



Hessischer Verwaltungsgerichtshof

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Verwaltungsstreitverfahren

1. des Herrn ...,
 2. des Kindes ...,
- vertreten durch die Kläger zu 1. und 3.,
3. der Frau ...
- ...,

Kläger und Berufungskläger,

bevollmächtigt: Rechtsanwältin Ilse Mangold,
Gutleutstraße 156, 60327 Frankfurt am Main,

gegen

das Land Hessen,
vertreten durch den Landrat des Landkreises Offenbach,
Werner-Hilpert-Straße 1, 63128 Dietzenbach,

Beklagter und Berufungsbeklagter,

wegen Ausländerrechts

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 12. Senat - durch

Richter am Hess. VGH Dr. Dieterich

als Berichterstatter auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 4. Oktober 2004
für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Kläger zu 1 und zu 2 wird unter Abänderung des Urteils
des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 17. September 2003 der Bescheid
des Landrats des Kreises Offenbach vom 26. Januar 2001 in der Fassung

des Widerspruchsbescheides des Regierungspräsidiums Darmstadt vom 14. November 2002 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin zu 3 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des Verfahrens hat die Klägerin zu 3 ein Drittel und der Beklagte zwei Drittel zu tragen.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der vollstreckbaren Kosten abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Kläger wenden sich gegen die Ausweisung des Klägers zu 1.

Wegen des Sachverhalts bis zum Ergehen der erstinstanzlichen Entscheidung wird auf den Tatbestand des verwaltungsgerichtlichen Urteils vom 17. September 2003 Bezug genommen (§ 130b Satz 1 VwGO). Auf Antrag der Kläger hat der Senat die Berufung durch Beschluss vom 28. Juni 2004 (12 UZ 3556/03) wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung zugelassen. Zur Begründung der Berufung vertiefen die Kläger ihr Vorbringen vor dem Verwaltungsgericht und machen geltend, dass die familiäre Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger zu 1 und dem Kläger zu 2 durch die Ausweisung massiv beeinträchtigt werde. Seit dem Jahre 2001 werde der Kläger zu 2 allein vom Kläger zu 1 betreut. Der Erziehungsbeitrag der Mutter, der Klägerin zu 2 beschränke sich auf Wochenendbesuche. Bereits zum Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides sei erkennbar gewesen, dass die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten durch den Kläger zu 1 nicht bestehe. Er habe den größten Teil seiner Haftzeit im Freigang verbracht und während dieser Zeit bereits täglich mit dem Kind Kontakt gehabt und habe sich seit Haftentlassung nicht nur straffrei geführt, sondern stehe nun schon seit fast drei Jahren in einem festen Beschäftigungsverhältnis und stelle dadurch den Lebensunterhalt für sich und den Kläger zu 2) sicher.

Die Kläger beantragen,

unter Aufhebung des Urteils des Verwaltungsgerichts Darmstadt vom 17. September 2003 den Bescheid des Landrates des Landkreises Offenbach vom 26. Januar 2001 in der Fassung des Widerspruchsbescheides des Regierungspräsidiums Darmstadt vom 14. November 2002 aufzuheben.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er bezieht sich auf die Gründe des erstinstanzlichen Urteils.

Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung durch den Berichterstatter anstelle des Senats erklärt. Aufgrund des Beweisbeschlusses vom 3. September 2004 ist in der mündlichen Verhandlung Beweis erhoben worden durch Beteiligtenvernehmung der Kläger zu 1 und zu 3. Insoweit wird auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte sowie die ausweislich des Protokolls beigezogenen Verwaltungsvorgänge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Im Einvernehmen der Beteiligten entscheidet der Berichterstatter (§§ 125 Abs. 1, 87a Abs. 1, Abs. 3 VwGO).

Die Berufung der Kläger ist statthaft, begründet ist jedoch nur die Berufung der Kläger zu 1 und zu 2.

