Titel:

Vorherige Durchführung des Visumverfahrens grundsätzlich Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs

Normenketten:

AufenthG § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2, § 10 Abs. 3 S. 1, § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 60a Abs. 1

AufenthV § 39 Abs. 1 Nr. 5

VwGO § 123 Abs. 1 S. 1

Leitsätze:

1. Die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG regelmäßig erforderliche Lebensunterhaltssicherung ist durch die speziellere Vorschrift des § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG verdrängt und deshalb keine zwingende Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (Rn. 17). (redaktioneller Leitsatz)

2. Grundsätzlich besteht ohne vorherige Durchführung des Visumverfahrens kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs (Rn. 16). (redaktioneller Leitsatz)

3. Der Antragsteller hat es selbst in der Hand, durch Absprache mit den zuständigen Behörden den Ausreisezeitpunkt und die Ausreisemodalitäten so zu gestalten, dass eventuell eintretende familiäre Belastungen so gering wie möglich gehalten werden können; in diesem Fall ist die Nachholung des Visumverfahrens auch nicht unzumutbar (Rn. 21). (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, Anordnungsanspruch, Abschiebung, Aufenthaltserlaubnis, Familiennachzug, Visumverfahren, Titelerteilungssperre, Ausreise, Einreise, Kindeswohl

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 16.03.2020 – 10 CE 20.326

Fundstelle:

BeckRS 2020, 6746

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert wird auf 1.250,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der am ... 1995 geborene Antragsteller ist afghanischer Staatsangehöriger. Er wendet sich gegen seine Abschiebung vor einer abschließenden Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

2

Er reiste am 25. Februar 2015 ohne Papiere in die Bundesrepublik Deutschland ein und beantragte am 21. Juni 2016 Asyl. Mit Bescheid vom 3. März 2017 lehnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) den Antrag ab, die hiergegen erhobene Klage blieb erfolglos (VG Bayreuth, U.v. 20.3.2018 - B 6 K 17.30862).

3

Am 4. September 2018 kam die Tochter des Antragstellers zur Welt, welche die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Der Antragsteller hatte bereits am 8. März 2018 zusammen mit der Kindsmutter eine Sorgeerklärung abgegeben und die Vaterschaft anerkannt.

4

Die für den 13. November 2018 geplante Abschiebung des Antragstellers nach Afghanistan stornierte der Antragsgegner, um diesem Gelegenheit zu geben, freiwillig auszureisen und vorab das Visumverfahren für den Familiennachzug zu seiner Tochter zu organisieren. In der Folgezeit war der Antragsteller im Besitz von Grenzübertrittsbescheinigungen.

5

Mit Schriftsatz vom 3. April 2019 ließ der Antragsteller einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu seiner Tochter sowie einer Duldung stellen. Seit dem 2. Juli 2019 ist er wieder in Besitz von Duldungen, zuletzt wurde ihm am 27. August 2019 eine Duldung bis zum 28. Februar 2020 erteilt. Er legte mittlerweile einen Nationalpass vor, der am 7. März 2019 vom afghanischen Generalkonsulat in Bonn ausgestellt wurde.

