



**OBERVERWALTUNGSGERICHT  
BERLIN-BRANDENBURG**

**BESCHLUSS**

**OVG 11 S 88.19**  
**VG 15 L 380.19 Berlin**

In der Verwaltungsstreitsache  
des Herrn

,  
,  
Antragstellers und Beschwerdeführers,

bevollmächtigt:  
Rechtsanwalt Federico Trainè,  
Rosenthaler Straße 46/47, 10178 Berlin,

g e g e n

das Land Berlin,  
vertreten durch das Landesamt für Einwanderung,  
Friedrich-Krause-Ufer 24, 13353 Berlin,

Antragsgegner und Beschwerdegegner,

hat der 11. Senat durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Fieting, den Richter am Oberverwaltungsgericht Schmialek und die Richterin am Verwaltungsgericht Dr. von Daniels am 20. März 2020 beschlossen:

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 2. Dezember 2019 wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung und der Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, bis zur Entscheidung über die Klage in der Hauptsache (VG 15 K 381.19) von Abschiebemaßnahmen gegen den Antragsteller abzusehen.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt der Antragsgegner.

Der Wert des Beschwerdegegenstandes wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

### Gründe

#### I.

Der Antragsteller, ein vietnamesischer Staatsangehöriger, begehrt Eilrechtsschutz bis zur Entscheidung über seine, auf die Erteilung einer Duldung gerichteten Klage. Darüber hinaus begehrt er die Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beordnung seines Prozessbevollmächtigten.

Der Antragsteller lebt mit seiner Ehefrau, Frau \_\_\_\_\_ zusammen, welche im Besitz einer Niederlassungserlaubnis ist und die sich im Einbürgerungsverfahren befindet. Das Ehepaar hat zwei gemeinsame Kinder: die am \_\_\_\_\_ eingebürgerte Tochter \_\_\_\_\_ und den Sohn \_\_\_\_\_. Die Ehefrau hat daneben noch einen weiteren Sohn \_\_\_\_\_, der die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.

Der Antragsteller reiste 2006 nach Deutschland ein. Sein Asylantrag wurde mit Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge am 27. September 2006 als offensichtlich unbegründet abgelehnt.

Wegen einer rechtskräftigen Verurteilung durch das Landgericht Berlin in 2008 unter anderem wegen bandenmäßigen Einschleusens von Ausländern (Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 10 Monaten) wurde der Antragsteller mit Bescheid des Einwohner-Zentralamtes Hamburg vom 23. November 2009 unbefristet ausgewie-

sen. Diese Ausweisungsverfügung wurde im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs im Jahr 2014 aufgehoben.

Der Antragsteller wurde mit Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 11. April 2017 wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt, deren Vollstreckung für drei Jahre zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Der Antragsgegner lehnte mit – mittlerweile bestandskräftigem – Bescheid vom 25. April 2018 die Anträge des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, Ehegattennachzug nach § 29 i.V.m. § 30 AufenthG sowie § 25 Abs. 3 und 5 AufenthG ab.

Der Antragsteller war seit 2006 aus verschiedenen Gründen in Besitz von Duldungen, letztmalig bis zum 27. August 2019.

Unter dem 27. August 2019 beantragte der Antragsteller die Erteilung einer Duldung, die der Antragsgegner mit Bescheid vom 2. September 2019 ablehnte. Auch die Ehefrau sowie die Kinder des Antragstellers hätten diesen nicht von der Begehung von Straftaten abhalten können. Eine wirkliche Zäsur im Leben sei offensichtlich nicht erfolgt. Die Abschiebungsandrohung aus dem Bescheid des BAMF vom 27. September 2006 habe weiterhin Bestand.

Der Antragsteller hat unter dem 6. September 2019 Klage gegen den Bescheid vom 2. September 2019 erhoben und beantragt, unter Aufhebung dieses Bescheides den Antragsgegner zu verpflichten, ihm eine Duldung zu erteilen. Ferner hat der Antragsteller Eilrechtsschutz begehrt und beantragt, dem Antragsgegner vorläufig, bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, zu untersagen, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen ihn zu ergreifen. Zudem hat er Prozesskostenhilfe unter Beiordnung seines Prozessbevollmächtigten beantragt.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 2. Dezember 2019 die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Eine Duldung gemäß § 60 Abs. 2 Satz 3 AufenthG komme nicht in Betracht. Auch rechtliche und tatsächliche Abschiebungshindernisse seien nicht erkennbar. Denn die mit der Durchsetzung der Ausreisepflicht bewirkte Trennung

des Antragstellers von seiner Familie wäre nur vorübergehend, weil der Antragsteller nach der Visumerteilung wieder nach Deutschland einreisen könnte. Trotz des noch bestehenden Ausweisungsinteresses dürfte eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass dieses der Erteilung eines Visums nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht entgegenstehen würde, weil entweder ein Ausnahmefall von der Regel des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG anzunehmen oder im Ermessenswege gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG von der Regelvoraussetzung abzusehen wäre. Wegen fehlender Erfolgsaussichten habe auch die beantragte Prozesskostenhilfe nicht bewilligt werden können.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