Die Klage der Klägerin zu 3 ist wegen Fehlen der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) unzulässig. Zwar ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 GG die Klagebefugnis des Ehegatten gegen die Ausweisung des Ehepartners (BVerwG, 03.05.1973 - 1 C 20.70 - BVerwGE 42, 141, 142; GK-AuslR, § 45 AuslG Rdnr. 865 m.w.N.). Erforderlich ist hierzu jedoch,

dass der Ehegatte sein Interesse an der Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem ausgewiesenen Ehegatten, das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt wird, geltend macht. Aufgrund der Beteiligtenvernehmung der Klägerin zu 3 im Berufungsverfahren ist jedoch deutlich geworden, dass die Klägerin zu 3 dieses Interesse gerade nicht geltend macht. Sie lebt getrennt vom Kläger zu 1 und hat auch kein Interesse an der Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Soweit die Klägerin zu 3 ein Interesse daran geltend macht, dass der Kläger zu 2 weiterhin von seinem Vater betreut werden kann, weil dies im besten Interesse des Kindes sei, macht sie Rechte des Klägers zu 2 geltend. Zur Wahrnehmung seiner eigenen Rechte ist jedoch der Kläger zu 2, vertreten durch seine Eltern, selbst klagebefugt.

Die Berufung der Kläger zu 1 und zu 2 ist begründet. Der Bescheid des Landrates des Kreises Offenbach vom 26. Januar 2001 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides des Regierungspräsidiums Darmstadt vom 14. November 2002 ist rechtswidrig und verletzt die Kläger zu 1 und zu 2 in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die Ausweisung kann nicht als zur Regelausweisung herabgestufte "Ist-Ausweisung" auf die §§ 47 Abs. 1 Nr. 2, 47 Abs. 3, 48 Abs. 1 Nr. 4 AuslG gestützt werden, weil ein Ausnahmefall vorliegt.

Bei Anwendung des § 47 Abs. 2 AuslG ist die Ausweisung nicht die zwingende Rechtsfolge. Vielmehr ist eine aufenthaltsbeendende Maßnahme in der Regel auszusprechen. Das bedeutet, dass davon abgesehen werden kann, wenn ein Ausnahmefall vorliegt, der so erheblich von der gesetzlich vorausgesetzten Normalsituation abweicht, dass die Ausweisung als ungerecht und insbesondere unverhältnismäßig erscheint und so jedenfalls das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel beseitigt (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs BT-Drs. 11/6321 S. 73; BVerwG, 01.09.1994 - 1 B 90.94 - Buchholz 402.240 § 47 AuslG Nr. 5 = InfAuslR 1995, 5; Hess. VGH, 11.11.1996 - 12 UE 1606/94). Bei der Feststellung eines Ausnahmefalls handelt es sich um die gerichtlich voll nachprüfbar Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs (BVerwG, 01.09.1994, a.a.O.). Für die Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliegt, sind neben general- und spezialpräventiven Erwägungen alle nach § 45 Abs. 1 und 2 AuslG zu beachtenden Umstände und Gesichtspunkte einzubeziehen (BVerwG, 17.10.1995 - 1 B 238.94 - Buchholz 402.24 § 47 AuslG Nr. 8, Seite 7 [8]; Hess. VGH, 10.08.1992 - 12 UE 2254/89 - NVwZ-RR 1993, 432, 636; Hailbronner, Ausländerrecht, § 47 AuslG Rdnr. 11). Dies bedeutet jedoch nicht, dass

damit zur Feststellung eines Ausnahmefalles schon eine Ermessensausübung insbesondere unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte wie bei einer Ausweisung nach Ermessen vorzunehmen ist (Hess. VGH, 11.11.1996, a.a.O.). Die Feststellung des Ausnahmefalles hat sich vielmehr auf die Prüfung zu beschränken, ob entsprechende Tatsachen vorliegen und zu diesen Tatsachen gehören alle für eine Ausweisung gemäß § 45 AuslG maßgeblichen Umstände, die einen atypischen Sachverhalt begründen können. Sind derartige Tatsachen gegeben, hat die Ausländerbehörde durch sachgerechte Ermessensausübung insbesondere durch Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte festzustellen, ob sie den Ausländer ausweisen will. Infolge dessen kann auch bei Feststellung atypischer Besonderheiten eines Einzelfalles, in dem der Tatbestand der Regelausweisung nach § 47 Abs. 2 AuslG erfüllt ist, durchaus nach ermessengemäßer Abwägung aller Umstände eine Ausweisung erfolgen. Die Annahme eines Ausnahmefalles hat also nicht zur Folge, dass eine Ausweisung in jedem Fall unangemessen sein muss (Hess. VGH, 11.11.1996, a.a.O.; GK-AuslR, § 47 AuslG Rdnr. 87). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist in Ausweisungssachen - soweit nicht etwa europarechtlich etwas anderes vorgegeben ist - der Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides (BVerwG, 17.11.1994 - 1 B 224.94 -, Buchholz 402.240 § 45 AuslG Nr. 1 = InfAuslR 1995, 150; Hess. VGH, 11.11.1996 - 12 UE 1606/94; zu - hier nicht einschlägigen - Ausnahmen aufgrund europarechtlicher Vorgaben siehe BVerwG, 03.08.2004 - 1 C 30.02 -).

