

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Beschluss vom 22.8.2007

Tenor

I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 15. Mai 2007 wird in Ziffern I. und II. aufgehoben.

Die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 12. Oktober 2006 wird wiederhergestellt bzw. angeordnet.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- EUR festgesetzt.

Gründe

I.

Der am 1993 geborene Antragsteller ist serbischer Staatsangehöriger. Er kam am 2. Juli 2006 mit einem Visum in das Bundesgebiet, das vom 1. Juli bis 31. August 2006 für einen Besuch seiner Großmutter erteilt worden war. Am 31. August 2006 beantragte der Antragsteller die Erteilung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels. Er gab dabei an, er befinde sich regelmäßig bei seiner in München lebenden Großmutter. Die Eltern seien geschieden. Die Mutter sei derzeit unbekanntes Aufenthalts. Als Vormund sei die Großmutter bestimmt worden. Der Vater befinde sich in Untersuchungshaft. In seinem Heimatland stehe er ohne jede Aufsicht.

Die Antragsgegnerin lehnte den Antrag mit Bescheid vom 12. Oktober 2006 ab und drohte die Abschiebung an.

Dagegen ließ der Antragsteller Klage erheben und gleichzeitig beim Verwaltungsgericht den Antrag stellen, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen bzw. wiederherzustellen.

Mit Beschluss vom 15. Mai 2007 lehnte das Verwaltungsgericht München den Antrag ab.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sei nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ausgeschlossen. Da nach Aussage der Mutter des Antragstellers bei der Deutschen Botschaft in Belgrad von vornherein ein längerfristiger Aufenthalt des Antragstellers in Deutschland geplant gewesen sei, habe das erteilte

Schengen-Visum für die Einreise nicht ausgereicht. Vielmehr hätte gemäß § 6 Abs. 4 AufenthG ein nationales Visum vorliegen müssen. Dieses hätte der vorherigen Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Ausländerbehörde bedurft (§ 31 AufenthV). Nachdem der wahre Aufenthaltszweck eines Daueraufenthalts im Verfahren zur Erlangung eines Visums nicht angegeben worden sei, liege der Versagungsgrund des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG vor. Ein Ausnahmetatbestand sei nicht gegeben. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis seien nicht erfüllt. Es sei auch nicht erkennbar, dass es dem Antragsteller nicht zumutbar sei, das Visumverfahren nachzuholen.

Gegen diesen Beschluss ließ der Antragsteller Beschwerde erheben mit dem Antrag,

unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 15. Mai 2007 die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid vom 12. Oktober 2006 herzustellen.

Der Antragsteller sei mit einem Besuchervisum eingereist, um wie jedes Jahr in den Schulferien seine hier in München lebende Großmutter zu besuchen und die Ferien bei ihr zu verbringen. Er sei mit seinem Vater nach München gereist zu seiner Großmutter, die seit über 25 Jahren in der Bundesrepublik mit ihrem Ehemann lebe und deren wirtschaftliche und persönliche Verhältnisse ausreichend geordnet seien. Der Großmutter sei im Heimatland des Antragstellers die Vormundschaft über diesen übertragen worden. Die elterliche Sorge, die im Scheidungsverfahren der Eltern des Antragstellers auf seinen Vater übertragen worden sei, könne vom Vater auf längere Zeit tatsächlich nicht ausgeübt werden, weil er bei seiner Einreise ins Bundesgebiet festgenommen worden sei. Es sei dem Antragsteller nicht mehr möglich, in sein Heimatland zurückzukehren, weil die nichtsorgeberechtigte Mutter aufgrund gesundheitlicher Beeinträchtigungen außer Stande sei, die elterliche Sorge auszuüben. Sie stehe dem Antragsteller emotional gleichgültig gegenüber und lehne überwiegend die Kindesbetreuung ab. Der Antragsteller könne bei anderen Verwandten wie auch bei der Mutter zusätzlich mangels finanzieller Leistungsfähigkeit und Platzmangel keinen Aufenthalt nehmen. Im Hinblick auf die so entstandene Situation sei der Antragsteller von der Großmutter in München eingeschult worden. Der Antragsteller habe ursprünglich lediglich wie sonst auch seine Großmutter in den Ferien besuchen und danach zu seinem Vater bzw. mit diesem in sein Heimatland zurückkehren wollen. Aufgrund der Inhaftierung des sorgeberechtigten Elternteils sei ihm dies nicht mehr möglich. Demgegenüber liege ein Sachverhalt vor, der zumindest einen Härtefall begründe, weil der Antragsteller schlichtweg einer Personensorge bedürfe. Insoweit sei hier auch nicht von einem zwingenden Versagungsgrund des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG auszugehen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass es für den 13-jährigen Antragsteller zumutbar erscheine, das Visumverfahren alleine nachzuholen. Die Mutter könne im Heimatland genauso wenig wie etwa dessen Großeltern rechtsverbindliche Erklärungen abgeben, wobei auch noch Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Mutter begründet sein könnten.

