

weisung eines Ausländers ohne gesetzlichen Schuldnachweis verstößt folglich nicht gegen die Unschuldsvermutung.

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG, die sich bei der Beurteilung des pönalen Charakters einer Maßnahme ebenso wie der EGMR am sachlichen Gehalt der Sanktionsnormen orientiert und hierbei neben dem Übelgehalt weitere wertende Kriterien heranzieht, insbesondere den Rechtsgrund der Anordnung und den vom Gesetzgeber mit ihr verfolgten Zweck.⁶⁴ Das BVerfG⁶⁵ folgt grundsätzlich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,⁶⁶ wonach die Ausweisung als ordnungsrechtliche Maßnahme nicht den Zweck der Ahndung eines bestimmten Verhaltens verfolge, sondern der Vorbeugung von künftigen Störungen diene.

IV. Fazit

Die Ausweisung ist eine ordnungsrechtliche Maßnahme, die einer künftigen Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder Beeinträchtigungen sonstiger erheblicher Belange der Bundesrepublik Deutschland vorbeugen soll. Sie hat keinen Straf- oder Sanktionscharakter. Deshalb gilt der Grundsatz der Unschuldsvermutung nicht im Ausweisungsrecht, so dass eine Ausweisung auch ohne gesetzlichen Schuldnachweis angeordnet werden darf.

Aktuelle Probleme beim Kindernachzug

*Kerstin Becker und Ronald Reimann, DRK Berlin**

4. Aktuelle Probleme beim Kindernachzug

Im 2. Teil dieses Aufsatzes¹ stehen praxisrelevante Probleme beim Nachzug ausländischer Kinder zu hier lebenden Eltern im Mittelpunkt. Weiterhin wird erläutert, unter welchen Voraussetzungen ausländische Sorgerechtsentscheidungen in Deutschland wirksam sind.

4.1 Sorgerecht und Kindernachzug bei getrennt lebenden Eltern

Leben Eltern getrennt und dies über Ländergrenzen hinweg, hat dies auch erhebliche Auswirkungen auf die rechtlichen Möglichkeiten des Zusammenlebens des Kindes mit seinen Eltern bzw. einem Elternteil. Soll das Kind in Deutschland leben, kommt es nach dem AufenthG darauf an, ob es eine eindeutige Regelung des Sorgerechtes gibt. Dies bereitet in der Praxis häufig Schwierigkeiten.

4.1.1 Urteil des BVerwG vom 7.4.2009

Die in § 32 Abs. 3 und 2 AufenthG geregelten Rechtsansprüche auf Nachzug der minderjährigen ledigen Kinder eines Ausländers setzen übereinstimmend voraus, dass beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzen. Soll der Nachzug bei getrennt lebenden Eltern nur zu dem in Deutschland lebenden Elternteil erfolgen,² ist es für den Kindernachzug daher erforderlich, dass dieser Elternteil »allein personensorgeberechtigt« ist. Lebt das Kind noch im Ausland – wie es regelmäßig in einem Visumverfahren der Fall ist –, so richtet sich das Rechtsverhältnis zwischen einem Kind und seinen Eltern, also auch die Frage des Sorgerechtes, nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 21 EGBGB). Für die Frage, wer das Sorgerecht innehat, kommt es daher nicht auf das deutsche Familienrecht an, sondern auf das Familienrecht des Herkunftsstaates. Anders als das deutsche Recht, welches in § 1671 BGB im Falle des Getrenntlebens der Eltern die Möglichkeit vorsieht, das gesamte Sorgerecht auf nur ein Elternteil zu übertragen, sehen viele ausländische Rechtsordnungen eine vollumfängliche Übertragung des Sorgerechtes auf ein

⁶³ So i. E. BVerwG, DÖV 1969, 467 (467); BVerwG, EZAR 120 Nr. 5, S. 7; BVerwGE 49, 202 (210) m. w. N.; 107, 58 (63); BayObIG, BayVBl. 1976, 88 (89); Alexy (o. Fn. 33), § 54 AufenthG Rn. 19; Camphausen, Staats- und Kommunalverwaltung 1972, 182 (184); Hailbronner, JZ 1987, 73 (76); Richter, NVwZ 1999, 726 (730).

⁶⁴ BVerfGE 110, 1 (14) m. w. N.

