

Aus der Beratungspraxis

Vater, Kind, Verfassungsrecht – über Darlegungslast und Ermittlungspflicht

Prof. Dr. Holger Hoffmann, Bielefeld*

I. Stand der Rechtsprechung des BVerfG

Eigentlich schien alles seit mehr als 20 Jahren geklärt: Zwischen Juli 1979 und April 1989 erließ das Bundesverfassungsgericht insgesamt drei Urteile zur Auslegung von Art. 6 GG, die seitdem als ständige Rechtsprechung dieses Gerichts ebenso wie aller Untergerichte gelten.¹ Danach gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt.² Vielmehr haben Gesetzgebung und Verwaltung zu entscheiden, in welcher Zahl und unter welchen Voraussetzungen Ausländern der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll.³ Dabei darf dem Ziel, den Zuzug von Ausländern zu begrenzen, aus verfassungsrechtlicher Sicht erhebliches Gewicht beigemessen werden.⁴ Zwei neue Kammerbeschlüsse des BVerfG (2 BvR 1830/08 vom 1.12.2008 (16 S., M14730) und 2 BvR 1064/08 vom 9.1.2009 (16 S., M14730)) erscheinen nun geeignet, die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die aufenthaltsrechtlichen Darlegungslasten und Ermittlungspflichten in der bei alltäglichen ausländerrechtlichen Fallkonstellationen immer wieder problematisierten Beziehungen ausländischer Väter zu ihren deutschen Kindern (§ 28 Abs.1 Nr. 3 AufenthG) einmal genauer anzusehen.

Grundsätzlich ist es mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie z. B. vereinbar, einen Ausländer/eine Ausländerin darauf zu verweisen, vor Erteilung eines Aufenthaltsrechts in Deutschland das erforderliche Visum dazu vom Ausland her einzuholen.⁵ Bei einer Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen ist die jeweils örtlich zuständige Ausländerbehörde allerdings verpflichtet, die in Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 GG enthaltene Wertentscheidung »Schutz von Ehe und Familie« sowie familiäre Bindungen eines Ausländers/einer Ausländerin, der/die den weiteren Aufenthalt in Deutschland sichern will, angemessen zu berücksichtigen. Dabei muss die Behörde entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen entscheiden und ihr Ermessen ausüben.⁶ Darauf haben Eltern und Kinder als Grundrechtsträger einen Anspruch.⁷ Das BVerfG konkretisierte in mehreren Entscheidungen, dass jeweils eine Einzelfallbetrachtung erforderlich sei, bei der die familiären Bindungen ebenso zu berücksichtigen sind wie alle sonstigen Umstände des Falles.⁸ So dränge beispielsweise die staatliche Schutzpflicht für die Familie regelmäßig die einwanderungspolitischen Belange zurück, wenn eine bereits gelebte Lebensgemeinschaft zwischen einem ausländischen Vater und seinem Kind nur in Deutschland möglich ist, weil weder dem Kind noch dessen Mutter ein Verlassen des Landes zumutbar ist. Dieser Grundsatz gilt selbst dann, wenn der Ausländer vor Entstehung der zu schützenden Le-

bensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat.⁹

Art. 6 GG entfaltet seine »ausländerrechtlichen Schutzwirkungen« allerdings nicht bereits bei einer nur formalrechtlichen familiären Bindung. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern.¹⁰ Dabei verbietet es sich, bei der Bewertung familiärer Beziehungen eine schematische Betrachtung vorzunehmen in der Weise, dass entweder eine aufenthaltsrechtlich grundsätzlich schutzwürdige Lebens- und Erziehungsgemeinschaft oder »Beistandsgemeinschaft« oder eine bloße »Begegnungsgemeinschaft« ohne aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen angenommen wird. Der persönliche Kontakt mit dem Kind z. B. durch Ausübung eines Umgangsrechts unabhängig vom Sorgerecht ist Ausdruck und Folge des natürlichen Elternrechts und der damit verbundenen Elternverantwortung und steht entsprechend unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG.¹¹ Für die Frage, ob eine tatsächliche Verbundenheit besteht, kommt es nicht darauf an, ob die Familienmitglieder in einer Hausgemeinschaft zusammen leben oder ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen (die nicht zur Familie gehören) erbracht werden könnte.¹² Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass

* Die Anregung zu diesem Text verdanke ich einem Vortrag der Verwaltungsrichter Michael Hoppe und Kai-Christian Samel, wissenschaftliche Mitarbeiter am BVerfG, anlässlich der »Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht« am 30.1.2009 zum Thema »Recht auf Aufenthalt und Art. 6 GG«.

