

Wird das Elternrecht für ein minderjähriges Kind durch gerichtliche Entscheidung auf einen Elternteil übertragen, so verbleiben dem anderen Elternteil nach Art. 77 Abs. 3, Art. 78 Abs. 3 des Familiengesetzes der Republik Serbien vom 24. Februar 2005 substantielle Mitentscheidungsrechte. Daraus folgt, dass keine alleinige Personensorge im Sinne von § 32 Abs. 3 AufenthG besteht.

(Amtlicher Leitsatz)

OVG 12 B 3.08

Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg

Urteil vom 07.12.2010

Tenor

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 14. Dezember 2007 wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die am ... 1991 geborene Klägerin ist serbische Staatsangehörige. Sie begehrt ein Visum zur Familienzusammenführung mit ihrer im Bundesgebiet lebenden Mutter, die aus Bosnien-Herzegowina stammt, sich seit Ende 2000 im Bundesgebiet befindet und im Besitz einer Niederlassungserlaubnis ist.

Die Klägerin war nach der Scheidung ihrer Eltern im Jahr 2000 ihrem weiterhin in Serbien lebenden Vater, einem serbischen Staatsangehörigen, zur Obhut und Erziehung anvertraut worden. Das Amtsgericht .../Serbien änderte diese Entscheidung mit Urteil vom 27. Februar 2007 und vertraute die Klägerin ihrer Mutter zur Obhut und Erziehung nach Art. 77 Abs. 3 des serbischen Familiengesetzes vom 24. Februar 2005 an. Am 2. März 2007 erteilte der Vater der Klägerin sein Einverständnis mit der Ausreise der Klägerin und einem Aufenthalt bei der Mutter im Bundesgebiet.

Die Mutter der Klägerin stand seit 2002 in einem Arbeitsverhältnis als Abpackerin bei der B. GmbH und ging außerdem einer Nebentätigkeit nach. Nachdem das Arbeitsverhältnis gekündigt worden und die Mutter der Klägerin ihren Angaben zufolge ab Mai 2010 erwerbslos war, hat sie

mit Wirkung vom 1. September 2010 einen bis zum 31. März 2011 befristeten Arbeitsvertrag in einer Bäckerei geschlossen. Außerdem hat sie eine Nebentätigkeit als Zeitungszustellerin angenommen, worüber sie keinen schriftlichen Arbeitsvertrag besitzt.

Im März 2007 beantragte die Klägerin bei der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Belgrad die Erteilung eines Visums zur Familienzusammenführung mit ihrer im Bundesgebiet lebenden Mutter. Sie machte geltend, dass ihr Vater wieder geheiratet habe und sie sich mit dessen Ehefrau nicht verstehe. Die Botschaft lehnte den Visumsantrag mit Bescheid vom 11. Juni 2007 und Remonstrationsbescheid vom 15. August 2007 ab. Die Mutter der Klägerin sei nach dem in Serbien geltenden Familienrecht nicht allein personensorgeberechtigt im Sinne von § 32 Abs. 3 AufenthG. Eine außergewöhnliche Härte gemäß § 32 Abs. 4 AufenthG sei nicht gegeben. Vielmehr führe eine Abwägung aller Umstände unter Berücksichtigung des Kindeswohles dazu, dass der Verbleib der Klägerin im Heimatland gerechtfertigt sei.

Das Verwaltungsgericht hat auf die hiergegen erhobene Klage die Beklagte mit Urteil vom 14. Dezember 2007 verpflichtet, der Klägerin das begehrte Visum zu erteilen. Die Mutter der Klägerin, durch deren Einkommen der Lebensunterhalt im Bundesgebiet sicher gestellt werde, sei zwar nicht allein sorgeberechtigt im Sinne von § 32 Abs. 3 AufenthG, weil dem Vater nach serbischem Familienrecht weiterhin Mitbestimmungsrechte zustünden. Diese Vorschrift sei hier jedoch analog anwendbar.

