

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 2 BVR 1001/04 -

IM NAMEN DES VOLKES

In dem Verfahren

über

die Verfassungsbeschwerde
des serbisch-montenegrinischen Staatsangehörigen Z ...

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Franz Auer und Koll.,
Gesandtenstraße 10/1, 93047 Regensburg -

gegen a) den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Mai 2004 - 24 CS 04.850
-,
b) den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Regensburg vom 9. März 2004 - RN 9 S
04.332 -

und Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung
und Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt Franz Auer
hat die 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch
den Richter Broß,
die Richterin Lübke-Wolff
und den Richter Gerhardt

gemäß § 93c in Verbindung mit § 93a Absatz 2 Buchstabe b BVerfGG in der Fassung der
Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473) am 8. Dezember 2005 einstimmig
beschlossen:

Die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Regensburg vom 9. März 2004 - RN 9 S 04.332 - und des
Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3. Mai 2004 - 24 CS 04.850 - verletzen den
Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Artikel 6 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1 des
Grundgesetzes; sie werden aufgehoben. Die Sache wird an das Verwaltungsgericht Regensburg
zurückverwiesen.

Der Freistaat Bayern hat dem Beschwerdeführer seine notwendigen Auslagen für das
Verfassungsbeschwerde-Verfahren und für das Verfahren betreffend den Antrag auf Erlass einer
einstweiligen Anordnung zu erstatten.

Damit erledigt sich der Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

Gründe:

A.

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage aufenthaltsrechtlicher Schutzwirkungen aus Art. 6
GG zugunsten des umgangsberechtigten Vaters eines deutschen Kindes.

I.

1. Der 1976 geborene Beschwerdeführer ist serbisch-montenegrinischer Staatsangehöriger und

stammt aus dem Kosovo. Er reiste zuletzt 1999 in die Bundesrepublik Deutschland ein und führte erfolglos ein Asylverfahren durch. Im Juni 2000 heiratete er eine deutsche Staatsangehörige. Aus der Ehe ging im Juli 2000 eine Tochter hervor, die ebenfalls deutsche Staatsangehörige ist. Dem Beschwerdeführer wurde zuletzt eine bis zum 7. Dezember 2003 befristete Aufenthaltserlaubnis erteilt. Bereits seit März 2002 lebten die Eheleute getrennt; im August 2003 wurde die Ehe rechtskräftig geschieden. Die elterliche Sorge für die Tochter wurde der Mutter übertragen. Zum Umgangsrecht des Beschwerdeführers trafen die Eltern folgende Vereinbarung: Ab Januar 2003 für drei Monate begleiteter Umgang im Kinderhort jeden Mittwoch für zwei Stunden; danach unbegleitet jeden zweiten Sonntag von 13 bis 18 Uhr; ab Dezember 2003 jeden zweiten Sonntag von 10 bis 17 Uhr sowie alle drei Wochen - wenn der Beschwerdeführer Nachtschicht hat - am Mittwoch von 14 bis 16 Uhr. Der Beschwerdeführer lebt in einer anderen Stadt als seine geschiedene Frau und das gemeinsame Kind und steht seit 2001 in einem unbefristeten Beschäftigungsverhältnis.

2. Den Antrag des Beschwerdeführers auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis vom November 2003, den er damit begründete, er nehme das Umgangsrecht mit seiner Tochter vereinbarungsgemäß und zuverlässig wahr und zahle entsprechend seiner Leistungsfähigkeit Unterhalt, lehnte die Ausländerbehörde mit Bescheid vom 2. Februar 2004 ab, weil keine familiäre Lebensgemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter bestehe. Dem Beschwerdeführer wurde die Abschiebung nach Serbien-Montenegro angedroht.

