Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten und dem Leistungsvermögen des Unterhaltsschuldners.¹⁶⁴ Als Leitlinien für die Bemessung von Unterhalt gibt es Tabellen, von denen die Düsseldorfer Tabelle am häufigsten angewendet wird. Auf den Unterhalt für sein Kind kann ein Elternteil nicht verzichten, da das Kind einen eigenständigen Rechtsanspruch darauf hat, §1602 Abs. 2 BGB. Beide Eltern sind ihrem Kind gegenüber unterhaltspflichtig. Derjenige Elternteil, in dessen Haushalt das minderjährige Kind lebt, kommt damit seiner Unterhaltspflicht nach. Der andere Elternteil muss dies in Form von Geld tun. Das Jugendamt ist bemüht, den Betrag beim Unterhaltspflichtigen einzuholen, wenn dieser den Zahlungen nicht freiwillig nachkommt.¹⁶⁵ Oft sind die Anerkennenden jedoch gar nicht in der Lage ihren Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen, so dass die Mutter von Sozialleistungen lebt.¹⁶⁶ Damit wird das Ziel der Einwanderungspolitik, das deutsche Sozialsystem nicht zu belasten, umgangen.

In der Praxis sind häufig Fälle anzutreffen, in denen die Ausländerin, ohne einen entsprechenden Krankenschutz im Bundesgebiet niederkommt. Die

¹⁶⁴ Vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.156f.

¹⁶⁵ Vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.133f.

¹⁶⁶ Vgl. Pressemitteilung der CDU/CSU v. 01.02.2007, Anlage 2.

Krankenhauskosten müssen zunächst vom Jugendamt getragen werden, welches letztendlich versuchen wird den Anerkennenden heranzuziehen.

Das Kind hat außerdem das Recht auf den Familiennamen des Vaters, §§ 1616 ff. BGB. Gleichzeitig erhält das Kind, soweit das Heimatrecht das vorsieht, auch die Staatsangehörigkeit des ausländischen Elternteils und wird somit Mehrstaater. Mit der Vaterschaftsanerkennung wird dem Kind auch ein Erbrecht zugestanden.

5.5 Strafrechtliche Folgen

Stellt sich heraus, dass die Person die die aufenthaltsrechtlich relevante Vaterschaft anerkannt hat, gar nicht der biologische Vater des Kindes ist, kann ein Strafverfahren gem. § 95 Abs. 2 AufenthG eingeleitet werden, mit dem Vorwurf unrichtige Angaben gemacht zu haben, um einem anderen einen Aufenthaltstitel zu verschaffen. An dieser Stelle streiten sich die Geister. Einerseits unterstützt die Rechtsprechung in gewisser Weise die Behörden und vertritt, dass es auf den tatsächlichen Wahrheitsgehalt der der Anerkennung zugrundeliegenden Erklärung ankomme.¹⁶⁷ Andererseits wird betont, dass eine wirksame Vaterschaftsanerkennung vorliege, die nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch im Strafrecht ihre Gültigkeit haben müsse und dass es kein Grundsatz gäbe, wonach rechtliche und biologische Vaterschaft zwingend zusammenfallen müssten.¹⁶⁸ Meiner Ansicht nach, kann man sich beiden Meinungen anschließen. Die rechtliche und die biologische Vaterschaft müssen tatsächlich nicht identisch sein. Zwischen dem nicht biologischen Vater und seinem Kind kann ebenso eine enge und intensive Vater-Kind-Beziehung vorliegen. Deswegen darf man diese nicht pauschal gegenüber den tatsächlichen Vater-Kind-Beziehungen abwerten. Auch nach der Regelung des § 1600 Abs. 2 BGB ist eine Anfechtung der Vaterschaft

¹⁶⁷ LG Hildesheim, NStZ 2006, S. 360.

¹⁶⁸ AG Nienburg, NStZ 2006, S. 531.

durch den biologischen Vater nur möglich, wenn zwischen dem Kind und dem rechtlichen Vater keine sozial-familiäre Beziehung besteht. Wenn die Vaterschaftsanerkennung jedoch bewusst wahrheitswidrig im Zusammenwirken mit der Mutter erfolgt ist, dürfen sich aus dieser Erklärung keine aufenthaltsrechtlichen Ansprüche ableiten lassen. Dies wird jedoch nur schwer nachweisbar sein. Es wird nämlich im Verdachtsfall geprüft werden müssen, ob die erklärte Vaterschaft einer tatsächlich gelebten entspricht. Neben der fehlenden biologischen Verwandtschaft müsste die Behörde weiterhin das Fehlen einer sozialen Vater-Kind-Beziehung nachweisen, um eine Scheinvaterschaft zu enttarnen. Nur dann besteht auch ein gesellschaftliches Interesse an der Anfechtung dieser Beziehung.

