

Ulrike Schwarz, Viola Rentzsch

Jugendhilfe mit Auslandsbezug: Herausforderungen an der Schnittstelle von Familien- und Aufenthaltsrecht



Erschienen in

**ARCHIV für Wissenschaft
und Praxis der Sozialen Arbeit**
Heft 1/2023

Vierteljahresschrift zur Förderung von
Sozial-, Jugend- und Gesundheitshilfe

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter Buttner

Deutscher Verein für öffentliche
und private Fürsorge e. V.
Michaelkirchstraße 17/18
10179 Berlin-Mitte
Tel. 030 629 80-0
Fax 030 629 80-150
www.deutscher-verein.de

Jugendhilfe mit Auslandsbezug: Herausforderungen an der Schnittstelle von Familien- und Aufenthaltsrecht

Immer mehr Kinderschutzfälle und Jugendhilfesituationen weisen einen Auslandsbezug auf. In diesem Beitrag werden die Herausforderungen in der Praxis vorgestellt, die sich im Spannungsfeld vom Familien- und Jugendhilferecht zum Aufenthaltsrecht ergeben.

Der Artikel befasst sich mit Problemen, die bei Minderjährigen mit unsicheren oder ungeklärten Aufenthaltsverhältnissen entstehen, wenn diese zugleich in jugendhilfe- und familienrechtlichen Verfahren sind. Dort trifft das Kindesinteresse oft auf aufenthaltsrechtliche Regelungen. Ziel ist es, durch Vermittlung von interdisziplinärem Fachwissen das gegenseitige Verständnis und die Zusammenarbeit der beteiligten Akteure zu stärken. Anhand von Fallkonstellationen aus der Praxis des Internationalen Sozialdienstes werden die Herausforderungen sichtbar gemacht und erörtert. Dazu wird zunächst die getrennte Beurteilung des Aufenthaltsstatus von Familienmitgliedern infolge eines Sorgerechtsentzuges besprochen, anschließend die Problematik an der Schnittstelle von Haager Kindesentführungsübereinkommen (HKÜ) und Aufenthaltsrecht beleuchtet und schließlich auf die Besonderheiten im Umgang mit Kafala-Konstellationen eingegangen.

Problemaufriss

Im Jahr 2010 nahm die Bundesrepublik Deutschland einen Vorbehalt zur UN-Kinderrechtskonvention (KRK) zurück, der Kinder und Jugendliche in aufenthaltsrechtlichen Verfahren von den Konventionsrechten ausschloss. Mit Rücknahme des Vorbehalts wurde eine vollständige Gleichstellung aller Minderjähriger (gemeint sind Personen bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres) im deutschen Recht erreicht. Dies bedeutet zum einen, dass bei Minderjährigen die Kinder- und Jugendhilfe gegenüber anderen Rechtsbereichen vorrangig ist und familiengerichtliche Entscheidungen den Aufenthaltsstatus von Minderjährigen nicht berücksichtigen müssen. Zum anderen sind alle Behörden und Institutionen, auch die für das Aufenthaltsrecht zuständige Ausländerbehörde, in ihren Handlungen und Entscheidungen dem „Kindeswohl“ unterworfen. Der Begriff „Kindeswohl“ hat dabei keine feste Definition. Er ist auch mehr als „nur“ Schutz vor Gefährdung; Kindeswohl umfasst in jeder Situation eine Berücksichtigung der kinderspezifischen Umstände und Interessen – auch durch die Behörde.

Allerdings kommt es in der Praxis immer wieder zu Problemen, wenn es um die konkrete Berücksichtigung des Kindeswohls in aufenthaltsrechtlichen Fragen geht. Dies resultiert aus den unterschiedlichen Funktionen der staatlichen Akteure: Die Ausländerbehörde, bei der die Zuständigkeit für aufenthaltsrechtliche Belange liegt, ist eine primär dem Gesellschaftsschutz verpflichtete kommunale Ordnungsbehörde. Ihre Handlungsmaximen sind das Wohlergehen und die Sicherheit der Gesellschaft. Zwar werden Individualinteressen berücksichtigt, sind aber nicht die Grundlage für Entscheidungen, sondern beschränken die allgemeinschützenden Maßnahmen zum Schutz der konkreten individuellen Rechte. Dem stehen die Kinder- und Jugendhilfe und die familiengerichtlichen Entscheidungen mit ihren am Einzelfall orientierten Maßnahmen gegenüber. In der Kinder- und Jugendhilfe bilden die kindspezifischen Umstände und Interessen die Grundlage jeder Entscheidung – nur so ist ein Individualschutz möglich. In familienrechtlichen Verfahren werden diese Umstände ins Verhältnis zum Elternrecht gesetzt und berücksichtigt.

Nach dieser Gegenüberstellung der Grundprinzipien ist auch der gemeinsame Maßstab hervorzuheben. Obgleich das Aufenthaltsrecht seiner Tendenz nach restriktiv ist, entwickelten sich aus Gesetzgebung und Rechtsprechung Standards des Kinderschutzes: Allen voran steht der Grundsatz „Keine Abschiebung in der Minderjährigkeit“, der Ausnahmen nur unter Sicherstellung der Kindesinteressen kennt (§ 58 Abs. 1a Aufenthaltsgesetz [AufenthG]). Zudem besteht bei unbegleiteten Minderjährigen ein grundsätzlicher Vorrang der Jugendhilfe gegenüber dem Aufenthaltsrecht. Danach ist die Position der Jugendhilfe rechtzeitig in allen aufenthaltsrechtlichen (und auch asylrechtlichen) Verfahren einzuholen und zu berücksichtigen.

