

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 30.04.2010

T e n o r :

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird unter Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung für beide Instanzen auf jeweils 1.250 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Die dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat beschränkt ist, § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO, geben keinen Anlass, den angefochtenen Beschluss abzuändern oder aufzuheben.

Das Verwaltungsgericht hat ausgeführt, der Antrag des Antragstellers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zur Sicherung des Aufenthalts im Bundesgebiet für die Dauer des Verfahrens auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug nach §§ 27, 28 Abs. 1 Satz 1 Ziffer 1 AufenthG sei aus gesetzessystematischen Gründen bereits unzulässig. Dies folge daraus, dass der Antrag wegen § 43 Abs. 2 Satz 2 AsylVfG nicht die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3, 4 AufenthG ausgelöst habe. Zwar sei aus Gründen effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) ausnahmsweise der Erlass einer einstweiligen Anordnung zum Schutz vor einer Abschiebung für die Dauer des Erteilungsverfahrens trotz fehlender Fiktionswirkung geboten, wenn nur so sichergestellt werden könne, dass eine ausländerrechtliche Regelung nach Sinn und Zweck dem begünstigten Personenkreis zu Gute komme. Eine solche Situation sei im Falle des Antragstellers aber nicht anzunehmen.

Diese Ausführungen werden mit der Beschwerdebegründung nicht entscheidungserheblich in Frage gestellt.

Soweit das Verwaltungsgericht die Fiktionswirkung des während des laufenden Asylverfahrens gestellten Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis verneint hat, steht dies im Einklang mit der Senatsrechtsprechung (vgl. Senatsbeschluss vom 17. März 2009 - 18 E 311/09 -).

Der Aufenthalt des Antragstellers war auch nicht deshalb im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes für die Dauer des Titelerteilungsverfahrens durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu

sichern, weil ihm ein Recht auf Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet zustünde und dieses durch eine Abschiebung verloren ginge (vgl. hierzu OVG NRW, Beschluss vom 9. Oktober 2007 - 17 B 1636/07 -; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. März 2008 - 11 S 378/08 -, juris, sowie zu § 9 Abs. 2 DVAuslG Senatsbeschluss vom 26. November 2001 - 18 B 242/01 -, NWVBl. 2002, 183).

Der Antragsteller, dessen Asylantrag durch bestandskräftigen Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 23. September 2009 nach § 30 Abs. 3 AufenthG als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden ist, ist nicht berechtigt, einen Aufenthaltstitel zum Familiennachzug (§§ 27, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) im Bundesgebiet einzuholen. Ein solches Recht folgt weder aus § 10 Abs. 3 AufenthG noch aus § 39 AufenthV.

§ 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG bestimmt, dass einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 erteilt werden darf. Soweit in der Rechtsprechung (vgl. Sächs. OVG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 3 A 94/08 -, juris; so wohl auch OVG Bremen, Beschluss vom 27. Oktober 2009 - 1 B 224/09 -, InfAuslR 2010, 29; vgl. aber auch Begründung der Bundesregierung zu § 39 AufenthV, BR-Drs. 731/04, S. 181) vertreten wird, aus der Formulierung sei zu schließen, dass der Ausländer berechtigt sei, eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise einzuholen, ohne dass ihm eine Ausreise zum Zweck der Nachholung des Visumverfahrens (§ 5 Abs. 2 AufenthG) abverlangt werden könne und entsprechendes auch im Falle eines Anspruchs nach § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG gelte, folgt der Senat dem nicht (ablehnend auch: Discher, in: GK-AufenthG, Stand Okt. 2005, § 10 Rdnr. 21, 27 f.; Hailbronner, AuslR, Stand Febr. 2005, § 10 Rdnr. 8; Kloesel/ Christ/ Häußler, Deutsches Aufenthalts- und Ausländerrecht, § 10 Rdnr. 20; Müller, in: Hofmann/Hoffmann, AuslR, 2008, § 10 Rdnr. 15; Zühlke, ZAR 2006, 280).

Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs zum Zuwanderungsgesetz wollte der Gesetzgeber mit der Regelung des § 10 Abs. 3 AufenthG zusätzliche Sperren für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dem erfolglosen Abschluss des Asylverfahrens aufstellen (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 73).

