

## Deutsch ohne Land? Über den Umgang der Justiz mit deutschen Kindern, wenn es gilt Familiennachzug zu verhindern

RA Eberhard Haberkern und RAin Susanne Achterfeld, Essen\*

verlangt, aus dem sich nachvollziehbar das Krankheitsbild und die Auswirkungen auf den Spracherwerb ablesen lassen. Häufig wird zusätzlich die Bestätigung des Attestes durch einen »Vertrauensarzt« der Deutschen Botschaft eingeholt. Ausweislich des Evaluationsberichtes der Bundesregierung zum Nachweis einfacher Deutschkenntnisse beim Ehegattennachzug nach dem Aufenthaltsgesetz vom 24.9.2010<sup>47</sup> ist bei folgenden Erkrankungen und Behinderungen durch die Auslandsvertretungen der Ausnahmetatbestand im Einzelfall anerkannt worden: »Taubstumme und schwerhörige Personen; Personen mit altersbedingter Demenz und Personen mit psychischen bzw. neurologischen Erkrankungen. Die Fälle von anerkannten Krankheiten und Behinderungen, die nicht unmittelbar das sprachliche und schriftliche Ausdrucksvermögen betreffen, bleiben damit in der bisherigen Visumpraxis auf körperlich-geistige Beeinträchtigungen begrenzt, die den Ehegatten im Einzelfall am Erlernen der einfachen Deutschkenntnisse hindern.«<sup>48</sup>

Liegen sonstige Gründe vor, die es dem Ehegatten trotz aller Bemühungen unmöglich machen, die deutsche Sprache zu erlernen, so besteht nach dem Urteil des BVerwG die Möglichkeit, auch ein *Visum zum Spracherwerb* in Deutschland (§ 16 Abs. 5 AufenthG) zu beantragen. Aus der Entscheidung des BVerwG ergibt sich nicht eindeutig, ob ein solcher Antrag grundsätzlich erst dann Erfolg versprechend ist, wenn bereits 2–3 Jahre vergeblich versucht worden ist, den Sprachnachweis zu erbringen. Richtigerweise muss ein solcher Antrag bereits dann ernsthaft durch die Auslandsvertretung geprüft werden, wenn die Gründe für den unverschuldeten fehlenden Sprachnachweis prognostisch auch innerhalb der nächsten 2–3 Jahre gegeben sein werden.<sup>49</sup> Allerdings besteht auf die Erteilung eines solchen Visums kein Rechtsanspruch. Neben der Darlegung der Gründe, die den Spracherwerb im Heimatland unmöglich machen, sollte auch belegt werden, dass der Besuch eines Sprachkurses in Deutschland ernsthaft beabsichtigt ist (Anmeldebestätigung). Durfte ein Ehegatte zum Spracherwerb einreisen und hat er es innerhalb der Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels zum Spracherwerb geschafft, Deutsch auf dem Niveau A 1 zu lernen, kann im Anschluss direkt durch die Ausländerbehörde im Inland nunmehr der Aufenthaltstitel aus familiären Gründen (§ 30 AufenthG) erteilt werden. Eine erneute Ausreise und die Durchführung des Visumverfahrens ist in diesen Fällen entbehrlich, da gemäß § 39 Satz 1 Nr. 1 der Aufenthaltsverordnung der Aufenthaltstitel im Inland eingeholt bzw. verlängert werden kann, wenn der Betroffene »ein nationales Visum oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt«.

Mit Urteil vom 16.11.2010 hat das Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen einem sich in Deutschland illegal aufhaltenden ausländischen Vater eines ausländischen Kindes, das mit einem deutschen Halbgeschwisterkind und seiner ebenfalls ausländischen Mutter zusammenlebt, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zugesprochen.<sup>1</sup>

