

M18916

anwaltsdatenbank.net

Einsender (ggf. Stempel):

RA Markus Prottung  
Steindamm 91  
20099 Hamburg

bitte senden an:

RA Christoph von Planta  
c/o vpmk Rechtsanwälte  
Monbijouplatz 3a  
10178 Berlin

Datum: 15.08.2011

Fax 01803.551834413  
planta@anwaltsdatenbank.net

### INFORMATIONSAUSTAUSCH

- keine Weiterveröffentlichung (ggf. ankreuzen)  
 Weiterveröffentlichung nur ohne Deckblatt (ggf. ankreuzen)  
 Veröffentlichung bei asyl.net gestattet (ggf. ankreuzen)

- Urteil  Beschluss rechtskräftig:  ja  nein  
 Sachverständigengutachten  Auskunft  Sonstiges:

vom: 17.06.2011

- Gericht: Verwaltungsgericht Hamburg  Behörde:  
 sonstiger Verfasser:

Aktenzeichen: 11 E 1219/11

Normen: AufenthG: § 5 Abs. 1 Nr. 2; § 5 Abs. 2; § 55 Abs. 2 Nr. 2; § 28 Abs. 1 i.V.  
m. § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; ARB 1/80: Art. 13; VwGO § 80 Abs. 5

Länder- und Volksgruppen (soweit von Bedeutung):

Schlagworte:

Nachweis (bereits vor der Einreise erworbener) einfacher Sprachkenntnisse nicht erforderlich; unerlaubter Aufenthalt mglw. kein Ausweisungsgrund oder kein Regelversagungsgrund, wenn strafrechtlich mit nicht mehr als 30 Tgs sanktioniert

Anmerkungen der Einsenderin/ des Einsenders:

Türk.Staatsang., Einreise mit Schengenvisum, unerlaubter Aufenthalt, Eheschließung deutscher Staatsang., erst im Bundesgebiet erworbene einfache Sprachkenntnisse; Antrag auf Aufenthaltserlaubnis abgelehnt wg. der Einreise ohne das erforderliche Visum; keine Heilung über § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG wegen fehlenden Anspruchs aufgrund verspäteten Sprachkenntniserwerbs und der Bewertung des unerlaubten Aufenthalts als Ausweisungsgrund: Das VG hat nach § 80 Abs. 5 VwGO die aufschiebende Wirkung wegen offenen Verfahrensausgangs angeordnet. Der Beschluß enthält brauchbare Erwägungen zum Zeitpunkt des Sprachkenntniserwerbs und zur Bewertung des unerl. Aufenthalts. Das OVG wies die Beschwerde der Antragsgegnerin zurück (B.v. 9.08.2011, 4 Bs 100/11, Anwaltsdatenbank).



## Verwaltungsgericht Hamburg Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter:  
Rechtsanwalt Markus Prottung,  
Steindamm 91,  
20099 Hamburg,  
Az: 10-044,

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,  
vertreten durch die Behörde für Inneres und Sport  
Einwohner-Zentralamt,  
-Rechtsabteilung-,  
Amsinckstraße 34,  
20097 Hamburg,  
Az: E 231/11010600352,

- Antragsgegnerin -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 11, am 17. Juni 2011 durch

die Richterin am Verwaltungsgericht Kopp als Berichterstatterin gemäß  
§ 87a Abs. 2, 3 VwGO

**beschlossen:**

1. Die aufschiebende Wirkung der Klage 11 K 1249/11 gegen die Verfügung vom 10.5.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 31.5.2011 wird angeordnet.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.
3. Der Streitwert wird auf 2.500,- € festgesetzt.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses schriftlich beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen Abschriften für die Beteiligten beigelegt werden.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

**Gründe:**

I.

Der Antragsteller begehrt einstweiligen Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis und die im Zusammenhang hiermit ergangene Abschiebungsandrohung.