¹ BVerfG, Urteil vom 18.7.1979 - 1 BvR 650/77 - BVerfGE 51, 386 betreffend Ausweisung; Beschluss vom 12.5.1987 - 2 BvR 1226/83, 101/84, 313/84 - BVerfGE 76, 1, 47 f. und 51 f. betreffend Familiennachzug/Berücksichtigungsgebot; Beschluss vom 18.4.1989 - 2 BvR 1169/84 - BVerfGE 80, 81 zur Erwachsenenadoption/Differenzierung Beistands- und Begegnungsgemeinschaft.

² BVerfG, Beschluss vom 18.7.1979, a. a. O., S. 396 f.; Beschluss vom 12.5.1987, a. a. O., S. 77 f.; Beschluss vom 18.4.1989, a. a. O., S. 93 f.

³ BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, a. a. O., S. 47 f. und 51 f.; Beschluss vom 18.4.1989, a. a. O., S. 92.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, a. a. O., S. 68.

⁵ BVerfG, Beschluss vom 7.11.1984 - 2 BvR 1299/84 - NVwZ 1985, 260; Beschluss vom 4.12.2007 - 2 BvR 2341/06 - InfAuslR 2008, 239 (4 S., M13449); Beschluss vom 10.5.2008 - 2 BvR 588/08 - InfAuslR 2008, 347 (8 S., M13990).

⁶ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008 - 2 BvR 1830/08 - S. 11.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, a. a. O., S. 49; Beschluss vom 18.4.1989, a. a. O., S. 93.

⁸ BVerfG, Beschluss vom 30.1.2002 - 2 BvR 231/00 - InfAuslR 2002, 171, 173 = ASYLMAGAZIN 6/2002, S. 37; Beschluss vom 22.12.2003 - 2 BvR 2108/00 - BVerfGK 2, 190, 194 (5 S., M4616); Beschluss vom 31.8.1999 - 2 BvR 1523/99 - InfAuslR 2000, 67, 68; Beschluss vom 23.1.2006 - 2 BvR 1935/05 - NVwZ 2006, 682, 683 (5 S., M8142).

⁹ BVerfG, Beschluss vom 23.1.2006, a. a. O.; Beschluss vom 30.1.2002, a. a. O.; Beschluss vom 31.8.1999, a. a. O., und Beschluss vom 10.5.2008, a. a. O., S. 348.

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, a. a. O., S. 72 f.

¹¹ BVerfG, Beschluss vom 8.12.2005 - 2 BvR 1001/04 - BVerfGK 7, 49, 56 = ASYLMAGAZIN 1-2/2006, S. 30m. w. N.; Urteil vom 1.4.2008 - 1 BvR 1620/04 - NJW 2008, 1287, 1289.

¹² BVerfG, Beschluss vom 18.4.1989, a. a. O., S. 95; Beschluss vom 1.8.1996 - 2 BvR 1119/96 - FamRZ 1996, S. 1266; Beschluss vom 20.3.1997 - 2 BvR 260/97 - Juris.

der spezifische Erziehungsbeitrag eines Vaters nicht wegen der Betreuung des Kindes durch die Mutter bereits entbehrlich wird.¹³ Vielmehr lässt sich – so das BVerfG – eine verantwortungsvoll gelebte und dem Schutzzweck des Art. 6 GG entsprechende Eltern-Kind-Gemeinschaft nicht allein quantitativ nach Daten und Uhrzeiten des persönlichen Kontakts oder genauem Inhalt der einzelnen Betreuungshandlungen bestimmen. Die Entwicklung eines Kindes wird vielmehr durch die geistige und emotionale Auseinandersetzung mit den Eltern geprägt.¹⁴

