

18 B 1516/08  
8 L 352/08 Aachen

B e s c h l u s s

Vert.:	Frist not.		KIV KIA	Mdt.:
RA	<b>EINGEGANGEN</b>			Erkennt- nisn.
SB	06. NOV. 2009			Rück- spr.
Rück- spr.	KANZLEI IM HOFHAUS 52068 Aachen · Alsenstrasse 17			Zah- lung
zdA				Stek- lungn.

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

des Herrn [REDACTED] Aachen,  
Antragstellers,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Rainer M. Hofmann, Hofhaus,  
Alsenstraße 17, 52068 Aachen, Az.: 65-08,

g e g e n

den Oberbürgermeister der Stadt Aachen, Kasinostraße 48 - 50, 52066 Aachen,  
Az.: FB 30 VG 599/08,

Antragsgegner,

wegen Aufenthaltserlaubnis und Abschiebungsandrohung  
hier: vorläufiger Rechtsschutz

hat der 18. Senat des

**OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN**

am 2. November 2009

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Schnell,  
die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schulte-Trux,  
die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schildwächter

auf die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungs-  
gerichts Aachen vom 01. September 2008

beschlossen:

Der angefochtene Beschluss wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage 8 K 1630/08 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 27. Juni 2008 wird angeordnet.

Die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge trägt der Antragsgegner.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- € festgesetzt.

#### G r ü n d e :

Die Beschwerde ist begründet. Die dargelegten Gründe geben Anlass, den angefochtenen Beschluss abzuändern (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO). Der Bescheid des Antragsgegners vom 27. Juni 2008 erweist sich bei der gebotenen summarischen Überprüfung im Eilverfahren weder als offensichtlich rechtmäßig noch als offensichtlich rechtswidrig (I.). Die von der Einschätzung der Erfolgsaussichten unabhängige Interessenabwägung fällt gegenwärtig zu Gunsten des Antragstellers aus (II.).

- I. Der Antragsteller beansprucht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Nachzug zu seiner ukrainischen Ehefrau, der im Jahre 2002 im besonderen Verfahren der Aufnahme jüdischer Emigranten aus der früheren Sowjetunion eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde, und dem im Jahre 2006 geborenen Sohn, für den der Antragsteller durch notarielle Urkunde vom 10. Januar 2008 die Vaterschaft anerkannt hat und der im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 33 AufenthG ist. Ob dem Antragsteller der geltend gemachte Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 1 AufenthG zusteht, lässt sich im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht abschließend klären.

Die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 30 Abs. 1 AufenthG für den Ehegattennachzug liegen vor (1). Auch die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG (Sicherung des Lebensunterhalts) dürfte erfüllt sein (2). Das

Bestehen des Anspruchs nach § 30 Abs. 1 Satz 1 AufenthG hängt aber weiter im Wesentlichen von der hier nicht abschließend zu klärenden Frage ab, ob der Antragsteller abweichend von § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nach § 39 Nr. 3 AufenthV berechtigt ist, den Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einzuholen (3). Sollten die Voraussetzungen des § 39 Nr. 3 AufenthV nicht vorliegen, so stellte sich die - ebenfalls offene - Frage, ob von den Anforderungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abzusehen wäre (4). Soweit die Voraussetzungen des § 39 Nr. 3 AufenthG hingegen vorliegen, könnte dies Auswirkungen auf das Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG (kein Ausweisungsgrund) haben (5).

