

**Hessischer Verwaltungsgerichtshof**  
**Dokumentation: 3 D 1437/20**

Entscheidung vom 24.07.2020  
Sachgebiet: 060001 ()

---

**Vorinstanz:**

VG Wiesbaden

AZ: 4 K 1226/19.WI

erledigt am: 12.05.2020

---

**Titel:**

Zumutbarkeit der Durchführung des Visumverfahrens

---

**Leitsatz:**

Die Durchführung des Visumverfahrens kann unzumutbar sein, wenn die Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden kann, etwa weil das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, dem Kind daher ein Verlassen der Bundesrepublik Deutschland nicht angedient werden kann und das Kind auf Grund seines Alters eine Trennung von dem Elternteil nicht wird verstehen können.

**Suchwörter:**

DAUER, DEUTSCHE STAATSANGEHÖRIGKEIT, KIND, VISUMVERFAHREN, ZUMUTBARKEIT

**Normen:**

AufenthG § 10 Abs 3, AufenthG § 25 Abs 5, AufenthG § 28 Abs. 1, AufenthG § 5 Abs 2,  
EMRK Art 8, GG Art 6

3. Senat  
3 D 1437/20  

---

VG Wiesbaden 4 K 1226/19.WI



## HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF

### BESCHLUSS

In dem Prozesskostenhilfverfahren

der Frau A.,  
A-Straße, A-Stadt,  
Staatsangehörigkeit: nigerianisch,

Antragstellerin und  
Beschwerdeführerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwältin B.,  
B-Straße, A-Stadt,

zu dem Verwaltungsstreitverfahren

der Frau A.,  
A-Straße, A-Stadt,  
Staatsangehörigkeit: nigerianisch,

Klägerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwältin B.,  
B-Straße, A-Stadt,

gegen

die Landeshauptstadt Wiesbaden,  
vertreten durch den Oberbürgermeister - Rechtsamt -,  
Wilhelmstraße 32, 65183 Wiesbaden,

Beklagte,

bevollmächtigt: Rechtsanwälte C.,  
C-Straße, A-Stadt,

wegen Aufenthaltsrechts

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 3. Senat - durch

Vorsitzende Richterin am Hess. VGH ...

als Berichterstatterin am 24. Juli 2020 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird ihr unter Abänderung der Entscheidung über die Versagung von Prozesskostenhilfe im Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 12. Mai 2020 - 4 K 1226/19.WI - Prozesskostenhilfe für das beim Verwaltungsgericht Wiesbaden anhängige Klageverfahren unter Beiordnung von Frau Rechtsanwältin Rechtsanwältin B., B-Straße, A-Stadt, gewährt.

Das Beschwerdeverfahren ist gerichtsgebührenfrei. Auslagen werden nicht erhoben. Außergerichtliche Kosten der Beteiligten werden nicht erstattet.

### **Gründe:**

Auf die gemäß § 146 Abs. 1 VwGO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Antragstellerin vom 15. Mai 2020 gegen den ihr Prozesskostenhilfe versagenden Beschluss des Verwaltungsgerichts Wiesbaden vom 12. Mai 2020 - 4 K 1226/19.WI -, zugestellt am 13. Mai 2020, über die die Vorsitzende im Einverständnis mit den Beteiligten anstelle des Senats entscheiden kann (§ 87a Abs. 2 und 3 VwGO), ist ihr Prozesskostenhilfe unter Beiordnung ihrer Bevollmächtigten für das erstinstanzliche Verfahren zu gewähren, da sie nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann und die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg im Sinne der §§ 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO bietet.

Eine hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung im vorgenannten Sinne besteht bereits dann, wenn bei überschlägiger Prüfung der Sach- und Rechtslage zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass der Antragsteller in dem Verfahren Erfolg haben wird. Die Prüfung der Erfolgsaussichten darf nicht dazu dienen, die Würdigung der für und gegen die Zulässigkeit und Begründetheit des Antrags sprechenden Gründe in das Nebenverfahren der Prozesskostenhilfe zu verlagern. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet folglich bereits dann hinreichende Aussicht auf Erfolg, wenn das Gericht den Standpunkt eines Antragstellers aufgrund dessen eigener Sachdarstellung und der von ihm gegebenenfalls eingereichten Unterlagen für zutreffend oder zumindest vertretbar hält und in tatsächlicher Hinsicht zumindest von der Möglichkeit einer Beweisbarkeit ausgeht. Es reicht aus, dass ein Obsiegen ebenso wahrscheinlich ist wie ein Unterliegen, wenn also der Erfolg bei summarischer Prüfung offen ist. Andererseits darf die Prozesskostenhilfe verweigert werden, wenn zwar ein Erfolg in der Hauptsache nicht schlechthin ausgeschlossen, die Erfolgchance aber nur eine entfernte oder bloß theoretische ist (st. Rspr. des Senats, vgl. Beschluss vom 17.05.2010 - 3 D 433/10 -, juris Rdnr. 2).

