

Berlin, im Februar 2010  
Stellungnahme Nr. 11/10

## Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch die Ausschüsse Ausländer- und Asylrecht sowie  
Familienrecht

**Vorschläge zur Ergänzung des Aufenthaltsgesetzes vom 30.07.2004  
in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.02.08**

<b>Mitglieder des Ausschusses Ausländer- und Asylrecht</b>	<b>Mitglieder des Ausschusses Familienrecht</b>
Rechtsanwältin Susanne Schröder, Hannover (Vorsitzende) Rechtsanwalt Helmut Bäcker, Frankfurt/M. Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/M. Rechtsanwalt Victor Pfaff, Frankfurt/M. (Berichterstatter) Rechtsanwältin Silke C. Schäfer, Göttingen Rechtsanwalt Rainer Schmid, Nagold Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin	Rechtsanwältin Dr. Ingrid, Groß, Augsburg (Vorsitzende) Rechtsanwalt Dr. Peter Finger, Frankfurt/M. Rechtsanwalt Jörn Hauß, Duisburg Rechtsanwalt und Notar Thomas Kilger, Hechingen Rechtsanwalt und Notar Wolfgang Schwackenber, Oldenburg
<b>Gast:</b>	
Rechtsanwältin und Notarin a.D. Veronika Arendt-Rojahn, Berlin (Berichterstatterin)	
<b>zuständige DAV-Geschäftsführerin:</b>	<b>zuständige DAV-Geschäftsführerin:</b>
Rechtsanwältin Bettina Bachmann	Rechtsanwältin Angelika Rüstow

Verteiler:

- Bundesministerium des Innern
  - Bundesministerium der Justiz
  - Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend
  - Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration
  - Landesministerien und Senatsverwaltungen des Inneren
  - Landesjustizverwaltungen
- 
- UNHCR Deutschland
  - Katholisches Büro in Berlin
  - Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland
  - Bundesrechtsanwaltskammer
  - Deutscher Richterbund
  - Bund Deutscher Verwaltungsrichter
  - PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.
  - Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesvorstand)
  - Neue Richtervereinigung (NRV)
- 
- Vorsitzende der DAV-Gesetzgebungsausschüsse
  - Landesverbände des DAV
  - Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Ausländer- und Asylrecht
  - Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht
- 
- NVwZ
  - ZAR
  - Asylmagazin
  - ANA
  - Asyl-Info Amnesty International
  - AuAS – Schnelldienst Ausländer- und Asylrecht
  - Informationsbrief Ausländerrecht

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

---

Unter Ziffern 3086 bis 3095 haben die Partner der CDU/CSU-FDP-Koalition im Koalitionsvertrag festgeschrieben:

*„Wir setzen uns für eine Stärkung der Kinderrechte ein. Diese Rechte müssen im Bewusstsein der Erwachsenen stärker verankert werden. Wir wollen in allen Bereichen, insbesondere bei den Schutz-, Förder- und Partizipationsrechten, kindgerechte Lebensverhältnisse schaffen. Wir wollen die Vorbehaltserklärung zur UN-Kinderrechtskonvention zurücknehmen. An der Ausgestaltung eines Individualbeschwerdeverfahrens zur UN-Kinderrechtskonvention werden wir aktiv mitwirken.“*

Nicht nur im Bewusstsein der Erwachsenen, sondern auch im Bewusstsein des Gesetzgebers müssen die Kinderrechte stärker Beachtung finden. Die Rede ist vom Aufenthaltsgesetz, in welchem bislang die Kindschaftsrechtsreform von 1997 und die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nicht ausreichend Niederschlag gefunden haben.

Der Deutsche Anwaltverein schlägt deswegen eine Ergänzung des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) vor:

**1. Neu:** § 32 a AufenthG

*Die Aufenthaltserlaubnis ist dem ausländischen Elternteil eines Kindes abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 zu erteilen, wenn eine schutzwürdige familiäre Gemeinschaft im Bundesgebiet gelebt wird und es unzumutbar ist, den Ausländer und das Kind darauf zu verweisen, die Lebensgemeinschaft im Ausland zu leben. § 5 Abs. 1 Nr. 2 steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nur entgegen, wenn das persönliche Verhalten des Ausländers eine schwerwiegende, tatsächliche und gegenwärtige Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.*