1. Ein Anspruch des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug scheitert nicht bereits am Fehlen der besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 30 Abs. 1 AufenthG. Der Antragsteller erfüllt insbesondere die Erteilungsvoraussetzungen des § 30 Abs. 1 Satz 1 AufenthG; er kann sich, wie der Antragsgegner zugesteht, mittlerweile auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen (§ 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG), auch verfügt seine ukrainische Ehefrau über eine Niederlassungserlaubnis, sodass den Anforderungen des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a) AufenthG genügt wird.
2. Nach derzeitiger Sachlage ist weiter davon auszugehen, dass der Antragsteller die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erfüllt, weil er in der Lage sein dürfte, den Lebensunterhalt sicherzustellen (§ 2 Abs. 3 AufenthG). Hierzu hat er eine verbindliche, zeitlich nicht befristete Arbeitsplatzzusage für den Fall einer ihm zu erteilenden Aufenthaltserlaubnis vorgelegt. Das angegebene Bruttoeinkommen dürfte voraussichtlich genügen, den Lebensunterhalt zu sichern.

Vgl. hierzu BVerfG, Urteil vom 11. März 2007  
- 2 BvR 2483/06 -, AuAS 2007, 182.

3. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug setzt gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 AufenthG weiter voraus, dass der Antragsteller mit dem für den beabsichtigten Aufenthaltszweck erforderlichen Visum eingereist ist und

die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumsantrag gemacht hat. Diese Regelungen kommen nur dann nicht zum Tragen, wenn der Ausländer gemäß §§ 39 bis 41 AufenthV den Aufenthaltstitel nach der Einreise einholen darf. Ob der Antragsteller, wie mit der Beschwerde vorgetragen wird, berechtigt ist, den Aufenthaltstitel gemäß § 39 Nr. 3 AufenthV - allein diese Bestimmung kommt in Betracht - im Bundesgebiet einzuholen, lässt sich im vorliegenden Verfahren angesichts zahlreicher schwieriger und unterschiedlich beurteilter Rechtsfragen nicht abschließend klären.

- a) Der Senat hat bislang nicht entschieden, ob es für die „Einreise“ i.S.v. § 39 Nr. 3 AufenthV auf die Einreise in den Schengen-Raum oder die Einreise ins Bundesgebiet ankommt.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 21. Dezember 2007  
- 18 B 1535/07 -, InfAuslR 2008, 129.

Anlässlich des vorliegenden Falles sieht sich der Senat in Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Auffassung zu der Festlegung veranlasst, dass sich der Begriff der „Einreise“ nicht auf das Gebiet der gemeinsamen Schengenstaaten,

so aber VG Darmstadt, Beschluss vom 12. März 2008  
- 5 L 168/08 -, juris; Benassi, InfAuslR 2008, 127,

sondern auf das Bundesgebiet bezieht.

Vgl. Bay. VGH, Beschlüsse vom 18. Mai 2009 - 10 CS 09.853 -, AuAS 2009, 147 und vom 23. Dezember 2008 - 19 CS 08.577, 19 C 08.3068 -, juris; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8. Juli 2008 - 11 S 1041/08 -, InfAuslR 2008, 444; Nds. OVG, Beschluss vom 28. August 2008 - 13 ME 131/08 -, juris; Hess. VGH, Beschluss vom 22. September 2008 - 1 B 1628/08 -, InfAuslR 2009, 14; OVG Berlin Brandenburg, Urteil vom 16. Juli 2009 - 2 B 19.08 -, juris.

Der Wortlaut des § 39 Nr. 3 AufenthV ist als solcher zwar für die Auslegung unergiebig. Die AufenthV verwendet den Begriff der Einreise überdies unein-

