

OBERVERWALTUNGSGERICHT BERLIN-BRANDENBURG

IM NAMEN DES VOLKES URTEIL

OVG 12 B 37.09
VG 5 V 25.08 Berlin

Verkündet am 13. April 2011
Kirchner, Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin der Geschäfts-
stelle

In der Verwaltungsstreitsache

Kläger und Berufungskläger,

bevollmächtigt:

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,
vertreten durch das Auswärtige Amt, -Referat 509-,
Werderscher Markt 1, 10117 Berlin,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

hat der 12. Senat auf die mündliche Verhandlung vom 13. April 2011 durch den Präsidenten des Obergerverwaltungsgerichts Kipp, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Plückelmann, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Riese sowie die ehrenamtlichen Richter Bork und Cimbollek für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 18. Dezember 2009 wird geändert. Die Beklagte wird unter Aufhebung des Remonstrationsbescheides der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Pristina vom 23. April 2008 verpflichtet, dem Kläger ein Visum zur Familienzusammenführung mit seiner Ehefrau zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der bis zur Aufhebung der Beiladung entstandenen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe

des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht die Kläger zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leisten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger, der albanischer Volkszugehörigkeit ist und aus dem Kosovo stammt, begehrt ein Visum zu seiner ebenfalls als Klägerin auftretenden Ehefrau, einer im Bundesgebiet lebenden italienischen Staatsangehörigen. Sie ist 1994 in das Bundesgebiet eingereist und derzeit als Reinigungskraft bzw. Küchenhelferin erwerbstätig.

Am ... 2007 heirateten die Kläger, die sich zuvor nicht gesehen hatten, im Kosovo während eines dreitägigen Besuchsaufenthaltes der zu diesem Zwecke angereisten Klägerin. Der Kläger beantragte anschließend bei dem Verbindungsbüro der Beklagten in Pristina ein Visum zum Ehegattennachzug. Nach einer zeitgleichen Befragung der Eheleute im Dezember 2007 und der Verweigerung der Zustimmung durch die Landeshauptstadt Stuttgart lehnte das Verbindungsbüro die Visumserteilung mit Bescheid vom 4. Februar 2008 ab. Auf die Remonstration des Klägers hin hob die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Pristina den Bescheid vom 4. Februar 2008 mit Remonstrationsbescheid vom 23. April 2008 auf und lehnte den Antrag erneut ab. Einer Aufenthaltserlaubnis nach §§ 27, 30 AufenthG steht entgegen, dass es sich dem Ergebnis der Befragung zufolge nicht um eine schutzwürdige eheliche Lebensgemeinschaft handele.

Mit der vor dem Verwaltungsgericht Berlin erhobenen Klage machten die Kläger vor allem Ausführungen zu den von der Beklagten und der Beigeladenen angenommenen Widersprüchen. Das Verwaltungsgericht, das die Landeshauptstadt Stuttgart als zuständige Ausländerbehörde beigeladen hatte, hat die Klage durch Urteil vom 18. Dezember 2008 abgewiesen. Der Kläger könne mangels schutzwürdiger ehelicher Lebensgemeinschaft im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG keinen Familiennachzug gemäß §§ 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, 2 Abs. 1 des Gesetzes über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern – FreizügG/EU – beanspruchen. In der älteren Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union sei anerkannt, dass einem Anspruch auf Familiennachzug bei einer Scheinehe der Einwand des Missbrauchs entgegengehalten werden könne. Dies werde ausdrücklich in Art. 35 Satz 1 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 (Unionsbürgerrichtlinie bzw. Freizügigkeitsrichtlinie) bekräftigt.

Der deutsche Gesetzgeber habe diese Vorschrift in § 6 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU umgesetzt. Die Einreise könne aus den in Satz 1 der Regelung genannten Gründen – öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit - verweigert werden. Die Unterbindung des Missbrauchs von Aufenthaltstiteln sei ein anerkannter Belang der öffentlichen Ordnung bzw. Sicherheit. Art. 35 Satz 2 der Richtlinie 2004/38/EG verweise auf deren Art. 30, wonach die der Entscheidung zu Grunde liegenden Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit dem Betroffenen mitgeteilt werden müssten. In Anbetracht dieser gesetzlichen Regelung könne offen bleiben, ob der Einwand des Missbrauchs dem Einreisebegehren im Fall der Scheinehe ohne Weiteres und unabhängig von einer Umsetzung entgegengehalten werden dürfe. Ferner kam das Verwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass zwischen den Klägern keine schutzwürdige eheliche Lebensgemeinschaft bestehe.

