Deutscher Anwaltverein
Arbeitsgemeinschaft Familienrecht

Familien Anwälte
In jeder Beziehung.

Mitgliederversammlung und Herbsttagung
26. bis 28. November 2015
in Weimar

Schnittstelle Ausländerrecht – Aufenthalt und familiäre Lebensgemeinschaft

Argiris Balomatis, Rechtsanwalt
Tübingen

Ausländerrecht

Aufenthalt und familiäre Lebensgemeinschaft

Arbeitsgemeinschaft Familienrecht,
Herbsttagung in Weimar, 27.11.2015

Argiris Balomatis
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht

Anwälte am Neckartor
Neckargasse 22
72070 Tübingen
Tel.: 07071-565190
Fax: 07071-5651919
anwaelte@neckartor.de
www.neckartor.de

Einführung:

Familienanwälte beschäftigen sich in aller Regel kaum mit ausländerrechtlichen Problemen. Diese sind im Bereich des öffentlichen Rechts angesiedelt, einem Bereich also, den der Familienanwalt tunlichst meidet.

Wie im Folgenden gezeigt wird, bestehen in der Praxis der Familienanwälte, die sich mit grenzüberschreitenden Familienrechtssachverhalten beschäftigen, zahlreiche Berührungspunkte zum Aufenthaltsrecht und Europarecht. Das Erkennen von aufenthaltsrechtlichen Problemen etwa im Zusammenhang mit einer Trennung oder einem Sorgerechtsentzug und das richtige Agieren des Familienanwalts in diesem Schnittstellenbereich können unsere Mandanten vor weitreichenden,
mitunter existenziellen Folgen, wie etwa dem Verlust eines Aufenthaltsrechts, bewahren.

Zu nennen sind dabei ganz zentral die Themenbereiche Familienzusammenführung und Familienschutz, der Bereich des eigenständigen Aufenthaltsrechts eines ausländischen Ehegatten nach Trennung und Scheidung, sowie der Abschiebungsschutz aus familiären Gründen, um nur wenige zentrale Schnittstellenbereiche zu nennen.

I. Übersicht Aufenthaltstitel

Will eine Person, die nicht deutsche Staatsangehörige ist, in die Bundesrepublik einreisen, benötigt sie grundsätzlich ein Visum oder einen anderen Aufenthaltstitel, der zur Einreise in die Bundesrepublik berechtigt.

Alle freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger (aller EU-Mitgliedstaaten!) dürfen visumsfrei in die Bundesrepublik einreisen. Ihr Aufenthalt ist im Freizügigkeitsgesetz EU geregelt.

Des Weiteren ergeben sich aus der Aufenthaltsverordnung (§§ 40ff AufenthVO) Ausnahmen für Angehörige so genannter privilegierter Staaten, die zum Zwecke

eines vorübergehenden Aufenthalts (etwa für touristische Zwecke) visumsfrei einreisen und sich danach befristet ohne Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhalten dürfen.

Die Staatsangehörigen so genannter Drittstaaten (nicht-EU-Staaten) und auch der Türkei, benötigen für die Einreise in die Bundesrepublik ein Visum und für einen längerfristigen Aufenthalt einen entsprechenden Aufenthaltstitel.

Eine visumfreie Einreise aus humanitären Gründen, etwa zum Zwecke der Asylantragstellung ist in der ausländer- und asylrechtlichen Gesamtsystematik nicht vorgesehen. Die Einreise ohne entsprechenden Aufenthaltstitel (Visum) von Flüchtlingen zum Zwecke der Asylantragstellung ist zunächst eine illegale Einreise und wird durch die Asylantragstellung „geheilt“.

Im Wesentlichen können folgende Aufenthaltstitel unterschieden werden:

- Visum, § 6 AufenthG
- Aufenthaltserlaubnis, § 7 AufenthG
- Niederlassungserlaubnis, § 9 AufenthG
- Daueraufenthalt EG, §§ 9a-c AufenthG
- Blaue Karte EU, § 19a AufenthG
- Aufenthaltsgestattung, § 55 AsylverfG (nur für die Dauer des Asylverfahrens)
- Duldung, § 60 AufenthG

1. Visum, § 6 AufenthG

Zu unterscheiden ist zwischen dem Schengen-Visum, das in aller Regel nur für einen kurzfristigen Aufenthalt von bis zu 90 Tagen innerhalb des Schengen-Raums berechtigt und dem Visum für den Zweck eines längerfristigen Aufenthalts (etwa zur Familienzusammenführung, Studium o.ä.)

Praxistipp:
Für den Familienanwalt kann sich folgende Situation in der Beratungspraxis ergeben. Der deutsche Staatsangehörige möchte seine im Ausland lebende drittstaatsangehörige Verlobte heiraten und erkundigt sich nach den Voraussetzungen für eine Eheschließung in Deutschland.

Die drittstaatsangehörige Verlobte wird bei der deutschen Auslandsvertretung in ihrem Heimatland ein Visum zur Eheschließung beantragen müssen. Sie wird dafür sämtliche Unterlagen, die das deutsche Standesamt für die Eheschließung benötigt, vorlegen müssen (Geburtsurkunden, Familienstammbuch, ggf. Scheidungsurteil etc.). Diese Unterlagen müssen von der jeweiligen Deutschen Botschaft legalisiert werden (Apostille). Die Legalisierung darf nicht älter als 6 Monate sein. Diese Unterlagen werden dann nach Deutschland geschickt und zusammen mit den Unterlagen des deutschen Verlobten dem zuständigen Oberlandesgericht vorgelegt im Hinblick auf die Befreiung von der Beibringung eines Ehefähigkeitszeugnisses. In diesem Zusammenhang wird die Ausländerbehörde am Wohnort des deutschen Verlobten um Zustimmung zur Visumserteilung ersucht. Die Ausländerbehörde hat ein gewisses Ermessen bei der Beurteilung, ob es sich bei der beabsichtigten Eheschließung etwa um eine so genannte Aufenthaltsehe handelt, die also nur zum Zwecke der Aufenthaltserlangung im Bundesgebiet geschlossen wird. Sollten sich diesbezügliche „Verdachtsmomente“ ergeben, kann eine so genannte Scheineheprüfung durchgeführt werden. Dabei werden die Verlobten zeitgleich bei der deutschen Auslandsvertretung und der inländischen Ausländerbehörde anhand eines Fragebogens zu persönlichen Verhältnissen befragt.

In der Beratungssituation kommt in aller Regel die Frage nach der Eheschließung in Dänemark auf.

Die Eheschließung in Dänemark stellt eine **legale** Möglichkeit der zügigen Eheschließung dar. Unabdingbare Grundvoraussetzung ist selbstverständlich, dass der Drittstaatsangehörige mit einem gültigen Visum legal nach Dänemark zur Eheschließung einreist und vor allem nach erfolgter Eheschließung legal wieder in das Bundesgebiet einreisen darf. Da es zwischen Dänemark und der Bundesrepublik so gut wie keine Grenzkontrollen mehr gibt, stellt dies zwar kein praktisches Problem,

aber ein erhebliches rechtliches Problem dar, das relevant wird, wenn der drittstaatsangehörige Ehegatte nach erfolgter Eheschließung im Bundesgebiet Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung stellt. Eine illegale Einreise (von DK nach D) stellt dann einen Hinderungsgrund für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis dar.

Drittstaatsangehörige, die im Besitz eines Schengen-Visums sind, können mit diesem Visum problemlos nach Dänemark zur Eheschließung reisen und danach auch wieder legal in das Bundesgebiet zurückkommen.