**2. Neu:** § 32 b AufenthG

(1) *Dem Elternteil eines minderjährigen ledigen Kindes, welches auf nicht absehbare Zeit mit einem Aufenthaltstitel nach dem fünften Abschnitt im Bundesgebiet lebt [und welches das x-te Lebensjahr noch nicht vollendet hat], soll zur Herstellung und Wahrung einer*

*schutzwürdigen familiären Gemeinschaft eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.*

- (2) *Von den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 wird abgesehen. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist ausgeschlossen, wenn das persönliche Verhalten des Elternteils eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.*
- (3) *Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit.*

### 3. **Neu:** § 32 Abs. 3 S. 2 AufenthG

*Von dem Erfordernis der alleinigen Sorgeberechtigung kann abgesehen werden, wenn die Eltern nicht oder nicht mehr verheiratet sind.*

#### **I. Begründung:**

Alle drei Vorschläge zielen auf eine Verbesserung des Schutzes des Kindeswohles. Die Kindschaftsrechtsreform von 1997 ist im Ausländerrecht bislang unzureichend umgesetzt.

Zu Ziffer 1:

Es geht hierbei ausschließlich um die Normierung einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. Eine Normierung ist erforderlich, da Ausländerbehörden nach wie vor nicht selten diese Rechtsprechung und die ihr zugrundeliegende Rechtslage übersehen.

Zu Ziffer 2:

Während Gegenstand des Vorschlags zu Ziffer 1 die Verhinderung einer Aufenthaltsbeendigung ist, regelt Vorschlag Ziffer 2 im Interesse des Kindeswohls den bislang gesetzlich ausgeschlossenen Zuzug eines Elternteils zum Kind.

Zu Ziffer 3:

Dieser Vorschlag beinhaltet den Nachzug eines Kindes zum Elternteil, der das Sorgerecht gemeinsam mit dem im Ausland lebenden anderen Elternteil ausübt. Es soll die Rechtslage wiederhergestellt werden, wie sie nach dem Ausländergesetz bis zum 31.12.2004 gegolten hat.

#### **II. Begründung im Einzelnen:**

##### **1. § 32 a AufenthG**

Sachverhalt (schematisiert)

Ein Ausländer soll wegen unerlaubten Aufenthaltes bzw. mangels Aufenthaltserlaubnis abgeschoben werden. Er lebt aber mit einem Kind deutscher oder ausländischer Staatsangehörigkeit in familiärer Lebensgemeinschaft. Die Fortführung der familiären Lebensgemeinschaft im Ausland ist – vor allem dem Kind – nicht zumutbar.

Rechtslage

Es gibt im sechsten Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes – Aufenthalt aus familiären Gründen – keine Norm, aus der ein Verbot der Aufenthaltsbeendigung oder gar der

Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgeleitet werden könnte. Zwar sieht für den Fall, dass das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit hat, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG vor, dass die Aufenthaltserlaubnis dem ausländischen Elternteil zur Ausübung der Personensorge zu erteilen ist, und zwar gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG abweichend von der Voraussetzung der Sicherung des Lebensunterhaltes. In § 28 Abs. 1 Satz 4 AufenthG ist ferner festgelegt, dass die Erteilung abweichend vom Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhaltes erteilt werden kann, wenn der Elternteil zwar nicht sorgeberechtigt ist, aber die familiäre Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet schon gelebt wird.<sup>1</sup>

Jedoch sind die übrigen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen zu erfüllen, vor allem darf kein Ausweisungsgrund bestehen (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG); der Ausländer muss mit dem erforderlichen Visum eingereist sein und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht haben (§ 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Von der letzteren Tatbestandsvoraussetzung *kann* abgewichen werden, wenn entweder ein gesetzlicher Anspruch besteht<sup>2</sup> oder die Nachholung des Visumverfahrens im Einzelfall unzumutbar ist (§ 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG).

### **Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes**

Nicht nur die tägliche Praxis lehrt, dass es in diesen Fällen häufig durch Abschiebung zur Trennung von Kind und Elternteil kommt. Vor allem zeigt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, dass die Fachgerichte die behördliche Praxis gelegentlich legitimieren. Das Bundesverfassungsgericht hat in den vergangenen Jahren in einer Reihe von Entscheidungen drohende Abschiebungen für unvereinbar mit Art. 6 GG erklärt, zunächst bei der Konstellation deutsches Kind/ausländischer Elternteil, nun auch bei der Konstellation ausländisches Kind/ausländischer Elternteil.<sup>3</sup> Es wird davon abgesehen, die Rechtsprechung zu resümieren. Kliebe hat das in seiner Anmerkung getan.<sup>4</sup>