In der ausländerrechtlichen Praxis sollte ausgeschlossen werden, dass Ausländer durch unbegründete Asylbegehren und exzessives Ausnutzen aller Verfahrensmöglichkeiten ein Daueraufenthaltsrecht im Bundesgebiet erlangen können. Vergünstigungen in Gestalt einer Befreiung von der grundsätzlich auch für abgelehnte Asylbewerber geltenden Visumpflicht (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Juni 1997 - 1 C 18.96 -, NVwZ 1998, 187; Senatsbeschluss vom 25. Februar 2005 - 18 B 348/05 -; OVG Saarland, Beschluss vom 22. Juli 2008 - 2 B 257/08 -, juris; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10. März 2009 - 11 S 2990/08 -, InfAuslR 2009, 236; Bäuerle, GK-AufenthG, Stand Juni 2007, § 5 Rdnr. 152;

Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 50) sollten ihnen hingegen nicht eingeräumt werden. Es besteht insbesondere kein Anlass zu der Annahme, dass sie bei Vorliegen eines Anspruchs besser gestellt werden sollten als andere Ausländer, bei denen im Falle des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen nur nach Maßgabe des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG, also nach Ermessen, von der Einhaltung des Visumsverfahrens abgesehen werden kann. Vielmehr sollte die Ausreisepflicht grundsätzlich zwingende Rechtsfolge der Ablehnung des Asylantrages sein. Ein solches Verständnis lag auch der Vorgängerregelung des § 11 AuslG zu Grunde. Lediglich für Ausländer, die bereits über eine Aufenthaltsgenehmigung verfügten, sollte der Asylantrag nach § 11 Abs. 2 AuslG (vgl. nunmehr § 10 Abs. 2 AufenthG) keine aufenthaltsrechtlichen Nachteile mit sich bringen (vgl. Discher, GK-AufenthG, Stand April 2001, § 11 AuslG, Rdnr. 18; vgl. ebenfalls Nachweise bei BVerwG, Urteil vom 3. Juni 1997 - 1 C 1.97 -, InfAuslR 1997, 352, das Bundesverwaltungsgericht selbst hat Frage, ob nach § 11 AuslG eine Aufenthaltsgenehmigung ohne Einhaltung der Visumsvorschriften erteilt werden kann, offen gelassen).

Der Antragsteller ist weiter nicht nach Maßgabe der hier allein in Betracht kommenden Regelungen des § 39 Nr. 4 oder 5 AufenthV zur Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet berechtigt.

Die Voraussetzungen des § 39 Nr. 4 AufenthV liegen nicht vor, weil das Asylverfahren des Antragstellers unanfechtbar abgeschlossen ist. Der Antragsteller ist deshalb im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr im Besitz einer Aufenthaltsgestattung (§ 67 Abs. 1 Nr. 6 AsylVfG). Maßgeblicher Zeitpunkt ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bei Verpflichtungsklagen, die auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtet sind, grundsätzlich die Sach- und Rechtslage der behördlichen Entscheidung sowie bei einem sich anschließenden Klageverfahren der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz (vgl. BVerwG, Urteil vom 27. Januar 2009 - 1 C 40.07 -, DVBl. 2009, 650; ebenso für die gerichtliche Kontrolle des behördlichen Ermessens: BVerwG, Urteil vom 7. April 2009 - BVerwG 1 C 17.08 -, InfAuslR 2009, 270).

In entsprechenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist für das Vorliegen der Anspruchs- bzw. Erteilungsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung abzustellen (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14. März 2007 19 B 2225/06 -).

Eine Ausnahme hiervon kommt nur in Betracht, wenn sich aus dem anzuwendenden materiellen Recht ausdrücklich oder nach seinem Sinn ein anderer Zeitpunkt ergibt. Dies lässt sich für § 39 Nr. 4 AufenthV nicht feststellen (so schon zu § 9 Abs. 2 DVAuslG für alle Fälle des rechtmäßig, geduldeten oder gestatteten Aufenthalts OVG NRW, Beschluss vom 16. Juni 1999 - 17 B 1567/97 -, juris; a.A. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. März 2008 - 11 S 378/08 -, juris; Hess. VGH, Beschluss vom 15. November 2004 12 TG 3134/04 -, juris).