Das BVerfG vertritt in seiner neueren Rechtsprechung nun die Auffassung, dass bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen, die den Umgang mit einem Kind berühren, maßgeblich auch auf die Sicht des Kindes abzustellen und im Einzelfall zu untersuchen sei, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist.¹⁵ Dabei sind die Belange des Elternteils und des Kindes umfassend zu berücksichtigen.¹⁶ Die familiäre (Lebens-)Gemeinschaft zwischen einem Elternteil und seinem minderjährigen Kind ist getragen von tatsächlicher Anteilnahme am Leben und Aufwachsen des Kindes. So muss z. B. gewürdigt werden, in welcher Form die Eltern ihre Verantwortung ausüben und welche Folgen eine vorübergehende oder endgültige Trennung für eine gelebte Eltern-Kind-Beziehung und das Kindeswohl hätte.¹⁷ Dabei ist davon auszugehen, dass der persönliche Kontakt eines Kindes zum getrennt lebenden Elternteil und der damit verbundene Aufbau sowie die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter in der Regel der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dient.¹⁸ Im Falle eines regelmäßigen Umgangs des ausländischen Elternteils, der dem auch sonst üblichen entspricht, ist in der Regel von einer familiären Gemeinschaft auszugehen.¹⁹ Auch eine nur vorübergehende Trennung kann daher als unzumutbar angesehen werden, wenn Verwaltung oder Gericht in ihren Entscheidungen keine Vorstellung davon entwickeln, welcher Trennungszeitraum zumutbar sein kann.²⁰ Ein hohes, gegen die Aufenthaltsbeendigung sprechendes Gewicht haben die Folgen einer vorübergehenden Trennung insbesondere, wenn ein noch sehr junges Kind betroffen ist, das den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung noch nicht begreifen kann und diese daher rasch als endgültigen Verlust erfährt.²¹

II. Neue Entscheidungen zu Vater und Kind

Diese Grundsätze hat das BVerfG vor Kurzem auf folgende Fallkonstellationen angewandt:

Der erste Fall²²: Ein indischer Staatsangehöriger reiste 2000 nach Deutschland ein und beantragte unter unvollständig angegebenen Namen und falschem Geburtsdatum Asyl. Dieser Antrag wurde als offensichtlich unbegründet abgelehnt, er aber nach Ende des Asylverfahrens wegen Passlosigkeit weiter geduldet. Ende 2006 wurde er Vater eines deutschen Kindes, erkannte seine Vaterschaft an und gab gemeinsam mit seiner damaligen Lebensgefährtin zunächst

eine Sorgerechtsklärung ab, wonach ihm alleine die elterliche Sorge zustehen sollte. Ende Mai 2007 wurde die elterliche Sorge entzogen und eine Vormundschaft angeordnet, nachdem zunächst angeblich beide Eltern eingeräumt hätten, gegen das damals erst wenige Wochen alte Kind tötlich geworden zu sein. Seit Mai 2007 lebte das Kind deswegen in einer Pflegefamilie, in der es nach Auffassung des örtlich zuständigen Jugendamtes auch zukünftig bleiben sollte. Der Vater hatte von Anfang an bestritten, gegenüber seinem Sohn gewalttätig geworden zu sein. Dies hatte die Kindesmutter später bestätigt. Im September 2007 gaben beide Eltern eine Sorgerechtsklärung ab, nach der sie das Sorgerecht gemeinsam ausüben wollten. Zu dieser Zeit fanden monatliche Besuchskontakte mit dem Kind statt, die von beiden Eltern wahrgenommen wurden. Wenig später trennten sich die Eltern.

Parallel zu dieser familienrechtlichen Entwicklung legte der Vater einen Pass vor und beantragte eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. Diese lehnte die Ausländerbehörde ab, weil keine häusliche Gemeinschaft bestehe. Der Vater nehme nur monatlich für zwei mal zwei Stunden sein Besuchsrecht wahr. Eine Beistandsgemeinschaft im Sinne des Kindeswohls habe sich daher noch nicht entwickeln können. Besondere Bindungen des Kindes zu seinem Vater beständen nicht. Im Rahmen des ausländerrechtlichen Verfahrens erklärte das Jugendamt als sachverständiger Zeuge, seit der gerichtlichen Regelung des Sorgerechts könnten die Eltern ihr Kind zweimal im Monat für jeweils zwei Stunden sehen. Allerdings gebe es zwischen Mutter und Sohn keine persönlichen Kontakte mehr. Der Vater hingegen nehme seine Besuchskontakte sehr regelmäßig und verlässlich wahr. Das Kind erlebe ihn als »Besuchsvater«, der zu seinem Leben dazugehöre und genieße das. Der persönliche Kontakt des Vaters zum Sohn sei für diesen sehr wertvoll. Dieser Kontakt sei vergleichbar dem mit einem Patenkind. Verschwinde der Vater aus seinem Leben, sei das für das Kind negativ. Allerdings ständen die Bindungen des Kindes zu seinen Pflegeeltern an erster und die zu seinem Vater an zweiter Stelle. Denkbar sei, dass das Kind später über ein Wochenende zum Vater komme, darüber hinausgehende Kontakte seien nicht üblich und nicht wahr-

¹³ BVerfG, Beschluss vom 20.3.1997, a. a. O.; Beschluss vom 31.1.1999 a. a. O.

