



## **Eheschließung und Familiennachzug**

VGH BaWü, Beschluss vom 10.03.09 – 11 S 2990/08 – Informationsbrief Ausländerrecht 6/2009/236

***Franz Hoß***

In einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg werden häufig vorkommende Standardprobleme im Zusammenhang mit einem gewünschten Familiennachzug auf Grund Eheschließung gründlich und systematisch abgehandelt.

Sachverhalt:

- 2001 eingereister Inder wird als Asylsuchender abgelehnt und ist von Abschiebung bedroht, mehrere Straftaten (Geldstrafen sowie Freiheitsstrafe mit Bewährung)
- 2006 Heirat mit einer Deutschen in Schweden
- Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen nach § 28 Abs. 1 AufenthG, hilfsweise aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5
- Die Ausländerbehörde lehnt die Anträge ab; das Verwaltungsgericht gibt Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz statt; auf die Beschwerde der Ausländerbehörde hebt der Verwaltungsgerichtshof diesen Beschluss auf, da kein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht werden konnte.

Wichtige Aussagen in den Gründen der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs:

- Da wegen der Straftaten Ausweisungsgründe vorliegen, erfüllt der Ausländer bereits nicht die allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2. Weiterhin fehlt es an der Einhaltung der Visumpflicht für längerfristige Aufenthalte gemäß §§ 5 Abs. 2/6 Abs. 4. Diese Vorschriften gelten auch für abgelehnte Asylbewerber. Befreiungsfälle nach § 39 AufenthV liegen nicht vor.
- Gemäß § 27 Abs. 3 S. 2 kann im Ermessenswege von der Erteilungsvoraussetzung, dass kein Ausweisungsgrund vorliegen darf, befreit werden. Selbst wenn das Ermessen im vorliegenden Fall auf Null reduziert wäre, hilft dies nicht weiter, weil die zweite allgemeine Erteilungsvoraussetzung - die Einhaltung des Visumverfahrens - noch fehlt. Hierauf kann gem. § 5 Abs. 2 Satz 2 nur verzichtet werden, wenn ein gesetzlich gebundener Anspruch besteht. Die Vorschrift ist in Fällen der Ermessensentscheidung auf Null nicht anwendbar, sondern nur bei einem strikten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Da wegen des Ausweisungsgrundes, der sich aus der Straffälligkeit ergibt, kein uneingeschränkter Anspruch auf Familiennachzug besteht, greift die Befreiungsmöglichkeit von der Einhaltung des Visumverfahrens nicht ein. Den 2. Befreiungsgrund nach § 5 Abs. 2 S. 2 (Unzumutbarkeit auf Grund besonderer Umstände) lehnt der Verwaltungsgerichtshof ab. Auch die Schutzwirkungen des Art. 6 GG bzw. des Art. 8 EMRK begründen eine solche Unzumutbarkeit nicht, da das übliche Visumverfahren auch für Familiennachzugsanträge gemäß den §§ 27 ff bewusst gewollt ist mit dem Ziel, dass die Zuwanderung für einen längerfristigen Aufenthaltzweck vorrangig vom Ausland her gesteuert wird. Die sich daraus ergebende Notwendigkeit der Rückkehr in das Heimatland und die damit verbundenen üblichen Belastungen sind im Normalfall vom Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen worden und begründen keine unzumutbaren Belastungen. Als zumutbar sieht der

Verwaltungsgerichtshof dabei auch eine Verfahrensdauer von durchschnittlich 9,9 Monaten in einem sich an eine Visumablehnung anschließenden Verwaltungsklageverfahren vor dem Verwaltungsgericht Berlin an.

- Demnach ist der mit der Durchführung eines Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf regelmäßig hinzunehmen.
- Da es sich bei dem Ausländer in diesem Fall um einen abgelehnten Asylbewerber handelt, scheidet die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen auch bereits an § 10 Abs. 3 S.1. Die Sperrwirkung dieser Vorschrift kann ebenfalls nur überwunden werden, wenn ein strikter Anspruch auf Erteilung einer AE besteht (§ 10 Abs. 3 S. 3). Auch hier wiederum genügt keine Aufenthaltserlaubnis, für welche eine Ermessensausübung (§ 27 Abs. 3 S. 2) im Hinblick auf den Verzicht auf die Regelvoraussetzung, dass kein Ausweisungsgrund vorliegen darf, möglich ist, selbst wenn dieses Ermessen auf Null reduziert ist. Die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 ist auch nicht deswegen entfallen, weil der Ausländer zur Eheschließung nach Schweden ausgereist war. Hierzu verweist der Verwaltungsgerichtshof auf die etwas versteckte Vorschrift des § 50 Abs. 4, wonach die Reise in ein anderes EU-Land nur unter bestimmten Voraussetzungen als 'Ausreise' gilt.

Über die Anspruchsgrundlage der §§ 27 ff AufenthG hinaus hat der Verwaltungsgerichtshof dann § 25 Abs. 5 S. 1 als weitere Anspruchsgrundlage geprüft. Obwohl hierbei sowohl von den allgemeinen Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 befreit werden könnte (§ 5 Abs. 3 S. 2) als auch von der Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1, lehnt der Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit einer Aufenthaltserlaubnis aus § 25 Abs. 5 ebenfalls ab, und zwar mit den folgenden Gründen:

- Die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise kann sich – wie bekannt – sowohl aus inlandsbezogenen Abschiebungsverboten (z.B. Art. 6 GG und Art. 8 EMRK) als auch aus zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 ergeben.
- Liegt eines dieser Abschiebungsverbote vor, dann ist in aller Regel auch eine freiwillige Rückkehr in das Heimatland aus denselben rechtlichen Gründen nicht zuzumuten und damit unmöglich im Sinne des § 25 Abs. 5 S.1.
- Zu einer wirklichen Prüfung der Frage, ob eine Ausreise im Sinne von § 25 Abs. 5 unzumutbar ist, kommt der Verwaltungsgerichtshof jedoch nicht, weil er folgende – neuartige und interessante – Argumentation entwickelt: Eine Legalisierung des Aufenthalts aus familiären Gründen unter Rückgriff auf die – dafür nicht bestimmten – Vorschriften im fünften Abschnitt des Kapitels 2 (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen) scheidet bereits aus systematischen Gründen aus. Dies leitet der Verwaltungsgerichtshof aus § 7 Abs. 1 S. 2 ab.
- Das heißt, die familiären Aufenthaltswürde der §§ 27 ff sind lex specialis zu den Vorschriften der §§ 22 ff. Der Rahmen der Abwägung bei der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen und hier insbesondere der Abwägung zwischen einwanderungspolitischen Zielsetzungen und der Bedeutung wertentscheidender Grundsatznormen wie Art. 6 GG – und in ähnlicher Weise Art. 8 EMRK – ist vom Gesetzgeber in den §§ 27 ff definiert worden.