

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

4 Bs 74/02
17 VG 579/2002

4. Senat

Beschluß vom 6. Mai 2002

Ausländergesetz

§ 21 Abs. 1 Satz 1

§ 31 Abs. 2 Satz 1

Es bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken dagegen, dass nach § 21 Abs. 1 Satz 1 ebenso wie nach § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG einem im Bundesgebiet geborenen Kind eine Aufenthaltserlaubnis bzw. eine Aufenthaltsbefugnis (nur) erteilt wird, wenn die Mutter (als der weibliche Elternteil) eine entsprechende Aufenthaltsgenehmigung besitzt, dagegen der Vater (als der männliche Elternteil) seinem Kind ein - seinem Status entsprechendes - Aufenthaltsrecht nicht vermitteln kann. Diese Schlechterstellung des Vater-Kind-Verhältnisses dürfte gegen Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 Satz 1 GG verstoßen (ebenso OVG Hamburg, Beschl. v. 13.10.1999 - 3 Bf 644/99 -; Beschl. v. 25.1.2000 - 4 Bf 322/99 -; VGH Mannheim, Beschl. v. 29.1.2001, NVwZ-RR 2001 S. 605).



Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

4 Bs 74/02
17 VG 579/2002

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

Antragsteller,

Prozeßbevollmächtigter:

g e g e n

Antragsgegnerin,

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 4. Senat,
durch den Richter Sinhuber, die Richterin Dr. Thies sowie den
Richter Wiemann am 6. Mai 2002 beschlossen:

st/-

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 20. Februar 2002 geändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage 17 VG 4283/2001 des Antragstellers zu 2) gegen die Verfügung vom 31. Juli 2001 und den Widerspruchsbescheid vom 2. Oktober 2001 wird angeordnet.

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Antragstellerin zu 1) nicht vor einer Entscheidung über die Klage 17 VG 4283/2001 abzuschieben.

Im Übrigen wird die Beschwerde, soweit die Antragstellerin zu 1) die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage begehrt, zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt drei Viertel, die Antragsteller tragen ein Viertel der Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 4.000,- Euro festgesetzt.

Die Entscheidung ist unanfechtbar.

G r ü n d e

Die fristgerecht eingelegte und begründete Beschwerde hat überwiegend Erfolg.

Aus den von den Antragstellern dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO in der Fassung des Gesetzes zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess vom 20. Dezember 2001 [BGBl. I S. 3987] ist die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts abzuändern, und es ist ihnen der begehrte einstweilige Rechtsschutz in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang gegen die Verfügungen der Antragsgegnerin vom 8. März 2001 (betr. die Antragstellerin zu 1 [im folg. nur Antragstellerin]) und vom 31. Juli 2001 (betr. deren minderjährigen Sohn, den Antragsteller zu 2 [Antragsteller]) sowie den Widerspruchsbescheid vom 2. Oktober 2001 zu gewähren.

1. Der am [REDACTED] im Bundesgebiet geborene Antragsteller, der in der Frist des § 69 Abs. 1 Satz 2 AuslG die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung beantragt hat (19.3.2001) und dessen Aufenthalt bis zur Entscheidung der Antragsgegnerin nach Absatz 3 Satz 2 dieser Vorschrift zunächst als erlaubt galt, hat mit der Beschwerde dargelegt, dass sein Rechtsmittel gegen die genannten Bescheide, mit denen sein Antrag auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung abgelehnt und ihm die Abschiebung nach Estland für den Fall der nicht fristgerechten Ausreise angedroht worden ist, Aussicht auf Erfolg hat und dass insoweit sein Interesse, für die Dauer des Klageverfahrens das Bundesgebiet nicht verlassen zu müssen, Vorrang genießt gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer sofortigen Beendigung seines Aufenthalts. Denn bei einer im Rahmen dieses Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes - hier zutreffend auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gerichtet - nur möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage lässt sich nicht feststellen, dass die Versagung der begehrten Aufenthaltsgenehmigung als Aufenthaltsbefugnis und die Abschiebungsandrohung in den angefochtenen Bescheiden offenkundig zu Recht ergangen ist. Vielmehr erscheint ebenfalls möglich, dass dem Antragsteller

das geltend gemachte Aufenthaltsrecht zusteht und er deshalb zunächst nicht abgeschoben werden darf.

