

Probleme beim Familiennachzug

Stand: 5.12.2008

Erstellt durch:

Kerstin Müller
Rechtsanwältin

Aachener Str. 60-62
50674 Köln

Tel.: 0221-923 29 02
Fax: 0221-923 29 00
Email: k.mueller@rae-lindenstrasse.de

A. EINLEITUNG	4
B. VISUMVERFAHREN	4
I. Erfordernis eines Visums	4
II. Verfahrensablauf	5
III. Zuständige Auslandsvertretung	6
IV. Vorzulegende Unterlagen	7
C. NACHZUG ZUM EHEGATTEN	9
I. Allgemeine Voraussetzungen	9
1. Wirksame Eheschließung	9
2. Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft	10
3. Volljährigkeit des Ehepartners	19
4. Einfache deutsche Sprachkenntnisse des Ehepartners	20
5. Kein Versagungsgrund nach § 27 Abs. 3 AufenthG	26
6. Sonstige allgemeine Voraussetzungen	28
II. Deutscher Ehegatte	28
1. Deutscher Ehepartner mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland	28
2. Sicherung des Lebensunterhaltes	28
II. Ausländischer Ehegatte	29
1. Besitz eines Aufenthaltstitels im Sinne der §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG	29
2. Sicherung des Lebensunterhaltes	30
3. Ausreichender Wohnraum	34
4. Kein Ausschluss gemäß § 29 Abs. 3 AufenthG	35
D. FAMILIENNACHZUG IM ELTERN-KIND-VERHÄLTNIS	37
I. Allgemeine Voraussetzungen	37
1. Eltern-Kind-Verhältnis	37
2. Sicherung des Lebensunterhaltes	43
II. Deutscher Elternteil	43
III. Deutsches Kind	44
1. Ausübung der Personensorge	44
2. Fehlendes Sorgerecht	45

IV. Nachzug des ausländischen Kindes zum ausländischen Elternteil	45
1. Nachzug zu Flüchtlingen	46
2. Einreise im Familienverbund	47
3. Nachzug von Kindern unter 16 Jahren	48
4. Nachzug von Kindern im Alter von 16-18 Jahren	50
5. Nachzug von Kindern, deren Eltern eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 38 a AufenthG besitzen	52
6. Härtefälle	52
V. Nachzug des ausländischen Elternteils zum ausländischen Kind	53
1. Flüchtlingskind	53
2. Sonstiger Elternnachzug	55

A. Einleitung

Die Darstellung geht nicht auf den Familiennachzug zu EU-Bürgern ein und konzentriert sich auf den Ehegatten- und Kindernachzug.

B. Visumverfahren

I. Erfordernis eines Visums

In der Regel benötigen zuzugswillige Familienangehörige ein nationales Visum, §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 4 AufenthG. Nur Staatsangehörige Australiens, Israels, Japans, Kanadas, Neuseelands, Südkoreas und der Vereinigten Staaten von Amerika können die Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung nach der visafreien Einreise direkt bei der zuständigen Ausländerbehörde am vorgesehenen Aufenthaltsort in Deutschland beantragen, § 41 Abs. 1 AufenthV. Dies gilt auch für Staatsangehörige von Andorra, Honduras, Monaco und San Marino, soweit keine Erwerbstätigkeit (außer dem Aufenthaltzweck des § 17 Abs. 2 AufenthG) beabsichtigt ist, § 41 Abs. 2 AufenthV. Der Antrag muss in diesen Fällen innerhalb von drei Monaten nach Einreise erfolgen, § 41 Abs. 3 S. 1 AufenthV. Diskutiert wird derzeit, inwieweit türkische Staatsangehörige, die in Ausübung ihrer Niederlassungsfreiheit oder zur Ausübung oder Entgegennahme einer Dienstleistung einreisen, visapflichtig sind, da insoweit ein Verstoß gegen Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls zum ARB vorliegen könnte. In Kürze wird hier eine Entscheidung des EuGH erwartet.¹

Fall: Herr Alazar wird nach negativem Abschluss seines Asylverfahrens geduldet. Er heiratet eine deutsche Staatsangehörige.

Fall: Frau Bombo aus der DR Kongo wird geduldet. Sie bekommt ein Kind von einem kongolesischen Staatsangehörigen, der aufgrund einer chronischen Erkrankung im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG ist.

Bei anderen Ausländern ist die Beantragung im Inland unter den Voraussetzungen des § 39 AufenthV möglich. Dabei kommt § 39 Nr. 5 AufenthV eine besondere Bedeutung zu. Demnach kann der Aufenthaltstitel nach der Einreise eingeholt werden, wenn der Ausländer aufgrund einer Eheschließung im Bundesgebiet oder der Geburt eines Kindes während seines

¹ C-228/06 (Soysal).

Aufenthaltes im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Da – anders als z.B. bei § 10 Abs. 1 AufenthG – kein gesetzlicher Anspruch verlangt wird, reicht eine Ermessensreduzierung aus.²

Fraglich ist, welche Folgen es hat, wenn der Ausländer nur zur Eheschließung geduldet wird. Zu Recht ist davon auszugehen, dass es für die Anwendung des § 39 Nr. 5 AufenthV genügt, wenn der Ausländer im Zeitpunkt der Eheschließung und des Antrags auf Aufenthaltserlaubnis eine Duldung besitzt.³

Liegen die Voraussetzungen des § 39 AufenthV nicht vor, ist § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG zu prüfen. Demnach kann bei Vorliegen eines Anspruchs oder wenn es aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, auf die (nachträgliche) Durchführung eines Visumverfahrens verzichtet werden.

II. Verfahrensablauf

Im Hinblick auf Anträge zum Ehegattennachzug ist zu beachten, dass nach Auffassung des AA die alte Rechtslage vor dem 28.8.2007 (Inkrafttreten des Richtlinienumsetzungsg) dann anzuwenden ist, wenn

- der Antrag bis einschließlich zum 27.5.2007 gestellt wurde und ein gesetzlicher Anspruch besteht
- der Antrag zwar nach dem 27.5.2007 gestellt wurde, aber er bereits entscheidungsreif ist und die Zustimmung der ABH vor dem 28.8.2007 abgegeben wurde.

Das Gesetz enthält eine derartige Bestimmung nicht, so dass in der Rechtsprechung die Ansicht vertreten wird, dass mangels Übergangsregelung eine differenzierte Anwendung der durch das 2. ÄndG erfolgten Verschärfungen beim Ehegattennachzug nicht in Betracht komme.⁴

Die Antragstellung kann persönlich, schriftlich oder über einen Rechtsanwalt erfolgen; bestimmte Formvorschriften sind nicht einzuhalten.⁵ Antragsformulare sind unter

² So zu § 10 Abs. 3 AufenthG Hailbronner, AuslR, § 10 AufenthG Rn 16.

³ VGH BW, Beschl. v. 5.3.2008 - 11 S 378/08, a.A. OVG NW, Beschl.v. 26.11.2001 – 18 B 242/01.

⁴ VG Oldenburg, Urt. v. 7.11.2007 - 11 A 147/06.

⁵ VG Berlin, Beschl. v. 4.10.2007 - VG 23 V 18.07.

<http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/WillkommeninD/EinreiseUndAufenthalt/Visabestimmungen.html#t3> erhältlich.

Im Rahmen des Verfahrens ist allerdings eine persönliche Vorsprache – z.B. zur biometrischen Erfassung - erforderlich. Nach Erteilung des Visums kann der visierte Pass per Kurier auf Kosten des Antragstellers an diesen geschickt werden, um diesem eine weitere Vorsprache zu ersparen.

Im Rahmen des Verfahrens ist die zuständige Ausländerbehörde am gewünschten Zuzugsort intern zu beteiligen, da diese der Erteilung des Visums zustimmen muss, § 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthV. Es empfiehlt sich daher, sowohl zur Botschaft als auch zur Ausländerbehörde Kontakt aufzunehmen. Letztere wird auch die finanzielle Lage und die Wohnsituation des hier lebenden Familienmitglieds überprüfen. In Fällen, in denen sich der Ausländer im Bundesgebiet befindet, ein Verzicht auf das Visumverfahren rechtlich jedoch nicht durchsetzbar ist, besteht die Möglichkeit, dass die Ausländerbehörde in dringenden Fällen oder im Fall eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels schon vorab ihre Zustimmung erteilt, so dass das Verfahren bei der Botschaft erheblich beschleunigt werden kann (§ 31 Abs. 3 AufenthV).

Lehnt die Botschaft das Visum ab, erhält der Antragsteller einen sog. schriftlichen Erstbescheid, der die wesentliche Begründung bereits enthalten soll. Dieser enthält keine Rechtsmittelbelehrung, so dass die Klage innerhalb eines Jahres zu erheben ist, § 58 Abs. 2 VwGO. Es besteht allerdings auch die Möglichkeit, bei der Botschaft eine sog. Remonstrations zu erheben und die Gründe für die Erteilung des Visums noch einmal darzulegen. In diesem Fall ergeht ein weiterer ausführlicher Bescheid mit Rechtsmittelbelehrung.

Im Rahmen des Gerichtsverfahrens wird die zuständige Ausländerbehörde notwendig beige-laden. Bei Visaverfahren ist das VG Berlin örtlich zuständig.

III. Zuständige Auslandsvertretung

Hält sich der Ausländer, der den Zuzug in das Bundesgebiet begehrt, im Ausland auf, ist gemäß § 71 Abs. 2 AufenthG die für ihn zuständige Auslandsvertretung einzuschalten. Aber wer ist die zuständige Auslandsvertretung? Zunächst ist davon auszugehen, dass es die Deutsche Botschaft im Herkunftsland des Antragstellers oder im dem Land, in dem er sich legal aufhält, ist. Doch in einigen Ländern gibt es keine deutsche Auslandsvertretung bzw. ist

der konsularische Betrieb eingestellt (Bsp. Eritrea: Antragstellung in Nairobi; Irak: Nordirak Dt. Botschaft Türkei, Zentralirak in der Regel Jordanien). Hinweise zur anderweitigen Zuständigkeit finden sich teilweise auf der Homepage der Botschaften.

Bei Verfahren, in denen sich der nachzugswillige Familienangehörige bereits im Bundesgebiet befindet und ein Verzicht auf das Visumsverfahren rechtlich nicht in Betracht kommt, besteht in begründeten Einzelfällen die Möglichkeit, das Visum bei einer grenznahen Botschaft einzuholen. Dazu ist aber die Zustimmung des Auswärtigen Amtes erforderlich (Ref. 509).

IV. Vorzulegende Unterlagen

Fall: Herr Gebre ist aus Eritrea nach Libyen geflohen und erhält dort den Flüchtlingsstatus. Von dort beantragt er die Familienzusammenführung zu seiner Frau, die im Bundesgebiet im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG ist. Aufgrund seiner eigenen Flucht ist Herr Gebre nicht im Besitz eines Nationalpasses. Es existiert nur die Heiratsurkunde.

Für die Beantragung eines Visums und die Einreise ist der Pass grundsätzlich erforderlich, §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Es besteht allerdings die Möglichkeit, ein sog. Blattvisum zu erhalten, wenn eine Passbeschaffung nicht erfolgen kann. Dies ist z.B. der Fall, wenn sich der Ausländer aufgrund der Anerkennung als Flüchtling in seinem Zufluchtstaat nicht an seine Heimatbehörde wenden kann. In diesem Fall wird die Botschaft das Innenministerium ersuchen, eine Entscheidung über das Absehen von der Passpflicht zu treffen. Der Ausländer erhält einen Zettel mit dem Visum. Nach der Einreise wird es in der Regel dazu kommen, dass die zuständige Ausländerbehörde dennoch die Vorlage eines Passes fordert. In diesem Fall sind die Voraussetzungen der §§ 5, 6 AufenthV zu prüfen.

Fall: Die Kinder von Frau Hadas sollen zur ihr in das Bundesgebiet einreisen. Sie sind aus Eritrea in den Sudan geflohen. Es liegen visierfähige Ausweise vor. Allerdings gibt es nur noch eine Taufurkunde und Bilder, die die Familie gemeinsam zeigen. Geburtsurkunden wurden nie ausgestellt.

Das familiäre Band muss in der Regel durch entsprechende öffentliche Urkunden (Heirats- oder Abstammungsurkunden) belegt werden. Bei ausländischen öffentlichen Urkunden soll nach Auffassung des BMI grundsätzlich die Legalisation durch die zuständige deutsche Auslandsvertretung gefordert und – falls diese keine Legalisation durchführt – verlangt werden, dass die Auslandsvertretung aufgrund eines Gutachtens eines Vertrauensanwaltes zur Rich-

tigkeit der Urkunde Stellung nimmt.⁶ Diese strikte Vorgabe ist nicht nachzuvollziehen und stellt ausländische familiäre Beziehungen unter einen Generalverdacht. Insbesondere bei der Einschaltung eines Vertrauensanwaltes entstehen i.d.R. hohe Kosten, eine erhebliche zeitliche Verzögerung und das Verfahren ist für die Beteiligten kaum transparent, da die Stellungnahme des Vertrauensanwaltes zumeist erst im Gerichtsverfahren eingesehen werden kann. Eine Legalisation oder Überprüfung ist daher nur dann zu fordern, wenn konkrete Hinweise Zweifel an der Echtheit der vorgelegten Urkunde begründen. Mehrsprachige, auf der Grundlage des Übereinkommens über die Ausstellung mehrsprachiger Auszüge aus Personenstandsbüchern zustande gekommene Dokumente sind ohne Legalisation anzuerkennen (Art. 8 Abs. 2 des Übereinkommens). In Vertragsstaaten⁷ des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961 wird die sonst erforderliche Legalisation durch die »Haager Apostille« ersetzt. Sie bestätigt die Echtheit einer öffentlichen Urkunde, die hierfür im Original vorgelegt werden muss. Sie wird von einer dazu bestimmten Behörde des Staates, durch den die Urkunde ausgestellt wurde, erteilt.

Art. 11 Abs. 2 der Familienzusammenführungs-RL sieht vor, dass bei anerkannten Flüchtlingen, die ihre familiären Bindungen nicht mit amtlichen Unterlagen belegen können, die Behörde andere Nachweise für das Bestehen dieser Bindungen prüfen muss und die Ablehnung eines Antrags nicht ausschließlich mit dem Fehlen von Belegen begründen darf.

Darüber hinaus ist eine Legalisation oder Urkundenüberprüfung nicht zwingend. Aufgrund der Schutzwirkung des Art. 6 Abs. 1 GG darf sie daher nur in begründeten Fällen gefordert werden. Auch Art. 16 Abs. 4 der Familienzusammenführungs-RL lässt punktuelle Kontrollen nur zu, wenn ein begründeter Verdacht besteht, dass falsche Dokumente vorgelegt wurden. Es ist somit fraglich, ob die generelle Anordnung, die Echtheit ausländischer Urkunden nachzuweisen, richtlinienkonform ist.

⁶ Nr. 27.0.4 VAH-AufenthG.

⁷ Die aktuelle Liste der Signaturstaaten ist unter www.hcch.net/indexæen.php?act=conventions_status&cid=41 einsehbar. UNMIK-Urkunden unterliegen der freien Beweiswürdigung durch deutsche Gerichte und Behörden. Die Apostille-Behörden sind auf der Website der Haager Konferenz veröffentlicht.

C. Nachzug zum Ehegatten

I. Allgemeine Voraussetzungen

Die Regelungen zum Ehegattennachzug sind insbesondere seit dem Richtlinienumsetzungsgesetz sehr umstritten, da sie teilweise zu einer erheblichen Verschärfung geführt haben. Nach der Gesetzesänderung sind die Anträge jedenfalls stark zurückgegangen.

1. Wirksame Eheschließung

Grundvoraussetzung ist zunächst eine wirksame Eheschließung.

Fall: Herr und Frau Türkkan heiraten im Wege einer sog. Imam-Ehe in der Türkei nach religiösem Ritus. Herr Türkkan, der ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet besitzt, will nun seine Frau nach Deutschland holen. Herr und Frau Zeleke haben in Eritrea nach religiösem Ritus in der orthodoxen Kirche geheiratet. Auch sie planen die Familienzusammenführung.

Nach inzwischen wohl einhelliger Rechtsprechung ist eine Eheschließung wirksam, wenn die am Ort der Eheschließung einschlägigen Formvorschriften beachtet wurden, es sei denn, diese verstoßen gegen den Grundsatz des *ordre public* im Sinne des Art. 6 EGBGB. Entscheidend ist daher zunächst, ob das Heimatrecht die Eheschließung in der vorgenommenen Form anerkennt, des Weiteren, ob sie mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.⁸ Die Imamehe kann daher nur dann anerkannt werden, wenn sie am Ort der Eheschließung als wirksam angesehen ist. Dies ist in der Türkei nicht der Fall.⁹ In Eritrea wiederum sind nach religiösem Ritus geschlossene Ehen anerkannt. Problematisch sind in diesem Zusammenhang sog. Stellvertretereheschließungen. Da hier der Eheschließungswille und die Eheschließungsfähigkeit der nicht anwesenden Person nicht überprüft werden kann, dürfte ein Verstoß gegen den *ordre public* anzunehmen sein, so dass eine wirksame Eheschließung zu verneinen ist.¹⁰

Fall: Herr Obeng aus Nigeria und Frau Miesbach reisen aus Deutschland nach Dänemark und heiraten dort. Herr Obeng ist allerdings nur im Besitz einer Duldung.

⁸ HK-AusIR, § 28 AufenthG Rn 7.

⁹ BVerwG, Urt. v. 22.2.2005 – 1 C 17.03, NVwZ 2005, 1191, 1192.

¹⁰ So auch HK-AusIR, § 28 AufenthG Rn 7, Nr. 28.1.2. VAH.

Das OVG NW ist der Ansicht, in diesem Fall läge keine wirksame Eheschließung vor, da §§ 11a, 12 des dänischen Ehegesetzes, das grundsätzlich einen rechtmäßigen Aufenthalt in Dänemark verlange, nicht erfüllt seien.¹¹ Der VGH BW weist demgegenüber zu Recht darauf hin, dass § 11 a des dänischen Ehegesetzes Ausnahmen zulasse und ein Verstoß gegen diese Vorschrift nach dänischem Recht nicht zur Unwirksamkeit der Ehe führe.¹²

Fall: Herr Mahmud ist – nach dem Recht seines Heimatstaates wirksam - mit zwei Frauen verheiratet. Er lebt mit einer Frau legal im Bundesgebiet. Seine zweite Frau beabsichtigt nun die Einreise zu ihrem Ehemann.

Art. 4 Abs. 4 der Familienzusammenführungsrichtlinie legt fest, dass ein Nachzug nicht zu gestatten ist, wenn bereits ein Ehepartner mit dem Zusammenführenden im Zuzugsstaat lebt. Diese restriktive Vorgabe ist zumindest für ausländische Staatsangehörige in § 30 Abs. 4 AufenthG umgesetzt worden. Schon bisher war die Mehrehe nach überwiegender Ansicht nicht von Art. 6 GG geschützt.¹³ Eine Familienzusammenführung über §§ 27 ff AufenthG kommt daher nicht in Betracht. Der weitere Ehepartner hat allerdings gemäß § 36 Abs. 2 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Nachzugsantrag.¹⁴ § 30 Abs. 4 AufenthG schließt insoweit nur einen Familiennachzug nach dieser Vorschrift aus. Allerdings kann die Wertung des § 30 Abs. 4 sowie des Art. 4 Abs. 4 der Familienzusammenführungsrichtlinie im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden.

2. Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft

Gemäß § 27 Abs. 1 AufenthG muss der Antrag auf Familienzusammenführung die Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft bezwecken.

Fall: Der deutsche Ehemann von Frau Meier, einer albanischen Staatsangehörigen, wird aufgrund einer Straftat per Haftbefehl gesucht und taucht unter.

Fall: Herr Meier wird gefasst und sitzt nun in Strafhaft.

Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine familiäre Lebensgemeinschaft – im Gegensatz zu einer reinen Begegnungsgemeinschaft - von einer gegenseitigen Beistandschaft ge-

¹¹ Beschl. v. 6.9.2006 – 18 B 1682/06.

¹² Beschl. v. 14.5.2007 – 11 S 1640/06.

¹³ Vgl. nur OVG Rh-Pf, Urt. v. 12.3.2004 - 10 A 11717/03.OVG, InfAusIR 2004, 294 m.w.N..

¹⁴ BVerwG, Urt. v. 30.4.1985 - 1 C 33.81, InfAusIR 1985, 196, OVG Rh-Pf, a.a.O., VG Neustadt/Weinstr., Urt. v. 26.9.2003 - 8 K 696/03.NW, HK-AusIR, § 28 AufenthG Rn 8.

kennzeichnet sei. Es wird dabei vorausgesetzt, dass die Eheleute in der Regel eine gemeinsame Ehwohnung haben. Ausnahmsweise kann auch bei einem Getrenntleben eine familiäre Lebensgemeinschaft angenommen werden,¹⁵ wenn die Trennung z.B.

- ausbildungs- oder berufsbedingt
- durch Zuweisung in eine Gemeinschaftsunterkunft im Rahmen des Asylverfahrens¹⁶
- gesundheitlich bedingt (z.B. bei Aufenthalt im Behinderten- oder Pflegeheim) ist.

Auch die Strafhaft lässt grundsätzlich das Bestehen einer Beistandsgemeinschaft zu.¹⁷ In diesen Fällen muss allerdings substantiiert dargelegt und gegebenenfalls im Verwaltungsprozess nachgewiesen werden, in welcher Weise die familiäre Lebensgemeinschaft trotz der räumlichen Trennung verwirklicht wird, insbesondere welche Kontakte stattfinden, welche Beistandsleistungen erbracht werden und inwiefern die Beziehung über eine reine Begegnungsgemeinschaft hinausgeht. Im Fall des Untertauchens ist der BayVGH der Ansicht, es würden die Kontakte typischerweise nur über Mittelsmänner und Telefongespräche aufrecht erhalten, die für eine familiäre Lebensgemeinschaft prägenden Beistands- und Hilfeleistungen könnten nicht erbracht werden, so dass eine familiäre Lebensgemeinschaft ausscheidet.¹⁸

Fall: Herr Ahmeti ist bei seiner deutschen Ehefrau in Augsburg gemeldet, arbeitet aber in München, da er am Ort der Ehwohnung keine Arbeit gefunden hat. Dort hat er inzwischen seinen Zweitwohnsitz angemeldet. An den Wochenenden ist er entweder in Augsburg oder seine Ehefrau in München, darüber hinaus halten die Eheleute telefonischen Kontakt. Frau Ahmeti, die unter der Wochenendbeziehung leidet, meldet – ohne Wissen des Herrn Ahmeti – diesen nach einem Ehekrach ab und teilt der Ausländerbehörde mit, sie habe sich von Herrn Ahmeti getrennt. Herr Ahmeti fährt in dieser Zeit für 14 Tage in seine Heimat und meldet sich nach der Rückkehr wieder in der Ehwohnung an. Die Eheleute erklären nun gegenüber der Ausländerbehörde, man habe sich wieder versöhnt.

Bei der Annahme einer familiären Lebensgemeinschaft sind vorübergehende Trennungen unerheblich, eine dauerhafte Trennung nicht. Maßgeblich für die Unterscheidung sind die Umstände des Einzelfalles.¹⁹ Ein Streit zwischen den Ehegatten mit anschließendem Auszug eines Ehepartners beseitigt nicht in jedem Fall die eheliche Lebensgemeinschaft.²⁰ Die Ausländerbehörde darf während eines Zeitraums, innerhalb dessen die Trennung noch nicht

¹⁵ BVerwG, Urt. v. 27.1.1998 - 1 C 28.96, InfAusIR 1998, 279.

¹⁶ SächsOVG, Beschl. v. 2.11.2004 – 3 BS416/04.

¹⁷ vgl. VG Göttingen, Urt. v. 9.5.2008 – 2 A 24/07, BayVGH, Beschl. v. 30.8.2008 – 10 CS 08.1081, VGH BW, InfAusIR 2001, 161.

¹⁸ BayVGH, Beschl. v. 30.8.2008 – 10 CS 08.1081.

¹⁹ BayVGH, Urt. v. 25.7.2006 – 24 B 05.859.

²⁰ BayVGH, InfAusIR 2001, 279.

abschließend als endgültig beurteilt werden kann, nicht in den rechtlich geschützten Bestand einer Ehe eingreifen und bereits aufenthaltsbeendende Maßnahmen treffen.²¹ Ob eine eheliche Lebensgemeinschaft endgültig beendet ist, kann aufgrund der Dauer des Getrenntlebens, den Erklärungen der Ehegatten gegenüber der Ausländerbehörde und im Ehescheidungsverfahren sowie aufgrund sonstiger Anhaltspunkte (z. B. Scheidungsantrag, entsprechende Eintragung in der Lohnsteuerkarte, Umzugsmeldungen, Bekundungen von Zeugen, Eingehen einer anderen festen Beziehung) festgestellt werden.²²

Fall: Herr Meskel lebt seit 10 Jahren im Bundesgebiet. Er entschließt sich, nach langer Zeit das erste Mal seine Heimat Äthiopien wieder zu besuchen. Dabei trifft er eine Frau, die er noch aus früheren Zeiten kennt. Da er der Ansicht ist, er müsse aufgrund seines Alters nun bald eine Familie gründen, entschließt er sich zur Heirat. Diese findet während des 14-tägigen Urlaubs statt. Die Ehefrau, die bereits das kulturell niedrige heiratsfähige Alter überschritten hat, erhofft sich von der Eheschließung eine Beendigung ihrer Stigmatisierung als unverheiratete Frau, aber auch eine materielle Versorgung durch den Aufenthalt in Europa. Nun beantragt die Frau die Familienzusammenführung. Im Rahmen der getrennt durchgeführten Befragung wird offenbar, dass die Ehefrau wenig über das Berufsleben des Mannes weiß.

Der durch das 2. ÄndG eingeführte § 27 Abs. 1 a Nr. 1 schließt einen Familiennachzug bei sog. Zweckehe nunmehr ausdrücklich aus. Er greift auf Art. 16 Abs. 2 b der Familienzusammenführungsrichtlinie zurück. In diesem Zusammenhang ist zu fragen, ob der Gesetzgeber damit nunmehr bereits die Motivation bei Eingehung einer Ehe oder Adoption sanktionieren möchte unabhängig davon, ob tatsächlich eine Lebensgemeinschaft begründet wird oder nicht. Nach traditionellem Verständnis ist der Begriff der Zweckehe nämlich in Abgrenzung von der sog. Scheinehe dahingehend zu verstehen, dass diese zwar bestimmte Vorteile – z.B. aufenthaltsrechtliche – mit sich bringen, aber gleichzeitig zu einer Lebensgemeinschaft führen soll. Nach der Gesetzesbegründung soll z.B. eine Zweckadoption dann nicht vorliegen, wenn das Ziel der Adoption das Zusammenleben mit der adoptierenden Familie in einer Eltern-Kind-Beziehung ist und der Umstand, dass die Lebensverhältnisse im Bundesgebiet günstiger sind als im Herkunftsland eines der Motive, aber nicht das alleinige Motiv der Adoption darstellt.²³ Dieser Ansatz ist auf die Eheschließung zu übertragen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Abs. 1 a Nr. 1, wonach die Begründung des Aufenthaltsrechts der ausschließliche Zweck der Begründung des Verwandtschaftsverhältnisses sein soll. Entscheidend ist demnach, ob über die Absicht zur Begründung einer ehelichen Le-

²¹ BayVGh, Urt. v. 7.3.2006 - 24 C 06.275.

²² BayVGh, Urt.v. 12.12.2007 - 24 B 06.2381.

²³ BT-Drs. 16/5065, 170.

bensgemeinschaft – in welcher Form auch immer – getäuscht wird. Ist die Herstellung einer solchen Gemeinschaft beabsichtigt, wird daneben aber auch das Ziel der Begründung eines Aufenthaltsrechts verfolgt, kann dieses die Versagung des Aufenthaltstitels zum Familiennachzug nach Abs. 1 a nicht rechtfertigen. Es ist daher im Rahmen des Abs. 1 a Nr. 1 nicht ausreichend, dass der Ausländer die Ehe wegen der mit ihr verbundenen ausländerrechtlichen Vorteile eingegangen ist. Eine solche Intention stellt für sich betrachtet keinen Missbrauch, nicht einmal eine Zweckentfremdung der Ehe dar.²⁴ Entscheidend ist nicht das Motiv der Heirat, sondern vielmehr allein, ob die Ehegatten – aus welchen Gründen auch immer – die dem Bild der Ehe entsprechende persönliche Beziehung tatsächlich unterhalten.²⁵ Auch das Bundesverfassungsgericht hat in std. Rspr. anerkannt, dass das GG dem einzelnen Bürger einen unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung gewährt, der der Einwirkung und selbst der Einsichtnahme der öffentlichen Gewalt entzogen ist.²⁶ Verfolgen daher die Ehegatten bei der Gründung einer familiären Lebensgemeinschaft den Zweck der Aufenthaltssicherung, ist dies ihrer Gestaltungsfreiheit überlassen, wenn jedenfalls eine Lebensgemeinschaft begründet wird.

Insbesondere im Visumsverfahren, bei dem die Eheleute oft noch kein gemeinsames Leben führen konnten, besteht die Gefahr, dass die Behörden von einer Schein- bzw. Zweckehe ausgehen. Kennzeichen einer Scheinehe ist, dass der Wille zur Führung einer familiären Lebensgemeinschaft nur vorgeschoben ist und die Eheschließung nur dem Zweck dienen soll, dem ausländischen Ehepartner ein Aufenthaltsrecht zu vermitteln.²⁷ Entscheidend ist somit der subjektive Herstellungswille, auf den nur durch äußere Anzeichen geschlossen werden kann.²⁸ Dies darf aber nicht dazu führen, dass die Vorstellungen unseres Kulturkreises zum Ausgangspunkt der Beurteilung genommen werden. So ist die Arrangierung der Ehe durch Dritte nicht zwangsläufig ein Beleg für eine Scheinehe.²⁹ Auch die Tatsache, dass es sich um keine »Liebesheirat«, sondern eine Eheschließung handelt, die vom Gesichtspunkt der materiellen Versorgung bzw. Haushaltsführung getragen ist, spricht nicht grundsätzlich gegen einen Herstellungswillen. Ebenso ist (letztlich) nicht ausschlaggebend, dass

²⁴ HessVGH, Beschl. v. 19.1.2001 – 9 TG 3767/00, AuAS 2001, 64 ff, HambOVG, Urt. v. 23.11.1990 – Bf IV 114/89, FamRZ 1991, 1433 ff = InfAusR 1991, 343.

²⁵ HambOVG, Urt. v. 23.11.1990 – OVG Bf IV 114/89, FamRZ 1991, 1433 ff = InfAusR 1991, 343, wohl auch Visumshandbuch AA zum Ehegattennachzug, Stand 28.8.2007.

²⁶ Beschl. v. 16.7.1969, BVerfGE 27, 1, 6, Beschl. v. 31.1.1973, BVerfGE 34, 238, 245, Beschl. v. 14.9.1989, BVerfGE 80, 367, 373.

²⁷ BVerwG, AuAS 2005, 218.

²⁸ OVG Berlin, NVwZ-Beilage 2002, 107.

²⁹ OVG Berlin, a.a.O..

die Ehepartner bei der getrennten Befragung zu den familiären Hintergründen unterschiedliche Angaben machen.³⁰ Entscheidend ist allein, ob die Ehepartner im Bundesgebiet eine Gemeinschaft begründen wollen, die auf Dauer angelegt und durch eine gelebte Verbundenheit und gegenseitigen Beistand geprägt ist.

Im Visumverfahren beim Ehegattennachzug können nach Ansicht des Auswärtigen Amtes, die auf die EntschlieÙung des Europäischen Rates vom 4.12.1997³¹ zurückgeht, folgende Kriterien herangezogen werden:³²

Umstände, die unter anderen für die beabsichtigte Herstellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft sprechen, sind:

- gemeinsame Wohnung steht zur Verfügung und soll bewohnt werden
- Ehepartner kennen sich bereits länger und machen hinsichtlich ihrer Personalien und sonstiger für die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft entscheidender und beide Partner betreffenden persönlichen Umstände im wesentlichen übereinstimmende Angaben
- Ehepartner haben bereits vor der Eheschließung zusammengelebt
- gegenseitige Besuche und andere nachweisbare Kontakte, während ein Ehegatte im Inland, der andere im Ausland wohnt
- angemessene Beiträge der Ehepartner zu den Verpflichtungen aus der Ehe sind geplant (z.B. Betreuung von Kindern, des Haushalts; Sicherung der finanziellen Grundlage der Ehe durch Arbeitsverhältnis eines oder beider Ehepartner)
- Zahlung von Unterhaltsleistungen eines Ehepartners an den anderen.

Umstände, die unter anderem vermuten lassen, dass trotz formal geschlossener Ehe keine Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft in Deutschland beabsichtigt ist, sind:

- Ehepartner sind sich vor ihrer Ehe nie oder nur auffallend kurz begegnet
- Ehepartner machen widersprüchliche Angaben hinsichtlich ihrer jeweiligen Personalien
- (Name, Adresse, Staatsangehörigkeit, Beruf), der (objektivierbaren) Umstände ihres Kennenlernens oder sonstiger sie betreffender wichtiger persönlicher Informationen, (Hinweis: Unter »wichtigen, persönlichen Informationen« sind nur Angaben außerhalb der Intimsphäre zu verstehen, die für beide Ehepartner und die geplante Herstellung einer Lebensgemeinschaft von wesentlicher Bedeutung sind. Gemeint sind nicht Ge-

³⁰ Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 44.

³¹ ABl. 1997 C 382, S. 01.

³² Vgl. Visumshandbuch AA, Stand 28.8.2007, Ehegattennachzug.

wohnheiten der Lebensführung eines Ehepartners, die für die Herstellung einer Lebensgemeinschaft ohne ausschlaggebende Relevanz sind oder deren Kenntnis erst bei Bestehen einer langjährigen ehelichen Lebensgemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann.)

- Ehepartner sprechen keine für beide verständliche Sprache und es gibt auch keine erkennbaren Bemühungen zur Herstellung einer gemeinsamen Kommunikationsbasis
- für das Eingehen der Ehe wird ein Geldbetrag an den Ehegatten übergeben (abgesehen von den im Rahmen einer Mitgift übergebenen Beträge bei Angehörigen von Drittländern, in denen das Einbringen einer Mitgift in die Ehe oder das Übergeben eines Geldbetrages an die Eltern gängige Praxis ist)
- Fehlen einer Planung über eine angemessene Verteilung der Beiträge der Ehepartner zu den Verpflichtungen aus der Ehe
- es gibt konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ein oder beide Ehegatten schon früher Scheinehen eingegangen sind oder sich unbefugt in einem EU-Mitgliedsstaat aufgehalten haben.

Der Verdacht der Scheinehe kann bereits bei der Eheschließung in Deutschland relevant werden. Gemäß §§ 1310 Abs. 1 S. 2, 1314 Abs. 2 Nr. 5, 1353 BGB hat der Standesbeamte die Pflicht, seine Mitwirkung an der Eheschließung zu verweigern, wenn offenkundig ist, dass die Ehe aufhebbar wäre, wenn z.B. die Ehegatten sich einig sind, dass sie keine Verpflichtung zur ehelichen Gemeinschaft begründen wollen. Hierzu kann der Standesbeamte gemäß § 5 Abs. 4 PstG konkrete Nachforschungsmaßnahmen vornehmen. Erst wenn die Nachforschungen zweifelsfrei ergeben, dass die Eheschließung allein der Aufenthaltssicherung dienen soll, kann diese verweigert werden.³³ Die Beweislast trägt der Standesbeamte.³⁴

Vor Einführung des § 27 Abs. 1 a Nr. 1 AufenthG trug der Ausländer die Beweislast für das Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft.³⁵ Wandte sich der Ausländer gegen die behördliche Aufhebung eines Aufenthaltstitels zur Herstellung und Wahrung der Familieninheit, oblag der ABH die Feststellungslast für das Nichtbestehen der familiären Lebensgemeinschaft; bei einer atypischen Gestaltung hatte der Ausländer allerdings die Obliegenheit, die Umstände zu benennen, die den Schluss auf eine durch die persönliche Verbundenheit

³³ OLG Naumburg, Beschl. v. 2.3.2005 – 10 Wx 3/05, vgl. auch Göbel-Zimmermann, »Scheinehen«, »Scheinlebenspartnerschaften« und »Scheinväter« im Spannungsfeld von Verfassungs-, Zivil- und Migrationsrecht, ZAR 2006, 81, 84.

³⁴ KG Berlin, Beschl. v. 19.1.2006 – 1 VA 18/06, zit. in ANA-ZAR 2007, 14.

