

Ausfertigung

- 1049 Prof. Dr. Frisch

19 C 09.845
AN 5 K 09.8



Kategorie des Verfahrens		WV:	
EINGEGANGEN			
19. Dez. 2009			
Frisch u. Kolleginnen Rechtsanwälte			
an RR		ZDA	

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

- begleitet und
ungeleitet
jugendliche,

In der Verwaltungsstreitsache

- Analoge Anwendung
v. 1049 II S 2 Prof. Dr. Frisch

- Kläger -

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Rainer Frisch und Kollegen,
Friedrich-List-Str. 3, 91054 Erlangen,

gegen

Stadt Nürnberg,
Rechtsamt,
Hauptmarkt 18, 90403 Nürnberg,

- Beklagte -

wegen

Ausländerrechts
(Antrag auf Prozesskostenhilfe)
hier: Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des
Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 30. März 2009,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 19. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Krodel,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Herrmann,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Häberlein

ohne mündliche Verhandlung am **22. Dezember 2009**

folgenden

Beschluss:

Unter Aufhebung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 30. März 2009 wird dem Kläger Prozesskostenhilfe für das Klageverfahren bewilligt und Herr Rechtsanwalt Frisch, Erlangen, beigeordnet.

Gründe:

- 1 Die zulässige Beschwerde gegen die Ablehnung der beantragten Prozesskostenhilfe mit Anwaltsbeordnung für das Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht ist begründet. Die Klage des Klägers, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, hat hinreichende Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 166 VwGO i.V.m. § 114 Satz 1 ZPO. Solche Erfolgsaussichten liegen bereits dann vor, wenn eine gewisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung spricht; hierzu genügt bereits eine bei summarischer Prüfung sich ergebende Offenheit des Erfolgs.
- 2 1. Die Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG ist nach derzeitigem Sach- und Streitstand nicht aussichtslos. Der zwischenzeitlich volljährige Kläger ist als Minderjähriger zusammen mit einem alsbald zum Vormund bestellten Onkel eingereist. Bei dieser Sachlage kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104 a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AufenthG oder in analoger Anwendung des § 104 a Abs. 2 S. 2 AufenthG in Betracht. Die bisherige Aufklärung des Sachverhalts ermöglicht es noch nicht zu beurteilen, ob die Voraussetzungen einer der beiden Regelungen vorliegen.
- 3 Das Verwaltungsgericht hat die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a Abs. 2 S. 2 AufenthG ausgeschlossen, weil der Kläger kein unbegleiteter Minderjähriger im Sinne der Vorschrift sei. Es hat zur Begründung darauf verwiesen, dass der Kläger zusammen mit seinem Onkel eingereist und dieser kurz nach der Einreise als Vormund des Klägers eingesetzt worden ist. Für die Frage der Erteilung einer

Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG sei daher auf die allgemeinen Voraussetzungen abzustellen. Diese - das Verwaltungsgericht benennt hier keine konkrete Regelung - lägen nicht vor, weil der Kläger sich am Stichtag des 1. Juli 2007 nicht seit mindestens acht Jahren im Bundesgebiet aufgehalten habe. Damit erfasst das Verwaltungsgericht die Altfallregelung nicht vollständig.

