

Aktenzeichen
5 L 277/08.DA (3)



Eingegangen
21. JUNI 2008
Becher & Dieckmann
Rechtsanwälte

Verwaltungsgericht Darmstadt
BESCHLUSS

In dem Verwaltungsstreitverfahren des

[REDACTED]
(* [REDACTED] 1974)
brasilianischer Staatsangehöriger
[REDACTED]
[REDACTED] Barcelona
Spanien

– Antragsteller –

(bevollmächtigt: Rechtsanwälte Andreas Becher und Jens Dieckmann, [Az.: 89/08C12],
Münsterplatz 5, 53111 Bonn),

gegen den

Landkreis Bergstraße,
vertreten durch den Landrat
(Az.: I – 7/2 – 152/05 – 2-Le)
Gräffstraße 5
64646 Heppenheim

– Antragsgegner –

wegen Ausweisung

hat das Verwaltungsgericht Darmstadt – 5. Kammer – durch

Präsidentin des VG Rechenbach
Richterin am VG Kauß
Richter am VG Dr. Rumpf

am 05.06.2008 beschlossen:

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen den Bescheid des Landrats des Kreises Bergstraße vom 26.02.2008 wird hinsichtlich der Ausweisung wiederhergestellt und hinsichtlich der Abschiebungsandrohung angeordnet.
2. Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsgegner zu tragen.
3. Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe

I. Der Antragsteller ist brasilianischer Staatsangehöriger. Am 25.02.2008 wurde er in Bürostadt von der Polizei aufgegriffen. In seiner Vernehmung gab er an, er sei nach spanischem Recht schon seit sieben Jahren mit einem anderen Mann verheiratet und dürfe sich deshalb in Spanien aufhalten. Zur Glaubhaftmachung legte er eine bis 10.02.2011 gültige spanische Identitätskarte („Extranjeros España – Regimen comunitario“ = „Ausländer Spanien – Gemeinschaftsregelung“) vor, in der sein Name, seine Anschrift und auch der Name seines Ehepartners und als Beruf/Ausstellungsgrund „Familie“ eingetragen sind. Weiter gab er an, aufgrund der Eheschließung in Spanien der Erwerbstätigkeit eines Friseurs nachzugehen. Er habe geglaubt, Freizügigkeit zu genießen und deshalb auch in Deutschland arbeiten zu dürfen. Unter dem Vorwand, eine Freundin in Deutschland zu besuchen, sei er 10 Tage vor seinem Aufgriff nach Deutschland eingereist und der Prostitution nachgegangen, wovon sein Ehepartner jedoch nichts gewusst habe. Er habe von einem Freund gehört, man könne damit in Deutschland schnell viel Geld machen.

Nach mündlicher Anhörung zur beabsichtigten Ausweisung verfügte der Antragsgegner mit Bescheid vom 26.02.2008 die Ausweisung des Antragstellers. Der Antragsteller wurde aufgefordert, das Bundesgebiet bis zum 02.03.2008 zu verlassen. Für den Weigerungsfall wurde ihm die Abschiebung in sein Heimatland angedroht. Zugleich wurde die sofortige Vollziehung der Ausweisung verfügt. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Antragsteller habe gegen die Einreisebestimmungen verstoßen. Er sei als brasilianischer Staatsangehöriger zwar so genannter „Positivstaater“, der für Aufenthalte bis zu drei Monaten keines Visums bedürfe. Da er aber schon bei der Einreise die Absicht gehabt habe, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, war die Einreise sichtvermerkspflichtig. In der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit liege ein nicht nur geringfügiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften. Zudem sei die Prostitution eine sozialwidrige Tätigkeit, die von der Rechtsordnung nur geduldet, nicht hingegen anerkannt werde. Das Aufenthaltsrecht des Antragstellers für Spanien erstrecke sich nicht auf Deutschland. Im Rahmen der Ermessensausübung seien persönliche schutzbedürftige Belange in Bezug auf Deutschland nicht erkennbar. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ausweisung sei erforderlich, weil ein weiterer Aufenthalt im Bundesgebiet die Gefahr mit sich bringe, dass der Antragsteller in die Illegalität untertauche und erneut der Prostitution nachgehe, um den Lebensunterhalt zu bestreiten. Der Bescheid wurde dem Antragsteller am 26.02.2008 persönlich ausgehändigt.