⁶⁵ BVerfG, NVwZ 2007, 1300 (1301) = ASYLMAGAZIN 10/2007, S. 27 ff.

⁶⁶ BVerwGE 106, 302 (305 f.).

* Die Verfasser sind Mitarbeiter des Generalsekretariats des Deutschen Roten Kreuzes in Berlin und arbeiten im Team Integration und Migration (Kerstin Becker) bzw. Suchdienst (Ronald Reimann). Der Artikel gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Verfasser wieder.

¹ Teil 1 des Beitrags »Aktuelle Probleme beim Familiennachzug« ist im ASYLMAGAZIN 4/2011 erschienen.

² Nicht behandelt wird hier die Konstellation, dass beide Elternteile in Deutschland leben, aber nur einer einen Aufenthaltstitel besitzt; vielmehr wird von getrennt lebenden Eltern ausgegangen, bei denen ein Teil in Deutschland, der andere im Heimatland des Kindes lebt.

Elternteil nur dann vor, wenn der andere Elternteil verstorben oder unbekanntes Aufenthaltes ist oder dem anderen Elternteil z. B. wegen Vernachlässigung oder Misshandlung des Kindes das Sorgerecht entzogen ist.

Daher war juristisch umstritten, wann im Sinne von § 32 AufenthG beim Kindernachzug von einem »alleinigen Sorgerecht« ausgegangen werden kann, insbesondere ob dies auch in solchen Fällen angenommen werden kann, wo das ausländische Recht eine Sorgerechtsübertragung in vollem Umfang überhaupt nicht vorsieht.

Das BVerwG hat mit seinem Urteil vom 7.4.2009³ entschieden, dass ein Elternteil nur dann »allein sorgeberechtigt« ist, wenn dem anderen Elternteil bei der Ausübung des Sorgerechts keine substantziellen Mitentscheidungsrechte und -pflichten zustehen, etwa in Bezug auf Aufenthalt, Schule und Ausbildung oder Heilbehandlung des Kindes. Teilen sich die Eltern in wesentlichen Angelegenheiten das Sorgerecht, so ist die Voraussetzung des »alleinigen Sorgerechts« für den Kindernachzug nicht erfüllt. Dies gilt auch dann, wenn nach dem Familienrecht im Herkunftsland eine vollständige Übertragung des Sorgerechts auf ein Elternteil gar nicht möglich ist. Mit dieser Entscheidung hat es das BVerwG abgelehnt – entgegen einer verbreiteten Rechtsansicht der Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte –,⁴ den Rechtsanspruch auf Kindernachzug in § 32 Abs. 2 bzw. 3 AufenthG in solchen Fällen zumindest analog anzuwenden. Damit kann der Kindernachzug in den Fällen einer nicht vollständigen Übertragung auf den in Deutschland lebenden Elternteil nur noch unter den erschwerten Bedingungen des § 32 Abs. 4 AufenthG erfolgen.

Das Problem der fehlenden Möglichkeit, das Sorgerecht im Falle des Getrenntlebens der Eltern in vollem Umfang auf ein Elternteil zu übertragen, besteht insbesondere in den GUS-Staaten sowie den Nachfolgestaaten Jugoslawiens. Im Urteil des BVerwG vom 7.4.2009 ging es um den Kindernachzug aus dem Kosovo, in drei aktuellen Urteilen des OVG Berlin-Brandenburg vom 7.12.2010, welches als Berufungsgericht für alle Visaklagen zuständig ist, hat sich das OVG mit der familienrechtlichen Rechtslage in Serbien sowie in Mazedonien auseinandergesetzt.⁵ In allen Fällen lagen jeweils gerichtliche Sorgeentscheidungen aus dem Herkunftsland des Kindes vor, welche dem in Deutschland lebenden Elternteil das nachzugswillige Kind »zur Pflege, Obhut und Erziehung« zusprachen bzw. das Sorgerecht in allgemeiner Form einräumten. Der im Heimatland verbleibende Elternteil war ferner jeweils mit der Übersiedlung nach Deutschland einverstanden. In allen vier Fällen kam das BVerwG bzw. das OVG Berlin-Brandenburg nach einer Analyse der jeweiligen nationalen familienrechtlichen Vorschriften zu dem Ergebnis, dass trotz der gerichtlichen Sorgerechtsbeschlüsse und dem Einverständnis des anderen Elternteils dennoch kraft Gesetzes beiden Elternteilen weiterhin wichtige Bereiche der elterlichen Sorge gemeinsam zustehen. So bleibe es in Mazedonien⁶ immer bei einem gemeinsamen Recht der Eltern in Bezug auf Bildungsangelegenheiten sowie dem Aufenthaltsbestimmungsrecht und

