

## Möglichkeiten der Legalisierung des Aufenthalts eines ausländischen Pflegekindes, dessen Staatsangehörigkeit ungeklärt ist

### § 5 AufenthV, §§ 3, 4 AufenthG, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Abs. 4 AufenthG

DIJuF-Rechtsgutachten 18.2.2019 – SN\_2018\_1058 Af

Ein von einer ausländischen Mutter stammendes Kind befindet sich seit kurz nach der Geburt in einer deutschen Pflegefamilie. Das Kind ist aus einer Vergewaltigung entstanden und wurde in Deutschland geboren. Die Mutter wünscht keinen Kontakt zum Kind, will dieses zum aktuellen Zeitpunkt jedoch auch nicht zur Adoption freigeben. Die Staatsangehörigkeit der asylsuchenden Mutter ist nicht geklärt – entweder iranisch oder irakisch – und der Vater des Kindes unbekannt. Die deutsche Pflegefamilie wohnt in einer Grenzregion und möchte gerne regelmäßig ins Ausland reisen. Zu diesem Zweck benötigt das ausländische Pflegekind eine Aufenthaltserlaubnis und einen Ausweis, der den Grenzübertritt erlaubt.

Die zuständige Ausländerbehörde verweigert beides, sodass das Jugendamt um rechtliche Einschätzung bittet, welche Möglichkeiten bestehen, dem Kind einen rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland zu verschaffen. Grundsätzlich kann sich die Pflegefamilie auch vorstellen, das Kind zu adoptieren, sofern die Mutter zustimmt.

#### I. Vorbemerkung

Für den Grenzübertritt benötigt jede/r in Deutschland lebende Ausländer/in sowohl einen rechtmäßigen Aufenthalt (§ 4 AufenthG) als auch ein gültiges Ausweisdokument (§ 3 AufenthG), welche ihn/sie zur Ein- und Ausreise berechtigen. Im Folgenden soll daher dargestellt werden, welche Möglichkeiten für das ausländische Pflegekind bestehen, an beides zu gelangen.

#### II. Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis

##### 1. Asylantrag

Zu überlegen wäre, ob für das in Deutschland geborene Kind ein Asylantrag mit Erfolg beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) in Nürnberg gestellt werden könnte (§ 14 Abs. 2 Nr. 3 AsylG). Voraussetzung für eine positive Entscheidung ist, dass dem Kind entweder die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen ist (§ 3 AsylG), es subsidiär schutzberechtigt ist (§ 4 AsylG) oder ein nationales Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG oder § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG greift. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird an dieser Stelle auf [TG-1161](#) (DIJuF/*González Méndez de Vigo* Themengutachten, Stand: 12/2015, [TG-1161](#), abrufbar unter [www.kijuponline.de](http://www.kijuponline.de)) verwiesen, das die jeweiligen Voraussetzungen darlegt (Fragen 1.1, 1.2 und 4). Problematisch dürfte in dem geschilderten Fall zum einen sein, dass nach wie vor unklar ist, welche Staatsangehörigkeit das Kind hat und im Hinblick auf welches Zielland das BAMF einen möglicherweise erforderlichen Schutz prüfen muss. Unter Umständen kann aus dem Asylverfahren der Mutter, die sich nach Sachverhaltsschilderung im Asylfolgeverfahren befindet, der sog. Zielstaat abgeleitet werden. Allerdings spricht vorliegend eher wenig dafür, dass dem Kind die Flüchtlingseigenschaft oder subsidiärer Schutz zuerkannt werden könnte, da sich (bislang) keine Anhaltspunkte für Verfolgungsgründe iSv § 3 AsylG oder einen drohenden ernsthaften Schaden iSv § 4 AsylG ergeben.