Mit der von dem Senat zugelassenen Berufung wiederholen und vertiefen die Kläger ihr Vorbringen aus dem Zulassungsverfahren. Sie machen u.a. geltend, dass im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsgesetzes die formale Eheschließung ausreiche, um einen Anspruch auf Familiennachzug zu begründen. Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie sei mangels hinreichender Bestimmtheit nicht durch § 6 Abs. 1 FreizügG/EU umgesetzt worden. Die dort genannten Voraussetzungen lägen auch deshalb nicht vor, weil es sich nicht um eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 3 FreizügG handle, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre. Im Übrigen erlaube das Gemeinschaftsrecht es nicht, auf den subjektiven Willen der Eheleute abzustellen, bevor die eheliche Lebensgemeinschaft überhaupt gelebt werden könne. Das angegriffene Urteil stelle einen rechtswidrigen Eingriff in die Privatsphäre dar. Präventive Maßnahmen seien – zumal bei einem bloßen Missbrauchsverdacht – im Hinblick auf die geänderte Formulierung in § 3 Abs. 1 FreizügG, die keine gemeinsame Wohnsitznahme mehr verlange, unzulässig. Die Verweigerung der Einreise sei unverhältnismäßig. Wenn man ein Visum für erforderlich halte, so habe die Beklagte das in der Unionsbürgerrichtlinie vorgesehene beschleunigte Verfahren nicht eingehalten.

Die Kläger beantragen,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 18. Dezember 2008 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Remonstrationsbescheides der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland Pristina vom 23. April 2008 zu verpflichten, dem Kläger ein Visum zur Familienzusammenführung mit seiner Ehefrau zu erteilen,

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an dem angegriffenen Bescheid fest und verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Der Einwand des Missbrauchs bei Scheinehe sei gemeinschaftsrechtlich anerkannt und werde durch die Unionsbürgerrichtlinie ausdrücklich bekräftigt. Das von den Klägern angesprochene Erleichterungsgebot betreffe in erster Linie Verfahrensgarantien im Visumsverfahren. Im Übrigen sei Rechtsmissbrauch dem Gemeinschaftsrecht immanent, sodass Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie nur deklaratorische Bedeutung zukomme.

Der Senat hat die von dem Verwaltungsgericht beschlossene Beiladung der Landeshauptstadt Stuttgart mit Beschluss vom 13. April 2011 aufgehoben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Streitakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge verwiesen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

I.

Der Senat hat die von dem Verwaltungsgericht am 16. Mai 2008 beschlossene Beiladung der Landeshauptstadt Stuttgart, die die für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständige Ausländerbehörde ist, aufgehoben, weil die Voraussetzungen für eine notwendige Beiladung im Sinne von § 65 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

Die Landeshauptstadt Stuttgart muss der Visumserteilung trotz der begehrten Familienzusammenführung und der damit einhergehenden Absicht des Klägers, sich mehr als drei Monate im Bundesgebiet aufzuhalten, nicht gemäß § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 der Aufenthaltsverordnung (AufenthV) zustimmen. Diese Vorschrift, die zum dritten Abschnitt des zweiten Kapitels der Aufenthaltsverordnung gehört, ist hier im Hinblick auf § 79 AufenthV nicht anwendbar. Danach finden (nur) die in Kapitel 2 Abschnitt 1, Kapitel 3, § 56, Kapitel 5 sowie in den §§ 80 bis 82 enthaltenen Regelungen auch Anwendung auf Ausländer, deren Rechtsstellung durch das Freizügigkeitsgesetz/EU geregelt ist. Letzteres ist hier der Fall. Die Erteilung des begehrten Visums richtet sich nach § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU, weil der aus dem Kosovo stam-

mende Kläger Familienangehöriger einer Italienerin und damit einer Unionsbürgerin ist, ohne selbst Unionsbürger zu sein.

Eine einfache Beiladung der Landeshauptstadt Stuttgart gemäß § 65 Abs. 1 VwGO kommt mangels Zweckmäßigkeit nicht in Betracht.

II.

