Az.: 3 B 165/20
3 L 805/19

SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Nordsachsen
vertreten durch den Landrat
Schloßstraße 27, 04860 Torgau

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Aufenthaltserlaubnis
hier: Beschwerde nach § 80 VwGO

hat der 3. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, den Richter am Oberverwaltungsgericht Kober und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Nagel

am 18. Februar 2021

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 6. April 2020 - 3 L 805/19 - geändert. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 23. Juli 2019 wird angeordnet.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt der Antragsgegner.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500 € festgesetzt.

Gründe

1 Die zulässige Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. Die mit ihr vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen eine Änderung des erstinstanzlichen Beschlusses.

2 Der Antragsteller begehrt im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 80 Abs. 5 VwGO, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 23. Juli 2019 anzuordnen. Mit diesem Bescheid lehnte der Antragsgegner den Antrag des Antragstellers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab, forderte ihn zur Ausreise binnen zwei Wochen auf und drohte ihm widrigenfalls sein Abschiebung in die Tschechische Republik an.

3 Der am [redacted] 2011 geborene Antragsteller ist vietnamesischer Staatsangehöriger. Er verfügt über eine bis 25. September 2021 befristete Aufenthaltserlaubnis für die Tschechische Republik und begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Nach seiner Darstellung reiste er am 21. März 2019 gemeinsam mit seiner in Tschechien lebenden Mutter zum wiederholten Mal zu seinem in Deutschland lebenden Vater und stellte am 27. März 2019 einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Kindernachzugs. Zur Begründung führte er aus, er könne ausnahmsweise

visumsfrei einreisen. Er verfüge über eine Aufenthaltserlaubnis in einem anderen Schengenstaat und sei mit dieser für touristische Zwecke einreiseberechtigt. Er lebe mit seinem Vater in familiärer Gemeinschaft und habe sich bei ihm am 5. März 2019 angemeldet. Da sein Vater davon ausgegangen sei, dass ein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht im Bundesgebiet gestellt werden könne, sei er mit seiner Mutter zunächst nach Tschechien zurückgekehrt und dann am 21. März 2019 wieder eingereist. Mit dem streitgegenständlichen Bescheid vom 23. Juli 2019 lehnte der Antragsgegner den Antrag ab. Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stehe entgegen, dass der Antragsteller nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist sei. Er sei auch nicht ausnahmsweise berechtigt, den Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einzuholen. Sein Aufenthalt sei trotz des tschechischen Aufenthaltstitels nicht rechtmäßig gewesen. Eine visumsfreie Einreise sei nicht zulässig, wenn der Ausländer - wie hier - mit der Absicht eines Daueraufenthalts einreise.

4 Seinen nach Widerspruchseinlegung erhobenen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz lehnte das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 6. April 2020 ab. Sein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO sei unzulässig, da sein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis keine Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 AufenthG ausgelöst habe. Ein Anspruch nach § 123 VwGO auf vorläufige Erteilung einer Duldung sei unbegründet. Die Einreise des Antragstellers und jedenfalls der danach begründete Aufenthalt seien nicht rechtmäßig gewesen. Gemäß § 4 Abs. 1 AufenthG bedürften Ausländer für die Einreise und den Aufenthalt im Bundesgebiet zwar dann keines Aufenthaltstitels, wenn - u. a. - durch das Recht der Europäischen Union etwas anderes bestimmt sei. Die Voraussetzungen des hier allein in Betracht kommenden Art. 21 Abs. 1 SDÜ seien aber nicht erfüllt, wenn der Ausländer schon mit der Absicht der Begründung eines Daueraufenthalts einreise. Hier spreche alles dafür, dass der Antragsteller, als Vietnamese ein Drittausländer i. S. dieser Regelung, bei seiner Einreise zwar im Besitz eines die Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 SDÜ grundsätzlich eröffnenden, bis zum 21. September 2021 gültigen Aufenthaltstitels eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union mit der Bezeichnung „Trvaly Pobyt/Permanent Residence 51“ gewesen sei. Art. 21 Abs. 1 SDÜ erlaube Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet jedoch nur für Kurzaufenthalte von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen. Verfolge der Ausländer bereits bei der Einreise die Absicht, diesen zeitlichen Rahmen zu überschreiten, bedürfe er bereits zu diesem Zeitpunkt des für den beabsichtigten Daueraufenthalt erforderli-

