

Ausfertigung

10 CE 99.968
AN 5 E 99.424

B 3521



Kopie an Mdt.: Stellungn.	WV:
EINGEGANGEN	
14. Juli 1999	
Frisch u. Kolleginnen Rechtsanwälte	
Kopie an Mdt.: Zahlung	Kopie an Mdt.: Richter.
zda	

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

- Antragsteller -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Rainer Frisch und Kolleginnen,
Friedrich-List-Str. 3, 91054 Erlangen,

gegen

Stadt Erlangen,

vertreten durch den Oberbürgermeister,

- Antragsgegnerin -

beteiligt:

Landesanwaltschaft Bayern
als Vertreter des öffentlichen Interesses,

wegen

Untersagung der Abschiebung

(Antrag nach § 123 VwGO);

hier: Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 25. März 1999,

erläßt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Eisenschmid,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Blank,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayr

ohne mündliche Verhandlung am **2. Juli 1999**
folgenden

Beschluß:

- I. Unter Aufhebung der Nr. 1 des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 25. März 1999 wird die Antragsgegnerin verpflichtet, den Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seinen Duldungsantrag vom 10. November 1998 zu dulden.
- II. Unter Aufhebung der Nr. 2 des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 25. März 1999 trägt die Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 4.000,-- DM festgesetzt.

Gründe:

I.

Der nach seinen eigenen Angaben am 17. Oktober 1964 geborene Antragsteller ist angolischer Staatsangehöriger. Er reiste am 29. Mai 1989 in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein und beantragte die Anerkennung als ausländischer Flüchtling. Der Asylantrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 9. Mai 1990 abgelehnt. Die Antragsgegnerin forderte mit Bescheid vom 29. Juni 1990 den Antragsteller auf, die Bundesrepublik Deutschland unverzüglich zu verlassen, und drohte die Abschiebung an. Die Bescheide wurden bestandskräftig. Einen Antrag auf Duldung vom 19. April 1991 lehnte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 31. Dezember 1991 ab. Die dagegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht Ansbach durch Gerichtsbescheid vom

24. Mai 1996 ab. Die eingelegte Berufung wurde als unzulässig verworfen. Auf einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wies das Verwaltungsgericht Ansbach mit Urteil vom 17. Februar 1998 die Klage ab. Dieses Urteil wurde durch Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 25. September 1998 aufgehoben und festgestellt, daß das (Duldungs-) Verfahren durch den Gerichtsbescheid vom 24. Mai 1996 beendet ist (Az. 10 B 98.888). Über den Duldungsantrag vom 19. April 1991 sei durch den Gerichtsbescheid rechtskräftig entschieden worden.

Seit [REDACTED] ist der Antragsteller (nichtehelicher) Vater eines Kindes mit deutscher Staatsangehörigkeit. Durch Beschluß des Vormundschaftsgerichtes vom 7. Februar 1997 wurde festgestellt, daß die elterliche Sorge der Kindesmutter, die an einer chronischen schizophrenen Psychose leide und unter Betreuung stehe, ruhe. Das unter der Amtsvormundschaft des Kreisjugendamtes stehende Kind lebt seit seinem dreizehnten Lebenstag bei Pflegeeltern. Regelmäßige Kontakte zu seinem Vater, dem Antragsteller, fanden bislang ca. einmal monatlich etwa eineinhalb bis zwei Stunden statt.

Mit Schreiben vom 10. November 1998 beantragte der Antragsteller die Erteilung einer Duldung. Mit Beschluß des Amtsgerichts - Familiengericht - Erlangen vom 23. Februar 1999 wurde die für das Kind des Antragstellers bestehende Vormundschaft aufgehoben und dem Antragsteller die elterliche Sorge für das Kind mit Ausnahme des Aufenthaltsbestimmungsrechtes übertragen. Zum Aufenthaltspfleger wurde das Kreisjugendamt bestimmt. Der Antragsteller habe seit der Geburt des Kindes darum gekämpft, für das Kind sorgen und mehr Verantwortung übernehmen zu können. Er habe die Vaterschaft sowie die Unterhaltspflicht zügig anerkannt. Derzeit verfüge er jedoch keineswegs über Kenntnisse der deutschen Sprache, die erforderlich seien, um ein Kleinkind für ein Leben in Deutschland zu befähigen. Diesem Problem habe der Antragsteller dadurch Rechnung getragen, daß er das Kind jedenfalls für eine gewisse Zeit im Haushalt der Pflegefamilie belassen wolle. Auch dies zeige, daß er dem Kind gegenüber Pflichtbewußtsein besitze. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 1678 Abs. 2 BGB erfordere die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Kindesvater, auch wenn dies dem Kindeswohl nur minimal dienlich sei.