³⁵ HessVGH, Beschl. v. 16.1.2007 – 7 TG 2879/06, AuAS 2007, 134, 135, VG Berlin, Urt. v. 19.12.2007 – VG 5 V 22.07, vgl. auch BVerfG (Kammer), Beschl. v. 5.5.2003 – 2 BvR 2042/02.

der Familienmitglieder geprägte Beistandsgemeinschaft zulassen.³⁶ Wie ist es heute? Der Wortlaut des auf Art. 16 Abs. 2 b) Familienzusammenführungs-RL zurückgehenden § 27 Abs. 1 a Nr. 1 AufenthG, wonach das Bestehen der Scheinehe feststehen muss, erweckt den Eindruck, dass die Beweislast für das Führen einer Zweckehe nun bei der Behörde liegt und zudem hinsichtlich der Zweckehe deren Nachweis erbracht werden muss.³⁷ Dafür spricht auch, dass bei der Zwangsehe nur begründete Anhaltspunkte für deren Annahme bestehen müssen. Hiergegen wird u.a. eingewandt, der nationale Gesetzgeber habe offensichtlich keine geänderte Beweislastregelung beabsichtigt.³⁸ Dabei wird aber nicht berücksichtigt, dass Abs. 1 a Nr. 1 eine Umsetzung der Familienzusammenführungs-RL darstellt, so dass nicht nationale,³⁹ sondern europarechtliche Auslegungsmaßstäbe heranzuziehen sind. Zudem ist zu bedenken, dass die englische Version von Art. 16 Abs. 2 b) Familienzusammenführungs-RL die Wortwahl »it is shown« (bewiesen) verwendet. Darüber hinaus geht auch die Begründung zum RL-Entwurf davon aus, dass enge Maßstäbe bei der Beurteilung einer Scheinehe anzuwenden sind.⁴⁰ Im Rahmen des Rechtssetzungsprozesses wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Prüfung der Frage, ob eine Ehe oder eine faktische Verbindung nur zum Zwecke der Einreise in einen oder des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat geschlossen bzw. begründet wurde, äußerst schwierig sei, es sei denn, die Behörden führten umgehend eine schikanöse und die Würde der Person verletzende Kontrollen und Untersuchungen durch. Dies würde aber dem Geist und den Buchstaben der RL widersprechen, so dass die Mitgliedstaaten nur bei Vorliegen eines begründeten Verdachts eine punktuelle Kontrolle durchführen dürften.⁴¹ Der Entstehungsprozess verdeutlicht insgesamt, dass europarechtlich sehr strenge Anforderungen an die Bejahung einer Scheinehe gestellt werden sollten. Eine Sanktion (s. Überschrift zu Art. 16 ff der RL) ist »Bestrafung«. Es wäre mit dieser Wortwahl nicht zu vereinbaren, wenn bereits begründete Zweifel seitens der ABH ausreichend wären,

³⁶HessVGH, Beschl. v. 16.1.2007 – 7 TG 2879/06, AuAS 2007, 134, 135.

³⁷ So VG Lüneburg, Beschl. v. 7.8.2008 - 1 B 45/08, wohl auch Göbel-Zimmermann, Verfassungswidrige Hürden für den Ehegattennachzug, ZAR 2008, 169, 170, VG Berlin, Urt. v. 12.12.2007 – 1 V 66.06, VG Berlin, Urt. v. 30.1.2008 – 7 V 35.07, VG Sigmaringen, Beschl. v. 12.1.2008 – 6 K 2712/07.

³⁸ HessVGH, Beschl. v. 3.9.2008 - 11 B 1690/08, VG Berlin, Urt. v. 17.4.2008 - 2 V 28.06, VG Darmstadt, Beschl. v. 28.3.2008 - 7 G 1447/07 (3), VG Berlin, Urt. v. 19.12.2007 – VG 5 V 22.07, , Hailbornner, Die Neuregelung des Ehegattennachzugs im Kreuzfeuer des Verfassungs- und Europarechts, FamRZ 2008, 1583, 1586, Jobs, Beweismaß und Beweislast beim Ehegattennachzug, ZAR 2008, 295, Breitkreutz/Franßen-de la Cerda/Hübner, Das Richtlinienumsetzungsgesetz und die Fortentwicklung des deutschen Aufenthaltsrechts – Fortsetzung, ZAR 2007, 381, 382.

³⁹ Hierzu ausführlich Jobs, ZAR 2008, 295 ff..

⁴⁰KOM/1999/638 endgültig v. 1.12.1999.

⁴¹ SN des Wirtschafts- und Sozialausschusses zur Familienzusammenführungs-RL (2000/C 204/09), ABI C 204, 40 v. 18.7.2000.

um eine Versagung des Aufenthaltstitels zu begründen. Es ist vielmehr von einem Stufenverhältnis auszugehen:

Grds. besteht bei Erfüllung der Erteilungsvoraussetzungen nach Art. 6 ff der RL ein Anspruch auf Erteilung des Aufenthaltstitels. Hat die ABH jedoch einen konkreten, begründeten Verdacht, ist sie zu punktuellen Kontrollen ermächtigt. Dieser konkrete Verdacht kann gem. Art. 16 Abs. 2 S. 2 der Familienzusammenführungs-RL auch dadurch hervorgerufen werden, dass die Eheschließung erfolgt ist, nachdem dem Zusammenführenden ein Aufenthaltstitel erteilt wurde. Erst wenn der Verdacht zur Gewissheit im Sinne eines Nachweises wird, kann die Versagung erfolgen.⁴²

Rechtlich relevante begründete Zweifel entstehen weder durch einen bloßen Verdacht⁴³ noch durch anonyme Anzeigen⁴⁴. Im Rahmen der punktuellen Überprüfungen kann die Behörde den Ausländer und den Stammberechtigten vorladen⁴⁵ und/oder deren persönliches Erscheinen anordnen (§ 82 Abs. 4, vgl. auch Art. 5 Abs. 2 Familienzusammenführungs-RL). Sie kann den Ehepartnern die Anhaltspunkte entgegenhalten, die für eine Scheinehe sprechen, und sie zur Stellungnahme hierzu auffordern. Bei Fragebögen verstoßen Fragen z.B. nach der Häufigkeit des Brief- und Telefonverkehrs, nach Männerbekanntschaften der Ehefrau, nach der Verteilung der Haushaltstätigkeiten unter den Eheleuten gegen den Schutz der Privat- und Intimsphäre.⁴⁶ Zulässig sind Fragen nach der gemeinsamen Freizeitgestaltung, gemeinsamen Besuchen bei Freunden/Bekanntem, gemeinsame Reisen, gegenseitige Unterstützungshandlungen bei Krankheit, gemeinsames Wirtschaften, Einkaufen, Essen, gemeinsame Kindererziehung. Behördliche Wohnungsbesichtigungen sind ohne Zustimmung der Betroffenen nicht zulässig. Allerdings will der HessVGH bei fehlendem Zugang zur Wohnung dem das Aufenthaltsrecht begehrenden Ehepartner den Nachteil des fehlenden Nachweises einer ehelichen Gemeinschaft auferlegen.⁴⁷ Dies hat zur Folge, dass die Ausübung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) letztlich durch die Behörde sanktioniert wird.⁴⁸ Dogmatisch einleuchtender und diese Konsequenz vermeidend ist daher die Rspr., die den Nachweis der (dauerhaften) Trennung der Eheleute der Behörde

⁴² In diese Richtung auch VG Sigmaringen, Beschl. v. 12.1.2008 – 6 K 2712/07.

⁴³ OVG Bremen, InfAusIR 1988, 281.

⁴⁴ OVG S-H, InfAusIR 2001, 82, 83.

⁴⁵ Oftmals finden zeitgleich Befragungen der Eheleute in der ABH und der Botschaft statt.

⁴⁶ Göbel-Zimmermann, ZAR 2006, 81, 85.

⁴⁷ HessVGH, NVwZ-RR 2000, 639, 640 = InfAusIR 2000, 385, HessVGH, InfAusIR 2002, 426, 430.

⁴⁸ Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 41.

aufgelegt.⁴⁹ Von der ABH rechtswidrig erlangte Erkenntnisse sind unverwertbar und dürfen allenfalls dann Grundlage weiterer Ermittlungen sein, wenn öffentliche Interessen von erheblichem Gewicht betroffen sind, die sich mit dem staatlichen Strafanspruch vergleichen lassen.⁵⁰ Interessant ist in diesem Zusammenhang der Hinweis des Auswärtigen Amtes, dass im Einzelfall die Erteilung des Visums in Absprache mit der zuständigen Ausländerbehörde in Betracht kommt, wenn diese bei Verlängerung das tatsächliche Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft überprüft.⁵¹

§ 27 Abs. 1 a Nr. 2 AufenthG, ebenfalls eingeführt durch das 2. ÄndG, sieht vor, dass der Ehegattennachzug nicht zugelassen werden darf, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme begründen, dass einer der Ehepartner zur Eingehung der Ehe genötigt wurde (sog. Zwangsehe). Diesem Ziel dienen auch die Heraufsetzung des Alters sowie die zusätzlich geforderten Integrationsleistungen zum Zeitpunkt der Einreise. Die Abgrenzung zur sog. arrangierten Ehe, die laut Gesetzesbegründung nicht von Abs. 1a Nr. 2 erfasst ist,⁵² dürfte im konkreten Fall schwierig sein.⁵³ Anders als bei Abs. 1a Nr. 1 muss für diesen Versagungsgrund nicht feststehen, dass es sich um eine Zwangsehe handelt, sondern es genügen tatsächliche Anhaltspunkte.

Die Regelung ist verfehlt und greift zu kurz. Sie belässt die Opfer in der prekären Lebenssituation in den Herkunftsstaaten. Bei einer Einreise würden diese in der Regel einen besseren Schutz genießen: die Nötigung zur Ehe ist strafbar, § 140 Abs. 4 Nr. 1 StGB. Die Betroffenen können – bei Minderjährigkeit sogar ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters – die Aufhebung der Ehe verlangen, § 1314 Abs. 2 BGB. Darüber hinaus können sie sich bei Auflösung der Ehe auf eine besondere Härte gemäß § 31 Abs. 2 AufenthG berufen.⁵⁴ Da sich die Betroffenen gegenüber der Botschaft kaum auf eine Zwangsehe berufen werden, ist davon auszugehen, dass es kaum Entscheidungen auf dieser Grundlage geben wird, ohne dass hierdurch Zwangsehen verhindert werden könnten.

⁴⁹ OVG NW, InfAuslR 2000, 290, 291.

⁵⁰ HambOVG, Beschl. v. 21.3.2007 – 3 Bs 396/05, AuAS 2007, 160 ff.

⁵¹ AA, Visumshandbuch Ehegattennachzug, Stand. 28.8.2007.

⁵² BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, S. 303.

⁵³ Ebenso Schuler-Harms, Zwangsverheiratung und Aufenthalt, in Barwig/Beichel-Benedetti/Brinckmann, Perspektivwechsel, S. 276 f mit dem Versuch der Differenzierung, Zwania, Verhinderung von Zwangsehen und Stärkung des Opferschutzes – Position eines deutschen Wohlfahrtsverbandes, in Barwig/Beichel-Benedetti/Brinckmann, Perspektivwechsel, S. 285, 287.

⁵⁴ Vgl. z.B. VG Stuttgart, Beschl. v. 25.07.2005 - 16 K 2234/05.

3. Volljährigkeit des Ehepartners

Sowohl bei Ehegatten von Deutschen als auch von Ausländern wird nun vorausgesetzt, dass beide Ehepartner volljährig sind (§§ 28 Abs. 1 S. 5, 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Diese auf Art. 4 Abs. 5 Familienzusammenführungs-RL zurückgehende Vorschrift soll nach der Gesetzesbegründung der Förderung der Integration und der Vermeidung von Zwangsehen dienen. Einen Beleg bleibt der Gesetzgeber für diese Begründung schuldig.⁵⁵

In folgenden Fällen ist (zwingend) vom Erfordernis des Mindestalters abzusehen:

- beim Zuzug zu Hochqualifizierten, Forschern und Selbstständigen mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 19 bis 21 AufenthG, soweit die Ehe schon bestand, als diese in das Bundesgebiet einreisen (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG)
- beim Zuzug zu Personen, die eine Niederlassungserlaubnis oder eine Daueraufenthaltserlaubnis-EG besitzen und zuvor eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 20 AufenthG (Forscher) hatten (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AufenthG)
- bei Zuzug zu Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 38 a AufenthG, soweit die Ehe bereits in dem EU-Staat bestand, in dem die Daueraufenthaltsberechtigung entstand (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG).

Eine absolute Grenze dürfte allerdings ein Alter von unter 14 Jahren darstellen, selbst wenn der Herkunftsstaat von einer Ehemündigkeit ausgehen sollte, da insoweit ein Verstoß gegen den deutschen ordre public im Sinne des Art. 6 EGBGB zu bejahen ist.⁵⁶

Der Nachweis des Mindestalters ist in der Regel durch vorzulegende Reise- oder Ausweisdokumente zu führen. Das Auswärtige Amt weist darauf hin, dass bei Ländern mit unzuverlässigem Personenstands- und Urkundswesen im Einzelfall (!) bei begründeten Zweifeln im Einverständnis mit den Antragsteller ergänzende Sachverhaltsermittlungen – z.B. durch einen Vertrauensanwalt – oder durch eine medizinische Altersfeststellung auf Kosten des Antragstellers gefordert werden könnten.⁵⁷

⁵⁵ Zur berechtigten Kritik vgl. HK-AusIR, § 30 AufenthG Rn 14.

⁵⁶ Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169, 173.

⁵⁷ Visumshandbuch, Ehegattennachzug, Stand 28.8.2007.

Völlig unverständlich ist, weshalb § 28 Abs.5 AufenthG nicht auf eine entsprechende Anwendbarkeit des § 30 Abs. 1 S. 2 AufenthG verweist. Dies führt dazu, dass Deutsche schlechter gestellt werden als Ausländer, die sich mit den genannten Aufenthaltstiteln im Bundesgebiet aufhalten.

Fall: Samira ist 17 und hat geheiratet. Ihr Mann ist im Besitz einer Niederlassungserlaubnis. Sie ist schwanger.

Nach Ermessen kann zur Vermeidung einer besonderen Härte vom Erfordernis des Mindestalters abgewichen werden (§§ 28 Abs. 1 S. 5, 30 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Das BMI geht in seinen Hinweisen zum Richtlinienumsetzungsgesetz⁵⁸ davon aus, dass die eheliche Gemeinschaft in Deutschland das geeignete und notwendige Mittel sein müsse, um die Härte zu vermeiden. Die vorgetragenen Umstände müssten nach Art und Schwere so deutlich von den sonstigen Fällen abweichen, dass ein Festhalten am Erfordernis des Mindestalters unverhältnismäßig wäre. Der vorgestellte Fall zeigt das Dilemma: der Schutz vor Zwangsverheiratungen kann aufgrund der gestiegenen rechtlichen Voraussetzungen letztlich dazu führen, dass die Situation der Frauen eher verschärft wird, da evtl. versucht wird, durch eine Schwangerschaft eine besondere Härte zu begründen.⁵⁹

4. Einfache deutsche Sprachkenntnisse des Ehepartners

Fall: Die Ehefrau des deutschen Staatsangehörigen Herr Meier, angolansische Staatsangehörige, beantragt die Familienzusammenführung. Sie hat bereits dreimal den Deutschtest am Goetheinstitut nicht bestanden.

Die Regelung des § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG ist äußerst umstritten.⁶⁰ Sie gilt auch für Deutschverheiratete (§ 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG). Die Gesetzesbegründung nimmt auf Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungs-RL Bezug, wonach die Mitgliedstaaten gemäß dem nationalen Recht von Drittstaatsangehörigen verlangen können, dass sie Integrationsmaßnahmen nachkommen müssen. Entscheidend ist daher die Frage, ob es sich bei dem Verlangen nach Sprachkenntnissen um eine „Integrationsmaßnahme“ im Sinne des Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungs-RL handelt. So verwendet die RL auch den Begriff der Integrationskriterien (Art. 4 Abs. 1). Insofern legt bereits der Wortlaut der RL nahe, dass zwischen einem Integrationskriterium, also einer Integrationsvoraussetzung, und einer Integrationsmaßnahme

⁵⁸ BGBl. I S. 1970 (Stand 2.10.2007) Rn 199.

⁵⁹ So auch Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169, 171.

⁶⁰ Vgl. nur HK-AuslR, § 28 AufenthG Rn 13, § 30 AufenthG Rn 14.

me zu unterscheiden ist. Es liegt auf der Hand, dass die Sprachkenntnis ein Integrationskriterium, aber keine Integrationsmaßnahme ist.⁶¹ Eine Maßnahme im Sinne der RL wäre allenfalls die Teilnahme an einem Sprachkurs, allerdings ohne den nun bestehenden Erfolgszwang.⁶² Im Hinblick auf Deutschverheiratete verstößt die Regelung zudem gegen Art. 6 Abs. 1 GG. So kann ein deutscher Staatsangehöriger nicht gezwungen werden, zur Aufrechterhaltung seiner Ehe in das Herkunftsland seines Ehegatten zu ziehen, da ihm nicht zugemutet werden kann, sich aus den deutschen Lebensverhältnissen, etwa einer erreichten wirtschaftlichen und sozialen Stellung sowie möglichen persönlichen Bindungen lösen zu müssen.⁶³ Auch bei ausländischen Ehepartnern kommt eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG in Betracht, wenn von einer langfristigen Trennung der Eheleute aufgrund der fehlenden Sprachkenntnisse auszugehen ist.⁶⁴ Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass eine § 30 Abs. 2 AufenthG vergleichbare Härtefallvorschrift nicht existiert. Dies steht im Widerspruch zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, das bereits bei einem mehrjährigen Nachzugsverbot die Angemessenheit der Maßnahme verneint hat.⁶⁵

Darüber hinaus führt die Regelung zu einer inländerdiskriminierenden und gleichheitswidrigen Behandlung.⁶⁶ So werden im Rahmen der Familienzusammenführung zu EU-Bürgern Sprachkenntnisse nicht verlangt⁶⁷, ebenso nicht bei Positivstaaten (§ 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG). Insbesondere bei grenznahen Wohnorten ist den betroffenen deutschen Ehepartnern zu raten, ggf. einen Umzug ins EU-Ausland anzustreben, da in diesem Fall eine Berufung auf das Freizügigkeitsrecht möglich ist.⁶⁸

Im Hinblick auf türkische Staatsangehörige verstößt der Nachweis von Sprachkenntnissen gegen die stand-still-Klausel des Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls, da gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAusIG vom 10.0.1965 i.d.F. vom 13.9.1972 türkische Staatsangehörige nur dann ein

⁶¹ So auch HK-AusIR, § 30 AufenthG Rn 29, Marx, InfAusIR 2007, S. 416; Gronendijk, ZAR 2006, 191 (195 f); Goebel-Zimmermann/Born, ZAR 2007, 54 ff. (57).

⁶² Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169, 173 m.w.N.. a.A. Hailbronner, FamRZ 2008, 1583, 1588.

⁶³ BVerfGE, 76, 1042 f.

⁶⁴ a.A. Hailbronner, FamRZ 2008, 1583, 1587.

⁶⁵ BVerfGE 76, 1, 49=InfAusIR 1988, 33.

⁶⁶ HK-AusIR, § 30 AufenthG Rn 33, Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169, 176, a.A. VG Berlin, Urt. v. 19.12.2007 – VG 5 V 22.07, wohl auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 01.07.2008 - OVG 11 S 38.08,

Hailbronner, FamRZ 2008, 1583, 1588.

⁶⁷ vgl. ANA-ZAR 5/2008, 34, EuGH, Urt. v. 25.7.2008 – C-127/08.

⁶⁸ EuGH, Beschl. v. 11.12.2007 – C-291/05 (Eind), ZAR 2008, 28, Hailbronner, FamRZ 2008, 1583.