Der Antragsteller ist türkischer Staatsangehöriger. Er reiste mit einem Schengen-Visum, gültig bis 15.3.2010, nach eigenen Angaben am 23.2.2010 bzw. im März 2010 in das Bundesgebiet an.

Am 6.1.2011 stellte der Antragsteller bei der Antragsgegnerin einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG. Zweck seines Aufenthalts im Bundesgebiet sei die Eheschließung. Seit August 2010 lebe er mit einer deutschen Staatsangehörigen zusammen und wolle diese heiraten. Am 27.1.2011 wurde der Antragsteller bei der Antragsgegnerin angehört. Er gab an, nach Ablauf seines Schengen-Visums nicht wieder ausgereist zu sein, da er Freunde hier habe, die dies nicht gewollt hätten. Er habe Deutschland ansehen wollen, wo auch seine Freunde seien, deshalb sei er hierher gekommen.

Am 2011 schloss der Antragsteller in Hamburg die Ehe mit der deutschen Staatsangehörigen Frau . Am selben Tag erhielt er eine Duldung, die zunächst bis zum 27.4.2011 gültig war und anschließend am 26.4.2011 bis zum 17.6.2011 verlängert wurde. Am 31.3.2011 teilte der Antragsteller der Antragsgegnerin mit, dass er die erforderlichen Sprachkenntnisse inzwischen erworben habe. Hierzu reichte er eine Bescheinigung von „why not? Das Internationale Diakoniecäfé“ vom 25.3.2011 ein, in der ihm bestätigt wird, dass er dort am 7.3.2010 einen Sprachstandstest gemäß den Richtlinien des Goethe-Instituts abgelegt habe (schriftliches Ergebnis: Niveau A.1.1, mündliches Ergebnis: Niveau A1.1).

Mit Bescheid vom 10.5.2011 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom 6.1.2011 ab, widerrief die dem Antragsteller am 26.4.2011 erteilte Duldung gemäß § 60a Abs. 5 Satz 2 AufenthG, drohte ihm die Abschiebung in die Türkei an und setzte ihm eine Frist zur Ausreise bis zum 17.6.2011. Zur Begründung führ-

te die Antragsgegnerin aus, soweit § 28 Abs. 1 Satz 5 AufenthG den Nachweis einfacher Deutschkenntnisse voraussetze, seien diese nach dem Willen des Gesetzgebers bereits vor der Einreise im Visumverfahren zu erbringen, um den Ausländer schon vor seiner Einreise dazu zu bewegen, Sprachkenntnisse zu erwerben und dadurch seine Integration im Bundesgebiet zu erleichtern. Diese Anforderung ergebe sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut der Norm, sei aber den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz (30.0.10 AVwV AufenthG) und der Gesetzesbegründung zu entnehmen. Da der Antragsteller keinen im Ausland erworbenen Sprachnachweis der Stufe A1 vorgelegt habe, sei die zwingende Voraussetzung des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht erfüllt. Zudem dürfe der Antragsteller, der sich nach Ablauf des Touristenvisums illegal im Bundesgebiet aufgehalten habe, keinesfalls besser behandelt werden als legal eingereiste Antragsteller. Anderenfalls wären andere Ausländer nicht mehr dazu zu bewegen, ein Visumverfahren zu betreiben. Aufgrund der zeitlichen Nähe von Meldung des Antragstellers bei der Ausländerbehörde, Beantragung der Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug und anschließender Eheschließung sei auch offenkundig, dass die Einreise nur zum Zweck des dauerhaften Aufenthalts im Bundesgebiet und der Legalisierung der vor der Einreise geplanten Ehe erfolgt sei. Aus diesem Grund sei die Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug zu versagen. Es sei dem Antragsteller auch zumutbar und mit Art. 6 GG vereinbar, das Visumverfahren zum Ehegattennachzug zu betreiben. Er könne auch nicht gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 AufenthV nachträglich einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, da er zum Zeitpunkt der Einreise keine einfachen Deutschkenntnisse nachgewiesen habe. Gemäß § 5 Abs. 2 AufenthG könne von der Einreise mit dem erforderlichen Visum nur abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt seien. Auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG komme nicht in Betracht. Die vorübergehende Trennung von der hier lebenden Ehefrau für die Dauer des Visumsverfahrens sei zumutbar.

