

Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht  
Beschluss vom 08.10.2024

T e n o r

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragsteller vom 19. Juli 2024 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 21. Juni 2024 wird soweit angeordnet, wie ihnen darin die Abschiebung nach Bulgarien angedroht wird.

Im Übrigen wird der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt.

Die Antragsteller tragen 2/3 und der Antragsgegner 1/3 der Kosten des Verfahrens.

Der Antragstellerin zu 1.) wird für die erste Instanz Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit sie sich gegen die im Bescheid des Antragsgegners vom 21. Juni 2024 enthaltene Abschiebungsandrohung wendet, und zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung der Rechte in der ersten Instanz Rechtsanwalt ... zu den Kosten eines im Bezirk des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts niedergelassenen Rechtsanwaltes beigeordnet.

Im Übrigen wird der Antrag der Antragstellerin zu 1.) auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 20.000,- € festgesetzt.

G r ü n d e

1-5 Die wörtlich gestellten Anträge,

1. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 19.07.2024 gegen den Ablehnungsbescheid vom 21.06.2024 auf ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltskarte bzw. einer Bescheinigung über das Daueraufenthaltsrecht nach dem FreizügG/EU für sich und ihre minderjährigen Kinder ... geboren am ..., ..., geboren am ... und ..., geboren am ... (1.) und ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG für sich und ihre vorgenannten Kinder (2.) sowie gegen die Aufforderung an die Antragstellerin und ihre Kinder, die Bundesrepublik Deutschland bis spätestens 31.07.2024 zu verlassen (3.) anzuordnen,

2. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 19.07.2024 gegen die Androhung ihrer Abschiebung auf ihre Kosten nach Bulgarien für den Fall der nicht fristgerechten Ausreise sowie die hilfswise Androhung die Antragstellerin und ihre Kinder auch in einen anderen Staat abzuschicken, in den sie einreisen darf oder der zu ihrer Übernahme verpflichtet ist (4.), anzuordnen,

3. anzuordnen, dass Maßnahmen nach § 53 AufenthG und nach § 7 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dieser Sache einstweilen eingestellt werden,

haben nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

6 Bei der Auslegung der Anträge (§ 122 Abs. 1, § 88 VwGO) berücksichtigt die Kammer, dass die Antragsteller mit Schriftsatz vom 30. Juli 2024 klargestellt haben, dass der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes aufgrund des Inhaltes des angefochtenen Bescheides vom 21. Juni 2024 sowie des hiesigen Vorbringens sowohl im Namen der Antragstellerin zu 1.) als auch im Namen ihrer vom Bescheid erfassten minderjährigen Kinder, der Antragsteller zu 2.) bis 4.), gestellt wurde. Das Gleiche gilt zur Überzeugung der Kammer für den Widerspruch vom 19. Juli 2024, also die Frage, wer von den Adressaten des Bescheides Widerspruch eingelegt hat. Zwar wird im Widerspruch ausdrücklich nur die Antragstellerin zu 1.) als Widerspruchsführerin bezeichnet. Aus dem Inhalt des Widerspruchs in Verbindung mit dem Inhalt des angefochtenen Bescheides ergibt sich jedoch in hinreichender Deutlichkeit, dass sie auch für ihre Kinder Widerspruch einlegt.

7 I. Soweit sich die Antragsteller gegen die in Ziffer 4 des Bescheides enthaltene Abschiebungsandrohung wenden, ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO statthaft, weil diese eine bundesrechtlich geregelte Vollzugsmaßnahme ist, deren Vollstreckung sich nach Landesrecht richtet, sodass Rechtsmittel hiergegen gemäß § 248 Abs. 1 Satz 2 LVwG keine aufschiebende Wirkung entfalten (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO), und auch im Übrigen zulässig.

8 Der Antrag ist auch begründet. Die in Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotene Interessenabwägung ist in erster Linie an den Erfolgsaussichten in der Hauptsache auszurichten. Sie fällt regelmäßig zugunsten der Behörde aus, wenn der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig ist und ein besonderes Interesse an seiner sofortigen Vollziehung besteht oder der Sofortvollzug gesetzlich angeordnet ist. Dagegen ist dem Aussetzungsantrag stattzugeben, wenn der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist, da an der sofortigen Vollziehung eines solchen Verwaltungsakts kein öffentliches Interesse bestehen kann. Lässt die im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotene summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage eine abschließende Beurteilung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nicht zu, so hat das Gericht eine eigenständige, von den Erfolgsaussichten unabhängige Abwägung der widerstreitenden Interessen vorzunehmen (vgl. OVG Münster, Beschluss vom 2. März 2016 – 1 B 1375/15 –, juris Rn. 9; Beschluss der Kammer vom 11. November 2021 – 11 B 104/21 –, juris Rn. 26).

