

weisung nach § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG jedenfalls für aufenthaltsrechtliche Ansprüche nach den Vorschriften des 5. Abschnitts in Kapitel 2 des AufenthG beendet,³⁸ kann Herr Abdul zunächst die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG begehren und im Anschluss an die Erteilung eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG beantragen.

In besonderen Situationen, in denen aufgrund der Erkrankung bereits eine Pflegebedürftigkeit eingetreten oder aber aufgrund der psychischen Ausnahmesituation ein besonderer Beistand durch Eltern oder Kinder erforderlich ist, ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 36 AufenthG denkbar.³⁹

Eine Verfestigung des Aufenthaltes ist bei humanitären Aufhalten über § 26 Abs. 4 AufenthG möglich. Sollte aufgrund der Erkrankung eine (teilweise⁴⁰) Erwerbsunfähigkeit eingetreten sein, die die Sicherung des Lebensunterhaltes ausschließt, kommt gemäß § 9 Abs. 2 S. 6 AufenthG (i. V. m. § 26 Abs. 4 S. 2 AufenthG) die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis dennoch in Betracht.

³⁸ BVerwG, Urteil vom 4.9.2007 - 1 C 43.06 - (23 S., M12278).

³⁹ Vgl. hierzu VG Freiburg, Beschluss vom 27.6.2008 - 1 K 737/08 -.

⁴⁰ Lesenswert hierzu BayVGh, Urteil vom 21.9.2006 - 19 B 07.336 -.

Duldung des Kindesvaters während der Schwangerschaft

RA Michael Ton, Dresden

Verschiedene Oberverwaltungsgerichte haben die Auffassung vertreten, dass die Duldung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers nicht allein wegen der Vaterschaft für ein noch ungeborenes Kind der aufenthaltsberechtigten Mutter geboten sei.¹ Nur im Ausnahmefall einer Risikoschwangerschaft könne der Familienschutz nach Art. 6 des Grundgesetzes (GG) und nach Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) der Abschiebung des Vaters entgegenstehen. Gegen diese restriktive Rechtsprechung, welche Väter von nichtehelichen Kindern betrifft, die keine Unionsbürger sind, sprechen gewichtige Argumente rechtlicher und tatsächlicher Art:

In tatsächlicher Hinsicht ist beachtlich, dass nach dem Stand medizinischer Kenntnisse bereits beim ungeborenen Kind von erheblichen Umwelteinflüssen auszugehen ist, die mittelbar über die Mutter oder unmittelbar auf das Kind wirken. Das ungeborene Kind nimmt bereits in eigener Weise am Leben der Mutter teil: zum einen durch körperliche Einwirkungen, etwa bei körperlichen Betätigungen der Mutter, bei Musik und bei Lärm oder durch die Art der Lebensmittelaufnahme, darunter auch bei Alkohol- und Nikotinkonsum; zum anderen durch Einwirkungen bei psychischem Stress der Mutter. Schon das ungeborene Kind entwickelt mit fortschreitender Schwangerschaft eine eigene seelische Befindlichkeit, die auch von der Lebensweise und der seelischen Befindlichkeit der Mutter abhängt. Lebt die schwangere Mutter in Lebenssituationen mit Angst, star-

ker psychischer Anspannung und erheblichen körperlichen Belastungen, wirkt sich dies mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit auch auf die seelische Befindlichkeit des ungeborenen Kindes aus.

Ungeachtet dieser unumstrittenen medizinischen Erkenntnisse geht die Rechtsprechung ganz überwiegend davon aus, dass ein Kind im Allgemeinen erst mit der Geburt als Rechtssubjekt existent wird und rechtlich schützenswert ist – mit Ausnahme des Rechts auf Leben, das bereits dem ungeborenen Kind zugesprochen wird, weil sonst die Kindesötung während der Schwangerschaft straffrei bliebe, und mit Ausnahme des Rechts auf körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, welches bei einem Gesundheitsschaden des ungeborenen Kindes im Verlauf einer Risikoschwangerschaft beeinträchtigt sein könnte.

Mit einem dynamischen Rechts- und Verfassungsverständnis müssen jedoch die medizinischen Kenntnisse über das Seelenleben eines ungeborenen Kindes zur Anwendung des Familienschutzes nach Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG auch auf das Kind während der Schwangerschaft führen. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG lautet: »Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht«. Es ist im Allgemeinen selbstverständlich, dass elterliche Fürsorge nicht erst mit der Kindesgeburt beginnt, sondern dass bereits während der Schwangerschaft die Rücksichtnahme auf das ungeborene Kind erforderlich ist. Bereits während der Schwangerschaft ist die Mutter auch im Interesse des Kindeswohles vor übermäßigen körperlichen und psychischen Belastungen zu schützen.² Deshalb sind die psychischen Belastungen der Mutter, die im Falle der Abschiebung des Vaters durch die Ungewissheit über den Zeitpunkt der Wiedereinreise entstehen, auch im Interesse des Wohles des ungeborenen Kindes zu vermeiden.³