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 12; Beschluss vom 9.1.2009 - 2 BvR 1064/08 -, S. 9 und Beschluss vom 8.12.2005, a. a. O., m. w. N.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 12.

¹⁶ BVerwG, Urteil vom 20.2.2003 - 1 C 13.02 - BVerwGE 117, 380, 390 f. = ASYLMAGAZIN 7-8/2003, S. 48.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 12.

¹⁸ Ebenda; Beschluss vom 1.10.1987 - 2 BvR 1165/86 - BVerfGE 56, 363, 384 und Beschluss vom 12.10.1988 - 1 BvR 818/88 - BVerfGE 79, 51, 63.

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 15; Beschluss vom 9.1.2009, a. a. O., S. 10 und Beschluss vom 8.12.2005, a. a. O., m. w. N.

²⁰ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 12.

²¹ Ebenda; BVerfG, Beschluss vom 23.1.2006, a. a. O., 683.

²² Beschluss vom 1.12.2008 - 2 BvR 1830/08.

scheinlich. Das zuständige VG wies daraufhin die Klage ab. Dem Vater seien wesentliche Teile des Sorgerechts entzogen worden, weshalb § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG nicht anzuwenden sei. Eine schutzwürdige familiäre Gemeinschaft fehle.

In seinem Beschluss kritisiert das BVerfG diese Annahme und sieht in der Qualifikation des Verhältnisses von Vater und Sohn einen Verstoß gegen Art. 6 GG.²³ Dabei differenziert das BVerfG: Bei bloßen Umgangskontakten unterscheidet sich die Eltern-Kind-Beziehung typischerweise vom Verhältnis des Kindes zur unmittelbaren Betreuungsperson. Dass der Umgangsberechtigte nur ausschnittsweise am Leben des Kindes teilnehmen könne und keine alltäglichen Erziehungsentscheidungen treffe, stehe jedoch der Annahme einer familiären Lebensgemeinschaft nicht entgegen. Vielmehr könne je nach den Umständen des Einzelfalles gerade die Ausübung des Besuchsrechts die Erfüllung der Elternfunktion im Sinne des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG unter den für den Beschwerdeführer nicht änderbaren Einschränkungen der Unterbringung in einer Dauerpflegestelle bedeuten. Die Einschätzung des Jugendamtes, die Beziehung sei der zu einem »Patenonkel« vergleichbar, sei als Basis für eine gerichtliche Entscheidung nicht geeignet. Vielmehr gebiete Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG, auch auf die Sicht des Kindes abzustellen und auf Belange des Kindes, die dieses selbst noch nicht sieht. Ferner dürften die schützenswerten Belange des betroffenen Elternteils nicht vernachlässigt werden. Mit der Einschätzung des leiblichen Vaters als einer Person, die nicht in einer echten Vater-Kind-Beziehung stehe, sondern eine Art »Patenonkel« sei, habe das Verwaltungsgericht die Stellung des leiblichen Vaters in verfassungswidriger Weise entwertet. Dies habe dazu geführt, dass die Beziehung zwischen Vater und Sohn gleichgesetzt worden sei mit nicht schützenswerten Konstellationen (»Begegnungsgemeinschaft«), bei denen es an der Übernahme von Verantwortung für Betreuung und Erziehung des Kindes fehle.²⁴ Eine solche Wertung stehe jedoch nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, nach der die Übernahme der Verantwortung in Eltern-Kind-Gemeinschaften in der spezifischen Form, die das Umgangsrecht ermöglicht, vorliegen und aufenthaltsrechtlichen Schutz gebieten könne. Das BVerfG erläutert weiter, das Verwaltungsgericht hätte zu prüfen, ob die Umgangskontakte in ihrer Bedeutung für das Vater-Sohn-Verhältnis dem sonst Üblichen entsprechen und auf diese Weise eine tatsächliche Beziehung gelebt wird. Auch habe das VG nicht aufgeklärt, ob der Beschwerdeführer den verbliebenen Teil der elterlichen Sorge wahrnehme oder aus welchen Gründen das unterbliebe. Der verwaltungsgerichtliche Beschluss wurde aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

Der zweite Fall²⁵: Ein Staatsangehöriger Kameruns reiste 2003 nach Deutschland ein und beantragte Asyl. Der Antrag wurde abgelehnt und er nach Abschluss des Verfahrens wegen Passlosigkeit weiter geduldet. Am 3. März 2006 wurde er Vater einer Tochter, die deutsche Staatsangehörige ist.