regele sowohl das serbische⁷ als auch das kosovarische⁸ Familienrecht eine Pflicht der Eltern zur einvernehmlichen Entscheidung in Fragen von wesentlicher Bedeutung, selbst wenn die Sorge für das Kind im Übrigen einvernehmlich oder durch gerichtliche Entscheidung auf ein Elternteil übertragen wurde.⁹

Ähnlich ist die Rechtslage in der Russischen Föderation. Nach dem Familiengesetzbuch haben beide Elternteile die gleichen Rechte und Pflichten ihren Kindern gegenüber, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht, ob sie zusammen oder getrennt leben. Lediglich der Wohnsitz des Kindes getrennt lebender Eltern wird durch Vereinbarung oder gerichtliche Anordnung bestimmt. Ausdrücklich festgehalten wird das Recht des vom Kind getrennt lebenden Elternteils auf Teilnahme an der Erziehung und Mitentscheidung in Fragen der Ausbildung.¹⁰ Somit ist auch nach russischem Recht eine vollumfängliche Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil juristisch nicht möglich.

Anders ist die Situation in Vietnam: Zwar obliegt es vorrangig den Eltern, sich darüber abzustimmen, wer das Kind »direkt erzieht« und welche Rechte und Pflichten jedem Elternteil in Bezug auf das Kind zukommen sollen. Aber wenn dies den Eltern nicht gelingt, kann das Gericht einem Elternteil das »direkte Erziehungsrecht« zusprechen und dem anderen Elternteil verbleibt lediglich ein Umgangsrecht, was aber keine (wesentlichen) Elemente des Sorgerechts im Sinne von § 32 AufenthG enthält.¹¹

4.1.2 Auswirkungen für die Beratungspraxis

Für die Beratungspraxis bedeutet dies, dass bei einem Nachzug nur zu einem Elternteil Kenntnisse über das Familienrecht im Herkunftsland des Kindes erforderlich sind. Selbst wenn Klienten eine ausländische Gerichtsentscheidung vorlegen, wonach einem Elternteil das Sorgerecht zugesprochen wird, kann es sein, dass – Kraft des ausländischen Gesetzes – (wesentliche) Teile des Sorgerechts bei beiden Eltern gemeinsam verbleiben. Von einer Beratungsstelle kann nicht verlangt werden, die ausländischen familien-

³ BVerwG, Urt. v. 7.4.09 – 1 C 17.08 – ASYLMAGAZIN 7-8/2009, S. 36.

⁴ Z. B. OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 25.4.2007 – 12 B 2.05 – (asyl.net, M10531); VG Berlin, Urt. v. 14.1.2008 – 12 V 49.06 – juris.

⁵ OVG Berlin-Bbg., Urteile vom 7.12.2010 – 12 B 11.08 – 12 B 29.09 – asyl.net, M18139 – 12 B 03.08 –.

⁶ OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 7.12.2010 – 12 B 29.09 – a. a. O., Rn. 31, 35.

⁷ OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 7.12.2010 – 12 B 03.08 – a. a. O., Rn. 25.

⁸ BVerwG (Siehe oben Fn. 2.), Rn. 17. Zum de facto-Ausschluss kosovarischer Mütter von der Ausübung der ihr zustehenden Mitentscheidungsrechte siehe aber Gutachten der Schweizer Flüchtlingshilfe vom 26.4.2010, abrufbar unter www.ecoi.net.

⁹ Zur Rechtslage in Bosnien-Herzegowina: Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 24.1.2011 – 7 B 2488/10 – (vgl. zur selben Entscheidung S. 216).

¹⁰ Bergmann/Ferid/Henrich: Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht, Länderbericht Russische Föderation, Stand 30.11.2005.