heitlich, so dass allgemeingültige Rückschlüsse ausscheiden. So wird etwa im Zusammenhang mit der Regelung in § 1 Abs. 2 AufenthV und der Definition des Begriffs „Kurzaufenthalt“ ausdrücklich Bezug genommen auf die Einreise in das gemeinsame Gebiet der Schengenstaaten. § 39 AufenthV befindet sich aber unter der Überschrift des 4. Abschnitts "Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet", was - ebenso wie die Formulierung in § 39 Satz 1 1. Halbsatz AufenthV - dafür spricht, dass § 39 Nr. 3 AufenthV die Einreise in das Bundesgebiet meint. Für dieses Verständnis lässt sich weiter anführen, dass § 39 Nr. 3 AufenthV auf der Ermächtigung des § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG beruht. Dieser ermächtigt das Bundesministerium des Innern, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates zu bestimmen, dass der Aufenthaltstitel vor der Einreise bei der Ausländerbehörde oder nach der Einreise eingeholt werden kann. Einreise im Sinne des Aufenthaltsgesetzes ist die Einreise in das Bundesgebiet, wie bereits der Name „Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG)“ zeigt. Dementsprechend regelt Kapitel 2 die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet und der sich in diesem Kapitel befindende § 5 AufenthG die für die Einreise in das Bundesgebiet erforderlichen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen. Als nationale Ausnahmeregelung zur generellen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 AufenthG, die in der Regel die Einreise mit dem für den angestrebten Aufenthaltzweck erforderlichen Visum (vgl. § 6 AufenthG) und die Eintragung der maßgeblichen Angaben bereits im Visumsantrag verlangt, sind Rückausnahmen, wie sie in § 39 AufenthV auf Grund der Ermächtigung in § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ermöglicht werden, nur als nationale Abweichungen erlaubt, die nach Sinn und Zweck der Vorschrift auf die nationale Einreise abstellen.

Europarecht zwingt zu keiner abweichenden Beurteilung, denn europarechtlich wird der Begriff der „Einreise“ nicht abschließend definiert als Einreise in den Schengenraum. Die Verordnung (EG) 539/2001 selbst spricht, wie etwa die Erwägungsgründe 1 und 12 zeigen, gerade nicht von einer „Einreise“ in den Schengenraum, sondern von einem „Überschreiten der Außengrenzen“. Der Begriff der „Einreise“ findet in der Verordnung demgegenüber Verwendung im Zusammenhang mit einer Einreise in das Hoheitsgebiet der ein-

zelenen Mitgliedsstaaten (Erwägungsgrund 10, Art. 2). Die Verordnung (EG) 539/2001 regelt überdies allein die Frage der Visumsfreiheit für Kurzaufenthalte bis zu drei Monaten. Nur soweit ihr Regelungsgehalt reicht, kommt der Verordnung unmittelbare Geltung zu. Visa für einen Aufenthalt von mehr als drei Monaten sind danach aber allein nationale Visa, die nach Art. 18 Satz 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens - SDÜ - von den Mitgliedsstaaten gemäß ihren Rechtsvorschriften - naturgemäß für ihr Hoheitsgebiet - erteilt werden (vgl. § 6 Abs. 4 AufenthG).

Die Einreise im Sinne des § 39 Nr. 3 AufenthV ist auch nicht deshalb als Einreise in den Schengenraum zu verstehen, weil § 39 Nr. 3 2. Alt. AufenthV an den Besitz eines Schengen-Visums anknüpft, denn der bloße Umstand, dass ein Ausländer mit einem Schengenvisum innerhalb des Schengenraums einreisen darf und Reisefreiheit genießt (Art. 19 Abs. 1, Art. 20 Abs. 1 SDÜ), zwingt nicht zu der Annahme, der nationale Gesetzgeber habe in § 39 Nr. 3 AufenthV die Einreise in den Schengenraum im Sinn gehabt, zumal die durch das Gemeinschaftsrecht während eines Kurzaufenthalts gewährte Reisefreiheit im Schengengebiet durch § 39 Nr. 3 AufenthV nicht eingeschränkt wird. Dem Schengen-Visum kommt in diesem Zusammenhang lediglich insoweit Bedeutung zu, als wegen der bereits erfolgten Vorabkontrolle die Durchführung eines Visumverfahrens zum Zwecke des langfristigen Aufenthalts entbehrlich erscheint.

Vgl. BR-Drs. 823/02, S. 183.

Letztlich rechtfertigt auch die Verordnungsbegründung nicht die Annahme, der Verordnungsgeber habe die Einreise in den Schengenraum gemeint.

Vgl. BT-Drs. 16/5965, S. 240.