Was sich nur so umständlich ausdrücken lässt, ist eine in der Realität häufig vorkommende Familienkonstellation, für die es bisher keine ausländerrechtlich befriedigende Lösung gab – zumindest aus der Sicht der Betroffenen. Einen speziellen Familienzusammenführungstatbestand aus dem 6. Abschnitt des AufenthG erfüllt dieser ausländische Vater nicht. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Beistandsgemeinschaft wurde regelmäßig verneint unter Hinweis auf den dieser Konstruktion zugrunde liegenden Art. 6 Abs. 1 GG, der auf die Konstellation eines deutschen Kindes und eines Vaters des nichtdeutschen Halbgeschwisters nicht direkt anwendbar ist. Urteile suchte man bislang vergebens, da die vollziehbar ausreisepflichtigen ausländischen Väter spätestens nach der zweitinstanzlichen Eilentscheidung keine Chance oder kein Rechtsschutzinteresse mehr für eine Fortführung der Verfahren hatten – entweder waren sie abgeschoben oder untergetaucht, um bei ihrem Kind bleiben zu können.

Die summarischen Entscheidungen setzten sich allesamt mit den verfassungsrechtlichen Auswirkungen der deutschen Staatsangehörigkeit eines Mitgliedes einer solchen Patchworkfamilie nur ungenügend auseinander. Der mit der Änderung des Kindschaftsrechts 1997 eingetretene Perspektivenwechsel aus Sicht des Kindeswohls, das als elementaren Bestandteil das Recht insbesondere des nichtehelichen Kindes zum Umgang mit beiden Eltern umfasste, führte zwar zur Einführung der Figur der Beistandsgemeinschaft nichtehelicher Väter über Art. 6 Abs. 1 GG durch das BVerfG. Die Perspektive des Kindeswohls wurde jedoch selbst bei Halbgeschwistern und erst recht bei (nicht verwandten) Vätern dieser Halbgeschwister entweder schlicht nicht berücksichtigt oder abgewogen mit den allseits berücksichtigten »einwanderungspolitischen Interessen«.

Das Freizügigkeitsrecht der deutschen Kinder aus Art. 11 GG litt am meisten unter dieser Rechtsprechung. Es verkam zu einem Grundrecht, das entweder auf derselben Stufe wie das allgemeine Ausländerrecht gleichrangig gegen dieses abgewogen wurde (die besagten »einwanderungspolitischen Belange«) oder zu einem Grundrecht, das Kindern

<sup>47</sup> BT-Drs. 17/3090.

<sup>48</sup> Ebd. S. 35.

<sup>49</sup> Z. B. bei einem zerfallenen Staat mit langjährigem Bürgerkrieg, ohne Sprachlernangebot etc. bei nicht absehbarer Änderung der Verhältnisse.

\* Eberhard Haberkern ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Susanne Achterfeld, LL.M., ist Rechtsanwältin, beide sind in Essen schwerpunktmäßig im Bereich des Aufenthalts- und Asylrechts tätig.

<sup>1</sup> OVG NRW, Urteil vom 16.11.2010 – 17 A 2434/07 – (ausführlich zitiert auf S. 132).

gar nicht zustand, oder dann nicht zustand, wenn noch eine andere Staatsangehörigkeit bestand, oder nur bestand in Verbindung mit einer »Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse«.

Nachfolgend soll dieser Umgang mit den Grundrechten mit der Ziel einer Vermeidung unerwünschten Nachzugs dargestellt werden.

### **1. Aufenthaltsrecht der Eltern eines deutschen Kindes**

Die einfach-gesetzlichen Regelungen zum Aufenthaltsrecht der Eltern von deutschen Kindern sind klar und deutlich formuliert: Gemäß § 28 Abs. 1 S. 1 Ziff. 3 AufenthG hat der Elternteil eines deutschen Kindes, der die Personensorge für dieses Kind ausübt, uneingeschränkten Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Weder die Lebensunterhaltssicherung noch die familiäre Situation spielen eine Rolle: Der ausländische Elternteil, der sich um das Kind regelmäßig kümmert, bekommt eine Aufenthaltserlaubnis, unabhängig von der Frage, ob Kontakt zum anderen – deutschen – Elternteil besteht oder ob die familiäre Lebensgemeinschaft im Heimatland gelebt werden kann. Das einfache Recht knüpft somit allein an die deutsche Staatsangehörigkeit des deutschen Kindes und die ausgeübte Personensorge an.

