



10.06.2016

Wichtige neue Entscheidung

Ausländerrecht: Teleologische Reduktion des § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG

§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1 Nr. 2, § 5 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 6 Abs. 3 Satz 1 und 2, § 10 Abs. 1 und 2, Abs. 3 Satz 1 und 3 Halbsatz 1, § 27 Abs. 1 Satz 1, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 54 Nr. 3, § 60a Abs. 2 Satz 1, 2 und 3, § 72 Abs. 4 Satz 1, § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 99 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG; § 29a Abs. 1, § 34 Abs. 1, § 36 Abs. 3 Satz 1 und 8, § 36 Abs. 4 Satz 1, § 67 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG, § 276, § 285 Abs. 1 Satz 1 StPO

Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug  
Unanfechtbar abgelehnter Asylbewerber  
Visumerfordernis  
Anspruch auf Duldung  
Unmöglichkeit der Abschiebung  
Aussetzung des Visumverfahrens  
Duldung für Strafverfahren wegen eines Verbrechens  
Duldung aus dringenden persönlichen Gründen

*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 21.07.2015, Az. 10 CS 15.859, 10 C 15.860, 10 C 15.981*

Leitsätze:

1. § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ist dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass die Entscheidung über die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach dieser Vorschrift dann

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

[www.landesanwaltschaft.bayern.de](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de)

nicht bis zum rechtskräftigen Abschluss eines gegen den Ausländer eingeleiteten Strafverfahrens auszusetzen ist, wenn ein Abschluss dieses Verfahrens wegen der Abwesenheit des Ausländers in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist.

2. In einem solchen Fall kann die Erteilung eines Visums an den betreffenden Ausländer nach dem Sinn und Zweck von § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens jedenfalls dann nicht unter Hinweis auf den dem Strafverfahren zugrunde liegenden Tatvorwurf wegen des Vorliegens eines Ausweisungsgrunds abgelehnt werden, wenn der Ausländer in erster Instanz von diesem Vorwurf freigesprochen worden ist.

#### Hinweis:

Im vorliegenden Fall wurde ein Ausländer, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug oder eine Duldung begehrt, in erster Instanz von Vorwurf der Begehung eines Betäubungsmitteldelikts freigesprochen. Hiergegen hat die Staatsanwaltschaft Berufung eingelegt, über die noch nicht entschieden ist.

Diese Umstände spielen im Rahmen der Prüfung eine Rolle, ob im konkreten Fall ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Recht auf Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG und das Recht auf Familienleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK darin liegt, dass der Ausländer das Bundesgebiet zunächst verlassen muss, um das erforderliche Visumverfahren durchzuführen, wenn – wie der Antragsteller vorträgt – das Visumverfahren deswegen mehrere Jahren dauern werde, weil für einen Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 AufenthG (a.F.) ein Tatverdacht ausreiche, dem Antragsteller dieser Tatverdacht auch im Visumverfahren entgegengehalten werde und dies zur Folge habe, dass das Strafverfahren zu keinem Zeitpunkt rechtskräftig abgeschlossen werden könne.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) sieht in dieser Konstellation keinen derartigen Rechtseingriff. Die Befürchtung des Antragstellers träfe zwar dann zu, wenn hier § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG – wie nach dessen Wortlaut – anzuwenden wäre, da das Strafverfahren gegen den Antragsteller nicht rechtskräftig abgeschlossen werden könne, solange sich dieser im Ausland befindet, weil nach § 285 Abs. 1 Satz 1 StPO eine Hauptverhandlung gegen einen Abwesenden nicht stattfindet, der sich im Ausland befindet

und dessen Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint (§ 276 StPO). Jedoch sei in Fällen wie denen des Antragstellers § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass eine Aussetzung unterbleibt (Rn. 71).

Hintergrund dieser Regelung sei, dass die Begehung einer Straftat unter Umständen auch ohne rechtskräftige Verurteilung einen Ausweisungsgrund darstellt, der in der Regel nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (a.F.) zur Versagung des Aufenthaltstitels führt. Sinn der Aussetzung sei es vor diesem Hintergrund, die maßgebliche Sachverhaltsermittlung in erster Linie den insoweit kompetenteren und sachnäheren Strafgerichten mit der Folge zu überlassen, dass dann in der Regel deren Entscheidung auch der ausländerrechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden kann. Dieser Zweck könne aber dann nicht erreicht werden, wenn ein rechtskräftiger Abschluss des Strafverfahren in absehbarer Zeit nicht zu erwarten sei (vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 04.07.2011, Az. 1 S 42/11, juris Rn. 4 ff.), so dass in solchen Fällen nach dem Sinn und Zweck des § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG entgegen seinem Wortlaut die Aussetzung der Entscheidung über die Erteilung des Aufenthaltstitels zu unterbleiben habe (Rn. 72).

Könne in diesen Fällen nicht ausgesetzt werden, so könne andererseits nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung, den Strafgerichten die maßgebliche Sachverhaltsermittlung zu überlassen, bis zum Abschluss des Strafverfahrens nach einer etwaige Wiedereinreise des Antragstellers auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller vorliegend einen Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 AufenthG (a.F.) verwirklicht habe (Rn. 73).

Etwas anderes ergebe sich hier auch nicht, wenn man gleichwohl ausnahmsweise die Berücksichtigung der betreffenden Straftat zulasse, etwa weil bereits auf Grund der festgestellten Ermittlungsergebnisse vom Vorliegen eines Ausweisungsgrundes ausgegangen werden könne und deshalb die Erteilung eines Aufenthaltstitels ausscheide. Denn ein solcher Fall liege hier nicht vor, weil der Antragsteller (zwar noch nicht rechtskräftig) in erster Instanz gerade von den ihm in der Anklage vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikten freigesprochen worden sei (Rn. 74).

Dr. Riedl  
Oberlandesanwalt

10 CS 15.859

10 C 15.860

10 C 15.981

Au 1 K 15.313

Au 1 S 15.314

*Großes Staats-  
wappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In den Verwaltungsstreitsachen

\*\*\*\*\* \*\*\*\*,

\*/\* \*\*\*\*\* \*\*\*\*,

\*\*\*\_\*\*\*\*\*\_\*\*\*. \*\*, \*\*\*\*\* \*\*\*\*\*,

- \*\*\*\*\* \*\*\* \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*.

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*,

\*\*\*\*\* \*\* \*\*\*\*\*,

gegen

**Stadt Augsburg,**

vertreten durch den Oberbürgermeister,

An der Blauen Kappe 18, 86152 Augsburg,

- Beklagte und Antragsgegnerin -

wegen

Aufenthaltserlaubnis und Duldung

(Antrag auf Prozesskostenhilfe, Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung, hilfsweise auf Erlass einer einstweiligen Anordnung und Antrag auf Prozesskostenhilfe für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes);

hier: Beschwerden des Klägers und Antragstellers gegen die Beschlüsse des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 25. März 2015 und 14. April 2015,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Senftl,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Martini,

die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Zimmerer

ohne mündliche Verhandlung am **21. Juli 2015**

folgenden

### **Beschluss:**

- I. Die Verfahren 10 CS 15.859, 10 C 15.860 und 10 C 15.981 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.
- II. Die Beschwerden werden zurückgewiesen.
- III. Der Kläger und Antragsteller trägt die Kosten der Beschwerdeverfahren.
- IV. Unter Abänderung der Nr. III des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 25. März 2015 wird der Streitwert für das Verfahren Au 1 S 15.314 und das Beschwerdeverfahren 10 CS 15.859 jeweils auf 2.500,- Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

I.

