

1. Sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn neben den speziellen Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG auch die allgemeinen Erfordernisse des § 5 AufenthG erfüllt sind

2. Zum Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte im Falle der Kinderbetreuung

3. Zur Zumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens iSd § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG (hier bejaht).

(Amtliche Leitsätze)

11 ME 72/11

OVG Lüneburg

Beschluss vom 07.04.2011

Die Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg.

Die 1958 geborene Antragstellerin, eine türkische Staatsangehörige, reiste am 27. Mai 2010 mit einem von der Deutschen Botschaft in Ankara zu Besuchszwecken ausgestellten Schengen-Visum, das vom 27. Mai bis zum 24. August 2010 gültig war, in das Bundesgebiet ein. Bei der Beantragung des Visums hatte die Antragstellerin angegeben, dass kein Übersiedlungswunsch bestehe. Sie war verheiratet mit einem 1921 geborenen deutschen Staatsangehörigen, der am 26. September 2008 verstarb. Wegen des Verdachts einer Zweck- bzw. Scheinehe waren Anträge der Antragstellerin auf Erteilung eines Visums zur Familienzusammenführung abgelehnt worden (vgl. Urt. d. VG Berlin v. 21.3.2007 - VG 3 V 52.06 -).

Am 30. Juni 2010 fragte die in Hannover lebende Schwester der Antragstellerin im Rahmen der Bürgersprechstunde des Oberbürgermeisters der Antragsgegnerin an, ob der Antragstellerin der weitere Aufenthalt ermöglicht werden könne, um ihre berufstätige Schwester bei der Beaufsichtigung ihrer beiden Söhne (geb. ..2002 und ..2006) zu unterstützen. Am 3. August 2010 stellte die Antragstellerin selbst einen förmlichen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Diesen Antrag lehnte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 12. Januar 2011 ab und drohte ihr zugleich für den Fall nicht fristgerechter Ausreise die Abschiebung in die Türkei an. Die Antragstellerin hat dagegen Klage erhoben (13 A 559/11), über die noch nicht entschieden ist. Ihren gleichzeitig gestellten Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage lehnte das Verwaltungsgericht mit dem angefochtenen Beschluss ab.

Die gegen diesen Beschluss vorgetragenen Beschwerdegründe, auf deren Überprüfung sich der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO zu beschränken hat, rechtfertigen keine Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Nach § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG kann einem sonstigen Familienangehörigen eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug erteilt werden, wenn es zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich ist. Diese Vorschrift ist grundsätzlich auf die Antragstellerin als "sonstige Familienangehörige" anzuwenden, da sie zu ihrer in Deutschland lebenden Schwester ziehen will, um deren minderjährige Kinder - ihre Neffen - zu betreuen. Allerdings ist ein derartiger Nachzug nur zulässig, wenn neben den speziellen Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG auch die allgemeinen Erfordernisse des § 5 AufenthG erfüllt sind (vgl. Senatsbeschl. v. 2.11.2006 - 11 ME 197/06 -, InfAuslR 2007, 67; Bay.VGH, Beschl. v. 23.9.2010 - 10 CS 10.1662 -, juris; Dienelt, in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 36 AufenthG Rn. 11; Hailbronner, AuslR, § 36 AufenthG Rn. 9). Dazu gehört auch, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Etwas anderes gilt nur, wenn der Ausländer nach § 39 AufenthV berechtigt ist, die Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise einzuholen, oder ein Absehen von dieser Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG in Betracht kommt.

Das Verwaltungsgericht hat zutreffend entschieden, dass die Antragstellerin die Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht erfüllt. Zwar ist sie mit einem Schengen-Visum für einen Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG) und damit nicht unerlaubt im Sinne von § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in das Bundesgebiet eingereist, doch handelt es sich dabei nicht um das gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 4 AufenthG für einen längeren Aufenthalt erforderliche Visum für das Bundesgebiet (nationales Visum), das vor der Einreise erteilt wird und der Zustimmung der zuständigen Ausländerbehörde bedarf (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthV). Welches Visum im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG als das erforderliche Visum anzusehen ist, bestimmt sich nach dem Aufenthaltszweck, der mit der im Bundesgebiet beantragten Aufenthaltserlaubnis verfolgt wird (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.1.2011 - 1 C 23/09 -, juris, und Urt. v. 16.11.2010 - 1 C 17.09 -, juris). Entscheidend ist deshalb, ob der Ausländer bei der Einreise das Visum eingeholt hat, das den aktuellen Aufenthaltszweck abdeckt. Das ist hier nicht der Fall. Denn der Antragstellerin war entsprechend ihren Angaben im Visumverfahren ein Schengen-Visum für einen bloßen Besuchsufenthalt erteilt worden, während sie nunmehr die Erteilung einer familiären Aufenthaltserlaubnis begehrt. Es kommt somit nicht darauf an, ob der Vortrag der Antragstellerin, sie habe sich erst im Laufe ihres Aufenthalts in Deutschland auf Drängen ihrer Schwester zum Bleiben entschlossen (sog. nachträglicher Zweckwechsel), glaubhaft ist.