Wird der drittstaatsangehörige Ehegatte eines deutschen Staatsangehörigen sodann Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung stellen, wird die Frage der legalen Einreise mit dem entsprechenden Visum geprüft. Ist der Drittstaatsangehörige mit einem Schengen-Visum (zum vorübergehenden Aufenthalt für touristische Zwecke) in das Bundesgebiet eingereist, wird er aufgefordert werden, das „richtige“ Visumsverfahren nachzuholen. Das heißt, wird Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung im Bundesgebiet gestellt, muss der Betroffene zuvor mit einem Visum zur Familienzusammenführung in das Bundesgebiet eingereist sein. Fallen die „Zwecke“ der Aufenthaltserlaubnis und des Visums auseinander, kann die Ausländerbehörde auf die Nachholung des „richtigen“ Visumsverfahrens bestehen. Es gibt hierbei jedoch einen Ermessensspielraum, insbesondere wenn die Nachholung des Visumsverfahrens etwa aufgrund von Entfernungen und Kosten unzumutbar ist.

Der Anspruch des drittstaatsangehörigen Ehegatten auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung lässt das Ermessen der Ausländerbehörde im Hinblick auf die Nachholung des Visumsverfahrens „schrumpfen“. Oftmals wird in der Praxis die Erteilung einer Vorabzustimmung durch die inländische Ausländerbehörde in Aussicht gestellt, damit das Visum sodann schnell erteilt werden kann.

Die Problematik „Nachholung des Visumsverfahrens“ besteht in der Praxis dann nicht, wenn ein gemeinsames Kind zwischen dem deutschen und dem drittstaatsangehörigen Ehegatten geboren ist oder dessen Geburt unmittelbar

bevorsteht. Die drittstaatsangehörige Mutter eines deutschen Kindes leitet dann ihr Aufenthaltsrecht direkt über das Kind ab, so dass die Nachholung des Visumsverfahrens obsolet ist.

Diese Ausführungen gelten ebenfalls nicht, wenn der drittstaatsangehörige Ehegatte zu einem in Deutschland aufhältigen Unionsbürger reist, wenn also die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen einem Unionsbürger und einem Drittstaatsangehörigen im Bundesgebiet begründet werden soll. In diesem Fall richtet sich die Familienzusammenführung nach EU-Gemeinschaftsrecht und nicht mehr nach dem nationalen Aufenthaltsgesetz. Nach der Familienzusammenführungsrichtlinie (**Richtlinie 2003/86/EG vom 22.09.2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung**) sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer EU-Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung weniger streng, als nach nationalen Aufenthaltsrecht.

Hier zeigt sich bereits ein im Ausländerrecht gängiges Phänomen, nämlich das der sogenannten **Inländerdiskriminierung**. Deutsche Staatsangehörige werden vom nationalen Gesetzgeber strenger behandelt als in Deutschland gewöhnliche aufhältige Unionsbürger, die sich auf Gemeinschaftsrecht berufen können.

Ein weiterer Bereich, in dem die „Inländerdiskriminierung“ zu Tage tritt, ist das Spracherfordernis für den Zuzug drittstaatsangehöriger Ehegatten zu deutschen Staatsangehörigen in das Bundesgebiet. Hier wird (noch) das Sprachniveau A1 als Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Familienzusammenführung verlangt. Der drittstaatsangehörige Ehegatte, der zu seinem Ehegatten in die Bundesrepublik reisen möchte, der Angehöriger eines EU-Mitgliedstaates (außer Deutschland) ist, muss keinerlei Kenntnisse der deutschen Sprache nachweisen.

Das Phänomen der „Inländerdiskriminierung“ war bereits Gegenstand zahlreicher Verfahren. Es wurde sowohl von den obersten deutschen Verwaltungsgerichten, wie auch vom EUGH als zulässig erachtet.

2. Aufenthaltserlaubnis, § 7 AufenthG

Die Aufenthaltserlaubnis ist ihrer Natur nach ein befristeter Aufenthaltstitel und dient aufgrund dessen der „Vorbereitung“ auf ein unbefristetes Aufenthaltsrecht (Niederlassungserlaubnis). Die Aufenthaltserlaubnis wird stets zu bestimmten Zwecken erteilt. Die Zweckbestimmung ist vielfältig und würde den vorgegebenen Rahmen unserer Thematik sprengen. Exemplarisch wird die Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung, zum Studium, zur Aufnahme einer bestimmten Erwerbstätigkeit, aus humanitären Gründen genannt.

Von Bedeutung für die anwaltliche Praxis auch des Familienanwalts ist, dass nicht jede Aufenthaltserlaubnis automatisch zum Familiennachzug berechtigt.

Deutlich wird dies bei der aktuellen politischen Diskussion über die Beschränkung des Familiennachzugs für anerkannte Flüchtlinge, etwa aus Syrien.

3. Niederlassungserlaubnis, § 9 AufenthG

Die Niederlassungserlaubnis ist ein unbefristeter Aufenthaltstitel und somit der stärkste ausländerrechtliche Status. Sie berechtigt zum uneingeschränkten Familiennachzug. Grundvoraussetzung ist, wie auch bei der Aufenthaltserlaubnis stets die Sicherung des Lebensunterhalts.

Exkurs: Lebensunterhaltssicherung

Der Lebensunterhalt eines (etwa zum Zwecke der Familienzusammenführung) einreisewilligen Drittstaatsangehörigen ist dann gesichert, wenn sein Lebensunterhalt (inklusive der notwendigen Krankversicherung) ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gesichert ist. Die „Gefahr“ einer möglichen Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II oder SGB XII stellen ein absolutes Hindernis bei der Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung dar.

Der „Bedarf“ richtet sich dabei nach den allgemeinen Regelsätzen des SGB II zuzüglich Wohnkosten.

Aktuelle Regelsätze 2015:

- Alleinstehende und Alleinerziehende: € 399,00
- Volljährige Partner innerhalb der Bedarfsgemeinschaft € 360,00
- 18- bis 24- jährige im Haushalt der Eltern € 320,00
- Jugendliche von 14 bis 17 Jahre € 302,00
- Kinder von 6 bis 13 Jahren € 267,00
- Kinder unter 6 Jahren € 234,00

Ist im Rahmen einer Prognoseentscheidung der nachziehende Familienangehörige in der Lage, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, und hat er eine solche bereits in Aussicht, so wird sein mutmaßliches künftiges Einkommen bei der Prüfung der Lebensunterhaltssicherung mit zu berücksichtigen sein.

In der Praxis spielt die Lebensunterhaltssicherung durch Verwandte oder dritte Personen eine wesentliche Rolle. Im Rahmen einer schriftlichen Verpflichtungserklärung (§ 68 AufenthG) wird eine Art „ausländer- und sozialrechtliche Bürgschaft“ übernommen mit der Regressmöglichkeit durch einen Sozialleistungsträger, sollte während der Gültigkeitsdauer einer Verpflichtungserklärung doch Sozialleistungen für den betroffenen Drittstaatsangehörigen in Anspruch genommen werden.

II. Eigenständiges Aufenthaltsrecht des geschiedenen oder getrenntlebenden Ehegatten

Für die Frage, ob und ggf. ab wann der ausländische Ehegatte im Falle einer Trennung oder Scheidung ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zusteht, ist zunächst der bestehende Aufenthaltsstatus des Betroffenen zu klären.
Es wird sich in aller Regel um eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung (sog. Familiennachzug) handeln, §§ 27ff AufenthG.

Zu unterscheiden ist in diesem Zusammenhang zwischen dem Familiennachzug zu Deutschen Ehegatten und zu ausländischen Ehegatten.

1. Die wichtigsten Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes:

§ 28 AufenthG
Familiennachzug zu Deutschen

(1) Die Aufenthaltserlaubnis ist dem ausländischen
1. Ehegatten eines Deutschen,
2. minderjährigen ledigen Kind eines Deutschen,
3. Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge

zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Sie ist abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 in den Fällen des Satzes 1 Nr. 2 und 3 zu erteilen. Sie soll in der Regel abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 erteilt werden. Sie kann abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 dem nicht personensorgeberechtigten Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen erteilt werden, wenn die familiäre Gemeinschaft schon im Bundesgebiet gelebt wird. § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2, Satz 3 und Abs. 2 Satz 1 ist in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 entsprechend anzuwenden.