- 1 Der Kläger und Antragsteller (im Folgenden: Antragsteller) verfolgt mit seinen Beschwerden seine in erster Instanz erfolglosen Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für eine Klage, mit der er die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug oder einer Duldung begehrt (10 C 15.981), auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinsichtlich einer Klage gegen eine Ausreisepflicht und Abschiebungsanordnung bzw. Abschiebungsandrohung, hilfsweise auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der der Beklagten und Antragsgegnerin (im Folgenden: Antragsgegnerin) aufgegeben wird, von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen abzuweichen (10 CS 15.859), sowie auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes (10 C 15.860) weiter.
- 2 Der 1976 geborene Antragsteller ist senegalesischer Staatsangehöriger. Nachdem er wohl am 10. Juni 2012 in die Bundesrepublik Deutschland eingereist war, stellte er am 22. Juni 2012 einen Asylantrag.

- 3 Am 14. November 2013 wurde der Antragsteller in Untersuchungshaft genommen. Mit Anklageschrift vom 23. Dezember 2013 klagte ihn die Staatsanwaltschaft an, durch zwölf selbständige Handlungen jeweils gleichzeitig als Person über 21 Jahre Betäubungsmittel an eine Person unter 18 Jahren zum unmittelbaren Verbrauch überlassen zu haben und jeweils durch dieselbe Handlung vorsätzlich unerlaubt mit Betäubungsmitteln Handel getrieben zu haben. Der gegen den Antragsteller erlassene Haftbefehl wurde am 23. Dezember 2014 gegen Auflagen außer Vollzug gesetzt.
- 4 Mit Bescheid vom 29. August 2014 lehnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge seine Anträge auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und auf Asylanerkennung als offensichtlich unbegründet ab (Nr. 1 und 2 des Bescheids), erkannte den subsidiären Schutzstatus nicht zu (Nr. 3 des Bescheids), stellte fest, dass Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 Satz 1 AufenthG nicht vorliegen (Nr. 4 des Bescheids), forderte den Antragsteller auf, die Bundesrepublik Deutschland innerhalb einer Woche nach Bekanntgabe des Bescheids zu verlassen, und drohte ihm für den Fall, dass er die Ausreisefrist nicht einhalte, die Abschiebung in die Republik Senegal oder in einen anderen Staat an, in den er einreisen darf oder der zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist (Nr. 5 des Bescheids).
- 5 Am 8. September 2014 erhob der Antragsteller gegen diesen Bescheid Klage. Gleichzeitig beantragte er, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen. Diesen Antrag lehnte das Verwaltungsgericht Augsburg mit Beschluss vom 18. September 2014 ab. Dies teilte das Bundesamt der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 9. Oktober 2014 mit. Die Klage nahm der Antragsteller am 14. Januar 2015 zurück, nachdem er am 6. November 2014 eine deutsche Staatsangehörige geheiratet hatte.
- 6 Mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 7. November 2014 beantragte der Antragsteller die Erteilung eines „Aufenthaltstitels nach den Grundsätzen des Familiennachzuges (§§ 27 ff. AufenthG)“.
- 7 Am 11. November 2014 sprach der Antragsteller bei der Antragsgegnerin persönlich vor und beantragte eine Duldung, weil er verheiratet sei und in Deutschland bleiben wolle. Daraufhin erhielt er am 11. November 2014, 28. November 2014 und 9. Januar 2015 jeweils Bestätigungen darüber, dass die Antragsgegnerin die Erteilung einer Duldung prüfe.
- 8 Mit Schreiben vom 6. Februar 2015 übersandte die Antragsgegnerin dem Antragsteller eine Grenzübertrittsbescheinigung und setzte ihm eine Ausreisefrist bis zum 5. März 2015. Außerdem lehnte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 23. Februar

2015 den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ab.

- 9 Daraufhin erhob der Antragsteller am 5. März 2015 Klage (Au 1 K 15.313) und beantragte, den Bescheid der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2015 aufzuheben (I.), die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Antragsteller einen Aufenthaltstitel zu erteilen (II.), hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden (III.), den Bescheid vom 6. Februar 2015 aufzuheben (IV.) und die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Antragsteller eine Duldung mit Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu erteilen (V.), hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts den Antragsteller neu zu verbescheiden (VI.). Außerdem beantragte der Antragsteller, ihm für das Klageverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen und seinen Prozessbevollmächtigten beizuzuordnen (VII.).
- 10 Gleichzeitig beehrte der Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz (Au 1 S 15.314) und beantragte, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Versagung des Aufenthaltstitels durch den Bescheid vom 23. Februar 2015 anzuordnen (I.), hilfsweise die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ausreiseaufforderung und Abschiebungsanordnung bzw. Abschiebungsandrohung anzuordnen (II.) und wiederum hilfsweise der Antragsgegnerin nach § 123 VwGO aufzugeben, von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über die Erteilung einer Duldung und schließlich jedenfalls bis zum Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens abzusehen (III.). Außerdem beantragte der Antragsteller auch insoweit, ihm Prozesskostenhilfe zu gewähren und seinen Prozessbevollmächtigten beizuzuordnen.
- 11 Den Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Versagung des Aufenthaltstitels durch den Bescheid vom 23. Februar 2015 anzuordnen (I.), nahm der Antragsteller mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 17. März 2015 zurück. Das Verwaltungsgericht trennte daraufhin mit Beschluss vom 17. März 2015 das Verfahren insoweit ab und stellte es ein (Au 1 S 15.364).
- 12 Mit Beschluss vom 25. März 2015 lehnte das Verwaltungsgericht Augsburg die verbleibenden Anträge des Antragstellers im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung seines Prozessbevollmächtigten ab (Au 1 S 15.314).

13 Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der Antrag auf Anordnung der abschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung sei unstatthaft. Die Antragsgegnerin habe den Antragsteller weder zur Ausreise aufgefordert noch ihm die Abschiebung angedroht. Soweit sich die Klage auf die Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung im Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge beziehe, sei die Antragsgegnerin nicht der richtige Antragsgegner. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung seien nicht gegeben. Ein Anordnungsanspruch ergebe sich nicht aus § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Die Abschiebung des Antragstellers sei nicht tatsächlich unmöglich, weil er über die erforderlichen Heimreisepapiere verfüge und problemlos in den Senegal reisen könne. Die Abschiebung sei auch nicht wegen der familiären Beziehungen des Antragstellers zu seiner deutschen Ehefrau rechtlich unmöglich, weil es dem Antragsteller auch unter Berücksichtigung von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK zumutbar sei, die familiäre Beziehung für die Dauer des Visumverfahrens kurzfristig zu unterbrechen. Da der Antragsteller sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalte, könne er sich auch auf das durch Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistete Recht auf Privatleben nicht berufen. Der erst seit 2012 im Bundesgebiet lebende Antragsteller sei darüber hinaus nicht in der Bundesrepublik verwurzelt. Auch ein Anspruch auf Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG stehe dem Antragsteller nicht zu. Bereits die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen seien nicht erfüllt. Der Antragsteller sei nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist. Von dem Visumerfordernis könne auch nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden. Die Voraussetzungen eines zwingenden Anspruchs auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG seien angesichts der Verwirklichung eines Ausweisungsgrundes nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht erfüllt. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis stehe daher nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG im Ermessen der Antragsgegnerin. Die in § 54 Nr. 3 AufenthG genannten Betäubungsmitteldelikte könnten ohne vorherige Verurteilung zur Ausweisung führen. Die Durchführung des Visumverfahrens sei auch nicht aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls unzumutbar. Eine Unzumutbarkeit ergebe sich insbesondere entgegen der Ansicht des Antragstellers nicht daraus, dass er wegen des Strafverfahrens kein Visum erhalten werde. Der Antragsteller könne auch nicht nach § 39 AufenthV die Aufenthaltserlaubnis im Inland einholen. Die Voraussetzungen von § 39 Nr. 4 AufenthG lägen nicht vor, weil der Antragsteller nicht mehr im Besitz einer Aufenthaltsgestattung sei. Die Voraussetzungen von § 39 Nr. 5 AufenthV seien nicht erfüllt, weil die Abschiebung nicht nach § 60a AufenthG ausgesetzt sei. Darüber hinaus stehe der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegen. Die Ausnahmeregelung des § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG finde keine Anwendung, weil dem An-

tragsteller kein strikter Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zustehe. Im Übrigen könne dem Antragsteller bis zum rechtskräftigen Abschluss des laufenden Strafverfahrens nach § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden. Schließlich sei dem Antragsteller auch nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG keine Duldung zu erteilen. Biete die beabsichtigte Rechtsverfolgung damit keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, so sei auch der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abzulehnen.

