



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

2 Bs 28/12
17 E 3029/11

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt Ünal Zeran,
Schulterblatt 124,
20357 Hamburg,
Az: 110/2011,
GK 380,

g e g e n

Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch die Behörde für Inneres und Sport.
- Einwohner-Zentralamt -,
- Rechtsabteilung -,
Amsinckstraße 28,
20097 Hamburg.
Az: E 223/24101655997,

- Antragsgegnerin -

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 2. Senat, durch den Richter
Dr. Ungerbieler, die Richterin Sternal und den Richter Albers am 5. November 2012
beschlossen:

/Gre.

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 21. Januar 2012 mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung untersagt, den Antragsteller vor einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts über seine Klage (17 K 176/12) abzuschieben.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

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

Gründe

Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und führt auch in der Sache zum Erfolg.

Der Antragsteller, ein armenischer Staatsangehöriger, der nach seiner Einreise zunächst erfolglos ein Asylfolgeverfahren betrieben hat, erstrebt mit seiner in erster Instanz anhängigen Klage (17 K 176/12) die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung mit seiner ebenfalls armenischen Ehefrau. Das Begehren, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu untersagen, vor einer Entscheidung über seine Klage aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ergreifen, hat das Verwaltungsgericht mit der Begründung abgelehnt, dass der Erteilung der erstrebten Aufenthaltserlaubnis die Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegenstehe. Ein strikter Rechtsanspruch i.S.d. § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG sei nicht gegeben, weil der Antragsteller wegen seiner unerlaubten Einreise die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht erfülle. Soweit er geltend mache, dass aus der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung - Familienzusammenführungsrichtlinie - (ABl. Nr. L 251/12) die Unbeachtlichkeit der Verletzung der Einreisevorschriften hergeleitet werden könne, sei dieser Auffassung nicht zu folgen. Art. 5 Abs. 3 Satz 1 der Richtlinie sehe vor, dass der Antrag

auf Einreise und Aufenthalt zu stellen und zu prüfen sei, wenn sich der Familienangehörige noch außerhalb des Mitgliedstaats befinde, in dem sich der Zusammenführende aufhalte.

Diese Erwägungen hat der Antragsteller mit seiner Beschwerde ernstlich in Zweifel gezogen. Die von ihm dargelegten Gründe (§ 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO) lassen es zumindest möglich erscheinen, dass die Versagung der Aufenthaltserlaubnis wegen der Einreise ohne ein Visum den unionsrechtlichen Vorgaben der Familienzusammenführungsrichtlinie widerspricht, und zeigen zutreffend die Notwendigkeit einer vertieften Prüfung auf, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 VwGO, das nicht der grundsätzlichen Klärung von Rechtsfragen dient, nicht zu leisten ist. Unter diesen Umständen ist das Beschwerdegericht berechtigt und verpflichtet, den gesamten Streitstoff - ohne Bindung an die dargelegten Gründe - umfassend zu würdigen und eigenständig über das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers zu befinden. Der im Hinblick auf die unionsrechtlichen Fragen gegenwärtig als offen zu beurteilende Ausgang des Hauptsacheverfahrens gibt dabei Anlass zu einer Folgenabwägung, die zur Gewährung des begehrten einstweiligen Rechtsschutzes führt.

1. Die Auffassung des Verwaltungsgerichts, einem Anspruch des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung nach § 30 AufenthG stünden die Vorschriften des § 5 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 1 AufenthG entgegen, ist nicht frei von Bedenken. Allerdings trifft es im Ausgangspunkt zu, dass einem Ausländer, dessen Asylantrag - wie hier - unanfechtbar abgelehnt worden ist, gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 erteilt werden darf, und diese Titelerteilungssperre nach Satz 3 der Vorschrift nur dann nicht gilt, wenn ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht. Dabei muss es sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 16.12.2008, BVerwGE 132, 382 und Beschl. v. 16.2.2012, 1 B 22/11, juris) um einen strikten Rechtsanspruch handeln, bei dem alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

a) Zu den danach bedeutsamen Tatbestandsvoraussetzungen gehört auch die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, wonach im Regelfall kein Ausweisungsgrund vorliegen darf. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt, weil der Antragsteller ohne Visum eingereist ist, was einen nicht nur geringfügigen Verstoß gegen

