

VG Berlin
Beschluss vom 26.11.2009

Tenor

Die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sowie auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe werden abgelehnt.

Die Antragsteller tragen die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Verfahrensgegenstandes wird auf 5.000.- EUR festgesetzt.

Gründe

Die sinngemäßen Anträge,

die Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung zu verpflichten, den Antragstellern die visumsfreie Einreise zu gestatten und ihnen hierfür einen Kinderausweis auszustellen, hilfsweise ihnen ein Visum für den Familiennachzug zu erteilen sowie einen Reiseausweis auszustellen,

hilfsweise ihnen die Einreise für einen vorübergehenden Aufenthalt zu gestatten,

haben keinen Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis u.a. dann erlassen werden, wenn dies zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Mit der hier begehrten Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Antragsteller (mit oder ohne Visum) einreisen zu lassen, würde aber das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens (VG 11 K 397.09 V) bereits vorweggenommen. Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist jedoch unbeschadet der verfassungsrechtlichen Garantie effektiven Rechtsschutzes nur ausnahmsweise und zwar nur dann geboten, wenn ein Obsiegen im Hauptsacheverfahren bei Anlegen eines strengen Maßstabs mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist und dem Rechtsschutzsuchenden schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre.

Vorliegend ist schon ein Obsiegen der Antragsteller im Hauptsacheverfahren nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit glaubhaft gemacht.

1. Der Hauptantrag hat hier schon deshalb keinen Erfolg, weil eine visumsfreie Einreise nur bei Deutschen oder bei nach § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG i.V.m. §§ 15 f AufenthV privilegierten Ausländern in Betracht kommt.

Soweit die Antragsteller der Ansicht sind, sie seien Deutsche, ist dies schon nicht glaubhaft gemacht. Das Bundesverwaltungsamt hat mit Bescheid vom 15. Juli 2008 festgestellt, dass die Antragsteller die deutsche Staatsangehörigkeit nicht gemäß § 4 Abs. 1 StAG erworben haben, und deswegen die Ausstellung von Staatsangehörigkeitsausweisen abgelehnt. Zwar ist der hiergegen eingelegte Widerspruch noch unbeschieden, indes spricht bei summarischer Prüfung alles dafür, dass sie die deutsche Staatsangehörigkeit nicht von ihrem biologischen Vater ableiten können. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die nach Auffassung der Kammer zutreffende Begründung des Bescheides des Bundesverwaltungsamtes Bezug genommen.

Zudem sind die Antragsteller nach der jüngsten Entscheidung des High Court of Gujarat, wie sich aus dem von der Antragsgegnerin übersandten Zeitungsartikel (Blatt 125 der Akte) ergibt, offenbar indische Staatsbürger und damit keine Deutsche.

Dies kann hier letztlich offenbleiben, da die Antragsteller insoweit jedenfalls auf die Fortführung des Verfahrens zur Feststellung der Staatsangehörigkeit gegen das Bundesverwaltungsamt zu verweisen sind. Bei den hier offen liegenden Zweifeln über die Staatsangehörigkeit ist es nicht Aufgabe der Auslandsvertretungen der Bundesrepublik, die Staatsangehörigkeit im Rahmen eines Passverfahrens nach eigenen Bewertungen zu treffen (ständige Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg, vgl. Beschluss vom 30.9.2009 - 5 S 17.09 -, zitiert nach Juris).

Damit haben die Antragsteller auch keinen Anspruch auf Ausstellung der begehrten Kinderreisepässe.

Sollten die Antragsteller tatsächlich Inder sein, gehören sie nicht zu den nach der Anlage zur Aufenthaltsverordnung privilegierten Ausländern, womit auch insoweit kein Anspruch auf visumsfreie Einreise besteht.

2. Der Hilfsantrag auf Erteilung von Visa für den Familiennachzug zum hier lebenden biologischen Vater Herrn J. sowie Ausstellung von Reiseausweisen, ist schon mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Da die Antragsteller der Auffassung sind, sie seien Deutsche, haben sie konsequenterweise auch nicht zuvor bei der Auslandsvertretung Anträge auf Ausstellung von Visa zum Familiennachzug bzw. Reiseausweise für Ausländer gestellt, über die die Antragsgegnerin hätte entscheiden müssen. Die vorherige Antragstellung ist eine im Verfahren nicht nachholbare Voraussetzung (BVerwGE 99,158 f).