6

Mit Schriftsatz vom 17. Januar 2020 stellte der Antragsteller einen Antrag auf Eilrechtsschutz beim Verwaltungsgericht Augsburg. Sowohl die für die Abschiebung zuständige Zentrale Ausländerbehörde ... (ZAB ...) als auch die für die Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung zuständige Ausländerbehörde der Stadt ... gingen davon aus, dass der Antragsteller ausreisen und ein Visum einholen müsse. Von der ZAB ... sei ihm mitgeteilt worden, dass er abgeschoben werde, wenn er nicht baldmöglichst ein Flugticket vorlege und freiwillig ausreise. Deswegen sei Eilbedürftigkeit gegeben. Der Antragsteller habe einen Anordnungsanspruch, da beide Behörden irrig davon ausgingen, dass er ausreisen und das Visumverfahren nachholen müsse. Er lebe allerdings in einer Beistands- und Lebensgemeinschaft mit seiner Tochter. Aus Gründen des Kindeswohls sei das Ermessen bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis auf Null reduziert. Bei der Frage der Nachholung des Visumverfahrens müsse berücksichtigt werden, dass die Tochter des Antragstellers noch sehr klein und deswegen das Kindeswohl in besonderer Weise durch eine Ausreise des Antragstellers beeinträchtigt sei. Der Antragsteller habe von Anfang an die werdende Mutter unterstützt, Unterhalt gezahlt und nach der Geburt Erziehungs- und Beistandsleistungen erbracht. Dies fordere die Rechtsordnung von ihm. Es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass die ausländerrechtlichen Verpflichtungen und die familienrechtlichen Verpflichtungen in Widerspruch zueinander stünden. Die Frage der Zumutbarkeit der Trennung sei nicht aus der Perspektive des Vaters, sondern des Kindes zu bewerten. Eine Trennung für die Dauer eines Visumverfahrens sei für das Kind unzumutbar. Als Vater eines deutschen Kindes, der das Sorgerecht ausübe, habe der Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Die Tochter sei nach der Einreise des Antragstellers geboren, so dass er nicht mit dem maßgeblichen Visum habe einreisen können. Zudem gebe es gesetzlich die Möglichkeit, vom Erfordernis des Visumverfahrens abzusehen. Das deutsche Kind des Antragstellers habe einen Anspruch auf den Umgang mit seinem Vater und eine längere Trennung widerspreche dem Kindeswohl. Es sei zu erwarten, dass sich die Tochter bereits nach kurzer Zeit nicht mehr an den Vater erinnern könne. Den Behörden sei bekannt, dass die Visumverfahren in Islamabad eineinhalb Jahre dauerten. Soweit die ZAB ... auf die deutsche Botschaft in Indien verweise, sei fraglich, ob diese für den Antragsteller zuständig sei. Auch die Durchführung des Visumverfahrens in Indien sei unzumutbar. Es werde auf die geänderte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. Juli 2019 verwiesen, wonach ein nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK besonders schutzwürdiger Familienverband aus Eltern und ihren minderjährigen Kindern nicht aufgelöst oder gar durch staatliche Maßnahmen zwangsweise getrennt werden dürfe. Da der Staat die Aufgabe habe, die Familie zu schützen, sei eine Ausnahme vom Erfordernis des Visumverfahrens zu machen. Das Ermessen sei auf Null reduziert. Der Verweis der Stadt ... auf die Titelerteilungssperre für abgelehnte Asylbewerber gehe fehl, da ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung bestehe. Zudem komme § 39 Nr. 5 AufenthV zur Anwendung, wonach im Inland ein Aufenthaltstitel eingeholt werden dürfe, wenn der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund der Geburt eines Kindes während des geduldeten Aufenthalts im Bundesgebiet erworben worden sei. Diese Voraussetzungen lägen beim Antragsteller vor. Durch eine Abschiebung würde ein irreparabler Bruch in der Vater-Kind-Bindung entstehen.

7

Der Antragsteller beantragt,

8

den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller eine Duldung i.S.d. § 60a Abs. 1 AufenthG zu erteilen und von Abschiebemaßnahmen abzusehen, bis über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung rechtskräftig entschieden ist.

9

Der Antragsgegner beantragt mit Schriftsatz vom 24. Januar 2020,

10

den Antrag abzulehnen.

11

Der Antragsteller und seine Lebensgefährtin seien in mehreren Gesprächen auf die Notwendigkeit der freiwilligen Ausreise und die Erforderlichkeit der Nachholung des Visumverfahrens hingewiesen worden. In der zuletzt erteilten Duldung sei eine auflösende Bedingung für den Fall der Bekanntgabe des Abschiebungstermins nicht vorgesehen. Deshalb sei bereits kein Anordnungsgrund gegeben, da der Antragsteller eine Duldung, die bis zum 28. Februar 2020 gültig sei, habe. Es bestehe auch kein Anordnungsanspruch. Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu seiner deutschen Tochter, da die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG nicht vorlägen. Vielmehr müsse er das Visumverfahren nachholen. Dies sei ihm auch nicht unzumutbar, da er über die deutschen Botschaften in Neu-Delhi und Islamabad ein Visumverfahren durchführen könne. Dies könne terminlich so organisiert und abgestimmt werden, dass eine Trennung von dem Kind zeitlich so bemessen sei, dass weder für den Antragsteller noch für das Wohl des Kindes Nachteile zu befürchten seien. Seit dem Jahr 2018 werde der Antragsteller fortlaufend auf die Erforderlichkeit der Nachholung des Visumverfahrens verwiesen. Dessen Durchführung habe er bisher immer abgelehnt. Es bestehe kein gebundener Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug, da das Absehen von der Nachholung des Visumverfahrens im Ermessen der Ausländerbehörde stehe. Die Titelerteilungssperre für abgelehnte Asylbewerber sei zu berücksichtigen. Auch die Vorschrift des § 39 AufenthV setze einen gebundenen Anspruch voraus. Da die Beantragung des Aufenthaltstitels keine Fiktionswirkung habe, stehe der Antrag dem zwangsweisen Vollzug der Ausreisepflicht nicht entgegen. Ferner bestünden keine Abschiebungshindernisse. Nach Rücksprache mit dem Bayerischen Staatsministerium des Innern sei ein weiteres Zurückstellen der Abschiebung nicht veranlasst, da dem Antragsteller mehrfach anheimgestellt worden sei, freiwillig auszureisen und das Visumverfahren nachzuholen. Er habe dies abgelehnt. Ein weiterer Duldungsgrund sei nicht ersichtlich. Die Abschiebung sei nach Ablauf der aktuell erteilten Duldung tatsächlich und rechtlich möglich. Insbesondere lägen die erforderlichen Reisedokumente vor.

12

Ergänzend wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der beigezogenen Behördenakte. II.

13

Der zulässige Antrag ist unbegründet. Der Antragsteller hat keinen Anspruch darauf, dass von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen bis zur bestandskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug abgesehen wird.

14

1. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, oder auch zur Regelung eines vorläufigen Zustandes, v.a. bei dauernden Rechtsverhältnissen, wenn dies nötig erscheint, um wesentliche Nachteile für den Antragsteller abzuwenden. Voraussetzung ist, dass der Antragsteller das von ihm behauptete strittige Recht (den Anordnungsanspruch) und die drohende Gefahr seiner Beeinträchtigung (den Anordnungsgrund) glaubhaft macht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO). Maßgebend sind dabei die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

15

a) Fraglich ist, ob ein Anordnungsgrund vorliegt, da der Antragsteller gegenwärtig noch im Besitz einer Duldung ist, die nicht mit der auflösenden Bedingung der Bekanntgabe des Abschiebungstermins versehen

ist. Eine weitere Verlängerung der Duldung ist weder beantragt noch abschlägig verbeschieden. Allerdings macht der Antragsgegner in seiner Antragsriderung deutlich, keinen weiteren Duldungsgrund zu sehen. Letztlich kann die Frage des Vorliegens des Anordnungsgrundes jedoch dahingestellt bleiben, da jedenfalls kein Anordnungsanspruch vorliegt.

16

b) Der Antragsteller kann sich nicht mit Erfolg auf den geltend gemachten Anordnungsanspruch berufen. Er hat ohne vorherige Durchführung des Visumverfahrens keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu seiner deutschen Tochter gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Hiernach ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen vor. Der Antragsteller übt die Personensorge für sein am 4. September 2018 geborenes deutsches Kind aus. Allerdings steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegen, wonach einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 erteilt werden darf. Durch die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 AufenthG soll im Interesse einer effektiven Steuerung und Begrenzung der Einwanderung die missbräuchliche Stellung von Asylanträgen sanktioniert und der Anreiz für die Schaffung von Bleiberechten nach negativem Abschluss eines Asylverfahrens reduziert werden. Die Titelerteilungssperre greift zwar nach § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG nicht, wenn ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht. Dabei muss es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts aber um einen strikten Rechtsanspruch handeln, der sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Das bedeutet, dass alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat. Hierfür genügt weder eine Soll- noch eine Ermessensvorschrift, selbst wenn im Einzelfall ein atypischer Fall vorliegt oder das Ermessen „auf Null“ reduziert ist (stRspr, vgl. BVerwG, U.v. 12.7.2018 - 1 C 16/17 - juris Rn. 27; BVerwG, U.v. 10.12.2014 - 1 C 15/14 - juris Rn. 15).

