

Az.: 3 B 282/25
3 L 420/25 VG Leipzig



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

– Antragsteller –
– Beschwerdeführer –

prozessbevollmächtigt:

gegen

die Stadt Leipzig
vertreten durch den Oberbürgermeister
Martin-Luther-Ring 4-6, 04109 Leipzig

– Antragsgegnerin –
– Beschwerdegegnerin –

wegen

Aufenthaltserlaubnis; Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
hier: Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Kober und die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Nagel

am 28. Januar 2026

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 21. Oktober 2025 - 3 L 420/25 - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 15. August 2024 - 3 K 2466/24 - gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 24. März 2025 wird angeordnet.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt die Antragsgegnerin.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die zulässige Beschwerde ist begründet. Die mit ihr vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen die Änderung des erstinstanzlichen Beschlusses.
- 2 1. Der am..... geborene Antragsteller ist syrischer Staatsangehöriger. Er ist seit mindestens 2018 im Besitz eines befristeten französischen Aufenthaltstitels mit einer Gültigkeit bis zum Jahr 2030. Er ist mit der syrischen Staatsangehörigen religiös verheiratet, ohne dass die Ehe staatlich anerkannt ist. Sie ist seine Lebensgefährtin. Beide sind die Eltern des am 2018 geborenen, für den beide Elternteile sorgeberechtigt sind. Mutter und Kind wohnen in Frau ist in Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 AufenthG; das gemeinsame Kind hat eine Aufenthaltserlaubnis nach § 33 AufenthG. In der Vergangenheit reiste der Antragsteller seinen Angaben nach auf Grundlage von Art. 21 Abs. 1 SDÜ mehrfach von Frankreich, wo er wohnte, in die Bundesrepublik ein und dann wieder aus, um seine Lebensgefährtin und seinen Sohn zu besuchen.
- 3 Mit am 28. November 2019 bei der Antragsgegnerin eingegangenen Schriftsatz vom 22. Oktober 2019 stellte er einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug. Zum 2020 meldete er seinen Wohnsitz unter der Meldeadresse seiner Lebensgefährtin und seines Sohnes an, von wo er zum ... November 2020 nach unbekannt abgemeldet wurde. Im Juni 2022 beantragte er eine Arbeitserlaubnis und nachfolgend eine Aufenthaltserlaubnis. Mit Schreiben vom 12. März 2024 beantragte sein Verfahrensbevollmächtigter eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Am 15. August 2024 erhob er Untätigkeitsklage, über die, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden ist.

- 4 Mit Bescheid vom 24. März 2025 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab (Nr. 1), stellte seine Ausreisepflicht fest und forderte ihn zur Ausreise innerhalb von 30 Tagen nach Bekanntgabe/Zustellung des Bescheids auf (Nr. 2), drohte ihm für den Fall der nicht fristgerechten Ausreise die Abschiebung nach Frankreich an (Nr. 3) und verfügte für den Fall der Abschiebung ein auf zwei Jahre befristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot (Nr. 4). Zur Begründung ihrer Entscheidung verwies sie zusammengefasst darauf, dass er nach § 39 Satz 1 Nr. 6 AufenthV nicht dazu berechtigt sei, einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einzuholen, denn er habe keinen strikten Rechtsanspruch auf einen solchen. Einen solchen sehe weder der infrage kommende Aufenthaltstitel nach § 36 Abs. 2 AufenthG noch der nach § 25 Abs. 5 AufenthG vor. Es sei auch nicht ersichtlich, dass es ihm aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar sein sollte, das Visumverfahren nachzuholen. Die von ihm vorgebrachten Gründe könnten nicht als schwerwiegende Gründe i. S. d. § 36a Abs. 1 Satz 2 AufenthG anerkannt werden. Eine Unzumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens bestehe insbesondere aufgrund seiner vorangegangenen regelmäßigen Besuche und der bisherigen Erziehungspraxis nicht. Auch während der Durchführung des Visumverfahrens könne er mit seinem französischen Titel besuchsweise nach Deutschland reisen oder Besuche seiner Familie in Frankreich empfangen. Die von § 25 Abs. 5 AufenthG vorausgesetzte rechtliche Unmöglichkeit seiner Ausreise bestehe auch bei Berücksichtigung seiner familiären Belange nicht. Er habe die Personensorge auch bisher aus der Distanz ausüben können und nicht glaubhaft gemacht, dass nun mit seiner Ausreise eine unzumutbare Härte eintreten würde. Auch stelle § 25 Abs. 5 AufenthG keinen allgemeinen Auffangtatbestand für Familienzusammenführungen dar, bei denen die in den §§ 27 ff. AufenthG genannten Voraussetzungen nicht erfüllt werden.
- 5 Mit Schriftsatz vom 1. April 2025 nahm der Antragsteller die Aufhebung des Bescheids vom 24. März 2025 mit in seinen Klageantrag auf. Am 28. April 2025 hat der Antragsteller beim Verwaltungsgericht um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Seinen Antrag hat das Gericht mit der angegriffenen Entscheidung abgelehnt und zur Begründung zusammengefasst ausgeführt: Sein Antrag sei dahingehend auszulegen, dass er nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin begehre. Dieser Antrag sei statthaft, da durch die Entscheidung vom 24. März 2025 eine auf § 81 Abs. 3 AufenthG beruhende Fiktionswirkung verloren gegangen sei, die sein Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ausgelöst habe. Denn er habe sich zu diesem Zeitpunkt rechtmäßig in der Bundesrepublik aufgehalten, weil er wegen seines französischen Aufenthaltstitels gemäß Art. 21 SDÜ zu einem Kurzaufenthalt im übrigen Schengen-Gebiet befugt gewesen sei. Es lasse sich nach Aktenlage nicht nachweisen, dass er bereits bei Antragstellung im Jahr 2019 dauerhaft im Bundesgebiet habe verbleiben wollen, zumal er bis zum Jahr 2023 mehrfach ein- und ausgereist sei. Sein Antrag sei aber unbegründet, da er

keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis habe. Er sei nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist und die Voraussetzungen für das Absehen von dieser Erteilungsvoraussetzung lägen nicht vor.

- 6 Insbesondere könne vom Visumerfordernis nicht nach § 39 Satz 1 Nr. 6 AufenthV abgesehen werden. Denn er habe den von der Norm vorausgesetzten strikten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 Satz 1, § 36a Abs. 1 Satz 1, § 36a Abs. 1 Satz 2 und § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG stehe jeweils im Ermessen der Behörde. § 36 Abs. 1 AufenthG stehe entgegen, dass sich mit der Mutter des gemeinsamen Kindes ein personensorgeberechtigter Elternteil im Bundesgebiet aufhalte.
- 7 Vom Visumerfordernis sei nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 1 AufenthG abzusehen, da es an dem hierfür nötigen strikten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis fehle. Auch § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 AufenthG greife nicht. Es lägen keine besonderen Umstände des Einzelfalls vor, aufgrund derer es dem Antragsteller nicht zumutbar sei, das Visumverfahren nachzuholen. Weder Art. 6 Abs. 1 und 2 GG noch Art. 8 Abs. 1 EMRK führten zu einer solchen Unzumutbarkeit. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 GG vermittelten keinen grundrechtlichen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt. Dies gelte auch für den Nachzug zu berechtigterweise in Deutschland lebenden Familienangehörigen. Es sei grundsätzlich mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Familie vereinbar, den Ausländer auf die Einholung eines erforderlichen Visums zu verweisen, und nicht erkennbar, dass vorliegend eine andere Betrachtung geboten wäre. Zwar werde die Familieneinheit infolge der Ausreise des Antragstellers zum Zweck der Visumserlangung aufgehoben. Auch sei nachvollziehbar, dass die Lebensgefährtin des Antragstellers in dessen Abwesenheit - gerade in Anbetracht ihres derzeitigen Arbeitsplatzes mit Schichtdiensten - Herausforderungen bei der Kinderbetreuung zu bewältigen haben werde, die sie in Anwesenheit des Antragstellers voraussichtlich leichter bewältigen könnte. Zudem liege aufgrund des bisherigen Zusammenlebens der Familie eine persönliche Verbundenheit des Antragstellers mit seinem Sohn nahe, die bei seiner Ausreise in der aktuell praktizierten Form unterbrochen werde. Dass sich hieraus ergebe, dass die Lebensgefährtin des Antragstellers oder sein Kind auf eine etwaige Lebenshilfe durch ihn auch für die Zeit der Trennung angewiesen seien, sei nach Abwägung der Umstände im Einzelfall nicht erkennbar.
- 8 Es sei davon auszugehen, dass die Ausreise oder Abschiebung des Antragstellers nur zu einer Trennung der Familie für die Zeit des nachzuholenden Visumsverfahrens, also nicht zu einer dauerhaften Trennung führe. Dabei könne berücksichtigt werden, dass die Lebensgefährtin und das Kind bereits in den vergangenen Jahren mit der wiederholten Abwesenheit des

