

1. Bei § 36a Abs. 1 S. 1 und S. 2 AufenthG handelt es sich nicht lediglich um eine Befugnisnorm, die keine subjektiven Rechte gewährt, sondern um eine sog. Ermessensnorm, die ein subjektives Recht dahingehend gewährt, dass die Behörde nach § 40 Verwaltungsverfahrensgesetz ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhält.

2. Ob humanitäre Gründe i.S.d. § 36a Abs. 2 AufenthG vorliegen, unterliegt der vollen gerichtlichen Überprüfung.

3. Humanitäre Gründe i.S.d. § 36a Abs. 2 AufenthG liegen bereits dann vor, wenn eines der Regelbeispiele der Nr. 1-4 erfüllt ist oder eine vergleichbare Konstellation vorliegt.

4. Für die Bestimmung eines Ausnahmefalls vom Regelausschlussgrund des § 36a Abs. 3 AufenthG müssen besondere Umstände vorgetragen oder ersichtlich sein, die sich entweder aus der Atypik des Geschehensverlaufes oder einer aus verfassungs-, unions- oder völkerrechtlichen Gründen folgenden Unzumutbarkeit der Anwendung des Regelausschlussgrundes ergeben.

(Amtliche Leitsätze)

38 K 71.19 V

Verwaltungsgericht Berlin

Urteil vom 05.03.2020

T e n o r

Soweit die Klage zurückgenommen wurde, wird das Verfahren eingestellt.

Im Übrigen wird die Beklagte unter Aufhebung der Bescheide der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Maskat (Oman) vom 21. Mai 2019 verpflichtet, die Anträge der Klägerinnen vom 26. September 2018 auf Erteilung eines Visums zum Familiennachzug unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.

Die Kosten des Verfahrens, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1.) und 2.), die diese selbst tragen, haben die Klägerinnen und die Beklagte jeweils zur Hälfte zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aus dem Urteil gegen ihn vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Die Berufung und die Sprungrevisionsinstanz werden zugelassen.

T a t b e s t a n d

1 Die Klägerinnen begehren die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung von Visa zum Nachzug zu ihrem Ehemann/Vater (Stammberechtigter), die ihnen wegen einer Verurteilung des Stammberechtigten nach dem Betäubungsmittelgesetz versagt wurden.

2 Die am ... 1993 geborene Klägerin zu 1.) ist seit dem 13. November 2011 mit dem Stammberechtigten verheiratet. Die am ... 2013 geborene Klägerin zu 2.) ist die gemeinsame Tochter. Die Familie ist jemenitischer Staatsangehörigkeit.

9 Zur Begründung tragen die Klägerinnen vor, dass es sich bei dem von der Beklagten geltend gemachten Ausschlussgrund des § 36a Abs. 3 Nr. 2 d) AufenthG nicht um einen zwingenden Ausschlussgrund handele, diese seien vielmehr abschließend in § 27 AufenthG geregelt. Die Anwendung von Ausschlussgründen müsse im Bereich des Familiennachzugs restriktiv erfolgen und erfordere eine Interessensabwägung, die in der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht ersichtlich sei. Insbesondere habe die Beklagte die strafrechtlichen Unterschiede zwischen einer Verurteilung durch Urteil und Strafbefehl nicht berücksichtigt. Der Strafbefehl ergehe ohne vollständige Aufklärung des Sachverhalts in einem "summarischen Verfahren".

10,11 Die Klägerinnen haben zunächst einen Antrag auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung der begehrten Visa angekündigt. Nach teilweiser Klagerücknahme beantragen die Klägerinnen nunmehr noch, die Beklagte unter Aufhebung der Bescheide der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Maskat vom 21. Mai 2019 zu verpflichten, ihre Anträge auf Erteilung eines Visums zum Familiennachzug unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

12,13 Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

14 Zur Begründung verweist sie darauf, dass nach der gesetzlichen Systematik des § 36a Abs. 3 AufenthG für das Eingreifen einer Ausnahme vom Regelausschlussgrund eine so genannte Atypik vorgetragen werden müsse. Der Strafbefehl stehe aber dem Urteil gleich und sei im deutschen Rechtssystem üblich.

