

von RAin Theresia Wölff, Köln

Das Ausländergesetz erfüllt das verfassungsrechtliche Schutzgebot für Ehe und Familie, indem es in allen auf die Familie bezogenen aufenthaltsrechtlichen Regelungen auf die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 AuslG verweist, wonach die Aufenthaltsgenehmigung zum Zwecke des nach Art. 6 des Grundgesetzes gebotenen Schutzes von Ehe und Familie für die Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet erteilt und verlängert werden kann. Damit stellt das Ausländergesetz eine Reihe abgestufter Regelungen zur Verfügung, in denen dem Schutzgebot des Art. 6 GG nach Maßgabe der nach Fallgruppen gewichteten besonderen Schutzbedürftigkeit der Betroffenen Rechnung getragen wird (BVerwG, Urteil vom 9.12.1997 - 1 C 20.97 -, InfAuslR 1998, 276 ff.).

Bei rein ausländischen Familien kommt dem aufenthaltsrechtlichen Schutz durch Art. 6 Abs. 1 GG allerdings ein geringeres Gewicht zu als bei Ehen und Familien von deutschen Ehegatten und deutschen Kindern (BVerwG, NVwZ-RR, Beschluss vom 13.8.1990, NVwZ-RR 1991, 215 f.; OVG Brandenburg, Beschluss vom 30.5.2002 - 4 B 103/02 - 4 S., M3161).

Selbst bei Familienangehörigen von Ausländern, die nicht über ein verfestigtes Bleiberecht verfügen, kann sich aber aus Art. 6 GG ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung ergeben, wenn die familiäre Lebensgemeinschaft im gemeinsamen Heimatland oder – bei gemischt-nationalen Ehen – in einem der Heimatländer nicht in zumutbarer Weise geführt werden kann.

Dem Familienangehörigen eines Ausländers, der lediglich geduldet ist, kann ebenfalls eine Duldung erteilt werden, wenn dieser in besonderem Maße auf den Beistand des anderen angewiesen ist oder wenn die alleinige Abschiebung eines Familienangehörigen zu einer unabsehbar langen Trennung führen würde.

1. Familiennachzug zu Deutschen oder Ausländern mit verfestigtem Bleiberecht

In Fällen, in denen es um Nachzug zu deutschen Familienangehörigen oder zu ausländischen Familienangehörigen mit dauerhaftem Bleiberecht geht, räumt das Gesetz vielfach einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ein. In diesen Fällen kann es aber insbesondere zu Problemen kommen, wenn die Einreise unter Verstoß gegen die Visumpflicht erfolgte. Hier stellt sich die Frage, ob der Ausländer darauf verwiesen werden kann, zur Einhaltung des Sichtvermerksverfahrens vorübergehend auszureisen oder ob dem Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK der Vorrang einzuräumen ist.

a) Verstoß gegen Einreisebestimmungen (Visumpflicht)

Die Rechtsprechung bejaht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, die Einreise ausländischer Staatsangehöriger durch das Visumsverfahren zu steuern und zu kontrollieren. Deshalb sei es grundsätzlich erforderlich und regelmäßig auch verhältnismäßig, einen ohne das erforderliche Visum eingereisten Ausländer selbst bei wohlbegründeter Berufung auf den Schutz von Ehe und Familie darauf zu verweisen, auszureisen und vom Ausland her um ein Visum nachzusuchen (vgl. BVerwG, Urteil vom 9.12.1997, - 1 C 20.97 - InfAuslR 1998, 276 ff.; OVG Hamburg, Beschluss vom 25.1.2000 - 4 Bf 322/99 -).

Grundsätzlich ist gemäß § 3 Abs. 3 AuslG das Visum vor der Einreise einzuholen. Selbst dann, wenn ein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung besteht, wird diese in der Regel versagt, wenn der Ausländer ohne erforderliches Visum eingereist ist (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 AuslG) oder er mit einem Visum eingereist ist, das aufgrund seiner Angaben im Visumsantrag ohne erforderliche Zustimmung der Ausländerbehörde erteilt worden ist (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 AuslG).

Zwar sperrt § 8 AuslG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht für Rechtsansprüche, die auf anderen Rechtsgrundlagen als denen des Ausländergesetzes beruhen. Es ist in der Rechtsprechung jedoch anerkannt, dass weder aus Art. 6 GG noch aus Art. 8 EMRK unmittelbar ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder auf Freistellung von der Visumpflicht hergeleitet werden kann (BVerwG, Urteil vom 9.12.1997, a.a.O.; OVG Hamburg, Beschluss vom 25.1.2000, a.a.O.).

Auch der EGMR geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, es sei nicht seine Aufgabe, die Einwanderungspolitik eines Staates als solche zu kontrollieren. Nach dem feststehenden Grundsatz des Völkerrechts und vorbehaltlich seiner Verpflichtung aus völkerrechtlichen Verträgen habe der Staat das Recht, die Einreise von Ausländern in sein Staatsgebiet zu kontrollieren. Die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis stelle nur dann einen – nicht gerechtfertigten – Eingriff auf das durch Art. 8 EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens dar, wenn unter den gegebenen Umständen ein Missverhältnis zwischen den angewandten Mitteln und dem verfolgten Ziel vorliege (EGMR, Urteil vom 19.2.1996, InfAuslR 1996, 245 ff.).

b) Aufenthaltserlaubnis nach Einreise (§ 9 Abs. 2 DVAuslG)

In dem Bestreben, Fällen gerecht zu werden, in denen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erst nach der Einreise eingetreten sind, sieht § 9 Abs. 2 DVAuslG hier Erleichterungen für bestimmte Fallgruppen vor.

