Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt **Prof. Dr. Hermann Weber**, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von **Prof. Dr. Martin Burgi,** München – **Prof. Dr. Christian Calliess,** Berlin – **Dr. Josef Christ,** Richter des BVerfG, Karlsruhe – **Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,** Rechtsanwalt, Stuttgart – **Dr. Frank Fellenberg,** Rechtsanwalt, Berlin – **Prof. Dr. Andreas Heusch,** Präsident des VG, Düsseldorf – **Prof. Dr. Thomas Mayen,** Rechtsanwalt, Bonn – **Prof. Dr. Hubert Meyer,** Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – **Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,** Münster – **Prof. Dr. Joachim Scherer,** Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – **Dr. Heribert Schmitz,** Ministerialrat a. D., Berlin – **Prof. Dr. Friedrich Schoch,** Freiburg – **Dr. Thomas Schröer,** Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – **Prof. Dr. Rudolf Streinz,** München

Schriftleitung: Rechtsanwalt **Prof. Dr. Achim Schunder** und Rechtsanwältin **Dr. Christiane Prause,** Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

6 2022
Seite 1–11
41. Jahrgang
1. Juni 2022

Apl. Professor Dr. Andreas Dietz, Augsburg*

Die Nachholung des Visumverfahrens

Aktuelle Rechtsprechung zur grundrechtlichen (Un-)Zumutbarkeit eines ausländerrechtlichen Verfahrens

Im Ausländerrecht gilt ein Einreise- und Aufenthaltsverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Will ein Ausländer einreisen, benötigt er einen Aufenthaltstitel als begünstigenden Verwaltungsakt. Dieser wird aus dem Ausland im dafür vorgeschriebenen Visumverfahren erteilt. Ist der Ausländer unerlaubt eingereist, hat er das Visumverfahren aus dem Ausland nachzuholen und muss dazu in seinen Herkunftsstaat zurückreisen. Gesetzliche Ausnahmen von dieser Regelvoraussetzung sind eng gefasst, um das Visumverfahren nicht als Kontrollinstrument zu entwerten. Das BVerfG hat aber eine ungeschriebene Ausnahme von der Visumpflicht entwickelt, wenn das Wohl eines von einer vorübergehenden Trennung vom visumpflichtigen Elternteil betroffenen Kindes eine Nachholung unzumutbar macht. Allerdings lässt es die konkreten Kriterien einer (Un-)Zumutbarkeit offen und verlagert die Prüfung aus dem normierten Visumverfahren in eine so nicht vorgesehene fachgerichtliche Prognose der Dauer des Visumverfahrens. Doch ohne materielle Maßstäbe bleibt die formelle Prognose eine leere Hülle. Ein gesetzliches Verfahren wird nur durch ein gesetzlich nicht vorgesehenes Verfahren ohne Erkenntnisgewinn ersetzt. Der folgende Beitrag systematisiert die jüngere Rechtsprechung hierzu und zeigt Entscheidungsmaßstäbe für die Umsetzung durch Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte auf.

I. Das Visumverfahren als Steuerungsinstrument

Entsprechend der in § 1 I AufenthG[1] formulierten Zielsetzung des Aufenthaltsgesetzes, den Zuzug von Ausländern in die Bundesrepublik einschließlich ihrer Einreise und ihres Aufenthalts zu regeln, gilt für Staatsangehörige von Drittstaaten ein generelles Einreise- und Aufenthaltsverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach § 4 I AufenthG, das nur durch die Erteilung eines Aufenthaltstitels überwunden wird. Ein Aufenthaltstitel ist nach § 6 III 1 AufenthG das aus dem Ausland im Visumverfahren zu beantragende und dort durch die Auslandsvertretung des Bundes[2] erteilte Visum.

1. Die formelle Funktion des Visumverfahrens

Die formelle Funktion des Visumverfahrens liegt in der vorausgelagerten Prüfung der Voraussetzungen für Einreise und Aufenthalt, um die Zuwanderung nach Deutschland wirksam steuern zu können.[3] Der einreisewillige Ausländer soll schon vor seiner Einreise belegen, dass er die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen erfüllt.[4] Deswegen verlangt § 5 II 1 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung des Aufenthaltstitels maßgeblichen Angaben bereits in seinem Visumantrag gemacht hat. Das Visumverfahren kann diese Kontrollfunktion als wichtiges Steuerungsinstrument[5] allerdings nur erfüllen, wenn sich der Ausländer noch im Ausland befindet. Hält er sich hingegen bereits im Bundesgebiet auf, ist die vorausgelagerte Kontrolle der Einreisevoraussetzungen im Nachhinein nicht mehr möglich. Entweder wird in seinem Fall (ausnahmsweise) auf diese Kontrolle verzichtet oder ihm wird (regelmäßig) eine Ausreise angesonnen, um das Visumverfahren vom Herkunftsstaat aus zu durchlaufen und erst danach auf Dauer einzureisen. Wann einem bereits im Bundesgebiet aufhältigen Ausländer eine solche Nachholung des Visumverfahrens ausnahmsweise unzumutbar ist, ist die Kernfrage der hier behandelten Rechtsprechung.

---

* Der Verfasser ist Vorsitzender Richter am VG Augsburg und außerplanmäßiger Professor an der Universität Augsburg. Der Beitrag gibt die private Meinung des Verfassers wieder.

1 Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) idF der Bek. v. 25.2.2008 (BGBl. 2008 I 162), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes v. 9.7.2021 (BGBl. 2021 I 2467).

2 Gegebenenfalls unter Mitwirkung des Bundesamts für Auswärtige Angelegenheiten.

3 Vgl. BVerfGK 13, 26 = InfAuslR 2008, 239 (240) = BeckRS 2008, 33618 Rn. 7.

4 Vgl.VGH München 7.9.2021 – 19 C 21.835, BeckRS 2021, 27757 Rn. 18.

5 Vgl. BVerfGK 13, 26 = InfAuslR 2008, 239 (240) = BeckRS 2008, 33618 Rn. 7.

2. Die materielle Prüfung im Visumverfahren

Die materielle Prüfung des Visumverfahrens erstreckt sich einerseits auf die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen[6] für einen Aufenthaltstitel nach § 5 I AufenthG wie insbesondere die Sicherung des Lebensunterhalts, die geklärte Identität und Staatsangehörigkeit, das Fehlen eines Ausweisungsinteresses und die Erfüllung der Passpflicht nach § 3 AufenthG. Sie umfasst darüber hinaus die besonderen Erteilungsvoraussetzungen je nach angestrebtem Aufenthaltszweck, zB der familiären Beziehung und beabsichtigen Lebensgemeinschaft zu einem im Bundesgebiet lebenden Deutschen oder Ausländer für eine Aufenthaltserlaubnis zum Ehegatten- oder Familiennachzug nach §§ 27 ff. oder § 36 II AufenthG.

Diese Prüfung umfasst auch die Überprüfung der Echtheit und Aussagekraft vorgelegter ausländischer Urkunden. Je nach Herkunftsstaat besteht dort kein dem deutschen Urkundenwesen vergleichbares Dokumentationssystem, so dass die Angaben in Personenstandsurkunden zu Geburtstag und Geburtsort zweifelhaft sein können, wenn Geburten gar nicht oder erst Jahre später nachregistriert wurden. Erst recht bedarf es der Urkundenüberprüfung, wenn der Ausländer sich im Bundesgebiet einer Alias-Identität bedient[7] oder jahrelang gegenüber der Ausländerbehörde den Besitz irgendwelcher Personenstandsunterlagen verneint, aber plötzlich einen äußerlich echten, gar schon länger ausgestellten Reisepass vorgelegt hat oder der Herkunftsstaat für einen schwunghaften Handel mit ge- oder verfälschten Urkunden bekannt ist. Die Urkundenüberprüfung kann nur im Herkunftsstaat durch die deutsche Auslandsvertretung und von dieser beauftragte Vertrauensanwälte erfolgen.[8] Den Stellenwert der Identitätsklärung und Urkundenüberprüfung unterstreicht die Tatsache, dass zum Jahresende 2021 über 72000 Ausländer allein wegen fehlender Reisedokumente geduldet im Bundesgebiet lebten.[9]

Auch die materiellen Voraussetzungen einer Visumerteilung können eine Urkundenüberprüfung erfordern, beispielsweise um die Wirksamkeit einer Eheschließung im Ausland und damit die Ehefähigkeit für eine mit der Einreise beabsichtigte Eheschließung in Deutschland zu überprüfen.[10]

II. Der Verzicht auf die Nachholung des Visumverfahrens

Das Visumverfahren wird von Gesetzes wegen ausnahmsweise für entbehrlich erachtet, wenn der Ausländer entweder eine der in § 39 AufenthV[11] oder § 5 III 1, 2 oder 5 AufenthG normierten Ausnahmen erfüllt oder die Ausländerbehörde nach § 5 II 2 AufenthG im Einzelfall von der Nachholung im Ermessensweg absieht.

Typische Fälle einer Nachholung des Visumverfahrens sind solche abgelehnter Asylbewerber, die unerlaubt[12] ins Bundesgebiet eingereist sind und ihrer Ausreisepflicht[13] nicht nachkommen. Oft verletzen sie auch bewusst die Passpflicht, um mangels geklärter Identität und Reisedokumenten ein tatsächliches Abschiebungshindernis aufrechtzuerhalten, so eine Duldung nach § 60 a II AufenthG zu erlangen und ihren illegalen Aufenthalt im Bundesgebiet fortzusetzen. Vielfach werden Identitäten erst offen- und Reisepässe vorgelegt, wenn sie familiäre Bindungen ins Bundesgebiet geltend machen können wie ein Verlöbnis, eine bevorstehende Eheschließung oder eine Vaterschaftsanerkennung für hier lebende Kinder. Gegenüber der auf Legalisierung des Aufenthalts durch Nachholung des Visumverfahrens drängenden Ausländerbehörde wird dann häufig eine Unzumutbarkeit der Nachholung geltend gemacht.