15 Die Beigeladene zu 1.) und der Beigeladenen zu 2.) haben keinen Klageantrag gestellt.

16 Mit Beschluss vom 4. November 2019 hat die Kammer Prozesskostenhilfe gewährt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Streitakte, die Verwaltungsvorgänge der Beklagten sowie der Beigeladenen zu 1.), sowie die Ausländerakten des Stamberechtigten, ferner die Strafakte ... und das Sonderheft BZR verwiesen. Die Akten haben vorgelegen und ihr Inhalt ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

17 Über die Klage konnte trotz Ausbleibens sowohl einer Vertreterin oder eines Vertreters der Beigeladenen zu 1.) als auch des Beigeladenen zu 2.) in der mündlichen Verhandlung entschieden werden, da diese mit der ordnungsgemäßen Ladung hierauf hingewiesen worden sind (§ 102 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO).

18 1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere sind die Klägerinnen klagebefugt, da sie geltend machen können, durch die Ablehnung der begehrten Visa in ihren Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO).

19 Bei § 36a Abs. 1 S. 1 und S. 2 AufenthG handelt es sich nicht lediglich um eine Befugnisnorm, die keine subjektiven Rechte gewährt und damit eine Klagebefugnis auch nicht begründen kann, sondern um eine sog. Ermessensnorm (OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Juni 2019 – OVG 3 M 125.19 –, juris Rn. 5; Kluth, in: Kluth/Heusch, Beck'scher Online-Kommentar AusländerR, 24. Edition, Stand: 1. November 2019, § 36a Rn. 9; Kluth, ZAR 2018, 375 [376]; Zeitler, in: HTK-AuslR, § 36a Abs. 1 AufenthG, Stand: 12/2019, Nr. 6). Dies bedeutet, dass ein subjektives Recht der Klägerinnen dahingehend besteht, dass die Behörde nach § 40 Verwaltungsverfahrensgesetz ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung ausübt und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einhält. Dieses Recht ist möglicherweise verletzt, weil die Beklagte davon ausgegangen ist, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 36a Abs. 1 S. 1 AufenthG nicht erfüllt sind und diese daher überhaupt kein Ermessen ausgeübt hat.

20 Der Annahme, bei § 36a Abs. 1 S. 1, S. 2 AufenthG handele es sich um eine sog. Ermessensnorm, liegen folgende Überlegungen zugrunde:

21 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist zur Abgrenzung zwischen Ermessensnorm und Befugnisnorm ("kann" als Kompetenz-Kann) eine Auslegung anhand der gängigen Auslegungsmethoden, insbesondere orientiert an Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Norm, vorzunehmen (BVerwG, Beschluss vom 2. Dezember 2019 – BVerwG 1 B 75.19 –, juris Rn. 13 unter Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 22. August 2016 – 1 B 44/16 –, juris Rn. 6f.). Der Wortlaut der Norm spricht vorliegend bereits dafür, dass es sich bei dieser um eine Ermessensnorm handelt. Dieser wurde bewusst als "kann" gewählt – gegenüber einem auf eine Befugnisnorm hindeutenden "darf" in einer früheren Fassung des Gesetzesentwurfs (Hailbronner, AuslR, Stand: September 2018, § 36a Rn. 58). Im Rahmen der teleologischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass aus dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Schutz der Familie zwar kein Anspruch auf Familiennachzug (siehe auch § 36a Abs. 1 S. 3 AufenthG), wohl aber auf Berücksichtigung der familiären Belange folgt (siehe VG Berlin, Urteil vom 21. Januar 2020 – VG 38 K 429.19 V –, juris Rn. 43). Dieser verfassungsrechtliche Anspruch kann nur bei einem Verständnis der Vorschrift als Ermessensnorm erreicht werden (Hailbronner, AuslR, Stand: September 2018, § 36a Rn. 59; Zeitler, in: HTK-AuslR, § 36a Abs. 1 AufenthG, Stand: 12/2019, Nr. 6).