Dahinstehen kann, ob bereits der im Präsens formulierte Wortlaut "Der Ausländer kann einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, wenn er eine Aufenthaltsgestattung besitzt und die Voraussetzungen des § 10 Abs. 1 oder 2 AufenthG erfüllt", dafür spricht, dass diese Voraussetzungen im Zeitpunkt der Entscheidung noch vorliegen müssen (so zur Vorgängerregelung des § 9 Abs. 2 AufenthG Senatsbeschluss vom 26. November 2001 - 18 B 242/01-, NWVBl. 2002, 183).

In materiell-rechtlicher Hinsicht stellt § 39 AufenthV eine Ausnahme von § 5 Abs. 2 AufenthG dar und bestimmt, unter welchen Voraussetzungen der Aufenthaltstitel in Abweichung von § 5 Abs. 2 AufenthG nach der Einreise eingeholt werden kann (§ 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Für § 5 Abs. 2 AufenthG ist jedoch anerkannt, dass der Ausländer dieser Erteilungsvoraussetzung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu genügen hat.

Auch Sinn und Zweck von § 39 Nr. 4 AufenthV gebieten es, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Entscheidung noch im Besitz einer Aufenthaltsgestattung ist. Ein Bedürfnis, eine Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet einzuholen, hat der Verordnungsgeber nämlich für die Fälle gesehen, in denen nach § 10 Abs. 1 und 2 AufenthG – also vor Abschluss des Asylverfahrens – ein Aufenthaltstitel erteilt werden kann (vgl. BR-Drs. 731/04, S. 183).

In diesen Fällen kann der Aufenthalt des Ausländers ohnehin nicht beendet werden und es ist diesem angesichts des offenen Ausgangs des Asylverfahrens auch nicht zuzumuten, das Visumsverfahren durchzuführen. Mit dem erfolglosen Abschluss des Asylverfahrens und dem Erlöschen der Aufenthaltsgestattung entfällt dieser Hinderungsgrund. Dem Ausländer ist nunmehr eine Heimkehr möglich. Auch kann das Visumverfahren seine Zielsetzung, die mit Blick auf das Asylverfahren zunächst unterbliebene Steuerung und Kontrolle der Zuwanderung im Bundesgebiet sicherzustellen, nunmehr erfüllen.

Mit diesem Verständnis stimmt § 39 Nr. 4 AufenthV mit § 9 Abs. 2 Nr. 1 DVAuslG überein, der im Zeitpunkt der Entscheidung ebenfalls einen zwangsweise nicht beendbaren Aufenthalt des Ausländers im Bundesgebiet voraussetzte (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 26. November 2001 - 18 B 242/02 -, NWVBl. 2002, 183).

Das (andauernde) Erfordernis eines rechtmäßigen oder geduldeten Aufenthalts rechtfertigte es, für die von § 9 Abs. 2 DVAuslG erfassten Fälle zudem von einer Frist für die Beantragung der Aufenthaltserlaubnis abzusehen (§ 9 Abs. 6 DV AuslG in der Fassung der Verordnung vom 23. Februar 1993 (BGBl. I 1993, S. 266)) (vgl. BR-Drs. 13/93, S. 9).

Die Frist für die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis für die von § 39 AufenthV erfassten Fälle ist vom Verordnungsgeber nicht wieder eingeführt worden. Dieser hat vielmehr darauf verwiesen, § 39 AufenthV ersetze § 9 DVAuslG (vgl. BR-Drs. 731, S. 181).

Dies lässt darauf schließen, dass materiell-rechtliche Veränderungen insoweit nicht erfolgen sollten.