Es kam jedoch zu erheblichen Auseinandersetzungen zwischen ihm und seiner früheren Lebensgefährtin, die sich schon vor der Geburt von ihm getrennt hatte und auch nach der Geburt keinen erneuten Kontakt wünschte. Er musste daher sowohl die Anerkennung seiner Vaterschaft, als auch ein Umgangsrecht mit der Tochter gerichtlich erstreiten, was bezüglich des Umgangsrechts erst im Juni 2007, also 15 Monate nach Geburt des Kindes, gelang. Seit Ende Juni 2007 bis zum 6. März 2008, dem zweiten Geburtstag des Kindes, fanden insgesamt zehn Umgangskontakte statt mit einer Dauer von einer bis zu zwei Stunden. Fünf weitere Umgangstermine sind durch die Mutter, zwei durch den Vater abgesagt worden. Tatsächliche Betreuung hat der Vater nicht übernommen.

Am 25. April 2008 wurde die Abschiebung des Beschwerdeführers nach Kamerun angekündigt und eine Rückführung auf den 2. Juni 2008 bestimmt. Er beantragte dagegen einstweiligen Rechtsschutz zur Aussetzung der Abschiebung. Das zuständige Verwaltungsgericht lehnte dies ab, weil er nicht glaubhaft gemacht habe, dass eine Ausreise mit Blick auf Art. 6 GG rechtlich unmöglich sei. Er habe zwar die Vaterschaft anerkannt, das Sorgerecht liege jedoch bei der Mutter. Wenn keine häusliche Gemeinschaft zwischen Eltern und Kind bestehe, komme es jedoch maßgeblich darauf an, ob ein Verhältnis vorliege, dass von Verantwortung für die leibliche und seelische Entwicklung des Kindes geprägt sei. Hierbei sei maßgeblich auf die Sicht des Kindes abzustellen. Dem Erziehungsbeitrag des Vaters müsse eigenständige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes zukommen. Da der Beschwerdeführer sein Kind jedoch deutlich weniger als zwei Mal im Monat gesehen habe, bestehe keine schützenswerte Eltern-Kind-Beziehung. Eine gegen die verwaltungsgerichtliche Entscheidung gerichtete Beschwerde wies das zuständige OVG zurück: Das VG sei zutreffend davon ausgegangen, dass eine durch Art. 6 GG geschützte Lebensgemeinschaft mit der Tochter nicht bestehe und damit auch keine tatsächliche persönliche Verbundenheit, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen sei.

Das BVerfG hat dem widersprochen und die Sache zurückverwiesen: Das VG habe im Hinblick auf die Gewährung von Schutz nach Art. 6 GG überzogene Anforderungen an die Intensität des familiären Kontaktes gestellt. Ferner seien die Umstände des Einzelfalles nur unzureichend berücksichtigt worden. Mit der letztlich allein tragenden Erwägung, dass die nachgewiesenen zwölf Umgangskontakte des Beschwerdeführers mit seiner Tochter zwischen dem 16. August 2007 und dem 19. Mai 2008 nicht ausreichten, um eine schützenswerte Eltern-Kind-Beziehung zu begründen, habe das Rechtsschutzbegehren nicht abgewiesen werden dürfen. Dass der Umgangsberechtigte nur ausschnittsweise am Leben des Kindes Anteil nehmen könne und keine alltäglichen Erziehungsentscheidungen tref-

²³ BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 14.

²⁴ Ebenda, S. 16.

²⁵ Beschluss vom 1.1.2009 - 2 BvR 1064/08 -.

fe, stehe der Annahme einer familiären Lebensgemeinschaft nicht entgegen.²⁶ Zu prüfen wäre gewesen, ob die durchgeführten Umgangskontakte in ihrer Bedeutung für das Verhältnis des Vaters zu seinem Kind dem auch sonst Üblichen entsprechen und auf diese Weise die Vater-Kind-Beziehung gelebt wird.