Rechtsvorschriften (§§ 14 Abs. 1 Nr. 2, 4 Abs. 1, 6 Abs. 3, 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG) und damit einen Ausweisungsgrund i.S.d. § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG darstellt. Der kurz nach seiner Einreise gestellte Asylfolgeantrag macht seine Einreise schon deshalb nicht zu einer erlaubten, weil sie nach eigenem Bekunden auf dem Landweg und damit über einen sicheren Drittstaat erfolgt ist (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand August 2012, § 14 Rn. 26). Der Antragsteller hat mit seiner Beschwerdebegründung jedoch beachtliche Gründe vorgetragen, aufgrund derer hier von einem Ausnahmefall auszugehen sein könnte. Ein Ausnahmefall ist insbesondere dann gegeben, wenn besondere, atypische Umstände vorliegen, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen, aber auch dann, wenn höherrangiges Recht wie der Schutz von Ehe und Familie oder die unionsrechtlichen Vorgaben der Familienzusammenführungsrichtlinie dies gebieten (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, BVerwGE 138, 135, 145). Die Auffassung des Antragstellers, dass die Verletzung von Einreisevorschriften im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie unbeachtlich sei, hat in diesem Zusammenhang durchaus etwas für sich. Jedenfalls kann sie nicht schon jetzt im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eindeutig als unzutreffend verworfen werden, sondern bedarf - wie der Antragsteller zu Recht geltend macht - einer vertieften Überprüfung im Hauptsacheverfahren, die möglicherweise auch ein Vorabersuchen gemäß Art. 267 AEUV einschließen könnte.

Zutreffend weist der Antragsteller darauf hin, dass Art. 4 Abs. 1 der Familienzusammenführungsrichtlinie die Gestattung der Einreise und des Aufenthalts von Familienangehörigen allein unter den Vorbehalt der in Kapitel IV sowie in Art. 16 der Richtlinie genannten Bedingungen stellt. Damit gibt die Vorschrift den Mitgliedstaaten präzise positive Verpflichtungen auf, denen klar definierte subjektive Rechte entsprechen, da sie den Mitgliedstaaten in den in der Richtlinie festgelegten Fällen vorschreibt, den Nachzug bestimmter Mitglieder der Familie des Zusammenführenden zu genehmigen, ohne dass sie dabei von ihrem Wertungsspielraum Gebrauch machen könnten (vgl. EuGH, Urt. v. 4.3.2010, C-578/08 <Chakroun>, InfAuslR 2010, 221 m.w.N.). Die Einhaltung von Einreisevorschriften gehört nicht zu den in Kapitel IV und Art. 16 der Richtlinie erwähnten Bedingungen. Soweit das Verwaltungsgericht den im Kapitel III der Richtlinie angesiedelten Art. 5 Abs. 3 zum Beleg dafür genommen hat, dass die Aufenthaltserlaubnis bei unerlaubter Einreise versagt werden dürfe, greift seine Auffassung möglicherweise zu kurz. Zwar sieht diese Regelung vor, dass der Antrag auf Einreise und Aufenthalt zu stellen und zu

prüfen ist, wenn sich die Familienangehörigen noch außerhalb des Hoheitsgebiets des Mitgliedstaats aufhalten, in dem sich der Zusammenführende aufhält. Indes ist der Einwand des Antragstellers nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, dass es sich hierbei um eine reine Verfahrensregelung handeln könnte, die von den materiellen Bestimmungen der Richtlinie zu unterscheiden ist. Jedenfalls lässt der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie nicht erkennen, dass die Einhaltung des dort geregelten Verfahrens zugleich materielle Voraussetzung für die Gestattung des Aufenthalts sein soll, weshalb auch ein Vergleich mit § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG (so OVG Lüneburg, Beschl. v. 11.7.2007, 10 ME 130/07, juris, Rn. 17) nicht überzeugt. Denn jene Vorschrift bezeichnet die Einreise mit dem erforderlichen Visum ausdrücklich als eine materielle Voraussetzung, deren Erfüllung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich ist.