9 Bei der im vorgenannten Sinne vorzunehmenden Interessenabwägung überwiegt das Aussetzungsinteresse der Antragsteller das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts. Die Abschiebungsandrohung ist offensichtlich rechtswidrig.

10 Die Rechtswidrigkeit der auf § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG beruhenden Abschiebungsandrohung ergibt sich daraus, dass die Antragsteller als bulgarische Staatsangehörige Unionsbürger sind, die nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU erst dann ausreisepflichtig sind, wenn die Ausländerbehörde festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Dies gilt auch für Unionsbürger, die zu keinem Zeitpunkt freizügigkeitsberechtigt waren und damit kein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht innehaben, denn die Vorschrift macht die Entstehung der Ausreisepflicht ohne Differenzierung vom Erlass der Verlust- bzw. Nichtbestehensfeststellung abhängig (vgl. Diesterhöft, HTK-AuslR/§ 7 FreizügG/EU / zu Abs. 1, Stand: 4. Juli 2024, Rn. 9 f.). Solange keine Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts getroffen worden ist, ist ein Unionsbürger aufenthaltsrechtlich als Freizügigkeitsberechtigter zu behandeln, sog. "Freizügigkeitsvermutung" (vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 16. November 2010 – 1 C 17.09 –, juris Rn. 11, vom 11. Januar 2011 – 1 C 23.09 –, juris Rn. 12, vom 16. Juli 2015 – 1 C 22.14 –, juris Rn. 12 und vom 11. September 2019 – 1 C 48.18 –, juris Rn. 13). Das Aufenthaltsgesetz findet solange keine Anwendung (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU).

11 Ein Bescheid über die Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts des Freizügigkeitsrechts ist bisher nicht ergangen. Die Entscheidung der Verlustfeststellung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform (Art. 30 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 Richtlinie 2004/38/EG). Die Verlustfeststellung muss ausdrücklich erfolgen, die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltskarte ist nicht ausreichend (BeckOK MigR/Gerstner-Heck, 19. Ed. 1. Juli 2024, FreizügG/EU § 5 Rn. 14a m.V.a. VGH Mannheim, Beschluss vom 23. Januar 2019 – 11 S 1109/18 –, juris Rn. 19). Es ist daher unbeachtlich, dass der Antragsgegner die Anträge der Antragsteller auf Erteilung einer Aufenthaltskarte bzw. einer Bescheinigung des Daueraufenthaltsrechts abgelehnt hat und die Antragsteller bereits mit Schreiben vom 23. März 2018 zum Erlass einer Verlustfeststellung angehört hat, zumal es sich bei der Entscheidung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU um eine Ermessensentscheidung handelt und dieses Ermessen bisher erkennbar noch nicht ausgeübt wurde.

12 Ob eine Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU getroffen werden kann und auch soll, hat der Antragsgegner daher zunächst in eigener Zuständigkeit und Verantwortung zu klären und zu entscheiden.

13 II. Der gegen die Ausreiseaufforderung und die Fristsetzung für die freiwillige Ausreise (Ziffer 3 des Bescheides) gerichtete Antrag ist nicht zulässig, soweit er gegen die Ausreiseaufforderung gerichtet ist.

14 Die Ausreiseaufforderung aufgrund einer Ausreisepflicht nach § 50 Abs. 1 AufenthG ist kein Verwaltungsakt, weil sie keine eigenständige Regelung enthält. Die Ausreiseaufforderung stellt vielmehr nur einen Hinweis auf die gesetzlich bestehende Ausreisepflicht nach § 50 Abs. 1 AufenthG dar (vgl. zur Vorgängervorschrift BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 1993 – 1 B 149/92 –, juris Rn. 6) und ist als solche nicht anfechtbar (vgl. Urteil der Kammer vom 21. September 2022 – 11 A 200/19 –, juris Rn. 30; Beschluss der Kammer vom 10. November 2017 – 11 B 58/17 –, juris Rn. 45 m.w.N.).