### **2. Aufenthaltsrecht der Halbgeschwister eines deutschen Kindes**

Schwierigkeiten bereitet bereits die aufenthaltsrechtliche Situation der ausländischen Halbgeschwister des deutschen Kindes, da sich für viele Ausländerbehörden das Problem der Lebensunterhaltssicherung durch die Kindesmutter stellt. Zwar wird in der überwiegenden Zahl der Fälle davon ausgegangen, dass den Halbgeschwistern des deutschen Kindes grundsätzlich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen sei, da ihre Ausreise auf Dauer unmöglich ist, solange die Mutter über ein Aufenthaltsrecht verfügt und die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem deutschen Kind fortbesteht. Allerdings erfordere die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis die Sicherstellung des Lebensunterhaltes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Dieser Anforderung genügt die – in der Regel alleinerziehende – Mutter häufig nicht. Von Seiten der Ausländerbehörde wird in der Folge die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG verweigert und darauf verwiesen, dass dem Erfordernis der Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft durch die Erteilung einer Duldung gemäß § 60 a Abs. 2 AufenthG ausreichend Rechnung getragen werden könne und eine Abschiebung ohnehin nicht beabsichtigt sei. Die Intention des Gesetzgebers, »Kettenduldungen« zu vermeiden, wird bewusst ignoriert und die Perspektive auf ein Aufwachsen im Status der Duldung bis zum 18. Lebensjahr mit einem Achselzucken quittiert. Dabei ist die rechtliche Lösung denkbar einfach: Bei dem Erfordernis der Si-

cherstellung des Lebensunterhaltes handelt es sich lediglich um eine Regelerteilungsvoraussetzung, von der – unabhängig von dem der Ausländerbehörde gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG eingeräumten Ermessen – vorliegend eine Ausnahme zu machen ist. Die Umstände sind derart atypisch, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung aus Gründen höherrangigen Rechtes, nämlich Art. 6 GG, beseitigen.

Auch die Spannweite in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung reicht von völliger Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis für die Geschwisterkinder des deutschen Kindes bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ohne Sicherstellung des Lebensunterhaltes.

So hat das Verwaltungsgericht Düsseldorf noch mit Urteil vom 11.11.2010 die Aufenthaltserlaubnis gänzlich verweigert und argumentiert, dass das Halbgeschwisterkind zwar auf die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem deutschen Geschwister und der Mutter angewiesen und Art. 6 GG Rechnung zu tragen sei, die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem deutschen Kinde jedoch zumutbar auch im Heimatland der Mutter und der anderen Kinder gelebt werden könne.<sup>2</sup> Allein dann, wenn einem der Familienmitglieder im Heimatland flüchtlingsrechtlich relevante Verfolgung drohe, könne von der Unzumutbarkeit der Fortsetzung der familiären Lebensgemeinschaft im Heimatland gesprochen werden. Diese Entscheidung dürfte allerdings nach hiesigem Kenntnisstand ein negativer Ausreißer, d. h. ein Einzelfall, sein.

Im Gegensatz dazu entschied das Verwaltungsgericht Berlin drei Tage zuvor, am 8.11.2010, ganz selbstverständlich, dass der Familiennachzug von Halbgeschwistern deutscher Staatsangehöriger auch ohne Sicherung des Lebensunterhaltes durch die Mutter zu erfolgen hat und eine Ausnahme von den Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Ziff. 1 AufenthG zu bejahen sei.<sup>3</sup>

### **3. Aufenthaltsrecht des ausländischen Elternteils des nichtdeutschen Halbgeschwisterkindes**

Ganz kritisch wird es aus Sicht der Verwaltungsgerichte und Ausländerbehörden häufig dann, wenn der ausländische Vater eines ausländischen Geschwisterkindes des deutschen Kindes ein auf Art. 6 GG gestütztes Aufenthaltsrecht zu seinem hier lebenden Kinde begehrt, welches wiederum sein Aufenthaltsrecht aus der deutschen Staatsangehörigkeit des Geschwisterkindes ableitet. In mündlichen Verhandlungen vor den Verwaltungsgerichten hört man seitens der Ausländerbehörden immer wieder den Satz, »das könne ja nicht sein, da ansonsten eine uferlose Kette von aufenthaltsberechtigten Personen entstünde, der man präventiv Einhalt gebieten müsse«.