Strafrechtlich könnte auch der Tatbestand der Personenstands Fäl schung nach § 169 StGB in Betracht kommen. Jedoch ist auch hier darauf abzustellen, dass das bürgerliche Recht die biologisch nicht begründete Anerkennung der Vaterschaft für ein Kind zulässt und im Interesse der Legitimierung des Kindes anerkennt. Dann wäre die Strafbarkeit zu verneinen.¹⁶⁹

5.6 Maßnahmen der Behörde (Anfechtung)

Eine vom Staat ausgehende Anfechtung der Vaterschaft wurde lange kontrovers diskutiert. Erst nach dem Regierungswechsel, im November 2005, rang sich die Justizministerkonferenz zu der Empfehlung an die Bundesministerin Zypries (SPD) durch, eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs "zur Bekämpfung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen zu Zwecken der Erlangung eines Aufenthaltstitels" vorzubereiten. Das Justizministerium erarbeitete schließlich eine entsprechende Vorlage. Brigitte Zypries sagte dazu: „An diesem Regelungskonzept halten wir fest. Es ermöglicht uns, nicht nur leibliche,

¹⁶⁹ Vgl. Fischer, § 169 StGB Rn. 6.

sondern auch soziale Vaterschaften zu schützen. Nicht schützenswert sind jedoch Vaterschaften, die allein auf staatsangehörigkeits- und ausländerrechtliche Vorteile abzielen. In solchen Missbrauchsfällen soll künftig eine staatliche Stelle die Vaterschaft anfechten können¹⁷⁰.

Letztendlich hat der Bundestag am 14.12.2007 einen Gesetzentwurf verabschiedet, der die Anfechtung von missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen ermöglicht. Am 1.6.2008 trat eine Änderung von u. a. § 1600 BGB, § 29a Abs. 1 und § 44 Abs. 1 des Personenstandsgesetzes sowie des Aufenthaltsgesetzes in den §§ 79, 87 und 90 AufenthG dahingehend, dass nun staatlichen Stellen die Möglichkeit eingeräumt wird, Vaterschaftsanerkennungen dann anzufechten, wenn diesen weder eine sozial-familiäre Beziehung noch eine leibliche Vaterschaft zugrunde liegt. Das Gesetz schafft in § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB ein befristetes Anfechtungsrecht für eine öffentliche Stelle. Die für die Anfechtung zuständige Behörde sollen die Länder entsprechend den Bedürfnissen vor Ort selbst bestimmen können. Die Anfechtung ist nur erfolgreich, wenn zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung bestanden hat. Dies haben die unteren Ausländerbehörden zu prüfen. Dadurch soll verhindert werden, dass durch die Anfechtung eine vom Grundgesetz in Artikel 6 geschützte Familie auseinander gerissen wird. Angefochten werden kann nur die Vaterschaftsanerkennung für eine nichteheliches Kind nach §§ 1592 Nr. 2 i.V.m. 1594 BGB. Gibt das Familiengericht der Anfechtungsklage statt, entfällt die Vaterschaft des Anerkennenden mit Rückwirkung auf den Tag der Geburt des Kindes.¹⁷¹

Gemäß der Verordnung der Landesregierung zur Bestimmung der zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigten Behörde vom 8 September

¹⁷⁰ Pressemitteilung des BMJ zur Anfechtung von "Scheinvaterschaften", Anlage 3.

¹⁷¹ Zu den staatsangehörigkeitsrechtlichen Folgen des Kindes siehe Kapitel 5.3.

2008¹⁷² wurde für Baden-Württemberg das Regierungspräsidium Freiburg als zuständige Behörde bestimmt.¹⁷³