Die Antragsgegnerin tritt der Beschwerde entgegen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die beigezogene Behördenakte und auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu Unrecht abgelehnt.

Ob der Antragsteller im Hauptsacheverfahren obsiegen kann, lässt sich derzeit nicht mit der erforderlichen Sicherheit prognostizieren. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen fällt zugunsten des Antragstellers aus.

Als Rechtsgrundlage für eine Aufenthaltserlaubnis kommen § 25 Abs. 4 bzw. 5 oder § 36 AufenthG in Betracht. Beide Vorschriften eröffnen der Ausländerbehörde einen Ermessensspielraum und stehen unter dem Vorbehalt der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung der Einreise mit dem erforderlichen Visum (§ 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG).

Der Senat geht ebenso wie die Ausländerbehörde und das Verwaltungsgericht davon aus, dass der Antragsteller nicht mit dem nach §§ 6, 99 AufenthG, §§ 31 ff AufenthV erforderlichen Visum eingereist ist. Er hatte lediglich ein Besuchervisum, hätte aber für den beabsichtigten Aufenthalt zum Schulbesuch ein Visum für einen Daueraufenthalt benötigt. Anders als bei seinen Ferienaufenthalten in früheren Jahren sollte der Antragsteller nach den Plänen seiner Eltern von vornherein nicht mehr nach Serbien zurückkehren, sondern bei seiner Großmutter in der Bundesrepublik bleiben, um hier zur Schule zu gehen. Dazu erwirkte der Vater des Antragstellers in Serbien eine Vormundschaftsregelung des Zentrums für Sozialarbeit vom 18. August 2006, mit der der Großmutter des Antragstellers für das Bundesgebiet das Sorgerecht übertragen wurde. In der Begründung der Vormundschaftsregelung wird auf den Antrag des Vaters Bezug genommen, wonach seitens der Großeltern die Schulanmeldung des Antragstellers in Deutschland gesichert sei (Bl. 13 der Behördenakte). Seine Mutter gab am 10. Januar 2007 bei einer Vorsprache beim Konsulat in Belgrad (Bl. 25 der Akte des Verwaltungsgerichts) an, sie halte die Unterbringung des Antragstellers bei den Großeltern in Deutschland für die beste Lösung; ihrem Sohn böten sich dort bessere Ausbildungsmöglichkeiten.

Es drängt sich somit der Schluß auf, dass nicht die Inhaftierung des Vaters in der Bundesrepublik zu einem erst nach der Einreise geänderten Aufenthaltszweck führte, sondern der Daueraufenthalt von vornherein so geplant war. Es hätte im vorliegenden Fall deshalb ein Verfahren nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthV (Zustimmung der Ausländerbehörde zur Visumerteilung) durchgeführt werden müssen. Weil dies nicht geschehen ist und die Voraussetzungen des § 39 AufenthV für eine Einholung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet nicht vorliegen, steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Antragsteller die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG entgegen, wonach die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraussetzt, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist bzw. die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat.