- 14 Mit Beschluss vom 14. April 2014 lehnte das Verwaltungsgericht außerdem den Antrag des Antragstellers ab, ihm für das Klageverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen und seinen Prozessbevollmächtigten beizuordnen, weil die Klage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete (Au 1 K 15.313).
- 15 Unter Wiederholung seiner diesbezüglichen Ausführungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes führte das Verwaltungsgericht aus, dem Antragsteller stehe kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zu. Soweit sich die Klage gegen die Grenzübertrittsbescheinigung vom 6. Februar 2015 richte (Nr. IV des Klageantrags), sei sie darüber hinaus bereits unzulässig. Es handele sich dabei nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um ein Dokument, durch das die tatsächliche Ausreise des Antragstellers kontrolliert werde. Außerdem fehle dem Antragsteller das Rechtsschutzinteresse, weil die Grenzübertrittsbescheinigung für ihn keine zusätzliche Belastung darstelle. Ein Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG bestehe ebenfalls nicht. Insoweit werde auf den Beschluss vom 25. März 2015 (Au 1 S 15.314) verwiesen.
- 16 Seine Beschwerden gegen den Beschluss vom 25. März 2015 (10 CS 15.859 und 10 C 15.860) begründet der Antragsteller zunächst unter Bezugnahme auf seinen gesamten bisherigen Sachvortrag.
- 17 Außerdem führt er aus, entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts könne das Visumverfahren mehrere Jahre dauern. In dieser Zeit könnten sich die Eheleute nicht sehen, weil die beengten finanziellen Verhältnisse Reisen der Ehefrau nicht zuließen. Bereits die Ausreise des Ehemanns stelle eine nur schwer zu realisierende Bürde dar. Eine Kontaktmöglichkeit bestehe allenfalls dann, wenn die Ehefrau den Antragsteller in den Senegal begleite, was ihr jedoch nicht zumutbar sei. Die vorübergehende Trennung von Ehegatten zur Durchführung des Visumverfahrens sei zwar grundsätzlich nicht geeignet, den Kernbestand des Unionsbürgerstatus zu beeinträchtigen. Ob dies auch gelte, wenn von vornherein eine längere Dauer des Visumverfahrens ersichtlich sei und sachliche Gründe für die Durchführung dieses Verfah-

rens nicht vorlägen, erscheine zumindest fraglich. Der Verweis des Antragstellers auf das Visumverfahren sei jedenfalls derzeit unverhältnismäßig. Da der Ausweisungsgrund des § 54 Nr. 3 AufenthG eine rechtskräftige Verurteilung nicht voraussetze, bedeute eine erzwungene Ausreise vor dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens eine endgültige Regelung zu Lasten des Antragstellers. Der Tatverdacht der Abgabe von Betäubungsmitteln stehe dann bis in alle Ewigkeit im Raum, weil das Strafverfahren in Abwesenheit des Antragstellers nicht zu Ende geführt werde. Die Antragsgegnerin und das Verwaltungsgericht gingen zu Unrecht davon aus, dass ein Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 AufenthG schon bei einem Tatverdacht vorliege. In Anbetracht dieser Rechtsauffassung der Antragsgegnerin müsse sich der Antragsteller den bestehenden Tatverdacht auch im Visumverfahren entgegenhalten lassen, weil die Antragsgegnerin der Erteilung eines Visums nicht zustimmen werde. Das Verfahren werde entgegen der Annahme des Verwaltungsgerichts Jahre dauern. Hinzu komme, dass alle erforderlichen Prüfungen in Augsburg erfolgen müssten, so dass es keinen sachlichen Grund dafür gebe, dass der Antragsteller das Ergebnis dieser Prüfungen im Senegal abwarten solle.

- 18 Dem Antragsteller stehe außerdem ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zu. Der Antragsteller habe das erforderliche Visum vor der Einreise nicht einholen können, weil er seine Ehefrau zum Zeitpunkt der Reise noch nicht gekannt habe. Es gehe daher nicht um einen Missbrauchsfall, sondern den Fall, für den der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen habe, von der Durchführung des Visumverfahrens abzusehen. Auch die Voraussetzungen von § 39 Nr. 5 AufenthV lägen vor. Der Antragsteller habe Anspruch auf die Aussetzung der Abschiebung gehabt, weil die Eheschließung unmittelbar bevorstanden habe und bis zum 13. November 2014 eine Abschiebung im Hinblick darauf nicht möglich gewesen sei, dass der Ausländerbehörde keine Papiere des Antragstellers vorgelegen hätten. Schließlich habe die Ausländerbehörde bis zum 6. Februar 2015 auch keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ergriffen. Daran ändere auch der vermeintliche Antrag auf Erteilung einer Duldung vom 11. November 2014 nichts. Die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG greife ebenfalls nicht durch, weil die Voraussetzungen von § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG vorlägen. Die Sperrwirkung von § 10 Abs. 3 AufenthG sei auf Familienangehörige, die einen Rechtsanspruch auf Zugang nach der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht der Familienzusammenführung (ABl Nr. L 251 S. 12; im Folgenden: Richtlinie 2003/86/EG) hätten, nicht anwendbar, weil nach Art. 3 Richtlinie 2003/86/EG die Rechtsstellung des Familienangehörigen unerheblich sei und deshalb der Nachzugsanspruch keinen nationalen Beschränkungen unterworfen werden dürfe, die an die Rechtsstellung des Familienangehörigen des im Bundesgebiet lebenden Ehegatt-

ten anknüpfen. Wende man demgegenüber § 10 Abs. 3 AufenthG auf Familienangehörige eines deutschen Ehegatten an, so stünde der Antragsteller besser, wenn er einen Drittstaatsangehörigen geheiratet hätte. Dies verstoße gegen Art. 3 GG, weil es an einer sachlichen Rechtfertigung der Privilegierung der Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen fehle. Auch wenn die 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 (ABl L 158 S. 77; im Folgenden: Richtlinie 2004/38/EG), hier keine unmittelbare Rechtsstellung vermittele, sei ihr Grundgedanke zu beachten, Visumangelegenheiten von Familienangehörigen von Unionsbürgern aus Drittstaaten zu erleichtern.

- 19 Auch die Versagung von Prozesskostenhilfe könne aus den genannten Gründen keinen Bestand haben. Prozesskostenhilfe sei nicht erst dann zu gewähren, wenn der Erfolg des Rechtsmittels endgültig feststehe.
  
- 20 Seine Beschwerde gegen den Beschluss vom 14. April 2015 begründet der Antragsteller unter Bezugnahme auf seinen bisherigen Sachvortrag damit, dass die Ablehnung von Prozesskostenhilfe keinen Bestand haben könne. Dabei sei bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, dass der Antragsteller in erster Instanz von den ihm vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikten freigesprochen worden sei. Er habe Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG. Von dem Erfordernis der Einreise mit dem erforderlichen Visum müsse abgesehen werden. Da ein Ausweisungsgrund nach dem Freispruch des Antragstellers nicht mehr vorliege, sei ein Ermessen nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nicht mehr eröffnet. Der Verweis auf das Visumverfahren sei auch nicht verhältnismäßig. Da die Antragsgegnerin davon ausgehe, dass für einen Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 AufenthG ein Tatverdacht ausreiche, werde sie dem Antragsteller diesen Tatverdacht auch im Visumverfahren vorhalten. Dies habe zur Folge, dass das Strafverfahren zu keinem Zeitpunkt rechtskräftig abgeschlossen werden könne. Der Antragsteller könne also wegen eines Tatverdachts nicht einreisen, der nur bei seiner Einreise ausgeräumt werden könne. Dies sei zumindest dann nicht zumutbar, wenn wie hier das Strafverfahren bereits eingeleitet und sein Abschluss absehbar sei und außerdem Anhaltspunkte dafür vorhanden seien, dass sich der Tatverdacht nicht bestätigen werde. Abgesehen davon, dass das Visumverfahren entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts Jahre dauern werde und die Eheleute sich außer bei einer der Ehefrau des Antragstellers nicht zumutbaren gemeinsamen Ausreise in den Senegal in dieser Zeit nicht sehen könnten, könne der Antragsteller sich immer besser auf Deutsch verständigen.

