



Initiativstellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Migrationsrecht

zum Aufenthaltsrecht von Eltern bei ihren Kindern

Stellungnahme Nr.: 23/2023

Berlin, im April 2023

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwältin Gisela Seidler, München (Vorsitzende und Berichterstatterin)
- Rechtsanwalt Dr. Wolfgang Breidenbach, Halle/Saale
- Rechtsanwalt Dr. Marco Bruns, Frankfurt/Main (stellv. Vorsitzender)
- Rechtsanwältin Maria Kalin, Ulm
- Rechtsanwalt Tim W. Kliebe, Frankfurt/Main
- Rechtsanwalt Dr. Jonathan Leuschner, Frankfurt/Main
- Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
- Rechtsanwalt Berthold Münch, Heidelberg
- Rechtsanwalt Thomas Oberhäuser, Ulm (Berichterstatter)
- Rechtsanwältin Simone Rapp, Berlin
- Rechtsanwalt Rolf Stahmann, Berlin
- Rechtsanwältin Eva Steffen, Minden
- Rechtsanwalt Christoph Tometten, Berlin (Berichterstatter)

Zuständig in der DAV-Geschäftsstelle

- Rechtsanwältin Bettina Bachmann

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

Bundesministerium des Innern und für Heimat

Bundesministerium der Justiz

Beauftragte der Bundesregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration

Ausschuss für Inneres und Heimat des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Recht des Deutschen Bundestages

Ausschuss für Menschenrechte und humanitäre Hilfe des Deutschen Bundestages

Innenministerien und -senatsverwaltungen der Bundesländer

Justizministerien und -senatsverwaltungen der Bundesländer

SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag

CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag

Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag

FDP-Fraktion im Deutschen Bundestag

AfD-Fraktion im Deutschen Bundestag

Fraktion Die Linke im Deutschen Bundestag

Arbeitsgruppen Inneres der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Arbeitsgruppen Recht der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

Arbeitsgruppen Menschenrechte und humanitäre Hilfe der im Deutschen Bundestag vertretenen Parteien

UNHCR Deutschland

Katholisches Büro in Berlin

Bevollmächtigte des Rates der EKD bei der Bundesrepublik Deutschland

Diakonisches Werk der EKD

Deutscher Caritasverband

Deutsches Rotes Kreuz

AWO Bundesverband e.V.

Flüchtlingsrat Berlin

Jesuitenflüchtlingsdienst Deutschland

Deutsches Institut für Menschenrechte

Bundesrechtsanwaltskammer

Deutscher Richterbund

Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen

PRO ASYL, Bundesweite Arbeitsgruppe für Flüchtlinge e. V.

Der Paritätische

Deutscher Gewerkschaftsbund (Bundesarbeitsrat)

Neue Richtervereinigung (NRV)

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände e.V. (BDA)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)

Zentralverband des Deutschen Handwerks (ZdH)

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)

Deutscher Städtetag

Deutscher Landkreistag

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Landesverbände des DAV

Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV

Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft

Migrationsrecht des DAV

Mitglieder des Migrationsrechtsausschusses des DAV

Verteiler Presse

NVwZ

ZAR

Asylmagazin

ANA

Informationsbrief Ausländerrecht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt mehr als 61.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

A. Einleitung

Das geltende Aufenthaltsgesetz (AufenthG) behandelt das Aufenthaltsrecht von drittstaatsangehörigen Eltern minderjähriger, aufenthaltsberechtigter Kinder¹ nur in drei Konstellationen ausdrücklich. Im Übrigen fehlt eine Normierung – mit unverantwortbaren Konsequenzen für das Kind. Der Deutsche Anwaltverein schlägt daher eine an den Kinderrechten orientierte Änderung der §§ 28 Abs. 1 und 36 AufenthG vor. Außerdem ist eine Verbesserung der Rechtsposition sonstiger Familienangehöriger geboten, die es beispielsweise ermöglicht, Großeltern zur Betreuung ihrer Enkelkinder ein Aufenthaltsrecht zu gewähren (B.). Abgerundet wird der Vorschlag mit einer Reaktion auf die Entscheidung des BVerwG, nach der die geltende Gesetzeslage nur den Ehegatten, nicht aber anderen Familienangehörigen Deutscher nach dreijährigem Zusammenleben ein eigenständiges Aufenthaltsrecht zusprechen soll (C.), sowie einer Regelung zur Vereinheitlichung der Verfestigung des Aufenthalts von Familienangehörigen (D.).