6 Fazit

Wie viele Eltern bisher ihr Bleiberecht von dem Kind abgeleitet haben, kann man nicht sagen. Fest steht, dass durch die neue Regelung des Staatsangehörigkeitsgesetzes, von den rund 673 000 im Jahr 2006 geborenen Kindern, 96% die deutsche Staatsangehörigkeit besaßen. 29% der Gesamtgeburten hatten entweder beide ausländische Eltern oder nur Mutter bzw. Vater deutsch.¹⁷⁴ Damit hätte beinahe jedes dritte in der BRD geborene Kind zumindest einen ausländischen Elternteil. Schon im Jahr 1999 stellte die DIE ZEIT fest, dass die deutsche Familie zu einem Schmelztiegel wird: „Schon heute ist jedes neunte Baby afro-deutsch, türkisch-deutsch oder polnisch-deutsch. In die nächste Generation wachsen Kinder aus mehr als zwei Kulturen hinein - die Enkel der Globalisierung.“¹⁷⁵ Bezugspunkt im Lebens- und Sozialgefüge dieser Kinder ist die Bundesrepublik Deutschland. Folgerichtig bleiben sie lange, wenn nicht sogar für immer im Bundesgebiet das zu ihrer Heimat geworden ist. Dieses Phänomen ist kein vorübergehendes, sondern ein entscheidendes Kennzeichen für die Bevölkerungsstruktur der Zukunft. Geboren als Abkömmlinge von Zuwanderern, die der Herkunftskultur meist noch verbunden sind, werden sie mit den Normen und Werten des deutschen Landes groß. Gelingt die Integration von diesen Kindern nicht, weil Eltern oder die Gesellschaft dem entgegenstehen, ist die Gefahr des Rückzugs groß. Jugendliche suchen sich dann Lebensideale, die sie aus ihrer

¹⁷² GBl. 2008, S.286.

¹⁷³ Vgl. Erlass des Innenministeriums B-W v. 17.9.2008, Az. 4-1325/17.

¹⁷⁴ Statistisches Bundesamt, Geburten in Deutschland 2007, S.12.

¹⁷⁵ DIE ZEIT, Dossier Februar 1999 zitiert in Kriechhammer-Yagmur, S. 47.

ethnischen Herkunft ableiten. Sie definieren sich dann z.B. als Türken und grenzen sich bewusst gegen alles Deutsche ab.¹⁷⁶

Grundsatzentscheidungen in der Ausländerpolitik sind immer langfristig wirkende Entscheidungen. Die Folgen der Fehlentwicklungen haben spätere Generationen zu tragen, in denen die verursachenden Politiker längst nicht mehr in der politischen Verantwortung stehen. Daher sollten die Weichenstellungen nie an kurzfristigen wirtschaftlichen und parteipolitischen Interessen orientiert sein. Die neusten Entscheidungen in der Familien- und Zuwanderungspolitik sind in die Zukunft ausgelegt und haben erhebliche Verbesserung und größeren Schutz für die in der Bundesrepublik geborenen Kinder gebracht. Im Grunde sind zwei große Rechtsveränderungen zu Gunsten der Kinder zu verzeichnen: der einfachere Weg zur Erlangung der Deutscheigenschaft und die Verstärkung der Rechtsposition des Kindes zu jedem Elternteil. Der allgemeine Rechtstatus des Ausländerkindes in Deutschland ist heute von einem hohen Maß an Aufenthaltssicherheit gekennzeichnet. Außerdem hat die Gesetzgebung durch Neuregelung des Staatsangehörigkeitsgesetzes den hier geborenen Kindern, ausländischer Eltern die Chance gegeben in keinster Weise gegenüber den anderen Kindern benachteiligt zu sein. Mindestens bis zur Ausübung des Optionsrechts sind spezifische ausländerrechtliche Sanktionsmöglichkeiten wie Ausweisung und Abschiebung, was die Generationenvorgänger noch belastete, gegenüber diesen Kindern unmöglich. Außerdem hat die Gesetzgebung anerkannt, dass Kinder ein Recht auf beide Eltern haben, ein Recht auf Umgang mit der Mutter und mit dem Vater. Dem Kind wird ein besonderer schutzwürdiger Status zugestanden aus dem er aufenthaltsrechtlich auch eine besondere Schutzwirkung auf seine Eltern ausübt.

Die Änderungen zu Gunsten des nichtehelichen Kindes begründen auch eine neue gesetzgeberische Verständnisdimension der Eltern-Kind-

¹⁷⁶ Vgl. Kriechhammer-Yagmur, S.150.

Beziehung. Immerhin wurden 2006 30% der Kinder in Deutschland außerhalb einer Ehe geboren¹⁷⁷, daher war es höchste Zeit diese rechtlich mit den Kindern aus der ehelichen Lebensgemeinschaft gleich zu stellen. Das Kind soll keine Rechtsnachteile erleiden als Folge des von seinen Eltern gewählten Lebensmodells. Diese Einsicht ist ein großer liberaler Fortschritt der Familienpolitik, angepasst an die Lebensform unserer Gesellschaft.