17

aa) Die regelhaften allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen die vorliegen müssen, um einen zwingenden Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu begründen, sind in § 5 Abs. 1 AufenthG geregelt. Die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG regelmäßig erforderliche Lebensunterhaltssicherung ist durch die speziellere Vorschrift des § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG verdrängt und deshalb keine zwingende Voraussetzung. Zudem erfüllt der Antragsteller nunmehr seine Passpflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG), da er einen gültigen Nationalpass vorgelegt hat. Jedoch ist der Antragsteller nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG).

18

bb) Die Einreise ohne das erforderliche Visum steht der Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis entgegen, da der Antragsteller nicht nach § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV berechtigt ist, die Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet einzuholen.

19

Nach § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV ist ein Visumverfahren dann entbehrlich, wenn die Abschiebung nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist und der Ausländer aufgrund einer Eheschließung, der Begründung einer Lebenspartnerschaft im Bundesgebiet oder der Geburt eines Kindes während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Im Zeitpunkt der Geburt seines Kindes am 4. September 2018 konnte der Antragsteller keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erwerben, da er zu diesem Zeitpunkt keinen Nationalpass hatte. Damit fehlte im maßgeblichen Zeitpunkt jedenfalls die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG.

20

cc) Von der Visumpflicht kann gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Hierbei handelt es sich um eine Ermessensvorschrift, deren Anwendung die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegensteht.

21

Im Übrigen ist die Nachholung des Visumverfahrens im vorliegenden Fall auch nicht unzumutbar (§ 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG). Vielmehr liegt es im Verantwortungsbereich des Antragstellers, die Ausreisemodalitäten möglichst familienverträglich zu gestalten. Eine vorübergehende Trennung von Vater und Tochter ist auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts des Kindeswohls zumutbar. Der Antragsteller, seine Lebensgefährtin und die gemeinsame Tochter befinden sich hier in keiner anderen Situation als andere Familienangehörige, die ordnungsgemäß das Visumverfahren vom Ausland aus durchführen und ebenfalls vorübergehend (noch) nicht zusammen im Bundesgebiet leben können. Der Antragsteller hat es selbst in der Hand, durch Absprache mit den zuständigen Behörden den Ausreisezeitpunkt und die Ausreisemodalitäten so zu gestalten, dass eventuell eintretende familiäre Belastungen so gering wie möglich gehalten werden können. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Antragsgegner bereits mehrfach Gespräche mit dem Antragsteller geführt hat, um die verschiedenen Möglichkeiten der Durchführung des Visumverfahrens aufzuzeigen. Auch ist bei entsprechender Kooperation des Antragstellers eine einvernehmliche Regelung zwischen den Beteiligten zu erwarten, dass der Antragsteller die Wartezeit bis zur Beantragung des Visums in Deutschland verbringen kann und eine Ausreise erst dann erfolgen muss, wenn der Termin bei der deutschen Botschaft unmittelbar bevorsteht. Durch eine solche Einigung mit dem Antragsgegner und eine freiwillige Ausreise hat es der Antragsteller selbst in der Hand, die Trennungszeit zu verkürzen und das mit der Abschiebung eintretende Einreise- und Aufenthaltsverbot zu verhindern.

22

2. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO. Als unterliegender Teil hat der Antragsteller die Verfahrenskosten zu tragen. Die Streitwertfestsetzung folgt den Vorgaben der §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG i.V.m. den Ziffern 8.3 und 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.