Allerdings sei auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 1.12.2008 hingewiesen.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht bekräftigt seine bisherige Rechtsprechung, betont, dass *„maßgeblich auch auf die Sicht des Kindes abzustellen“* sei, und weist erneut darauf hin, dass *„eine auch nur vorübergehende Trennung nicht als zumutbar angesehen werden (kann), wenn das Gericht keine Vorstellung davon entwickelt, welchen Trennungszeitraum es für zumutbar erachtet. Ein hohes, gegen die Aufenthaltsbeendigung sprechendes Gewicht haben die Folgen einer vorübergehenden Trennung insbesondere, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen ist, das den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen kann und diese rasch als endgültigen Verlust erfährt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweites Senats vom 23. Januar 2006 – 2 BvR 1935/05 -, NVwZ 2006, S. 682 <683>).“*

Es geht hier darum, eine gesetzliche Regelung zu finden, die es überflüssig macht, oft jahrelang um den gebotenen Grundrechtsschutz zu streiten und in dieser Zeit oft genug den Sozialhilfefat in Anspruch nehmen zu müssen, völlig überflüssigerweise. Zur Verdeutlichung sei das Verfahren des brasilianischen Staatsangehörigen P. genannt, der mit einer brasilianischen Staatsangehörigen und deren vier Kindern in

<sup>1</sup> Im sechsten Abschnitt geht es also nicht nur um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Zuzugs aus dem Ausland.

<sup>2</sup> Ein solcher ist im Falle des § 28 Abs. 1 Satz 4 schon nicht mehr gegeben.

<sup>3</sup> BVerfG, Beschluss vom 10.05.2008 – 2 BvR 588/08, InfAuslR 2008, 347 mit Anmerkung Kliebe.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschluss vom 10.05.2008 – 2 BvR 588/08, InfAuslR 2008, 347 mit Anmerkung Kliebe.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008 – 2 BvR1830/08 -.

familiärer Lebensgemeinschaft wohnt.<sup>6</sup> Die beiden erstgeborenen Kinder sind deutsche Staatsangehörige aus erster Ehe, die beiden anderen Kinder aus der jetzigen Verbindung. Die Stadt Frankfurt hatte zwar im Eilverfahren nachgegeben, das Hauptsacheverfahren aber hartnäckig betrieben.

Sie war in zwei Instanzen unterlegen.<sup>7</sup> Der Verpflichtung zur Neubescheidung war die Stadt auch sieben Monate nach Rechtskraft noch nicht nachgekommen. Dem Kläger war Erwerbstätigkeit untersagt, weshalb eine sechsköpfige Familie rund zweieinhalb Jahren von Sozialhilfe leben musste.

Eine gesetzliche Regelung setzt voraus, dass der Gesetzgeber nach sechzigjährigem Bestand des Grundgesetzes akzeptiert, dass Kinder eigenständige Grundrechtsträger sind. Das zu akzeptieren, bedarf es keiner Ergänzung des Grundrechtskataloges („Kindergrundrecht“). Von Art. 1 ff. GG sind auch die Kinder erfasst. *„Bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen, die den Umgang mit einem Kind berühren, ist deshalb maßgeblich auch auf die Sicht des Kindes abzustellen und im Einzelfall zu untersuchen, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist.“*<sup>8</sup>

Jüngst sah sich das Bundesverfassungsgericht veranlasst, der Fachgerichtsbarkeit und der Verwaltung vor Augen zu halten, was eigentlich selbstverständlich sein müsste<sup>9</sup>: *„Das Kind hat eigene Würde und eigene Rechte. Als Grundrechtsträger hat es Anspruch auf den Schutz des Staates und die Gewährleistung seiner grundrechtlich verbürgten Rechte ... Das Elternrecht dem Kind gegenüber findet seine Rechtfertigung darin, dass das Kind des Schutzes und der Hilfe bedarf, damit es sich zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln kann, wie es dem Menschenbild des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfGE 24, 119 [144] = NJW 1968, 2233).“*

Die Entscheidung hat nichts mit Ausländerrecht zu tun. Es ging hier um die Frage, ob ein Kindesvater zur Wahrnehmung des Umgangsrechtes gezwungen werden kann.