## II.

Die fristgemäß eingelegte und begründete Beschwerde ist auch ansonsten nach Maßgabe des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO zulässig. Zwar enthält die Beschwerdebegründung keinen förmlich gestellten Antrag. Jedoch kann sich der notwendige Beschwerdeantrag auch aus den Beschwerdegründen ergeben. So muss sich innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO aus dem Vorgetragenen mit hinreichender Bestimmtheit ermitteln lassen, in welchem Umfang und mit welchem Ziel die Entscheidung des Verwaltungsgerichts angefochten werden soll (Eyer-mann-Happ, VwGO 15. Aufl., § 146 Rn. 21). Hier hat der Antragsteller ausdrücklich „Beschwerde“ gegen den bezeichneten Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 2. Dezember 2019 eingelegt und ausgeführt, dass er entgegen dieser Entscheidung einen Anordnungsanspruch hinsichtlich der begehrten Duldung und einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht habe. Daraus ergibt sich hinreichend deutlich, dass der Antragsteller unter umfänglicher Aufhebung des angefochtenen Beschlusses die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung in Form einer Duldung begehrt. Der Antragsteller geht in seiner Beschwerdebegründung auch auf die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung in mit Blick auf deren Kürze ausreichendem Maße ein.

Die Beschwerde ist auch begründet. Unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens (§ 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO) ist die Entscheidung des Verwaltungsge-

richts abzuändern und dem Antrag des Antragstellers auf vorläufiges Absehen von Abschiebemaßnahmen und Erteilung einer Duldung stattzugeben.

1. Mit der Beschwerdebegündung bestehen nach der hier nur möglichen summarischen Prüfung bereits gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass die Ausreise des Antragstellers für die zum Familienverband gehörenden deutschen Kinder einen nicht mit Art. 20 AEUV vereinbaren faktischen Zwang zur Ausreise und deshalb ein rechtliches Abschiebungshindernis gemäß § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG begründen könnte. Dies gebietet eine dem Hauptsacheverfahren vorzubehaltene Prüfung aller Umstände des konkreten Falles (vgl. Beschluss des Senats vom 31. Oktober 2019 – OVG 11 S 63.19 –, juris Rn. 7 und vom 12. November 2019 – OVG 11 S 55.19).

Zwar beschränkt sich die Annahme eines rechtlichen oder faktischen Zwangs zum Verlassen des Unionsgebiets für einen minderjährigen Unionsbürger und damit die Beseitigung der praktischen Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft auf seltene Ausnahmefälle, in denen ein rechtliches, wirtschaftliches oder affektives Abhängigkeitsverhältnis vom Drittstaatsangehörigen in der Weise besteht, dass sich das betroffene Kind zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen sähe, wenn diesem ein Aufenthaltsrecht verweigert würde (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018 – 1 C 16/17 –, BVerwGE 162, 349-363, juris Rn. 35; BVerwG, Urteil vom 30. Juli 2013 – 1 C 15/12 –, juris Rz. 31 ff.). Einer solchen Feststellung muss die Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles unter Berücksichtigung des Kindeswohls zugrunde liegen. Dabei ist auch die Dauer einer zu erwartenden Trennung des Kindes vom drittstaatsangehörigen Elternteil zu berücksichtigen. Insofern spielt eine Rolle, ob der Drittstaatsangehörige das Unionsgebiet – etwa zur Nachholung des Visumverfahrens – für unbestimmte Zeit oder aber nur für einen kurzen, verlässlich zu begrenzenden Zeitraum zu verlassen hat (BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018 – 1C 16/17 –, BVerwGE 162, 349-363, juris Rn. 35 unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 8. Mai 2018 – C-82/16 – juris Rn. 56 und 58).