Dies hat auch Auswirkungen auf den Familiennachzug: Für Eltern von in Deutschland als Flüchtling anerkannten Minderjährigen besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Visumserteilung gem. § 36 Abs. 1 AufenthG. Nach aktuellem Stand des deutschen Rechts (Januar 2023) kann diesem nicht entgegengehalten werden, dass das Kind im Verlauf des Verfahrens volljährig wird, sofern die Antragstellung noch im Zeitpunkt der Minderjährigkeit erfolgte, der/die ehemals Minderjährige eine individuelle Verfolgung belegen konnte und so einen Status nach der Genfer Flüchtlingskonvention erhalten hat (EuGH, Urteil v. 1.8.2022 – C 273/20, C 355/20). Ein Rechtsanspruch für Eltern von ehemals Minderjährigen mit sogenanntem „subsidiären Schutz“ wird höchstrichterlich dagegen abgelehnt (BVerwG Entscheidung v. 8.12.2022 – 1 C 56.20), aktuell aber im Rahmen laufender Gesetzgebungsverfahren erneut diskutiert.

Ulrike Schwarz,
Volljuristin, ist juristische Referentin und Projektleitung von „Vielfalt inklusiv! – Flucht/Migration und Behinderung“ bei MINA – Leben in Vielfalt e.V., Berlin.
E-Mail: u.schwarz@mina-berlin.de

Viola Rentzsch, LL.M.,
Volljuristin, ist Referentin im Internationalen Sozialdienst im Deutschen Verein, Berlin.
E-Mail: viola.rentzsch@deutscher-verein.de

Als Ausnahme vom Grundsatz, dass minderjährige Kinder das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Eltern teilen, sind Identitätstäuschungen der Eltern deren Kindern nicht zuzurechnen (siehe BMI 2020, § 60b AufenthG Nr. 2.2.6). Für begleitete Minderjährige besteht zudem die rechtliche Möglichkeit eines elternunabhängigen Aufenthalts: Das Bleiberecht für gut integrierte Jugendliche und junge Erwachsene nach § 25a AufenthG ermöglicht einen Aufenthalt aufgrund von Integration auch nach einem negativ verlaufenen Asylverfahren oder ohne Asylverfahren. Im Dezember 2022 hat der Bundestag im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum „Chancenaufenthaltsrecht“ auch eine weitere Vereinfachung des Bleiberechts für gut integrierte Jugendliche und junge Erwachsene beschlossen. Die neuen Regelungen traten am 31. Dezember 2022 in Kraft (BGBl 2022 Teil I, Nr. 57).

Sorgerecht(-sentzug) und Ausweisung der Eltern

Fall 1a: Deka und Aleeke reisen mit ihrer achtjährigen Tochter Hadiya aus Somalia nach Deutschland ein. Nach erfolglosem Asylverfahren ist die Familie zur Ausreise verpflichtet und bekommt wegen tatsächlicher Unmöglichkeit der Ausreise eine Duldung. In Deutschland kommt es zu einer Kindeswohlgefährdung durch die Eltern. Hadiya wird in einer Pflegefamilie untergebracht, zunächst mit Einwilligung der Eltern. Nachdem diese eine weitere Unterbringung verweigern, wird ihnen vom Gericht das Sorgerecht entzogen. Es wird zusätzlich ein wöchentlicher begleiteter Umgang mit Hadiya festgelegt.

Es besteht ein Anspruch von Eltern und ihren Kindern, in familiärer Gemeinschaft zu leben und darauf, dass Kinder im Sinne der Eltern gepflegt und erzogen werden – dies ergibt sich für die Eltern aus Art. 6 Grundgesetz GG und für die Kinder aus den Art. 9 und 10 KRK. Übertragen in das deutsche Aufenthaltsrecht bedeutet dies: Minderjährige Kinder und Eltern haben im Regelfall den gleichen Aufenthaltsstatus; zumeist wird der Aufenthaltsstatus von den Eltern abgeleitet; in Einzelfällen kann der Aufenthalt auch von den minderjährigen Kindern abgeleitet werden (beispielsweise bei gut integrierten Jugendlichen nach § 25a Abs. 2 AufenthG).

Das gemeinsame aufenthaltsrechtliche Schicksal von Eltern und Kindern basiert auf dem Recht und der Pflicht der Ausübung der elterlichen Sorge nach § 1626 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Wird die elterliche Sorge nun aber entzogen, fällt die gemeinschaftliche Grundlage weg. Die Folge ist: Aufenthaltsrechtlich müssen Kind und Eltern nun getrennt betrachtet werden. Für das deutsche Aufenthaltsrecht ist das Kind nun „unbegleitet minderjährig“; damit verbunden greifen alle Regelungen zu Aufenthalt und Abschiebeschutz für unbegleitete Minderjährige (siehe oben). Auch besteht für das Kind die Möglichkeit auf einen alternativen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen beispielsweise nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Denn eine Ausreise ist dem Kind aufgrund von rechtlichen und tatsächlichen Gründen unmöglich, zumindest bis zum Erreichen der

Volljährigkeit. Die Eltern wiederum können nun grundsätzlich ausgewiesen werden, selbst wenn ihr minderjähriges Kind in Deutschland verbleibt.