- 21 Wegen der weiteren Einzelheiten der Beschwerdebeurteilung, die insoweit weitgehend mit der Beschwerdebeurteilung in den Verfahren 10 CS 15.859 und 10 C 15.860 übereinstimmt, wird auf den Schriftsatz vom 3. Juni 2015 im Verfahren 10 C 15.981 verwiesen.
- 22 Der Antragsteller beantragt im Verfahren 10 CS 15.859 sinngemäß,
- 23 Nr. I und II Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 25. März 2015 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ausreisauufforderung und Abschiebungsanordnung bzw. Abschiebungsandrohung anzuordnen, hilfsweise der Antragsgegnerin nach § 123 VwGO aufzugeben, von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache, jedenfalls bis zu einer Entscheidung über die Erteilung einer Duldung, jedenfalls bis zum Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens abzusehen.
- 24 Im Verfahren 10 C 15.860 beantragt der Antragsteller sinngemäß,
- 25 Nr. IV des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 25. März 2015 aufzuheben und dem Antragsteller für das Verfahren Au 1 S 15.314 Prozesskostenhilfe zu gewähren und ihm seinen Prozessbevollmächtigten beizuordnen.
- 26 Im Verfahren 10 C 15.981 beantragt der Antragsteller schließlich sinngemäß,
- 27 den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 14. April 2015 aufzuheben und dem Antragsteller für das Verfahren Au 1 K 15.313 Prozesskostenhilfe zu gewähren und ihm seinen Prozessbevollmächtigten beizuordnen.
- 28 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 29 die Beschwerden zurückzuweisen.
- 30 In den Verfahren 10 CS 15.859 und 10 C 15.860 macht sie unter Bezugnahme auf ihre Stellungnahmen im erstinstanzlichen Verfahren und den angefochtenen Beschluss geltend, die vom Antragsteller vorgetragene Gründe könnten nicht zum Erfolg der Beschwerden führen. Die mit Schriftsatz vom 11. Mai 2015 eingereichte weitere

Begründung könne nicht berücksichtigt werden, weil sie nicht fristgerecht erfolgt sei. Im Übrigen habe der Antragsteller nicht dargelegt, warum die Durchführung des Visumverfahrens auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar sei. Insbesondere sei nicht dargelegt, dass der Antragsteller Unterstützungsleistungen zu Gunsten seiner Ehefrau erbringe. Der mit der Durchführung des Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf sei hinzunehmen. Die Voraussetzungen von § 39 Nr. 4 und 5 AufenthG seien nicht erfüllt. Ein Anspruch im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG liege nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nur vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien.

- 31 Im Verfahren 10 C 15.981 erwidert die Antragsgegnerin, inwiefern der Freispruch der Klage zum Erfolg verhelfen könne, werde nicht aufgezeigt. Der Einwand, der Antragsteller habe nicht mit dem erforderlichen Visum einreisen können, weil er seine Ehefrau bei der Einreise noch gar nicht gekannt habe, treffe genau den Missbrauchsfall, dem § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG entgegenwirken wolle. Dem Beschwerdeführer stehe kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu.
- 32 Wegen der Einzelheiten der Beschwerdeerwiderungen wird auf die jeweiligen Schriftsätze vom 24. Juni 2015 Bezug genommen.
- 33 Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 14. Juli 2015, auf den auch hinsichtlich der Anlagen verwiesen wird, zur Beschwerdeerwiderung in den Verfahren 10 CS 15.859 und 10 C 15.860 Stellung genommen und unter anderem mitgeteilt, dass die Staatsanwaltschaft im Strafverfahren gegen das ihn freisprechende Urteil Berufung eingelegt habe.
- 34 Im Übrigen wird ergänzend auf die Gerichtsakten in den Verfahren Au 1 K 15.313, Au 1 S 15.314, 10 CS 15.859, 10 C 15.860 und 10 C 15.981 sowie die in diesen Verfahren beigezogenen Behördenakten Bezug genommen.

## II.

- 35 Die zulässigen Beschwerden, die der Verwaltungsgerichtshof nach § 93 Satz 1 VwGO zur gemeinsamen Entscheidung verbindet, sind unbegründet. Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO und die Beiordnung eines Rechtsanwalts nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 121 Abs. 2 ZPO liegen hinsichtlich des Klageverfahrens (Au 1 K 15.314) nicht vor (10 C 15.981; 1.). Die Anordnung

der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO und der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO kommen nicht in Betracht (10 CS 15.859, 2.). Schließlich scheidet auch hinsichtlich des Eilverfahrens (Au 1 S 15.314) die Bewilligung von Prozesskostenhilfe und die Beiordnung eines Rechtsanwalts aus (10 C 15.860; 3.).

- 36 1. Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (a) und die Beiordnung eines Rechtsanwalts (b) für das Klageverfahren (Au 1 K 15. 313) liegen nicht vor.
- 37 a) Nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt, weil die Rechtsverfolgung zum für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt (aa) weder hinsichtlich der begehrten Aufenthaltserlaubnis (bb; Anträge Nr. I bis III der Klage) noch hinsichtlich einer Duldung (cc; Anträge Nr. IV bis VI der Klage) hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet.
- 38 aa) Maßgeblich für die Beurteilung der hinreichenden Erfolgsaussichten ist dabei hier die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs. Dies folgt daraus, dass der Zeitpunkt der Bewilligungs- oder Entscheidungsreife des Prozesskostenhilfeantrags, der regelmäßig für die Beurteilung der Frage maßgeblich ist, ob die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (vgl. BayVGh, B.v. 10.4.2013 – 10 C 12.1757 – juris Rn. 25; B.v. 19.3.2013 – 10 C 13.334, 10 C 13.371 – juris Rn. 26 m.w.N.), noch nicht eingetreten ist (vgl. BayVGh, B.v. 18.6.2013 – 10 C 13.1235 – juris Rn. 3). Denn die vorgelegte Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse enthält keine Angaben zu den Wohnkosten des Antragstellers und seiner Ehefrau und lässt daher keine Beurteilung der Frage zu, ob der Antragsteller nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann.
- 39 bb) Die Anträge, den Bescheid der Antragsgegnerin vom 23. Februar 2015 aufzuheben (Antrag Nr. I) und die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Antragsteller eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen (Antrag Nr. II), versteht der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 88 VwGO als auf die Erteilung der mit Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers vom 7. November 2014 beantragten Aufenthaltserlaubnis

zum Familiennachzug nach den §§ 27 ff. AufenthG gerichtete Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 und § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. Diese Verpflichtungsklage wird sich im Hauptsacheverfahren voraussichtlich ebenso als unbegründet erweisen wie die hilfsweise für den Fall der Abweisung dieser Klage erhobene Bescheidungsklage nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, die mit dem Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden (Antrag Nr. III) auf die ermessensfehlerfreie erneute Entscheidung über die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Familiennachzug gerichtet ist. Denn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Familiennachzug, die hier nur in Form einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG in Betracht kommt, liegen zu dem für die Beurteilung der Erfolgsaussichten der Klage maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs nicht vor.