Der Antragsteller hat mit der Beschwerde - unter Hinweis auf entsprechende gerichtliche Entscheidungen und auf Kommentarliteratur - ausreichend dargelegt, dass die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis in seinem Fall erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet, weil er im Bundesgebiet geboren und sein - als Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention anerkannter - togoischer Vater im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis sei. Diese Zweifel teilt das Beschwerdegericht. Dazu ist auszuführen:

Zwar hat die Antragsgegnerin in den angefochtenen Bescheiden zutreffend angenommen, dass § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG nach seinem Wortlaut als unmittelbare Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch ausscheidet. Denn danach ist einem im Bundesgebiet geborenen Kind von Amts wegen eine Aufenthaltsbefugnis (nur) dann zu erteilen, wenn die Mutter - hier die Antragstellerin - eine Aufenthaltsbefugnis besitzt. Dies ist hier nicht der Fall. Die Antragstellerin ist vielmehr nach eigenen Angaben im [REDACTED] ohne das für den beabsichtigten Daueraufenthalt notwendige Visum in das Bundesgebiet eingereist, und ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung hat die Antragsgegnerin mit den o.g. Bescheiden abgelehnt. Dass der Vater des Antragstellers im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis (zuletzt bis August 2003 verlängert) ist, reicht nach dem Wortlaut des § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG nicht aus.

Das Beschwerdegericht hat jedoch in mehreren Entscheidungen ausgeführt, dass an der - mit Ausnahme der Art der dort genannten Aufenthaltsgenehmigung (§ 5 Nr. 1 AuslG) - inhaltsgleichen Vorschrift des § 21 Abs. 1 Satz 1 AuslG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, soweit auch nach dieser Norm dem im Bundesgebiet geborenen Kind eine

Aufenthaltsgenehmigung (in der Form der Aufenthaltserlaubnis) (nur) erteilt wird, wenn die Mutter (als der weibliche Elternteil) eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, dagegen der Vater (als männlicher Elternteil) seinem Kind ein - seinem Status entsprechendes - Aufenthaltsrecht nicht vermitteln kann (vgl. Beschl. v. 13.10.1999 - 3 Bf 644/99 - ; v. 25.1.2000 - 4 Bf 322/99-); so auch die weit überwiegende Kommentarliteratur, vgl. etwa Huber, Ausländerrecht, § 21 Rdnr. 15; Hailbronner, Ausländerrecht, § 21 Rdnr. 2a; Kloesel/Christ/Häußer, Deutsches Ausländerrecht, § 21 Rdnr. 15; Rittstieg, Das Ausländergesetz 90, InfAuslR 1990 S. 221). Es spricht viel dafür, dass die Schlechterstellung des Vater-Kind-Verhältnisses in § 21 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 2 GG verstößt, wonach niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt werden darf und Männer und Frauen gleichberechtigt sind (so ausdrücklich auch VGH Mannheim, Beschl. v. 29.1.2001, NVwZ-RR 2001 S. 605 f.; ebenso VG München, Urt. v. 20.3.2001, InfAuslR 2001 S. 436, dort zu § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG). Durch die ausdrückliche Anknüpfung der gesetzlichen Regelung - in § 21 Abs. 1 Satz 1 wie in § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG - an das Geschlecht (die Mutter als den weiblichen Elternteil) als Grund für die Einräumung eines (Aufenthalts-)Rechts liegt eine direkte Ungleichbehandlung zwischen Mann und Frau vor. Diese besteht darin, dass die Beziehung des Vaters zum Kind aufenthaltsrechtlich nicht in derselben Weise privilegiert wird, wie diejenige der Mutter zum Kind. Nach den genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben darf das Geschlecht jedoch grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Differenzierende Regelungen sind nur insoweit zulässig, soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind (vgl. BVerfG, Urt. v. 28.1.1992, BVerfGE Bd. 85 S. 191, 207). Dies ist (nur) dann der Fall, wenn objektive biologische Unterschiede das zu ordnende Lebensverhältnis so entscheidend

prägen, dass etwa vergleichbare Elemente daneben völlig zurücktreten (BVerfG, Beschl. v. 13.11.1979, BVerfGE Bd. 52 S. 369, 374 und Urt. v. 8.1.1985, BVerfGE Bd. 68 S. 384 , 390).