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 DVAuslG kann ein Ausländer die Aufenthaltserlaubnis zu dem in § 17 Abs. 1 AuslG bezeich-

neten Zweck nach der Einreise einholen, wenn er sich rechtmäßig, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält und nach seiner Einreise durch Eheschließung im Bundesgebiet einen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Gemeint ist hier ein strikter gesetzlicher Anspruch, ein sich aus einer Ermessensreduzierung auf Null ergebender Anspruch genügt nicht. Diese Vorschrift begünstigt vor allem ohne Visum eingereiste Asylbewerber, die aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit uneingeschränkt visumpflichtig sind und für die deshalb nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG eine Ausnahme von dem Versagungsgrund des § 8 Abs. 1 Nr. 1 AuslG zugelassen werden kann. Auf den Fall, dass ein Ausländer durch Eheschließung im Ausland einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erwirbt und sodann illegal einreist, sind diese Vorschriften allerdings nicht entsprechend anwendbar (BVerwG, Urteil vom 9.12.1997, a.a.O.).

Gemäß Nr. 2 kann die Aufenthaltserlaubnis dann nach der Einreise eingeholt werden, wenn der Ausländer erlaubt eingereist ist und während seines rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 17 Abs. 2, § 18 Abs. 1 oder 3, § 20 Abs. 1 oder 2 oder nach § 23 Abs. 1 AuslG eingetreten sind.

Nach § 9 Abs. 2 Nr. 3 AuslG besteht die Möglichkeit, die Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise einzuholen, wenn der Ausländer erlaubt eingereist ist und während des rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet die Umstände, die eine besondere Härte im Sinne des § 20 Abs. 4 Nr. 2 AuslG oder eine außergewöhnliche Härte im Sinne des § 22 Abs. 1 AuslG begründen, im Bundesgebiet eingetreten sind.

Generelle Voraussetzung für die Befreiung von der Visumpflicht ist der rechtmäßige oder geduldete Aufenthalt. Damit werden Ausländer mit strafbarem illegalen Aufenthalt, der im allgemeinen auch ein der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis entgegenstehender Ausweisungsgrund ist, von der Vergünstigung ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass das BVerfG ausdrücklich klargestellt hat, dass ein vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer bei Vorliegen der Voraussetzungen entweder unverzüglich abzuschicken oder aber nach § 55 Abs. 2 AuslG zwingend zu dulden ist, wobei es nicht darauf ankomme, ob er das Abschiebungshindernis (mit) zu vertreten habe (BVerfG, Beschluss vom 6.3.2003, - 2 BvR 397/02 - InfAuslR 2003, 185 ff = ASYLMAGAZIN 4/2003, S. 39). § 9 Abs. 2 S. 2 DVAuslG stellt insoweit klar, dass es dem Besitz einer Duldung gleichstehe, wenn die Ausreisepflicht oder die Abschiebungs- androhung noch nicht oder nicht mehr vollziehbar ist.

§ 9 Abs. 2 Nr. 2 DVAuslG ist im Falle der Eheschließung des Ausländers nach seiner Einreise neben § 9 Abs. 2 Nr. 1 DVAuslG anwendbar. Da Nr. 2 im Unterschied zu Nr. 1 nicht voraussetzt, dass ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung besteht, kann dies be-

deutsam für Fälle sein, in denen es – z.B. wegen Straffälligkeit des Ausländers – an einem gesetzlichen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis fehlt, eine Erteilung jedoch im Ermessenwege in Betracht kommt.

c) Ausnahmen und Befreiungen (§ 9 Abs. 1 AuslG)

Bei Ausländern, für die keine generelle Visumpflicht besteht, d. h. die nur dann zur Einholung eines Visums verpflichtet sind, wenn sie einen längeren Aufenthalt oder einen Aufenthalt zu Erwerbszwecken anstreben, ist es nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AuslG in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt, die Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen. Dies setzt jedoch in beiden Fällen voraus, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung offensichtlich erfüllt sind.