3. Hiergegen erhob der Beschwerdeführer Klage, über die noch nicht entschieden worden ist, und beantragte die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes: Das Umgangsrecht des nicht sorgeberechtigten Elternteils stehe ebenso wie das Sorgerecht unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Ihm könne nicht entgegengehalten werden, er verbringe zwar regelmäßig Zeit mit seiner Tochter, dies sei aber als reine Begegnungsgemeinschaft zu klassifizieren. Die Ausländerbehörde habe den tatsächlichen Umfang des Umgangs und die Kindeswohlbelange unzureichend gewürdigt. Die Entwicklung des Kindes werde ohnehin nicht nur durch quantifizierbare Betreuungsbeiträge der Eltern geprägt. Die Ausübung des elterlichen Umgangsrechts entfalte ausländerrechtliche Wirkung auch ohne ein Sorgerecht und ohne häusliche Gemeinschaft. Es dürfe auch kein Kriterium sein, dass ein Elternteil - wie hier - an einem anderen Wohnort lebe. Ausgehend vom Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen verbiete sich die Abschiebung eines Elternteils, der sein Umgangsrecht bzw. seine Umgangspflicht wahrnehme. Auch sei Art. 8 EMRK zu berücksichtigen.

4. Mit Beschluss vom 9. März 2004 lehnte das Verwaltungsgericht Regensburg den Antrag ab: Die Ausländerbehörde habe die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, 2. Halbsatz AuslG zu Recht abgelehnt, weil der Beschwerdeführer mit seiner Tochter nicht in familiärer Lebensgemeinschaft lebe. Ausländerrechtliche Schutzwirkungen entfalte Art. 6 GG nicht schon aufgrund formal-rechtlicher familiärer Bindungen. Entscheidend sei vielmehr die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern, wobei grundsätzlich eine Betrachtung des Einzelfalles geboten sei. Lebten die Eltern auf Dauer getrennt und habe der Elternteil, bei dem das Kind nicht verblieben sei, lediglich das Umgangsrecht, könne eine familiäre Lebensgemeinschaft ausnahmsweise dann bestehen, wenn dieses in einer Weise ausgeübt werde, die - was den Umfang und die Intensität des Kontaktes mit dem Kind anbelange - der Wahrnehmung des Sorgerechts nahe komme, z. B. wenn dieser Elternteil in unmittelbarer Nähe wohne und einen Teil der elterlichen Betreuungs- und Erziehungsaufgaben wahrnehme, oder bei einer besonders häufigen und intensiven Wahrnehmung des Besuchsrechts. Hierfür bestünden im Falle des Beschwerdeführers keine Anhaltspunkte. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus Art. 8 EMRK und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

5. Im Beschwerdeverfahren wurde gerügt, dass die Anforderungen an das Vorliegen einer familiären

Gemeinschaft überspannt worden seien. Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Obergerichte sei nicht berücksichtigt worden. Könnten sich die Eltern über die Ausübung des Umgangsrechts nicht einigen, hätten die Gerichte eine Entscheidung zu treffen, die sowohl die beiderseitigen Grundrechtspositionen der Eltern als auch das Wohl des Kindes und dessen Individualität als Grundrechtsträger berücksichtige. Ein Verstoß gegen das Kindeswohl begründe zugleich einen Verstoß gegen das Elternrecht. Unter Berücksichtigung des Elternrechts des Beschwerdeführers auf Umgang mit seiner Tochter und des Wohls des Kindes sei die Ausländerbehörde danach gehalten, weiterhin eine befristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Ergänzend verwies der Beschwerdeführer auf Fotos, die ihn mit seiner Tochter zeigten, sowie eine eidesstattliche Versicherung, in der die Aktivitäten und Telefongespräche mit seiner Tochter im Einzelnen aufgelistet waren. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts leiste er einen echten Anteil an der Betreuung, Versorgung und Erziehung. Auf die Frage, welche Auswirkungen ein Abbruch des Umgangsrechts auf das Wohl seiner Tochter hätte, sei das Verwaltungsgericht nicht eingegangen. Soweit Zweifel bestünden, ob das Umgangsrecht dem Wohl des Kindes entgegenstehe, hätte der Sachverhalt weiter aufgeklärt und im Hauptsacheverfahren ggf. ein kinderpsychologisches Gutachten eingeholt werden müssen.