Die häufigen Personenverbindungen können als „V-Konstellation“ und als „W-Konstellation“ veranschaulicht werden: In der „V-Konstellation“ ist der Ausländer selbst Elternteil eines Kindes, das oder dessen anderer Elternteil in Deutschland originär aufenthaltsberechtigt ist.[14] In der „W-Konstellation“ ist der Ausländer Elternteil eines Kindes, das oder dessen anderer Elternteil in Deutschland nicht originär, sondern nur vermittelt durch ein weiteres Kind des anderen Elternteils aufenthaltsberechtigt ist.[15]

Allen gemeinsam ist, dass der Ausländer aus zunächst einem während seines Asylverfahrens nach § 55 AsylG nur gestatteten und danach wegen Passlosigkeit nach § 60 a II AufenthG geduldeten Aufenthalt nun einen legalen Aufenthalt durch Erteilung einer familienbezogenen Aufenthaltserlaubnis anstrebt, ohne sich dafür dem nach § 5 II AufenthG vorgesehenen Visumverfahren aus seinem Herkunftsstaat unterziehen zu wollen. Kann er sich nicht auf gesetzliche Ausnahmen von der Nachholung des Visumverfahrens berufen, so wird häufig ein Absehen von der Nachholung des Visumverfahrens im Ermessensweg begehrt. In beiden Vari-

6 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 47.

7 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Sachverhalt: Der Ausländer war mit fünf Alias-Personalien betreffend die Schreibweise des Vor- beziehungsweise Nachnamens, das Geburtsjahr sowie den Geburtsort geführt. BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 2: Der Ausländer war mit drei Alias-Personalien betreffend einen zweiten Vornamen, den Geburtstag und das Geburtsjahr – variierend zwischen 1974 und 1990 – sowie den Geburtsort – variierend zwischen Ghana und Nigeria – geführt.

8 Vgl. die in BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 19 zitierte Auskunft der Auslandsvertretung: Aufgrund gravierender Mängel im nigerianischen Urkundswesen lässt das deutsche Generalkonsulat in Lagos in fast allen Familienzusammenführungsfällen die Identität der Antragsteller prüfen – insbesondere, wenn der Fall über die regulären Zweifel hinausgehende Punkte für eine Urkundenüberprüfung bietet (zB bei Antragstellern mit Aliasidentitäten). […] Zu beachten ist hierbei, dass Referenzpersonen in Nigeria befragt werden müssen, Einsicht in Standesamtsregister aber auch in Schulregister und / oder Kirchenbücher genommen wird. […].

9 Zum 31.12.2021 lebten 292672 ausreisepflichtige Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, darunter 72484 allein wegen fehlender Reisedokumente geduldet, so BT-Drs. 20/1048, 28, 56.

10 Vgl. BVerfGK 13, 26 = InfAuslR 2008, 239 = BeckRS 2008, 33618 Rn. 7: Prüfung der Rechtswirksamkeit einer Scheidung des Ausländers von seiner indischen Ehefrau, die bei seiner neuen Eheschließung in Schweden wegen des Verzichts auf die Ausstellung eines Ehefähigkeitszeugnisses nicht geprüft wurde.

11 Aufenthaltsverordnung (AufenthV) vom 25.11.2004 (BGBl. 2004 I 2945) zuletzt geändert durch Art. 4 der VO vom 20.8.2021 (BGBl. 2021 I 3682).

12 Unerlaubt reist ein, wer entweder kein oder nicht das für seinen Aufenthaltszweck nach § 4 AufenthG erforderliche Visum besitzt, vgl. nur OVG Magdeburg Beschl. v. 10.6.2021 – 2 M 65/21, BeckRS 2021, 17623 Rn. 17; VGH München Beschl. v. 15.9.2021 – 10 C 21.2212, BeckRS 2021, 28447 Rn. 14 f..

13 Nach Eintritt der Bestandskraft des ihren Asylantrag ablehnenden Bescheids des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge und Ablauf der darin gesetzten Ausreisefrist nach § 58 II 2 AufenthG sind sie vollziehbar ausreisepflichtig.

14 Vgl. BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 2: Der Asylantrag des Ausländers aus Nigeria war im Jahr 2018 vom BAMF abgelehnt worden; seither wurde der Ausländer geduldet. Er hat mit einer nigerianischen Staatsangehörigen 2015 und 2016 zwei Kinder bekommen. Der Mutter und den beiden Kindern wurde die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt, so dass sie ein Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland besitzen. Daneben ist er Vater eines 2017 geborenen eritreischen Kindes, dem ebenfalls die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde.

15 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Sachverhalt: Der Asylantrag des Ausländers aus Nigeria war im Jahr 2017 vom BAMF abgelehnt worden; seither wurde der Ausländer geduldet. 2019 beantragte er eine Aufenthaltserlaubnis, denn er hat mit seiner nigerianischen Lebensgefährtin zwei gemeinsame Kinder und sie hat ein weiteres Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit, so dass die Lebensgefährtin und die beiden Kinder des Klägers Aufenthaltserlaubnisse haben.

anten zeigen sich grundsätzliche Gewichtungen des Gesetzgebers dafür, dass ein „Spurwechsel" im Inland aus der Asylmigration zum Familiennachzug migrationspolitisch grundsätzlich ungewollt ist:

1. Die gesetzlichen Ausnahmen von der Nachholung des Visumverfahrens

Der Gesetzgeber hat über die im Aufenthaltsgesetz geregelten Fälle hinaus die Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet (und damit ohne Nachholung des Visumverfahrens) vorgesehen, wenn der Ausländer bereits einen Aufenthaltstitel besitzt, hiervon befreit ist oder ein Schengen-Visum oder einen Aufenthaltstitel eines anderen Schengen-Staats besitzt (§ 39 S. 1 Nrn. 1 bis Nr. 3, Nr. 6 AufenthV). Dies ist beim og Personenkreis abgelehnter Asylbewerber regelmäßig nicht der Fall. Daher werden hier nur die Konstellation eines strikten Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus einem Asylverfahren (§ 39 S. 1 Nr. 4 AufenthV) und ein geduldeter Aufenthalt mit einem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 39 S. 1 Nr. 5 AufenthV) behandelt:

a) Die Ausnahme einer Aufenthaltserlaubnis aus einem Asylverfahren heraus nach § 39 S. 1 Nr. 4 AufenthV

Die Voraussetzungen hierfür sind eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG[16] in einem laufenden Asylverfahren und ein strikter Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Der Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis kann sich zB zum Ehegatten- und Familiennachzug zu einem deutschen Staatsangehörigen aus § 28 I 1 und S. 2 AufenthG oder zu einem ausländischen Staatsangehörigen aus § 30 I 1 AufenthG ergeben. Ihm stehen aber fehlende Regelerteilungsvoraussetzungen wie zB eine ungeklärte Identität, ein fehlender Reisepass oder ein Ausweisungsinteresse nach § 5 I Nr. 2 und Nr. 4 AufenthG entgegen.[17] Dafür muss der Ausländer nicht rechtskräftig strafgerichtlich verurteilt sein, sondern es genügt, wenn er unerlaubt eingereist ist und / oder über einen längeren Zeitraum durch fehlende Mitwirkung an der Passbeschaffung eine Dauerstraftat des passlosen und / oder unerlaubten Aufenthalts nach § 95 I Nr. 1 und Nr. 2 iVm § 3 und § 4 AufenthG begangen hat.

Ein weiteres Erteilungshindernis ergibt sich aus der Erteilungssperre nach § 10 I AufenthG für Asylbewerber. Danach kann einem Ausländer vor dem bestandskräftigen Abschluss seines Asylverfahrens grundsätzlich kein Aufenthaltstitel erteilt werden außer ua wegen eines gesetzlichen Anspruchs; diesem wiederum steht gegebenenfalls das Fehlen einer Regelerteilungsvoraussetzung entgegen. Dadurch soll ein Missbrauch des Asylverfahrens zur Umgehung des Visumverfahrens vermieden werden: Ein Ausländer soll nicht unerlaubt einreisen, als vermeintlich schutzbedürftiger Asylbewerber hier sein und so einen Anspruch auf eine visumlose Legalisierung seines Aufenthalts erlangen. Wird seine Schutzbedürftigkeit verneint, muss er ausreisen, bevor eine Legalisierung seines Aufenthalts in Betracht kommt.

b) Die Ausnahme einer Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus einer Duldung heraus nach § 39 S. 1 Nr. 5 AufenthV

Eine häufigere gesetzliche Ausnahme ist jene aus einem geduldeten Aufenthalt heraus: Eine Duldung setzt nach § 60 a AufenthG vorläufig die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht durch eine Abschiebung aus, weil ein inlandsbezogenes Abschiebungshindernis besteht.[18] Sie beseitigt aber weder die Ausreisepflicht noch den unerlaubten Aufenthalt. Für eine Legalisierung des Aufenthalts benötigt der Ausländer – wie eingangs dargestellt – einen Aufenthaltstitel, den er nach § 39 S. 1 Nr. 5 AufenthV ohne Nachholung des Visumverfahrens beantragen und erhalten kann, wenn er auf Grund einer Eheschließung, der Begründung einer Lebenspartnerschaft oder der Geburt eines Kindes während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Der Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis muss auch hier strikt sein, dh der Ausländer muss alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen und der Behörde darf kein Ermessen mehr eingeräumt sein[19] und es darf keine unerfüllte Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 I AufenthG entgegenstehen.[20]

Ein weiteres Hindernis ist auch hier die Erteilungssperre nach § 10 III 1 AufenthG, wenn der Ausländer nach Abschluss eines erfolglosen Asylverfahrens geduldet ist. Ihm darf nach § 10 III 1 AufenthG nur ein Aufenthaltstitel zu humanitären Zwecken nach § 23 ff. AufenthG erteilt werden oder ausnahmsweise nach § 10 III 3 AufenthG, wenn er den og strikten Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis hat.

Der Gesetzgeber misst also dem öffentlichen Interesse an der Zuwanderungssteuerung und der Nachholung des regulären Visumverfahrens grundsätzlich höheres Gewicht zu als den privaten Interessen des Ausländers, außer dieser hat einen strikten Erteilungsanspruch im Einklang mit dem Zuwanderungsrecht oder seine schützenswerten humanitären Belange durchbrechen die zuwanderungssteuernden Erteilungssperren und wiegen den Verzicht auf ein Visumverfahren migrationspolitisch auf.

2. Das Absehen von der Nachholung des Visumverfahrens im Ermessensweg

Die Ausländerbehörden können, sollen oder müssen nach § 5 II 2 und § 5 III 1 und S. 2 AufenthG ua von der Regelerteilungsvoraussetzung der Einreise mit dem erforderlichen Visum und damit von dessen Nachholung absehen. Der Gesetzgeber gewichtet das öffentliche Interesse an der Zuwanderungssteuerung und der Nachholung des regulären Visumverfahrens ähnlich wie bei § 39 I Nr. 5 AufenthG im Vergleich zu den privaten Interessen des Ausländers. Er berücksichtigt die schützenswerten humanitären Belange des Ausländers entlang einer „Faustformel": Je größer der Schutzbedarf des Ausländers ist, desto eher wiegen humanitäre Belange den Verzicht auf ein Visumverfahren migrationspolitisch auf. Je weniger er schutzbedürftig ist, desto weniger wird er gegenüber anderen visumpflichtigen Ausländern privilegiert.

