

Ausreiseverpflichtung und Familienschutz

I. Einleitung

Für viele abgelehnte Asylbewerber, Geduldete und Illegale, also Flüchtlinge ohne jedes Aufenthaltspapier, kommt eines Tages der Zeitpunkt, wo die Beendigung des Aufenthalts unausweichlich erscheint. Manche sind Partnerschaften eingegangen, deren Trennung nun bevorsteht. Andere sind Väter oder Mütter von Kindern, die die deutsche Staatsangehörigkeit oder ein festes Aufenthaltsrecht haben, so dass sie zurück bleiben werden.

Hier stellt sich die Frage, wie weit der Familienschutz unserer Rechtsordnung reicht. Eine umfassende Darstellung, inklusive des Rechts auf Familiennachzug, ist an dieser Stelle nicht möglich, wohl aber ein Aufriss der drei häufigsten Problemkonstellationen.

Fall 1: Herr K. ist 1993 ohne Visum in das Bundesgebiet eingereist. Er stammt aus dem Kosovo. Vor zwei Jahren ist er endgültig als Asylbewerber abgelehnt worden. Statt auszureisen hat er sich illegal im Bundesgebiet aufgehalten. Nun ist ein Freund, bei dem er wohnen konnte, weggegangen. Seine Freundin und er überlegen zu heiraten. Damit wäre auch die mit einer Aufenthaltsbeendigung verbundene Trennung des Paares vermieden. Denn die Freundin, ebenfalls aus dem Kosovo stammend, ist im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis. Beim Standesamt ist sie aber darauf hingewiesen worden, dass Herr K. neben anderen Papieren auf jeden Fall auch eine Meldebescheinigung benötige.

Fall 2: Auch Herr J. ist nach negativer Beendigung seines Asylverfahrens nicht ausgereist. Er hat aber schon während des Asylverfahrens alle für eine Heirat notwendigen Papiere beschafft. Seine deutsche Freundin und er waren bereits beim Standesamt. Die für eine Heirat notwendigen Papiere sind schon legalisiert zurück. Für die Anmeldung der Eheschließung verlangt das Standesamt aber eine Meldebestätigung. Herr J. sieht keinen anderen Weg, als seinen illegalen Aufenthalt zu offenbaren. Er ist bereits im Besitz einer Stellenzusage, falls er die Aufenthaltserlaubnis erhält und möchte diese deshalb so schnell wie möglich beantragen.

Fall 3: Herr L., ein ghanaischer Staatsangehöriger, und Frau K., eine deutsche Staatsangehörige, haben ein gemeinsames Kind von einem Jahr, das bei Frau K. lebt. Herr L. wohnt dagegen noch in der Sammelunterkunft, da ihm von der Ausländerbehörde nicht gestattet wurde, zu seiner Lebensgefährtin und dem Kind zu ziehen.

II. Eheschließungsfreiheit

Viele Asylbewerber und geduldete Flüchtlinge entschließen sich erst dazu zu heiraten, wenn die Ausreisefristen abzulaufen drohen oder bereits abgelaufen sind. Oft gelingt es ihnen, die für eine Eheschließung notwendigen Papiere zu beschaffen, scheitern dann aber, weil die Standesämter eine Legalisation der vorgelegten Urkunden durch die deutsche Botschaft im Herkunftsland verlangen. Diese wiederum fordert nicht selten den Nachweis eines deutschen Aufenthaltstitels, um die Legalisation durchführen zu können. Wenn ein Flüchtling bereits "untergetaucht" ist, muss er diesen Nachweis schuldig bleiben.

Selbst wenn aber die Legalisation noch geschafft wurde, scheitern heiratswillige Ausländer ohne Aufenthaltserlaubnis oder Duldung bzw. Aufenthaltsgestattung spätestens am Erfordernis einer Melde- oder Aufenthaltsbescheinigung.