¹¹ VG Berlin, Urt. v. 3.9.2010 – 24 K 95.09 V – (asyl.net, M17815). Zum Sorgerecht in Peru siehe VG Berlin, Urt. v. 26.2.2008 – 7 V 46.06 –.

rechtlichen Regelungen zu kennen. Die Verwaltungsgerichte ziehen in einem solchen Fall Bergmann/Ferid/Henrich: »Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht mit Staatsangehörigkeitsrecht« zu Rate. Dieses mehrbändige Werk ist allerdings nur in juristischen Fachbibliotheken und wenigen Stadtbibliotheken verfügbar und erläutert in derzeit 120 Länderberichten die Rechtslage in den wichtigsten Herkunftsländern.¹² Teilweise finden sich auch auf den Internetseiten der Deutschen Auslandsvertretungen Hinweise zu den Unterlagen, die zum Nachweis des Sorgerechtes vorzulegen sind.¹³ Qualifizierte Auskünfte zur familienrechtlichen Rechtslage in einer Reihe von Herkunftsländern erteilt der Internationale Sozialdienst.¹⁴ Und im Internet kann nach Länderinformationen zum Sorgerecht recherchiert werden.¹⁵

Ergibt sich in einem Nachzugsfall, dass keine vollumfängliche Übertragung des Sorgerechtes auf den in Deutschland lebenden Elternteil vorliegt, so richtet sich die Frage, ob das Kind dennoch einreisen darf, nach der Ermessensvorschrift in § 32 Abs. 4 AufenthG. Nach dieser Vorschrift kann ein Nachzug nach Ermessen zugelassen werden, wenn dies »zur Vermeidung einer besonderen Härte« erforderlich ist. Basierend auf der Rechtsprechung des BVerwG zur »Härteklausele« in § 20 AuslG 1990¹⁶ wird eine besondere Härte insbesondere dann angenommen, wenn sich diejenigen Lebensumstände des Kindes, die das Verbleiben im Heimatland bisher ermöglicht haben, wesentlich geändert und dem hier lebenden Elternteil eine Rückkehr in das Heimatland nicht zugemutet werden kann. Grundvoraussetzung für die Annahme einer besonderen Härte ist demzufolge der Eintritt eines Umstandes, den die Eltern bei ihrer früheren Entscheidung, das Kind nicht nach Deutschland mitzunehmen bzw. nachzuholen, nicht in Rechnung stellen konnten. Die Änderung der Lebensumstände muss danach nicht durch die Ausreise der Eltern (oder des Elternteils), sondern nach ihrer Ausreise eingetreten sein, ohne dass dies zuvor absehbar war.¹⁷

Die behördliche Praxis trägt allerdings teilweise dem Umstand Rechnung, dass durch das oben erläuterte Urteil des BVerwG vom 7.4.2009 der Nachzug wesentlich erschwert wird, da der Rechtsanspruch zu einer Ermessensentscheidung in besonderen Härtefällen herabgestuft wird. So geht u. a. die Ausländerbehörde Berlin¹⁸ unter Berufung auf die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG¹⁹ davon aus, dass eine besondere Härte in Fällen angenommen werden kann, in denen nach deutschem Kindschaftsrecht eine Personensorgerechtsübertragung möglich wäre, jedoch die Herbeiführung eines alleinigen Personensorgerechtes nach der Rechtsordnung oder der Rechtspraxis im Heimatstaat nicht vorgesehen bzw. aussichtslos ist. In einem solchen Fall wird der Kindernachzug gemäß § 32 Abs. 4 AufenthG als zulässig erachtet, wenn der andere Elternteil dem Kindernachzug zustimmt und das Kindeswohl zu bejahen ist. Auch die juristische Fachliteratur geht davon aus, dass eine besondere Härte anzunehmen ist, wenn das Sorgerecht – so weit, wie es das Heimatrecht zulässt – auf den in

Deutschland lebenden Elternteil übertragen worden ist und der im Ausland lebende Elternteil nicht für das Kind sorgen will oder kann.²⁰