Nach § 5 II 2 AufenthG kann die Ausländerbehörde von der Erteilungsvoraussetzung der Einreise mit dem erforderlichen Visum – und damit auch von dessen Nachholung – im Ermessensweg absehen, wenn die Voraussetzungen eines An-

16 Asylgesetz idF der Bek. v. 2.9.2008 (BGBl. 2008 I 1798), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes v. 9.7.2021 (BGBl. 2021 I 2467).

17 Vgl. BVerwGE 162, 349 = NVwZ 2019, 486 Rn. 14 ff.; OVG Magdeburg 10.6.2021 – 2 M 65/21, BeckRS 2021, 17623 Rn. 17; OVG Münster 8.2.2022 – 18 B 951/20, BeckRS 2022, 1437 Rn. 24.

18 Beispiele für objektive Abschiebungshindernisse sind fehlende oder unterbrochene Flugverbindungen in den Herkunftsstaat, Beispiele für subjektive Abschiebungshindernisse ein fehlender Reisepass, eine ungeklärte Identität oder Staatsangehörigkeit oder eine fehlende Reisefähigkeit des Ausländers.

19 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 15; OVG Magdeburg 10.6.2021 – 2 M 65/21, BeckRS 2021, 17623 Rn. 18.

20 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 15; BVerwGE 162, 349 = NVwZ 2019, 486 Rn. 30; OVG Magdeburg Beschl. v. 10.6.2021 – 2 M 65/21, BeckRS 2021, 17623 Rn. 18.

spruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.

a) Der strikte Erteilungsanspruch nach § 5 Abs. 2 S. 2 Var. 1 AufenthG

Für den strikten Erteilungsanspruch[21] gilt das oben zu § 39 I Nr. 5 AufenthG Gesagte entsprechend. Die Ausnahmeregelung des § 5 II 2 Var. 1 AufenthG soll generalpräventiv dem Anreiz entgegenwirken, nach illegaler Einreise Bleibegründe zu schaffen und dieses Fehlverhalten noch durch Verzicht auf das Visumverfahren zu honorieren.[22]

b) Die Unzumutbarkeit der Nachholung nach § 5 Abs. 2 S. 2 Var. 2 AufenthG

Von der Nachholung des Visumverfahrens kann die Behörde nach § 5 II 2 Var. 2 AufenthG absehen, wenn es auf Grund besonderer Umstände nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Die Unzumutbarkeit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Sie im Einzelfall zu bestimmen, beschäftigt Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichte seit Jahren und mündete in einige hier besprochene bundesverfassungsgerichtliche Entscheidungen.

aa) Der migrationspolitische Rahmen

Der verfassungsgerichtlich gebilligte Rahmen für ein Absehen von der Nachholung des Visumverfahrens wird von seinem Zweck geprägt, die Zuwanderung nach Deutschland wirksam zu steuern. Die Nachholung soll generalpräventiv dem Anreiz entgegenwirken, nach illegaler Einreise Bleibegründe zu schaffen und dafür mit einem Verzicht auf das Visumverfahren belohnt zu werden. Die bewusste Umgehung des Visumverfahrens dürfe nicht folgenlos bleiben, um dieses wichtige Steuerungsinstrument der Zuwanderung nicht zu entwerten. Daher seien Ausnahmen von der Visumpflicht nach § 5 II 2 AufenthG prinzipiell eng auszulegen.[23] Andererseits ermögliche die Befugnis zum Absehen im Einzelfall auch die Wahrung der Verhältnismäßigkeit.[24]

bb) Der grundsätzlich unbeachtliche Aufwand einer Aus- und Wiedereinreise

Keine Rolle spielt der mit einer Nachholung des Visumverfahrens verbundene persönliche, zeitliche und finanzielle Aufwand einer Aus- und Wiedereinreise. Der mit der Durchführung des Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf ist von demjenigen, der die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland begehrt, regelmäßig hinzunehmen;[25] ebenso der mit seiner Nachholung verbundene Aufwand.

cc) Die Trennung von im Bundesgebiet aufhältigen Angehörigen

Eine Trennung von im Bundesgebiet aufhältigen Angehörigen lässt die Nachholung des Visumverfahrens nicht von vornherein unzumutbar werden. Im Gegenteil würden sonst bereits im Bundesgebiet aufhältige Ausländer ungerechtfertigt bessergestellt gegenüber noch im Herkunftsstaat auf die Visumerteilung wartenden Ausländern, die immer auf das Visumverfahren verwiesen werden: Unter dem Blickwinkel der von Art. 3 I GG gewährleisteten Gleichbehandlung, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, bedürfen Differenzierungen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe und kann eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen nicht anders behandelt werden, wenn zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen können.[26] Der sich ohne die erforderliche Erlaubnis im Bundesgebiet aufhaltende, oft bereits unerlaubt eingereiste und auf die familiäre Lebensgemeinschaft mit in Deutschland lebenden Angehörigen verweisende Ausländer ist nicht schutzwürdiger als ein Ausländer, der erst die familiäre Einheit mit seinen Angehörigen im Bundesgebiet herstellen will und sich hierzu dem regulären Visumerfahren unterzieht.[27] Die damit verbundenen Wartezeiten werden den einreisewilligen Ausländern in beiden Fällen zugemutet. Dies gilt daher auch für Trennungszeiten durch die Ausreise und Nachholung des Visumverfahrens.[28]

Bei jeder – wie lange auch immer dauernden – Trennung spielt innerhalb des og migrationspolitischen Rahmens der besondere Schutz von Ehe und Familie eine maßgebliche Rolle, wenn der Ausländer in familiärer Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet lebt. Nach der in Art. 6 I und II GG enthaltenen wertentscheidenden Grundsatznorm, wonach der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, sind einerseits die familiären Bindungen des Ausländers an sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhaltende Personen[29] und andererseits der Schutz öffentlicher Interessen wie der wirksamen Zuwanderungssteuerung zu berücksichtigen. Dabei kommt dem Gesetzgeber und der Verwaltung ein weiter „fremdenrechtlicher Gestaltungsspielraum“ zu. Ihre Einschätzungen sind verfassungsgerichtlich nicht bloß auf offensichtliche Unvertretbarkeit hin zu prüfen, aber auch eine intensivierte inhaltliche Kontrolle werde der Eigenart des Sachbereichs und der Möglichkeiten zur Bildung eines sicheren Urteils nicht gerecht.[30]

Sowohl im Inland als auch grenzüberschreitend im In- und Ausland geführte bzw. im Ausland begründete eheliche und familiäre Lebensgemeinschaften sind von Art. 6 I GG – vorbehaltlich des deutschen Ordre public-Vorbehalts zB hinsichtlich Mehrehen – geschützt.[31] Dazu zählt auch der Wunsch, eine eheliche oder familiäre Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet zu begründen oder zu fortzuführen.[32] Dem Wunsch nach ehelichem oder familiärem Zusammenleben im Bundesgebiet ist aber von Verfassungs wegen nicht regelmäßig zu entsprechen, wenn der Ausländer in Deutschland noch nicht seinen Lebensmittelpunkt gefunden hat und sein Verbleib hier aufenthaltsrechtlich nicht dauerhaft gesichert

21 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 19.
22 Vgl. BVerfGK 13, 26 = InfAuslR 2008, 239 = BeckRS 2008, 33618 Rn. 7; BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 20; VGH München 7.9.2021 – 19 C 21.835, BeckRS 2021, 27757 Rn. 8 f.
23 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 20.
24 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 47 mwN.
25 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 47 mwN; VGH Kassel 6.12.2021 – 3 B 777/21, BeckRS 2021, 43709 Rn. 22; VGH München 30.7.2021 – 19 ZB 21.738, BeckRS 2021, 22451 Rn. 20.
26 Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2021, 777 Rn. 22 mwN auf BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 = NVwZ 1988, 242 Ls.
27 Bereits früh zeichnete sich ab, dass nach dem Anwerbestopp im Jahr 1973 der Familiennachzug neben dem Asylverfahren die bedeutsamste Zuzugsmöglichkeit Drittstaatsangehöriger für einen längerfristigen erlaubten Aufenthalt in Deutschland wurde, so die Stellungnahme des Bundesministers des Innern, wiedergegeben in BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 69 = NVwZ 1988, 242 Ls. Dies ist bis heute so geblieben, vgl. Migrationsbericht 2020, BT-Drs. 20/650, 68.
28 Vgl. BVerfGK 13, 26 = InfAuslR 2008, 239 = BeckRS 2008, 33618 Rn. 7; BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 17.
29 Vgl. BVerfG NVwZ-RR 2011, 585 Rn. 14.
30 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 106 = NVwZ 1988, 242 Ls.
31 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 83 = NVwZ 1988, 242 Ls.
32 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 88 = NVwZ 1988, 242 Ls. Dass die Lebensgemeinschaft im Herkunftsstaat geführt werden könnte, lässt den Schutz für im Bundesgebiet integrierte Angehörige nicht entfallen.

ist.[33] Ein Anspruch auf Einreise und Aufenthalt kann aus Art. 6 GG nicht abgeleitet werden, allenfalls durch eine verfassungskonforme Auslegung einfachen Gesetzesrechts.[34] Erfülle die Familie die Funktion einer Beistandsgemeinschaft, weil ein Familienmitglied auf die Lebenshilfe eines anderen Familienmitglieds angewiesen ist, und könne dieser Beistand nur in Deutschland erbracht werden, weil einem beteiligten Familienmitglied ein Verlassen Deutschlands[35] nicht zumutbar sei, so dränge die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück, so das BVerfG. Es komme nicht darauf an, ob die Beistandsgemeinschaft als Hausgemeinschaft gelebt werde oder ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe von anderen Personen erbracht werden könne.[36]

Dieser abstrakte verfassungsrechtliche Rahmen bedarf allerdings der Konkretisierung im Einzelfall. Ein „Verlassen" des Bundesgebiets meint die dauerhafte Aufenthaltsnahme im Ausland, nicht jede nur vorübergehende Ausreise. Je kürzer die Trennungszeit ist, desto schwerer müssen die damit verbundenen Beeinträchtigungen wiegen, um sie als unzumutbar anzusehen. Dies wurde zunächst auch noch vom BVerfG so gesehen, das nur eine räumliche Trennung des Ausländers von seinen Angehörigen für geraume Zeit oder den Zwang zur endgültigen Aufgabe eines bestehenden Aufenthaltsrechts an Art. 6 GG maß.[37] Die bloß für geraume, aber überschaubare Zeit und nicht schlechthin verhinderte Verwirklichung des Zusammenlebens wurde nicht als Verletzung des Art. 6 GG angesehen.[38]

