Aufenthaltsrecht einer Drittstaatsangehörigen primärrechtlich abgeleitet aus AEUV Art 20

1. Eine Vorwegnahme der Hauptsache liegt nicht vor, wenn im Wege einer einstweiligen Anordnung die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung begehrt wird unter Berufung auf ein aus Art 20 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht zur Sicherung des Aufenthalts bis zur behördlichen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels (Rn. 20).

2. Eine Duldung ist typischerweise nur vorübergehender Natur und vermag ein aus Art 20 AEUV abgeleitetes und bereits bestehendes Aufenthaltsrecht nicht zu ersetzen (Rn. 24).

3. Allein die Möglichkeit der späteren Erteilung eines nationalen Aufenthaltstitels reicht nicht aus, um die Anerkennung eines aus Art 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts aus Gründen der Subsidiarität zeitlich aufzuschieben. Maßgeblich ist die aktuelle tatsächliche Rechtslage (Rn. 35) (Rn. 40).

4. Damit die nationalen Verfahrensmodalitäten die praktische Wirksamkeit des Art 20 AEUV nicht beeinträchtigen, wird für Drittstaatsangehörige nach Entstehung eines aus Art 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts auf die Einhaltung des Visumsverfahrens unabhängig von dessen voraussichtlicher Dauer zu verzichten sein (Rn. 43).

(Amtliche Leitsätze)

6 MB 4/26

Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein

Beschluss vom 07.05.2026

T e n o r

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Schleswig-Holsteinischen Verwaltungsgerichts - 11. Kammer - vom 9. Januar 2026 geändert.

Der Antragsgegner wird verpflichtet, der Antragstellerin bis zur ausländerbehördlichen Entscheidung über ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu bescheinigen, dass ihr Aufenthalt unionsrechtlich erlaubt ist.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

1 Die im Jahre 2000 geborene Antragstellerin besitzt die weißrussische Staatsangehörigkeit und begehrt die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung.

2 Am ... 2025 reiste die Antragstellerin mit einem bis zum ... 2026 gültigen polnischen Schengen D-Visum (GA S. 14) in das Bundesgebiet ein und beantragte am 27. März 2025 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Familiennachzugs / geplante Hochzeit; der Lebensunterhalt sei durch das Einkommen des Verlobten gesichert (BA S. 3 f.). Am ... 2025 gebar sie eine Tochter (GA S. 15); die Vaterschaft hierfür erkannte der Verlobte an. Dieser ist im Jahre ... im Bundesgebiet geboren und als türkischer Staatsangehöriger im Besitz einer Niederlassungserlaubnis (BA S. 20 ff.). Die Eltern üben das Sorgerecht

gemeinsam aus (BA S. 25 f.). Unstreitig erwarb die Tochter durch ihre Geburt im Inland gemäß § 4 Abs. 3 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit (vgl. Reisepass BA S. 29). Die Antragstellerin lebt mit ihrer Tochter und deren Vater zusammen.

3 Mit Schreiben vom 23. Mai 2025 teilte der Antragsgegner mit, dass beabsichtigt sei, den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abzulehnen, weil es an den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen fehle. Die Antragstellerin wurde aufgefordert, das erforderliche Visum zwecks Einreise zum Daueraufenthalt im Heimatland zu beantragen (BA S. 7). Daraufhin beantragte der jetzige Prozessbevollmächtigte mit Schreiben vom 5. Juni 2025 unter Verweis auf die Geburt der Tochter und deren deutsche Staatsangehörigkeit nochmals die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, hilfsweise die Bestätigung einer Aufenthaltserlaubnis mit erlaubter Erwerbstätigkeit gemäß Art. 20 AEUV sowie weiter hilfsweise die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu jedem anderen zulässigen Zweck. Zudem wurde beantragt, rückwirkend ab Antragstellung eine Fiktionsbescheinigung, hilfsweise eine Duldung zu erteilen.