Das OVG Niedersachsen ließ offen, ob unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 AuslG regelmäßig eine Ermessensreduktion dahin eintrete, dass die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen sei. Es sei jedoch unbillig, die Visumserteilung als erzieherische Maßnahme quasi als Strafsanktion durchzusetzen. Für das Interesse der öffentlichen Hand spreche hier nur die Durchsetzung einer zwar gesetzlich normierten, gleichwohl aber nur formalen Verpflichtung, den Antrag vom Ausland aus zu stellen. Dieses Interesse sei zwar zur Durchsetzung einer geordneten Kontrolle der Einreise von Ausländern nach Deutschland als erheblich anzusehen, müsse aber im Einzelfall zurückstehen, wenn die Ausreisepflicht zu einer unbilligen Härte führen würde. Die im Rahmen der Ermessensausübung vorzunehmende Interessenabwägung könne ergeben, dass es unbillig sei, den Ausländer noch einmal zu einer vorübergehenden Ausreise zu zwingen, obwohl schon feststehe, dass er alsbald nach Deutschland zurückkehren darf, nachdem ihm von der Auslandsvertretung ein ordnungsgemäßes Visum erteilt worden ist. Diese Unbilligkeit trete besonders hervor, wenn die Ausländerbehörde ihre erforderliche Zustimmung zu dem Visum bereits vorab erklärt habe bzw. dem Ausländer auf die Reise mitgebe. Hier zeige sich deutlich, dass die gleichzeitige Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung – im Widerspruch zu § 9 Abs. 1 Nr. 2 AuslG – nur generalpräventiven bzw. „erzieherischen“ Gründen zur Durchsetzung des Visumsverfahrens diene und einer Strafsanktion nahe komme (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 06.02.1996 - 13 M 460/96 - InfAuslR 1996, 201 ff).

d) Aufenthaltsbefugnis gemäß § 30 Abs. 3 AuslG

In Fällen, in denen weder eine Berechtigung zur Einholung des Visums nach der Einreise vorliegt noch die Ausnahmen von den Versagungsgründen des §§ 8 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AuslG eingreifen, bleibt dem Ausländer die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung ohne vorherige Ausreise jedoch nicht grundsätzlich verwehrt. Einwanderungspolitische Belange der Bundesrepublik Deutschland

Rechtsprechungsfokus

verdrängen die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, nicht schon deshalb, weil ein Verstoß gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften vorgekommen ist. Daher kommt die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis in Betracht, wenn verfassungsrechtlich beachtliche und geschützte überwiegende Interessen des Ausländers und seiner Familienangehörigen auch seinem nur zeitweiligen Verlassen des Bundesgebietes entgegenstehen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.8.1999, - 2 BvR 1523/99, InfAuslR 2000, 67 ff.).

Da der Gesetzgeber selbst in § 30 Abs. 3 AuslG eine Abweichung von § 8 Abs. 1 AuslG – der unerlaubten Einreise – vorgesehen hat, hat er zu erkennen gegeben, dass in diesem Rahmen der Prüfung, ob eine Aufenthaltsbefugnis in Betracht kommt, die Einhaltung des Sichtvermerksverfahrens hinter den oben genannten grundgesetzlich geschützten Interessen – also auch Art. 6 GG – im Einzelfall zurückstehen kann. Insoweit dient § 30 Abs. 3 AuslG als Aufgangsvorschrift, um dem Schutzgebot des Art. 6 GG zu entsprechen (BVerfG, Urteil vom 9.12.1997, a.a.O.).

§ 30 Abs. 3 AuslG gestattet es, dem Ausländer abweichend von § 8 Abs. 1 AuslG u. a. auch dann eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen, wenn es ihm aus besonderen Gründen nicht zuzumuten ist, das Bundesgebiet zur Erfüllung der Einreisevorschriften zu verlassen.

Die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 3 AuslG kommt in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 AuslG für eine Duldung vorliegen, weil der freiwilligen Ausreise und der Abschiebung des Ausländers Hindernisse entgegenstehen, die er nicht zu vertreten hat. Ob ein zwingendes Abschiebungshindernis vorliegt, ist nicht nur für die mögliche Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis von Bedeutung, sondern bereits dafür, ob der Betroffene während der Verfolgung seines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung – vorläufig – weiterhin in Deutschland bleiben kann.

Die Frage, ob sich bei Bestehen einer schützenswerten familiären Lebensgemeinschaft aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ein zwingender Duldungsgrund i.S.d. § 55 Abs. 2 AuslG ergibt, wird von der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Nach überwiegender Meinung sind kurzfristige Trennungen zumutbar; vereinzelt wird jedoch auch ohne voraussichtlich längere Trennung ein Abschiebungshindernis bejaht.

So ging der 4. Senat des OVG Niedersachsen im Falle der ehelichen Lebensgemeinschaft mit einer Deutschen davon aus, es liege ein zwingendes Abschiebungshindernis nach Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK vor, das von lediglich die Frage des Aufenthaltsstatus betreffenden Erwägungen unberührt bleibe. Es sei hier zunächst der besonders hohe Stellenwert der familiären Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und einer deutschen Staatsangehörigen zu berücksichtigen. Diese Lebensgemeinschaft sei in der Regel durch eine gemeinsame Lebensführung in der Form einer Beistandsgemeinschaft gekennzeichnet, wobei hinzukomme, dass der Beistand nur in der Bundesrepublik Deutschland geleistet werden könne, weil einem deut-

schen Staatsangehörigen eine Ausreise zur Fortsetzung der Lebensgemeinschaft nicht zumutbar sei. Dieser besondere Schutz stehe jedenfalls einer Abschiebung entgegen, mit der nur die Beachtung der Einreiseformalitäten durchgesetzt werden solle (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 20.4.2001 - 4 MA 1129/01 - 7 S., M0978).

