beglaubigte Abschrift

Eingegangen
10. JAN. 2018
RAin Schönberg
RA Zimmer

OBERVERWALTUNGSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG

BESCHLUSS

OVG 3 S 5.18 / OVG 3 M 4.18
VG 11 L 687.17 Berlin

In der Verwaltungsstreitsache

des Herrn [redacted],

[redacted],

Antragstellers und Beschwerdeführers,

bevollmächtigt:
Rechtsanwältin Gilda Schönberg,
Mehringdamm 40, 10961 Berlin,

g e g e n

das Land Berlin, vertreten durch das
Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten
- Ausländerbehörde -,
Friedrich-Krause-Ufer 24, 13353 Berlin,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

hat der 3. Senat durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Riese am 10. Januar 2018 beschlossen:

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 4. Januar 2018 wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert. Der Antragsgegner wird im

Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig eine Duldung zu erteilen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt der Antragsgegner. Eine Gebühr für das Beschwerdeverfahren gegen die erstinstanzliche Versagung von Prozesskostenhilfe (OVG 3 M 4.18) wird nicht erhoben.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird im Verfahren OVG 3 S 5.18 auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde gegen die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang - ganz überwiegend - Erfolg. Das Beschwerdevorbringen, das nach § 146 Abs. 4 VwGO den Umfang der Überprüfung durch das Oberverwaltungsgericht bestimmt, rechtfertigt eine Änderung des erstinstanzlichen Beschlusses. Der aus Ägypten stammende Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass er entgegen der erstinstanzlichen Entscheidung die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG wegen eines rechtlichen Abschiebungshindernisses beanspruchen kann.

Die Beschwerde macht zutreffend geltend, dass das Verwaltungsgericht die Frage nach dem Vorliegen einer schutzwürdigen familiären Gemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seinem am [redacted] 2016 geborenen Sohn, einem deutschen Staatsangehörigen, nicht mit der Begründung offen lassen durfte, der Antragsteller könne auf eine Ausreise zur Durchführung des Visumverfahrens verwiesen werden, weil die damit verbundene Trennung von seinem Sohn in zeitlicher Hinsicht mangels eines endgültigen Verlustes zumutbar sei. Diese Argumentation wird den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG nicht gerecht.

Besteht zwischen einem deutschen Kind und einem ausländischen Elternteil eine verfassungsrechtlich schützenswerte familiäre Beziehung, kann ein rechtliches Abschiebungshindernis im Sinne von § 60a Abs. 2 AufenthG auch bei einer nur

vorübergehenden Trennung vorliegen, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen ist, das den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen kann und diese rasch als endgültigen Verlust erfährt (so z.B. bei einem 2 ½ Jahre alten Kind BVerfG, Beschluss vom 31. August 1999, - 2 BvR 1523/99 – juris Rn. 10). Insoweit sind die Gerichte verpflichtet, die Folgen einer vorübergehenden Trennung zu würdigen und müssen vor allem auch eine Vorstellung davon entwickeln, welcher Trennungszeitraum zumutbar ist (BVerfG, Beschluss vom 5. Juni 2013 – 2 BvR 586/13 – juris Rn. 14; Beschluss vom 9. Januar 2009 – 2 BvR 1064/08 – juris Rn. 17; Beschluss vom 1. Dezember 2008 – 2 BvR 1830/08 – juris Rn. 33).

Gemessen daran hätte das Verwaltungsgericht – was die Beschwerde zutreffend einwendet - berücksichtigen müssen, dass sich die Trennungszeit aller Voraussicht nach nicht auf einen überschaubaren Zeitraum begrenzen lässt, den die zuständige Auslandsvertretung durchschnittlich für die Erteilung eines Visums zum Familiennachzug benötigt. Da der Antragsgegner mit Bescheid vom 27. September 2017 das Vorliegen einer schutzwürdigen familiären Gemeinschaft verneint hat, liegt es hier mehr als nahe, dass er im Visumverfahren seine Zustimmung nach § 31 Abs. 1 AufenthV mit der Folge versagen wird, dass die zuständige Auslandsvertretung kein Visum erteilt. Unter diesen Umständen ist die Dauer eines sich an das Visumverfahren anschließenden, vom Ausland aus zu führenden (erstinstanzlichen) verwaltungsgerichtlichen Verfahrens einzubeziehen, was zu einer Trennungszeit von mindestens einem Jahr führen wird.