- 4 a) Die Altfallregelung trägt (durch eine Absenkung der erforderlichen Aufenthaltsdauer) der staatlichen Verpflichtung zum Minderjährigenschutz Rechnung, die sich vor allem aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ergibt. Die Vorschriften der Altfallregelung betreffend die häusliche Gemeinschaft von Eltern und ihren minderjährigen Kindern tragen zusätzlich dem in diesen höchstrangigen Vorschriften ebenfalls berücksichtigten Umstand Rechnung, dass die besonderen Bindungen, wie sie typischerweise im Familienverband bestehen (das Gesetz spricht in § 104 a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 AufenthG von "häuslicher Gemeinschaft"), dem Minderjährigen die besten Entwicklungschancen bieten. Sie bleiben jedoch nicht bei dieser typischen Fallkonstellation stehen, sondern berücksichtigen auch den Fall, in dem nicht die Eltern, sondern (nur) andere Personen vorhanden sind, die dem Minderjährigen in ähnlicher Weise verbunden sind und ihm Unterstützung bieten. Eine familiäre Verbundenheit ist - insbesondere wenn (wie bei einem Kind) der eine auf den anderen angewiesen ist - auch außerhalb der Kleinfamilie zu schützen (EGMR vom 12.7.2001 Nr. 2502/94 RdNr. 150; Discher in GK AufenthG RdNrn. 1320f. zu § 55 m.w.N.).
- 5 Dies hat der Gesetzgeber zwar nicht konsequent zum Ausdruck gebracht (zur allgemeinen „handwerklichen“ bzw. regelungstechnischen Mangelhaftigkeit der Altfallregelung vgl. für viele Funke-Kaiser a.a.O. RdNr. 4). Mehrere Anhaltspunkte deuten aber auf entsprechende Vorstellungen des Gesetzgebers hin.
- 6 § 104 a Abs. 2 S. 1 AufenthG spricht vom "Kind eines geduldeten Ausländers", jedoch nicht explizit von Elternschaft; § 104 a Abs. 1 S. 1 AufenthG spricht von einem geduldeten Ausländer, der "zusammen mit einem oder mehreren minderjährigen ledigen Kindern in häuslicher Gemeinschaft lebt", ohne eine Elternschaft zu erwähnen oder anzudeuten. Die Vollzugsregelung in Nr. 104 a.1.9 AVwV AufenthG geht unmissverständlich davon aus, dass die Altfallregelungen für Familienverbände nicht nur dann anzuwenden sind, wenn der Familienverband Eltern einschließt: "Einbezogen sind entsprechend dem IMK-Beschluss vom 17. November 2006 die

minderjährigen ledigen Kinder von Ausländern mit einer Aufenthaltserlaubnis nach der gesetzlichen Altfallregelung, wenn sie mit ihnen in häuslicher Gemeinschaft leben. Für die Anwendung des § 104 a Abs. 1 genügt es, dass die Kinder in häuslicher Gemeinschaft mit ihren Verwandten leben und diese als Vormund/Pfleger bestellt sind. Sie sind dann nicht unbegleitet im Sinne des Abs. 2 S. 2". Die Kommentierung von Funke-Kaiser geht ebenfalls in diese Richtung, wenn sie die Anwendung der Minderjährigenprivilegierung des § 104 a Abs. 1 AufenthG bei Stiefkindern für gerechtfertigt hält, "wenn der andere Elternteil etwa als Pfleger oder Vormund rechtlich und tatsächlich die Sorge ausübt" (Funke-Kaiser in GK AufenthG RdNr. 15 zu § 104 a).

7 Auf dieser Grundlage kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a Abs. 1 S. 1 AufenthG oder nach § 104 a Abs. 2 S. 1 AufenthG in Betracht, wenn zwischen dem Kläger und seinem Onkel eine Beistandsgemeinschaft besteht und dieser Beistandsgemeinschaft weitere Ausländer angehören, die minderjährig und ledig sind. Der Kläger ist dann sowohl ein geduldeter Ausländer im Sinne des § 104 a Abs. 1 S. 1 AufenthG als auch das geduldete volljährige ledige "Kind eines geduldeten Ausländers" im Sinne des § 104 a Abs. 2 S. 1 AufenthG, der/das am Stichtag zusammen mit einem oder mehreren minderjährigen ledigen Kindern in häuslicher Gemeinschaft lebt und sich seit mindestens sechs Jahren geduldet im Bundesgebiet aufgehalten hat.

8 b) Aber auch dann, wenn der Kläger von seinem Onkel keinen Beistand an Elternstelle erhalten hat, kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Betracht.