6. Mit Beschluss vom 3. Mai 2004 wies der Bayerische Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde zurück: Von einer familiären Gemeinschaft des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit seinem Kind sei dann auszugehen, wenn zwischen ihnen ein durch die regelmäßige Übernahme von Betreuungs- und Erziehungsaufgaben, gegebenenfalls auch durch eine häufige und intensive Wahrnehmung des Umgangsrechts, begründetes besonders enges Verhältnis und damit nicht nur eine durch bloße Besuche und sonstige Kontakte geprägte Begegnungsgemeinschaft, sondern eine durch gegenseitige persönliche Abhängigkeit charakterisierte Betreuungsgemeinschaft bestehe. Von der Übernahme von Betreuungs- und Erziehungsaufgaben durch den Beschwerdeführer könne vorliegend nicht gesprochen werden. Aus der eidesstattlichen Versicherung ergebe sich lediglich, dass er das Kind entsprechend der vereinbarten Regelung alle 14 Tage abhole und mit ihm etwas unternehme. Die aufgelisteten Telefonate seien nicht geeignet, eine häufige und intensive Wahrnehmung des Umgangsrechts inhaltlich auszugestalten.

II.

Mit seiner Verfassungsbeschwerde rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG.

1. Die angegriffenen Beschlüsse verletzen sowohl das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Elternteilen als auch das Elternrecht des Beschwerdeführers. Einem nicht sorgeberechtigten ausländischen Elternteil eines deutschen minderjährigen Kindes, der mit dem Kind und dessen anderem Elternteil nicht mehr in häuslicher Gemeinschaft lebe, aber sein Umgangsrecht entsprechend der vereinbarten Regelung wahrnehme und seiner Unterhaltsverpflichtung nachkomme, müsse der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet gestattet werden. Das Verständnis der Familie habe in den letzten Jahrzehnten eine erhebliche Änderung erfahren, auf die der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts reagiert habe. Im Mittelpunkt dieser Gesetzesreform stehe als elementarer Bestandteil des Kindeswohls das Recht des Kindes auf Umgang mit beiden Eltern und die korrespondierende Pflicht der Eltern. Die angegriffenen Beschlüsse hätten diesen grundlegenden Wertungsansatz verkannt. Unter Beachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die entscheidend auf das Kindeswohl abstelle, sei davon auszugehen, dass die bisherige und vorliegend auch vom Verwaltungsgerichtshof zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts überholt sei, wonach zwischen dem nicht sorgeberechtigten Elternteil und seinem deutschen Kind ein dem Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft entsprechendes oder doch weitgehend nahe kommendes, besonders enges

(Abhängigkeits-)Verhältnis im Sinne einer Betreuungsgemeinschaft und nicht nur eine Begegnungsgemeinschaft bestehen müsse. Der Beschwerdeführer habe mit seiner Tochter nach der Geburt 1 ½ Jahre in familiärer Lebensgemeinschaft gelebt; sie bedürfe zu ihrer Entwicklung und zum weiteren Aufbau und zur Intensivierung ihrer emotionalen Beziehung zum Vater des weiteren Umgangs mit ihm. Beide seien einander herzlich zugetan. Ein bloßes Betretensrecht gemäß § 9 Abs. 3 AuslG würde dem Kindeswohl und dem Elternrecht nicht gerecht. Eine realistische Wahrnehmung des Umgangsrechts sei vom Kosovo aus nicht möglich. Auch könnten die derzeitigen Unterhaltsleistungen voraussichtlich nicht mehr erbracht werden. Angesichts des Alters des Kindes sei auch eine verhältnismäßig kurze Trennungszeit unzumutbar.

2. Mit Kammerbeschluss vom 20. Juli 2004 wurde der zuständigen Ausländerbehörde im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, die angedrohte Abschiebung bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde zu vollziehen. Die einstweilige Anordnung wurde durch Beschluss vom 25. Januar 2005 und zuletzt durch Beschluss vom 20. Juli 2005 wiederholt.