Diese strengen Voraussetzungen für die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit der geschlechtsspezifischen Ungleichbehandlung in § 31 Abs. 2 Satz 1 dürften - ebenso wie bei § 21 Abs. 1 Satz 1 AuslG - nicht gegeben sein (wie hier VGH Mannheim, Beschl. v. 29.1.2001, a.a.O.; VG München, Urt. v. 20.3.2001, a.a.O.). Zwar können insbesondere in der ersten Zeit nach der Geburt zwischen Mutter und Kind besonders intensive Beziehungen bestehen (etwa dann, wenn die Mutter den Säugling stillt). Diese möglichen Besonderheiten in der Mutter-Kind-Beziehung dürften es allerdings nicht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwingend erfordern, im Bundesgebiet geborenen Kindern (nur) dann ein Aufenthaltsrecht einzuräumen, wenn die Mutter über eine bestimmte Aufenthaltsgenehmigung verfügt und - bei sonst gleichen aufenthaltsrechtlichen Voraussetzungen - das Vater-Kind-Verhältnis durch Vorenthaltung eines entsprechenden Aufenthaltstitels für das im Bundesgebiet geborene Kind zu benachteiligen. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die - möglicherweise den Anlass für die ausschließliche Begünstigung des Mutter-Kind-Verhältnisses bildenden - familiären Strukturen, auch soweit sie die Zeit unmittelbar nach der Geburt eines gemeinsamen Kindes betreffen, zwischenzeitlich gewandelt haben. So ist die Pflege und Betreuung auch eines Klein(st)kinds durch den männlichen Elternteil bzw. die Teilung dieser Aufgaben zwischen Mutter und Vater im Gegensatz zu früheren Elterngenerationen in der Lebenswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland nicht (mehr) ungewöhnlich. Diese Wandlung hat u.a. auch im Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (Bundeserziehungsgeldgesetz - BErzGG) i.d.F. vom 6. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3358) seinen normativen Niederschlag gefunden. Nach § 15 Abs. 1 BErzGG haben - neben Arbeitnehmerinnen - auch Arbeitnehmer - also auch Väter - Anspruch auf Elternzeit, wenn

sie mit einem Kind in einem Haushalt leben und dieses Kind selbst betreuen und erziehen. Dieser Anspruch besteht - ungeachtet der oben angedeuteten Besonderheiten im Mutter-Kind-Verhältnis - auch für den Vater unter den o.g. Voraussetzungen ab der Geburt bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes.

Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund könnte die Regelung des § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG - wie die des § 21 Abs. 1 Satz 1 AuslG - geeignet sein, überkommene Rollenverteilungen zwischen Mutter und Vater in der Familie zu verfestigen, was gegen das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG verstoßen dürfte (BVerfG, Urt. v. 28.1.1992, a.a.O. S. 207). Insoweit dürfte eine etwaige, für eine kurze Zeit unmittelbar nach der Geburt ggf. anzunehmende besonders intensive Beziehung zwischen Mutter und Kind keinen zwingenden sachlichen Grund im Sinne der o.g. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dafür darstellen, den männlichen Elternteil zu benachteiligen und nur das Mutter-Kind-Verhältnis durch § 21 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 31 Abs. 2 Satz 2 AuslG zu privilegieren (wie hier VGH Mannheim, Beschl. v. 29.1.2001, a.a.O., S. 606).