Trotz dieser Regelungen und des großen Aufschreis wegen den damit aufgetretenen Missbrauchsmöglichkeiten ausreisepflichtigen Ausländer, ist diese Arbeit zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Kind seine aufenthaltsrechtliche Wirkung auf den Status seiner Eltern nur ausüben kann, wenn zur Zeit seiner Geburt bestimmte Voraussetzungen von einem seiner Elternteile erfüllt werden, d.h. mindestens ein verfestigter Aufenthaltsstatus schon besteht. Relativ gesehen sind die Missbrauchsfälle von weniger großer Bedeutung als die positiven Wirkungen, die die hier geborenen Kinder dazu gewonnen haben. Außerdem hat die Gesetzgebung schon einige Regelungen zur Missbrauchsbekämpfung auf den Weg gebracht. Die Geburt eines Kindes ausländischer Eltern bedeutet nicht ein automatisches Bleiberecht für die ganze Familie, wie der Eindruck manchmal von der Presse erweckt wird. Natürlich wurde die Stellung ausländischer Eltern durch die verstärkte Rechtsposition der Kinder verbessert, zudem werden die Eltern deutscher Kinder vom AufenthG privilegiert und es ist um einiges einfacher geworden ein deutsches Kind nachzuweisen, hierzu wird allerdings mindestens einer der Elternteile ohnehin schon ein Bleiberecht für die BRD besitzen. Eine Auswirkung auf beide ausreisepflichtige Elternteile ist, abgesehen von den Möglichkeiten eines asylanerkannten Kindes nach § 36 Abs. 1 AufenthG, direkt noch nicht möglich. Ein Kind muss demnach sein Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet von einem der Elternteile ableiten, bevor es diesen auf den anderen Elternteil „spiegeln“ kann. Dies

¹⁷⁷ Statistisches Bundesamt, Geburten in Deutschland, S.12.

ist auch tragbar, denn man sollte das Ziel des Aufenthaltsgesetzes nicht vergessen, das das Zusammenleben von In- und Ausländern gestalten und die Integration fördern soll. Dies schließt auch nicht aus, die Einreise und den Aufenthalt der Ausländer an bestimmte Voraussetzungen zu knüpfen und diesen ggf. auch zwangsweise zu beenden; nämlich dann, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Bundesrepublik erheblich gefährdet werden. Denn so groß der Schutz für die Kinder auch sein mag, es ändert nichts daran, dass die Zuwanderer, die hier leben wollen, die hiesigen Normen und Werte auch beachten müssen.

Die aufenthaltsrechtliche Bedeutung der Kinder ist gar nicht so groß, wie man am Anfang vermutet hatte. Im Zuzugsrecht wurde eine erhebliche Benachteiligung nichtsorgeberechtigter Elternteile aus dem Ausland gegenüber den nichtsorgeberechtigten Elternteilen im Inland festgestellt.¹⁷⁸ Diese haben sogar bei einem illegalen Aufenthalt oder einer Abschiebungsverfügung im Endeffekt bessere Chancen ein Bleiberecht zu bekommen, als die Eltern, die sich (noch) im Ausland befinden. Dies liegt an der vom Aufenthaltsgesetz geforderten gelebten familiären Lebensgemeinschaft zwischen Eltern und Kind, die zur Begründung des Aufenthalts bereits im Bundesgebiet vorliegen muss. Das Kind hat jedoch ein Recht auf beide Elternteile und die Tatsache, dass das Aufenthaltsgesetz nicht einmal für die nichtsorgeberechtigten Elternteile deutscher Kinder die Möglichkeit vorsieht diese Gemeinschaft überhaupt erst einzugehen, erscheint fraglich. Ein gesetzlicher Nachzugsanspruch für umgangswillige nichtsorgeberechtigte Elternteile würde jedoch an großen Missbrauchsmöglichkeiten leiden. Denn wie soll man tatsächlich nachprüfen, dass ein Elternteil, der noch nicht einmal die Personensorge für sein Kind innehat, nach der Einreise auch tatsächlich mit diesem eine familiäre Lebensgemeinschaft begründen wird?! (Wobei die Hausgemeinschaft nicht einmal gefordert ist.¹⁷⁹)

¹⁷⁸ Siehe Kapitel 4.4.2f.

¹⁷⁹ Vgl. BVerfG, InfAuslR 2002, S.171 (173).