4 Der Antragsgegner lehnte die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung mit Schreiben vom 11. Juli 2025 ab, da sich die Antragstellerin nach unerlaubter Einreise nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalte. Zur Ausübung der Personensorge und bis zur Nachholung des Visumverfahrens erhalte sie eine Duldung. Über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis werde gesondert entschieden (BA S. 31). Die Duldung wurde erstmals am 15. Juli 2025 ausgestellt (BA S. 37) und zuletzt bis zum 16. Juli 2026 verlängert. Die Duldung ist mit Nebenbestimmungen versehen (Erwerbstätigkeit nicht gestattet, Wohnsitznahme im Kreisgebiet) und soll erlöschen, sobald die Antragstellerin "mit Beginn der Zwangsmaßnahme über die Abschiebung in Kenntnis gesetzt" wird (GA S. 24 f.).

5,6 Ende Juli 2025 hat sich die Antragstellerin an das Schleswig-Holsteinische Verwaltungsgericht gewandt und beantragt,

> den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr eine Fiktionsbescheinigung auszustellen.

7 Das Verwaltungsgericht hat diesen Antrag durch Beschluss vom 9. Januar 2026 als unbegründet abgelehnt. In dem Begehren liege eine Vorwegnahme der Hauptsache. Diese komme nur in Frage, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig wäre, weil die sonst zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Dies wiederum setze neben der Glaubhaftmachung einer besonderen Eilbedürftigkeit, des sogenannten Anordnungsgrundes, eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache voraus. Beides sei nicht gegeben.

8 Gegen den am 9. Januar 2026 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 23. Januar 2026 Beschwerde eingelegt und diese am 8. Februar 2026 damit begründet, dass der angegriffene Beschluss auf einer fehlerhaften Anwendung des Art. 20 AEUV beruhe. Unter Berücksichtigung der aktuell ergangenen

Rechtsprechung insbesondere des Gerichtshofs der Europäischen Union lägen sowohl ein Anordnungsanspruch als auch ein Anordnungsgrund vor.

9-12 Die Antragstellerin beantragt,

> den Beschluss des Verwaltungsgerichts Schleswig vom 09.01.2026 – 11 B 133/25 – aufzuheben und den Beschwerdegegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG auszustellen;
>
> hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, der Antragstellerin bis zur Entscheidung über ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis eine schriftliche Bescheinigung zu erteilen, aus der sich ihre unionsrechtliche Rechtsposition aus Art. 20 AEUV ergibt, dass der Aufenthalt im Bundesgebiet erlaubt ist.

13 Der Antragsgegner hat sich zur Beschwerde nicht geäußert.

II.

14 Die Beschwerde hat Erfolg. Sie ist zulässig (I.) und begründet (II.)

15 I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 9. Januar 2026 ist zulässig. Ihre Begründung ist form- und fristgerecht eingegangen und enthält einen bestimmten Antrag. Sie setzt sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander und legt ausreichende Gründe dar, aus denen die Entscheidung abzuändern ist (§ 146 Abs. 4 Satz 1-4 VwGO).

16 Der in der Beschwerdeinstanz zusätzlich gestellte Hilfsantrag enthält keine unzulässige Antragserweiterung (dazu etwa OVG Schleswig, Beschl. v. 20.09.2017 – 4 MB 56/17 –, juris Rn. 8 m.w.N.). Der als Hilfsantrag formulierte Antrag war und ist bereits vom Hauptantrag umfasst. Dass dieser Antrag nunmehr gestellt wurde, ist dem von der Antragstellerin erläuterten Umstand geschuldet, dass es für das von ihr geltend gemachte, aus Art. 20 AEUV abgeleitete primärrechtliche Aufenthaltsrecht keine nationalen Regelungen gibt (zur Ausstellung einer Bescheinigung zum Nachweis eines solchen unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts: OVG Münster, Urt. v. 23.05.2025 – 18 A 620/22 –, juris Rn. 36 ff. m.w.N.). In beiden Fällen geht es darum, ob die Antragstellerin wegen ihrer hier lebenden Tochter einen Anspruch auf eine (vorläufige) Aufenthaltslegalisierung hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.07.2018 – 1 C 16.17 –, juris Rn. 33).

17 II. Die Beschwerde ist begründet. Die von der Antragstellerin dargelegten Gründe, die allein Gegenstand der Prüfung durch den Senat sind (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben ausreichend Anlass, den Beschluss zu ändern und dem Antrag stattzugeben. Er ist zulässig (1.) und begründet (2.).