Visum benötigen, wenn sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben wollten, so dass in ihrem Fall § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG Anwendung findet.⁶⁹

Nun zu den Voraussetzungen:

Man kann sich auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen, wenn das Sprachniveau der Stufe »A 1« der kompetenten Sprachanwendung des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens (GER) erreicht ist. Demnach muss man sich mit einfachen, überwiegend isolierten Wendungen über Menschen und Orte äußern können. Die Kommunikation kann dabei völlig davon abhängig sein, dass etwas langsamer wiederholt, umformuliert oder korrigiert wird. Man muss einfache Fragen stellen und beantworten, einfache Feststellungen treffen oder auf solche reagieren können, sofern es sich um unmittelbare Bedürfnisse oder um sehr vertraute Themen handelt, z. B. wo man wohnt, welche Leute man kennt oder welche Dinge man hat.⁷⁰

Zweifelhaft ist zunächst, ob das Bestehen eines bestimmten Sprachtests verlangt werden kann. So geht das Auswärtige Amt davon aus, dass der Sprachnachweis durch Vorlage des Sprachprüfungszertifikats »Start Deutsch 1« des Goethe-Institutes oder seiner Partner-Organisationen bzw. Lizenznehmer zu erfolgen habe. Nur in eng begrenzten Ausnahmefällen könnten gleichwertige andere Sprachzeugnisse ausreichen, z. B. Zeugnisse von Oberschulen mit deutschem Abitur, Sprachzeugnisse der Stufe A 1 der Kulturinstitute der Schweiz und Österreichs.⁷¹ Die Kosten des Sprachkurses und der Sprachprüfung (ca. 700 Euro) sind vom Antragsteller zu tragen.⁷² Ausnahmsweise bedarf es keines Nachweises, wenn ausreichende Deutschkenntnisse bei Antragstellung bzw. persönlicher Vorsprache im Konsulat/in der Botschaft offenkundig vorliegen.⁷³ In einem Herkunftsstaat, der kein Prüfungsangebot durch das Goethe-Institut oder dessen Lizenznehmer hat, soll die Visastelle die Sprachkenntnisse im individuellen Gespräch im Rahmen einer persönlichen Vorsprache selbst feststellen und in der Visumsakte dokumentieren. Dies ist dann problematisch, wenn eine konsularische Vertretung nicht existiert (Bsp. Eritrea). In diesem Fall sind die Betroffenen gezwungen, die Sprachprüfung in der zuständigen auswärtigen Botschaft abzulegen.

⁶⁹ Bald wohl geklärt im Verfahren des EuGH C-228/06 (Soysal).

⁷⁰ vgl. <http://www.goethe.de/z/50/commeuro/deindex.htm>.

⁷¹ Weisung Auswärtiges Amt 17.07.2007, S. 2.

⁷² Hinweise BMI zum Richtlinienumsetzungsg, Stand 2.10.2007, Rn 219.

⁷³ Hinweise BMI, Rn 222.

Das Gesetz gibt nicht vor, auf welche Art und Weise der Sprachnachweis zu erfolgen hat. Der ausschließliche Verweis auf das Zertifikat des Goetheinstitutes ist daher rechtswidrig.⁷⁴ Wird der Antrag auf Familienzusammenführung mangels Nachweis nicht angenommen, ist eine Untätigkeitsklage anzuraten.

Umstritten ist, inwieweit auch schriftliche Sprachkenntnisse verlangt werden dürfen. Das VG Berlin ist der Ansicht, dies ergebe sich neben dem Sinn und Zweck der Regelung auch aus der Tatsache, dass § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG anders als z.B. § 9 Abs. 2 S. 5 AufenthG nicht zwischen mündlichen und schriftlichen Kenntnissen differenziere.⁷⁵ Auch § 104 Abs. 2 S. 1 AufenthG erwähnt die mündlichen einfachen Sprachkenntnisse ausdrücklich. Insofern wird man grundsätzlich verlangen können, dass kurze einfache Sätze, z.B. Feriengrüße auf einer Postkarte, geschrieben werden können.

Es wird deutlich, dass – abhängig von der Herkunftsregion und der Vorbildung – der Nachweis der Sprachkenntnisse letztlich die Familienzusammenführung dauerhaft verhindern kann. Eine Kursteilnahme bei einer Herkunft aus abgelegenen ländlichen Gebieten oder Krisenregionen ist unzumutbar.⁷⁶ Insofern liegt ein unverhältnismäßiger Eingriff in Art. 6 Abs. 1 GG vor, zumal als milderer Mittel die Verpflichtung zu einem Integrationskurs nach Einreise in das Bundesgebiet in Frage kommt.⁷⁷

Ein Nachweis der Sprachkenntnisse entfällt

- beim Zuzug zu Hochqualifizierten, Forschern und Selbstständigen mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 19 bis 21 AufenthG, soweit die Ehe schon bestand, als diese in das Bundesgebiet einreisten (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AufenthG),
- beim Zuzug zu Personen, die eine Niederlassungserlaubnis oder eine Daueraufenthaltserlaubnis-EG besitzen und zuvor eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 20 AufenthG (Forscher) hatten (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 AufenthG),
- bei Zuzug zu Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 38 a AufenthG, soweit die Ehe bereits in dem EU-Staat bestand, in dem die Daueraufenthaltsberechtigung entstand (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG),
- beim Nachzug zu Flüchtlingen mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG oder einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 3 AufenthG, soweit

⁷⁴ Vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 16.1.2008 - 2 M 1.08.

⁷⁵ Ur. v. 23.7.2008 - 15 V 3.08.

⁷⁶ Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169, 172, Marx, InfAusIR 2007, 413, 416.

⁷⁷ A.A. Hailbronner, FamRZ 2008, 1583, 1587.

die Ehe schon bestand, als der Flüchtling ins Bundesgebiet floh (§ 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG),

- wenn der Ehegatte wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht in der Lage ist, die Sprachkenntnisse nachzuweisen (§§ 28 Abs. 1 S. 5, 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 AufenthG),
- bei erkennbar geringem Integrationsbedarf oder fehlender Teilnahmeberechtigung an einem Integrationskurs (§§ 28 Abs. 1 S. 5, 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AufenthG),
- bei Positivstaaten (§§ 28 Abs. 1 S. 5, 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG) im Sinne des § 41 Abs. 1 AufenthV und im Sinne des § 41 Abs. 2 AufenthV, soweit diese keiner Erwerbstätigkeit im Sinne des § 17 AufenthG in Verbindung mit § 16 S. 1 BeschVerfV nachgehen.

Im Rahmen des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AufenthG muss eine Betrachtung des Einzelfalls erfolgen, bei der nicht nur Umstände berücksichtigt werden müssen, die die sprachliche Ausdrucksfähigkeit in entsprechender Weise beeinträchtigen. Vielmehr kann auch eine Krankheit oder Behinderung, die den Antragsteller hindert, die geforderten Deutschkenntnisse in zumutbarer Weise zu erlernen (z. B. körperliche Behinderung macht bei fehlender behindertengerechter Infrastruktur im Herkunftsland ein Erlernen am räumlich entfernten Goethe-Institut unmöglich), einen Härtefall darstellen.⁷⁸ Analphabetismus ist hingegen nicht per se als Behinderung anzusehen,⁷⁹ während eine Schwangerschaft unter die Regelung fallen kann⁸⁰.

Von einem geringen Integrationsbedarf ist in der Regel auszugehen bei Ehegatten, die einen Hoch- oder Fachhochschulabschluss oder eine entsprechende Qualifikation besitzen oder eine Erwerbstätigkeit ausüben, die regelmäßig eine solche Qualifikation voraussetzt, und wenn im Einzelfall die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Ehegatte sich ohne staatliche Hilfe in das wirtschaftliche, gesellschaftliche und kulturelle Leben in Deutschland integrieren wird.⁸¹ Von § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3 AufenthG werden auch Fälle erfasst, in denen ein Deutscher mit seinem ausländischen Ehepartner aus dem Ausland dauerhaft zurückkehren will.⁸² Kein Anspruch auf Teilnahme an einem Integrationskurs besteht unter den Voraussetzungen des § 44 Abs. 3 AufenthG bzw., wenn keiner der in § 44 Abs. 1 AufenthG genannten Titel

⁷⁸ Hinweise BMI zum Richtlinienumsetzungsg, Rn 209 b.

⁷⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 14.11.2008 - OVG 11 S 38.08.

⁸⁰ Vorl. Anwendungshinweise des Landes Berlin, Nr. 30.1.3, Stand 28.10.2008.

⁸¹ BT-Drs. 16/5065, S. 175.

⁸² Hinweise BMI zum Richtlinienumsetzungsg, Rn 202.

vorliegt. Dies betrifft z.B. Ehegatten von deutschen oder ausländischen Stipendiaten oder Studierenden, Geschäftsleuten, Gastwissenschaftlern mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 17 AufenthG. Auch junge Erwachsene, die eine schulische Ausbildung aufnehmen, oder Ausländer, die bereits über ausreichende Deutschkenntnisse verfügen, haben gemäß § 44 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 2 AufenthG keine Berechtigung zur Integrationskursteilnahme.

Fall: Der hier lebende togoische Staatsangehörige Agbenossi heiratet eine amerikanische Staatsangehörige. Sie besteht den Deutschtest nicht, beantragt dennoch die Familienzusammenführung.

Problematisch ist, wie in den Fällen zu verfahren ist, in denen nicht der (hier aufhältige) Ausländer nach § 41 AufenthV privilegiert ist, sondern lediglich der nachziehende Ehegatte. Der Wortlaut des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG begünstigt den Ehegatten in diesen Fällen ausdrücklich nicht. Dennoch ist der Anwendungsbereich des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 über den Wortlaut hinaus auch auf die nachziehenden Ehegatten zu erstrecken, deren Ehegatten nicht nach § 41 privilegiert sind. Hierfür spricht zum einen der durchgehend geringe Integrationsbedarf von Angehörigen der in § 41 AufenthV genannten Staaten, zum anderen der Sinn und Zweck des § 41 AufenthV, der - auch auf Grund der besonderen wirtschaftlichen Beziehungen Deutschlands zu diesen Staaten - Erleichterungen beim erstmaligen Erwerb einer Aufenthaltserlaubnis vorsieht. Diese Erleichterung würde konterkariert, wollte man diesen Personen, nachdem sie von § 41 AufenthV Gebrauch machen, die Erteilung der Erlaubnis versagen, bis sie im Bundesgebiet einfache Sprachkenntnisse erworben haben.

Fall: Frau Melaake hat einen Flüchtlingsstatus. Sie heiratet zwei Monate später, ihr Mann beantragt die Familienzusammenführung, verfügt aber nicht über Deutschkenntnisse.

Die Erleichterungen des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG sollen nur dann gelten, wenn die Ehe bereits zum Einreisezeitpunkt des Flüchtlings bestand. Wenn man der Ansicht ist, der erfolgreiche Sprachtest sei eine zulässige Integrationsmaßnahme, sieht Art. 7 Abs. 2 S. 2 der Familienzusammenführungs-RL allerdings vor, dass diese bei Familienangehörigen von Flüchtlingen erst nach Gewährung der Familienzusammenführung gefordert werden dürfen. Die RL gibt den Mitgliedstaaten in Art. 9 Abs. 2 zwar die Möglichkeit, die erleichternden Regelungen nur auf bereits zum Ausreisezeitpunkt bestehende Ehen anzuwenden; diese Ausnahme bezieht sich aber schon von der Stellung her nicht auf die Integrationsmaßnahmen des Art. 7 der RL. Die Beschränkung des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AufenthG ist daher richtlinienwidrig.

5. Kein Versagungsgrund nach § 27 Abs. 3 AufenthG

Fall: Herr Meier hat eine kenianische Staatsangehörige geheiratet. Er ist geschieden, aus der Ehe stammt ein Kind, das bei ihm lebt. Die Familie bezieht Leistungen nach SGB II. Die Ehefrau beantragt nun in Kenia die Familienzusammenführung.

§ 27 Abs. 3 AufenthG benennt einen speziellen Versagungsgrund im Rahmen der Familienzusammenführung. Demnach kann die Aufenthaltserlaubnis versagt werden, wenn der Stammberechtigte für den Unterhalt von anderen Familienangehörigen oder anderen Haushaltsangehörigen auf Leistungen nach SGB II oder XII angewiesen ist. Der Sinn dieser Vorschrift: durch den Zuzug soll die Sicherung des Lebensunterhalts auch für die Personen nicht in Frage gestellt werden, denen der Unterhaltsverpflichtete, zu dem der Familiennachzug stattfindet, bisher Unterhalt geleistet hat. Ein Versagungsgrund liegt daher z.B. vor, soweit beim Nachzug von Familienangehörigen aus einer späteren Ehe die aus einer früheren Ehe unterhaltsberechtigten Personen nicht mehr ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfe mit ausreichendem Unterhalt rechnen können, weil der Unterhalt vorrangig den hinzukommenden Familienangehörigen gewährt wird. Ergänzt wird diese Regelung durch eine Neufassung von § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II. Demnach erhalten neu einreisende Ausländer, die nicht Arbeitnehmer oder Selbständige sind, in den ersten drei Monaten ihres Aufenthalts keine Leistungen. Wie im bisherigen Recht kommt es nur auf das Bestehen des Anspruchs auf Leistungen nach dem SGB II oder XII, d.h. das Vorliegen der Voraussetzungen, nicht auf die tatsächliche Inanspruchnahme an.⁸³

Andere Familienangehörige sind nicht der Antragsteller und derjenige, zu dem der Zuzug erfolgen soll.⁸⁴ Bei den Haushaltsangehörigen sind auch Personen zu berücksichtigen, die ungeachtet einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht in den Haushalt aufgenommen wurden.⁸⁵ Die Unterhaltsverpflichtung bestimmt sich bei Ausländerbeteiligung nach EGBGB.⁸⁶ Der Versagungsgrund ist nicht heranzuziehen, wenn nachweislich in Aussicht steht, dass der Nachziehende im Bundesgebiet ein ausreichendes Einkommen erzielen wird.

Anders als § 17 Abs. 5 AuslG unterscheidet § 27 Abs. 3 S. 1 AufenthG nicht zwischen deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, zu denen der Zuzug begehrt wird. Daraus zog

⁸³ Ges.-Begr. BR-Drucks. 22/03, S. 183, Renner, AuslR, § 27 AufenthG Rn 29, aA Marx in: GK-AufenthG, § 27 Rn 151 ff.

⁸⁴ HessVGH, InfAuslR 2004, 239.

⁸⁵ Renner, AuslR, § 17 AuslG Rn 29.

⁸⁶ Art. 18 EGBGB, soweit kein völkerrechtlicher Vertrag gem. Art. 3 Abs. 2 EGBGB existiert, vgl hierzu BVerwG, AuAS 2005, 62, 64 (Iran).

das BMI den Schluss, dass der Bezug von Leistungen nach dem SGB II bzw. XII für Unterhaltsberechtigte auch bei Familien- bzw. Haushaltsangehörigen deutscher Staatsangehöriger zur Versagung des Aufenthaltstitels führen kann.⁸⁷ Dies greift die durch das 2. ÄndG verabschiedete Neufassung von Abs. 3 S. 1 nun auf. Dabei wird aber übersehen, dass das durch Abs. 3 eingeräumte Ermessen nach der Rspr. des BVerwG bei deutschverheirateten Ausländern nur in der Weise ausgeübt werden kann, dass ihnen ein Getrenntleben nur zur Wahrung zwingender öffentlicher Interessen zugemutet werden darf.⁸⁸ Dies gilt entsprechend für andere Familienangehörige deutscher Staatsangehöriger. Die Versagung des Aufenthaltstitels unter Berufung auf § 27 Abs. 3 wäre daher ermessensfehlerhaft, wenn sie allein darauf gestützt wird, dass der deutsche »Stammberechtigte« für andere Familienangehörige oder Haushaltsangehörige – z.B. Kinder aus einer vorangegangenen Ehe – auf Leistungen nach dem SGB II oder XII angewiesen ist.⁸⁹ Laut Gesetzesbegründung soll bei Deutschverheirateten die Erteilung des Aufenthaltstitels nur bei Vorliegen besonderer Umstände von der Sicherung des Lebensunterhaltes abhängig gemacht werden, d.h. insbesondere bei Doppelstaatlern, Deutschen, die lange im Herkunftsland des Ehepartners gelebt haben, und Eingebürgerten.⁹⁰ Hierdurch wird ein Zwei-Klassen-System deutscher Staatsangehöriger geschaffen, das mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht im Einklang steht. Daher ist § 27 Abs. 3 AufenthG für Familien- und Haushaltsangehörige deutscher Staatsangehöriger nicht anwendbar.

Liegt gegen den Zuzugsbegehrenden ein Ausweisungsgrund vor, kann die ABH von seiner Berücksichtigung absehen (§ 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG). Da die ABH insoweit ihr Ermessen ausüben muss, bedarf die Ablehnung des Nachzugs wegen eines Ausweisungsgrundes einer gesonderten Begründung, anderenfalls wäre die Entscheidung wegen Ermessensnichtgebrauch anfechtbar.

Im Falle der nachträglichen Befristung gemäß § 11 Abs. 2 AufenthG ist der Ausweisungsgrund verbraucht und kommt daher nicht mehr im Anwendungsbereich des § 27 Abs. 3 AufenthG zum Tragen. Ein die Ausweisung nach Ermessen eröffnender Tatbestand wie der Sozialhilfebezug gemäß § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG stellt keinen Ausweisungsgrund im Sinne von § 27 Abs. 3 AufenthG dar, wenn – wie im Falle des Familienangehörigen eines Deut-

⁸⁷ Nr. 27.3.1 VAH-AufenthG.

⁸⁸ BVerwG, InfAuslR 1999, 69 zu § 17 Abs. 5 AuslG, zum neuen Recht vgl. VG Berlin, Urt. v. 10.08.2006 – VG 31 V 61.05.

⁸⁹ Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 55.

⁹⁰ BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, S. 304 f zu § 28.

schen – die für eine etwaige Ausweisung zu treffende Ermessensentscheidung in keinem Fall zu Lasten des Betroffenen ausgehen könnte.⁹¹

6. Sonstige allgemeine Voraussetzungen

Soweit die Regelungen zum Familiennachzug nicht Abweichungen vorsehen, sind § 5, 10, 11 AufenthG anwendbar.

II. Deutscher Ehegatte

Bei Deutschverheirateten ist § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG heranzuziehen.

1. Deutscher Ehepartner mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland

Wird der Nachzug zu einem deutschen Ehepartner begehrt, muss dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben. Dieser ist gemäß § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I a.F. dort, wo sich der Deutsche unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.⁹²

2. Sicherung des Lebensunterhaltes

Fall: Frau Schmidt hat einen marokkanischen Staatsangehörigen geheiratet, der nun die Familiensammenführung beantragt hat. Frau Schmidt, früher selbst marokkanische Staatsangehörige, hat ein Kind aus erster Ehe. Die Familie bezieht Leistungen nach SGB II.

§ 28 Abs. 1 S. 3 AufenthG schreibt vor, dass von dem Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhaltes bei Deutschverheirateten nur in der Regel abzusehen ist. Beim Vorliegen eines atypischen Falles kann der Nachzug des Ehegatten daher von der Sicherung des Le-

⁹¹ OVG S-H, AuAS 2003, 122.