In dieser wird ausdrücklich auf die Einreise in das Bundesgebiet und nicht in den Schengenraum abgestellt, wenn es dort heißt:

„Ein visumspflichtiger Ausländer, der mit einem Schengen-Visum in das Bundesgebiet mit dem Ziel einreist, zum deutschen Familienangehörigen nachzuziehen (z. B. Heirat eines Deutschen in Dänemark), ...“

- b) Stellt der Ordnungsgeber auf die Einreise in das Bundesgebiet ab, bleiben aber - weil weder eindeutig anhand des Wortlauts noch nach Sinn und Zweck der Regelung mittels Rückgriff auf die Ordnungsbegründung bestimmbar - folgende weitere Fragen zu klären:
- Auf welche mit dem Schengenvisum erfolgte Einreise in das Bundesgebiet ist abzustellen? Ist dies stets die erste Einreise mit der Folge, dass eine - hier gegebene - Wiedereinreise nach einem Zwischenaufenthalt in Dänemark und einer dort erfolgten Heirat unschädlich wäre, oder ist auf die letzte (Wieder-)Einreise abzustellen oder kommt dem Zeitpunkt des Antrages auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für die Bestimmung der nach § 39 Nr. 3 AufenthV maßgeblichen Einreise entscheidende Bedeutung zu?

Abstellend auf die letzte Einreise in das Bundesgebiet vor Antragstellung: Nieders. OVG, Beschluss vom 28. August 2008, a.a.O.; Hess. VGH, Beschluss vom 22. September 2008, a.a.O. (Leitsatz); OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16. Juli 2009, a.a.O.

Der Wortlaut der Bestimmung gibt auf die vorstehenden Fragen keine eindeutige Antwort. Nach der Ordnungsbegründung,

BT-Drs. 16/5065, S. 240,

soll die Änderung des § 39 Nr. 3 AufenthV dem Ziel dienen, einer missbräuchlichen Verwendung eines Schengen-Visums für einen von vornherein beabsichtigten langfristigen Aufenthalt im Bundesgebiet entgegenzuwirken. Es soll verhindert werden, dass der Ausländer gezielt unrichtige Angaben macht, um ein Schengen-Visum zu erhalten, und dennoch in den Genuss des § 39 Nr. 3 AufenthV kommt. Die Änderung der Formulierung „sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind“ in „sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Einreise (Hervorhebung durch den Senat) entstanden sind“ soll klarstellen, dass die Vergünstigung des § 39 Nr. 3 AufenthV nur

dann gilt, „wenn der Anspruch nach der Einreise entsteht und damit ein von vornherein beabsichtigter Wechsel des angegebenen Aufenthaltszwecks ausgeschlossen werden kann“. Es liegt aber auf der Hand, dass der Wechsel des Aufenthaltszwecks auch dann von vornherein beabsichtigt sein kann, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bei Beantragung des Schengenvisums noch nicht vorliegen, nach der Einreise jedoch geschaffen werden sollen. Zwar ist die Annahme des Verordnungsgebers tendenziell richtig. Ein von vornherein beabsichtigter Wechsel des Aufenthaltszwecks liegt deutlich näher, wenn die Anspruchsvoraussetzungen bereits vor der Einreise, insbesondere bereits bei Beantragung des Schengenvisums erfüllt werden. Allerdings wird sich ein von vornherein beabsichtigter Wechsel nicht daran festmachen lassen, ob die Heirat nach der Einreise in Deutschland oder wegen dort vergleichsweise leichter Voraussetzungen während eines zwischengeschobenen Kurzaufenthalts im Ausland (insb. in Dänemark) mit anschließender Wiedereinreise erfolgt. Der Gesetzeszweck, zu verhindern, dass bei *Beantragung des Schengen-Visums* gezielt unrichtige Angaben gemacht werden, wird zudem durch ein Abstellen auf die erste Einreise ins Bundesgebiet ebenso bzw. ebenso wenig erreicht wie bei dem Abstellen auf die letzte Einreise vor Beantragung des Aufenthaltstitels, so dass auch die teleologische Auslegung nicht ohne Weiteres zu einem eindeutigen Ergebnis führt. Ob der Verordnungsgeber weitergehend die Absicht hatte, generell die missbräuchliche Nutzung eines Schengenvisums zu verhindern und dies dadurch sicherstellen wollte, dass die Privilegierung des § 39 Nr. 3 AufenthV nur für diejenigen gelten sollte, bei dem die Anspruchsvoraussetzungen nach der Einreise *im Bundesgebiet* eintreten, kommt weder im Wortlaut (vgl. demgegenüber die Formulierung in § 39 Nr. 5 AufenthV) noch in der Verordnungsbegründung hinreichend klar zum Ausdruck.