18 1. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zwecks Sicherung bestehender Rechte (§ 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO) ist zulässig. Das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis liegt vor. Der Antragsgegner gab mit Schreiben vom 11. Juli 2025 ausdrücklich zu erkennen, dass er die begehrte Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG nicht ausstellen werde. Dem Begehren steht keine der Bestandskraft fähige

Entscheidung entgegen, da die Ausstellung bzw. Versagung einer Fiktionsbescheinigung aufgrund ihres rein deklaratorischen Charakters durch schlicht-hoheitliches Handeln erfolgt und nicht – vorliegend auch nicht der äußeren Form nach – durch Verwaltungsakt i.S.d. § 35 VwVfG bzw. § 106 LVwG (vgl. BVerwG, Urt. v. 19.11.2019 – 1 C 22.18 –, juris Rn. 12; OVG Weimar, Beschl. v. 30.05.2023 – 4 EO 208/23 –, juris Rn. 10; vgl. zur Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU: Beschl. d. Senats v. 19.01.2026 – 6 MB 40/25 –, juris Rn. 22).

19 2. Dem Antrag ist in seiner tenorierten Auslegung stattzugeben. Eine Vorwegnahme der Hauptsache, aufgrund derer erhöhte Anforderungen an das Vorliegen von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch zu stellen wären, liegt nicht vor (dazu a.). Die Anforderungen an die Glaubhaftmachung vom Vorliegen eines Anordnungsgrundes und eines Anordnungsanspruches sind nach dem Beschwerdevorbringen als gegeben anzunehmen (dazu b.).

20 a. Zutreffend ist, dass das Gericht dem Wesen und Zweck des Verfahrens entsprechend im Wege der einstweiligen Anordnung grundsätzlich nur vorläufige Regelungen treffen und der Antragstellerin nicht schon das gewähren kann, was Ziel eines entsprechenden Hauptsacheverfahrens wäre (OVG Schleswig, Beschl. v. 17.03.2023 – 4 MB 5/23 –, juris Rn. 7). Ein solcher Fall der Vorwegnahme liegt hier jedoch nicht vor. Vielmehr macht die Antragstellerin nachvollziehbar geltend, dass die begehrte Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung im Wege der einstweiligen Anordnung der Entscheidung in der Hauptsache nicht vorgreift, sondern lediglich vorübergehend sicherstellt, dass bestehende oder ernstlich in Betracht kommende Rechtspositionen – hier vor allem unionsrechtlicher Art – bis zur behördlichen Entscheidung über die in der Hauptsache (vorrangig) beantragte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG nicht leerlaufen. Der Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG kommt – ebenso wie der Bescheinigung nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU (dazu Beschl. d. Senats v. 19.01.2026 – 6MB 40/25 –, juris Rn. 27) – von vornherein nur eine verfahrensbegleitende Funktion zu. Sie gilt nach § 81 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 1 AufenthG nur "bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde" über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und hat im Übrigen, wie ausgeführt, keine konstitutive Wirkung. Dies alles zeigt, dass das Ziel der begehrten Anordnung mit dem Ziel einer späteren Hauptsacheklage nicht identisch ist und auch deren Erfolgsaussichten keine Rolle spielen. Sie kann nur bis zur Entscheidung über die vorrangig beantragte Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG reichen.

21 Hiervon ausgehend ist zugleich das von der Antragstellerin angemahnte unionsrechtliche Effektivitätsgebot nach Art. 47 Abs. 1 GRC sichergestellt. Nach den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs muss die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten die Möglichkeit vorsehen, zum Schutz der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte vorläufige Maßnahme zu erlassen. Dabei ist es Sache des innerstaatlichen Rechts, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Rechtsbehelfe zu regeln, ohne das Recht auf einen effektiven gerichtlichen Rechtsschutz zu beeinträchtigen. Für den Erlass vorläufiger Maßnahmen genügen die generellen Bestimmungen des nationalen Rechts, wenn die darin festgelegten

Kriterien nicht weniger günstig ausgestaltet sind als beim Schutz nationaler Rechte – Grundsatz der Gleichwertigkeit bzw. Äquivalenz – und die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Positionen nicht praktisch unmöglich gemacht oder erschwert wird – Grundsatz der Effektivität – (EuGH, Urt. v. 13.03.2007 – C-432/05 Unibet –, juris Rn. 37 ff., Urt. v. 24.10.2018 – C-234/17 –, juris Rn. 22; vgl. Beschl. d. Senats v. 18.12.2025 – 6 MB 24/25 –, juris Rn. 27).