Im Übrigen erscheint fraglich, worauf die Antragsgegnerin zu Recht hinweist, ob die minderjährigen Antragsteller durch ihren gesetzlichen Vertreter vertreten und damit prozessfähig sind, denn bei summarischer Prüfung ist Herr J. nicht ihr alleinsorgeberechtigter Vater. Hierzu wird auf die Ausführungen im Folgenden verwiesen.

Selbst wenn man den vorläufigen Rechtsschutzantrag als zulässig erachten würde, hätte dieser keinen Erfolg.

Ein Anspruch auf Familiennachzug nach §§ 27 Abs.1, 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG, wonach dem ausländischen minderjährigen ledigen Kind eines Deutschen, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat, die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, besteht offensichtlich nicht.

Die Antragsteller, die durch eine künstliche Befruchtung gezeugt wurden (heterologe Insemination), sind rechtlich betrachtet nicht die Kinder des Deutschen J., auch wenn man unterstellt, dieser sei der Samenspender gewesen und damit der biologische Vater.

Maßgebendes Recht für die Abstammung und damit das Eltern-Kind-Verhältnis ist Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Danach unterliegt die Abstammung eines Kindes dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Maßgebend ist vorliegend indisches Recht, weil die Antragsteller in Indien geboren sind und sich seitdem dort aufhalten.

Nach Art. 112 des Indian Evidence Act 1872 hängt die Abstammung von der Geburt ab und es wird die Ehelichkeit des während einer gültigen Ehe geborenen Kindes vermutet (vgl. Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, zu Indien S. 50). Mutter der Antragsteller ist Frau M., die diese gebar. Dass die befruchtete Eizelle angeblich nicht von ihr stammte, was nicht glaubhaft gemacht ist, und sie nur als „Leihmutter“ fungierte, ist insoweit unerheblich. Gesetzliche Regeln in Indien, die das Problem der Leihmutterschaft abweichend regeln, gibt es bislang offensichtlich nicht.

Vater eines Kindes ist der Ehemann der Gebärenden. Da die Mutter der Antragsteller unstreitig zum Zeitpunkt der Geburt mit einem Inder verheiratet war, gelten diese nach Art. 112 des Indian Evidence Act 1872 als ehelich. Dass die Ehelichkeit durch den Ehemann angefochten wäre, wird nicht behauptet.

Auch nach deutschem Recht, welches nach Art. 19 Abs. 1 S. 2 EGBGB im Verhältnis zu jedem Elternteil zur Anwendung gelangen kann, besteht keine Vaterschaft des Deutschen J., denn er war zum Zeitpunkt der Geburt mit der indischen Mutter der Antragsteller (auch nach deutschem Recht gilt die Frau, die das Kind geboren hat, nach § 1591 BGB als Mutter) nicht verheiratet (§ 1592 Nr. 1 BGB), es liegt auch keine Vaterschaftsanerkennung vor (§ 1592 Nr. 2 BGB) und dessen Vaterschaft nach § 1600 d oder § 640 h Abs. 2 ZPO ist nicht gerichtlich festgestellt (§ 1592 Nr. 3 BGB). Die Kinder von Leihmüttern sind im Rechtssinne deren Kinder und damit mit den Wunsch-/Bestelleltern nicht verwandt (vgl. hierzu auch Hinweis des Auswärtigen Amtes,).