Zur Thematik der Scheinvaterschaft sollte generell beachtet werden, binationale Ehen bzw. Väter, die Kinder ausländischer Mütter anerkennen oder ausländische, ausreisepflichtige Väter, die deutsche Kinder anerkennen, nicht kurzerhand wegen eines Vaterschaftsmisbrauchs zu verdächtigen oder zu stigmatisieren. Viele binationale Paare bekommen Kinder, ohne in erster Linie an die aufenthaltsrechtlichen Vorteile zu denken, die Ihnen dadurch vielleicht erwachsen könnten.

Nicht desto trotz bleibt festzuhalten, dass bei den heutigen integrationspolitischen Zielsetzungen, welche die Bildung der Randgruppen zu vermeiden suchen, die Erteilung der deutschen Staatsangehörigkeit an Kinder ausländischer Eltern ein großer Schritt in die richtige Richtung ist. Als Folge dessen ziehen eine Vielzahl ausländischer Eltern nunmehr deutsche Kinder groß. Damit werden die Kinder bei bestimmten Voraussetzungen von Geburt an in die Gesellschaft der Bundesrepublik besser einbezogen und integriert. Ziel der Politik sollte es sein die Ursprünge der interkulturellen Konflikte im Kern zu beseitigen und es sollte weiterhin aktiv dazu beigetragen werden, dass diese Kinder Deutschland als das Heimatland ansehen.

Kinder wachsen heute immer selbstverständlicher in der Vielfalt der multikulturellen Gesellschaft auf. Sie fragen nicht mehr danach, aus welchem Land ihre Spielgefährten kommen. Für sie ist es klar, dass sie nebenan wohnen. Durch ihre binationale Lebenssituation erwerben sie Fähigkeiten wie Kreativität Flexibilität und multikulturelle Kompetenz, die für das weitere Fortkommen bedeutend sein können und unsere Gesellschaft durchaus bereichern werden. Sie sollten deswegen so gut integriert werden, dass es im Wege einer nachhaltigen Bevölkerungsentwicklung zu einer besseren, friedlichen, interkulturell kompetenten Gesellschaft kommt. Mit dem Blick auf die Zukunft würde das Hineinwachsen dieser Kinder in unsere Gesellschaft womöglich bedeuten, dass es zur Entstehung einer Gemeinschaft mit dem Ineinanderverlauf verschiedener noch von den Eltern vermittelter Ausprägungen der jeweiligen Kulturen kommt, so dass womöglich Jeder

von Jedem sogar das Beste übernimmt. Ein interkulturell kompetentes Deutschland, was in der heutigen Zeit der Globalisierung nur vom Vorteil sein wird, könnte die Folge davon sein. Vielleicht ist es auch nur eine Utopie eine vereinte Nation durch die Einwirkung verschiedener Kinder in unserer Gesellschaft zu sehen, jedoch werden die Konturen mit der Zeit verschwimmen und man darf hoffen, dass diese Tatsache uns zu einer besseren Gesellschaft macht, ohne der Angst vor „dem Eindringen des Fremden“, vor fanatischem Nationalismus, Extremismus, religiösem Fanatismus und der ewigen Integrationsdebatte. Liberaler Rechtsstaat mit friedlichem nicht Nebeneinander-, sondern Miteinander-Wohnen sollte ein Ziel sein und vielleicht werden diese Kinder dazu beitragen.

Anlagen

Anlage 1: Artikel FAZ vom 29.07.2006¹⁸⁰

Scheinvaterschaft

Schwerhörige Gesetzgeber

Von Stefan Dietrich

28. Juli 2006 Was muß passieren, damit die zuständigen Politiker eine zum Mißbrauch einladende Gesetzeslücke nicht nur eingestehen, sondern auch zu schließen bereit sind? Im Falle des seit Jahren bekannten Problems der Scheinvaterschaften war es eine ganze Menge. Der Behördenschreck Jürgen Hass, der einen persönlichen Rachefeldzug gegen die Bundesrepublik Deutschland führt und sich dafür das Kindschaftsrecht zunutze macht, ist das wohl extremste Beispiel dafür. Hass sammelt Hunderte von Vaterschaften in aller Welt, um die notariell eingedeutschten Kinder und ihre Mütter den hiesigen Sozialsystemen aufzubürden. Bekannt ist auch der Fall eines Berliner Arbeitslosen, der seit drei Jahren ganz offen seinen Lebensunterhalt durch den Verkauf von Vaterschaftsanerkennungen für ausländische Kinder bestreitet und dafür angeblich 15.000 Euro jährlich erlöst. Reichliche Erfahrungen haben deutsche Behörden daher schon mit Ausländerinnen gemacht, die in Deutschland niederkommen und für ihr Kind umgehend einen deutschen Vater vorweisen; oder mit ausreisepflichtigen Ausländern, die sich ihrer Ausweisung entziehen, indem sie die Vaterschaft für ein deutsches Kind erklären.