Am 28.02.2008 hat der Antragsteller Klage gegen den Bescheid erhoben, über die noch nicht entschieden ist (Aktenzeichen: 5 K 278/08.DA [3]). Zugleich hat er vorliegenden Eilantrag gestellt. Er trägt vor, die Verfügung sei rechtswidrig, weil er als Ehepartner eines Unionsbürgers Freizügigkeit genieße und sich ohne besondere Erlaubnis im Bundesgebiet aufhalten und einer Erwerbstätigkeit nachgehen dürfe. Nach spanischem Recht sei die Ehe un-

ter gleichgeschlechtlichen Personen einer Ehe zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts völlig gleichgestellt; es handele sich insoweit nicht nur um eine Lebenspartnerschaft im Sinne der deutschen Rechtsvorschriften. Die Ehe wurde am 03.02.2006 vor dem Standesamt Barcelona geschlossen.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid des Landrats des Kreises Bergstraße vom 26.02.2008 hinsichtlich der Ausweisung wiederherzustellen und hinsichtlich der Abschiebungsandrohung anzuordnen,

hilfsweise, festzustellen, dass die Klage aufschiebende Wirkung hat,

hilfsweise, den Antragsgegner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, Abschiebemaßnahmen gegen den Kläger zu unterlassen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er bezieht sich zur Begründung auf den angefochtenen Bescheid und trägt ergänzend vor, eine Nachfrage beim spanischen Generalkonsulat habe ergeben, dass die in Spanien geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe nur dort anerkannt werde. Außerhalb Spaniens gelte der Antragsteller als unverheiratet, da das brasilianische Personenstandsrecht eine gleichgeschlechtliche Ehe nicht kenne. Die von den spanischen Behörden ausgestellte Identitätskarte sei keine allgemeine Freizügigkeitsbescheinigung, sondern entfalte nur in Bezug auf Spanien ihre Wirkungen. Mit einer solchen Identitätskarte dürfe der Antragsteller zwar frei auch in andere Mitgliedstaaten der Europäischen Union einreisen. Das gelte nach Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG aber nur für den Fall, dass der Antragsteller seinen Ehepartner begleite, was vorliegend nicht der Fall sei. Sowohl die zitierte Richtlinie als auch die Verordnung (EU) Nr. 539/2001 schlössen eine wie auch immer geartete Erwerbstätigkeit aus. Das FreizügG/EU sei im Falle des Antragstellers ohnehin nicht anwendbar, da der Antragsteller sich außerhalb Spaniens wie eine ledige Person behandeln lassen müsse.

Der Antragsteller ist inzwischen nach Spanien zurückgekehrt, hält seinen Antrag jedoch weiterhin aufrecht.

Wegen der weiteren Einzelheiten, insbesondere bezüglich der vorgelegten Eheregistrierungsurkunde und der vorgelegten Identitätskarte, die sämtlich in beglaubigter deutscher Übersetzung im Verfahren vorgelegt worden sind, wird auf den Inhalt der Gerichtsakte verwiesen.

II. Der Hauptantrag ist mit der Maßgabe zulässig, dass die aufschiebende Wirkung gegen die Ausweisungsverfügung wiederhergestellt und gegen die Abschiebungsandrohung angeordnet wird. Obwohl der Antragsteller eigenen Angaben zufolge das Bundesgebiet inzwischen verlassen hat, wird er durch die Verfügung weiterhin belastet. Denn infolge der sofortigen Vollziehung der Ausweisung greift für den Antragsteller das absolute Wiedereinreise- und Aufenthaltsverbot des § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ein. Die gegen die Ausweisung erhobene Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Gleiches gilt hinsichtlich der im angefochtenen Bescheid enthaltenen Abschiebungsandrohung (§ 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i. V. mit § 16 HessAGVwGO), wobei infolge des gesetzlichen Wegfalls der aufschiebenden Wirkung sprachlich die „Anordnung“ und nicht die „Wiederherstellung“ der aufschiebenden Wirkung beantragt werden muss.

Der Antrag ist auch begründet. Für die materiell-rechtliche Beurteilung der behördlichen Entscheidung ist die derzeitige Sach- und Rechtslage maßgebend (Hess. VGH, Beschl. v. 21.12.1989 – 12 TH 2820/88 – abgedruckt in EZAR 622 Nr. 7). Nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung erweist sich die ergangene Ausweisung als rechtswidrig mit der Folge, dass den privaten Belangen des Antragstellers an einer Suspendierung der Verfügung derzeit Vorzug vor dem öffentlichen Vollzugsinteresse gebührt.