Ob wirklich eine Pflicht zur Vorlage dieser Bescheinigung besteht, mag bezweifelt werden (zu Recht kritisch: Weizsäcker, Eingeschränkte Eheschließungsfreiheit für Ausländer, InfAuslR 2003, 300 ff.). In der Praxis verzichtet kein Standesamt darauf.

Wie sich der Betroffene verhalten sollte, hängt ganz wesentlich vom Stand der Bemühungen um die für die Eheschließung notwendigen Papiere ab. Wer hier noch gar nichts oder wenig unternommen bzw. erreicht hat, sollte ernsthaft eine Eheschließung im Herkunftsland oder die Ausreise und Wiedereinreise mit einem Visum zur Eheschließung ins Auge fassen. Wer hingegen schon bei der Beschaffung der Papiere weit vorangekommen ist, ja die Anmeldung der Eheschließung erreichen könnte, sofern eine Meldebescheinigung vorgelegt wird, sollte nicht weiter in der Illegalität verharren, sondern den Kontakt mit der Ausländerbehörde aufnehmen. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt der durch Art. 6 GG garantierte Schutz von Ehe und Familie auch die Eheschließungsfreiheit für Ausländer (BVerfGE 31, 58, 67).

Strittig ist nur, ab wann die grundrechtliche Garantie auch einen Anspruch auf Schutz vor Abschiebung gewährt. Nach herrschender Meinung darf der weitere Aufenthalt verwehrt werden,

wenn der Zeitpunkt der beabsichtigten Eheschließung völlig ungewiss ist (BVerwG, Beschluss vom 17.11.1994, InfAusIR 1995, 150, 151). Überwiegend wird derzeit darauf abgestellt, ob die Eheschließung unmittelbar bevorsteht (vgl. die Nachweise bei Wolff, Rechtsprechungsfokus, Schutz von Ehe und Familie, ASYLMAGAZIN 5/2003, S. 8 ff.). Teilweise wird aber auch schon Abschiebungsschutz gewährt, wenn die Verlobten alles ihnen Zumutbare zur alsbaldigen Vornahme der Eheschließung getan haben und es zu Verzögerungen bei der Legalisation gekommen ist, ohne dass diese vom Ausländer zu vertreten sind (vgl. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 11.7.2003 - 4 Me 290/03 - [ASYLMAGAZIN 9/2003, S. 42]).

Natürlich kann es Schwierigkeiten bei oder nach der Kontaktaufnahme mit der Ausländerbehörde geben. Vor allem solche Ausländer, die bereits seit langem "abgetaucht" sind, scheuen das Risiko, sich zu melden, ohne Gewissheit darüber, ob die Ausländerbehörde ebenfalls der Meinung ist, dass die Eheschließung unmittelbar bevorsteht. Dieses Risiko besteht tatsächlich. Es empfiehlt sich deshalb, durch den Verlobten bzw. einen Sozialarbeiter oder Rechtsanwalt mit der Behörde Kontakt aufzunehmen.

In jedem Fall sollte eine Duldung beantragt werden. Wird diese abgelehnt, muss einstweiliger Rechtsschutz durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO beim zuständigen Verwaltungsgericht beantragt werden.

III. Aufenthaltssicherung nach der Eheschließung

Viele Flüchtlinge gehen davon aus, dass ihre aufenthaltsrechtlichen Probleme mit der Heirat gelöst seien. Dem ist jedoch meistens nicht so. Denn fast immer sind Flüchtlinge ohne das erforderliche Visum eingereist. Vielfach sehen sich deshalb die nunmehr verheirateten Ausländer mit der Forderung der Ausländerbehörde konfrontiert, auszureisen und die Aufenthaltsgenehmigung im Visumverfahren bei einer deutschen Auslandsvertretung zu beantragen.

Flüchtlinge und ihre Partner erleben dies als bürokratische Schikane. Doch ist es das wirklich? Und wann ist der Verweis auf das Visumverfahren unzutreffend?