3. Das Bundesverfassungsgericht hat der zuständigen Ausländerbehörde, dem Bayerischen Staatsministerium des Innern, den Landesregierungen sowie dem Bundeskanzleramt Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichts sowie der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe wurden um Stellungnahme gebeten, wie sich die jeweilige Rechtsprechung entwickelt habe.

B.

Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte des Beschwerdeführers angezeigt ist (§ 93b i.V.m. § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und - in einer die Entscheidungszuständigkeit der Kammer begründenden Weise (§ 93c Abs. 1 Satz 1 BVerfGG) - auch offensichtlich begründet; denn die für die Beurteilung maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen hat das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden (vgl. zu den aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen aus Art. 6 GG BVerfGE 76, 1 <41 ff.>; 80, 81 <90 ff.>; zum verfassungsrechtlichen Schutz des Umgangsrechts BVerfGE 31, 194 <206 f.>; 56, 363 <382 ff.>; 64, 180 <187 f.>).

I.

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

Der Beschwerdeführer hat insbesondere den Rechtsweg im Sinne von § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG erschöpft und kann nicht auf die noch ausstehende Entscheidung im Hauptsacheverfahren verwiesen werden; denn der geltend gemachte Grundrechtsverstoß beruht gerade auf der Versagung von Eilrechtsschutz (vgl. dazu BVerfGE 35, 382 <397 f.>). Bereits die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes hat die Möglichkeit einer Abschiebung des Beschwerdeführers und damit die Vereitelung des von ihm beanspruchten Rechtes auf ein ununterbrochenes familiäres Zusammenleben aus Art. 6 GG zur Folge.

II.

Die Verfassungsbeschwerde ist offensichtlich begründet. Die angegriffenen Beschlüsse verletzen den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt (vgl. BVerfGE 51, 386 <396 f.>; 76, 1 <47>; 80, 81 <93>). Das Grundgesetz überantwortet die Entscheidung, in welcher Zahl und unter welchen

Voraussetzungen Fremden der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll, weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt (vgl. BVerfGE 76, 1 <47 f., 51 f.>; 80, 81 <92>). Dem Ziel der Begrenzung des Zuzugs von Ausländern darf von Verfassungs wegen erhebliches Gewicht beigemessen werden (vgl. BVerfGE 76, 1 <68>). Allerdings verpflichtet die in Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, die Ausländerbehörde, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen die familiären Bindungen des den (weiteren) Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, pflichtgemäß, d. h. entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen, in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dieser verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie entspricht ein Anspruch des Trägers des Grundrechts aus Art. 6 GG darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über das Aufenthaltsbegehren seine familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen berücksichtigen (vgl. BVerfGE 76, 1 <49 ff.>; 80, 81 <93>).

Ausländerrechtliche Schutzwirkungen entfaltet Art. 6 GG freilich nicht schon aufgrund formalrechtlicher familiärer Bindungen. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern (vgl. BVerfGE 76, 1 <42 f.>), wobei grundsätzlich eine Betrachtung des Einzelfalls geboten ist (vgl. Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 31. August 1999 - 2 BvR 1523/99 -, InfAuslR 2000, 67 <68>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 231/00 -, InfAuslR 2002, 171 <173>; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Dezember 2003 - 2 BvR 2108/00 -, BVerfGK 2, 190 <194>).

2. Der Schutz des Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 GG gilt zunächst und zuvörderst der Familie als Lebens- und Erziehungsgemeinschaft. Die leibliche und seelische Entwicklung der Kinder findet in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage. Familie als verantwortliche Elternschaft wird von der prinzipiellen Schutzbedürftigkeit des heranwachsenden Kindes bestimmt (vgl. BVerfGE 80, 81 <90>). Besteht eine solche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen dem Ausländer und seinem Kind und kann diese Gemeinschaft nur in der Bundesrepublik Deutschland verwirklicht werden, etwa weil das Kind deutscher Staatsangehörigkeit und ihm wegen der Beziehungen zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar ist, so drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 231/00 -, InfAuslR 2002, 171 <173>; vgl. auch BVerfGE 80, 81 <95> zur Erwachsenenadoption).