Am 12.5.2011 stellte die Staatsanwaltschaft Hamburg beim Amtsgericht Hamburg-Altona einen Antrag im beschleunigten Verfahren gemäß §§ 417 ff. StPO (2201 Js 283/11) und beschuldigte den Antragsteller, sich in der Zeit vom 16.3.2010 bis 6.1.2011 illegal in Hamburg aufgehalten zu haben (§ 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG).

Am 14.5.2011 erhob der Antragsteller gegen die Verfügung vom 10.5.2011 Widerspruch, den er anschließend näher begründete.

Mit Widerspruchsbescheid vom 10.6.2009 wies die Antragsgegnerin den Widerspruch des Antragstellers zurück und verwies hierzu zunächst auf die Ausführungen der angefochtenen Entscheidung. Zur weiteren Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dem Visumverfahren komme eine wesentliche Steuerungsfunktion zu, wenn in seinem Rahmen, wie beim Ehegattennachzug, die tatbestandlichen Voraussetzungen der Aufenthaltserlaubnis überprüft werden sollten. Insbesondere gelte dies für den Nachweis einfacher deutscher Sprachkenntnisse beim Ehegattennachzug nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 5 AufenthG, der nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers vor der Einreise zu erbringen sei. Zum Zeitpunkt der Einreise und der Eheschließung des Antragstellers hätten diese Voraussetzungen noch nicht vorgelegen. Die Bescheinigung des Internationalen Diakoniecafés vom 25.3.2011, nach welcher der Antragsteller dort weniger als einen Monat nach seiner Einreise einen Sprachtest nach den Richtlinien des Goethe-Instituts abgelegt habe, könne zudem nicht anerkannt werden. Die Ausländerbehörden dürften nur Sprachnachweise von autorisierten Instituten anerkennen, die auf standardisierten Sprachprüfungen beruhten (Nr. 30.1.2.3.4.2 AVwV AufenthG). Das Internationale Diakoniecafé sei keine solche autorisierte Einrichtung. Die Nachholung des Visumsverfahrens sei dem Antragsteller im Hinblick darauf, dass er offensichtlich bewusst die Einreisevorschriften habe umgehen und durch die Hochzeit Tatsachen habe schaffen wollen, sowie unter Berücksichtigung der kurzen Ehedauer und seines kurzen Aufenthalts im Bundesgebiet zumutbar. Außerdem hätten der Antragsteller und seine Ehefrau die Ehe in Kenntnis eines nicht gesicherten Aufenthalts geschlossen. Mit Art. 6 GG sei es grundsätzlich vereinbar, den Ausländer auf das Visumsverfahren zu verweisen. Die Möglichkeit, im Einzelfall gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG hiervon abzusehen, genüge dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Da beim Ehegattennachzug der Nachweis einfacher Deutschkenntnisse vor der Einreise zu erbringen sei, sollten nach der Weisung Nr. 1/2010 der Behörde für Inneres vom 19.10.2010 die Ausnahmemöglichkeiten nach §§ 39 Nr. 3 AufenthV und § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG keine Anwendung finden (VI Nr. 2 Weisung 1/2010).

Am 1.6.2011 hat der Antragsteller das Verwaltungsgericht um Eilrechtsschutz ersucht und am 6.6.2011, nach Zustellung des Widerspruchsbescheides, Klage erhoben (11 K 1249/11).