Innenminister appellierten an die Justizminister

In allen diesen Fällen liegt zumindest der Verdacht nahe, daß das 1998 geänderte Kindschaftsrecht mißbräuchlich zur Erschleichung von Aufenthaltstiteln und Sozialleistungen in Deutschland ausgenutzt wurde. Im letzten Jahr der Regierung Kohl war eine zu Recht als anachronistisch und entwürdigend empfundene Prozedur abgeschafft worden. Bis dahin nämlich hatte bei nichtehelichen Geburten ein Amtsvormund darüber zu entscheiden, ob ein von der Mutter als Vater angegebener Mann in seine Vaterrechte eingesetzt wurde. Seit der Reform des Kindschaftsrechts ist Vater, wer sich dazu bekennt und von der Mutter als solcher anerkannt wird. Daß diese Regelung zu Mißbrauch führen könnte, ist damals niemandem in den Sinn gekommen, da mit einer Vaterschaft in der Regel mehr Pflichten als Rechte verbunden sind.

Vor fünf Jahren fiel der Berliner Innenbehörde erstmals auf, daß mit dieser Neuregelung Schindluder getrieben wurde, ohne daß strafrechtlich etwas dagegen unternommen werden konnte. 2004 kam der Bremer Innensenator Röwekamp

¹⁸⁰ Text: F.A.Z., 29.07.2006, Nr. 174 / Seite 10 aus
<http://www.faz.net/s/Rub77CAECAE94D7431F9EACD163751D4CFD/Doc~E6FCBECE61D3E4FE28C7CB7FA05A31616~ATpl~Ecommon~Scontent.html> 27.10.2008, 16:52

(CDU) in einer Umfrage unter seinen Länderkollegen auf knapp 1700 Verdachtsfälle dieser Art in einem Jahr. Die Innenminister sahen daraufhin gesetzgeberischen Handlungsbedarf und appellierten im November an die Justizminister, Abhilfe zu schaffen. Die aber strafte das Ansinnen zunächst durch Nichtbeachtung. Statt nach neuen Gesetzen zu rufen, sagte der damalige nordrhein-westfälische Justizminister Gerhards (SPD), sollten die Innenminister lieber das geltende Familienrecht anwenden; Scheinvaterschaften seien davon nicht geschützt.

„dringender gesetzgeberischen Handlungsbedarf“

Einen Vorstoß der CDU/CSU-Opposition im Bundestag, der die Innenminister unterstützte, wies die rot-grüne Mehrheit zurück: es handle sich bei den Scheinvaterschaften um ein aufgebauschtes Problem. Erst nach dem Regierungswechsel, im November 2005, rang sich die Justizministerkonferenz zu der Empfehlung an die Bundesministerin Zypries (SPD) durch, eine Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs "zur Bekämpfung mißbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen zu Zwecken der Erlangung eines Aufenthaltstitels" vorzubereiten.

Unterdessen mehrten sich auch die Unsicherheiten in der Rechtsprechung zu diesem Phänomen. Einige Länder machten zwar einen familienrechtlichen Aufenthaltsschutz von einem Nachweis der biologischen Vaterschaft abhängig, gerieten damit aber in Konflikt mit dem Kindschaftsrecht, in dem die Vaterschaftsanerkennung unabhängig ist von leiblicher Abstammung. Im soeben erschienenen Evaluationsbericht des Bundesinnenministers zum Zuwanderungsgesetz wird daher von neuem an den "dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf zur Bekämpfung von Scheinvaterschaften" erinnert. Das Bundesjustizministerium arbeite an einer entsprechenden Vorlage.

Ohnmacht gegenüber offensichtlichem Betrug

Ganz einfach wird das nicht. Der Fortschritt, der mit der Kindschaftsreform von 1998 erkämpft wurde - die Nichteinmischung des Staates in die freie Partnerwahl einer nicht verheirateten Mutter -, wird von allen Parteien, auch von der Union, verteidigt. Die Innenminister wollen aber im Verdachtsfall prüfen dürfen, ob der erklärten Vaterschaft eines ausreisepflichtigen Ausländers eine tatsächlich gelebte entspricht. Nur dann besteht auch ein gesellschaftliches Interesse an der Aufrechterhaltung dieser Beziehung. In der Praxis wird daher wohl eine Ermessensentscheidung darüber getroffen werden müssen, ob eine schutzwürdige familiäre Beziehung gegeben ist oder nur eine Scheinpartnerschaft. Das wäre aber immerhin mehr als die gegenwärtige Ohnmacht der Behörden gegenüber offensichtlichem Betrug.

