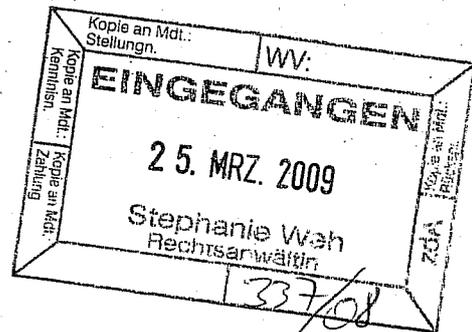
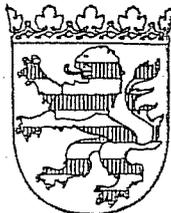


9. Senat
9 B 403/09
8 L 4211/08.F (3)



HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Kindes
vertreten durch seine Mutter, Frau
beide wohnhaft:

Antragstellers und Beschwerdeführers,

bevollmächtigt: Rechtsanwältin Stephanie Weh,
Wildunger Straße 2, 60487 Frankfurt am Main,

gegen

die Stadt Frankfurt am Main,
vertreten durch die Oberbürgermeisterin - Rechtsamt -,
Mainzer Landstraße 323, 60326 Frankfurt am Main,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

wegen Ausländerrechts

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 9. Senat - durch

Richter am Hess. VGH Seggelke als Vorsitzenden,
Richter am Hess. VGH Bodenbender,
Richter am Hess. VGH Steinberg

am 19. März 2009 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 4. Februar 2009 - 8 L 4211/08.F(3) - abgeändert und die aufschiebende Wirkung der vom Antragsteller gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10. November 2008 erhobenen und derzeit erstinstanzlich unter dem Aktenzeichen 8 K 4066/08.F(3) anhängigen Klage angeordnet.

Die Kosten des gesamten Verfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,-- € festgesetzt.

Dem Antragsteller wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwältin Stephanie Weh, Wildunger Straße 2 in 60487 Frankfurt am Main bewilligt.

G r ü n d e :

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den seinen Antrag auf Eilrechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO ablehnenden erstinstanzlichen Beschluss ist nach § 146 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg, da das Verwaltungsgericht dem Eilrechtsschutzgesuch des Antragstellers, mit dem er die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der von ihm gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 10. November 2008 erhobenen Klage verfolgt, zu Unrecht nicht stattgegeben hat.

Der minderjährige Antragsteller haitianischer Staatsangehörigkeit ist am 4. Mai 2008 gemeinsam mit seinem Bruder - dem Antragsteller im Parallelverfahren 9 B 404/09 - mit einem von der deutschen Vertretung in Santo Domingo (Dominikanische Republik) ausgestellten Schengen Visum der Kategorie "C" in die Bundesrepublik Deutschland eingereist, das ihn zu einem kurzfristigen Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigte. Am 20. Juni 2008 beantragte er die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit seiner Mutter, die sich bereits seit längerem im Bundesgebiet aufhält. Die Mutter des Antragstellers ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, die ihr zur Ausübung der Personensorge im Hinblick auf ein weiteres Kind deutscher Staatsangehörigkeit erteilt worden ist. Den Antrag des Antragstellers auf Erlaubniserteilung lehnte die Antragsgegnerin mit dem im Hauptsacheverfahren angefochtenen Bescheid ab und drohte dem Antragsteller die Abschiebung nach Haiti an.

