

Az.: 3 D 19/21
3 K 1766/19



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Klägerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Görlitz
vertreten durch den Landrat
Bahnhofstraße 24, 02826 Görlitz

- Beklagter -
- Beschwerdegegner -

wegen

Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis
hier: Beschwerde gegen die Nichtbewilligung von Prozesskostenhilfe

hat der 3. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Oberverwaltungsgericht Kober und die Richterin am Verwaltungsgericht Wiesbaum

am 11. Juli 2022

beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 5. Februar 2021 - 3 K 1766/19 - wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Gründe

- 1 Die Beschwerde der Klägerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem ihr Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt wurde, ist ohne Erfolg.
- 2 Nach § 166 VwGO Abs. 1 Satz 1 VwGO i. V. m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint.
- 3 1. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt, da ihre auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtete Klage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete. Die Klägerin habe einen Asylantrag gestellt, der nach § 30 Abs. 1 AsylG abgelehnt worden sei. Ihr dürfe deshalb ein Aufenthaltstitel gemäß § 10 Abs. 3 AufenthG nur nach Maßgabe von Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt werden, es sei denn, sie habe Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Einen solchen gebundenen Anspruch habe die Klägerin nicht. Als Mutter eines deutschen Sohnes und mittlerweile Ehefrau eines vietnamesischen Staatsangehörigen, der im Besitz einer Niederlassungserlaubnis sei, erfülle sie zwar die speziellen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und nunmehr auch des § 29 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Es fehle ihr aber nach Auffassung der Kammer an den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG. Soweit die Klägerin aufgrund ihrer Einreise ohne Visum ein Ausweisungsinteresse verwirklicht habe, dürften die hierbei verwirklichten Straftaten jedenfalls absehbar „verbraucht“ sein und ihr deshalb nicht mehr entgegen gehalten werden. Allerdings sei nach § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG

allgemeine Erteilungsvoraussetzung darüber hinaus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist sei. Dies sei die Klägerin unstreitig nicht. Von dieser allgemeinen Erteilungsvoraussetzung könne zwar nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden, diese Entscheidung stehe hingegen im Ermessen des Beklagten, weshalb kein gebundener Anspruch i. S. v. § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG vorliege. Aus diesem Grund könne sie ihren Anspruch auch nicht auf § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV stützen. Die Kammer schließe sich hierzu den Ausführungen des Widerspruchsbeurteilers an und verweise auf diesen. Der mittlerweile gestellte Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG sei wegen des Trennungsprinzips nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

- 4 2. Zur Begründung ihrer Beschwerde macht die Klägerin mit Schriftsatz vom 8. April 2021 zusammengefasst geltend, dass ihr ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Familienzusammenführung nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, hilfsweise nach § 25 Abs. 5 AufenthG, hilfsweise auf „Ausstellung einer Beschäftigung über das Aufenthaltsrecht gemäß Art. 20 AEUV“ zustehe. Ihr könne nicht entgegengehalten werden, dass für die Annahme eines gesetzlichen Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Einreise mit dem dafür notwendigen Visum Voraussetzung sei. Gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG könne von den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt seien oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar sei, das Visumverfahren nachzuholen. Bereits diese Formulierung offenbare, dass es für die Annahme eines gesetzlichen Anspruchs und die Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nicht erforderlich sei, dass sie mit einem Visum zum Zweck der Familienzusammenführung eingereist sein müsse. Andernfalls habe die Regelung des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG keinen Sinn. Der vom Verwaltungsgericht wohl vertretenen Ansicht, dass es in der Fallkonstellation des § 10 Abs. 3 AufenthG für die Annahme eines gesetzlichen Anspruchs notwendig wäre, mit dem „richtigen“ Visum ins Bundesgebiet einzureisen, sei nicht zu folgen. Diese Regelung beschäftige sich mit der Konstellation, in denen ein Ausländer nach unanfechtbarer Ablehnung oder Rücknahme seines Asylantrags eine Aufenthaltserlaubnis begehre. Dem Asylverfahren sei es regelmäßig immanent, dass die betreffende Person ohne Visum in das Bundesgebiet einreise. Vor diesem Hintergrund liege es in der Natur der Sache, dass dieser Personenkreis regelmäßig nicht über ein Visum zum Zweck der Familienzusammenführung verfüge. Auch vor diesem Hintergrund sei die Einreise mit einem Visum keine Voraussetzung für einen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