Eine Änderung der geltenden Regelung ist nicht zuletzt im Sinne des Kindeswohls geboten. Denn nicht bedacht wurde bei der Reform auch, daß dieses Gesetz einer Verheimlichung des biologischen Vaters gegenüber seinem Kind Vorschub leistet. Es ist allerdings unwahrscheinlich, daß Ministerin Zypries auch dagegen etwas unternehmen möchte, denn wenn es um das Recht auf genetische Abstammungsnachweise ging, hat sie bisher immer verteidigt, daß weder dem Kind noch dem Vater, sondern allein der Mutter die Verfügungsmacht darüber zustehe.

Anlage 2: Pressebericht CDU/CSU: Scheinvaterschaften¹⁸¹

01.02.2007 | 16:16 Uhr

Gehb/Granold: Scheinvaterschaften bekämpfen

Berlin (ots) - Zur heutigen Ersten Lesung eines Gesetzes zur Anfechtung von Scheinvaterschaften erklären die Berichterstatterin, Ute Granold MdB, und der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Dr. Jürgen Gehb MdB:

Mit diesem Gesetz wird eine Forderung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion aus dem Jahr 2004 aufgegriffen, die Regelungen zur Anfechtung der Vaterschaft im BGB um ein Anfechtungsrecht für eine öffentliche Stelle zu ergänzen ("Scheinvaterschaften wirksam bekämpfen" BT-Drs. 15/4028).

Als der Gesetzgeber 1998 im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform das Zustandekommen einer Vaterschaftsanerkennung allein an formgebundene Erklärungen des Vaters und der Mutter knüpfte, ahnte er nicht, dass dies zum Erschleichen von Aufenthalts- und Bleiberechten führen könnte. Wurden diese früher nicht selten durch Scheinehen erschlichen, hat sich nunmehr eine neue Missbrauchsvariante etabliert. Gezielt werden deutsche Männer für die Vaterschaftsanerkennung von Kindern ausländischer Mütter gesucht. Diese Väter sind in der Regel selbst nicht in der Lage, ihren Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen. Stattdessen zahlt der Steuerzahler. Für die Vaterschaftsanerkennung erhalten die Scheinväter dagegen rund 5.000 Euro von den Müttern. Ist diese eine ausreisepflichtige Ausländerin, so ist mit der Vaterschaftsanerkennung eines deutschen Mannes darüber hinaus auch das Bleiberecht von Mutter und Kind verbunden. Dieser Missbrauchsvariante soll nun ein Riegel vorgeschoben werden.

Pressekontakt:
CDU/CSU - Bundestagsfraktion
Pressestelle
Telefon: (030) 227-52360
Fax: (030) 227-56660
Internet: <http://www.cducsu.de>
Email: fraktion@cducsu.de

¹⁸¹ Quelle: http://www.presseportal.de/story_rss.htx?nr=935357, 16.02.2008, 21:00

Anlage 3: Pressemitteilung des BMJ zur Anfechtung von "Scheinvaterschaften"¹⁸²

Bundestag berät Anfechtung von „Scheinvaterschaften“

Berlin, 1. Februar 2007

Der Bundestag berät heute in erster Lesung einen Gesetzentwurf, der die Anfechtung von missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen ermöglicht. Staatliche Behörden erhalten künftig die Befugnis, Vaterschaftsanerkennungen dann anzufechten, wenn der Anerkennung weder eine sozial-familiäre Beziehung noch eine leibliche Vaterschaft zugrunde liegt. „Vaterschaften sollen um der Kinder Willen anerkannt werden, nicht allein wegen der Papiere. Daher sieht das Gesetz ein Anfechtungsrecht des Staates vor, wenn eine Vaterschaftsanerkennung ausschließlich auf Vorteile im Staatsangehörigkeits- und Ausländerrecht zielt. Der Gesetzgeber hat für den Aufenthalt in Deutschland Regelungen geschaffen, die dem Schutz der Familie ausgewogen Rechnung tragen. Diese Regelungen sollen nicht durch Missbrauch umgangen werden“, sagte Bundesjustizministerin Brigitte Zypries.