Er macht im vorliegenden Eilverfahren geltend, entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin setze § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht den Erwerb deutscher Sprachkennt-

nisse bereits im Ausland voraus. Dem Wortlaut dieser Vorschrift seien Angaben über den Zeitpunkt des Erwerbs der Sprachkenntnisse nicht zu entnehmen. Auch unter systematischen, teleologischen und historischen Erwägungen sei die von der Antragsgegnerin zugrunde gelegte restriktive Auslegung der Vorschrift nicht gerechtfertigt. Die Versagung der Aufenthaltserlaubnis stehe auch im Widerspruch zur bisherigen Verwaltungspraxis (Art. 3 Abs. 1, 3 GG), da die Antragsgegnerin in vergleichbaren Fällen Aufenthaltserlaubnisse erteilt habe, auch wenn Sprachkenntnisse erst nach der Einreise erworben worden seien. Die Forderung des Spracherwerbs vor Einreise sei auch mit Assoziationsrecht sowie den Anforderungen der Richtlinie 2003/86/EG (Familiennachzugsrichtlinie) unvereinbar. Die angefochtene Verfügung sei auch nicht deswegen rechtmäßig, weil nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.11.2010 (1 C 17/09) ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wegen seines vorübergehend unerlaubten Aufenthalts zu verneinen wäre. Zwar sei nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts der erforderliche strikte Rechtsanspruch im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG dann nicht mehr gegeben, wenn es wegen eines Ausweisungsgrundes an der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG fehle. Jedoch führe diese Auslegung unter Berücksichtigung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs vom 9.12.2010 (C-300/09 und C-301/09 –Toprak) zu einer mit Art. 13 ARB 1/80 unvereinbaren „neuen Beschränkung“, da auf die jeweils günstigste Rechtslage abzustellen sei. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung sei auch der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft, was aus der für ihn günstigeren und daher anzuwendenden alten Regelung in § 21 Abs. 3 AuslG 1965 folge.

Die Antragsgegnerin tritt dem Vorbringen des Antragstellers entgegen.

Die Beteiligten haben sich mit Schriftsätzen vom 3.6. bzw. 5.6.2011 mit einer Entscheidung durch die Berichterstatterin einverstanden erklärt.

II.

Die Entscheidung ergeht durch die Berichterstatterin anstelle der Kammer, weil sich die Beteiligten hiermit einverstanden erklärt haben (§ 87a Abs. 2 und 3 VwGO).

Der zulässige Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO (vgl. zur Abgrenzung zu § 123 Abs. 1 VwGO: OVG Hamburg, Beschluss vom 13.2.2007, 4 Bs 313/06; offen gelassen: OVG Hamburg, Beschluss vom 1.9.2009, 2 So 120/09; a. A. VGH Mannheim, Beschluss vom 8.7.2008, 11 S 1041/08, juris; OVG Münster, Beschluss vom 5.12.2007, 17 B 1315/07, juris), den das Gericht bei sachdienlicher Auslegung dahin gehend versteht, dass der Antragsteller die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage (11 K 1249/11) gegen die in den Bescheiden vom 10.5. und 31.5.2011 enthaltene Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis (hierzu 1.) und die Abschiebungsandrohung (hierzu 2.) begehrt, hat auch in der Sache Erfolg.

1. Bei der Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Beendigung des Aufenthaltes des Antragstellers im Bundesgebiet mit seinem Interesse, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsschutzverfahrens hiervon verschont zu bleiben, überwiegt das Interesse des Antragstellers. Die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur mögliche summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt, dass der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen ist. Die Versagung der begehrten Aufenthaltserlaubnis durch die Antragsgegnerin ist nicht offensichtlich rechtmäßig. In diesem Fall überwiegt das private Interesse des Antragstellers, einstweilen von einer Durchsetzung der Verfügung verschont zu bleiben das öffentliche Interesse an einer sofortigen Durchsetzung der Ausreiseverpflichtung. Da die sofortige Vollziehung einer ausländerrechtlichen Verfügung vollendete Tatsachen schafft, muss das öffentliche Interesse regelmäßig bis zur Entscheidung in der Hauptsache hinter den Belangen des betroffenen Ausländers zurückstehen. Gründe, warum hier ausnahmsweise etwas anderes gelten sollte, sind nicht ersichtlich, zumal vorliegend auch der gebotene Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK bei der Abwägung Berücksichtigung finden muss.