Bei der Bewertung der familiären Beziehungen verbietet sich eine schematische Einordnung als entweder aufenthaltsrechtlich grundsätzlich schutzwürdige Lebens- und Erziehungsgemeinschaft oder Beistandsgemeinschaft oder aber bloße Begegnungsgemeinschaft ohne aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen, zumal auch der persönliche Kontakt mit dem Kind in Ausübung eines Umgangsrechts unabhängig vom Sorgerecht Ausdruck und Folge des natürlichen Elternrechts und der damit verbundenen Elternverantwortung ist und daher unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG steht (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 231/00 -, InfAuslR 2002, 171 <173>). Es kommt in diesem Zusammenhang auch nicht darauf an, ob eine Hausgemeinschaft vorliegt und ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen erbracht werden könnte (vgl. BVerfGE 80, 81 <95>; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 1. August 1996 - 2 BvR 1119/96 -, FamRZ 1996, 1266; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. März 1997 - 2 BvR 260/97 -, Juris). Dabei ist auch in

Rechnung zu stellen, dass der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters nicht durch die Betreuung des Kindes durch die Mutter entbehrlich wird (vgl. Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. März 1997 - 2 BvR 260/97 -, Juris; Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 31. August 1999 - 2 BvR 1523/99 -, InfAuslR 2000, 67 <68>).

Eine verantwortungsvoll gelebte und dem Schutzzweck des Art. 6 GG entsprechende Eltern-Kind-Gemeinschaft lässt sich nicht allein quantitativ etwa nach Daten und Uhrzeiten des persönlichen Kontakts oder genauem Inhalt der einzelnen Betreuungshandlungen bestimmen. Die Entwicklung eines Kindes wird nicht nur durch quantifizierbare Betreuungsbeiträge der Eltern, sondern auch durch die geistige und emotionale Auseinandersetzung geprägt (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 231/00 -, InfAuslR 2002, 171 <174>).

3. Der Gesetzgeber hat durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997 (BGBl I S. 2942) die familienrechtlichen Rahmenbedingungen verändert. Nach § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB gehört zum Wohl des Kindes in der Regel der Umgang mit beiden Elternteilen. Gemäß § 1684 Abs. 1 BGB hat das Kind Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt. Das bis dahin lediglich als Elternrecht ausgestaltete Umgangsrecht soll in der Neufassung des § 1684 BGB einen Bewusstseinswandel bei den Eltern bewirken, dass sie nicht nur ein Recht auf Umgang haben, sondern im Interesse des Kindes auch die Pflicht, diesen Umgang zu ermöglichen. Das Kind ist nicht nur Objekt des elterlichen Umgangs; vielmehr dient der Umgang der Eltern mit ihrem Kind ganz wesentlich dessen Bedürfnis, Beziehungen zu beiden Elternteilen aufzubauen und erhalten zu können. Die gesetzliche Umgangspflicht soll Eltern darauf hinweisen, dass der Umgang mit ihnen, auch und gerade wenn das Kind nicht bei ihnen lebt, für die Entwicklung und das Wohl des Kindes eine herausragende Bedeutung hat (vgl. BTDrucks 13/4899 S. 68; 13/8511 S. 67 f., 74).