(2) Dem Ausländer ist in der Regel eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn er drei Jahre im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist, die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Deutschen im Bundesgebiet fortbesteht, kein Ausweisungsinteresse besteht und er über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt. § 9 Absatz 2 Satz 2 bis 5 gilt entsprechend. Im Übrigen wird die Aufenthaltserlaubnis verlängert, solange die familiäre Lebensgemeinschaft fortbesteht.

§ 29 AufenthG
Familiennachzug zu Ausländern

(1) Für den Familiennachzug zu einem Ausländer muss

1. der Ausländer eine Niederlassungserlaubnis, Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU, Aufenthaltserlaubnis oder eine Blaue Karte EU besitzen und

2. ausreichender Wohnraum zur Verfügung stehen.

(2) Bei dem Ehegatten und dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Absatz 4, § 25 Absatz 1 oder 2, eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Absatz 3 oder nach Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 2 Satz 1 zweite Alternative eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Absatz 4 besitzt, kann von den Voraussetzungen des § 5 Absatz 1 Nummer 1 und des Absatzes 1 Nummer 2 abgesehen werden. In den Fällen des Satzes 1 ist von diesen Voraussetzungen abzusehen, wenn

1. der im Zuge des Familiennachzugs erforderliche Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels innerhalb von drei Monaten nach unanfechtbarer Anerkennung als Asylberechtigter oder unanfechtbarer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft oder subsidiären Schutzes oder nach Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Absatz 4 gestellt wird und

2. 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.

Die in Satz 2 Nr. 1 genannte Frist wird auch durch die rechtzeitige Antragstellung des Ausländers gewahrt.

(3) Die Aufenthaltserlaubnis darf dem Ehegatten und dem minderjährigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 22, 23 Absatz 1 oder Absatz 2 oder § 25 Absatz 3 oder Absatz 4a Satz 1, § 25a Absatz 1 oder § 25b Absatz 1 besitzt, nur aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland erteilt werden. § 26 Abs. 4 gilt entsprechend. Ein Familiennachzug wird in den Fällen des § 25 Absatz 4, 4b und 5, § 25a Absatz 2, § 25b Absatz 4, § 104a Abs. 1 Satz 1 und § 104b nicht gewährt.

(4) Die Aufenthaltserlaubnis wird dem Ehegatten und dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers oder dem minderjährigen ledigen Kind seines Ehegatten abweichend von § 5 Abs. 1 und § 27 Abs. 3 erteilt, wenn dem Ausländer vorübergehender Schutz nach § 24 Abs. 1 gewährt wurde und

1. die familiäre Lebensgemeinschaft im Herkunftsland durch die Fluchtsituation aufgehoben wurde und

2. der Familienangehörige aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union übernommen wird oder sich außerhalb der Europäischen Union befindet und schutzbedürftig ist.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an sonstige Familienangehörige eines Ausländers, dem vorübergehender Schutz nach § 24 Abs. 1 gewährt wurde, richtet sich nach § 36. Auf die nach diesem Absatz aufgenommenen Familienangehörigen findet § 24 Anwendung.

§ 31 AufenthG
Eigenständiges Aufenthaltsrecht der Ehegatten

(1) Die Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten wird im Falle der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft als eigenständiges, vom Zweck des Familiennachzugs unabhängiges Aufenthaltsrecht für ein Jahr verlängert, wenn

1. die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens drei Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat oder

2. der Ausländer gestorben ist, während die eheliche Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet bestand

und der Ausländer bis dahin im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU war, es sei denn, er konnte die Verlängerung aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen nicht rechtzeitig beantragen. Satz 1 ist nicht anzuwenden, wenn die Aufenthaltserlaubnis des Ausländers nicht verlängert oder dem Ausländer keine Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU erteilt werden darf, weil dies durch eine Rechtsnorm wegen des Zwecks des Aufenthalts oder durch eine Nebenbestimmung zur Aufenthaltserlaubnis nach § 8 Abs. 2 ausgeschlossen ist.

(2) Von der Voraussetzung des dreijährigen rechtmäßigen Bestandes der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet nach Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 ist abzusehen, soweit es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, dem Ehegatten den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen, es sei denn, für den Ausländer ist die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen. Eine besondere Härte liegt insbesondere vor, wenn dem Ehegatten wegen der aus der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft erwachsenden Rückkehrverpflichtung eine erhebliche Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange droht oder wenn dem Ehegatten wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange das weitere Festhalten an der ehelichen Lebensgemeinschaft unzumutbar ist; dies ist insbesondere anzunehmen, wenn der Ehegatte Opfer häuslicher Gewalt ist. Zu den schutzwürdigen Belangen zählt auch das Wohl eines mit dem Ehegatten in familiärer Lebensgemeinschaft lebenden Kindes. Zur Vermeidung von Missbrauch kann die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis versagt werden, wenn der Ehegatte aus einem von ihm zu vertretenden Grund auf Leistungen nach dem Zweiten oder Zwölften Buch Sozialgesetzbuch angewiesen ist.

(3) Wenn der Lebensunterhalt des Ehegatten nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Unterhaltsleistungen aus eigenen Mitteln des Ausländers gesichert ist und dieser eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU besitzt, ist dem Ehegatten abweichend von § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5 und 6 ebenfalls eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen.

(4) Die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Zweiten oder Zwölften Buch Sozialgesetzbuch steht der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis unbeschadet des Absatzes 2 Satz 4 nicht entgegen. Danach kann die Aufenthaltserlaubnis verlängert werden, solange die Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EU nicht vorliegen.

Wenn in den vorgenannten Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes von „*Ausländer*“ die Rede ist, bezieht sich dieser Begriff auf den sog. Angehörigen eines Drittstaates, also nicht auf Angehörige eines EU-Mitgliedstaates. Für den **drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürgers** richtet sich die Frage des Erwerbs eines

eigenständigen Aufenthaltsrechts nicht nach den Vorgaben des deutschen Aufenthaltsrechts, sondern vielmehr nach dem (insoweit höherrangigem) EU-Gemeinschaftsrecht, insbesondere nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU, sowie nach der sog. Familienzusammenführungsrichtlinie.

Zentraler Anknüpfungspunkt und für die Praxis des Familienanwalts primär zu prüfen ist die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft und die „Qualität" der gelebten ehelichen Lebensgemeinschaft. Maßgebend ist danach

> „*die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet und nicht die Dauer des bisherigen Aufenthalts des Ehegatten maßgebend. Vorübergehende Trennungen, die den Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht berühren, bleiben außer Betracht. Wenn sich die Ehegatten aber vor Ablauf der (Zwei)jahresfrist trennen und diese Trennung nach dem ernsthaften, nach außen verlautbarten Willen beider oder auch nur eines der Ehepartner als dauerhaft betrachtet wird, wird die (Zwei)jahresfrist bei einer späteren Wiederaufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft neu in Lauf gesetzt.*"

(Allgemeine Verwaltungsvorschrift des BMI zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009 – noch nicht aktualisiert).

Die im Zitat genannte Zweijahresfrist ist nicht mehr aktuell. § 31 AufenthG wurde in 2013 geändert. Mit Wirkung ab 2.12.2013 gilt nunmehr die Dreijahresfrist!

Es kommt also nicht auf das Tatbestandsmerkmal der „bestehenden Ehe" (wie etwa im Freizügigkeitsgesetz/EU) an, sondern auf die „eheliche Lebensgemeinschaft".

Praxistipp:
Taucht in der familienrechtlichen Beratung die Frage des (weiteren) Aufenthalts des drittstaatsangehörigen Ehegatten auf und handelt es sich beim anderen Ehegatten (Antragsgegner) um einen Deutschen Staatsangehörigen oder ebenfalls um einen Drittstaatsangehörigen, so ist stets zu berücksichtigen, dass sich der ausländerrechtliche Stichtag auf den (endgültigen) Trennungszeitpunkt bezieht, nicht etwa auf den Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsantrags oder gar auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses.

Aufgrund der universellen Geltung der Rom III VO im Hinblick auf das anwendbare Recht bei Ehescheidung, wird in der Regel deutsches materielles Scheidungsrecht auch bei der Scheidung zweier drittstaatsanghöriger Ehegatten anzuwenden sein. Für ein eigenständiges Aufenthaltsrecht eines Ehegatten kommt es daher auf die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft **vor** Beginn des Trennungsjahres, also der endgültigen Trennung an.