9 Das Verwaltungsgericht hat - wie Funke-Kaiser (a.a.O. RdNr. 29 zu § 104 a) - die Vorschrift des Art. 2 lit. i der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 (Qualifikationsrichtlinie) herangezogen, die (im Wesentlichen deckungsgleich mit den Vorschriften des Art. 2 lit. h der Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 - Verordnung Dublin II - und des Art. 2 lit. h der Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 - Verfahrensrichtlinie) den Begriff „unbegleiteter Minderjähriger“ in der Weise definiert, dass der Minderjährige weder von einem Elternteil noch von einer sonstigen nach dem Gesetz oder nach den Gepflogenheiten für ihn verantwortlichen Person begleitet ist (als sonstige Personen kommen - nicht zuletzt im Hinblick auf mehrere von der Bundesrepublik Deutschland gezeichnete Übereinkommen gegen den Menschen- und insbesondere gegen den

Kinderhandel - vor allem nahe Verwandte in Betracht, vgl. Art. 30 Abs. 3 S. 1 lit a der Qualifikationsrichtlinie). Zwischen verantwortlichen Personen, die lediglich Rechtsangelegenheiten des Minderjährigen besorgen (vgl. etwa Art. 6 Abs. 4 lit. b und Art 17 der Verfahrensrichtlinie), und denjenigen, die auch im Übrigen Elterstelle vertreten (vgl. etwa Art. 30 Abs. 3 S. 1 lit. a der Qualifikationsrichtlinie), differenzieren diese Begriffsdefinitionen des Gemeinschaftsrechts nicht. Nachdem der Onkel des Klägers jedenfalls als Vormund für diesen Verantwortung getragen hat, ist der Kläger bei diesem Begriffsverständnis kein "unbegleiteter Minderjähriger" und wäre daher - wie andere Minderjährige mit sechsjährigem Aufenthalt, die von sonstigen Personen (insbesondere nahen Verwandten) begleitet sind, die in gewissem Umfang (z.B. als Vormund) Verantwortung für sie tragen, jedoch keine elternähnlichen Funktionen erfüllen - von der Altfallregelung ausgeschlossen.

- 10 Es kann offen bleiben, ob sich der Gesetzgeber dieser Konsequenz bewusst gewesen ist; hiergegen spricht vor allem der Umstand, dass weder der Entwurfsbegründung zur Altfallregelung noch den entsprechenden Ausführungen in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009 (GMBI S. 877 – AVwV AufenthG) etwas dafür zu entnehmen ist, dass ohne einen begleitenden Elternteil einreisende Minderjährige, jedoch mit einer sonstigen verantwortlichen Begleitperson, in der Altfallregelung nicht berücksichtigt werden sollten, und dass diese Auslegungshilfen auch den Begriff des unbegleiteten Minderjährigen in § 104 a Abs. 2 S. 2 AufenthG nicht mit einer der genannten Begriffsdefinitionen des Gemeinschaftsrechts verknüpfen. Es ist daher zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung geboten, diese Gruppe von Minderjährigen im Wege einer Analogie zu § 104 a Abs. 2 S. 2 AufenthG in die Altfallregelung einzu beziehen. Es sind keine Gründe ersichtlich, die es rechtfertigen würden, das Minderjährigenprivileg einer um zwei Jahre verkürzten Aufenthaltsdauer (vgl. § 104 a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 und Abs. 2 S. 2 AufenthG) dem von einem verantwortlichen, jedoch keinen Lebensbeistand leistenden Erwachsenen begleiteten Minderjährigen vorzuenthalten. Im Gegenteil benötigt ein Minderjähriger ohne Beistandsgemeinschaft mit einem Erwachsenen deutlich mehr Schutz und Fürsorge, als ein Minderjähriger, der über diesen Beistand verfügt. Soweit sich die Literatur mit der Problematik befasst, deuten die Ausführungen vielfach in die selbe Richtung. Nach der Kommentierung von Funke-Kaiser (die in gewissem Gegensatz zu dem von ihr vertretenen Verständnis des Begriffs „unbegleiteter Minderjähriger“ - vgl. oben - steht) soll der Ausländer die Eigenschaft eines unbegleiteten Minderjährigen nicht allein