15 Soweit sich die Antragsteller gegen die in Ziffer 3 angeordnete Ausreisefrist wenden, die Teil der Abschiebungsandrohung nach § 59 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist, ist dieses zulässige Begehren bereits vom gegen die Abschiebungsandrohung gerichteten Antrag zu 2. umfasst. Da die Abschiebungsandrohung rechtswidrig ist (hierzu unter "I."), erübrigen sich weitere Ausführungen zur Ausreisefrist.

16 III. Soweit sich die Antragsteller gegen die in Ziffer 1 des Bescheides erfolgte Ablehnung ihrer Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltskarte (§ 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU) bzw. einer Bescheinigung des Daueraufenthaltsrechts (§ 4a Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU) wenden, ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht statthaft und damit unzulässig.

17 Die Statthaftigkeit von Anträgen nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO setzt einen belastenden Verwaltungsakt und dessen sofortige Vollziehbarkeit nach § 80 Abs. 2 VwGO voraus (Wysk, 3. Aufl. 2020, VwGO § 80 Rn. 41). Daran fehlt es hier.

18 Die Ablehnung der Ausstellung einer Aufenthaltskarte bzw. der Bescheinigung des Daueraufenthaltsrechts ist nicht sofort vollziehbar, insbesondere nicht nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO. Das Freizügigkeitsgesetz/EU enthält keine § 84 Abs. 1 AufenthG entsprechende Vorschrift, die dergleichen anordnet. Auch hat der Antragsgegner keine entsprechende Anordnung nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO getroffen.

19 Zudem folgt aus der ablehnenden Entscheidung bzw. ihrem Vollzug keine darüber hinausgehende nachteilige Wirkung, der im Aussetzungsverfahren zu begegnen wäre, wie es etwa unter bestimmten Voraussetzungen der Fall ist, wenn – im Hinblick auf den Eintritt der Ausreisepflicht und ihrer Vollziehbarkeit – eine Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz abgelehnt wird. Nach alledem richtet sich vorläufiger Rechtsschutz in der hier vorliegenden Verpflichtungssituation ausschließlich nach § 123 Abs. 1 VwGO (vgl. BeckOK VwGO/Gersdorf, 70. Ed. 1. Januar 2024, VwGO § 80 Rn. 146). Ob für einen solcher Antrag zulässig und begründet wäre, kann jedoch dahinstehen. Einen entsprechenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung haben die rechtsanwaltlich vertretenen Antragsteller nicht gestellt.

20 IV. Soweit sich die Antragsteller gegen die in Ziffer 1 des Bescheides erfolgte Ablehnung ihrer Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz wenden, ist der Antrag ebenfalls unzulässig. Es besteht kein Rechtsschutzbedürfnis.

21 Das Vorliegen eines rechtlich schutzwürdigen Interesses an dem erstrebten Rechtsschutzziel ist in jedem Stadium des Verfahrens Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Antrages nach § 80 Abs. 5 VwGO (vgl. Schoch, in: ders./Schneider, 44. EL März 2023, VwGO § 80 Rn. 492 f.). Ein solches Interesse besteht in diesem Verfahren nur dann, wenn durch die vom Antragsteller erstrebte Wiederherstellung oder Anordnung der – gemäß § 80 Abs. 2 VwGO entfallenen – aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs oder der Klage (vorläufig) ein rechtlicher oder tatsächlicher Vorteil für den Betroffenen eintreten kann. Dies ist unter den hier gegebenen Umständen jedoch nicht der Fall.

22 Grundsätzlich gilt, dass im Falle der Ablehnung eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis § 80 Abs. 5 AufenthG die statthafte Antragsart ist, wenn dadurch ein zunächst eingetretenes fiktives Bleiberecht nach § 81 Abs. 3 bzw. Abs. 4 AufenthG beendet hat, wenn also der Aufenthalt nach Stellung des Antrages auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels nach § 81 Abs. 3 bzw. Abs. 4 AufenthG zunächst als erlaubt oder als geduldet galt, d. h. die gesetzliche Erlaubnis-, Duldungs- oder Fortbestandsfiktion ausgelöst hat (Dittrich/Breckwoldt, HTK-AuslR / Rechtsschutz / 2.1.3, Stand: 24. April 2024, Rn. 30 ff.). Zwar lebt im Falle der Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 bzw. Abs. 4 AufenthG nicht (wieder) auf, denn die behördliche Ablehnung der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, der nach der Konzeption des Gesetzgebers unbeschadet einer gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts des Ausländers beendet (OVG Magdeburg, Beschluss vom 22. Januar 2007 – 2 M 318/06 –, juris Rn. 4 m. w. N.; VG Schleswig, Beschluss vom 26. November 2018 – 1 B 115/18 –, juris Rn. 21). Allerdings würde die Einstellung des Vollzugs nach § 241 Abs. 1 Nr. 3 LVwG erreicht werden können, sodass der beantragte Rechtsbehelf nicht nutzlos wäre. Deshalb wäre in diesen Fällen § 80 Abs. 5 VwGO der zutreffende Rechtsbehelf (so auch OVG Schleswig, Beschluss vom 25. Juli 2011 – 4 MB 40/11 –, juris Rn. 10; VG Schleswig, Beschluss vom 9. Januar 2019 – 1 B 137/18 –, juris Rn. 6).