Hingegen stellte der 13. Senat des OVG Niedersachsen fest, dass ohne Vorliegen sonstiger besonderer Umstände eine vorübergehende Trennung von Eheleuten zumutbar sei. Das OVG Niedersachsen kritisierte in diesem Zusammenhang, in einer Gefährdung der familiären Lebensgemeinschaft und der Ehe dürfe nicht generell ein inlandsbezogenes, einem Vollzug der Abschiebung entgegenstehendes Hindernis gesehen werden, das einen Anspruch auf Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG begründe. Da die Duldung die zeitweise Aussetzung der Abschiebung bedeute (§ 55 Abs. 1 AuslG) und insbesondere nach der Neuregelung des Ausländerrechts durch das Ausländergesetz 1990 nicht mehr als zweitrangiges Aufenthaltsrecht dienen solle, könne der Duldung nicht die Funktion eines vorbereitenden oder ersatzweise gewährten Aufenthaltsrechts zugebilligt werden. Dies gelte umso mehr, als die Duldung nicht einen aufenthaltsrechtlichen Status vermittele, der dem Anliegen des Familiennachzugs gerecht würde (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 16.1.2003 - 13 ME 28/03 - 6 S., M3208).

Hingegen betonte der VGH Baden-Württemberg, wenn aus Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK ein zwingendes Abschiebungshindernis folge, bestehe ein Duldungsanspruch so lange, wie die Voraussetzungen dieses Abschiebungshindernisses vorliegen. Sei dies auf Dauer der Fall, so sei die Abschiebung auch auf Dauer rechtlich unmöglich i.S.v. § 55 Abs. 2 AuslG mit der Folge eines entsprechenden Duldungsanspruchs. Die Duldung sei in derartigen Fällen daher – wenn nicht, was vorrangig ins Auge zu fassen sei, eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden könne – immer wieder zu erneuern (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5.7.1999 - 13 S 1101/99 -, InfAuslR 1999, 414 ff.).

Diverse Gerichte bejahten ein zwingendes Abschiebungshindernis, weil die Ausreise zur Erfüllung der Visumvorschriften wegen voraussichtlich längerer Trennung der Familienangehörigen unzumutbar sei. Dies kann sich daraus ergeben, dass aufgrund der finanziellen Situation auf unabsehbare Zeit eine Rückkehr zur Familie nach Deutschland unmöglich ist, weil die Kosten für Hin- und Rückflug sowie den Aufenthalt im Heimatland nicht kurzfristig aufgebracht werden können (VG Schleswig, Beschluss vom 24.11.1999 - 14 B 97/99 -; VG Würzburg, Urteil vom 15.5.2000 - W 7 K 00.512 - 12 S., R7345). Auch voraussehbare Probleme bei der Passbeschaffung im Heimatland können eine unzumutbar lange Trennungsdauer begründen (VG Würzburg, a.a.O.; VG München, Urteil vom 30.5.2001 - M 28 K 00.3474 - 17 S., M0816). Erst recht ist es unzumutbar, Familienangehörige zur Durchführung eines Visumverfahrens zu zwingen, wenn völlig ungewiss ist, ob der Heimatstaat aus besonderen, in der Per-

son des bleibeberechtigten Ausländers liegenden Gründen die Wiederausreise der Familienangehörigen erlaubt (so VG München, a.a.O. im Falle von Ehefrau und Kind eines Deserteurs aus der Westgruppe der ehemaligen sowjetischen Streitkräfte). Bei der Unzumutbarkeit einer längeren Trennungsdauer kann auch positiv in die Interessenabwägung einfließen, wenn die Betroffenen nicht tatsächlich illegal eingereist sind, sondern unter Inanspruchnahme eines – vermeintlichen – Asylrechts (VG Würzburg, Urteil vom 15.5.2000, a.a.O.).

Das VG Stuttgart stellte fest, die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis komme in Betracht, wenn der unanfechtbar ausreisepflichtige Ausländer auf absehbare Zeit die Nachzugsvoraussetzungen des § 18 AuslG nicht erfülle und er sowie seine Ehefrau – weil sie im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis sei – nicht auf die Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft in einem Drittstaat verwiesen werden könnten. Das Gericht vertrat die Auffassung, die Annahme eines rechtlichen Abschiebungshindernisses nach Art. 6 GG setze insoweit nicht zusätzlich voraus, dass einer der Ehegatten aufgrund individueller Besonderheiten auf den persönlichen Beistand des anderen Ehegatten angewiesen sei (VG Stuttgart, Beschluss vom 15.7.1999 - 6 K 2784/99 - InfAuslR 2000, 200 ff.).

Das BVerfG betonte, gerade bei der Trennung von Kleinkindern sei zu berücksichtigen, dass die Entwicklung sehr schnell voranschreite, so dass in derartigen Fällen auch eine verhältnismäßig kurze Trennungszeit im Lichte von Art. 6 Abs. 2 GG schon unzumutbar lang sein könne (BVerfG, Beschluss vom 31.8.1999 - 2 BvR 1523/99 - InfAuslR 2000, 67 ff.). Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung hielt das VG Hamburg im Falle eines Familienvaters, der durch sein Verhalten in der Vergangenheit Ausweisungsgründe gesetzt hatte – so dass von der Erteilung einer Vorabzustimmung für die Durchführung des Sichtvermerksverfahrens nicht auszugehen war –, die danach zeitlich nicht absehbare Trennung von seinem Kind für unzumutbar (VG Hamburg, Beschluss vom 9.4.2001 - 8 VG 131/2001 - InfAuslR 2001, 391). Auch das VG Gelsenkirchen gelangte im Hinblick darauf, dass die Dauer der Beschaffung von erforderlichen Personalpapieren im Heimatland sowie die Wiedereinreise in einem geordneten Visaverfahren nicht überschaubar sei, zu der Auffassung, dass die Ausreise wegen der Beziehungen zu einem noch sehr kleinen Kind nicht zumutbar sei (VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 17.1.2003 - 8 L 2580/02 - 5 S., M3160).