B. Elternnachzug

1. De lege lata

a) Sorgeberechtigte Eltern minderjähriger deutscher Kinder

Der Elternteil eines deutschen Kindes hat gemäß

¹ Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf den Nachzug von nicht privilegierten Drittstaatsangehörigen – also nicht Unionsbürgern oder Angehörigen des EWR oder der Schweiz – zu Minderjährigen; der Nachzug zu volljährigen – auch deutschen – Kindern ist nach dem AufenthG praktisch nur gem. § 36 Abs. 2 AufenthG möglich und wird von dieser Gesetzesinitiative nicht beleuchtet.

§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG einen gesetzlichen Anspruch auf Aufenthalt, wenn er für sein Kind personensorgeberechtigt ist. Dieser Anspruch ist unabhängig von der Sicherung des Lebensunterhalts des Elternteils oder des Kindes, § 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG.

Dass dies zwar zumeist, aber keineswegs stets zu einem Aufenthaltsrecht des Elternteils führt, belegen zahllose Fälle aus der Praxis und die Rechtsprechung zu dem vom EuGH entwickelten, aus Art. 20 AEUV abgeleiteten primärrechtlichen Anspruch eines – auch deutschen – Unionsbürgerkindes.²

b) Nichtsorgeberechtigte Eltern minderjähriger deutscher Kinder

Ist der Elternteil eines deutschen Kindes nur umgangsberechtigt, besteht gemäß § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG kein Anspruch auf Zuzug des Elternteils. Lediglich wenn der umgangsberechtigte Elternteil schon in Deutschland lebt und mit seinem Kind Umgang hat, räumt das Gesetz die Möglichkeit einer Ermessensentscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum weiteren Zusammenleben mit dem Kind ein. Lebt der nur umgangsberechtigte Elternteil hingegen im Ausland, kann er sich nach der Rechtsprechung des für Visaverfahren maßgeblichen OVG Berlin-Brandenburg nicht auf § 28 Abs. 1 S. 4 AufenthG berufen und deshalb allenfalls dann einreisen, wenn damit – ganz ausnahmsweise – eine außergewöhnliche Härte i. S. v. § 36 Abs. 2 AufenthG vermieden werden würde.³

Der im Ausland lebende, nur umgangsberechtigte Elternteil eines deutschen Kindes kann sein Kind folglich in aller Regel nur mit einem 90 Tage gültigen Schengenvisum „besuchen“, sofern u.a. seine Rückkehrwilligkeit gesichert erscheint und er sich solche Besuchsreisen überhaupt leisten kann.

² S. hierzu NK-AusIR/Oberhäuser, 3. Aufl. (im Erscheinen) § 28 AufenthG Rn. 5 ff. und Röhr „Gewöhnliches, nationales Aufenthaltsrecht: Die Umsetzung von Aufenthaltsrechten aus Art. 20 AEUV“, ZAR 2022, 270 ff., sowie Oberhäuser, „Für gewöhnlich außergewöhnlich: Unionsbürgerkinder, Abhängigkeitsverhältnisse und Aufenthaltsrechte gemäß Art. 20 AEUV“, ZAR 2022, 187 ff.

³ OVG Bln-Bbg Beschl. v. 9.4.2015 – OVG 11 M 39.14, BeckRS 2015, 44776.

c) Eltern unbegleiteter minderjähriger Flüchtlingskinder

Eltern eines in Deutschland lebenden, als (Resettlement-)Flüchtling anerkannten Kindes haben gemäß § 36 Abs. 1 AufenthG ein Einreise- und Aufenthaltsrecht, sofern noch kein Elternteil mit dem Kind in Deutschland zusammenlebt. Auch dieses Recht ist, wie der Nachzug sorgeberechtigter Eltern deutscher Kinder, nicht von der Sicherung des Lebensunterhalts und dem Beleg ausreichenden Wohnraumes abhängig.

d) Eltern anderer, zum Aufenthalt in Deutschland berechtigter, minderjähriger Kinder

