

1. Ein deutscher Staatsangehöriger vermittelt durch die Eheschließung einem Drittstaatsangehörigen Freizügigkeit im Sinne des § 2 FreizügG/EU nur, wenn der Deutsche zu einem der nach § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU maßgeblichen Zeitpunkte selbst seinen latenten Status als Unionsbürger aktualisiert hat.

Deshalb gelangt der Drittstaatsangehörige nicht in den Genuss der Freizügigkeit, wenn die Eheschließung vor diesem Zeitpunkt erfolgt ist und er den deutschen Ehegatten während dessen Aufenthaltes in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union weder begleitet noch zu diesem nachgezogen ist.

2. Es kann offen bleiben, ob eine vor dem Erwerb der Freizügigkeit des drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eingetretene Sperre nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG auch dann noch fortwirkt oder auf welchem konstruktiven Wege sie entfallen könnte.

(Amtliche Leitsätze)

24 L 1168/12

Verwaltungsgericht Düsseldorf

Beschluss vom 14.08.2012

Tenor:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens, für das Gerichtskosten nicht erhoben werden, trägt der Antragsteller.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 2.500,- € festgesetzt.

Gründe:

I.

Der Antragsteller ist ein 1974 geborener albanischer Staatsangehöriger.

Wegen seiner erheblichen Straffälligkeit (16 Eintragungen im BZR; davon zuletzt eine Freiheitsstrafe von 6 Jahren und 9 Monaten wegen schweren Bandendiebstahls) wies ihn die Antragsgegnerin mit nach ausdrücklicher Rücknahme der dagegen zunächst fristwährend angestregten Klage im Dezember 2004 bestandkräftiger Ordnungsverfügung vom 15. Juli 2004 aus dem Bundesgebiet aus und schob ihn (nach zwei Fehlersuchen aus dem Juli und August 2007) am 9. August 2007 aus der Haft heraus nach Albanien ab.

Im August 2008 ehelichte der Antragsteller in Albanien eine deutsche Staatsangehörige, blieb selbst aber nach Lage der Akten in Albanien.

Seine Frau hielt sich vom 31. August 2009 bis zum 29. März 2011 in den Niederlanden auf und ist seit Dezember 2011 für E gemeldet.

Im September 2010 beantragte der Antragsteller über seinen vormaligen Verfahrensbevollmächtigten, die Einreisesperre mit Blick auf die Ehe auf Ende September 2010 zu befristen. Eine Bescheidung machte die Antragsgegnerin unter anderem von der Begleichung der Abschiebungskosten in Höhe von über 3700 € abhängig und stellte sie mangels Reaktion des Antragstellers schließlich im Februar 2011 ausdrücklich zurück.

Der Antragsteller reiste ungeachtet der Sperrwirkung von Ausweisung und Abschiebung Ende Januar 2012 ins Bundesgebiet ein, wurde Anfang Februar 2012 vorläufig festgenommen, vom Amtsgericht Nürnberg im Mai 2012 rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten wegen unerlaubter Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt nach Ausweisung und Abschiebung verurteilt. Der Antragsteller war auf der Autobahn A 3 in südlicher Fahrtrichtung hinter Nürnberg aufgegriffen worden, als er einen mit deutschem Ausfuhrkennzeichen aus S versehenen Kleinbus nach Albanien überführen zu wollen angab. Bei der polizeilichen Vernehmung räumte er ein, von der Einreisesperre zu wissen, er sei jedoch nur zum Autokauf gekommen.

Er verbüßt diese sowie den Rest der zuvor verhängten Freiheitsstrafe derzeit in der Justizvollzugsanstalt im Bezirk der Antragsgegnerin; das Strafende ist für Mitte 2016 notiert; eine Erklärung der Staatsanwaltschaft, von der weiteren Vollstreckung abzusehen, liegt nicht vor.

Mit den Antragstellers gegen Empfangsbekanntnis am 18. April 2012 zugestellter Ordnungsverfügung vom 11. April 2012 ordnete die Antragsgegnerin die Abschiebung des Antragstellers nach Albanien aus der Haft heraus an und setzte ihm für den Fall vorzeitiger Entlassung aus der Haft eine Frist zur freiwilligen Ausreise von 2 Wochen ab Entlassung.

Diese Ordnungsverfügung ließ der Antragsteller bestandskräftig werden.

Unter dem 5. Juli 2012 beantragte der Antragsteller die Aufhebung der Ordnungsverfügung vom 11. April, was die Antragsgegnerin jedoch abgelehnt habe. Ferner beantragte der Antragsteller, die Sperre aus der Ordnungsverfügung vom Juli 2004 auf sofort zu befristen.

Der Antragsteller hat am 12. Juli 2012 um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Er macht geltend, zwar sei er entgegen der alten Ordnungsverfügung von 2004 nach der Heirat ins Bundesgebiet ein-

gereist, um mit seiner Frau zu leben und sei deswegen wegen angeblich illegalen Aufenthaltes zu der neuen Freiheitsstrafe verurteilt und daraufhin auch Adressat der Abschiebungsregelung aus dem April 2012 geworden; diese Maßnahme sei jedoch rechtswidrig, weil sie sich auf das AufenthG stütze, das auf ihn angesichts seiner durch die Eheschließung erworbenen Freizügigkeit keine Anwendung finde. Das Aufenthaltsrecht als Familienangehöriger einer Unionsbürgerin könne ihm nur im Wege der Verlustfeststellung nach Maßgabe des FreizügG/EU entzogen werden, die freilich nicht erfolgt sei und auf die jüngste Freiheitsstrafe auch nicht gestützt werden könnte. Dass die deutsche Ehefrau inzwischen wieder im Bundesgebiet lebe, könne frühestens zwei Jahre nach deren Rückkehr aus dem Mitgliedstaat zu einem Untergang der dem Antragsteller vermittelten Freizügigkeit führen.

Er beantragt sinngemäß,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen den Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über dessen Antrag vom 5. Juli 2012 auf Aufhebung der Ordnungsverfügung vom 11. April 2012 zu unterlassen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hält den Antrag angesichts der absehbaren Fortdauer der Strafhaft für unzulässig und zudem unbegründet. Die Annahme, der Antragsteller könne durch die Eheschließung mit einer Deutschen Freizügigkeit als Familienangehöriger erlangt haben, sei unzutreffend.

Dies folge schon aus der Fortwirkung der allein durch eine Befristung beseitigbaren Sperrwirkung der schon vor Inkrafttreten des AufenthG bestandskräftig gewordenen "Alt-Ausweisung", die sich sogar ein Unionsbürger entgegenhalten lassen müsste. Diese Ansicht decke sich mit der obergerichtlichen Rechtsprechung, etwa des Oberverwaltungsgerichtes Hamburg in seinem Beschluss vom 19. März 2012 – 3 Bs 234/11 -. Ausweislich seines Befristungsantrages vom 5. Juli 2012 sei sich auch der Antragsteller dieser Rechtslage bewusst. Wenn das Oberverwaltungsgericht Bremen in seinem Beschluss vom 21. Januar 2011 – 1 B 242/10 – eine andere Auffassung vertrete, sei zu bedenken, dass dort mangels einer "Alt-Ausweisung" ein anderer Sachverhalt zugrundegelegt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den der dazu beigezogenen Verwaltungsvorgänge.

II.

Es mag auf sich beruhen, ob es angesichts dessen, dass der Antragsteller nicht etwa nur die jüngst verhängte Freiheitsstrafe von 6 Monaten verbüßt, sondern auch den Rest der vor der Ausweisung gegen ihn verhängten Strafe von mehr als 6 Jahren, zeitnah also schwerlich mit einer tatsächlichen Beendigung seines Aufenthaltes zu rechnen ist, nicht schon der Anordnungsgrund fehlt.

Denn jedenfalls fehlt es dem Antragsteller am Anordnungsanspruch.

Auf die beantragte Aufhebung der bestandskräftigen Abschiebungsanordnung vom 11. April 2012 könnte der Antragsteller allenfalls dann einen Anspruch haben, wenn diese Maßnahme rechtswidrig gewesen sein sollte.

Als Ansatzpunkt dafür könnte hier allenfalls in Betracht kommen, dass die Antragsgegnerin zu Unrecht auf Normen des AufenthG rekurriert hat, obwohl dieser Zugriff durch den Vorrang des spezielleren FreizügG/EU gesperrt sein könnte (vgl. dazu, dass vor ausdrücklicher Feststellung des Nichtbestehens oder des Verlustes der Freizügigkeit § 11 Abs. 1 Satz 1 bis 4 FreizügG/EU den Rückgriff auf §§ 58, 59 AufenthG als Rechtsgrundlagen einer Abschiebungsregelung verbieten (Oberverwaltungsgericht Bremen, Beschluss vom 21. Januar 2011 – 1 B 242/10 – juris Rdnr. 3 und 6).

Dem ist jedoch nicht so. Denn entgegen seiner Ansicht ist der Antragsteller kein Familien-angehöriger einer Unionsbürgerin und kommt deshalb auch nicht in den Genuss der Freizügigkeit.

Dabei mag auf sich beruhen, ob dies schon allein daraus folgen würde, dass der Antragsteller selbst nicht erwerbstätig ist und nicht dargetan hat, er verfüge über den nach § 4 Satz 1 FreizügG/EU im Falle seiner Einschlägigkeit erforderlichen Krankenversicherungsschutz sowie ausreichende Existenzmittel.

Es erscheint dem Gericht offenkundig, dass diese Voraussetzungen nicht dadurch ersetzt werden können, dass der Betreffende insoweit durch die Verbüßung einer Freiheitsstrafe tatsächlich versorgt ist.

Ferner mag es auf sich beruhen, auf welchem konstruktiven Wege man die allemal vor dem frühestdenkbaren Erwerb der Freizügigkeit nach § 8 Abs. 2 AuslG90 eingetretene und nach § 102 Abs. 1 AufenthG übergeleitete, sich nun aus § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 AufenthG ergebende Sperre ab dem etwaigem Eintritt der Freizügigkeit eliminieren könnte:

Das Oberverwaltungsgericht Hamburg (Beschluss vom 19. März 2012 – 3 Bs 234/11 - juris Rdnr. 20,

25, 29 m.w.N.) nimmt insoweit eine Fortwirkung mit dem Argument der Bestandskraft eines (dem Gericht angesichts der unmittelbar gesetzlichen Quelle der Sperre freilich nicht eindeutig ersichtlichen) Verwaltungsaktes (hier der Ausweisung) an, die nur im Wege der Befristung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 ff AufenthG beseitigt werden könne.

Das Oberverwaltungsgericht Bremen (Beschluss vom 21. Januar 2011 – 1 B 242/10 – juris Rdnr. 3 und 6, und Urteil vom 28. September 2010 – 1 A 116/09 – juris Rdnr. 37 ff.) argumentiert demgegenüber aus der Beschränkung des Verweises in § 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU, der eben nur § 11 Abs. 2 AufenthG in Bezug nehme (ohne freilich damit eine Erklärung dafür zu geben, auf welchem – die instrumentelle Spezialität des § 11 Abs. 1 Satz 3 ff. AufenthG berücksichtigenden - Wege denn eine bereits bestehende Sperre verlustig gegangen sein sollte).

Zudem hat sich das Oberverwaltungsgericht Bremen auch nur zur Fortwirkung von Alt-Abschiebungen, nicht aber Alt-Ausweisungen zu verhalten gehabt, und betont den Unterschied beider Maßnahmen selbst in Rdnr. 40 ff.

Der in sich zutreffende Verweis der Antragsgegnerin darauf, dass nach gesicherter höchstrichterlicher Rechtsprechung (Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 4. Juli 2009 – 1 C 21.07 – Rdnr. 16 m.w.N.) selbst ein "echter" Unionsbürger seine Freizügigkeit erst wahrnehmen könne, wenn eine bei Inkrafttreten des FreizügG/EU bereits bestehende Sperre zuvor im Wege der Befristung (nach § 7 Abs. 2 Satz 2 FreizügG/EU) beseitigt sei, erscheint dem Gericht auch nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen.

Seine Ehefrau war und ist zu den in Betracht kommenden Zeitpunkten nämlich keine Unionsbürgerin gewesen.

Der drittstaatsangehörige Ehegatte eines Deutschen unterfällt bei beider Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich dem AufenthG.

Ihn dem spezielleren FreizügG/EU zu unterstellen, ist nur möglich, wenn es sich bei dem deutschen Ehegatten um einen Unionsbürger handelt. Das erfordert, dass der deutsche Ehegatte diesen in seiner Staatsangehörigkeit angelegten latenten Status dadurch aktiviert (hat), dass er in substantieller Weise von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht hat.

Der Qualifizierung eines im Lande seiner Staatsangehörigkeit aufhaltigen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union als die Eigenschaft eines Familienangehörigen im Sinne des § 2

FreizügG/EU vermittelnden Unionsbürgers bedarf es jedoch nur, wenn dadurch sichergestellt werden soll, dass sich der Betreffende nicht wegen seines Familienangehörigen an der Wahrnehmung der ihm selbst qua Staatsangehörigkeit zustehenden europarechtlichen Freizügigkeit gehindert sehen könnte (vgl. auch Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 14. Juni 2012 – 20 K 121.11 – juris Rdnr. 26; Dienelt in Renner, Ausländer Kommentar, 9. Aufl. 2011, § 1 FreizügG/EU Rdnr. 18).

Unzweifelhaft war die Ehefrau des Antragstellers Unionsbürgerin in der Zeit ihres nachweislichen und formell legalisierten Aufenthaltes in den Niederlanden, also vom 31. August 2009 bis zum 29. März 2011.

In diesem Zeitraum hat der Antragsteller seine Frau jedoch weder begleitet, noch ist er ihr nachgezogen, wie es § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU grundlegend verlangt.

Ob er schon vor der zu der letzten Verurteilung führenden Einreise vom Januar 2012 den Sperren der bestandskräftigen Ausweisung und der erfolgten Abschiebung entgegen unerlaubt erneut ins Bundesgebiet eingereist war, ist nicht nachgewiesen, kann jedoch dahinstehen: Erfolgte eine Einreise nach der Eheschließung (28. August 2008) und vor dem Umzug der Ehefrau in die Niederlande (31. August 2009), wäre der Antragsteller unzweifelhaft zu einer deutschen Staatsangehörigen eingereist; erfolgte die Einreise ins Bundesgebiet während des Aufenthalt der Ehefrau in den Niederlanden, fehlte es an der sich in den Vokabeln "begleiten" und "ihm nachziehen" ausdrückenden tatsächlichen Verbundenheit der Eheleute; erfolgte sie (wie im Januar 2012) erst nach der Rückkehr der Ehefrau aus den Niederlanden (29. März 2011), fehlte es bei ihr mangels aktueller Wahrnehmung von Freizügigkeitsrechten an der erforderlichen "Unionsbürger"-Eigenschaft. Denn der nachhaltige Aufenthalt der Ehefrau in den Niederlanden führte nicht etwa dazu, dass sie nunmehr hinsichtlich etwaigen Familiennachzugs zu ihr auf Lebenszeit als Unionsbürgerin zu betrachten wäre (vgl. auch Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 14. Juni 2012 – 20 K 121.11 – juris Rdnr. 26).

Der Antragsteller kann also eigenem Vortrag zufolge zu keiner Zeit eine Unionsbürgerin begleitet oder zu ihr nachgezogen sein; seine Frau war entweder "nur" deutsche Staatsangehörige oder während ihrer Eigenschaft als Unionsbürgerin war er nicht bei ihr.

Es mag sein, dass wegen der Rechtsprechung des Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Urteil vom 25. Juli 2008 – Rs. C 127/08 – (Metok)) die Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU zur Konkordanz mit der zugrunde liegenden europarechtlichen Richtlinie erweiternd dahin auszulegen sind, dass ihnen auch der Drittstaatsangehörige unterfällt, der erst im Aufnahmeland

zum Familienangehörigen des Unionsbürgers geworden ist (vgl. dazu Hoppe, HTK-Auslr/§ 3 Freizügigkeit zu Abs. 1, Anm. 2.1), die Reihenfolge von Eheschließung, Einreise und etwaiger Abwanderung des "Unionsbürgers" aus dem Lande seiner Staatsangehörigkeit gleich sind.

Aber auch dies entbindet nicht davon, dass es sich bei demjenigen, dessen Familienangehöriger der Drittstaatsangehörige werden will, zu einem der in Betracht kommenden Zeitpunkte selbst auch um einen Unionsbürger handelt.

In diesem Sinne beschreibt der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften in Leitsatz 2 des o.a. Urteils Metok den durch diese erweiternde Auslegung Begünstigten Drittstaatsangehörigen als: "...Ehegatte eines Unionsbürgers, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt".

Denn einer Effektivierung bedarf auch das Europarecht jenseits seines Sinn und Zweckes nicht.

Wenn dieser in Konstellationen der vorliegenden Art (Aufenthalt im Lande der Staatsangehörigkeit des Stamberechtigten) darin besteht, den deutschen Ehegatten nicht in der Wahrnehmung seiner europarechtlichen Freizügigkeit einzuengen, so ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass es dessen im vorliegenden Fall bedürfte (vgl. zu diesem Abstellen auf den Einzelfall auch Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 14. Juni 2012 – 20 K 121.11 – juris Rdnr. 26).

Die Ehefrau des Antragstellers hat sich nämlich nach der Eheschließung im Drittstaat nur allein in die Niederlande begeben; der Antragsteller hat sie dorthin weder begleitet noch ist er ihr nachgezogen; vielmehr haben beide soweit ersichtlich zu keiner Zeit in rechtmäßiger ehelicher Lebensgemeinschaft gelebt.

Weder von ihrer zeitweisen Übersiedlung in die Niederlande noch von ihrer Rückkehr in die Bundesrepublik Deutschland hat sich die Ehefrau des Antragstellers offenbar durch die vorherige Eheschließung abhalten lassen.

Nach alledem unterfällt der Antragsteller nur dem Regime des AufenthG, das in seiner Anwendbarkeit nicht durch den Vorrang des FreizügG/EU eingeschränkt ist, und ist da-nach jedenfalls inzwischen im Status der vollziehbaren Ausreisepflicht, so dass die Rechtmäßigkeit der bestandskräftigen Abschiebungsregelung ernstlichen Zweifeln nicht unterliegt.

Geht man von der über § 102 Abs. 1 AufenthG bewirkten unbeeinträchtigten Fortgeltung der durch die bestandskräftige Alt-Ausweisung ausgelösten Sperrwirkung aus, ist der Antragsteller nach § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG unerlaubt eingereist und war deshalb vom Zeitpunkt der Einreise an nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig.

Aber auch ungeachtet der Fortgeltung der erfolgten Ausweisung und Abschiebung ist der Aufenthalt des Antragstellers mangels freizügigkeitsrechtlicher Privilegierung jedenfalls jetzt unerlaubt.

Geht man der Aktenlage folgend davon aus, er habe sich nur zum Zwecke des Erwerbs jenes Kraftfahrzeuges ins Bundesgebiet begeben wollen, in dessen Besitz er dann vor der Festnahme angetroffen wurde, so wäre seine Einreise als albanischer und mithin bei Innehaltung eines biometrischen Nationalpasses nach Art 1 Abs. 2 EU-VisumVO mit Anhang II privilegierter Drittstaatsangehöriger für einen drei Monate nicht überschreitenden Aufenthalt auch ohne Visum erlaubt gewesen, nach dem Ablauf dieser drei Monate jedoch in den Status nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG vollziehbarer Ausreisepflicht übergegangen, weil der Antragsteller nicht innerhalb dieser drei Monate um eine weitere Legalisierung eingekommen ist.

Versteht man das Vorbringen im vorliegenden Verfahren dahin, er habe zu seiner deutschen Ehefrau einreisen wollen, hätte er schon bei der Einreise der sich dann mit Blick einen als längerfristigen geplanten Aufenthalt aus § 6 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ergebenden Visumpflicht unterlegen, so dass die unerlaubte Einreise wiederum über § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG auf die vollziehbare Ausreisepflicht führen würde.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung ist nach den §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 GKG erfolgt.