Die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Bestimmung ist aber nicht in jedem Fall zwingend vorgeschrieben; denn von der Regelerteilungsvoraussetzung der Einreise mit dem erforderlichen Visum kann nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfüllt sind oder es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.

Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis liegen nicht vor (§ 5 Abs. 2 Satz 2 1. Alt. AufenthG). Dazu werden in der Beschwerdebegründung auch keine Ausführungen gemacht.

Dagegen wurde vom Antragsteller glaubhaft gemacht, dass es ihm auf Grund besonderer Umstände nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. AufenthG).

Die Vorschrift ist dem Zweck des Gesetzes entsprechend, die Zuwanderung zu steuern und zu begrenzen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), als Ausnahmeregelung eng auszulegen. Ein besonderer Umstand in einem Einzelfall liegt dann vor, wenn sich der Ausländer in einer Sondersituation befindet, die sich deutlich von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet (Bäuerle in GK zum AufenthG Stand Juni 2007 RdNr. 170 zu § 5). Die Sondersituation des minderjährigen Antragstellers besteht hier – nach seinem Vorbringen – darin, dass ihn bei einer Rückkehr nach Serbien kein naher und sorgerechtigter Angehöriger erwartet, der für ihn sorgen kann. Der sorgerechtigste Vater ist in Deutschland in Haft und kann das Sorgerecht derzeit tatsächlich nicht ausüben. Die dem angefochtenen Bescheid und dem Beschluss des Verwaltungsgerichts zu Grunde liegende Annahme, die Mutter könne für den Antragsteller in Serbien sorgen, ist nicht hinreichend gesichert. Der Antragsteller trägt nämlich vor, die Mutter sei zur Sorge für ihn aus gesundheitlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen nicht in der Lage. Dieses Vorbringen ist für die Entscheidung von Bedeutung und kann im Eilverfahren nicht als unzutreffend widerlegt werden. Es gibt mehrere Anhaltspunkte dafür, dass die Mutter des Antragstellers nicht gesund ist. Der psychiatrische Befund des Vertrauensarztes der Deutschen Botschaft vom 25. Dezember 2006 (Bl. 27 der Akte des Verwaltungsgerichts) attestiert der Mutter des Antragstellers „Neurose, Gemischte ängstlich-depressive Störung“. Näheres lässt sich diesem Befund zur Beantwortung der Frage, ob die Mutter aus gesundheitlichen Gründen den Antragsteller nicht betreuen kann, jedoch nicht entnehmen. Nach dem Bericht des Facharztes für Nerven- und Seelenkrankheiten Dr. M. vom 27. Februar 2007 (Bl. 41 der Akte des Verwaltungsgerichts) ist die Mutter geschäftsunfähig und selbst auf fremde Hilfe angewiesen. Die notwendige weitere Sachaufklärung, ob der Befund eine Betreuung des Antragstellers durch seine Mutter unmöglich macht und ob der Zustand von Dauer ist, muß dem Hauptsacheverfahren ebenso vorbehalten bleiben wie die Frage, ob andere nahe Angehörige in Serbien für den Antragsteller sorgen können. Es könnte die Lage eintreten, dass sich kein Angehöriger in Serbien um den Antragsteller kümmert und er auf die öffentliche Fürsorge angewiesen ist, obwohl seine Großmutter in Deutschland bereit und in der Lage ist, die Sorge für ihn zu übernehmen.

Die so gekennzeichnete Situation des Antragstellers hebt sich deutlich von den vom Gesetzgeber als zumutbar vorausgesetzten Unannehmlichkeiten wie Kosten, Mühen, Zeitaufwand, vorübergehende Trennung von Angehörigen und Freunden ab (s. dazu Bäuerle a. a. O. RdNr. 170 zu § 5).

