

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Beschluss vom 9.3.2009

Tenor

- I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 17. Februar 2009 wird in Nrn. I. und II. aufgehoben.
- II. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Aufenthalt des Antragstellers vorläufig zu dulden.
- III. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.
- IV. Der Streitwert wird unter Änderung der Nr. III. des Beschlusses des Verwaltungsgerichts München für beide Rechtszüge auf jeweils 1.250 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Der am 1985 geborene Antragsteller ist algerischer Staatsangehöriger. Er kam im August 2007 ins Bundesgebiet, nachdem er zuvor in Italien erfolglos ein Asylverfahren durchgeführt hatte. Im Bundesgebiet stellte er erneut einen Asylantrag, der (unter einer unrichtigen Bezeichnung des Antragstellers) als unzulässig abgelehnt wurde. Am 4. Februar 2008 wurde der Antragsteller nach Italien abgeschoben.

Am 1. September 2008 wurde der Antragsteller in München bei einer Kontrolle mit einem gefälschten italienischen Personalausweis festgenommen. Am 31. Oktober 2008 ließ der Antragsteller bei der Antragsgegnerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis beantragen. Er habe eine deutsche Lebensgefährtin, die von ihm ein Kind erwarte.

Mit Schriftsatz vom 11. Februar 2009 ließ er beim Verwaltungsgericht beantragen, die Antragsgegnerin zu verpflichten, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu unterlassen.

Er habe am 22. Dezember 2007 seine nunmehrige Verlobte kennengelernt. Sie habe ihn, nachdem er im Februar 2008 abgeschoben worden sei, zwischen März und August 2008 etwa alle

zwei Wochen in Italien besucht. Der gemeinsame Sohn sei am 2. Januar 2009 geboren worden. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG sei trotz der Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zu erteilen, da wegen der familiären Beziehungen eine freiwillige Ausreise und eine Abschiebung unzumutbar und rechtlich unmöglich sei. Die Durchführung eines Visumverfahrens sei unzumutbar, da vorher ein Befristungsverfahren durchgeführt werden müsse. Dies würde zu einer längeren Trennung des Antragstellers von seinem Sohn führen.

Die Antragsgegnerin trat dem Antrag entgegen. Es sei zumutbar, dass der Antragsteller sich nach seiner Rückkehr einen gültigen Nationalpass ausstellen lasse, die Befristung der Abschiebungswirkung beantrage und mit einem Visum zum Zwecke des Familiennachzugs wieder einreise. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG komme nicht in Betracht, da der Antragsteller seine Passpflicht nicht erfülle.

Mit Beschluss vom 17. Februar 2009 lehnte das Verwaltungsgericht München den Antrag nach § 123 VwGO ab. Der Antragsteller habe keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Satz 4 AufenthG für den Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personenfürsorge oder bei Vorliegen einer familiären Gemeinschaft setze nach § 5 AufenthG voraus, dass die Passpflicht erfüllt werde und die Einreise mit einem Visum erfolgt sei. Diese Voraussetzungen lägen beim Antragsteller nicht vor. Zwar könne nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG von diesen Voraussetzungen abgesehen werden, wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bestehe oder es unzumutbar sei, das Visumverfahren nachzuholen. Dies könne dahingestellt bleiben, da der Antragsteller abgeschoben worden sei und ihm deshalb nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG kein Aufenthaltstitel erteilt werden dürfe. Der Antragsteller könne auch keine Duldung nach § 60 a Abs. 2 Satz 1 AufenthG beanspruchen. Eine Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und der Mutter des Kindes sei nach Aktenlage nicht geführt worden. Das im Januar geborene Kind sei zum Zeitpunkt der Entscheidung vier Wochen alt und habe seinen Vater bisher nicht kennengelernt. Unter diesen Umständen sei die Durchführung des Visumverfahrens mit gültigem Pass und das Verfahren zur Befristung der Wirkung der Abschiebung weder für den Antragsteller noch für seinen Sohn eine besondere Härte.

Dagegen ließ der Antragsteller Beschwerde erheben mit dem Antrag,

den Beschluss des Verwaltungsgerichts München aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, aufenthaltsbeendende Maßnahmen bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis/Duldung zu unterlassen.