In dieser Fallkonstellation kollidiert die Aufgabe des Gesellschaftsschutzes aus dem Aufenthaltsrecht mit den Individualinteressen des Kindeswohls und des Kinderschutzes aus der Kinder- und Jugendhilfe und dem Familienrecht: Auch bei Entzug der elterlichen Sorge bleibt ein Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Herkunft und auf Umgang und Auseinandersetzung mit den Eltern bestehen. Auch ist aufgrund des intensiven Eingriffs in das Elternrecht des Art. 6 GG eine Wiedererlangung der elterlichen Sorge nicht ausgeschlossen. Das Familiengericht hat dies regelmäßig zu überprüfen.

Der ordnungsrechtlichen Logik und Struktur des Aufenthaltsrechts widersprechen diese häufig auf Langfristigkeit angelegten perspektivischen Überlegungen: Der aufenthaltsrechtliche gemeinsame Aufenthaltswitz von Eltern und Kind fehlt. In der Praxis führt dies oft dazu, dass das Sorgerecht entweder nicht entzogen wird, obwohl es aus familiengerichtlicher Perspektive angezeigt wäre, oder dass der Sorgerechtsentzug zurückgenommen wird, um eine gemeinsame Ausreise von Eltern und Kind zu ermöglichen.

Es ist eine Abwägung, was im Einzelfall dem Kindeswohl eher entspricht: eine gemeinsame Ausreise mit den Eltern und der Familie und der Möglichkeit des Erhalts und/oder Wiederaufbaus einer familiären Gemeinschaft oder aber eine – möglicherweise dauerhafte – Trennung der Familie. Dabei ist dies nicht notwendig, denn auch ein Umgangsrecht mit dem Kind kann grundsätzlich einen Aufenthalt begründen. Bei der rechtlichen Bewertung zu Kindeswohl und Ausweisungen können die in der Rechtsprechung im Rahmen des Umgangsrechts mit nicht sorgeberechtigten Elternteilen von deutschen Kindern entwickelten Grundsätze herangezogen werden (statt aller umfassend OVG Magdeburg Beschl. v. 5.12.2022 – 2 M 71/22 BeckRS 2022, 36923 Rn. 22 mwN).

So kann ein Aufenthalt der Eltern begründet werden, wenn dies für die persönliche Entwicklung des Kindes und sein Wohlergehen im Einzelfall maßgeblich ist. Dies kann und muss vonseiten der Kinder- und Jugendhilfe anhand des Einzelfalls vorgebracht werden.

Fall 1b: Entspricht vorherigem Fall mit dem Unterschied, dass das Sorgerecht von Deka und Aleeke für Hadiya erhalten bleibt. Die Ausländerbehörde stellt das Bestehen der Möglichkeit zur Ausreise fest, die Familie erhält eine Ausreiseaufforderung mit Fristsetzung und Androhung der Abschiebung.

Die Eltern stimmen der Unterbringung und den jugendhilferechtlichen Maßnahmen zu, sodass ein Entzug der elterlichen Sorge gemäß § 1666a BGB unverhältnismäßig ist. Als Folge teilen das Kind und die Eltern weiterhin einen gemeinsamen Aufenthaltsstatus. Das Kind ist damit ebenfalls zur Ausreise verpflichtet und kann gemeinsam mit den Eltern abgeschoben werden. Dies wird dann problematisch, wenn die Kindeswohlgefährdung nur auf Grundlage des Mitwirkens der Eltern an den jugendhilferechtlichen

Maßnahmen dauerhaft abgewendet werden kann. Eine gemeinsame Abschiebung würde die Kindeswohlgefährdung wieder aufleben lassen.

Auch hier kollidieren aufenthaltsrechtliche Aufgaben mit den am Einzelfall und am Individualrecht orientierten Aufgaben der Kinder- und Jugendhilfe und des Familienrechts: Aus Sicht des Aufenthaltsrechts wäre ein Sorgerechtsentzug notwendig, um die gemeinsame Ausreiseverpflichtung zu verhindern; dies wiederum würde aber dazu führen, dass mitwirkungswilligen und am Wohl des Kindes interessierten Eltern ohne rechtlichen Grund in das in Art. 6 GG garantierte Recht auf Familie eingegriffen würde.

Maßnahmen der Kinder- und Jugendhilfe begründen nicht automatisch oder grundsätzlich einen Aufenthaltszweck im Sinne des deutschen Aufenthaltsrechts. Die Notwendigkeit des Aufenthalts des Kindes und der Eltern muss sehr umfassend und im Einzelfall am Kindeswohl entlang begründet werden. Es liegt dann in der Entscheidungsgewalt der Ausländerbehörde, ob und ggf. was für ein Aufenthaltsstatus dem Kind und der Familie erteilt wird.