Allerdings sieht der in Kapitel IV der Richtlinie aufgenommene Art. 6 Abs. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten einen Antrag auf Einreise und Aufenthalt eines Familienangehörigen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit ablehnen können. Auch die mit der Auslegung dieses ordre public-Vorbehalts verbundenen Fragen lassen sich im vorliegenden Eilverfahren aber nicht hinreichend klären. Die Familienzusammenführungsrichtlinie beruht auf Titel IV EGV, dessen Art. 64 Abs. 1 ausdrücklich bestimmte, dass dieser Titel nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit berührt. Dasselbe ist nunmehr in Art. 72 AEUV geregelt. Die Norm beinhaltet eine Kompetenzschränke zugunsten der Mitgliedstaaten, die einer abschließenden Regelung des ordre public-Vorbehalts entgegensteht. Gleichwohl dürfte es dem supranationalen und vorrangigen Rechtscharakter des Gemeinschaftsrechts widersprechen, wenn sich die Mitgliedstaaten durch den Vorbehalt die vollständige Rechtssetzungs- und Vollzugszuständigkeit neben dem Gemeinschaftsrecht eröffnet hätten mit der Folge, dass sie den ordre public-Vorbehalt in der Familiennachzugsrichtlinie eigenständig interpretieren könnten, ohne an gemeinschaftsrechtliche Vorgaben gebunden zu sein. Dagegen spricht, dass es sich bei den Begriffen der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit um gemeinschaftsrechtliche Begriffe handelt, die der autonomen Auslegung und Anwendung durch die Mitgliedstaaten entzogen sind. Danach mag den Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Vorbehaltsklausel zwar ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt sein. Dieser dürfte seine Schranken aber letztlich in der

gemeinschaftsrechtlichen Auslegung finden (vgl. zu allem Dienelt, InfAuslR 2005, 445, 448 f.).

Die Entstehungsgeschichte des Art. 6 der Familienzusammenführungsrichtlinie deutet dabei zwar darauf hin, dass auch generalpräventive Gründe dazu berechtigen, den Antrag eines Familienangehörigen auf Einreise und Aufenthalt abzulehnen. Denn die Fassung des Vorschlags der Kommission vom 1. Dezember 1999 (KOM (1999) 638 endgültig), die im damaligen Art. 8 Abs. 2 vorsah, dass „die Gründe der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit ausschließlich auf der persönlichen Verhaltensweise des Familienangehörigen beruhen [müssen]“, und damit von dem Gedanken getragen war, dass Maßnahmen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit allein aus spezialpräventiven Gründen ergriffen werden dürfen, ist im weiteren Verlauf des Verfahrens aus Gründen der Kohärenz mit den mitgliedstaatlichen Vorschriften über die öffentliche Sicherheit und Ordnung verworfen worden. Darüber hinaus stellt der 14. Erwägungsgrund der Richtlinie nicht nur fest, dass der Familienangehörige keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen sollte, sondern auch, dass „der Begriff der öffentlichen Ordnung die Verurteilung wegen der Begehung einer schwerwiegenden Straftat umfassen [kann]“, was ebenfalls dafür spricht, dass eine strikte Beschränkung auf spezialpräventive Gründe nicht besteht (vgl. zu allem Dienelt, a.a.O., 448). Zugleich könnte eben diesem Erwägungsgrund aber eine maßstabbildende Bedeutung bei der den Mitgliedstaaten obliegenden Verpflichtung zukommen, bei ihren Entscheidungen u.a. die Schwere des von dem Familienangehörigen begangenen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit zu berücksichtigen (Art. 6 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie). Im Lichte des Erwägungsgrundes erscheint die Versagung der Aufenthaltserlaubnis allein wegen der Missachtung der Visumsvorschriften nicht unbedenklich. Denn spezialpräventive Gründe treten regelmäßig in den Hintergrund, weil mit Erteilung der erstrebten Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen die Gefahr einer Wiederholung regelmäßig ausgeschlossen werden kann, und die unerlaubte Einreise ist auch nicht als „schwerwiegende“ Straftat zu qualifizieren, zumal wenn - wie hier - nicht einmal eine strafrechtliche Verurteilung erfolgt. Die im nationalen Recht verankerte Unterscheidung zwischen einer Ausweisung und einer „bloßen“ Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis kennt die Richtlinie dabei nicht.