Die Auffassung des Verwaltungsgerichts sei unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht vertretbar. Die Voraussetzungen zur Führung einer familiären Lebensgemeinschaft des Antragstellers mit seiner Verlobten und seinem Sohn seien gegeben. Der Sohn und die Verlobte des Antragstellers seien deutsche Staatsangehörige. Es sei dem Antragsteller nicht zuzumuten, von Italien oder Algerien aus ein Visumverfahren durchzuführen. Die vor

einer Wiedereinreise zu bewältigenden bürokratischen Schwierigkeiten würden den Antragsteller und seinen Sohn voraussichtlich auf Jahre voneinander trennen. Der Antragsteller und seine deutsche Lebensgefährtin seien mittellos. Es sei dem Antragsteller trotz intensiver Bemühungen nicht gelungen, von der Algerischen Botschaft in Italien bzw. von den algerischen Behörden einen gültigen Pass zu bekommen. Vor einer Visumsantragstellung müsste ein Befristungsverfahren gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG durchgeführt werden, das zwei Jahre dauern könnte. Außerdem müsste die Bezahlung der Abschiebungskosten nachgewiesen werden. Es bestünde zudem das nicht unerhebliche Risiko, dass die Ausländerbehörde ihre Zustimmung zum beantragten Visum wegen der illegalen Einreise, des illegalen Aufenthalts und der behaupteten ungeklärten Identität des Antragstellers verweigern würde. Eine längerfristige Trennung des Antragstellers von seinem Sohn und seiner Verlobten könne daher nur durch eine Aussetzung der Abschiebung des Antragstellers verhindert werden. Er habe zu keinem Zeitpunkt falsche Personalien angegeben. Seine Identität sei geklärt. In der ausländerrechtlichen Akte befinde sich der abgelaufene Pass des Antragstellers. Am 19. November 2008 sei ein Urkundsbeamter im Auftrag des Jugendamtes in die JVA München gekommen und habe die Urkunde der Vaterschaftsanerkennung erstellt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Nach seiner letzten illegalen Wiedereinreise habe sich der Antragsteller bei seiner Festnahme zunächst mit falschen Personalien und einem falschen Ausweisdokument ausgewiesen. Das angebliche Verlöbnis habe der Antragsteller erstmals in einem Verfahren der Haftbeschwerde geltend gemacht. Er sei in München festgenommen worden, wo er unerlaubt einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei und nach eigenen Angaben auch gewohnt habe. Während seines früheren Aufenthalts sei er in München und nicht bei seiner angeblichen Verlobten gewesen. Angesichts dieser nicht unerheblichen Zweifel am Interesse an einer familiären Lebensgemeinschaft sei es zumutbar, den Antragsteller auf das Visumverfahren einschließlich des vorgeschalteten Befristungsverfahrens zu verweisen. Sollte die Aufnahme der familiären Lebensgemeinschaft tatsächlich ernsthaft beabsichtigt sein, könne das Verfahren nicht Jahre dauern, sondern allenfalls ein paar Wochen. Die Dauer sei jedoch vor allem von der eigenen Initiative des Antragstellers abhängig. Die Befristung der Sperrwirkung und die Erlaubnis zum Familiennachzug könnten nicht auf Dauer verhindert werden noch von der vorherigen Begleichung sämtlicher Abschiebungskosten abhängig gemacht werden.

Am 9. März 2009 wurde in der mündlichen Verhandlung der Antragsteller gehört und die Verlobte des Antragstellers als Zeugin vernommen. Auf die Niederschrift wird verwiesen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die beigezogene Behördenakte und auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist begründet.

