

Verwaltungsgericht Aachen

Urteil vom 26.11.2008

T e n o r :

Der Beklagte wird unter Aufhebung der Ordnungsverfügung vom 27. Februar 2008 verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens zu zwei Dritteln, die Klägerin zu einem Drittel.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

T a t b e s t a n d :

Die am ... 1982 geborene Klägerin ist vietnamesische Staatsangehörige. Sie reiste am 1. September 2006 aus Vietnam aus und nach eigenen Angaben am 20. September 2006 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Am 27. Juni 2007 beantragte sie die Erteilung einer Duldung. Zur Begründung führte sie aus, sie sei ohne Visum eingereist. Momentan sei sie schwanger. Es handele sich um eine Risikoschwangerschaft, so dass sie weder transport- noch reisefähig sei. Daher liege ein Duldungsgrund vor. Ein weiterer Duldungsgrund liege darin, dass sie nicht über einen vietnamesischen Reiseausweis verfüge. Der Vater des erwarteten Kindes sei ein vietnamesischer Staatsangehöriger, der im Besitz einer Niederlassungserlaubnis sei und seit mehr als acht Jahren rechtmäßig in Deutschland lebe. Dieser habe die Vaterschaft anerkannt und wolle die elterliche Sorge gemeinsam mit der Klägerin ausüben. In der vorgelegten Urkunde über die Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge vom 26. Juli 2007 heißt es, die Klägerin habe sich mit einem "gültigen vietnamesischen Passport Nr. E. " ausgewiesen.

Mit Schreiben vom 13. Juli 2007 forderte der Beklagte die Klägerin zur unverzüglichen Vorsprache zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung und Befragung zum Zweck des Vollzuges des § 15 a AufenthG sowie zur Vorlage sämtlicher Identitätspapiere auf. Die Klä-

gerin antwortete, sie sei wegen der Schwangerschaft nicht in der Lage, persönlich zu erscheinen. Die auf den 27. Juli 2007 ausgerechnete Entbindung stehe kurz bevor. Daher bitte sie, eine Bescheinigung darüber zu erteilen, dass sie sich im Verteilungsverfahren befinde. Einfacher wäre es, sofort die Duldung zu erteilen, da mit der Geburt des Kindes ohnehin eine Verteilung nach B. erfolgen werde. Auch werde die Duldung benötigt, um bei der Auslandsvertretung um einen Pass nachzusuchen. Der Beklagte teilte daraufhin mit, um das Verteilungsverfahren nach § 15 a AufenthG einleiten zu können, sei eine erkennungsdienstliche Behandlung erforderlich. Erst nach erfolgter Zuweisung könne dann die zuständige Ausländerbehörde eine Duldung und ggfs. eine Aufenthaltserlaubnis erteilen. Unter dem 26. Juli 2007 stellte der Beklagte der Klägerin eine vorläufige Bescheinigung über die Meldung als unerlaubt eingereiste Ausländerin aus.

Am 10. September 2007 wurde das Kind ... geboren, das die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Eine weitere Aufforderung zur Vorsprache bei der Behörde beantwortete die Klägerin mit dem Hinweis, in den Fällen des § 15 a Abs. 1 Satz 6 AufenthG sei eine Bescheinigung nach § 60 a Abs. 4 AufenthG auszustellen. Nach einer erneuten behördlichen Aufforderung erschien die Klägerin am 25. Oktober 2007 und teilte mit, sie verfüge über einen vietnamesischen Ausweis Nr. ...

Am selben Tag stellte der Beklagte der Klägerin eine bis zum 25. Januar 2008 gültige Duldungsbescheinigung aus, die danach verlängert wurde. Am 12. Februar 2008 beantragte sie die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. Der Beklagte hörte die Klägerin darauf zur beabsichtigten Ablehnung des Antrages an.

Mit Ordnungsverfügung vom 27. Februar 2008 lehnte der Beklagte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab, setzte eine Ausreisefrist und drohte der Klägerin für den Fall der nicht fristgemäßen freiwilligen Ausreise ihre Abschiebung an. Zur Begründung hieß es unter anderem, die Voraussetzungen des § 39 Nr. 5 AufenthV seien nicht erfüllt, da die Klägerin illegal eingereist sei. Außerdem sei der in § 39 Nr. 5 AufenthV vorausgesetzte gebundene Anspruch nicht gegeben, weil wegen Passlosigkeit eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung nicht erfüllt sei. Außerdem sei wegen der illegalen Einreise und des mehrmonatigen unerlaubten Aufenthalts ein Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklicht. Eine Aufenthaltserlaubnis könne daher nur im Wege des Ermessens nach § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG erteilt werden, ein Rechtsanspruch sei gerade nicht gegeben. Der Beklagte sei aber

bereit, bei Erfüllung der Passpflicht eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.