Erwägenswert und schlüssig wäre jedoch die Feststellung eines Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG. Nach hier vertretener Auffassung droht dem Kind bei „Rückkehr“ bzw

Ausreise in den Iran oder Irak in der vorliegenden Familienkonstellation mangels familiärer Unterstützung die Verwahrlosung/Verelendung und daher eine konkrete und erhebliche Gefahr für Leib und Leben (vgl NK-Ausländerrecht/*Stiegeler*, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 60 Rn. 33). Sollte das BAMF ein Abschiebungsverbot feststellen, hätte das Kind in der Folge Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG (zur Frage der Passbeschaffung s. JAMt 2019, 86).

## 2. Aufenthaltserlaubnis aufgrund von Integration nach § 25 a AufenthG

Zum aktuellen Zeitpunkt scheidet die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 a AufenthG, die sich an gut integrierte geduldete Jugendliche und Heranwachsende richtet, aus. Der Antrag auf Erteilung dieser Aufenthaltserlaubnis erfordert nämlich zum einen einen vierjährigen Aufenthalt in Deutschland und kann darüber hinaus erst ab Vollendung des 14. Lebensjahrs gestellt werden (§ 25 a Abs. 1 Nr. 3 AufenthG iVm § 1 Abs. 2 JGG)

## 3. Aufenthaltserlaubnis als ausländisches „Kind“ eines Deutschen

### a) als „Stiefkind“ (§ 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG)?

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG ist ausländischen, minderjährigen, ledigen Kindern von Deutschen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Auch ausländische ledige Stiefkinder von deutschen Staatsangehörigen haben unstreitig einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (GK-AufenthG/*Marx*, Stand: 6/2017, AufenthG § 28 Rn. 76/77). Fraglich ist, ob auch

Möglichkeiten der Legalisierung des Aufenthalts eines ausländischen Pflegekindes, dessen Staatsangehörigkeit ungeklärt ist(JAMt 2019, 320)	321
--	-----

Pflegekinder von deutschen Staatsangehörigen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis haben könnten. Dies wird nach hM für den Fall bejaht, in welchem das Familiengericht den Pflegeeltern auch die elterliche Sorge übertragen hat (§ 1630 Abs. 3 BGB), da Pflegekinder dann adoptierten Kindern rechtlich gleichgestellt seien (GK-AufenthG/*Marx* AufenthG § 28 Rn. 76; NK-Ausländerrecht/*Oberhäuser*, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 28 Rn. 16; BVerwG 26.10.2010 – 1 V 16.09 Rn. 8). Sollte den Pflegeeltern im vorliegenden Fall die elterliche Sorge nach § 1630 Abs. 3 BGB durch das Familiengericht übertragen worden sein, hat das Kind einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Sofern bislang noch keine Übertragung nach § 1630 Abs. 3 BGB erfolgt ist, wäre zu erwägen, einen entsprechenden Antrag beim Familiengericht zu stellen.

### b) als sonstiger Familienangehöriger (§ 28 Abs. 4 AufenthG iVm § 36 Abs. 2 AufenthG)?

Sollte den Pflegeeltern die elterliche Sorge bislang noch nicht übertragen worden sein, so steht das Kind in rechtlicher Hinsicht einem Stiefkind nicht gleich. Gleichwohl kommt nach allgemeiner Auffassung die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 4 AufenthG iVm § 36 Abs. 2 AufenthG in Betracht, deren Erteilung jedoch im Ermessen der Ausländerbehörde steht. Diese wird erteilt an „sonstige Familienangehörige“ von Deutschen zur „Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte“. Ein sonstiger „Familienangehöriger“ ist, wer zur Familie iSd Art. 6 Abs. 1 GG zählt. Ein Pflegekindschaftsverhältnis genießt verfassungsrechtlichen Schutz durch Art. 6 Abs. 1 GG unter der Voraussetzung, dass zwischen dem Pflegekind und seinen Pflegeeltern bzw dem zur Pflege berechtigten Elternteil als Folge eines länger andauernden Pflegeverhältnisses eine gewachsene Bindung entstanden ist (BVerfGE 68, 176 [187]; 79, 51 [57]). Liegt eine solche

Bindung vor, so ist nach der insoweit maßgebenden Rechtsprechung des VG Berlin eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 4 AufenthG iVm § 36 Abs. 2 AufenthG an das Pflegekind zu erteilen (VG Berlin 16.3.2009 – 2 V 45.08).

