



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

4 Bf 19/13  
11 K 1667/12

### Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

Verkündet am  
10. April 2014

- Kläger -

Stein  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

Prozessbevollmächtigte:  
Berendsohn  
Rechtsanwälte in Partnerschaft,  
Friedensallee 118 b,  
22763 Hamburg,  
Az: 22282-11 bs,

**g e g e n**

Freie und Hansestadt Hamburg,  
vertreten durch die Behörde für Inneres und Sport,  
- Einwohner-Zentralamt -,  
- Rechtsabteilung -,  
Amsinckstraße 28,  
20097 Hamburg,  
Az: E 222/030221300668,

- Beklagte -

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 4. Senat, durch den Richter Pradel,  
die Richterinnen Huusmann und Walter sowie die ehrenamtlichen Richter El Masri und  
Hardt für Recht erkannt:

St/-

- 2 -

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 24. Januar 2013 geändert.

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheids vom 1. September 2011 und des Widerspruchsbescheids vom 21. Juni 2012 verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des gesamten Verfahrens tragen die Beteiligten je zur Hälfte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

---

#### Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt oder durch eine der in § 3 RDGEG bezeichneten Personen innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, schriftlich Revision eingelegt werden. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich durch die in § 67 Abs. 4 Satz 4 VwGO genannten Beschäftigten mit Befähigung zum Richteramt oder als Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen. In Rechtssachen im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Rechtssachen, die im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5, 7 VwGO bezeichneten Organisationen bzw. juristischen Personen als Bevollmächtigte zugelassen. Sie müssen durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht in Leipzig schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesfinanzhof

- 3 -

(BGBl. I 2004, S. 3091) eingelegt wird. Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen (§§ 139 Abs. 1, 67 Abs. 4 VwGO).

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils durch einen Vertreter, wie in Absatz 1 angegeben, zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder elektronisch nach Maßgabe der oben bezeichneten Verordnung einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben (§ 139 Abs. 3 VwGO).

---

### Tatbestand

Der Kläger begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Zusammenlebens mit seiner deutschen Ehefrau.

Der am [REDACTED]/Türkei geborene Kläger ist türkischer Staatsangehöriger. Im Dezember 2002 wurde er während seines illegalen Aufenthalts in Hamburg vorläufig festgenommen und mit Bescheid vom 20. Februar 2003 wegen illegalen Aufenthalts ausgewiesen. Der Bescheid wurde öffentlich zugestellt.

Am 14. April 2011 beantragte der Kläger die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung und eine Duldung, um seine Verlobte, die deutsche Staatsangehörige [REDACTED] heiraten zu können. Er teilte mit, er sei am 6. März 2010 mit Hilfe eines Schleppers auf dem Landweg in die Bundesrepublik eingereist und habe hier Arbeit gesucht. Im Mai 2010 habe er seine Verlobte kennengelernt, bei der er seit September 2010 wohne. Wehrdienst habe er in der Türkei noch nicht geleistet. Die Beklagte erteilte dem Kläger am 18. April 2011 eine Duldung, die fortwährend verlängert wurde. Gegen die Ausweisung erhob der Kläger Widerspruch und machte u.a. geltend, sie sei nicht ordnungsgemäß zugestellt worden.

Am 19. August 2011 heiratete der Kläger seine Verlobte.

Durch Urteil des Amtsgerichts Hamburg vom 11. August 2011 wurde der Kläger wegen illegaler Einreise in Tateinheit mit illegalem Aufenthalt zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen verurteilt.

- 4 -

- 4 -

Mit Bescheid vom 1. September 2011 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG oder § 25 Abs. 5 AufenthG ab. Gegen den Bescheid erhob der Kläger am 28. September 2011 Widerspruch.

Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verpflichtete das Berufungsgericht mit Beschluss vom 9. Mai 2012 (4 Bs 15/12, juris) die Beklagte, die beabsichtigte Abschiebung des Klägers einstweilen auszusetzen. Mit Schreiben vom 14. Juni 2012 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie betrachte die Ausweisungsverfügung vom 20. Februar 2003 als obsolet und habe diese im Register gelöscht.

Mit Widerspruchsbescheid vom 21. Juni 2012 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Sie verwies u.a. darauf, nach der Aufhebung der Ausweisung vom 20. Februar 2003 sei die Sperrwirkung nach § 11 Abs. 1 AufenthG weggefallen. Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stehe aber entgegen, dass es an den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG fehle. Es liege ein Ausweisungsgrund i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor, weil das Verhalten des Klägers den Tatbestand des § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfülle. Das Vorliegen eines abstrakten Ausweisungsgrundes sei ausreichend. Eine Ausnahme von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG liege nicht vor. Der Sachverhalt unterscheide sich nicht von demjenigen anderer Ausländer, die mit deutschen Staatsangehörigen die Ehe geschlossen hätten. Der Umstand, dass es familiäre Bindungen gebe, sei allein im Rahmen der Ermessensausübung nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zu berücksichtigen. Dabei übe sie, die Beklagte, das Ermessen zu Ungunsten des Klägers aus. Das öffentliche Interesse an einem geregelten Visumverfahren und damit an der staatlichen Steuerung der Zuwanderung überwiege das Interesse des Klägers an der sofortigen Aufnahme bzw. Fortführung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Der Kläger sei nicht mit dem erforderlichen Visum im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG eingereist. Dem Kläger könne die Aufenthaltserlaubnis auch nicht visumfrei nach § 39 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV) erteilt werden. Die Voraussetzungen für ein Absehen von der Erfüllung der Visumpflicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG seien nicht erfüllt. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bestehe nicht. Die Pflicht, das Bundesgebiet vorübergehend zu verlassen, um das Visumverfahren nachzuholen, sei für den Kläger zumutbar und verstoße nicht gegen seine Rechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG oder Art. 8 Abs. 1 EMRK. Somit sei das Ermes-

- 5 -

- 5 -

sen nicht eröffnet. Eine Ausnahme von der Durchführung des Visumverfahrens im Fall des Ehegattennachzugs komme im Ergebnis nur nach § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG und nur in den auf Seite 19 ff. der Fachanweisung der Behörde für Inneres und Sport zum Ausländerrecht Nr. 1/2012 aufgeführten Fällen in Betracht. Diese Voraussetzungen seien nicht erfüllt. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG lägen ebenfalls nicht vor.

Der Kläger hat am 29. Juni 2012 Klage erhoben und u.a. geltend gemacht: Ihm stehe ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zu. Zwar liege die negative Regelerteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor, es sei jedoch ein Ausnahmefall anzunehmen, weil er besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 AufenthG genieße. Von der Durchführung des Visumverfahrens hätte die Beklagte absehen müssen. Die Beklagte habe das ihr nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG zustehende Ermessen nicht ausgeübt. Dieses Ermessen sei auf Grund ihrer Fachanweisung Nr. 1/2012 gebunden, soweit darin ausgeführt werde, dass in Fällen des Rechtsanspruchs aus familiären Gründen das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung des Visumverfahrens regelmäßig hinter dem durch Art. 6 GG, Art. 8 EMRK gebotenen Schutz von Ehe und Familie zurücktrete.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 1. September 2011 und des Widerspruchsbescheides vom 21. Juni 2012 zu verpflichten, ihm eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, hilfsweise ihm eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zu erteilen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat sich zur Begründung auf die angefochtenen Bescheide bezogen.

- 6 -

- 6 -

Der Klage hat das Verwaltungsgericht Hamburg durch Urteil vom 24. Januar 2013 stattgegeben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 1. September 2011 und des Widerspruchsbescheides vom 21. Juni 2012 verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zu erteilen. Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt: Der Kläger habe einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, ohne vorher ausreisen und das Visumverfahren durchführen zu müssen. Er erfülle die Voraussetzungen der §§ 28 Abs. 1 Satz 1, Satz 5, 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG. Den Nachweis über deutsche Sprachkenntnisse habe er erbracht. Auch § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG stehe der Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen. Zwar liege ein Ausweisungsgrund vor, weil der Kläger unerlaubt in das Bundesgebiet eingereist sei und sich hier illegal aufgehalten habe. In seinem Fall liege jedoch kein Regelfall im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor, sondern ein Ausnahmefall. Der Kläger genieße als Ehegatte einer deutschen Staatsangehörigen nach § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG besonderen Ausweisungsschutz. Diese in § 56 AufenthG zum Ausdruck kommende Wertung sei bei § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zu berücksichtigen. Auch bestehe keine Wiederholungsgefahr. Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stehe auch § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht entgegen. Der Kläger erfülle wegen seiner illegalen Einreise zwar nicht die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Er könne einen Anspruch auch nicht auf § 39 Nr. 5 AufenthV stützen. Es sei aber das Ermessen für eine Entscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG eröffnet. Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis lägen vor. Das Ermessen der Beklagten sei zu Gunsten des Klägers auf Null reduziert. Es sei durch die Fachanweisung Nr. 1/2012, Seite 17 ff., 20 entsprechend gebunden.

Mit der vom Berufungsgericht mit Beschluss vom 17. April 2013 zugelassenen und am 7. Mai 2013 begründeten Berufung macht die Beklagte u.a. geltend: Zu Unrecht gehe das Verwaltungsgericht davon aus, dass der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis kein Ausweisungsgrund i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entgegenstehe. Der Kläger habe einen Ausweisungsgrund verwirklicht. Es komme nicht darauf an, ob er im konkreten Fall – etwa wegen besonderen Ausweisungsschutzes nach § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG – tatsächlich (nicht) ausgewiesen werden könne. Auch sei es unerheblich, ob die Gefahr der Begehung neuer Straftaten drohe. Es gehe hier nicht um die Durchsetzung der Auswei-

- 7 -

- 7 -

sung und ein längeres Fernhalten des Klägers, sondern nur um die Einhaltung des Visumverfahrens, das üblicherweise drei bis vier Monate dauere und an dessen Durchsetzung auch bei mit Deutschen verheirateten Ausländern ein öffentliches Interesse bestehe. Der aufgrund besonderer familiärer Bindungen im Bundesgebiet bestehende besondere Ausweisungsschutz sei allein im Rahmen der Ermessensausübung nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zu berücksichtigen, nicht aber bei der Prüfung eines Ausnahmefalls nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei die Ausnahmeregelung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nicht gegeben, weil ein gesetzlicher Anspruch nicht bestehe. Bei der illegalen Einreise träfen zwei Tatbestandsmerkmale zusammen: der Ausweisungsgrund nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG und der Visumverstoß nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG. Diese Rechtsgrundlagen dürften nicht vermischt werden. Ein gesetzlicher Anspruch im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG könne nie vorliegen, wenn ein Ausländer zur Eheschließung illegal eingereist sei und sich später dauerhaft hier aufhalten wolle. Ferner sei die Annahme des Verwaltungsgerichts falsch, das Ermessen nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG sei im Fall eines gesetzlichen Anspruchs aufgrund der früheren und der nunmehr geltenden Fachanweisung der Behörde für Inneres und Sport zum Ausländerrecht Nr. 1/2013 auf Null reduziert. Die Ausführungen auf Seite 22 der aktuellen Fachanweisung bezögen sich auf sonstige Fälle des Rechtsanspruchs aus familiären Gründen und ausdrücklich nicht auf Fälle des Ehegattennachzugs.

Für den Fall, dass das Berufungsgericht weiterhin von einem gesetzlichen Anspruch i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ausgehe und damit das nach dieser Vorschrift gegebene Ermessen als eröffnet ansehe, übe sie, die Beklagte, hilfsweise dieses Ermessen wie folgt aus: Sie habe zwischen dem Interesse des Klägers an der ununterbrochenen Führung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet und dem öffentlichen Interesse an der Durchführung des Visumverfahrens abzuwägen. Das private Interesse des Klägers ergebe sich u.a. daraus, dass ihm Kosten für Aus- und Wiedereinreise entstünden. Außerdem wären die Eheleute etwa drei bis vier Monate getrennt. Der Kläger habe aber die Situation selbst herbeigeführt, weil er - bereits zum zweiten Mal - bewusst unerlaubt eingereist sei. Er habe gezeigt, dass er die Einreisevorschriften nicht einhalten wolle und sogar in Kauf nehme, gegen Strafvorschriften zu verstoßen. Es bestehe ein öffentliches Interesse an dem geregelten Zuzug von Ausländern, die sich auf Dauer im Bundesgebiet niederlassen wollten. Dieses öffentliche Interesse umfasse auch die staatliche Pflicht, Schaden von den berechtigt im Bundesgebiet lebenden Personen möglichst abzuhalten. Dies erfordere die

- 8 -

- 8 -

Kontrolle der einreisewilligen Personen, die einen Daueraufenthalt im Bundesgebiet anstreben, vor ihrer Einreise. Das öffentliche Interesse an der Durchführung des Visumverfahrens entfalle auch dann nicht, wenn sich im konkreten Einzelfall herausstelle, dass der unerlaubt eingereiste Ausländer keine konkrete Gefahr darstelle oder sonst die öffentlichen Belange nicht beeinträchtige. Anderenfalls werde strafbares Verhalten prämiert. Die für den Kläger durch das Nachholen des Visumverfahrens entstehenden Nachteile seien gegenüber dem dargestellten öffentlichen Interesse von weitaus geringerer Bedeutung und stellten für ihn auch keine unzumutbare Belastung dar.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 24. Januar 2013 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er macht u.a. geltend, die Beklagte verkenne, dass § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG alle denkbaren Ausweisungsgründe betreffe, während nur § 5 Abs. 2 die Frage der unerlaubten Einreise und Ausnahmen hiervon regle. In jedem Einzelfall, in dem ein Ausweisungsgrund vorliege, müsse geprüft werden, ob ein Ausnahmefall gegeben sei. Bei dieser Prüfung sei es aber verfehlt, auf die Rechtsfolgen abzustellen, die sich aus der Feststellung eines Ausnahmefalls im Hinblick auf die Ausnahmemöglichkeiten des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ergäben. Die Beklagte sei zu Unrecht im Hinblick auf ihr Ziel, die Visumpflicht durchzusetzen, in Fällen wie dem vorliegenden generell der Ansicht, dass eine Ausnahme von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht angenommen werden könne. Gerade wenn diese Regelerteilungsvoraussetzung mit dem Grundrecht aus Art. 6 GG und mit Art. 8 EMRK nicht zu vereinbaren sei, müsse ein Ausnahmefall anerkannt werden.

Im Hinblick auf das der Beklagten nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG eingeräumte Ermessen bestehe eine Ermessensbindung aufgrund der nunmehr geltenden Fachanweisung Nr. 1/2013. Die in der Fachanweisung für den Fall des § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG beim Ehegattennachzug bindend festgelegten Ermessenserwägungen gälten auch für den Fall eines gesetzlichen Anspruchs nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. Auf-



- 9 -

enthG. Eine voraussichtlich lange Dauer der Trennung von Familienangehörigen aufgrund der Nachholung des Visumverfahrens rechtfertige einen ausnahmsweisen Verzicht auf die Nachholung aus familiären Gründen. Eine solch lange Trennung sei wegen des 15-monatigen Wehrdienstes zu erwarten. Die im Rahmen des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG von der Beklagten jetzt angestellten Ermessenserwägungen seien fehlerhaft, weil die Beklagte von einer Trennungszeit von drei bis vier Monaten für die Dauer des Visumverfahrens ausgehe, der in der Türkei bei seiner Rückkehr noch abzuleistende Militärdienst aber 15 Monate betrage. Die Ermessenserwägungen seien auch deshalb zu beanstanden, weil die Beklagte geltend mache, der Gesetzgeber halte auch in Fällen der vorliegenden Art grundsätzlich am Visumverfahren fest. Damit verkenne die Beklagte, dass das ihr nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG eingeräumte Ermessen gerade ermögliche, hiervon anzusehen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird ergänzend auf die Gerichtsakte, die Gerichtsakte des Verfahrens 4 Bs 15/12, die Sachakten der Beklagten und den Lagebericht des Auswärtigen Amtes über die Türkei vom 26. August 2012 Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

### Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung der Beklagten ist teilweise begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Unrecht vollen Umfangs stattgegeben. Die zulässige Klage des Klägers hat nur insoweit Erfolg, als die Beklagte verpflichtet wird, über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden; insoweit ist das angefochtene Urteil des Verwaltungsgerichts abzuändern. Die darüber hinausgehende Berufung hat keinen Erfolg.

I.

Die zulässige Klage des Klägers ist teilweise begründet.

- 10 -

Der Bescheid vom 1. September 2011 und der Widerspruchsbescheid vom 21. Juni 2012 sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten, soweit die Beklagte seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zum Zweck des Zusammenlebens mit seiner deutschen Ehefrau abgelehnt hat (dazu unter 1.). Die Sache ist aber nicht spruchreif. Deshalb hat der Kläger lediglich einen Anspruch darauf, dass die Beklagte über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu entscheidet (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, dazu unter 2.).

1. Die Beklagte hat es in rechtswidriger Weise abgelehnt, dem Kläger die beantragte Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Maßgebend für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist bei Verpflichtungsklagen auf Erteilung eines Aufenthaltstitels grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung in der Tatsacheninstanz (st. Rspr., BVerwG, Urt. v. 13.6.2013, 10 C 24.12, juris Rn. 8; Urt. v. 7.4.2009, 1 C 17.08, BVerwGE 133, 329, juris Rn. 10). Daher ist dem Begehren des Klägers das Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Art. 3 des Änderungsgesetzes vom 6. September 2013 (BGBl. I S. 3556), zu Grunde zu legen.

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 AufenthG steht nicht bereits § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG entgegen. Denn aus dem Schreiben der Beklagten vom 14. Juni 2012 ergibt sich, dass sie die Ausweisungsverfügung vom 20. März 2012 aufgehoben hat. Dies hat sie im Widerspruchsbescheid vom 21. Juni 2012 bestätigt.

Die für die Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis erforderlichen besonderen Erteilungsvoraussetzungen (hierzu unter a) sowie die für jeden Aufenthaltstitel erforderlichen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG liegen vor (hierzu unter b). Der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis steht auch nicht zwingend entgegen, dass der Kläger ohne das erforderliche Visum eingereist ist, da der Beklagten Ermessen eingeräumt ist, von dieser Anforderung abzusehen (hierzu unter c). Die Beklagte hat von diesem Ermessen allerdings nicht bzw. fehlerhaft Gebrauch gemacht (hierzu unter d).

- 11 -

a) Die besonderen Erteilungsvoraussetzungen für die beantragte Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung liegen vor.

Der Kläger hat für einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 27, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nachgewiesen, dass er den Aufenthaltstitel als Ehegatte seiner deutschen Ehefrau erstrebt, um mit ihr in der Bundesrepublik zusammenzuleben. Zweifel daran, dass der Kläger mit seiner Ehefrau eine eheliche Lebensgemeinschaft führt, bestehen nicht.

Der Kläger erfüllt zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung auch die in §§ 28 Abs. 1 Satz 5, 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG vorgesehene Voraussetzung, sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen zu können. Er hat bereits im Verwaltungsverfahren einen Nachweis darüber vorgelegt, dass er die deutsche Sprache auf dem Niveau A1 beherrscht (Bescheinigung des Diakonie – Cafes „Why Not“ vom 23.1.2012). Unerheblich ist, dass der Kläger die deutschen Sprachkenntnisse erst in der Bundesrepublik erworben und nachgewiesen hat (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 12.9.2011, 4 Bs 153/11, m.w.N., n.v.). Weder dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG noch der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 173 f.) lässt sich entnehmen, dass der Nachweis über deutsche Sprachkenntnisse zwingend vor der Einreise erbracht werden muss. Deshalb besteht kein Grund, von dem allgemeinen Grundsatz für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage abzuweichen und nicht auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abzustellen (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 12.9.2011, 4 Bs 153/11; Beschl. v. 27.9.2010, 2 Bs 183/10, NordÖR 2011, 250). Dies wird auch von der Beklagten nicht mehr in Zweifel gezogen.

b) Die für jeden Aufenthaltstitel erforderlichen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG sind ebenfalls erfüllt.

aa) Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Dahinstehen kann, ob eine Berechnung des Einkommens der Eheleute ergeben würde, dass der Kläger seinen Lebensunterhalt in Zukunft auf Dauer ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel sichern kann. Denn auch ein möglicher Anspruch des Klägers auf öffentliche Leistungen stünde der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen. Die Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammen-

- 12 -

menführung mit einem deutschen Ehepartner soll nach § 28 Abs. 1 Satz 3 AufenthG in der Regel abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG in den Fällen des Satzes 1 Nr. 1 erteilt werden. Besondere Umstände, die es gebieten, ausnahmsweise entgegen der gesetzlichen Regel den Ehegattennachzug von einer Sicherung des Lebensunterhalts abhängig zu machen (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 4.9.2012, 10 C 12.12, BVerwGE 144, 141, juris Rn. 30), liegen nicht vor.

bb) Der Kläger ist im Besitz eines gültigen Nationalpasses (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG).

cc) Die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist ebenfalls gegeben. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis setzt danach in der Regel voraus, dass kein Ausweisungsgrund vorliegt. Ein Ausweisungsgrund liegt zwar vor, allerdings steht dieser der Erteilung nicht entgegen, da eine Ausnahme von der Regel anzunehmen ist.

(1) Ein Ausweisungsgrund liegt vor. Der Kläger, der nach eigenen Angaben am 6. März 2010 illegal in die Bundesrepublik eingereist ist, hat durch diese illegale Einreise und durch seinen anschließenden (nach eigenem Vortrag) 13-monatigen illegalen Aufenthalt einen Ausweisungsgrund verwirklicht.

Ein Ausweisungsgrund i. S. d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG liegt dann vor, wenn einer der Tatbestände der §§ 53 bis 55 AufenthG erfüllt ist. Das ist der Fall. Der Kläger hat einen nicht geringfügigen Rechtsverstoß im Sinne von § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG begangen. Er hat durch seine illegale Einreise und den illegalen Aufenthalt bis April 2011 gegen §§ 4, 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG verstoßen und damit den Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG vorsätzlich verwirklicht. Vorsätzlich begangene Straftaten stellen grundsätzlich keinen geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften im Sinne von § 55 Abs. 2 Satz 2 AufenthG dar (vgl. BVerwG, Urt. v. 17.6.1998, 1 C 27.96, BVerwGE 107, 58, juris Rn. 27). Die hier begangenen Verstöße rechtfertigen nicht ausnahmsweise eine andere Bewertung.

Für das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes ist die Verwirklichung des Tatbestandes des § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ausreichend, ohne dass es in diesem Zusammenhang auf die Zulässigkeit der Ausweisung im Einzelfall und das Eingreifen eines besonderen Ausweisungsschutzes ankommt (vgl. Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, Stand Juli 2013, § 5

- 13 -

Rn. 55 f.). Es ist somit nicht erforderlich, dass der Ausländer ermessensfehlerfrei ausgewiesen werden könnte (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.7.2002, 1 C 8/02, BVerwGE 116, 378, juris Rn. 20; OVG Hamburg, Beschl. v. 26.10.2011, 5 Bs 158/11, AuAS 2012, 2, juris Rn. 18; Beschl. v. 21.7.2010, 3 Bs 58/10, AuAS 2010, 256, juris Rn. 14; BayVGH, Beschl. v. 3.1.2007, 24 CS 06.2634, juris Rn. 13).

Der Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG geht nicht § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG als speziellere Regelung im – hier vorliegenden - Fall eines Verstoßes gegen Einreisevorschriften vor. Diese weitere allgemeine Erteilungsvoraussetzung verlangt die Einreise mit dem erforderlichen Visum und regelt damit die Verletzung von Einreisevorschriften ausdrücklich als einen der Erteilung eines Aufenthaltstitels entgegenstehenden Tatbestand; sie sieht ein eigenständiges Prüfungs- und Entscheidungsprogramm vor. Der Verstoß gegen Visumvorschriften hindert aber nicht die Prüfung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Zwar könnte die innere Systematik des § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 AufenthG darauf hindeuten, dass solche Ausweisungsgründe von der Anwendung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausgeschlossen sind, die Gegenstand der Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG sind. Allerdings ist § 5 Abs. 2 AufenthG nicht als in diesem Sinne speziellere Regelung zu verstehen. Die Vorschrift steht ausdrücklich neben dem allgemein und umfassend formulierten Abs. 1 mit der Folge, dass der konkrete Sachverhalt sowohl an der (negativen) Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG als auch an der Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zu messen ist (so im Ergebnis: BVerwG, Urt. v. 30.7.2013, 1 C 15.12, BVerwGE 147, 278, juris Rn. 21, 23, 24; Urt. v. 16.11.2010, 1 C 17.09, BVerwGE 138, 122, juris Rn. 24, 27).

(2) Im Fall des Klägers liegt nicht der Regelfall des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor. Vielmehr ist ein Ausnahmefall gegeben mit der Folge, dass der bestehende Ausweisungsgrund der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegensteht.

Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG hindert ein Ausweisungsgrund die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in der Regel, d.h. nur dann, wenn nicht ein Ausnahmefall anzunehmen ist. Dieser ist für jede einzelne Norm und für jeden Einzelfall zu prüfen. Ein Ausnahmefall liegt vor, wenn ein atypischer Sachverhalt gegeben ist, der sich von der Menge gleich liegender Fälle durch besondere Umstände unterscheidet, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht des der Regelerteilungsvoraussetzung zugrunde lie-

- 14 -

genden öffentlichen Interesses beseitigen. Auch Rechtsgründe, etwa verfassungsrechtliche Wertentscheidungen, insbesondere aus Art. 6 Abs. 1 GG, können die Annahme eines Ausnahmefalles gebieten (vgl. BVerwG, Urt. v. 13.6.2013, 10 C 16.12, InfAuslR 2013, 364, juris Rn. 16; Urt. v. 22.5.2012, 1 C 6.11, BVerwGE 143, 150, juris Rn. 11; Urt. v. 26.8.2008, 1 C 32.07, BVerwGE 131, 370, juris Rn. 27; OVG Bautzen, Beschl. v. 7.3.2013, 3 A 132/12, juris Rn. 56; OVG Hamburg, Beschl. v. 16.6.2011, 3 Bf 361/06, BA S. 4 f.; OVG Bremen, Beschl. v. 27.10.2009, 1 B 224/09, ZAR 2010, 32, juris Rn. 25; Funke-Kaiser, GK-AufenthG, Stand Juli 2013, § 5 Rn. 22, 62; Hailbronner, AuslR, Stand April 2013/Juni 2011, § 5 Rn. 6). Ob ein solcher Ausnahmefall vorliegt, ist gerichtlich voll überprüfbar (BVerwG, Urt. v. 22.5.2012, 1 C 6.11, BVerwGE 143, 150, juris Rn. 11 m.w.N.). Nach diesem Maßstab liegt im Fall des Klägers ein Sachverhalt vor, der im Hinblick auf den Regelungszweck der Norm vom Regelfall abweichende besondere Umstände aufweist.

Die Annahme eines Ausnahmefalles scheidet entgegen der Auffassung der Beklagten nicht bereits deshalb aus, weil sich - wie die Beklagte meint - der Kläger nicht von anderen deutschverheirateten Ausländern unterscheidet. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist nicht auf eine bestimmte Gruppe von Ausländern ausgerichtet. Sie betrifft alle Ausländer und nicht nur diejenigen, die mit deutschen Staatsangehörigen verheiratet sind. Die Regelung betrifft auch keineswegs nur Ausweisungsgründe, die auf Verstößen gegen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen beruhen, sondern alle denkbaren Ausweisungsgründe, insbesondere auch solche, die so gewichtig sind, dass sie zwingend oder regelhaft zur Ausweisung führen würden. In jeder denkbaren Konstellation kann daher ein Ausnahmefall vorliegen.

Die besonderen, einen atypischen Sachverhalt begründenden Umstände beruhen darauf, dass der Kläger mit einer deutschen Staatsangehörigen in ehelicher Lebensgemeinschaft lebt und dass der Ausweisungsgrund allein in der Einreise ohne das erforderliche Visum und dem anschließenden Verstoß gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen besteht. Im Hinblick auf den Regelungszweck des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bedarf es bei deutschverheirateten Ausländern, bei denen der Ausweisungsgrund allein in dem oben genannten Verstoß gegen die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften besteht, einer besonderen Bewertung. Auf sie lassen sich die Rechtsfolgen, die für den Regelfall gelten, nicht ohne Weiteres übertragen. Bereits die Bewertung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit deut-

- 15 -

schen Staatsangehörigen im Ausländerrecht zeigt, dass hier gegenüber dem Regelfall eine differenzierende Betrachtung angezeigt ist. Eine differenzierende Betrachtung ist zudem angezeigt, wenn es um das Gewicht geht, das dem oben genannten Verstoß gegen die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften durch deutschverheiratete Ausländer zukommt. Im Einzelnen:

Regelungszweck des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist es, solchen Personen den Aufenthalt zu verwehren, deren Aufenthalt die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder sonstige Belange der Bundesrepublik Deutschland im Sinne des § 55 Abs. 1 AufenthG beeinträchtigt (vgl. Funke-Kaiser, in GK-AufenthG, Stand August 2013, § 5 Rn. 63, m.w.N.). Soweit der Ausweisungsgrund darin besteht, dass der Ausländer gegen Rechtsvorschriften verstoßen und möglicherweise sogar Straftaten begangen hat, liegt dem ein (auch) spezialpräventiver Ansatz zugrunde; es sollen gegenwärtige bzw. in absehbarer Zukunft zu befürchtende Beeinträchtigungen der öffentlichen Sicherheit durch Versagung eines Aufenthaltsrechts abgewendet werden (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 10.12.2010, 18 B 1598/10, juris Rn. 3). Dieser Zweck verliert an Gewicht, wenn es - wie es hier der Fall ist - um Ausländer geht, die mit deutschen Staatsangehörigen verheiratet sind, und wenn deren Verstoß gegen die Rechtsordnung allein in dem oben genannten Verstoß gegen die Einreise- und Aufenthaltsvorschriften besteht. Denn nach den Wertungen des Aufenthaltsgesetzes soll in einem derartigen Fall ein Aufenthalt in Deutschland nicht zwingend verwehrt werden.

Die deutschverheiratete Ausländer betreffenden aufenthaltsrechtlichen Regelungen sind wegen der Schutzwirkungen des Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK grundsätzlich auf die Gewährleistung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet ausgerichtet. Für die ausländischen Ehepartner Deutscher gelten erleichterte Anforderungen an die Erteilung eines Aufenthaltstitels (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 AufenthG) und an die Aufrechterhaltung des Aufenthalts sowie höhere rechtliche Hürden bei der Beendigung des Aufenthalts. Ehegatten deutscher Staatsangehöriger genießen nach § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG besonderen Ausweisungsschutz und können deshalb jedenfalls hinsichtlich der hier relevanten Straftaten wegen illegaler Einreise und illegalen Aufenthalts nicht ausgewiesen werden; dies wäre nach § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung möglich, an denen es hier fehlt. Der Einbeziehung von ausländischen Ehegatten deutscher Staatsangehöriger in den beson-

- 16 -

deren Ausweisungsschutz trägt Art. 6 Abs. 1 GG Rechnung. Auch aus Art. 8 EMRK folgt, dass jedenfalls dann, wenn eine Ausweisung zur Trennung der Ehegatten führt, ein qualifizierter Ausweisungsgrund gegeben sein muss (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 27.10.2009, 1 B 224/09, ZAR 2010, 32, juris Rn. 30, m.w.N.). Der hier verwirklichte Ausweisungsgrund würde somit nicht zu einer Beendigung des Aufenthaltes führen; ein bestehender Aufenthaltstitel würde nicht nach § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG durch Ausweisung erlöschen (gegen die Berücksichtigung einer solchen Wertung im Rahmen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG: OVG Hamburg, Beschl. v. 19.6.2013, 3 Bs 163/13, n.v.).

Diese aufenthaltsrechtliche Bewertung bestehender ehelicher Lebensgemeinschaften mit deutschen Staatsangehörigen schlägt auch auf das Gewicht durch, das dem Ausweisungsgrund für die Frage zukommt, ob eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Beruht der von einem deutschverheirateten Ausländer verwirklichte Ausweisungsgrund im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausschließlich auf Rechtsverstößen, die unmittelbar durch die Einreise selbst und den anschließenden illegalen Aufenthalt begründet sind, und bestehen keine Begleit- oder Folgedelikte wie z.B. die Fälschung eines Visums oder vorsätzlich falsche Angaben gegenüber der Botschaft zur Erlangung des Visums (vgl. dazu BVerwG, Ur. v. 16.11.2010, 1 C 17.09, BVerwGE 138, 135; juris Rn. 24 f.), kommt dem Ausweisungsgrund seine vertypete Gefahrenabwehrfunktion nicht mehr zu. Der spezialpräventive Zweck der (negativen) Erteilungsvoraussetzung geht ins Leere. In diesem Fall ist der Ausweisungsgrund nicht beachtlich, da die öffentliche Sicherheit und Ordnung aktuell nicht mehr beeinträchtigt wird (zu diesem Maßstab vgl. auch Nr. 5.1.2.2 der Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009, GMBI. S. 877, 918). Denn eine zukünftige Wiederholung der Verstöße gegen die Einreisevorschriften ist grundsätzlich ausgeschlossen. Ein Ausländer, der mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet ist, hat - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - regelmäßig ein Aufenthaltsrecht und kann einen Aufenthaltstitel nach §§ 4 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG beanspruchen. Damit sind bezogen auf den Aufenthaltswitz der ehelichen Lebensgemeinschaft ein erneuter Verstoß gegen Visumbestimmungen sowie ein illegaler Aufenthalt und damit eine erneute Verletzung der einschlägigen Strafvorschriften (§ 95 Abs. 1 Nr. 2, 3 AufenthG) nicht zu erwarten (in diesem Sinne auch: VGH Mannheim, Beschl. v. 20.9.2012, 11 S 1608/12, InfAusIR 2013, 30, juris Rn. 5).

- 17 -



- 17 -

(3) Das Regel- / Ausnahmeverhältnis des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wird in dem - hier vorliegenden - Fall, dass familiäre Bindungen zu berücksichtigen sind, nicht durch die Vorschrift des § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG verdrängt.

Familiäre Bindungen des Ausländers im Bundesgebiet sind bereits bei der Frage zu berücksichtigen, ob im konkreten Fall eine Ausnahme von der (negativen) Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG gegeben ist, und sie können zur Annahme einer Ausnahme führen. Familiäre Bindungen sind entgegen der Auffassung der Beklagten nicht erst und ausschließlich im Rahmen der Ermessensausübung nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zu berücksichtigen. Denn § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, wonach von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abgesehen werden kann, steht zu § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht in einem Verhältnis der Spezialität (a.A. OVG Magdeburg, Beschl. v. 9.2.2009, 2 M 276/08, juris Rn. 25; OVG Lüneburg, Ur. v. 27.4.2006, 5 LC 110/05, NVwZ-RR 2007, 62, juris Rn. 50; diese Frage nicht ansprechend: BVerwG, Ur. v. 30.7.2013, 1 C 15.12, BVerwGE 147, 292, juris Rn. 23).

Der Gesetzesbegründung zu § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG (BT-Drs. 15/420, S. 81) lässt sich zwar entnehmen, dass der Gesetzgeber die Vorstellung hatte, bei Vorliegen von Ausweisungsgründen sei wie im bisherigen Recht (§ 17 Abs. 5 AuslG) eine Ermessensentscheidung zu treffen. Weder die Gesetzessystematik noch der Wortlaut oder Sinn und Zweck der Vorschrift lassen aber den Schluss zu, dass sie darauf gerichtet ist, die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dahingehend einzuschränken, dass bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes familiäre Umstände keinen Ausnahmefall begründen, sondern nur im Rahmen der Ermessensbetätigung nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG berücksichtigt werden können (vgl. auch OVG Bautzen, Beschl. v. 7.3.2013, 3 A 132/12, juris Rn. 54; Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 5 Rn. 72). § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG regelt allein die Möglichkeit, von einem sonst zwingend der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegenstehenden Ausweisungsgrund abzusehen. Die Ermessenseröffnung knüpft damit an § 5 Abs. 1 AufenthG und das dieser Vorschrift zugrunde liegende System von Regel und Ausnahme an. § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG setzt voraus, dass ein Regelfall vorliegt. Denn im Falle einer Ausnahme stünde der Ausweisungsgrund der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ohnehin nicht entgegen; einer Ermessensentscheidung bedürfte es nicht. Die Vorschrift trifft hingegen keinerlei Aussagen zum Gegenstand möglicher Ausweisungsgründe. Sie regelt insbesondere nicht, wann die (ne-

- 18 -

gative) Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegt und unter welchen Umständen ein Ausnahmefall anzunehmen ist.

Zur Auslegung des § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG und damit auch des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG kann im Übrigen nicht auf die zum früheren § 7 Abs. 2 AuslG ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 29.7.1993, 1 C 25.93, BVerwGE 94, 35, juris Rn. 36) zurückgegriffen werden. Nach dieser Norm war im Falle einer Ausnahme vom Regelfall Ermessen eröffnet. Das ist nach dem heutigen System des § 5 Abs. 1 AufenthG nicht der Fall. Vielmehr steht im Falle einer Ausnahme der Ausweisungsgrund der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis generell nicht entgegen. Deshalb lässt sich die zum früheren Recht ergangene Rechtsprechung auf § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht übertragen (vgl. zu § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG: BVerwG, Urt. v. 30.4.2009, 1 C 3.08, InfAuslR 2009, 333, juris Rn. 15).

(4) Liegt somit ein Ausnahmefall vor, ist die (negative) Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, dass kein Ausweisungsgrund bestehen darf, erfüllt. Der gleichwohl vorliegende Ausweisungsgrund steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen. Insoweit folgt aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 30.7.2013, 1 C 15.12, BVerwGE 147, 278, juris Rn. 23; Urt. v. 16.11.2010, 1 C 17.09, BVerwGE 138, 122, juris Rn. 23) nichts anderes. Denn dort ist das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis von einem der Erteilung eines Aufenthaltstitels entgegenstehenden Regelfall im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausgegangen.

c) Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis scheitert nicht daran, dass der Kläger ohne das erforderliche Visum eingereist ist. Zwar erfüllt der Kläger die weitere Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht (hierzu unter aa). Doch sind die Voraussetzungen gegeben, unter denen hiervon nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden kann (hierzu unter bb).

aa) Der Kläger erfüllt nicht die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG.

(1) Gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die

- 19 -

Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat. Daran fehlt es. Der Kläger ist als türkischer Staatsangehöriger für die Einreise und den Aufenthalt zum Zweck der der Arbeitsaufnahme bzw. der Familienzusammenführung nach §§ 4, 6 Abs. 3 AufenthG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 (ABl. EG Nr. L 81 S. 1) und deren Anhang I visumpflichtig. Ein solches Visum hat der Kläger vor seiner Einreise nicht eingeholt.

(2) Die Möglichkeit zur visumfreien Einreise folgt nicht aus dem Verschlechterungsverbot des Art. 13 ARB 1/80.

Der Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG/Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 (ANBA 1981 S. 4) - ARB 1/80 - berührt nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten, Vorschriften über die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet und über die Voraussetzungen für deren erste Beschäftigung zu erlassen (vgl. EuGH, Urt. v. 16.12.1992, Rs. C-237/91 [Kus], Slg. 1992, I-06781, Rn. 25). Selbst wenn Art. 13 ARB 1/80 auch in Bezug auf die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaats der Einführung neuer Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit entgegenstehen sollte, kann sich dies nur auf solche Personen beziehen, die von dieser Freizügigkeit Gebrauch machen wollen (vgl. BVerwG, Urt. v. 30.3.2010, 1 C 8.09, BVerwGE 136, 231, juris Rn. 20). Der Kläger als Ehemann einer deutschen Staatsangehörigen begehrt aber einen Aufenthaltstitel zum Zweck der Familienzusammenführung. Im Übrigen wäre eine Verschlechterung seiner Rechtsposition, der die Stillhalteklauseel entgegenwirken könnte, jedenfalls nicht festzustellen. Er wäre weder im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Art. 13 ARB 1/80 am 1. Dezember 1980 (vgl. Art. 16 Abs. 1 ARB 1/80) noch zu irgendeinem späteren Zeitpunkt berechtigt gewesen, ohne das erforderliche Visum in das Bundesgebiet einzureisen. Nach § 5 Abs. 2 AuslG 1965 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 DV AuslG in der Fassung der 11. Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes vom 1. Juli 1980 (BGBl. I 1980, 782), in Kraft getreten am 5. Oktober 1980, galt das Erfordernis einer vor der Einreise in der Form eines Sichtvermerks einzuholenden Aufenthaltserlaubnis für einen geplanten Daueraufenthalt u.a. für die Staatsangehörigen eines Staates, der - wie die Türkei - in der Anlage zur Verordnung nicht aufgeführt war. Entsprechendes galt für den Kläger nach § 3 Abs. 3 AuslG 1990 i.V.m. §§ 2, 9 f. DVAuslG vom 18. Dezember 1990 (BGBl. I 2983). Soweit der Kläger auch beabsichtigt, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, folgt für ihn aus

- 20 -

der Stillhalteklauseel ebenfalls keine Befreiung von der Visumpflicht. Denn schon vor Inkrafttreten des Art. 7 ARB 2/76 und des Art. 6 ARB 1/80 bestand für den Aufenthaltswitzweck der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach § 5 Abs. 2 des Ausländergesetzes vom 28. April 1965 (BGBl. I S. 353 - AusIG 1965) i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes 1965 (hier in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Juni 1976, BGBl. I S. 1717) das Erfordernis, vor der Einreise eine Aufenthaltserlaubnis in Form eines Sichtvermerks (Visum) einzuholen (vgl. hierzu OVG Hamburg, Beschl. v. 16.7.2013, 4 Bs 162/13, n.v.; OVG Saarlouis, Beschl. v. 2.5.2012, 2 B 47/12, juris Rn. 15).

(3) Die Visumpflicht entfällt auch nicht wegen Art. 41 des Zusatzprotokolls zum Abkommen vom 12. September 1963 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei für die Übergangsphase der Assoziation (BGBl. 1972 II S. 385) - ZP-. Nach dem am 1. Januar 1973 in Kraft getretenen Art. 41 Abs. 1 ZP verpflichteten sich die Vertragsparteien, untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einzuführen. Es fehlt bereits an einer neuen Beschränkung, soweit türkische Staatsangehörige – wie möglicherweise der Kläger bei seiner Einreise – im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen. Denn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Art. 41 ZP bestand für diese die Visumpflicht (s.o.). In der Rechtsprechung ist geklärt, dass die Vorschriften über die Assoziation EWG-Türkei nicht die Befugnis der Mitgliedsstaaten berühren, Vorschriften sowohl über die Einreise türkischer Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet als auch über die Voraussetzungen für deren erste Beschäftigung zu erlassen, und lediglich die Stellung türkischer Arbeitnehmer regeln, die bereits ordnungsgemäß in den Arbeitsmarkt der Mitgliedstaaten eingegliedert sind (vgl. EuGH, Ur t. v. 11.5.2000, Rs. C-37/98 [Savas], Slg. 2000, I-20927 Rn. 58). Mit dem Familiennachzug strebt der Kläger einen dauerhaften Aufenthalt im Bundesgebiet an; dieser unterfällt weder der Niederlassungs- noch der Dienstleistungsfreiheit (vgl. BVerwG, Ur t. v. 30.3.2010, 1 C 8.09, BVerwGE 136, 231, juris Rn. 19; OVG Hamburg, Beschl. v. 11.2.2013, 4 Bs 162/12, S. 12 f. BA, n.v.; OVG Münster, Beschl. v. 11.7.2012, 18 B 562/12, juris Rn. 4 ff.; OVG Saarlouis, Beschl. v. 2.5.2012, 2 B 47/12, juris Rn. 13). Die Stillhalteklauseel ist im Übrigen auch nicht geeignet, türkischen Staatsangehörigen, die nur Dienstleistungen in einem Mitgliedsstaat empfangen wollen, allein auf der Grundlage des Unionsrechts ein Niederlassungsrecht und ein damit einhergehendes Aufenthaltsrecht zu verleihen oder ein Recht auf visumfreie Einreise zu ver-

- 21 -

schaffen. Denn der dort verwendete Begriff des freien Dienstleistungsverkehrs umfasst nicht die Freiheit türkischer Staatsangehöriger, sich als Dienstleistungsempfänger in einen Mitgliedstaat zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen (vgl. EuGH, Ur. v. 24.9.2013, Rs. C-221/11 [Demirkan], NVwZ 2013, 1465).

(4) Der Kläger kann die Aufenthaltserlaubnis auch nicht abweichend von § 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG nach § 39 Nr. 5 AufenthV ohne vorherige Ausreise einholen.

Gemäß § 39 Nr. 5 AufenthV kann ein Ausländer einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, wenn seine Abschiebung nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist und er auf Grund einer Eheschließung im Bundesgebiet während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Der Kläger war weder zum Zeitpunkt der Antragstellung oder der letzten Behördenentscheidung noch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Besitz einer Duldung, wie sie § 39 Nr. 5 AufenthV voraussetzt. Zum Zeitpunkt der Antragstellung besaß der Kläger noch keine Duldung und auf die Duldungen, die ihm nach der Eheschließung bis jetzt erteilt wurden, kann sich der Kläger nicht berufen. Diese Duldungen dienten dem Zweck, ihm die Vorbereitung einer freiwilligen Ausreise zu ermöglichen und anschließend seine Abschiebung vorzubereiten bzw. gerichtlichen Rechtsschutz zu gewährleisten. Es widerspräche dem Sinn der Regelung in § 39 Nr. 5 AufenthV, wenn eine Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift auch dann in zulässiger Weise im Bundesgebiet eingeholt werden dürfte, wenn gerade über diese – von der Behörde verneinte – Berechtigung Streit besteht und die Duldungserteilung im Hinblick auf eine von der Behörde betriebene baldige Aufenthaltsbeendigung erfolgt (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 9.5.2012, 4 Bs 15/12, juris Rn. 37; Beschl. v. 16.11.2010, 4 Bs 220/10, AuAS 2011, 65, juris Rn. 10 ff.; vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 10.1.2012, OVG 11 S 6.12, juris Rn. 10, OVG Münster, Beschl. v. 30.4.2010, 18 B 180/10, juris Rn. 10).

bb) Die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG Ermessen eröffnet ist, von der Einhaltung des Visumverfahrens abzusehen, liegen vor. Das ist der Fall, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind (1. Altern.) oder es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen (2. Altern.). Zwar ist das Ermessen nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG eröffnet (hierzu unter (1)). Der Kläger hat aber einen Rechts-

- 22 -

anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, sodass die Beklagte Ermessen nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG auszuüben hat (hierzu unter (2)).

(1) Für den Kläger ist es nicht auf Grund besonderer Umstände unzumutbar im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG, das Visumverfahren nachzuholen. Gründe, die eine zeitweise Trennung der Eheleute als unzumutbar erscheinen lassen, liegen nicht vor.

Die in Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, verpflichtet die Ausländerbehörde, bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die bestehenden familiären Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, zu berücksichtigen und entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 5.8.2013, 2 BvR 586/13, juris Rn. 12; Beschl. v. 12.5.1987, 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84, BVerfGE 76, 1, 49 ff., juris Rn. 103). Der Betroffene braucht es nicht hinzunehmen, unter unverhältnismäßiger Vernachlässigung dieser Gesichtspunkte daran gehindert zu werden, bei seinem im Bundesgebiet lebenden Ehepartner ständigen Aufenthalt zu nehmen. Eingriffe in seine diesbezügliche Freiheit sind nur dann und insoweit zulässig, als sie unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.5.2011, 2 BvR 1367/10, NVwZ-RR 2011, 585, juris Rn. 14 m.w.N.).

Dass die zeitweise Trennung der Eheleute aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar und deshalb unverhältnismäßig sein könnte, hat der Kläger nicht vorgetragen und dies ist auch nicht ersichtlich. Es ist jedoch damit zu rechnen, dass der wehrpflichtige Kläger nach seiner Rückkehr in die Türkei den Wehrdienst ableisten muss, der grundsätzlich 15 Monate andauert (vgl. zu den altersmäßigen Anforderungen und zur Dauer des obligatorischen Wehrdienstes: Lagebericht des Auswärtigen Amtes vom 26.8.2012, S. 17 f.). Eine Trennung von seiner Ehefrau für diese Zeit erscheint allerdings auch unter Berücksichtigung der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten privaten Interessen der Eheleute nicht unverhältnismäßig.

Nachzugshindernisse von begrenzter Zeitdauer, wie es das Visumverfahren darstellt, sind auch beim Ehegattennachzug zu deutschen Staatsangehörigen nicht von vornherein ver-

- 23 -

fassungswidrig (vgl. zum Visumverfahren: BVerfG, Beschl. v. 17.5.2011, 2 BvR 1367/10, juris Rn. 15; Beschl. v. 4.12.2007, 2 BvR 2341/06, InfAuslR 2008, 239 f., juris Rn. 6; BVerwG, Urt. v. 11.1.2011, 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353, juris Rn. 34). Ob eine Warte- und Trennungszeit für Eheleute unter Berücksichtigung der gesetzgeberischen Ziele mit der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist, bedarf vielmehr der Bewertung des Einzelfalls.

Danach erweist sich die Trennungszeit von 15 Monaten, die - wenn der Kläger das Visumverfahren nachholt - wegen des noch zu leistenden Wehrdienstes zu erwarten ist, nicht als unverhältnismäßig. Zwar kann z.B. das gesetzlich verlangte Spracherfordernis nach § 28 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 30 Abs. 1 Satz Nr. 2 AufenthG als Nachzugsvoraussetzung im Visumverfahren das zumutbare Ausmaß der Beeinträchtigung der durch Art. 6 Abs. 1 GG qualifiziert geschützten Belange des ausländischen und des deutschen Ehegatten übersteigen und damit unzumutbar sein, wenn es dem ausländischen Ehegatten aus besonderen persönlichen Gründen oder wegen der besonderen Umstände in seinem Heimatland nicht möglich oder nicht zumutbar ist, die deutsche Sprache in seinem Heimatland zu erlernen. In einem solchen Fall schlägt die grundsätzlich verhältnismäßige Nachzugsvoraussetzung im Fall zumutbarer Bemühungen spätestens nach einem Jahr in ein unverhältnismäßiges dauerhaftes Nachzugshindernis um (vgl. BVerwG, Urt. v. 4.9.2012, 10 C 12.12, BVerwGE 144, 141, juris Rn. 26 ff.). Diese bezogen auf den Spracherwerb geltenden Wertungen lassen sich aber auf den Wehrdienst nicht übertragen. Der Wehrdienst ist nicht ein durch nationale Regelungen des deutschen Gesetzgebers bestimmtes Nachzugserfordernis, sondern beruht auf den gesetzlichen Bestimmungen und öffentlichen Interessen eines anderen Staates, denen der Kläger als türkischer Staatsangehöriger unterliegt. Dass es wegen des noch nicht geleisteten Wehrdienstes zu einer Trennung kommen könnte, war beiden Eheleuten bei Eingehung der Beziehung bekannt. Diese Trennung stellt einen von vornherein zeitlich beschränkten Zeitraum dar, der die Zeitdauer von einem Jahr nur geringfügig übersteigt. Das zeitweise Nachzugshindernis der Wehrpflicht kann nicht in ein der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet auf unabsehbare Zeit oder dauerhaft entgegenstehendes Nachzugshindernis umschlagen. Denn die Ableistung des zeitlich begrenzten Wehrdienstes ist - anders als der erfolgreiche Erwerb von Sprachkenntnissen - unabhängig von persönlichen Fähigkeiten des Wehrpflichtigen. Die durch die Ableistung des Wehrdienstes im Heimatland des Antragstellers bedingte Trennung wird im Übrigen dadurch gemildert, dass während dieser

- 24 -

- 24 -

Zeit die Möglichkeit der Kommunikation mit seiner Ehefrau sowie von Besuchen besteht (vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 11.2.2013, 4 Bs 269/12, n.v., S. 16 BA; Beschl. v. 16.11.2010, 4 Bs 220/10, juris Rn. 14; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.1.2011, OVG 11 S 51.10, juris Rn. 14).

(2) Die Beklagte kann von der Einhaltung des Visumverfahrens nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG absehen, weil im Fall des Klägers die Voraussetzungen eines gesetzlichen Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vorliegen.

Unter einem „Anspruch“ ist grundsätzlich ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen, der nur vorliegt, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat (vgl. zu § 39 Abs. 3 AufenthV: BVerwG, Ur. v. 16.11.2010, 1 C 17.09, BVerwGE 138, 122, juris Rn. 24, 27; vgl. zu § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG: BVerwG, Ur. v. 16.12.2008, 1 C 37.07, BVerwGE 132, 382, juris Rn. 24 m.w.N.). Die Voraussetzungen eines Anspruchs i.S. d. § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG sind auch dann erfüllt, wenn zwar eine regelhaft zu erfüllende Anspruchsvoraussetzung – vorliegend aus § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG – nicht vorliegt, dies jedoch unschädlich ist, weil ein Ausnahmefall gegeben ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 9.5.2012, 4 Bs 15/12, juris Rn. 38; Beschl. v. 26.10.2011, 5 Bs 158/11, AuAS 2012, 2, juris Rn. 24). Denn in einem solchen Fall steht § 5 Abs. 1 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen.

Dem Anspruch auf Erteilung steht entgegen der Rechtsauffassung der Beklagten nicht entgegen, dass hier die Voraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht vorliegt und daher Ermessen nach § 5 Abs. 2 Satz 2 VwGO eröffnet ist. Der Tatbestand des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG kann nur so verstanden werden, dass außer den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 *im Übrigen* die Voraussetzungen eines gesetzlichen Anspruchs vorliegen müssen. Denn § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG setzt tatbestandlich für die Eröffnung des Ermessens und damit für ein mögliches Absehen von einer Voraussetzung des Satzes 1 gerade voraus, dass es an einer solchen Voraussetzung des Satzes 1 fehlt, ansonsten aber alle allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen. Anderenfalls würde die Vorschrift des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG leerlaufen. Der Begriff des gesetzlichen Anspruchs bzw. des Rechtsanspruchs ist vor dem Hintergrund des jeweiligen Regelungskontexts zu verstehen (vgl. zu



- 25 -

§ 39 Abs. 3 AufenthV: BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 17.09, BVerwGE 138, 122, juris Rn. 24, 25; vgl. zum „strikten Rechtsanspruch“ i.S.d. § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG: BVerwG, Beschl. v. 16.2.2012, 1 B 22.11, juris Rn. 4; Urt. v. 16.12.2008, 1 C 37.07, BVerwGE 132, 382, Rn. 21 ff.; OVG Hamburg, Beschl. 16.1.2013, 4 Bs 185/12, n.v.; Beschl. v. 10.1.2013, 3 Bs 38/13, n.v.).

d) Die Entscheidung der Beklagten, von der Einhaltung des Visumverfahrens nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG abzusehen, ist fehlerhaft.

aa) In den angefochtenen Bescheiden hat die Beklagte ihr nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG eröffnetes Ermessen nicht ausgeübt.

Im maßgeblichen Widerspruchsbescheid vom 21. Juni 2012 hat die Beklagte die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. und 2. Altern. AufenthG geprüft und ihr Vorliegen verneint. Auf der Grundlage ihrer Rechtsauffassung konsequent, hat die Beklagte sodann Ermessen im Hinblick auf § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG ausgeübt (S. 4 des Widerspruchsbescheids). Ferner hat sie - unter Bezugnahme auf die Fachanweisung 1/2012 - lediglich (hilfsweise) Erwägungen in Bezug auf § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG angestellt (S. 6, Absatz 1 bis 3 des Widerspruchsbescheids).

Die zu § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG angestellten Ermessenserwägungen sind für die erforderliche Ausübung des Ermessens entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung nicht maßgeblich. Es bedurfte eigenständiger Ermessenserwägungen zu § 5 Abs. 2 Satz 1 1. Altern. AufenthG. Denn die 1. Tatbestandsalternative des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG besitzt einen eigenständigen Regelungsgehalt. Die Tatbestandsalternativen „gesetzlicher Anspruch“ und „Unzumutbarkeit“ weisen unterschiedliche Zweckrichtungen auf, denen die Ermessensbetätigung Rechnung tragen muss. Mit der 1. Alternative soll verhindert werden, dass das für die Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung grundsätzlich unverzichtbare Visumverfahren im Einzelfall lediglich als eine bloße (für den Ausländer teure und auch für die Behörde zeit- und ressourcenaufwändige) Förmerei durchgeführt werden muss, wenn die materielle Prüfung schon zugunsten des Ausländers abgeschlossen ist (BT-Drs. 15/470, S. 70; vgl. auch Nr. 5.2.2.1 AVwV-AufenthG). Die 2. Alternative dient hingegen der Vermeidung von unzumutbaren Härten, die mit der (grundsätzlich erforderlichen) Nachholung des Visumverfahrens einhergehen (vgl. auch

- 26 -

Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, a.a.O., § 5 Rn. 121). Hier stehen insbesondere individuelle Belastungen des Ausländers und/oder seiner Familienangehörigen durch seine Ausreise im Vordergrund, die im Fall der Nachholung des Visumverfahrens zu unverhältnismäßigen Eingriffen in geschützte Rechte aus Art. 6 Abs. 1 und 2, Art. 2 Abs. 1 GG führen können. Die Ausführungen der Beklagten zur (Un-)Zumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens (S. 6 des Widerspruchsbescheides) für die Eheleute tragen dem Regelungszweck der 1. Tatbestandsalternative „Anspruch auf Erteilung“ nicht Rechnung.

Die im Widerspruchsbescheid zu § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG angestellten Ermessenserwägungen können ebenfalls nicht als Ermessensentscheidung (auch) zu § 5 Abs. 2 Satz 1 1. Altern. AufenthG angesehen werden. Mit diesen Erwägungen hat die Beklagte das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumverfahrens mit dem Interesse an der sofortigen Aufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft abgewogen und dabei die Zumutbarkeit der vorübergehenden Trennung bewertet. Dabei hat sie die Dauer der Trennung, fehlende die Ehe betreffende besondere Umstände und die Einbeziehung der Trennung in die Lebensplanung der Eheleute berücksichtigt. Den für die Ausübung des Ermessens im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG relevanten Gesichtspunkt, dass im Fall des Klägers ein Anspruch auf Erteilung besteht und dass sich das Visumverfahren deshalb als eine bloße Förmelerei erweisen könnte, hat die Beklagte bei ihrer Ermessensbetätigung nicht berücksichtigt.

bb) Einschlägige Regelungen zur Ermessensausübung ergeben sich weder aus der Fachanweisung Nr. 1/2012, die die Beklagte bei der Ausübung ihres Ermessens nach den Ausführungen im Widerspruchsbescheid zur Grundlage ihrer Verwaltungsübung gemacht hat, noch aus der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht geltenden Fachanweisung Nr. 1/2013. Darin hat die Beklagte Anordnungen für eine regelmäßige Ermessensausübung für den Fall des Ehegattennachzugs bei einem bestehenden gesetzlichen Anspruch (§ 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG) nicht getroffen. Wie die Beklagte inzwischen klargestellt hat, beziehen sich die Ausführungen unter Abschnitt A.VI. (S. 20 ff.), denen der Senat in seiner früheren Rechtsprechung eine einschlägige Ermessensbindung entnommen hat (Beschl. v. 9.5.2012, 4 Bs 15/12, juris Rn. 39), zunächst nur auf den Fall des Ehegattennachzugs nach § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Altern. AufenthG und die weiteren Ausführungen - in Abgrenzung zum geregelten Ehegattennachzug im Fall der 2. Alternative des § 5 Abs. 2 Satz 2 - allein auf sonstige Fälle eines

- 27 -

- 27 -

Rechtsanspruchs aus familiären Gründen, nicht jedoch auf Fälle des Ehegattennachzugs. Ob dieses Verständnis der Verwaltungsvorschrift zwingend ist, kann dahingestellt bleiben. Entscheidend ist allein, dass die Beklagte sie in dieser Weise versteht und anwendet. An seiner in der Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geäußerten Rechtsansicht hält das Berufungsgericht deshalb nicht mehr fest.

cc) Die von der Beklagten nachgeholte Ermessensentscheidung ist fehlerhaft.

Die Beklagte hat Ermessenserwägungen zu § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG erstmals im Berufungsverfahren (hilfsweise) angestellt. Es bedarf keiner Entscheidung, ob eine Nachholung von Ermessenserwägungen im Fall des Ermessensausfalls auch dann zulässig ist, wenn sich die Sach- und Rechtslage nicht geändert hat und sich nicht erst wegen Umständen, die während des Klageverfahrens entstanden sind, die Notwendigkeit einer Ermessensausübung ergibt (ausdrücklich offenlassend im Fall einer aufenthaltsbeendenden Maßnahme: BVerwG, Urt. v. 13.12.2011, 1 C 14.10, BVerwGE 141, 253, juris Rn. 13). Denn die nachgeholten Ermessenserwägungen der Beklagten sind nach dem Prüfungsmaßstab des § 114 Satz 1 VwGO fehlerhaft. Die Beklagte ist im Hinblick auf die nach § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG in ihrem Ermessen stehende Entscheidung, im Fall eines gesetzlichen Anspruchs auf Erteilung von den Anforderungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG abzugehen, teilweise von einem falschen Sachverhalt ausgegangen und hat zudem eine fehlerhafte Gewichtung der privaten und öffentlichen Belange zu Lasten des Klägers vorgenommen.

Die Beklagte hat die öffentlichen Interessen an der Aufrechterhaltung der Visumpflicht im Fall des beabsichtigten Ehegattennachzugs, bei dem sich der Ehegatte bereits im Bundesgebiet aufhält, und die privaten und wirtschaftlichen Interessen des Klägers nicht vollständig und zutreffend ermittelt und in ihre Abwägung eingestellt. Ein Ermessensfehler liegt darin, dass sie bei ihrer Abwägung teilweise von falschen Tatsachen ausgegangen ist. Sie hat nicht berücksichtigt, dass das (private) Interesse des Klägers an der ununterbrochenen Führung der ehelichen Lebensgemeinschaft mit seiner Ehefrau im Bundesgebiet im Fall der Nachholung des Visumverfahrens nicht nur durch die aus Sicht der Beklagten zumutbare Trennungszeit von drei bis vier Monaten während der Dauer des Visumverfahrens beeinträchtigt wird, sondern dass bei einer Rückkehr des Klägers in die Türkei eine durch die erforderliche Ableistung des Wehrdienstes bedingte Trennungszeit

- 28 -

der Ehepartner von mindestens 15 Monaten zu erwarten ist. Dieser vom Kläger vorgetragene und in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht erörterte Sachverhalt war der Beklagten bekannt. Ihre Ermessenserwägungen hat sie trotz des Hinweises des Klägers in seiner Berufungserwiderung und deren Darstellung in der mündlichen Verhandlung nicht korrigiert oder ergänzt.

Zudem besteht ein Ermessensfehler im Sinne des § 114 Satz 1 VwGO darin, dass die Beklagte dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG nicht hinreichend Rechnung getragen und die in die Abwägung einzustellenden Gesichtspunkte fehlerhaft gewichtet hat. Eine solche fehlerhafte Gewichtung kann z.B. dann vorliegen, wenn die Behörde einzelnen Tatsachen ein Gewicht beimisst, das objektiven Wertungsmaßstäben nicht entspricht (vgl. zur Überprüfung der einzustellenden Belange: BVerwG, Ur. v. 19.11.1996, 1 C 6.95, BVerwGE 102, 249, juris Rn. 24 ff.). Ein solcher bei der Abwägung relevanter Maßstab für die Gewichtung der einander gegenüberstehenden Belange kann sich aus der einfachrechtlichen Wertung des Gesetzes und insbesondere aus den durch Art. 6 Abs. 1 und 2 GG, Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK geschützten privaten Belangen des Ausländers ergeben, die entsprechend ihrem Gewicht und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in der Gesamtabwägung zu berücksichtigen sind (vgl. zum Maßstab Wolff, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl. 2010, § 114 Rn. 181, 184; Kopp/Schenke, VwGO, 19. Aufl. 2013, § 114 Rn. 7, 39-41).

Daran gemessen hat die Beklagte die auch durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Interessen des Klägers zu gering gewichtet. Die Beklagte hat ein Übergewicht der öffentlichen Interessen mit der Begründung angenommen, das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Einreisevorschriften zum Zweck der Kontrolle von einreisewilligen Personen, die sich auf Dauer im Bundesgebiet niederlassen wollten, sowie am geregelten Zuzug von Ausländern überwiege deutlich die privaten Interessen des Klägers. Der Staat führe die gesetzliche Regelung ad absurdum, wenn er die Visumpflicht einführe, aber nicht dafür Sorge, dass diese eingehalten werde. Sehe er trotz illegaler Einreise des Ausländers – wie im Fall des Klägers – von der Durchführung des Visumverfahrens ab, prämiere er damit strafbares Verhalten. Demgegenüber stelle die Nachholung für den Kläger – auch unter Berücksichtigung der Kosten für die Aus- und Wiedereinreise und der zeitweisen Trennung – keine unzumutbare Belastung dar.

- 29 -

- 29 -

Mit dieser Gewichtung verkennt die Beklagte die Reichweite und den Zweck der gesetzlichen Ermächtigung in § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG. Zwar ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, dass die Beklagte generalpräventive Gesichtspunkte wie die Bedeutung und Wirksamkeit des Visumverfahrens als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung (vgl. BT-Drs 15/420 S. 70) in ihre Ermessensbetätigung einstellt (vgl. BVerwG, Urt. v. 11.1.2011, 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353, juris Rn. 34; Urt. v. 4.9.1986, 1 C 19.86, BVerwGE 75, 20, juris Rn. 14). Die Beklagte hat aber auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber durch die Eröffnung des Ermessens in § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG gerade ermöglichen will, im Einzelfall zu Gunsten des Ausländers von der Nachholung des Visumverfahrens abzusehen, und zwar nicht nur bei der Unzumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens, sondern auch dann, wenn ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht. Dem hat die Beklagte nicht ausreichend Rechnung getragen. Die Beklagte hat trotz des gesetzlichen Anspruchs des Klägers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels beim Ehegattennachzug generell dem – bereits die Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG begründenden – öffentlichen Interesse an der Einhaltung der Visumpflicht und an der Einholung des für den jeweiligen Aufenthaltzweck erforderlichen Aufenthaltstitels vom Ausland aus entscheidendes Gewicht beigemessen. Damit hat sie den vom Gesetzgeber eröffneten Ermessensspielraum faktisch nicht ausgenutzt und eine dem Einzelfall des Klägers Rechnung tragende Entscheidung nicht getroffen. Auch die weiteren Erwägungen tragen der Tatsache, dass im Fall des Klägers ein gesetzlicher Anspruch im Sinne des § 5 Abs. 2 Satz 2 1. Altern. AufenthG vorliegt, nicht ausreichend Rechnung. Da bereits feststeht, dass dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen sein wird, ist die von der Beklagten generell für erforderlich gehaltene Kontrolle von einreisewilligen Personen zum Schutz vor Gefahren für die im Bundesgebiet lebenden Menschen nicht mehr notwendig. Damit steigt das Gewicht der privaten Belange, eine Trennung von seiner Ehefrau zu vermeiden und die Kosten für die Reise in die Türkei sowie die Rückreise zu ersparen. Inwieweit der Kläger in der Lage ist, diese Kosten aufzubringen, hat die Beklagte noch nicht einmal geprüft. Die generalpräventiv motivierte Erwägung der Beklagten, es dürften keine Anreize für eine Einreise unter Verstoß gegen die Einreisevorschriften geschaffen werden, verkennt, dass es eine zwangsläufige Folge der Eröffnung des Ermessens (im Fall eines gesetzlichen Anspruchs) ist, dass im Einzelfall von den Einreisevorschriften abgesehen werden kann. Mit der von der Beklagten gegebenen Begründung läuft der vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessensspielraum leer.

- 30 -

- 30 -

Weiter hat die Beklagte bei ihrer Gewichtung der einander gegenüberstehenden Interessen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG nicht berücksichtigt. Auf der Grundlage ihrer Fachanweisung 1/2013 (Seite 22) lässt die Beklagte in sonstigen Fällen eines Rechtsanspruchs aus familiären Gründen (Nachzug von Kindern oder Eltern) das öffentliche Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung des Visumverfahrens als wichtigem Steuerungsinstrument der Zuwanderung regelmäßig hinter dem gemäß Art. 6 GG und Art. 8 EMRK gebotenen Schutz von Ehe und Familie zurücktreten. Hierzu heißt es in der Fachanweisung weiter: „... Denn steht wegen des Vorliegens eines Rechtsanspruchs von vornherein fest, dass das Visum umgehend nach der Ausreise zu erteilen wäre, kommt der Nachholung des Visumverfahrens eine wesentliche Steuerungsfunktion, die eine Beeinträchtigung des gemäß Art. 6 GG und Art. 8 EMRK gebotenen Schutzes von Ehe und Familie durch – vorübergehende – Trennung der Familienangehörigen rechtfertigen könnte, nicht mehr zu. Das Bestehen auf der Durchführung eines Visumverfahrens würde in solchen Fällen allein zu Arbeitsaufwand für die beteiligten Behörden sowie zu wirtschaftlichem Aufwand für die Betroffenen führen, ohne eine echte Funktion in der Steuerung der Zuwanderung zu erfüllen.“ Diese Gründe gelten grundsätzlich gleichermaßen im Fall des hier vorliegenden Ehegattennachzugs, bei dem der ausländische Ehepartner sich bereits im Bundesgebiet aufhält und einen Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Familienzusammenführung hat. Die Beklagte hat keine Gründe angeführt und ihrer Entscheidung zugrunde gelegt, aus denen sich ergeben könnte, dass im Fall des Ehegattennachzugs der Rechtsanspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis weniger wiegt und die öffentlichen Interessen an der Einhaltung des Visumverfahrens ein höheres Gewicht haben als im Falle des Nachzugs von anderen Familienangehörigen.

2. Die Beklagte kann nicht zur Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis verpflichtet werden, da die Sache nicht spruchreif ist. Der Kläger hat keinen Rechtsanspruch darauf, dass die Beklagte ihr Ermessen dahin ausübt, dass von der Durchführung des Visumverfahrens abgesehen wird.

Eine Ermessensreduzierung auf Null zu Gunsten des Klägers ist vorliegend nicht gegeben. Auch unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen ist nicht ersichtlich, dass trotz des der Beklagten zukommenden Ermessensspielraums angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalls nur die Erteilung des Aufenthaltstitels ermessensfehler-

- 31 -

frei wäre. Der mit der Nachholung des Visumverfahrens verbundene Eingriff in die durch Art. 6 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK geschützte Rechtsposition des Klägers ist nicht so schwerwiegend, dass zwingend sogleich eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen wäre. Wie ausgeführt, ergibt sich aus der Fachanweisung 1/2013 keine Bindung des Ermessens für den Fall des Ehegattennachzugs im Fall eines bestehenden Rechtsanspruchs auf eine Aufenthaltserlaubnis; dieser Fall ist nach der Verwaltungspraxis von der Fachanweisung nicht erfasst. Auch scheidet ein Anspruch auf Gleichbehandlung mit den in der Fachanweisung 1/2013 geregelten Fällen des Familiennachzugs aus, da es der Beklagten grundsätzlich unbenommen ist, eine etwa erforderliche Gleichbehandlung auf andere Weise, ggf. auch durch eine Änderung ihrer derzeitigen Entscheidungspraxis in Fällen des sonstigen Familiennachzugs, herzustellen.

Im Übrigen ist für das Berufungsgericht nicht abschätzbar, ob es über die von der Beklagten herangezogenen hinaus weitere Gründe gibt, trotz des bestehenden Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis den Kläger noch auf das Visumverfahren zu verweisen. Dass es derartige Gründe gibt, welche die Beklagte im Rahmen ihres Ermessens berücksichtigen und zu den persönlichen Belangen des Klägers in ein angemessenes Verhältnis bringen dürfte, ist jedenfalls nicht auszuschließen.

Die Beklagte hat daher unter Beachtung der oben dargestellten Rechtsauffassung des Berufungsgerichts über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erneut zu entscheiden und dabei das ihr bei der Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 28 Abs. 1 Satz 1, 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG zustehende Ermessen (erneut) auszuüben.

## II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

## III.

Die Revision ist nach § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zuzulassen, weil der Rechtssache wegen der höchstrichterlich nicht geklärten und in der Rechtsprechung umstrittenen Vorausset-

- 32 -