4. Die gewachsene Einsicht in die Bedeutung des Umgangsrechts eines Kindes mit beiden Elternteilen, wie sie in § 1626 Abs. 3 Satz 1 und § 1684 Abs. 1 BGB n. F. zum Ausdruck kommt, kann auf die Auslegung und Anwendung des § 23 Abs. 1, 2. Halbsatz in Verbindung mit § 17 Abs. 1 AuslG - jetzt: § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG -, wonach auch dem nicht sorgeberechtigten Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, wenn die familiäre Gemeinschaft schon im Bundesgebiet gelebt wird, nicht ohne Auswirkung bleiben. Die Vorstellung dessen, was "Familie" und schützenswert ist, die in der Wertentscheidung des Gesetzgebers des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zum Ausdruck kommt, ist selbst vom Verfassungsrecht geprägt und kann auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung bei der Bewertung einer familiären Situation im Ausländerrecht nicht außer Betracht bleiben (vgl. hierzu auch den Beschluss des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 22. Februar 2001 - VerfGH 103 A/00, 103/00 -, NVwZ-RR 2001, 687 <688>).

Die Verfassung gewährleistet Ehe und Familie nicht abstrakt, sondern in der verfassungsgeleiteten Ausgestaltung, wie sie den herrschenden, in der gesetzlichen Regelung maßgebend zum Ausdruck gelangten Anschauungen entspricht (vgl. BVerfGE 15, 328 <332>; 31, 58 <82 f.>; 53, 224 <245>). Die Reichweite der Schutzwirkungen des Art. 6 GG wird insoweit von dem das verfassungsrechtliche Bild von Ehe und Familie auch im Allgemeinen prägenden Regelungen des § 1353 Abs. 1 Satz 2, der §§ 1626 ff. BGB mitbestimmt (vgl. BVerfGE 76, 1 <43>). Die §§ 1626 ff. BGB stellen seit ihrer Neufassung durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz das Kindeswohl in den Mittelpunkt und anerkennen die Beziehung jedes Elternteils zu seinem Kind als grundsätzlich schutz- und förderungswürdig. Darin sind sie ihrerseits geprägt durch den hohen Rang, der dem Kindeswohl von Verfassungs wegen für die Ausgestaltung des Familienrechts zukommt (vgl.

BVerfGE 80, 81 <90>; 108, 82 <114>).

5. Bei aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen, die den Umgang mit einem Kind berühren, ist deshalb maßgeblich auch auf die Sicht des Kindes abzustellen und im Einzelfall zu untersuchen, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist. Dabei sind die Belange des Elternteils und des Kindes im Einzelfall umfassend zu berücksichtigen (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 20. Februar 2003 - 1 C 13/02 -, BVerwGE 117, 380 <390 f.>).

Dementsprechend ist im Einzelfall zu würdigen, in welcher Form die Elternverantwortung ausgeübt wird und welche Folgen eine endgültige oder vorübergehende Trennung für die gelebte Eltern-Kind-Beziehung und das Kindeswohl hätte. In diesem Zusammenhang ist davon auszugehen, dass der persönliche Kontakt des Kindes zum getrennt lebenden Elternteil und der damit verbundene Aufbau und die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter in aller Regel der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dient und das Kind beide Eltern braucht (vgl. BVerfGE 56, 363 <384>; 79, 51 <63 f.>; zur Bedeutung der Beziehung zu beiden Elternteilen für die Entwicklung des Kindes s. a. § 1626 Abs. 3 Satz 1 BGB und den Zehnten Kinder- und Jugendbericht, BTDrucks 13/11368 S. 40 u.a.).

6. Soweit für die Bejahung des Vorliegens einer familiären (Lebens-)Gemeinschaft regelmäßige Kontakte des getrennt lebenden Elternteils mit seinem Kind, die die Übernahme elterlicher Erziehungs- und Betreuungsverantwortung zum Ausdruck bringen, sowie eine emotionale Verbundenheit gefordert werden, begegnet das für sich genommen keinen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Das Kindschaftsrechtsreformgesetz hat die Rechtswirklichkeit für die Eltern-Kind-Beziehung zwar erheblich verändert; das lässt aber nicht unmittelbar und ohne Rücksicht auf die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehung der Familienmitglieder untereinander darauf schließen, dass sich die Eltern-Kind-Beziehung nach Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft tatsächlich entsprechend dem Leitbild des Gesetzgebers gestaltet. Die familiäre (Lebens-)Gemeinschaft zwischen einem Elternteil und seinem minderjährigen Kind ist getragen von tatsächlicher Anteilnahme am Leben und Aufwachsen des Kindes. Im Falle eines regelmäßigen Umgangs des ausländischen Elternteils, der dem auch sonst Üblichen entspricht, wird in der Regel von einer familiären Gemeinschaft auszugehen sein. Auch Unterhaltsleistungen sind in diesem Zusammenhang ein Zeichen für die Wahrnehmung elterlicher Verantwortung.

