

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

5 Bs 158/11
17 E 1436/11

5. Senat

Beschluss vom 26. Oktober 2011

Aufenthaltsgesetz (AufenthG)

§§ 5 Abs. 1 Nr. 2; § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1; § 5 Abs. 2 Satz 2; 14 Abs. 1 Nr. 2;
§§ 27 Abs. 3 Satz 2; 55 Abs. 2 Nr. 2; 56 Abs. 2 Satz 2

1. Die Regelerteilungsvoraussetzung des Nichtvorliegens von Ausweisungsgründen (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) wird im Fall der unerlaubten Einreise nicht von § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG als lex specialis verdrängt.
 2. Erfüllt ein minderjähriger Ausländer einen Ausweisungsgrund, der wegen des spezifischen Ausweisungsschutzes des § 56 Abs. 2 AufenthG eine Ausweisung nicht rechtfertigt, ist das nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG eingeräumte Ermessen, bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Familiennachzugs vom Vorliegen des Ausweisungsgrundes abzusehen, auf Null reduziert.
 3. Es spricht einiges dafür, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Sinn von § 5 Abs. 2 Satz 2, 1. Alternative AufenthG jedenfalls dann auch bei einem Anspruch aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null erfüllt sind, wenn sich der Grund hierfür unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und nicht das Ergebnis einer Prüfung und Bewertung der Besonderheiten des Einzelfalls ist.
-



Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

5 Bs 158/11
17 E 1436/11

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 5. Senat, durch die Richter
Prof. Dr. Ramsauer, Probst und Engelhardt am 26. Oktober 2011 beschlossen:
-/Fo.

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 29. Juli 2011 wird zurückgewiesen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

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

Gründe

I.

Der Antragsteller, ein ghanaischer Staatsangehöriger, begehrt einstweiligen Rechtsschutz hinsichtlich der Ablehnung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Der am 1993 geborene Antragsteller kam im Oktober 2010 nach Deutschland und beantragte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. In Hamburg leben außer (Halb-) Geschwistern seine Mutter, die (wohl im Jahr 2010) durch Einbürgerung die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat, sowie sein Vater, der eine Niederlassungserlaubnis besitzt; die nicht miteinander verheirateten Eltern leben nicht zusammen. Bei der Einreise war der Antragsteller nicht im Besitz eines Visums zur Familienzusammenführung. Nach seiner Darstellung hatte die deutsche Botschaft in Accra/Ghana die Entgegennahme seines Anfang 1999 gestellten Visumsantrags verweigert, weil zunächst bestimmte Formalitäten moniert worden seien und er schließlich als zu alt erachtet worden sei.

Das Einwohner-Zentralamt der Antragsgegnerin lehnte den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit Bescheid vom 14. Februar 2011 ab und drohte für den Fall der nicht rechtzeitigen Ausreise die Abschiebung nach Ghana an. Zwar komme die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG in Betracht, doch erfülle der Antragsteller hierfür nicht die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen. Mit

seiner Einreise ohne das erforderliche Visum habe er einen Ausweisungsgrund verwirklicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Von der Einhaltung der außerdem gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG grundsätzlich bestehenden Visumpflicht könne in seinem Fall nicht abgesehen werden, da die Nachholung des Visumverfahrens zumutbar sei. Auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen komme nicht in Betracht.

Den hiergegen gerichteten Widerspruch wies das Einwohner-Zentralamt der Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 13. Mai 2011 zurück. Da der Antragsteller nunmehr volljährig sei, könne ihm eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht mehr erteilt werden. Eine andere Entscheidung hätte aber auch vor Eintritt der Volljährigkeit nicht getroffen werden können. Denn er habe mit seiner Einreise ohne erforderliches Visum einen Ausweisungsgrund gesetzt. Der Visumverstoß sei dem Antragsteller durchaus entgegenzuhalten. Es liege nach dem Gesamtsachverhalt nahe, dass er in Wirklichkeit gar nicht versucht habe, einen Visumantrag zu stellen. Auch sei nicht ersichtlich, dass ihm zu der Zeit, als er noch minderjährig gewesen sei, die Durchführung eines Visumverfahrens unzumutbar gewesen sei. Eine Aufenthaltserlaubnis könne auch nicht nach anderen Vorschriften erteilt werden, weil deren Voraussetzungen nicht vorlägen.

Der Antragsteller hat am 27. Mai 2011 Klage mit dem Ziel erhoben, die Antragsgegnerin zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu verpflichten (Verfahren 11 K 1199/11); hierüber ist noch nicht entschieden.

Auf den am 24. Juni 2011 gestellten vorläufigen Rechtsschutzantrag hat das Verwaltungsgericht Hamburg mit Beschluss vom 29. Juli 2011 die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, bis zur Entscheidung über die anhängige Klage von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegenüber dem Antragsteller abzusehen. Es sei überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragsteller in der Hauptsache jedenfalls die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur erneuten Bescheidung seines Aufenthaltserlaubnis-Antrags beanspruchen könne. Die Antragsgegnerin habe keine Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG getroffen, obwohl das Ermessen eröffnet gewesen sei. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin dürften

die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG erfüllt sein. Zwar sei der Antragsteller ohne das erforderliche Visum in die Bundesrepublik Deutschland eingereist und habe damit einen Straftatbestand erfüllt. Der damit verwirklichte Ausweisungsgrund sei aber keiner, der im Rahmen von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG beachtlich sei; diese Vorschrift werde durch § 5 Abs. 2 Satz 2, 1. Altern. AufenthG als speziellerer Regelung verdrängt, soweit es um den Ausweisungsgrund der illegalen Einreise nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG gehe. Der gegenteilige Standpunkt der Antragsgegnerin sei mit der Systematik von § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG nicht vereinbar und führe zu Ergebnissen, die mit Art. 6 GG nicht in Einklang stünden. Es könne außerdem prognostiziert werden, dass die Neubescheidung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zugunsten des Antragstellers erfolgen werde.

Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin, mit der sie die Ablehnung des einstweiligen Rechtsschutzantrags des Antragstellers begehrt.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerin hat im Ergebnis keinen Erfolg. Zwar zieht die Beschwerdebegründung eine tragende Erwägung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses mit Erfolg in Zweifel (1.), doch führt die deshalb vom Beschwerdegericht ohne die Beschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO durchzuführende Prüfung des Rechtsschutzbegehrens des Antragstellers zur Bestätigung der vom Verwaltungsgericht erlassenen einstweiligen Anordnung (2.).

1. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts beruht auf der Auffassung, die Antragsgegnerin habe die nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG erforderliche Ermessensentscheidung nicht getroffen. Die Voraussetzungen für die Eröffnung des Ermessens gemäß der 1. Alternative der Vorschrift seien gegeben. Dem Antragsteller könne der an sich vorliegende Ausweisungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht entgegengehalten werden, da diese Vorschrift für den Ausweisungsgrund der illegalen

Einreise nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG von § 5 Abs. 2 Satz 2, 1. Altern. AufenthG verdrängt werde und andere Ausweisungsgründe nicht ersichtlich seien.

Der Ansicht, § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG werde im Fall der unerlaubten Einreise von § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG verdrängt, tritt die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerdebegründung mit Erfolg entgegen. Zu Recht weist sie darauf hin, dass ein Verstoß gegen die Anforderungen, die in § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG genannt sind, nicht notwendigerweise auch einen Ausweisungsgrund darstellt. Nicht jede Einreise ohne das "erforderliche" Visum im Sinn von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ist auch schon eine unerlaubte Einreise im Sinn von § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Welches Visum im Sinn von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG erforderlich ist, bestimmt sich nach dem Aufenthaltszweck, der mit der beantragten Aufenthaltserlaubnis verfolgt wird. Wer mit einem Besuchsvisum einreist, obwohl er einen Daueraufenthalt (z.B. zum Zweck des Familiennachzugs) anstrebt, verstößt zwar gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, reist aber nicht unerlaubt im Sinn von § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ein (BVerwG, Urt. v. 11.1.2011, NVwZ 2011, 871, 874, Rn. 20 m.w.N.) und verwirklicht damit grundsätzlich auch keinen Ausweisungsgrund. Ein Verstoß gegen das Erfordernis des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG stellt nur bei entsprechender vorheriger Belehrung einen Ausweisungstatbestand dar (§ 55 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a AufenthG).

Für seine Auffassung kann sich das Verwaltungsgericht nicht auf die von ihm in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidungen des Hamburgischen Obergerichtes stützen. In den Fällen, die den Beschlüssen vom 7. Januar 2008 (4 Bs 278/07) und vom 27. September 2010 (2 Bs 183/10, juris) zugrunde lagen, waren die Antragsteller jeweils mit einem Schengen-Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt und damit nicht unerlaubt eingereist. Der Beschluss vom 20. Dezember 2006 (3 Bs 387/06) geht in Übereinstimmung mit Ziff. 1.6 der Weisung Nr. 1/2005 davon aus, dass in Fällen eines Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die "illegale" Einreise zwar einen Ausweisungsgrund darstelle, dieser aber nicht beachtlich sein solle und somit ein Ausnahmefall von der Regel des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliege. Das ist aber eine andere Argumentationslinie als die, die vom Verwaltungsgericht in seinem angefochtenen Beschluss vertreten wird. Entsprechendes gilt für den Hinweis des Verwaltungsgerichts

auf die Fachanweisung der Behörde für Inneres zum Ausländerrecht Nr. 1/2010, die im zitierten Abschnitt Anhaltspunkte dafür nennt, wann eine illegale Einreise im Wege der Beurteilung als Ausnahmefall als unbeachtlich angesehen werden kann.

Auch der Hinweis des Verwaltungsgerichts auf Art. 6 GG rechtfertigt die Position nicht. Die Auffassung, § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG werde hinsichtlich des Ausweisungsgrundes der unerlaubten Einreise nicht von § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG verdrängt, muss nämlich nicht zu Ergebnissen führen, die mit Art. 6 GG unvereinbar sind. Wenn ein Ausweisungsgrund nicht im Einzelfall bereits deshalb unbeachtlich ist, weil kein Regelfall im Sinn von § 5 Abs. 1 AufenthG vorliegt, kann gerade bei Familiennachzugsfällen gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abgesehen werden; außerdem besteht nach wie vor die Möglichkeit, bei Unzumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens von den Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG abzusehen (§ 5 Abs. 2 Satz 2, 2. Altern. AufenthG).

2. Somit hat das Beschwerdegericht ohne Bindung an die Darlegungen in der Beschwerdebegründung eigenständig über das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers zu befinden. Diese Prüfung ergibt, dass das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin im Ergebnis zu Recht im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet hat, bis zur Entscheidung über die Hauptsacheklage von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegenüber dem Antragsteller abzusehen.

2.1. Richtige Rechtsschutzform ist hier ein Antrag gemäß § 123 VwGO, da die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht des Antragstellers nicht erst infolge der Ablehnung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG) entstand; nur in diesem Fall könnte ein Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht suspendieren. Sie ist vielmehr bereits durch die unerlaubte Einreise entstanden (§ 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. § 14 Abs. 1 AufenthG); hieran würde die etwaige Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis nichts ändern können (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 30.6.2008, 5 Bs 86/08, juris, Rn. 7). Der Antragsteller hat zwar angegeben, die Person, die ihn nach Deutschland gebracht habe, habe von einem italienischen Visum

gesprochen. Abgesehen davon, dass hierfür ein Nachweis fehlt, dürfte dieses Visum schon nicht für den Antragsteller unter seinen Personalien ausgestellt worden sein. Jedenfalls befindet sich in dem beim Einwohner-Zentralamt hinterlegten Pass des Antragstellers kein Visum, so dass nicht von einer erlaubten Einreise im Sinn von § 14 Abs. 1 AufenthG ausgegangen werden kann.

2.2. Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung besteht ein Anordnungsgrund. Die Antragsgegnerin hat nicht zu erkennen gegeben, bis zur Entscheidung der Hauptsacheklage auf aufenthaltsbeendende Maßnahmen verzichten zu wollen, sondern hat durch ihr Verhalten (Aussetzung der Vollziehung des Bescheids vom 14. Februar 2011 nur bis zur Entscheidung über den Widerspruch; Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts) zu erkennen gegeben, dass sie eine baldige, ggf. zwangsweise Beendigung des Aufenthalts des Antragstellers anstrebt. Da der gültige ghanaische Pass des Antragstellers bei der Antragsgegnerin hinterlegt ist, stünden einer etwaigen Abschiebung keine besonderen Hindernisse entgegen.

2.3. Dem Antragsteller steht auch ein Anordnungsanspruch zur Seite. Zwar werden einige Fragen, die sich bei der Prüfung des Begehrens des Antragstellers stellen, abschließend erst im Hauptsacheverfahren zu beantworten sein; das einstweilige Rechtsschutzverfahren hat nicht die Aufgabe, tiefergehende Sachverhaltsaufklärung zu betreiben und rechtliche Grundsatzfragen zu klären. Doch spricht viel dafür, dass der Antragsteller im Hauptsacheverfahren jedenfalls eine Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erlangen kann, wobei seine Interessen zu berücksichtigen sein werden. Angesichts dessen ist ihm eine Ausreise vor Klärung seines Anspruchs im Hauptsacheverfahren nicht zuzumuten. Die von der Antragsgegnerin vertretenen öffentlichen Interessen werden dadurch nicht nachhaltig beeinträchtigt, zumal der Antragsteller (bisher) keine Sozialleistungen in Anspruch nimmt.

a) Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG liegen vor. Die Mutter des Antragstellers – die Mutterschaft ist durch das Abstammungsgutachten des Universitätsklinikums Hamburg-Eppendorf vom 19. Januar 2011 erwiesen – ist durch

Einbürgerung, die jedenfalls vor dem 28. September 2010 (Ausstellungsdatum ihres deutschen Reisepasses) erfolgte, Deutsche geworden. Der Antragsteller war noch minderjährig, als er Ende Oktober 2010 seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stellte. Auf diesen Zeitpunkt ist hinsichtlich der Einhaltung der Altersgrenze (hier der Frage der Minderjährigkeit) abzustellen (BVerwG, Urt. v. 26.8.2008, NVwZ 2009, 248, 249, Rn. 17 m.w.N.). Da der Antragsteller seit seiner Einreise bei seiner Mutter wohnt, bestehen auch keine Zweifel an einer familiären Lebensgemeinschaft (§ 27 Abs. 1 AufenthG).

b) Mit seiner unerlaubten Einreise hat der Antragsteller in nicht nur geringfügiger Weise gegen Rechtsvorschriften (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1, § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) verstoßen und damit einen Ausweisungsgrund im Sinn von § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verwirklicht. Bei der Prüfung der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG reicht das Vorliegen eines abstrakten Ausweisungstatbestands aus, ohne dass es darauf ankommt, ob der Ausländer, speziell im Hinblick auf einen besonderen Ausweisungsschutz, rechtsfehlerfrei ausgewiesen werden könnte (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.7.2002, NVwZ 2003, 217, 219).

aa) Allerdings kommt im Fall des Antragstellers ernsthaft in Betracht, dass der Ausweisungsgrund der unerlaubten Einreise – der von der Antragsgegnerin in der Beschwerdebeurteilung des weiteren angeführte § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG liegt eher fern – der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegensteht, da insoweit viel für das Vorliegen eines Ausnahmefalles spricht. Der Antragsteller hat den Rechtsverstoß als Minderjähriger begangen. Gemäß § 56 Abs. 2 Satz 2 AufenthG hätte dieser Rechtsverstoß eine Ausweisung des minderjährigen Antragstellers nicht gerechtfertigt, da sich die Eltern des Antragstellers rechtmäßig in Deutschland aufhalten: der Vater besitzt eine Niederlassungserlaubnis, die Mutter ist sogar Deutsche. Auf den aufenthaltsrechtlichen Status des Minderjährigen kommt es dabei nicht an; der Schutz gilt selbst im Fall eines unerlaubten Aufenthaltes (Nr. 56.2.2.2 der AllgVwV-AufenthG; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Sept. 2011, § 56 AufenthG Rn. 62). Es spricht viel dafür, dass auch hinsichtlich der Wertung des § 56 Abs. 2 Satz 2 AufenthG in Anknüpfung an die unter a) dargestellte Rechtslage auf den Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf

Erteilung der Aufenthaltserlaubnis abzustellen ist (vgl. zur Berücksichtigung der gesetzgeberischen Wertung zum Schutz von Minderjährigen im Rahmen der Prüfung einer Atypik im Sinn von § 5 Abs. 1 AufenthG auch Huber/Goebel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 74).

Im Hinblick auf die Einbürgerung der Mutter finden die in § 32 AufenthG enthaltenen, an die Vollendung des 16. Lebensjahres bzw. an die Rechtsstellung der Eltern anknüpfenden differenzierten Regelungen für den Nachzug minderjähriger Kinder keine Anwendung, so dass dem Antragsteller deren Umgehung nicht vorgeworfen werden kann. Hinzukommt, dass gemäß Nr. 5.1.2.2 der AllgVwV-AufenthG ein Ausweisungsgrund nur beachtlich ist, wenn dadurch aktuell eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder sonstiger erheblicher Interessen der Bundesrepublik Deutschland im Sinn von §§ 53, 54 und 55 AufenthG zu befürchten ist. In der bisher nicht geänderten Fachanweisung der Behörde für Inneres zum Ausländerrecht Nr. 1/2010 ist unter A.III.2 unter Bezugnahme hierauf ausgeführt, dass in den Fällen des Familiennachzugs die vorsätzlich illegale Einreise des Nachziehenden unbeachtlich sei, da mit der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen eine weitere Beeinträchtigung erheblicher staatlicher Interessen dieser Art ausgeschlossen sei (vgl. hierzu auch OVG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2006, 3 Bs 387/06). Gerade weil – worauf die Antragsgegnerin hinweist – die Frage, ob ein Ausnahmefall vorliegt, gerichtlich voll überprüfbar ist, spielt es keine entscheidende Rolle, ob diese Passage bei der Überarbeitung der Fachanweisung gestrichen werden soll.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich der Antragsteller allem Anschein nach bereits vor Vollendung seines 16. Lebensjahres ernsthaft um die Erteilung eines Visums zur Familienzusammenführung bemüht hat. Zwar fällt insoweit auf, dass der Antragsteller Nachweise für eine solche Antragstellung (bzw. den Versuch hierzu) im Verlauf des Verfahrens recht gestaffelt vorgelegt hat, doch spricht jedenfalls die dem Schriftsatz vom 15. Juli 2011 beigefügte e-mail seiner Bevollmächtigten vom 18. Mai 2009 an die deutsche Botschaft in Accra/Ghana sehr stark für die Richtigkeit des Vortrags sowie dafür, dass es damals zu nicht leicht verständlichen Problemen gekommen war. Immerhin sind die Mitte 1994 geborenen Halbgeschwister des Antragstellers mit Visa zur

Familienzusammenführung Anfang 2010 nach Deutschland gekommen. Falls erforderlich, besteht im Hauptsacheverfahren die Gelegenheit, die Umstände der gescheiterten Visumbeantragung in Ghana näher zu untersuchen.

bb) Falls der Ausweisungsgrund nicht bereits wegen eines Ausnahmefalls unbeachtlich bleibt, wird die Antragsgegnerin gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG hiervon abzusehen haben. Bei der Betätigung des nach dieser Vorschrift eröffneten Ermessens ist die in § 56 Abs. 2 Satz 2 AufenthG getroffene gesetzgeberische Entscheidung zugunsten des besonderen Schutzes Minderjähriger zu berücksichtigen. Demnach darf bei Minderjährigen – maßgeblich ist hier insoweit wiederum der Zeitpunkt der Antragstellung für die Aufenthaltserlaubnis – nur in Fällen, die ähnlich schwer wiegen wie die in § 53 AufenthG genannten Ausweisungsgründe, ermessensfehlerfrei von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht abgesehen werden. Der vom Antragsteller begangene Rechtsverstoß ist hiervon indes weit entfernt. In solchen weniger schwer wiegenden Fällen ist das nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG eröffnete Ermessen auf Null reduziert mit der Folge, dass vom Ausweisungsgrund der unerlaubten Einreise abzusehen ist (BVerwG, Urt. v. 16.7.2002, NVwZ 2003, 217, 219 f.).

c) Der Umstand, dass der Antragsteller die Voraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht erfüllt, weil er ohne Visum nach Deutschland eingereist ist, steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht ausnahmslos entgegen. Von der Einhaltung des Visumzwangs kann unter den – alternativen – Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden. Im Fall des Antragstellers kommen beide Alternativen ernsthaft in Betracht.

aa) Nach der 1. Alternative kann vom Erfordernis der Einreise mit Visum im Ermessenswege abgesehen werden, "wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind". Dies ist dann ohne weiteres der Fall, wenn hinsichtlich des Ausweisungsgrundes der unerlaubten Einreise von einem atypischen Fall ausgegangen wird.

Liegt hingegen insoweit ein Regelfall nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor, führt nur das Absehen vom Ausweisungsgrund gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG im Wege einer Ermessensreduzierung auf Null (siehe oben unter b) bb)) zu einem Erteilungsanspruch. Ob ein Anspruch aufgrund Ermessensreduzierung auf Null ausreicht, um die "Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung" einer Aufenthaltserlaubnis als erfüllt anzusehen, ist strittig. Die überwiegende Auffassung (vgl. Hailbronner, a.a.O., § 5 AufenthG Rn. 71 m.w.N.) verlangt einen unmittelbaren gesetzlichen Anspruch. Die Gegenauffassung (Bäuerle in: GK-AufenthG, Stand September 2011, II - § 5 AufenthG Rn. 163 ff., Jakober in: Jakober/Welte, AktAR, Stand August 2011, 1.0.1 § 5 AufenthG Rn. 127) lässt mit beachtlichen Argumenten einen Anspruch aufgrund Ermessensreduzierung auf Null ausreichen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat soweit ersichtlich noch nicht entschieden, wie speziell § 5 Abs. 2 Satz 2, 1. Altern. AufenthG auszulegen sei. Allerdings hat es zu § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG (Urt. v. 16.12.2008, BVerwGE 132, 382, 387 ff., Rn. 20 ff.) und zu § 39 Nr. 3 AufenthV (Urt. v. 16.11.2010, NVwZ, 2011, 495, 498, Rn. 24) entschieden, dass unter einem "Anspruch" im Sinne der genannten Vorschriften "ebenso wie bei vergleichbaren Formulierungen im Aufenthaltsgesetz" grundsätzlich (dieses Wort findet sich nur im Urteil vom 16.11.2010, a.a.O.) nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen sei. Ein solcher liege nur vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben habe (Urt. v. 16.11.2010, a.a.O.).

Hiergegen lässt sich allerdings einwenden, dass auch bei der Ermessensreduzierung auf Null ein Ermessen im eigentlichen Sinn nicht mehr auszuüben ist. Dem weiteren Argument des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 16.12.2008, a.a.O., Rn. 22), die Fälle, in denen ein Ausländer die Reduzierung des an sich eröffneten Ermessens geltend mache, zeichneten sich durch einen erhöhten administrativen und gerichtlichen Prüfungsaufwand aus, lässt sich bei einer Fallgestaltung wie der vorliegenden entgegenhalten, dass sich der Grund für die Reduzierung des Ermessens auf Null unmittelbar aus dem Gesetz (§ 56 Abs. 2 Satz 2 AufenthG) ergibt (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.7.2002, NVwZ 2003, 207, 219 f.) und – anders als etwa bei der Frage nach dem

Bestehen einer schützenswerten familiären Lebensgemeinschaft oder der Notwendigkeit einer ununterbrochenen Betreuung bestimmter Personen – keinen wesentlichen Ermittlungs- oder Subsumtionsaufwand erfordert. Mindestens ebenso groß dürfte im übrigen der Prüfungsaufwand sein, ob ein Ausweisungsgrund wegen eines atypischen Sachverhalts unbeachtlich ist.

Für das einstweilige Rechtsschutzverfahren, das nicht der grundsätzlichen Klärung von Rechtsfragen dient, kann dies dahinstehen, da die 1. Alternative des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nach den obigen Ausführungen zumindest ernsthaft in Betracht kommt und im übrigen auch die 2. Alternative einschlägig sein dürfte.

bb) Sollte nicht bereits ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vorliegen, kann vom Erfordernis der Einreise mit Visum dann abgesehen werden, wenn es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Ob die Auffassung der Antragsgegnerin zutrifft, die Vorschrift habe (ungeschrieben) zur Voraussetzung, dass die Durchführung eines Visumverfahrens überhaupt möglich sein müsse, andernfalls komme sie gar nicht zur Anwendung, erscheint problematisch. Ein solcher Fall legt eher einen "erst-recht-Schluss" nahe. Wenn die Antragsgegnerin befürchtet, es könne sich sonst jeder unerlaubt eingereiste Ausländer darauf berufen, die Durchführung eines Visumverfahrens sei unzumutbar, weil er kein Visum bekommen würde, berücksichtigt sie nicht hinreichend, dass zunächst einmal die besonderen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zumindest nach Ermessen nach Kapitel 2, Abschnitte 3 ff. des Aufenthaltsgesetzes vorliegen müssen. Wenn schon dies nicht der Fall ist, kommt es auf § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nicht mehr an.

Im Fall der Ausreise würde der Antragsteller den rechtlichen Vorteil verlieren, dass es für seinen im Streit befindlichen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hinsichtlich seines Alters auf den Zeitpunkt der Antragstellung ankommt; damals war er noch minderjährig. Wenn er jetzt zur Nachholung des Visumverfahrens ausreist, kommt ihm dies nicht mehr zugute. Dann könnte er sich für Familienzusammenführungszwecke nur noch auf § 36 Abs. 2 AufenthG berufen, für dessen Voraussetzungen (außergewöhnliche

Härte) nichts ersichtlich ist. Ein Visum zum Zweck der Familienzusammenführung erscheint vor diesem Hintergrund als ausgeschlossen. Darauf, ob es dem Antragsteller vor der damaligen Ausreise zumutbar gewesen wäre, ein Visumverfahren durchzuführen, kommt es nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nicht an; er stellt darauf ab, ob die Nachholung des Visumverfahrens zumutbar ist.

Auf die vage Chance, ein Visum zum Zwecke des Schulbesuchs (§ 16 Abs. 5 Satz 1 AufenthG) zu erhalten, wird man den Antragsteller trotz seiner wohl recht guten Deutschkenntnisse und der innerhalb kurzer Zeit erreichten schulischen Leistungen nicht verweisen können, da die (Ermessens-)Vorschrift ausdrücklich nur "in Ausnahmefällen" zur Anwendung kommt.

d) Spricht somit viel dafür, dass die Voraussetzungen für eine Ermessensentscheidung über den Aufenthaltserlaubnis-Antrag vorliegen, dürfte die Klage zumindest mit dem Begehren auf Neubescheidung des Antrags Erfolg haben. Ein Nachschieben von Ermessenserwägungen im Hauptsacheverfahren scheitert hier an § 114 Satz 2 VwGO, der nur eine Ergänzung der Ermessenserwägungen, nicht aber eine erstmalige Ausübung des Ermessens ermöglicht.

Unstreitig enthält der Widerspruchsbescheid keine Ermessenserwägungen. Ob ein Ermessenserwägungen enthaltender Ausgangsbescheid außer Betracht zu bleiben hat, wenn der Widerspruchsbescheid solche Erwägungen deshalb nicht enthält, weil dort bereits die Voraussetzungen für eine Ermessensbetätigung verneint werden, muss hier nicht entschieden werden. Denn auch der Bescheid vom 14. Februar 2011 enthält bei genauer Betrachtung keine Ermessenserwägungen. Mit dem Hinweis auf den Ausweisungsgrund der unerlaubten Einreise verneint der Bescheid konkludent die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Sinn der 1. Alternative des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. Im weiteren Verlauf der Bescheidsbegründung (Seite 2 unten) wird neben allgemeinen Ausführungen zu § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG die Unzumutbarkeit, das Visumverfahren nachzuholen, verneint. Damit werden aber genau die Tatbestandsvoraussetzungen verneint, die im Fall der Bejahung erst das Ermessen eröffnen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 und 2 GKG.

Da die Antragsgegnerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen hat, bedarf es keiner Entscheidung über den Antrag des Antragstellers, ihm für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen und Frau Rechtsanwältin ... beizuordnen.

Ramsauer

Probst

Engelhardt