Die Klägerin hat am 7. März 2008 gegen die am 5. März 2008 zugestellte Ordnungsverfügung Klage erhoben.

Sie trägt vor, sie habe Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.

Sie sei nicht auf eine Nachholung des Visumsverfahrens zu verweisen, weil sie nach § 39 Nr. 5 AufenthV berechtigt sei, den Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einzuholen. Zwar sei sie im Moment der Geburt ihres Kindes noch nicht im Besitz einer Duldungsbescheinigung gewesen. Auf das formale Vorliegen einer Duldung komme es aber nicht an, sondern auf das Vorliegen von Duldungsgründen, also auf den Anspruch auf eine Duldung bzw. eine faktische Duldung. Abgesehen davon habe die Klägerin die Duldung bereits am 27. Juni 2007 beantragt. Die Duldungsgründe seien bei Antragstellung bereits gegeben gewesen. Wegen der Risikoschwangerschaft sei die Abschiebung nicht möglich und vom Beklagten auch nicht vorgesehen gewesen. Es könne nicht zu ihren Lasten gehen, wenn die Behörde vier Monate zur Ausstellung der Duldung brauche. Die Klägerin verfüge nunmehr auch über einen vietnamesischen Reisepass, so dass auch der Passpflicht genügt sei.

Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen für ein Absehen von der Visumpflicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG erfüllt. Es sei der Klägerin nicht zumutbar, ihr deutsches Kind zur Nachholung des Visumsverfahrens in Deutschland zurück zu lassen. Sie sei auch nicht darauf zu verweisen, ihr Kind mitnehmen zu können, da deutsche Staatsbürger nicht gezwungen werden könnten, Begleiter im Rahmen eines Visumsverfahrens zu werden. Die Dauer eines Visumsverfahrens von Vietnam aus sei überdies nicht kalkulierbar; auch verfüge die Klägerin nicht über die finanziellen Mittel für eine Reise.

Die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheides vom 27. Februar 2008 zu verpflichten, der Klägerin ab Antragstellung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen,

hilfsweise, den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheides vom 27. Februar 2008 zu verpflichten, den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er trägt vor, die Klägerin könne schon wegen Verletzung der Visumpflicht, die zugleich einen Ausweisungsgrund darstelle, nicht nach § 39 Nr. 5 AufenthV den Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen.

Hinsichtlich des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der vom Beklagten beigezogenen Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Klage ist zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang, nämlich bezüglich des Hilfsantrages, begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf eine erneute Entscheidung über ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) unter fehlerfreier Ausübung des Ermessens über ein Absehen von der Visumpflicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. Die Ordnungsverfügung vom 27. Februar 2008 wird aufgehoben, weil sie insoweit - wegen Nichtgebrauchs des Ermessens nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG - rechtswidrig ist und die Klägerin in ihren Rechten verletzt.

Die Klage hat mit ihrem Hauptantrag, den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin ab Antragstellung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen, keinen Erfolg.

Der Klägerin steht kein Anspruch auf Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis zu, weil sie die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht erfüllt.

Nach dieser Vorschrift setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis u. a. voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist. Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG bedürfen Ausländer für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet eines Aufenthaltstitels, sofern nicht durch Recht der Europäischen Union oder durch Rechtsverordnung etwas anderes bestimmt ist. Gemäß § 6 Abs. 4 AufenthG ist für längerfristige Aufenthalte grundsätzlich ein nationales Visum für das Bundesgebiet erforderlich, das vor der Einreise erteilt wird. In der auf der Grundlage von § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erlassenen Aufenthaltsverordnung, namentlich in den §§ 39 bis 41 AufenthV, ist bestimmt, in welchen Fällen der Aufenthaltstitel nach der Einreise im Bundesgebiet eingeholt werden kann.

Die Klägerin ist danach nicht berechtigt, den Aufenthaltstitel zum Familiennachzug nach der Einreise einzuholen. Die Voraussetzungen des hier allein in Betracht zu ziehenden § 39 Nr. 5, 2. Alt. AufenthV sind nicht erfüllt. Danach kann ein Ausländer über die im Aufenthaltsgesetz geregelten Fälle hinaus einen Aufenthaltstitel ohne vorheriges Visumsverfahren im Bundesgebiet einholen, wenn seine Abschiebung nach § 60 a AufenthG ausgesetzt ist und er aufgrund der Geburt eines Kindes während des Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erworben hat.