Soweit der Antragsteller mit seiner Beschwerdebegründung u.a. auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache MRAX (Urt. v. 25.7.2002, C-459/99, Slg. 2002, I-06591) hinweist, verkennt er selbst nicht, dass diese Entscheidung die unerlaubte Einreise eines mit einem Unionsbürger verheirateten Staatsangehörigen eines Drittstaats und damit einen anderen Sachverhalt betraf. Stellt man in Rechnung, dass die Entscheidung, nach der es einem Mitgliedstaat nicht gestattet ist, dem Drittstaatsangehörigen die Aufenthaltserlaubnis allein wegen der illegalen Einreise zu verweigern, nicht nur mit dem Kern des unmittelbar durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Aufenthaltsrechts, sondern auch damit begründet ist, dass die Versagung der Aufenthaltserlaubnis offensichtlich außer Verhältnis zur Schwere der Zuwiderhandlung stünde, so erscheint eine parallele Bewertung im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie jedenfalls nicht von vornherein offenkundig ausgeschlossen. Das gilt umso mehr, als sich der Europäische Gerichtshof in seinem Urteil vom 4. März 2010 in der Rechtssache Chakroun (a.a.O.) - wenn auch in anderem Zusammenhang - bereits auf seine Rechtsprechung zur Unionsbürgerrichtlinie bezogen und außerdem betont hat, dass das Ziel der Richtlinie 2003/86/EG die Begünstigung der Familienzusammenführung sei und deren Genehmigung die Grundregel darstelle. Schließlich könnte - wie der Antragsteller weiter geltend macht - auch von Bedeutung sein, dass Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie im letzten Halbsatz die Rechtsstellung des Familienangehörigen ausdrücklich für unerheblich erklärt. In den Erläuterungen zum Vorschlag der Kommission vom 1. Dezember 1999 (KOM (1999) 638 endgültig, S. 14) heißt es hierzu, dass sich die Angehörigen beispielsweise in einem Mitgliedstaat aufhalten, außerhalb des Mitgliedstaats wohnhaft sein, einen Asylantrag gestellt haben oder unter eine andere Regelung für den vorübergehenden Schutz fallen könnten. Eine weitere Klärung dieser unionsrechtlichen Fragestellungen und ihrer Bedeutung für das vom Verwaltungsgericht bejahte Vorliegen eines Ausweisungsgrundes kann nur im Hauptsacheverfahren erfolgen.

Ob auch deshalb von einer Ausnahme vom Regelfall des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auszugehen sein könnte, weil der Antragsteller mit deutschen Familienangehörigen - nämlich seinen beiden volljährigen Kindern - in familiärer Lebensgemeinschaft lebt und folglich besonderen Ausweisungsschutz gemäß § 56 Nr. 4 AufenthG genießen dürfte (vgl. zum Fall eines deutschen Ehegatten OVG Hamburg, Beschl. v. 9.5.2012, 4 Bs 15/12, juris und v. 17.7.2012, 4 Bs 95/12), kann offen bleiben.

b) Aus den vorstehenden Gründen steht zugleich die Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Auffassung in Frage, dass ein strikter Rechtsanspruch des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzugs nach § 30 AufenthG an der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG scheitert.

Unabhängig hiervon spricht aber auch einiges dafür, dass das Erfordernis der Einreise mit dem erforderlichen Visum ohnehin nicht zu den Voraussetzungen eines strikten Rechtsanspruchs i.S.d. § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG gehört. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 16.12.2008 (a.a.O., 388) zur Teleologie der Titelerteilungssperre vor der Ausreise und ihrer ausnahmsweisen Durchbrechung ausgeführt, dass der Gesetzgeber nur bei strikten Rechtsansprüchen unmittelbar deutlich mache, dass er den Versagungsgrund als nachrangig ansehe. Bestehe ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, habe der Gesetzgeber in abstrakt genereller Weise eine abschließende, die Verwaltung bindende Wertung zugunsten eines Aufenthaltsrechts getroffen und die Entscheidung damit der behördlichen Ermessensprüfung im Einzelfall gerade entzogen. Gegenüber einem Ausländer, der sich bereits im Bundesgebiet aufhalte, erscheine in diesen Fällen der Verweis auf ein Visumverfahren, das als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung (BT-Drucks. 15/420 S. 70) die ausländerbehördliche Entscheidung vor der Einreise gewährleisten soll, nicht in gleichem Maße zwingend wie bei im Ermessen stehenden Aufenthaltstiteln. Denn die Grundentscheidung habe der Gesetzgeber mit der Anspruchsnorm bereits getroffen und der Verwaltung bleibe nur die Prüfung, ob deren Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben seien. Diese Ausführungen legen das Verständnis nahe, dass § 10 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Satz 3 AufenthG die Erteilung eines Aufenthaltstitels abweichend von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG erlaubt, ein vorheriges Visumverfahren mithin nicht erforderlich ist und dessen Einhaltung daher auch nicht ihrerseits zu den Voraussetzungen eines strikten Rechtsanspruchs i.S.d. § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG gehört (so auch OVG Bautzen, Urt. v. 16.10.2008, 3 A 94/08, juris, Rnr. 22 und wohl ebenfalls OVG Bremen, Beschl. v. 27.10.2009, NordÖR 2009, 506, 508; a.A. OVG Münster, Beschl. v. 30.4.2010, EzAR-NF 28 Nr. 31 und v. 8.12.2011, 18 B 866/11, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 17.1.2011, OVG 11 S 51.10, juris; OVG Saarlouis, Beschl. v. 22.7.2008, 2 B 257/08, juris, Rn. 11). Für diese Auslegung spricht außerdem die Begründung zu § 39 AufenthV (BR-Drucks. 731/04 S. 181), wenn es dort heißt: „Darüber hinaus sieht das Aufenthaltsgesetz vor, dass für bestimmte Fallgruppen vom Erfordernis des § 5 Abs. 2 Satz 2 abgesehen werden kann oder muss (zum Beispiel