Praxistipp

Gerade im Bereich von jugendhilferechtlichen Maßnahmen kann eine gute Kommunikation zwischen der Ausländerbehörde und der Kinder- und Jugendhilfe ausschlaggebend für eine im Sinne des Kindeswohls erfolgreiche Entscheidung zum Aufenthalt sein. Die nicht aufeinander abgestimmten und sich in Teilen auch widersprechenden Regelungen und Aufgaben der verschiedenen Akteure sind auch eine Chance für eine Klärung im Einzelfall.

Die aufenthaltsrechtliche Perspektive sollte ein fester Bestandteil im Hilfeplangespräch sein. Die Ausländerbehörde sollte frühzeitig in die Überlegungen einbezogen werden – so kann ein gemeinsames Verständnis zum Kindeswohl in jedem Einzelfall am ehesten sichergestellt werden.

Rückführung nach Kindesentführung

Fall 2a: Luis und Claire sind aus Panama nach Deutschland gezogen, wo beide einen Aufenthaltstitel erhalten und ihre Tochter Zora zur Welt kommt. Sie haben die gemeinsame Sorge. Nach ihrer Trennung bleibt Claire mit Zora ohne Absprache nach einem Urlaub in Panama zurück. Auf Luis' Antrag gem. Art. 3, 12 HKÜ ordnet das Gericht Zoras Rückführung nach Deutschland an. Da mittlerweile sechs Monate vergangen sind, wird ihr allerdings die Einreise verwehrt.

Einer rechtskräftigen Anordnung auf Rückführung¹ kann das Erlöschen eines Aufenthaltstitels (abgeleitetes Aufenthaltsrecht des Kindes) entgegenstehen. Nach § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG erlischt ein Aufenthaltstitel, wenn nach einer Ausreise nicht innerhalb von sechs Monaten oder einer von der Ausländerbehörde bestimmten längeren Frist eine Wiedereinreise erfolgt. Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Begriff der Ausreise lediglich das rein tatsächliche Verlassen des Bundesgebiets und die Einreise in einen anderen Staat (VG Hamburg, Urteil v. 27.11.2008 – 9 K 2856/06, Rn. 24 ff.). Für eine rechtliche Bewertung bleibt kein Raum, sodass es auf den Ausreisegrund nicht ankommt, sofern nicht staatlich veranlasst (BVerwG, Urteil v. 17.1.2012 – 1 C 1.11, Rn. 7). So stellt auch eine Kindesentführung ins Ausland eine Ausreise dar.

Rückführungen nach dem HKÜ sind aufenthaltsrechtlich nicht geregelt. Die widerstrebenden Ergebnisse – nach nationalem Aufenthaltsrecht besteht ein Einreisehindernis, während das Völkerrecht de facto eine Einreise vorsieht – veranlassen die Frage nach dem anzuwendenden Recht. Als einfaches Völkervertragsrecht kommt dem HKÜ kein grundsätzlicher Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht zu (Deutscher Bundestag, WD 2 – 3000 – 136/19, 6). Vielmehr ist dem sogenannten *lex-posterior*-Grundsatz folgend § 51 AufenthG als jüngere Regelung einschlägig. Demnach erlischt der Aufenthaltstitel grundsätzlich nach sechs Monaten.

Für den Fall der Zwangsverheiratung Minderjähriger besteht gem. § 51 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 37 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Ausnahme zum Grundsatz des Erlöschens des Titels. Bei Entführungen greift hingegen keine Ausnahme, obwohl die individuellen Kindesinteressen vergleichbar sind: In beiden Konstellationen sprechen Aspekte des Kinderschutzes für einen Bestand des Aufenthaltstitels zur Wiedereinreise an den gewöhnlichen Aufenthaltsort. Dadurch wäre die völkerrechtliche Verpflichtung zur Rückführung im Sinne des Kindeswohls mit dem Aufenthaltsrecht im Einklang.

Praxistipp

Es kommt häufig eine Fristverlängerung nach § 51 Abs. 1 Nr. 7 Var. 2 AufenthG in Betracht. Danach kann die Ausländerbehörde eine längere Frist zur Wiedereinreise bestimmen. Der Antrag kann auch gestellt werden, wenn sich das betroffene Kind bereits nicht mehr in Deutschland aufhält. Er muss lediglich vor Ablauf der sechs Monate seit Ausreise bewilligt werden, ggf. durch Verfahren im vorläufigen Rechtsschutz (GK-AufenthG 2022, § 51, 68 ff; Möller 2016, 19).

Der Ausländerbehörde kommt bei dieser Entscheidung ein Ermessensspielraum zu. Es sprechen aber im Fall einer beschlossenen Rückführung gute Gründe – nicht zuletzt Art. 3 KRK – für eine Ermessensreduzierung. Auch bei Fristversäumnis hat die Rechtsprechung einen Weg entwickelt: Nach dem Rechtsgedanken von Treu und Glauben

¹ Die folgenden Ausführungen gelten entsprechend für anererkennungsfähige Sorgerechts- und Herausgabebe-
schlüsse nach Art. 29 der EU-Verordnung 2019/1111 vom 25. Juni 2019, auch: Brüssel-IIb-Verordnung.