<sup>2</sup> VG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2010 – 24 K 8586/09 – (vgl. zur selben Entscheidung S. 137).

<sup>3</sup> VG Berlin, Beschluss vom 8.11.2010 – VG 3 K 273/10 – InfAuslR 2011 S. 68.

Dreh- und Angelpunkt im Rahmen einer solchen »Kettenfamilienzusammenführung« war nach bisheriger Rechtsprechung immer die Frage nach der Zumutbarkeit der Fortsetzung der familiären Lebensgemeinschaft im Heimatland, denn das Bundesverwaltungsgericht hat noch in seinen jüngsten Urteilen betont,<sup>4</sup> dass Art. 6 Abs. 1 GG dann nicht das Recht gewährleiste, die familiäre Lebensgemeinschaft in Deutschland zu führen, wenn dies auch in einem anderen Land zumutbar möglich ist.

Im Rahmen ihrer Argumentation stützen sich sowohl Ausländerbehörden als auch Gerichte regelmäßig auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus Ende der 90er Jahre, in welcher sich das Bundesverfassungsgericht mit der Frage der Schutzwürdigkeit der familiären Lebensgemeinschaft mit deutschem Kind gemäß Art. 6 GG im ausländerrechtlichen Kontext auseinandersetzte. Nach der Rechtsprechung war die Fortsetzung der familiären Lebensgemeinschaft zwischen ausländischem Vater und deutschem Kinde außerhalb des Bundesgebietes dann nicht zumutbar, wenn »dem deutschen Kinde wegen dessen Beziehung zu seiner (deutschen) Mutter das Verlassen der Republik nicht zumutbar sei.«<sup>5</sup> Aus dieser Argumentation schlossen in der Folge die Ausländerbehörden und auch die Verwaltungsgerichte, dass die deutsche Staatsangehörigkeit alleine nicht ausreiche, um aufenthaltsrechtliche Folgen zu haben, sondern dass auch immer eine Beziehung zwischen dem deutschen Elternteil und dem deutschen Kinde bestehen müsse. Übertragen auf die hier diskutierte Konstellation bedeutete dies, dass geprüft werden müsste, ob zwischen dem deutschen Kind und dem deutschen Elternteil eine schutzwürdige Beziehung besteht, um den übrigen ausländischen Familienangehörigen, insbesondere dem ausländischen Stiefvater, ein Aufenthaltsrecht zu vermitteln. Zwar relativierte das Bundesverfassungsgericht seine Argumentation in späteren Entscheidungen, indem es die Beziehung zwischen Kind und Elternteil nur noch als Beispiel für eine mögliche Unzumutbarkeit nannte. Es führte aus, dass Art. 6 GG dann ein Aufenthaltsrecht vermitteln kann, »etwa weil das Kind deutscher Staatsangehörigkeit und ihm wegen der Beziehung zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar ist.«<sup>6</sup> Diese Einschränkung durch das kleine Wörtchen »etwa« wurde jedoch von den meisten Gerichten nicht zur Kenntnis genommen.

Noch im Jahre 2000 hat der 17. Senat des Oberverwaltungsgerichtes für das Land Nordrhein-Westfalen per Beschluss entschieden, dass sich für den ausländischen Vater kein rechtliches Abschiebungshindernis aus der familiären Gemeinschaft mit seinem Kind und dessen Mutter ergebe. Dem ausländischen Kinde sei es »nicht der Beziehung zu seiner Mutter wegen unzumutbar, das Bundesgebiet zu verlassen, wenn seine Mutter, wie in solchen Fällen stets, der Bundesrepublik Deutschland nicht durch ihre Staatsangehörigkeit verbunden, sondern ebenfalls Ausländerin ist.«<sup>7</sup> Auch sei keine außergewöhnliche Härte gegeben, da zwischen dem ausländischen Vater und dem deutschen Kind keine durch Art. 6 GG geschützte Beziehung bestehe. Die

notwendigerweise zu betrachtenden Auswirkungen auf den Aufenthalt des deutschen Kindes blieben gänzlich unberücksichtigt. Diese Rechtsprechung wurde vom 18. Senat übernommen und in den folgenden Jahren – wenn auch immer nur in Eilbeschlüssen ausgedrückt – unverändert aufrechterhalten.<sup>8</sup>