- 5 Unabhängig hiervon könne sie sich auf § 39 Satz 1 Nr. 4, 5 AufenthV berufen. Ihr sei am 6. Januar 2016 eine Aufenthaltsgestattung erteilt worden, die bis mindestens 29. Mai 2017 gültig gewesen sei. Ihr innerhalb der Geltungsdauer dieser Gestattung am 22. Januar 2016 in Leipzig geborenes Kind habe wegen seiner Abstammung vom Vater mit der Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit erworben, so dass sie mit der Geburt sorgeberechtigte Mutter eines minderjährigen deutschen Kindes geworden sei. Damit habe sie mit der Geburt einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gehabt. Erst mit Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom 29. Mai 2017 sei ihr Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden, wobei die Ablehnung nicht gemäß § 30 Abs. 3 AsylG ergangen sei, weshalb die Regelung des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG in ihrem Fall nicht einschlägig sei. Aktuell sei sie im Besitz einer Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung, weshalb auch die Voraussetzungen des § 39 Nr. 5 AufenthV erfüllt seien.
- 6 Aufgrund der Corona-Pandemie sei ihr auch eine Nachholung des Visumverfahrens und die damit einhergehende Trennung von ihrem minderjährigen Kind nicht zumutbar, denn aufgrund der Pandemie-Situation sei eine Trennung von ihrem Kind für mehrere Monate zu erwarten. Dies habe unter Berücksichtigung des Umstands, dass minderjährige Kinder bereits eine kurzfristige Trennung von den Eltern als endgültig begriffen, nachhaltige negative Auswirkungen auf das Kindeswohl. Dem stehe auch eine eventuelle Vorabzustimmung des Beklagten nicht entgegen, weil auch dieser Umstand im Hinblick auf die Corona-Pandemie, die Flugbeschränkungen und die damit in Verbindung stehende Verzögerung der Bearbeitung in der deutschen Auslandsvertretung in Vietnam eine längerfristige Trennung der Klägerin von ihrem Kind nicht verhindern könne. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG seien unter Berücksichtigung von § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV gegeben.
- 7 Das „Trennungsprinzip“ sei ihr nicht entgegenzuhalten. Sie habe ihren Antrag vom 16. Januar 2017 nicht auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG beschränkt. Der mittlerweile von ihr gestellte Antrag, ihr eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen, sei zu berücksichtigen. Die allgemeine Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG läge vor, nachdem die Tilgungsfrist nach dem Bundeszentralregistergesetz abgelaufen sei.
- 8 Unabhängig hiervon habe sie einen Anspruch auf Ausstellung einer Bescheinigung zum Nachweis eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV. Nach der

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs könne einem Drittstaatsangehörigen, wie der Klägerin, ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht zustehen, das aus Art. 20 AEUV abgeleitet werde. Dies setze voraus, dass ein vom Drittstaatsangehörigen abhängiger Unionsbürger faktisch gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands seiner Rechte als Unionsbürger verwehrt werde. Insofern spiele es eine Rolle, ob der Drittstaatsangehörige das Unionsgebiet - etwa zur Nachholung des Visumverfahrens - für unbestimmte Zeit oder nur für einen kurzen, verlässlich zu begrenzenden Zeitraum zu verlassen habe. Hier sei zu berücksichtigen, dass es kein Visum zur Familienzusammenführung gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG gebe und „ein solches zur Erteilung einer Bescheinigung gem. Art. 20 AEUV ebenfalls nicht definiert sei.“ Folglich scheidet die Nachholung eines Visumverfahrens insofern hier aus. Vor diesem Hintergrund sei ihr hilfsweise eine Bescheinigung zum Nachweis eines Rechts aus Art. 20 AEUV auszustellen. Auf diese Bescheinigung sei die Systematik des Aufenthaltsgesetzes nicht anwendbar, mit der Folge, dass auch die Regelung des § 10 Abs. 3 AufenthG nicht anwendbar sei und es auf eine Ausreise nicht ankomme. Im Weiteren sei zu berücksichtigen, dass im Rahmen des Art. 20 AEUV ausschließlich auf spezialpräventive Ausweisungsgründe abzustellen sei. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urt. v. 8. Mai 2018 - C - 82/16 -, juris Rn. 91 ff.) sei ihr kein generalpräventives Ausweisungsinteresse entgegenzuhalten.