1. Damit der mit dieser Frage konfrontierte Berater die zutreffende Antwort geben kann, muss er zunächst ermitteln, wie der Ausländer eingereist ist.

a) Liegt einer der seltenen Fälle vor, in denen ein Flüchtling mit einem zweckentsprechenden Visum eingereist ist, darf eine Verweisung auf das Visumverfahren nicht diskutiert werden. Fraglich kann dann allenfalls sein, ob die zuständige Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung erteilen muss.

b) Schwieriger ist es, wenn ein so genannter "Positivstaater", also ein Bürger eines Landes, dessen Staatsangehörige zu Besuchszwecken bis zu drei Monaten ohne Visum einreisen dürfen, ohne ein solches Visum gekommen ist (vgl. Anlage I zur DVAusIG), aber nach drei Monaten nicht ausreiste. Hier wird gem. § 71 Abs. 2 Satz 2 AusIG vermutet, dass der als Besucher eingereiste Ausländer von Anfang an in Wirklichkeit einen Daueraufenthalt plante. Diese Vermutung kann zwar widerlegt werden. Die Rechtsprechung hat allerdings strenge Maßstäbe entwickelt, um einer Umgehung des Visumverfahrens vorzubeugen. Gelingt die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung nicht, muss gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 AusIG eine Aufenthaltsgenehmigung - im Inland - versagt werden und zwar unabhängig davon, wie lange die Einreise schon zurückliegt.

Etwas anderes gilt dann, wenn einer der Befreiungstatbestände des § 9 Abs. 2 DVAusIG vorliegt oder wenn die Aufenthaltsgenehmigung ausnahmsweise gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AusIG erteilt werden kann.

c) In der gleichen Situation sind diejenigen, die aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit auch für einen nur kurzfristigen Besuchsaufenthalt ein Visum benötigen, die so genannter "Negativstaater", die zwar mit einem Besuchervisum eingereist sind, aber kurz nach der Einreise einen anderen Aufenthaltsweg verfolgen.

d) Die Mehrzahl der de-facto-Flüchtlinge ist aber ohne jegliches Visum eingereist. Sie haben wegen § 8 Abs. 1 Nr. 1 AusIG nur dann eine Chance, nach der Heirat ohne Visumverfahren eine Aufenthaltsgenehmigung zu erhalten, wenn einer der Befreiungstatbestände des § 9 Abs. 2 DVAusIG oder der § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AusIG vorliegt.

2. In der Praxis von großer Bedeutung ist die Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 1-4 DVAusIG. Mit ihr hat der Verordnungsgeber die Möglichkeit eröffnet, die Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der ehelichen bzw. familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet nach der Einreise einzuholen; dies aber nur für diejenigen, die sich hier rechtmäßig, geduldet oder gestattet nach § 55 Abs. 1 AsylVfG aufhalten und

* nach der Einreise durch Eheschließung im Bundesgebiet oder durch Geburt eines Kindes, für das sie die Personensorge ausüben, einen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erworben haben oder

* erlaubt eingereist sind und während des rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 17 Abs. 2 oder § 18 Abs. 1 oder 3 oder § 20 Abs. 1 oder 2 oder § 23 Abs. 1 AuslG eingetreten sind, oder

* erlaubt eingereist sind, sofern während des rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet die Umstände, die eine besondere Härte i. S. v. § 20 Abs. 4 Nr. 2 AuslG oder eine außergewöhnliche Härte i. S. v. § 22 Satz 1 AuslG begründen, im Bundesgebiet eingetreten sind, oder

* "Positivstaater" sind und ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AuslG besteht.

Wegen des Erfordernisses eines rechtmäßigen oder geduldeten oder gestatteten Aufenthaltes kann sich nicht auf die Regelung berufen, wer sich strafbar illegal hier aufhält oder z. B. nur im Besitz einer Grenzübertrittsbescheinigung ist. Daran sollte denken, wer mit der Ausländerbehörde Kontakt aufnimmt, um sich im Hinblick auf eine unmittelbar bevorstehende Heirat anzumelden. Es muss darauf gedrungen werden, dass eine Duldung ausgestellt wird.