Auch andere Obergerichte lehnten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an die ausländischen Väter zumindest dann ab, wenn zum Zeitpunkt der Entscheidung keine Bindung zwischen deutschem Kind und deutschem Elternteil bestand. Kein Gericht und auch keine Ausländerbehörde stellte jedoch das Recht der die Personensorge ausübenden Mutter auf Aufenthalt in der BRD in Frage, auch wenn keine Bindung zwischen deutschem Vater und deutschem Kind bestand. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg gesteht so in seiner Entscheidung vom 16.9.2009<sup>9</sup> zwar der ausländischen Mutter und den ausländischen Geschwisterkindern ein Aufenthaltsrecht zu, zieht aber beim Begehren des ausländischen Stiefvaters auf ein Aufenthaltsrecht mit dem Argument die Reißleine, das deutsche Kind habe ja auch die ausländische Staatsangehörigkeit, so dass einer Rückkehr aller Familienangehörigen nichts im Wege stehe. Quasi wiederholt wurde diese Entscheidung durch erneuten Beschluss des Oberverwaltungsgerichtes Berlin-Brandenburg im Sommer 2010, in welchem dem Antragsteller einstweiliger Rechtsschutz mit der Begründung verweigert wurde, alle Familienangehörigen, auch das deutsche Kind, können die familiäre Lebensgemeinschaft auf zumutbare Weise im Heimatland fortführen.<sup>10</sup> Die deutsche Staatsangehörigkeit scheint folglich nach Auffassung vieler Gerichte und Behörden dann keinen Wert mehr zu haben, sobald an diese über »das normale Maß« hinausgehende ausländerrechtliche Folgen geknüpft werden sollen.

Allen bislang genannten Entscheidungen ist gemeinsam, dass sich keine dieser Entscheidungen mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch des deutschen Kindes aus Art. 11 und Art. 16 Abs. 2 GG auseinandersetzt.

Erst das Verwaltungsgericht Münster wagte mit einer Entscheidung vom 11.2.2009 einen zaghaften Vorstoß in Richtung Art. 11 GG,<sup>11</sup> ließ diese Frage jedoch dahinstehen, da im zu entscheidenden Fall enger Kontakt zwischen deutschem Geschwisterkind und deutschem Vater bestand, so dass hieraus die Unzumutbarkeit der Verlagerung der familiären Lebensgemeinschaft ins Ausland abgeleitet wurde.

<sup>4</sup> Vgl. BVerwG, Urteile vom 26.8.2008 – 1 C 32/07 – ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 39 ff. und vom 30.4.2009 – 1 C 3/08 – ASYLMAGAZIN 9/2009, S. 30 ff.

<sup>5</sup> BVerfG, Beschluss vom 31.8.1999 – 2 BvR 1523/99 – InfAuslR 2000, 67.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschluss vom 30.1.2002 – 2 BvR 231/00 – InfAuslR 2002, 171 (ASYLMAGAZIN 6/2002, S. 37 f.) und BVerfG, Beschluss vom 20.7.2004 – 1 BvR 1001/04 – InfAuslR 2006, 122, 124 (asyl.net, M5618).

<sup>7</sup> OVG NRW, Beschluss vom 9.5.2000 – 17 B 622/00 –.

<sup>8</sup> Vgl. z. B. OVG NRW, Beschluss vom 16.5.2006 – 18 B 782/06 –.

<sup>9</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 16.9.2009 – 12 S 81.09 – asyl.net, M16181.

<sup>10</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9.7.2010 – OVG 3 S 33.10 –.

<sup>11</sup> VG Münster, Beschluss vom 11.2.2009 – 8 K 1720/07 – asyl.net, M14344.

