



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG.: 1 B 150/11
(VG: 4 V 588/11)

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die Richter Göbel, Dr. Grundmann und Traub am 12. August 2011 beschlossen:

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 4. Kammer – vom 24.06.2011 wird mit Ausnahme der darin enthaltenen Streitwertfestsetzung aufgehoben.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 03.05.2011 wird angeordnet bzw. wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 3.750,00 Euro festgesetzt.

Dem Antragsteller wird Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren bewilligt; ihm wird Rechtsanwalt B. zur Vertretung beigeordnet.

G r ü n d e

A.

Der Antragsteller begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis und gegen die Androhung seiner Abschiebung.

Der Antragsteller ist ghanaischer Staatsangehöriger. Er war im Besitz einer – im Jahre 2010 ausgestellten und inzwischen (16.06.2011) ausgelaufenen – niederländischen Aufenthaltserlaubnis (Verblijfsdocument). Im Februar 2011 reiste er aus den Niederlanden in das Bundesgebiet ein und beantragte eine deutsche Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen. Seine in Bremen lebende Lebensgefährtin, bei der er Wohnung genommen hat, ist gleichfalls ghanaische Staatsangehörige. Der Antragsteller und seine Lebensgefährtin haben eine gemeinsame Tochter, F., die im Jahre 2009 geboren wurde und gleichfalls ghanaische Staatsangehörige ist. Das Sorgerecht für die Tochter üben beide gemeinsam aus. Lebensgefährtin und Tochter sind im Besitz von bis 2012 befristeten Aufenthaltserlaubnissen. Im gemeinsamen Haushalt lebt eine weitere Tochter der Lebensgefährtin aus einer früheren Beziehung zu einem deutschen Staatsangehörigen, J., die 2005 geboren wurde und deutsche Staatsangehörige ist. Die Lebensgefährtin und ihre Töchter erhalten Leistungen nach dem SGB II. Der Antragsteller hat von August 2010 bis Februar 2011 Unterhalt für seine Tochter geleistet.

Der Antragsteller gab an: Seine in den Niederlanden lebende Mutter sei niederländische Staatsangehörige. Er selbst habe keinen Antrag auf Einbürgerung gestellt, weil er die erforderlichen Aufenthaltszeiten noch nicht erfüllt habe. Er habe in den Niederlanden eine Ausbildung absolviert und sei dort Arbeitnehmer gewesen, bis er im Februar 2011 arbeitslos geworden sei. Seine Lebensgefährtin habe er vor drei Jahren in den Niederlanden kennengelernt; danach habe sie ihn öfter besucht. Die Heirat sei beabsichtigt.

Mit Verfügung vom 03.05.2011 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab. Zugleich drohte sie dem Antragsteller für den Fall, dass er seiner Ausreisepflicht nicht innerhalb eines Monats nachkomme, die Abschiebung nach Ghana, hilfsweise in die Niederlande an; die sofortige Vollziehung der Abschiebungsandrohung wurde angeordnet. Über den Widerspruch des Antragstellers ist noch nicht entschieden.

Seinen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 24.06.2011 ab. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

B.

Die Beschwerde ist begründet.

Das private Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsmittels überwiegt das öffentliche Interesse an seiner sofortigen Ausreise. Die Gründe, mit denen die Antragsgegnerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt hat, halten einer Überprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts spricht zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass das Rechtsmittel des Antragstellers in der Hauptsache erfolgreich sein wird.

I.

Nach § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG kann dem Antragsteller eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu seiner in Deutschland lebenden Tochter erteilt werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist.

1.

Das Verwaltungsgericht hat eine solche Härte zutreffend deshalb bejaht, weil das Zusammenleben des Antragstellers mit seiner Tochter nur im Bundesgebiet möglich ist. Zwar wäre auch denkbar, dass die Tochter dem Antragsteller nach Ghana folgt, um mit ihm zusammenleben zu können. Zu diesem Zweck müsste sie sich aber entweder von ihrer Mutter trennen oder diese müsste ihrerseits auf das Zusammenleben mit ihrer deutschen Tochter J. verzichten, es sei denn, diese würde gezwungen, das Land ihrer Staatsangehörigkeit zu verlassen. Keine dieser Alternativen kann den jeweils Betroffenen rechtlich angesonnen werden. Das Recht des deutschen Kindes und der Schutz jeder einzelnen der dargestellten familiären Beziehungen, die sich zu einer unauflösbaren Kette zusammenfügen, führen deshalb dazu, dass die familiäre Lebensgemeinschaft zwischen der Tochter und dem Vater nicht ohne dessen Aufenthalt in Deutschland möglich ist.

2.

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels „in der Regel“ voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Von dieser Voraussetzung ist hier abzusehen, weil nicht der Regel-, sondern ein Ausnahmefall vorliegt. Ein solcher liegt nicht nur bei besonderen, atypischen Umständen vor, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen, sondern auch dann, wenn entweder aus Gründen höherrangigen Rechts wie Art. 6 GG oder im Hinblick auf Art. 8 EMRK die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Familiennachzug geboten ist, weil die Herstellung der Familieneinheit im Herkunftsland nicht möglich ist (BVerwG, Urt. v. 26.08.2008 – 1 C 32.07 -, BVerwGE 131, 370 = NVwZ 2009, 248 Rn 27; Urt. v. 30.04.2009 – 1 C 3.08 -, NVwZ 2009, 1239, Rn 13). Das ist, wie dargestellt, hier der Fall.

3.

§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG verlangt für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, dass der nachziehende Familienangehörige mit dem erforderlichen Visum eingereist ist. Für einen längerfristigen Aufenthalt, wie er hier aus familiären Gründen angestrebt wird, ist nach § 6 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ein Visum erforderlich, das vor der Einreise einzuholen ist.

a)

Die Voraussetzungen, unter denen der Ausländer den Aufenthaltstitel abweichend davon nach § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 39 AufenthV im Bundesgebiet einholen kann, liegen nicht vor. Nach § 39 Nr. 6 AufenthV, der hier allein in Betracht kommt, bedarf es der vorherigen Einholung des Visums nicht, wenn der Ausländer – wie hier der Antragsteller - einen von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitel besitzt und aufgrund dieses Aufenthaltstitels berechtigt ist, sich im Bundesgebiet aufzuhalten, sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind. Zur Erfüllung dieser Bedingung ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ein strikter, sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebender Rechtsanspruch erforderlich; ein Anspruch aufgrund einer Ermessensvorschrift genügt auch dann nicht, wenn das Ermessen im Einzelfall auf Null reduziert ist (BVerwG, Urt. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 - , BVerwGE 132, 382 = NVwZ 2009, 789 Rn 21ff.; Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09 - , NVwZ 2011, 495, Rn 24). Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 AufenthG steht aber im Ermessen der Behörde („kann“).

b)

Von dem Erfordernis, dass das Visum zum Daueraufenthalt aus familiären Gründen vor der Einreise eingeholt worden sein muss, kann nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden, wenn es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Entgegen der – nicht näher begründeten - Auffassung des Verwaltungsgerichts ist es hier unzumutbar, den Antragsteller darauf zu verweisen, in sein Herkunftsland auszureisen und dort bei der deutschen Auslandsvertretung ein Visum zu beantragen.

aa)

Die Dauer eines solchen Verfahrens lässt sich nicht hinreichend abschätzen.

Nach den Merkblättern der Deutschen Botschaft in Accra zum Ehegattennachzug und zum Nachzug eines Kindes - abrufbar unter

www.accra.diplo.de/Vertretung/accra/de/01/Visabestimmungen/Visabestimmungen.html

- muss für die Antragstellung ein Termin zur persönlichen Vorsprache vereinbart werden, für den Wartezeiten bis zu acht Wochen bestehen; bei Unvollständigkeit der Unterlagen muss ein neuer Vorsprachetermin vereinbart werden. Die Bearbeitungszeit kann mehrere Monate betragen. Da das Visum nicht ohne Zustimmung der zuständigen Ausländerbehörde erteilt werden kann, hat die Botschaft nur bedingt Einfluss auf die Bearbeitungsdauer. Die Dauer des Zustimmungsverfahrens bei der Antragsgegnerin ist nicht kalkulierbar; die hohe Zahl von aufenthaltsrechtlichen Untätigkeitsklagen gegen die Antragsgegnerin (vgl. Geschäftsbericht des Verwaltungsgerichts Bremen für 2007 <S. 5>: 170 im Jahr 2007, 196 im Jahr 2006, 142 im Jahr 2005; seitdem Geschäftsberichte 2008 <unblättiert>, 2009 <S. 5> und 2010 <S. 10>: „nach wie vor hoch“) spricht nicht dafür, dass mit einer zügigen Bearbeitung gerechnet werden kann. Dass die Antragsgegnerin von der Möglichkeit der Vorabzustimmung gemäß § 31 Abs. 3 AufenthV (vgl. dazu OVG Bremen, Beschl. v. 26.04.2010 – 1 B 50/10 -, NordÖR 2010,240 = InfAuslR 2010,292 = EZAR NF 28 Nr. 30; Pfersich, ZAR 2011, 198) Gebrauch machen würde, ist nicht ersichtlich, zumal die Antragsgegnerin auf dem Standpunkt steht, dass dem Antragsteller keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden könne, weil sein Lebensunterhalt nicht gesichert und ein Grund, von dieser Regelvoraussetzung abzuweichen, nicht gegeben sei. Es muss deshalb damit gerechnet werden, dass die Deutsche Botschaft den Antrag ablehnt, weil die Antragsgegnerin ihre Zustimmung zur Erteilung des Visums nicht erteilt, und der Antragsteller den Ausgang eines vor dem zuständigen Verwaltungsgericht Berlin einzuleitenden Klageverfahrens abwarten muss, bevor er erneut nach Deutschland einreisen kann.