Gemessen an diesen Grundsätzen ergibt sich, dass im Fall des Klägers zu 1 bei Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Gesichtspunkte sowie der in § 45 Abs. 2 genannten Umstände ein Ausnahmefall vorliegt. Dies ergibt sich hier aus dem kumulativen Vorliegen einer besonders günstigen Prognose hinsichtlich der Begehung weiterer Straftaten bereits zum Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides und der besonders einschneidenden Folge der Ausweisung (§ 45 Abs. 2 Nr. 2 AuslG) für das Kind deutscher Staatsangehörigkeit, den Kläger zu 2.

Bis zu seiner Verurteilung im [REDACTED] wegen unerlaubter Einfuhr in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Kokain in nicht geringer Menge war der Kläger strafrechtlich lediglich wegen kleinerer und nicht gleichartiger Delikte ("Schwarzfahren", Gewässerverunreinigung, Diebstahl, Beteiligung an einer Schlägerei, Fahren ohne Fahrerlaubnis) hervorgetreten. Wegen des zur Ausweisungsverfügung führenden

Kokainhandels hatte sich der Kläger zu 1 etwa sechs Monate in Untersuchungshaft befunden und erhielt dann bereits einen Monat nach Strafantritt im [REDACTED] Freigängerstatus. Er arbeitete tagsüber in Vollzeit bei einer [REDACTED], verbrachte die Zeit nach Arbeitsschluss bis etwa 21.00 Uhr fast ausschließlich bei seinem Kind, dem Kläger zu 2, und kehrte abends gegen 22.00 Uhr erst in die Haftanstalt zurück. Diese Umstände, besonders der Freigängerstatus bereits kurz nach Haftantritt, stellen bereits ein deutliches Indiz dafür dar, dass seitens der Strafvollzugsbehörden die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten durch den Kläger zu 1 bereits im [REDACTED] als ausgesprochen gering angesehen wurde. Der Freigängerstatus war der Ausländerbehörde und der Widerspruchsbehörde auch bekannt, er wäre in die spezialpräventiven Erwägungen bei der Prüfung des Vorliegens eines Ausnahmefalles einzustellen gewesen. Die Beteiligtenvernehmung des Klägers zu 1 in der mündlichen Verhandlung des Berufungsverfahrens hat den Eindruck einer günstigen Prognose bereits im [REDACTED] und erst recht im [REDACTED] bestätigt. Die Angaben des Klägers dazu, wie er in das Kokaingeschäft hineingeraten ist, - sie entsprechen im wesentlichen den strafgerichtlichen Feststellungen, siehe Seite 10 des Urteils des Landgerichts Duisburg -, deuten auf ziemlichen Dilettantismus bei der Planung von Straftaten hin, wenn der Kläger sich wegen etwa 1.000 DM Gewinnerwartung auf ein derartiges Geschäft einlässt und bestärken die Annahme, dass der Kläger zu 1 kein "gerissener" Straftäter war.

Zum Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides im November 2002 hatte der Kläger nicht nur nahezu die gesamte Zeit seiner Strafhaft beanstandungsfrei als Freigänger verbracht, sondern hatte darüber hinaus auch nach Entlassung aus der Haft im [REDACTED] die Verantwortung für sein Kind übernommen, indem er etwa seit diesem Zeitpunkt den Kläger zu 2 alleine betreut hat. Auch dieser wesentliche Umstand ist weder von den Verwaltungsbehörden noch vom Verwaltungsgericht berücksichtigt worden. Die Annahme, das Vorhandensein eines Kindes habe ihn nicht von der gravierenden Straftat abgehalten, erfasst den Sachverhalt nicht hinreichend, weil ein wesentlicher Einschnitt in der Übernahme der Betreuung des Klägers zu 2 und in der Verantwortung für das Kind lag und hierin hat der Kläger zu 1 eindeutig nicht versagt. Insgesamt lässt sich somit feststellen, dass die Prognose der Begehung weiterer Straftaten durch den Kläger zu 1 zum maßgeblichen Zeitpunkt des Ergehens des Widerspruchsbescheides nicht nur günstig, sondern außerordentlich günstig war. Damit

war im vorliegenden Fall auch eine eventuelle "Vermutung", dass bei Betäubungsmitteldelikten eine besonders hohe Rückfallgefahr besteht, als widerlegt anzusehen, zumal der Kläger nie selbst drogenabhängig gewesen war und an einem einzigen Drogengeschäft beteiligt.