22 Dass die Erteilung anders als beim Nachzug der Ehegatten und Kinder zu einem anerkannten Flüchtling nach § 30 Abs. 1, § 32 Abs. 1 AufenthG (lediglich) im Ermessen der Behörde steht, stellt keinen Verstoß gegen Art. 3 GG dar, da insoweit unterschiedliche völkerrechtliche Vorgaben bestehen (siehe VG Berlin, Urteil vom 21. Januar 2020 – VG 38 K 429.19 V –, juris Rn. 48-52). Die einschlägigen unionsrechtlichen ausländer- und asylrechtlichen Richtlinien enthalten keine Vorgaben für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten (siehe VG Berlin, Urteil vom 21. Januar 2020 – VG 38 K 429.19 V –, juris Rn. 30-36).

23 2. Die Klage ist darüber hinaus auch begründet.

24 Der Bescheid der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Maskat vom 21. Mai 2019 ist rechtswidrig. Die Klägerinnen haben einen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Visumsanträge, da entgegen der Ansicht der Beklagten die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 36a AufenthG erfüllt sind, so dass die Klägerinnen durch die Ablehnung ihres Visumsantrags in ihren Rechten verletzt werden (§ 113 Abs. 5 S. 2 VwGO).

25 a) Die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen des § 36a Abs. 1 S. 1 AufenthG sind erfüllt.

26 So sind die Klägerinnen die Ehefrau bzw. die minderjährige ledige Tochter eines Ausländers, der im Besitz der erforderlichen Aufenthaltserlaubnis für subsidiär Schutzberechtigte nach § 25 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AufenthG ist.

27 Auch die erforderlichen humanitären Gründe, deren Vorliegen der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt (Zeitler, in: HTK-AuslR, § 36a Abs. 1 AufenthG, Stand: 12/2019, Nr. 4, Nr. 6, § 36 Abs. 2 S. 1, Stand: 1/2020, Nr. 1), sind gegeben. So ist von der Visumsentscheidung mit der Klägerin zu 2.) ein minderjähriges lediges Kind betroffen, so dass jedenfalls die humanitären Gründe des § 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegen. Ob darüber hinaus – wovon die Beklagte im streitgegenständlichen Bescheid ausgegangen ist – die humanitären Gründe des § 36a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG gegeben sind, weil die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft seit langer Zeit nicht möglich ist, bedarf keiner Klärung. Nach dem eindeutigen Wortlaut der Regelung ("oder") liegen nämlich humanitäre Gründe bereits dann vor, wenn eines der Regelbeispiele der Nr. 1-4 erfüllt ist oder eine vergleichbare Konstellation ("insbesondere") vorliegt (siehe auch Zeitler, in: HTK-AuslR, § 36a Abs. 2 S. 1 AufenthG, Stand: Stand: 1/2020, Nr. 3).

28 b) Der Anspruch ist ferner nicht nach § 36a Abs. 3 Nr. 2 lit. d) AufenthG ausgeschlossen.

29 Danach ist die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bzw. des Visums in der Regel ausgeschlossen, wenn der Ausländer, zu dem der Familiennachzug stattfinden soll, wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten nach § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Betäubungsmittelgesetz (BtMG) rechtskräftig verurteilt worden ist. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

30 Zwar wurde der Stammberechtigte vorliegend in diesem Sinne durch Strafbefehl des Amtsgerichts [REDACTED] vom 9. Januar 2019 zu einer Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen verurteilt. Diese Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist auch seit dem 20. März 2019 rechtskräftig. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt aber ein Ausnahmefall vor.