Warnhinweis:
Der Begriff „rechtmäßig“ in § 31 Abs. 1 Ziff. 1 AufenthG wird von den Verwaltungsgerichten restriktiv ausgelegt. Der Zeitraum der rechtmäßigen ehelichen Lebensgemeinschaft beginnt erst mit der (erstmaligen) Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach §§ 28, 29 AufenthG und nicht etwa bereits mit Antragstellung! Dies widerspricht dem Wortlaut „rechtmäßig“, da über die sog. Erlaubnisfiktion des § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG bereits mit Antragstellung von einer Rechtmäßigkeit des Aufenthalts von Gesetzes wegen auszugehen ist.

2. Drittstaatsangehörige Ehegatten von Unionsbürgern

Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU)

§ 3 Familienangehörige

(1) Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 genannten Unionsbürger haben das Recht nach § 2 Abs. 1 *(Freizügigkeit, Anm. der Verf.)*, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Für Familienangehörige der in § 2 Abs. 2 Nr. 5 genannten Unionsbürger gilt dies nach Maßgabe des § 4.

(2) Familienangehörige sind

1. der Ehegatte, der Lebenspartner und die Verwandten in gerader absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten oder Lebenspartner, die noch nicht 21 Jahre alt sind,

2. die Verwandten in gerader aufsteigender und in gerader absteigender Linie der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 und 7 genannten Personen oder ihrer Ehegatten oder Lebenspartner, denen diese Personen oder ihre Ehegatten oder Lebenspartner Unterhalt gewähren.

(3) Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, behalten beim Tod des Unionsbürgers ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr als seine Familienangehörigen im Bundesgebiet

aufgehalten haben. § 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

(4) Die Kinder eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers und der Elternteil, der die elterliche Sorge für die Kinder tatsächlich ausübt, behalten auch nach dem Tod oder Wegzug des Unionsbürgers, von dem sie ihr Aufenthaltsrecht ableiten, bis zum Abschluss einer Ausbildung ihr Aufenthaltsrecht, wenn sich die Kinder im Bundesgebiet aufhalten und eine Ausbildungseinrichtung besuchen.

(5) Ehegatten oder Lebenspartner, die nicht Unionsbürger sind, behalten bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Aufenthaltsrecht, wenn sie die für Unionsbürger geltenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 oder Nr. 5 erfüllen und wenn

1. die Ehe oder die Lebenspartnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Bundesgebiet,

2. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung die elterliche Sorge für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wurde,

3. es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, insbesondere weil dem Ehegatten oder dem Lebenspartner wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange ein Festhalten an der Ehe oder der Lebenspartnerschaft nicht zugemutet werden konnte, oder

4. ihnen durch Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind nur im Bundesgebiet eingeräumt wurde.

§ 3 Abs. 1 und 2 sowie die §§ 6 und 7 sind für Personen nach Satz 1 nicht anzuwenden; insoweit ist das Aufenthaltsgesetz anzuwenden.

Freizügigkeitsrichtlinie – EU

➔ Innerstaatliche Umsetzung durch das FreizügigkeitsG / EU

(Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG)

Art. 13 – Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder bei Beendigung der eingetragenen Partnerschaft

(2) Unbeschadet von Unterabsatz 2 führt die Scheidung oder Aufhebung der Ehe oder die Beendigung der eingetragenen Partnerschaft im Sinne von Artikel 2 Nummer 2 Buchstabe b) für Familienangehörige eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, nicht zum Verlust des Aufenthaltsrechts, wenn

1. a)

   die Ehe oder die eingetragene Partnerschaft im Sinne von Artikel 2 Nummer 2 Buchstabe b) bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens oder bis zur Beendigung der eingetragenen Partnerschaft mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Aufnahmemitgliedstaat, oder

2. b)

   dem Ehegatten oder dem Lebenspartner im Sinne von Artikel 2 Nummer 2 Buchstabe b), der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, aufgrund einer Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Sorgerecht für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wird oder

3. c)

   es aufgrund besonders schwieriger Umstände erforderlich ist, wie etwa bei Opfern von Gewalt im häuslichen Bereich während der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft, oder

4. d)

   dem Ehegatten oder dem Lebenspartner im Sinne von Artikel 2 Nummer 2 Buchstabe b), der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, aufgrund einer Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind zugesprochen wird, sofern das Gericht zu der Auffassung gelangt ist, dass der Umgang — solange er für nötig erachtet wird — ausschließlich im Aufnahmemitgliedstaat erfolgen darf.

Bevor die Betroffenen das Recht auf Daueraufenthalt erwerben, bleibt ihr Aufenthaltsrecht an die Voraussetzung geknüpft, dass sie nachweisen können, dass sie Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen müssen, und dass sie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder dass sie bereits im Aufnahmemitgliedstaat als Familienangehörige einer Person gelten, die diese Voraussetzungen erfüllt. Als ausreichende Existenzmittel gelten die in Artikel 8 Absatz 4 vorgesehenen Beträge.

Die betreffenden Familienangehörigen behalten ihr Aufenthaltsrecht ausschließlich auf persönlicher Grundlage.

Im Hinblick auf den **„Stichtag“** ist auf die *Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens* abzustellen, nicht auf die Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Die Ehe (nicht Lebensgemeinschaft!) muss also bis zur Verfahrenseinleitung drei Jahre bestanden haben, davon ein Jahr im Bundesgebiet.

Praxistipp:

Vertritt oder berät der Familienanwalt einen drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürger und besteht die „Gefahr“, dass der andere Ehegatte im Rahmen seiner uneingeschränkten Freizügigkeit das Bundesgebiet verlassen könnte, um etwa in sein Heimatland zurückzukehren oder in einen anderen EU-Mitgliedsstaat zu leben, sollte recht schnell das Scheidungsverfahren im Bundesgebiet anhängig gemacht werden.

Nach einer neuen Entscheidung des EuGH (Urteil v. 16.07.2015, C-218/14) verliert der drittstaatsangehörige Ehegatte sein Recht auf ein eigenständiges Aufenthaltsrecht aus familiären Gründen, wenn der Unionsbürger, von dem er sein

(familiäres) Aufenthaltsrecht ableitete, vor Einleitung des Scheidungsverfahrens aus dem Land des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt wegzieht und zwar auch dann, wenn die übrigen Voraussetzungen (mind. dreijährige Ehe, davon ein Jahr im Inland) vorlagen.

3. „Scheinehen“

Die Eheschließung und die anschließende eheliche Lebensgemeinschaft erfolgt ausschließlich zum Zweck der Erlangung eines Aufenthaltstitels.

➔ Aufhebung der Ehe nach § 1314 BGB

Eine Scheinehe ist nach § 1315 I 1 Nr. 5 BGB geheilt, wenn die Ehegatten die eheliche Lebensgemeinschaft - gegen ihre ursprüngliche Absicht – tatsächlich herstellen. Dafür genügt - anders als für die Bestätigung - die bloße Absicht des Zusammenlebens nicht.

In der Praxis spielt das Eheaufhebungsverfahren eine sehr untergeordnete Rolle. Die Fälle, wo die eheliche Lebensgemeinschaft nach Eheschließung nicht aufgenommen wird, sind selten.

Es dürfte in der Beratungspraxis des Familienanwalts jedoch immer wieder vorkommen, dass ein deutscher Ehegatte, der sich von uns im Zuge der Trennung beraten lässt, seinem drittstaatsangehörigen Ehegatten vorwirft, dieser habe ihn nur geheiratet, um ein Aufenthaltsrecht zu erlangen und ein Eheaufhebungsverfahren einleiten möchte, anstatt ein „normales“ Scheidungsverfahren. In aller Regel wird diesem Ehegatten von der Einleitung eines Eheaufhebungsverfahrens abzuraten sein, falls es zu einem faktischen Zusammenleben gekommen ist und abhängig von der „Qualität“ desselben.