Gelingt dies nicht oder fehlt es an anderen Voraussetzungen der vorgenannten

Ausnahmetatbestände, bleibt nur noch die Berufung auf § 9 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 AuslG. Nach dieser Vorschrift kann die Ausländerbehörde trotz der Einreise ohne das erforderliche Visum eine Aufenthaltserlaubnis erteilen, und zwar

* abweichend von § 8 Abs. 1 Nr. 1, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung nach dem AuslG offensichtlich erfüllt sind und der Ausländer nur wegen des Zwecks oder der Dauer des beabsichtigten Aufenthalts visumpflichtig ist, wenn er also "Positivstaater" ist, oder

* abweichend von § 8 Abs. 1 Nr. 2 AuslG, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung nach dem AuslG offensichtlich erfüllt sind.

Die erste Möglichkeit kommt für die "Negativstaater" nicht in Betracht. Denn sie sind nicht nur wegen des Zwecks oder der Dauer des beabsichtigten Aufenthalts, sondern wegen ihrer Staatsangehörigkeit visumpflichtig.

3. Liegen auch diese Ausnahmenvoraussetzungen nicht vor, kann in bestimmten Fällen eine Aufenthaltsbefugnis gem. § 30 Abs. 3 AuslG beantragt werden. Diese Vorschrift erlaubt es ausdrücklich, abweichend von § 8 Abs. 1 AuslG, also auch bei Vorliegen eines Visumverstoßes, eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen. Sie wird deshalb in der Rechtsprechung als Auffangvorschrift für Fälle der hier diskutierten Art angesehen (vgl. BVerwG, Urteil vom 9.12.1997, InfAuslR 98, 276, 278). Gegenüber einer Aufenthaltserlaubnis hat die Aufenthaltsbefugnis allerdings den Nachteil, dass sie zu einer Aufenthaltsverfestigung nur über § 35 AuslG führt und - anders als die Aufenthaltserlaubnis - kein eheunabhängiges Aufenthaltsrecht nach einer Ehebestandszeit von zwei Jahren gem. § 19 AuslG ermöglicht.

Hinzukommt, dass sich auf die Vorschrift nur berufen kann, wer unanfechtbar ausreisepflichtig ist. Das ist regelmäßig nach Ende eines Asylverfahrens ohne Anerkennung der Fall. Wer aber, wie z. B. viele Kriegsflüchtlinge aus dem ehemaligen Jugoslawien, auf einen Asylantrag verzichtet hat und sich stattdessen geduldet oder strafbar illegal hier aufhielt, kann sich auf diese Regelung nicht berufen. Darüber hinaus müssen die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 AuslG für eine Duldung vorliegen, weil der freiwilligen Ausreise und der Abschiebung Hindernisse entgegenstehen, die der Ausländer nicht zu vertreten hat. Im Ergebnis ist also zu fragen, ob die Abschiebung rechtlich unmöglich bzw. die freiwillige Ausreise nicht zumutbar ist.

Teilweise wird in der Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dies sei immer dann der Fall, wenn eine deutsch-ausländische Familienbeziehung betroffen sei. Denn hier sei die Fortsetzung der ehelichen bzw. familiären Lebensgemeinschaft im Ausland nicht zumutbar (so OVG Niedersachsen, Beschluss vom 20.4.2001 - 4 MA 1129/01 - (7 S., M0978) und VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5.7.1999, InfAuslR 1999, 414 ff. unter Hinweis auf Art. 8 EMRK bei familiärer Beistandsgemeinschaft zwischen Erwachsenen; a. A. OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.1.2003 - 13 NE 28/03 - (6 S., M4308)).