Die zwischen den Beteiligten streitige Frage, ob der Antragsteller Freizügigkeit nach dem EU-Vertrag genießt, beurteilt sich vorrangig nach der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG (ABl. L 229 S. 35) – nachstehend kurz: Unionsbürgerrichtlinie –. Da die Umsetzungsfrist für den Bundesgesetzgeber am 30.04.2006 endete (Art. 40 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie) und die Richtlinie seitdem unmittelbare Anwendungskraft in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union hat, ist sie vorrangig anzuwenden. Sie tritt in ihrem Geltungsbereich nur dann zurück, wenn der nationale Gesetzgeber in Übereinstimmung mit der Richtlinie dem Einzelnen weitergehende Rechte einräumt. Aus diesem Grunde ist zunächst zu prüfen, ob sich aus der Unionsbürgerrichtlinie die vom Antragsteller behauptete Freizügigkeit ergibt. Erst in einem zweiten Schritt ist zu klären, ob das zur Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie verkündete Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.08.2007 (BGBl. I S. 1970) oder andere Vorschriften des deutschen Rechts weitergehende Rechte geben.

Gemäß Art. 5 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie ist von Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, gemäß der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 oder

gegebenenfalls den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften lediglich ein Einreisevisum zu fordern. Für die Zwecke dieser Richtlinie entbindet der Besitz einer gültigen Aufenthaltskarte gemäß Art. 10 diese Familienangehörigen von der Visumpflicht. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie hat ein Unionsbürger das Recht auf Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats für einen Zeitraum von bis zu drei Monaten, wobei er lediglich im Besitz eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses sein muss und ansonsten keine weiteren Bedingungen zu erfüllen oder Formalitäten zu erledigen braucht. Gemäß Art. 6 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie hat dasselbe Recht der Familienangehörige eines Unionsbürgers, der im Besitz eines gültigen Reisepasses ist und nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, wenn er den Unionsbürger begleitet oder ihm nachzieht. Unter „Familienangehöriger“ versteht die Unionsbürgerrichtlinie nach ihrem Art. 2 Nr. 2 a den Ehepartner und nach ihrem Art. 2 Nr. 2 b den Lebenspartner, mit dem der Unionsbürger auf der Grundlage der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats eine eingetragene Partnerschaft eingegangen ist, sofern nach den Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats die eingetragene Partnerschaft der Ehe gleichgestellt ist und die in den einschlägigen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind.

Im vorliegenden Eilverfahren kann nicht abschließend geklärt werden, ob der Antragsteller „Familienangehöriger“ eines Unionsbürgers im vorbeschriebenen Sinne ist.

Zunächst spricht einiges dafür, dass mit „Ehepartner“ i. S. von Art. 2 Nr. 2 a Unionsbürgerrichtlinie nur der Angehörige einer heterosexuellen Ehe gemeint ist. Dies ergibt sich nach Auffassung des erkennenden Gerichts aus dem Umstand, dass sich der Richtliniengeber neben der Ehe auch mit der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft in Art. 2 Nr. 2 b Unionsbürgerrichtlinie ausdrücklich befasst hat, und damit bereits bekannte alternative Lebensformen berücksichtigt hat. Bei diesem Erkenntnisstand hätte es nahe gelegen, auch die Ehe unter Gleichgeschlechtlichen ausdrücklich zu erwähnen und klarzustellen, dass „Ehepartner“ i. S. d. Unionsbürgerrichtlinie eine andere als die traditionelle Bedeutung haben soll. Eine solche Klarstellung fehlt jedoch. Im Falle der Lebenspartnerschaften ist der Richtliniengeber dem Grundsatz gefolgt, dem schwächeren Recht der Mitgliedstaaten den Vorzug zu geben. Denn Lebenspartner werden nur dann als „Familienangehörige“ angesehen, wenn die betroffenen Rechtsordnungen des Staates, in dem die Ehe geschlossen wurde, und des Staates, in dem das Recht auf Freizügigkeit geltend gemacht wird, die Lebenspartnerschaft nach näherer Maßgabe der Richtlinie anerkennen. Damit trägt der Richtliniengeber dem Umstand Rechnung, dass die Lebenspartnerschaft eine neue Lebensform darstellt, die nicht in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union allgemein anerkannt ist. Geht der Richtliniengeber somit von dem Grundsatz aus, neue familiäre Lebensformen nur nach Maßgabe des nationalen Rechts anzuerkennen, kann nicht angenommen werden, dass die viel seltener anzutreffende „echte“ Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen (nach den Erkenntnissen des Gerichts innerhalb der Europäischen Union derzeit nur in Belgien, Niederlande und Spanien