Eine Trennung wird daher nur für unzumutbar erachtet, wenn sie dazu führt, dass ein im Bundesgebiet verbleibender Angehöriger des Ausländers, der auf dessen individuellen und persönlichen Beistand existenziell angewiesen ist, diesen Beistand ohne Ersatz durch andere Personen verliert (dazu sogleich unter dd) oder wenn sonst eine Trennung durch ihre Dauer unzumutbar wird (dazu sogleich unter ee).

dd) Die wegen unersetzlichen Beistands unzumutbare Trennung

Ein unersetzlicher Beistand unter Angehörigen kann eine Trennung für ein erwachsenes Ehepaar nur im Einzelfall unzumutbar werden lassen, wenn sich dies aus einer näheren fachgerichtlichen Prüfung der Beistandsbedürftigkeit und der Beistandsleistungen ergibt.[39] Anderenfalls ist das Angewiesensein auf die tatsächliche Betreuung durch den Ehegatten nicht hinreichend dargelegt.[40]

Dies zeigt, dass das Angewiesensein auf eine Betreuung durch den Ehegatten konkret dargelegt werden muss und nicht abstrakt bestimmt werden kann. Der mantramäßig wiederholte verfassungsgerichtliche Hinweis, es komme nicht darauf an, ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe von anderen Personen erbracht werden könne,[41] geht in seiner Pauschalität fehl: Wenn dem so wäre, wäre Ehegatten auch eine nur kurze Trennung unter Aufrechterhaltung der Betreuung für den pflegebedürftigen Ehegatten durch einen Pflegedienst oder mit einer Kurzzeitunterbringung in einem Pflegeheim von vornherein unzumutbar. Das aber widerspräche der Lebenswirklichkeit vieler pflegender Angehöriger. Nicht ersetzbar sind lediglich die individuellen Betreuungsleistungen, welche im persönlichen Bezug der betreuenden zur betreuten Person bestehen. Nur diese können nicht durch eine andere Person ersetzt werden – andere Formen der Lebenshilfe hingegen durchaus. Je persönlicher der tatsächlich geleistete Beistand qualitativ ist, desto weniger ist eine Trennung zumutbar; je eher die Betreuungsleistungen vorübergehend auch von Dritten erbracht werden können, desto eher ist sie zumutbar.

ee) Die wegen ihrer Dauer unzumutbare Trennung

Im Zentrum der jüngeren Rechtsprechung zur Zumutbarkeit einer Nachholung des Visumverfahrens steht die Dauer der Trennung von im Bundesgebiet aufhältigen Angehörigen. Zu Recht wird darauf abgestellt, ob der ausreisepflichtige Ausländer oder sein im Bundesgebiet verbleibender Angehöriger auf die persönliche Unterstützung des jeweils anderen konkret angewiesen ist. Dies bezieht sich sowohl auf die Betreuungsbedürftigkeit der im Bundesgebiet lebenden Person nach Alter, Gesundheit und Selbständigkeit, als auch auf die Betreuungsleistung des Ausländers nach Intensität, Qualität und personalem Bezug. Die Maßstäbe für die Trennungsdauer leiten sich aus dem verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 I GG und Art. 8 EMRK ab. Allerdings weichen die daraus gezogenen Schlüsse und konkret noch für zumutbar erachteten Trennungszeiträume zwischen den Gerichten deutlich voneinander ab:

(1) Die unzumutbare Trennung(sdauer) bei Ehegatten

Unter erwachsenen Ehegatten ohne Betreuungsbedürftigkeit kann nur eine unverhältnismäßig lange Dauer eines Visumsverfahrens, welche die übliche Trennungszeit übersteigt, eine vorübergehende Trennung der Eheleute unverhältnismäßig werden lassen.[42] Den zumutbaren Zeitraum einer Trennung hat die Rechtsprechung bisher nicht grundlegend bestimmt. Für den umgekehrten Fall eines zB auf der Flucht bereits getrennten Ehepaars, das die Trennung überwinden will und ein Zusammenleben im Bundesgebiet im Wege des Ehegattennachzugs vom Ausland aus anstrebt, wird eine Wartezeit von bis zu fünf Jahren noch mit dem von Art. 6 I GG gewährleisteten Schutz von Ehe und Familie für vereinbar erachtet, wenn eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Aufenthaltsstaat des nachzugswilligen Ehegatten möglich und zumutbar ist. Dann ist ein künftiger Aufenthalt in Deutschland nicht die einzige Möglichkeit, die Trennung zu überwinden. Ist eine Wiederherstellung im Aufenthaltsstaat oder im Herkunftsstaat auf absehbare Zeit unmöglich und die Ehe nicht lediglich zur Erlangung einer Nachzugsmöglichkeit geschlossen worden, wird eine Tren-

33 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 114 = NVwZ 1988, 242 Ls.
34 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 96, 100 = NVwZ 1988, 242 Ls.
35 Damals ließ BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 96 = NVwZ 1988, 242 Ls., noch offen, ob jede (dauerhafte) Trennung bereits den Schutzbereich des Art. 6 GG eröffnet. Heute bejaht BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 52, 64, dies nicht nur, sondern fasst jede vorübergehende, aber in ihrer Dauer nicht konkret prognostizierbare Trennung darunter.
36 Vgl. BVerfG NVwZ-RR 2011, 585 Rn. 16.
37 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 88 = NVwZ 1988, 242 Ls.
38 Vgl. BVerfGE 76, 1 = NJW 1988, 626 juris Rn. 101 = NVwZ 1988, 242 Ls.
39 Vgl. BVerfG NVwZ-RR 2011, 585 Rn. 21. Die Sache wurde zur näheren Aufklärung an die Fachgerichte zurückverwiesen.
40 Vgl. BVerfG 17.5.2011 – 2 BvR 2625/10, BeckRS 2011, 52471 Rn. 18. Zwar wurde ein- Attest über die Betreuungsbedürftigkeit vorgelegt, aber nicht näher dargelegt, welche Betreuungsleistungen der andere Ehegatte tatsächlich erbrachte, .
41 Vgl. nur BVerfG NVwZ 2000, 59 mwN = NJW 2000, 1179 Ls.; jüngst BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 42.
42 Vgl. BVerfGK 13, 26 = InfAuslR 2008, 239 (240) = BeckRS 2008, 33618 Rn. 7; BVerfGK 18, 436 = NVwZ-RR 2011, 585 Rn. 15; OVG Bautzen 14.4.2021 – 3 B 123/21, BeckRS 2021, 9173 Rn. 13; VGH München 15.9.2021 – 10 C 21.2212, BeckRS 2021, 28447 Rn. 17.

nungszeit von bis zu vier Jahren grundsätzlich noch mit dem Schutz der Ehe für vereinbar angesehen.[43]

Wird diese Rechtsprechung auf den Fall einer nur vorübergehenden Trennung zur Nachholung des Visumverfahrens übertragen, erscheint eine Trennung jedenfalls über Monate[44] hinweg bis hin zu Jahren[45] nicht unverhältnismäßig. Dabei kann das Ehepaar von Deutschland aus Vorkehrungen treffen, um die Trennungszeit möglichst kurz[46] und den Kontakt in anderer Weise zu halten. Beide Beteiligte sind erwachsen, verstehen den nur vorübergehenden Charakter ihrer Trennung und haben keinen besonderen Betreuungsbedarf. Erst recht gilt das für erwachsene Personen außerhalb der Kernfamilie.[47] Hier sind unter Erwachsenen Trennungszeiten über Monate bis zu Jahren erst recht nicht grundsätzlich unzumutbar.

(2) Die unzumutbare Trennung(sdauer) bei minderjährigen Kindern

Von größerer Brisanz sind Trennungszeiten, wenn ein minderjähriges Kind, insbesondere ein Kleinkind, von der Trennung betroffen ist. Auch hier hat die Rechtsprechung den Zeitraum, wie lange eine solche Trennung von einem ausländischen Elternteil zur Nachholung des Visumverfahrens zumutbar ist, bisher nicht grundlegend bestimmt. Im umgekehrten Fall einer im Bundesgebiet angestrebten Herstellung einer familiären Lebensgemeinschaft mit einem gemeinsamen Kleinkind kommt dessen Wohl besonderes Gewicht zu und verkürzt die hinzunehmende Trennungszeit maßgeblich: Ist dem Elternteil eine (Wieder-)Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Aufenthaltsstaat des Nachzugswilligen möglich und zumutbar, so sind Wartezeiten von drei Jahren bis zu einem Nachzug in das Bundesgebiet vorbehaltlich besonderer Umstände des Einzelfalls nicht verfassungsrechtlich bedenklich. Kann die familiäre Lebensgemeinschaft nicht im Aufenthaltsstaat des nachzugswilligen Ehegatten hergestellt werden, dürfte eine mehr als zweijährigen Trennung einem auf die Sorge beider Elternteile angewiesenen Kleinkinds unzumutbar sein.[48] Diese Maßstäbe gelten für die Trennungsdauer bis zur Ersteinreise.

In deutlichem Kontrast hierzu hat das BVerfG für die vorübergehende Trennung eines ausländischen Elternteils von einem in Deutschland lebenden Kleinkind eine wochenlange Trennungsdauer bis zur Wiedereinreise des Elternteils nicht für abstrakt unzumutbar, sondern mangels exakter Prognose der Trennungsdauer für verfassungswidrig erachtet. Es ist letztlich der sachnotwendigen Bestimmung eines konkreten Maßstabs ausgewichen und hat stattdessen einen Verfahrensschritt innerhalb der Zumutbarkeitsprüfung überbetont:

Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens durch ein ausländisches Elternteil eines im Bundesgebiet lebenden Kindes ist die Überlagerung des og Spannungsverhältnisses – zwischen dem privaten Interesse des Elternteils, von der Nachholung des Visumverfahrens verschont zu werden, und dem öffentlichen Interesse an dessen Nachholung – durch das Kindeswohl. Dies können entsprechend der Erläuterung eingangs dieses Beitrags eine V- oder eine W-Konstellation sein, je nachdem, ob das Bezugs-Kind aus eigenem Recht oder nur abgeleitet ein eigenes Aufenthaltsrecht besitzt und der visumpflichtige Elternteil (regelmäßig der Vater des Kindes) eine eigene Aufenthaltsberechtigung herleiten kann.