bb)

Die zu erwartende längere Trennung von unbestimmter Dauer ist für den Antragsteller und seine Tochter im Hinblick auf Art. 6 GG nicht zumutbar.

Zwar ist es mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Familie grundsätzlich vereinbar, den Ausländer auf die Einholung einer erforderlichen Visums zu verweisen; eine auch nur vorübergehende Trennung eines Elternteils von seinem Kind kann aber nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann nicht als zumutbar angesehen werden, wenn es sich um einen nicht unerheblichen

Zeitraum handelt oder keine Vorstellung über die Dauer der Trennung besteht. Das gilt insbesondere dann, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen ist. Zum einen kann ein solches Kind den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen und erfährt diese rasch als endgültigen Verlust; zum anderen ist zu berücksichtigen, dass gerade bei einem kleinen Kind die Entwicklung sehr schnell voranschreitet, so dass auch eine verhältnismäßig kurze Trennungszeit im Lichte von Art 6 Abs. 2 GG schon unzumutbar lang sein kann (vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 31.08.1999 – 2 BvR 1523/99 -, NVwZ 2000, 59 <60>; vom 23.01.2006 – 2 BvR 1935/05 -, NVwZ 2006, 682 <683>; vom 10.05.2008 – 2 BvR 588/08 -, InfAuslR 2008, 347 <348>; vom 01.12.2008 – 2 BvR 1830/08 -, BVerfGK 14, 458)

Die Unzumutbarkeit einer solchen Trennung wird auch nicht, wie das Verwaltungsgericht meint, dadurch relativiert, dass der Antragsteller und seine Tochter in der Vergangenheit zeitweilig getrennt gewesen seien. Das Verwaltungsgericht übersieht, dass diese Trennung durch regelmäßige Besuchskontakte überwunden werden konnte. Vergleichbare Möglichkeiten bestehen nicht mehr, wenn der Antragsteller nach Ghana ausreisen muss. Bei Besuchen von bzw. nach dort entsteht nicht nur ein unverhältnismäßig größerer Aufwand; der Antragsteller braucht, wenn er den Kontakt zu seiner Tochter halten will, auch ein (Schengen-) Besuchervisum, das ihm nur erteilt wird, wenn es ihm gelingt, Zweifel an seiner Rückkehrbereitschaft auszuräumen, die – sei es zu Recht oder zu Unrecht - aufgrund seines angestrebten Familiennachzugs angenommen werden dürften (vgl. Art. 21 Abs. 1 der VO/EG Nr. 810/2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft – und BVerwG, Urt.v.11.01.2011 – 1 C 1.10 -).

cc)

Keiner Erörterung bedarf, ob es für den Antragsteller auch deshalb unzumutbar ist, das Visumverfahren von Ghana aus nachzuholen, weil er vor seiner Einreise seit längerem nicht mehr dort, sondern in den Niederlanden gelebt hat, und sich sein Fall insoweit wesentlich von den Fällen unterscheidet, in denen die Ausländer an ihren bisherigen Wohnort zurückkehren können, an dem sie üblicherweise noch über Bindungen verfügen, die ihnen den zeitweiligen (Wieder-) Aufenthalt dort erleichtern.

c)

Es bedarf deshalb einer an Sinn und Zweck der gesetzlichen Ermächtigung orientierten Ermessensentscheidung der Behörde darüber, ob sie von der Nachholung des Visumverfahrens absieht. Dabei werden einwanderungspolitische Gesichtspunkte gegen den verfassungsrechtlichen Schutz der Familie abzuwägen und die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sein. Zu diesen gehört nach Nr. 5.2.3 Satz 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz (AVwV-AufenthG) auch, dass ein Aufenthaltstitel auf Grund einer Ermessensreduzierung auf Null erteilt werden muss, ohne dass ein unmittelbarer gesetzlicher Anspruch besteht.