Die Antragsgegnerin erließ keinen förmlichen Bescheid, teilte aber mit, daß eine Duldung nicht in Betracht komme. Am 24. März 1999 wurde der Antragsteller in Abschiebungshaft genommen. Ebenfalls am 24. März 1999 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht Ansbach beantragt,

der Antragsgegnerin zu untersagen, den Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seinen Duldungsantrag vom 10. November 1998 abzuschieben.

Ihm sei das Sorgerecht für seine Tochter übertragen worden. Eine Abschiebung würde einen eklatanten Verstoß gegen Art. 6 GG sowie gegen Art. 6 Abs. 1, Art. 8 EMRK darstellen.

Das Verwaltungsgericht Ansbach lehnte mit Beschluß vom 25. März 1999 den Antrag ab. Die Beziehungen zwischen dem Antragsteller und seiner Tochter besäßen nach den vorliegenden Erkenntnissen keine hinreichende Intensität, um bei der Entscheidung über einen Verbleib des Antragstellers im Bundesgebiet den Ausschlag zu geben. Der Antragsteller lebe mit seiner Tochter nicht in familiärer Gemeinschaft, sondern diese lebe seit ihrer Geburt bei ihren Pflegeeltern. Auch wenn dem Antragsteller mittlerweile das Sorgerecht, allerdings ohne das zentrale Aufenthaltsbestimmungsrecht, übertragen worden sei, beschränke sich der Kontakt mit dem Kind bisher auf die Wahrnehmung des Umgangsrechts monatlich für zwei Stunden. Auch mittelfristig sei ein Zusammenziehen des Antragstellers mit seiner Tochter unrealistisch. Es liege nur eine bloße Begegnungsgemeinschaft vor. Zudem sei das Kind nicht auf die Lebenshilfe ihres Vaters angewiesen. Art. 8 EMRK entfalte keine weitergehenden als die durch Art. 6 GG vermittelten Schutzwirkungen.

Mit Beschluß vom 30. April 1999 ließ der Senat die Beschwerde gegen den Beschluß des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 25. März 1999 gemäß § 146 Abs. 4 i.V. mit § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zu. Es spreche einiges dafür, hier Art. 6 Abs. 1 und 2 GG weitergehende aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen zuzuweisen. Nach dem am 1. Juli 1998 in Kraft getretenen Gesetz zur Reform des Kindschaftrechtes genieße die elterliche Verantwortung für die Sorge des Kindes eindeutige Priorität. Es bedürfe daher einer Prüfung, ob die ernsthaft beabsichtigte Ausübung des Sorgerechts auch ein entsprechendes Aufenthaltsrecht gewähre.

Im Beschwerdeverfahren wies der Antragsteller darauf hin, daß es insbesondere das Kindeswohl erfordere, daß er sein Sorgerecht ausüben und gemäß § 1626 Abs. 3 BGB den Umgang mit seinem Kind pflegen könne. Die Sorgerechtsentscheidung habe zwangsläufig auch ausländerrechtliche Auswirkungen, wenn man davon ausgehe, daß der Antragsteller ernsthaft beabsichtige, sein Sorgerecht auszuüben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beziehung des Antragstellers zu seiner Tochter könne ihrer Intensität nach nicht die Schwelle einer familiären Lebensgemeinschaft erreichen. Ein Zusammenleben müsse auch mittel- bis langfristig als vollkommen unmöglich angesehen werden. Zudem zeige das bisherige Verhalten des Antragstellers, daß die Ausübung des Sorgerechts nicht ernsthaft beabsichtigt sei. Ihm fehle hierfür die mangelnde Lebenserfahrung, was sich z.B. daraus ergebe, daß er erwarte, daß das Kind bei Besuchskontakten nicht der Jahreszeit entsprechend gekleidet werde. Außerdem halte er sich nicht an klare und eindeutige Absprachen. Auch verfüge der Antragsteller derzeit keineswegs über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache, um ein Kleinkind für ein Leben in Deutschland zu befähigen. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht sei ihm nicht übertragen worden. Die Herausnahme des Kindes aus der persönlichen und sachlichen Bezugswelt würde die Gefahr von nachhaltigen, nicht unerheblichen körperlichen und psychischen Schäden mit sich bringen.