22 b. Die Antragstellerin hat letztlich überzeugend dargelegt, dass ein Anspruch auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung besteht. Dies ergibt sich vor allem aus den unionsrechtlichen Wirkungen, die der Europäische Gerichtshof nach aktueller Rechtsprechung dem Unionsbürgerrecht aus Art. 20 AEUV für sog. Drittstaatsangehörige beimisst (vgl. nur EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris m.w.N.). Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV. Unionsbürgerinnen und Unionsbürger haben unter anderem das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, Art. 20 Abs. 2 Satz 2 lit. a., Art. 21 AEUV. Die Gewährleistung der Freizügigkeit im Binnenraum der Union ist für die Verfassung und das Selbstverständnis der Union und des Unionsbürgerstatus von grundlegender Bedeutung (OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.11.2020 – 2 L 104/18 –, juris Rn. 45; Kuth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 21 AEUV Rn. 3 m.w.N.).

23 Die Antragstellerin macht geltend, dass der Beschluss des Verwaltungsgerichts auf einer fehlerhaften Anwendung des Art. 20 AEUV sowie der hierzu ergangenen Rechtsprechung beruhe. Zwischen der Antragstellerin und ihrer Tochter als Unionsbürgerin bestehe seit der Geburt ein affektives Abhängigkeitsverhältnis, aufgrund dessen sich für die Antragstellerin ein aus Art. 20 AEUV abgeleitetes, aber unmittelbares unionsrechtliches Aufenthaltsrecht ergebe, welches wirksam zu dokumentieren sei. Es bestehe deshalb sowohl ein Anordnungsgrund (dazu aa.) als auch ein Anordnungsanspruch (dazu bb.). Dies trifft im Ergebnis zu.

24 aa. Eine Dringlichkeit der begehrten Regelung und damit das Vorliegen eines Anordnungsgrundes liegt im Ergebnis vor. Zwar hat die Antragstellerin aktuell keine Abschiebung zu befürchten, da es insoweit an einer Androhung fehlt und sie darüber hinaus ausdrücklich geduldet wird, doch ist dieser Status mit dem eines vorläufig erlaubten Aufenthaltes nicht zu vergleichen. Die Duldung ist typischerweise nur vorübergehender Natur und kein ersatzweise gewährtes Aufenthaltsrecht (BVerwG, Urt. v. 26.09.2024 – 1 C 11.23 –, juris Rn. 38). Entsprechend könnte eine Fiktionsbescheinigung nicht mit räumlichen Beschränkungen bzw. Wohnsitzauflagen versehen werden, wie es § 61 AufenthG nur für vollziehbar ausreisepflichtige (aber geduldete) Ausländer vorsieht und wie es gegenüber der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Duldung erfolgte. Dies bringt zugleich relevante rechtliche Nachteile für ihre Tochter mit sich.

25 Die mit einer Wohnsitzauflage und einer Aufenthaltsbeschränkung versehene Duldung der Antragstellerin wirkt sich auf die Wahrnehmung der unionsrechtlichen Freizügigkeitsrechte ihrer deutschen Tochter aus. Sie ist Unionsbürgerin und heute gerade ein Jahr alt. Sie lebt seit ihrer Geburt mit beiden

sorgeberechtigten Elternteilen in einem Haushalt und ist schon altersbedingt in jeder Hinsicht von den Eltern abhängig. Unter Berücksichtigung der bekannten Gesamtumstände und mangels gegenteilig ermittelter Anhaltspunkte ist weiter davon auszugehen, dass es sich bei der Abhängigkeit von der drittstaatsangehörigen Antragstellerin, ihrer leiblichen Mutter, insbesondere um ein sog. affektives Abhängigkeitsverhältnis handelt. Es besteht eine persönliche Verbundenheit, auf deren Aufrechterhaltung die Tochter zu ihrem Wohl angewiesen ist; in ihrem Alter würde eine – auch nur vorübergehende – Trennung das Kindeswohl, insbesondere ihre emotionale Entwicklung, erheblich beeinträchtigen, denn Kinder ihres Alters können auch einen nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen und erfahren diesen rasch als endgültigen Verlust (so zu Art. 6 Abs. 1 GG in aufenthaltsrechtlichen Entscheidungen: BVerfG, stattgebender Kammerbeschl. v. 02.11.2023 – 2 BvR 441/23 –, juris Rn. 23). Die Aufrechterhaltung der persönlichen Bindung zur Antragstellerin ist damit für ihr inneres Gleichgewicht von größter Relevanz (zu diesen Kriterien: EuGH, Urt. v. 22.06.2023 – C-459/20 –, juris Rn. 49 ff. m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 12.07.2018 – 1 C 16.17 –, juris Rn. 35 m.w.N.). Soweit ersichtlich, widerspricht der Antragsgegner dem nicht. Auch macht er nicht geltend, dass der ...-jährige Vater bereit und in der Lage wäre, die tägliche und tatsächliche Sorge für das Kleinkind allein wahrzunehmen.

