

Eine alleinige Personensorgeberechtigung eines Elternteils im Sinne des § 32 Abs. 3 AufenthG ist auch dann anzunehmen, wenn ein kraft ausländischen Gesetzes bestehendes gemeinsames Sorgerecht durch Entscheidung eines ausländischen Gerichts in einer Weise modifiziert wird, die dem anderen Elternteil keine substantiellen Mitentscheidungsrechte und -pflichten belässt (betrifft Bosnien-Herzegowina).

(Amtlicher Leitsatz)

7 B 2488/10

VGH Hessen

Beschluss vom 24.01.2011

T e n o r

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird unter entsprechender Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 8. November 2010 - 5 L 779/10.DA - die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 17. Januar 2010 im Hinblick auf die Ablehnung der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis im Bescheid des Antragsgegners vom 11. Dezember 2009 angeordnet. Im Übrigen wird die Beschwerde des Antragstellers zurückgewiesen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des gesamten Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 € festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der am ... 1994 geborene Antragsteller ist bosnisch-herzegowinischer Staatsangehöriger. Die Eltern des Antragstellers wurden mit Urteil des Gemeindegerichts in Gradačac vom ... 2005 geschieden. Die in diesem Urteil getroffene Regelung der elterlichen Sorge für den Antragsteller wurde auf Antrag dessen Vaters mit Urteil desselben Gerichts vom ... 2009 abgeändert. Danach lebt der Antragsteller zukünftig bei seinem Vater, der auch die elterliche Sorge zu übernehmen hat. Die Mutter des Antragstellers hat zu dessen Lebensunterhalt nichts beizutragen. Der Vater des Antragstellers wird verpflichtet, dessen Mutter die persönlichen Beziehungen und unmittelbaren Kontakte zum Antragsteller jedes Jahr während der Feier- und Ferientage zu ermöglichen.

Der Antragsgegner lehnte mit Bescheid vom 11. Dezember 2009 den Antrag des mit einem Schengen-Visum für kurzfristige Aufenthalte eingereisten Antragstellers auf Erteilung eines Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen ab und drohte dem Antragsteller die Abschiebung nach Bosnien-Herzegowina an. Einen Anspruch nach § 32 Abs. 3 AufenthG verneinte der Antragsgegner, da der Antragsteller nicht den allein in Betracht kommenden Nachzug zu einem allein personensorgeberechtigten Elternteil im Sinne dieser Vorschrift begehre. Die Erteilung eines Aufenthaltserlaubnis im Ermessenswege nach § 32 Abs. 4 AufenthG hielt der Antragsgegner nicht für gerechtfertigt, zumal kein Fall des § 39 Nr. 3 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV) vorliege, in dem ein Ausländer einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet

einholen könne. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe des Bescheides des Antragsgegners vom 11. Dezember 2009 Bezug genommen.

Das Verwaltungsgericht Darmstadt lehnte mit dem im Tenor bezeichneten Beschluss die hiergegen gerichteten Eilanträge des Antragstellers ab. Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidung verwiesen.

II.

Die gemäß § 146 Abs. 1 VwGO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 8. November 2010 - 5 L 779/10.DA - hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Die Beschwerde ist begründet, soweit sie die verwaltungsgerichtliche Versagung vorläufigen Rechtsschutzes hinsichtlich der im Bescheid vom 11. Dezember 2009 erfolgten Ablehnung eines Anspruchs des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG betrifft. Der hiergegen gerichtete Antrag des Antragstellers nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt. VwGO ist begründet. Das Aussetzungsinteresse des Antragstellers ist gegenüber dem öffentlichen Vollziehungsinteresse vorrangig, weil dem Antragsteller nach dem Erkenntnisstand des Beschwerdegerichts im Zeitpunkt seiner Entscheidung ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG unter Absehen von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nach Ermessen des Antragsgegners (weiterhin) zusteht.