a) Die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu einem Deutschen dürften nach summarischer Prüfung erfüllt sein. Seit dem 28.1.2011 ist der Antragsteller mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet und wohnt mit ihr unter der im Rubrum angegebenen Adresse. Anhaltspunkte für das Fehlen einer ehelichen Lebensgemeinschaft sind nicht ersichtlich. Nach summarischer Prüfung dürfte im vorliegenden Eilverfahren auch davon auszugehen sein, dass der Antragsteller sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann, wie es § 28 Abs. 1 Satz 5 AufenthG durch den Verweis auf

§ 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 AufenthG auch für den Zuzug zu einem deutschen Ehegatten erfordert. Insoweit hat der Antragsteller eine Bescheinigung des Internationalen Diakoniecafés vom 25.3.2011 eingereicht, nach welcher er am 7.3.2010 einen Sprachstandstest gemäß den Richtlinien des Goethe-Instituts abgelegt hat (schriftliches Ergebnis: Niveau A.1.1, mündliches Ergebnis: Niveau A1.1). Diese Bescheinigung hat die Antragsgegnerin auch offenbar zunächst selbst als Nachweis der geforderten Sprachkenntnisse der Stufe A 1 erachtet (vgl. Vermerk vom 9.5.2011, Bl. 55 der Ausländerakte). Ihrer Auffassung im Widerspruchsbescheid vom 31.5.2011, es könne nur ein Sprachnachweis durch ein autorisiertes Institut im Sinne von der anerkannt werden (vgl. Nr. 30.1.2.3.4.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift des Bundesministeriums des Innern zum AufenthG vom 26.10.2009 – AVwV AufenthG), kann im vorliegenden Eilverfahren nach summarischer Prüfung nicht gefolgt werden. Die Anforderung des Nachweises der Sprachkenntnisse durch ein autorisiertes Institut lässt sich dem Gesetzeswortlaut des § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht entnehmen. Die Norm setzt in ihrem Tatbestand insoweit voraus, dass der Ehegatte sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann, also zunächst nur, dass tatsächlich entsprechende Sprachkenntnisse vorliegen. In diesem Sinne wird auch in Nr. 30.1.2.3.4.4 AVwV AufenthG kein Sprachnachweis verlangt, wenn bei der persönlichen Vorsprache des Ehegatten offenkundig ist, dass die erforderlichen einfachen Sprachkenntnisse vorliegen. Die von § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG geforderte Fähigkeit der Verständigung auf einfache Art in deutscher Sprache setzt dabei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts voraus, dass der Ehegatte über mündliche und schriftliche Grundkenntnisse der deutschen Sprache auf der Stufe A 1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens des Europarats für Sprachen (GER) verfügt (BVerwG, Urteil vom 30.3.2010, 1 C 8/09, juris). Entsprechende Sprachkenntnisse dieses untersten Sprachniveaus dürften dem Antragsteller vom Internationalen Diakoniecafé bescheinigt worden sein. Das Internationale Diakoniecafé ist eine Einrichtung, die mit der Diakonie und dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zusammenarbeitet, und unter anderem Sprachkurse und -prüfungen anbietet (s. <http://www.why-not.org>). Ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass entgegen der Bescheinigung dieser Einrichtung vom 25.3.2011 der Antragsteller keine ausreichenden Sprachkenntnisse der Stufe A 1 besitzt, liegen nicht vor. Anderenfalls wird im Hauptsacheverfahren weiter aufzuklären sein, inwieweit der Antragsteller tatsächlich das für einen Nachzug erforderliche Sprachniveau erfüllt.