Aus einer gesteigerten Beistandsbedürftigkeit des in Deutschland lebenden Familienangehörigen kann sich auch die Unzumutbarkeit einer nur vorübergehenden Ausreise ergeben. Das VG Hamburg sah im Falle eines ausreisepflichtigen Jugoslawen den Anspruch auf Erteilung einer Duldung als erfüllt an, bei dessen Ehefrau eine Risikoschwangerschaft vorlag (VG Hamburg, Beschluss vom 29.10.2002 - 8 VG 3547/2002 - 6 S., M3355).

Der VGH Baden-Württemberg führte aus, im Falle einer Beistandsgemeinschaft zwischen Eltern und – erwach-

senen – Kindern setze die Annahme der Unzumutbarkeit einer Trennung nicht die Pflegebedürftigkeit des bleibeberechtigten Familienangehörigen voraus. Es reiche aus, dass eine Beistandsgemeinschaft bestehe, in deren Rahmen der bleibeberechtigte Familienangehörige auf Lebenshilfe angewiesen sei, die nur in Deutschland erbracht werden könne, weil dem Bleibeberechtigten eine Ausreise nicht zuzumuten sei (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5.7.1999 - 13 S 1101/99 - InfAuslR 1999, 414 ff.).

Hingegen lehnte das OVG NRW die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis im Falle einer Polin ab, die geltend machte, wegen der Betreuung ihres Sohnes nicht zur Durchführung eines Visumsverfahrens nach Polen zurück reisen zu können. Aufgrund der Tatsache, dass der 17 Jahre alte deutsche Sohn inzwischen nur noch beschränkt betreuungsbedürftig sei und die Betreffende auch in der Vergangenheit schon häufig zwischen Polen und Deutschland hin- und hergependelt sei, lasse sich nicht erkennen, dass die Durchführung eines Visumverfahrens in ihrem Heimatland unzumutbar sei (OVG NRW, Beschluss vom 11.1.2000 - 17 B 1409/99 - 4 S., R5865).

2. Familiennachzug zu Ausländern ohne verfestigtes Bleiberecht

Verfügt der in Deutschland lebende ausländische Familienangehörige "lediglich" über eine befristete Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsbefugnis, hat der nachzugswillige Familienangehörige grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung. Die Erteilung ist vielmehr in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt.

Nach § 31 AuslG darf dem Ehegatten und einem minderjährigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltsbefugnis besitzt, nach Maßgabe des § 30 Abs. 1 bis 4 AuslG und abweichend von § 30 Abs. 5 AuslG eine Aufenthaltsbefugnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Ausländer im Bundesgebiet erteilt werden. Aus dieser Regelung folgt, dass ein Ehegatte und ein minderjähriges Kind nur von der in § 30 Abs. 5 AuslG genannten Beschränkung befreit sind, im Übrigen aber selbst die Voraussetzungen erfüllen müssen, aufgrund derer nach § 30 Abs. 1 bis 4 AuslG eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden kann. Demgemäß ist nicht der Wunsch eines Ausländers, mit dem im Bundesgebiet sich aufhaltenden Familienangehörigen, der eine Aufenthaltsbefugnis besitzt, in ehelicher oder familiärer Gemeinschaft zu leben, für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis auch an den Ausländer maßgebend, sondern vielmehr, ob der Ausländer selbst die in § 30 Abs. 1 bis 4 AuslG angesprochenen Voraussetzungen für eine Aufenthaltsbefugnis erfüllt.

In der Rechtsprechung ist geklärt, dass der Staat nicht verpflichtet ist, dem Wunsch eines Ausländers nach ehelichem und familiären Zusammenleben in Deutschland zu entsprechen, wenn der Aufenthalt des Ausländers oder derjenige des Familienangehörigen nicht durch eine unbe-

Rechtsprechungsfokus

fristete Aufenthaltsgenehmigung aufenthaltsrechtlich auf Dauer gesichert ist oder ein Anspruch auf einen solchen Daueraufenthalt besteht (BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987, BVerfGE 76, 1, 55).

Aus Art. 6 Abs. 1 GG folgt weder im Hinblick auf dessen Funktion als Institutsgarantie, noch als Freiheitsrecht und auch nicht wegen der darin enthaltenen "wertentscheidenden Grundsatznorm", dass dagegen schon dann verstoßen wird, wenn die familiäre Lebensgemeinschaft nicht an dem Ort geführt werden kann, an dem die Familienmitglieder die Lebensgemeinschaft führen wollen.