- Wann sind „die Voraussetzungen eines Anspruchs nach der Einreise entstanden“? Ist dies der Fall, wenn jedenfalls das Ereignis, welches den Aufenthaltszweck bestimmt (z.B. Heirat, Geburt), nach der Einreise in das Bundesgebiet eintritt,

oder ist erforderlich, dass sämtliche Anspruchsvoraussetzungen nach der Einreise in das Bundesgebiet entstehen, worauf der Wortlaut der Vorschrift ("Voraussetzung e n") hindeuten könnte,

vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 22. September 2008, a.a.O.,

oder verdeutlicht der Gesetzgeber mit dem Abstellen auf die Entstehung der Anspruchsvoraussetzungen nach der Einreise lediglich, dass die Vergünstigung nur gilt, wenn d e r A n s p r u c h nach der Einreise entsteht,

vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 240,

sodass es auf das letzte, noch fehlende Tatbestandsmerkmal ankäme.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8. Juli 2008, a.a.O.

Letzteres hätte die unerwünschte Folge, dass für Manipulationen ein weiter Raum eröffnet würde, weil der Ausländer es, wie gerade das Merkmal der einfachen deutschen Sprachkenntnisse zeigt, in der Hand hätte, den Eintritt der (letzten) Voraussetzung bis nach der Einreise hinauszuzögern.

- Erfordert § 39 Nr. 3 AufenthV in zeitlicher Hinsicht neben der Antragstellung,

vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 1. September 2008 - 18 B 943/08 -, InfAuslR 2009, 74, und vom 21. Dezember 2007, a.a.O.; Hess. VGH, Beschluss vom 22. September 2008, a.a.O.,

auch den Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen während der Geltungsdauer des Schengen-Visums? Hierauf könnte der Gebrauch des Präsens „ein gültiges Schengen-Visum ...besitzt“ hinweisen.

Vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 22. September 2008, a.a.O.; OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. April 2009, a.a.O., juris; Nieders. OVG, Beschluss vom 27. Juli 2009 - 11 ME 171/09 -, juris; VG Stuttgart, Beschluss vom 25. Februar 2009 - 8 K 74/09 -, juris.

Dagegen könnte aber sprechen, dass § 39 Nr. 3 AufenthV im Gegensatz zu den Vorgängerregelungen in § 9 Abs. 2 Nr. 2, 3 DVAuslG, in denen schon nach dem Wortlaut der Verordnung die Voraussetzungen des Anspruchs noch während des rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet eingetreten sein mussten, eine entsprechende zeitliche Einschränkung nicht enthält.

Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8. Juli 2008, a.a.O.

- Setzt § 39 Nr. 3 AufenthV einen gesetzlichen Anspruch voraus oder findet die Bestimmung auch im Falle eines Soll-Anspruchs oder einer Ermessenreduzierung auf Null Anwendung?

Offen gelassen vom VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. April 2008 - 13 S 656/9 -, juris; ebenso OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 13. August 2009 - 2 M 88/09 -.