⁹² BVerwG, Urt. v. 4.6.1997 – 1 C 25.96, EZAR 601 Nr. 8, BVerwG - 1 C 31.03, InfAusIR 2005, 215 (zu § 4 Abs. 3 StAG).

bensunterhalts abhängig gemacht werden. Dies soll nach der Gesetzesbegründung der Fall sein, wenn die Führung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Ausland zumutbar sei, also bei Doppelstaatlern

bei Deutschen, die geraume Zeit im Herkunftsland des Ehegatten gelebt und gearbeitet haben und die Sprache dieses Staates sprechen.⁹³

Diese Regelung ist gleichheitswidrig. Es schafft eine deutsche Staatsbürgerschaft 2. Klasse und verletzt Art. 6 Abs. 1 GG, da dieser es regelmäßig gebietet, den Familiennachzug zu Deutschen zuzulassen.⁹⁴

II. Ausländischer Ehegatte

Der Familiennachzug zu Ausländern richtet sich nach §§ 29, 30 AufenthG.

1. Besitz eines Aufenthaltstitels im Sinne der §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 30 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG

Grundvoraussetzung des Familiennachzuges zu Ausländern ist gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG der Besitz einer

- Niederlassungserlaubnis,
- Daueraufenthaltserlaubnis-EG oder
- Aufenthaltserlaubnis

des hier lebenden Ausländers.

Fall: Frau Albayati betreibt die Familienzusammenführung zu ihrem Ehemann, der im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG ist. Das Bundesamt hat ein Widerrufsverfahren durchgeführt, die ABH hat die AE bereits widerrufen. Hiergegen klagt Herr Albayati.

Das BMI ist der Ansicht, dass in derartigen Fällen eine Familienzusammenführung nicht erfolgen könne, da gemäß § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG unbeschadet eines Suspensiveffektes die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes beendet sei.⁹⁵

⁹³ BT-Drs. 16/5965, S. 171.

⁹⁴ Göbel-Zimmermann, ZAR 2008, 169, 176 unter Verweis auf BVerfGE 79, 69, a.A. Hailbronner, FamRZ 2008, 1583, 1588.

⁹⁵ Nr. 29.1.2.1 VAH-AufenthG.

Ein Anspruch auf Familienzusammenführung bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen besteht gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, wenn der hier lebende Ausländer

- im Besitz einer Niederlassungserlaubnis
- im Besitz einer Daueraufenthaltserlaubnis-EG
- im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 20 AufenthG (Forscher) oder § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG (pol. Flüchtling)
- seit zwei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, die nicht mit einer Nebenbestimmung nach § 8 Abs. 2 AufenthG versehen ist oder die spätere Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nicht aufgrund einer Rechtsnorm ausgeschlossen ist
- im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist, die Ehe bereits bei deren Erteilung bestand und er voraussichtlich mehr als ein Jahr im Bundesgebiet bleiben wird
- im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38 a AufenthG ist, die eheliche Lebensgemeinschaft bereits in dem EU-Staat bestand, in dem er langfristig aufenthaltsberechtigt im Sinne der Daueraufenthalts-RL ist.

Im Fall des § 30 Abs. 1 Nr. 3 d) AufenthG steht der Familiennachzug im Ermessen der Behörde, wenn zwar eine Aufenthaltserlaubnis vorliegt, die weiteren Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt werden, § 30 Abs. 2 S. 2 AufenthG. Hierunter dürften vor allem Wissenschaftler und Gastdozenten mit einem kurzfristigen Aufenthalt fallen.⁹⁶

2. Sicherung des Lebensunterhaltes

Der Familiennachzug zu Ausländern setzt grundsätzlich gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG die Sicherung des Lebensunterhaltes voraus.

Davon ist gemäß § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG abzusehen, wenn

- der hier lebende Ausländer im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG oder einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 3 AufenthG ist,
- der Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels innerhalb von drei Monaten nach unanfechtbarer Anerkennung als Asylberechtigter oder unanfechtbarer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft gestellt wird und

⁹⁶ vgl. BT-Drs. 15/420, S. 82, HK-AuslR, § 30 AufenthG Rn 36 m.w.N..

- die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft in einem Staat, der nicht Mitgliedstaat der Europäischen Union ist und zu dem der Ausländer oder seine Familienangehörigen eine besondere Bindung haben, nicht möglich ist.

So positiv diese Ausnahmeregelung klingt, weist sie in der Praxis allerhand Probleme auf.

Fall: Herr Negash wird als Flüchtling anerkannt. Er weiß nicht, wo sich derzeit seine Familie aufhält. Nach seinen Informationen ist sie aus dem Heimatland Eritrea geflohen und soll sich im Sudan aufhalten.

§ 29 Abs. 2 S. 3 AufenthG weist ausdrücklich darauf hin, dass die Drei-Monatsfrist des § 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 AufenthG auch durch die rechtzeitige Antragstellung des hier lebenden Ausländers gewahrt wird. Diese Regelung soll berücksichtigen, dass dem Familienangehörigen eines Flüchtlings aufgrund besonderer Umstände im Aufenthaltsstaat eine fristgerechte Antragstellung nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen möglich sein kann. Insofern muss unter Beachtung dieses Schutzgedankens auch dann eine Antragstellung durch den hier lebenden Flüchtling möglich sein, wenn der Verbleib der Familienangehörigen noch nicht bekannt ist. Es wäre unverhältnismäßig, wenn gerade in diesen Fällen, die die prekäre Situation von Flüchtlingsfamilien illustrieren, § 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 AufenthG keine Anwendung finden könnte. Der Antrag ist allerdings bei der zuständigen Auslandsvertretung zu stellen. Dies kann per e-mail geschehen, da das AufenthG eine besondere Form nicht vorsieht.⁹⁷

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme von der Unanfechtbarkeit der asyl- oder flüchtlingsrechtlichen Entscheidung durch Zustellung der Abschlussmitteilung seitens des Bundesamtes an den Flüchtling bzw. dessen Bevollmächtigten.⁹⁸

Fall: Frau Ikmen wurde im Jahr 2003 als politischer Flüchtling anerkannt. Ihr Mann beantragt im Jahr 2008 die Familienzusammenführung.

Es stellt sich die Frage, inwieweit § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG auf derartige Fallkonstellationen Anwendung findet. Dieser Personenkreis konnte aufgrund der vor dem RichtlinienumsetzungsG erfolgten Flüchtlingsanerkennung faktisch keinen rechtzeitigen Antrag stellen. Es ist bereits fraglich, ob es sich hierbei nicht um eine unzulässige echte Rückwirkung handelt, da nun an einen in der Vergangenheit liegenden, abgeschlossenen Tatbestand - Flüchtlingsanerkennung – weitere Rechtsfolgen angeknüpft werden. Jedenfalls aber ist das Ermessen im Rahmen des § 29 Abs. 2 S. 1 AufenthG auf Null reduziert.

⁹⁷ VG Berlin, Beschl. v. 4.10.2007 - VG 23 V 18.07.

⁹⁸ HK-AuslR, § 29 AufenthG Rn 9.

Fall: Herr Ahmed stammt aus dem Irak. Er ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG. Seine Frau hat einen Aufenthalt als palästinensischer Flüchtling in Syrien und beantragt die Familienzusammenführung.

Im Rahmen des § 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 AufenthG dürfen die Ausländerbehörde oder die deutsche Auslandsvertretung u.a. prüfen, ob der nachzugswillige Familienangehörige bereits mit Daueraufenthaltsrecht oder als anerkannter Flüchtling in einem Drittstaat lebt. Darüber hinaus ist festzustellen, ob dem hier lebenden Ausländer die Einreise und der Aufenthalt in diesem Drittstaat faktisch möglich und zumutbar⁹⁹ ist.

Sind die o.g. Ausnahmen des § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG nicht erfüllt, kann von der Sicherung des Lebensunterhaltes bei Flüchtlingen nach Ermessen abgesehen werden, § 29 Abs. 2 S. 1 AufenthG. Im Rahmen des Ermessens ist zu berücksichtigen, wenn sich der Flüchtling nachhaltig um Arbeit bemüht.¹⁰⁰ Außerdem ist dem Umstand, dass eine Familienzusammenführung im Verfolgerstaat oder einem Drittstaat nicht zumutbar ist, besondere Bedeutung beizumessen.¹⁰¹

In den übrigen Fällen ist der Nachweis der Lebensunterhaltssicherung zu führen. Dabei ist unerheblich, ob Sozialleistungen tatsächlich bezogen werden, der Anspruch allein ist für die Versagung ausreichend.¹⁰² Ausreichend ist, wenn dieser Anspruch im Falle des Nachzuges entsteht. Gesichert ist der Lebensunterhalt, wenn er einschließlich eines ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestritten wird, § 2 Abs. 3 S. 1 AufenthG. Keine schädlichen öffentlichen Leistungen sind¹⁰³

- Kindergeld,
- Kinderzuschlag,
- Erziehungsgeld
- Elterngeld
- Arbeitslosengeld I
- Leistungen aus der Kranken- oder Rentenversicherung
- Stipendien
- Wohngeld
- BaföG.

⁹⁹ Vgl. Nr. 29.2.2. VAH-AufenthG.

¹⁰⁰ Nr. 29.2.2. VAH-AufenthG.

¹⁰¹ HK-AusIR, § 29 Rn 11.

¹⁰² BVerwG, Urt. v. 26.8.2008 – 1 C 32.07.

¹⁰³ vgl. HK-AusIR, § 2 AufenthG Rn 12.

Dabei sind allerdings Erziehungsgeld und Wohngeld nicht als Einkommen anzurechnen.

Als nicht gesichert gilt der Lebensunterhalt, wenn beispielsweise folgende Leistungen in Anspruch genommen werden:

- Arbeitslosengeld II gem. SGB II,
- Sozialgeld nach SGB II,
- Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach SGB XII,
- Hilfe zum Lebensunterhalt nach SGB XII,
- stationäre oder teilstationäre Leistungen nach SGB VIII (KJHG),
- Leistungen gem. Asylbewerberleistungsgesetz.

Bei der Frage, ob der Lebensunterhalt gesichert ist, muss eine Prognoseentscheidung getroffen werden, die unter Einbeziehung aller bekannten Umstände danach fragt, ob der Ausländer aller Voraussicht nach bei nicht wesentlich veränderten und Außerachtlassung von unvorhergesehenen Umständen den Lebensunterhalt aus eigenen oder »unschädlichen« öffentlichen Mitteln auf Dauer bestreiten können. Problematisch sind dabei sog. Kettenarbeitsverträge oder wechselnde Jobs bei verschiedenen Arbeitgebern. Hier ist auf den Einzelfall abzustellen. Wird z.B. deutlich, dass Kettenverträge in der Branche üblich sind und immer wieder verlängert wurden oder hat der Ausländer sofort nach Beendigung des zeitlich befristeten Jobs einen neuen gefunden, muss von einer positiven Prognose ausgegangen werden. Demgegenüber reichen unregelmäßige Aushilfstätigkeiten oder lediglich einmalige finanzielle Zuflüsse in der Regel zum Nachweis einer Sicherung des Lebensunterhaltes nicht aus.¹⁰⁴

Das AufenthG definiert nicht, ab welcher Einkommenshöhe der Lebensunterhalt gesichert ist. Das BVerwG stellt als Maßstab auf das SGB II ab.¹⁰⁵ Demnach ist das zur Verfügung stehende Einkommen nach den Regelungen in § 11 SGB II zu ermitteln. Von dem nach § 11 Abs. 1 SGB II zu ermittelnden Bruttoeinkommen sind – so das BVerwG – die in § 11 Abs. 2 SGB II genannten Beträge abzuziehen. Hierzu gehören auch der Freibetrag bei Erwerbstätigkeit gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i.V.m. § 30 SGB II und die Pauschale von 100 €, die nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II an die Stelle der Beträge nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bis 5 tritt.¹⁰⁶

¹⁰⁴ OVG Berlin, Beschl. v. 4.3.2004 – 2 S 14.04.

¹⁰⁵ Ur. v. 26.8.2008 – 1 C 32.07, a.A. HK-AusIR, § 2 AufenthG Rn 14: SGB XII.

¹⁰⁶ BVerwG. a.a.O.

Der Unterhaltsbedarf ist nach den besonderen Umständen im Einzelfall unter Berücksichtigung der persönlichen Lebenssituation, des Alters, des Berufs und des Familienstandes sowie des Gesundheitszustandes und dem Gesichtspunkt eines menschenwürdigen Daseins zu ermitteln.¹⁰⁷ Unterbringungskosten (Miete, Heizkosten) sind zu berücksichtigen. Liegen keine individuellen Besonderheiten vor (zB Alter, Gesundheitszustand o.ä.) sind Berechnungsgrundlagen die Regelbedarfssätze gemäß §§ 20, 28 SGB II.¹⁰⁸

Beiträge anderer Familienangehöriger zum Haushaltseinkommen sind im Falle der Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu berücksichtigen (§ 2 Abs. 3 S. 3 AufenthG). Es ist dabei unerheblich, ob diese Leistungen von Dritten aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung oder freiwillig erfolgen. Nicht erforderlich ist, dass der Familienangehörige, der die Leistungen erbringt, mit dem Begünstigten zusammenlebt.¹⁰⁹ Als Familienangehöriger gilt derjenige, der gerade aufgrund familiärer Verbundenheit Unterhaltsleistungen erbringt, z.B. auch Verwandte in der Seitenlinie oder »Stiefeltern«.¹¹⁰

Der Nachweis des gesicherten Lebensunterhaltes erfasst auch einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz. Bei gesetzlich Versicherten tritt im Fall des Familiennachzugs von minderjährigen Kindern und Ehepartnern in der Regel die Familienversicherung ein. Bei Nachweis einer privaten Krankenversicherung muss diese einen Leistungsumfang aufweisen, der demjenigen der gesetzlichen Krankenkasse gemäß SGB V entspricht¹¹¹ Eine Vorsorge für Pflegebedürftigkeit in Form einer Pflegeversicherung ist nicht Teil des ausreichenden Krankenversicherungsschutzes.¹¹² Sie kann nur verlangt werden, wenn die Nachzugsvorschrift der Behörde ein Ermessen bei der Erteilung des Aufenthaltstitels ermöglicht.

3. Ausreichender Wohnraum

Von dieser Vorgabe ist unter den Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG zwingend abzusehen (s.o.) bzw. kann im Fall des § 29 Abs. 2 S. 1 AufenthG nach Ermessen verzichtet werden.

¹⁰⁷ Nr. 2.3.3.0 VAH-AufenthG.

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 26.8.2008 – 1 C 32.07.

¹⁰⁹ HK-AusIR, § 2 AufenthG Rn 16.

¹¹⁰ Nr. 2.3.3.3 VAH-AufenthG.

¹¹¹ HK-AusIR, § 2 AufenthG Rn 22.

¹¹² HK-AusIR, § 2 AufenthG Rn 22.

Der Begriff „ausreichend“ bezieht sich sowohl auf die Beschaffenheit als auch die Belegung.¹¹³ Als Obergrenze gilt, was das Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen fordert, so dass keine größere Wohnung verlangt werden darf, als nach den landesrechtlichen Bestimmungen zu § 5 des Zweiten Wohnungsbindungsgesetzes beansprucht werden kann. Ist eine abgeschlossene Wohnung mit Küche, Bad und WC vorhanden, ist der Wohnraum in der Regel ausreichend, wenn für jedes Familienmitglied über sechs Jahren 12 qm und unter sechs Jahren 10 qm Wohnfläche zur Verfügung stehen und Nebenräume (Küche, Bad, WC) in angemessenem Umfang mitbenutzt werden können.¹¹⁴ Maßgeblich ist die Gesamtgröße der Wohnung, eine Unterschreitung um etwa 10 % ist unschädlich.¹¹⁵ Gemeinschaftsunterkünfte oder eine Obdachlosenunterbringung sollen aufgrund des nur vorübergehenden Aufenthaltes nicht als Wohnraum angesehen werden können.¹¹⁶

4. Kein Ausschluss gemäß § 29 Abs. 3 AufenthG

Fall: Frau Nkumu besitzt eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG, da bei ihrer Mutter aufgrund einer chronischen Erkrankung ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG angenommen wurde und diese im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG ist. Nun heiratet Frau Nkumu. Ihr Ehemann beantragt aus der DR Kongo die Familienzusammenführung.

Kein Familiennachzug soll gemäß § 29 Abs. 3 S. 3 AufenthG in den Fällen möglich sein, in denen der hier lebende Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 25 Abs. 4 oder 5, 104 a Abs. 1 S. 1 oder 104 b AufenthG besitzt. Die Gesetzesbegründung stellt dabei darauf ab, dass es sich bei diesen Aufenthaltstiteln um einen vorübergehenden Aufenthalt handele.¹¹⁷ Damit setzt sie sich in Widerspruch zur Rechtsprechung des BVerfG, wonach der Aufenthaltstitel allein nichts über die voraussichtliche Dauer des Aufenthaltes besagt.¹¹⁸ Zudem stellt § 25 Abs. 5 AufenthG ausdrücklich darauf ab, dass eine Aufenthaltserlaubnis nur erteilt wird, wenn die Ausreise nicht nur vorübergehend unmöglich ist.¹¹⁹

¹¹³ Nr. 2.4.1 VAH-AufenthG.

¹¹⁴ Nr. 2.4.2 VAH-AufenthG.

¹¹⁵ Nr. 2.4.3 VAH-AufenthG.

¹¹⁶ HK-AusIR, § 2 AufenthG Rn 23.

¹¹⁷ BT-Drs. 15/420, S. 81.

¹¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 6.7.2004 – 1 BvR 2515/95.

¹¹⁹ HK-AusIR, § 29 AufenthG Rn 17 m.w.N..

Die Regelung ist darüber hinaus mit der Familienzusammenführungs-RL nicht vereinbar. Diese schließt zwar subsidiär Schutzberechtigte von ihrer Anwendbarkeit aus (Art. 3 Abs. 3 c). Eine subsidiäre Schutzberechtigung in diesem Sinne ist aber nur in Fällen des Art. 15 Qualifikations-RL, d.h. faktisch bei einem Teil von Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG zu bejahen. In allen anderen Fällen schreibt die Richtlinie vor, dass der Familiennachzug grundsätzlich möglich ist, wenn der hier lebende Angehörige, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll, im Besitz eines Aufenthaltstitels mit mindestens einjähriger Gültigkeit ist und begründete Aussicht darauf hat, ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht zu erlangen. Eine generelle Beschränkung des Familiennachzugs in den Fällen des § 25 Abs. 5 AufenthG ist daher ebenso unzulässig wie der generelle Ausschluss in Fällen der §§ 104 a Abs. 1 S. 1, 104 b AufenthG.¹²⁰ In der Regel haben nämlich diese Personen eine längerfristige Aufenthaltserlaubnis und eine begründete Aussicht auf ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht.

Besitzt der hier lebende Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 22, 23 oder 25 Abs. 3 AufenthG, soll ein Familiennachzug nur aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik gestattet sein, § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG. In der Praxis sind vor allem humanitäre Gründe relevant. Nach der Gesetzesbegründung soll dabei nicht schon die familiäre Bindung an sich als humanitärer Grund angesehen werden, sondern alle Umstände, die eine humanitäre Dringlichkeit begründen, maßgeblich sein.¹²¹ So liegt ein humanitärer Grund vor, wenn die familiäre Gemeinschaft auf absehbare Zeit ausschließlich im Bundesgebiet hergestellt werden kann.¹²² Davon ist bei Ausländern, die eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG besitzen und die die gleiche Staatsangehörigkeit wie der Ehepartner besitzen, in der Regel auszugehen.