7. Gemessen an diesen Grundsätzen halten die Erwägungen des Verwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs, mit denen eine aufenthaltsrechtlich schützenswerte Bindung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter verneint worden ist, einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht stand. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG wurden nicht hinreichend unter Beachtung der Rechte des Kindes und des Vaters bewertet und gewichtet.

a) Die familiäre Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Tochter unterfällt dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG. Ferner ist auch der Anwendungsbereich des Art. 6 Abs. 2 GG eröffnet. In den persönlichen Schutzbereich dieser die Elternautonomie im Interesse des Kindeswohls schützenden Vorschrift sind auch umgangsberechtigte Elternteile einbezogen, ohne dass es insoweit auf die Qualität der jeweiligen Beziehung zum Kind ankommt (vgl. BVerfGE 31, 194 <206 f.>; 56, 363 <382 ff.>; 64, 180 <187 f.>; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 231/00 -, InfAuslR 2002, 171 <173>; Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 21. Mai 2003 - 1

BvR 90/03 -, FamRZ 2003, 1082 <1083>). Auch der Beschwerdeführer ist mithin Träger dieses Elternrechts.

b) Die Argumentation des Verwaltungsgerichts wird Inhalt und Bedeutung der verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nicht gerecht.

Die in Rede stehende Versagung einer Aufenthaltserlaubnis hat die Beendigung des Aufenthalts des Beschwerdeführers im Bundesgebiet zur Folge, was ein familiäres Zusammenleben von Vater und Kind in Deutschland unmöglich macht, die persönlichen Begegnungsmöglichkeiten stark beschränkt und dem Beschwerdeführer die Teilhabe an Pflege und Erziehung seiner Tochter erheblich erschwert.

Zwar hat die angegriffene Entscheidung nicht verkannt, dass diese Belastungen grundsätzlich den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG berühren, jedoch fehlt es an einer angemessenen Berücksichtigung der konkreten Lebensumstände des Beschwerdeführers und seiner Tochter. Die Frage des Bestehens einer familiären (Lebens-)Gemeinschaft im Sinne des § 23 Abs. 1, 2. Halbsatz in Verbindung mit § 17 Abs. 1 AuslG wurde mit verfassungsrechtlich nicht tragfähigen Erwägungen verneint. Das Verwaltungsgericht wird das Vorliegen einer solchen Gemeinschaft unter Beachtung der dargelegten verfassungsrechtlichen Grundsätze, insbesondere unter Berücksichtigung der Wertungen der Kindschaftsrechtsreform, erneut zu prüfen haben.

Das Verwaltungsgericht nennt zwar zunächst die einschlägige neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach eine Betrachtung des Einzelfalles geboten ist und sich eine schematische Beurteilung verbietet. Im Rahmen der Anwendung der genannten Grundsätze würdigt das Verwaltungsgericht indes die konkreten Umstände des Einzelfalles nicht, sondern stellt abstrakte Kriterien auf und verneint vor diesem Hintergrund das Bestehen einer familiären Lebensgemeinschaft. Die Bewertung der aufenthaltsrechtlichen Bedeutung des tatsächlich gelebten Umgangsrechts ist schematisch. Zudem verkennt sie, dass der (auch) in der Kindschaftsrechtsreform zum Ausdruck gekommene Aspekt des Kindeswohls bereits auf der Ebene des Tatbestands angemessene Berücksichtigung finden muss.