- 40 Zwar ist die Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug, d.h. zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet für ausländische Familienangehörige (§ 27 Abs. 1 Satz 1 AufenthG), nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG dem Antragsteller als ausländischem Ehegatten eines Deutschen zu erteilen, wenn der Deutsche wie die Ehefrau des Antragstellers seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Jedoch ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug hier nach § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ausgeschlossen.
- 41 aaa) Nach dieser Regelung darf einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist, ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 von Kapitel 2 des Aufenthaltsgesetzes erteilt werden, der den Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen regelt, nicht aber nach Abschnitt 6 von Kapitel 2 des Aufenthaltsgesetzes, der die Bestimmungen zum Aufenthalt aus familiären Gründen enthält.
- 42 Die Voraussetzungen von § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sind im Falle des Antragstellers erfüllt. Denn bei ihm handelt es sich um einen Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist. Der Asylantrag des Antragstellers, der senegalesischer Staatsangehöriger ist, ist mit Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom 29. August 2014 im Hinblick darauf, dass er aus einem sicheren Herkunftsstaat stammt (§ 29a Abs. 1 AsylVfG), als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden. Die gegen den Bescheid erhobene Klage hat der Antragsteller am 14. Januar 2015 zurückgenommen.
- 43 bbb) Die Rechtsfolge des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, dass dem Antragsteller nur

eine von ihm nicht beantragte und daher auch nicht streitgegenständliche Aufenthaltserlaubnis aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, nicht jedoch die begehrte Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug erteilt werden darf, ist auch nicht nach § 10 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 AufenthG ausgeschlossen. Zwar findet § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nach dieser Regelung im Falle eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels keine Anwendung. Ein solcher Anspruch des Antragstellers besteht jedoch nicht.

- 44 Unter einem Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 10 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 AufenthG ist nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen, der sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und bei dem alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. BVerwG, U.v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris Rn. 21 ff.; B.v. 16.2.2012 – 1 B 22.11 – juris Rn. 4). Ein Anspruch auf Grund einer Ermessensvorschrift genügt auch dann nicht, wenn das Ermessen im Einzelfall „auf Null“ reduziert ist (vgl. BVerwG, U.v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris Rn. 21). Ein Anspruch des Antragstellers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels in diesem Sinne besteht jedoch nicht. Denn es sind nicht alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen für die Erteilung einer hier allein in Betracht kommenden Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG erfüllt, weil die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht vorliegen. Vielmehr kommt die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nur im Rahmen einer Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG in Betracht.
- 45 Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Bei der Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, von der nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nur abgesehen werden kann, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen, handelt es sich aber nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, nach dem die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Einreise mit dem erforderlichen Visum voraussetzt, um eine zwingende Tatbestandsvoraussetzung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (vgl. Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 5 AufenthG Rn. 73). Ist sie nicht erfüllt, fehlt es an einem Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 10 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 AufenthG (vgl. BayVGH, B.v. 19.3.2013 – 10 C 13.334, 10 C 13.371 – juris Rn. 28; B.v. 7.1.2013 – 10 CE 13.36 – juris Rn. 14; OVG Saarl, B.v. 30.4.2008 – 2 B 207/08 – juris Rn. 11; B.v. 22.7.2008 – 2 B 257/08 –

juris Rn.10 f.; OVG NW, B.v. 30.4.2010 – 18 B 180/10 – juris Rn. 9 ff.; B.v. 8.12.2011 – 18 B 866/11 – juris Rn. 14 ff.; OVG Hamburg, U.v. 20.3.2015 – 1 Bf 231/13 – juris Rn. 36; a.A. SächsOVG, B.v. 16.10.2008 – 3 A 94/08 – juris Rn. 22; OVG Hamburg, B.v. 5.11.2012 – 2 Bs 28/12 – juris Rn. 12), weil die Aufenthaltserlaubnis dann allenfalls noch im Rahmen einer Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG erteilt werden kann. Ausländer, die als Asylbewerber ohne Visum eingereist sind, deren Asylantrag aber erfolglos geblieben ist, können einen asylunabhängigen Aufenthaltstitel (mit Ausnahme eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes) daher nur nach vorheriger Durchführung des Visumverfahrens einholen, wenn sie davon nicht aus anderen Gründen befreit sind oder den Aufenthaltstitel nach der Einreise einholen dürfen (vgl. BVerwG, U.v. 3.6.1997 – 1 C 1.97 – juris Leitsatz und Rn. 13 ff.; BayVGH, B.v. 7.1.2013 – 10 CE 13.36 – juris Rn. 14; OVG Berlin-Bbg, B.v. 17.1.2013 – OVG 11 S 51/10 – juris Rn. 8).

- 46 Danach gewährt § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG dem Antragsteller aber keinen Anspruch auf die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 10 Abs. 3 Satz 3 Halbsatz 1 AufenthG. Denn die zwingende Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist nicht erfüllt, weil der Antragsteller nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist ist.
- 47 (1) Nach § 6 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ist für längerfristige Aufenthalte wie den vom Antragsteller angestrebten Daueraufenthalt zur Herstellung und Wahrung der ehelichen Lebensgemeinschaft ein Visum für das Bundesgebiet erforderlich, das vor der Einreise erteilt wird. Über ein solches nationales Visum verfügte der Antragsteller jedoch bei seiner Einreise nicht.
- 48 (2) Ein Visum nach § 6 Abs. 3 Satz 1 AufenthG war auch nicht nach § 99 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG in Verbindung mit § 39 AufenthV entbehrlich. Der Antragsteller konnte die Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nicht nach den Regelungen von § 39 Nr. 4 und 5 AufenthG, die in seinem Fall insoweit allein in Betracht kommen, im Bundesgebiet einholen.
- 49 (a) Nach § 39 Nr. 4 AufenthV kann ein Ausländer die Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet einholen, wenn er eine Aufenthaltsgestattung nach dem Asylverfahrensgesetz besitzt und die Voraussetzungen nach § 10 Abs. 1 oder 2 AufenthG vorliegen.
- 50 Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Denn die Aufenthaltsgestattung des Antragstellers war zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug vom 7. November 2014 nach § 67 Abs. 1 Nr. 4

AsylVfG bereits erloschen, weil die mit Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom 29. August 2014 nach § 34 Abs. 1 AsylVfG erlassene Abschiebungsandrohung mit dem Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 18. September 2014, der den Antrag des Antragstellers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO in Verbindung mit § 36 Abs. 3 Satz 1 und § 36 Abs. 4 Satz 1 AsylVfG gegen die Abschiebungsandrohung abgelehnt hatte, vollziehbar geworden war.

- 51 (b) Nach § 39 Nr. 5 AufenthV kann ein Ausländer einen Aufenthaltstitel darüber hinaus im Bundesgebiet einholen, wenn seine Abschiebung nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist und er auf Grund einer Eheschließung im Bundesgebiet während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Auch diese Voraussetzungen sind jedoch nicht erfüllt. Denn die Abschiebung des Antragstellers war weder zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG noch danach gemäß § 60a AufenthG ausgesetzt.
- 52 Vielmehr war die Abschiebung des Antragstellers bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts über den Antrag des Antragstellers nach § 80 Abs. 5 VwGO in Verbindung mit § 36 Abs. 3 Satz 1 und § 36 Abs. 4 Satz 1 AsylVfG am 18. September 2014 nach § 36 Abs. 3 Satz 8 AsylVfG unzulässig. Danach wurde der Antragsteller zwar mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 15. Oktober 2014 zur Erteilung einer Duldung angehört, die Abschiebung aber nicht nach § 60a AufenthG ausgesetzt, sondern dem Antragsteller lediglich mit Bestätigungen und Bescheinigungen vom 11. November 2014, 28. November 2014 und 9. Januar 2015 bescheinigt, dass die Erteilung einer Duldung geprüft werde. Seit dem 6. Februar 2015 erhielt der Antragsteller schließlich nur noch Grenzübertrittsbescheinigungen.
- 53 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass, wie der Antragsteller meint, zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug vom 7. November 2014 die Abschiebung des Antragstellers nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG auszusetzen gewesen wäre.
- 54 Die Abschiebung des Antragstellers war zu diesem Zeitpunkt nicht deshalb aus rechtlichen Gründen unmöglich, weil sie wegen der bevorstehenden Eheschließung mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbar gewesen wäre. Denn die Eheschließung war bereits am 6. November 2014 erfolgt.
- 55 Schließlich war die Abschiebung des Antragstellers auch nicht im Hinblick darauf aus

tatsächlichen Gründen unmöglich, dass die Antragsgegnerin zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags vom 7. November 2014 keine Ausreisepapiere des Antragstellers vorlagen. Denn zu diesem Zeitpunkt verfügte der Antragsteller bereits über einen am 15. Mai 2014 ausgestellten Reisepass, den er der Antragsgegnerin, nachdem diese ihn bei seiner Vorsprache am 11. November 2014 dazu aufgefordert hatte, am 13. November 2014 aushändigte.