23 Hintergrund dessen ist, dass § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG – in Abgrenzung zu § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG, also den Fällen in denen kein fiktives Bleiberecht entstanden ist – bestimmt, dass die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht von der Vollziehbarkeit der Versagung des Aufenthaltstitels oder eines sonstigen Verwaltungsakts, durch den der Ausländer nach § 50 Abs. 1 AufenthG ausreisepflichtig wird, abhängt.

24 Im vorliegenden Fall ist jedoch die Besonderheit zu berücksichtigen, dass das Aufenthaltsgesetz – wie bereits unter "I." ausgeführt – auf die Antragsteller keine Anwendung findet (vgl. § 1 Abs.

2 Nr. 1 AufenthG, § 11 Abs. 14 Satz 2 FreizügG/EU). Ob die Anträge auf Verlängerung bzw. im Falle des Antragstellers zu 2.) auf erstmalige Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG unter diesem Gesichtspunkt zur Entstehung eines fiktiven Bleiberechts geführt haben (ggf. i.V.m. § 11 Abs. 14 Satz 1 FreizügG/EU) kann dahinstehen. Denn die Ablehnung der Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz führt nicht dazu, dass die Antragsteller (vollziehbar) ausreisepflichtig sind. Wie unter "I." dargelegt kann die Ausreisepflicht der Antragsteller nur mittels einer Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt herbeigeführt werden (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU). Eine solche liegt jedoch nicht vor. Eine Gewährung vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gegenüber der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnisse hätte insoweit keine aufenthaltsrechtlich erhebliche Verbesserung der Rechtsposition der Antragsteller oder sonstige sie begünstigende Wirkungen zur Folge. Insbesondere würde dies nicht dazu führen, dass die Antragsteller die begehrte Aufenthaltserlaubnis erhalten würden.

25 V. Der Antrag zu 3. ist jedenfalls aufgrund der in diesem Beschluss getroffenen Regelung gegenstandslos geworden. Die Antragsteller möchten mit ihrem auslegungsbedürftigen Antrag offenbar erreichen, vorläufig nicht abgeschoben zu werden. Da die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs hinsichtlich der Abschiebungsandrohung mit diesem Beschluss angeordnet wurde, ist der Vollzug einzustellen (§ 241 Abs. 1 Nr. 3 LVwG). Das bedeutet, dass eine Abschiebung nicht erfolgen kann. Eine übergangsweise Regelung, bis dieser Beschluss in Rechtskraft erwächst, ist nicht erforderlich, da eine von Antragsgegnerseite eingelegte Beschwerde diesen Beschluss nicht suspendieren würde (vgl. § 149 VwGO).

26 Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VwGO.

27 Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe liegen teilweise vor. Die Antragstellerin zu 1.) ist bedürftig, da sie die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann. Allerdings bietet die beabsichtigte Rechtsverfolgung aus vorstehenden Gründen nur insoweit die erforderliche hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO), wie sich die Antragstellerin zu 1.) gegen die im Bescheid des Antragsgegners vom 21. Juni 2021 enthaltene Abschiebungsandrohung wendet.

28 Die Antragsteller zu 2.) bis 4.) haben keinen Prozesskostenhilfeantrag gestellt, was mit Schriftsatz vom 7. August 2024 (Bl. 19 im PKH-Heft) klargestellt wurde.

29 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 39 Abs. 1, § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 63 Abs. 2 GKG. Pro Person und Streitgegenstand ist der Auffangwert von 5.000,- € anzusetzen (vgl. OVG Schleswig, Beschluss vom 26. Januar 2024 – 6 MB 4/24 –, n.v.).