Soweit das Verwaltungsgericht darauf abstellt, das gelebte Umgangsrecht begründe "nur ausnahmsweise und allenfalls bei Vorliegen besonderer Umstände" eine familiäre Lebensgemeinschaft, und fordert, dass der Kontakt in Bezug auf Umfang und Intensität der Wahrnehmung des Sorgerechts nahe kommen müsse, entspricht dies weder dem Wortlaut des § 23 Abs. 1, 2. Halbsatz AuslG (jetzt: § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) noch ist dieser Maßstab in dieser Allgemeinheit verfassungsrechtlich tragfähig.

c) Auch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs steht mit Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG nicht in Einklang. Das gilt insbesondere, soweit der Verwaltungsgerichtshof ausführt, von der Übernahme von Betreuungs- und Erziehungsaufgaben durch den Beschwerdeführer könne vorliegend nicht gesprochen werden; denn aus der eidesstattlichen Versicherung ergebe sich lediglich, dass er das Kind entsprechend der vereinbarten Regelung alle 14 Tage abhole und mit ihm etwas unternehme, und die aufgelisteten Telefonate seien nicht geeignet, eine häufige und intensive Wahrnehmung des Umgangsrechts inhaltlich auszugestalten.

Mit der Kindschaftsrechtsreform hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass sich auch außerhalb der persönlichen Begegnung Umgang ereignen kann und soll, etwa durch Brief- und Telefonkontakte (vgl. BTDrucks 13/4899 S. 104 f. zur Neufassung des § 1684 BGB). Auch Telefonate sind somit Teil der Wahrnehmung des Umgangs und insoweit - zumal bei getrennten

Wohnsitzen - auch Element familiärer Gemeinschaft. Dies muss in die ausländerrechtliche Würdigung angemessen einfließen. Die vom Beschwerdeführer hierzu vorgelegte eidesstattliche Versicherung erfüllt grundsätzlich die Darlegungserfordernisse an eine Glaubhaftmachung im Eilverfahren und belegt mehr als nur lose und seltene Besuchskontakte, nämlich zahlreiche gemeinsame Unternehmungen und regelmäßige Telefongespräche des Beschwerdeführers mit seiner noch kleinen Tochter, getragen von emotionalen Bindungen auf beiden Seiten. Im Rahmen verfassungskonformer Sachverhaltswürdigung wird ferner angemessen zu berücksichtigen sein, dass im Falle einer Rückkehr des Beschwerdeführers in den Kosovo ein Abbruch des persönlichen Kontakts zu seinem Kind droht und auch dessen finanzielle Versorgung in Frage steht. Für die Beurteilung der Schutzwürdigkeit der familiären Gemeinschaft und der Zumutbarkeit einer (vorübergehenden) Trennung sowie der Möglichkeit, über Briefe, Telefonate und Besuche auch aus dem Ausland Kontakt zu halten, spielt schließlich das Alter des Kindes eine wesentliche Rolle (vgl. hierzu auch Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 31. August 1999 - 2 BvR 1523/99 -, InfAuslR 2000, 67 <69>).

III.

Die angegriffenen Beschlüsse beruhen auf dem festgestellten Verfassungsverstoß. Es ist nicht auszuschließen, dass die Gerichte bei hinreichender Berücksichtigung der sich aus Art. 6 GG ergebenden Vorgaben zu einer anderen, dem Beschwerdeführer günstigeren Entscheidung gelangt wären. Die Kammer hebt deshalb nach § 93c Abs. 2 in Verbindung mit § 95 Abs. 2 BVerfGG die angegriffenen Beschlüsse auf und verweist die Sache an das Verwaltungsgericht zurück.

IV.

Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34a Abs. 2 und 3 BVerfGG.

Mit der Anordnung der Erstattung der notwendigen Auslagen erledigt sich der Antrag des Beschwerdeführers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe (vgl. BVerfGE 62, 392 <397>; 71, 122 <136 f.>).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar (§ 93d Abs. 1 Satz 2 BVerfGG).

Broß Lübke-Wolff Gerhardt