In der Beratung ist den Klienten daher zu raten, zunächst alle rechtlichen Möglichkeiten zu nutzen, die es nach dem jeweiligen Heimatrecht gibt, um das Sorgerecht in vollem bzw. weitest möglichem Umfang auf den in Deutschland lebenden Elternteil zu übertragen. Des Weiteren sind im Visumverfahren alle maßgeblichen Umstände schriftlich vorzutragen, warum nunmehr, anders als zum Zeitpunkt der Einreise des hier lebenden Elternteils, das Kind nach Deutschland nachziehen soll. Ferner sind Art und Umfang des Kontaktes zum Kind darzulegen (schriftlicher und telefonischer Kontakt, Besuchsaufenthalte, Unterhaltsleistungen, sonstige Unterstützung etc.) sowie Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass der hier lebende Elternteil auch über die Entfernung sein Sorgerecht bereits ausübt (z. B. Entscheidungen zum Schulbesuch, über Heilbehandlungen etc.). So weit möglich sollte auch benannt werden, warum sich das Kind problemlos in die fremde deutsche Umgebung integrieren wird (z. B. bereits vorhandene deutsche Sprachkenntnisse, gute Schulnoten, insbesondere bei Fremdsprachen etc.). Dies ist umso wichtiger, je älter das Kind ist.²¹ Sach- und fachkundige Stellungnahmen zur Frage, ob ein Umzug des Kindes nach Deutschland dem Kindeswohl entspricht, können über den Internationalen Sozialdienst eingeholt werden.²²

¹² Einzelne Länderberichte können auch jeweils zum Preis von 48 € online bezogen werden unter www.vfst.de.

¹³ Z. B. Botschaft Kiew (Ukraine): www.kiew.diplo.de.

¹⁴ Internationaler Sozialdienst (ISD) im Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge e. V., Michaelkirchstr. 17–18, 10179 Berlin-Mitte, www.iss-ger.de.

¹⁵ Vgl. die Übersicht zur Rechtslage in 23 Staaten unter www.vev-ag.ch/new/deutsch/PDF/04_046_isdc_sorgerecht_in_europa_2004_droit_de_garde_en_europe_2004.pdf, Stand 2004, Abruf vom 21.2.2011.

¹⁶ BVerwG, Beschluss vom 24.10.1996 – 1 B 180.96 – juris.

¹⁷ So z. B. OVG Berlin-Bbg., Beschluss vom 8.3.2010 – 3 M 39.09 – (asyl.net, M16809).

¹⁸ Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin, Stand 11.1.2011, abrufbar unter <http://www.berlin.de/labo/auslaender/dienststelle>.

¹⁹ Dort Nr. 32.0.4, abrufbar unter www.asyl.net.

²⁰ Pfersich, Vors. Richter am VG Halle, in: Urteilsanmerkung, ZAR 2/2010, S. 71, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 7.4.2009; Die Rechtsberaterkonferenz fordert die uneingeschränkte Umsetzung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen: Kindernachzug zum Sorgerechtsinhaber muss zwingend möglich sein. »Gleiches gilt, wenn die ausländische Rechtsordnung kein alleiniges Sorgerecht nach deutschen Maßstäben kennt« (Juli 2010, www.asyl.net). Der Deutsche Anwaltsverein fordert die Einführung einer Regelung, die es nach Ermessen ermöglicht, von dem Erfordernis der alleinigen Sorgeberechtigung abzuweichen, wenn die Eltern nicht oder nicht mehr verheiratet sind (Stellungnahme Nr. 11/10 vom Februar 2010, www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/SN-10/SN11-10.pdf).

²¹ Bei 17- und 18-jährigen verlangt das Gesetz das »Beherrschen der deutschen Sprache« (§ 32 Abs. 2 AufenthG!)

²² Siehe Fn. 14.

4.2 Anerkennung ausländischer Sorgerechtsentscheidungen

Der Nachweis über ein bestehendes Sorgerecht ist eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung eines Visums zum Kindernachzug. Für die Frage, wer das Sorgerecht inne hat, kommt es auf das Familienrecht im Herkunftsland des Kindes an, wenn es noch dort lebt (Art. 21 EGBGB; siehe bereits oben unter 1.1.1.).