Die Berufung hat Erfolg. Das Verwaltungsgericht hätte die Klage nicht abweisen dürfen. Die Kläger haben einen Anspruch darauf, dass die Beklagte dem Kläger das begehrte Visum zur Familienzusammenführung mit seiner Ehefrau, der Klägerin, erteilt, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO.

Maßgebliche Rechtsgrundlage für die Erteilung des Visums ist § 3 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU. Danach bedürfen Ehegatten als Familienangehörige von Unionsbürgern, die selbst nicht Unionsbürger sind, für die Einreise eines Visums nach den Bestimmungen für Ausländer, für die das Aufenthaltsgesetz gilt. Der Verweis bezieht sich – wie auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum FreizügG/EU vom 26. Oktober 2009 (Ziffer 2.4.2.1) zutreffend zeigt - nur auf die Frage der Visumspflichtigkeit [vgl. § 6 Abs. 4 AufenthG, Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates 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 Visumspflicht befreit sind vom 15. März 2001], während sich die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Nachzugs allein nach Unionsrecht bzw. nach dessen Umsetzung im Freizügigkeitsgesetz richten, soweit nicht das Aufenthaltsgesetz ausnahmsweise in § 11 FreizügG/EU für anwendbar erklärt wird.

Die in § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU normierte Regelung beruht auf Art. 5 Abs. 2 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 - Unionsbürger- oder Freizügigkeitsrichtlinie - (ABl L 229/35). Danach ist von Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen, gemäß der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 oder gegebenenfalls den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften lediglich ein Einreisevisum zu fordern. Ferner treffen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen, um diesen Personen die Beschaffung der erforderlichen Visa zu erleichtern. Die Visa werden so bald wie möglich nach einem beschleunigten Verfahren unentgeltlich erteilt (Sätze 3 und 4).

Gemessen daran ist es den Mitgliedstaaten – wie in § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU vorgesehen – grundsätzlich erlaubt, von Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die einem Drittstaat angehören, ein Einreisevisum zu verlangen. Hierbei kann offen bleiben, ob die Beklagte zu diesem Zweck die Einhaltung eines Visumsverfahrens durch ihre zuständige Auslandsvertretung fordern durfte, oder ob das Visum an der Grenze hätte erteilt werden müssen (vgl. dazu Epe, in: GK-AufenthG, FreizügG/EU, § 2 Rn. 137; noch weiter gehend Winkelmann, InfAuslR 2009, 45, 48). Jedenfalls durfte die Beklagte nicht unter Beteiligung der Ausländerbehörde der Landeshauptstadt Stuttgart mittels einer Befragung beider Eheleute in einem aufwändigen Verfahren überprüfen, ob die geschlossene Ehe schutzwürdig im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG ist.

Dieses Vorgehen widerspricht den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 5 Abs. 2 Sätze 3 und 4 der Unionsbürgerrichtlinie, wonach das Visum im beschleunigten Verfahren unter Gewährung aller denkbaren Erleichterungen zu erteilen ist. Da ein Zustimmungsverfahren nach § 31 AufenthV – wie dargelegt – nicht stattfindet, ist auch die für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständige Ausländerbehörde nicht zu beteiligen [(vgl. auch Ziffer 2.4.4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 26. Oktober 2009 (GMBI 2009, 1270)]. Sofern es nicht zu einer abschließenden Klärung des Scheineheverdachtes kommt, ist die Einreise im Hinblick auf die vorrangig zu gewährende Freizügigkeit zu gestatten. Die noch ausstehende materiell-rechtliche Prüfung hat – sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen – ggf. im Inland zu erfolgen. So hätte es auch hier geschehen müssen. Eine weitere Aufklärung mittels Befragung der Eheleute war weder im Verwaltungsverfahren noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zulässig. Die Kläger müssen nach alledem so gestellt werden, als hätte die Befragung nicht stattgefunden, und das begehrte Visum ist nunmehr auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 2 Unionsbürgerrichtlinie zu erteilen (vgl. auch Epe, in: GK-AufenthG, § 2 FreizügigG/EU Rn. 129).