§ 5 Abs. 3, § 10 Abs. 3 AufenthG), so dass auch in diesen Fällen eine Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis ohne vorherige Ausreise möglich ist."

2. Die übrigen, in §§ 30 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3a, 29 Abs. 1 Nr. 2, 5 Abs. 1 Nr. 1, 1a und 4 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen für die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis sind erfüllt.

a) Sowohl der Antragsteller als auch seine Ehefrau, die eine Niederlassungserlaubnis besitzt, haben das 18. Lebensjahr vollendet. Durch das bei den Sachakten befindliche inlingua Zertifikat Deutsch A1 vom 20. Juni 2011 ist nachgewiesen, dass sich der Antragsteller auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann (vgl. § 2 Abs. 8 AufenthG). Dass dieser Nachweis erst im Inland erbracht worden ist, steht seiner Berücksichtigung nach der Rechtsprechung des Beschwerdegerichts (Beschl. v. 28.7.2010, 2 Bs 183/10, juris und v. 2.11.2010, 2 Bs 188/10) nicht entgegen. Ausreichender Wohnraum i.S.d. § 2 Abs. 4 AufenthG ist ebenfalls vorhanden. Der Antragsteller bewohnt zusammen mit seiner Ehefrau und zwei volljährigen Kindern eine 2 1/2-Zimmerwohnung, die nach ihrer Größe (71 m²) und Ausstattung den in Ziffer 2.4.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz (GMBI. 2009, 878 ff.) bezeichneten Anforderungen genügt. Soweit die Antragsgegnerin in ihrer angefochtenen Verfügung vom 26. Oktober 2011 davon ausgegangen ist, dass die Wohnfläche nur rund 55 m² beträgt und das dritte volljährige Kind ebenfalls noch in der Wohnung lebt, trifft dies nach der bereits im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Bescheinigung von „fördern und wohnen“ vom 9. November 2011 nicht zu. Da der Antragsteller im Besitz eines gültigen armenischen Nationalpasses ist, genügt er außerdem seiner Passpflicht nach § 3 AufenthG und sind seine Identität und Staatsangehörigkeit geklärt.

b) Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist auch der Lebensunterhalt i.S.d. § 2 Abs. 3 AufenthG gesichert. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist dies dann der Fall, wenn der Ausländer ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Dabei bleiben die in § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG aufgeführten öffentlichen Mittel außer Betracht. Es bedarf mithin der positiven Prognose, dass der Lebensunterhalt des Ausländers in Zukunft auf Dauer ohne Inanspruchnahme anderer öffentlicher Mittel gesichert ist. Dies erfordert einen Vergleich des voraussichtlichen Unterhaltsbedarfs mit den voraussichtlich zur Verfügung stehenden

Mitteln. Die Ermittlung des Unterhaltsbedarfs und des zur Verfügung stehenden Einkommens richtet sich bei erwerbsfähigen Ausländern im Grundsatz nach den entsprechenden Bestimmungen des Zweiten Buchs des Sozialgesetzbuches (SGB II). Erstrebt ein erwerbsfähiger Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zum Zusammenleben mit seinen Familienangehörigen in einer häuslichen Gemeinschaft oder lebt er - wie der Antragsteller - bereits in einer solchen, so gelten für die Berechnung seines Anspruchs auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II grundsätzlich die Regeln über die Bedarfsgemeinschaft nach § 9 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 7 Abs. 3 SGB II (vgl. zu allem BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, a.a.O., 141 m.w.N.).