### c) wegen unverschuldeter Unmöglichkeit der Ausreise (§ 25 Abs. 5 AufenthG)?

Zu überlegen wäre schließlich, ob dem Kind auch bzw. hilfsweise eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen sein könnte. Auch deren Erteilung steht im Ermessen und setzt voraus, dass die Ausreise des Kindes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen auf Dauer unverschuldet unmöglich ist. Vorliegend kommt ein unverschuldetes rechtliches Ausreisehindernis in Betracht, welches sich aus dem über Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich geschützten Pflegekindschaftsverhältnis ergeben könnte (vgl I. 3. b), sodass auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG in Betracht kommt.

## III. Passbeschaffung

### 1. Reiseausweis für Staatenlose

Zu überlegen wäre zunächst, ob das Kind einen Reiseausweis für Staatenlose erhalten könnte, da weder die Staatsangehörigkeit des Kindes noch die der Mutter geklärt und der Vater unbekannt ist.

Der Reiseausweis für Staatenlose ist ein Passersatz, der an einen Staatenlosen iSd Art. 1 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen vom 28.9.1954 (Staatenlosenübereinkommen) ausgestellt wird. Rechtsgrundlage für die Ausstellung ist Art. 28 des Staatenlosenübereinkommens.

Unter das Staatenlosenübereinkommen fallen nach hM nur sog. *De-jure-Staatenlose*, also Personen, bei denen feststeht, dass sie nach dem Recht keines in Betracht kommenden Staats jeweils dessen Angehörige sind. Nicht unter das Staatenlosenübereinkommen fallen hingegen *De-facto-Staatenlose*, also Personen, die durchaus eine Staatsangehörigkeit besitzen, die aber von ihrem eigenen Staat rechtswidrig so behandelt werden, als wären sie nicht seine Staatsangehörigen. Ebenso wenig fallen Personen unter das Staatenlosenübereinkommen, die ihre Staatsangehörigkeit aufgeben, nicht akzeptieren wollen, oder nicht in dem Land ihrer Staatsangehörigkeit registriert werden bzw sind (*Marx* Handbuch Flüchtlingsrecht, 6. Aufl. 2017, § 7 Rn. 303ff).

Der vorliegende Sachverhalt deutet darauf hin, dass es sich bei dem Kind nicht um einen De-jure-Staatenlosen handelt. Die Staatsangehörigkeit der Mutter ist zwar in Deutschland ungeklärt, allerdings dürfte vieles dafür sprechen, dass das Kind die Staatsangehörigkeit der Mutter erhält, sofern sie sich darum bemüht, dieses bei der für sie zuständigen Auslandsvertretung zu registrieren. Somit ist das Kind aktuell zwar *de facto* staatenlos, also ohne tatsächliche Staatsangehörigkeit, allerdings gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich einer der in Betracht kommenden Staaten weigern würde, das Kind bei Vorsprache der Mutter entsprechend zu registrieren. Ggf sollten die in Betracht kommenden Auslandsvertretungen kontaktiert und um Auskunft darüber gebeten werden, inwieweit eine Registrierung des Kindes möglich ist und welche Voraussetzungen dafür erforderlich sind. Die Recherche des Instituts ist diesbezüglich leider ergebnislos geblieben, da die Websites der iranischen/irakischen Auslandsvertretungen (zumindest in deutscher Sprache) keine Informationen zur Registrierung in Deutschland geborener Kinder enthalten. Sollte über diese Auslandsvertretungen keine Reaktion erfolgen, was

nicht unüblich wäre, könnte man sich uU an die deutsche Auslandsvertretung im Iran bzw Irak wenden.

## 2. Reiseausweis für Ausländer/innen

Wie unter I. dargestellt, bestehen durchaus verschiedene Möglichkeiten, dem ausländischen Pflegekind eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Da jedoch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis idR auch die Vorlage eines gültigen Nationalpasses erfordert (sog. Regelerteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG), ist im Folgenden zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen im konkreten Fall von der Vorlage eines Nationalpasses abgesehen werden kann.