Dieses Vorgehen entspricht auch der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Er hat in der Rechtssache MRAX (EuGH, Urteil vom 25. Juli 2002 – Rs. C-459/99, juris) in Bezug auf die vor Erlass der Unionsbürgerrichtlinie geltende Rechtslage die Bedeutung der Freizügigkeit und des Familiennachzugs hervorgehoben und festgestellt, dass das „Visum unverzüglich und nach Möglichkeit an den Einreisestellen in das nationale Hoheitsgebiet zu erteilen ist“ (EuGH, a.a.O., Rn. 60).

Die Berufung der Kläger hätte jedoch selbst dann Erfolg, wenn man unterstellt, dass die zuständige Auslandsvertretung trotz Art. 5 Abs. 2 der Unionsbürgerrichtlinie vor der Erteilung des begehrten Visums u.a. eine Befragung der Eheleute durchführen durfte, um das Bestehen einer schutzwürdigen ehelichen Lebensgemeinschaft zu überprüfen. In

diesem Fall fehlt es hier an einer Rechtsgrundlage, auf die die Einreiseversagung bei einer nur zum Schein eingegangenen Ehe gestützt werden kann. Zwar können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 35 Satz 1 der Unionsbürgerrichtlinie die Maßnahmen erlassen, die notwendig sind, um die durch diese Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug – wie z.B. durch Eingehung von Scheinehen – zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen. Derartige Maßnahmen hat der deutsche Gesetzgeber jedoch nicht ergriffen. § 6 Abs. 1 Satz 2 FreizügG, wonach die Einreise eines Unionsbürgers oder seines Familienangehörigen aus den in § 6 Abs. 1 Satz 1 genannten Gründen (öffentliche Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, Art. 39 Abs. 3, Art. 46 Abs. 1 EGV) verweigert werden kann, stellt keine Umsetzung des in Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie normierten Missbrauchstatbestandes dar.

Auf eine Umsetzung der Richtlinie durch den deutschen Gesetzgeber käme es allerdings von vornherein nicht an, wenn sich die Beklagte zu Recht auf einen den Freizügigkeitsvorschriften immanenten allgemeinen Missbrauchsvorbehalt stützen könnte, der selbständig neben Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie bestünde, sodass dieser Regelung lediglich deklaratorische Bedeutung zukäme. Das ist nicht der Fall.

Ein derartiger Missbrauchsvorbehalt war in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, die die bis zum Erlass der Unionsbürgerrichtlinie geltende Rechtslage betraf, anerkannt. So sollte Art. 10 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, der den Familiennachzug zu Unionsbürgern regelte, von vornherein nicht anwendbar sein, wenn der Angehörige eines Mitgliedstaats und der Drittstaatsangehörige eine Scheinehe zur Umgehung der für Drittstaatsangehörige geltenden Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen geschlossen hatten (vgl. EuGH, Urteil vom 23. September 2003 – Rs. C-109/01, Akrich, juris Rn. 57 ff., 61). Für diesen Fall hat der EuGH einen Missbrauch des Gemeinschaftsrechts bejaht. In eine ähnliche Richtung geht auch die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation (ARB 1/80), wonach sich ein türkischer Arbeitnehmer nicht auf ein Assoziationsrecht berufen kann, wenn er seine Aufenthaltserlaubnis durch Missbrauch (Scheinehe) erlangt hat (vgl. z.B. Urteil vom 5. Juni 1997 – Rs. C-285/95, Kol, NVwZ 1998, 50).

Demgegenüber hat sich der EuGH zu der Frage, ob neben Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie weiterhin ein allgemeiner unionsrechtlicher Missbrauchsvorbehalt besteht, noch nicht ausdrücklich geäußert. Er hat in der Rechtssache Metock (Urteil vom 25. Juli 2008 – Rs. C-127/08, juris) die in der Rechtssache Akrich formulierten Grundsätze insoweit aufgegeben,

als er im Hinblick auf die Unionsbürgerrichtlinie keinen rechtmäßigen Voraufenthalt eines Drittstaatsangehörigen mehr verlangt, wenn dieser eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu einem Unionsbürger begehrt. Die Scheinehenproblematik wird in diesem Zusammenhang nur insoweit angesprochen, als es um Kontrollmöglichkeiten der Mitgliedstaaten im Hinblick auf illegale Zuwanderung geht. Hierzu stellt der EuGH fest, dass die Mitgliedstaaten die Einreise nach Kapitel VI der Richtlinie (Art. 27 ff.) aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit verweigern könnten. Zudem dürften sie nach Art. 35 der Richtlinie die Maßnahmen erlassen, die notwendig seien, um die durch die Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch – wie z.B. durch die Eingehung von Scheinehen – zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen.