Mit der von dem Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung wendet sich die Beklagte gegen die analoge Anwendung des § 32 Abs. 3 AufenthG.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 14. Dezember 2007 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse macht sie geltend, dass die Befristung ihres derzeitigen Arbeitsverhältnisses unzulässig sei. Außerdem bestehe eine Verlängerungsmöglichkeit.

Der Beigeladene stellt keinen Antrag.

Der Senat hat mit Beschluss vom 10. Dezember 2009 zu der Frage nach der Auslegung und Anwendung des serbischen Kindschaftsrechts, insbesondere in Bezug auf Art. 77 Abs. 3 des Familiengesetzes der Republik Serbien vom 24. Februar 2005, eine Rechtsauskunft des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht eingeholt, die unter dem 20. August 2010 erteilt worden ist. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Streitakte und die von der Beklagten und dem Beigeladenen vorgelegten Verwaltungsvorgänge Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die Berufung hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht stattgegeben, denn der Klägerin steht weder ein Anspruch auf Erteilung des begehrten Visums zum Familiennachzug zu ihrer Mutter zu, noch hat sie einen Anspruch auf Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts (§ 113 Abs. 5 Satz 1 und 2 VwGO).

1. Der Nachzugsanspruch, der sich hier wegen der anzuwendenden Übergangsregelung des § 104 Abs. 3 AufenthG entweder nach § 6 Abs. 4 AufenthG in Verbindung mit § 32 Abs. 3 AufenthG oder aber bei Verneinung der Voraussetzungen dieser Vorschrift nach § 20 Abs. 3, Abs. 4 AuslG richtet, setzt voraus, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind. Das ist hier nicht der Fall.

Der begehrten Visumserteilung bzw. einem Anspruch auf Neubescheidung steht entgegen, dass der Lebensunterhalt der Klägerin im Bundesgebiet nicht gesichert ist, § 5 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 3 AufenthG. Diese Regelung, die als nicht personen- und familienbezogene und damit nicht von der Übergangsregelung des § 104 Abs. 3 AufenthG erfasste Voraussetzung auch dann anzuwenden ist, wenn sich der Nachzugsanspruch nach § 20 Abs. 3, Abs. 4 AuslG richtet, erfordert, dass der Ausländer seinen Lebensunterhalt einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Hierbei kommt es sowohl auf den Zeitpunkt an, in dem eine gesetzliche Altersgrenze erreicht wird, als auch auf die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung der Tatsacheninstanz (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. August 2008, BVerwGE 131, 370; Urteil vom 7. April 2009, BVerwGE 133, 329).

Die danach zu treffende prognostische Einschätzung (vgl. dazu OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 20. Juni 2007 – OVG 12 N 111.07 – und Beschluss vom 28. April 2006 - OVG 11 N 9.06 -, juris), die grundsätzlich einen Vergleich des voraussichtlichen Unterhaltsbedarfs mit den

tatsächlich zur Verfügung stehenden Mitteln anhand der Bestimmungen des Sozialgesetzbuches Zweites Buch – SGB II – erfordert (vgl. BVerwG, Urteil vom 26. August 2008, a.a.O.) geht hier zu Lasten der Klägerin aus. Ihre Mutter, die nach dem Verlust ihres bisherigen Arbeitsplatzes zunächst erwerbslos war, steht derzeit lediglich in einem bis zum 31. März 2011 befristeten Arbeitsverhältnis, das erst vor rund drei Monaten begründet worden ist. Ob dieses Arbeitsverhältnis über die Befristung hinaus fortgesetzt wird, ist ungewiss. Es stellt daher keine nachhaltige und verlässliche Erwerbsquelle dar. Die pauschale Behauptung der Klägerin, dass die Befristung arbeitsrechtlich keinen Bestand haben könne, entbehrt der gebotenen Substanz. Das Arbeitsverhältnis ist bisher nicht verlängert worden, sodass von einem missbräuchlichen Kettenarbeitsvertrag schon aus diesem Grund nicht die Rede sein kann. Im Übrigen hat die Klägerin nicht einmal den von ihrer Mutter geschlossenen Arbeitsvertrag vorgelegt. Ferner ist weder substantiiert dargelegt noch nachgewiesen, dass die Mutter der Klägerin über Vermögen verfügt, das einer Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II entgegenstünde.