Das Urteil sickert aber schon in die ausländerrechtliche Rechtsprechung ein. So hat sich das OVG Hamburg in seinem Beschluss vom 17.6.2008<sup>10</sup> zur Begründung eines rechtlichen Abschiebungshindernisses auf das Urteil vom 1.4.2008 berufen: Bei der Frage, ob die Abschiebung in unverhältnismäßiger Weise in die allgemeine Handlungsfreiheit des Ausländers eingreift, sei auch ein Umgangsrecht, das dem Ausländer gemäß § 1685 Abs. 2 BGB *im Interesse des Kindes* zustehe, zu berücksichtigen.<sup>11</sup> Derselbe Senat hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes vom 1.4.2008 auch in seinem Beschluss vom 14.8.2008<sup>12</sup> fruchtbar gemacht. Danach kommt Abschiebungsschutz in Betracht, wenn der ausländische Vater eines noch ungeborenen deutschen Kindes die Vaterschaft anerkannt hat und er mit der Kindesmutter in quasi familiärer Verbundenheit lebt, so dass gemeinsame Erziehung und Betreuung des Kindes zu erwarten ist und bei Nachholung des Visumverfahren nicht mit Rückkehr zum Zeitpunkt der Geburt gerechnet werden kann.

---

<sup>6</sup> Brasilien ist seit dem 1.1.2009 in die Liste der Länder aufgenommen, deren Staatsangehörige gem. § 16 AufenthV privilegiert sind.

<sup>7</sup> VG Frankfurt, Urteil vom 01.11.2007 – 13 E 4837/06; HessVGH, Beschluss vom 28.02.2008 – 9 ZU 2658/07.

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 08.12.2005 – 2 BvR 1001/04, ZAR 2006, S. 28, 29.

<sup>9</sup> BVerfG, Urteil vom 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04, NJW 2008, 1287, 1288.

<sup>10</sup> OVG HH, Beschluss vom 17.6.2008 – 4 Bs 76/08 – InfAuslR 2008, 389.

<sup>11</sup> Das Kind war von seinen Großeltern väterlicherseits adoptiert worden, weshalb sich der leibliche Vater zur Geltendmachung seines Umgangsrechtes „nur“ auf § 1685 Abs. 1 BGB berufen konnte.

<sup>12</sup> OVG HH, Beschluss vom 14.08.2008 – 4 Bs 84/08 -, InfAuslR 2009, 16 ff.



*Ausübung eines Umgangsrechts **unabhängig vom Sorgerecht** Ausdruck und Folge des natürlichen Elternrechts und der damit verbundenen Elternverantwortung ist und daher unter dem Schutz des Artikel 6 Abs. 2 S. 1 GG steht (BVerfGE 7, 49 <56> m.w.N.; vgl. auch Urteil des Ersten Senats vom 1. April 2008 – 1 BvR 1620/04 -, NJW 2008, S. 1287 <1289>).*

## **2. § 32 b AufenthG**

Beispiel (schematisiert)

Eine Frau flüchtet mit Kindern nach Deutschland. Ihr wird im Asylverfahren subsidiärer Schutz zugesprochen. Sie erhält eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG. Den Kindern wird, abgeleitet vom Aufenthaltsrecht der Mutter, Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt. Die Kinder wollen mit beiden Elternteilen zusammenleben. Der Vater der Kinder beantragt eine Aufenthaltserlaubnis zum Nachzug zu den Kindern.

Rechtslage

§ 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG schließt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Nachzug eines Ausländers, der Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ist, völlig aus. Ersatzlösungen bietet das Aufenthaltsgesetz nicht an. § 36 Abs. 2 AufenthG regelt nur den Nachzug zu „sonstigen“ Familienangehörigen. Das sind Angehörige, deren Rechtsbeziehungen nicht in den §§ 27 bis 35 AufenthG geregelt sind. § 36 Abs. 2 AufenthG ist auf die Beziehung der Mitglieder innerhalb der Kernfamilie (Ehegatten und minderjährige Kinder) nicht anwendbar.<sup>17</sup> Auch auf § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG kann nicht zurückgegriffen werden, da es hier um eine Angelegenheit geht, die der Gesetzgeber im sechsten Abschnitt geregelt hat.

Auch dieses Ergebnis ist eine Folge davon, dass der Gesetzgeber das Kind und sein Wohl nur unvollständig in den Blick genommen hat.

Angenommen, die Eltern des Kindes wären verheiratet, dann stellte sich die Frage, ob den Interessen der Kinder hilfsweise durch den Familiennachzug zur Ehefrau Genüge getan werden kann.