Hier sind jedoch für das Vorliegen eines solchen Falles der Abhängigkeit der deutschen Kinder und vom Antragsteller gewichtige Anhaltspunkte dargelegt und glaubhaft gemacht:

Dass zwischen dem Antragsteller und den deutschen Kindern seiner Ehefrau eine familiäre Lebensgemeinschaft besteht, ist unstreitig. Es bestehen ferner erhebliche Anhaltspunkte für ein affektives Abhängigkeitsverhältnis der zum familiären Verbund gehörenden deutschen Kinder. Der Antragsteller hat mit der Beschwerdebegründung diesbezüglich nachvollziehbar vorgetragen und glaubhaft gemacht, dass er neben der Mutter die wichtigste Bezugsperson sei. Dies steht hinsichtlich der eingebürgerten deutschen leiblichen Tochter des Antragstellers außer Frage. Zudem hat die Ehefrau des Antragstellers durch eidesstattliche Erklärung vorgebracht, dass der Antragsteller sich um alle drei Kinder kümmere. Auch zu ihrem 13-jährigen deutschen Sohn aus vorheriger Partnerschaft, pflege er ein sehr inniges Verhältnis.

Das Vorliegen eines unionsrechtswidrigen faktischen Zwangs zur Ausreise für die beiden deutschen Kinder der Ehefrau des Antragstellers ist auch nicht mit Blick darauf in Zweifel zu ziehen, dass diese über eine sie auch zur Erwerbstätigkeit berechtigende Aufenthaltserlaubnis verfügt. Denn die Ehefrau hat in der oben genannten eidesstattlichen Versicherung erklärt, dass die Zeit der Untersuchungshaft-Verbüßung für sie sehr schwer gewesen sei. Sie habe das kaum stemmen können. Dies habe ihnen nochmals vor Augen geführt, wie stark sie aufeinander angewiesen seien. Falls ihr Ehemann tatsächlich nach Vietnam zurückkehren müsste, würden sie ihm als Familie folgen.

Eine Beurteilung der Frage, ob der Antragsteller für unbestimmte Zeit oder für einen kurzen verlässlich zu begrenzenden Zeitraum ausreisen müsste, und wie sich dies auf die Annahme eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts auswirkt, bleibt der Prüfung im Hauptsacheverfahren vorbehalten. Denn der voraussichtliche Zeitraum der Trennung kann – worauf auch die Beschwerde hinweist - im vorliegenden Eilverfahren nicht abgeschätzt werden. So lässt sich der angegriffenen Entscheidung insoweit nur entnehmen, dass die mit der Durchsetzung der Ausreisepflicht bewirkte Trennung nur vorübergehender Natur sei, weil der Antragsteller nach der Visumerteilung wieder nach Deutschland einreisen könnte. Um welchen Zeitraum es dabei geht, lässt die erstinstanzliche Entscheidung offen. Es kann im vorliegenden Eilverfahren auch nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Trennung des Antragstellers von seiner Familie nur um einen überschaubaren Zeitraum von wenigen Tagen oder Wochen für die Erteilung des Visums

handeln würde. In diesem Zusammenhang beruft sich der Antragsgegner darauf, dass der Antragsteller es in seiner Hand habe, die Ausreise zu gestalten und die Dauer des Visumverfahrens zu verkürzen. Dem ist zwar zuzugeben, dass es Konstellationen geben kann, in welchen sich die Länge eines Visumverfahrens absehbar auf wenige Tage oder Wochen beschränkt. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Ausländerbehörde bereits eine Vorabzustimmung nach § 31 Abs. 3 AufenthV erteilt hat und sich die daraus folgende Dauer des Visumverfahrens aus einer belegten Auskunft der zuständigen Botschaft ergibt (BayVGH, Beschluss vom 20. Juni 2017 – 10 C 17.744 –, juris Rn. 10). Gleiches mag anzunehmen sein, wenn sich die Ausländerbehörde dahingehend einlässt, dass der betroffene Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels habe, da er Vater von minderjährigen deutschen Kindern sei (BayVGH, Beschluss vom 21. Januar 2020 – 10 CE 20.60 –, juris Rn. 8). Eine vergleichbare Situation ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Der Antragsgegner hat weder eine Vorabzustimmung erteilt noch sich dahingehend eingelassen, dass dem Antragsteller ein entsprechendes Visum zu erteilen wäre. Er führt nur aus, dass der Fall hier – nun auch vor dem Hintergrund des Art. 20 AEUV – geprüft worden sei. Dies habe zur Folge, dass er im Rahmen des nachzuholenden Visumverfahrens schnell entscheiden könne. Zudem könne mitgeteilt werden, dass das Auswärtige Amt den Antragsgegner auf dessen Nachfrage darüber informiert habe, dass an der Botschaft in Hanoi derzeit keine Wartezeiten für Antragsteller bestehen, die zum Zwecke des Familiennachzugs nach Deutschland einreisen wollen. Lege man all dies zugrunde, erscheine eine freiwillige Ausreise günstiger und schneller als eine Abschiebung, die aufgrund des bestandskräftigen Bescheids vom 25. April 2018 ein Einreise- und Aufenthaltsverbot von drei Monaten hervorrufen würde. Eine klare Positionierung des Antragsgegners sowie eine belastbare zeitliche Einschätzung lassen sich dem aber nicht entnehmen. Dies wird im Hauptsacheverfahren zu klären sein.