4.

Die Frage, ob das Ermessen, das der Antragsgegnerin nach § 36 Abs. 2 AufenthG eingeräumt ist, hier wegen des Schutzes der Familie auf Null reduziert ist, bedarf im Rahmen des Eilverfahrens keiner abschließenden Entscheidung. Für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung reicht aus, dass der Antragsteller jedenfalls einen Anspruch auf Bescheidung hat, den die Antragsgegnerin bisher nicht erfüllt hat.

II.

Im Rahmen der zu treffenden Widerspruchsentscheidung wird, wenn dem Widerspruch nicht schon aus Gründen des nationalen Rechts stattgegeben wird, auch der Frage nachzugehen sein, welche Folgerungen aus der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache Ruiz Zambrano (Urt. v. 08.03.2011 – C-34/09 -, NJW 2011, 2033) zu ziehen sind. Danach darf den drittstaatsangehörigen Eltern nicht der Aufenthalt in dem Mitgliedstaat verweigert werden, in dem ihr minderjähriges Kind lebt, das dessen Staatsangehörigkeit hat und dem sie Unterhalt gewähren, weil andernfalls das Kind gezwungen würde, das Gebiet der Union zu verlassen, um ihnen zu folgen, und damit auf den Kernbestand seiner Unionsbürgerrechte verzichten müsste. Dabei handelt es sich – jedenfalls zunächst - um einen reinen Rechtsreflex, der den Eltern des Kindes (hier: der Unterhalt nach § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB leistenden Mutter von J.) zugute kommt, um dessen Rechte als Unionsbürger zu wahren (vgl. *Hailbronner/Thym*, NJW 2011, 2008 <2012f>). Auch ein bloßer Rechtsreflex hat aber zur Folge, dass die Regelung des Aufenthalts der Mutter Durchführung von Unionsrecht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh) ist und folglich deren Vorgaben zu beachten sind. Dazu gehören nicht nur die Achtung des Familienlebens (Art. 7 GrCh), sondern auch die Rechte der Kinder aus Art. 24 Abs. 2 und 3 GrCh. Danach muss bei allen Kinder

betreffenden Maßnahmen das Wohl des Kindes eine vorrangige Erwägung sein, und jedes Kind hat Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und direkte Kontakte zu beiden Elternteilen, es sei denn, dies steht seinem Wohl entgegen. Die Notwendigkeit, diese Grundrechte zu wahren und die Voraussetzungen der Einschränkung ihrer Ausübung (Art. 52 Abs. 1 GrCh) zu beachten, strahlt wiederum auf die Entscheidungen über das Aufenthaltsrecht des zweiten Kindes F. und ihres Vaters, des Antragstellers, aus. Es ist deshalb zumindest nicht von vornherein von der Hand zu weisen, dass die über das zweite Kind und die Mutter vermittelte Kette geschützter familiärer Beziehungen dazu führt, dass der Rechtsreflex, der nach dem Urteil des EuGH in der Sache Ruiz Zambrano durch den Unionsbürgerstatus des ersten Kindes zugunsten der Mutter ausgelöst wird, über die gemeinsame Tochter vermittelt auch dem Antragsteller zugute kommt (vgl. auch *Oberhäuser*, Asylmagazin 2011, 223 <225>). Zu welcher Rechtsstellung dieser Rechtsreflex dem von ihm Begünstigten verhilft, bedarf weiterer Klärung; das gilt insbesondere auch für die Frage, ob es unionsrechtlich zulässig ist, seinen Aufenthalt von der Sicherung des Lebensunterhalts abhängig zu machen (vgl. *Hailbronner/Thym*, a.a.O. <2013>). Sollte es in einem späteren Hauptsacheverfahren entscheidungserheblich auf diese Fragen ankommen, wird, wenn die derzeit bestehenden Unklarheiten bis dahin nicht beseitigt sind, möglicherweise eine Vorabentscheidung des EuGH (Art. 267 Abs. 3 AEUV) einzuholen sein.

III.

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis hat zur Folge, dass auch die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Androhung der Abschiebung wiederherzustellen ist.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung erfolgt gemäß §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 2 GKG.

Die Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Beordnung des Prozessbevollmächtigten beruht auf § 166 VwGO i.V.m. §§ 114 ff., 121 Abs. 1 ZPO.

gez. Göbel

gez. Dr. Grundmann

gez. Traub