Da der EuGH in der Rechtssache Metock auf seine frühere Rechtsprechung zum Missbrauchsvorbehalt in der Rechtssache Akrich nicht eingeht, sondern den Mitgliedstaaten aufzeigt, welche Möglichkeiten sie nunmehr aufgrund der Unionsbürgerrichtlinie haben, lassen sich seine Ausführungen als Hinweis darauf verstehen, dass die Scheinehenproblematik nunmehr in Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie abschließend geregelt ist und neben Art. 27 ff. der Richtlinie selbstständige Bedeutung erlangt. Auf die Rechtsprechung des EuGH zum ARB 1/80 kommt es – ebenso wenig wie zum Missbrauchsvorbehalt in anderen Bereichen – nicht an, weil dort ein anderer Personenkreis mit anderen Rechten und einem anderen Status betroffen ist.

Dass ein Rückgriff auf einen generellen Missbrauchsvorbehalt in Fällen der vorliegenden Art nicht mehr möglich ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 35 Satz 1 der Unionsbürgerrichtlinie, der die Mitgliedstaaten zu einer in ihr Ermessen gestellten Umsetzung ermächtigt. Sie können Maßnahmen erlassen, die notwendig sind, um die durch die Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug – wie z.B. durch Eingehung von Scheinehen – zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen. Macht ein Mitgliedstaat hiervon Gebrauch, gelten nach Art. 35 Satz 2 der Unionsbürgerrichtlinie die Verfahrensgarantien der Art. 30, 31. Bei fehlender Umsetzung der Regelung darf der Ehegattennachzug zu einer Unionsbürgerin oder einem Unionsbürger mangels konkreter nationaler Rechtsgrundlage nicht mit der Begründung verweigert werden, dass es sich um eine Scheinehe handle.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat dadurch, dass er nunmehr eine zudem in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellte ausdrückliche gesetzliche Regelung unter Einhaltung von Verfahrensgarantien verlangt, deutlich gemacht, dass nur bei einer ordnungsgemäßen Umsetzung ein Missbrauch angenommen werden und das Recht auf Freizügigkeit nachzugswilliger Familienangehöriger eingeschränkt werden kann. Dies zeigt auch Erwägungs-

grund 28 der Unionsbürgerrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten zum Schutz gegen Rechtsmissbrauch oder Betrug, insbesondere Scheinehen oder anderer Arten von Bindungen, die lediglich zum Zweck der Inanspruchnahme des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts geschlossen wurden, die Möglichkeit zum Erlass der erforderlichen Maßnahmen haben sollen. Ginge man von einer nur deklaratorischen Regelung in Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie aus, so hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber die zuvor bestehende Rechtslage verkannt, weil er einen Sachverhalt für regelungsbedürftig gehalten und dazu noch in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt hätte, obwohl kein Regelungsdefizit bestand. Hierfür besteht kein Anhaltspunkt. Stattdessen spricht alles dafür, dass die Rechtslage neu gestaltet werden sollte.

Dieses Ergebnis wird durch Äußerungen der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments bestätigt, die ausdrücklich auf Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie und dessen große Bedeutung hingewiesen haben. Die Kommission hat in ihrem Bericht an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG vom 10. Dezember 2008 hervorgehoben, dass einige Mitgliedstaaten Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie nicht umgesetzt hätten [Kom(2008)840 endgültig, S. 10]. Sie nimmt in dem Bericht (a.a.O., S. 10) ausdrücklich Bezug auf die Rechtssache Metock und betont, dass der EuGH Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie bestätigt habe, wonach die Mitgliedstaaten Maßnahmen erlassen dürften, die der Verhinderung von Missbrauch dienten. Dies lässt nur den Schluss zu, dass sich die frühere Rechtslage auch aus der Sicht der Europäischen Kommission durch die Einführung von Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie geändert hat und dieser Vorschrift kein deklaratorischer Charakter zukommt, weil sie keinen dem Freizügigkeitsrecht immanenten Missbrauchsvorbehalt klarstellend kodifiziert.