Fall: Bei Herrn Tekle, einem eritreischen Staatsangehörigen, wird im Asylfolgeverfahren aufgrund seiner exilpolitischen Aktivitäten ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 2 AufenthG bejaht. Die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus scheitert an § 28 Abs. 2 AsylVfG. Nunmehr begehrt seine Ehefrau, äthiopische Staatsangehörige, die Familienzusammenführung.

Die Familienzusammenführungs-RL begünstigt zwar Flüchtlinge, nicht aber subsidiär Schutzberechtigte. Die Gesetzesmaterialien zeigen, dass die Herausnahme dieser Personengruppe erst sehr spät erfolgt ist. Der Grund bleibt unklar. Allerdings schreibt Art. 23 Abs. 1 der Qualifikations-RL vor, dass für die Aufrechterhaltung des Familienverbandes Sorge

¹²⁰ HK-AusIR, § 29 AufenthG Rn 21.

¹²¹ BT-Drs. 15/420, S. 81.

¹²² HK-AusIR, § 29 AufenthG Rn 12.

getragen werden muss. In Verbindung mit Art. 23 Abs. 2 und Art. 4 Abs. 2 Qualifikations-RL wird daraus abgeleitet, dass auch für subsidiär Schutzberechtigte ein Anspruch auf Familienzusammenführung bestehe.¹²³

Familienangehörige von Personen, die einen Aufenthalt zu vorübergehendem Schutz im Sinne des § 24 AufenthG haben, werden gemäß § 29 Abs. 4 privilegiert. Bei ihnen besteht ein Anspruch auf Familienzusammenführung unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhaltes, wenn die Lebensgemeinschaft in der Heimat durch die Flucht aufgehoben wurde, und der Familienangehörige entweder aus einem anderen EU-Staat oder aus schutzbedürftiger Situation aus einem anderen Drittland übernommen wird.

D. Familiennachzug im Eltern-Kind-Verhältnis

Zu beachten ist, dass bei nachziehenden Kindern, deren Eltern sich vor dem 1.1.2005 rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, gemäß § 104 Abs. 3 AufenthG § 20 AuslG anzuwenden ist, es sei denn, das AufenthG ist günstiger. § 104 Abs. 3 AufenthG erfasst mit seiner Verweisung auf § 20 AuslG nach Wortlaut und Sinn und Zweck allerdings nur die in dieser Vorschrift geregelten personen- und familienbezogenen Nachzugsvoraussetzungen, beinhaltet aber nicht, dass im Sinne einer „Stand-Still-Klausel“ insgesamt auf die frühere Rechtslage abzustellen wäre, etwa auf die vor dem 1.1.2005 geltenden sozialhilferechtlichen Bestimmungen bei der Prüfung des Erfordernisses der Sicherung des Lebensunterhalts.¹²⁴ Darüber hinaus müssen – neben § 27 Abs. 1 und 3 AufenthG – in der Regel die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Allgemeine Voraussetzungen

1. Eltern-Kind-Verhältnis

Der Normalfall des AufenthG geht davon aus, dass sowohl eine biologische als auch eine rechtliche Beziehung – durch die Eheschließung – zwischen den Eltern und den Kindern besteht.

¹²³ VG Frankfurt, Urt. v. 30.5.2007 - 7 E 801/07.A (V), HK-AuslR, § 29 AufenthG Rn 18 f..

¹²⁴ BVerwG, Beschl. v. 26.8.2008 – 1 C 32.07.

Eine Vaterschaft im Rechtssinne liegt vor, wenn der Vater zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter verheiratet war, er die Vaterschaft anerkannt hat oder seine Vaterschaft nach § 1600 d BGB gerichtlich festgestellt ist (§ 1592 BGB). Wird ein Kind nach Anhängigkeit der Scheidung geboren und die Vaterschaft durch einen Dritten spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils anerkannt, bedarf die Anerkennung der Zustimmung des Nochehemannes; sie wird frühestens mit Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils wirksam (§ 1599 Abs. 2 BGB). Eine Vaterschaftsanerkennung ist bereits vor Geburt des Kindes möglich (§ 1594 Abs. 4 BGB). Der Standesbeamte kann bei der Beurkundung zwar nicht die tatsächlichen Abstammungsverhältnisse prüfen, kann aber in Zweifelsfällen gemäß § 45 Abs. 2 PStG die Entscheidung des Amtsgerichts darüber einholen, ob die Amtshandlung vorzunehmen ist bzw. soll die Beurkundung ablehnen, wenn eine Anfechtbarkeit gemäß § 1600 Abs. 5 BGB offenkundig ist (§ 29 a PStG).¹²⁵ Bei Zweifeln an der (beurkundeten) Vaterschaft kann aber ausschließlich ein Verfahren gemäß §§ 1599 ff BGB (Vaterschaftsanfechtung) erfolgen.

Diskutiert werden in diesem Zusammenhang die rechtlichen Folgen einer sog. Scheinvaterschaft, in der bei fehlender biologischer Abstammung die Vaterschaft für ein Kind anerkannt wird, um diesem z.B. gemäß § 4 StAG die dt. Staatsangehörigkeit und damit ggf. ein Aufenthaltsrecht für den ausländischen Elternteil zu verschaffen. So wird die Auffassung vertreten, dass es dem ausländischen Elternteil trotz der familienrechtlichen Wirksamkeit dieser Vaterschaftsanerkennung¹²⁶ aufgrund des Missbrauchs des § 1598 BGB verwehrt sein soll, sich auf sie zu berufen.¹²⁷ Entscheidend soll somit sein, ob der Vaterschaftsanerkennung auch eine biologische Vaterschaft zugrunde liegt. Es ist allerdings kaum vertretbar, an die Feststellung der Vaterschaft im Staatsangehörigkeits- und Ausländerrecht andere Maßstäbe anzulegen als im Familienrecht.¹²⁸ Entscheidend muss allein sein, ob zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind eine gelebte soziale Beziehung besteht und der Vater Betreuungsleistungen erbringt. Dies verdeutlicht auch Art. 16 Abs. 1 b) der Familienzusammenführungs-RL, der die Ablehnung eines Visums zur Familienzusammenführung (nur) dann zulässt, wenn kein tatsächliches Familienleben vorliegt. Allein aus der Tatsache, dass der Vater versucht,

¹²⁵ erfolgte die Anerkennung beim Notar oder Jugendamt, kann er die Registrierung nicht ablehnen.

¹²⁶ KG Berlin, Beschl. v. 11.12.2001 – 1 W 193/01, FamRZ 2002, 1725.

¹²⁷ VGH BW, Beschl. v. 3.3.2005 – 13 S 3035/04, NJW 2005, 1529=AuAS 2005, 185=InfAusIR 2005, 258.

¹²⁸ So bereits Ges.Begr. BT-Drucks. 12/4450, 36, ebenso HessVGH, Beschl. v. 5.7.2005 – 9 ZU 364/05, vgl auch SächsOVG, Beschl. v. 2.11.2004 -3 BS 416/04, OVG S-A, InfAusIR 2006, 56, 60, Göbel-Zimmermann, ZAR 2006, 81, 90.

sein Aufenthaltsrecht zu sichern, kann nicht der Schluss gezogen werden, die Vaterschafts-
anerkennung erfolge nur aus taktischen Gründen.¹²⁹ In diesem Zusammenhang ist darauf
hinzuweisen, dass Abs. 1 a – obwohl der Wortlaut eine Anwendung zulassen würde – in den
Fällen der sog. Scheinvaterschaft die Ablehnung eines Visums nicht rechtfertigt. Dies würde
Art. 16 Abs. 2 b) der Familienzusammenführungs-RL widersprechen, der die Ablehnung ei-
nes Visums nur dann zulässt, wenn feststeht, dass die Ehe oder Lebenspartnerschaft nur zu
dem Zweck geschlossen bzw. die Adoption nur vorgenommen wurde, um der betreffenden
Person die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den Aufenthalt in einem Mitgliedstaat zu er-
möglichen. In Bezug auf eine Eltern-Kind-Beziehung erfasst die Familienzusammenfüh-
rungs-RL somit nur missbräuchliche Adoptionen, die Anerkennung der Vaterschaft, ohne
auch biologisch der Vater zu sein, fällt nicht darunter. Dies spiegelt auch die Gesetzesbe-
gründung wider, die ausdrücklich nur auf die sog. Scheinehe und -adoption Bezug nimmt.¹³⁰

Inzwischen gibt allerdings § 1600 BGB auch Behörden die Möglichkeit einer Vaterschaftsan-
fechtungsklage bei Verdacht der Scheinvaterschaft.¹³¹ § 1600 Abs. 3 BGB setzt allerdings
voraus, dass zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung
besteht oder im Zeitpunkt der Anerkennung oder seines Todes bestanden hat und durch die
Anerkennung rechtliche Voraussetzungen für die erlaubte Einreise oder den erlaubten
Aufenthalt des Kindes oder eines Elternteiles geschaffen werden. Darlegungspflichtig ist die
anfechtende Behörde. Problematisch ist, dass auch Jugendämtern einer Anzeigepflicht un-
terliegen (§ 87 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG PStG). Dies gilt aber nicht, wenn hierdurch die Wahr-
nehmung ihrer eigenen Aufgaben gefährdet wird (§ 87 Abs. 2 S. 2 AufenthG). bei einem dro-
henden Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes durch die Anfechtung dürfte
diese Ausnahme in der Regel zu bejahen sein.¹³² Aus §§ 90 Abs. 5, 87 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4
i.V.m. § 79 Abs. 2 Satz 3 AufenthG ergibt sich, dass die Ausländerbehörde die Entscheidung
über die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels auszusetzen hat, sobald „kon-
krete Tatsachen die Annahme rechtfertigen“, dass die Voraussetzungen für ein behördliches
Vaterschaftsanfechtungsrecht vorliegen. Ergibt das aufgrund der konkreten Tatsachen ein-
geleitete Vaterschaftsanfechtungsverfahren, dass die Vaterschaft missbräuchlich anerkannt
wurde und mithin nicht besteht, wird dies durch die Familiengerichte mitgeteilt (§ 87 Abs. 6
Nr. 2 AufenthG). Entscheidet die anfechtungsberechtigte Behörde von einer Klage abzuse-
hen oder stellt das Familiengericht fest, dass die Vaterschaft besteht, so wird dies gleichfalls

¹²⁹ BVerfG, Beschl. v. 29.3.2007 – 2 BvR 1977/06.

¹³⁰ BT-Drucks. 15/5056, S. 302.

¹³¹ Vgl schon Gesetzentwurf der B.regierung, BT-Drucks. 16/3291 v. 8.11.2006, vgl hierzu Siegfried,
Zur Abstammungskontrolle beim Erwerb der Staatsangehörigkeit, InfAusIR 2006, 121 ff.

¹³² Vgl hierzu OLG Celle, Beschl. v. 6.1.2006 – 19 UF 1/06 – juris.

von Amts wegen mitgeteilt (§ 87 Abs. 6 Nr. 1 und 2 AufenthG). In diesem Fall kann von einem missbräuchlichen Anerkenntnis nicht ausgegangen werden, so dass die Regelung des § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG nicht zur Anwendung kommt. Eine Anfechtung ist grundsätzlich nur innerhalb einer Frist von fünf Jahren seit dem Wirksamwerden der Anerkennung bei Kindern, die im Bundesgebiet geboren sind, bzw. seit der Einreise bei Kindern, die im Ausland geboren wurden, möglich. Das Vaterschaftsanerkenntnis wird nach der Geburt des Kindes in dem Moment wirksam, in dem es mit Zustimmung der Mutter in üblicher Form abgegeben wurde. Das vorgeburtliche Vaterschaftsanerkenntnis wird erst mit der Geburt wirksam. Darüber hinaus gilt für das behördliche Anfechtungsrecht eine Frist von einem Jahr ab dem Zeitpunkt, an dem die anfechtungsberechtigte Stelle von den die Anfechtung begründenden konkreten Tatsachen Kenntnis erlangt hat.

Bedenklich ist im Zusammenhang mit dem Problem der sog. Scheinvaterschaften die vermehrte Praxis der ABH und der Botschaften, die Vorlage von Vaterschaftstest zu fordern. Angeblich geschieht dies auf freiwilliger Basis. Doch welche Folgen hat eine Weigerung? Eine negative Bewertung dürfte mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung unvereinbar sein. So hat der BGH in mehreren Entscheidungen festgestellt, dass die Weigerung der Mutter oder des Kindes, auf Bitten des (gesetzlichen) Vaters an einer DNA-Begutachtung mitzuwirken, keinen ausreichenden Anfangsverdacht der Nichtvaterschaft begründe, da ein solches Verhalten Ausfluss des – negativen – informationellen Selbstbestimmungsrechts sei.¹³³ Besteht insoweit gegenüber dem Vater ein Verweigerungsrecht, muss dieses erst recht gegenüber Behörden gelten, ohne dass daraus negative Schlüsse gezogen werden dürfen. Aufgrund der Vorgabe des BVerfG, zur Verwirklichung des Rechts des rechtlichen Vaters auf Kenntnis der Abstammung seines Kindes von ihm ein geeignetes Verfahren allein zur Feststellung der Vaterschaft bereitzustellen,¹³⁴ sieht § 1598 a Abs. 1 BGB vor, dass ein Elternteil bzw. das Kind von den anderen Familienangehörigen verlangen kann, dass diese in eine genetische Abstammungsuntersuchung einwilligen und die Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe dulden. Die Einwilligung kann durch eine Entscheidung des Familiengerichts ersetzt werden (§ 1598 a Abs. 2 BGB). Hierdurch wird allerdings nicht ein Recht der Behörde geschaffen, selbst eine entsprechende Einwilligung durch eine familiengerichtliche Entscheidung zu erzwingen. Dieses Recht muss aufgrund der großen Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Eltern und dem Kind vorbehalten bleiben.¹³⁵ Eine verfassungsrechtlich

¹³³BGH, Urt. v. 12.1.2005 – XII ZR 60/03 und XII ZR 227/03.

¹³⁴ BVerfG, Beschl. v. 13.2.2007 – 1 BvR 421/05.

¹³⁵ HK-AusIR, § 27 AufenthG Rn 20.

gebotene, gesetzliche Grundlage der Verpflichtung zur Mitwirkung am DNA-Test existiert bisher nicht. § 82 Abs. 1 AufenthG, der eine allgemeine Mitwirkungspflicht des Ausländers – nicht des Deutschen! - konstituiert, ist insoweit zu unbestimmt, um einen solchen Grundrechtseingriff zu rechtfertigen. Dies kann sich durch das sog. Gendiagnostikgesetz, das sich noch im Entwurfstadium befindet, ändern. Hier wird erstmals eine gesetzliche Grundlage für den DNA-Test geschaffen. Voraussetzung ist die Einwilligung des Getesteten, wobei diese durch eine Entscheidung des Gerichts gemäß § 1598 a Abs. 2 BGB ersetzt werden kann (§ 17 Abs. 7 GDG-E). Diese geplante Regelung ist verfassungsrechtlich bedenklich, da sie das Recht der Eltern und des Kindes auf Nichtwissen der Abstammung in erheblichem Maße beschränkt. Es ist fraglich, ob das Recht des Staates, die Einwanderung zu begrenzen, einen solchen Eingriff rechtfertigt.

Auch zwischen Eltern und Kindern wird eine familiäre Lebensgemeinschaft verlangt. Werden getrennte Wohnungen unterhalten, muss dennoch ein gemeinsamer Lebensmittelpunkt bestehen, die familiäre Kommunikation muss tatsächlich möglich sein und auch praktiziert werden.¹³⁶ Es muss sich insoweit um eine Beistands- bzw. Betreuungs- und Erziehungsgemeinschaft, nicht um eine bloße Begegnungsgemeinschaft handeln.¹³⁷ Nimmt z.B. ein personensorgeberechtigter Elternteil nach der Ehescheidung in verantwortungsvoller Weise sein Elternrecht wahr und unterhält regelmäßige, im Sinne des Kindeswohls zu wertende Kontakte mit seinem nicht in häuslicher Gemeinschaft lebenden Kind, liegt eine familiäre Lebensgemeinschaft vor.¹³⁸

Problematisch bleibt weiterhin die aufenthaltsrechtliche Stellung nichtsorgeberechtigter ausländischer Eltern insbes. ausländischer Kinder mit einem gefestigten Aufenthalt.¹³⁹ Das BVerfG hat hierzu mehrfach entschieden, dass die Pflicht eines Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Interessen zurückdränge, wenn eine schützenswerte Beistandsgemeinschaft bestünde, die nur im Bundesgebiet verwirklicht werden könne.¹⁴⁰ Es komme in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob eine Hausgemeinschaft vorliege und ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe auch von

¹³⁶ OVG Berlin, AuAS 2004, 134.

¹³⁷ BVerfGE 80, 81, 90 f = EZAR 105 Nr. 24 = InfAusIR 1989, 74, BVerwG, InfAusIR 1998, 272, 273.

¹³⁸ NiedersOVG, Beschl.v. 19.12.2005 – 11 ME 359/05, NVwZ-RR 2006, 356, VGH BW, InfAusIR 1993, 366, OVG NW, NWVBI 1997, 108.

¹³⁹ Vgl Marx, Der aufenthaltsrechtliche Status des nichtsorgeberechtigten Elternteils nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, InfAusIR 2006, 441 ff, Marx in: GK-AufenthG, § 27 Rn 29 ff.

¹⁴⁰ BVerfG (Kammer), NVwZ 2004, 606, BVerfG (Kammer), InfAusIR 2002, 171, 173.

anderen Personen erbracht werden könnte.¹⁴¹ Der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters werde auch nicht durch die Betreuung des Kindes durch die Mutter entbehrlich.¹⁴² Die geforderte Eltern-Kind-Gemeinschaft lasse sich dabei nicht allein quantitativ etwa nach Daten und Uhrzeiten des persönlichen Kontakts oder genauem Inhalt der einzelnen Betreuungshandlungen bestimmen.¹⁴³ Es sei deshalb maßgeblich auch auf die Sicht des Kindes abzustellen und im Einzelfall zu untersuchen, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit bestehe, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist; dabei seien die Belange des Elternteils und des Kindes im Einzelfall umfassend zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Im Falle eines regelmäßigen Umgangs des ausländischen Elternteils, der dem auch sonst Üblichen entspreche und auch in Form von regelmäßigen Telefonaten erfolgen könne, sei in der Regel von einer familiären Gemeinschaft auszugehen, auch Unterhaltsleistungen seien in diesem Zusammenhang ein Zeichen für die Wahrnehmung elterlicher Verantwortung.¹⁴⁵ Schließlich sei bei Kleinkindern zu berücksichtigen, dass aufgrund der schnell voranschreitenden Entwicklung bereits verhältnismäßig kurze Trennungen unzumutbar seien.¹⁴⁶ Deren Betreuung durch die Eltern befindet sich noch in der Anfangsphase, so dass ein plötzlicher und vollständiger Kontaktverlust von nicht einschätzbarer Dauer zu gravierenden Beeinträchtigungen führen könne.¹⁴⁷ Liegen die aufgeführten Voraussetzungen vor, wird in der Regel eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 36 oder § 25 Abs. 5 in Frage kommen.¹⁴⁸

Auch Adoptivkinder werden von §§ 28, 29, 32 AufenthG erfasst.¹⁴⁹ Hier greift allerdings der Ausschlussgrund des § 27 Abs. 1 a AufenthG. Nach der Gesetzesbegründung soll eine Zweckadoption jedoch nicht vorliegen, wenn das Ziel der Adoption das Zusammenleben mit der adoptierenden Familie in einer Eltern-Kind-Beziehung ist und der Umstand, dass die Lebensverhältnisse im Bundesgebiet günstiger sind als im Herkunftsland eines der Motive, aber nicht das alleinige Motiv der Adoption darstellt.¹⁵⁰

¹⁴¹ BVerfG (Kammer), InfAusIR 2000, 67, 69, BVerfG (Kammer), FamRZ 1996, 1266.