Die bisherige Argumentation der Gerichte, auch einem deutschen Staatsangehörigen könne zugemutet werden, außerhalb der Bundesrepublik Deutschland aufzuwachsen, sobald er ausländische Familienangehörige hat, ist absurd. Allein die Fragestellung nach der Zumutbarkeit des Aufwachsens in einem anderen Staat für einen deutschen Staatsangehörigen geht fehl, da dies eindeutig seinen Grundrechten widerspricht, zumindest ist es jedoch ebenso eindeutig unzumutbar, einem deutschen Staatsangehörigen abzuverlangen, seinen Lebensmittelpunkt ins Ausland zu verlagern:

Das deutsche Kind bzw. jeder Deutscher genießt über Art. 11 GG Freizügigkeit im gesamten Bundesgebiet und kann also für sich das verfassungsrechtlich garantierte Recht beanspruchen, seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland zu bewahren. Nach der Definition des Bundesverfassungsgerichts bedeutet Freizügigkeit das »Recht, unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt an jedem Ort innerhalb des Bundesgebiets Aufenthalt und Wohnsitz zu nehmen.«<sup>12</sup> Die Definition des Bundesverfassungsgerichts unterscheidet dabei zwei in ihrer Dauer unterschiedliche Modalitäten der Freizügigkeit, nämlich Aufenthalt und Wohnsitz. Art. 11 umfasst damit das auf ein vorübergehendes Verweilen gerichtete Recht zum Aufenthalt und das Recht zur Wohnsitzbegründung als einem dauernden Verweilen, das von dem Willen getragen ist, sich den einen oder anderen Lebensmittelpunkt zu schaffen. Der Zusatz »unbehindert durch die deutsche Staatsgewalt« bedeutet also auch, dass deutsche Gerichte und deutsche Ausländerbehörden nicht in das Recht des deutschen Staatsangehörigen eingreifen können, seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland zu wählen. Abgesehen von der Ausnahme des Art. 16 Abs. 2 S. 2 GG besteht für deutsche Behörden keine Handhabe, aus eigenem Recht den Aufenthalt eines Deutschen im Bundesgebiet zu beenden. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber durch § 28 Abs. 1 Ziff. 3 AufenthG Rechnung getragen, in dem er dem ausländischen Elternteil eines deutschen Staatsangehörigen ein uneingeschränktes Aufenthaltsrecht gewährt, selbst wenn zwischen Kind und deutschem Elternteil kein Kontakt besteht. Unabhängig von der abstrakten Definition bedeutet Art. 11 GG aber auch ganz konkret das Recht jedes deutschen Staatsangehörigen, in Deutschland zu leben, sich in der Bundesrepublik zu sozialisieren, die deutsche Sprache in Schrift und Wort zu erlernen, eine deutsche Schule zu besuchen und in angemessenen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen aufzuwachsen. Folgte man der bisherigen Rechtsprechung, nähme man dem deutschen Staatsangehörigen sowohl seine Heimat als auch das Privileg seiner persönlichen und beruflichen Entfaltungsmöglichkeiten. Ferner würde man ihm die Möglichkeit abschneiden, von sich aus Kontakt zum deutschen Vater zu suchen und zu intensivieren, sobald er das entsprechende Alter erreicht hat. Darüber hinaus zwänge man ihn dazu, sich zwischen seiner Heimat mit den daraus erwachsenden Privilegien und seiner Familie, also zwischen Art. 11 oder Art. 6 GG, zu entscheiden.<sup>13</sup>