§ 29 Abs. 3 Satz 1 AufenthG lässt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur aus „humanitären“ Gründen zu.<sup>18</sup> In der amtlichen Begründung wurden daraus unversehens „dringende humanitäre Gründe“.<sup>19</sup> Allerdings heißt es in der amtlichen Begründung auch: „Ein dringender humanitärer Grund liegt insbesondere vor, wenn die Familieneinheit auf absehbare Zeit nur im Bundesgebiet hergestellt werden kann.“ Das wurde in die VwV/AufenthG übernommen<sup>20</sup> - mit einer weiteren Einengung: „Sofern die Herstellung der Familieneinheit im Ausland aus *zwingenden* persönlichen Gründen unmöglich ist, ist stets ein dringender humanitärer Grund [...] anzunehmen.“ Bundesregierung und Bundesrat haben mit der Fassung der VwV/AufenthG Nr. 29.3.1.1 grundrechtlichen Erwägungen Rechnung getragen. Das gilt aber nicht für den Fall des Nachzugs eines Elternteils zum Kind.

<sup>17</sup> BVerwG, Urteil vom 27.01.1998 – 1 C 28/96 – InfAuslR 1998, 279, 284 zum insoweit gleichlautenden § 22 AuslG/90. Vgl. die Definition der Kernfamilie im Erwägungsgrund 9 und 10 der RL 2003/86/EG des Rates vom 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung.

<sup>18</sup> Die völkerrechtlichen und politischen Gründe bleiben hier außer Betracht.

<sup>19</sup> BT-Drs. 15/420 [81]. Marx hat zurecht darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber nicht umsonst die dringenden humanitären Gründe auf humanitäre Gründe zurückgestuft hat (Marx, in: GK-AufenthG, Rdnr. 85 f zu § 29).

<sup>20</sup> VwV/AufenthG Nr. 29.3.1.1.

Das Problem ist damit meist nicht gelöst. Denn die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen finden „uneingeschränkt Anwendung“<sup>21</sup>, u.a. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (Sicherung des Lebensunterhaltes). Versteckt in § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG hat der Gesetzgeber insoweit Ermessen eingeräumt: „In den übrigen Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 kann von der Anwendung der Absätze 1 und 2 abgesehen werden.“ Da die begehrte Aufenthaltserlaubnis zwar der Familienzusammenführung dient, nicht aber nach dem sechsten Abschnitt, sondern dem fünften, nämlich nach § 25 Abs. 5 AufenthG, erteilt werden soll<sup>22</sup>, ist das Ermessen eröffnet. Wer aber je versucht hat, auf diesem Wege eine Aufenthaltserlaubnis zu erwirken, weiß: Es ist fast unmöglich. Wird aber, wie hier vorgeschlagen, die Norm im 6. Abschnitt angesiedelt, scheidet eine Anwendung des § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG aus.

Das Zwischenergebnis lautet: Mangels klarer gesetzlicher Regelung bleiben die Kinder vom Vater/von der Mutter getrennt. An diesem Ergebnis ändert die Richtlinie 2003/86/EG des Rates (Familienzusammenführung) nichts. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. c findet die Richtlinie keine Anwendung, wenn dem „Zusammenführenden der Aufenthalt [...] aufgrund subsidiärer Schutzformen“ genehmigt wurde. Auch hier, wie bei § 36 Abs. 2 AufenthG, hatte die Bundesrepublik Deutschland ihre „Verhandlungsposition [...] am Gesetzentwurf zum Zuwanderungsgesetz ausgerichtet“<sup>23</sup> und hat sich mit ihrer Position durchgesetzt. So bleibt auf der Strecke, was in Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie im Interesse des Kindeswohls normiert wurde: „Bei der Prüfung des Antrags tragen die Mitgliedstaaten dafür Sorge, dass das Wohl minderjähriger Kinder gebührend berücksichtigt wird.“ Das Wohl der Kinder, deren Elternteil oder die selbst subsidiären Schutz erhalten haben, braucht nach Auffassung des nationalen Gesetzgebers, dem es ja frei stünde über Art. 3 Satz 2 lit. c der Richtlinie hinauszugehen, nicht geschützt zu werden.