Ebenfalls häufig dürften Fälle sein, in denen ein drittstaatsangehöriger Ehegatte unmittelbar nach (oder auch bereits vor) einer Trennung aufgrund der „Anzeige“ durch den anderen Ehegatten, mit einem „Anhörungsschreiben“ der Ausländerbehörde im Schnittstellenbereich Aufenhaltsrecht / Familienrecht beraten werden möchte.

Hier gilt es, sämtlich Argumente, die gegen eine „Scheinehe“ sprechen im Einzelfall entsprechend vorzutragen.

Praxistipp:

Wenn ein ausländischer Ehegatte eine deutsche Staatsangehörige ausschließlich zum Zwecke der Erlangung eines Aufenthaltstitels geheiratet hat und haben die Eheleute die (eheliche) Lebensgemeinschaft auch tatsächlich geführt, so führt dieser

(subjektive) „Mangel einer Eheführungsabsicht“ nicht zum Ausschluss eines Trennungsunterhaltsanspruchs zugunsten des ausländischen Ehegatten (keine Verwirkung), OLG Stuttgart, Beschluss v. 19.11.2014, 16 UF 79/14.

4. Aufenthaltsrecht aufgrund Elternschaft

Auch das Vorliegen einer rechtlichen aber auch sozialen Elternschaft (in der Praxis: Umgangsrecht des rechtlichen Vaters) hat aufenthaltsrechtliche Folgen in Bezug etwa auf Aufenthaltsverfestigung und Abschiebungsschutz.

In der Praxis wird der Familienanwälte ist folgende Fallkonstellation typisch:

Der drittstaatsangehörige nichteheliche Vater eines deutschen Kindes hat wenig oder kaum Kontakt zum Kind, das bei der deutschen Mutter lebt. Es besteht allenfalls eine Vaterschaftsanerkennung. Der Vater möchte das gemeinsame Sorgerecht und ein regelmäßiges Umgangsrecht und verspricht sich davon (auch) eine Verbesserung seiner ausländerrechtlichen Situation.

Ausländerrechtliche Erwägungen spielen bei der Prüfung eines Antrags auf gemeinsame elterliche Sorge nach § 1626a BGB keine Rolle, falls im Rahmen der Kindeswohlprüfung die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Kindeswohl nicht widerspricht.

Soweit ein Umgangsrecht zwischen dem leiblichen Vater, der nicht gleichzeitig rechtlicher Vater ist, dem Kindeswohl nicht widerspricht, stellt ein Umgangsausschluss einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK dar.

Ein (auch nur begleiteter) Umgang von auch nur einer Stunde im Monat, der dem Kindeswohl entspricht, entfaltet in er Folge aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen aus Art. 8 EMRK.

EGMR – Urteil v. 21.12.2010, 20578/07 – Rs. Anayo / BRD

Leitsatz: Entscheidung der deutschen Gerichte, leiblichem Vater Umgang mit seinen Kindern zu verwehren, berücksichtigte nicht das Kindeswohlinteresse

Der Fall betraf die Weigerung der deutschen Gerichte, dem Beschwerdeführer Umgang mit seinen leiblichen Kindern zu gewähren, mit denen er nie zusammengelebt hat.

Zusammenfassung des Sachverhalts

(Dr. Klaus Dienelt, http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-rechtsprechung/1723-egmr-anayo-umgangsrecht-kindeswohl-biologischer-vater.html)

Der Beschwerdeführer, Frank Eze Anayo, ist nigerianischer Staatsbürger und 1967 geboren. Er reiste 2003 nach Deutschland ein und lebte in Achern, bevor er 2008 nach Spanien zog. Sein Antrag auf Asyl in Deutschland wurde im Februar 2006 rechtskräftig abgelehnt. Etwa zwei Jahre lang hatte er eine Beziehung mit Frau B., die mit ihrem Ehemann drei Kinder hat. Im Dezember 2005, vier Monate nachdem sie sich von Herrn Anayo getrennt hatte, brachte Frau B. Zwillinge zur Welt, deren biologischer Vater er ist. Frau B. zieht die Kinder gemeinsam mit ihrem Ehemann auf, der rechtlich deren Vater ist. Das Ehepaar lehnte Herrn Anayos Bitten vor und nach der Geburt, ihm Umgang mit den Zwillingen zu gewähren, wiederholt ab.

Im September 2006 räumte das Amtsgericht-Familiengericht Baden-Baden Herrn Anayo betreuten Umgang mit den Zwillingen einmal monatlich für eine Stunde ein. Das Gericht kam zu dem Schluss, dass er nach § 1685 Abs. 2 BGB als enge Bezugsperson Recht auf Umgang mit den Kindern habe. Es stützte sich auf ein psychologisches Sachverständigengutachten und befand, dass der Kontakt zwischen Herrn Anayo und den Zwillingen im Kindeswohlinteresse liege, da es wichtig für sie sei, ihre Herkunft zu kennen. Weiter befand das Gericht, dass diese Umgangsregelung für die anderen Kinder des Ehepaars B. nicht von Nachteil sei, da ein offener Umgang mit den Tasachen am ehesten den Interessen aller Beteiligten dienen würde.

Im Dezember 2006 gab das Oberlandesgericht Karlsruhe der Beschwerde des Ehepaars B. statt, hob den Beschluss des Amtsgerichts auf und wies den Antrag Herrn Anayos auf Umgang mit den Zwillingen ab. Es befand, dass er kein umgangsberechtigter Elternteil im Sinne von § 1684 BGB sei, da sich diese Regelung auf die Eltern im Rechtssinne und nicht auf den rein biologischen Vater beziehe. Da Herr Anayo keinerlei Verantwortung für die Kinder getragen und folglich keine sozial-familiäre Beziehung zu ihnen aufgebaut habe, erfülle er außerdem nicht die Voraussetzungen, um als enge Bezugsperson ein Umgangsrecht nach § 1685 Abs. 2 BGB zu beanspruchen. Nach Auffassung des Gerichts sei es daher unerheblich, ob der Kontakt zwischen Herrn Anayo und den Kindern in deren Interesse läge. Das Grundgesetz schütze den Umgang des biologischen Vaters mit seinem Kind nur insoweit, als eine sozial-familiäre Beziehung bereits bestehe; es schütze nicht seinen Wunsch, eine Beziehung zum Kind aufzubauen, wobei der Grund, warum bisher keine solche Beziehung bestehe, unerheblich sei. Am 29. März 2007 nahm das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsbeschwerde Herrn Anayos nicht zur Entscheidung an.

Herr Anayo sah durch die Weigerung der deutschen Gerichte, ihm Umgang mit seinen Kindern zu gewähren, seine Rechte aus Artikel 8 verletzt.

Die Beschwerde wurde am 10. Mai 2007 beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eingelegt. Das Ehepaar B. erhielt die Erlaubnis, als Drittpartei eine schriftliche Stellungnahme abzugeben.

Der Gerichtshof befand, dass die Entscheidungen der deutschen Gerichte, Herrn Anayo den Umgang mit seinen Kindern zu verwehren, einen Eingriff in seine Rechte aus Artikel 8 darstellten. Da er mit den Zwillingen nie zusammengelebt und sie nie kennengelernt hatte, war seine Beziehung zu ihnen zwar nicht beständig genug um als bestehendes „Familienleben“ zu gelten. Der Gerichtshof hat in seiner Rechtsprechung allerdings festgestellt, dass der Wunsch, eine familiäre Beziehung aufzubauen, in den Geltungsberich von Artikel 8 fallen kann, sofern die Tatsache, dass noch kein Familienleben besteht, nicht dem Beschwerdeführer zuzuschreiben ist. Dies war bei Herrn Anayo der Fall, der nur deswegen keinen Kontakt zu den Zwillingen hatte, weil deren Mutter und rechtlicher Vater seine entsprechenden Bitten abgelehnt hatten.