Antragstellers gelebt und sich offenbar damit arrangiert hätten und dass das Kind mittlerweile alt genug sei, um eine zeitweise Trennung vom Antragsteller nicht als endgültig zu verstehen. Ungeachtet der Möglichkeit eines Umzugs nach Frankreich seien den Familienangehörigen wechselseitige Besuche möglich. So könne der Antragsteller für die Zeit des Visumverfahrens auf Basis seines französischen Aufenthaltstitels das Kind und seine Lebensgefährtin an bis zu 90 Tagen in einem Zeitraum von 180 Tagen im Bundesgebiet besuchen, seine Lebensgefährtin vor Ort bei der Kinderbetreuung unterstützen und auch sein Personensorgerecht erfüllen. Weiter sei davon auszugehen, dass es der Lebensgefährtin auch unter Berücksichtigung der mit ihrem Arbeitsplatz einhergehenden Umstände und etwaiger Krankheitszeiten - wenn auch unter Anstrengungen - möglich sei, eine hinreichende Kindesbetreuung während der zwischenzeitlichen Abwesenheit des Antragstellers zu gewährleisten. Ihr stünden insofern diverse öffentliche und private Betreuungsangebote auch zu Abendzeiten offen. Sofern diese Angebote mit Kosten verbunden seien, sei denkbar, dass der Antragsteller seine Lebensgefährtin nach Möglichkeit finanziell unterstütze. Möglicherweise könne die Lebensgefährtin mit ihrem Arbeitgeber auch Absprachen zu einer Arbeitszeitreduzierung, Verringerung der Spätschichtarbeit oder anderweitige Absprachen treffen, die ihr die Kinderbetreuung erleichterten.

- 9 Im Übrigen dürfte der Antragsteller auch keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis haben. Ein Anspruch nach § 36 Abs. 1 und § 36a Abs. 1 Satz 2 AufenthG scheitere jeweils daran, dass sich mit der Lebensgefährtin des Antragstellers ein personensorgeberechtigter Elternteil des gemeinsamen Kindes im Bundesgebiet aufhalte. Ein Anspruch nach § 36a Abs. 1 Satz 1 AufenthG scheitere daran, dass der Antragsteller mangels Anerkennung der religiösen Ehe zu seiner Lebensgefährtin nicht Ehegatte im Sinne dieser Norm sei. Auch ein Anspruch nach § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG scheide aus. Die von der Norm vorausgesetzte außergewöhnlichen Härte läge nicht vor. Insoweit werde auf die Ausführungen zur (fehlenden) Unzumutbarkeit i. S. v. § 5 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 AufenthG verwiesen, die hier entsprechend gelten würden.
- 10 Auch ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG bestehe nicht. Zwar sei der Rückgriff auf diese Anspruchsgrundlage nicht aus gesetzessystematischen Gründen ausgeschlossen. Allerdings führten das Bestehen familiärer Beziehungen eines Ausländers zu im Bundesgebiet wohnhaften Personen nicht per se zu einem Ausreisehindernis. Vielmehr würden die abgestuften gesetzlichen Regelungen über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen nach dem sechsten Abschnitt des Kapitels 2 des Aufenthaltsgesetzes den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 6 GG und den menschenrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 8 EMRK im Grundsatz ausreichend Rechnung tragen. Sei aber die Versagung eines Aufenthaltsrechts aus familiären Gründen nach §§ 27 ff. AufenthG unter Beachtung der Schutzpflichten aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK

rechtmäßig, verstießen grundsätzlich weder die damit einhergehende Ausreisepflicht noch deren zwangsweise Durchsetzung gegen Art. 6 GG oder Art. 8 EMRK. In solchen Fällen scheidet eine Legalisierung des Aufenthalts aus familiären Gründen unter Rückgriff auf die Vorschriften über die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen im fünften Abschnitt des Kapitels 2 des Aufenthaltsgesetzes aus. Dies gelte auch für § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG, da sich in Fällen der genannten Art aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK in der Regel keine Unmöglichkeit der Ausreise des betroffenen Ausländers ableiten lasse. Etwas Anderes gelte jedoch, wenn die in § 5 und in den §§ 27 ff. AufenthG vorgesehenen Regelungen zur Vermeidung unzulässiger Eingriffe in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK im konkreten Einzelfall ihre Schutzwirkungen nicht voll entfalten können. In Fällen dieser Art könne es verfassungs- und konventionsrechtlich geboten sein, § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG anzuwenden und das Bestehen eines rechtlichen Ausreisehindernisses anzunehmen. Dies komme insbesondere bei Ausländern in Betracht, die im Bundesgebiet zunächst erfolglos ein Asylverfahren betrieben hätten und sich später mit Blick auf familiäre Bande zu in Deutschland lebenden Personen um einen Aufenthaltstitel bemühten. Denn hier beschränke § 10 Abs. 3 AufenthG die Anwendung unter anderem solcher Vorschriften, die auch dem Schutz der Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK dienen. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sei hier jedoch auch im Hinblick auf die Vater-Kind-Beziehung des Antragstellers nicht ersichtlich, dass die in § 5 und in den §§ 27 ff. AufenthG vorgesehenen Regelungen zur Vermeidung unzulässiger Eingriffe in Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ihre Schutzwirkungen nicht voll entfalten könnten. Insbesondere liege kein der dargestellten Ausnahmekonstellation vergleichbarer Fall vor. Auch im Übrigen ergebe sich nicht, dass eine Ausreise oder Abschiebung des Antragstellers eine Verletzung der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 6 GG oder der menschenrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 8 EMRK darstelle.