Der Antragsteller hat im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin vorbereitete Abschiebung einen Anordnungsgrund und ferner einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Nach der Durchführung einer mündlichen Verhandlung mit Anhörung des Antragstellers und seiner Verlobten als Zeugin ist nunmehr hinreichend geklärt, dass der Antragsteller der Vater eines im Bundesgebiet lebenden Kindes ist, das die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und dessen ebenfalls deutsche Mutter er heiraten will. Die Vaterschaft des Antragstellers wurde von der Zeugin glaubwürdig bestätigt und vom Antragsteller mit Urkunde des Amtsgerichts München vom 11. November 2008, also schon vor der Geburt (§ 1594 Abs. 4 BGB), anerkannt. Zweifel an der Vaterschaft des Antragstellers bestehen für den Senat nicht und wurden von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung nach der Beweisaufnahme auch nicht mehr geltend gemacht. Die von der Antragsgegnerin früher geäußerten Zweifel am Vorbringen des Antragstellers erweisen sich nach der Beweisaufnahme als weitgehend unbegründet, so dass dem Antragsteller der Schutz des Art. 6 Abs. 1 und insbesondere der Schutz des Elterngrundrechts gemäß Abs. 2 Satz 1 GG nicht versagt werden kann. Seine Abschiebung vor der Entscheidung im Hauptsacheverfahren würde zu einer Verletzung dieses Grundrechts führen. Deshalb besteht ein aus dem Elterngrundrecht abgeleitetes rechtliches Abschiebungshindernis im Sinne des § 60 a Abs. 2 Satz 1 AufenthG.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen (z. B. BVerfG vom 30.1.2002 InfAuslR 2002, 171, vom 10.5.2008 InfAuslR 2008,347 und vom 1.12.2008 2 BvR 1830.08 - Juris) das auch Ausländern zustehende Elterngrundrecht nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG näher erläutert und die folgenden Grundsätze herausgestellt. Kann die Lebensgemeinschaft zwischen einem von Abschiebung bedrohten Ausländer und einem von ihm als Vater anerkannten deutschen Kind nur in der Bundesrepublik stattfinden, weil dem Kind das Verlassen des Bundesgebietes wegen dessen Beziehung zu seiner Mutter nicht zugemutet werden kann, so drängt die für den Staat aus Art. 6 Abs. 1 und 2 Satz 1 GG erwachsende Schutzpflicht regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück, auch wenn der Ausländer vor Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen und Ausweisungsgründe gesetzt hat. Die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern ist im konkreten Einzelfall zu berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, dass der persönliche Kontakt mit dem Kind in Ausübung des Umgangsrechts – unabhängig vom Sorgerecht – Ausdruck und Folge des natürlichen Elternrechts und der damit verbundenen Elternverantwortung ist. Der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters wird nicht durch die Betreuung des Kindes durch die Mutter entbehrlich. Bei ausländerrechtlichen Maßnahmen sind nicht nur die Belange des Elternteils, sondern auch die des Kindes umfassend zu berücksichtigen. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG gebietet, auch auf die Sicht des Kindes abzustellen. Der persönliche Kontakt des Kindes zum (getrennt lebenden) Elternteil und der damit verbundene Aufbau und die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter dient in der Regel der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes. Ein hohes, gegen die Aufenthaltsbeendigung sprechendes Gewicht haben die Folgen einer vorübergehenden Trennung insbesondere, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen ist.

Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass der Vater-Sohn-Beziehung nicht schon deshalb der Grundrechtsschutz abgesprochen werden kann, weil der Antragsteller infolge seiner Haft sein Kind bisher nur gelegentlich sehen konnte. Eine solche schematische Einordnung und Qualifizierung der Beziehung, die lediglich darauf abstellt, dass das neugeborene Kind noch nicht mit seinem in Haft befindlichen Vater zusammenleben konnte, verbietet sich aus verfassungsrechtlichen Gründen. Selbst wenn vom Antragsteller während seiner Haft keine besonderen Betreuungsleistungen erwartet werden können und der ständige Umgang mit seinem Kind nicht möglich ist, steht diese Beziehung unter dem Schutz des Art. 6 GG. Die Annahme des Verwaltungsgerichts, der Antragsteller habe sein Kind im Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung (am 17. Februar 2009) noch nicht gesehen, trifft im Übrigen nach den Angaben der Zeugin auch nicht zu.