Deshalb ist auf Grund einer Abwägung nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden, ob die gegen den Aufenthalt sprechenden öffentlichen Interessen so gewichtig sind, dass sie die bei der Ablehnung des Aufenthaltes der nachzugswilligen Familienangehörigen zu erwartende Beeinträchtigung für Ehe und Familie eindeutig überwiegen. Entscheidend ist dabei, in welchem Grade die Betroffenen auf das familiäre Zusammenleben gerade im Bundesgebiet angewiesen sind (siehe dazu: BVerwG, Urteil vom 10.7.1984, NJW 1984, 2780; OVG Sachsen, Urteil vom 17.1.2002 - 3 BS 38/01 - 9 S., M2199).

Hierbei ist die Erwägung, ob die familiäre Lebensgemeinschaft zwischen Ausländern in zumutbarer Weise im gemeinsamen Heimatland fortgeführt werden könnte, ein zulässiges und gewichtiges Abwägungskriterium (OVG NRW, Beschluss vom 19.6.2002 - 17 B 898/01 - 1 S., M2243). Familienangehörige von Konventionsflüchtlingen, denen eine Aufenthaltsbefugnis nach § 70 AsylVfG erteilt worden ist, können regelmäßig nicht auf die Fortführung der familiären Lebensgemeinschaft im gemeinsamen Heimatland verwiesen werden.

Anders kann die Rechtslage beurteilt werden, wenn sie aus verschiedenen Herkunftsländern stammen. So ging das OVG Sachsen im Falle eines aus dem Irak stammenden Konventionsflüchtlings davon aus, die Versagung von Aufenthaltsrechten der Ehefrau und des Kindes bedeute nicht, dass dieser zur Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft gezwungen wäre, wieder in sein Heimatland zurückzukehren. Es sei ihm aber zuzumuten, zusammen mit seinen Familienangehörigen in die Russische Föderation – das Heimatland seiner Ehefrau – auszureisen und dort die familiäre Lebensgemeinschaft zu führen. Dass dies nicht möglich sein sollte, weil ihm entweder von dort die Abschiebung in den Irak drohen könnte oder die familiäre Gemeinschaft in der Russischen Föderation nicht gelebt werden könnte, sei nicht feststellbar (OVG Sachsen, Urteil vom 17.1.2002, a.a.O.).

Im Übrigen kommt es bei der Abwägung maßgeblich auf den Grad der Verfestigung des Aufenthalts des bleibeberechtigten Familienangehörigen an. Eine unzumutbare Unterbrechung der familiären Lebensführung durch Abschiebung des nicht bleibeberechtigten Ehegatten kann bei

einer Ehe zwischen Ausländern vorliegen, von denen der eine Ehegatte eine zwar noch befristete, aber sicher verlängerbar anzusehende Aufenthaltserlaubnis besitzt und bei dem darüber hinaus von einer festen Einbindung in die deutschen Lebensverhältnisse auszugehen ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich u. a. danach, in welchem Alter der bleibeberechtigte Angehörige eingereist ist und wie lange er sich bereits in Deutschland aufhält. Eine feste Einbindung in deutsche Lebensverhältnisse wurde z. B. bejaht im Falle einer Türkin, die seit ihrem vierten Lebensjahr im Bundesgebiet wohnte und somit ihre Sozialisation in Deutschland erfahren habe. Abgelehnt wurde ein hinreichender Grad der Eingliederung im Falle einer Einreise im Alter von 15 Jahren und einem sich anschließenden Aufenthalt von nur 2 1/2 Jahren (OVG Saarland, Beschluss vom 29.12.1999 - 9 V 18/99 - 10 S., R5338).

Die Tatsache, dass sich weitere Familienangehörige des Bleibeberechtigten in Deutschland aufhalten, steht einer Verweisung auf die Fortführung der Ehe im Heimatland nicht entgegen, insbesondere dann nicht, wenn diese an weit entfernten Orten in Deutschland leben (VG Saarland, Beschluss vom 11.10.1999 - 6 F 29/99 - 7 S., R4892).

Die Unzumutbarkeit des Verweises auf eine Fortführung der familiären Lebensgemeinschaft im Ausland kann sich auch daraus ergeben, dass dem Lebenspartner und den nichtehelichen Kindern eine Ausreise nicht angesonnen werden kann, weil weitere Kinder des Lebenspartners über eine erhöhte soziale Integration in Deutschland verfügen. So ging das VG Aachen im Falle eines Nigerianers, der mit seiner Lebensgefährtin, dem gemeinsamen Kind sowie weiteren Kindern seiner Lebensgefährtin zusammen lebte, davon aus, der Lebensgefährtin könne eine Trennung von ihrer Tochter, die im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis war, nicht zugemutet werden. Der Tochter ihrerseits könne eine Ausreise nicht angesonnen werden, da sie eine weiterführende Schule besuche, aufgrund ihres Alters in noch höherem Maße im Bundesgebiet integriert sei als ihre jüngeren Geschwister und es unverhältnismäßig sei, ihr durch die Ausreise einen qualifizierten Schulabschluss zu verwehren (VG Aachen, Beschluss vom 10.1.2003 - 8 L 1007/02 - ASYLMAGAZIN 3/2003, S. 35).