Darüber hinaus hat das Verwaltungsgericht – was die Beschwerde ebenfalls zutreffend geltend macht - nicht berücksichtigt, dass dem Antragsteller aufgrund eines noch wirksamen Einreise- und Aufenthaltsverbotes derzeit kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zusteht. Da die Wirkung der am 11. Juni 2015 erfolgten Zurückschiebung des Antragstellers ausweislich der AZR-Gesamtauskunft bis zum 10. Juni 2018 befristet ist, müsste der Antragsteller unabhängig von der regulären Dauer eines Visumsverfahrens zunächst eine Befristung der Sperrwirkung erwirken oder deren Ablauf abwarten. Unabhängig davon spricht einiges dafür, dass einer Einreise im Visumverfahren ferner die Sperrwirkung der von der Stadt Karlsruhe verfügten Ausweisung vom 11. August 2015 entgegensteht. Die Sperrwirkung ist zwar dem AZR zufolge auf den 19. August

2017 befristet; dieses Datum wird jedoch nicht in der Ausweisungsverfügung genannt, sondern es wurde entsprechend Ziffer 1 dieser Verfügung („2 Jahre ab dem Datum der nachgewiesenen Ausreise") im Hinblick auf die am 19. August 2015 erfolgte Ausreise des Antragstellers errechnet. Da der Antragsteller seinen Angaben zufolge im Dezember 2015 wieder (unerlaubt) in das Bundesgebiet eingereist ist, kann dies nicht nur dazu führen, dass das Fristende neu berechnet werden muss, sondern es steht ggf. auch eine Verlängerung des seinerzeit verfügten zweijährigen Einreise- und Aufenthaltsverbotes im Raum. Dies hat die Ausländerbehörde der Stadt Karlsruhe in Erwägung gezogen (Schreiben an den Antragsgegner vom 27. März 2017). Wie die zuständige Behörde insoweit verfährt und wie sich dies auf die Dauer eines Visumverfahrens auswirkt, lässt sich nicht verlässlich prognostizieren.

Im Übrigen wäre – ohne dass es darauf noch entscheidungserheblich ankommt - bei der Frage nach einer zumutbaren Trennung vorrangig zu prüfen gewesen, ob überhaupt eine Rechtsgrundlage besteht, aufgrund derer der Antragsteller nach seiner Ausreise die Erteilung eines Visums beanspruchen könnte. Dies dürfte hier zu verneinen sein. Solange der Antragsteller für seinen Sohn kein Sorgerecht innehat, setzt die im Ermessen der zuständigen Behörde stehende Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis - bei nicht gesichertem Lebensunterhalt - gemäß § 28 Abs. 1 Satz 4 AufenthG voraus, dass die familiäre Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet gelebt wird. Das ist nach der Ausreise des nachzugswilligen Elternteils nicht mehr der Fall (vgl. dazu auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. April 2015 – OVG 11 M 39.14 – juris Rn. 3). Für die Erteilung eines Visums nach § 6 Abs. 3, § 28 Abs. 4 in Verbindung mit § 36 Abs. 2 AufenthG ist hier nichts ersichtlich. Unter diesen Umständen wäre die Trennung des Antragstellers von seinem Sohn sogar dauerhaft.

Vor diesem Hintergrund ist der Vorhalt des Verwaltungsgerichts, der Antragsteller habe sich in der Vergangenheit nicht hinreichend um einen Termin bei der Botschaft bemüht, nicht entscheidungserheblich. Die Beschwerde weist allerdings zu Recht darauf hin, dass ein solches Verhalten nicht dazu führen kann, dass eine – auch aus der Sicht des Kindes zu beurteilende – unzumutbare Trennungsdauer hingenommen werden muss. Verfassungsrechtlich kommt es grundsätzlich allein auf die tatsächliche Dauer der Trennung an und nicht darauf, in wessen Sphäre

die Ursache für diese Dauer fällt (vgl. dazu auch BVerfG, Beschluss vom 10. Mai 2008 – 2 BvR 588/08 – juris Rn. 16).

Im Hinblick darauf, dass bei einer Ausreise des Antragstellers die Dauer der Trennung von seinem erst 1 ½ Jahre alten Sohn unzumutbar wäre, stellt sich die von dem Verwaltungsgericht nicht beantwortete Frage, ob eine zwischen dem Antragsteller und seinem Sohn bestehende schutzwürdige familiäre Lebensgemeinschaft glaubhaft gemacht ist. Das ist – auch wenn eine weitere Aufklärung im Hauptsacheverfahren geboten erscheint – zu bejahen. Bei der Bewertung der familiären Beziehungen verbietet sich eine schematische Einordnung, die sich nicht vorrangig an der Quantität der Kontakte orientieren darf (BVerfG, Beschluss vom 30. Januar 2002 – 2 BvR 231/00 – juris Rn. 29). Dies gilt namentlich bei Umgangskontakten, weil sich hier die Eltern-Kind-Beziehung typischerweise deutlich von dem Verhältnis des Kindes zur täglichen Betreuungsperson unterscheidet. Dass der Umgangsberechtigte nur ausschnittsweise am Leben des Kindes Anteil nehmen kann und keine alltäglichen Erziehungsentscheidungen trifft, steht der Annahme einer familiären Lebensgemeinschaft nicht entgegen (BVerfG, Beschluss vom 9. Januar 2009 – 2 BvR 1064/08 – juris Rn. 17 Rn. 20; Beschluss vom 1. Dezember 2008 – 2 BvR 1830/08 – juris Rn. 39). Es ist maßgeblich auf die Sicht des Kindes abzustellen, wobei Belange des Elternteils und des Kindes umfassend zu berücksichtigen sind. Hierbei ist davon auszugehen, dass der persönliche Kontakt des Kindes zu seinen Eltern und der damit verbundene Aufbau und die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter in der Regel der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dienen (BVerfG, Beschluss vom 5. Juni 2013 – 2 BvR 586/13 – juris Rn. 14).