2. Unabhängig davon sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 32 Abs. 3 AufenthG nicht erfüllt. Danach ist dem minderjährigen Kind eines Ausländers, welches das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, eine Aufenthaltserlaubnis als Visum zu erteilen, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzen. Die Klägerin erfüllt zwar die gesetzliche Altersgrenze, weil sie bei Beantragung des Visums 15 Jahre alt war (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 7. April 2009, BVerwGE 133, 329, 332 Rn. 10; BVerwG, Urteil vom 1. Dezember 2009, Buchholz 402.242 § 32 AufenthG Nr. 5). Ihre Mutter verfügt auch über eine Niederlassungserlaubnis. Diese war jedoch im hier maßgeblichen Zeitraum nicht allein personensorgeberechtigt gemäß § 32 Abs. 3 AufenthG.

Alleinige Personensorge im Sinne von § 32 Abs. 3 AufenthG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Buchst. c der Familienzusammenführungsrichtlinie (Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, ABl. L 251/12) besitzt ein Elternteil nur, wenn dem anderen Elternteil bei der Ausübung des Sorgerechts keine substantiellen Mitentscheidungsrechte und -pflichten zustehen, etwa in Bezug auf Aufenthalt, Schule und Ausbildung oder Heilbehandlung des Kindes. Ob dies der Fall ist, richtet sich gemäß Art. 21 EGBGB nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 3 AufenthG kommt in den Fällen eines geteilten Sorgerechts nicht in Betracht (vgl. zu alledem BVerwG, Urteil vom 7. April 2009, BVerwGE 133, 329 ff.; BVerwG, Urteil vom 1. Dezember 2009, Buchholz 402.242 § 32 AufenthG Nr. 5).

Gemessen daran standen dem Vater der Klägerin trotz der Sorgerechtsentscheidung des Amtsgerichts ... vom 27. Februar 2007 weiterhin substantielle Mitentscheidungsrechte und -pflichten zu. Dies betraf u.a. ihre Ausbildung, die Vornahme größerer medizinischer Eingriffe sowie die - hier beabsichtigte - Änderung des Wohnortes. Soweit das im vorliegenden Verfahren anzuwendende Familiengesetz der Republik Serbien vom 24. Februar 2005 (abgedruckt bei Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Serbien), das am 1. Juli 2005 in Kraft getreten ist, Anlass zu verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten geben könnte, sind diese jedenfalls durch das Rechtsgutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht vom 20. August 2010 zu Lasten der Klägerin zu beantworten.