Nach diesen Maßstäben ist hier lediglich auf die zwischen dem Antragsteller und seiner Ehefrau bestehende Bedarfsgemeinschaft abzustellen. Die ebenfalls im gemeinsamen Haushalt lebende Tochter hat bereits das 25. Lebensjahr vollendet und gehört deshalb gemäß § 7 Abs. 3 Nr. 4 SGB II nicht (mehr) zur Bedarfsgemeinschaft. Für den 19-jährigen Sohn gilt im Ergebnis nichts anderes. Denn er befindet sich nach den vorliegenden Immatrikulationsbescheinigungen in einer nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz förderungsfähigen Ausbildung an der Universität Hamburg, so dass er gemäß § 7 Abs. 5 SGB II über Leistungen nach § 27 SGB II hinaus keinen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts hat und folglich aus der Bedarfsgemeinschaft ausgeschlossen ist (vgl. dazu auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 13.7.2012, L 7 AS 76/12 B, juris). Der Regelbedarf der Eheleute beläuft sich hier auf einen Betrag von 345 Euro monatlich für jeden der beiden Partner (§ 20 Abs. 4 SGB II), wenn man im Hinblick auf die erforderliche Prognose bereits den ab dem 1. Januar 2013 geltenden Bedarfssatz gemäß Nummer 4 der Bekanntmachung über die Höhe der Regelbedarfe nach § 20 Absatz 5 SGB II vom 18. Oktober 2012 (BGBl. I S. 2175) in Rechnung stellt. Hinzu kommen die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung (§ 22 SGB II), die sich nach der vorliegenden Bescheinigung von „fördern und wohnen“ vom 27. März 2012 auf insgesamt 648 Euro monatlich belaufen. Allerdings ist dieser Betrag nur zur Hälfte anzusetzen, da die Miete nach Kopfteilen auf die Zahl der Bewohner zu verteilen ist. Dem sich daraus ergebenden Unterhaltsbedarf des Antragstellers und seiner Ehefrau in Höhe von 1.014 Euro im Monat steht ein zu berücksichtigendes Einkommen der Ehefrau von 1.394 Euro im Monat gegenüber. Dieser Betrag setzt sich aus dem Kindergeld in Höhe von 184 Euro sowie dem durchschnittlichen, um die Abzüge nach § 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 5 SGB II bereinigten Einkommen aus der Erwerbstätigkeit bei dem -Markt

Udo in Höhe von 1.210 Euro zusammen. Letzteres berechnet sich auf der Basis der mit Schriftsatz vom 16. September 2012 eingereichten Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge für den August 2012, welche die Gesamtbeträge für die Zeit von April 2012 (Beginn des Vollzeitbeschäftigungsverhältnisses) bis August 2012 ausweist, wie folgt: Brutto-Verdienst 7.953,48 Euro minus Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung 1.628,46 Euro = 6.325,02 Euro geteilt durch 5 = 1.265 Euro minus Werbungskosten 55 Euro = 1.210 Euro. Steuern sind auf das Einkommen nicht zu entrichten; die Werbungskosten hat das Beschwerdegericht den Angaben in der zum Prozesskostenhilfegesuch vorgelegten Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse entnommen. Da der Fall des Antragstellers dem Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie unterliegt, darf der Freibetrag für Erwerbstätige (§ 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 i.V.m. Abs. 3 SGB II) bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nicht zu seinen Lasten angerechnet werden und ist der Nachweis von Werbungskosten unterhalb des in § 11 b Abs. 2 Satz 1 SGB II mit 100 Euro angesetzten Pauschbetrags zu akzeptieren (vgl. BVerwG, Urte. v. 16.11.2010, a.a.O., 147 f.). Ausreichender Krankenversicherungsschutz ist durch die Mitgliedschaft der Ehefrau des Antragstellers in der gesetzlichen Krankenkasse und seine Mitversicherung als Familienangehöriger gewährleistet (§ 2 Abs. 3 Satz 3 AufenthG).

