

# Ausfertigung



## Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 1 S 498/08**

**(VG: 4 K 1760/07)**

Ger

**EINGEGANGEN**

**17. Feb. 2009**

### **Beschluss**

Erl.....

**In der Verwaltungsrechtssache**

**Kläger,**

**Prozessbevollmächtigter:**

**Rechtsanwalt Jan Sürig, Humboldtstraße 28, 28203 Bremen, Gz.: VU/S-AL-320/05,**

**g e g e n**

**die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch den Senator für Inneres und Sport, Contrescarpe 22 - 24, 28203 Bremen,**

**Beklagte,**

**Prozessbevollmächtigter:**

**Frau Büsing, Stadtamt, Ausländerbehörde, Stresemannstraße 48, 28207 Bremen, Gz.: 051-605-86940/41,**

**hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch Richter Göbel, Richter Prof. Alexy und Richterin Feldhusen am 11.02.2009 beschlossen:**

**Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Bremen – 4. Kammer – vom 18.09.2008 wird aufgehoben.**

**Den Klägern wird Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt Sürig beigeordnet.**

**Von der Festsetzung von Ratenzahlung wird abgesehen.**

### Gründe:

Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ohne Ratenzahlung und die Beordnung eines Rechtsanwalts (§§ 166 VwGO, 114 ff. ZPO) sind gegeben. Die Kläger erfüllen nach den von ihnen vorgelegten Unterlagen die persönlichen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe. Ihre Rechtsverfolgung bietet überdies hinreichende Erfolgsaussichten.

Bei der Beurteilung der hinreichenden Erfolgsaussichten dürfen die Anforderungen nicht überspannt werden. Es genügt für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe, wenn die Entscheidung in der Hauptsache von der Beantwortung einer schwierigen Rechtsfrage abhängt, die bislang ungeklärt ist und in vertretbarer Weise auch anders als in der angefochtenen Entscheidung beantwortet werden kann (BVerfG, B. v. 05.02.2003 – 1 BvR 1526/02 – NJW 2003, 1857). So liegt es hier.

Nach Ansicht des Verwaltungsgericht scheidet die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an die Kläger nach § 104 a AufenthG aus, weil sie sich die Regelung des §§ 104 a Abs. 3 S. 1 AufenthG entgegenhalten lassen müssen. Der in häuslicher Gemeinschaft mit den Klägern lebende . . . , der mit der Klägerin zu 4. nach Roma-Recht verheiratet und Vater der Kläger zu 1. und 3. ist, habe Straftaten i. S. des § 104 a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AufenthG begangen, die sich die übrigen Familienmitglieder aufgrund der genannten Regelung zurechnen lassen müssten. Sollte § 104 a Abs. 3 S. 1 AufenthG keine unmittelbare Anwendung auf die Klägerin zu 4. finden, weil die Eheschließung lediglich nach Roma-Recht erfolgt sei, sei die Zurechnung der Straftaten in jedem Fall im Rahmen der Soll-Regelung des § 104 Abs. 1 S. 1 AufenthG vorzunehmen. Das

Verwaltungsgericht hat in diesem Zusammenhang auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/5065, S. 202) Bezug genommen.

Es erscheint angezeigt, diese Ansicht des Verwaltungsgerichts in einem Hauptsacheverfahren zu überprüfen. Die Regelung des § 104 a Abs. 3 S. 1 AufenthG begegnet nach ernstzunehmenden Stimmen in der Literatur verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Vorschrift rechnet die aufenthaltsrechtlichen Folgen eines strafrechtlichen Fehlverhaltens nicht nur dem Ausländer zu, der selbst die Straftaten begangen hat, sondern allen mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienmitgliedern, hier konkret der Ehefrau mit den minderjährigen Kindern. Es erscheint überprüfungsbedürftig, ob diese Zurechnung mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist. Art. 6 Abs. 1 GG beinhaltet auch die Entscheidungsfreiheit der Eheleute, sich jedenfalls einstweilen für einen getrennten Aufenthaltsort zu entscheiden, wenn die äußeren Umstände dies unumgänglich machen. Für diese Entscheidungsfreiheit lässt die Vorschrift von vornherein kein Raum. Aufenthaltsrechtlich wird der Ehegatte vielmehr so behandelt, als hätte er die Straftaten selbst begangen (vgl. Funke-Kaiser in GK-AufenthG, § 104 a Rdnr. 57; Huber/Göbel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl. 2008, Rdnr. 615; HK-AusIR/Fränkell, § 104 a AufenthG Rdnr. 22). Zwar wird die Regelung in der Rechtsprechung teilweise auch als verfassungsgemäß qualifiziert (vgl. etwa OVG Berlin-Brandenburg, B. v. 18.01.2008 – 12 S 6.08 – juris). Die verfassungsrechtlichen Zweifel sind durch diese Rechtsprechung aber bislang nicht ausgeräumt worden.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass § 104 a Abs. 3 S. 1 AufenthG möglicherweise nicht unmittelbar anwendbar ist, weil die Klägerin zu 4. aufgrund der nach Roma-Recht geschlossenen Ehe keine Ehegattin i. S. dieser Vorschrift ist, sodass die dort getroffene Wertung allenfalls im Rahmen der Soll-Regelung des § 104 a Abs. 1 S. 1 AufenthG Bedeutung erlangen könnte (zur Anerkennung von nach traditionellen Ritus geschlossenen Ehen vgl. BVerwG, U. v. 22.02.2005 – 1 C 17/03 – NVwZ 2005, 1191). Eine entsprechende Berücksichtigung hat das Verwaltungsgericht, wie dargelegt, unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung ausdrücklich in Erwägung gezogen. Ob diese Argumentation tragfähig ist, erscheint ebenfalls indes fraglich. § 104 a Abs. 1 S. 1 AufenthG stellt nach seinem Wortlaut auf die Person des betreffenden Ausländers ab. Ob die Vorschrift es nach ihrem Wortlaut und ihrem objektiven Zweck zulässt,

dass bei eheähnlichen Lebensgemeinschaften das strafrechtliche Fehlverhalten des einen Partners dem anderen Partner – anspruchsvernichtend – zugerechnet wird, erscheint offen, bedarf gleichfalls der Klärung in einem Hauptsacheverfahren.

gez.: Göbel

gez.: Alexy

gez.: Feldhusen

**Für die Ausfertigung**

Gerhard  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle  
des Ober-Verwaltungsgerichts Bremen