Hingegen soll allein die Tatsache, dass die prognostische Entwicklung der aufenthaltsrechtlichen Situation der bleibeberechtigten Ehefrau und damit die Schaffung der Voraussetzungen für einen Familiennachzug des Ehemannes nach § 18 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 AuslG auch von Umständen abhängt, die sich noch nicht übersehen lassen, keine Unzumutbarkeit begründen. Mit der Entscheidung, entweder das Risiko einer letztlich ungewissen Entwicklung auf sich zu nehmen oder aber die familiäre Lebensgemeinschaft im gemeinsamen Heimatland fortzusetzen, werde den Betroffenen Unmenschliches nicht abverlangt (OVG NRW, Beschluss vom 19.6.2002, a.a.O.).

3. Schutzwirkungen bei rein ausländischen Familien ohne Aufenthaltsrecht

Bei rein ausländischen Ehen kommt dem aufenthaltsrechtlichen Schutz durch Art. 6 Abs. 1 GG im Rahmen der ausländerrechtlichen Vorschriften ein geringeres Gewicht zu als bei Ehen und Familien von deutschen Ehegatten und deutschen Kindern (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1991, 215, 216). Regelmäßig wird den übrigen Familienangehörigen zugemutet werden können, auch vor den anderen auszureisen und zeitweise allein im Heimatland zu leben (vgl. BVerwG, a.a.O., und BVerfG, FamRZ 1998, 1497 f.). Ein unmittelbares Abschiebungshindernis gemäß § 55 Abs. 4 AuslG i. V. m. Art. 6 GG wird regelmäßig nur dann angenommen werden können, wenn die Ehegatten und deren Kinder in besonderem Maße aufeinander angewiesen sind und von einer unzumutbaren Dauer der Trennung auszugehen wäre (OVG Brandenburg, Beschluss vom 30.5.2002 - 4 B 103/02 - 4 S., M3161; VG Potsdam, Beschluss vom 27.10.2000 - 9 L 1489/00.A - 6 S., R9333; VG Oldenburg, Beschluss vom 3.12.2002 - 12 B 4988/02 - 8 S., M3116). Vor diesem Hintergrund lehnte das VG Oldenburg die Erteilung der Duldung an einen Roma aus Jugoslawien ab, dessen Ehefrau und Kinder lediglich wegen fehlender Passersatzpapiere noch nicht abgeschoben werden konnten (VG Oldenburg, Beschluss vom 3.12.2002, a.a.O.).

a) Duldung wegen besonderer Beistandsbedürftigkeit

Hält sich hingegen ein ausländisches Familienmitglied aufgrund einer Erkrankung geduldet in Deutschland auf, so kann sich hieraus regelmäßig auch für ausreisepflichtige Familienangehörige ein Duldungsanspruch ergeben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das wegen der Erkrankung geduldete Familienmitglied auf Betreuung und Hilfe durch das ausreisepflichtige Familienmitglied angewiesen ist. Diese Voraussetzungen wurden z. B. bejaht für die Mutter eines Tamilen, dem aufgrund einer schweren autistischen Erkrankung ein Abschiebungshindernis gem. § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG zuerkannt worden war. Das Gericht berücksichtigte bei der Prüfung humanitärer Gründe, dass der Betreffende ohne Betreuung fast völlig hilflos sei und überdies fachärztlich attestiert sei, dass bei Trennung von der Mutter als nächster Bezugsperson mit dem Auftreten von schweren Depressionen und Suizidgefahr zu rechnen sei (VG Saarland, Beschluss vom 22.10.1999 - 1 F 78/99.A -).

Das Vorliegen von Duldungsgründen nach § 55 Abs. 2 AuslG und ein möglicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis wurden bejaht im Falle eines Angolans, dessen Tochter an einer Sichelzellenanämie litt. Aufgrund der Schwere der Erkrankung und des geringen Alters des Kindes sei in diesem Falle von einer über den Normalfall hinausgehenden Bedeutung der Familie als Le-

bens- und Beistandsgemeinschaft auszugehen. Zum anderen könne dem Kind nicht zugemutet werden, die familiäre Lebensgemeinschaft in Angola herzustellen (OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 12.3.1998 - 8 B 10128/98.OVG -).

Eine kurzfristige Duldung wurde erteilt im Falle eines Vietnamesen, dessen Ehefrau wegen einer Risikoschwangerschaft vorübergehend nicht reisefähig war. Für diesen Zeitraum könne der Ehemann seine Ehe nur in Deutschland führen, so dass die Schutzwirkung des Art. 6 Abs. 1 GG seine Abschiebung – vor allem auch bei Berücksichtigung der gesundheitlich schwierigen Situation seiner Ehefrau – zeitweise verbiete (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 5.8.2002 - 9 ME 369/02 - 3 S., M2529).