chen nationalen Visums. Dass der Antragsteller bereits bei Einreise die Absicht gehabt habe, nicht nach 90 Tagen wieder auszureisen, sondern dauerhaft bei seinem im Bundesgebiet lebenden, allein sorgeberechtigten Vater zu bleiben, sei offensichtlich und werde auch durch den Vortrag im gerichtlichen Eilverfahren nicht ernsthaft in Frage gestellt. Ihm stehe derzeit auch weder ein Anordnungsanspruch nach § 123 VwGO auf Erteilung einer Duldung nach § 60a AufenthG wegen Kindernachzugs, noch aus humanitären Gründen gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG zu. Zwar sei nach § 32 AufenthG dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn beide Elternteile oder - wie hier - der allein sorgeberechtigte Elternteil eine in der Regelung näher bezeichnete Aufenthaltserlaubnis besitze. Hier lasse sich jedoch nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen, dass einem solchen Rechtsanspruch keine Versagungsgründe nach § 5 Abs. 2 AufenthG entgegenstünden. Die Erteilung komme nicht in Betracht, wenn - wie hier - die allgemeine Erteilungsvoraussetzung der Einreise mit dem erforderlichen Visum nicht erfüllt sei und kein Grund für eine Ausnahme bestehe. Ob gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 AufenthG im Ermessenswege von der Durchführung eines Visumverfahrens abgesehen werden könne, erscheine mehr als fraglich, da wohl kein strikter Rechtsanspruch auf eine Erlaubniserteilung bestehe. Durch die Einreise zum Daueraufenthalt ohne das erforderliche Visum spreche alles dafür, dass bei dem Antragsteller ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG gegeben sei. Der Antragsteller habe auch keine Umstände vorgetragen, die eine Nachholung des Visumsverfahren als unzumutbar i. S. v. § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG erscheinen lasse. Vielmehr erscheine eine vorübergehende Trennung zur Nachholung des Visumverfahrens als zumutbar. Aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Bescheides habe der Antragsteller auch keinen zu sichernden Anspruch nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

5 2. Das Beschwerdevorbringen des Antragstellers führt zu einer Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

6 Er trägt hierzu mit Schriftsatz vom 7. Mai 2020 vor, dass seine Einreise rechtmäßig erfolgt sei und sein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis eine Fortgeltungsfiktion gemäß § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ausgelöst habe. Seinen Eltern sei bekannt, dass für einen Daueraufenthalt grundsätzlich ein Visumverfahren durchzuführen sei. Von diesem Erfordernis sei hier aber nach § 39 Nr. 6 AufenthV abzusehen. Selbst

wenn aber der Darstellung des Verwaltungsgerichts zur Einreise zu folgen wäre, erweise sich die Entscheidung des Gerichts als fehlerhaft. Es sei übersehen worden, dass sich rechtliche Besonderheiten daraus ergäben, dass sein Vater eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG besitze und er vor seiner Einreise ins Bundesgebiet mit ihm in der tschechischen Republik zusammengelebt habe. In dieser Konstellation sei für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein vorheriges Visumverfahren nicht erforderlich. Dies folge aus dem Erwägungsgrund 20 Satz 1 RL 2003/109/EG des Rates vom 25. November 2003 und Art. 16 Abs. 1 und 4 RL 2003/109/EG. Unter Bezugnahme auf einen Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (v. 13. April 2015 - 19 CS 14.2847 -, juris Rn. 16 ff.) macht er geltend, dass bei Anwendung dieser Richtlinie die Auffassung, es bedürfe eines Visums zur Einreise, keine Stütze finde. Hier habe die richtlinienkonforme Auslegung im Rahmen des § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG stattzufinden. Auch eine Anwendung der Richtlinie über § 39 AufenthV sei möglich. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis von dem vorherigen Durchlaufen eines Visumverfahrens abhängig zu machen, sei aber nicht richtlinienkonform.

7 Das Verwaltungsgericht habe auch zu Unrecht angenommen, dass die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 AufenthG nicht gegeben seien. Da alle sonstigen Voraussetzungen von § 32 und § 5 AufenthG vorliegen, könne einem Erteilungsanspruch allenfalls ein Ausweisungsinteresse entgegenstehen. Zwar komme dieses im Fall einer strafbewehrten unerlaubten Einreise i. S. v. § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG in Betracht. Eine solche könne hier aber aus den bereits dargelegten Gründen nicht angenommen werden. Rechtsfehlerhaft sei es aber vor allem anderen, dass das Verwaltungsgericht hier den Verweis auf das Visumverfahren i. S. v. § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 AufenthG für zumutbar halte. Seine Kindeswohlbelange seien nicht berücksichtigt worden.

8 3. Dieses Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg.

9 Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist davon auszugehen, dass der Antrag des Antragstellers vom 27. März 2019 eine Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 AufenthG ausgelöst hat, so dass sein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zulässig ist. Denn aus den mit der Beschwerde zutreffend dargelegten Gründen bedurfte er wegen § 39 Nr. 6 AufenthG, § 38a AufenthG, § 32 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG i. V. m. Art. 16 Abs. 1 RL 2003/109/EG für seine Einreise aus der Tschechischen Republik ungeachtet

eines beabsichtigten Daueraufenthalts im Bundesgebiet keines Visums. Damit verstieß seine Einreise nicht gegen § 6 Abs. 3 AufenthG, der grundsätzlich bei einem mit der Einreise verfolgten Zweck eines langfristigen Aufenthalts ein Visumserfordernis vorsieht.

10 Der Antragsteller hat auch einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus §§ 32, 38a AufenthG i. V. m. mit Art. 16 Abs. 1 RL 2003/109/EG.