Marx hat gegen ein solches Ergebnis mit guten Gründen verfassungsrechtliche Bedenken geäußert.<sup>24</sup> Hailbronner hält dagegen.<sup>25</sup> Der EuGH hat – bezogen auf die Richtlinie zur Familienzusammenführung – entschieden, dass „*die Bestimmungen zum Schutz des Familienlebens kein subjektives Recht auf Aufnahme im Hoheitsgebiet eines Staates [begründen]*“.<sup>26</sup> In diese Beurteilung ist eingeflossen die rechtliche Würdigung der Familienschutzbestimmungen internationaler Konventionen, u.a. Art. 8 EMRK, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, das Übereinkommen über die Rechtsstellung des Kindes und die Charta der Grundrechte der Union. Damit vertritt der EuGH eine Rechtsauffassung, die mit derjenigen des Bundesverfassungsgerichtes zu Art. 6 GG übereinstimmt.<sup>27</sup> Es soll nicht bezweifelt werden, dass „*das Grundgesetz die Entscheidung, in welcher Zahl und unter welchen Voraussetzungen Fremden der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll, weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt [überantwortet]*“.<sup>28</sup> Jedoch machen die in der Entscheidung nachfolgenden

<sup>21</sup> VwV/AufenthG Nr. 29.3.1.0.

<sup>22</sup> So auch BayVG, Beschluss vom 19.10.2006 – 24 CE 06.2757 -, juris, Rdnr. 14.

<sup>23</sup> Hauschild, Neues europäisches Einwanderungsrecht: das Recht auf Familienzusammenführung, ZAR 2003, 266.

<sup>24</sup> Marx, in: GK-AufenthG II Rdnr. 182 ff. zu § 29.

<sup>25</sup> Hailbronner, AuslR, Rdnr. 22 zu § 29: „Eine Verfassungswidrigkeit des § 29 Abs. 3 S. 3, der auf den Regelfall des vorübergehenden Aufenthaltes bezogen ist, folgt daraus nicht“.

<sup>26</sup> EuGH, Urteil vom 27.06.2006 – C-540/03 – Europäisches Parlament ./.. Rat der EU, ZAR 2006, 366 ff.

<sup>27</sup> BVerfG, Beschluss vom 12.05.1987 – 2 BvR 1226/83 u.a. –, EZAR 105 Nr. 20; BVerfG, Beschluss vom 08.12.2005 – BvR 1001/04 -, ZAR 2006, 28 = InfAuslR 2006, 122.

<sup>28</sup> BVerfG, Beschluss vom 08.12.2005 – 2 BvR 1001/04 -, a.a.O..

Ausführungen nicht deutlich, warum sich für den konkreten Fall - Zuzug zum Kind, das mit dem Elternteil nur im Bundesgebiet zusammenleben kann; Zuzug des Kindes, das mit dem (verbliebenen) Elternteil nur im Bundesgebiet leben kann – im Hinblick auf den „*hohen Rang, der dem Kindeswohl von Verfassung wegen für die Ausgestaltung des Familienrechts zukommt*“<sup>29</sup>, nicht doch unmittelbar ein verfassungsrechtlich begründeter Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis soll ableiten lassen.

Für diese Auffassung kann das oben bereits erwähnte Urteil des Bundesverfassungsgerichtes vom 1.4.2008<sup>30</sup> fruchtbar gemacht werden. Der Gesetzgeber hat mit der Kindschaftsrechtsreform dem Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen (§ 1684 Abs. 1 BGB) so hohes Gewicht beigemessen, dass diesem Recht auf seiten der Eltern die zwangsgeldbewehrte Pflicht zum Umgang mit dem Kind gegenübergestellt ist. Das Bundesverfassungsgericht führt aus: „*Bedarf aber das Kind solcher Unterstützung durch seine Eltern und ist deshalb die Elternverantwortung allein dem Wohle des Kindes verpflichtet wie geschuldet, dann hat das Kind auch einen Anspruch darauf, dass zuvörderst seine Eltern Sorge für es tragen, und ein Recht darauf, dass seine Eltern der mit ihrem Elternrecht untrennbar verbundenen Pflicht auch nachkommen. Dieses Recht des Kindes findet insofern in der elterlichen Verantwortung seinen Grund und wird damit von Art. 6 II 1 GG geschützt. Es steht in engem Zusammenhang mit dem Grundrecht des Kindes auf Schutz seiner Persönlichkeit des Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, denn es sichert dem Kind den familiären Bezug, der für seine Persönlichkeitsentwicklung von Bedeutung ist. Die persönliche Beziehung zu seinen Eltern, ihre Pflege, Hilfe wie Zuwendung tragen wesentlich dazu bei, dass sich das Kind zu einer Persönlichkeit entwickeln kann, die sich um ihrer selbst geachtet weiß und sich selbst wie andere zu achten lernt.*“