4.2.1 Rechtliche Grundlagen der Anerkennung

In der Beratungspraxis besteht häufig Unsicherheit, ob ausländische Sorgerechtsentscheidungen ohne Weiteres in Deutschland anerkannt werden. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, obwohl sich die rechtlichen Grundlagen für die Wirksamkeit einer ausländischen Sorgerechtsentscheidung danach unterscheiden, in welchem Land sich das Kind aufhält. Für Kinder, die sich in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union aufhalten, ist die Anerkennung in der sog. »Brüssel-IIa-Verordnung«²³ geregelt. Diese EU-Verordnung, die in Deutschland als Gesetz gilt, bestimmt in Artikel 21, dass die in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen über die elterliche Verantwortung²⁴ in jedem anderen Mitgliedstaat anerkannt werden, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf. »Elterliche Verantwortung« meint hierbei umfassend die gesamten elterlichen Rechte und Pflichten, die durch Entscheidung oder kraft Gesetzes oder durch eine rechtlich verbindliche Vereinbarung übertragen wurden und umfasst insbesondere das Sorge- und das Umgangsrecht.²⁵ Seit Januar 2011 gilt für Deutschland ergänzend das Kinderschutzübereinkommen (KSÜ),²⁶ so weit Kinder betroffen sind, die sich nicht innerhalb der Europäischen Union aufhalten oder wenn es – unabhängig vom Aufenthaltsort des Kindes – um die Anerkennung einer Sorgeentscheidung eines Nicht-Unionsstaates geht, welcher aber das KSÜ ratifiziert hat. Das KSÜ gilt derzeit für 27 Staaten²⁷ und ordnet die automatische Anerkennung von behördlichen und gerichtlichen Maßnahmen an, die die Sorge von Kindern betreffen. In Bezug auf türkische Sorgerechtsentscheidungen ist weiterhin das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)²⁸ anwendbar, welches in Art. 7 Satz 1 vorsieht, dass Maßnahmen, die von Gerichten, aber auch von Verwaltungsbehörden nach innerstaatlichem Recht im Herkunftsland des Kindes getroffen worden sind und zu denen auch die Übertragung der Personensorge für ein minderjähriges Kind zählt, in allen Vertragsstaaten anzuerkennen sind.

Gegenüber Ländern, mit denen Deutschland keine besonderen Regelungen über die Anerkennung von Sorgeentscheidungen getroffen hat, regeln § 108 FamFG²⁹ und § 328 ZPO die inländische Anerkennung ausländischer Gerichts- und Behördenentscheidungen. § 108 Abs. 1 FamFG bestimmt, dass – mit Ausnahme von Entscheidungen in Ehesachen³⁰ – ausländische Entscheidungen ohne Weiteres anerkannt werden. Ein besonderes Anerkennungsverfahren ist

nicht erforderlich.³¹ Besteht Streit oder Unklarheit, ob eine ausländische Entscheidung im Inland wirksam ist, kann aber jeder Betroffene beim Amtsgericht eine rechtsverbindliche Entscheidung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung einer ausländischen Entscheidung beantragen (§ 108 Abs. 1 FamFG).

Daraus folgt, dass grundsätzlich ausländische Sorgerechtsentscheidungen im Visumverfahren als Nachweis des Bestehens eines erforderlichen Sorgerechtes anzuerkennen sind. Im Visumverfahren sind solche Dokumente allerdings in Übersetzung vorzulegen und bedürfen häufig einer Bestätigung der Echtheit durch den Konsularbeamten der deutschen Auslandsvertretung dieses Landes (Legalisation)³² oder einer dazu bestimmten Behörde des Staates, durch den die Urkunde ausgestellt wurde (Apostille).³³

4.2.2 Keine Anerkennung bei Verstoß gegen den »ordre-public«

In der Praxis kommt es dennoch immer wieder vor, dass ausländische Sorgerechtsentscheidungen nicht ohne Weiteres anerkannt werden. Gerade wenn bei getrennt leben-

²³ Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. EU 2003 Nr. L 338/1.

²⁴ Ohne Rücksicht auf die Bezeichnung der jeweiligen Entscheidung als Urteil oder Beschluss.

²⁵ Art. 2 Nr. 7 der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003.

²⁶ Haager Übereinkommen vom 19.10.1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutze von Kindern, abrufbar unter www.hcch.net/upload/conventions/txt34de.pdf.

²⁷ Albanien, Armenien, Australien, Bulgarien, Dominikanische Republik, Kroatien, Zypern, Tschechische Republik, Ecuador, Estland, Finnland, Frankreich, Ungarn, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, Monaco, Marokko, Polen, Rumänien, Slowakische Republik, Slowenien, Spanien, Schweiz, Ukraine, Uruguay. Zum KSÜ siehe Schwarz, Kindeswohl im internationalen Recht: Das neue Kinderschutzübereinkommen, in: NDV 1/2011, S. 39ff.