Die Vorschriften des serbischen Familiengesetzes 2005 (FamG), die sich auf die Ausübung des Elternrechts beziehen, sind u.a. in Art. 75 bis 78 FamG geregelt. Art. 75 sowie Art. 76 FamG betreffen die gemeinsame Ausübung des Elternrechts und Art. 77 sowie Art. 78 FamG dessen selbständige Ausübung. Hier hat sich das Amtsgericht Bogatic in seinem Urteil vom 27. Februar 2007 auf Art. 77 Abs. 3 FamG gestützt. Danach übt ein Elternteil das Elternrecht aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung selbständig aus, wenn die Eltern keine Lebensgemeinschaft führen und keine Vereinbarung über die Ausübung des Elternrechts getroffen haben.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, die sich zu etwaigen Mitspracherechten des anderen Elternteils bei selbständiger Ausübung des Elternrechts verhält, findet sich in Art. 78 Abs. 3 FamG. Allerdings könnte man aufgrund des Wortlautes der Überschrift zu Art. 78 FamG („Vereinbarung über die selbständige Ausübung des Elternrechts“, „Samostalno vršenje roditeljskog prava“) zu dem Ergebnis gelangen, dass eine geteilte Sorge nicht bei gerichtlicher Übertragung des Elternrechts, sondern nur im Fall des Art. 77 Abs. 3 FamG besteht, d.h., wenn die Eltern eine Vereinbarung über die selbständige Ausübung des Elternrechts geschlossen haben und das Gericht feststellt, dass diese Vereinbarung im besten Interesse des Kindes ist. Dann sieht Art. 78 Abs. 3 FamG vor, dass derjenige Elternteil, der das Elternrecht nicht ausübt, das Recht und die Pflicht hat, Unterhalt für das Kind zu leisten, persönliche Beziehungen zu dem Kind zu unterhalten und gemeinsam und einvernehmlich mit dem Elternteil, der das Elternrecht ausübt, über die Fragen, die das Leben des Kindes wesentlich betreffen, zu entscheiden. Als solche Fragen sind gemäß Art. 78 Abs. 4 FamG vor allem anzusehen die Ausbildung des Kindes, die Vornahme größerer medizinischer Eingriffe, die Änderung des Wohnortes und die Verfügung über das Kindesvermögen von größerem Wert.

Wie die Rechtsauskunft des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht nachvollziehbar und überzeugend darlegt, gilt das in Art. 78 Abs. 3 FamG normierte geteilte Sorgerecht nicht nur bei einer Vereinbarung der Eltern über die Ausübung des Elternrechts,

sondern ebenso bei dessen gerichtlicher Übertragung auf einen Elternteil. Das Gutachten stützt sich hierbei vor allem auf rechtswissenschaftliches Schrifttum, das nach Inkrafttreten des Familiengesetzes vom 24. Februar 2005 erschienen und von einer Hochschullehrerein und Verfassungsrichterin verfasst ist. Danach ist die die Frage, ob Art. 78 Abs. 3 FamFG auch bei gerichtlicher Sorgerechtsübertragung im Sinne von Art. 77 Abs. 3 FamFG anzuwenden ist, unstreitig zu bejahen. Die Vorschrift ist mithin hier anwendbar. Alleinige Personensorge eines Elternteils besteht nur dann, wenn dem anderen Elternteil das Recht auf Mitentscheidung im Sinne von Art. 82 Abs. 4 FamG entzogen wird.

Für dieses Ergebnis spricht im Übrigen auch die von dem Vater der Klägerin im Visumsverfahren abgegebene Erklärung vom 2. März 2007, wonach er sich mit einer Übersiedlung der Klägerin in die Bundesrepublik Deutschland ausdrücklich einverstanden erklärt hat. Eine derartige Erklärung, die dem Senat auch aus anderen Visumsverfahren, in denen es um den Kindernachzug serbischer Staatsangehöriger geht, bekannt ist, wäre sinnlos, wenn dem Vater nach der Übertragung des Elternrechts auf die Mutter der Klägerin keinerlei substantielle Mitbestimmungsrechte wie das hier betroffene Aufenthaltsrecht mehr zustünden.

Nach alledem entspricht das Familiengesetz der Republik Serbien vom 24. Februar 2005 hinsichtlich der Ausübung des Elternrechts der zuvor geltenden – eindeutigeren - Rechtslage. Gemäß Art. 126 des Gesetzes über die Ehe und die Familienbedingungen vom 22. April 1908 in der Fassung vom 30. Mai 1994 (abgedruckt bei Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Jugoslawien, 136. Lieferung) bestand die Pflicht zur einvernehmlichen Entscheidung in Fragen von wesentlicher Bedeutung bei selbständiger Ausübung des Elternrechts (Art. 124 Abs. 3) ausdrücklich sowohl dann, wenn die Eltern die alleinige Ausübung vereinbart hatten, als auch dann, wenn eine Entscheidung durch das Gericht getroffen worden war.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der in genannten § 132 Abs. 2 VwGO Gründe vorliegt.