- 11 Hiergegen macht der Antragsteller mit seiner Beschwerdebegründung vom 27. November 2025 geltend, dass seine Klage primär auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG gerichtet sei. Derartige Aufenthaltstitel könnten nur im Inland erteilt werden und schieden als Grundlage für ein im Ausland beantragtes Visum aus. Außerdem habe das Gericht ausführlich dargestellt, dass er keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis habe. Das bedeute zugleich, dass seine Ausreise zum Zweck der Einholung eines Visums eine solche ohne Recht auf dauerhafte Wiederkehr wäre. Soweit ihn das Gericht auf die Möglichkeit, seine Lebensgefährtin und das sechsjährige Kind an bis zu 90 Tagen im Bundesgebiet zu besuchen, verweise und ausführe, dass es der Lebensgefährtin zuzumuten sei, sich in der Zwischenzeit um eine andere Form der Kinderbetreuung zu kümmern, übersehe es, dass diese aufgezwungene Art der Lebensführung mit Art. 6 GG kaum in Einklang zu bringen sein dürfte. Die diesbezüglich vom Gericht getroffene Güterabwägung dürfte mit der darin zitierten ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht in Einklang zu bringen sein. Die

Lebensgefährtin und das hier lebende noch sehr kleine Kind des Antragstellers hätten nach Art. 6 GG das Recht auf eine ununterbrochene familiäre Lebensgemeinschaft. Die Durchführung eines von vornherein aussichtslosen Sichtvermerksverfahrens sei unzumutbar.

- 12 Hiergegen macht die Antragsgegnerin geltend, dass das Vorbringen die Darlegungsanforderungen nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO nicht wahre. Dem Vorbringen lasse sich nicht entnehmen, was der Nachholung des Visumverfahrens entgegenstehen solle. Der Antragsteller sei darauf zu verweisen, etwaige rechtliche Bedenken gegenüber der für die Erteilung eines Visums zum Ehegattennachzug zuständigen Auslandsvertretung geltend zu machen und ggf. um gerichtlichen Rechtsschutz gegen deren Entscheidung nachzusuchen.
- 13 2. Das Vorbringen des Antragstellers, dem eine den Darlegungsanforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO noch gerecht werdende Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu entnehmen ist, rechtfertigt eine Abänderung des angefochtenen Beschlusses.
- 14 Dass sich der einstweilige Rechtsschutz vorliegend nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO richtet, da sich der Antragsteller aufgrund seines französischen Aufenthaltstitels nach seiner Einreise gemäß Art. 21 SDÜ rechtmäßig im Bundesgebiet aufhielt, wurde durch die Beschwerde nicht infrage gestellt und ist im Übrigen ausgehend von der auch von der Antragsgegnerin nicht in Zweifel gezogenen Annahme des Verwaltungsgerichts, es sei nicht davon auszugehen, dass der Antragsteller bereits bei seiner Einreise ins Bundesgebiet einen Daueraufenthalt beabsichtigte, auch zutreffend (vgl. BVerwG, Urt. v. 19. November 2019 - 1 C 22/18 -, juris Rn. 25; Samel, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 15. Aufl. 2025, § 81 AufenthG Rn. 41; Hofmann, in: ders., Ausländerrecht, 3. Aufl. 2023, § 81 Rn. 47).
- 15 Die im Rahmen der Prüfung des § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO erforderliche Abwägung der widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen fällt zu Gunsten des Antragstellers aus. Aus derzeitiger Sicht ist offen, ob seine Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG Erfolg haben wird. Die daher anzustellende Interessenabwägung geht zu seinen Gunsten aus.
- 16 2.1 Ob der Erteilung eines Aufenthaltstitels an den Antragsteller entgegensteht, dass er nicht, wie von § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG vorausgesetzt, mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und ihm die Nachholung des Visumverfahrens gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG zumutbar ist, hängt von den im Hauptsacheverfahren aufzuklärenden Umständen des Einzelfalls ab.