²⁸ Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen, abrufbar unter www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.text&cid=39.

²⁹ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

³⁰ Dies sind Entscheidungen, durch die eine Ehe für nichtig erklärt, aufgehoben, dem Ehebande nach oder unter Aufrechterhaltung des Ehebandes geschieden oder durch die das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe zwischen den Beteiligten festgestellt worden ist. In Ehesachen ist grundsätzlich eine Anerkennung durch die Justizverwaltung erforderlich (§ 107 FamFG).

³¹ Vgl. BGH, Urt. v. 14.12.1988, FamRZ 1989, 378, 389.

³² Deutschland legalisiert Urkunden bestimmter Staaten mit sog. unsicherem Urkundenwesen nicht mehr. Bei Bedarf veranlasst die Deutsche Botschaft auf Kosten des Antragstellers eine inhaltliche Überprüfung der Angaben in der Urkunde durch Ermittlungen sog. Vertrauensanwälte der Botschaft.

³³ Siehe hierzu die Hinweise des Auswärtigen Amtes unter www.konsularinfo.diplo.de/Vertretung/konsularinfo/de/05/Urkundenverkehr__Allgemein/Urkundenverkehr.html.

den Eltern versucht wird, den Nachweis des Bestehens eines alleinigen Sorgerechtes zu führen und hierzu erst im Laufe des Visumverfahrens auf Kindernachzug Sorgerechtsentscheidungen beantragt und dann der Botschaft vorgelegt werden, besteht auf Seiten der Botschaften und Ausländerbehörden der – zumeist unausgesprochene – Verdacht, dass diese Entscheidungen nur erlassen worden sind, um einen ansonsten nicht möglichen Nachzug nach Deutschland zu ermöglichen.

Eine Nichtanerkennung ausländischer Sorgeentscheidungen ist aber nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zulässig. Die gesetzlichen und völkervertragsrechtlichen Regelungen über die Anerkennung ausländischer Sorgeentscheidungen – sei es nun das KSÜ, das MSA, die Brüssel-IIa-Verordnung oder § 108 FamFG – räumen den Botschaften und Ausländerbehörden nur dann das Recht ein, einer ausländischen Entscheidung die Anerkennung zu versagen, wenn eine solche ausländische Entscheidung »mit den Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts offensichtlich unvereinbar«³⁴ ist (sogenannter ordre-public-Vorbehalt). Ein Anerkennungs Hindernis wegen Verstoßes gegen den ordre public darf nicht bereits dann angenommen werden, wenn die ausländische Entscheidung nicht überzeugend erscheint oder ein deutsches Gericht nach deutschem Recht anders entschieden hätte. Das Erfordernis einer »offensichtlichen Unvereinbarkeit« schließt es ferner grundsätzlich aus, dass deutsche Gerichte oder Behörden die ausländische Entscheidung auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüfen. Auch ein »falsches« Ergebnis führt für sich genommen noch nicht zum Verstoß gegen den Vorbehalt des ordre public.³⁵ Ein Verstoß gegen den ordre public liegt vielmehr erst vor, wenn das Ergebnis der ausländischen Entscheidung »in einem so starken Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen steht, dass es nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint.«³⁶ Dies wird u. a. dann angenommen, wenn in einer Sorgerechtsentscheidung das betroffene Kind vor Erlass der Entscheidung nicht durch die Behörde oder das Gericht persönlich angehört worden ist.³⁷ Rechtlich umstritten ist, ob eine solche fehlende Anhörung im Sorgerechtsverfahren dadurch »geheilt« werden kann, dass das nachzugswillige Kind im Visumverfahren durch Mitarbeiter der Botschaft oder im Klageverfahren durch das Verwaltungsgericht befragt wird.³⁸

4.2.3 Auswirkungen für die Beratungspraxis

In der Beratungspraxis ist daher abzuklären, ob das betroffene Kind im ausländischen Sorgerechtsverfahren vor Erlass der Entscheidung förmlich persönlich befragt (»angehört«) worden ist. Sollte dies nicht der Fall sein, kann versucht werden, diesen Fehler dadurch zu kompensieren, dass durch aussagekräftige Nachweise (Stellungnahme des Jugendamtes, Befragung des Kindes durch Botschaftsmitarbeiter) belegt wird, dass auch das Kind mit der Übertragung des Sorgerechtes einverstanden ist.