Zur Begründung der zum Nachteil des Antragstellers ergangenen Entscheidung führt das Verwaltungsgericht im angegriffenen Beschluss aus, der Ablehnungsbescheid der Antragsgegnerin erweise sich als offensichtlich rechtmäßig. Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug nach § 32 Abs. 3 AufenthG (gemeint sein dürfte § 32 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), weil seine Mutter nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG bzw. einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthG sei. Aufgrund der Angaben des Antragstellers und der zu deren Beleg vorgelegten Unterlagen könne auch nicht festgestellt werden, dass seine - des Antragstellers - Mutter der allein sorgeberechtigte Elternteil sei. Das stehe der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG ebenso entgegen, wie der Umstand, dass zudem der Lebensunterhalt des Antragstellers nicht im Sinne der §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gesichert sei. Denn seine - des Antragstellers - Mutter beziehe für sich und ihr deutsches Kind Leistungen nach den SGB II. Aus diesem Grund könne der Antragsteller auch nicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 4 AufenthG beanspruchen, ohne dass es noch darauf ankomme, ob in seinem Fall der Nachzug zur Vermeidung einer besonderen Härte im Sinne dieser Vorschrift erforderlich sei. Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Regelung könne von dem Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts vorliegend - anders als in den Fällen des § 5 Abs. 3 oder § 29 Abs. 2 und 4 AufenthG - auch nicht abgesehen werden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht im Rahmen einer unter Einbeziehung des Schutzgebots aus Art. 6 Abs. 1 GG vorzunehmenden Abwägung. Auch wenn zu berücksichtigen sei, dass der Antragsteller erst elf Jahre alt sei, seine Fürsorge und Erziehung durch ein Elternteil wahrgenommen werden solle und über die Möglichkeit einer Übertragung dieser Aufgaben auf andere Familienangehörige nichts bekannt sei, könne diesem Gesichtspunkt ausreichend dadurch Rechnung getragen werden, dass dem Antragsteller ein Duldungsanspruch zugebilligt werde (vgl. dazu im Einzelnen Seiten 3 <unten> der Beschlussgründe).

Im Beschwerdeverfahren hat der Senat die angegriffene Entscheidung keiner umfassenden Rechtskontrolle zu unterziehen, die jeden insoweit denkbaren rechtlichen oder tatsächlichen Aspekt abdeckt. Vielmehr wird der Umfang der gerichtlichen Überprüfung im vorliegenden Rechtsmittelverfahren durch die Ausführungen in der Beschwerdebegrün-

dung vom 23. Februar 2009 bestimmt und zugleich auch begrenzt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO).

Unter Berücksichtigung dessen ist es dem Antragsteller mit seinem Beschwerdeverortrag gelungen aufzuzeigen, dass die Erwägungen, die das Verwaltungsgericht zur Qualifizierung des angefochtenen Bescheids als offensichtlich rechtmäßig bewogen haben, einer rechtlichen Kontrolle nicht standhalten können. Vielmehr hätte das Gericht erster Instanz dem Eilrechtsschutzgesuch des Antragstellers in Anwendung der im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Prüfungsmaßstäbe stattgeben müssen.

Soweit das Verwaltungsgericht die Annahme der Antragsgegnerin im angegriffenen Bescheid als frei von Rechtsfehlern bestätigt hat, dass sich der Antragsteller im Hinblick auf die von ihm erstrebte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 bzw. Abs. 4 AufenthG das Nichtvorliegen der allgemeinen (Regel-)Erteilungsvoraussetzung nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 3 AufenthG entgegenhalten lassen müsse, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Zwar hat das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidungsfindung zutreffend berücksichtigt, dass das nach vorstehenden Vorschriften in der Regel begründete Erfordernis, dass der Ausländer zur Sicherung seines Lebensunterhalts in der Lage ist, im Rahmen der vorliegend einschlägigen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen (§§ 32 Abs. 3 und 4 AufenthG) uneingeschränkt zur Anwendung gelangt (vgl. dazu etwa BVerwG, Urteil vom 26. August 2008 - BVerwG 1 C 32/07 -, InfAuslR 2009, 8 ff. = NVwZ 2009, 248 ff. = AuAS 2009, 2 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Mai 2008 - 2 M 17.08 -, InfAuslR 2008, 298 ff. = AuAS 2008, 171 ff.). Auch dürfte zwischen den Beteiligten unstrittig sein, dass beim Antragsteller, der zur eigenständigen Lebensunterhaltssicherung schon altersbedingt nicht in der Lage ist, vom Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht ausgegangen werden kann, weil ihm insoweit der Bezug von Leistungen nach dem SGB II durch seine unterhaltspflichtige Mutter, mit der er in häuslicher familiärer Gemeinschaft lebt, zum Nachteil gereicht (vgl. dazu auch Hailbronner, AuslR, Stand: Juni 2008, § 5 AufenthG Rdnr. 19). Das Verwaltungsgericht hat jedoch nicht berücksichtigt, dass es in Bezug auf den vom Antragsteller begehrten Kindernachzug

zu seiner Mutter ausnahmsweise gerechtfertigt erscheint, von der Regelfolge des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG abzuweichen.