31 Dabei überträgt die Kammer die für die Bestimmung des Regel-Ausnahme-Verhältnis bei den allgemeinen Nachzugsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 AufenthG geltenden Grundsätze auf die vorliegend streitgegenständliche Regelung (so im Ergebnis auch Kluth, in: Kluth/Heusch, Beck'scher Online-Kommentar AusländerR, 24. Edition, Stand: 1. November 2019, § 36a Rn. 38f.). Für eine Abweichung vom Regelfall müssen daher besondere Umstände vorgetragen oder ersichtlich sein, die sich entweder aus der Atypik des Geschehensverlaufes oder einer aus verfassungs-, unions- oder völkerrechtlichen Gründen folgenden Unzumutbarkeit der Anwendung des Regelausschlussgrundes ergeben (siehe zu § 5 AufenthG: Maor, in: Kluth/Heusch, Beck'scher Online-Kommentar AusländerR, 24. Edition, Stand: 1. November 2019, § 5 Rn. 20 f.; Zeitler, in: HTK-AuslR, § 5 AufenthG, Abs. 1 Nr. 1). Die Prüfung des Ausnahmefalls bleibt folglich entgegen der Ansicht der Beklagten nicht nur auf atypische Umstände des Einzelfalls beschränkt, sondern umfasst auch verfassungs- und unionsrechtliche Wertentscheidungen, denen die ausländerrechtliche Entscheidung nicht widersprechen darf. Ob ein Ausnahmefall vorliegt, unterliegt keinem Einschätzungsspielraum der Behörde, sondern ist gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar. Zu den verfassungs-, unions- und völkerrechtlichen Gründen gehört neben dem Schutz von Ehe und Familie (Maor, ebd., Rn. 20f ff.; Zeitler, ebd., Nr. 4) der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Maor, ebd., Rn. 20, 20l; Zeitler, ebd., Nr. 6.1.) (zu beiden Gründen auch BVerwG, Urteil vom 27. August 1996 – BVerwG 1 C 8/94 –, BVerwGE 102, 12, juris Rn. 29, 38).

32 Entgegen der Ansicht des Verfahrensbevollmächtigten der Klägerinnen begründet allerdings nicht bereits der Umstand, dass die Verurteilung nicht durch ein Urteil, sondern einen Strafbefehl erfolgte, einen Ausnahmegrund. § 410 Abs. 3 Strafprozessordnung bestimmt vielmehr ausdrücklich, dass der Strafbefehl – soweit nicht rechtzeitig Einspruch erhoben worden ist – einem rechtskräftigen Urteil gleichsteht.

33 Ein Ausnahmefall ergibt sich aber aus der Zusammenschau aller Umstände des vorliegenden Einzelfalles unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls.

34 Die Verurteilung des Stambberechtigten zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen ist am unteren Bereich des durch § 40 Abs. 1 Strafgesetzbuch, § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG gesteckten Bereichs angesiedelt (5 - 360 Tagessätze oder Freiheitsstrafe). Soweit das Aufenthaltsgesetz an anderen Stellen bestimmt, dass die Verurteilung zu einer Geldstrafe einen Anspruch ausschließt, zieht es selbst Untergrenzen (§ 18a Abs. 1 Nr. 7, § 25a Abs. 3, § 60a Abs. 2 S. 6, § 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AufenthG: 50 bzw. 90 Tagessätze; siehe § 12a Abs. 1 Nr. 2 StaG: 90 Tagessätze). Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Untergrenze wird zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der Folgen einer Geldstrafe eine solche Untergrenze in Literatur und Rechtsprechung angenommen. So wird für eine Ausweisung nach Verurteilung zu einer Geldstrafe wegen eines "nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoßes gegen Rechtsvorschriften" (§ 54 Abs. 1 Nr. 9 AufenthG) teils – unter Berufung auf die vorläufigen Anwendungshinweise zur alten Fassung der Ausweisungsvorschriften (Nr. 55.2.2.2. der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 55 AufenthG) – von einer Untergrenze bis zu 30 Tagessätzen ausgegangen (so Bauer, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, 13. Aufl. 2020, § 54 AufenthG Rn. 95; Tanneberger/Fleuß, in: Kluth/Heusch,

Beck'scher Online-Kommentar AusländerR, 24. Edition, Stand: 1. August 2019, § 54 AufenthG Rn. 118; Beichel-Benedetti, in: Huber: AufenthG, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 35; ähnlich OVG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 10. Oktober 2016 – 2 O 26/16 –, juris Rn. 12; a.A. VG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2010 – 24 L 645/10 –, juris). Die Gesetzesbegründung ist insoweit unergiebig. So heißt es in der kurzen Begründung zum Ausschlussgrund des Abs. 3 Nr. 2 (BT-Drs. 19/2438, S. 24): "Der Familiennachzug ist ausgeschlossen, wenn derjenige, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll, wegen einer schwerwiegenden Straftat verurteilt worden ist."