Herr Anayo hatte ein ernsthaftes Interesse an den Kindern gezeigt, indem er, sowohl vor als auch nach deren Geburt, den Wunsch nach Kontakt mit ihnen geäußert und zügig ein Umgangsverfahren eingeleitet hatte. Auch wenn er mit Frau B. nie zusammengelebt hatte, waren die Kinder aus einer nicht bloß zufälligen, sondern zwei Jahre dauernden Beziehung hervorgegangen. Selbst angenommen, dass die Beziehung Herrn Anayos zu seinen Kindern nicht als „Familienleben“ gelten konnte, so betraf sie doch einen wichtigen Teil seiner Identität und folglich sein „Privatleben“ im Sinne von Artikel 8.

Der Eingriff in Herrn Anayos Privatleben war nach deutschem Recht gesetzlich vorgesehen. In Anwendung der maßgeblichen Bestimmungen des BGB hatte das Oberlandesgericht argumentiert, dass er nicht zum Kreise der zum Umgang mit den Kindern berechtigten Personen gehörte. Das deutsche Recht sah nach Auslegung des Oberlandesgerichts in Herrn Anayos Fall folglich keine Untersuchung der Frage vor, ob Kontakte zwischen dem biologischen Vater und seinen Kindern in deren Interesse lägen, sofern ein anderer Mann ihr rechtlicher Vater war und der biologische Vater noch keine Verantwortung für sie getragen hatte, und dies unabhängig von den Gründen für die Unterlassung. Die maßgeblichen Bestimmungen betrafen also auch Fälle, in denen die Tatsache, dass eine solche Beziehung noch nicht bestand, dem biologischen Vater nicht zuzuschreiben war.

Der Gerichtshof nahm zur Kenntnis, dass es in den Europaratsmitgliedstaaten keine einheitliche rechtliche Herangehensweise an die Frage gibt, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen ein biologischer Vater ein Recht auf Umgang mit seinem Kind hat, wenn der rechtliche Vater ein anderer ist. In vielen Staaten haben die nationalen Gerichte allerdings die Möglichkeit zu überprüfen, ob der Kontakt zwischen dem biologischen Vater und seinem Kind in einer Situation, die der Herrn Anayos vergleichbar ist, im Kindeswohlinteresse liegt, und können dem Vater gegebenenfalls Umgang gewähren.

Der Gerichtshof war sich dessen bewusst, dass die Entscheidung der deutschen Gerichte, Herrn Anayo Kontakt mit seinen Kindern zu verwehren, darauf abzielte, dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen, bestehenden Familienbindungen Vorrang gegenüber der Beziehung eines biologischen Vaters zu seinem Kind einzuräumen. Der Gerichtshof erkannte an, dass diese bestehenden Bindungen gleichermaßen schutzbedürftig waren. Folglich wäre eine gerechte Abwägung zwischen den konkurrierenden Rechten nach Artikel 8 notwendig gewesen, nicht nur denjenigen zweier Elternteile und eines Kindes, sondern denjenigen mehrerer betroffener Einzelpersonen – der Mutter, des rechtlichen Vaters, des biologischen Vaters, der gemeinsamen biologischen Kinder des Ehepaars und der aus der Beziehung der Mutter und des biologischen Vaters hervorgegangenen Kinder.

Der Gerichtshof war nicht davon überzeugt, dass die deutschen Gerichte letztinstanzlich eine gerechte Abwägung der konkurrierenden Interessen vorgenommen hatten. Insbesondere hatten sie es unterlassen, die Frage auch nur zu prüfen, ob der Kontakt zwischen den Zwillingen und Herrn Anayo unter den besonderen Umständen des Falls im Interesse der Kinder läge. Der Gerichtshof kam daher einstimmig zu dem Schluss, dass eine Verletzung von Artikel 8 vorlag.

Diese Rechtsprechung wurde vom EGMR mit Urteil vom 15.01.2015 (62198/11) bestätigt (lesenswert vor allem im Hinblick auf die „Rüge“ des Gerichtshofs im Hinblick auf überlange Verfahrensdauer).

In den Fällen, in denen sowohl ein aufenthaltsrechtliches Verfahren in Bezug auf die Erteilung / Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis bzw. Entzug / nachträgliche Befristung einer bestehenden Aufenthaltserlaubnis, wie auch ein Umgangs – und / oder Sorgerechtsverfahren anhängig ist, wird die Ausländerbehörde ihr Verfahren „aussetzen“ bis eine rechtskräftige familienrechtliche Entscheidung vorliegt.

5. „Scheinvaterschaft“

Die Anerkennung der Vaterschaft ohne biologischer Vater zu sein, ist möglich und zulässig und entfaltet nicht nur familienrechtliche, sondern auch aufenthaltsrechtliche Wirkungen, solange persönliche Kontakte zwischen rechtlichem Vater und Kind (im Sinne einer sozialen Vaterschaft) bestehen und diese dem Kindeswohl entsprechen.

Das zum 1.6.2008 eingeführte Anfechtungsrecht für Ausländerbehörden nach § 1600 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BGB (binnen eines Jahres ab Kenntnis der Ausländerbehörde bzw. binnen 5 Jahren ab Vaterschaftsanerkennung) wurde durch das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 17.12.2013 (Az. 1 BvL 6/10) für verfassungswidrig erklärt. Derzeit besteht somit kein behördliches Anfechtungsrecht einer Vaterschaft kraft Anerkennung.

BVerfG – Entscheidung vom 17.12.2013:

> **Leitsatz 3.**
> Verfassungsrechtliche Elternschaft (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) besteht bei einer durch Anerkennung begründeten rechtlichen Vaterschaft auch dann, wenn der Anerkennende weder der biologische Vater des Kindes ist noch eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind begründet hat. Allerdings hängt die Intensität des verfassungsrechtlichen Schutzes davon ab, ob die rechtliche Vaterschaft auch sozial gelebt wird.

III. Abschiebungsschutz aus familiären Gründen

1. Allgemeine Ausführungen

Die (gelebte!) eheliche Lebensgemeinschaft schützt den betroffenen Drittstaatsangehörigen vor einer Aufenthaltsbeendigung, etwa aufgrund von Straftaten.

Hier wird über Artikel 6 GG und Artikel 8 EMRK der Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft, so sie denn tatsächlich bestand, im Rahmen einer Abwägung zwischen öffentlichem Interesse (Gefahrenabwehr, Generalprävention) und Individualinteresse (Schutz der Familie) absoluten Schutzcharakter zugesprochen.

Waren Ehegatten etwa zum Zeitpunkt einer rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung des drittstaatsangehörigen Ehegatten bereits getrennt, kann die vorgenannte Abwägung je nach „Qualität“ des strafrechtlichen Verhaltens des Betroffenen auch zugunsten der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausfallen. Wird die eheliche Lebensgemeinschaft von zwei drittstaatsangehörigen Ehegatten, etwa mit befristetem und unbefristeten Aufenthaltsrecht, in Deutschland geführt, so wird die Ausländerbehörde auch überprüfen, ob im Falle einer Abschiebung die eheliche Lebensgemeinschaft auch im „Heimatland“ der Ehegatten weitergeführt werden kann und ob dies zumutbar ist.

Von großer praktischer Bedeutung sind die Fälle, in denen der getrenntlebende nichteheliche Vater eines minderjährigen deutschen Kindes, der allenfalls ein sehr rudimentäres Umgangsrecht ausübte, straffällig wird und im Rahmen des Ausweisungsverfahrens mögliche familiäre Schutzwirkungen geprüft werden.

Hier wird schnell die Frage nach dem gemeinsamen Sorgerecht und vor allem nach einer Ausweitung des Umgangs mit dem deutschen Kind relevant. Auch ein begleiteter Umgang, etwa 1x pro Monat für wenige Stunden, entfaltet aus Gründen des Kindeswohls einen Abschiebungsschutz, siehe oben EGMR, Rs. Anayo.

Die vorgenannten Ausführungen zu den aufenthaltsrechtlichen Wirkungen familienrechtlicher Beziehungen gelten entsprechend im Bereich des Abschiebungsschutzes.