Bisherige Versuche von verschiedenen Verwaltungsgerichten, im Rahmen der Frage nach der Zumutbarkeit der Übersiedelung ins Ausland nach dem Alter des deutschen Kindes und der damit einhergehenden vermuteten »Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse« zu differenzieren, sind ebenso absurd. In dem bereits zitierten Urteil des Verwaltungsgerichtes Berlin aus November 2010 hatte die Beklagte argumentiert, dass das deutsche Geschwisterkind noch ein Baby sei und somit noch nicht ausreichend in die deutschen Lebensverhältnisse integriert sei. Ergo sei die gemeinsame Rückkehr mit der Mutter und den ausländischen Geschwistern zumutbar. Das erkennende Gericht umschiffte die Frage der Zumutbarkeit der Verlegung des Lebensmittelpunktes für das deutsche Kind ins Ausland mit dem Argument, dass der ausländische Vater des Klägers ebenfalls ein deutsches Kind habe, welches bereits das 16. Lebensjahr vollendet hatte und somit derart in die hiesigen Lebensverhältnisse integriert sei, dass es ihm nicht zumutbar sei, in das Heimatland des Vaters und des Klägers überzusiedeln.<sup>14</sup> Somit geht auch das Verwaltungsgericht Berlin offensichtlich implizit davon aus, dass eine grundsätzliche Verlegung des Lebensmittelpunktes eines deutschen Kindes ins Ausland dann zumutbar sei, wenn es sich – aufgrund seines Alters – noch nicht ausreichend in die »hiesigen Verhältnisse« integriert habe.

Diese Argumentation, dass das Recht eines deutschen Staatsangehörigen erst dann zum Tragen kommen soll, wenn er sich ausreichend in die Verhältnisse der BRD integriert hat, zeigt deutlich das reflexartige Bestreben deutscher Gerichte und Behörden, einwanderungspolitische Belange stets in den Vordergrund zu stellen, selbst wenn man dafür bei deutschen Staatsangehörigen eine »Zweiklassenstaatsangehörigkeit« in Kauf nehmen bzw. konstruieren muss.

Mit dem Urteil des 17. Senats des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 16.11.2010,<sup>15</sup> basierend auf der ebenfalls positiven Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Gelsenkirchen aus dem Jahre 2007,<sup>16</sup> erfolgte der erste größere Durchbruch auf obergerichtlicher Ebene, zumal die eigene ständige Rechtsprechung aufgegeben wurde. Zwar hatte der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg bereits im Jahre 2001 einen Duldungs-

<sup>12</sup> Vgl. Maunz Dürig GG-Kommentar Art. 11 Rn. 71 m. w. N.

<sup>13</sup> Neben der Verankerung durch die deutsche Staatsangehörigkeit könnte man nun auch mit der aktuellen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 8.3.2011- Ruiz Zambrano, C-34/09 (vgl. zur selben Entscheidung S. 131) zur Unionsbürgerschaft argumentieren, der diese noch einmal gestärkt hat, indem er entschied, dass es die Unionsbürgerschaft gebietet, dass ein Mitgliedstaat es Staatsangehörigen eines Drittlands, die Eltern eines Kindes sind, das die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats hat, gestattet, sich in diesem Staat aufzuhalten und dort zu arbeiten, denn eine Verweigerung dieses Rechts würde diesem Kind den tatsächlichen Genuss des Kernbestands der mit dem Unionsbürgerstatus verbundenen Rechte vorenthalten. Dies sei auch dann zu beachten, wenn das Kind von seinem Recht auf Freizügigkeit im Gebiet der Mitgliedstaaten niemals Gebrauch gemacht hat.

<sup>14</sup> VG Berlin, Beschluss vom 8.11.2010, a. a. O.

<sup>15</sup> OVG NRW, Urteil vom 16.11.2010, a. a. O.

<sup>16</sup> VG Gelsenkirchen, Urteil vom 21.6.2007 – 8 K 529/07 – asyl.net, M18383.

anspruch für den ausländischen Stiefvater eines deutschen Kindes bejaht, allerdings waren die Kindeseltern tatsächlich miteinander verheiratet, so dass sich der Verwaltungsgerichtshof nur mit der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 6 GG bei Stiefeltern und -kindern auseinandersetzte.<sup>17</sup> Auch die 15. Kammer des Verwaltungsgerichts Berlin hatte sich mit einer Entscheidung im Eilverfahren aus September 2010 bereits gegen die Rechtsprechung des eigenen Obergerichtes gestellt.<sup>18</sup> In dem Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht NRW beehrte der ausländische Vater eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG zu seinem ausländischen Kind, welches ein deutsches Geschwisterkind und eine ausländische Mutter mit Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Ziff. 3 AufenthG hat. Kontakt zwischen deutschem Kind und deutschem Vater bestand nicht, und das deutsche Kind hatte noch eine zweite Staatsangehörigkeit, die es mit allen Familienangehörigen teilte.