Weder fiskalische noch einwanderungspolitische Erwägungen können die Rechtsposition des Kindes beeinträchtigen. Wenn der Staat das Recht hat, einen Elternteil unter Zwangsgeldandrohung zum Umgang mit dem Kind anzuhalten, dann kann er andererseits nicht das Recht haben, das Zusammenleben von Kind und Elternteil durch Einreiseverweigerung zu verhindern, sofern nicht im Einzelfall schwerwiegende Gründe entgegenstehen.

Jedenfalls ist Hailbronnners Argument<sup>31</sup> aus zwei Gründen verfehlt. Zum einen zeigt die Praxis, dass der Aufenthalt auf der Grundlage des § 25 Abs. 3 AufenthG oder auch des § 25 Abs. 5 AufenthG selten ein vorübergehender ist; in der Regel dauert er jedenfalls Jahre. Zum andern ist eine Trennung von einem oder auch drei Jahren verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen. Die Gefahr der Entfremdung oder Fehlentwicklung des Kindes, welches auf die Eltern oder den anderen Elternteil auch nur „vorübergehend“ verzichten muss, ist groß. Die Lebensläufe der in den Justizvollzugsanstalten einsitzenden Häftlinge, die, oft mehrfach, „vorübergehend“ ins Herkunftsland der Eltern zurückgeschickt wurden, sprechen eine deutliche Sprache. Das Bundesverfassungsgericht hat zurecht darauf hingewiesen, dass sich das Kleinkind so rasch entwickelt, dass schon eine relativ kurze Trennung zur Nachholung eines Visumverfahrens unzumutbar sei.<sup>32</sup> Fortlaufend weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass der Gesetzgeber mit der

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss vom 08.12.2005 – 2 BvR 1001/04 -, a.a.O..

<sup>30</sup> BVerfG, Urteil vom 01.04.2008 – 1 BvR 1620/04, a.a.O..

<sup>31</sup> Hailbronner, AusIR, RdNr. 22 zu § 29: „Eine Verfassungswidrigkeit des § 29 Abs. 3 S. 3, der auf den Regelfall des vorübergehenden Aufenthaltes bezogen ist, folgt daraus nicht“.

<sup>32</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.08.1999 – 2 BvR 1523/99 – InfAusIR 2000, S. 67, siehe auch BayVGh, Beschluss vom 9.3.2009 – 10 CE 09.440 – InfAusIR 2009, 292.

Kindschaftsrechtsreform von 1998 der Schutzwirkung des Art. 6 GG Rechnung getragen habe. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber ausdrücklich normiert, dass der Umgang mit beiden Elternteilen „zum Kindeswohl gehört“ (§ 1626 Abs. 3 S. 1 BGB). Das Bundesverfassungsgericht bezieht sich zur Begründung seiner Entscheidung auf den Bericht über die Lebenssituation von Kindern<sup>33</sup>.

Andere rechtliche Ausgangssituationen

Bisher wurden nur die Vorschriften des § 25 Abs. 3 und Abs. 5 AufenthG in den Blick genommen. Das Problem der Verweigerung des Zuzugs zum Kind oder des Zuzuges des Kindes zum Elternteil stellt sich auch dann, wenn der im Bundesgebiet lebende Elternteil und/oder das Kind einen anderen Titel haben, etwa aufgrund § 23 Abs. 1 oder § 25 Abs. 4 AufenthG.

### 3. § 32 Abs. 3 S. 2 AufenthG

In den letzten Jahren hat sich herausgestellt, dass die Gesetzeslage in einer Vielzahl von Ländern im Falle der Scheidung die Übertragung der elterlichen Sorge auf nur einen Elternteil nicht kennt. Das gilt insbesondere für die Nachfolgestaaten der UdSSR und die Staaten des ehemaligen Jugoslawien. Auch in Deutschland geht der Trend in der familienrechtlichen Praxis dahin, beiden Eltern die elterliche Sorge im Falle einer Scheidung zu belassen. Es hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge in der Regel dem Kindeswohl dient. Beim beabsichtigten Kindernachzug führt dies nach der gegenwärtigen Gesetzeslage zu erheblichen Problemen.