(§ 242 BGB) gelte ein Aufenthaltstitel dann als nicht erloschen, wenn die Säumnis geringfügig und unverschuldet ist (VGH Hessen, Beschluss v. 16.3.1999 – 10 TZ 325/99, 18).

Wenn es der Aufenthaltsstatus und das Sorgerecht des in Deutschland zurückgebliebenen Elternteils zulassen, kann alternativ bei der Auslandsvertretung ein Visum zum Zweck der Familienzusammenführung nach § 32 AufenthG beantragt werden.

Fall 2b: Aufgrund einer Kindeswohlgefährdung wird das Jugendamt Vormund des in Deutschland geduldeten Kian. Seine Eltern nehmen ihn daraufhin ohne Zustimmung des Vormunds mit nach Kroatien. Nachdem Kian zur Fahndung ausgeschrieben und in Kroatien in Obhut genommen wurde, scheitert seine Rückholung an seiner erloschenen Duldung.

Im Vergleich zur zuvor geschilderten Konstellation verhält sich der Vollzug einer Rückführung nach dem HKÜ bei Minderjährigen mit Duldung noch problematischer. Eine Duldung ist kein Aufenthaltstitel, sondern setzt nur vorübergehend die Abschiebung aus (Bauer/Dollinger 2022, 2), wenn diese gem. § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Der die Duldung regelnde § 60a AufenthG geht dem HKÜ ebenfalls als jüngere Regelung vor. Ist eine geduldete Person ausgereist, kann nicht mehr argumentiert werden, dass eine Ausreisepflicht auszusetzen sei, deshalb erlischt die Duldung bereits bei Ausreise (ebd., 52; Bruns 2016a, 37). Eine Fristverlängerung oder erneute Duldungserteilung im Ausland kommt nicht in Betracht.

Geduldete Personen haben keinen Anspruch auf Familiennachzug im Sinne der §§ 27 ff. AufenthG, auf deren Grundlage eine Rückholung somit nicht gestützt werden kann. Ein Familiennachzug wäre lediglich möglich, wenn in Deutschland ein Elternteil mit Aussicht auf einen Aufenthaltstitel verblieben ist. Im Zweifel könnte ein Aufenthaltstitel für das entführte Kind unter Heranziehung des § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG in Betracht gezogen werden. Nach dieser Generalklausel kann in begründeten Fällen eine Aufenthaltserlaubnis zu nicht gesetzlich vorgesehenen Zwecken erteilt werden. Eine familiäre Notlage durch Trennung könnte insofern ausreichen. Allerdings sollte zur Wiederherstellung des *Status quo ante* nicht der Umweg einer Statusverbesserung nötig gemacht werden.

Die Regelung des § 22 Abs. 2 Aufenthaltsverordnung (AufenthV) macht deutlich, dass das Erlöschen der Duldung bei Ausreise ein Grundsatz ist, der Ausnahmen kennt. Danach können geduldete Kinder nach einer Klassenfahrt ins Ausland wieder einreisen, solange sie von der Schule zuvor auf einer Schülersammelliste aufgeführt werden.

Eine Lösungsalternative für Rückführungsfälle stellt § 22 Satz 1 AufenthG dar, der die Aufnahme von Ausländer/innen aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen regelt. Völkerrechtliche Gründe liegen insbesondere vor,

wenn die Aufnahme aufgrund internationaler Verpflichtungen erfolgt (BT-Drs. 15/420, 77). Als Vertragsstaat ist die Bundesrepublik grundsätzlich dazu verpflichtet, an der Umsetzung von Entscheidungen nach dem HKÜ mitzuwirken. Dazu zählt bei angeordneter Rückführung auch, die Heimkehr des Kindes sicherzustellen.

Dringende humanitäre Gründe liegen nur in Sondersituationen vor, die ein Eingreifen von deutscher Seite zwingend erfordern und die Bevorzugung im Vergleich zu anderen Ausländer/innen rechtfertigen (VG Berlin, Urteil v. 19.08.2022 – 38 K 611/20V, Rn. 64). Sollte die Entführung (entgegen Fall 2b) nur von einem Elternteil begangen worden und der andere noch in Deutschland sein, kann eine Familienzusammenführung als eine humanitäre Hilfemaßnahme gewertet werden (Schulz 2022, 9; Bruns 2016b, 4). Bei Kindesentführungen besteht aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts meist ein enger Bezug zu Deutschland. Auch der besondere Schutz der Familie nach Art. 6 GG und Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie Art. 7 und 24 der Grundrechtecharta kann eine Zusammenführung zum in Deutschland verbliebenen Teil der Familie erfordern (Schulz 2022, 9). Das durch § 22 Satz 1 AufenthG auf Rechtsfolge-seite eingeräumte Ermessen dürfte dann zugunsten des rückzuziehenden Kindes auf Null reduziert sein, da kein ausreichender Schutz über andere aufenthaltsrechtliche Regelungen gewährt wird.

Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich des § 22 Satz 1 AufenthG auf extreme Einzelfälle begrenzt und damit subsidiär zum allgemeinen Familiennachzug ist. Eine Familie muss durch die Trennung derart intensiv beeinträchtigt sein, dass die familiäre Einheit an sich gefährdet ist (ebd., 9.1).