35 Für die Familienzusammenführung streitet vorliegend, dass der Stammberechtigte vor und nach der genannten Verurteilung straffrei gelebt hat, und dass seit dem Tatgeschehen bereits ein Jahr und neun Monate vergangen sind. Allein aufgrund der strafrechtlichen Ermittlungen und der späteren Verurteilung hat die Beklagte über den Ende September 2018 gestellten Antrag auf Familienzusammenführung zunächst nicht entschieden und dann wegen des dadurch bedingten Ausschlussgrundes die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 36a AufenthG verneint. Damit wurde der Familiennachzug bereits faktisch für etwa anderthalb Jahre verhindert.

36 Das gleichwohl bestehende generalpräventive Interesse an der Bekämpfung der Verbreitung von Drogen (zu dessen großer Bedeutung vgl. EGMR, Entscheidung vom 24. März 2015 – 37074/13 [Kerkez] –, juris, Rn. 29, juris m.w.N.; siehe auch EuGH, Urteil vom 23. November 2010 – C-145/09 [Tsakouridis] –, Rn. 42, NVwZ 2011, 22, und BVerwG, Urteil vom 14. Mai 2013 – BVerwG 1 C 13/12 –, NVwZ-RR 2013, 778, juris Rn. 12) tritt im vorliegenden Einzelfall hinter den Interessen der Familienzusammenführung zurück (siehe den Rechtsgedanken des § 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG).

37 Dieses allgemeine staatliche Interesse an der Bekämpfung der Verbreitung von Drogen lässt sich dem Grunde nach mit anderen allgemeinen Interessen (Schonung der öffentlichen Kassen, Einhaltung der Einreisebestimmungen) vergleichen. Für den Fall eines solchen anderen allgemeinen Interesses, nämlich dem allgemeinen Interesse an der Schonung der öffentlichen Kassen durch das Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass (bei Erfüllung weiterer Voraussetzungen) bei Familien mit zumindest einem Familienmitglied mit deutscher Staatsangehörigkeit die Interessen von Kindern unter 13 Jahren vorrangig gegenüber dem allgemeinen Interesse sind (BVerwG, Urteil vom 13. Juni 2013 – BVerwG 10 C 16/12 –, NVwZ 2013, 1493). Dieser Grundsatz lässt sich nach Ansicht der Kammer auf Fälle übertragen, in denen zur Familie zwar keine Person mit deutscher Staatsangehörigkeit, wohl aber eine Person gehört, der es ebenso wie deutschen Staatsangehörigen unzumutbar ist, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen. Dabei ist die Entscheidung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, einer Person internationalen Schutz zuzuerkennen, nach § 6 S. 1 Asylgesetz (AsylG) für das Verwaltungsgericht verbindlich.

38 Unter Anwendung dieser Grundsätze ist im vorliegenden Einzelfall ein Ausnahmefall gegeben. Zwar gehört zur Familie der Klägerinnen keine Person mit deutscher Staatsangehörigkeit, dem Stammberechtigten ist es jedoch unzumutbar, die Bundesrepublik Deutschland zu verlassen. Nach der für das Verwaltungsgericht verbindlichen Entscheidung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge, ihm internationalen Schutz (in der Form des subsidiären Schutzes) zu zuerkennen, steht fest, dass diesem in seinem Herkunftsland ein ernsthafter Schaden droht (§ 4 Abs. 1 S. 1 AsylG) und dass er nicht in einem Drittstaat vor diesem Schaden sicher war (§ 29 Abs. 1 Nr. 4 AsylG); insoweit ist die Entscheidung des Bundesamtes in Bestandskraft erwachsen. Die Klägerin zu 2.) hat erst vor wenigen Tagen das 7. Lebensjahr vollendet. Ihr Wohl als minderjähriges Kind ist daher gem. § 36a Abs. 2 S. 3 AufenthG besonders zu berücksichtigen (siehe auch Art. 10 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention).

39 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1, § 155 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 11, § 711, § 709 S. 2 Zivilprozessordnung.

40 Die Berufung und die Sprungrevision waren nach § 124a Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3, sowie § 134 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen.

41 BESCHLUSS

42-44 Der Wert des Streitgegenstandes wird gemäß §§ 39 ff., 52 f. des Gerichtskostengesetzes auf 10.000,00 Euro festgesetzt.