möglich, vgl. hierzu die Untersuchung von Röthel, IPRax 2006, 259 ff.) auch die übrigen 24 Mitgliedstaaten der Union zur Anerkennung verpflichten sollte. Der aus Art. 2 Nr. 2 b Unionsbürgerrichtlinie zur Anerkennung der Lebenspartnerschaft hervorgehende Rechtsgedanke lässt vermuten, dass der Richtliniengeber auch insoweit dem schwächeren Recht zur Geltung verhelfen wollte. Daher erscheint es nahe liegend, dem Begriff des „Ehepartners“ in Art. 2 Nr. 2 a Unionsbürgerrichtlinie das herkömmliche Verständnis von Partnern unterschiedlichen Geschlechts zu Grunde zu legen (wie hier: VG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2004 – 2 K 1420/03 – IPRax 2006, 284 [286] = juris, Rdnr. 25).

Nicht verkannt werden soll dabei allerdings, dass über den restriktiv zu interpretierenden Wortlaut der Unionsbürgerrichtlinie die allgemeinen Wirkungen der vom Antragsteller geschlossenen Ehe sich in Deutschland nach spanischem Recht bestimmen (Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Da die im Ausland geschlossene Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen in Deutschland keinen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung („ordre public“) i. S. von Art. 6 EGBGB darstellt (Palandt/Heldrich, BGB, 67. Aufl. 2008, Art. 6 EGBGB Rdnr. 20, Röthel, IPRax 2002, 496 [499]), dürften die Wirkungen der in Spanien geschlossenen Ehe des Antragstellers – entgegen der vom Spanischen Generalkonsulat angeblich erteilten gegenteiligen Auskunft – auch in Deutschland grundsätzlich zu respektieren sein. Insofern gehen die Wirkungen der im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe über das hinaus, was der EU-Unionsbürgerrichtlinienggeber einzuräumen bereit ist.

Da der Antragsteller kein „Ehepartner“ i. S. von Art. 2 Nr. 2 a Unionsbürgerrichtlinie sein dürfte, ist zu prüfen, ob seine Ehe wenigstens als Lebenspartnerschaft anzuerkennen ist. Denn Art. 2 Nr. 2 b Unionsbürgerrichtlinie lässt sich – wie dargestellt – der Rechtsgedanke entnehmen, jedenfalls in solchen Mitgliedstaaten Lebenspartnerschaften den Ehen gleichzustellen, die das Institut der Lebenspartnerschaft in ihrer nationalen Rechtsordnung anerkannt haben. Seit Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes vom 16.02.2001 (BGBl. I S. 266) am 01.08.2001 ist das für Deutschland der Fall. Insoweit bedarf es wegen des Verweises auf die nationalen Rechtsvorschriften des Aufnahmemitgliedstaats der Klärung, ob auch die nach spanischem Recht geschlossene „echte“ Ehe in ihren Wirkungen der Lebenspartnerschaft nach deutschem Recht gleichgestellt ist. Diese Frage ist deswegen nicht ohne weiteres zu beantworten, weil der deutsche Gesetzgeber ausdrücklich bestimmt hat, dass die Wirkungen einer im Ausland eingetragenen Lebenspartnerschaft – an eine gleichgeschlechtliche Ehe hat der Bundesgesetzgeber offenbar überhaupt nicht gedacht – nicht weiter gehen als nach den Vorschriften des BGBs und des Lebenspartnerschaftsgesetzes (Art. 17 b Abs. 4 EGBGB). Das Eingehen einer „echten“ Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen mit den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten ist nach deutschem Recht aber ausdrücklich nicht vorgesehen; der deutsche Gesetzgeber hat gleichgeschlechtliche Paare allein auf die Lebenspartnerschaft verwiesen und ihnen bewusst die Eingehung einer Ehe versagt. Demgemäß wird nach Auffassung der Literatur die gleichgeschlechtliche Ehe von Art. 17 b

EGBGB nicht erfasst (vgl. Röthel, IPRax 2006, 251; Palandt/Heldrich, BGB, 67. Aufl. 2008, Art. 17 b EGBGB Rdnr. 1 m. w. N. aus der Literatur; anders offenbar BFH, Urt. v. 30.11.2004 – VIII R 61/04 – juris, Rdnr. 21, und VG Karlsruhe, Urt. v. 09.09.2004 – 2 K 1420/03 – IPRax 2006, 284 [287] = juris, Rdnr. 29, die – ohne nähere Begründung – eine nach niederländischem Recht geschlossene Ehe unter Partnern gleichen Geschlechts der Lebenspartnerschaft deutschen Recht gleichstellen).