Beispiel:

Eine allein erziehende ausländische Frau lebt mit ihrem vierjährigen Sohn in Deutschland. Ihre Aufenthaltsgenehmigung läuft ab und wird nicht verlängert. Mit Ablauf der Aufenthaltsgenehmigung ist sie ausreisepflichtig, muss also Deutschland verlassen. Um dies zu vermeiden, zahlt sie einem Obdachlosen mit deutscher Staatsangehörigkeit Geld dafür, dass er die Vaterschaft für ihren Sohn anerkennt. Weder die Mutter noch der „frischgebackene Vater“ haben ein Interesse daran, dass letzterer seinen „Sohn“ jemals treffen wird. Durch die Anerkennung wird der Sohn nach deutschem Staatsangehörigkeitsrecht automatisch deutscher Staatsbürger, seine Mutter darf dann auch in Deutschland bleiben.

Die wesentlichen Inhalte des Gesetzentwurfs:

1. Der Gesetzentwurf ergänzt die Regelungen zur Anfechtung der Vaterschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch um ein Anfechtungsrecht für eine öffentliche Stelle.
2. Die für die Anfechtung zuständige Behörde sollen die Länder entsprechend den Bedürfnissen vor Ort selbst bestimmen können.

¹⁸² http://www.bmj.bund.de/enid/4eb3a1d84cd9be27ac5663bb22e12c30,1924cc706d635f6964092d0933393033093a0979656172092d0932303037093a096d6f6e7468092d093032093a095f7472636964092d0933393033/Pressemitteilungen_und_Reden/Pressemitteilungen_58.html 21.10.08 18:40

3. Die Anfechtung ist nur erfolgreich, wenn zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung bestanden hat. Dadurch wird verhindert, dass durch die Anfechtung eine vom Grundgesetz in Artikel 6 geschützte Familie auseinander gerissen wird.

4. Außerdem setzt die Anfechtung voraus, dass durch die Anerkennung der Vaterschaft rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteiles geschaffen werden. Dieses Kriterium dient dazu, die Missbrauchsfälle zu erfassen, die mit diesem Gesetz unterbunden werden sollen: Vaterschaften sollen um der Kinder Willen anerkannt werden, aber nicht allein wegen der Aufenthaltspapiere.

5. Gibt das Familiengericht der Anfechtungsklage statt, entfällt die Vaterschaft des Anerkennenden mit Rückwirkung auf den Tag der Geburt des Kindes.

Den Regelungsbedarf für diesen Regierungsentwurf zeigt eine Erhebung der Bundesinnenministerkonferenz. Danach erteilten die Behörden von April 2003 bis März 2004 in 2338 Fällen eine Aufenthaltserlaubnis an eine unverheiratete ausländische Mutter eines deutschen Kindes. Davon waren 1694 Mütter im Zeitpunkt der Vaterschaftsanerkennung ausreisepflichtig. Darunter sind auch die Fälle zu finden, in denen Männer die Vaterschaft anerkannt, aber tatsächlich keine Verantwortung für das Kind übernommen haben.

Der Regierungsentwurf wahrt das Konzept der Kindschaftsrechtsreform von 1998. Diese hat die Elternautonomie gestärkt und die Entstehung von Familien gefördert, indem sie das Zustandekommen einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung allein an formgebundene Erklärungen des Vaters (Anerkennung) und der Mutter (Zustimmung) knüpft. Vor 1998 musste der Amtspfleger einer Anerkennung im Regelfall zustimmen. Dies wurde mit Recht als eine unnötige Bevormundung der Eltern empfunden. Deshalb hat der Gesetzgeber 1998 bewusst auf Kontrollmechanismen verzichtet, weil der Anerkennende in der Regel Verantwortungsbereitschaft für das Kind zeigt. „An diesem Regelungskonzept halten wir fest. Es ermöglicht uns, nicht nur leibliche, sondern auch soziale Vaterschaften zu schützen. Nicht schützenswert sind jedoch Vaterschaften, die allein auf staatsangehörigkeits- und ausländerrechtliche Vorteile abzielen. In solchen Missbrauchsfällen soll künftig eine staatliche Stelle die Vaterschaft anfechten können“, sagte Brigitte Zypries.

Erklärung nach § 36 III APrOVw gD¹⁸³

Ich versichere, dass ich diese Diplomarbeit mit dem
Thema

**Die Bedeutung des Kindes auf den
Aufenthaltsstatus der Eltern**

selbstständig und nur unter Verwendung der
angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt habe. “

Göppingen, 28. Februar 2008 _____

¹⁸³ Fassung vom 25. Juli 2006 (GBl. S. 278)