Nach § 32 Abs. 3 AufenthG ist dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers, welches das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, eine Aufenthaltserlaubnis u. a. zu erteilen, wenn der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Niederlassungserlaubnis besitzt. Diese besonderen Erteilungsvoraussetzungen sind im Fall des Antragstellers gegeben, namentlich ist der im Besitz einer Niederlassungserlaubnis befindliche Vater des Antragstellers als allein personensorgeberechtigter Elternteil im Sinne des § 32 Abs. 3 AufenthG anzusehen. Allein personensorgeberechtigt im Sinne des § 32 Abs. 3 AufenthG ist ein Elternteil, wenn dem anderen Elternteil in Bezug auf die Ausübung der Personensorge keine substantiellen Mitentscheidungsrechte und -pflichten zustehen, etwa in Bezug auf Aufenthalt, Schule und Ausbildung oder Heilbehandlung des Kindes. Wem das Personensorgerecht in welchem Umfang zusteht, beurteilt sich gemäß Art. 21 EGBGB nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (vgl. grundlegend zu Vorstehendem: BVerwG, Urteil vom 7. April 2009 - BVerwG 1 C 17.08 - BVerwGE 133, 329).

Art. 142 Abs. 1 des hier maßgeblichen Familiengesetzes der Föderation von Bosnien und Herzegowina (im Folgenden: FamG) geht allerdings im Grundsatz von einem gemeinsamen Personensorgerecht auch der nicht in Familiengemeinschaft lebenden Eltern aus. Nach Art. 142 Abs. 1 Satz 1 FamG übt (zwar) der Elternteil die elterliche Sorge aus, bei dem das Kind lebt, eine alleinige Entscheidungsbefugnis, d. h. eine

von der Zustimmung des anderen Elternteils unabhängige Entscheidungsbefugnis, hat er nach Art. 142 Abs. 1 Satz 2 FamG nur, falls der andere Elternteil an der Sorge für das Kind verhindert oder unbekanntem Aufenthaltsort ist oder die Unterhaltspflicht nicht erfüllt oder nicht erreichbar ist.

Diese gesetzliche Zuordnung der elterlichen Sorge bei nicht in Familiengemeinschaft lebenden Eltern nach bosnisch-herzegowinischem Familienrecht kann indes durch gerichtliche Entscheidung nach Maßgabe des Art. 142 Abs. 2 bis 8 FamG verändert werden. Dies ist hier durch das Urteil des Gemeindegerichts in Gradačac vom ... 2009 geschehen: Das Gericht hat entschieden, dass der Antragsteller bei seinem Vater leben soll (Art. 142 Abs. 2 FamG). Es hat - was nach Art. 142 Abs. 3 FamG im Interesse des Kindes möglich ist - davon abgesehen, der Mutter des Antragstellers Pflichten aufzuerlegen, namentlich nicht die in Abs. 3 hervorgehobenen, für die Gesundheit des Antragstellers und seine Beschulung zu sorgen, das Kind in gewissen Angelegenheiten zu vertreten oder an allen wichtigen Entscheidungen über die Aufzucht des Kindes teilzunehmen und dessen Vermögen zu verwalten. Vielmehr hat das Gericht den Vater des Antragstellers verpflichtet, die elterliche Sorge zu übernehmen und hat gemäß Art. 145 Abs. 1 FamG die Art der Unterhaltung persönlicher Beziehungen und unmittelbarer Kontakte des Antragstellers mit der Mutter - dem Elternteil, bei dem das Kind nicht lebt - geregelt. Infolge dieser Entscheidung des Gerichts verbleibt der Mutter als dem Elternteil, bei dem das Kind nicht lebt, allein das Informationsrecht nach Art. 142 Abs. 4 Satz 1 FamG und ein nur gerichtlich verfolgbares Einspruchsrecht nach Art. 142 Abs. 4 Satz 2 FamG. Bei dieser durch das Urteil des Gemeindegerichts in Gradačac vom 7. September 2009 gestalteten Rechtslage verfügt die Mutter des Antragstellers nicht über substantielle Mitentscheidungsrechte und -pflichten, die der Annahme einer alleinigen Personensorgeberechtigung des Vaters des Antragstellers entgegenstehen würden.