Die vorstehend aufgeworfenen Fragen bedürfen hier keiner abschließenden Klärung, denn ganz gleich, ob der Antragsteller als „Ehepartner“ oder „Lebenspartner“ eines Unionsbürgers i. S. von Art. 2 Nr. 2 a und b Unionsbürgerrichtlinie anzusehen wäre, käme er in den Genuss eines Freizügigkeitsrechtes nur, wenn er seinen Ehe- oder Lebenspartner in den Aufnahmestaat begleitet oder zu ihm nachzieht (Art. 6 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie). Das ist eindeutig nicht der Fall, denn der Antragsteller selbst trägt vor, dass sein Partner weiterhin in Spanien lebt, wo sich auch der Lebensmittelpunkt des Antragstellers befindet, und der Partner von der Prostitutionstätigkeit des Antragstellers in Deutschland nichts weiß. Demgemäß scheiden Aufenthaltsrechte aus der Unionsbürgerrichtlinie, ungeachtet der Frage, ob der Antragsteller Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, aus.

Das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU – FreizügG/EU) vom 30.07.2004 (BGBl. I 1950, 1986), zuletzt geändert durch Gesetz vom 26.02.2008 (BGBl. I S. 215), weicht von der vorstehenden europarechtlichen Normierung erheblich ab. § 3 FreizügG/EU sieht nur den Ehepartner und Verwandte in absteigender und unter bestimmten Voraussetzungen auch in aufsteigender Linie als freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige an. Auf die Einreise und den Aufenthalt des Lebenspartners eines Unionsbürgers sind demgegenüber die für den Lebenspartner eines Deutschen geltenden Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes anzuwenden (§ 3 Abs. 6 FreizügG/EU). Wortlaut und systematische Stellung der Vorschrift lassen erkennen, dass der Lebenspartner eines Unionsbürgers an den europarechtlichen Vergünstigungen für Ehegatten, Kinder und ggf. Eltern eines Unionsbürgers nicht teilhaben soll. Die amtliche Begründung von § 3 Abs. 6 FreizügG/EU (später als Art. 2 des Zuwanderungsgesetzes vom 30.07.2004 [BGBl. I S. 1950] verkündet) lautete (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 103):

„Absatz 6 regelt das Recht auf Einreise und Aufenthalt der Lebenspartner (§ 1 Abs. 1 Satz 1 LPartG) freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger, soweit diese Lebenspartner nicht selbst unmittelbar freizügigkeitsberechtigt sind. Der EuGH hat aus Artikel 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) 1612/68 ein Aufenthaltsrecht für den nichtehelichen Lebenspartner eines freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmers hergeleitet, soweit das Recht des Aufnahmemitgliedstaates dem nichtehelichen Lebenspartner seiner eigenen Staatsangehörigen ein solches Recht einräumt (Urteil des EuGH vom 17. April 1986, Rs. 59/85 – Florence Reed).“

Aus diesen Ausführungen ergibt sich unzweifelhaft, dass § 3 Abs. 6 FreizügG/EU auf einem Rechtsstand des Gemeinschaftsrechts beruht, der durch die Unionsbürgerrichtlinie überholt ist. Die Verordnung (EWG) 1612/68, auf die die Begründung der Bundesregierung Bezug nimmt, wurde in wesentlichen Teilen durch Art. 38 Abs. 1 Unionsbürgerrichtlinie aufgehoben. Die Lebenspartnerschaft wurde in der Unionsbürgerrichtlinie nun auch normativ anerkannt und der Ehe – jedenfalls in solchen Mitgliedstaaten, die die Lebenspartnerschaft eingeführt haben – gleichgestellt. Demgegenüber unterwirft § 3 Abs. 6 FreizügG/EU den Lebenspartner bereits bezüglich der Einreise der grundsätzlichen Visumpflicht und verlangt von ihm für Kurz-, ebenso wie für Daueraufenthalte grundsätzlich eine Aufenthaltserlaubnis (§ 27 Abs. 2 AufenthG i. V. mit den §§ 28 bis 31 AufenthG). Nach dem Wortlaut von § 3 Abs. 6 FreizügG/EU sind Lebenspartner auch den Ausweisungsregelungen der §§ 53 ff. AufenthG unterworfen, die für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen nicht gelten (§ 11 Abs. 1 FreizügG/EU; für diese gilt das Verlustfeststellungsverfahren nach § 7 FreizügG/EU). Da die Unionsbürgerrichtlinie Lebenspartner jedenfalls in solchen Mitgliedstaaten mit Ehegatten gleichstellt, die – wie Deutschland – das Modell der Lebenspartnerschaft in ihre nationale Rechtsordnung eingeführt haben, ist § 3 Abs. 6 FreizügG/EU mit der Unionsbürgerrichtlinie unvereinbar und nach der Rechtsprechung des EuGH von den nationalen Behörden und Gerichten außer Anwendung zu lassen.