Kein Verstoß gegen den ordre public liegt vor, wenn – nach ordnungsgemäßer Befragung des Kindes – die ausländische Sorgerechtsentscheidung inhaltlich darauf gestützt wird, dass dem Kind in Deutschland aufgrund der wirtschaftlichen Situation des dort lebenden Elternteils »eine bessere Zukunft« geboten werden könne³⁹ als beim Verbleib im Heimatland.

5. Fazit

Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Familiennachzugs bleibt weiterhin restriktiv, dies gilt vor allem auch bei der Berücksichtigung des einschlägigen Europarechts.⁴⁰ Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs wie die zur Sicherung des Lebensunterhalts (»Chakroun«) werden nicht – wie wünschenswert gewesen wäre – generell zur Definition dieses Begriffs heran gezogen, sondern nur im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie. Es kommt somit nicht zu einer Vereinfachung, sondern zu einer weiteren Verkomplizierung dieser Materie und zu weiteren möglichen Fällen so genannter Inländerdiskriminierung, also der Schlechterbehandlung von deutschen Staatsangehörigen. Auch bei der Einholung von Vorabentscheidungen des EuGH zu europarechtlich relevanten Fragen verhält sich das Bundesverwaltungsgericht auffallend zurückhaltend, wie die Problematik des Sprachnachweises beim Ehegattennachzug zeigt. Da mittlerweile auch das Bundesverfassungsgericht die geltende Regelung für verfassungsgemäß erklärt hat⁴¹, ohne sich mit der Frage der Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Europarecht zu beschäftigen, bleibt nur zu hoffen, dass zunehmend Verwaltungs- und Oberverwaltungsgerichte von der Möglichkeit Gebrauch machen werden, den EuGH direkt anzurufen. Betroffene, gerade anwaltlich vertretene, haben hier durch entsprechende Anregungen die Möglichkeit, Verwaltungsrichter auf ihre Vorlageberechtigung hinzuweisen.⁴²

³⁴ Vgl. Art. 7 MSA, Art. 23 Brüssel-IIa-Verordnung, Art. 23 KSÜ.

³⁵ OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 29.9.2010 – 12 B 21.09 – Rn. 22, juris.

³⁶ OVG Berlin-Bbg. (wie Fn. 35), Rn. 23 unter Berufung auf BVerwG, Beschluss vom 29.5.1986 – 1 B 20/86 – FamRZ 1986, 351 und BGH, Beschluss vom 18.9.2001, NJW 2002, 960, 961 sowie Bumiller/Harders, Freiwillige Gerichtsbarkeit, FamFG, 9. Aufl., § 109 Rn. 9.

³⁷ OVG Berlin-Bbg. (wie Fn. 35), Rn. 29f. für eine türkische Sorgerechtsentscheidung, bei der das türkische Gericht während des laufenden Visumverfahrens das Sorgerecht von der in der Türkei lebenden Mutter auf den in Deutschland lebenden Vater des Kindes innerhalb kürzester Zeit – nämlich binnen zwei Werktagen – übertragen hat, ohne das fast vierzehnjährige Kind persönlich anzuhören.

³⁸ Verneinend OVG Berlin-Bbg. (wie Fn. 35), Rn. 34, bejahend OVG Berlin-Bbg., Urt. v. 18.8.2005 – 7 B 24.05 – juris, Rn. 29 bei Befragung durch den deutschen Verwaltungsrichter im Klageverfahren auf Erteilung eines Visums.

³⁹ OVG Berlin-Bbg. (wie Fn. 35), Rn. 34 m. w. .N.

⁴⁰ Siehe auch Hofmann, »Rollback in Leipzig«, ANA-ZAR 1/2010, S. 1.

⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 25. März 2011, 2 BvR 1413/10.

⁴² Ausführlich, insbesondere zur Bedeutung der EU-Grundrechtecharta im Vorlageverfahren: Bergmann, Vorabentscheidungsverfahren nach dem EU-Reformvertrag von Lissabon, in: ZAR 2/2011, S. 41 ff.