b) Es spricht auch einiges dafür, dass der Antragsteller die regelhaft geforderten allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG erfüllt. Die – bisher von den Beteiligten nicht aufgeworfene – Voraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG wird gegebenenfalls im Hauptsacheverfahren weiter zu prüfen sein (vgl. hierzu auch § 28 Abs. 1 Satz 3 AufenthG). Es ergibt sich aus den bislang bekannten Umständen nach summarischer Prüfung auch nicht, dass aufgrund eines unerlaubten Aufenthalts des Antragstellers im Bundesgebiet (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) in Abweichung von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zu Lasten des Antragstellers ein Ausweisungsgrund offensichtlich vorliegt. In Betracht käme insoweit, dass der Antragsteller durch den illegalen Aufenthalt einen nicht nur geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften im Sinne von § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG begangen hat. Ob der Verstoß vorliegend „nicht nur geringfügig“ ist, lässt sich nach summarischer Prüfung nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen. Zwar kann eine vorsätzlich begangene Straftat grundsätzlich nicht als geringfügig angesehen werden (vgl. BVerwG, Urteil vom. 24.9.1996, 1 C 9/94, BVerwGE 102, 63). Allerdings kann es auch bei vorsätzlich begangenen Straftaten unter engen Voraussetzungen Ausnahmefälle geben, in denen auch ein vorsätzlich begangener Rechtsverstoß als geringfügig zu bewerten ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.11.2004, 1 C 23/03, InfAuslR 2005, 213). Eine Ausnahme kommt dabei auch im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung in Betracht, wenn besondere Umstände des Einzelfalls zu der Bewertung führen, dass es sich um einen geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften handelt, etwa wenn es sich offenbar um eine erstmalige strafrechtliche Verfehlung handelt, das Strafmaß gering ist und Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr nicht erkennbar sind (vgl. BVerwG, Ur. v. 18.11.2004, a. a. O.) bzw. wenn die Straftat lediglich zu einer Verurteilung bis zu 30 Tagessätzen geführt hat (vgl. Nr. 55.2.2.3.1 AVwV AufenthG; BayVGh, Beschluss vom 22.3.2006, 24 ZB 06/165, juris). Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller, soweit ersichtlich, keine anderen strafrechtlichen Verfehlungen begangen. Es bestehen keine Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr. Eine strafrechtliche Verurteilung existiert nach dem bisherigen Erkenntnisstand (noch) nicht. Ob der Antragsteller wegen illegalen Aufenthalts zu einer beachtlichen Geldstrafe verurteilt werden wird, ist fraglich. Auch dies wird gegebenenfalls im Rahmen des Hauptsacheverfahrens weiter zu prüfen sein. Daneben sprechen nach summarischer Prüfung keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller gegenüber griechischen Behörden im Visumverfahren falsche Angaben gemacht und damit einen Ausweisungsgrund im Sinne von § 55 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 a) AufenthG erfüllt hat. Zwar geht die Antragsgegnerin im Bescheid vom 10.5.2011

davon aus, es sei „offenkundig, dass die Einreise einzig zu dem Zweck erfolgte, dauerhaft den Aufenthalt im Bundesgebiet zu nehmen und die bereits vor Einreise beabsichtigte und geplante Ehe legalisieren zu lassen“ und führt im Widerspruchsbescheid vom 31.5.2011 aus, dass der Antragsteller „offensichtlich bewusst die Einreisevorschriften umgehen und durch die Hochzeit entsprechende Tatsachen schaffen wollte“. Ob diese Annahme zutrifft, wird gegebenenfalls weiter aufzuklären sein. Der Antragsteller selbst trägt vor, er habe das Land ansehen und Freunde treffen wollen und sich dann in seine jetzige Ehefrau verliebt. Es bestehen gegenwärtig keine tatsächlichen Erkenntnisse, die diese Angaben des Antragstellers widerlegen.

c) Die Antragsgegnerin geht hingegen wohl zutreffend davon aus, dass der Antragsteller nicht die weiteren allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erfüllt. Hiernach setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist (Nr. 1) und er die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat (Nr. 2). Etwas anderes gilt nur, wenn der Ausländer nach den §§ 39 ff. AufenthV berechtigt ist, die Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise einzuholen, oder ein Absehen von dieser Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG in Betracht kommt. Nach summarischer Prüfung hat die Antragsgegnerin insoweit das ihr zustehende Ermessen nicht fehlerfrei ausgeübt.