Sämtliche „sonstige“ Eltern aufenthaltsberechtigter Kinder werden vom geltenden Recht als mögliche Anspruchsinhaber nicht ausdrücklich benannt, sondern müssen, um einen Nachzugs- bzw. Aufenthaltsanspruch zu haben, die Voraussetzungen erfüllen, die für den Nachzug „sonstiger Familienangehöriger“ gemäß § 36 Abs. 2 AufenthG gelten, was beispielsweise voraussetzt, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur „*Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist*“. Die Auslegung dieser Begrifflichkeiten, die den höchsten Grad eines Härtefalls darstellt – eine „einfache“ oder „besondere“ Härte genügt nicht –, ist nach der Rechtsprechung und im Einklang mit dem Willen des früheren Gesetzgebers – zum Änderungsvorschlag s. unten B. 2. b) dd) – außerordentlich restriktiv, was sich in der Kommentarliteratur teilweise widerspiegelt. Z.B. soll nach *Hailbronner* der Nachzug von Eltern zu ihren aufenthaltsberechtigten Kindern **regelmäßig ausscheiden**, weil „*die familiäre Gemeinschaft bei minderjährigen Kindern durch die Rückkehr des Kindes zu den im Ausland lebenden Eltern oder sonstigen Familienangehörigen herzustellen (sei)*“.⁴

Angesichts der Bedeutung des zweiten Elternteils für das Wohl eines Kindes, kann eine solche Auslegung kaum überzeugen. Allerdings wird selbst bei einer am Wohl des Kindes orientierten Auslegung des Begriffs der „außergewöhnlichen Härte“ die einzige Rechtsgrundlage für den Elternnachzug,

⁴ Hailbronner, AuslR, A 1 AufenthG § 36 Rn. 15.

§ 36 Abs. 2 AufenthG, dem verfassungsrechtlich geschützten Anspruch von Eltern und Kind auf Zusammenleben nicht gerecht, weil die Entscheidung, ob eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, danach selbst bei Erfüllung der hohen tatbestandlichen Anforderungen im Ermessen der zuständigen Behörde – Botschaft bzw. Generalkonsulat oder Ausländerbehörde – steht („kann“). Überdies müssen gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zwingend das Wohnraumerfordernis und grundsätzlich alle Regelerteilungsvoraussetzungen gemäß § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG vorliegen, wie unter anderem die Sicherung des Lebensunterhalts des nachzugswilligen Elternteils.

All dies hat zur Folge, dass ein Elternteil, der mit seinem zum Aufenthalt berechtigten Kind zusammenleben will, aber mit dem anderen Elternteil nicht verheiratet ist,⁵ auf die positive Ermessensentscheidung einer Behörde bei wohlwollender Auslegung der Tatbestands- und Regelerteilungsvoraussetzungen hoffen muss. Das Recht des Kindes auf Zusammenleben mit *beiden* Eltern, das das Bundesverfassungsgericht schon mehrfach betont hat,⁶ hängt folglich vom Wohlwollen einer Behörde ab, das nicht unterstellt werden kann.⁷ Dies belegt bereits ein Blick auf die Verwaltungsvorgaben, nach denen der Umgang, umgangs- oder gar sorgeberechtigter Elternteil eines aufenthaltsberechtigten Kindes zu sein, keineswegs regelmäßig oder gar immer zu einem Einreiserecht führt. Denn gemäß Nr. 36.2.2.7 der für Behörden verbindlichen Allgemeinen Verwaltungsvorschriften (AVV-AufenthG) dürfen diese davon ausgehen, dass die *„Betreuungsbedürftigkeit von minderjährigen Kindern im Bundesgebiet (...) für sich allein keinen außergewöhnlichen Härtefall dar(stellt)“*! Visa sind folglich nicht allen Elternteilen zum Zusammenleben mit ihren Kindern zu erteilen, sondern nur im Einzelfall: *„Es muss ein Lebenssachverhalt vorliegen, der **im Einzelfall seiner Art und Schwere nach so** gravierend ist, dass die Versagung der Aufenthaltserlaubnis zu einer **unerträglichen Belastung** des Ausländers führen würde (...) und daher **ausnahmsweise** die Erteilung des Visums erfordert. Dies **kann** in Fällen vorliegen, in denen ein Familienmitglied auf die Lebenshilfe eines anderen Familienmitgliedes durch Herstellung der familiären*

⁵ Andernfalls wäre ein Nachzug zum anderen Elternteil gem. §§ 27, 29, 30 AufenthG zu prüfen.

⁶ Siehe nur BVerfG, Kammerbeschl. v. 30.1.2002 – 2 BvR 231/00, InfAuslR 2002, 171.