Die Landesadvokatur Bayern beteiligte sich als Vertreter des öffentlichen Interesses am Verfahren. Aus dem Gesetz zur Reform des Kindschaftrechtes ergebe sich kein Ausweisungshindernis für den Antragsteller. Die bloße Absichtserklärung, eine familiäre Lebensgemeinschaft aufnehmen zu wollen, genüge nicht. Wenn aber schon ein Aufenthaltsrecht für einen unbescholtenen Ausländer an der fehlenden familiären Lebensgemeinschaft scheitern könne, müsse dies erst recht in den Fällen gelten, wo der Ausländer gegen die deutsche Rechtsordnung verstoßen und Ausweisungstatbestände verwirklicht habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichts- und der vorgelegten Behördenakten verwiesen.

II.

Die zugelassene Beschwerde hat Erfolg.

Unstreitig steht dem Antragsteller ein Anordnungsgrund zur Seite, nachdem die Antragsgegnerin die Abschiebung betreibt. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts und der Antragsgegnerin steht dem Antragsteller jedoch auch ein Anordnungsanspruch für eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur vorläufigen Erteilung einer Duldung zu. Dieser ergibt sich aus § 123 Abs. 1 VwGO, § 55 Abs. 2 AuslG i.V. mit Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

Zutreffend haben zwar das Verwaltungsgericht und die Antragsgegnerin auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts hingewiesen, wonach allein die Inhaberschaft eines Umgangsrechts des nicht-sorgeberechtigten Elternteils in der Regel nicht vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen schützt (vgl. nur BVerfG v. 18.4.1989 BVerfGE 80,81/93 und BVerwG v. 22.2.1995 BVerwGE 98,31/46). Auch liegt derzeit keine familiäre Lebensgemeinschaft oder Beistandsgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seiner Tochter vor. Dem Antragsteller wurde jedoch (erst) mit Beschluß des Amtsgerichts Erlangen vom 23. Februar 1999 die (alleinige) elterliche Sorge für die Tochter übertragen. Damit kommt nunmehr nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Betracht. Zwar wird diese, worauf die Landesadvokatur zu treffend verwiesen hat, nur "nach Maßgabe des § 17 Abs. 1" AuslG erteilt. Diese Vorschrift aber setzt - im Gegensatz etwa zur Regelung in § 23 Abs. 1 Halbsatz 2 AuslG - nicht das Bestehen einer familiären Lebensgemeinschaft voraus, vielmehr ist die Erteilung eines Aufenthaltsrechts auf die Herstellung der familiären Gemeinschaft im Bundesgebiet bezogen. Damit kommt es nicht darauf an, ob diese bereits besteht.

Weitere Voraussetzung für einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG ist, daß nicht nur eine Sorgerechtsübertragung gemäß § 1678 Abs. 2, § 1626 a Abs. 2 BGB vorliegt, sondern auch eine nachhaltig betriebene Ausübung des Sorgerechts und die Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft ernsthaft beabsichtigt ist. Davon ist jedenfalls derzeit auszugehen. Das Amtsgericht Erlangen hat in seinem Beschluß vom 23. Februar 1999 ausdrücklich die Bemühungen des Antragstellers für sein Kind gewürdigt. Dieser habe seit der

Geburt darum gekämpft, für das Kind sorgen und mehr Verantwortung übernehmen zu können. Er habe zügig die Vaterschaft und die Unterhaltspflicht anerkannt. Er habe Kontakt zu seinem Kind gepflegt und sich auch gerichtlich um Ausweitung seines Besuchsrechtes bemüht. Auch dadurch, daß er das Kind jedenfalls für eine gewisse Zeit im Haushalt der Pflegefamilie belassen wolle, zeige er diesem gegenüber Pflichtbewußtsein. Die von der Antragsgegnerin geäußerten Bedenken sind demgegenüber nicht durchschlagend. Die Erwartungen des Antragstellers, sein Kind solle bei Besuchskontakten nicht der Jahreszeit entsprechend gekleidet sein, sowie die Teilnahme von Fremden an Besuchsterminen mögen ein Beweis für mangelnde Lebenserfahrung sein. Die Vorfälle sind jedoch nicht derart schwerwiegend, daß angenommen werden könnte, der Antragsteller wolle sein Sorgerecht nicht ernsthaft ausüben. Dies ergibt sich auch nicht daraus, daß der Antragsteller offenbar die deutsche Sprache bislang nur schlecht beherrscht. Nach der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Stellungnahme des Deutschen Kinderschutzbundes vom 21. April 1999 wird jedenfalls das Angebot zum Deutschunterricht vom Antragsteller gern angenommen und regelmäßig wahrgenommen.