In der Praxis des Familienanwalts wird in diesem Kontext ein drittstaatsangehöriger Mandant um Rechtsrat bzw. Vertretung bitten, der „vollziehbar ausreisepflichtig“ ist, seine Abschiebung (d.h. der Vollzug der Ausreisepflicht) aber aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Diese Personen sind in der Regel im Besitz einer Duldung, die meist mit einer Gültigkeitsdauer von 3 – 6 Monaten regelmäßig verlängert wird.

Die schutzwürdige familiäre Konstellation (Vaterschaft, Sorgerecht, Umgangsrecht) stellt im aufenthaltsrechtlichen Sinn ein rechtliches (Art. 6 GG) Abschiebungshindernis dar und gewährt dem Betroffenen nicht nur Anspruch auf fortlaufende Verlängerung der Duldung.

Vielmehr wurde dem Wunsch des Gesetzgebers, sog. Kettenduldungen zu vermeiden, dadurch Rechnung getragen, dass Personen, die zwar vollziehbar ausreisepflichtig sind, deren Ausreise aber aufgrund eines rechtlichen oder tatsächlichen Grundes bis auf Weiteres unmöglich ist, ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen erhalten sollen, spätestens nach 18 Monaten („soll“).

§ 25 Abs. 5 AufenthG:

> (5) Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit

dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Eine Aufenthaltserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Ein Verschulden des Ausländers liegt insbesondere vor, wenn er falsche Angaben macht oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt.

Warnhinweis:

Vorsicht vor den Tücken des Verwaltungsrechts!

Bei einem vollziehbar ausreisepflichtigen Betroffenen besteht die Gefahr des Vollzugs seiner Ausreisepflicht durch die Ausländerbehörde (Abschiebung). Sollte eine Abschiebung drohen bevor schutzwürdige familienbezogene Belange im Verwaltungsverfahren berücksichtigt wurden oder weigert sich die Behörde, solche schutzwürdigen Belange anzuerkennen, muss neben den entsprechenden „Hauptsacheanträgen“ auch an die Einleitung eines „Eilverfahren“ beim zuständigen Verwaltungsgericht gedacht werden, gerichtet auf Abschiebungsschutz, mit dem Ziel, der Ausländerbehörde aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu untersagen bis zur Klärung, Entscheidung über die entsprechenden Anträge zur Berücksichtigung schutzwürdiger familienbezogener Belange des Betroffenen (bzw. des betroffenen Kindes). Das Kind hat ein eigenes Antragsrecht.

Die EU-Mitgliedstaaten sind über die sog. Rückführungsrichtlinie (2008/115/EG) verpflichtet, dem Schutz der Familie bei der beabsichtigten Rückführung von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen besonders Rechnung zu tragen.

2. Anerkennung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen:

Ergeben sich schutzwürdige familienbezogene Belange bspw. aus (Sorgerechts-) Entscheidungen ausländischer Gerichte, sind diese von den Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichten zu berücksichtigen.

Bei Entscheidungen von Gerichten anderer EU-Mitgliedstaaten ergibt sich die Anerkennung aus Art. 21ff der EuEheVO (Brüssel IIa VO).

Daneben besteht die Möglichkeit eines Anerkennungsverfahren vor den Familiengerichten nach §§ 16 – 32 IntFamRVG.

Praxistipp:

Ausschließlich zuständig ist das Familiengericht am Sitz des jeweiligen Oberlandesgerichts (§ 12 Abs. 1 IntFamRVG), im Bezirk des Kammergerichts das

AG Pankow/Weißensee (§ 12 Abs. 2 IntFamRVG) und das AG Celle für Niedersachen (Art. 12 Abs. 3 IntFamRVG).

Das Anerkennungsverfahren ist für die Praxis relevant, falls ein schutzwürdiger familiärer Umstand, etwa eine ausländische Sorgerechtsentscheidung oder eine ausländische Umgangsentscheidung aus Sicht der Ausländerbehörde für nicht anerkennungsfähig oder schlicht als mit dem deutschen „ordre public“ nicht vereinbar angesehen wird.

Ausländerbehörden argumentieren oft mit der „normativen Kraft des Faktischen“, d.h. ein Umgangsrecht, das nicht ausgeübt wird, entfaltet keine aufenthaltsrechtliche Schutzwirkung.

Besteht etwa ein Umgangsbeschluss eines anderen EU-Mitgliedstaates, ist die Frage der Vollstreckbarkeit einer solchen Umgangsentscheidung von Bedeutung:

In Art. 41 Abs. 1 EuEheVO ist die unmittelbare Vollstreckbarkeit einer Umgangsentscheidung eines Mitgliedstaats in den anderen Mitgliedstaaten vorgesehen. Die Bescheinigung nach Anhang III ist obligatorisch.

Rechtsfolge ist die Gleichstellung mit einer inländischen Entscheidung. Damit finden über § 44 Abs. 3 IntFamRVG die §§ 86 ff. FamFG, danach kann also noch die Androhung von Ordnungsmitteln erfolgen.

Auch das **Haager Kinderschutzübereinkommen** (eine Übersicht der Vertragsstaaten ist über das Bundesamt für Justiz unter:

> https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/HKUE/Vertragsstaaten.pdf?__blob=publicationFile

abrufbar) regelt in den Art. 23 ff die Anerkennung und Vollstreckung von Sorge- und Umgangsentscheidungen.

Nach Art. 23 Abs. 1 KSÜ werden Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten automatisch anerkannt, sofern nicht Versagungsgründe nach Art. 23 Abs. 2 KSÜ vorliegen, die inzident in jedem Verfahren des Anerkennungsstaates zu beachten sind.
Die Unterstützung beim Anerkennungsverfahren kann durch **zentrale Behörden** erfolgen (Art. 29 ff. KSÜ, in Deutschland das Bundesamt für Justiz).

Ebenso wie bei der Anerkennung und Vollstreckung einer Sorgerechtsentscheidung nach den Art. 21 ff. EuEheVO findet eine **Zuständigkeitskonzentration** im Rahmen der Anerkennung/Nichtanerkennung der getroffenen Maßnahmen beim Amtsgericht am Sitz des Oberlandesgerichts statt (§§ 10, 2. Spiegelstrich, 12 IntFamRVG).

Das Verfahren richtet sich nach den §§ 16 ff. IntFamRVG.

Entsprechendes gilt für Entscheidungen von Staaten, die Vertragsstaaten des Europäischen Sorgerechtsübereinkommens (Europäisches Übereinkommen vom 20. Mai 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses) sind.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der EuEheVO werden ausländische Entscheidungen in Deutschland inzident ohne ein förmliches Anerkennungsverfahren nach § 108 Abs. 1 FamFG anerkannt, soweit nicht Anerkennungshindernisse nach § 109 FamFG vorliegen, die weitgehend von Amts wegen zu prüfen sind (OLG Köln, FamRZ 2010, 1591 [Malaysia].

Bei einer erfolgten ausländischen Verbundentscheidung muss zunächst die ausländische Scheidung nach § 107 FamFG anerkannt werden, bevor aus dem Beschluss Folgerungen für das Sorgerecht gezogen werden können (BGHZ 64, 19, 22, 23; a.A.: Hausmann, IntEuSchR, J 588: nicht mehr zeitgemäß).

Nach § 108 Abs. 2 FamFG kann ein Beteiligter, der ein rechtliches Interesse hat, eine Entscheidung über eine Anerkennung oder Nichtanerkennung einer Entscheidung mit Bindungswirkung nach § 107 Abs. 9 FamFG herbeiführen.

Die internationale Zuständigkeit folgt aus § 99 FamFG, die örtliche aus § 108 Abs. 3 FamFG.

Mögliche Anerkennungshindernisse sind in § 109 FamFG aufgeführt.

Nach § 110 FamFG findet eine eigenständige Vollstreckung einer ausländischen Entscheidung hinsichtlich der elterlichen Verantwortung nicht statt.