In Betracht kommt vorliegend der Reiseausweis für Ausländer/innen, welcher nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthV als Passersatzpapier anerkannt ist und folglich den Grenzübertritt erlaubt.

Nach § 5 Abs. 1 AufenthV kann einem/einer Ausländer/in, der/die nachweislich keinen Pass oder Passersatz besitzt und ihn nicht in zumutbarer Weise erlangen kann, ein Reiseausweis für Ausländer/innen durch die Ausländerbehörde ausgestellt werden. Welche Anforderungen an die Zumutbarkeit zu stellen sind, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei ist im Hinblick auf den mit der Ausstellung eines

Möglichkeiten der Legalisierung des Aufenthalts eines ausländischen Pflegekindes, dessen Staatsangehörigkeit ungeklärt ist(JAmt 2019, 320)	322
--	-----

Reisedokuments regelmäßig verbundenen Eingriff in die Personalhoheit eines anderen Staats grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die Ausländerbehörde den/die Ausländer/in zunächst auf die Möglichkeit der Ausstellung eines Nationalpasses durch seinen Herkunftsstaat verweist und die Erteilung eines Reisedokuments erst dann in Betracht zieht, wenn diese Bemühungen nachweislich ohne Erfolg geblieben sind (vgl BVerwG 20.6.2011 – 1 B 1.11). Die einen Ausnahmefall begründenden Umstände sind daher von dem/der Ausländer/in darzulegen und nachzuweisen (VGH Mannheim 29.2.1996 – 11 S 2744/95).

Folglich muss sich der/die Personensorgeberechtigte des Kindes nachweislich um dessen Registrierung bei der iranischen oder irakischen Botschaft und anschließende Erteilung eines Reisepasses bemühen. Dem Institut ist bewusst, dass diese Bemühungen ohne Dokumente und Mitwirkung der leiblichen Mutter mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Scheitern verurteilt sind, gleichwohl verlangt die ständige Rechtsprechung den entsprechenden Nachweis, bevor die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung bejaht wird (vgl VGH Bayern 17.10.2018 – 19 ZB 15.428).

## IV. Adoption

Sollte sich ergeben, dass die Mutter die Zustimmung zur Adoption gibt und eine Adoption des Kindes möglich ist, so erhielte das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 6 StAG) und damit den für den Grenzübertritt erforderlichen Ausweis.

## V. Fazit

Im Ergebnis lässt sich Folgendes festhalten: Sofern eine Adoption des Kindes möglich ist, wäre dies aufgrund des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit qua Gesetz (§ 6 StAG) die aufenthaltsrechtlich einfachste Lösung für das Kind und die Pflegefamilie. Ansonsten bestehen verschiedene Möglichkeiten für das Kind, einen rechtmäßigen Aufenthalt zu erlangen. Einen Rechtsanspruch hat das Kind dann, wenn das Familiengericht den Pflegeeltern die Personensorge übertragen hat (§ 1630 Abs. 3 BGB), die anderen in Betracht kommenden Aufenthaltstitel stehen hingegen im Ermessen der Ausländerbehörde. Allerdings dürfte bei einer entsprechend gelebten

familiären Lebensgemeinschaft und Bindung des Kindes an die Pflegeeltern und das Geschwisterkind das Ermessen uU auf null reduziert sein. Problematisch wird hingegen der Nachweis der Unzumutbarkeit der Passbeschaffung für das Kind sein. Dies erfordert die (schriftliche) Kontaktaufnahme mit den in Betracht kommenden Auslandsvertretungen und den Kontakt zur Mutter. Ggf kann es an dieser Stelle empfehlenswert sein, eine/n Rechtsanwalt/-anwältin (Fachanwalt/-anwältin für Migrationsrecht) zu beauftragen.

[□Verlag C.H.BECK oHG 2024](#)