Unstreitig eröffnen auch solche familiären Konstellationen den Schutzbereich von Art. 6 I GG, wenn eine tatsächlich gelebte Eltern-Kind-Beziehung zwischen dem ausländischen Vater und seinem im Bundesgebiet berechtigt lebenden Kind besteht.[49] Ob diese Eltern-Kind-Beziehung im persönlichen Kontakt mit dem Kind in Ausübung eines Umgangsrechts[50] oder auf Grundlage eines Personensorgerechts stattfindet, ist ebenso unerheblich wie die Frage, ob eine Haushaltsgemeinschaft vorliegt, ob die von einem Familienmitglied erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen erbracht werden könnte und ob der visumpflichtige Elternteil nur ausschnittsweise am Leben teilnimmt und keine alltäglichen Erziehungsentscheidungen trifft.[51] Bei einer Vater-Kind-Beziehung kommt hinzu, dass der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters nicht durch Betreuungsleistungen der Mutter oder dritter Personen entbehrlich wird, sondern eigenständige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes haben kann,[52] sofern eine geistige und emotionale Auseinandersetzung des Elternteils mit dem Kind stattfindet. Dazu muss der visumpflichtige Elternteil nach außen erkennbar in ausreichendem Maße Verantwortung für die Betreuung und Erziehung seines minderjährigen Kindes übernehmen und das Kind zu seinem Wohl auf deren Aufrechterhaltung angewiesen sein.[53] Daher ist im Einzelfall zu würdigen, in welcher Form die Elternverantwortung ausgeübt wird[54] und welche Folgen eine vorübergehende Trennung für die gelebte Eltern-Kind-Beziehung und das Kindeswohl hätte, wobei davon auszugehen ist, dass der persönliche Kontakt des Kindes zu seinen Eltern und der damit verbundene Aufbau und die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter in der Regel der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dienen.[55] Ebenso unstreitig greift eine (vorübergehende) Trennung in diesen Schutzbereich ein, indem sie die Aufrechterhaltung der Eltern-Kind-Beziehung unterbricht.

Umgekehrt stehen den privaten Belangen des Elternteils und des Kindes die og gewichtigen öffentlichen Interessen an

43 Vgl. BVerwGE 171, 103 = NVwZ 2021, 1370 Rn. 36; BVerwG NVwZ-RR 2021, 777 Rn. 32.
44 Vgl. OVG Magdeburg 10.6.2021 – 2 M 65/21, BeckRS 2021, 17623 Rn. 21, 23, 26 f.
45 15 Monate durch die Ableistung des im Zeitpunkt der Eheschließung bekanntermaßen noch nicht geleisteten Wehrdienstes, so BVerwG NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 17; VGH München 11.11.2021 – 10 ZB 21.1151, BeckRS 2021, 41327 Rn. 10.
46 ZB durch konstruktive Mitwirkung an der Vorbereitung des Visumverfahrens (Urkundenüberprüfung) und Kontakthaltung via Telefon und Internet, vgl. OVG Magdeburg 10.6.2021 – 2 M 65/21, BeckRS 2021, 17623 Rn. 27; VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 42 f. Diese Kontaktmöglichkeiten hält EGMR NVwZ 2019, 1425 (1426) Rn. 49, sogar für eine längere Trennung in Folge einer Ausweisung für ausreichend. Dazu auch Deutsche Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft eV/Deutscher Kinderschutzbund Bundesverband eV/Verband alleinerziehender Mütter und Väter, Bundesverband eV (Hrsg.), Wegweiser für den Umgang nach Trennung und Scheidung, 2005, 38, www.bmfsfj.de/resource/blob/95504/1302956aa5ea7b72f92db98d4ad54c68/wegweiser-trennung-scheidung-data.pdf, Abruf vom 22.4.2022.
47 Vgl. OVG Schleswig 16.7.2021 – 4 MB 35/21, BeckRS 2021, 21818 Rn. 7 mwN auch auf BVerfGE 136, 382 = NJW 2014, 2853 = NZFam 2014, 734 Rn. 23 = NVwZ 2015, 295 Ls.
48 Vgl. BVerwGE 171, 103 = NVwZ 2021, 1370 Rn. 36.
49 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 45.
50 Vgl. BVerfGK 14, 458 = BeckRS 2011, 87023 Rn. 39, wonach auch bei bloßen Umgangskontakten der leiblichen Eltern zu einem bei Pflegeeltern lebenden Kind eine familiäre Lebensgemeinschaft bestehen könne.
51 Vgl. nur VGH München 30.7.2021 – 19 ZB 21.738, BeckRS 2021, 22451 Rn. 16.
52 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 46.
53 Vgl. nur VGH München 30.7.2021 – 19 ZB 21.738, BeckRS 2021, 22451 Rn. 15 f.
54 Vgl. BVerfGK 14, 458 = BeckRS 2011, 87023 Rn. 40, dort allerdings unter Missachtung einer durch das Jugendamt erstellten fachkundigen Einschätzung der Eltern-Kind-Beziehung. Dass das Umgangsrecht unterschiedlich wahrgenommen werden kann, erfordert doch eine rechtliche Differenzierung nach der Intensität!
55 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 48.

einer effektiven Zuwanderungssteuerung als kollidierende Rechtsgüter von Verfassungsrang entgegen, zu deren Hauptinstrumenten das einer (Erst-)Einreise und Legalisierung des Aufenthalts vorgelagerte Visumverfahren zählt.[56] In der erforderlichen Abwägung im Rahmen praktischer Konkordanz sind die öffentlichen Interessen mit den privaten Interessen in einen schonenden Ausgleich zu bringen. Hierzu lassen sich den bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen folgende Gewichtungen entnehmen:

Das BVerfG unterstellt, dass die Folgen einer vorübergehenden Trennung besonders schwer wiegen, wenn ein noch sehr kleines Kind betroffen ist, das den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen kann und diese rasch als endgültigen Verlust erfährt.[57] Ob eine vorübergehende Trennung aber tatsächlich solche Auswirkungen hat, ist nicht näher belegt, sondern wird lediglich selbstreferentiell wiederholt. Soweit ersichtlich traf das BVerfG diese Wertung in einem obiter dictum zu einer unzulässigen Verfassungsbeschwerde. Es wies darauf hin, dass die Annahme des VG, die Trennung zur Weiterverfolgung des Aufenthaltsrechts aus dem Ausland heraus sei nicht auf Dauer angelegt, besorgen ließe, dass dieses auch eine längere Trennungszeit noch als vorübergehend und damit zumutbar ansehe. Es sei indes zu berücksichtigen, dass gerade bei einem kleinen und wie hier zweieinhalb Jahre alten Kind die Entwicklung sehr schnell voranschreite, so dass eine verhältnismäßig kurze Trennungszeit im Lichte von Art. 6 II GG unzumutbar lang sein könne.[58]

Das BVerfG setzt erstens argumentativ die Wirkungen einer vorübergehenden und einer dauerhaften Trennung – zu Unrecht – gleich: Einem in Deutschland aufenthaltsberechtigten Kind soll das Verlassen des Bundesgebiets nicht zumutbar sein, wenn die Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden kann. Dies sei der Fall, wenn das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit hat und ihm wegen der Beziehungen zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik Deutschland nicht zumutbar sei.[59] Allerdings differenziert diese Rechtsprechung nur verbal zwischen einem vorübergehenden und einem dauerhaften Verlassen des Bundesgebiets, setzt beide sachlich aber ohne Abgrenzung gleich. Es erscheint jedoch nicht von vornherein unzumutbar, dass ein Kind entweder einen Elternteil in dessen Herkunftsstaat für einen kurzen Zeitraum (eines Visumverfahrens dieses Elternteils) begleitet, auch um dort die andere Seite der elterlichen Familie kennenzulernen, oder im Bundesgebiet beim anderen Elternteil bleibt und der Kontakt zum ausreisenden Elternteil ua via Telefon und soziale Medien[60] aufrechterhalten wird. Ob im ersten Fall der in Deutschland bleibende Elternteil mit der Mitreise des Kindes einverstanden ist und ob das Kind altersmäßig zur Reise und zur Verarbeitung der vorübergehenden Trennung vom im Bundesgebiet bleibenden Elternteil imstande ist, ist eine Frage des Einzelfalls, aber kein grundlegendes Hindernis. Sonst könnte es zB bei Kindern getrenntlebender Eltern keine Urlaubsreisen und Familienbesuche der Kinder bei und mit bloß einem Elternteil geben, weil ihnen ja jede Trennung unzumutbar wäre. Daher geht die pauschale Gleichsetzung einer vorübergehenden mit einer dauerhaften Trennung des Kindes von seinem im Bundesgebiet bleibenden Elternteil deutlich an der Lebenswirklichkeit von Kindern in Scheidungs- oder „Patchwork"-Familien vorbei.

Wäre die pauschale Gleichsetzung einer vorübergehenden mit einer dauerhaften Trennung des Kindes zutreffend, bedeuteten berufsbedingte vorübergehende Trennungen zwischen einem Elternteil und seinem Kind immer eine Kindeswohlgefährdung, was der Lebenswirklichkeit vieler Eltern mit auswärtiger Berufstätigkeit[61] und längeren Abwesenheiten zB bei Seeleuten und Fernfahrern sowie Entwicklungshelfern, Monteuren und Soldaten im Auslandseinsatz ebenfalls widerspricht.

Zwar spricht Einiges dafür, dass Kinder im Verlauf des ersten Lebensjahres gewöhnlich eine oder mehrere Bindungsbeziehungen zu nahe stehenden Personen entwickeln, in der Regel Mutter und Vater, und im zweiten und dritten Lebensjahr Kinder besonders empfindlich auf Trennungen reagieren, weil in dieser Zeit die wichtigen ersten Bindungen stabilisiert werden. Wenn schon die Folgen einer (dauerhaften) Trennung durch Gespräche mit dem Kind und seine Vorbereitung, durch stabile Alltagsrahmenbedingungen usw. aber kompensiert werden können,[62] muss dies erst recht für vorübergehende Trennungen in Folge einer Abwesenheit eines Elternteils gelten. Langzeituntersuchungen belegen, dass mehr als drei Viertel aller Kinder nach der Scheidung ihrer Eltern nur wenige ernste nachhaltige Probleme bei dem Anpassungsprozess zeigen. Ob die Risiken gemindert und die Chancen einer Scheidung für das Kind genutzt werden können, hängt vor allem davon ab, wie die Eltern ihre Rolle wahrnehmen und im Interesse des Kindes zB bei der Gestaltung des Umgangs zusammenarbeiten.[63] Dies gilt erst recht auch für eine nur vorübergehende Abwesenheit eines Elternteils. Es liegt letztlich in der Verantwortung des visumpflichtigen Elternteils, zusammen mit dem anderen Elternteil seine Abwesenheit familien- und kindeswohlverträglich zu gestalten. Eine generelle Unzumutbarkeit einer vorübergehenden Trennung ergibt sich daraus nicht.