- 17 Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG kann von dem Erfordernis eines Visumverfahrens nach Satz 1 abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.
- 18 Die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass der Antragsteller keinen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hat, hat er mit seinem Beschwerdevorbringen nicht angegriffen. Diesem ist aber noch hinreichend zu entnehmen, dass er entgegen der Annahme des Gerichts davon ausgeht, dass besondere Umstände i. S. v. § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG vorliegen würden, weil es bei Nachholung eines Visumverfahrens nicht nur zu einer Trennung von seinem Sohn auf Zeit, sondern zu einer Trennung auf unabsehbare Zeit kommen würde.
- 19 Besondere Umstände i. S. d. § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG liegen vor, wenn sich der Ausländer in einer Sondersituation befindet, die sich signifikant von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet (SächsOVG, Beschl. v. 14. April 2021 - 3 B 123/21 -, juris Rn. 13; OVG Saarland, Beschl. v. 13. Juni 2017 - 2 B 344/17 -, juris Rn. 16; HessVGH, Beschl. v. 24. Juli 2020 - 3 D 1437/20 -, juris Rn. 6). Dabei sind die mit der Ausreise und einer erneuten Einreise mit dem erforderlichen Visum verbundenen Kosten, Mühen und Verluste an Zeit als allgemein bekannte Unannehmlichkeiten einer Aus- und Wiedereinreise vom Gesetzgeber als zumutbar vorausgesetzt (OVG Saarland a. a. O.; HessVGH a. a. O.; Samel, a. a. O. § 5 AufenthG Rn. 167). Vor diesem Hintergrund erfordert die Zumutbarkeitsprüfung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG eine Güterabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dabei sind die legitimen Interessen (z. B. wirtschaftliche Interessen, Interesse an der Aufrechterhaltung der Familieneinheit) des Ausländers gegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumverfahrens abzuwägen (vgl. SächsOVG a. a. O.; OVG Saarland a. a. O.; HessVGH a. a. O.). Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die sich aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG und Art. 8 EMRK ergebenden Schutzwirkungen (vgl. Funke-Kaiser, Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, Loseblatt-Sammlung Stand: Juni 2025, § 5 Rn. 228 ff. m. w. N.; Hailbronner, Aufenthaltsgesetz, Loseblatt-Sammlung Stand: Januar 2024, § 5 Rn. 105 ff.). Art. 6 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, Ehe und Familie zu schützen und zu fördern. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 8. Dezember 2005, DVBl. 2006, 24; Beschl. v. 1. März 2004, NVwZ 2004, 852) gewährt Art. 6 GG aber keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt. Die Vorschrift verpflichtet als wertentscheidende Grundsatznorm die Ausländerbehörde jedoch, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen die familiären Bindungen des Aufenthalt begehrenden Ausländers pflichtgemäß, das heißt entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen (BVerfG, Beschl. v. 17. Mai 2011 - 2 BvR 1367/10 -, juris Rn. 14). Die Pflicht, Ehe und Familie zu schützen, drängt aufenthaltsrechtliche Belange aber nicht