Dass ein Fall des § 39 AufenthV, wonach ein Ausländer unter bestimmten Voraussetzungen einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen kann, vorliegen könnte, ist weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich.

Vom Visumerfordernis kann auch nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden. Diese Vorschrift eröffnet der Ausländerbehörde ein Ermessen, wenn entweder die Voraussetzungen eines

Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Keiner dieser beiden Tatbestände ist hier erfüllt.

Die erste Alternative liegt deshalb nicht vor, weil die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG im Ermessen der Ausländerbehörde steht und eine Ermessensreduzierung auf Null nicht glaubhaft gemacht ist.

Ebenso wenig kann festgestellt werden, dass die Antragstellerin den Ausnahmetatbestand des § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. AufenthG erfüllt. Sie beruft sich nicht darauf, dass für sie persönlich die mit einer Ausreise in die Türkei zum Einholen des erforderlichen Visums verbundenen Erschwernisse unzumutbar seien. Vielmehr macht sie geltend, dass ihre Schwester auf ihre Hilfe wegen der Betreuungsbedürftigkeit ihrer beiden minderjährigen Kinder dringend angewiesen sei. Der geschiedene Ehemann ihrer Schwester und Vater der gemeinsamen Kinder lebe von ihnen getrennt und sei aufgrund seiner Alkoholabhängigkeit zu einer verantwortungsbewussten Betreuung der Kinder nicht in der Lage. Eine Fremdbetreuung der Kinder, organisiert von der Stadt Hannover, sei im November 2009 beendet worden, weil dafür zu hohe Kosten entstanden seien. Sie habe deshalb bei der Stadt Hannover noch Schulden von über 3.000,- Euro. Zwar besuchten ihre Kinder inzwischen den Kindergarten bzw. die Grundschule und einen Hort, doch seien diese Institutionen wochentags lediglich bis 17.00 Uhr bzw. am Freitag bis 16.00 Uhr geöffnet. Ihre Schwester sei aber vollzeitbeschäftigt und zwar von 10.00 bis 19.00 Uhr montags bis freitags und von 10.00 bis 18.00 Uhr samstags. Ihr Arbeitgeber habe ihr mitgeteilt, dass eine Veränderung ihrer Arbeitszeiten nicht möglich sei. Aus diesen Gründen habe sich die Antragstellerin bereit erklärt, für drei Jahre auf die Kinder aufzupassen. Würde sie nicht als Betreuungsperson zur Verfügung stehen, müsste ihre Schwester die Arbeitsstelle aufgeben und sich auf eine geringfügige Beschäftigung beschränken mit der Folge, dass sie dann auf zusätzliche Leistungen nach dem SGB II angewiesen wäre.

Es kann dahinstehen, ob diese Gesichtspunkte besondere Umstände des Einzelfalls im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG darstellen. Denn es liegen jedenfalls keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vor, dass - die beiden Ausnahmemerkmale in § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG müssen kumulativ vorliegen (vgl. Hailbronner, a.a.O., § 5 AufenthG Rn. 66; a.A. Bäuerle, in: GK-AufenthG, § 5 Rn. 169, wonach es sich um ein einheitliches Tatbestandsmerkmal handelt) - es der Antragstellerin unzumutbar ist, deswegen das Bundesgebiet vorübergehend zur Nachholung des Visumverfahrens zu verlassen. Für die Zumutbarkeitsprüfung ist eine Güterabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit anzustellen. Dabei ist das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumverfahrens mit den persönlichen und familiären Belangen des Ausländers abzuwägen, wobei auch die Grundrechte zu beachten sind. Für das öffentliche Interesse streitet insbesondere die Erwägung, dass das Visumverfahren ein wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung ist (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 70), von dem nur ausnahmsweise abgewichen werden soll. Auch aus generalpräventiven Gründen ist es gerechtfertigt