Nach der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der der Senat in ebenfalls ständiger Rechtsprechung folgt, liegt ein solcher Ausnahmefall bei besonderen, atypischen Umständen vor, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen. Ein Ausnahmefall ist danach u. a. dann anzunehmen, wenn der Versagung des Aufenthaltstitels höherrangiges Recht entgegensteht. Das ist namentlich der Fall, wenn die Gestattung des Familiennachzugs geboten erscheint, um der Schutzwirkung aus Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK in ausreichendem Maße zur Durchsetzung zu verhelfen, z.B. weil die Herstellung der Familieneinheit im Herkunftsland nicht möglich ist (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 26. August 2008 - BVerwG 1 C 32.07 -, a.a.O. unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 11. Mai 2007 - 2 BvR 2483/06 -, InfAuslR 2007, 336 ff.; sowie OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Mai 2008 - 2 M 17.08 -, Juris).

Vorliegend hat der Antragsteller Gesichtspunkte dargetan, aus denen sich ergibt, dass sein Fall durch das Vorliegen atypischer Umstände im vorstehend beschriebenen Sinne gekennzeichnet ist. Er beruft sich nämlich mit Recht darauf, dass eine Herstellung der von ihm erstrebten Familieneinheit zwischen ihm und seiner bereits seit längerer Zeit im Bundesgebiet lebenden Mutter in seinem Heimatland nicht möglich wäre. Dem steht entgegen, dass die Mutter des Antragstellers die elterliche Sorge für ein minderjähriges Kind deutscher Staatsangehörigkeit ausübt und ihr im Hinblick darauf nach näherer Bestimmung des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt worden ist. Vor diesem Hintergrund kann der Antragsteller nicht auf die Möglichkeit seiner Mutter zur Übersiedlung nach Haiti und Fortführung der familiären Lebensgemeinschaft im Ausland verwiesen werden (vgl. dazu nochmals BVerwG, Urteil vom 26. August 2008 - BVerwG 1 C 32.07 -, a.a.O., sowie OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 9. Mai 2008 - 2 M 17.08 -, a.a.O.).

Offenbleiben kann letztendlich, ob es dem Antragsteller mit der Beschwerdebegründung gelungen ist, die von dem Verwaltungsgericht und der Antragsgegnerin im Rahmen der Anwendung von § 32 Abs. 3 AufenthG gehegten Zweifel daran zu entkräften, dass es sich bei seiner im Bundesgebiet lebenden Mutter um den allein sorgeberechtigten Elternteil

handelt. Selbst wenn man davon ausginge, dass diese Feststellung auch unter Einbeziehung des Beschwerdevorbringens und der Ausführungen, die in der im Rechtsmittelverfahren vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der Mutter des Antragstellers vom 17. Februar 2009 enthalten sind, nicht mit der insoweit erforderlichen Gewissheit getroffen werden kann, könnte hieraus lediglich abgeleitet werden, dass das Verwaltungsgericht und die Antragsgegnerin zu Recht vom Nichtvorliegen der anspruchsbegründenden Voraussetzungen nach § 32 Abs. 3 AufenthG ausgegangen sind. Dies unterstellt könnte sich der Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin jedoch jedenfalls auf das (Fort-)Bestehen eines Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung seines Antrags auf Erlaubniserteilung nach näherer Bestimmung des § 32 Abs. 4 AufenthG berufen, der nicht an das Vorliegen der hier in Rede stehenden Voraussetzung geknüpft ist. Dieser Anspruch ist durch den angefochtenen Bescheid nicht untergegangen, weil sich die Antragsgegnerin an einer stattgebenden Entscheidung über den an sie gerichteten Antrag schon im Hinblick auf das Nichtvorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gehindert gesehen hat und - von diesem Rechtsstandpunkt ausgehend folgerichtig - nicht in die Ebene der Ermessensausübung eingetreten ist.