¹⁴² BVerfG (Kammer), InfAusIR 2000, 67, 68, SaarIOVG, InfAusIR 2003, 328, 329.

¹⁴³ BVerfG (Kammer), InfAusIR 2002, 171, 174.

¹⁴⁴ BVerfG (Kammer), Beschl. v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04, BVerwG, Asylmagazin 7-8/2003, 43, vgl. auch OVG NW, Beschl. v. 11.1.2006 – 17 B 20/06.

¹⁴⁵ BVerfG (Kammer), Beschl. v. 8.12.2005 – 2 BvR 1001/04; dabei muss die Wahrnehmung des Umgangsrechts nicht die gleiche Intensität wie die Ausübung des Sorgerechts erreichen.

¹⁴⁶ BVerfG (Kammer), InfAusIR 2000, 67, 69, VG Gelsenkirchen, InfAusIR 2003, 195, VG Aachen, InfAusIR 2003, 93.

¹⁴⁷ SaarIOVG, InfAusIR 2003, 328.

¹⁴⁸ Vgl. Marx in: GK-AufenthG, § 27 Rn 41 m.w.N..

¹⁴⁹ BVerfGE 18, 97, 105=InfAusIR 1990, 74.

¹⁵⁰ BT-Drucks. 16/5065, 170.

2. Sicherung des Lebensunterhaltes

Fall: Herr Mahmud wurde aus Deutschland abgeschoben. Seine damalige Lebensgefährtin blieb mit den gemeinsamen Kindern, für die er die Vaterschaft anerkannt hatte, zurück. Sie sind inzwischen eingebürgert. Er hat seine Lebensgefährtin geheiratet. Die Wirkung der Abschiebung wurde befristet. Seine Familie bezieht Leistungen nach SGB II. Herr Mahmud beantragt nun die Familienzusammenführung zu seiner Frau.

Sowohl bei dem Kindesnachzug zu einem deutschen Elternteil gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG als auch beim Nachzug eines Elternteils zu einem deutschen Kind gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG ist die Sicherung des Lebensunterhaltes unerheblich, § 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Es ist daher anzuraten, bei gemeinsamen Kindern ausdrücklich auch den Antrag auf Familienzusammenführung zu diesen zu stellen.

II. Deutscher Elternteil

Fall: Familie Schmidt hat die Pflegschaft für ein 14jähriges Kind übernommen. Der Verbleib der Eltern ist nicht bekannt. Das Kind hat die kongolesische Staatsangehörigkeit und wurde bisher geduldet.

§ 28 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG hat nur noch eine geringe Bedeutung, da ab dem 1.7.1998 geborene Kinder eines/einer Deutschen kraft Gesetz die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, beim deutschen Vater zumindest dann, wenn dieser die Vaterschaft anerkannt hat (§ 4 Abs. 1 StAG). Der Aufenthaltsanspruch ausländischer Stiefkinder von Deutschen ist umstritten. So sieht Art. 4 Abs. 1 d) Familienzusammenführungs-RL vor, dass diesen bei Erfüllung der weiteren in der RL genannten Voraussetzungen der Zuzug zu gestatten ist.¹⁵¹

Bei Pflegekindern wird die Auffassung vertreten, dass diese – ohne ihre Staatsangehörigkeit zu verlieren – den Adoptivkindern gleichgestellt sind, sofern die Übertragung durch ein Vormundschaftsgericht erfolgt ist und die familiäre Gemeinschaft bereits gelebt wird.¹⁵²

Fall: Herr Nkumu wurde eingebürgert. Er beantragt nun für seine 17jährige Tochter die Familienzusammenführung. Das Verfahren zieht sich aufgrund von Urkundenüberprüfungen hin. Inzwischen ist seine Tochter volljährig. Sie heiratet.

¹⁵¹ HK-AusIR, § 28 AufenthG Rn 1, a.A. HessVGH, InfAusIR 2007, 95.

¹⁵² GK-AufenthG, § 28 Rn 50.

Entscheidend ist, dass das Kind zum Zeitpunkt des Antrags auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis¹⁵³ bzw. bei erlaubnisfreier Einreise zum Zeitpunkt der Einreise¹⁵⁴ nach innerstaatlichem Recht noch nicht volljährig ist. In Bezug auf die von § 28 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG verlangte Ledigkeit des Kindes ist ausschlaggebend, dass diese bis zur Volljährigkeit gegeben war.¹⁵⁵

III. Deutsches Kind

1. Ausübung der Personensorge

Fall: Herr Esumai, nigerianischer Staatsangehöriger, hat die Vaterschaft für das Kind der deutschen Staatsangehörigen Frau Lasche anerkannt, die gemeinsame Sorge wurde vereinbart. Frau Lasche bezieht für sich und das Kind Leistungen nach SGB II. Herr Esumai, der im Besitz einer Duldung ist, sieht das Kind jede Woche für mehrere Stunden.

Die Personensorgeberechtigung im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG richtet sich nach dem Recht des Landes des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes, Art. 21 EGBGB. Nach deutschem Recht besteht automatisch eine gemeinsame Personensorge, wenn die Eltern verheiratet sind (§ 1626 Abs. 1 S. 1 BGB) oder später heiraten (§ 1626 a Abs. 1 Nr. 2 BGB); ansonsten kann bei nichtehelichen Kindern die gemeinsame Sorge vereinbart werden. Dies kann neben dem Jugendamt auch vor einem Notar geschehen. In der Regel ist allerdings ein Identitätsdokument vorzulegen. Die Übertragung der Personensorge durch eine ausländische Stelle ist anzuerkennen, wenn diese zuständig war und sie nicht gegen den deutschen ordre public verstößt.

Neben der rein formellen Innehabung des Sorgerechts wird allerdings verlangt, dass der ausländische Elternteil sein Sorgerecht auch tatsächlich ausübt. Dafür ist nicht entscheidend, dass er mit dem Kind zusammenlebt. Allerdings muss er einen nicht nur unwesentlichen Beitrag zur Erziehung und Betreuung seines Kindes leisten.

Fall: Frau Ebong ist mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet. Die Behörde hat den Verdacht, dass es sich um eine Scheinehe handelt. In der Ehe wird ein Kind geboren, bei dem die Ausländerbehörde vermutet, dass der Ehemann nicht der Vater ist. Nach Scheidung der Ehe erhält Frau Ebong das alleinige Sorgerecht.

¹⁵³ BVerwG, Urt. v. 30.4.1998 – 1 C 12.96, InfAusIR 1998, 382.

¹⁵⁴ HessVGH, InfAusIR 2003, 234.

¹⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 30.4.1998 – 1 C 12.96, InfAusIR 1998, 382.

Einer Ausländerin ist auch dann eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen, wenn der Verdacht einer Scheinehe im Zeitpunkt der Geburt besteht. Eine Anfechtung der Vaterschaft im Falle der gesetzlichen Vermutung der Vaterschaft des deutschen Ehemannes der ausländischen Kindesmutter ist vom Gesetz nicht vorgesehen und die Beziehung von Mutter und Kind genießt den Schutz des Grundrechts auf Familie.¹⁵⁶

2. Fehlendes Sorgerecht

Fall: Herr Abedi, marokkanischer Staatsangehöriger, hat die Vaterschaft für sein deutsches Kind anerkannt. Eine gemeinsame Sorge wurde nicht vereinbart. Er lebte zunächst mit der Mutter der Kinder zusammen. Ein Jahr nach Geburt des Kindes trennten sie sich. Er hat jedoch einen regelmäßigen Kontakt zum Kind.

Sofern ein ausländischer Elternteil nicht sorgeberechtigt ist, die Familie ihre Gemeinschaft aber schon im Bundesgebiet lebt, besteht ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG. Auch hier muss nicht zwingend eine häusliche Gemeinschaft vorliegen. Bei einer räumlichen Trennung sollte jedoch sorgfältig begründet werden, wie sich die Kontakte zum Kind gestalten. Von einer familiären Lebensgemeinschaft ist demnach auszugehen, wenn das Umgangsrecht intensiv, also nicht nur sporadisch wahrgenommen wird¹⁵⁷, gemeinsame Urlaube erfolgen etc.. Haben die Eltern mit dem Kind längere Zeit zusammengelebt, ist nach einer Trennung regelmäßig von einem Fortbestehen der gegenseitigen Verbundenheit auszugehen.¹⁵⁸ Nach den Vorgaben der VAH-AufenthG soll bei der Ermessensausübung berücksichtigt werden, ob das deutsche Kind auf den ausländischen Elternteil angewiesen ist, dieser seinen Unterhaltsverpflichtungen regelmäßig nachgekommen ist und das Kindeswohl einen auf Dauer angelegten Aufenthalt des nichtsorgeberechtigten Elternteils fordert.¹⁵⁹

IV. Nachzug des ausländischen Kindes zum ausländischen Elternteil

¹⁵⁶ OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 06.05.2008, 3 N 246.06.

¹⁵⁷ BVerfG, 2 BvR 1523/99, InfAusIR 2000, 67 f..

¹⁵⁸ OVG NW, InfAusIR 2006, 126.

¹⁵⁹ Nr. 28.1.6.1-3 VAH-AufenthG.

1. Nachzug zu Flüchtlingen

Gemäß § 32 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist dem minderjährigen ledigen Kind eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn ein Elternteil im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG oder einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 3 AufenthG ist. Entscheidend ist auch hier, dass der Antrag vor Eintritt der Volljährigkeit gestellt wurde und das Kind vor Eintritt der Volljährigkeit nicht geheiratet hat.

Fall: Frau Tekleab ist im Besitz der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG. Im Rahmen der Familienzusammenführung ihrer Kinder fragt die zuständige Ausländerbehörde beim Bundesamt nach, ob ein Widerruf zu erfolgen hat. Das Bundesamt entscheidet zunächst wegen Arbeitsüberlastung nicht.

Es ist aufgrund der Ausgestaltung des § 32 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG als Anspruch unerheblich, ob ein Widerrufsverfahren eingeleitet wurde oder nicht. Entscheidend ist allein, dass der Widerruf noch nicht bestandskräftig ist. Erst mit Eintritt der Bestandskraft besteht kein Anspruch nach § 32 AufenthG.¹⁶⁰

Fall: Herr Akakpo, dem die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, ist im Besitz einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG. Sein 17jähriger Sohn beantragt die Familienzusammenführung.

Es ist fraglich, ob § 32 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG richtlinienkonform ist. So sieht die Familienzusammenführungs-RL einen Anspruch auf Nachzug für Kindern von Personen, denen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, vor. Es wird dabei nicht auf den Aufenthaltstitel abgestellt. Durch die Erteilung der Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG erlischt die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht, der Flüchtling erhält nur einen Status, der von der Anerkennung unabhängig ist. Da aber die Richtlinie auf die Zuerkennung abstellt, muss auch die Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG dann zum Anspruch auf Familienzusammenführung führen, wenn die Flüchtlingseigenschaft fortbesteht.

Gemäß § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG ist unter den dort genannten Voraussetzungen von der Sicherung des Lebensunterhaltes und ausreichendem Wohnraum abzusehen, gemäß § 29 Abs. 2 S. 1 AufenthG steht es im Ermessen der Behörde (s.o.).

¹⁶⁰ HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 6.

2. Einreise im Familienverbund

Fall: Herr Amadou erhält ein Visum zu Studienzwecken. Er will, dass seine Ehefrau und die gemeinsame 17jährige Tochter mit ihm nach Deutschland ziehen.

Vom Wortlaut her scheint § 32 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auf wenige Fälle beschränkt. Denkbar wäre die Anwendung auf Fälle, in denen die Eltern, die im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Daueraufenthaltserlaubnis-EG sind, zwischen dem Bundesgebiet und dem Herkunftsland pendeln. Allerdings kann man in diesem Fall kaum verlangen, dass die Eltern ebenfalls ihren Lebensmittelpunkt vor dem Zuzug im Ausland hatten, da ansonsten ihr Aufenthaltstitel gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG erloschen sein dürfte. Nach dem Sinn und Zweck der Regelung und unter Beachtung der Entstehungsgeschichte ist § 32 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG daher auch auf folgende Konstellationen anzuwenden:

- Ein Elternteil reist vorab mit Visum ins Bundesgebiet ein, sucht Wohnung, Schule, Kindergarten und ggf. Arbeit, erhält eine Aufenthaltserlaubnis und lässt seine Familie in einem engen inneren Zusammenhang nachkommen.¹⁶¹ Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers ist von diesem Zusammenhang auszugehen, wenn der Nachzug innerhalb von drei Monaten erfolgt¹⁶²; eine Zeitüberschreitung kommt bei nachvollziehbaren Gründen (etwa Abschluss des Schuljahres) in Betracht.¹⁶³
- Die Familie will gemeinsam in das Bundesgebiet einreisen; die Eltern erhalten ein Visum, das zwar keiner der in Abs. 1 Nr. 2 AufenthG genannten Aufenthaltstitel ist; hier ist eine analoge Anwendung vorzunehmen, so dass das Kind gemeinsam mit den Eltern mitreisen kann.¹⁶⁴

Unter Beachtung dieser Anwendungsbereiche müssen entweder die Eltern, die beide sorgeberechtigt, aber nicht verheiratet sein müssen, oder der allein sorgeberechtigte Elternteil in das Bundesgebiet einreisen.¹⁶⁵ Darüber hinaus muss sich die Einreise als (gemeinsame) Verlagerung des Lebensmittelpunktes darstellen. Dies soll nicht der Fall sein, wenn der Aufenthalt im Bundesgebiet bis zu einem Jahr geplant ist.¹⁶⁶ Soweit Nr. 32.1.3.5 VAH-AufenthG verlangt, dass bereits vor der Ausreise ein gemeinsamer Lebensmittelpunktes bestanden

¹⁶¹ HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 10.

¹⁶² BT-Drs. 15/420, S. 83, siehe auch Nr. 32.1.3.1, 32.1.3.7 VAH-AufenthG.

¹⁶³ Nr. 32.1.3.7 VAH-AufenthG.

¹⁶⁴ HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 10, Hailbronner, AusIR, A 1 § 32 Rn 10.

¹⁶⁵ Zum Sorgerecht s.o..

¹⁶⁶ Nr. 32.1.3.2 VAH-AufenthG.

haben muss, gibt der Wortlaut dies nicht zwingend her.¹⁶⁷ Entscheidend ist vielmehr die gemeinsame Einreise und die Begründung eines gemeinsamen Lebensmittelpunktes im Bundesgebiet.

Fall: Die Eltern des 16jährigen Nihat und der 9jährigen Ayshe haben sich scheiden lassen, das alleinige Sorgerecht steht der Mutter zu. Der Vater heiratet erneut eine deutsche Staatsangehörige und lebt seit 1998 legal im Bundesgebiet. 2005 lässt er sich scheiden und heiratet 2006 die Mutter seiner Kinder. Nach türkischem Recht bedeutet dies aber nicht zugleich, dass nun auch wieder ein gemeinsames Sorgerecht besteht. Diese beantragt nun mit den Kindern den Familiennachzug. Die Botschaft lehnt den Nachzug des Sohnes ab.

Nach Auffassung des VG Berlin erfasst § 32 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nur Fälle, in denen der allein sorgeberechtigte Elternteil zusammen mit dem Kind in das Bundesgebiet einreist, ohne selbst zu einem Familienangehörigen zu ziehen, nicht aber, um ggf. den Familienverbund mit dem nicht sorgeberechtigten Elternteil herzustellen.¹⁶⁸ Dies überzeugt nicht. Zum einen gibt der Wortlaut für eine derartige Beschränkung keinen Anlass. Es würde dazu führen, dass Kinder, deren nicht sorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet lebt und daher die Integration des Kindes erleichtern kann, schlechter gestellt werden als Kinder, die keinen Elternteil im Bundesgebiet haben. Letztlich wird hier an die Wiederverheiratung angeknüpft und unzulässig diskriminiert. Es wird auch übersehen, dass Art. 4 Abs. 1 b) FamilienzusammenführungsRL den Kindern des Zusammenführenden und des Ehegatten einen Anspruch auf Nachzug gewährt. Soweit das VG Berlin auf Art. 4 Abs. 3 der RL zurückgreifen will, geht dies fehl. Zum einen ist bereits fraglich, ob der nationale Gesetzgeber diese fakultative Regelung durch § 32 AufenthG umsetzen wollte. Zum anderen ist der Wortlaut „unabhängig vom Rest der Familie“ eindeutig so zu verstehen, dass der Minderjährige alleine einreist, so dass der Fall des § 32 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG gar nicht erfasst wird.

Im Fall des § 32 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG müssen die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sein, insbesondere muss der Lebensunterhalt gesichert werden und ausreichend Wohnraum zur Verfügung stehen.

3. Nachzug von Kindern unter 16 Jahren

Der gesetzliche Anspruch auf Kindernachzug gemäß § 32 Abs. 3 AufenthG setzt voraus, dass

¹⁶⁷ a.A. wohl VG Berlin, Urt. v. 4.3.2008 – VG 18 V 70.06.

¹⁶⁸ VG Berlin, Urt. v. 4.3.2008 – VG 18 V 70.06.

- das Kind im Zeitpunkt der Antragstellung noch keine 16 Jahre alt ist,
- bis zum Eintritt der Volljährigkeit nicht verheiratet ist,
- entweder beide Elternteile oder der allein Personensorgeberechtigte eine nicht in § 29 Abs. 3 AufenthG genannte Aufenthalts- oder Niederlassungserlaubnis besitzen,
- ausreichend Wohnraum vorhanden ist,
- die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen.

Bei der Altersvoraussetzung ist auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen. Die übrigen Anspruchsvoraussetzungen für den Kindernachzug nach § 32 Abs. 3 AufenthG müssen – wenn das Kind im Entscheidungszeitpunkt älter als 16 ist - jedenfalls auch im Zeitpunkt der Vollendung des 16. Lebensjahres vorgelegen haben.¹⁶⁹

Fall: Die 15jährige Raza will zu ihrem in Deutschland lebenden Vater ziehen. Dieser ist von der Mutter geschieden. Nach mazedonischem Recht ist die Sorgerechtsübertragung auf einen Elternteil nicht vorgesehen.