Überwiegend wird ein Duldungsgrund im Sinne von § 30 Abs. 3 i. V. m. § 55 Abs. 2 AuslG erst dann bejaht, wenn die Verweisung auf das Visumverfahren zu einer nicht nur kurzfristigen Trennung der Ehepartner bzw. Familienangehörigen führen würde (so wohl auch BVerwG, Urteil vom 9.12.1997, a. a. O., S. 278; VG Stuttgart, Beschluss vom 15.7.1999, InfAuslR 2000, 201; sowie die Nachweise bei Wolff, a.a.O., S. 10 ff.).

4. Wenn auch die Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nicht vorliegen, kann die Rückreise ins Herkunftsland zur Beantragung eines Visums nur noch dann vermieden werden, wenn das Auswärtige Amt eine grenznahe Auslandsvertretung ermächtigt, das Visumverfahren zu bearbeiten. Diese Ermächtigung wird nur erteilt, wenn

- * die zuständige Ausländerbehörde eine Vorabzustimmung zur Familienzusammenführung erteilt und diese dem Auswärtigen Amt vorliegt,
- * der Antragsteller legal mit Visum in das benachbarte Land einreisen kann, in dem sich die grenznahe Auslandsvertretung befindet und
- * humanitäre Gründe vorliegen, die eine Reise in das Heimatland, um dort den Visumantrag zu stellen, als unzumutbar erscheinen lassen; finanzielle Gründe werden hierbei grundsätzlich nicht berücksichtigt.

IV. Schutz der Eltern-Kind-Beziehung

Für Beratungsbedarf sorgt auch immer wieder die Situation von nichtehelichen Kindern, deren Vater oder Mutter abgeschoben werden soll.

Nach wie vor ist nicht wirklich klar, wie sich das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2942) auswirkt. Vielfach stellen die Behörden auch Anforderungen an die Qualität der Eltern-Kind-Beziehung, die mit der grundrechtlichen Schutzgarantie von Art. 6 GG nicht vereinbar sind.

1. Anerkannt sind folgende Grundsätze: Der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 6 GG umfasst auch die Beziehung des nichtsorgeberechtigten Elternteils zu seinem nichtehelichen Kind. Ferner ist anerkannt, dass dieser Schutz unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Kindes gilt. Klar ist weiterhin eine Verpflichtung der Behörden, diese geschützten Bindungen bei aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen zu berücksichtigen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.1.2002 - 2 BvR 231/00 - InfAusIR 2002, 171 = ASYLMAGAZIN 6/2002, S. 37; BVerwG, Urteil vom 20.2.2003, InfAusIR 2003, 324, 327 ff.).

Wie nachstehend zu zeigen ist, lassen sich allein mit diesen Leitlinien die praktischen Probleme nicht bewältigen.

2. Fraglich ist zum Beispiel, ob der grundrechtliche Schutz aus Art. 6 GG sich aufenthaltsrechtlich erst ab der Geburt des Kindes oder schon vor seiner Geburt auswirkt. So hat das Verwaltungsgericht Karlsruhe (Beschluss vom 15.8.2001, InfAusIR 2002, 38) einen Anspruch auf Duldung gem. § 55 Abs. 2 AuslG in einem Fall gewährt, in dem der - nichteheliche - Vater zwei Monate vor der Geburt seines Kindes abgeschoben werden sollte. Dies mit der Begründung, dass in sein Sorgerecht, sein Umgangsrecht und seine Umgangspflicht mit dem Kind durch die beabsichtigte aufenthaltsbeendende Maßnahme nicht unerheblich eingegriffen werde, da durch die Abschiebung und ihre Wirkungen die Ausübung dieser Rechte auf nicht absehbare Zeit ausgeschlossen werde. Maßgebend für diesen Beschluss war aber eine kurz zuvor abgegebene Erklärung der künftigen Eltern, die elterliche Sorge gemeinsam gem. § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB ausüben zu wollen.