Dass Herr J. als Vater .in der Geburtsurkunde eingetragen ist, ist für die Bestimmung der Abstammung unerheblich, denn die Eintragung ist für die Vaterschaft nicht konstitutiv. Die Kammer folgt insoweit den überzeugenden Ausführungen des Bundesverwaltungsamtes im Bescheid vom 15. Juli 2008. Selbst wenn man die Richtlinien des dem indischen Gesundheits- und Familienministeriums unterstellten Indian Council for Medical Research (wo nach die Bestelleltern als Eltern in der Geburtsurkunde eingetragen werden) als Recht im Sinne des Art. 19 Abs. 1 EGBGB ansähe, so wäre diese nicht anzuwenden, weil ihre Anwendung dem „ordre public“ nach Art. 6 EGBGB widerspräche. Eine „Leihmutterschaft“ ist nach deutschem Recht sittenwidrig und die im Zusammenhang mit der Leihmutterschaft stehenden Tätigkeiten von Vermittlern und Ärzten sind nach dem Embryonenschutzgesetz und dem Adoptionsvermittlungsgesetz strafbar.

3. Auch der weitere Hilfsantrag, den Antragstellern die Einreise für einen vorübergehenden Aufenthalt zu gestatten, hat keinen Erfolg.

Dieser ist ebenso mangels vorherigen Antrages bei der Auslandsvertretung unzulässig und darüber hinaus auch unbegründet.

Eine Anspruchsgrundlage für das Begehren der Antragsteller ist nicht ersichtlich. Zwar kann gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG in begründeten Fällen ein Aufenthaltstitel auch für einen nicht von diesem Gesetz vorgesehenen Aufenthaltswert erteilt werden, aber es handelt sich hier bei dem von den Antragstellern erstrebten Aufenthalt schon nicht um einen Aufenthaltswert, der nicht vom Aufenthaltsgesetz vorgesehen wäre.

§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG stellt keine allgemeine Auffangvorschrift dar, die zusätzlich zu prüfen ist, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen der speziell in Kapitel 2, Abschnitt 3 bis 7 des Aufenthaltsgesetzes geregelten Aufenthaltstitel nicht vorliegen. Nach dem in den §§ 7, 8 AufenthG verankerten Trennungsprinzip zwischen den in den Abschnitten 3 bis 7 des Aufenthaltsgesetzes näher beschriebenen Aufenthaltswerten ist der Ausländer regelmäßig darauf verwiesen, seine aufenthaltsrechtlichen Ansprüche aus den dort genannten Rechtsgrundlagen abzuleiten, die der Gesetzgeber für diesen vom Ausländer verfolgten Aufenthaltswert geschaffen hat (BVerwG, DVBl. 2008,108 f.). Nur wenn für den von ihm verfolgten Wert keine abschließende Regelung getroffen wurde, ist ein Rückgriff auf § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG möglich. Hier ist der Rückgriff auf § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG gesperrt, denn der Sache nach begehren die Antragsteller einen Nachzug zu ihrem hier lebenden biologischen Vater. Dieser Wert ist indes grundsätzlich abschließend in den Vorschriften des Familiennachzuges nach §§ 27 bis 36 AufenthG geregelt. Dass die Antragstellern mangels eines rechtlichen Verwandtschaftsverhältnisses zu ihren „Bestellern“ die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllen, kann nicht im Wege der Umgehung zu einer Prüfung eines Anspruchs nach § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG führen.

Davon abgesehen steht die Entscheidung über den Aufenthaltstitel im pflichtgemäßen Ermessen der Antragsgegnerin. Für eine Reduzierung des Ermessens auf Null zugunsten des Begehrens spricht hier angesichts einer nach deutschem Recht illegalen künstlichen Befruchtung, die den hiesigen „Bestellern“ sehr wohl bekannt gewesen sein dürfte, nichts, auch wenn ihr Verhalten selbst nach § 1 Abs. 3 ESchG nicht strafbar ist.

Die biologischen Eltern, die die hiesigen Bestimmungen des Embryonenschutz- und des Adoptionsvermittlungsgesetzes bewusst umgangen haben, müssen ggfs. in einem Adoptions- oder Vaterschaftsanerkennungsverfahren versuchen, Umgang mit ihren „Bestellkindern“ zu erlangen.

Der Prozesskostenhilfeantrag war zurückzuweisen, weil das Begehren der Antragsteller aus den vorgenannten Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§ 166 VwGO i. V. m. § 114 ZPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 39 ff., 52 f. GKG.