Nach § 32 Abs. 3 AufenthG hat ein minderjähriges Kind eines Ausländers, welches das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, einen **Anspruch** auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis besitzen und die übrigen allgemeinen Voraussetzungen (§§ 5, 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) erfüllt sind. In der Vorgängerregelung fand sich in § 20 Abs. 3 Satz 1 AuslG eine Regelung, wonach von dem Erfordernis der alleinigen Sorgeberechtigung abgesehen werden kann, wenn die Eltern nicht oder nicht mehr miteinander verheiratet sind. Diese Regelung gilt aufgrund der Übergangsregelung des § 104 Abs. 3 AufenthG fort für Eltern, die bereits vor 2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis waren.

Für Familien, in denen ein Elternteil erstmals nach dem 01.01.2005 eine Aufenthaltserlaubnis erhalten hat, fehlt eine entsprechende Regelung im Aufenthaltsgesetz. Nachdem das Bundesverwaltungsgericht durch Urteil vom 07.04.2009<sup>33</sup> entschieden hat, dass in Fällen, in denen das ausländische Recht eine vollständige Übertragung der Personensorge nicht kennt, § 32 Abs. 3 AufenthG nicht analog anzuwenden ist (so aber bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg<sup>34</sup>), bleibt bei geteilter Personensorge nach aktueller Gesetzeslage nur die Anwendung der Härtefallregelung des Absatzes 4. Danach kann einem minderjährigen Kind eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es aufgrund der Umstände des **Einzelfalls** zur Vermeidung einer **besonderen Härte** erforderlich ist. Diese Vorschrift ist wortgleich mit der Vorgängernorm des § 20 Abs. 4 Nr. 2 AuslG und wird in der Praxis äußerst restriktiv angewandt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine besondere Härte nur dann vor, wenn sich die

---

<sup>33</sup> Bericht über die Lebenssituation von Kindern – 10. Kinder- und Jugendbericht – BT-Drs. 13/11368 vom 25.08.1998, S. 40.

<sup>33</sup> BVerwG - 1 C 17/08 -, Urteil vom 7.4.2009.

<sup>34</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.4.2007 - 12 B 2.05 -.

Lebensverhältnisse, die die Anwesenheit des Minderjährigen in seiner Heimat bisher ermöglicht haben, in einer unvorhergesehenen und unvorhersehbaren Weise geändert haben und der hierdurch eingetretenen Notlage allein durch den Nachzug des Minderjährigen begegnet werden kann<sup>35</sup>.

Diese restriktive Regelung ist nicht geeignet, das Wohl minderjähriger Kinder im Falle der Trennung der Eltern gebührend zu berücksichtigen. Sowohl Art. 6 GG als auch die gemeinschaftsrechtlich auszulegende Familienzusammenführungsrichtlinie verlangen in diesen Fällen die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung, bei der das Wohl des nachzugswilligen Kindes und die für den Nachzug sprechenden familiären Belange, insbesondere die bestehenden familiären Bindungen, in angemessener Weise abgewogen werden gegen etwaige gegenläufige öffentliche Interessen.

Die ersatzlose Streichung der Ermessensregelung nach § 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 AuslG im Aufenthaltsgesetz führt zu einer deutlichen Verschlechterung der Position nachzugswilliger Kinder bei geteiltem Sorgerecht. Denn die Hürden der Härtefallregelung liegen derart hoch, dass hierüber nur ausnahmsweise in besonders gravierenden Fällen von drohender Schutzlosigkeit ein Familiennachzug in Betracht kommt.

Die aktuelle Gesetzeslage dürfte auch mit der Familienzusammenführungsrichtlinie vom 22.09.2003<sup>36</sup> nicht vereinbar sein. Entscheidendes Anliegen der Kindernachzugsregelung in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 der Richtlinie ist das Kindeswohl. Dem kann nur eine Regelung Rechnung tragen, die im Regelfall dem Kindeswohl gegenüber anderen Belangen den Vorrang einräumt, dies jedenfalls dann, wenn die Eltern sich einig sind und der Lebensunterhalt gesichert ist.

---

<sup>35</sup> BVerwG - 1 B 181.93 -, InfAuslR 1994, 183 u. BVerwG - 1 C 28.94 -, InfAuslR 1997, 24, 27.

<sup>36</sup> ABI. L 251/12 vom 3.10.2003.