Dieser Entscheidung ist zuzustimmen. Denn wenn feststeht, dass eine schnelle Wiedereinreise ausgeschlossen ist, kann es keinen Unterschied machen, ob die aufenthaltsbeendende Maßnahme kurze Zeit vor der Geburt des Kindes oder nach seiner Geburt erfolgen soll. In beiden Fällen bewirkt die erzwungene Trennung einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG. Es liegt auf der Hand, dass dieser Schutz abhängig ist von den Umständen des Einzelfalles: Je mehr Zeit bis zum voraussichtlichen Geburtstermin verstreichen wird und je kürzer der voraussichtliche Auslandsaufenthalt sein wird, desto geringer ist der Eingriff in das Grundrecht des Art. 6 GG. Desto schwerer wiegt demzufolge das öffentliche Interesse an einer Beendigung des Aufenthaltes.

3. Die Frage, welche Qualität die Beziehung zwischen Mutter oder Vater und nichtehelichem Kind haben muss, um aufenthaltsrechtlich Gewicht zu erhalten, ist für Flüchtlinge von besonderer Bedeutung. Denn sie leben aus den verschiedensten Gründen vielfach nicht mit ihrem Kind zusammen.

Für eine realistische Beratung wird nach wie vor davon auszugehen sein, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen in der Regel nur verhindert werden können, wenn Vater oder Mutter mit ihrem nichtehelichen Kind in familiärer Lebensgemeinschaft leben (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 27.1.1998, InfAusIR 1998, 279, 282 ff., und Urteil vom 20.2.2003, InfAusIR 2003, 324, 327 ff. = ASYLMAGAZIN 7-8/2003, S. 43). Diese setzt nicht zwingend eine häusliche Gemeinschaft voraus. Bei Getrenntlebenden bedarf es aber, so das Bundesverwaltungsgericht, besonderer Anhaltspunkte, wie etwa intensiver Kontakte und der Übernahme eines nicht unerheblichen Anteils an der Betreuung und Erziehung des Kindes oder sonstiger vergleichbarer Beistandsleistungen (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.2.2003, a. a. O., S. 327).

Bei der Bewertung der familiären Beziehungen ist jedoch die Autonomie der Eltern bei der konkreten Umsetzung ihrer elterlichen Pflichten und Rechten zu respektieren. Dies verbietet die Anwendung messbarer und bestimmbarer Mindestkriterien, etwa über die Anzahl der Kontakte zwischen Elternteil und Kind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.1.2001, InfAusIR 2002, 174).

4. Durch die Reform des Kindschaftsrechts vom 1.7.1998 hat der Gesetzgeber das Sorgerecht von nicht miteinander verheirateten Eltern grundlegend geändert. Diese üben die elterliche Sorge

gemeinsam aus, wenn sie diese Absicht erklären (so genannte Sorgeerklärung). Viele Diskussionen über das Vorliegen einer familiären Lebensgemeinschaft würden sich erübrigen, wenn Behörden und Rechtsprechung die Konsequenz aus dieser Reform ziehen würden. Das ist aber bisher auf Behördenseite gar nicht und in der Rechtsprechung nur ansatzweise geschehen (vgl. z. B. OVG Hamburg, Beschluss vom 28.4.1999, NVwZ 2000, 105, 106 ff.; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 10.4.2000, InfAuslG 2000, 388, 389 ff.; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 19.4.2000, InfAuslR 2000, 392, 393 ff.; BerlVerfGH, Beschluss vom 22.2.2001, NVwZ-RR 2001, 687 ff.).

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt (vgl. Beschluss vom 31.8.1999, InfAuslR 2000, 67 und Beschluss vom 30.1.2001 - 2 BvR 231/00 - InfAuslR 2002, 171 = ASYLMAGAZIN 6/2002, S. 34) eine abschließende Entscheidung offengelassen.

Nunmehr hat das Bundesverwaltungsgericht immerhin festgestellt, es sei zu berücksichtigen, dass durch die Gesetzesreform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 die Rechtsposition des Kindes und des nichtehelichen Elternteils sowohl hinsichtlich des gemeinsamen Sorgerechts als auch hinsichtlich des Umgangsrechts gestärkt worden sei. Auch wenn sich hieraus allein noch keine veränderte aufenthaltsrechtliche Beurteilung ergeben möge, sei seitdem bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidung maßgeblich auf die Sicht des Kindes abzustellen und im Einzelfall zu untersuchen, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit bestehe, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen sei (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.2.2003, a. a. O.).