Zwar stellt auch das Oberverwaltungsgericht NRW die Frage der Zumutbarkeit der Verlagerung der familiären Lebensgemeinschaft ins Ausland in den Vordergrund, kommt jedoch im Ergebnis zu dem Schluss, dass »ein effektiver Schutz des Rechts eines deutschen Staatsangehörigen auf Aufenthalt im Bundesgebiet notwendigerweise den Schutz vor unmittelbaren oder mittelbaren Beeinträchtigungen, insbesondere auch hinsichtlich geschützter weiterer (ausländischer) Familienangehöriger umfasse, so dass der aufenthaltsrechtlichen Position des Kindes des Klägers ein derart ausschlaggebendes Gewicht zukommt, dass sich auch der Kläger hierauf berufen könne«. Daneben sei auch eine Ausnahme vom Regelerfordernis der Sicherstellung des Lebensunterhaltes zu machen, so dass man dem Kläger mangelnde Lebensunterhaltssicherung nicht entgegenhalten könne. Vergleicht man diese Entscheidung mit der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom Juli 2010, so kann man sie als richtungweisend bezeichnen, zumal der entscheidende Senat den (typischen) Einwand des Beklagten, »es könne nicht angehen, dass über abgeleitete Aufenthaltsrechte in Konstellationen wie der vorliegenden einem »Nicht-Elternteil« ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werde allein aufgrund der familiären Verflechtung mit den anderen Familienangehörigen« entschieden als sachwidrig zurückweist.<sup>19</sup>

Auch wenn das Oberverwaltungsgericht NRW den Einwand des Beklagten als sachwidrig zurückweist, kann man sich vorstellen, dass nun seitens der Ausländerbehörden eingewandt werden wird, dass eine endlose Kette an Personen in der Zukunft ein Aufenthaltsrecht begehren werden, die sich alle auf die deutsche Staatsangehörigkeit eines (Stief/Halbgeschwister-)Kindes beziehen. All jenen kann man bereits jetzt die Eilentscheidung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts in einem Beschluss vom 18.1.2010<sup>20</sup> nennen, in welchem dieses einen Duldungsanspruch für die Eltern eines minderjährigen Vaters eines deutschen Kindes, also für die Großeltern des deutschen Kindes, angenommen hat, »obwohl« das deutsche Kind die

deutsche Staatsangehörigkeit gemäß § 4 Abs. 3 Staatsangehörigkeitsgesetz erworben hat, also noch nicht einmal ein deutscher Elternteil existiert.

## Fazit

Mit der Entscheidung vom 16.11.2010 hat das Oberverwaltungsgericht NRW die Tür geöffnet für eine am Kindeswohl einerseits und am Freizügigkeitsrecht (des deutschen Kindes) andererseits orientierte Gewährung eines Aufenthaltsrechts für ausländische Elternteile, die nicht mit den deutschen Geschwisterkindern ihrer eigenen Kinder verwandt sind.

Erstaunlicherweise bedurfte es einer grundsätzlichen Entscheidung eines Oberverwaltungsgerichts, um das eigentlich selbstverständliche Recht eines deutschen Kindes, in seiner Heimat leben zu dürfen, anzuerkennen, ohne sich von seiner Familie trennen zu müssen. Die Ableitung der Aufenthaltsrechte der einzelnen Mitglieder einer Patchworkfamilie aus der Verbindung von Art. 6 GG und dem Freizügigkeitsrecht aus Art. 11 GG des deutschen Kindes macht die Qualität dieser Entscheidung aus.

<sup>17</sup> VGH BW, Beschluss vom 29.3.2001 – 13 S 2643/00 – InfAuslR 06/2001, S. 283.

<sup>18</sup> VG Berlin, Beschluss vom 30.9.2010 – VG 15 L 306.10 – asyl.net, M17647.

<sup>19</sup> Vgl. S. 22 der UA vom 16.11.2010.

<sup>20</sup> OVG Niedersachsen, Beschluss vom 18.1.2010 – 8 ME 222/09 – asyl.net, M16547.