Dabei ist es erforderlich, dass die Duldung im Zeitpunkt des Eintretens der für den Anspruchserwerb (hier nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzungen, hier der Geburt, vorliegen muss. Dies folgt aus dem Sinn und Zweck des § 39 AufenthV (vgl. hierzu BR-Drucksache 731/04, S. 181 ff.).

Ziel der Regelung ist es, einen angemessenen Kompromiss zwischen Verfahrenserleichterungen für den Ausländer einerseits und dem legitimen Interesse des Staates an der Ausübung der Zuwanderungskontrolle durch das Visumsverfahren zu verwirklichen. Dass in dieser Weise vorgesehene Zurücktretenlassen des grundsätzlichen Visumserfordernisses für bestimmte Fälle ist nur veranlasst, wenn die betreffenden Ausländer eine gewisse - rechtliche oder tatsächliche - Position innehaben. Nur der in dieser Weise - jeweils durch die Einzelregelungen des § 39 AufenthV - umschriebene Personenkreis soll - bei § 39 Nr. 5 AufenthV - im Falle eines hinzutretenden Anspruchserwerbs ausnahmsweise den Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen dürfen. Für den hier maßgeblichen § 39 Nr. 5, 2. Alt. AufenthV kommen (nur) Ausländer, deren Abschiebung nach § 60 a AufenthG ausgesetzt ist und die im Besitz dieser

Position einen Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis erwerben, in den Genuss dieser Vergünstigung.

Im Zeitpunkt der Geburt ihres Kindes, also im Zeitpunkt des Eintretens der für den Anspruchserwerb (hier nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) maßgeblichen Tatbestandsvoraussetzung, war die Antragstellerin noch nicht im Besitz einer Duldung. Ob auch ein Anspruch auf Duldung jedenfalls in Verbindung mit einem deutlich verzögerten, etwa willkürlichen Verhalten der Behörde ausreichen würde, kann hier offen bleiben. Denn es ist dem Beklagten nicht anzulasten, dass er die Duldung erst am 25. Oktober 2007, am Tag der erstmaligen Vorsprache der Klägerin, erteilt hat. Nach § 15 a Abs. 1 AufenthG befinden sich unerlaubt eingereiste Ausländer, die weder um Asyl nachsuchen noch unmittelbar nach der Feststellung der unerlaubten Einreise in Abschiebehaft genommen werden und aus der Haft abgeschoben oder zurückgeschoben werden können, vor der Entscheidung über die Aussetzung der Abschiebung im Verteilungsverfahren. Der Beklagte hat die Klägerin in mehreren Schreiben hierüber aufgeklärt und dabei ausgeführt, dass auch ihre Identität noch zu klären sei. Auch wenn es nahe lag, dass die Klägerin letztlich wegen des für das Kind gemeinsam mit dem in B. wohnenden Kindesvater auszuübenden Sorgerechts nach § 15 a AufenthG nach B. zu verteilen war, bestand jedenfalls keine Verpflichtung des Beklagten, schon zuvor die Abschiebung auszusetzen, zumal die Identität der Klägerin nicht nachgewiesen war. Dabei spricht die Tatsache, dass sich die Klägerin beim Jugendamt der Stadt B. aus Anlass der Aufnahme der Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge am 26. Juli 2007 mit einem "gültigen vietnamesischen Passport Nr. E. " ausgewiesen hat, dafür, dass sie es selbst in der Hand hatte, sowohl das Verteilungsverfahren als auch die Erlangung einer Duldung durch Vorlage eben dieses Passes bei der Behörde zu beschleunigen.

Kann die Klägerin sich damit nicht auf § 39 Nr. 5, 2. Alt. AufenthV berufen, ist ihr zunächst die Nichterfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG entgegenzuhalten. Es kommt somit auf die Absehensvorschrift des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG an. Nach dieser Vorschrift kann von dem Visumerfordernis abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind (1. Alternative) oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen (2. Alternative).

Die Voraussetzungen für eine mit dem Hilfsantrag von der Klägerin begehrte Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG liegen hier vor. Das Ermessen ist eröffnet. Ob dies hinsichtlich der 1. Alternative gilt, kann offen bleiben. Zwar sind im Fall der Klägerin, die die Mutter eines minderjährigen ledigen Kindes ist, die in § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG geregelten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt. Außer der - hier ggfs. durch die Absehensentscheidung zu "ersetzenden" - Erfüllung der Visumpflicht ist allerdings durch die illegale Einreise und den illegalen Aufenthalt ein Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklicht, von dem gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nur nach Ermessen abgesehen werden kann und hier wohl auch abgesehen worden ist. Jedenfalls liegen Unzumutbarkeitsgründe im Sinne der 2. Alternative vor.