- 56 ccc) § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ist entgegen der Auffassung des Antragstellers auch nicht im Hinblick auf den Vorrang des Unionsrechts unanwendbar.
- 57 Der Antragsteller macht insoweit sinngemäß geltend, die Regelung sei mit Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2003/86/EG unvereinbar, weil nach deren Art. 3 Abs. 1, der die Rechtsstellung der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines in einem Mitgliedstaat lebenden Drittstaatsangehörigen für unerheblich erkläre, der Anspruch des Ehegatten auf Familienzusammenführung nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. a Richtlinie 2003/86/EG keinen nationalen Beschränkungen unterworfen werden dürfe, die an die Rechtsstellung des Familienangehörigen anknüpfen. Dies geschehe aber, wenn § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug an drittstaatsangehörige Familienangehörige, deren Asylantrag unanfechtbar abgelehnt sei, vor der Ausreise ausschließe (vgl. in diesem Sinne auch Dienelt in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 10 AufenthG Rn. 15). Diese Argumentation rechtfertigt es jedoch nicht, § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG im Hinblick auf den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts im Falle des Antragstellers unangewendet zu lassen.
- 58 Die Richtlinie 2003/86/EG ist auf den Antragsteller nicht anzuwenden. Denn sie findet nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 und Art. 2 Buchst. c Richtlinie 2003/86/EG nur dann Anwendung, wenn nicht nur der Familienangehörige, sondern auch der sich bereits im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufhaltende Zusammenführende Drittstaatsangehöriger ist. Dies ist hier jedoch nicht der Fall, weil die Ehefrau des Antragstellers nicht Drittstaatsangehörige, sondern als deutsche Staatsangehörige nach Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV Unionsbürger ist (Art. 2 Buchst. a Richtlinie 2003/86/EG).
- 59 Darüber hinaus lässt sich daraus, dass Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2003/86/EG die Richtlinie unabhängig von der Rechtsstellung der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen für anwendbar erklärt, keine Aussage darüber entnehmen, ob der Antrag auf Einreise und Aufenthalt vom Ausland aus gestellt werden muss oder ob er auch gestellt werden kann, wenn der Familienangehörige bereits eingereist ist. Diese Frage

regelt vielmehr nicht Art. 3 Abs. 1, sondern allein Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2003/86/EG. Danach ist der Antrag auf Einreise und Aufenthalt zu stellen und zu prüfen, wenn sich die Familienangehörigen noch außerhalb des Hoheitsgebiets des Mitgliedstaats aufhalten, in dem sich der Zusammenführende aufhält (Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 Richtlinie 2003/86/EG). Damit steht aber § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG im Einklang, wenn er bestimmt, dass einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt ist, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel zum Familiennachzug nicht erteilt werden kann. Soweit Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 Richtlinie 2003/86/EG die Mitgliedstaaten ermächtigt, gegebenenfalls zuzulassen, dass ein Antrag gestellt wird, wenn sich die Familienangehörigen bereits in seinem Hoheitsgebiet befinden, macht § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG von dieser Ermächtigung für unanfechtbar abgelehnte Asylbewerber Gebrauch. Dass durch § 10 Abs. 3 Satz 1 und 3 AufenthG entgegen Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2003/86/EG unanfechtbar abgelehnte Asylbewerber von der Anwendung dieser Richtlinie ausgenommen würden, ist daher nicht ersichtlich.

- 60 ddd) Ist § 10 Abs. 3 Satz 1 und 3 AufenthG danach aber mit der Richtlinie 2003/86/EG vereinbar und damit entgegen der Ansicht des Antragstellers nicht wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar, so verstößt diese Regelung auch nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG. Die vom Antragsteller geltend gemachte Ungleichbehandlung von unanfechtbar abgelehnten Asylbewerbern, die deutsche Staatsangehörige geheiratet haben, und solchen, die in Deutschland rechtmäßig lebende Drittstaatsangehörige geheiratet haben, sowie von deren jeweiligen deutschen und drittstaatsangehörigen Ehegatten besteht nicht. Denn § 10 Abs. 3 Satz 1 und 3 AufenthG gilt für alle unanfechtbar abgelehnten Asylbewerber, die einen Aufenthaltstitel zum Nachzug zu ihren in Deutschland lebenden Ehegatten begehren, gleichermaßen.
- 61 eee) Schließlich ist nicht ersichtlich, wie sich aus dem Grundgedanken der Richtlinie 2004/38/EG, die dem Antragsteller auch nach seiner eigenen Auffassung keine unmittelbare Rechtsstellung vermittelt, Folgerungen für die Anwendbarkeit von § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG im vorliegenden Fall ergeben sollen.
- 62 cc) Hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet die Klage auch nicht hinsichtlich der begehrten Duldung (Anträge Nr. IV bis VI).
- 63 aaa) Die Anträge, den Bescheid der Antragsgegnerin vom 6. Februar 2015 aufzuheben (Antrag Nr. IV) und die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Antragsteller eine Duldung mit Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu erteilen (Antrag Nr. V), versteht der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 88 VwGO

als Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 2 und § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO, die auf die Erteilung einer Duldung gerichtet ist, die der Antragsteller bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug deshalb begehrt, weil er inzwischen mit einer Deutschen verheiratet ist und deshalb grundsätzlich in Deutschland bleiben möchte (vgl. den Vermerk auf der Rückseite von Bl. 111 der Behördenakte). Dabei kann offenbleiben, ob es für diese Verpflichtungsklage und die hilfsweise für den Fall der Abweisung dieser Klage erhobene Bescheidungsklage nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO, die mit dem Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Antragsteller unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu verbescheiden (Antrag Nr. VI), auf die ermessensfehlerfreie erneute Entscheidung über die Erteilung einer solchen Duldung gerichtet ist, an einem Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers fehlt, weil er neben der gleichzeitig begehrten Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug keine Duldung erhalten kann (§ 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Denn jedenfalls bietet die Klage auf Erteilung einer solchen Duldung in der Sache weder im Haupt- noch im Hilfsantrag hinreichende Aussicht auf Erfolg, weil der Antragsteller weder einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 (bbb) oder 2 AufenthG (ccc) noch einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG hat (ddd).