Dem Antragsteller kann aufgrund der familiären Bindungen im Bundesgebiet das Zusammenleben mit dem Kind und dessen Mutter in der Bundesrepublik auf Dauer nicht verwehrt werden. Die noch bestehenden rechtlichen Hindernisse für einen Familiennachzug des Antragstellers (Befristung der Wirkungen der Abschiebung zur Beseitigung der Sperre des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG; Absehen von den negativen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG – Ausweisungsgrund – und Abs. 2 Nr. 1 AufenthG – Visum – nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG) können überwunden werden. Sofern er sich in absehbarer Zeit einen Pass besorgen kann, kann die Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug nach §§ 27, 28 AufenthG unter Absehen von der negativen Erteilungsvoraussetzung nach § 28 Abs. 3 AufenthG erteilt werden; der Antragsteller kann mit einer Arbeitserlaubnis zudem in Zukunft voraussichtlich selbst für seinen Lebensunterhalt sorgen. Der mit der Durchführung des Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf ist zwar von demjenigen, der die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland begehrt, regelmäßig hinzunehmen. Das Verlassen des Bundesgebietes und die Trennung von seinem Kind ist dem Antragsteller aber gerade in der jetzigen Lebensphase des gerade erst zwei Monate alten Kindes nicht zuzumuten und widerspricht auch dem Kindes-Wohl. Die Bedeutung der elterlichen Fürsorge gerade für ein sehr kleines Kind wurde vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorgehoben. Eine Abschiebung des Antragstellers kommt daher auch dann nicht in Betracht, wenn die Trennung nur eine kurze Zeit dauern würde. Zudem ist nicht absehbar, ob es sich hier um eine nur kurzfristige Trennung handeln würde. Denn die Trennung des Antragstellers von seinem Sohn und dessen Mutter könnte, wenn er jetzt das Bundesgebiet verlassen müsste, möglicherweise mehrere Wochen oder Monate andauern. Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller bei seinem Wunsch nach Familiennachzug keine konkrete Unterstützung – innerhalb ihrer Zuständigkeit – angeboten, sondern ist lediglich in allgemeiner Form seinen Befürchtungen entgegengetreten, die Wiedereinreise könne vielleicht erst in zwei Jahren möglich sein. Sie hat von sich aus keine Hinweise gegeben, wie das Verfahren zur Wiedereinreise kurz und unkompliziert abgewickelt werden könnte. Ein Verzicht auf die Erstattung der Abschiebungskosten wurde weder erklärt noch konkret in Aussicht gestellt. Wenn der Antragsteller Deutschland verlassen würde, wäre es somit völlig ungewiss, wann er in das Bundesgebiet zu seinen Angehörigen zurückkehren könnte, selbst wenn er einen Pass hätte. Er kann nicht einmal mit Sicherheit damit rechnen, dass die Antragsgegnerin seiner Rückkehr im Visumverfahren zustimmen würde. Da der Antragsteller seinen künftigen Aufenthalt voraussichtlich nicht im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin

nehmen wird, ist zudem offen, wie sich die Ausländerbehörde seines künftigen Aufenthaltsortes zu seinem Rückkehrwunsch verhalten würde. Möglicherweise müsste er seine Rückkehr sogar mit einer Klage gerichtlich durchsetzen und dadurch weitere Zeit verlieren.

Ob auch nach Art. 8 EMRK zugunsten des Antragstellers zu entscheiden gewesen wäre, braucht nicht weiter erörtert zu werden, da die stattgebende Entscheidung bereits aus nationalem Recht abzuleiten ist. Ergänzend wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Sachverhalt in der vom Vertreter des öffentlichen Interesses in der mündlichen Verhandlung erwähnten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 31. Juli 2007 (InfAuslR 2008, 421) mit dem hier zu beurteilenden nicht vergleichbar ist. In dem dort entschiedenen Fall war eine Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung bereits – was für den Gerichtshof entscheidungserheblich war – bestandskräftig abgelehnt worden, während vorliegend im Hauptsacheverfahren um die (erstmalige) Erteilung einer solchen Erlaubnis gestritten wird, die nach dem nationalen Ausländerrecht durchaus in Betracht kommt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Der Streitwert ergibt sich aus § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 3 GKG.

Vorinstanz: VG München, Beschluss vom 17.2.2009, M 9 E 09.471