aa) Der Antragsteller ist mit einem Schengen-Visum für Touristen (§§ 4 Abs. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG) und damit nicht unerlaubt im Sinne von § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in das Bundesgebiet eingereist. Für seinen nunmehr beabsichtigten längerfristigen Aufenthalt ist aber gemäß § 6 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ein nationales Visum für das Bundesgebiet erforderlich, das vor der Einreise erteilt wird und der Zustimmung der zuständigen Ausländerbehörde bedarf (§ 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthV). Ein derartiges Visum hatte der Antragsteller vor seiner Einreise nicht eingeholt. Welches Visum im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG als „erforderlich“ anzusehen ist, bestimmt sich nach dem Aufenthaltswitzweck, der mit der im Bundesgebiet beantragten Aufenthaltserlaubnis verfolgt wird. Für diese Auslegung spricht neben der systematischen Stellung der Regelung bei den allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltstiteln auch ihr Sinn und Zweck. Sie dient anders als § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht der Verhinderung oder Sanktion einer unerlaubten Einreise, sondern sie soll die Einhaltung des Visumverfahrens als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung ge-

währleisten. Diesem Zweck wird eine weite, auch nachträgliche Änderungen des Aufenthaltszwecks erfassende Auslegung am ehesten gerecht. Nur bei einem solchen Verständnis erlangen die in § 39 Nr. 2, 3 und 6 AufenthV vorgesehenen Ausnahmen eine eigenständige Bedeutung. In den dort geregelten Fällen einer nachträglichen Änderung des Aufenthaltszwecks würde andernfalls schon nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG die Beantragung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet zulässig sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 16.11.2010, 1 C 17/09, juris, Rn. 19; Urteil vom 11.1.2011, 1 C 23/09, juris, Rn. 20).

bb) Die Antragsgegnerin dürfte aber in den angefochtenen Bescheiden vom 10.5. und 31.5.2011 von dem ihr durch § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG eingeräumten Ermessen, von der Einhaltung des Visumverfahrens abzusehen, nicht fehlerfrei Gebrauch gemacht haben. Die Antragsgegnerin geht fehlerfehlerhaft davon aus, dass der Nachweis einfacher deutscher Sprachkenntnisse nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG zwingend vor der Einreise zu erbringen sei. Es ist jedoch kein Gesichtspunkt erkennbar, der es im Hinblick auf den Sprachnachweis rechtfertigen könnte, ausgerechnet bei dem unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG stehenden Ehegattennachzug von dem Grundsatz abzuweichen, dass es für die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen auf den Zeitpunkt der Erteilung ankommt (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 27.9.2010, 2 Bs 183/10, juris, Rn. 6; OVG Bremen, Beschluss vom 26.4.2010, 1 B 50/10, juris). Die Antragsgegnerin sieht sich dagegen bei der Ausübung ihres Ermessens zunächst durch Nr. 30.0.10 AVwV AufenthG gebunden. Danach hat der „Gesetzgeber ... bei Einführung des Sprachnachweiserfordernisses klargestellt, dass der Sprachnachweis noch vor der Einreise zu erbringen ist (vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 173 f.). Die verspätete Erbringung im Inland kann daher nicht die Verwirklichung eines Ausnahmetatbestandes auslösen, der von der bezweckten Integrationsvorleistung entbindet. Sonst würde die mit der Regelung des § 30 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 verfolgte Absicht des Gesetzgebers vollkommen unterwandert. Aus demselben Grund ist in dieser Konstellation auch eine Ausnahme nach § 5 Absatz 2 Satz 2 nicht möglich (vgl. Nummer 5.2.2.1).“ Eine Ermessensausübung, die sich durch diese Verwaltungsvorschrift gebunden sieht, dürfte fehlerhaft sein. Denn hat der Gesetzgeber die Voraussetzung einfacher Sprachkenntnisse für den Ehegattennachzug in § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG besonders geregelt, ohne die Fälle, in denen diesem Erfordernis nicht Rechnung getragen worden ist, von dem Anwendungsbereich des Absehensermessens in § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG auszunehmen, hat er damit zugleich entschieden, dass eine Ermessensausübung, die zu einer für den Ausländer positiven Entscheidung führen kann,