Der Lebensunterhalt des Sohnes ist ebenfalls gesichert, da er als Studierender über monatliche Mittel verfügt, die den für ihn geltenden Bedarfssatz des § 13 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 Nr. 1 BAföG in Höhe von 422 Euro sogar noch um einiges übersteigen. Ausweislich des mit Schriftsatz vom 2. Mai 2012 eingereichten Bescheids vom 20. April 2012 erhält er monatliche Ausbildungsförderung in Höhe von 402 Euro und verfügt darüber hinaus über ein bereinigtes monatliches Einkommen von 275,45 Euro. Dieser „Überschuss“ gewährleistet außerdem, dass er seinen Anteil an der Miete der gemeinsamen Wohnung in Höhe von 162 Euro tatsächlich tragen kann, obwohl das Bundesausbildungsförderungsgesetz lediglich einen Unterkunftsbedarf von 49 Euro monatlich in Rechnung stellt. Krankenversicherungsschutz besteht über seine pflichtversicherte Mutter.

Ob die 27-jährige Tochter ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln bestreiten kann, dürfte unerheblich sein, wäre jedenfalls im Ergebnis aber ebenfalls zu bejahen. Nach der mit Schriftsatz vom 16. September 2012 vorgelegten Abrechnung der Brutto-/Netto-Bezüge für den August 2012 hat sie aus ihrer Anstellung als Sozialpädagogin in der Zeit von Januar 2012 bis August 2012 Brutto-Einkünfte in Höhe von 12.812,88 Euro

erzielt, von denen gemäß § 11 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 SGB II Steuern in Höhe von 1001,43 Euro sowie Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung in Höhe von 2.583,25 Euro abzusetzen sind. Aus dem danach verbleibenden Netto-Einkommen von 9.228,20 Euro errechnet sich ein monatliches Durchschnittseinkommen von 1.153,53 Euro, welches auch nach Abzug der Werbungskostenpauschale des § 11 b Abs. 2 Satz 1 SGB II in Höhe von 100 Euro (geringere Aufwendungen sind insoweit nicht glaubhaft gemacht) allemal ausreicht, um ihren ab dem 1. Januar 2013 mit 382 Euro zu veranschlagenden Regelbedarf (vgl. Nr. 1 der Bekanntmachung vom 18.10.2012) und ihren Anteil an der Miete in Höhe von 162 Euro zu decken. Ausreichender Krankenversicherungsschutz steht gemäß § 2 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ebenfalls außer Frage.

Im Übrigen weist der Antragsteller zu Recht darauf hin, dass beide Kinder die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, und deshalb eine Ausnahme vom Regelfall des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vorliegen würde, wenn eine Bedarfslücke nur aufgrund des Unterhaltsbedarfs der Kinder bestünde (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, InfAuslR 2012, 53).

Schließlich bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Lebensunterhalt des Antragstellers und seiner Ehefrau nur vorübergehend gesichert sein könnte. Die Ehefrau des Antragstellers war bereits vor Aufnahme ihrer jetzigen Vollzeitarbeit bei dem Markt Udo im April diesen Jahres erwerbstätig und hat aus ihrer Tätigkeit bei der Firma randstad und einer zusätzlichen geringfügigen Beschäftigung Einnahmen in ausreichender Höhe erzielt. Von daher weist ihre Erwerbsbiografie ohne weiteres die erforderliche Beständigkeit auf, zumal es ihr gelungen ist, ihren anfänglichen Mini-Job bei dem Markt in eine Vollzeitbeschäftigung umzuwandeln. Selbst wenn die volljährigen Kinder aus der gemeinsamen Wohnung ausziehen sollten, würde das oben mit 1.394 Euro im Monat errechnete Einkommen der Ehefrau des Antragstellers ausreichen, um nicht nur den Regelbedarf der Eheleute, sondern auch die vollen Mietkosten in Höhe von 648 Euro zu decken. Zudem wären sie in diesem Falle nicht gehindert, in eine kleinere und günstigere Wohnung umziehen. Der Richtwert, den die Antragsgegnerin für die Wohnungskosten von zwei Personen in ihrer Fachanweisung gemäß § 45 Abs. 2 Bezirksverwaltungsgesetz der Behörde für Inneres und Sport zum Ausländerrecht Nr. 1/12 vom 10. Januar 2012 veranschlagt, beläuft sich auf lediglich 403 Euro. Bei Wohnungskosten in dieser Größenordnung wären der Antragsteller und seine Ehefrau nicht einmal auf das Kindergeld angewiesen.