9 Auf die Erwiderung des Beklagten macht sie mit Schriftsatz vom 4. Mai 2021 geltend, dass sie ausweislich der Verwaltungsvorgänge mit Strafbefehl des Amtsgerichts Chemnitz vom 24. Februar 2016 zu einer Geldstrafe von 45 Tagessätzen zu 10,- € verurteilt worden sei. Rechtskraft sei am 2. April 2016 eingetreten. Die fünfjährige Verjährungsfrist sei deshalb am 2. April 2021 und nicht - wie der Beklagte meine - am 22. Oktober 2021 abgelaufen. Entgegen dessen Auffassung sei unabhängig von dem noch anhängigen Widerspruchsverfahren zur Versagung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, hilfsweise eine Bescheinigung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV auszustellen, wozu sie nähere Ausführungen macht.

10 3. Auch unter Berücksichtigung dieses Vorbringens und des weiteren Akteninhalts lässt sich nicht die Überzeugung gewinnen, dass der Klage eine hinreichende Aussicht auf Erfolg zukommt (§ 166 VwGO, § 114 ZPO). Dabei geht der Senat wie auch schon im Ansatz das Verwaltungsgericht davon aus, dass die von der Klägerin mit ihrer uner-

laubten Einreise und ihrem unerlaubten Aufenthalt begangenen Rechtsverstöße verjährt sind und ihr nicht mehr entgegengehalten werden kann, dass ihr gegenüber ein Ausweisungsinteresse i. S. v. § 5 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG bestehe (vgl. § 45 Abs. 1, § 46 Abs. 1 Nr. 1 a, § 47 Abs. 1, § 36 BZRG).

- 11 Die Klägerin kann sich für ihr Begehren auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht mit Erfolg auf § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV berufen. Nach dieser Vorschrift kann ein Ausländer über die im Aufenthaltsgesetz geregelten Fälle hinaus einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen oder verlängern lassen, wenn seine Abschiebung nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist und er (u. a.) auf Grund der Geburt eines Kindes während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat.
- 12 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Klägerin ist nicht berechtigt, die Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nach § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV im Inland einzuholen. Sie ist nicht im Besitz der hierfür erforderlichen Duldung. Sie ist Inhaberin einer Duldung nach § 60a AufenthG und Mutter eines deutschen Kindes, mit dem sie in einem Haushalt lebt und mit dessen Vater sie die elterliche Sorge wahrnimmt. Obwohl § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV nach seinem Wortlaut allgemein auf § 60a AufenthG Bezug nimmt, nimmt die auch nach Auffassung des Senats überzeugende obergerichtliche Rechtsprechung nahezu einhellig (vgl. OVG Rh.-Pf., Beschl. v. 13. Januar 2021 - 7 D 11208/20 -, juris Rn. 14 m. w. N.) eine Einschränkung dergestalt vor, dass ein anderes Abschiebungshindernis als das, das einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stützen soll, vorliegen müsse. Andernfalls würde die Eheschließung oder Geburt eines Kindes gewissermaßen doppelt berücksichtigt, zum einen im Rahmen der Feststellung der Abschiebungsaussetzung und zum anderen zur Begründung eines Aufenthaltsrechts. Damit entfalle jedoch die eigenständige rechtliche Bedeutung der Duldung. Privilegiert werden sollten nur Ausländer, die sich im Inland mit einer Duldung aufhielten und bei denen sodann der in § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthG genannte Fall auftrete, nicht aber diejenigen, denen eine Duldung nur aus diesem Grund erteilt wird (OVG Rh.-Pf. a. a. O.). Die Klägerin ist aber nicht im Besitz einer solchen Duldung. Soweit nach Aktenlage ersichtlich wurden ihr die Duldungen zur Ermöglichung der Personensorge für ihr minderjähriges deutsches Kind erteilt.