Es sei auch nicht gewürdigt worden, dass sich der Vater bereits kurz nach der Geburt der Tochter sowohl um Anerkennung seiner Vaterschaft, als auch um Einräumung eines Umgangsrechts bemüht habe, wenn er diese auch noch nicht in dem von ihm begehrten Umfang gerichtlich durchsetzen konnte. Soweit Absagen von Umgangskontakten erfolgt seien, sei nicht geprüft worden, ob und inwieweit dies auf fehlendes Interesse des Vaters zurückzuführen sei oder – worauf er hingewiesen hatte – auf fehlende finanzielle Mittel und die weite Entfernung zum Ort, an dem die Kontakte stattfinden sollten.²⁷

Ferner sei nicht gewürdigt worden, dass in den letzten Monaten eine Intensivierung des Kontaktes zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter erfolgt sei. Es sei jedoch von Amts wegen zu prüfen, ob die Beziehung zwischen den umfangsberechtigten Elternteil und seinem Kind von einer geistigen und emotionalen Auseinandersetzung geprägt sei. Ausdrücklich verwirft das BVerfG die Auffassung des Verwaltungsgerichts, für ein »Angewiesensein des Kindes auf seinen Vater« komme es entscheidend darauf an, dass die Beistandsleistungen wie gemeinsam verbrachte Ferien oder andere intensive Formen des familiären Kontaktes bestehen, und anderenfalls familiäre Kontakte nur eine »Begegnungsgemeinschaft« darstelle, die dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG nicht unterfallen sollte, als »mitterweile überholte Auffassung«. Je nach Umständen des Einzelfalles bedeute gerade die Ausübung des Besuchsrechts die Erfüllung der Elternfunktion im Sinne dem Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG unter den für den umfangsberechtigten Elternteil nicht änderbaren Beschränkungen.²⁸

III. Konsequenzen für die Beratungspraxis

Was lässt sich aus diesen Entscheidungen in allgemeinerer Form ableiten? Wie sind insbesondere bei der Sachverhaltsaufklärung Darlegungslasten und Aufklärungspflichten verteilt? Welche Kriterien müssen beachtet werden?

Da in aller Regel Tatsachen aus der Privatsphäre des Ausländers zu berücksichtigen sein werden, ist es erforderlich, dass ein Anstoß zu möglicher Überprüfung von ihm/ihr gegeben wird. Nur dies trägt § 82 Abs. 1 AufenthG hinreichend Rechnung. Allerdings kann § 82 Abs. 3 AufenthG insoweit eine Verpflichtung der Ausländerbehörde entnommen werden, den Betroffenen/die Betroffene über diese Obliegenheit zu informieren und insoweit z. B. durch konkrete Fragen oder die Auflistung konkreter Punkte darauf hinzuweisen, was gefordert wird. Im Übrigen trifft bei der gerichtlichen Auseinandersetzung das Gericht die übliche Verpflichtung zur Aufklärung des Sachverhalts gemäß § 86 Abs. 1 VwGO. Tatsachen aus der Privatsphäre, die dargelegt

und aufgeklärt werden sollten, können z. B. sein:

- Bestand und Umfang der tatsächlichen Bindungen. Denkbar ist etwa die Hinzuziehung der zuständigen Mitarbeiter des Jugendamtes als sachverständiger Zeugen. Bei Straftätern kann eine Sozialprognose aufgrund der kompletten Aktenlage aus Strafverfahren gegeben werden und gegebenenfalls auch aufgrund einer Anhörung der Betroffenen. Ob eine tatsächlich gelebte Beziehung besteht, kann auch durch schriftliche Erklärung, Urkunden, gegebenenfalls eidesstattliche Versicherung von Zeugen nachgewiesen werden oder durch unabhängige Dritte wie Lehrer, Ärzte, Erzieherinnen aus dem Kindergarten etc. Bei der Darlegung ist grundsätzlich zu beachten, dass jeweils konkrete Umstände vorgetragen werden (z. B.: innerhalb von vier Monaten haben sieben begleitete Umgangskontakte an folgenden Tagen in der Dauer von ... stattgefunden), also belastbares Tatsachenmaterial und nicht nur abstrakte Behauptungen. Ist es zu relativ wenigen Umgangskontakten gekommen, muss erklärt werden, welche rechtlichen oder tatsächlichen Grenzen dem Umgang gesetzt waren (z. B. wegen der Entfernung zwischen dem Ort des Umgangskontaktes und dem Wohnort des Vaters, Krankheit von Kind oder Mutter o. Ä.).
- Tatsächliche Stellung des Betroffenen: Qualität und Quantität der Kontakte? Geht der Vater auf die Bedürfnisse des Kindes ein?
- Psychologisches Gutachten zur Eltern-Kind-Beziehung.
- Zur Ermittlung, ob durch die Bindung das Kindeswohl gewährleistet oder gefördert wird: Anhörung des anderen Elternteils und gegebenenfalls des Kindes entsprechend der Vorschriften in § 50 a und b FGG.
- Besondere Verletzbarkeit oder ein erhöhtes Aufeinanderangewiesen-Sein bei Lebensgemeinschaften. Feststellung der rechtlichen Stellung des betroffenen Elternteils zum Kind und des Sorgerechts.²⁹
- Ist ein Umgangsrecht eingeräumt?
- Anhängige gerichtliche Verfahren bezüglich des Sorge- und Umgangsrechts.
- Klärung der Frage, ob der jeweils andere Elternteil möglicherweise Kontakte verhindert.
- Zumutbarkeit einer Lebensgemeinschaft im Ausland und der gemeinsamen Ausreise: Hier kann auf persönliche und rechtliche Einreisehindernisse eingegangen werden und auf persönliche Bindungen des mitbetroffenen Familienangehörigen an das Bundesgebiet. Behörden und Gerichte müssen die tatsächlichen und rechtlichen Möglichkeiten, eine Lebensgemeinschaft im Ausland zu realisieren, aufklären.³⁰

²⁶ Ebenda, S. 11.

²⁷ Ebenda, S. 12.

²⁸ Ebenda, S. 12; BVerfG, Beschluss vom 1.12.2008, a. a. O., S. 15.

²⁹ Zur Sorgerechtsübertragung: BVerfG, Beschluss vom 20.10.2008 - 1 BvR 2275/08 - FamRZ 2008, S. 2185 ff.: Das Umgangsrecht ist die grundlegende Basis für die Eltern-Kind-Beziehung.

³⁰ Ein Beispiel (BVerfG, Beschluss vom 10.5.2008 a. a. O.): Ein türkischer Ehemann und seine kolumbianische Ehefrau, die Mutter eines deutschen Kindes war, sollten gemeinsam in die Türkei zurückkehren. Wenn die Kolumbianerin nicht in die Türkei hätte einreisen dürfen, hätte dies möglicherweise zu einer unzumutbar langen Trennung geführt. Bis zur Klärung dieser Frage treten einwanderungspolitische Belange zurück.

- Entwicklung der Beziehung zu den Eltern in der Zukunft: Besteht Aussicht auf eine nachvollziehbare Intensivierung der Eltern-Kind-Beziehung (die nicht nur »verfahrenstaktisch« motiviert ist)?
- Bei Straftätern: Umgang während der Haftzeit/kein Besuchsrecht für Kinder in der JVA, aber möglicherweise Urlaubstage oder Ausgang mit dem Kind.
- Spezifischer und tatsächlich wahrgenommener Erziehungsbeitrag des Vaters.³¹
- Kind in Pflegefamilie: Berücksichtigung und Würdigung nicht änderbarer rechtlicher Einschränkungen in der Elternfunktion durch familiengerichtliche Beschlüsse. Dabei ist entscheidend, ob es Umgangsbemühungen des (ausländischen) Elternteils gibt.

Eine gelebte familiäre Beziehung kann für die Dauer des Hauptsacheverfahrens Vorrang vor dem abstrakten Anliegen eines Sofortvollzugs der Ausreisepflicht haben. Entscheidend ist die jeweils besondere Situation im Einzelfall, die umfassend gewürdigt werden muss.³²