Das BVerfG weicht zweitens konkreten Maßstäben für eine zumutbare Trennungszeit aus,[64] aber verlangt von den Verwaltungsgerichten eine belastbare Prognose des Trennungszeitraums,[65] der jedoch ohne Maßstäbe für seine Zumutbar-

56 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 47; VGH München 30.7.2021 – 19 ZB 21.738, BeckRS 2021, 22451 Rn. 20.

57 Vgl. BVerfG NVwZ 2006, 682 Rn. 22 = NJW 2006, 3486 Ls.; BVerfGK 14, 458 = BeckRS 2011, 87023 Rn. 33; BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 48.

58 Vgl. BVerfG NVwZ 2000, 59 (60) = NJW 2000, 1179 Ls.

59 Vgl. BVerfG NVwZ 2000, 59 = NJW 2000, 1179 Ls.; BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 46.

60 Unter Erwachsenen ist dies seit jeher verfassungsrechtlich grundsätzlich zumutbar, vgl. BVerfGE 80, 81 = StAZ 1989, 257 = NJW 1989, 2195 = NVwZ 1989, 855 Ls., sowie auch bei Kindern nicht menschenrechtswidrig am Maßstab des Art. 8 EMRK, vgl. EGMR NVwZ 2019, 1425 (1426) Rn. 49 für eine längere Trennung in Folge einer Ausweisung. Wie hier auch VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 43.

61 Vgl. wie hier VGH München v. 30.7.2021 – 19 ZB 21.738, BeckRS 2021, 22451 Rn. 23.

62 Zum Ganzen instruktiv Deutsche Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft eV/Deutscher Kinderschutzbund Bundesverband eV/Verband alleinerziehender Mütter und Väter, Bundesverband eV (Hrsg.), Wegweiser für den Umgang nach Trennung und Scheidung, 2005, 12, 36, 39, 49 f., www.bmfsfj.de/resource/blob/95504/1302956aa5ea7b72f92db98d4ad54c68/wegweiser-trennung-scheidung-data.pdf, Abruf v. 22.4.2022.

63 Vgl. Deutsche Liga für das Kind in Familie und Gesellschaft eV/Deutscher Kinderschutzbund Bundesverband eV/Verband alleinerziehender Mütter und Väter, Bundesverband eV (Hrsg.), Wegweiser für den Umgang nach Trennung und Scheidung, 2005, 49 f., www.bmfsfj.de/resource/blob/95504/1302956aa5ea7b72f92db98d4ad54c68/wegweiser-trennung-scheidung-data.pdf, Abruf v. 22.4.2022.

64 Vgl. nur BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 51: Es nennt nur „eine lediglich vorübergehende und keine dauerhafte Trennung für den Beschwerdeführer und seine Kinder", ohne auch nur eine zeitliche Grenze anzugeben, ab wann eine vorübergehende Trennung in eine dauerhafte mündete. Bertold Huber, Anmerkung zu BVerfG NVwZ 2022, 406 = NVwZ 2022, 410 (411) sieht „dauerhaft" als mehrjährige oder mehrmonatige Trennung.

65 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 51.

keit nicht operabel ist: So hob es jüngst in zwei Fällen eine fachgerichtliche Prognose als ungültig auf, weil der VGH nicht hinreichend begründet habe, warum die Nachholung des Visumverfahrens vom Ausland aus eine lediglich vorübergehende und keine dauerhafte Trennung des Ausländers von seinen Kinder zur Folge habe.[66] Der VGH hatte in beiden Fällen auf Grund der Auskünfte der deutschen Auslandsvertretung in Nigeria eine Dauer des Visumverfahrens von circa fünf Wochen (ohne – bzw. fünf Monaten mit – Urkundenprüfung) angenommen und den Ausländer darauf verwiesen, durch eigene Mitwirkung am Verfahren vom Bundesgebiet aus (Einholung einer ausländerbehördlichen Vorabzustimmung, rechtzeitige Beschaffung aller erforderlichen Urkunden) dieses familienverträglich kurz zu halten.[67] Ob und weshalb ein Trennungszeitraum zumutbar oder unzumutbar sein soll, wird bundesverfassungsgerichtlich weder hinterfragt, noch offengelegt, sondern schlicht unterstellt, dass eine ungenügende Prognose eine dauerhafte und damit grundsätzlich unzumutbare Trennung bedeute.[68] Nicht prognostizierbare Unwägbarkeiten müssten zudem außer Betracht bleiben, weil sonst die gerichtlichen Erkenntnismöglichkeiten überfordert wären.[69] Aber wozu soll eine Prognose „gültig" sein, wenn aus ihrem Ergebnis mangels operabler Maßstäbe keine konkreten Folgerungen gezogen werden können? In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wurden Zeiträume von wenigen Tagen[70] über fünf Wochen,[71] bis zu zwei Monaten[72] und – wegen pandemiebedingter Unwägbarkeiten bei der Bearbeitung des Visumsantrags – ca. drei Monaten[73] nicht beanstandet. Hierzu schweigt das BVerfG.

Das BVerfG lässt drittens frühere aufenthaltsrechtliche Rechtsverstöße des Ausländers zu Unrecht außer Betracht:

Der Legalisierung seines Aufenthalts vorangegangene Rechtsverstöße des Ausländers gegen aufenthaltsrechtliche Anforderungen (Identitätstäuschung, unerfüllte Passpflicht usw.) sollen nicht dazu führen, dass die öffentlichen Belange das durch Art. 6 I und II GG geschützte private Interesse eines Ausländers und seines Kindes an der Aufrechterhaltung der zwischen ihnen bestehenden Lebensgemeinschaft überwiegen, wenn durch das nachträgliche Entstehen der familiären und von Art. 6 I und II GG grundsätzlich geschützten Lebensgemeinschaft eine neue Situation eingetreten sei.[74]

Das erfordert allerdings, dass die Geburt des Kindes eine erkennbare Zäsur im Verhalten des Ausländers gesetzt hat[75] und er nun unverzüglich und freiwillig seinen Rechtspflichten nachkommt. Setzt der Ausländer hingegen über die Geburt des Kindes und seine nur formale[76] oder auch tatsächliche Übernahme von Elternverantwortung hinaus sein rechtswidriges Verhalten fort, spricht dies für eine Instrumentalisierung der Elternschaft als Hebel zur Legalisierung seines Aufenthalts, aber nicht für eine Wertschätzung des Kindes und seiner Beziehung zu ihm. Die Belange des visumpflichtigen Elternteils sind dann nicht geeignet, die öffentlichen Belange zu überwiegen. Ihnen steht dann lediglich das Kindeswohl gegenüber.

(3) Die familienverträgliche Ausgestaltung der Nachholung des Visumverfahrens

Die Ausländerbehörden haben unter Berücksichtigung der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung eine praktikable Lösung zur Nachholung des Visumverfahrens gefunden, welche im Regelfall das öffentliche Interesse an der Nachholung des Visumverfahrens einerseits und die privaten Belange des Ausländers aus seiner Elternschaft sowie das Kindeswohl andererseits familienverträglich austariert: Dazu erfüllt der ausreisepflichtige ausländische Elternteil seine ausländerrechtlichen Pflichten zeitlich so abgestuft, dass er erst unmittelbar zum Termin bei der deutschen Auslandsvertretung im Herkunftsstaat auszureisen braucht und die Aufenthaltsdauer dort möglichst kurz gehalten wird:[77]

Die fortbestehende Ausreisepflicht des Ausländers wird vorläufig aufgeschoben bis kurz vor seinem Termin bei der deutschen Auslandsvertretung, den er aus Deutschland online vorab zu buchen und der Ausländerbehörde ebenso wie eine Flugbuchung für die terminnahe Ausreise nachzuweisen hat. Solange er weiterhin in schützenswerter Weise die Elternverantwortung für das Kind in Deutschland wahrnimmt, verzichtet die Ausländerbehörde vorläufig auf die Durchsetzung der Ausreisepflicht durch zwangsweise Abschiebung und duldet seinen faktischen Aufenthalt bis zum gebuchten Flug und damit kurz vor dem gebuchten Termin im Herkunftsstaat nach § 60 a II AufenthG. Wirkt er entsprechend mit, wird ihm die Ausländerbehörde für die Zwischenzeit eine Erwerbstätigkeit erlauben, so dass er sowohl für seinen als auch des Kindes Lebensunterhalt aufkommen und die Kosten seiner Ausreise ansparen kann. Schließlich gibt die Ausländerbehörde dem Ausländer so auch Zeit, evtl. erforderliche deutsche Sprachkenntnisse zu erwerben und Sprachnachweise für die spätere Familienzusammenführung beizubringen.

Daneben wird ihm die Ausländerbehörde eine Vorabzustimmung nach § 31 AufenthV in Aussicht stellen und auch gegenüber der deutschen Auslandsvertretung rechtzeitig erklären, um das Visumverfahren zu beschleunigen. Schließlich wird die Ausländerbehörde – soweit von Deutschland aus möglich – ein Verfahren zur Urkundenüberprüfung im Herkunftsstaat ebenfalls über die deutsche Auslandsvertretung in Gang bringen, wozu der Ausländer alle ihm zugänglichen Unterlagen und Dokumente beizubringen und Gewährsleute im Herkunftsstaat (Verwandte, Lehrer usw.) zwecks Befragung durch einen für ihn im Herkunftsstaat recherchierenden Vertrauensanwalt zu benennen hat.

66 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 51; BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 47.
67 Wiedergegeben bei BVerfG NVwZ 2022, 406 Sachverhalt; BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 19, 22 f.
68 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 51 f.; BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 47 f.
69 Das räumt letztlich auch BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 59 ein; deutlich OVG Münster 8.2.2022 – 18 B 951/20, BeckRS 2022, 1437 Rn. 21.
70 Vgl. OVG Münster 8.2.2022 – 18 B 951/20, BeckRS 2022, 1437 Rn. 18, 20.
71 Vgl. VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 41 mwN.
72 Vgl. VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 43.
73 Vgl. VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 43; in Wiedergabe der erstinstanzlichen Wertung OVG Schleswig v. 3.1.2022 – 4 MB 68/21, BeckRS 2022, 182 Rn. 17.
74 Vgl. BVerfG NVwZ 2006, 682 Rn. 17, 23 = NJW 2006, 3486 Ls.; BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 45.
75 Vgl. allerdings für eine durch Ausweisung und Abschiebung des straffälligen ausländischen Elternteils drohende längere Trennung BVerfG NVwZ 2006, 682 Rn. 23 = NJW 2006, 3486 Ls. Dauere die Straffälligkeit weiter an, könnten sich auch die öffentlichen Interessen an der Aufenthaltsbeendigung gegenüber den privaten Interessen auch des Kindes am Verbleib des Elternteils durchsetzen.
76 Durch formale Anerkennung der Vaterschaft und gegebenenfalls Annahme eines gemeinsamen Sorgerechts mit der Kindesmutter.
77 Wiedergegeben bei BVerfG NVwZ 2022, 406 Sachverhalt; BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 19, 25; auch bei VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 41.