grundsätzlich zurück. Eine zeitweise Trennung von der Familie und somit auch die Durchführung eines ordnungsgemäßen Visumverfahrens ist einem Ausländer, der illegal eingereist ist, grundsätzlich zumutbar (BVerfG, Beschl. v. 10. Mai 2008 - 2 BvR 588/08 -, juris Rn. 13, und Beschl. v. 17. Mai 2011 a. a. O. Rn. 15; BVerwG, Urt. v. 16. November 2010 - 1 C 17/09 -, juris Rn. 27; SächsOVG, Beschl. v. 8. April 2014 - 3 B 412/13 -, juris Rn. 15; Beschl. v. 3. November 2020 - 3 B 262/20 -, juris Rn. 11, und Beschl. v. 16. März 2021 - 3 B 93/21 -, juris Rn. 22). Etwas Anderes gilt nur dann, wenn ein deutsches oder aufenthaltsberechtigtes Familienmitglied auf die Lebenshilfe des Ausländers angewiesen ist (BVerfG, Beschl. v. 17. Mai 2011 a. a. O. Rn. 16; SächsOVG, Beschl. v. 7. Oktober 2014 - 3 B 14/14 -, juris Rn. 12), wenn absehbar ist, dass die Ausreise zu einer Trennung der Ehegatten auf unabsehbare Zeit führen würde oder wenn die Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden kann, etwa weil das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und ihm wegen der Beziehungen zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik Deutschland nicht zumutbar (BVerfG, Beschl. v. 9. Dezember 2021 - 2 BvR 1333/21 -, juris Rn. 46) oder mit einer unzumutbaren Trennungszeit vom Kind zu rechnen ist. Sowohl in Hinblick auf die zu erwartende Trennung von der Ehefrau als auch vom Kind ist somit grundsätzlich eine Prognose anzustellen, mit welcher Trennungszeit bei Nachholung eines Visumverfahrens voraussichtlich tatsächlich zu rechnen wäre und welche Auswirkungen diese im konkreten Einzelfall hätte. Gerade bei kleinen Kindern ist dabei in den Blick zu nehmen, ob und wann eine längere Trennungszeit vom Kind als endgültiger Verlust empfunden werden könnte. Unumgänglich ist dabei auch eine belastbare Prognose zu der Frage, ob der Ausländer das Visumverfahren mit Erfolg durchlaufen wird (BVerfG, Beschl. v. 2. November 2023 - 2 BvR 441/23 -, juris Rn. 25). Von einer Prognose der Trennungszeit kann aber dann abgesehen werden, wenn es im konkreten Fall mit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG vereinbar ist, dem Ausländer und seinem Kind die Lebensgemeinschaft in der Bundesrepublik Deutschland auf Dauer zu verwehren, etwa weil die Familiengemeinschaft auch außerhalb der Bundesrepublik Deutschland in zumutbarer Weise gelebt werden kann (BVerfG, Beschl. v. 10. Mai 2008 a. a. O. Rn. 14, und Beschl. v. 9. Dezember 2021 a. a. O. Rn. 52). Denn Art. 6 GG schützt nur die Beistandsgemeinschaft als solche, erfordert aber nicht in jedem Fall deren Verwirklichung im Bundesgebiet (BVerfG, Beschl. v. 27. August 2003 - 2 BvR 1064/03 -, juris Rn. 6). Zudem kann von der notwendigen Prognose auch dann abgesehen werden, wenn eine dauerhafte Trennung der Familie ausnahmsweise zumutbar ist (BVerfG, Beschl. v. 9. Dezember 2021 a. a. O.).

- 20 Ausgehend von diesen Maßstäben hätte das Verwaltungsgericht bei seiner Prognose der Trennungszeit nicht nur näher ermitteln müssen, mit welcher Trennungszeit bei einer Beantragung des Visums durch den Antragsteller in einer Auslandsvertretung konkret zu rechnen gewesen wäre, sondern sich vor allem auch mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob ihm vom Ausland heraus überhaupt ein Visum erteilt werden kann. Dies gilt insbesondere deshalb,

weil es wohl nicht entscheidungstragend davon ausgegangen ist, dass die familiäre Lebensgemeinschaft auch in Frankreich geführt werden kann und es deswegen schon keiner Prognoseentscheidung bedurft hätte. Soweit es das in Erwägung gezogen hat, dürfte das im Hauptsacheverfahren zu klären sein. Für das Eilverfahren durfte das Gericht jedenfalls zu Recht davon ausgehen, dass sich diese Frage zumindest als offen erweist, und deswegen die von ihm auch angestellte Prognose zur voraussichtlichen Trennungszeit von Vater und Sohn im Fall der Ausreise des Vaters und Antragstellers zur Nachholung des Visumverfahrens vorzunehmen war. Stellt man in diese Prognose, wie vom Bundesverfassungsgericht gefordert, aber auch ein, ob es dem Ausländer überhaupt gelingen wird, aus dem Ausland heraus ein Visum zu erhalten, so hätte das Gericht, insbesondere schon ausgehend von seiner Rechtsansicht, zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass die Erteilung eines Visums an den Antragsteller sehr unwahrscheinlich, wenn nicht ausgeschlossen ist. Denn nach § 6 Abs. 3 Satz 2 AufenthG richtet sich die Erteilung eines Visums u. a. nach den für die Aufenthaltserlaubnis geltenden Vorschriften. Der Annahme des Gerichts, dass er weder die Erteilungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel nach § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG noch nach § 36a Abs. 1 Satz 1 oder Satz 2 AufenthG erfüllt, ist der Antragsteller mit seinem Beschwerdevorbringen nicht entgegengetreten. Insbesondere hat er nicht dargelegt, dass eine außergewöhnliche Härte i. S. v. § 36 Abs. 2 Satz 1 AufenthG vorliegt. Damit ist, wie von ihm mit seiner Beschwerde geltend gemacht, derzeit davon auszugehen, dass ihm mit hoher Wahrscheinlichkeit aus dem Ausland heraus kein ihm für den Daueraufenthalt im Bundesgebiet berechtigendes Visum erteilt werden würde. Seine Ausreise wäre somit, unabhängig von den auf Grund von Art. 21 SDÜ weiterhin möglichen zeitweiligen Besuchen, eine solche, die grundsätzlich mit einer dauerhaften Trennung von seinem siebenjährigen Sohn verbunden wäre. Jedenfalls könnte wohl aber die familiäre Lebensgemeinschaft nicht mehr in der zuletzt gelebten Form fortgeführt werden. Die Frage, ob der mit der Ausreise des Antragstellers zweifelsohne verbundene Eingriff in Art. 6 Abs. 2 GG (vgl. zum Schutzbereich BVerfG, Beschl. v. 12. Mai 1987 - 2 BvR 1226/83 -, juris Rn. 97; Beschl. v. 22. August 2000 - 2 BvR 1363/00 -, juris Rn. 1; Beschl. v. 8. Dezember 2005 - 2 BvR 1001/04 -, juris Rn. 32, und Beschl. v. 23. August 2006 - 1 BvR 476/04 -, juris Rn. 19) von solchem Gewicht ist, dass er die mit dem Visumerfordernis verfolgten öffentlichen Interessen überwiegt, lässt sich derzeit nicht zweifelsfrei beantworten (möglicherweise grundsätzlich verneinend OVG Schl.-H., Beschl. v. 3. Januar 2022 - 4 MB 68/21 -, juris Rn. 20).