tigt, dem Eindruck bei anderen Ausländern entgegenzuwirken, man könne durch die Einreise mit einem Schengen-Visum, das zu einem anderen Aufenthaltszweck erteilt worden ist, vollendete Tatsachen schaffen (vgl. Senatsbeschl. v. 27.7.2009, a.a.O.; 13. Sen. d. erkennenden Gerichts, Beschl. v. 28.8.2008 - 13 ME 131/08 -, juris; Hailbronner, a.a.O., § 5 AufenthG Rn. 67; Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht, 2008, S. 132). Demgegenüber ist selbst die zeitweilige Trennung von Eheleuten oder eines Elternteils von minderjährigen Kindern vor dem Hintergrund von Art. 6 GG grundsätzlich zumutbar (vgl. Bäuerle, a.a.O., § 5 Rn. 17 m. Nachw. a. d. Rspr.). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die sich aus Art. 6 GG ergebenden Schutzwirkungen schon deshalb geringer zu bewerten sind, weil es um weiter entfernte Verwandte, nämlich um den Nachzug einer erwachsenen Ausländerin zur Betreuung ihrer Neffen geht. Wie der besondere Ausnahmeharakter des § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG deutlich macht, ist für diesen Personenkreis eine Aufenthaltserlaubnis nur zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte und nach Ermessen vorgesehen. Die Betreuungsbedürftigkeit von minderjährigen Kindern im Bundesgebiet vermag aber in der Regel keine außergewöhnliche Härte im Sinne von § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, die einen Zuzug sonstiger Familienangehöriger zur Übernahme der Betreuung rechtfertigen könnte, zu begründen (vgl. Bay.VGH, Beschl. v. 22.11.2006 - 24 C 06.2269 -, juris; Hailbronner, a.a.O., § 36 Rn. 32; Huber, Aufenthaltsgesetz, Kommentar, § 36 Rn. 7; Storr u.a., Kommentar zum Zuwanderungsrecht, 2. Aufl., § 36 AufenthG, Rn. 15). Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern die Kinderbetreuung nicht übernehmen können, weil sie beispielsweise beide (ganztätig) erwerbstätig sind (vgl. Hailbronner, a.a.O., § 36 AufenthG Rn. 32; Dienelt, a.a.O., § 36 AufenthG Rn. 30; Huber, a.a.O., § 36 AufenthG Rn. 7). Eine außergewöhnliche Härte kann in derartigen Fällen allerdings angenommen werden, wenn ein Elternteil nicht mehr zur Kinderbetreuung in der Lage ist (vgl. Hailbronner, a.a.O. und auch Nr. 36.2.2.7 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG des BMI v. 26.10.2009). So könnte es sich hier verhalten, da die Antragstellerin - ohne dies bisher näher zu belegen - geltend macht, dass ihr geschiedener Ehemann aufgrund seiner Alkoholabhängigkeit für die Betreuung der gemeinsamen Kinder nicht in Frage komme. Allerdings ist weiter zu prüfen, ob der Zuzug der Antragstellerin zur Kinderbetreuung wirklich zwingend erforderlich ist oder ob ihre Schwester nicht auf andere Lösungsmöglichkeiten - etwa Einschränkung ihrer Berufstätigkeit oder stundenweise Beschäftigung einer anderen Betreuungsperson - zu verweisen ist. Denn die damit verbundenen wirtschaftlichen Einbußen vermögen grundsätzlich noch keine außergewöhnliche Härte zu begründen (vgl. Hailbronner, a.a.O., § 36 AufenthG Rn. 32 und Huber, a.a.O., § 36 AufenthG Rn. 7). Es ist auch derzeit nichts dafür erkennbar, dass die Schwester der Antragstellerin und deren Kinder sich in einer Situation befinden, die eine vorübergehende Trennung von der Antragstellerin als nicht hinnehmbar erscheinen lassen könnten. Die Schwester der Antragstellerin konnte nicht darauf vertrauen, dass die Antragstellerin für einen längeren Zeitraum zur Kinderbetreuung zur Verfügung stehen würde. Es kann deshalb von ihr verlangt werden, für eine anderweitige Betreuung ihrer Kinder während des Visumverfahrens der Antragstellerin zu sorgen oder aber ihre eigenen Arbeitszeiten entsprechend zu reduzieren.

Aus alledem ergibt sich, dass jedenfalls auf die Nachholung des Visumverfahrens nicht verzichtet werden kann. In jenem Verfahren sind dann im einzelnen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu prüfen. Falls keine familiäre Gemeinschaft der Antragstellerin mit ihrer Schwester und den Neffen beabsichtigt ist, sondern lediglich die Kinderbetreuung, würde zwar § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG als mögliche Rechtsgrundlage ausscheiden, es käme aber eine Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Abs. 1 Satz 3 AufenthG in Betracht (vgl. Dienelt, a.a.O., § 36 AufenthG Rn. 30). In diesem Zusammenhang ist auch zu klären, ob die Antragstellerin in der Lage sein wird, ihren Lebensunterhalt im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 AufenthG zu sichern. Bisher hat sie dazu lediglich vorgetragen, dass sie eine Witwenrente von 336,22 Euro monatlich beziehe und bei ihrer Schwester in B. kostenfrei wohnen könne.

Vorinstanz: VG Hannover, Beschluss vom 14.02.2011, Az. 13 B 560/11