3. Nach alledem hängt der Ausgang des Klageverfahrens von den unionsrechtlichen Fragestellungen ab und ist gegenwärtig als offen zu bezeichnen. Das Beschwerdegericht nimmt deshalb eine Folgenabwägung vor, die zum Erlass der erstrebten einstweiligen Anordnung führt. Dabei versteht das Gericht den Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, bis zur Entscheidung über die Klage 17 K 176/12 aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu unterlassen, dahin gehend, dass der Antragsteller seine Abschiebung lediglich bis zu einer erstinstanzlichen Entscheidung ausgesetzt wissen will. Für diese Auslegung spricht, dass er zunächst um einstweiligen Rechtsschutz bis zu einer Entscheidung über seinen Widerspruch nachgesucht hat und die gegenwärtige Fassung seines Antrags die Reaktion auf den Erlass des Widerspruchsbescheids ist. Dies verdeutlicht, dass es ihm um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bis zu einer Entscheidung auf der jeweiligen Verfahrensstufe geht.

Bei der Folgenabwägung lässt sich das Beschwerdegericht davon leiten, dass die Abschiebung des Antragstellers voraussichtlich zu einer mit Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK nicht zu vereinbarenden Dauer der Trennung der Eheleute führen würde, da eine kurzfristige Klärung der unionsrechtlichen Fragen im Klageverfahren nicht zu erwarten ist. Das wiegt umso schwerer, als ein Recht des Antragstellers auf Ehegattennachzug letztlich nicht in Frage steht. Der Antragsteller könnte die Dauer der Trennung vom Ausland aus nur durch die Nachholung des Visumverfahrens verkürzen, was jedoch zur Folge hätte, dass sein im Hauptsacheverfahren gerade verfolgtes Begehren gegenstandslos wird. Er müsste deshalb entweder eine längerfristige Trennung hinnehmen oder aber auf seinen Rechtsschutz verzichten. Dass die Eheleute in der Vergangenheit über Jahre hinweg getrennt gelebt haben, mindert nicht das ihrem Wunsch nach Wiederherstellung bzw. Aufrechterhaltung der seit der Einreise des Antragstellers wieder gelebten ehelichen Lebensgemeinschaft nach Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK zukommende Gewicht. Im Übrigen erscheint noch nicht einmal gewährleistet, dass sich die Dauer eines Visumverfahrens in einem üblichen Rahmen halten würde. Denn die Antragsgegnerin hat die Erteilung einer Vorabzustimmung gemäß § 31 Abs. 3 AufenthV (vgl. dazu OVG Bremen, Beschl. v. 21.11.2011, 1 B 246/11, juris, Rn. 28 m.w.N.; OVG Schleswig, Beschl. v. 26.10.2011, 4 MB 57/11) ausdrücklich abgelehnt und steht möglicherweise nach wie vor auf dem - unzutreffenden - Standpunkt, dass eine Sicherung des Lebensunterhalts nicht nachgewiesen ist.

Der für den Erlass der einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsgrund ist ebenfalls gegeben. Die Antragsgegnerin hat den Antragsteller zunächst noch während des anhängigen Beschwerdeverfahrens abschieben wollen. Hiervon hat sie zwar Abstand genommen; ihr Stillhalten gilt nach der Erklärung im Schriftsatz vom 21. März 2012 jedoch nur bis zu einer Entscheidung in der vorliegenden Sache. Von daher muss davon ausgegangen werden, dass sie auch weiterhin die baldige zwangsweise Beendigung des Aufenthalts des Antragstellers anstrebt. Ebenso wenig sind Hindernisse ersichtlich, die einer Verwirklichung dieser Absicht entgegenstehen könnten.

4. Der Hilfsantrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, im Falle der Ausreise des Antragstellers eine Vorabzustimmung zum Zwecke der Familienzusammenführung zu erteilen, bedarf nach alledem keiner Entscheidung.

5. Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 154 Abs. 1 VwGO und §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

Ungerbieler

Sternal

Albers



Ausgefertigt

als Urkundsbekannter der Geschäftsstelle
des Hamburgischen Oberverwaltungsgerichts