Die Möglichkeit einer insoweit abweichenden rechtlichen Beurteilung ergibt sich letztlich auch nicht aus dem - von der Antragsgegnerin im angefochtenen Bescheid erörterten und ebenfalls zu Ungunsten des Antragstellers gewerteten - Umstand, dass die Einreise des Antragstellers in das Bundesgebiet nicht zum Zwecke des Kindernachzugs, sondern mit einem Schengen-Visum der Kategorie "C" zu Besuchszwecken erfolgt ist. Zwar setzen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG und auch die Erlaubniserteilung nach Absatz 4 der Vorschrift gleichermaßen grundsätzlich voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG). Jedenfalls auf der Basis des ihm durch die vorliegenden Akten und Unterlagen vermittelten Erkenntnisstandes und unter Berücksichtigung der Angaben des Antragstellers zu seinen Lebensverhältnissen vor der Einreise vermag der Senat jedoch nicht anzunehmen, dass dem Antragsteller die Nichteinhaltung der Visumpflicht entgegengehalten und er auf die Erforderlichkeit der Nachholung des Visumverfahrens verwiesen werden kann. Nach dem insoweit vermittelten Bild muss nämlich davon ausgegangen werden, dass sich der An-

tragsteller in einer besonderen Situation befindet, die auch eine vorübergehende Trennung von seiner Mutter nicht hinnehmbar erscheinen lässt. Er ist nämlich erst elf Jahre alt und trägt unter Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung seiner Mutter vor, dass für den Fall seiner Rückkehr nach Haiti aus in dieser Versicherung näher erläuterten Gründen seine Versorgung nicht sichergestellt sei, diese insbesondere auch nicht von Verwandten - etwa seiner offenbar dort noch lebenden, jedoch erkrankten Großmutter - wahrgenommen werden könne (vgl. zu einer insoweit vergleichbaren Fallkonstellation BayVGH, Beschluss vom 22. August 2007 - 24 CS 07.1495 -, Juris; siehe auch Hailbronner, AuslR, Stand: Juni 2008, § 5 AufenthG Rdnr. 69, m. w. N.). Diese Sachverhaltsdarstellung kann im Eilverfahren nicht als unzutreffend widerlegt angesehen werden. Der Senat entnimmt hieraus, dass vorliegend eine Fallkonstellation im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. AufenthG in Frage steht, in der das der Antragsgegnerin durch diese Vorschrift eingeräumte Ermessen, von der Einhaltung der Visumpflicht unter der in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen absehen zu können, in einer Weise reduziert ist, die einen Verweis des Antragstellers auf die hier in Rede stehende Erteilungsvoraussetzung als ermessensfehlerhaft erscheinen lassen würde (Fall der sog. Ermessensreduzierung auf Null). Insofern erweist sich die angegriffene Entscheidung auch nicht aus Gründen als jedenfalls im Ergebnis richtig, die das Verwaltungsgericht bei seiner Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt hat.

Die Beschwerde hat auch insoweit Erfolg, als der Antragsteller im Rechtsmittelverfahren sein gegen die Androhung der Abschiebung mit dem angefochtenen Bescheid gerichtetes Rechtsschutzbegehren weiterverfolgt. Für eine insoweit abweichende Entscheidung ist mit Blick auf den Erfolg des Rechtsmittels im Übrigen schon deshalb kein Raum, weil die Abschiebungsandrohung als Maßnahme der Zwangsvollstreckung das rechtliche Schicksal des Grundverwaltungsaktes teilt (vgl. etwa Senatsbeschluss vom 12. Mai 2006 - 9 TG 347/06 -).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 2, 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG und folgt der Streitwertfestsetzung erster Instanz.

Dem Antrag des Antragstellers auf Gewährung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren war zu entsprechen, da die von ihm beabsichtigte Rechtsverfolgung - wie sich aus vorstehenden Ausführungen ergibt - hinreichende Aussicht auf Erfolg bot und er durch Vorlage entsprechender Unterlagen nachgewiesen hat, dass er zur Aufbringung der zu erwartenden Kosten der Prozessführung nicht in der Lage sein wird (§§ 166 VwGO, 114 f. ZPO).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO, 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Seggelke

Bodenbender

Steinberg



Ausgefertigt

Kassel, den 24.03.2009

Kessler
als Urkundsbeamt. der Geschäftsstelle
des Hess. Verwaltungsgerichtshofes