(4) Die Koordination von Bundes- und Landesbehörden im Visumverfahren

Die Ausländerbehörde des Bundeslandes hat von Deutschland aus keinen unmittelbaren Einfluss auf die Prüfung und Erteilung des Visums durch die deutsche Auslandsvertretung, die eine Bundesbehörde ist und durch das neu geschaffene Bundesamt für Auswärtige Angelegenheiten[78] unterstützt wird. Allerdings unterliegen beide denselben rechtlichen Maßstäben des Aufenthaltsgesetzes und seiner Auslegung durch das BVerfG. Dennoch unterstellt dieses bei – mangels Erteilungsanspruchs – nicht sicherer, sondern zB nach § 36 II AufenthG im Ermessen der Auslandsvertretung liegender Erteilung des Visums eine rechtswidrige Arbeitsweise der Auslandsvertretung, dadurch eine unsichere Dauer des Visumverfahrens und eine unabsehbare Trennungsdauer, so dass schon deswegen die Nachholung des Visumverfahrens unzumutbar sei. Das verletzt Bundesverfassungsrecht:

Erstens bürdet das BVerfG der Ausländerbehörde eines Landes unter Verstoß gegen die vertikale Gewaltenteilung nach Art. 30 und Art. 83 sowie Art. 86 GG die Verantwortung für die Arbeitsweise einer Ausländerbehörde des Bundes auf. Dafür gibt es keine Rechtfertigung, sondern es wendet ein, die zuständige auswärtige Behörde könnte die Erteilung des Visums versagen, wenn sie das Vorliegen einer außergewöhnlichen Harte iSd § 36 II AufenthG oder einer Regelerteilungsvoraussetzung verneint oder ein Ausweisungsinteresse bejaht. Diese Unwägbarkeiten verringerten die Wahrscheinlichkeit der Erteilung des Visums und müssten daher Eingang in die verwaltungsgerichtliche Prognose finden.[79] Doch dieser Einwand trägt aus den folgenden Gründen nicht:

Diese Rechtsprechung verstößt zweitens gegen die horizontale Gewaltenteilung, indem sie dem VG eines Bundeslandes eine Prognose über die Arbeitsweise und Entscheidung einer Ausländerbehörde des Bundes abverlangt, die nicht seiner Kontrolle unterliegt. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG dem VG eine belastbare Prognose der Ermessensbetätigung der Bundesbehörde abverlangt, obwohl das VG jede Ermessensbetätigung nur auf Ermessensfehler nach § 114 VwGO prüfen, aber nicht sein Ermessen an jenes der Behörde setzen darf! Der bundesverfassungsgerichtlichen Sicht folgend dürfte das VG des Landes entgegen dem in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzip auch nicht unterstellen, dass die Bundesbehörde in Kenntnis der bundesverfassungsgerichtlichen Wertungen zu einer einwandfreien Ermessensentscheidung in der Lage ist, obwohl § 36 II AufenthG mit Blick auf Art. 6 GG einheitlich auszulegen ist.[80]

Drittens missachtet das BVerfG auch die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG, da dem Ausländer gegen eine etwa rechtswidrige Vorenthaltung des Visums Rechtsschutz vor dem VG Berlin gegen die deutsche Auslandsvertretung des Bundes offensteht, gegebenenfalls sogar Eilrechtsschutz, den die dortige Verwaltungsgerichtsbarkeit sicher nicht schlechter gewährleistet als die Verwaltungsgerichte der anderen Bundesländer.[81] Umso weniger verständlich ist, dass einem aus dem Ausland eine Familienzusammenführung im Visumverfahren begehrenden Ausländer genau dieser Rechtsweg zumutbar sein soll, dem bereits im Bundesgebiet unerlaubt aufhältigen und ausreise- sowie visumpflichtigen Ausländer aber nicht!

Viertens hebelt diese Rechtsprechung des BVerfG auch das für das Ausländerrecht prägende Antragsprinzip nach § 81 I AufenthG und die Mitwirkungspflicht des Ausländers nach § 82 I AufenthG aus: Weigert sich der Ausländer schlicht, an der Nachholung des Visumverfahrens durch Online-Terminbeantragung, Flugbuchung, Urkundenvorlage und Ausreise sowie Visumbeantragung im Herkunftsstaat mitzuwirken,[82] kann ihn die Ausländerbehörde hierzu nicht zwingen. Ihr steht kein Mittel zur Verfügung, um den Ausländer zur Erfüllung seiner Rechtspflichten anzuhalten. Nur indirekt kann sie ihm – vorbehaltlich der hier erörterten Rechtsprechung des BVerfG – durch Versagung einer Aufenthaltserlaubnis eine Besserstellung gegenüber mitwirkungsbereiten Ausländern verwehren. Ansonsten muss sie ihn dulden, da seine Abschiebung ohne seine Mitwirkung zu einer Trennung von unabsehbarer Dauer für sein Kind führte.[83] Eine absurde Situation, denn ein mitwirkungsbereiter Ausländer muss sich den Mühen der Nachholung des Visums unterziehen, ein jede oder auch nur hinreichende Mitwirkung verweigernder Ausländer hingegen nicht. Kurz: „Der Ehrliche (und Rechtstreue) ist der Dumme."

Die getrennten, aber ineinander verwobenen Verantwortungssphären des Ausländers und der Ausländerbehörde werden so einseitig zugunsten des Ausländers und zulasten der Ausländerbehörde gewichtet. Eine Prognose über die zu erwartende Dauer des Visumverfahrens sei unvollständig, selbst wenn die tatsächliche Dauer des Visumverfahrens, einschließlich der durchzuführenden Urkundenüberprüfung, entscheidend von der Mitwirkung des Ausländers abhänge. Fehle sie, führte das zu längeren Wartezeiten. Die Erkenntnisfähigkeit von Behörden und Gerichten sei aber überfordert, eine präzise Vorstellung der Trennungszeit zu entwickeln, wenn der Ausländer nicht das in seiner Sphäre Liegende beitrage, um das Verfahren zu betreiben und zu einem zeitnahen Abschluss zu bringen.[84] Erst recht ist den Fachgerichten keine gültige Prognose unter dem gestrengen Karlsruher Blick möglich,[85] wenn die destruktive Weigerung des Ausländer nachfolgende Verfahrensschritte blockiert: Ei-

78 Art. 1, Art. 3 Nr. 3 des Gesetzes über die Errichtung des Bundesamts für Auswärtige Angelegenheiten ua v. 12.6.2020, BGBl. 2020 I 1241 f.

79 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 55; BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 51.

80 So die begründeten verwaltungsgerichtlichen Einwände (gegen BVerfG NVwZ 2022, 406; BVerfG 22.12.2021 – 2 BvR 1432/21, BeckRS 2021, 43185 Rn. 28 f.) bei VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 46 f. Auch OVG Münster 8.2.2022 – 18 B 951/20, BeckRS 2022, 1437 Rn. 22 zweifeln die Angaben der Auslandsvertretung zur voraussichtlichen Dauer des Visumverfahrens nur bei konkreten gegenteiligen Anhaltspunkten an. Im Ergebnis enger OVG Schleswig 3.1.2022 – 4 MB 68/21, BeckRS 2022, 182 Rn. 19.

81 Ausdrücklich VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 46. Vgl. nur OVG Berlin-Brandenburg 21.10.2021 – OVG 3 S 43/21, BeckRS 2021, 32334 Rn. 4 ff, 12, 19 f.

82 Vgl. VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 42 unter Verweis auf die Mitwirkungs- und Initiativpflicht des Ausländers aus § 82 AufenthG: Danach muss er an allen zumutbaren Handlungen mitwirken, die die Behörden von ihm verlangen. Daneben hat er eigenständig die Initiative zu ergreifen, um bestehende Ausreisehindernisse zu beseitigen und – soweit ein Ausreisehindernis in der Trennung von Familienangehörigen liegt – alles zu tun, um die Dauer des Visumverfahrens möglichst kurz zu halten.

83 Entgegen BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 56, 61 wird genau deswegen auch keine Abschiebung in Betracht kommen, an welche bei einem abgelehnten Asylbewerber das asylrechtliche Einreise- und Aufenthaltsverbot von 30 Monaten erst anknüpft (A. A. Bertold Huber, Anmerkung zu BVerfG NVwZ 2022, 406 = NVwZ 2022, 410 (411)). Darf die Ausländerbehörde schon aus anderen Gründen nicht abschieben, wird es sich mangels Abschiebung nicht auf die zu erwartende Trennungszeit auswirken.

84 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 59, 61: Die Prognose sei unvollständig, wenn einzelne Beiträge der Ausländerbehörde (zB Erteilung einer in Aussicht gestellten Vorabzustimmung) mangels Mitwirkung des Ausländers – Terminbuchung und spätere Antragstellung bei der Auslandsvertretung – noch nicht erfolgt seien. Nur: Wie soll ein Fachgericht die Folgen fehlender Mitwirkung prognostizieren, wenn diese nachfolgende Verfahrensschritte blockiert?

85 Vgl. VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 40 mwN.

ne Ausreise setzt eine Flugbuchung voraus, ein Visumverfahren eine Antragstellung und eine Urkundenprüfung die Urkundenvorlage. Ansonsten bleibt die Dauer des Visumverfahrens völlig offen, wird aber trotzdem zugunsten des Ausländers gewichtet.[86]

Diese Gewichtung ist verfassungswidrig, denn sie lässt die Elternverantwortung des Ausländers für sein Kind außer Acht: Nach Art. 6 II 1 GG sind Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvorderst ihnen obliegende Pflicht. Versäumt ein Elternteil seine Obliegenheit, die Nachholung des Visumverfahrens durch eigene Anstrengungen familienverträglich kurz zu halten, kann er sich gegenüber der Ausländerbehörde nicht mehr darauf berufen, eine sonst mit seiner Abschiebung verbundene Trennung sei verfassungswidrig lang. Sonst stünden die Dauer des Visumverfahrens und damit die Zumutbarkeit seiner Nachholung allein im Belieben des Ausländers. Lediglich das Kindeswohl ist dann von den Ausländerbehörden und Verwaltungsgerichten noch in ihre Erwägungen einzustellen.