Hingegen wurden dringende humanitäre Gründe nach § 55 Abs. 3 AuslG verneint im Falle eines abgelehnten erwachsenen Asylbewerbers, der geltend gemacht hatte, es bestehe aufgrund der ihm drohenden Trennung von seiner Familie, insbesondere seinen Geschwistern bei ihm wegen einer psychischen Problematik Suizidgefahr. Das Gericht sah in der Trennung eines Erwachsenen von Eltern und Geschwistern eine grundsätzlich unbeachtliche Realisierung des allgemeinen Lebensrisikos (VG Saarland, Beschluss vom 17.11.1999 - 6 F 68/99 - 8 S., R4912).

b) Duldung in Fällen gemischt-nationaler Familien

Die Bundesrepublik Deutschland ist aufgrund des Art. 8 EMRK nicht ohne weiteres verpflichtet, ausländischen Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit, von denen keiner ein Bleiberecht für Deutschland hat oder jemals hatte und die beide ausreisepflichtig sind, die Führung der Ehe in Deutschland zu ermöglichen, indem zumindest von einer Abschiebung abgesehen wird, solange die Heimatstaaten nicht dem jeweils anderen Ehegatten den Aufenthalt gestatten (BVerwG, Beschluss vom 8.2.1999 - 1 B 2.99 - InfAuslR 1999, 330).

Bei ausländischen Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit, von denen keiner ein Bleiberecht für Deutschland hat und die beide ausreisepflichtig sind, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 GG kein – die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ermöglichendes – Abschiebungshindernis, wenn es an der erforderlichen Wahrscheinlichkeit dafür fehlt, eine Zusammenführung in einen der beiden Heimatstaaten sei nicht möglich. Allerdings könnte dann eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung von familiären Beziehungen vorliegen, wenn mit einer Abschiebung nicht nur eine vorübergehende Trennung der Familie verbunden wäre. Diese Voraussetzungen verneinte der VGH Baden-Württemberg im Falle von Ehegatten mit polnischer und jugoslawischer Staatsangehörigkeit, da eine Familienzusammenführung insbesondere in Polen möglich sei (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30.6.1999 - 11 S 400/99 -, InfAuslR 1999, 491 ff.).

Rechtsprechungsfokus

Hingegen wurde für einen Angolaner, dessen Ehefrau und Kinder kongolesische Staatsangehörige waren, vorübergehender Abschiebungsschutz im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG gewährt. Aufgrund der unterschiedlichen Nationalitäten sowie der desolaten (medizinischen) Versorgungslage und der kritischen Sicherheitslage in Angola überwiege das Interesse des Familienvaters an der Aufrechterhaltung der ehelichen und familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet das öffentliche Interesse an der Durchsetzung seiner Ausreisepflicht. Schon allein die kongolesische Staatsangehörigkeit seiner Familienangehörigen lasse es zweifelhaft erscheinen, ob nach seiner (alleinigen) Abschiebung seine Familie ihm in absehbarer Zeit

nach Angola folgen könne. Es gebe keine Hinweise darauf, dass seiner Familie die legale Einreise gestatten werde. Da auch für ein späteres Zusammenkommen der Familie in einem anderen Staat, insbesondere in der Demokratischen Republik Kongo, nicht zuletzt aufgrund der dort herrschenden Bürgerkriegssituation wenig spreche, würde nach Überzeugung des Gerichts die geplante (alleinige) Abschiebung des Antragstellers nach Angola zu einer unzumutbaren Trennung der familiären Lebensgemeinschaft führen (VG Potsdam, Beschluss vom 27.10.2000 - 9 L 1489 /00.A - 6 S., R9333).

Informationsberatung

Als Ergänzung zum ASYLMAGAZIN sowie zu den Internetangeboten www.asyl.net und www.ecoi.net bietet der Informationsverbund Asyl/ZDWF e.V. einen Rechterservice zur deutschen Asylrechtsprechung und zu Herkunftsländerinformationen.

Rechtsanwältin Theresia Wolff steht für Auskünfte zur **deutschen Asylrechtsprechung** zur Verfügung. Sie recherchiert in einer umfangreichen Datenbank zum Asyl- und Flüchtlingsrecht, Abschiebungsschutz, Sozialrecht für Asylbewerber und Flüchtlinge und anderen sachverwandten Rechtsgebieten. Gegen eine geringe Gebühr können Entscheidungen zugesandt werden.

Unser österreichischer Partner ACCORD sucht für Sie nach **Informationen zu Herkunfts- und Drittstaaten**. ACCORD recherchiert Berichte, Stellungnahmen sowie Gutachten und stellt die Ergebnisse in einer schriftlichen Zusammenfassung dar. Da UNHCR in diesem Jahr den Service für Anfragen aus Deutschland finanziert, können Sie die Dienste von ACCORD kostenlos in Anspruch nehmen.

Recherche zur Rechtsprechung:

RAin Theresia Wolff
In der Sürst 3
53111 Bonn
E-Mail: Theresia.Wolff@t-online.de
Fax: (0)228-6295828
Tel.: (0)228-6295823 (Mo, Di, Do, 15–17 Uhr)

Recherche zu Herkunftsländern:

Österreichisches Rotes Kreuz, ACCORD
Wiedner Hauptstr. 32
Postfach 39, A - 1041 Wien
E-Mail: accord@redcross.or.at
Fax: 0043-1-58900-589
Tel.: 0043-1-58900-581, -582, -583

Bitte beachten Sie, dass sich die Beratung nicht direkt an Betroffene wendet. Sie kann und soll eine soziale oder rechtliche Beratung und Betreuung von Flüchtlingen nicht ersetzen, sondern Flüchtlingsberater und Asylanwälte unterstützen.