Aus alledem folgt, dass der Antragsteller keine Freizügigkeit genießt, weil er seinen Ehe- oder Lebenspartner nach Deutschland nicht begleitet hat oder zu ihm nachgezogen ist.

Auf den Antragsteller finden daher die Ausweisungsregelungen des AufenthG Anwendung (§ 11 Abs. 2 FreizügG/EU).

Gemäß § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn er einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften oder gerichtliche oder behördliche Entscheidungen oder Verfügungen begangen oder außerhalb des Bundesgebiets eine Straftat begangen hat, die im Bundesgebiet als vorsätzliche Straftat anzusehen ist. Die Auffassung des Antragsgegners, der Antragsteller habe gegen Einreisevorschriften verstoßen, weil er schon bei der Einreise die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit beabsichtigt habe, demgemäß zur Einreise eines Visums bedurft hätte und wegen Nichtbesitzes des erforderlichen Aufenthaltstitels unerlaubt eingereist sei (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG), was strafbar sei (§ 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG), teilt die Kammer in mehrfacher Hinsicht nicht.

Schon die Annahme, bei Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind (ABl. L 81, S. 1), zuletzt geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 1932/2006 vom 21.12.2006 (ABl. L 405, S. 23), ber-

ABl. L 29 (2007), S. 10, – nachstehend kurz: EG-Visa-Verordnung – hätte für den Antragsteller Visumpflicht bestanden, begegnet rechtlichen Bedenken.

Gemäß Art. 1 Abs. 2 i. V. mit Anhang II EG-Visa-Verordnung ist Staatsangehörigen von Brasilien die visumsfreie Einreise für Aufenthalte bis zu drei Monaten ungeachtet des Reisezwecks gestattet. Nach dieser Bestimmung kommt es für die Frage der Visumsbefreiung allein auf die geplante Aufenthaltsdauer, nicht hingegen auf den Aufenthaltzweck an. Die Einreise wäre nur dann nicht visumsfrei möglich gewesen, wenn sich bei der grenzpolizeilichen Befragung des Antragstellers herausgestellt hätte, dass der Antragsteller einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten beabsichtigte. Dafür ist nichts ersichtlich.

Allerdings gestattet Art. 4 Abs. 3 EG-Visa-Verordnung den Mitgliedstaaten, für Personen, die während ihres Aufenthaltes einer Erwerbstätigkeit nachgehen, Ausnahmen von der Visumsbefreiung nach Art. 1 Abs. 2 EG-Visa-Verordnung vorzusehen. Eine solche Ausnahme hat der Bundesverordnungsgeber mit § 17 Abs. 1 Aufenthaltverordnung (AufenthV) vom 25.11.2004 (BGBl. I S. 2945), zuletzt geändert durch Verordnung v. 22.02.2008 (BGBl. I S. 252), geschaffen. Nach dieser Vorschrift sind brasilianische Staatsangehörige für die Einreise und den Kurzaufenthalt vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nicht befreit, sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben.

Ob § 17 Abs. 1 AufenthV vorliegend eingreift, ist hingegen fraglich. Im Zeitpunkt der Einreise, auf den für die Frage der Visumsbedürftigkeit abzustellen ist, üben im Bundesgebiet beschäftigungslose Personen naturgemäß keine „Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet“ aus. Die künftige Aufnahme einer Erwerbstätigkeit mag im Falle des Antragstellers beabsichtigt gewesen sein; ausgeübt wurde sie im Zeitpunkt der Einreise jedoch (noch) nicht. Subjektive Absichten macht § 17 Abs. 1 AufenthV nicht zur Voraussetzung für das Eingreifen der Visumpflicht (dann hätte es heißen müssen: „... sofern sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben **wollen**.“). Weder wurde dargelegt, dass der Antragsteller im Zeitpunkt der Einreise bereits in einem festen Anstellungsverhältnis zu einem bestimmten Arbeitgeber stand, noch bestehen sonstige Anhaltspunkte dafür. Aus den Angaben des Antragstellers ist vielmehr zu entnehmen, dass er erst nach der Einreise der Prostitution nachgegangen ist. Auf Absichten oder Pläne, mithin auf subjektive Beweggründe des Betroffenen, hat der Verordnungsgeber jedoch nicht abgestellt. Die sprachlich vermutlich missglückte Formulierung des § 17 Abs. 1 AufenthV dürfte beschäftigungslose, im Bundesgebiet erst noch nach Arbeit suchende Personen, daher nicht erfassen.