Der beabsichtigten tatsächlichen Wahrnehmung des Sorgerechts und der Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft steht auch nicht entgegen, daß dem Antragsteller nicht das Aufenthaltsbestimmungsrecht übertragen wurde und das Kind derzeit in einer Pflegefamilie wohnt. Das Zusammenleben in häuslicher Gemeinschaft ist für das Vorliegen einer familiären Lebensgemeinschaft keine zwingende Voraussetzung (Gemeinschaftskommentar zum Ausländerrecht, Stand Dezember 1998, RdNr. 42 zu § 17 AuslG). Liegen - wie hier - rechtliche Gründe vor, daß ein Zusammenleben in einer (einzigen) Wohnung derzeit nicht möglich ist, genügt die Aufnahme einer Erziehungsgemeinschaft, die von der elterlichen Verantwortung für die leibliche und seelische Entwicklung des Kindes geprägt wird (vgl. BVerwG v. 18.4.1989 BVerwGE 80,81/92). Erforderlich für die zur Annahme einer Lebensgemeinschaft notwendigen engen Verbundenheit ist ein besonders häufiger und intensiver Kontakt, durch das ein dem ständigen Zusammenleben zumindest vergleichbares inniges und liebevolles Verhältnis begründet wird, auf dessen Aufrechterhaltung das minderjährige Kind angewiesen ist. Daß dies nicht möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Auch die mittelfristige Aufnahme einer häuslichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seiner Tochter erscheint nicht ausgeschlossen, mag auch die Annahme der Landesadvokatur zutreffend sein, daß die alleinige Pflege eines Kindes durch den Vater die Ausnahme ist. Die Befürchtung, die

Beaufsichtigung des Kindes sei nicht mit dem Erwerb des Lebensunterhaltes zu vereinbaren, würde jedoch auch eine (alleinerziehende) Mutter betreffen.

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis könnte allerdings § 8 Abs. 1 Nr. 1 AuslG entgegenstehen. Der Familienangehörige eines Deutschen ist nicht allein wegen der bestehenden Familie mit Rücksicht auf den nach Art. 6 Abs. 1 GG verbürgten Schutz von der Einhaltung der allgemein geltenden Einreisebestimmungen befreit (BVerwG v. 25.6.1993 Buchholz 402.240 § 9 AuslG 1990 Nr. 1; Gemeinschaftskommentar a.a.O., RdNr. 71 zu § 17 AuslG). Sofern nicht der Ausnahmetatbestand des § 9 Abs. 2 Nr. 1 DVAuslG (für eine entsprechende Anwendung Laskowski/Albrecht, Das Kindschaftsrechtsreformgesetz und seine Bedeutung für familienbezogene Aufenthaltsrechte, ZAR 1999,100/108) oder der des § 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG vorliegt, käme jedoch unter Umständen abweichend von § 8 Abs. 1 AuslG eine Aufenthaltsbefugnis in Betracht, wenn eine Abschiebung im Hinblick auf § 55 Abs. 2 AuslG nicht möglich ist (vgl. BVerwG v. 3.6.1997 NVwZ 1998,189). Im übrigen soll durch die Erteilung einer Duldung kein Ersatzaufenthaltsrecht erreicht werden. Vielmehr stehen der Vollziehung der Abschiebung rechtliche Hindernisse, die sich aus den geschilderten familiären Beziehungen ergeben, entgegen. Eine auch nur vorübergehende Trennung des Antragstellers von seinem Kind steht derzeit die Schutzpflicht des Art. 6 GG entgegen.

Dem Antragsteller ist daher bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren eine Duldung zu erteilen. Die von der Antragsgegnerin angeregte Beiladung des Kreisjugendamtes ist bereits deswegen nicht geboten, da nicht ersichtlich ist, in welchen rechtlichen Interessen dieses berührt sein soll (§ 65 Abs. 1 VwGO). Eine Beweisaufnahme ist im Verfahren nach § 123 VwGO ebenfalls nicht veranlaßt. Die Kostenentscheidung richtet sich nach § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung entspricht § 13 Abs. 1 Satz 2, § 14 Abs. 1 GKG.

Eisenschmid

Blank

Dr. Mayr