Vor diesem Hintergrund ist das Grundrecht auf Familienschutz nach Art. 6 GG – und entsprechend der Familienschutz nach Art. 8 EMRK – so zu verstehen, dass die Familienbeziehung des vollziehbar ausreisepflichtigen Vaters

¹ OVG Saarland, Beschluss vom 24.4.2008 - 2 B 199/08 - NVwZ-RR 2008, 646 (7 S., M13226); OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 15.4.2008 - 2 M 84/08 - ZAR 2008, 317 (2 S., M13249); OVG Sachsen, Beschluss vom 25.1.2006 - 3 BS 274/05 - InfAuslR 2006, 279 = ASYLMAGAZIN 7-8/2006, S. 49; OVG NRW, Beschluss vom 26.6.2002 - 18 B 1267/02 - (4 S., M2646).

² Die medizinischen Fürsorgeempfehlungen reichen weit über die Schutzregelungen des Mutterschutzgesetzes hinaus, welches im Regelfall ein Beschäftigungsverbot für sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt vorsieht.

³ Diesem Ziel kommt die Auffassung des VGh Bad.-Württ. nahe, der im Einzelfall mit Rücksicht auf eine ärztlich attestierte zugespitzte psychische Belastung der schwangeren Mutter die Ausländerbehörde gemäß § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG wegen »Ermessensreduzierung auf Null« zur Erteilung der Duldung an den Vater verpflichtet hat, Beschluss vom 13.9.2007 - 11 S 1964/07 - ASYLMAGAZIN 11/2007, S. 30; die »Hinweise zum Richtlinienumsetzungsgesetz« des Bundesministeriums des Innern i. d. F. vom 2.10.2007, Rz. 302, gehen zwar davon aus, dass »das Wohl des betroffenen Kindes« bei Ermessensabwägungen nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG zu berücksichtigen ist, nennen aber nicht die Fallkonstellation der Schwangerschaft einer Ausländerin oder der Lebensgefährtin des Ausländers.

zu seinem ungeborenen Kind stets dann rechtlich schützenswert ist, wenn dieser Vater bereit ist, sich auch tatsächlich um die schwangere Mutter und das ungeborene Kind zu kümmern. Zu Recht stellt die Rechtsprechung nicht allein darauf ab, ob bereits ein vorgeburtliches Vaterschaftsanerkennnis vorliegt, sondern prüft die tatsächliche Verbundenheit des Vaters mit der schwangeren Mutter und seine tatsächliche Fürsorge- und Unterstützungsbereitschaft.⁴ Wenn allerdings die schwangere Mutter – etwa mit einer eidesstattlichen Erklärung – diese tatsächliche Fürsorgebeziehung gegenüber der örtlichen Ausländerbehörde bestätigt oder wenn bereits durch das Zusammenwohnen des Vaters mit der schwangeren Mutter diese Fürsorgebereitschaft indiziert ist, ist aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ein zwingendes rechtliches Abschiebungshindernis im Sinne von § 60 a Abs. 2 AufenthG zugunsten des Vaters des ungeborenen Kindes abzuleiten, auch ohne dass es auf außergewöhnliche gesundheitliche Risiken der Mutter und des ungeborenen Kindes ankommt.⁵

Gegen die Beschränkung des Abschiebungsschutzes auf Fälle der Risikoschwangerschaft spricht aber auch die Prognose der Wiedereinreisemöglichkeiten des Vaters im Falle der Abschiebung. Wird der Vater des Kindes während der Schwangerschaft abgeschoben, so ist offenkundig, dass er ganz regelmäßig erst mit beachtlicher zeitlicher Verzögerung nach der Geburt des Kindes wieder nach Deutschland einreisen würde. Erst nach der Ausstellung einer Geburtsurkunde für dieses Kind kann der Visumsantrag zur Familienzusammenführung gestellt werden und im Visumsverfahren können sich Verzögerungen – etwa wegen Schwierigkeiten bei der Befristung der Sperrwirkung der Abschiebung durch die Ausländerbehörde – ergeben. Erheblicher Zeitverzug kann auch entstehen, wenn sich die Beurkundung der Vaterschaft im Geburtsregister des Kindes verzögert, weil das Standesamt über den Besitz eines Passes hinaus gesonderte Nachweise zur Personenidentität des Vaters fordert – insbesondere wenn dann noch die Dokumentenprüfung durch einen Vertrauensanwalt der Deutschen Botschaft im Herkunftsland des Vaters veranlasst wird. Praxisfern wirkt deshalb die Auffassung des OVG Sachsen⁶ und des OVG Hamburg,⁷ wonach die Abschiebung des Vaters während der Schwangerschaft außer in Fällen der Risikoschwangerschaft zulässig sein soll, falls die Rückkehr noch rechtzeitig bis zur Geburt im Visumsverfahren durchgeführt werden kann.