Wie die Verordnungsbegründung zeigt, bestand aus der Sicht des Verordnungsgebers für eine weitergehende Regelung auch kein Bedürfnis: Nach seiner Auffassung sollte nämlich nach erfolglos beendetem Asylverfahren in Fällen des § 10 Abs. 3 AufenthG der Aufenthaltstitel in Abweichung von § 5 Abs. 2 AufenthG im Bundesgebiet eingeholt werden können. So heißt es hierzu in der Begründung zum Entwurf der Verordnung zur Durchführung des Zuwanderungsgesetzes (BR-Drs. 731/04, S. 181) "Darüber hinaus sieht das Aufenthaltsgesetz vor, dass für bestimmte Fallgruppen vom Erfordernis des § 5 Abs. 2 Satz 1 abgesehen werden kann oder abgesehen werden muss (zum Beispiel § 5 Abs. 3, § 10 Abs. 3 AufenthG), so dass auch in diesen Fällen eine Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis ohne vorherige Ausreise möglich ist." Der Verordnungsgeber hat, wie die obigen Ausführungen zeigen, dem § 10 Abs. 3 AufenthG insoweit aber unzutreffend eine Befreiung von der Visumpflicht beigemessen.

Die Interessenlage gebietet schließlich keine abweichende Beurteilung. Mit dem Abstellen auf den Zeitpunkt der Behördenentscheidung bzw. der letzten mündlichen Verhandlung wird ein schutzwürdiges Vertrauen des Ausländers nicht verletzt. Der Ausländer kann nach dem erfolglosen Abschluss seines Asylverfahrens auf einen weiteren Verbleib im Bundesgebiet nicht vertrauen. Er ist vielmehr – wie alle anderen ohne Visum eingereisten Ausländer auch – darauf zu verweisen, einen Titel für einen weiteren Aufenthalt vom Ausland aus einzuholen. Dass der Ausländer die Dauer des Verwaltungsverfahrens nicht beeinflussen kann, führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kann, wie das vorliegende Verfahren zeigt, der Fall eintreten, dass ein vom Ausländer während des noch laufenden Asylverfahrens gestellter Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erst nach dem unanfechtbaren Abschluss des Asylverfahrens von der Behörde beschieden wird, mit der Folge, dass bereits im Zeitpunkt der Behördenentscheidung die Voraussetzungen des § 39 Nr. 4 AufenthV entfallen sind. Diese Problematik stellt sich indes auch in anderen Konstellationen, wie im Falle des § 10 AufenthG (vgl. Discher, GK-AufenthG, Stand Oktober 2005, wonach maßgeblich auch hier der Zeitpunkt der Behördenentscheidung und nicht derjenige der Antragstellung ist) oder bei dem Wegfall sonstiger Erteilungsvoraussetzungen während des laufenden Verwaltungsverfahrens (z.B. Sicherung des Lebensunterhalts oder der Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft). Insoweit bleibt es dem Ausländer zur Wahrung seiner Interessen unbenommen, zur Sicherung seiner Rechte im Falle einer befürchteten unangemessenen Verfahrensverzögerung von Seiten der Behörde um gerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen.

Der Antragsteller erfüllt auch nicht die Voraussetzungen des § 39 Nr. 5 AufenthV. Ob insoweit in Änderung der bisherigen Senatsrechtsprechung (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 7. März 2008 18 B 40/08 - (maßgebend ist der Zeitpunkt der Antragstellung; so auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. März 2008 - 11 S 378/08 -, juris) ebenso maßgeblich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung bzw. den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abzustellen ist (so auch OVG NRW, Beschluss vom 14. März 2007 19 B 2225/06 -), kann vorliegend offen bleiben, denn die Abschiebung des Antragstellers ist im Sinne des § 60a Abs. 2 AufenthG zu keinem Zeitpunkt ausgesetzt gewesen. Insoweit genügt eine wegen des gerichtlichen Verfahrens für dessen Dauer erfolgte Aussetzung der Abschiebung nicht (vgl. Sächs. OVG, Urteil vom 16. Oktober 2008 - 3 A 94.08 -, juris; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. März 2008 - 11 S 378/08 -, juris).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO; die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 2, 53 Abs. 2, 63 Abs. 3 GKG. In Verfahren, die auf die Gewährung von Abschiebungsschutz gerichtet sind, setzt der Senat regelmäßig lediglich ein Viertel des Auffangstreitwerts an.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Arnberg, 10 L 667/09