⁷ Im – ohnehin sehr langwierigen – Streitfall könnte es zu einer Verpflichtung der Ausländerbehörde zur Erteilung eines nationalen Visums oder einer Aufenthaltserlaubnis nur kommen, wenn von einer Ermessensreduzierung auf Null ausgegangen werden kann, wovon allerdings mitnichten stets auszugehen ist.

*Lebensgemeinschaft dringend angewiesen ist und sich diese **Lebenshilfe zumutbar** (z.B. infolge einer besonderen *Betreuungsbedürftigkeit*) **nur im Bundesgebiet erbringen lässt.**⁸*

Dieser Befund – fehlende Normierung eines Anspruchs des Elternteils eines aufenthaltsberechtigten Kindes auf Aufenthalt – gilt im Übrigen ähnlich im Unionsrecht: Weder die Familienzusammenführungs-RL (Richtlinie 2003/86/EG) noch die Freizügigkeits-RL (RL 2004/38/EG) enthalten Ansprüche von Eltern auf Nachzug zum bzw. Aufenthalt beim Kind, sofern dieses ihnen nicht ausnahmsweise Unterhalt leistet. Dies war bereits für das Bundesverwaltungsgericht Anlass, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH, Aufenthaltsansprüche des Elternteils eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerkindes aus dem Primärrecht – Art. 21 AEUV – abzuleiten.⁹ Der Elternteil eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgerkindes hat seither zum Schutz der Freizügigkeit des Kindes – unter relativ niederschweligen Voraussetzungen – ein zu bescheinigendes Aufenthaltsrecht.

Dass diese Anforderungen für den Elternteil eines sonstigen, zum Aufenthalt berechtigten ausländischen Kind nicht wesentlich höher sein dürfen und eine Änderung der einfach-gesetzlichen Grundlagen erforderlich machen, liegt aus Sicht des Deutsche Anwaltvereins auf der Hand: das Wohl des Kindes ist kein geringerer Aspekt als ein auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhendes Freizügigkeitsrecht, zumal nach der am 15.07.2010 maßgeblich auf Betreiben der FDP erfolgten Rücknahme der 1992 von der damaligen Bundesregierung erklärten Vorbehalte zur UN-Kinderrechtskonvention (KRK) eine Geringschätzung der Rechte von Kindern auch im Ausländerrecht ausdrücklich verboten ist und Art. 9 Abs. 3 KRK fordert, dass ein Kind grundsätzlich die Möglichkeit haben soll, mit beiden Eltern Umgang zu haben. Art. 24 Abs. 3 Grundrechte-Charta (GRC) hebt dieses Recht im unionsrechtlichen Kontext sogar in den Rang eines Grundrechts.

⁸ Visumhandbuch, Stand: August 2022, 74. Ergänzungslieferung, Stand: 03/2022, „Familiennachzug“ S. 6, <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/207816/a0f24b5e2808a52f5f83c069d4b75bc0/visumhandbuch-data.pdf> (abgerufen am 28.12.2022).

⁹ BVerwG, Urt. v. 23.09.2020, 1 C 27.19, InfAusIR 2021, 50.

Angesichts dieses Befunds ist die aktuelle Gesetzeslage dringend reformbedürftig.

e) Eltern volljähriger Kinder

Das geltende Recht sieht den Nachzug von Eltern zu ihren volljährigen Kindern nur für den Fall vor, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich ist, um eine „*außergewöhnliche Härte*“ zu vermeiden. Selbst bei Vorliegen dieser Tatbestandsmerkmale und sämtlicher Regelerteilungsvoraussetzungen (Lebensunterhalt gesichert, kein Ausweisungsinteresse etc.) ist, wie oben erläutert, der zuständigen Behörde Ermessen eröffnet, ob sie die Aufenthaltserlaubnis erteilt oder nicht.

Diese Regelung stellt u.a. ein massives Hindernis bei der Gewinnung von Fach- und anderen Arbeitskräften dar. Für diese stellt die Möglichkeit, im Bedarfsfall ihre oder die Eltern ihrer Ehegatten nachholen zu können, einen beachtlichen Umstand bei ihrer Zuzugsentscheidung dar. Die Eltern zur Betreuung der Kinder oder im Fall eigener (Pflege-)Bedürftigkeit nicht nachholen zu können, ist in nicht wenigen Fällen für die Frage entscheidend, ob Fachkräfte nach Deutschland oder in ein anderes Land einwandern bzw. aus Deutschland wieder fortziehen, wenn ihnen ein solcher Bedarf erwächst.