Aber auch damit ist dem Ziel der Reform noch nicht ausreichend Rechnung getragen. Das zentrale Anliegen des Gesetzgebers war es, mit der Reform des Kindschaftsrechtes die gemeinsame elterliche Sorge zu ermöglichen, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht (vgl. hierzu Laskowski/Albrecht, Das Kindschaftsrechtsreformgesetz und seine Bedeutung für familienbezogene Aufenthaltsrechte, ZAR 1999, 100 ff.). Mit Übernahme der gemeinsamen Sorge sollten auch Eltern, die nicht miteinander verheiratet sind, gemeinsam für die Betreuung und Erziehung ihrer Kinder sorgen können. Dahinter stand die Erkenntnis, dass diese Regelung dem Kindeswohl mehr dient als die bis dahin geltende Gesetzeslage und Praxis.

Dieser Gesetzgebungszweck würde unterlaufen, wenn der ausländische Elternteil eines nichtehelichen Kindes trotz des erklärten Willens beider Eltern zur gemeinsamer Betreuung und Erziehung das Land verlassen müsste (so im Ergebnis wohl auch OVG Sachsen, Beschluss vom 31.8.2000, NVwZ-RR 2001, 689 ff., das allerdings diese Konsequenz nicht ziehen will, wenn die gemeinsame Sorge in Wirklichkeit nicht ausgeübt wird).

5. Besteht eine familiäre Lebensgemeinschaft zwischen nichtehelichem Kind und Vater oder Mutter, liegt ein rechtliches Abschiebungshindernis aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG vor, so dass Anspruch auf eine Duldung und - bei unanfechtbarer Ausreisepflicht - auch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis gem. § 30 Abs. 3 AuslG besteht. Ob darüber hinaus auch ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 17 ff. AuslG besteht, soll an dieser Stelle nicht thematisiert werden.

V. Falllösungen

Im Falle von Herrn K. wird es sich wohl eher empfehlen, auszureisen und die Eheschließung im Ausland durchzuführen. Denn ein weiterer illegaler Aufenthalt bis sämtliche Papiere beschafft und legalisiert sind, ist nicht anzuraten. Hinzu kommt, dass er selbst bei Erteilung einer Duldung wegen der Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 1 AuslG keine Aufenthaltserlaubnis im Inland erhalten könnte. Denn die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis steht allenfalls im Ermessen der Ausländerbehörde, so dass er auf die Befreiungsregelung des § 9 Abs. 2 DVAuslG nicht zurückgreifen kann. Aus dem selben Grund scheidet auch die Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AuslG aus.

Anders ist es bei Herrn J. Bei ihm steht die Eheschließung unmittelbar bevor. Ihm ist deshalb zu raten, Kontakt mit der Ausländerbehörde aufzunehmen und eine Duldung zu beantragen. Er erhält eine Meldebescheinigung und kann deshalb die Eheschließung im Bundesgebiet vornehmen. Danach hat er gem. § 23 AuslG einen gesetzlichen Anspruch auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, so dass er auch, und zwar unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit, die Aufenthaltserlaubnis erhalten kann, ohne ein Visumverfahren anzustrengen.

Bei Herrn L. hängt der weitere Aufenthalt davon ab, ob trotz des räumlichen Getrenntlebens eine familiäre Lebensgemeinschaft besteht. Dies ist nach der herrschenden Meinung der Fall, wenn intensive Kontakte zwischen ihm und dem Kind bestehen und er sich nicht unerheblich an der Betreuung und Erziehung des Kindes beteiligt. Nach der hier vertretenen Auffassung ist von einer familiären Lebensgemeinschaft auch dann auszugehen, wenn die Eltern eine gemeinsame Sorgerechtserklärung abgegeben haben oder noch abgeben werden.