Die in dieser Ausnahmesituation anzustellende Zumutbarkeitsprüfung erfordert eine Güterabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumverfahrens ist mit den legitimen Interessen des Ausländers abzuwägen. Dabei sind die Wirkungen der Grundrechte als höherrangiges Recht zu beachten. Selbst wenn eine vorübergehende Trennung von Angehörigen auch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks des Art. 6 GG und Art. 8 EMRK grundsätzlich hinnehmbar sein mag, gilt dies nicht, wenn das ausreisepflichtige Familienmitglied ein Kind ist und seine Betreuung im Ausland nicht gesichert ist (Bäuerle

a. a. O. RdNr. 174 zu § 5). Um eine solche Ausnahmefallgestaltung handelt es sich hier, wenn sich im Hauptsacheverfahren die Richtigkeit des Beschwerdebringens ergeben sollte. Der Antragsteller wäre nicht nur für die Dauer der Durchführung des Visumverfahrens ohne verwandtschaftlichen Beistand, sondern für unabsehbare Zeit, wenn die Erteilung eines Visums für die Einreise zum Zwecke des Familiennachzugs zur Großmutter abgelehnt wird. Die weitere Zukunft des Minderjährigen wäre dann völlig ungewiss.

Wenn im Hauptsacheverfahren besondere Umstände im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG festgestellt werden, ist der Behörde ein Ermessen eröffnet, ob sie von der Durchführung eines Visumverfahrens vom Ausland aus absieht. Es liegt im vorliegenden besonders gelagerten Fall die Annahme nahe, dass die Antragsgegnerin ihr Ermessen dahin ausüben wird, von der Durchführung des Visumverfahrens abzusehen.

Wenn sie von ihrem Ermessen nach § 5 Abs. 2 AufenthG zugunsten des Antragstellers Gebrauch macht, kommt eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 4 bzw. 5 AufenthG in Betracht, wenn die weitere Aufklärung des Sachverhalts ergibt, dass der Vater des Antragstellers nur vorübergehend an der tatsächlichen Ausübung der Personensorge gehindert ist. Das Tatbestandsmerkmal des dringenden persönlichen Grundes ist aus den oben dargelegten Gründen wohl als gegeben anzunehmen (vgl. Burr in GK zum AufenthG RdNr. 69 ff zu § 25).

Wenn der Vater dagegen auf längere Sicht das Sorgerecht nicht ausüben kann, kommt eine Aufenthaltserlaubnis für den Antragsteller nach § 36 AufenthG zum Zwecke des Nachzugs zu seiner Großmutter in Betracht. Eine außergewöhnliche Härte im Sinne des § 36 AufenthG liegt in der Gefahr, dass der Antragsteller sonst ohne die Betreuung durch Angehörige aufwachsen müsste, was mit dem Kindeswohl kaum vereinbar wäre. Aufgrund des ihr gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraums kann die Ausländerbehörde gegebenenfalls den Schaden für das Kindeswohl abwenden.

Zwingende Versagungsgründe nach § 5 Abs. 1 AufenthG liegen derzeit nicht vor, da die Großmutter den Lebensunterhalt des Antragstellers sichern kann, seine Identität geklärt ist, keine Ausweisungsgründe vorliegen (eine etwa im Visumverfahren nach § 95 AufenthG begangene Straftat hätte nicht der Antragsteller, sondern sein Vater zu verantworten) und der Aufenthalt des Antragstellers auch sonst keine Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet.

Da aus den dargelegten Gründen die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Bescheids bei summarischer Prüfung im Eilverfahren nicht festgestellt werden kann, ist dem Eilantrag im überwiegenden Interesse des Antragstellers stattzugeben, wodurch sein Aufenthalt vorläufig als weiterhin erlaubt gilt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Der Streitwert ergibt sich aus § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 3, § 47 GKG.

Vorinstanz: VG München, Beschluss vom 15.5.2007, M 10 S 06.4255