Die aktuelle Rechtslage erregt allerdings nicht nur bei Fachkräften und hier lebenden Deutschen mit Eltern im Ausland, die keine Unionsbürger sind, Unverständnis, sondern ist auch mit Blick auf die Regelung für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger unverständlich restriktiv, haben diese doch bei Bedürftigkeit ihres oder des Verwandten aufsteigender Linie ihres Ehegatten stets ein Recht, diesen Verwandten zuziehen zu lassen, wenn sie ihm Unterhalt gewähren, §§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 2, 3 Abs. 1 FreizügG/EU. Die damit einhergehende Inländerdiskriminierung ist schon lange nicht mehr zu rechtfertigen.

f) Sonstige Familienangehörige

Wie oben – unter e) – ausgeführt, macht § 36 Abs. 2 AufenthG den Nachzug sonstiger Familienangehöriger, bspw. Geschwister, davon abhängig, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich ist, um eine „*außergewöhnliche Härte*“ zu vermeiden, und eröffnet dann der zuständigen Behörde Ermessen. Dies führt dazu, dass sonstigen Familienangehörigen in der Praxis der Nachzug so gut wie nie erlaubt wird. Bei den betroffenen Angehörigen stößt diese Regelung auf Unverständnis und führt nicht selten zu Frustration.

2. De lege ferenda

Der Deutsche Anwaltverein schlägt angesichts dessen folgende Änderung der Regelungen zum Familiennachzug vor:

a) § 28 AufenthG

In Abs. 1 S. 1 Nr. 3 wird der Halbsatz „zur Ausübung der Personensorge“ gestrichen.

Abs. 1 Satz 4 wird wie folgt gefasst: „§ 36 Abs. 1a Satz 3 findet entsprechende Anwendung.“

b) § 36 AufenthG

Der letzte Halbsatz in Abs. 1 wird gestrichen und Abs. 1 um einen Satz 2 ergänzt; außerdem wird die Norm um zwei Absätze (1a und 1b) erweitert und Abs. 2 Satz 1 neu gefasst.

aa) Abs. 1:

¹Den Eltern eines minderjährigen ledigen Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Absatz 2 oder Absatz 4, § 25 Absatz 1 bis 3 oder eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Absatz 3 oder Absatz 4 besitzt, ist abweichend von § 5 Absatz 1 und 2 und § 29 Absatz 1 Nummer 2 eine

Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. ²Von § 10 Abs. 3 ist abzusehen.

bb) Abs. 1a:

¹Den Eltern eines minderjährigen ledigen Kindes ist zur Ausübung der Personensorge oder des Umgangsrechts eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn das Kind seinen rechtmäßigen, gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat und die Personensorge oder das Umgangsrecht bereits ausgeübt wird. ²Die Aufenthaltserlaubnis ist abweichend von § 5 Absatz 2 zu erteilen und soll abweichend von § 5 Absatz 1 und § 29 Absatz 1 Nummer 2 erteilt werden. ³Findet ein Umgang noch nicht statt, soll eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, sofern dem das Wohl des Kindes nicht entgegensteht; Satz 2 findet Anwendung.

cc) Abs. 1b:

Den Eltern volljähriger, zum Aufenthalt berechtigter Ausländer kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

dd) Abs. 2:

¹Sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers soll zur Vermeidung einer besonderen Härte eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug erteilt werden. ²Auf volljährige Familienangehörige sind § 30 Abs. 3 und § 31, auf minderjährige Familienangehörige ist § 34 entsprechend anzuwenden.

Begründung:

Das Recht des Kindes auf Zusammenleben oder Umgang mit beiden Eltern ist im geltenden Recht höchst defizitär geregelt. Dem trägt der vorliegende Vorschlag Rechnung.

Zu a)

Die Änderung von § 28 Abs. 1 AufenthG hat zur Folge, dass auch der nur umgangsberechtigte Elternteil eines deutschen Kindes einen Anspruch auf Nachzug und Aufenthalt zum Zusammenleben mit seinem Kind hat. Wie bei dem

Nachzug zum ausländischen Kind steht dieser Anspruch unter dem Vorbehalt, dass ihm das Wohl des Kindes nicht entgegensteht.