Demgegenüber ist zu betonen, dass die Mutter regelmäßig in der Zeit unmittelbar vor der Geburt, während der Geburt und unmittelbar nach der Geburt besonderer Unterstützung des Vaters bedarf. Auch kann die Anwesenheit des Kindesvaters unmittelbar bei der Geburt zur emotionalen Bindung des Vaters an das Kind und zur Entwicklung seines Verantwortungsgefühls für das Kind beitragen. Zu beachten ist auch, dass der Vater sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes schon vor Eintragung seiner rechtlichen Vaterschaft im Geburtsregister als biologischer Vater des Kindes auf den Familienschutz des Art. 6 GG

berufen kann.⁸

Wird der Familienschutz nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK dahin verstanden, dass der fürsorgebereite Vater des ungeborenen Kindes schon bei der Geburt und in der Zeit unmittelbar nach der Geburt bestmöglich Gelegenheit haben muss, Mutter und Kind zu unterstützen, so sind entsprechende aufenthaltsrechtliche Vorkehrungen bereits während der Schwangerschaft durch weitere Duldung des Vaters zu treffen. Dies entspricht auch dem Schutzzweck von Art. 6 Abs. 4 GG: »Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft«. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass die Mutter sich bei der Fürsorge für das Kind nicht auf die Unterstützung dritter Personen verweisen lassen muss, wenn der Vater zur Unterstützung bereit ist.⁹

Diejenige Rechtsprechung, die die Duldung des vollziehbar ausreisepflichtigen Vaters des ungeborenen Kindes nur in Fällen der Risikoschwangerschaft zulassen will, betrifft ausschließlich ausländische Väter von nichtehelichen Kindern. Die durchaus anzutreffende Fallkonstellation von geduldeten Vätern, die mit der schwangeren Mutter verheiratet sind, hat die Rechtsprechung nicht beschäftigt, wohl weil die Ausländerbehörden regelmäßig bereit sind, die Duldung für diese verheirateten Väter bis zur Kindesgeburt zu verlängern. Die Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Vätern bei der Duldung während der Schwangerschaft ist aber als unzulässige Diskriminierung nichtehelicher Kinder im Sinne von Art. 6 Abs. 5 GG zu bewerten. Den nichtehelichen Kindern sind gemäß Art. 6 Abs. 5 GG durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern. Die Duldungsregelung in § 60 a Abs. 2 S. 1 AufenthG ist deshalb verfassungskonform dahin auszulegen, dass auch dem ungeborenen nichtehelichen Kind der fürsorgebereite ausländische Vater während der Schwangerschaft nicht durch Abschiebung entzogen werden darf.¹⁰

⁴ Zum Erfordernis der tatsächlichen Verbundenheit der Familienmitglieder: BVerfG, Beschluss vom 8.12.2005 - 2 BvR 1001/04 - InfAuslR 2006, 122 = ASYLMAGAZIN 1–2/2006, S. 30.

⁵ Bei Bewertung der tatsächlichen Fürsorgebereitschaft des Vaters kann es deshalb auch nicht entscheidend darauf ankommen, ob er bereits vorgeburtlich mit der schwangeren Mutter die gemeinsame Personensorge für das Kind gemäß § 1626a BGB vereinbart hat; das OVG Hamburg stellt mit Beschluss vom 14.8.2008 - 4 Bs 84/08 - ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 42 in tatsächlicher Hinsicht darauf ab, ob die gegenwärtigen Lebensverhältnisse der Eltern »die gemeinsame Übernahme der elterlichen Verantwortung und eine gemeinsame Erziehung und Betreuung des Kindes sicher erwarten lassen«.

⁶ Beschluss vom 15.9.2006 - 3 BS 189/06 - (6 S., M8800); im entschiedenen Fall wurde allerdings wegen fehlender rechtzeitiger Wiedereinreiseperspektive die Ausländerbehörde zur Duldung des Vaters verpflichtet.

⁷ Beschluss vom 14.8.2008 a. a. O.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 9.4.2003 - 1 BvR 1493/96 u. 1724/01 - FamRZ 2003, 816.

⁹ BVerfG, Beschluss vom 1.8.1996 - 2 BvR 1119/96 - NVwZ 1997, 479.

¹⁰ Vgl. Mees-Asadollah, Die Bedeutung des Kindeswohls bei ausländerrechtlichen Entscheidungen in Bezug auf einen Elternteil, InfAuslR 2003, 178, 182.