Die Frage der Vereinbarkeit des § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG mit den genannten verfassungsrechtlichen Vorgaben ist nicht im summarischen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO zu prüfen, ihre Klärung muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Das Gleiche gilt für die Frage, ob - wie vom VG München im Urteil vom 20. März 2001 (a.a.O.) angenommen - den aufgezeigten verfassungsrechtlichen Bedenken durch die Anwendung von § 31 Absatz 1 AuslG und eine Ermessensreduzierung auf Null Rechnung zu tragen und dem Kind eines aufenthaltsbefugten Vaters auf dieser Rechtsgrundlage eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen ist.

Durch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung der Aufenthaltsgenehmigung gilt der Aufenthalt

des Antragstellers (wieder) als erlaubt und ist insoweit die Grundlage für die - mit der Ablehnung nach § 50 Abs. 1 Satz 2 AuslG verbundene - Abschiebungsandrohung entfallen (§ 49 Abs. 1 AuslG). Insoweit bezieht sich die aufschiebende Wirkung dieses Rechtsmittels auch auf die genannte aufenthaltsbeendende Maßnahme.

2. Die Beschwerde der Antragstellerin ist zurückzuweisen, soweit das Verwaltungsgericht mit dem angefochtenen Beschluss ihren (Haupt-)Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung der Aufenthaltsgenehmigung und die Abschiebungsandrohung abgelehnt hat. Der Antrag der Antragstellerin auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung hatte - da sie unerlaubt in das Bundesgebiet eingereist ist - weder die Fiktion des erlaubten noch des geduldeten Aufenthalts zur Folge (§ 69 Abs. 2 AuslG). Mithin hat die Antragstellerin diese Rechtsposition auch nicht durch die angefochtenen Bescheide verloren, die durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage wiederhergestellt werden könnte.

Dagegen ist auf die Beschwerde der Antragstellerin die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts zu ändern, soweit es auch deren hilfsweise gestellten Antrag abgelehnt hat, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, die Antragstellerin vor einer Entscheidung über die Klage abzuschieben. Insoweit hat die Antragstellerin einen Anordnungsanspruch und einen Anordnungsgrund im Sinne von § 123 Abs. 1 und 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 3 ZPO glaubhaft gemacht. Eine zwangsweise Beendigung der familiären Lebensgemeinschaft, die hier zwischen der Antragstellerin, ihrem aufenthaltsberechtigten Lebenspartner und ihrem erst eininhalbjährigen Sohn unstreitig als Beistandsgemeinschaft im Bundesgebiet geführt wird, durch eine Abschiebung der Mutter nach Estland widerspricht Art. 6 Abs. 1 GG, solange sich auch das Kind erlaubt im Bundesgebiet aufhält und über dessen Klage

gegen die Versagung der Aufenthaltsgenehmigung (noch) nicht entschieden ist. Bei unzumutbarer Trennung einer familiären Lebensgemeinschaft in Form der Beistandsgemeinschaft besteht ein rechtliches Abschiebungshindernis aus Art. 6 Abs. 1 GG, das nach § 55 Abs. 2 AuslG einen Anspruch auf zeitweise Aussetzung der Abschiebung begründet. Im Übrigen hätte - worauf die Beschwerde zu Recht hinweist - die Antragsgegnerin für den Fall, dass dem Antragsteller entsprechend dem aufenthaltsrechtlichen Status seines Vaters eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen sein sollte - was nach den Ausführungen unter 1. ernsthaft in Betracht kommt - , unter dieser - von ihr bisher verneinten - tatsächlichen Voraussetzung erneut zu prüfen, ob der Antragstellerin eine Aufenthaltsbefugnis für Familienangehörige nach § 31 Abs. 1 AuslG zu erteilen ist. Bei gleichbleibenden familiären Verhältnissen (Beistandsgemeinschaft) dürfte viel dafür sprechen, dass das der Antragsgegnerin in der genannten Norm eingeräumte Ermessen auf Null reduziert ist.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 13 Abs. 1, 20 Abs. 3 GKG.

Sinhuber

Thies

Wiemann