Bisher wurde davon ausgegangen, dass § 32 Abs. 3 AufenthG eine planwidrige Regelungslücke enthält, wenn das Heimatrecht das alleinige Sorgerecht nicht kennt, so dass diese Regelung analog anzuwenden sei.¹⁷⁰ Inzwischen hat das BVerwG diese Rechtsauffassung in einem obiter dictum abgelehnt und darauf hingewiesen, dass der Begriff der alleinigen Sorge mit Blick auf die Familienzusammenführungs-RL auszulegen sei.¹⁷¹ Richtig ist, dass die Gesetzesmaterialien eine planwidrige Regelungslücke wohl nicht belegen. Vielmehr war sich der Gesetzgeber des Problems bewusst und wollte einen Nachzug in diesen Fällen aus Gründen des Kindeswohls ausschließen.¹⁷² Das die Familienzusammenführungs-RL das alleinige Sorgerecht bei Zuzug zu nur einem Elternteil voraussetzt, ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 d) S. 2 der RL, wonach den Mitgliedstaaten eine Regelungsoption bei geteiltem Sorgerecht eingeräumt wird, wenn die Zustimmung des anderen Elternteils vorliegt. In den Fällen der fehlenden rechtlichen Möglichkeit der alleinigen Sorge kommt daher ein Kindernachzug nur gemäß § 32 Abs. 4 AufenthG in Betracht.

Fall: Frau Tesfay ist vom Vater ihres Kindes geschieden. Grundsätzlich besteht weiterhin die gemeinsame Sorge, aber ihr wurde das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht für die zweijährige Tochter übertragen. Frau Tesfay ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG, der

¹⁶⁹ BVerwG, Beschl. v. 26.8.2008 – 1 C 32.07, Beschl. v. 4.2. 2008 - 1 B 63.07.

¹⁷⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 25.4.2007 – 12 B 2.05, HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 22.

¹⁷¹ Beschl. v. 28.8.2008 – 1 C 31.07.

¹⁷² BT-Drs. 15/420, S. 83.

Vater des Kindes hält sich nicht mehr in Deutschland auf. Die Tochter wurde nicht in Deutschland geboren.

Der Begriff des Sorgerechts wird in der Familienzusammenführungs-RL nicht definiert. Er ist in § 32 Abs. 3 AufenthG allerdings gemeinschaftsrechtlich zu interpretieren. Gemäß Art. 2 Nr. 9 der VO (EG) 2201/2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung erfasst das Sorgerecht die „Rechte und Pflichten, die mit der Sorge für die Person eines Kindes verbunden sind, insbesondere das Recht auf die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes.“ Von einer gemeinsamen Sorge ist demnach gemäß Nr. 11 b S. 2 der VO auszugehen, wenn einer der Träger der elterlichen Verantwortung aufgrund einer Entscheidung oder kraft Gesetzes nicht ohne die Zustimmung des anderen Trägers der elterlichen Verantwortung über den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen kann. Europarechtlich ist somit für die alleinige Sorge vor allem die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts entscheidend. Es kann dem Gemeinschaftsrecht nicht entnommen werden, dass die Ausübung des alleinigen Personensorgerechts nur dann gegeben ist, wenn dem Elternteil die Personen- und Vermögenssorge umfassend gemäß § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB) übertragen wurde und er der alleinige gesetzliche Vertreter des Kindes im Sinne des § 1629 Abs. 1 S. 3 BGB ist.

Entgegen dem Wortlaut der Vorschrift genügt es, wenn den Eltern/dem Elternteil zusammen mit dem Kind ein Aufenthaltstitel – auch in Form eines Visums – erteilt wird.¹⁷³ Ebenso ist unerheblich, für welchen Zeitraum der Aufenthalt im Bundesgebiet geplant wird.¹⁷⁴

4. Nachzug von Kindern im Alter von 16-18 Jahren

Das (im Zeitpunkt der Antragstellung) minderjährige, bis zur Volljährigkeit ledige Kind, das zwar das 16., aber noch nicht das 18. Lebensjahr vollendet hat, besitzt gemäß § 32 Abs. 2 AufenthG einen Nachzugsanspruch, sofern

- beide Eltern oder der allein sorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Daueraufenthaltserlaubnis-EG besitzen,
- das Kind entweder die deutsche Sprache beherrscht oder
- das Einfügen in die Lebensverhältnisse in Deutschland gewährleistet erscheint,

¹⁷³ Nr. 32.3.2, 32.3.3 AufenthG. .

¹⁷⁴ Nr. 32.3.4. VAH-AufenthG.

- ausreichend Wohnraum vorhanden ist,
- die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen.

Von einer Beherrschung der deutschen Sprache ist auszugehen, wenn sie in einer Weise gebraucht wird, die auch für Deutsche in einem vergleichbaren Alter als durchschnittlich zu bezeichnen wäre. Es wird davon ausgegangen, dass das Niveau C 1 des GER diese Voraussetzungen erfüllt.¹⁷⁵ Nach den Vorstellungen des BMI ist ein Sprachstandsnachweis, der maximal ein Jahr alt sein darf, vorzulegen.¹⁷⁶ Ausreichend ist jedenfalls ein Schulzeugnis, das befriedigende Leistungen im Fach Deutsch attestiert.¹⁷⁷

Fraglich ist, ob zwingend auch schriftliche Sprachkenntnisse nachgewiesen werden müssen. In seiner Rechtsprechung zum Einbürgerungsrecht geht das BVerwG davon aus, dass ausreichende deutsche schriftliche Sprachkenntnisse auch dann vorliegen, wenn der Ausländer sich zwar nicht eigenhändig schriftlich ausdrücken kann, er aber einen deutschsprachigen Text des täglichen Lebens lesen und deutsch diktieren sowie das von Dritten oder mit technischen Hilfsmitteln Geschriebene auf seine Richtigkeit überprüfen kann und somit die schriftliche Äußerung als seine "trägt".¹⁷⁸ Dies lässt sich aber mit dem Beherrschen der deutschen Sprache nicht gleichsetzen. Auch von dem Hintergrund des Gesetzeszweckes, die aufgrund des Alters schwierigere Integration zu erleichtern, wird man auch schriftliche Sprachkenntnis verlangen dürfen. Es ist allerdings unverhältnismäßig, vom nachzugswilligen Kind zu verlangen, dass es sich der deutschen Sprache schriftlich ohne gravierende orthographische Mängel bedienen kann.¹⁷⁹

Die Deutschkenntnisse müssen spätestens bis zur Volljährigkeit des Kindes vorliegen.¹⁸⁰

Alternativ ist eine Prognoseentscheidung darüber zu treffen, ob sich das Kind voraussichtlich in die deutschen Lebensverhältnisse einfügen wird. Dabei ist neben den intellektuellen Fähigkeiten und biographischen Erfahrungen des Kindes auf die zu erwartende familiäre Situa-

¹⁷⁵ Nr. 32.2.2 VAH-AufenthG, ebenso VG Berlin, Urt. v. 4.3.2008 – VG 18 70.06.

¹⁷⁶ Nr. 32.2.3 VAH-AufenthG.

¹⁷⁷ HessVGH, InfAusIR 2003, 234, VAH Berlin (Stand 28.10.2008) verlangt nur ausreichend.

¹⁷⁸ BVerwG, Urt. v. 20.10.2005 – 5 C 8.05, 5 C 17.05.

¹⁷⁹ HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 15, anders aber HessVGH, InfAusIR 2003, 234.

¹⁸⁰ BVerwG, InfAusIR 1998, 161, 382.

tion im Bundesgebiet abzustellen.¹⁸¹ So können folgende Punkte für eine zu erwartende Integration sprechen:¹⁸²

- längerfristiger Besuch einer deutschen Schule
- deutschsprachiges Elternhaus
- bisheriger Aufenthalt in der EU, im EWR oder in einem in § 41 Abs. 1 AufenthV genannten Staat.

5. Nachzug von Kindern, deren Eltern eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 38 a AufenthG besitzen

Gemäß § 32 Abs. 2 a AufenthG ist dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers, dem ein anderer Mitgliedstaat der EU eine »langfristige Aufenthaltsberechtigung-EG« gemäß Art. 8 Abs. 2 Daueraufenthalts-RL ausgestellt hat und dem nach seinem Zuzug nach Deutschland eine AE gemäß § 38 a erteilt wurde, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, sofern die familiäre Lebensgemeinschaft bereits in dem Mitgliedstaat bestand, der dem Ausländer das europäische Daueraufenthaltsrecht bescheinigt hat.

6. Härtefälle

Dem minderjährigen, ledigen Kind eines Ausländers kann nach Ermessen eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 32 Abs. 4 AufenthG erteilt werden, wenn es aufgrund der Umstände des Einzelfalls zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist und die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind. Denkbar sind u.a. folgende Fallkonstellationen:

- bei geteilter Personensorge besitzt ein Elternteil des unter 16jährigen Kindes keinen Aufenthaltstitel,
- der allein personensorgeberechtigte Elternteil ist nicht (mehr) im Besitz eines Aufenthaltstitels und kann nicht in sein Heimatland oder das Land zurückkehren, in dem das Kind lebt,
- mehrere Kinder reisen zum Familiennachzug ein, aber eines davon hat das 15. Lebensjahr bereits vollendet und kann die Integrationsvoraussetzungen von Abs. 2 nicht

¹⁸¹ HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 17, vgl. auch HessVGH, InfAusIR 1996, 170, 173..

¹⁸² vgl. Nr. 32.2.5 und 6 VAH-AufenthG.

erfüllen, ihm ist aber nicht zuzumuten, ohne Unterstützung der Familienangehörigen im Heimatland zu verbleiben.

Der Begriff der besonderen Härte unterliegt der vollen gerichtlichen Nachprüfung. Sie liegt z.B. vor, wenn sich die 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 einen Nachzug des Minderjährigen begegnet werden kann; die Veränderung muss allerdings wesentlich sein und den Minderjährigen schwerer treffen als andere Ausländer in vergleichbarer Lage.¹⁸³ Bei der Abwägung aller Umstände sind insbesondere das Kindeswohl, aber auch die Integrationschancen des Kindes sowie die allgemeinen integrations- und zuwanderungspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu berücksichtigen. Lassen die Eltern ihr Kind freiwillig im Ausland zurück, rechtfertigt allein eine Änderung der Auffassung der Eltern, welche Aufenthaltslösung für das Kind die bessere ist, nicht eine nachträgliche Nachholung des Kindes gem. Abs. 4. Eine besondere Härte liegt auch nicht vor bei einer vorhersehbaren Änderung der persönlichen Verhältnisse (Ende einer Ausbildung) oder der Änderung der allgemeinen Verhältnisse im Herkunftsstaat (z.B. bessere wirtschaftliche Aussichten in Deutschland). Sie ist allerdings zu bejahen, wenn anders als in Abs. 1 und 2 vorausgesetzt die Herbeiführung einer alleinigen Sorgeberechtigung trotz Getrenntlebens des im Bundesgebiet wohnhaften Elternteils nach der Rechtsordnung oder Rechtspraxis im Herkunftsstaat nicht möglich bzw. aussichtslos ist. In diesem Fall ist jedoch die Zustimmung des im Herkunftsstaat verbleibenden Elternteils und eine Ermessensausübung erforderlich.

V. Nachzug des ausländischen Elternteils zum ausländischen Kind

1. Flüchtlingskind

Fall: Die 12jährige nigerianische Staatsangehörige Ella reist als unbegleiteter Flüchtling in das Bundesgebiet ein. Aufgrund drohender Beschneidung wird ihr die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt. Nunmehr beantragen ihre Eltern die Familienzusammenführung.

Fall: Der gerade geborenen Yodit aus Äthiopien wird die Flüchtlingseigenschaft aufgrund drohender Beschneidung zuerkannt. Das Asylverfahren ihrer Eltern ist negativ abgeschlossen, sie leben aber noch mit ihr im Bundesgebiet zusammen.

¹⁸³ BVerwG, InfAuslR 1994, 183, BVerwG, Beschl. v. 24.10.1996 – 1 B 180.96.

Gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG haben die Eltern eines minderjährigen ledigen Kindes, das im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG oder einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 3 AufenthG ist, einen Anspruch auf Familienzusammenführung unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhaltes und ausreichendem Wohnraum, wenn sich kein sorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet aufhält.

Unter Berücksichtigung von Art. 10 Abs. 3 Familienzusammenführungs-RL muss das Kind entweder ohne Begleitung eines Elternteils eingereist oder von diesen im Bundesgebiet zurückgelassen worden sein. Halten sich die Eltern bereits hier auf, ist die Regelung aufgrund ihres eindeutigen Wortlautes nicht anwendbar. Hier bleibt nur der Rückgriff auf § 36 Abs. 2 bzw. § 25 Abs. 5 AufenthG.

Der Anspruch besteht nicht nur bezüglich eines Elternteils, vielmehr können sich beide Elternteile auf § 36 Abs. 1 AufenthG berufen, wenn sie zeitgleich oder in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang in das Bundesgebiet einreisen.¹⁸⁴ Problematisch ist die Situation, wenn sich ein Elternteil bereits beim Kind aufhält, der andere jedoch nicht. Der Wortlaut lässt einen Nachzug nach § 36 Abs. 1 AufenthG nicht zu. Auch die Familienzusammenführungs-RL ist insoweit eindeutig. Dies führt zu der bedenklichen Situation, dass ein unbegleiteter Minderjähriger Anspruch auf das Zusammenleben mit beiden Eltern, der weitere Zuzug eines Elternteils eines mit einem Elternteil schon zusammenlebenden Kindes jedoch nur nach Ermessen gemäß §§ 36 Abs. 2 bzw. 25 Abs. 5 AufenthG und bei Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen möglich ist.

Der Nachzug darf nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil für den unbegleiteten minderjährigen Flüchtling ein Vormund bestellt wurde. Die Bestellung ist gemäß Art. 30 Abs. 1 Qualifikations-RL vorgesehen. Nach dem Wortlaut des Art. 2 f) Familienzusammenführungs-RL befindet sich der minderjährige Flüchtling dann in der Obhut eines für ihn nach dem Gesetz verantwortlichen Erwachsenen, so dass auf den ersten Blick zweifelhaft ist, ob er dann noch als unbegleitet im Sinne der RL angesehen werden kann. Eine solche Auslegung der Richtlinien würde jedoch deren Sinn und Zweck widersprechen, den Kindern ohne Eltern einen besonderen Schutz zukommen zu lassen.¹⁸⁵ Zudem sieht Art. 23 Abs. 2 Qualifikations-RL vor, dass die Einheit des Familienverbandes geschützt werden muss.

¹⁸⁴ BT-Drs. 16/5065, 176.

¹⁸⁵ HK-AusIR, § 32 AufenthG Rn 8.

2. Sonstiger Elternnachzug

Fall: Samira ist als unbegleiteter Flüchtling in das Bundesgebiet eingereist. Bei ihr wird aufgrund einer chronischen Erkrankung ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG festgestellt, so dass sie nun im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG ist. Nunmehr begehren ihre Eltern den Zuzug.

Fall: Herr Koffi, kamerunischer Staatsangehöriger, hat die Vaterschaft für sein Kind, das ebenfalls die kamerunische Staatsangehörigkeit besitzt, anerkannt. Er ist aus dem Bundesgebiet ausgereist, nachdem die Beziehung zur Mutter zerbrochen ist. Der Kontakt zum Kind wurde durch Telefonate, aber auch – wenige - Besuche in Kamerun aufrechterhalten. Nunmehr begehrt er den Zuzug.

Gemäß § 36 Abs. 2 AufenthG kann sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers der Nachzug zur Familienzusammenführung gestattet werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Als sonstige Familienangehörige sind u.a. ausländische Eltern ausländischer Kinder anzusehen. Der Begriff der außergewöhnlichen Härte ist gerichtlich voll überprüfbar. Er bezeichnet ungewöhnlich schwere, gerade durch die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles bedingte Nachteile und Schwierigkeiten, die durch den Nachzug nach Deutschland zu beheben sind.¹⁸⁶ Von einer außergewöhnlichen Härte ist in der Regel auszugehen, wenn Familienmitglied auf die Lebenshilfe eines anderen Familienmitglieds angewiesen ist und sich diese Hilfe nur in der Bundesrepublik Deutschland erbringen lässt.¹⁸⁷ Gerade im Hinblick auf die jüngere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, wonach ein Kind einen Anspruch auf Fürsorge durch beide Elternteile hat und beide für seine gedeihliche Entwicklung benötigt,¹⁸⁸ ist der Nachzug zu minderjährigen unbegleiteten Kindern zu gestatten, soweit es dem Kind nicht zumutbar ist, zum Elternteil zu ziehen. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn beim Kind eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt wurde, so dass die familiäre Gemeinschaft im Herkunftsstaat nicht ohne Gefährdung des Kindes hergestellt werden könnte.¹⁸⁹

Fall: Der türkische Staatsangehörige Herr Korkmaz, der derzeit nach negativem Asylverfahren geduldet wird, hat die Vaterschaft für das Kind seiner kolumbianischen Freundin anerkannt. Diese ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, da ein Kind aus einer früheren Beziehung die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.

¹⁸⁶ BVerwG, InfAusIR 1995, 153, VGH BW, InfAusIR 1995, 315, 317.

¹⁸⁷ BVerfG, 2 BvR 1119/96, InfAusIR 1996, 341 und 2 BvR 1542/94, InfAusIR 1994, 394; BVerwG 1 B 123.94, InfAusIR 1995, 153; 1 B 217.94, InfAusIR 1995, 292; 1 C 19.96, InfAusIR 1998, 213.

¹⁸⁸ BVerfG, InfAusIR 2002, 171.

¹⁸⁹ HK-AusIR, § 36 AufenthG Rn 22.

Neben der familiären Gemeinschaft mit dem Kind ist insbesondere dann, wenn daneben noch andere Mitglieder der familiären Lebensgemeinschaft – z.B. die Lebensgefährtin und deren Kinder – von einer möglichen Trennung betroffen sind, auch deren Situation zu berücksichtigen. Kann dabei einem Familienmitglied das Verlassen des Bundesgebietes nicht zugemutet werden, hat dies Auswirkungen auf die übrigen Familienmitglieder. Besitzt eines der übrigen Familienmitglieder die deutsche Staatsangehörigkeit, ist es ihm in der Regel unzumutbar, das Bundesgebiet zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft zu verlassen.¹⁹⁰ Zu berücksichtigen ist auch, ob die gemeinsame Verlagerung des Lebensmittelpunktes tatsächlich durchführbar ist, d.h. den übrigen Familienmitgliedern die Einreise gestattet wäre. Weiterhin ist zu würdigen, ob den übrigen Familienmitgliedern angesichts fehlender Sprachkenntnisse und mangelnder wirtschaftlicher Unabhängigkeit der Familie der Umzug ins Ausland zuzumuten ist.¹⁹¹

Greifen die Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 AufenthG nicht, so ist – zumindest bei einem Aufenthalt im Bundesgebiet und vollziehbarer Ausreisepflicht – § 25 Abs. 5 AufenthG unter Zugrundelegung der o.g. Maßstäbe zu prüfen.

¹⁹⁰ BVerfG, InfAuslR 2002, 171.

¹⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 10.5.2008 – 2 BvR 588/08, InfAuslR 2008, 347, 348.