Daran gemessen hat das Verwaltungsgericht der Antragstellerin zu dem maßgeblichen Entscheidungspunkt der Beschwerdeentscheidung (vgl. Kopp/Schenke, VwGO-Kommentar, 25. Aufl., 2019, § 166 Rdnr. 19. 14a) zu Unrecht die Gewährung von Prozesskostenhilfe versagt. Denn ein Obsiegen der Klägerin im Klageverfahren erscheint nach der im Prozesskostenhilfeverfahren allenfalls gebotenen summarischen Prüfung als wahrscheinlich.

Im Gegensatz zu der Wertung des Verwaltungsgerichts hält der Senat die Durchführung des Visumverfahrens für die Klägerin gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Alt. AufenthG für nicht zumutbar, so dass selbst dann, wenn § 10 Abs. 3 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG entgegen steht, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG geboten erscheint. Das für die Klägerin sprechende rechtliche Abschiebungshindernis, das Voraussetzung für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG ist, ergibt sich ebenso wie die Unzumutbarkeit der Durchführung eines Visumverfahrens aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK, die in Fällen wie den vorliegenden einwanderungspolitische Gesichtspunkte zurückdrängen.

Es verstieße vorliegend nach der im Verfahren auf Gewährung von Prozesskostenhilfe gebotenen summarischen Prüfung gegen Art. 6 GG und Art 8 EMRK, die Antragstellerin auf die Durchführung des Visumverfahrens zu verweisen und damit eine längere Trennung von dem die deutsche Staatsangehörigkeit besitzenden, am 8. Januar 2018 geborenen Kind in Kauf zu nehmen. Art. 6 GG und Art. 8 EMRK stellen in Fällen wie dem vorliegenden ein rechtliches Abschiebungshindernis dar, das auch die Ermessenentscheidung der Ausländerbehörde bindet. Dass die Durchsetzung der Ausreisepflicht in Fällen wie dem vorliegenden mit Art. 6 GG oder Art. 8 EMRK unvereinbar sein kann, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung anerkannt und hat auch für den vorliegenden Fall zu gelten (vgl. hierzu insbesondere VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.03.2009 - 11 S 2990/08 -, juris Rdnr. 29; Bay. VGH, Beschluss vom 06.08.2008 - 9 CE 08.781 -, juris; OVG Lüneburg, Beschluss vom 08.12.2008 - 8 LA 72/08 -, juris).

Da § 5 Abs. 2 Satz 2, 2. Alt. AufenthG besondere Umstände des Einzelfalls voraussetzt, in deren Folge die Nachholung des Visumverfahrens unzumutbar ist, macht die Vorschrift einerseits das erhebliche öffentliche Interesse an der Einhaltung des Verfahrens deutlich, andererseits aber auch, dass die Einhaltung des Visumverfahrens kein Selbstzweck ist (vgl. Funke-Kaiser in Gemeinschaftskommentar zum AufenthG - GK-AufenthG -, 2015, § 5 Rdnr. 134 unter Hinweis auf OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 05.10.2006 -18 B 1767/06 - juris). Ein besonderer Umstand gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG liegt dann vor, wenn sich der Ausländer oder die Ausländerin in einer Sondersituation befindet, die sich signifikant von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet. Die gedankliche Prüfung hat vom Normalfall der Nachholung des Visumverfahrens auszugehen und diesen als unproblematisch zu begreifen, auch wenn damit für den Betroffenen regelmäßig Probleme verbunden sein werden. Deren typische Umstände (Kosten, Mühen, Zeitaufwand, vorübergehende Trennung von Angehörigen und Freunden) sind als allgemein bekannte Unannehmlichkeiten einer Aus- und Wiedereinreise vom Gesetzgeber als zumutbar vorausgesetzt; diese gesetzgeberische Entscheidung, die er unproblematisch im Rahmen seines Gestaltungsspielraums treffen konnte, darf nicht bereits gedanklich mit einem Makel behaftet werden (vgl. Funke-Kaiser, a.a.O., § 5 Rdnr. 137 m.w.N.). 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 oder der Ausländerin gegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumverfahrens abzuwägen (vgl. Funke-Kaiser, a.a.O., § 5 Rdnr. 138 ff.), wobei die Wirkungen der Grundrechte, insbesondere der Schutz von Bindungen des Ausländers im Inland durch Art. 6 Absätze 1 und 2 GG und Art. 8 EMRK als höherrangigem Recht beachtet werden müssen. Dem ausreisepflichtigen Familienmitglied ist danach ein auch nur vorübergehendes Verlassen des Bundesgebietes dann nicht zuzumuten, wenn einer der Angehörigen aufgrund individueller Besonderheiten, wie etwa Krankheit oder Pflegebedürftigkeit mehr als im Regelfall auf persönlichen Beistand angewiesen ist oder wenn die Betreuung von Kindern im Fall der Ausreise nicht gesichert wäre. Sind kleine Kinder von der Ausreise des Ausländers betroffen, kann auch eine kurzfristige Trennung unzumutbar sein, da kleine Kinder den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen können und diese rasch als endgültigen Verlust erfahren. Dabei ist es Aufgabe des Tatsachengerichts, eine Vorstellung davon zu entwickeln, welchen Trennungszeitraum es für zumutbar erachtet und welcher Trennungszeitraum realistisch zu erwarten ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.12.2008 - 2 BvR 1830/08 -, Rdnr. 33, juris; vgl. Funke-Kaiser, a.a.O., § 5 Rdnr. 140 ff.). Unzumutbarkeit ist anzunehmen, wenn - wie vorliegend - die Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden kann, etwa weil das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, dem Kind daher ein Verlassen der Bundesrepublik Deutschland nicht angedient werden kann und das Kind auf Grund seines Alters eine Trennung von dem Elternteil nicht verstehen können. In diesen Fällen drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück. Dies kann selbst dann gelten, wenn der Ausländer vor Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat (vgl. BVerfG, Beschl. vom 30. 01. 2002 - 2 BvR 231/00 -, NVwZ 2002, S. 849 <850> m.w.N.; Beschluss vom 31. 08. 1999 - 2 BvR 1523/99 -, NVwZ 2000, S. 59). Dabei kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht darauf an, ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen erbracht werden könnte. So wird der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters oder der Mutter nicht durch Betreuungsleistungen