Die Bezugnahme auf § 36 Abs. 1a AufenthG führt zu einer Differenzierung in sorgeberechtigte Elternteile und solche die nur umgangsberechtigt sind, ohne dass das Recht des Kindes auf Pflege durch beide Elternteile und Umgang mit beiden unverhältnismäßig eingeschränkt wird.

Zu b)

aa)

Mit der Änderung von § 36 Abs. 1 wird dem Recht des Flüchtlingskindes auf Zusammenleben mit beiden Elternteilen Rechnung getragen. Dem darf § 10 Abs. 3 AufenthG nicht entgegenstehen, zumal diese Norm ohnehin dringend aufgehoben werden sollte.

bb)

Den Eltern aller anderen, zum Aufenthalt in Deutschland berechtigten Kinder ist nach § 36 Abs. 1a AufenthG n.F. grundsätzlich ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, ohne dies von der Nachholung des Visumverfahrens abhängig zu machen. Der Anspruch wird zum Regelanspruch herabgestuft, wenn ein Umgang zwischen Elternteil und Kind erst angebahnt werden soll. Nur wenn einem Nachzug des nur umgangsberechtigten Elternteils das Wohl des Kindes entgegensteht, besteht kein solcher Anspruch.

cc)

Nach § 36 Abs. 1b AufenthG kann den Eltern volljähriger Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, ohne dass weitere Tatbestandsmerkmale erfüllt werden müssen. Bei der gebotenen Ermessensentscheidung kann die Behörde im aktuellen Recht nicht relevante Faktoren berücksichtigen, bspw. den Wunsch der Familienangehörigen, im Alter nicht alleine zu sein, Pflegetätigkeiten durch die nächsten Verwandten ausführen zu lassen oder die Kinder von ihren Großeltern betreuen zu lassen, damit die Eltern arbeiten können. Da die Regelerteilungsvoraussetzungen von § 5 AufenthG erfüllt sein müssen, ist eine

Überforderung der Aufnahmegesellschaft nicht zu erwarten. Im Gegenteil: da die Attraktivität Deutschlands durch eine solche Regelung steigt, ist mit einer Steigerung des Zuzugs von Fachkräften zu rechnen. Außerdem müssen sich Eltern nicht entscheiden, wer von ihnen die eigenen Kinder betreut und wer seine Erwerbstätigkeit einschränkt, was zur besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf sowie einer Erhöhung der Zahl der – bereits ausgebildeten – Arbeitskräfte führt.

dd)

Der Nachzug sonstiger Familienangehöriger wird nach § 36 Abs. 2 S. 1 AufenthG n.F. im Regelfall zugelassen, wenn damit eine *besondere Härte* für den hier Lebenden (Ausländer oder Deutschen, siehe § 28 Abs. 4 AufenthG) oder aufgrund der Umstände im Heimatland für den Familienangehörigen vermieden wird. Durch die Einschränkung, dass der Nachzug der Vermeidung einer *besonderen Härte* dienen muss, ist sichergestellt, dass nicht unbegrenzt viele Angehörige einen solchen Anspruch geltend machen können, der allerdings ohnehin nur besteht, wenn auch alle Regelerteilungsvoraussetzungen vorliegen.

Damit kann in vielen Fällen dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Angehörige, auch wenn sie nicht die von § 36 Abs. 1b AufenthG n.F. erfassten Eltern sind, von hier Lebenden betreut und versorgt werden sollten.

C. Eigenständige Aufenthaltsrechte von Familienangehörigen Deutscher

Mit Urteil vom 11.10.2022 – 1 C 49.21 – hat das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich entschieden, dass die unterschiedliche Behandlung von Eltern deutscher Kinder insbesondere zu sonstigen Familienangehörigen Deutscher in Bezug auf die Möglichkeit der Erlangung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts mit Verfassungsrecht, namentlich Art. 3 Abs. 1 GG, vereinbar sei. Es sei, so das Revisionsgericht, von der Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers umfasst, dass bspw. der Onkel eines deutschen Kindes, dem die Einreise gemäß §§ 28 Abs. 4,

36 Abs. 2 S. 1 AufenthG erlaubt worden war, nach dreijährigem Zusammenleben ein eigenständiges, vom weiteren Zusammenleben unabhängiges Aufenthaltsrecht besitzt, während der Vater dieses Kindes ein solches Recht nicht erwerben könne.