Nach alledem ist schließlich auch nicht der in der Literatur vertretenen Auffassung zu folgen, dass im Fall eines Rechtsmissbrauchs durch Eingehung einer Scheinehe - wie bei Assoziationsberechtigten nach dem ARB 1/80 - gar kein Freizügigkeitsrecht begründet werde, weil der Scheinehegatte von vornherein nicht unter den Begriff des Familienangehörigen im Sinne von § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU falle (so Hailbronner, Ausländerrecht, FreizügG/EU § 3 Rn. 12 und 18). Diese Auslegung ist mit dem Wortlaut von Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie nicht vereinbar, weil es den Mitgliedstaaten ausdrücklich obliegt, insoweit entsprechende Regelungen zur Bekämpfung von Missbrauch zu schaffen. Es handelt sich um eine den allgemeinen Missbrauchsvorbehalt verdrängende spezialgesetzliche Regelung, die den Nachzug von Drittstaatsangehörigen zu Unionsbürgern betrifft.

Die somit erforderliche Umsetzung von Art. 35 Satz 1 Unionsbürgerrichtlinie kann nicht in § 27 Abs. 1 a Nr. 1 AufenthG gesehen werden. Diese Vorschrift ist hier nicht anwendbar

(§§ 1, 11 FreizügG/EU). Ebenso wenig kann die Einreise des Klägers gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit verweigert werden.

Dies zeigt zunächst eine systematische Auslegung der Unionsbürgerrichtlinie. Sie ergibt, dass der EU-Gesetzgeber die Beschränkung des Einreiserechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit allein in Kapitel VI der Unionsbürgerrichtlinie (Art. 27 ff.) normiert und damit deutlich von der Ermächtigung zur Regelung von Missbrauchstatbeständen getrennt hat, denn Art. 35 findet sich in Kapitel VII (Schlussbestimmungen).

Angesichts dessen ist es nicht möglich, in § 6 FreizügG/EU, der Art. 27 ff. Unionsbürgerrichtlinie umsetzt, den systematisch an anderer Stelle platzierten Art. 35 der Richtlinie hineinzulesen. Soweit das Verwaltungsgericht argumentiert, dass Art. 35 Satz 2 auf Art. 30, 31 und damit auf die Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung verweise, folgt der Senat dem nicht. Es handelt sich lediglich um eine Rechtsfolgenverweisung in Bezug auf die von der Richtlinie geforderten Verfahrensgarantien, wobei Art. 30, 31 im Fall des Art. 35 nicht wörtlich angewandt werden können, sondern sinngemäß auf den Rechtsmissbrauchstatbestand übertragen werden müssen. So nennt Art. 30 Abs. 2, der eine Mitteilung der Gründe vorschreibt, nur die öffentliche Sicherheit, Ordnung und Gesundheit. Auch der EuGH geht in der Rechtssache Metock davon aus, dass es sich bei Art. 27 ff. und Art. 35 der Richtlinie um verschiedene Tatbestände handelt, denn er nennt beide gleichwertig nebeneinander („zudem“), EuGH, Urteil vom 25. Juli 2008 – Rs. C-127/08, juris). Mit Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie wurde ein eigenständiger und unabhängiger Missbrauchstatbestand geschaffen.

Außerdem normiert § 6 FreizügG/EU den unionsrechtlichen „Ausweisungstatbestand“, der – ähnlich wie § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG – auch für einen Verlust des Rechts auf Einreise (und nicht nur des Rechts auf Aufenthalt) gilt. So verdeutlicht z.B. § 6 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU, dass dieser Verlust nicht allein durch eine strafrechtliche Verurteilung erfolgen kann, sondern zusätzlich ein persönliches Verhalten erfordert, das eine tatsächliche und schwere, die Grundinteressen der Gesellschaft berührende Gefährdung darstellt. Auch wenn anerkannt ist, dass eine Scheinehe grundsätzlich unter eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung subsumiert werden kann, dürfte die Eingriffsschwelle des § 6 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU in der Regel nicht erreicht sein. Im Übrigen wäre der Straftatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (unrichtige oder unvollständige Angaben zur Beschaffung eines Aufenthaltstitels) in Bezug auf den Kläger ohnehin nicht erfüllt. Das deutsche Strafrecht findet keine Anwendung auf unrichtige Angaben eines Ausländers

gegenüber einer deutschen Auslandsvertretung, weil die Tat nicht im Geltungsbereich des Strafgesetzbuches begangen worden ist (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 27. April 1999, NStZ 2000, 39; BayObLG, Beschluss vom 17. Mai 2000, NStZ-RR 2000, 344; ebenso VG Koblenz, Beschluss vom 24. Juli 2007, InfAuslR 2007, 435).