IV. Abschließende Anmerkung

Die oben dargestellte Auswertung der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen und die »Leitlinien« hinsichtlich der Darlegungsobliegenheiten der Eltern und der Aufklärungspflichten von Behörden und Gerichten sollten deutlich gemacht haben: Es kommt entscheidend auf den konkreten Vortrag im Einzelfall an. Dabei ist die Rolle des ausländischen Elternteils im Hinblick auf mögliche rechtliche Einschränkungen bei der Wahrnehmung von Elternrechten zu beachten ebenso wie tatsächliche Bemühungen, Umgangs- und Sorgerechte wahrzunehmen. Zu beachten sind auch die jeweiligen hindernden Umstände, wie beispielsweise Ablehnungen von Umgang durch den anderen Elternteil, Säuglings- oder Kleinkindalter, regionale Entfernungen o. Ä. Jedenfalls verbietet sich die schematische Betrachtung, ob eine gelebte »Beistands«- oder »Begegnungsgemeinschaft« besteht. Die Rechtsprechung des BVerfG bietet zahlreiche Anhaltspunkte für konkrete einzelfallbezogene Abwägungen. Für Berater/innen, Anwälte/innen kommt es entscheidend darauf an, anstatt an juristischen oder pädagogischen abstrakten Begrifflichkeiten zu »kleben«, die konkreten Umstände der jeweiligen Gestaltung individueller Beziehungen anschaulich darzulegen.

³¹ BVerfG, Beschluss vom 23.1.2006, a. a. O., S. 682 f.

³² BVerfG, Beschluss vom 29.3.2007 - 2 BvR 1977/06 - NVwZ 2007, S. 949 f. (17 S., M10785).

EuGH-Rechtsprechung zur Überstellungsfrist in Dublin-Verfahren

Dr. Constantin Hruschka, Nürnberg*

Der Europäische Gerichtshof hat am 29. Januar 2009 erstmals in einem Vorlageverfahren zur sog. Dublin-II-Verordnung¹ eine Entscheidung getroffen.² Der Entscheidung lag ein Fall des schwedischen höchsten Migrationsgerichts zu Grunde, in der das Gericht dem EuGH die Frage vorlegte, auf welchen Zeitpunkt für den Beginn der Überstellungsfrist abzustellen ist, wenn die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen eine Überstellung angeordnet wurde. Die Vorlagefrage bezog sich auf die Überstellungsfrist in einem Wiederaufnahmeverfahren (Art. 20 Abs. 1 Bst. e) Dublin-II-VO), die Ergebnisse sind aber auf Grund der Wortlautgleichheit der Normen auch auf Aufnahmeverfahren (hier Art. 19 Abs. 4 Dublin-II-VO) übertragbar.

In der Konstellation des schwedischen Rechts, in dem – anders als im deutschen Asylverfahrensgesetz³ – in Dublin-Verfahren die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen eine Überstellung gem. § 28 förvaltningsprocesslag (schwedische Verwaltungsprozessordnung) angeordnet werden darf, hat der EuGH entschieden, dass es unbillig wäre, für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Anordnungsentscheidung abzustellen. Vielmehr sei auf den Entscheidungszeitpunkt im Hauptsacheverfahren (»decision on the merits«) abzustellen. Es soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, welche Auswirkungen diese Entscheidung auf den Lauf der Überstellungsfrist für Dublin-Verfahren hat, in denen ein anderer Mitgliedstaat auf Ersuchen der Bundesrepublik Deutschland die Zuständigkeit übernommen hat.⁴

1. Die Entscheidung des Gerichts

Die Vorlagefrage lautete:

»Sind Art. 20 Abs. 1 Buchst. d und Art. 20 Abs. 2 der Verordnung Nr. 343/2003 dahin auszulegen, dass die Zuständigkeit für die Prüfung eines Asylantrags auf den Mitgliedstaat übergeht, in dem dieser Antrag eingereicht wurde, wenn die Über-

* Dr. Constantin Hruschka ist Mitarbeiter (Beigeordneter Rechtsberater) in der UNHCR Zweigstelle in Nürnberg. Die hier geäußerten Ansichten sind die des Verfassers und werden nicht unbedingt von den Vereinten Nationen oder von UNHCR geteilt.

¹ Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist.

² EuGH, Urteil vom 29. Januar 2009, Rs. C-19/08 (Petrosian), ASYLMAGAZIN 3/2009, S. 29 in diesem Heft.

³ Für Dublin-Verfahren regelt § 34 a Abs. 2 AsylVfG: »Die Abschiebung nach Absatz 1 darf nicht nach § 80 oder § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung ausgesetzt werden.«

⁴ Im Folgenden wird der Begriff »Zuständigkeitsübernahme« sowohl für die ausdrückliche als auch für die bei Fristablauf ohne Antwort (vgl. Art. 18 Abs. 7 und Art. 20 Abs. 1 Bst. c) Dublin-II-VO) fingierte Zustimmung zur Übernahme der Zuständigkeit verwendet.