dadurch verlieren, dass er durch staatlicherseits eingesetzte Pfleger bzw. Vormünder in Obhut genommen wird, was nach der Einreise regelmäßig geschehe (a.a.O. RdNr. 29 zu § 104 a). Nach Marx (Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 3. Auflage 2007, § 6 Nr. 474) ist ein Minderjähriger unbegleitet im Sinne des § 104 a Abs. 2 S. 2 AufenthG, wenn er von keinem Elternteil begleitet wird. Nachdem die Vorschrift davon ausgeht, ein Familienverband sei nicht vorhanden, birgt diese sehr weit gehende Auffassung allerdings die Gefahr, dass dem Minderjährigen, der sich auf einen nahen Verwandten mit elternähnlicher Verbundenheit stützen kann, dieser durch eine unterschiedliche ausländerrechtliche Aufenthaltsregelung entzogen wird.

- 11 2. Auf die im streitgegenständlichen Bescheid weiter geäußerte Rechtsauffassung, der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Altfallregelung sei nicht rechtzeitig gestellt worden, ist der angefochtene Beschluss nicht gestützt. Für diese Auffassung spricht auch wenig. Der im Bescheid zitierten Vorschrift des § 104 a Abs. 5 S. 4 AufenthG ist nicht zu entnehmen, dass das dort genannte Datum den Antragszeitraum begrenzt; aus Nr. 104 a.5 AVwV AufenthG ergibt sich Derartiges ebenfalls nicht. Im Übrigen hat der Kläger, dessen eigenständige Unterhaltssicherung die Beklagte nicht bestreitet und der zufolge den vorgelegten Zeugnissen die Voraussetzung des § 104 a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG erfüllt, bereits am 22. März 2007 einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gestellt.
- 12 Ob der Kläger mit seinem Klagebegehren Erfolg hat, hängt somit davon ab, ob sein Onkel und (früherer) Vormund auch im Übrigen Elternstelle vertreten hat und die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, die der Altfallregelung für Familienverbände zu entnehmen sind (insbesondere § 104 a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 AufenthG), oder ob der Onkel lediglich die Rechtsangelegenheiten des Klägers besorgt hat und letzterer die weiteren Voraussetzungen erfüllt, die der Altfallregelung für unbegleitete Minderjährige zu entnehmen sind. Wie der Senat bereits im Beschluss vom 12. Mai 2009 (Az. 19 C 09.1043) ausgeführt hat, spricht viel dafür, dass in diesem Fall die zwischenzeitlich eingetretene Volljährigkeit des Klägers kein Hindernis darstellt und die vom Gesetzgeber gewählte anders lautende Wendung auf einem Redaktionsversehen beruht (so auch Marx a.a.O. § 6 RdNr. 476). Nr. 104 a.2.2 VwV AufenthG bezieht die Regelung ausdrücklich auch auf Volljährige (ebenso Maaßen in Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, 1. Auflage 2008, § 4 RdNr. 747 und Fränkel in Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, 1. Auflage 2008, RdNr. 21 zu § 104 a; a.A. - allerdings ohne die Möglichkeit einer Formulierungsschwäche zu

erwägen - Funke-Kaiser a.a.O. RdNr. 28 a. E. zu 104 a sowie Albrecht in Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Zuwanderungsrecht, 2. Auflage 2008, RdNr. 22 zu 104 a).

- 13 3. Kostenentscheidung und Streitwertfestsetzung sind nicht veranlasst, weil eine Kostenerstattung nicht stattfindet (§ 127 Abs. 4 ZPO) und das Kostenverzeichnis (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) keinen Kostentitel für den Fall der Stattgabe einer Beschwerde gegen eine ablehnende Prozesskostenhilfeentscheidung des Verwaltungsgerichts vorsieht.
- 14 Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

15 Krodel

Herrmann

Häberlein



Für den Gleichlaut der Ausfertigung mit der Urschrift
Ansbach, den 23. Dezember 2009

Als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des
Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs:

Stefanski
Stefanski