- 21 In die Abwägungsentscheidung ist einerseits einzustellen, dass der Gesetzgeber der Einhaltung des Visumerfordernisses hohes Gewicht beimisst. Die Pflicht zur Einreise mit dem erforderlichen Visum soll gewährleisten, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug vor der Einreise geprüft werden können, um die Zuwanderung von Personen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, von vorneherein zu verhindern. Gegen ein Absehen vom Visumerfordernis sprechen insbesondere Umstände, die darauf

schließen lassen, dass ein Ausländer durch die Einreise mit einem Visum zu einem anderen Aufenthaltszweck vollendete Tatsachen schaffen will. Soll das Visumverfahren als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 70) seine Funktion wirksam erfüllen können, dürfen auch generalpräventive Aspekte Berücksichtigung finden (BVerwG, Ur t. v. 11. Januar 2011 - 1 C 23/09 -, juris Rn. 34; BayVG H, Beschl. v. 30. September 2014 - 19 CS 14.1576 -, juris Rn. 39). Die bewusste Umgehung des erforderlichen Visumverfahrens darf damit nicht folgenlos bleiben, um dieses wichtige Steuerungsinstrument der Zuwanderung nicht zu entwerten. Ausnahmen von der Visumpflicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG sind daher prinzipiell eng auszulegen (BVerwG, Ur t. v. 10. Dezember 2014 - 1 C 15/14 -, juris Rn. 20; BayVG H, Beschl. v. 7. September 2021 - 19 C 21.835 -, juris Rn. 18; HessVG H, Beschl. v. 25. Mai 2023 - 6 B 362/23 -, juris Rn. 12 m. w. N.; Hailbronner, a. a. O. § 5 Rn. 105 m. w. N.; Beiderbeck, in: Decker/Bader/Kothe, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 23. Ed., Stand: 1. Oktober 2025, § 5 AufenthG Rn. 28). Es ist auch mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG grundsätzlich vereinbar, einen Ausländer auf die Einholung des erforderlichen Visums zu verweisen, soweit nicht eine der bereits dargestellten Ausnahmen vorliegt.

- 22 Ob sich im vorliegenden Einzelfall diese zweifelsohne gewichtigen öffentlichen Belange durchsetzen, vermag der Senat mit den ihm im Eilverfahren zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht abschließend zu beurteilen. Denn es wird für die Tiefe des mit der Ausreise des Antragstellers bewirkten Eingriffs in Art. 6 Abs. 2 GG auf die konkrete Ausgestaltung seiner Lebensgemeinschaft zu seinem Sohn ankommen. Nur dann wird verlässlich beurteilt werden können, ob es unter Berücksichtigung der Schutzwirkung von Art. 6 Abs. 2 GG wirklich dauerhaft möglich ist, Vater und Sohn darauf zu verweisen, dass der Antragsteller nach Art. 21 SDÜ dazu berechtigt ist, sich visumfrei bis zu 90 Tage je 180 Tage und damit etwa die Hälfte des Jahres im Bundesgebiet aufzuhalten. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, dass der Antragsteller wohl nun schon mehrere Jahre, anders als wohl in der Vergangenheit, Bestandteil des Lebensalltags seines Sohnes und ihr Verhältnis inzwischen wohl nicht mehr von nur wiederkehrenden Abwesenheiten des Vaters geprägt ist. Diese neue Situation ist daher bei Bewertung des mit der Ausreise des Antragstellers verbundenen Eingriffs in Art. 6 Abs. 2 GG zu beachten (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10. August 1994 - 2 BvR 1542/94 -, juris Rn. 11). Das wirft die Frage auf, ob und ggf. wie sich eine wiederkehrende Abwesenheit des Vaters inzwischen auf die schutzwürdige Beziehung zu seinem Sohn auswirken wird. Auch wird es möglicherweise darauf ankommen, ob es dem Antragsteller unter Berücksichtigung der nicht unerheblichen Entfernung zwischen Frankreich und dem Wohnort seines Sohnes überhaupt möglich und zumutbar sein wird, durch ständig wiederkehrende Besuche die familiäre Lebensgemeinschaft zu seinem Sohn tatsächlich aufrechtzuerhalten. Zugleich wird in die Betrachtung aber auch einzubeziehen sein, ob es Mutter und Sohn zumutbar