Vielmehr erfolgt bspw. bei einer Umgangsentscheidung eine inzidente Prüfung im Rahmen der §§ 86 ff. FamFG (OLG Bamberg, OLGR 2000, 96; Hausmann, IntEuSchR, J 623).

Das **Bundesverwaltungsgericht** hat in diesem Zusammenhang am 29.11.2012 in einer Reihe von Entscheidungen (die abgelehnte Visanträge zum Kindesnachzug betrafen - Verfahren 10 C 4.12; BVerwG 10 C 5.12; BVerwG 10 C 11.12; BVerwG 10 C 14.12) entschieden, dass Sorgerechtsentscheidungen ausländischer Stellen grundsätzlich anzuerkennen sind.

> **Deutsche Behörden und Gerichte müssen ausländische Sorgerechtsentscheidungen im Visumverfahren grundsätzlich anerkennen. Sie dürfen diese nur dann außer Acht lassen, wenn ihre Anwendung mit der öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar ist.**

Das Bundesverwaltungsgericht hatte über mehrere Fälle zu entscheiden, in denen minderjährige Ausländer zu einem in Deutschland lebenden Elternteil nachziehen wollen. In drei Fällen war dem im Bundesgebiet lebenden Vater durch eine Entscheidung eines türkischen Gerichts, in einem Fall einer hier lebenden mongolischen Mutter das alleinige Sorgerecht übertragen worden.

Die Anträge auf Erteilung von Visa zum Zweck des Kindernachzugs wurden von den zuständigen deutschen Auslandsvertretungen abgelehnt. Das Auswärtige Amt war der Auffassung, dass die in § 32 Abs. 3 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) enthaltene Nachzugsvoraussetzung der alleinigen Personensorgeberechtigung bei dem im Bundesgebiet lebenden Elternteil nicht vorliege. Die ausländischen Sorgerechtsentscheidungen seien nicht anzuerkennen, da sie mit der öffentlichen Ordnung (ordre public) unvereinbar seien. In den die Türkei betreffenden Fällen hätten weder die Voraussetzungen für die Übertragung des Sorgerechts nach den Vorschriften des türkischen Familienrechts vorgelegen noch sei das Kindeswohl der Kläger von den türkischen Stellen ausreichend berücksichtigt worden. In dem Fall der Sorgerechtsübertragung in der Mongolei sei die bereits 14jährige Klägerin im gerichtlichen Verfahren nicht angehört worden, was mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar sei.

In den Verfahren der türkischen Kläger hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg die Bundesrepublik Deutschland zur Erteilung der beantragten Visa verpflichtet bzw. die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht ist der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zur Anerkennung der Sorgerechtsentscheidungen gefolgt. Es hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass diese Sorgerechtsentscheidungen mit dem deutschen ordre public zu vereinbaren und deshalb aufenthaltsrechtlich zu respektieren sind. Nach Art. 16 des hier anzuwendenden Haager Minderjährigenschutz-Übereinkommens kann eine von einem ausländischen Gericht getroffene Sorgerechtsentscheidung nur dann unbeachtet bleiben, wenn die Anwendung mit der öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar ist. Dieser ordre public-Vorbehalt schließt es grundsätzlich aus, ausländische Entscheidungen auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Von Bedeutung ist bei einer ausländischen Sorgerechtsübertragung nur, ob das Entscheidungsergebnis in einem so starken Widerspruch zu dem Grundgedanken des Kindeswohls steht, dass es untragbar erscheint, oder die Entscheidung in einem Verfahren zustande gekommen ist, das grundlegenden rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügt. Daran gemessen sind die hier zugrundeliegenden Sorgerechtsentscheidungen der türkischen Gerichte nicht zu beanstanden. Die Kläger sind angehört worden und haben - wie auch ihre Mütter - der Sorgerechtsübertragung zugestimmt. Die zugrundeliegende wirtschaftliche Motivation, dem Kind durch die Übersiedlung nach Deutschland eine bessere Förderung und Ausbildung zu bieten, spricht nicht gegen das Kindeswohl.

Der 10. Senat des Bundesverwaltungsgerichts hat zwei der Berufungsurteile allerdings teilweise aufgehoben und die Sachen zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, weil die Berechnungen zur Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 AufenthG) Anlass zur Beanstandung gaben.

Im Fall der Klägerin aus der Mongolei hat das Bundesverwaltungsgericht die strittige Sorgerechtsentscheidung nicht anerkannt. Denn es ist mit Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts unvereinbar, im Sorgerechtsverfahren dem Kind keine Gelegenheit zur Äußerung einzuräumen. Vielmehr hat eine Anhörung entweder unmittelbar vor dem entscheidenden Gericht oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle zu erfolgen. Ist dies - wie hier - nicht geschehen, ist der Sorgerechtsübertragung die Anerkennung in Deutschland zu versagen. In diesem Verfahren wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob sich ein Nachzugsanspruch aus einem anderen Rechtsgrund ergibt.

(aus der Pressemitteilung des BVerwG,
http://www.bverwg.de/enid/3c7601b91ccc73451cf45508509b50d...)

IV. Aufenthaltsrechtliche Besonderheiten beim Bezug kinderbezogener Leistungen

Besonderheiten in der Beratungspraxis der Familienanwälte können sich bspw. dadurch ergeben, dass der Bezug von kinderbezogenen staatlichen Leistungen von der Qualität des Aufenthaltstitels abhängt.

1. Leistungen nach dem Unterhaltsvorschussgesetz

Ein ausländerrechtlich befingtes, faktisches Getrenntleben von Ehegatten (etwa wegen eines Einreiseverbots oder sonstiger Zuzugsbeschränkungen) stellt kein dauerndes Getrenntleben nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 UVG dar. Die 2. Alternative des § 1 Abs. 2 UVG wird insoweit restriktiv ausgelegt.

(VG Freiburg – Beschluss vom 10.01.2014 – 4 K 515/13)

2. Bundeserziehungsgeld / Elterngeld

Mit Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.8.2012 (1 BvL 2/10) wurde entschieden, dass der Ausschluss ausländischer Staatsangehöriger mit humanitären Aufenthaltstiteln vom Bundeserziehungsgeld und vom Bundeselterngeld verfassungswidrig ist.

3. Kindergeldbezug

- Unbestrittener Kindergeldanspruch für Inhaber einer Niederlassungserlaubnis

- Ebenso für Staatsangehörige eines EU-/EWR-Staates. Für sie gilt das Recht der Freizügigkeit. Sie haben unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Kindergeld wie Deutsche.
- Ausnahme: Der freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger hält sich nicht zum Zweck der Arbeitsaufnahme in Deutschland auf (bspw. nur zum Zweck der Arbeitssuche)

- Kindergeldanspruch für Inhaber einer (befristeten) Aufenthaltserlaubnis, die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt oder berechtigt hat.
- Ausnahmen: Aufenthaltserlaubnis für Studium, Sprachkurse oder Schulbesuche, § 16 AufenthG oder Aufenthaltserlaubnis für betriebliche Ausbildung und Weiterbildung § 17 AufenthG, Saisonarbeiter, Au-pairs, Haushaltshilfen und entsandte Arbeitnehmer.

- Für Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen, wegen Krieges in ihrem Heimatland, zum vorübergehenden Schutz, aus sonstigen Härtefällen besteht Kindergeldanspruch nur, wenn sich die betroffene Person seit mindestens drei Jahren gestattet oder geduldet in Deutschland aufhält. Es muss stets eine Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorliegen.

- Daneben gibt es aufgrund bilateraler Abkommen Kindergeld für ausländische Arbeitnehmer etwa aus Bosnien und Herzegowina, Kosovo, Marokko, Montenegro und Serbien, sowie für Arbeitnehmer aus Algerien, Marokko, Tunesien sowie der Türkei.

- **Flüchtlinge** im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention erhalten ab dem Zeitpunkt der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft Kindergeld, ebenso wie **Asylberechtigte** ab dem Zeitpunkt der Anerkennung als politisch Verfolgte, sofern sie seit mindestens sechs Monaten in Deutschland leben.

Tübingen, den 12.11.2015