- 64 bbb) Nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist die Abschiebung eines Ausländers auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt. Denn die Abschiebung des Antragstellers ist weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen unmöglich.
- 65 (1) Anhaltspunkte für eine tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung bestehen angesichts des Vorhandenseins eines bis zum 18. Mai 2019 gültigen senegalesischen Reisepasses des Antragstellers nicht.
- 66 (2) Die Abschiebung des Antragstellers ist auch nicht aus rechtlichen Gründen unmöglich. Sie stellt keinen unzulässigen Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG und in das Recht auf Familienleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK dar.
- 67 Art. 6 GG gewährt grundsätzlich keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt. Das Grundgesetz überantwortet die Entscheidung, in welcher Zahl und unter welchen Voraussetzungen der Zugang zum Bundesgebiet ermöglicht werden soll, weitgehend der gesetzgebenden und der vollziehenden Gewalt (vgl. BVerfG, B.v. 10.5.2008 – 2

BvR 588/08 – juris Rn. 11). Ebenso wenig gewährt das Recht auf Familienleben nach Art. 8 Abs. 1 EMRK ein Recht eines Ausländers, in ein bestimmtes Land einzureisen und sich dort aufzuhalten (vgl. EGMR, U.v. 2.8.2001 – Boultif, Nr. 54273/00 – InfAusIR 2001, 476/477), sondern belässt den Staaten grundsätzlich das Recht, die Einreise fremder Staatsangehöriger in ihr Hoheitsgebiet zu kontrollieren (vgl. EGMR, U.v. 18.10.2006 – Üner, Nr. 46410/99 – juris Rn. 54). Allerdings verpflichtet die in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach der der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, die Ausländerbehörde bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren, die bestehenden familiären Bindungen des Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, zu berücksichtigen und entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dieser verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie entspricht der Anspruch des Trägers des Grundrechts aus Art. 6 GG darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über das Aufenthaltsbegehren seine familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen berücksichtigen (vgl. BVerfG, B.v. 10.5.2008 – 2 BvR 588/08 – juris Rn. 11 m.w.N.). Ebenso ist nach Art. 8 EMRK bei aufenthaltsbeendenden Maßnahmen die familiäre Situation des Ausländers zu berücksichtigen (vgl. EGMR, U.v. 2.8.2001 – Boultif, Nr. 54273/00 – InfAusIR 2001, 476/478).

68 Mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG und dem Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK ist es danach aber grundsätzlich vereinbar, den Ausländer auf die Einholung eines erforderlichen Visums zu verweisen. Das Visumverfahren bietet Gelegenheit, die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen zu überprüfen und so die Einreise von Ausländern in das Bundesgebiet zu kontrollieren. Der mit der Durchführung des Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf ist von demjenigen, der die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland begehrt, regelmäßig hinzunehmen (vgl. BVerfG, B.v. 1.12.2008 – 3 BvR 1830/08 – juris Rn. 25; B.v. 10.5.2008 – 2 BvR 588/08 – juris Rn. 13; B.v. 4.12.2007 – 2 BvR 2341/06 – juris Rn. 7).

69 Nach diesen Maßstäben stellt es aber keinen unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht auf Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG und das Recht auf Familienleben des Antragstellers nach Art. 8 Abs. 1 EMRK dar, wenn er die Bundesrepublik zunächst verlassen muss, um das erforderliche Visumverfahren durchzuführen. Denn es ist nicht ersichtlich, dass damit eine Trennung des Antragstellers und seiner Ehefrau verbunden wäre, die die übliche Dauer des Visumverfahrens übersteigen würde oder sonst unzumutbar wäre.

- 70 (a) Soweit der Antragsteller geltend macht, das Visumverfahren werde mehrere Jahre dauern, weil die Antragsgegnerin, die davon ausgehe, dass für einen Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 AufenthG ein Tatverdacht ausreiche, dem Antragsteller diesen Tatverdacht auch im Visumverfahren entgegenhalten werde und dies zur Folge habe, dass das Strafverfahren zu keinem Zeitpunkt rechtskräftig abgeschlossen werden könne, trifft dies nicht zu.
- 71 (aa) Zwar ist nach § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, wenn wie im Falle des Antragstellers ein Ausländer, gegen den wegen des Verdachts einer Straftat ermittelt wird, die Erteilung eines Aufenthaltstitels, mithin auch eines nationalen Visums (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 6 Abs. 3 Satz 1 AufenthG), beantragt, die Entscheidung über den Aufenthaltstitel bis zum Abschluss des Verfahrens, im Falle einer gerichtlichen Entscheidung bis zu deren Rechtskraft auszusetzen, es sei denn, über den Aufenthaltstitel kann ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens entschieden werden. Über das Visum des Antragstellers kann im Hinblick darauf, dass seine Erteilung sich gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nach den für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis geltenden Vorschriften richtet und daher nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in der Regel voraussetzt, dass kein Ausweisungsgrund vorliegt, auch nicht ohne Rücksicht auf den Ausgang des Strafverfahrens entschieden werden, das wegen der Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das den Antragsteller freisprechende Urteil vom 11. Mai 2015 noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist. Dementsprechend wäre § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG im Falle eines Visumantrags des Antragstellers seinem Wortlaut nach anzuwenden. Geschähe dies, könnte es, wie der Antragsteller befürchtet, auch dazu kommen, dass das Visumverfahren auf unabsehbare Zeit ausgesetzt wird. Denn das Strafverfahren kann nicht rechtskräftig abgeschlossen werden, solange sich der Antragsteller im Ausland befindet, weil nach § 285 Abs. 1 Satz 1 StPO eine Hauptverhandlung gegen einen Abwesenden und damit insbesondere gegen einen Beschuldigten nicht stattfindet, der sich im Ausland befindet und dessen Gestellung vor das zuständige Gericht nicht ausführbar oder nicht angemessen erscheint (§ 276 StPO). Jedoch ist § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG in Fällen wie denen des Antragstellers dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass eine Aussetzung des Visumverfahrens unterbleibt.
- 72 Hintergrund der Regelung des § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ist, dass die Begehung einer Straftat unter Umständen auch ohne rechtskräftige Verurteilung einen Ausweisungsgrund darstellt, der in der Regel nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zur Versagung des Aufenthaltstitels führt. Sinn der Aussetzung des Verfahrens ist es vor diesem Hintergrund, die maßgebliche Sachverhaltsermittlung in erster Linie den insoweit kompetenteren und sachnäheren Strafgerichten mit der Folge zu überlassen,

dass dann in der Regel deren Entscheidung auch der ausländerrechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden kann (vgl. Funke-Kaiser in Gemeinschaftskommentar zum AufenthG, Stand: März 2015, § 79 Rn. 28; Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: März 2015, § 79 Rn. 18). Dieser Zweck kann aber dann nicht erreicht werden, wenn ein rechtskräftiger Abschluss des Strafverfahrens in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist (vgl. OVG Bremen, B.v. 4.7.2011 – 1 S 42/11 – juris Rn. 4 ff.), so dass in solchen Fällen nach dem Sinn und Zweck des § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG entgegen seinem Wortlaut die Aussetzung der Entscheidung über die Erteilung des Aufenthaltstitels zu unterbleiben hat. Ein solcher Fall liegt hier aber vor, weil über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das den Antragsteller von den ihm vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikten freisprechende Urteil nicht rechtskräftig entschieden werden kann, solange der Antragsteller sich im Ausland befindet und deshalb eine Hauptverhandlung nach § 285 Abs. 1 Satz 1 StPO nicht stattfinden kann.

73 (bb) Kann danach ein durch den Antrag des Antragstellers auf Erteilung eines Visums zum Familiennachzug eingeleitetes Visumverfahren nicht nach § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ausgesetzt werden, so kann andererseits in diesem Verfahren nach dem Sinn und Zweck dieser Regelung, den Strafgerichten als den insoweit kompetenteren und sachnäheren Gerichten die maßgebliche Sachverhaltsermittlung zu überlassen, bis zum Abschluss des Strafverfahrens nach einer etwaigen Wiederreise des Antragstellers auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Antragsteller im Hinblick auf die Anklage wegen unerlaubter Verbrauchsüberlassung von Betäubungsmitteln als Person über 21 Jahre an eine Person unter 18 Jahren in 12 Fällen jeweils in Tateinheit mit vorsätzlichem unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln einen Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 AufenthG verwirklicht hat (vgl. Dienelt/Samel in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 79 AufenthG Rn. 13; Funke-Kaiser in Gemeinschaftskommentar zum AufenthG, Stand: März 2015, § 79 Rn. 41).