Ein gebundener Anspruch des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG scheidet gleichwohl am Fehlen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Nach dieser Vorschrift setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist (Nr. 1) und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat (Nr. 2). Die Erforderlichkeit eines Visums entfiel im Fall des Antragstellers auch nicht nach § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i. V. m. § 39 Nr. 3 AufenthV. Insoweit fehlt es - wie das Verwaltungsgericht auf der Seite 3, 2. bis 4. Absatz, des angegriffenen Beschlusses, auf die Bezug genommen wird, zutreffend ausgeführt hat - am von § 39 Nr. 3 AufenthV geforderten Entstehen der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise des Antragstellers.

Da die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG mit Ausnahme der das Visumsverfahren betreffenden nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG vorliegen, hat der Antragsteller jedoch einen Anspruch auf Erteilung dieses Aufenthaltstitels im Ermessenswege unter Absehen von den das Visumsverfahren betreffenden Erteilungsvoraussetzungen gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. Dieser Anspruch ist durch die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach

§ 32 Abs. 3 AufenthG im Bescheid des Antragsgegners vom 11. Dezember 2009 nicht erfüllt worden. Denn der Antragsgegner hat im Hinblick auf den Anspruch aus § 32 Abs. 3 AufenthG bereits das Vorliegen dessen besonderer Erteilungsvoraussetzungen verneint und ist nicht zu einer Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG gelangt.

Die Beschwerde des Antragstellers hat hingegen keinen Erfolg, soweit sie sich gegen die verwaltungsgerichtliche Ablehnung des auf die Abschiebungsandrohung im Bescheid des Antragsgegners vom 11. Dezember 2009 bezogenen Antrags nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt. VwGO richtet. Dieser Eilantrag des Antragstellers ist zwar zulässig, namentlich statthaft, da die Abschiebungsandrohung nach § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i. V. m. § 16 Satz 1 HessAGVwGO kraft Gesetzes sofort vollziehbar ist, aber unbegründet. Denn die nach § 59 AufenthG zu beurteilende Abschiebungsandrohung ist rechtmäßig. Die für die Rechtmäßigkeit der Abschiebungsandrohung erforderliche Ausreisepflicht des Antragstellers ist gemäß §§ 50 Abs. 1, 51 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG durch die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Bescheid des Antragsgegners vom 11. Dezember 2009 entstanden und wird durch die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ablehnung der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht berührt (§ 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht, die gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG infolge der gerichtlichen Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis rückwirkend entfallen ist, ist keine Voraussetzung des Erlasses der Abschiebungsandrohung, sondern gemäß § 58 Abs. 1 AufenthG erst der Abschiebung selbst (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschlüsse vom 12. Juli 2010 - 7 B 1164/10 -, vom 24. September 2010 - 7 B 1767/10 -, vom 24. November 2010 - 7 B 2039/10 - und vom 30. Dezember 2010 - 7 B 2410/10 -; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20. Februar 2009 - 18 A 2620/08 - InfAuslR 2009, 233; GK-AufenthG, § 59 Rdnr. 25 bis 33 [Stand: August 2010]). Rechtsschutzdefizite für den Antragsteller entstehen hierdurch nicht, namentlich ist die ihm gesetzte Ausreisefrist nach § 50 Abs. 3 AufenthG durch das Entfallen der Vollziehbarkeit seiner Ausreisepflicht unterbrochen worden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO, wonach einem Beteiligten die Kosten ganz auferlegt werden, wenn der andere nur zu einem geringen Teil unterlegen ist. Dies ist hier der Fall. Das Obsiegen des Antragsgegners im Hinblick auf den die Abschiebungsandrohung betreffenden Eilantrag des Antragstellers bedeutet für diesen lediglich ein geringfügiges Unterliegen, da der der Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis beigefügten Abschiebungsandrohung keine streitwerterhöhende Bedeutung zukommt.

Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 2, 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).