- Nach der Senatsrechtsprechung,

vgl. Senatsbeschluss vom 21. Dezember 2007, a.a.O.; vgl. auch Bay. VGH, Beschluss vom 18. Mai 2009, a.a.O.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8. Juli 2008, a.a.O.; OVG Bremen, Beschluss vom 26. Juni 2009 - 1 B 552/08 -, juris; a.A.: OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. April 2009 - 7 B 100037/09 -, juris; Hailbronner, AuslR, Stand Juni 2008, § 5 AufenthG Rdnr. 54f.,

findet § 39 Nr. 3 AufenthV auch auf den Fall eines von vornherein beabsichtigten Daueraufenthalts Anwendung. Steht dies einer Bewertung eines Visumverstoßes als Ausweisungsgrund entgegen?

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 16. September 2008 - 19 B 871/08 -, juris, sowie VG Aachen, Beschluss vom 16. Mai 2008 - 8 L 445/07 - zu § 39 Nr. 5 AufenthV; a.A. wohl VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16. April 2009, a.a.O.; Bay. VGH, Beschluss vom 18. Mai 2009, a.a.O.

4. Sollten die Voraussetzungen des § 39 Nr. 3 AufenthV nicht vorliegen, verbliebe es dabei, dass die Einreise mit dem erforderlichen Visum nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG grundsätzlich Voraussetzung für die Erteilung des Aufenthaltstitels wäre. Hiervon könnte aber nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Gegenwärtig könnte einiges für das Vorliegen der Voraussetzungen der 2. Alt. des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG sprechen. Der Antragsteller macht insoweit eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 GG geltend, weil die Durchführung eines formellen Visumverfahrens in der Ukraine ungeachtet der vom Antragsgegner in Aussicht gestellten Vorabzustimmung eine Trennung von seiner Ehefrau und seinem Kind von - gegenwärtig - unbestimmter Dauer zur Folge hat. Dem Antragsteller ist aber auf Grund des Kindeswohls, auf das maßgeblich abzustellen ist, nicht zuzumuten, seine familiären Beziehungen durch die Ausreise zum Zwecke der Durchführung des Visumverfahrens für unbestimmte Zeit zu unterbrechen.

Vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 9. Januar 2009 - 2 BvR 1064/08 -, NVwZ 2009, 387, und 23. Januar 2006 - 2 BvR 1935/05 -, NVwZ 2006, 682.

Offen bleiben kann, ob auch die dem Antragsteller attestierten psychischen Erkrankungen der Zumutbarkeit der Durchführung eines Visumverfahrens entgegenstehen könnten. Dass es der Antragsteller in der Hand haben könnte, die Durchführung des Visumverfahrens verträglich zu gestalten, etwa indem seine Ehefrau und der Sohn ihn für einen gewissen Zeitraum in die Ukraine begleiten, ist gegenwärtig nicht ersichtlich.

5. Ob schließlich auch die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG (kein Ausweisungsgrund) gegeben ist, hängt von folgenden Erwägungen ab:

Sollten die Voraussetzungen des § 39 Nr. 3 AufenthV vorliegen und folgte man der oben zitierten Auffassung, wonach dann im Hinblick auf einen etwaigen Visumsverstoß ein Ausweisungsgrund nicht gegeben ist, so läge die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG ohne Weiteres vor. Schließt man sich dieser oben zitierten Auffassung hingegen nicht an oder greift § 39 Nr. 3 AufenthV nicht ein, so gilt Folgendes: Der Antragsteller war im Zeitpunkt seiner Einreise in die Bundesrepublik Deutschland am 2. November 2007 lediglich im Besitz eines bis zum 1. Februar 2008 gültigen Schengen-Visums für kurzfristige Aufenthalte im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG, während es für einen von vornherein beabsichtigten langfristigen Aufenthalt gemäß § 6 Abs. 4 AufenthG grundsätzlich eines vor der Einreise einzuholenden, dem angestrebten Aufenthaltszweck entsprechenden nationalen Visums bedurft hätte. Die Umstände des Falles, insbesondere die Einholung des Visums bei der Spanischen Botschaft, die unmittelbar nach der Einreise am 22. November 2007 erfolgte Eheschließung in Dänemark sowie die noch während der Gültigkeit des Schengenvisums am 10. Januar 2008 erfolgte Vaterschaftsanerkennung für den bereits im Jahre 2006 geborenen Sohn, könnten darauf hindeuten, dass der Antragsteller von vornherein einen Daueraufenthalt beabsichtigt hat. Diesbezügliche abschließende tatsächliche Feststellungen lassen sich derzeit indes nicht treffen, weil dem Senat weder der Visumantrag vorliegt noch der Antragsteller oder seine Ehefrau vom Antragsgegner zu den näheren Umständen der Eheschließung befragt wurden. Ob der Antragsteller den Ausweisungsgrund des § 55 Abs. 2 Nr. 1 a) AufenthG erfüllt, lässt sich überdies auch deswegen nicht abschließend beurteilen, weil nach § 55 Abs. 2 Nr. 1 a) AufenthG erforderlich ist, dass der Antragsteller vor dem Verwaltungsverfahren, das von den Behörden des Anwenderstaates des Schengener Durchführungsübereinkommens durchgeführt wurde, auf die Rechtsfolgen falscher Angaben hingewiesen wurde. Ob dies geschehen ist, ist ebenfalls mangels vorliegender Unterlagen des Visumverfahrens nicht festzustellen. Abgesehen davon wäre - auch soweit der Ausweisungsgrund des § 55 Abs. 2 Nr. 2 1. Alt. AufenthG

i.V.m. §§ 95 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 6 AufenthG vorliegen sollte - ein Absehen von dieser allgemeinen Erteilungsvoraussetzung nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG möglich. Die danach erforderliche Ermessensentscheidung hat der Antragsgegner aber bislang nicht getroffen. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung dürfte der Antragsteller neben der Bedeutung des Schutzes des Art. 6 GG,

vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 10. Mai 2008 - 2 BvR 588/08 -, InfAuslR 2008, 347; und vom 23. Januar 2006 - 2 BvR 1935/05 -, NVwZ 2006, 682 wonach Art. 6 GG in Fällen, in denen die bereits bestehende Lebensgemeinschaft nur in der Bundesrepublik gelebt werden kann, regelmäßig einwanderungspolitische Belange selbst dann zurückdrängt, wenn der Ausländer vor der Entstehung der zu schützenden Lebensgemeinschaft gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verstoßen hat,

unter anderem zu berücksichtigen haben, dass die Ehefrau des Antragstellers aufgrund des Beschlusses der Ministerpräsidentenkonferenz vom 9. Januar 1991 die Rechtsstellung eines Kontingentflüchtlings entsprechend § 1 des Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge vom 22. Juli 1980 (BGBl. I S. 1057) genießt.

Vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 7. August 2008 - 19 B 07.1777 -, ZAR 2008, 403; Armbruster HTK/Rechtsschutz/2. 03/2009.

II. Lässt sich damit in diesem Eilverfahren das Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen jedenfalls mit Blick auf § 30 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht abschließend feststellen und ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens damit offen, fällt die gemäß § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung des öffentlichen Interesses an einer Ausreise des Antragstellers mit dessen Interesse an einem weiteren vorläufigen weiteren Verbleib derzeit zu Gunsten des Antragstellers aus. Die mit dem Erlöschen der Fortbestandsfiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG und dem Sofortvollzug der Abschiebungsandrohung einhergehenden Nachteile sind für die Wahrung der - auch vom Antragsgegner nicht in Frage gestellten - tatsächlich gelebten familiären Lebensgemeinschaft gravierend.

Hat der Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes danach Erfolg, so kann offen bleiben, ob der Antragsteller - was allerdings zweifelhaft ist - nach weiteren Rechtsgrundlagen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hat

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 2, 53 Abs.2 GKG.

Der Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Schnell

Schulte-Trux

Schildwächter