auch möglich sein soll, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt war. Eine Verwaltungsvorschrift, die gleichwohl eine Ermessensausübung zugunsten der Betroffenen generell ausschließt, ist daher gesetzeswidrig (OVG Bremen, Beschluss vom 26.4.2010, 1 B 50/10, juris). Weiterhin dürfte die Antragsgegnerin bei der Ausübung ihres Ermessens die Fachanweisung der Behörde für Inneres Nr. 1/2010 vom 19.8.2010 verkannt haben. Nach dieser das Ermessen der Antragsgegnerin bindenden Richtlinie ist grundsätzlich „von der Ausnahmemöglichkeit des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG Gebrauch zu machen, wenn die Voraussetzungen eines Rechtsanspruchs nach dem sechsten Abschnitt des AufenthG - Aufenthalte aus familiären Gründen - vorliegen und diesem Rechtsanspruch nicht das Vorliegen eines beachtlichen Ausweisungsgrundes entgegensteht“ (Teil A.VI.1; S. 18, 3. Absatz). Hiernach hätte die Antragsgegnerin im Falle des Antragstellers von der Einhaltung des Visumverfahrens absehen müssen, da seinem Anspruch nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Wahrung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft - nach dem derzeitigen Kenntnisstand - kein Ausweisungsgrund entgegensteht. Die in der Fachanweisung Nr. 1/2010 hierzu festgehaltene Ausnahme, auf die sich die Antragsgegnerin im Widerspruchsbescheid vom 31.5.2011 stützt, dass beim Ehegattennachzug von der Ausnahmemöglichkeit des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nur dann Gebrauch zu machen sei, wenn die Durchführung des Visumverfahrens auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar sei (Teil A.VI.2; S. 19, 2. Absatz), dürfte im Falle des Antragstellers nicht anzuwenden sein. Diese Ausnahme beruht bereits auf der fehlerhaften Erwägung, dass der Nachweis einfacher deutscher Sprachkenntnisse nach § 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG zwingend vor der Einreise zu erbringen sei. Schließlich lässt sich die Antragsgegnerin bei der Ausübung ihres Ermessens auch von der nachzeitigem Kenntnisstand fehlerhaften Erwägung leiten, dass der Antragsteller bei Einreise bereits seine Eheschließung geplant habe (s. II.1.b.), und zieht diese Erwägung als einen Abwägungsgesichtspunkt dafür heran, dass sie die Nachholung des Visumsverfahrens als zumutbar erachtet (vgl. Widerspruchsbescheid vom 31.5.2011, S. 2, 4. Absatz).

2. Bei der nach § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i.V.m. § 75 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVG von Gesetzes wegen sofort vollziehbaren Abschiebungsandrohung ist aufgrund der nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Interessenabwägung aus den zu 1. genannten Gründen ebenfalls dem Verschonungsinteresse des Antragstellers Vorrang einzuräumen vor dem öffentlichen Interesse an der umgehenden Durchsetzung der Ausreisepflicht. Bei dem offenen

Ausgang des Hauptsacheverfahrens ist fraglich, ob die Ausreisepflicht weiterhin Bestand haben wird. In dieser offenen Situation erscheint es nicht verhältnismäßig, den Antragsteller jetzt abzuschieben und damit die eheliche Lebensgemeinschaft mit seiner deutschen Ehefrau aufzuheben, obwohl er am Ende womöglich eine Aufenthaltserlaubnis erhalten kann.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG.

Kopp