Hinzu kommt schließlich, dass der deutsche Gesetzgeber die Unionsbürgerrichtlinie bei Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes zum 1. Januar 2005, dessen Bestandteil das FreizügG/EU war, allenfalls in Teilen – vorausschauend - umgesetzt hatte. Die Materialien zum Zuwanderungsgesetz lassen nicht erkennen, dass mit § 6 FreizügG ein Missbrauchstatbestand für Scheinehen geschaffen werden sollte (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern, BR-Drs. 22/03, S. 246 ff.). Es ist ferner nicht ersichtlich, dass der deutsche Gesetzgeber nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Unionsbürgerrichtlinie zum 30. April 2006 mit dem Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher und asylrechtlicher Richtlinien der EU vom 19. August 2007, das u.a. auch der Umsetzung der Unionsbürgerrichtlinie diente, den modifizierten § 6 FreizügG/EU auch im Hinblick auf Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie geändert hat (vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union, BT-Drs. 16/5065, S. 35 f., S. 153 und 211).

Die nach alledem aus systematischen und inhaltlichen Gründen gebotene Differenzierung zwischen dem Tatbestand des § 6 FreizügG/EU und dem Missbrauchstatbestand des Art. 35 der Unionsbürgerrichtlinie lässt sich auch der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 2. Juli 2009 - Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38/EG – entnehmen. Sie unterscheidet ausdrücklich zwischen der Umsetzung von Art. 27 ff. und von Art. 35 (Mitteilung, S. 2 sowie S. 10 ff., S. 15 ff.). Für die Trennung beider Tatbestände und der im deutschen Recht fehlenden Umsetzung von Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie spricht ferner, dass der nationale Gesetzgeber – unionsrechtskonforme – Voraussetzungen schaffen muss, bei deren Vorliegen ein Missbrauch bejaht werden kann (vgl. dazu auch Kommission, Mitteilung vom 2. Juli 2009, S. 16 ff.).

Schließlich führt auch der von dem Verwaltungsgericht vorgenommene Vergleich mit dem Missbrauchstatbestand bei der Erteilung von Besuchsvisa, den es unter Hinweis auf eine Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg vom 14. September 2007 (InfAuslR 2008, 22) anstellt, nicht weiter. Selbst wenn man bei der Entscheidung über ein Besuchvisum den Missbrauchsgedanken unter den Begriff der öffentlichen Ordnung im Sinne von Art. 5 e) der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März

2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) bzw. im Sinne von Art. 21 Abs. 1, Abs. 3 d) der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex) subsumieren kann, lässt sich daraus für die hier streitige Problematik wegen der besonderen Regelungen in der Unionsbürgerrichtlinie und der primärrechtlich garantierten Freizügigkeit nichts ableiten. Dass insoweit ausnahmsweise Vorsicht geboten ist, gleichlautende Begrifflichkeiten identisch auszulegen, hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2006 (Rs. C-503/03, Kommission gegen Spanien, juris) hinreichend verdeutlicht. Er betont, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung in Art. 96 des Schengener Durchführungsabkommens gerade nicht Art. 2 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind (vgl. jetzt Art. 27 der Unionsbürgerrichtlinie), entspricht.