74 Etwas anderes ergibt sich hier im Übrigen auch dann nicht, wenn man gleichwohl ausnahmsweise die Berücksichtigung der betreffenden Straftat zulässt, etwa weil bereits auf Grund der festgestellten Ermittlungsergebnisse vom Vorliegen eines Ausweisungsgrunds ausgegangen werden kann und deshalb die Erteilung eines Aufenthaltstitels ausscheidet (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: März 2015, § 79 Rn. 25). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Denn der Antragsteller ist, wenn auch noch nicht rechtskräftig, durch das Urteil vom 11. Mai 2015 in erster Instanz gerade von den ihm in der Anklage vorgeworfenen Betäubungsmitteldelikten freigesprochen worden.

- 75 (b) Schließlich ist auch angesichts des Nettoeinkommens der Ehefrau von 900,- Euro monatlich und der früheren Tätigkeit des Antragstellers im Senegal als Klempner weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die nach dem Gesagten voraussichtlich die übliche Dauer des Visumverfahrens nicht übersteigende vorübergehende Trennung des Antragstellers von seiner Ehefrau etwa deshalb unzumutbar wäre, weil den Ehegatten die Mittel für eine Wiedereinreise des Antragstellers nach erfolgreichem Abschluss des Visumverfahrens nicht zur Verfügung stünden und die vorübergehende Trennung deshalb zu einer dauerhaften Trennung würde.
- 76 ccc) Der Antragsteller hat auch keinen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG, nach dem die Abschiebung eines Ausländers auch dann auszusetzen ist, wenn seine vorübergehende Anwesenheit im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens von der Staatsanwalt oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Abgesehen davon, dass nicht ersichtlich ist, dass die Staatsanwaltschaft oder das Strafgericht die Anwesenheit des Antragstellers für ein solches Strafverfahren für sachgerecht erachten würde, kommt eine Anwendung dieser Regelung nur in Betracht, wenn es sich bei dem Ausländer um einen Zeugen handelt, dessen Angaben zur Erforschung des Sachverhalts von Bedeutung sind (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: März 2015, § 60a Rn. 69). Dass der Antragsteller selbst wegen eines Verbrechens (§ 12 Abs. 1 und 3 StGB) nach § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG angeklagt worden ist, reicht daher für eine Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 Satz 2 AufenthG nicht aus.
- 77 ddd) Schließlich hat der Antragsteller auch keinen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG, die einem Ausländer erteilt werden kann, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Denn das insoweit geltend gemachte persönliche Interesse des Antragstellers, im Bundesgebiet bleiben zu können, solange das Strafverfahren nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, damit ihm im Visumverfahren nicht auf Dauer ein Ausweisungsgrund entgegen gehalten werden kann, liegt nicht vor, weil Letzteres, wie dargelegt, im Hinblick auf den Sinn und Zweck von § 79 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG und den erstinstanzlichen Freispruch des Antragstellers gerade nicht in Betracht kommt.
- 78 b) Liegen damit die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht vor, weil die Klage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, so kann dem Antragsteller auch nicht nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 121

Abs. 2 ZPO sein Prozessbevollmächtigter beigeordnet werden.

- 79 2. Auch die zulässige Beschwerde (10 CS 14.859) gegen die Ablehnung des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ausreiseaufforderung und Abschiebungsanordnung bzw. Abschiebungsandrohung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 AufenthG (a) und des hilfsweise gestellten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 AufenthG (b) durch den Beschluss vom 25. März 2015 ist unbegründet. Die in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe, die der Verwaltungsgerichtshof nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO allein zu prüfen hat, rechtfertigen nicht die Abänderung oder Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.
- 80 a) Soweit das Verwaltungsgericht den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Ausreiseaufforderung und Abschiebungsanordnung bzw. Abschiebungsandrohung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO abgelehnt hat, hat die Beschwerde schon deshalb keinen Erfolg, weil der Beschwerdebegründung, die sich mit der Begründung des Verwaltungsgerichts insoweit nicht auseinandersetzt, keine Gründe dafür zu entnehmen sind, dass der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 25. März 2015 aufgehoben werden soll, soweit er die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ablehnt.
- 81 Im Übrigen ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO vom Verwaltungsgericht auch im Ergebnis zu Recht abgelehnt worden, weil er bereits unstatthaft und damit unzulässig ist. Eine Klage, deren aufschiebende Wirkung angeordnet werden könnte, liegt nicht vor. Soweit die Klage des Antragstellers den Bescheid vom 23. Februar 2015 betrifft, richtet sie sich weder gegen eine Ausreiseaufforderung noch gegen eine Abschiebungsanordnung oder eine Abschiebungsandrohung. Denn dieser Bescheid lehnt lediglich den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab, enthält aber keine Ausreiseaufforderung, Abschiebungsanordnung oder Abschiebungsandrohung. Soweit Nr. 4 des Bescheids des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge vom 29. August 2014 den Antragsteller zur Ausreise innerhalb einer Woche nach Bekanntgabe dieses Bescheids auffordert und dem Antragsteller die Abschiebung in den Senegal oder in einen anderen Staat androht, in den er einreisen darf oder der zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist, ist die dagegen gerichtete Klage, für die die Antragsgegnerin zudem nicht passivlegitimiert gewesen wäre, in der mündlichen Verhandlung vom 14. Januar 2015 zurückgenommen und das Verfahren eingestellt worden.

- 82 b) Der Hilfsantrag, der Antragsgegnerin nach § 123 Abs. 1 VwGO aufzugeben, von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsachverfahrens, jedenfalls aber bis zur Entscheidung über die Erteilung einer Duldung, jedenfalls aber bis zum Abschluss des Eilrechtsschutzverfahrens abzusehen, ist unbegründet. Ein Anordnungsanspruch, der durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO gesichert werden könnte, ist nicht glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO). Der Antragsteller hat, wie dargelegt, weder Anspruch auf die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG noch auf die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 VwGO.
- 83 Dabei geht der Verwaltungsgerichtshof mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon aus, dass die Antragsgegnerin § 72 Abs. 4 Satz 1 AufenthG beachtet hat, nach dem ein Ausländer, gegen den wie im Falle des Antragstellers die öffentliche Klage erhoben worden ist, nur im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft abgeschoben werden darf.
- 84 3. Ist damit der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO unzulässig und der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO unbegründet, so ist mangels hinreichender Erfolgsaussichten dieser Anträge auch die Beschwerde (10 C 15.860) gegen die Ablehnung der Anträge, dem Antragsteller insoweit nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO Prozesskostenhilfe zu gewähren und ihm seinen Prozessbevollmächtigten nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 121 Abs. 2 ZPO beizuordnen (Nr. IV des Beschlusses vom 25. März 2015; Au 1 S 15.314), unbegründet.
- 85 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 86 Die Streitwertfestsetzung für die Verfahren Au 1 S 15.314 und 10 CS 15.859 beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 63 Abs. 3 Satz 1, § 45 Abs. 1 Satz 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und 2 und § 52 Abs. 2 GKG, wobei für den Haupt- und den Hilfsantrag jeweils ein Viertel des Auffangwerts nach § 52 Abs. 2 GKG zugrunde gelegt wurden (vgl. Nr. 1.5 und 8.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit).
- 87 Der Festsetzung eines Streitwerts für die Beschwerdeverfahren 10 C 15.860 und 10 C 15.981, die die Ablehnung von Anträgen auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beordnung eines Rechtsanwalts für die Verfahren Au 1 K 15.313 und Au 1 S 15.314 betreffen, bedarf es nicht, weil nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses zum

Gerichtskostengesetz (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) eine streitwertunabhängige Gebühr anfällt.

88 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

89 Senftl Dr. Martini

Zimmerer