Die Klägerin ist Mutter eines ein Jahr und drei Monate alten Kindes, das auf ihre Betreuung angewiesen ist. Es spricht vor dem Hintergrund des Schutzes der Familie durch Art. 6 Grundgesetz (GG) Vieles dafür, dass Mutter und Kind eine Trennung auf nicht zuverlässig absehbare Zeit nicht zugemutet werden könnte. Von daher scheint hier eine Sachlage gegeben zu sein, in der die mit einer Visumseinholung verbundenen Belastungen schon aufgrund des Alters des Kindes über die Unannehmlichkeiten hinausgehen, die der Gesetzgeber für den Normalfall im Auge hatte. Zu klären wäre im Übrigen die seitens der Klägerin aufgeworfene Frage, ob sie im Fall einer Rückkehr nach Vietnam zur Visumseinholung nach vietnamesischen Vorschriften einem Ausreiseverbot unterläge.

Der Beklagte hat bei seiner deshalb eröffneten Ermessensentscheidung, die er bislang nicht getroffen hat, die vom Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) entwickelten Grundsätze (vgl. die Beschlüsse vom 10. April 2007 - 18 B 303/07 -, DVBl. 2007, 852 (Ls) = AuAS 2007, 195, vom 5. Oktober 2006 - 18 B 1767/06 -, InfAuslR 2007, 56 = EZAR NF 22 Nr. 3, und vom 26. Oktober 2006 - 18 B 783/06 -) zu beachten. Danach hat die Ausländerbehörde zu beurteilen, ob eine Ausnahme von der Einhaltung der Visumsregeln vertretbar und angemessen ist. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Regelung als Ausnahmebestimmung prinzipiell eng auszulegen ist. Die Durchführung des Visumverfahrens soll nach der amtlichen Begründung des § 5 Abs. 2 AufenthG sowohl bei Vorliegen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als auch in allen anderen Fällen die Regel bleiben (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 70).

Auf diese Weise wird einerseits sichergestellt, dass die Steuerungsmechanismen des Aufenthaltsgesetzes nicht konterkariert und die dort vorgesehenen Zugangskontrollen hinsichtlich eines Aufenthalts in der Bundesrepublik nicht unterlaufen werden. Andererseits soll die Einhaltung der Visumsregeln kein reiner Selbstzweck sein (vgl. Renner, Ausländerrecht, 8. Auflage, § 5 AufenthG, Rdnr. 59, vgl. auch Bänderle in GK, § 5 AufenthG, Rdnr. 167 ff.).

Bei der demnach erforderlichen, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragenden Güterabwägung ist daher zu berücksichtigen, dass die Einhaltung des Visumsverfahrens der Regelfall bleiben soll und dass allein die Verpflichtung, vor der Einreise zur Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft ein Visum einzuholen, nicht Art. 6 Abs. 1 GG verletzt. Demzufolge sind die legitimen Interessen des Ausländers (z.B. wirtschaftliche Interessen, Familieneinheit) gegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumsverfahrens abzuwägen. Dabei ist in Rechnung zu stellen, dass die Nachholung des Visumsverfahrens stets mit den allgemein anzutreffenden und deshalb auch vom Gesetzgeber in den Regelungen des AufenthG berücksichtigten Unannehmlichkeiten verbunden ist. Die Grenze liegt dort, wo das Beharren auf die Einhaltung des Visumsverfahrens objektiv als unangemessen empfunden werden müsste.

Die Kammer weist darauf hin, dass der Beklagte durch seine Ordnungsverfügung vom 27. Februar 2008 bereits kenntlich gemacht hat, wie hier seiner Auffassung nach im Hinblick auf Art. 6 GG das im Rahmen des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG eröffnete Ermessen auszuüben ist bzw. wie er es auszuüben gedenkt, nämlich zu Gunsten der Klägerin. Denn er hat der Klägerin in Aussicht gestellt, ihr eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen. Auch hierzu bedarf es der Erfüllung der Visumpflicht bzw. des Absehens hiervon, und zwar auf der Grundlage der selben Rechtsnorm wie im Rahmen eines Anspruchs nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. Diese Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG kann nur "einheitlich", d. h. im Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthG mit keinem anderen Ergebnis als im Rahmen des § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG getroffen werden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 der Zivilprozessordnung (ZPO).