Eine andere Beurteilung ist auch nicht mit Blick darauf geboten, dass der Antragsgegner geltend macht, einer Duldung stehe entgegen, dass der Antragsteller mehrfach „Ausweisungsinteressen gesetzt“ habe und dies auch nach dem oben genannten Urteil des EuGH vom 8. Mai 2018 – C-82/16, juris Rn. 90 ff. einen Eingriff in die Rechte aus Art. 20 AEUV ermögliche.

Nach diesem Urteil können sich die Mitgliedsstaaten u.a. auf eine Ausnahme im Zusammenhang mit dem Schutz der „öffentlichen Sicherheit“ berufen, wobei dieser Begriff als Rechtfertigung für eine Abweichung vom Aufenthaltsrecht der Unionsbürger oder ihrer Familienangehörigen „eng auszulegen“ sei. Insofern habe der Gerichtshof entschieden, dass dieser Begriff „die Bekämpfung der mit bandenmäßigem Handel mit Betäubungsmitteln verbundenen Kriminalität oder des Terrorismus“ umfasse (EuGH, a.a.O., Rn. 90, 91 m.w.N. zur diesbezüglichen Rechtsprechung). Hierin ist weiter ausgeführt, dass die Verweigerung des Aufenthaltsrechts das Vorliegen einer tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit voraussetze und stets eine konkrete Beurteilung sämtlicher aktueller, relevanter Umstände des Einzelfalls im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, des Wohls des Kindes und der Grundrechte bedürfe, wobei u.a. das persönliche Verhalten des Betroffenen, Dauer und Rechtmäßigkeit seines Aufenthalts im Hoheitsgebiet des betroffenen Mitgliedsstaats, Art und Schwere der begangenen Straftat, der Grad der gegenwärtigen Gefährlichkeit des Betroffenen für die Gesellschaft, das Alter etwa betroffener Kinder und ihr Gesundheitszustand sowie ihre familiäre und wirtschaftliche Situation zu berücksichtigen seien (EuGH, a.a.O., Rn. 92 bis 94).

Dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt sind, ist nicht ersichtlich. Der Antragsgegner macht schon nicht geltend - und dafür gibt auch der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ablehnende Bescheid vom 25. April 2018 nichts her -, dass ein Aufenthalt des Antragstellers zur Bekämpfung der mit bandenmäßigem Handel mit Betäubungsmitteln verbundenen Kriminalität erforderlich sei. Zudem wurde die gegen diesen durch Urteil des Landgerichts Magdeburg vom 11. April 2017 verhängte Freiheitsstrafe von zwei Jahren zur Bewährung ausgesetzt, da die Kammer davon ausgehe, dass er sich bereits diese Verurteilung zur Warnung dienen lassen werde. Dass diese positive strafgerichtliche Prognose nicht gerechtfertigt ist, macht der Antragsgegner weder im Bescheid vom 25. April 2018 noch im Rahmen der Beschwerdeerwiderung geltend, so dass auch für das Vorliegen einer vom Antragsteller ausgehenden tatsächlichen, gegenwärtigen und erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit, wie nach dem o.g. Urteil des EuGH erforderlich, nichts dargelegt ist. Auch für die hiernach erforderliche umfassende Einzelfallbeurteilung ist Hinreichendes vorliegend nicht ersichtlich. Bei die-



ser Sachlage muss eine abschließende Prüfung insoweit dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.

2. Auf die weiteren mit der Beschwerdebegründung vorgebrachten Einwände des Antragstellers kommt es für das hiesige Verfahren danach nicht mehr entscheidungserheblich an.

3. Über die Beschwerde gegen die Versagung der Prozesskostenhilfe ergeht ein gesonderter Beschluss (Aktenzeichen OVG 11 M 28.19).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Fieting

Schmialek

Dr. von Daniels