Ferner ist Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie nicht wirksam durch Verwaltungsvorschrift im Sinne von Art. 40 der Richtlinie umgesetzt worden. Die Bundesregierung hat zunächst in dem Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Freizügigkeitsgesetz/EU (BR-Drs. 670/09) in der § 6 FreizügG zugeordneten Ziffer 6.0.6. die Ansicht vertreten, dass das Freizügigkeitsrecht nach Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie aus Gründen von Rechtsmissbrauch im Einzelfall nicht entstehe. Dieser Passus ist in der endgültigen Fassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 26. Oktober 2009 (GMBI 2009, S. 1270) aus § 6 gestrichen worden („Ziffer 6.06 bleibt unbelegt“). Stattdessen ist in die „Vorbemerkungen“ unter Ziffer 0.2.2 folgendes aufgenommen worden: „Im Fall von Rechtsmissbrauch (Artikel 35 Freizügigkeitsrichtlinie) kann das Freizügigkeitsrecht verweigert werden.“ Die Bundesregierung geht in ihrer Stellungnahme an die Kommission zum Fragenkatalog zur Umsetzung der Richtlinie 2004/38/EG durch die Bundesrepublik Deutschland vom 4. März 2011 offensichtlich davon aus, dass hier eine Umsetzung durch Verwaltungsvorschrift möglich ist, weil diese für die öffentliche Verwaltung bindend sei, eine einheitliche Auslegung und Rechtsanwendung gewährleiste, der Zustimmung des Bundesrates bedürfe und für jedermann – auch durch das Internet – zugänglich sei. Diese Auffassung, die im Übrigen zeigt, dass auch die Bundesregierung den Rechtsmissbrauch jedenfalls nicht in § 6 FreizügG/EU verortet, trifft nicht zu. Eine Umsetzung von Art. 35 Unionsbürgerrichtlinie durch Verwaltungsvorschrift ist nicht zulässig.

Zwar bleibt die Wahl der Form und der Mittel bei der Umsetzung der Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV den Mitgliedstaaten überlassen, wobei Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Transparenz gewährleistet sein müssen. Der EuGH verlangt jedoch mindestens „einen

allgemeinen rechtlichen Rahmen“, auf den sich die Betroffenen berufen können und der von den nationalen Gerichten überprüft wird. Der umgesetzte Rechtsakt muss über die Verbindlichkeit für die Verwaltung hinaus unmittelbare Wirkung gegenüber Dritten entfalten. Ein Rundschreiben, das keinen zwingenden Charakter hat, genügt nicht (EuGH, Urteil vom 30. Mai 1991, Rs. C-361/88, Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Rn. 20; Urteil vom 2. Dezember 1986, Rs. C-239/85, Kommission gegen Königreich Belgien, Rn. 7; vgl. auch Schulze/ Zuleeg/ Kadelbach, Europarecht, Handbuch, 2. Aufl., § 2 Rn. 52 f. m.w.N.).

Diese Voraussetzungen treffen auf deutsche Verwaltungsvorschriften, die der Bund oder die Länder erlassen haben, gerade nicht zu. Sie unterliegen in der Regel keiner gerichtlichen Kontrolle, binden allein die Verwaltung und können wegen der fehlenden direkten Außenwirkung gegenüber dem betroffenen Ausländer nicht als eine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Umsetzung angesehen werden. Im vorliegenden Verfahren geht es zudem nicht um eine bloße Konkretisierung oder Ermessenslenkung, sondern um eine Nachholung des vom Gesetz- und Verordnungsgeber Versäumten, der die maßgeblichen unionsrechtlichen Vorschriften ansonsten im FreizügigG sowie weiteren Gesetzen und Rechtsverordnungen umgesetzt hat. Vor diesem Hintergrund verstößt es außerdem gegen den Grundsatz der Klarheit, wenn – für den Rechtssuchenden unerwartet – nur eine einzelne Regelung im Gegensatz zu den übrigen umzusetzenden Vorschriften durch Verwaltungsvorschrift umgesetzt wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Satz 1 VwGO in Verbindung mit §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist zuzulassen, weil der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zukommt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Hardenbergstraße 31, 10623 Berlin, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieser Entscheidung schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen auf dem unter www.berlin.de/erv veröffentlichten Kommunikati-

onsweg einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in der bezeichneten elektronischen Form unter www.bverwg.de eingelegt wird. Die Revision muss die angefochtene Entscheidung bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieser Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig, schriftlich oder in elektronischer Form einzureichen. Die Revisionsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Im Revisionsverfahren müssen sich die Beteiligten durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für die Einlegung der Revision. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschulen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. In Angelegenheiten, die ein gegenwärtiges oder früheres Beamten-, Richter-, Wehrpflicht-, Wehrdienst- oder Zivildienstverhältnis betreffen, und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen einschließlich Prüfungsangelegenheiten, sind auch die in § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 5 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Absatz 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen; sie müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein als Bevollmächtigter zugelassener Beteiligter kann sich selbst vertreten. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen; das Beschäftigungsverhältnis kann auch zu einer anderen Behörde, juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem der genannten Zusammenschlüsse bestehen. Richter dürfen nicht vor dem Gericht auftreten, dem sie angehören.