des jeweils anderen Elternteils oder dritter Personen entbehrlich, sondern kann eigenständige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes haben (vgl. BVerfG, Beschluss vom 08. 12. 2005 - 2 BvR 1001/04 - m.w.N.; BVerfG, Beschluss vom 23.01.2006 - 2 BvR 1935/05; Hess. VGH, Beschluss vom 17. 06. 2013 - 3 B 968/13 -, juris Rdnr. 4).

Der Auffassung des Verwaltungsgerichts, der Antragstellerin bzw. ihrer am 8. Januar 2018 geborenen Tochter, die die deutsche Staatsangehörigkeit innehat, sei es zumutbar, mehrere Wochen (oder Monate?) getrennt voneinander zu sein, wird ausdrücklich nicht gefolgt. Nach den unwidersprochen gebliebenen Aussagen der Antragstellerin lebt ihre Tochter D. seit ihrer Geburt im Januar 2018 bei ihr und wird ausschließlich von ihr betreut und versorgt. Zwar habe das Kind regelmäßig Kontakt zu dem Kindsvater, dem deutschen Staatsangehörigen E., die Kontakte hätten jedoch eher Besuchscharakter, eine gemeinsame elterliche Sorge bestehe nicht (Schriftsatz vom 30.01.2020, B. 34 GA). Unter diesen Umständen kann bereits nicht davon ausgegangen werden, dass eine Betreuung der Tochter durch den Kindsvater überhaupt gewährleistet werden könnte. Hierauf kommt es jedoch nach der zitierten Rechtsprechung des BVerfG, der die Vorsitzende folgt, auch nicht an, da die besondere Betreuungsleistung der Antragstellerin weder durch Betreuungsleistungen des Vaters, geschweige denn durch Dritte ersetzt werden kann. Dies hat insbesondere auf Grund der Tatsache zu gelten, dass die Tochter D. derzeit erst 2 Jahre und 7 Monate alt ist und eine längere Trennung von ihrer Mutter, die in ihrem bisherigen Leben die alleinige oder zumindest wesentliche Bezugsperson gewesen sein dürfte, nicht wird verstehen können.

Der Tochter D., die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist es auch nicht zumutbar, gemeinsam mit der Mutter nach Nigeria zur Nachholung des Visumverfahrens aus- und wieder einzureisen. Insoweit kann auf die oben gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Hinsichtlich der fehlenden Lebensunterhaltssicherung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist auf § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zu verweisen und auf die besondere Konstellation, die daraus folgt, dass die Antragstellerin Mutter eines Kindes ist, das die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Hier dürfte die Wertung von § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG (Absehen von dem Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung) zu beachten sein.

Schließlich ist im vorliegenden Fall zu beachten, dass ausweislich der aktuellen Auskunft des Auswärtigen Amtes (Terminvergabesystem des Auswärtigen Amtes - Lagos) derzeit die Terminvergabe für Visa zur Familienzusammenführung 10 Monate, die Bearbeitungszeit für Visa zur Familienzusammenführung in der Regel bis zu sechs Monate, in bestimmten Fällen sogar länger dauert und derzeit die Botschaft in Lagos ohnehin aufgrund der Corona-Pandemie geschlossen sein dürfte.

Das Verfahren ist gerichtsgebührenfrei, außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet (§ 166 VwGO i.V.m. § 127 Abs. 4 ZPO).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

...