Im Ergebnis kann der nicht mitwirkende Ausländer dann nur eine weitere Duldung wegen eines rechtlichen Abschiebungshindernisses erhalten, aber keine Aufenthaltserlaubnis. Selbst eine vom Erfordernis der Einreise mit dem erforderlichen Visum nach § 5 III 2 AufenthG möglicherweise entkoppelte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V 3 und 4 AufenthG ist ausgeschlossen, weil der Ausländer nicht unverschuldet an der Ausreise gehindert ist, da er zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt.[87]

Die gegenteilige Auffassung des BVerfG, mangels gültiger Prognose in Folge seiner verweigerten Mitwirkung sei dem Ausländer auch jede Vorbereitungshandlung an der Nachholung des Visumverfahrens unzumutbar, da diese zu einer unabsehbaren Trennung führte,[88] ist ein Zirkelschluss par excellence! Der illegal Handelnde gelangte so nicht nur an den Vorteil der faktischen Früchte seiner Rechtsuntreue (weitere Duldung), sondern würde auch noch mit einer Legalisierung seines Aufenthalts belohnt. Hier bringt Karlsruhe Ursache und Wirkung durcheinander: Beruht eine drohende längerfristige Trennung allein auf der eigenverantwortlichen Entscheidung des Ausländers, folgt daraus keine dem Staat bzw. der Ausländerbehörde (kausal) zurechenbare Grundrechtsbeeinträchtigung bzgl. Art. 6 I und 2 GG.[89] Der Ausländer kann (familienverträglich) ausreisen und das Visumverfahren nachholen, will es aber nicht. Das Ausreisehindernis zu beseitigen, hat er selbst in der Hand, nicht die Ausländerbehörde. Das Recht des Kindes auf tatsächliches Zusammenleben mit seinem Elternteil ist in solchen Fällen durch eine Duldung nach § 60 a II AufenthG iVm Art. 6 GG hinreichend geschützt; einer Legalisierung des Aufenthalts des Elternteils über § 25 V AufenthG bedarf es dazu nicht.

3. Keine Ausnahmen von der Visumpflicht aus unionsrechtlich abgeleiteten Aufenthaltsrechten nach Art. 20 und Art. 21 AEUV

Zunehmend häufiger werden aus Art. 20 AEUV abgeleitete Aufenthaltsrechte als Argument angeführt für einen Anspruch auf Familiennachzug ohne Durchführung eines Visumverfahrens. Allerdings trifft dies rechtlich und sachlich regelmäßig nicht zu:

a) Kein nationales Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV

Art. 20 AEUV steht Maßnahmen entgegen, die bewirken, dass Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird[90] So muss einem drittstaatsangehörigen Ausländer, der Familienangehöriger des Unionsbürgers ist, ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden, wenn sich der Unionsbürger in Folge der Verweigerung des Aufenthaltsrechts für seinen Angehörigen de facto gezwungen sähe, das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihm dieser Status verleiht, verwehrt würde.[91]

Art. 20 AEUV erfordert jedoch keine Auslegung des Visumerfordernisses aus § 5 II 1 Nr. 1 AufenthG dahin, dass im Falle eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses vom Visumerfordernis generell abzusehen wäre und somit ein Rechtsanspruch iSd § 10 III 3 AufenthG begründet würde. Vielmehr ist ein aus Art. 20 AEUV abgeleiteter Anspruch auf Aufenthalt ein solcher sui generis, aber kein nationaler Aufenthaltstitel mit den sich aus dem nationalen Recht ergebenden Beschränkungen und Verfestigungsmöglichkeiten.[92] Im Wege einer unionsrechtlichen Auslegung von den nationalen Regelerteilungsvoraussetzungen abzusehen, widerspräche dem eigenständigen Charakter dieser Aufenthaltsrechte und der Subsidiarität des unionrechtlichen Anspruchs im Vergleich zu nationalen Aufenthaltsvorschriften.[93] Daher hätte selbst ein begünstigter Ausländer lediglich einen Anspruch auf Bescheinigung eines Aufenthaltsrechtes aus Art. 20 AEUV entsprechend § 4 II 2 AufenthG aber nicht auf eine nationale Aufenthaltserlaubnis oder ein nationales Visum.

b) Kein Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets bei einer zeitlich absehbaren Dauer eines Visumverfahrens

Für einen faktischen Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets fehlt regelmäßig ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem drittstaatsangehörigen Ausländer und dem Unionsbürger, aufgrund dessen der Unionsbürger tatsächlich gezwungen wäre, das Gebiet der Union als Ganzes für einen Zeitraum von unbestimmter Dauer zu verlassen.[94] Daran fehlt es bei einem Visumverfahren von absehbarer und möglichst kurzer Dauer.[95]

Verweigert der Ausländer die freiwillige Rückkehr in seinen Herkunftsstaat und die Zusammenarbeit im Rahmen eines Abschiebungsverfahrens, soll ihm dies nicht ermöglichen, sich den Rechtswirkungen eines Einreiseverbots ganz oder teilweise zu entziehen.[96] Diese unionsrechtliche Wertung auf die Nachholung eines Visumverfahrens angewandt, kann die Weigerung des visumpflichtigen Ausländers, überhaupt auszureisen und an der Durchführung und insbesondere familienverträglichen Gestaltung des Visumverfahrens mitzuwir-

86 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 64.
87 Vgl. VGH München Urt. v. 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 42, 48 mwN.
88 Vgl. BVerfG NVwZ 2022, 406 Rn. 64.
89 Vgl. überzeugend VGH München 7.12.2021 – 10 BV 21.1821, BeckRS 2021, 44425 Rn. 48.
90 Vgl. EuGH 8.3.2011 – C-34/09 NVwZ 2011, 545 Rn. 42; EuGH 8.5.2018 – C-82/16 NVwZ 2018, 1859 Rn. 49.
91 Vgl. EuGH 8.3.2011 – C-34/09 NVwZ 2011, 545 Rn. 43; EuGH 8.5.2018 – C-82/16 NVwZ 2018, 1859 Rn. 51.
92 Vgl. OVG Koblenz 23.9.2021 – 7 A 10337/21, BeckRS 2021, 29219 Rn. 8 f. mwN auf BVerwGE 162, 349 = NVwZ 2019, 486 Rn. 28.
93 Vgl. OVG Koblenz 23.9.2021 – 7 A 10337/21, BeckRS 2021, 29219 Rn. 9.
94 Vgl. EuGH 8.5.2018 – Az. C-82/16 Rn. 52, 56, 58.
95 Vgl. OVG Koblenz 23.9.2021 – 7 A 10337/21, BeckRS 2021, 29219 Rn. 14 f.
96 Vgl. EuGH 8.5.2018 – C-82/16 NVwZ 2018, 1859 Rn. 57 mwN auf EuGH 26.7.2017 – C-225/16 Rn. 52.

ken, gerade nicht dazu führen, dass ihm ein – der Ausländerbehörde zurechenbarer – Auslandsaufenthalt von unbestimmter Dauer und deswegen dem Unionsbürger ein beachtlicher Trennungszeitraum drohte.

III. Die Zumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens

Nach der gesetzlichen Wertung ist die Nachholung des Visumverfahrens grundsätzlich zumutbar. Die Unzumutbarkeit muss die Ausnahme bleiben für Fälle, in welchen alle Mitwirkenden (visumpflichtiger Ausländer und Ausländerbehörde) ihre Obliegenheiten ordnungsgemäß erfüllen und dennoch eine Trennung von längerer Dauer droht, die einige Wochen bis Monate übersteigt. Je betreuungsbedürftiger der Angehörige des visumpflichtigen Ausländers im Bundesgebiet nach Alter, Gesundheit und Lebenssituation ist und je schwerer konkret die Folgen einer zeitlich prognostizierten Trennung für den Betroffenen wegen, desto eher ist ihm die Trennung unzumutbar.

Keinen operativen Maßstab hierfür bietet die jüngere Rechtsprechung des BVerfG, welche der Kokretisierung materieller Maßstäbe für eine Unzumutbarkeit einer vorübergehenden Trennung generell ausweicht und stattdessen den Fachgerichten eine von ihnen tatsächlich und rechtlich, insbesondere bei mangelnder Mitwirkung des visumpflichtigen Ausländers, nicht „gültig“ zu leistende Prognose aufbürdet. Der Ersatz des gesetzlichen Visumverfahrens durch ein gesetzlich nicht vorgesehenes zusätzliches Prognoseverfahren führt letztlich zu keinem Erkenntnisgewinn und auch zu keinem Gewinn an Rechtssicherheit in der ausländerbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Praxis.

Den Ausländerbehörden bleibt daher nur, wie bisher auf die familienverträgliche Nachholung des Visumverfahrens in dem dargestellten Konzept einer vorläufigen Duldung bis zum geplanten Ausreisetermin hinzuarbeiten und die Mitwirkung des Ausländers hierfür einzufordern. Kommt der Ausländer seine Mitwirkungspflichten jedoch nicht ausreichend nach, besteht keine Rechtfertigung, ihn von der Verpflichtung zur Nachholung des Visumverfahrens zu entbinden und ihm direkt einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Vielmehr ist er stattdessen auf sogenannte „Kettenduldungen“ verwiesen, solange seine destruktive Haltung andauert. Dies mag aus Sicht des betroffenen Kindes des Ausländers bedauerlich sein, wenn sein Elternteil keinen gesicherten Aufenthalt im Bundesgebiet erlangt. Doch solange der Aufenthalt des Kindes selbst gesichert ist, werden dessen Belange hinreichend geschützt. Für seinen eigenen Aufenthaltsstatus ist dann der Ausländer selbst alleine verantwortlich, aber nicht die Ausländerbehörde. Ansonsten hätte es der obstruktiv handelnde Ausländer in der Hand, das gesetzliche Visumverfahren endgültig zu umgehen und sich mit einer Legalisierung seines Aufenthalts wegen eines von ihm nicht beseitigten Ausreisehindernisses noch zu „belohnen“. Dieses Ergebnis wäre sowohl für die Durchsetzung der migrationspolitischen Rechtsordnung als auch mit Blick auf die Schlechterstellung rechtstreuer visumpflichtiger Ausländer untragbar. Es bleibt zu hoffen, dass das BVerfG doch noch ein Einsehen hierin entwickelt und seine Rechtsprechung hierzu korrigiert. ■