Auf Fälle, in denen die Rückführung zu einem Vormund erfolgen soll, ist die Argumentation zum Schutz der Familie nicht ohne Weiteres anwendbar, sodass der Antrag primär auf völkerrechtliche Gründe zu stützen ist. Wünschenswert wäre hier ohne Umweg über ein Visumsverfahren die Möglichkeit einer einmaligen Einreise ins Bundesgebiet zu schaffen. Im französischen Rechtsraum ist es üblich, ein sogenanntes *laissez passer* zu erteilen. Dabei handelt es sich um ein Reisedokument mit vorübergehender Gültigkeit, das lediglich zur Wiedereinreise berechtigt und dabei durch Rückgabe automatisch erlischt.

Denkbar ist ebenso die Gestattung einer einmaligen Einreise zum Zweck der Aussage im Strafverfahren. Wenn in Deutschland ein Strafverfahren auf Grundlage des § 235 Abs. 2 Strafgesetzbuch (StGB; Entziehung Minderjähriger) anhängig ist, könnte es im Sinne der Strafaufklärung erforderlich sein, dass das betroffene Kind zeugenschaftlich vernommen wird. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die Dauer von Strafverfahren ist z.B. für Fälle des Menschenhandels in § 25 Abs. 4a AufenthG ausdrücklich geregelt.

Praxistipp

Wenn ein geduldetes Kind von einem Elternteil entführt wurde, besteht derzeit lediglich die Möglichkeit, über einen Aufenthaltstitel des in Deutschland verbliebenen Elternteils einen anschließenden Familiennachzug nach § 32 AufenthG zu ermöglichen. Alternativ kann eine Einreise des minderjährigen Kindes auf Grundlage des § 22 Satz 1 AufenthG angestrebt werden. Dabei ist wichtig, dass schnell ein Visumsantrag bei der deutschen Auslandsvertretung gestellt wird, da dort ein persönlicher Termin stattfindet, ohne den eine Visumserteilung nicht erfolgt. Im Verfahren ist weiterhin die örtlich zuständige Ausländerbehörde zu beteiligen.

Kafala und Familiennachzug

Fall 3: Nachdem seine leiblichen Eltern den algerischen Amar nach seiner Geburt verlassen haben, beantragten die in Deutschland lebenden Eheleute Saidi die Vormundschaft über Amar nach der algerischen Regelung der Kafala. Nachdem in Algerien das dafür vorgesehene Verfahren rechtmäßig ablief, sollte Amar nach Deutschland kommen. Das Auswärtige Amt lehnte die Erteilung eines Visums zur Familienzusammenführung für Amar ab. Die Kafala sei nicht als eine Adoption im Sinne des deutschen Rechts anerkannt und es sei kein Antrag auf eine internationale Adoption gestellt worden.

Eine Mehrheit der muslimisch geprägten Länder kennt keine Adoption nach deutschem Verständnis, nur die türkische, libanesische und tunesische Rechtsordnung kennen Formen der Adoption. Islamisches Recht sieht mit der Kafala dagegen eine Art der Betreuung vor, wie sie in Deutschland am ehesten dem Institut der Vormundschaft nahekommt. Im Islam ist die Gleichstellung mit den biologischen Eltern und damit das Schaffen eines familiären Bandes verboten, das auch einen Eingriff in die Erbfolge bedeuten würde. Eine Kafala endet mit der Volljährigkeit oder kann auf Antrag jederzeit gerichtlich aufgehoben werden. Sie wird im KSÜ als Maßnahme des Kinderschutzes unter den Vertragsstaaten anerkannt (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 3e, 33 Abs. 1 i.V.m. 5 KSÜ).

Probleme ergeben sich an der Stelle, an der ein Familiennachzug zu deutschen oder ausländischen in Deutschland lebenden Pflegeeltern gem. §§ 28 f. AufenthG nicht möglich ist. Ein durch Kafala anvertrautes Kind gilt nicht als Abkömmling und damit weder als biologisches noch als rechtliches Kind der Pflegefamilie (EuGH, Urteil v. 26.3.2019 – C-129/18, Rn. 56).

Auch die Beantragung eines Visums nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG stellt keine wirkliche Alternative dar: Als Aufenthaltswitzweck kann zwar die Durchführung eines Adoptionsverfahrens angeführt werden, wenn ein internationales Adoptionsvermittlungsverfahren bereits durchgeführt und mit einer positiven Empfehlung zur Adoption beendet worden ist. Wenn im betroffenen Land allerdings keine Adoption existiert, ist eine Vi-

sumserteilung unüblich, da laut Rechtsprechung das Kindeswohl ohne Einschätzung einer Adoptionsvermittlungsstelle nicht gewährleistet werden könne (BVerwG, Urteil v. 26.10.2010 – 1 C 16.09, Rn. 12). Seit Einführung des Haager Adoptionsübereinkommens (HAÜ) besteht unter den Vertragsstaaten Einigkeit über die erforderliche Behördenstruktur. Kafala-Staaten sind konsequenterweise keine Vertragsstaaten und werden deshalb vom Verfahrens- und Anerkennungsautomatismus ausgeschlossen. Das seitens Deutschlands erforderliche Adoptionsvermittlungsverfahren kann mit Ländern, denen die Adoption fremd ist, nicht in der durch das HAÜ vorgeschriebenen Weise durchgeführt werden.

Zudem sollte eine Adoption nicht angestrebt werden, wenn sie aus kulturellen oder religiösen Gründen von den betroffenen Familien abgelehnt wird. Eine Adoption kann im Übrigen auch aus familienpsychologischer Sicht nicht ratsam sein, beispielsweise wenn die Kafala von Verwandten wie den Großeltern oder Onkel und Tanten übernommen wird.

Praxistipp

Bei Bestehen einer familiären Bindung aufgrund bereits gemeinsamer Lebensführung im Herkunftsland kann ein Nachzug sonstiger Familienangehöriger im Härtefall gem. § 36 Abs. 2 AufenthG beantragt werden. Der Begriff des sonstigen Familienangehörigen setzt weder eine Adoption noch eine biologische Verbindung voraus. Die Ausübung des Sorgerechts – wie bei einer Kafala – genügt. Ein Härtefall setzt voraus, dass der/die „Familienangehörige ein eigenständiges Leben nicht führen kann, sondern auf die Gewährung familiärer Lebenshilfe angewiesen ist, und dass diese Hilfe in zumutbarer Weise nur in Deutschland erbracht werden kann“ (BVerwG, Urteil v. 10.3.2011 – 1 C 7.10, Rn. 10). Dabei werden Faktoren wie finanzielle Abhängigkeit und starke Familienzugehörigkeit berücksichtigt (EuGH, Urteil v. 26.3.2019 – C-129/18, Rn. 60). Diese liegen bei einer familiären Bindung durch vorheriges gemeinsames Leben in der Regel vor.

Wenn es im Herkunftsland noch kein gemeinsames Leben gegeben hat, ist ein Härtefall nur gegeben, wenn das minderjährige Kind auf die Betreuung genau dieses Vormunds angewiesen ist und im Herkunftsland dem Kindeswohl nicht gerecht werden kann (BVerwG, Urteil v. 10.3.2011 – 1 C 7.10, Rn. 12; OVG-Berlin-Brandenburg, Urteil v. 19.12.2011 – 3 B 17.10, Leitsatz). In der Regel liegt damit kein Härtefall vor, wenn eine gelebte familiäre Beziehung nicht bereits besteht. Eine weite Auslegung, die in jeder Trennung einer Pflegefamilie einen Härtefall sieht, würde diesen zum Normalfall werden lassen – was dem Sinn einer Ausnahmeregelung widerspräche. Auch der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG ist für durch Kafala entstandene Familien erst ab einer über einen längeren Zeitraum bestehenden Bindung gegeben (Andrae 2019, 135). Entscheidend bleiben damit die Umstände des Einzelfalls.

Wünschenswert wäre sicherlich eine großzügigere Handhabung im Einzelfall, wenn Sozialdienste in beiden Ländern bestätigen, dass Verwandtenpflege die geeignete Hilfeform im Interesse des Kindeswohls ist – um zu vermeiden, dass Kinder nach dem Verlust ihrer Eltern trotz vorhandener und aufnahmewilliger Verwandter in Deutschland entweder in einem Heim landen oder in Fällen mit Vertragsstaaten des HAÜ aus aufenthaltsrechtlichen Gründen in eine Adoption gezwungen werden.

Sonderfall Marokko

Marokko ist derzeit das einzige Land, in dem das Institut der Kafala angewendet wird und das gleichzeitig dem KSÜ beigetreten ist. Im Rahmen von Unterbringung oder Betreuung im Ausland ist gem. § 33 KSÜ ein Konsultationsverfahren durchzuführen. Dafür muss die Zentrale Behörde (Marokkanisches Justizministerium in Rabat) die Unterbringung des betroffenen Kindes in Deutschland vorschlagen und gem. Art. 33 Abs. 2 KSÜ i.V.m. §§ 45, 47 IntFamRVG die Zustimmung des in Deutschland zuständigen Landesjugendamts mit Genehmigung durch das Familiengericht vorliegen (siehe Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Rabat 2021). Die sich anschließende Frage, welche Aufenthaltserlaubnis dem/der Minderjährigen zu erteilen ist, beantwortet die deutsche Botschaft in Rabat mit der Ausstellung eines Visums nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG. Die Rechtsprechung ließ bisher offen, ob ein korrektes Durchlaufen des Konsultationsverfahrens generell einen begründeten Fall im Sinne dieser Norm darstellt.

In der Praxis wird das Konsultationsverfahren oft nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Wenn das Landesjugendamt erst nach der Entscheidung über die Kafala in Marokko einbezogen wird, folgt in der Regel eine Ablehnung des Visums. Dies führt zu weitreichenden Problemen für das Kind, das in Marokko rechtlich der Pflegefamilie zugeordnet wurde. Dadurch kann die Aufnahme in eine dortige (Heim-)Einrichtung oder durch eine andere Pflegefamilie ausgeschlossen sein (siehe BAGLJÄ 2019, 18). Ob das Leben mit der Pflegefamilie samt Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts dem Kindeswohl eher entspricht als die Wahrung des gewohnten Umfelds – insbesondere, wenn das Kind zuvor noch nicht mit der Pflegefamilie zusammenlebte – sollte einer Überprüfung im Einzelfall unterliegen und im Rahmen des Konsultationsverfahrens geklärt werden.