ist, ihren Wohnsitz innerhalb der Bundesrepublik zu verlegen, etwa an oder in Richtung der französischen Grenze, um die Vater-Kind-Beziehung aufrecht zu erhalten.

- 23 Soweit das Obergericht Schleswig Holstein (a. a. O.) in der juristischen Literatur (Funke-Kaiser, a. a. O. Rn. 237) für die Annahme einer Unzumutbarkeit nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG bei Nichtbestehen eines Anspruchs auf Visumerteilung kritisiert wird, trägt diese Kritik vorliegend schon deshalb nicht, weil sich der Antragsteller auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG beruft und damit auf eine Norm, die schon in materieller Hinsicht seine Anwesenheit im Bundesgebiet voraussetzt (ebenso Funke-Kaiser a. a. O.).
- 24 2.2 Selbst wenn man bei dieser Einzelfallbetrachtung zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG nicht erfüllt sind, wäre die Antragsgegnerin, die bisher bereits den Anwendungsbereich von § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG als nicht eröffnet angesehen hat, nach § 5 Abs. 3 Satz 3 AufenthG verpflichtet, das ihr durch die Norm in Hinblick auf ein Absehen von der Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 2 AufenthG eingeräumte Ermessen noch pflichtgemäß auszuüben.
- 25 2.3 Soweit das Verwaltungsgericht davon ausgegangen ist, dass der Rückgriff auf § 25 Abs. 5 AufenthG nicht grundsätzlich aus gesetzessystematischen Gründen ausgeschlossen ist, ist dem der Antragsteller - und im Übrigen auch nicht mehr die Antragsgegnerin - nicht entgegengetreten, so dass für den Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO keine Veranlassung besteht, sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Soweit das Gericht aber angenommen hat, dass § 5 AufenthG die schutzwürdigen Belange nach Art. 6 Abs. 2 GG und Art 8 EMRK auch im vorliegenden Einzelfall hinreichend gewährleisten würde, hat dies der Antragsteller mit seinem Vorbringen noch hinreichend in Zweifel gezogen. Es wird im Hauptsacheverfahren auf Grundlage der bereits dargelegten Maßstäbe zu prüfen sein, ob diese Annahme tatsächlich zutrifft.
- 26 2.4 Die aufgrund der offenen Erfolgsaussichten in der Hauptsache gebotene Abwägung der widerstreitenden Interessen geht zu Gunsten des Antragstellers aus.
- 27 Mit der Ausreise des Antragstellers würden unumkehrbare Tatsachen geschaffen. Die von ihm begehrte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG könnte ihm aus dem Ausland heraus nicht mehr erteilt werden. Ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus einer anderen Anspruchsgrundlage dürfte, wie schon vom Verwaltungsgericht festgestellt, nicht bestehen. Diesen schwer wiegenden Interessen des Antragstellers stehen keine Belange gegenüber und werden von der Antragsgegnerin auch nicht angeführt, die für ein überwiegendes öffentliches Interesse sprechen. Soweit ersichtlich nimmt der Antragsteller keine öffentlichen

Mittel zur Sicherung seines Lebensunterhalts in Anspruch. Im Übrigen hat er ausweislich des vom Senat beigezogenen Verwaltungsvorgangs der Antragsgegnerin mehrfach sein Interesse an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet bekundet und auch schon ein Arbeitsangebot beigebracht.

- 28 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 29 Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG i. V. m. Nrn. 1.5 und 8.1.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2025 und folgt der Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts, gegen die keine Einwendungen erhoben wurden.
- 30 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

v. Welck

Kober

Nagel