- 13 Die Beschwerde kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, der Klägerin stehe ein aus Art. 20 AEUV abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis zu. Dieses setzt voraus, dass ein vom Drittstaatsangehörigen abhängiger Unionsbürger ohne den gesicherten Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen faktisch gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen und ihm dadurch der tatsächliche Nutzen des Kernbestands seiner Rechte als Unionsbürger verwehrt würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 12. Juli 2018 - 1 C 16.17 -, juris Rn. 34 m. w. N.; OVG NRW, Beschl. v. 18. Juni 2020 - 17 B 420/20 - juris Rn. 10). Die Gewährung eines solchen Aufenthaltsrechts kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur „ausnahmsweise“ oder „bei Vorliegen ganz besonderer Sachverhalte“ erfolgen (BVerwG, a. a. O. Rn. 35 m. w. N.).
- 14 Es handelt sich hierbei allerdings nicht um einen nationalen Anspruch i. S. v. § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV (BVerwG, a. a. O. Rn. 31). Zudem ist aber auch nicht ersichtlich, dass der im Januar 2016 geborene Sohn der Klägerin für den Fall einer Nachholung des Visumverfahrens gezwungen sein sollte, ebenfalls die Bundesrepublik Deutschland verlassen zu müssen. Denn der Vater ihres Sohnes, mit dem sie seit dem 12. August 2019 verheiratet ist, verfügt über einen gesicherten Aufenthalt im Bundesgebiet, da er im Besitz einer Niederlassungserlaubnis ist. Gründe dafür, dass der Sohn nicht für den Zeitraum der Nachholung des Visumverfahrens in dem bestehenden Haushalt mit seinem Vater bleiben kann, sind nicht ersichtlich.
- 15 Soweit die Klägerin geltend macht, eine Nachholung des Visumverfahrens sei ihr wegen der Reiseeinschränkungen aufgrund der Covid-19-Pandemie nicht zumutbar, ist darauf hinzuweisen, dass die vietnamesische Regierung das Einreiseverbot für Ausländer und im Ausland lebende Vietnamesen aufgehoben hat (vgl. www.vietnambotschaft.org/visa - abgerufen am 6. Juli 2022), so dass insoweit keine Erschwernisse mehr ersichtlich sind, die insoweit Berücksichtigung finden können.
- 16 Auch die Dauer des Visaverfahrens ist der Klägerin zumutbar. Nach den im Internet veröffentlichten Informationen der Deutschen Vertretungen in Vietnam (www://vietnam.diplo.de/vn-de/vertretungen/botschaft/service/-/2221476 - abgerufen am 6. Juli 2022) werden Termine für Langzeitvisa online vergeben. Nach Auskunft der Deutschen Botschaft in Hanoi vom 16. Juni 2021 dauert die eigentliche Bearbeitung eines Visumantrags zur Familienzusammenführung lediglich zwei bis fünf Tage ab Antragsabgabe (zitiert nach OVG LSA, Beschl. v. 22. November 2021 - 2 M 124/21 -, juris Rn. 18). Soweit von zeitlichen Verzögerungen auszugehen ist, weil Vietnam die Einreise auch seiner eigenen Staatsbürger nur nach vorheriger Genehmigung gestattet, wirkt sich

dieser Umstand auf die Trennungszeit nicht aus, da die Klägerin diese Wartezeit hier bei ihrer Familie vorbringen kann (vgl. OVG LSA a. a. O.). Da nach Auskunft der Vietnamesischen Botschaft in der Bunderepublik Deutschland im Internet (a. a. O.) die vietnamesische Ein- und Ausreisepolitik für Ausländer und im Ausland lebende Vietnamesen wie vor der „Anwendung restriktiver Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie wieder“ eingeführt wurde, sind derzeit keine Quarantänebestimmungen für den Zeitpunkt ab der Einreise nach Vietnam anzunehmen. Nach der bereits genannten Auskunft der Deutschen Botschaft in Hanoi belief sich diese auf nicht mehr als insgesamt vier Wochen. Auch für diesen Fall geht der Senat noch von einer zumutbaren Nachholung des Visaverfahrens für die Klägerin aus, da sie für den Zeitraum von gut einem Monat mit ihrem gut sechs Jahre altem Sohn über die verschiedenen sozialen Medien noch ausreichenden Kontakt herstellen kann.

- 17 Es kann dahinstehen, ob das Trennungsprinzip (vgl. VGH BW, Beschl. v. 5. September 2016 - 11 S 1512/16 -, juris Rn. 5) vorliegend die Berücksichtigung eines Anspruchs der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG hindert. Zwar würde dem Anspruch die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht entgegenstehen, aber, dass der Klägerin - wie oben dargelegt - die Nachholung des Visumverfahrens zumutbar ist und für eine Unmöglichkeit ihrer Ausreise i. S. v. § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG aus sonstigen Gründen keine Anhaltspunkte ersichtlich sind.
- 18 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Einer Streitwertfestsetzung bedarf es nicht, weil Kosten des Beschwerdeverfahrens nach § 166 VwGO i. V. m. § 127 Abs. 4 ZPO nicht erstattet werden und eine Festgebühr nach Nr. 5502 der Anlage 1 zum GKG i. H. v. 66,- € anfällt.
- 19 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

gez.:
v. Welck

Kober

Wiesbaum