11 Der Antragsteller ist im Besitz eines von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitels. Er verfügt über einen Aufenthaltstitel der Tschechischen Republik mit der Bezeichnung „Trvaly Pobyt/Permanent Residence 51“, der bis zum 21. September 2021 gültig ist.

12 Da sein Vater über einen Aufenthaltstitel nach § 38a AufenthG verfügt, unterfällt der Nachzug des Antragstellers zu seinem Vater neben § 32 AufenthG auch der Richtlinie 2003/109/EG. Nach dem Erwägungsgrund 20 Satz 1 dieser Richtlinie sollen „Familienangehörige … auch das Recht haben, sich mit dem langfristig Aufenthaltsberechtigten in einem anderen Mitgliedsstaat niederzulassen, um die familiäre Lebensgemeinschaft zu wahren und den langfristig Aufenthaltsberechtigten nicht in der Ausübung seines Aufenthaltsrechts zu behindern.“ Art. 16 Abs. 1 RL 2003/109/EG bestimmt: „Übt der langfristig Aufenthaltsberechtigte sein Aufenthaltsrecht in einem zweiten Mitgliedsstaat aus und bestand die Familie bereits im ersten Mitgliedsstaat, so wird den Angehörigen seiner Familie, die die Bedingungen des Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2003/86/EG erfüllen, gestattet, den langfristig Aufenthaltsberechtigten zu begleiten oder ihm nachzureisen“.

13 In dem hier vorliegenden Fall einer Familie, die bereits vor der Weiterwanderung im ersten Mitgliedsstaat bestand, spricht Überwiegendes dafür, dass für die erstrebte Aufenthaltserlaubnis nur die in Art. 16 Abs. 4 RL 2003/109/EG genannten speziellen Nachzugsvoraussetzungen erfüllt sein müssen und die Einreise insbesondere nicht von der vorherigen Einholung eines Visums abhängig ist (vgl. BayVGH, Beschl. v. 13. April 2015 - 19 CS 14.2847 -, juris Rn. 17 ff., Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, AuslR, 13. Aufl. 2020, § 38a Rn. 60).

14 Der Senat teilt die Auffassung, dass es geboten ist, im Lichte des Art. 16 Abs. 1, Abs. 4 RL 2003/109/EG auch die Bestimmung des § 39 Nr. 6 AufenthV anzuwenden, derzufolge Aufenthaltstitel im Bundesgebiet ohne Durchführung eines Visumverfahrens erteilt werden können (BayVGH, a. a. O. Rn. 18). Hiervon ausgehend ist die visumsfreie Einreise des Antragstellers rechtmäßig gewesen und hat die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 AufenthG ausgelöst. Die vom Antragsgegner angeführte Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Februar 2019 (- 10 ZB 18.1626 -, juris) betrifft diese Frage nicht, sondern lediglich den Anwendungsbereich von Art. 21 Abs. 1 SDÜ.

15 Zudem ist der Senat auch der Auffassung, dass aus den mit der Beschwerde dargelegten Gründen ein Absehen vom Erfordernis der Einholung eines Visums vor der Einreise nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG gerechtfertigt wäre. Die Ausreise des Antragstellers erscheint hier aufgrund der besonderen Umstände des Falls nicht zumutbar. Hierfür streitet zunächst der Umstand, dass die visumsfreie Einreise erst nach Einholung eines rechtlich fundierten Rats seiner Prozessbevollmächtigten erfolgt ist. Zudem würde eine Ausreise zum Zweck der Einholung eines Visums insbesondere zu einer Unterbrechung des Schulbesuchs im Bundesgebiet für den Antragsteller und möglicherweise bis zum Verlust eines ganzen Schuljahres führen. Dies ist in Ansehung seines voraussichtlichen Anspruchs auf Erlaubniserteilung und aufgrund seiner späten Einschulung von besonderem Gewicht, da er bei seiner Einreise bereits neun Jahre alt war, jedoch trotz seines Alters in die erste Klasse eingeschult wurde. Eine weitere Verzögerung seines Schulbesuchs würde seine Teilhabe an einem altersgemäßen Klassenverband weiter beeinträchtigen. Hinzutreten die coronabedingten Erschwernisse. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Antragsteller derzeit überhaupt in die Tschechische Republik einreisen könnte, ist für den Senat nicht absehbar. Mit Stand 15. Februar 2021 ist der Besucherverkehr in der deutschen Botschaft in Prag zudem lediglich eingeschränkt möglich. Visanträge zur Familienzusammenführung - worunter auch der Kindernachzug i. S. v. § 32 AufenthG fallen dürfte - werden nur online entgegen genommen (vgl. http://prag.diplo.de/cz-de/service/05-VisaEinreise). Aussagen zur Dauer des Verfahrens in Ansehung des eingeschränkten Betriebs lassen sich der Webseite nicht entnehmen.

16 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

17 Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung von Nr. 8.3 und Nr. 1.5 Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, Anh. zu § 164) und folgt der Festsetzung erster Instanz, gegen die keine Einwände erhoben wurden.

18 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
v. Welck Kober Nagel