Fazit

Das deutsche Aufenthaltsrecht weist im Hinblick auf seine Kompatibilität mit dem grenzüberschreitenden Kinderschutz einige Defizite auf. Mit Blick auf die hier auszugswise erörterten Fallkonstellationen bleibt als Ergebnis: Alle behördlichen Entscheidungen haben das Kindeswohl zu berücksichtigen, unabhängig davon, ob die Behörde nun vorrangig den Gesellschaftsschutz oder den Individualschutz als Aufgabe hat. Dieses Kindeswohl ist im Einzelfall immer wieder neu zu bestimmen; allgemeine Handlungsempfehlungen reichen nicht aus. In Ermangelung eines rechtlich stets gangbaren We-

ges bleibt die Beantwortung der hier aufgeworfenen Fragen immer ein Aushandeln im Einzelfall.

Dies ist aber nicht nur eine Herausforderung, sondern auch eine Chance für passgenaue, am Kindeswohl orientierte Entscheidungen. Somit kommt es neben einer gut funktionierenden Zusammenarbeit der zuständigen Behörden auch auf deren Offenheit für Einzelfalllösungen unter Heranziehung aller entscheidungserheblichen Umstände an. Gerade im Bereich von jugendhilferechtlichen Maßnahmen kann eine gute Kommunikation zwischen der Ausländerbehörde und der Kinder- und Jugendhilfe ausschlaggebend für eine im Sinne des Kindeswohls erfolgreiche Entscheidung zum Aufenthalt sein.

Alle Akteure sollten frühzeitig in den jeweiligen Prozess einbezogen werden, um ein gemeinsames Verständnis zum Kindeswohl zu etablieren und die zum Teil vorgesehene Verfahrensweise einzuhalten. An Individualinteressen orientierte Entscheidungen können dann gleichsam im Einklang mit dem Gemeinschaftswohl stehen.

Im Kontext der Kafala sind die Handlungsmöglichkeiten wiederum begrenzter. Als unumgehbare Voraussetzung für den aufenthaltsrechtlichen Schutz der Familie erfordert die derzeitige Rechtslage, dass ein Familienband bereits gewachsen ist. Hoffnung macht ein Blick ins KSÜ, in dem der Wille zur Anerkennung ausländischer Familienrechtsverhältnisse unter den Vertragsstaaten verschriftlicht ist. Eine tatsächliche Anerkennung ist jedoch nur gegeben, wenn auch die nationale Rechtsordnung ein familiäres Zusammenleben ermöglicht. Dabei gilt es zu vermeiden, Familien zugunsten des Aufenthaltszwecks in Rechtsformen zu drängen, die dem eigenen Rechts- und Kulturverständnis womöglich fernliegen. In diesem Sinne ist es wünschenswert, wenn mehr Staaten, in denen die Kafala praktiziert wird, dem Beispiel Marokkos folgend dem KSÜ beitreten. Auf dieser Grundlage lassen sich unter dem Schirm einheitlicher Kinderschutzstandards individuelle Einzelfalllösungen erarbeiten.

Literatur

Andrae, Marianne (2019): Internationales Familienrecht, 4. Aufl., Baden-Baden.

BAGLJÄ – Bundesarbeitsgemeinschaft Landesjugendämter (2019): Verfahren bei grenzüberschreitenden Unterbringungen von Kindern und Jugendlichen, Beschluss der 126. Arbeitstagung 2019, abrufbar unter: https://www.kvjs.de/fileadmin/dateien/jugend/Arbeitshilfen_Formulare_Rundschreiben_Newsletter_Tagungsunterlagen/Rundschreiben/Rundschreiben_2019/Verfahren_bei_grenzueberschreitenden_Unterbringungen_von_Kindern_und_Jugendlichen.pdf (9. Januar 2023).

Bauer/Dollinger (2022): § 60a AufenthG, in: Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus: Ausländerrecht, 14. Aufl., München.

BMI – Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (2020): Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes ,

https://www.frnrw.de/fileadmin/frnrw/media/downloads/Themen_a-Z/AH_BMI____60b_AufenthG_14.4.2020_1_.pdf (9. Januar 2023).

Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Rabat (2021): Visum zum Zwecke der Unterbringung eines Pflegekindes in Deutschland – Kafala –, <https://rabat.diplo.de/blob/2445514/59dc2d203ae386624b456f53d732397a/mekkbblatt--d-visum-kafala-data.pdf> (9. Januar 2023).

Bruns (2016a): § 60a AufenthG, in: Hofmann, Rainer M.: Ausländerrecht, 2. Aufl., Baden-Baden.

Bruns (2016b): § 22 AufenthG, in: Hofmann, Rainer M.: Ausländerrecht, 2. Aufl., Baden-Baden.

Lowe, Nigel/Nicholls, Michael (2012): The 1996 Hague Convention on the Protection of Children, Bristol.

Möller (2016): § 51 AufenthG, in: Hofmann, Rainer M.: Ausländerrecht, 2. Aufl., Baden-Baden.

Schulz (2022): § 22 AufenthG, in: Berlit, Uwe: Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, München.