Ungeachtet dessen ist die EG-Visa-Verordnung auf den Antragsteller auch nicht anwendbar. Denn die Behörde übersieht, dass der Antragsteller nicht über eine Außengrenze des Schengen-Raums eingereist ist, sondern sich bereits in Spanien, also innerhalb des Schengen-Gebiets befand, und dort als Drittstaatsangehöriger über ein Daueraufenthaltsrecht ver-

fügt. In diesem Fall beurteilen sich sog. „Binnenreisen“ von Nicht-Unionsangehörigen innerhalb der Mitgliedstaaten den Schengen-Raums nach den Art. 19 ff. des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14.06.1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19.06.1990 (BGBl II S. 1010), zuletzt geändert durch Verordnung (EG) 1931/2006 v. 20.12.2006 (ABl. L 405, S. 1) – nachfolgend kurz: SDÜ – und ergänzend nach der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen vom 15.03.2006 (ABl. L 105, S. 1) – nachfolgend: Schengener Grenzkodex –.

Gemäß Art. 21 Abs. 1 SDÜ können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind, aufgrund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen, soweit sie die in Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste der betroffenen Vertragspartei stehen. Der Antragsteller ist unzweifelhaft im Besitz eines Aufenthaltsrechts für Spanien und eines brasilianischen Nationalpasses. Sein Name ist auf der nationalen Ausschreibungsliste nicht notiert. Der in Bezug genommene Art. 5 SDÜ wurde durch Art. 39 Abs. 1 Schengener Grenzkodex aufgehoben. Jedoch gelten die Bezugnahmen auf die Art. 2 bis 8 SDÜ als Bezugnahmen auf den Schengener Grenzkodex (Art. 39 Abs. 3 Schengener Grenzkodex). Nach dem mit Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, c und e SDÜ im Wesentlichen übereinstimmenden Art. 5 Abs. 1 Buchst. a, c und e Schengener Grenzkodex sind Einreisevoraussetzung:

- a) Der Betroffene muss im Besitz eines oder mehrerer gültiger Reisedokumente sein, die ihn zum Überschreiten der Grenze berechtigen.
- c) Er muss den Zweck und die Umstände des beabsichtigten Aufenthalts belegen, und er muss über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts sowohl für die Dauer des beabsichtigten Aufenthalts als auch für die Rückreise in den Herkunftsstaat oder für die Durchreise in einen Drittstaat, in dem seine Zulassung gewährleistet ist, verfügen oder in der Lage sein, diese Mittel rechtmäßig zu erwerben.
- e) Er darf keine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen eines Mitgliedstaats darstellen und darf insbesondere nicht in den nationalen Datenbanken der Mitgliedstaaten zur Einreiseverweigerung aus denselben Gründen ausgeschrieben worden sein.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Antragsteller bei seiner Einreise ins Bundesgebiet die vorstehenden Voraussetzungen nicht erfüllt hat. Die geplante Dauer des Aufenthalts ist keine Einreisevoraussetzung, sondern lediglich eine tatbestandmäßige Begrenzung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt in einen anderen Mitgliedstaat nach Art. 21 Abs. 1 SDÜ. Insbe-

sondere ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kein Einreiseverweigerungsgrund. Denn Art. 5 Abs. 1 Buchst. c Schengener Grenzkodex lässt es sogar ausdrücklich zu, dass die Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts im Aufnahmemitgliedstaat rechtmäßig, ggf. also auch durch eine legale Erwerbstätigkeit, erworben werden.

Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch Prostitution eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit, die öffentliche Gesundheit oder die internationalen Beziehungen Deutschlands darstellen würde (Art. 5 Abs. 1 Buchst. e Schengener Grenzkodex). Prostitution ist in Deutschland seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten – ProstG – vom 20.12.2001 (BGBl. I S. 3983) auch rechtlich in der Weise anerkannt, dass Entgeltvereinbarungen einklagbar sind, die Strafbarkeit der Prostitution auf Fälle der sexuellen Ausbeutung begrenzt wurde und Prostituierte sich nun regulär in der gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen- und Rentenversicherung versichern können. Von einer Duldung der Prostitution kann allenfalls insoweit die Rede sein, als sich der Besuch von Prostituierten weiterhin in der Regel im Geheimen vollzieht, da er im überwiegenden Teil der Bevölkerung weiterhin als sittlich anstößig gilt. Die in Art. 5 Abs. 1 Buchst. e Schengener Grenzkodex aufgeführten Gefahrensituationen werden durch die Tätigkeit des Antragstellers jedoch nicht herbeigeführt.

Nach alledem ist nicht erkennbar, dass die Einreise des Antragstellers ins Bundesgebiet unerlaubt war. Dementsprechend ist auch nicht zu erkennen, dass sich der Antragsteller nach § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG strafbar gemacht hätte, denn zur Einreise ins Bundesgebiet war sein brasilianischer Nationalpass und seine spanische Aufenthaltskarte ausreichend. Auch eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG dürfte nicht in Betracht kommen, da die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht unweigerlich auch die sofortige Ausreisepflicht auslöst, denn bei einem Beenden der Erwerbstätigkeit wäre der Aufenthalt des Antragstellers wieder legal. Die Nichteinholung der wegen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erforderlich gewordenen Aufenthaltserlaubnis ist als Aufenthaltswertwechsel, soweit ersichtlich, weder mit Strafe noch mit einem Bußgeld bedroht. Möglicherweise liegen die Voraussetzungen des § 98 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG (Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit) vor. Abgesehen davon, dass in den Verwaltungsvorgängen jegliche Feststellungen zu Art und Umfang der Tätigkeit fehlen, wäre dieses mögliche Fehlverhalten mit höchstens 5.000,00 EUR bußgeldbewehrt (§ 98 Abs. 5 AufenthG), wobei aufgrund der Besonderheiten des Falles allenfalls von einer fahrlässigen Begehung auszugehen ist. Da es für andere Rechtsverstöße am hinreichenden Tatverdacht fehlt (z. B. Verstöße gegen das Steuerstrafrecht in Bezug auf die Einnahmen aus der Prostitutionstätigkeit), verbleibt es vorliegend bei der Einschätzung, dass der Verstoß, nach der Einreise keine Aufenthaltserlaubnis eingeholt zu haben, vereinzelt und geringfügig i. S. d. § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG war und eine Ausweisung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit nicht zu rechtfertigen vermag.

Da die sofortige Vollziehung der Ausweisung somit zu suspendieren ist, gilt Entsprechendes auch für die Abschiebungsandrohung.

Hat somit bereits der Hauptantrag Erfolg, bedarf es keiner Entscheidung über die Hilfsanträge mehr.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Wertes des Streitgegenstandes ergibt sich aus §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 GKG, wobei das Gericht wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung von der Hälfte des Auffangstreitwertes ausgeht.

Rechtsmittelbelehrung

a) Gegen diesen Beschluss kann – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung – innerhalb von **zwei Wochen** nach Zustellung Beschwerde eingelegt werden. Über die Beschwerde entscheidet der Hessische Verwaltungsgerichtshof.

Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt als Bevollmächtigten vertreten lassen. **Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren eingeleitet wird.**

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Einer Person mit Befähigung zum Richteramt steht gleich, wer in dem in Artikel 1 § 1 des Einigungsvertrags genannten Gebiet ein rechtswissenschaftliches Studium als Diplom-Jurist an einer Universität oder wissenschaftlichen Hochschule abgeschlossen hat und nach dem 3. Oktober 1990 im höheren Verwaltungsdienst beschäftigt wurde.

In Abgabenangelegenheiten sind auch Steuerberater, Steuerbevollmächtigte, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer, Personen und Vereinigungen im Sinne des § 3 Nr. 4 des Steuerberatungsgesetzes sowie Gesellschaften im Sinne des § 3 Nr. 2 und 3 des Steuerberatungsgesetzes, die durch Personen im Sinne des § 3 Nr. 1 des Steuerberatungsgesetzes handeln, als Bevollmächtigte zugelassen.

Berufsständische Vereinigungen der Landwirtschaft sind darüber hinaus für ihre Mitglieder als Bevollmächtigte zugelassen.

Weiterhin sind Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüssen solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder als Bevollmächtigte zugelassen.