Gemessen daran ist hier bei der im Hinblick auf die bevorstehende Abschiebung allein möglichen Prüfung nach Aktenlage eine schutzwürdige persönliche Verbundenheit des Antragstellers mit seinem Sohn hinreichend glaubhaft gemacht. Die Beschwerde weist zutreffend darauf hin, dass der Antragsteller am 7. November 2017 einen – am Kindeswohl orientierten - familiengerichtlichen Vergleich erwirkt hat, wonach er drei Mal pro Woche jeweils drei Stunden zu einem Umgang mit seinem Kind berechtigt und verpflichtet ist. Er darf das Kind auch ohne Anwesenheit der Mutter betreuen und nimmt an jedem zweiten Freitag gemeinsam mit seinem Sohn eine Spielstunde beim Träger des Jugendamtes wahr. Ein darüber hin-

ausgehender Umgang am Wochenende wird zwischen den Eltern einvernehmlich und kurzfristig vereinbart. Die Umsetzung des gerichtlichen Vergleichs bleibt abzuwarten, sie ist bislang jedenfalls durch Schreiben der [redacted] vom 14. Dezember 2017 und eine detaillierte eidesstattliche Versicherung des Antragstellers glaubhaft gemacht. Damit spricht derzeit alles dafür, dass Kontakte in einem Umfang bestehen, die unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG fallen. Ihr Abbruch ist angesichts der dargelegten Dauer einer Trennung und im Hinblick auf das Alter des Sohnes nicht zumutbar. Ob der geschlossene Vergleich auf längere Sicht tragfähig ist und der Antragsteller den Umgang (weiterhin) wahrnimmt, bleibt einer im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu leistenden Überprüfung vorbehalten, die z.B. im Klageverfahren erfolgen kann. Dies gilt auch, soweit die von dem Antragsteller getrennt lebende Mutter des Sohnes vor Abschluss des Vergleichs unterschiedliche Angaben zu dem – aus ihrer Sicht nur sporadischen - Umgang zwischen Vater und Sohn gemacht hat. Abgesehen davon, dass insoweit eine Veränderung der Verhältnisse glaubhaft gemacht ist, hat der Antragsteller auch in der Vergangenheit immerhin gewisse Kontakte zu seinem Sohn gepflegt und einige – wenn auch wenige - Unterstützungsleistungen erbracht (Begleitung der Mutter ins Krankenhaus zur Geburt, Abholung aus dem Krankenhaus, Einkäufe, Besuche). Dass die Abschiebung des Antragstellers wegen der bestandskräftigen Ausweisung und der wiederholten Verstöße gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften gerechtfertigt wäre, ist im Hinblick auf das Gewicht der verfassungsrechtlich geschützten familiären Beziehungen nicht ersichtlich.

Soweit der Antragsteller die Aussetzung der Abschiebung bis zum Abschluss des Klageverfahrens begehrt, hat die Beschwerde keinen Erfolg, weil die weitere Entwicklung der derzeit glaubhaft gemachten familiären Beziehungen nicht absehbar ist. Dem Gericht kommt im einstweiligen Anordnungsverfahren bei der Sicherung des Hauptsacheanspruchs – anders als im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO – eine Gestaltungsbefugnis zu (vgl. Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 123 Rn. 133).

Über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe sowie über die Beschwerde gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe ist nicht mehr zu entscheiden, weil der Antragsgegner die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, Abs. 2 VwGO. Soweit der Antragsteller unterlegen ist, weil das Gericht die Verpflichtung des Antragsgegners zur vorläufigen Erteilung einer Duldung entgegen dem aufrecht erhaltenen erstinstanzlichen Antrag nicht bis zu dem (ungewissen) Abschluss des Klageverfahrens ausspricht, sind die Kosten wegen Geringfügigkeit nach § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO ebenfalls dem Antragsgegner aufzuerlegen.

Da die Beschwerde gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe überwiegend Erfolg gehabt hätte, ist keine Gebühr nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) zu erheben.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

Da die Sache wegen der geplanten Abschiebung des Antragstellers besonders dringlich ist, ergeht die Entscheidung nach § 80 Abs. 8 VwGO durch den Vorsitzenden. Diese Regelung ist im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO entsprechend anwendbar.

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

Dr. Riese

Beglaubigt

Köhler

Justizhauptsekretärin

OBERVERWALTUNGSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG