5 L 492/10.DA

VG Darmstadt,
Beschluss vom 06.10.2010

In dem Verwaltungsstreitverfahren des Herrn A. gegen die Stadt Rüsselsheim, vertreten durch den Oberbürgermeister, wegen Aufenthaltserlaubnis hat das Verwaltungsgericht Darmstadt - 5. Kammer - durch ... am 6. Oktober 2010 beschlossen:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens hat der Antragsteller zu tragen. Der Streitwert wird auf 2.500 EUR festgesetzt.

Gründe:

Der Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes vom 16.04.2010 ist zulässig.

Soweit der Antragsteller die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in der Verfügung der Antragsgegnerin vom 16.03.2010 begehrt, ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt. VwGO statthaft. Die Klage gegen die Ablehnung eines Antrages auf Verlängerung des Aufenthaltstitels hat gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 1 Aufenthaltsgesetz kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung. Wendet sich ein Ausländer im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, so ist das Begehren nur dann nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO zu beurteilen, wenn der Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zur Entstehung eines vorläufigen Bleibe- oder Aufenthaltsrechts nach § 81 Abs. 3 AufenthG oder einer fiktiven Aufenthaltserlaubnis nach § 81 Abs. 4 AufenthG geführt hat. Ein derartiges fiktives Aufenthaltsrecht ergibt sich für den Antragsteller aus § 81 Abs. 4 AufenthG. Denn der Antrag des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom 27.01.2010 löste die Titelfiktion aus, da er zu diesem Zeitpunkt über ein bis zum 28.01.2010 gültiges Schengenvisum verfügte. Die Titelfiktion kann nach dem eindeutigen Wortlaut des § 81 Abs. 4 AufenthG auch durch ein Schengenvisum bewirkt werden, weil es sich hierbei um einen Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG handelt (so auch HessVGH, B. v. 16.03.2005 - 12 TG 298/05 - InfAuslR 2005, 304).

An der Fiktion des Fortbestands dieses Aufenthaltstitels gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde ändert sich auch dann nichts, wenn man die Einreise des Antragstellers im Hinblick auf einen angestrebten Daueraufenthalt als unerlaubt im Sinne von

§ 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ansehen wollte. Denn auf die Frage, ob eine unerlaubte Einreise nach dem Aufenthaltsgesetz grundsätzlich immer dann vorliegt, wenn ein Ausländer mit einem kurzfristig geltenden Visum einreist, obwohl er einen Daueraufenthalt beabsichtigt, kommt es hier nicht an, da in § 81 AufenthG im Unterschied zu § 69 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AuslG keine Regelung enthalten ist, die im Fall einer unerlaubten Einreise bestimmt, dass die Fiktion des Fortbestehens des ursprünglichen Aufenthaltstitels nicht eintritt (ebenso auch HessVGH, B. v. 16.03.2005 - 12 TG 298/05 - InfAuslR 2005, 304; OVG NRW, B. v. 01.09.2008 - 18 B 943/08 - Juris).

Ein Verstoß gegen die Einreisevorschriften wird - im Unterschied zu der vorangegangenen Regelung in § 69 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 AuslG 1990 - nach der Konzeption des Aufenthaltsgesetzes erst auf der materiellrechtlichen Ebene im Rahmen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 AufenthG behandelt (so auch OVG NRW, B. v. 01.09.2008 - 18 B 943/08 - Juris).

Da die Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht nur in Fällen der Beantragung der Verlängerung eines Aufenthaltstitels entsteht, sondern auch bei Beantragung eines anderen Aufenthaltstitels, löste der Antrag des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Fiktionswirkung aus.

Hinsichtlich der in der Verfügung vom 16.03.2010 ebenfalls enthaltenen Abschiebungsandrohung ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alt. VwGO statthaft. Insoweit wendet sich der Antragsteller gegen eine Maßnahme in der Verwaltungsvollstreckung, die von Gesetzes wegen sofort vollziehbar ist (§ 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i. V. mit § 16 Hess AGVw-GO).

Der Antrag ist unbegründet.

Das private Interesse des Antragstellers, sich bis zum Abschluss des Klageverfahrens im Bundesgebiet aufhalten zu dürfen, tritt hinter dem öffentlichen Vollzugsinteresse zurück. Die Verfügung der Antragsgegnerin vom 16.03.2010 erweist sich als offensichtlich rechtmäßig und ihre Vollziehung als eilbedürftig.

Der Antragsteller hat nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Ehegattennachzugs zu seiner deutschen Ehefrau (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG).

Das Aufenthaltsgesetz findet auf den Antragsteller Anwendung, obwohl er sich mit seiner deutschen Ehefrau in Tschechien aufgehalten hatte und dort einen Kurzurlaub machte. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG findet das Aufenthaltsgesetz keine Anwendung auf Ausländer, deren Rechtsstellung von dem Gesetz über

die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) geregelt ist, soweit nicht durch Gesetz etwas anderes bestimmt ist. Auch wenn § 1 FreizügG/EU den Anwendungsbereich des Gesetzes auf die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der EU und ihrer Familienangehörigen beschränkt, findet es analoge Anwendung in sogenannten Rückkehrerfällen, in denen sich ein deutscher Staatsangehöriger ausnahmsweise auf Gemeinschaftsrecht berufen kann. Denn der Europäische Gerichtshof hat in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt, dass ein Unionsbürger, der von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat, bei der Rückkehr in sein Heimatland den gemeinschaftsrechtlichen Status mitnehmen kann (EuGH, U. v. 07.07.1992 - C-370/90 - Singh, Sig. 1992, I-4265; U. v. 23.09.2003 - C-109/01 - Akrich, Slg. 2003, I-9607; U. v. 11.12.2007 - C-291/05 - Eind, Rn. 32 ff.). Gleiches gilt nach der Rechtssache Carpenter (EuGH, U. v. 11.07. 2002 - C-60/00 - Carpenter, Rn. 29), wenn der Unionsbürger durch die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen von seinem Heimatland aus von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch macht. Auch in einem solchen Fall soll ein drittstaatsangehöriger Ehegatte Freizügigkeit beanspruchen können.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Fälle offensichtlich nicht im Blick gehabt, so dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegt, die durch eine analoge Anwendung des FreizügG/EU geschlossen werden kann (für eine Anwendbarkeit des FreizügG/EU auch Brinkmann, in: Huber Rn. 15 zu § 1 FreizügG/EU). Denn mit der Neufassung des FreizügG/EU wurde eine Gesamtrevision des Aufenthaltsrechts der Unionsbürger in Deutschland vollzogen und das bisher in zwei nationalen Verordnungen und neun Richtlinien geregelte Gemeinschaftsrecht in einem Rechtsakt zusammengeführt (BT-Drucks. 15/420 [65 ff.] und BT-Drucks. 16/5065 [1 ff. und 259] - abgedruckt unter GK-AusIR, IX - 2 Vor § 1 FreizügG/EU). Da die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben im Bereich des Familiennachzugs durch das FreizügG/EU mit dem Ziel einer abschließenden Regelung des Freizügigkeitsrechts erfolgte, ist es sachgerecht, an die nationalen Umsetzungsregelungen, mit denen auch die nationalen Gestaltungsspielräume konkretisiert wurden, anzuknüpfen und nicht unmittelbar das Gemeinschaftsrecht, insbesondere die Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG), anzuwenden (so Epe, in: GK-AusIR, Rn. 26 zu § 1 FreizügG/EU). Der abschließende Charakter des Gesetzes spricht zudem gegen eine Anwendung der Familiennachzugsvorschriften des Aufenthaltsgesetzes, die gemeinschaftskonform ausgelegt werden müssten (so Harms, in: Storr u.a. Rn. 16 zu § 1 FreizügG/EU).

Der Antragsteller ist aufgrund des touristischen Aufenthalts in Tschechien in der Zeit vom 09.01.2010 bis 12.01.2010 mit seiner deutschen Ehefrau nicht entsprechend §§ 2 Abs. 2 Nr. 6, 3 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt. Der hier gegebene Sachverhalt weist zwar einen gemeinschaftsrechtlichen Bezug auf: Die deutsche Ehefrau hielt sich gemeinsam mit dem Antragsteller in Tschechien auf, ist sodann mit ihm nach Deutschland zurückgekehrt und hat damit sowohl von dem Recht auf Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV

(früher: Art. 18 EG) als auch von der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV (früher: Art. 49 EG) Gebrauch gemacht.

Dieser gemeinschaftsrechtliche Bezug reicht aber zur Begründung eines gemeinschaftsrechtlichen Status der Ehefrau, der dem Antragsteller als drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers Freizügigkeit vermitteln könnte, nicht aus (ebenso HessVGH, B. v. 22.10.2010 - 3 B 2948/09 - Juris; VGH BW, B. v. 25.01.2010 - 11 S 2181/09 - Juris; weitere Nachweise zum Ehegattennachzug im Rahmen einer so genannten "Dänemark-Ehe" oder "Express-Heirat", <http://www.migrationsrecht.net/cat/view/350-abhandlungen-und-beitraege.html>).

Zwar hat der Europäische Gerichtshof in einer Reihe von Entscheidungen anerkannt, dass ein Unionsbürger, der von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat, bei der Rückkehr in sein Heimatland den gemeinschaftsrechtlichen Status mitnehmen kann (EuGH, U. v. 07.07.1992 - C-370/90 - Singh, Slg. 1992, I-4265; U. v. 23.09.2003 - C-109/01 - Akrich, Slg. 2003, I-9607; U. v. 11.12.2007 - C-291/05 - Eind, Rn. 32 ff.). Gleiches gilt nach der Rechtssache Carpenter (EuGH, U. v. 11.07.2002 - C-60/00 - Carpenter, Rn. 29), wenn der Unionsbürger durch die Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen von seinem Heimatland aus von der Dienstleistungsfreiheit Gebrauch macht. Auch in einem solchen Fall soll ein drittstaatsangehöriger Ehegatte Freizügigkeit beanspruchen können. Jedoch ist durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auch geklärt, dass ein Freizügigkeit vermittelnder, grenzüberschreitender Sachverhalt voraussetzt, dass der Unionsbürger mit einer gewissen Nachhaltigkeit von der Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben muss. Würde jegliche Form des Gebrauchmachens von dem Recht auf Freizügigkeit oder der Dienstleistungsfreiheit, sei es aus touristischen oder sonstigen Zwecken zur Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf drittstaatsangehörige Familienangehörige bei Rückkehr nach Deutschland führen, liefe das Recht der Nationalstaaten auf Regelung von Einreise und Aufenthalt im Falle des Ehegattennachzugs weitgehend leer (ebenso VG Düsseldorf, B. v. 10.09.2009 - 27 L 2043/08 -). Erforderlich ist daher eine bestimmte Qualität des Gebrauchmachens von den Unionsbürgerrechten. Auch der Europäische Gerichtshof erkennt in seiner Rechtsprechung das Erfordernis einer wertenden Betrachtung an, wenn er ausführt, dass die Vertragsbestimmungen über die Freizügigkeit nicht auf Tätigkeiten anwendbar sind, die keine Berührung mit irgendeinem der Sachverhalte aufweisen, auf die das Gemeinschaftsrecht abstellt, und die mit "keinem relevanten Element" über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinausweisen (EuGH, U. v. 25.07.2008 - C-127/08 - Metock, Rn. 77, NVwZ 2008, 1097; U. v. 01.04.2008 - C-212/06 - Gouvernement de la Communauté française und Gouvernement wallon, Rn. 33).

Diesen wertenden Ansatz verfolgt der Europäische Gerichtshof auch bei der Konkretisierung der Grundfreiheiten. So hat der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung in Bezug auf die Arbeit-

nehmerfreizügigkeit nach Art. 39 EG die einschränkende Voraussetzung aufgestellt, dass als Arbeitnehmer nur angesehen werden kann, "wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, die nicht einen so geringen Umfang hat, dass es sich um völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten handelt" (EuGH, U. v. 30.06.2006 - C-10/05 - Mattem, Rn. 18; U. v. 03.07.1986 - Rs. 66/85 - Lawrie-Blum, Slg. 1986, 2121, Rn. 17; U. v. 26.02.1992 - Rs. C-3/90 - Bernini, Slg. 1992, I-1071, Rn. 14; U. v. 26.02.1992 - Rs. C-357/89 - Raulin, Slg. 1992, I-1027, Rn. 10). Für den Bereich der Dienstleistungserbringung vom Inland aus hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Carpenter einschränkend ausgeführt, dass der Unionsbürger "zu einem erheblichen Teil" Dienstleistungen gegen Entgelt in anderen Mitgliedstaaten erbracht haben muss (EuGH, U. v. 11.07.2002 - C-60/00 - Carpenter, Rn. 29).

Unter Berücksichtigung dieser wertenden Gesichtspunkte führen kurzfristige Aufenthalte, z. B. in Form eines Urlaubs oder einer Geschäftsreise in andere EU-Staaten, nicht dazu, dass ein deutscher Staatsangehöriger den Freizügigkeitsstatus bei seiner Rückkehr in Deutschland beibehält und damit gemeinschaftsrechtliche Grundsätze auf den Familiennachzug anzuwenden sind. Der hier erfolgte Kurzaufenthalt in Tschechien ist bei wertender Betrachtung nicht ausreichend, um einen gemeinschaftsrechtlichen Sachverhalt zu begründen, bei dem der Antragsteller sich in Bezug auf den Familiennachzug auf Freizügigkeit berufen könnte.

Darüber hinaus spricht auch der Schutzzweck, den der Europäische Gerichtshof mit seiner weiten Auslegung hinsichtlich der Mitnahme des Freizügigkeitsstatus eines Inländers bei Rückkehr in das Heimatland verfolgt, gegen die Einbeziehung kurzfristiger Aufenthalte, bei denen durch Inländer von der Dienstleistungsfreiheit in anderen Mitgliedstaaten Gebrauch gemacht wurde.

Der Europäische Gerichtshof verfolgt mit seiner Rechtsprechung das Ziel, Beschränkungen der Freizügigkeit entgegenzuwirken, die dadurch entstehen können, dass ein EU-Bürger von dem Gebrauchmachen der Freizügigkeit abgehalten wird, wenn die Aussicht besteht, zum Zeitpunkt der Rückkehr in den Herkunftsstaat ein möglicherweise im Herkunftsstaat begründetes familiäres Zusammenleben nicht ungehindert fortsetzen zu können (siehe hierzu VGH BW, B. v. 08.07.2008 - 11 S 1041/08 - InfAusIR 2008, 444 m.w.N.). Eine Einschränkung des Zusammenlebens oder eine Verschlechterung der Rechtsstellung des Ehegatten bei Rückkehr in den Herkunftsstaat ist geeignet, den Gemeinschaftsbürger davon abzuschrecken, sich in den Aufnahmemitgliedstaat zu begeben, um dort etwa durch Aufnahme einer Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis seiner Freizügigkeit nachzugehen.

So hat der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache Eind (EuGH, U. v. 11.12.2007 - C 291/05 - Eind, Rn 35 ff.) ausgeführt, dass ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats davon abgeschreckt werden könnte,

den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zu verlassen, um im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis auszuüben, wenn nach seiner Rückkehr in seinen Herkunftsmitgliedstaat ein Zusammenleben mit seinen nahen Angehörigen nicht möglich wäre. Die Hindernisse für die Familienzusammenführung können daher das Recht auf Freizügigkeit beeinträchtigen, sodass die praktische Wirksamkeit des Rechts auf Freizügigkeit verlangt, die Rückkehr eines Gemeinschaftsarbeitnehmers in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, nicht als rein inländischen Sachverhalt zu betrachten.

Die erwähnte abschreckende Wirkung tritt indes nicht in gleicher Weise ein, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats zur Entgegennahme von Dienstleistungen, etwa im Rahmen eines touristischen Aufenthalts oder der Eheschließung, in einen anderen Mitgliedsstaat reist. Denn der Freizügigkeit im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit ist die Rückkehr in den Herkunftsstaat nach einem vorübergehenden Aufenthalt immanent. Die Entgegennahme von Dienstleistungen ist mit keinem Daueraufenthalt verbunden, sondern erfolgt im Rahmen einzelner, grundsätzlich inhaltlich und zeitlich begrenzter Tätigkeiten im Aufnahmeland. Hier besteht - anders als bei der Arbeitsaufnahme oder einer auf Dauer angelegten Dienstleistungserbringung in einem anderen Mitgliedstaat - nicht in gleicher Weise das Bedürfnis, die Rückkehr in den Heimatstaat durch Mitnahme der Freizüigkeitsrechtsstellung abzusichern. Der EU-Bürger, der sich zu touristischen Zwecken, einer Geschäftsreise oder ähnlich kurzfristigen Aufenthalten in einem anderen Mitgliedstaat aufhält, kann nicht auf eine Verbesserung seiner Rechtsstellung bei Rückkehr in sein Heimatland vertrauen. Er steht daher nicht zu erwarten, dass er davon abgehalten würde, von seiner passiven Dienstleistungsfreiheit oder seiner Rechte aus Art. 21 AEUV Gebrauch zu machen.

Der Antragsteller vermag sich weiterhin nicht auf die dem FreizügG/EU immanente Freizüigkeitsvermutung (vgl. § 11 Abs. 2 FreizügG/EU) zu berufen, da diese auf Familienangehörige Deutscher keine entsprechende Anwendung findet. Das FreizügG/EU geht bei Unionsbürgern und drittstaatsangehörigen Familienangehörigen von einer Freizüigkeitsvermutung aus, die erst erlischt, wenn die Ausländerbehörde eine Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU getroffen hat. Die Gesetzesmaterialien stellen hierzu fest (BT-Drs 15/420 S. 106):

"Auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nicht oder nicht mehr nach Gemeinschaftsrecht freizüigkeitsberechtigt sind und auch kein Aufenthaltsrecht nach § 2 Abs. 5 genießen, findet dieses Gesetz keine Anwendung, sondern die Betroffenen unterliegen dem allgemeinen Ausländerrecht. Entsprechend dem Grundsatz, dass Unionsbürger und ihre Angehörigen weitestgehend aus dem Geltungsbereich des allgemeinen Ausländerrechts herausgenommen werden, setzt dies einen - nicht notwendigerweise unanfechtbaren - Feststellungsakt der zuständigen Behörde voraus. Damit gilt für den in § 1 beschriebenen

Personenkreis zunächst eine Vermutung der Freizügigkeit."

Sperrt das FreizügG/EU auch für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die keine Freizügigkeit beanspruchen können, die Anwendbarkeit des AufenthG bis zum Erlass der Feststellung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU oder § 6 Abs. 1 FreizügG/EU, so bedeutet dies nicht automatisch, dass diese Regelung entsprechend auf Rückkehrerfälle Anwendung findet. Die Freizügigkeitsvermutung knüpft an einen grenzüberschreitenden Sachverhalt an, der durch den Aufenthalt eines nicht deutschen Unionsbürgers (§ 1 Abs. 1 FreizügG/EU) im Bundesgebiet gekennzeichnet ist. Der Aufenthalt des Unionsbürgers aus einem der Mitgliedstaaten der EU bildet die Grundlage für die Freizügigkeitsvermutung. Demgegenüber fehlt es bei den Rückkehrerfällen an einem gleichwertigen Anknüpfungspunkt für die Freizügigkeitsvermutung. In diesen Fällen ist vielmehr eine genaue Analyse des grenzüberschreitenden Sachverhalts erforderlich, um überhaupt von einem Freizügigkeit vermittelnden Tatbestand ausgehen zu können. Daher scheidet die analoge Anwendung der Vermutung in Rückkehrerfällen aus.

Ist damit das Aufenthaltsgesetz auch ohne Feststellung des Nichtbestehens der Freizügigkeit anwendbar, so steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bereits das Fehlen der Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 AufenthG entgegen. Für über drei Monate hinausgehende (vgl. § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG) längerfristige Aufenthalte ist grundsätzlich ein Visum für das Bundesgebiet (nationales Visum) erforderlich, das vor der Einreise erteilt wird (§ 6 Abs. 4 Satz 1 AufenthG) und gegebenenfalls einer Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Ausländerbehörde bedarf (§§ 31 ff. AufenthV). Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise für einen längerfristigen Aufenthalt setzt daher voraus, dass der Ausländer mit dem entsprechenden nationalen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AufenthG).

Diese - auch mit dem Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG grundsätzlich vereinbare (BVerfG, 2. Kammer des 2. Senats, B. v. 04.12.2007 - 2 BvR 2341/06 - InfAusIR 2008, 239) - nationale Visumpflicht gilt allerdings nicht, soweit der Ausländer die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i. V. m. §§ 39 ff. AufenthV nach der Einreise im Bundesgebiet einholen kann. Außerdem kann von ihrer Erfüllung nach Ermessen abgesehen werden, wenn die - sonstigen - Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen (§ 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG).

Der Antragsteller kann sich nicht auf einen der Tatbestände des § 39 AufenthV berufen.

Nach § 39 Nr. 3 AufenthV in der seit dem 29.08.2007 geltenden Fassung (siehe Art. 7 Abs. 4 Nr. 13

Buchstabe a des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.08.2007, BGBl. 1 S. 1970 <2051 >) kann ein Ausländer über die im Aufenthaltsgesetz geregelten Fälle (z. B. § 5 Abs. 3 Satz 1 und 2 und § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG) hinaus einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, wenn er Staatsangehöriger eines in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 aufgeführten Staates ist (sichtvermerksfreie Drittausländer, sog. Positivstaater) und sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder ein gültiges Schengenvisum für kurzfristige Aufenthalte (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) besitzt, sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Einreise entstanden sind.

Nach der Einreise ist der Anspruch dann entstanden, wenn die anspruchsbegründenden Voraussetzungen nach der Einreise, aber noch während der Geltungsdauer des Schengen-Visums erfüllt sind und der Anspruch während dieser Phase erwachsen ist (vgl. HessVGH, B. v. 22.09.2008 - 1 B 1628/08 - Juris, Leitsatz 2 und Rn. 6; OVG R-P, B. v. 20.04.2009 - 7 B 10037/09 - Juris).

Bereits der Wortlaut des § 39 Nr. 3 AufenthV, "wenn er (...) ein gültiges Schengen-Visum für kurzfristige Aufenthalte (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) besitzt", legt es mit der Verwendung der Gegenwartsform nahe, dass der Ausländer bei Entstehung des Anspruchs nach der Einreise noch im Besitz eines gültigen Schengen-Visums sein muss.

Außerdem gebietet der aus den Gesetzesmaterialien erkennbare Sinn und Zweck der Bestimmung eine Auslegung dahingehend, dass der Ausländer im Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs noch im Besitz eines gültigen Schengen-Visums sein muss. Denn bei diesem Verständnis der Norm wird eine missbräuchliche Umgehung des Visumverfahrens durch eine Einreise mit einem Schengen-Visum, die der Gesetzgeber mit der Änderung des § 39 Nr. 3 AufenthV ausschließen wollte (BT-Drs. 16/5065, S. 240), zumindest eingeschränkt.

Für die Anwendung von § 39 Nr. 3 AufenthV ist es hingegen unschädlich, wenn einzelne Anspruchsvoraussetzungen, die offenkundig nicht Anlass für den Verordnungsgeber waren, vom Visumverfahren zu befreien, auch schon vor der Einreise vorlagen und weiterhin vorliegen (im Falle des Ehegattennachzugs z. B. die bereits im Heimatland eingetretene Volljährigkeit der Ehepartner [= Anspruchsvoraussetzung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG]).

Beim Antragsteller führt bereits zum Ausschluss des Anspruchs, dass das Erfordernis ausreichender deutscher Sprachkenntnisse als ein "Baustein", der im Zusammenwirken mit anderen "Bausteinen" den von § 39 Nr. 3 AufenthV geforderten Anspruch zum Entstehen bringt, jedenfalls erst nach Ablauf des Schengen-

Visums erstmals erfüllt war. Die Kammer teilt die Auffassung der Behörde, dass der Antragsteller jedenfalls am 11.03.2010, dem Tag seiner Befragung durch die Behörde (vgl. Bl. 56 d. A.), noch nicht über die Fähigkeit verfügte, sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache zu verständigen. Da alle Anspruchsvoraussetzungen spätestens am 28.01.2010, dem Tag des Ablaufs des Schengen-Visums, vorgelegen haben müssen, können später erworbene Kenntnisse den Anspruch i. S. von § 39 Nr. 3 AufenthV nicht mehr zum Entstehen bringen.

Die Voraussetzungen des § 39 Nr. 5 AufenthV liegen gleichfalls nicht vor, da der Antragsteller die Ehe vor seiner Einreise in das Bundesgebiet geschlossen hat. Nach dieser Vorschrift kann ein Ausländer über die im Aufenthaltsgesetz geregelten Fälle hinaus einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen oder verlängern lassen, wenn seine Abschiebung nach § 60 a AufenthG ausgesetzt ist und er aufgrund einer Eheschließung im Bundesgebiet oder der Geburt eines Kindes während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Allein die Schwangerschaft der Ehefrau begründet kein Aufenthaltsrecht.

Im Falle des Antragstellers ist auch nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG von der Einhaltung des Visumverfahrens abzusehen. Nach dieser Regelung kann von den Anforderungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruches auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.

Die Ermessenserwägungen der Antragsgegnerin, der Einhaltung der Visumvorschriften den Vorrang gegenüber den privaten Interessen des Antragstellers einzuräumen, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere liegen keine besonderen Umstände des Einzelfalles vor, aufgrund derer es dem Antragsteller nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Weder wohnen im Haushalt der Antragsteller kleine Kinder oder pflegebedürftige Personen, deren Betreuung im Fall des notwendigen Auslandsaufenthalts nicht gesichert wäre, noch ist dem Antragsteller die Reise wegen Krankheit, Behinderung oder altersbedingt unzumutbar oder unmöglich. Es bestehen reguläre Reiseverbindungen in das Herkunftsland. In Kasachstan gibt es zudem eine deutsche Auslandsvertretung. Die Kosten der Reise begründen ebenfalls keine Unzumutbarkeit. Ungeachtet der zu erwartenden Dauer des Visumverfahrens ist dem Antragsteller die nur vorübergehende Trennung von seiner Ehefrau zuzumuten. Der Antragsteller hat auch nicht geltend gemacht, dass er für die Betreuung seiner schwangeren Ehefrau im Bundesgebiet verbleiben müsste. Diese könnte ihn in sein Heimatland begleiten, um von dort aus das Visumverfahren zu betreiben, sofern eine Trennung vermieden werden soll. Insoweit sind die Ermessenserwägungen der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden, wenn diese einen kurzfristigen Aufenthalt des Antragstellers in Kasachstan zur Durch-

führung des Visumverfahrens für zumutbar hält.

Gegen die mit Bescheid vom 16.03.2010 zugleich verfügte Abschiebungsandrohung sind rechtliche Bedenken ebenfalls nicht ersichtlich. Der Antragsteller ist gemäß § 50 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig, sodass ihm nach § 59 Abs. 1 AufenthG die Abschiebung angedroht werden durfte.

Die Ausreisefrist von einem Monat ist im Hinblick auf den kurzen Aufenthalt im Bundesgebiet angemessen.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 2 GKG. Mangels anderweitiger Anhaltspunkte für die wirtschaftliche Bedeutung der Sache für den Antragsteller legt die Kammer den Auffangstreitwert in Höhe von 5.000 Euro zugrunde und halbiert diesen im Hinblick auf die Vorläufigkeit der Entscheidung im Eilverfahren.