Diese Ungleichbehandlung mag verfassungsrechtlich zulässig sein, vernünftig ist sie nicht. Daher wird vorgeschlagen, in § 28 Abs. 3 S. 1 AufenthG nach dem Wort „finden“ die Worte „auf alle in Abs. 1 Genannten“ einzufügen, um klarzustellen, dass nicht nur Ehegatten Deutscher, sondern alle Familienangehörigen Deutscher, denen eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 AufenthG erteilt worden ist, nach drei Jahren des Zusammenlebens ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erworben haben.

§ 28 Abs. 4 S. 1 AufenthG n.F. lautet sonach:

„Die §§ 31 und 34 finden auf die in Abs. 1 Genannten mit der Maßgabe Anwendung, dass an die Stelle des Aufenthaltstitels des Ausländers der gewöhnliche Aufenthalt des Deutschen im Bundesgebiet tritt.“

D. Einheitliche Verfestigung von Familienangehörigen

Nach dem geltenden Recht kann sich der Aufenthalt von Ausländern entweder – zumindest weitgehend – unabhängig von Dritten oder abhängig von einem sog. „Stammberechtigten“ verfestigen.

Beispiele für eine unabhängige Verfestigung des Aufenthalts durch Erteilung eines unbefristet geltenden Aufenthaltstitels sind die Niederlassungserlaubnis gemäß § 9 Abs. 2 AufenthG, die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU gemäß §§ 9a bis 9c AufenthG, die Niederlassungserlaubnis für Fachkräfte gemäß § 18c AufenthG und die Niederlassungserlaubnis für Schutzberechtigte gemäß § 26 Abs. 3, Abs. 4 AufenthG, aber auch die Niederlassungserlaubnis für Kinder, die bereits ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erworben haben, gemäß §§ 34 Abs. 2, 35 AufenthG.

Beispiele für eine vom Stammberechtigten abhängige Verfestigung des Aufenthalts finden sich für Familienangehörige von Deutschen in § 28 Abs. 2 AufenthG, für Familienangehörige türkischer Arbeitnehmer in § 4 Abs. 2 AufenthG i. V. m.

Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80 und für Ehegatten Deutscher in § 9 StAG. In all diesen Fällen erwerben diese Familienangehörigen diesen Verfestigungsanspruch – unter unterschiedlichen, weiteren Voraussetzungen – bereits nach dreijährigem Zusammenleben.

Für Kinder, die wegen des Zusammenlebens mit ihren Angehörigen eine familiäre Aufenthaltserlaubnis besitzen, eröffnet § 35 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG die Möglichkeit, eine Niederlassungserlaubnis zu erhalten, wenn sie fünf Jahre im Besitz der Aufenthaltserlaubnis sind, allerdings unter der weiteren Voraussetzung, dass sie das 16. bzw. 18. Lebensjahr vollendet haben.

Ehegatten von Ausländern, die einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 9 Abs. 2 AufenthG haben, können gemäß § 9 Abs. 3 AufenthG ebenfalls eine Niederlassungserlaubnis beanspruchen, wenn sie u.a. seit fünf Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzen.

Für Kinder dieser Ausländer gelten demgegenüber die in § 35 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG genannten Altersgrenzen.

Das führt dazu, dass sich zwar der Aufenthalt von Eheleuten einheitlich gemäß § 9 Abs. 2, Abs. 3 AufenthG verfestigen kann, ihre Kinder aber hiervon ausgeschlossen sind, sofern sie noch nicht 16 Jahre alt sind, da sie sich weder unmittelbar auf § 9 Abs. 2 AufenthG berufen können sollen, noch § 9 Abs. 3 AufenthG angesichts seines eindeutigen Wortlauts einer erweiternden Auslegung zugänglich ist. Dieses Ergebnis ist unbillig. Die Familienangehörigen werden trotz Zusammenlebens und weitgehend identischer Integrationsleistungen unterschiedlich behandelt.

Als Lösung bietet sich die Erweiterung von § 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG um die Kinder des Stammberechtigten und damit eine Gleichstellung mit dessen Ehegatten an.

§ 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG sollte deshalb lauten:

„Bei Ehegatten und Kindern, die in familiärer Lebensgemeinschaft leben, genügt es, wenn die Voraussetzungen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, 5 und 6 durch einen Familienangehörigen erfüllt werden.“