Die Folgen der Ausweisung des Klägers zu 1 für den Kläger zu 2 sind außergewöhnlich gravierend. Auszugehen ist zunächst davon, dass der Kläger zu 2 und seine Mutter deutsche Staatsangehörige sind und deshalb die Führung einer familiären Lebensgemeinschaft in Albanien grundsätzlich nicht in Betracht kommt. Atypisch ist die Situation vorliegend besonders deshalb, weil die Betreuung des Klägers zu 2 bereits seit dem [REDACTED] allein durch den Kläger zu 1 erfolgt ist und der Erziehungsbeitrag der Mutter sich auf Wochenendbesuche beschränkt. Dadurch besteht eine besonders enge Beziehung des Klägers zu 2 zu seinem Vater und eine Betreuung durch die Mutter wird von dieser weder gewünscht noch wäre sie ohne organisatorische Schwierigkeiten möglich. Hierzu kann auf die Angaben der Kläger zu 1 und zu 3 in der Beteiligtenvernehmung des Berufungsverfahrens Bezug genommen werden. Die Richtigkeit dieser Angaben ist keinem Zweifel ausgesetzt. Diese Situation bestand auch bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung der Widerspruchsbehörde.

Begründen diese Umstände insgesamt das Vorliegen eines Ausnahmefalles, wäre über die Ausweisung des Klägers zu 1 nach Ermessen zu entscheiden gewesen. Ermessenserwägungen auf der Grundlage der Annahme eines Ausnahmefalles finden sich jedoch weder im Ausgangsbescheid noch im Widerspruchsbescheid. Im Ausgangsbescheid endet die Begründung der Ausweisung mit der Feststellung, es liege "demnach kein atypischer Sachverhalt vor" (S. 4, 4. Absatz der Verfügung). Der im gleichen Absatz noch folgende Satz, es sei nicht zu verkennen, dass sich der familiäre Mittelpunkt des Klägers zu 1 durch seine Ehefrau und seinem Sohn im Bundesgebiet befinde und es lägen auch sonst keine Anhaltspunkte vor, die eine Rückkehr nach Albanien unzumutbar erscheinen ließen, lässt keine Ermessensausübung anhand der maßgeblichen Kriterien des § 45 Abs. 2 AuslG erkennen. Die weitere Begründung des Bescheides befasst sich dann mit dem Sofortvollzug. Auch der Widerspruchsbescheid beschränkt sich auf die Feststellung, eine Regelausweisung sei geboten (S. 3, 3. Absatz, danach folgt ab dem 4. Absatz die Behandlung der Widersprüche der Widerspruchsführer zu 2 und zu 3). Hiernach können die angefochtenen Bescheide auch als Ermessensausweisung keinen Bestand haben. Unabhängig davon ist darauf

hinzuweisen, dass in der vorliegenden oben dargestellten Situation eine Ausweisung nach Ermessen nicht ohne weiteres hätte tragfähig begründet werden können.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO (betreffend die Kläger zu 1 und zu 2 bzw. aus § 154 Abs. 2 VwGO (betreffend die Klägerin zu 3). Hiernach hat die Klägerin zu 3 auch ein Drittel der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens und der Beklagte zwei Drittel der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu tragen. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit findet ihre Grundlage in §§ 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) sind nicht ersichtlich.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung angefochten werden. Die Beschwerde ist beim

Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Brüder-Grimm-Platz 1
34117 Kassel

durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt einzulegen; juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen. Die Beschwerde muss die Entscheidung bezeichnen, die angefochten werden soll.

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach der Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof einzureichen. In der Begründung muss entweder

- die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt werden

oder

- die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts bezeichnet werden, wenn geltend gemacht wird, von ihr werde in der in dem vorliegenden Verfahren ergangenen Entscheidung abgewichen und die Entscheidung beruhe auf dieser Abweichung,

oder

- ein Verfahrensmangel bezeichnet werden, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Dr. Dieterich