26 Infolge dieser affektiven Abhängigkeit ist die Tochter aktuell an der Wahrnehmung ihrer Freizügigkeitsrechte aus Art. 20 AEUV gehindert. Die Unionsbürgerschaft verleiht jedem Unionsbürger und jeder Unionsbürgerin ein elementares, persönliches Recht, sich vorbehaltlich der im AEU-Vertrag vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen und der Maßnahmen zu ihrer Durchführung im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Geschützt ist damit sowohl das Verlassen des Hoheitsgebiets des Heimatstaates und die Einreise in andere Mitgliedstaaten als auch der ständige Aufenthalt an einem Ort einschließlich der Wohnsitznahme (Kuth, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 21 AEUV Rn. 4 m.w.N.). Ist aber der Antragstellerin aufgrund der Wohnsitzauflage und der Aufenthaltsbeschränkung eine Wohnsitznahme außerhalb des Kreisgebiets und ein Aufenthalt außerhalb des Bundesgebiets gegenwärtig untersagt, trifft dies ihre Tochter in gleichem Maße und zugleich in ihrer unionsrechtlich geschützten Freizügigkeit. Nationale Maßnahmen und Entscheidungen jedoch, mit denen Familienangehörigen eines Unionsbürgers oder einer Unionsbürgerin der Aufenthalt bzw. ein Aufenthaltsrecht verweigert wird und damit bewirken, dass den Unionsbürgern der tatsächliche Genuss des Kernbestands der Rechte, die ihnen ihr Status verleiht, verwehrt wird, berauben die Unionsbürgerschaft ihrer praktischen Wirksamkeit und verstoßen gegen Art. 20 AEUV (EuGH, Urt. v. 22.06.2023 – C-459/20 –, juris Rn. 21 f., 26 m.w.N.). So liegt es hier. Die Tochter ist im Kernbestand ihres Unionsbürgerstatus verletzt.

27 Offen bleiben kann damit, ob bzw. inwieweit mit der Duldung anders als mit einer Fiktionsbescheinigung Zugang zu Sozialleistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (dazu VG Bremen, Beschl. v. 31.05.2024 – 2 V 491/24 –, juris Rn. 15) oder Ansprüche auf Elterngeld (§ 1 Abs. 7 BEEG) oder Kindergeld (§ 62 Abs. 2 EStG) bestehen und inwieweit dahingehende Bemühungen geltend zu machen wären.

28 bb. Hieraus ergibt sich zugleich ein Anordnungsanspruch. Er folgt aus § 81 Abs. 5 AufenthG.

29 (1) Die Beschwerde wendet sich zunächst nicht gegen die Feststellung des Verwaltungsgerichts, dass der für einen Anspruch auf Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung i.S.d. § 81 Abs. 5 AufenthG nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG erforderliche rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet nicht auf die Einreise mit dem auch bei Antragstellung noch gültigen nationalen polnischen Visum gestützt werden kann. Die Erwägungen, wonach dieses Visum nach § 15 AufenthV i.V.m. § 21 Abs.1 SDÜ nur zur Einreise zum Zwecke kurzzeitiger Aufenthalte berechtige, während die hochschwangere Antragstellerin von vornherein einen langfristigen Aufenthalt geplant haben müsse, bleiben von der Beschwerde unwidersprochen.

30 (2) Die Antragstellerin meint jedoch, dass dies zu kurz greife und dem Effektivitätsgebot (effet utile) des Unionsrechts nicht gerecht werde, weil ein rechtmäßiger Aufenthalt bei unionsrechtskonformer Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auch bei einem abgeleiteten Anspruch unmittelbar aus Art. 20 AEUV anzunehmen sei. Dem schließt sich der Senat an.

31 Der nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG grundsätzlich im Zeitpunkt der Antragstellung erforderliche rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet ist bei unionsrechtskonformer Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu Art. 20 AEUV gegeben. Danach muss ein die Fiktionswirkung auslösender rechtmäßiger Aufenthalt angenommen werden, sobald der Aufenthalt der betroffenen Person erforderlich ist, um eine Beschränkung zentraler primärrechtlicher Rechte von Unionsbürgern zu vermeiden. Der Gerichtshof der Europäischen Union leitet aus Art. 20 AEUV unter bestimmten Voraussetzungen ein Aufenthaltsrecht eines drittstaatsangehörigen Familienmitglieds ab, zu dem vonseiten eines Unionsbürgers ein affektives Abhängigkeitsverhältnis besteht. Die Anerkennung dieses Aufenthaltsrechts ist geboten, wenn der Aufenthalt – wie hier – erforderlich ist, damit der Unionsbürger / die Unionsbürgerin den Kernbestand der Rechte, die dieser Status verleiht, wirksam in Anspruch nehmen kann, solange das Abhängigkeitsverhältnis zu dem Drittstaatsangehörigen fortbesteht (EuGH, Urt. v. 22.06.2023 – C-459/20 –, juris Rn. 33). Die Voraussetzungen sind gegeben.

32 (a) Dass vorliegend ein affektives Abhängigkeitsverhältnis der Tochter speziell zur Antragstellerin besteht, wurde unter aa. bereits ausgeführt. Ob darüber hinaus auch eine rechtliche und wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, obwohl die Tochter (auch) mit einem sorgeberechtigten Elternteil zusammenlebt, der über ein Daueraufenthaltsrecht verfügt und – wie hier vermutlich – berechtigt ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, kann unter diesen Umständen dahinstehen (vgl. BVerwG, Urt. v. 12.07.2018 – 1 C 16.17 –, juris Rn. 35 m.w.N.). Lebt der minderjährige Unionsbürger mit beiden Elternteilen dauerhaft zusammen und teilen diese sich täglich das Sorgerecht sowie die rechtliche, finanzielle und affektive Sorge, besteht jedenfalls eine widerlegliche Vermutung für ein Abhängigkeitsverhältnis (VGH Mannheim, Beschl. v. 18.04.2024 – 11 S 236/24 –, juris Rn. 22 m.V.a. EuGH, Urt. v. 05.05.2022 – C-451/19 und C-532/19 –, juris Rn. 69).

33 (b) Zutreffend geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass es sich bei dem unionsrechtlich abgeleiteten Aufenthaltsrecht um ein Aufenthaltsrecht "sui generis" handelt, dessen Entstehung voraussetzt, dass ein vom drittstaatsangehörigen Familienmitglied abhängiger Unionsbürger ohne den gesicherten Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen faktisch gezwungen wäre, mit diesem das Unionsgebiet zu verlassen und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands seiner Rechte als Unionsbürger verwehrt wird (EuGH, Urt. v. 22.06.2023 – C-459/20 –, juris Rn. 26 m.w.N.; BVerwG, Urt. v. 12.07.2018 – 1 C 16.17 –, juris Rn. 34 m.w.N.). Ebenso zutreffend ist, dass die Gewährung eines solchen Aufenthaltsrechts nur "ausnahmsweise" oder bei "Vorliegen ganz besondere(r) Sachverhalte" erfolgen kann. Denn verhindert werden soll nur eine Situation, in der der Unionsbürger für sich keine andere Wahl sieht als einem Drittstaatsangehörigen, von dem er rechtlich, wirtschaftlich oder affektiv abhängig ist, bei der Ausreise zu folgen und deshalb das Unionsgebiet zu verlassen (EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 27; BVerwG, Urt. v. 12.07.2018 – 1 C 16.17 –, juris Rn. 35 m.w.N.).

34 Nicht zu folgen ist dem Verwaltungsgericht hingegen in der Annahme, dass der Erwerb des abgeleiteten Aufenthaltsrechts vorliegend an dessen Subsidiarität scheitert. Im Ausgangspunkt geht es zutreffend davon aus, dass ausschließlich Konstellationen erfasst werden sollen, in denen der Drittstaatsangehörige, der zur Familie des Unionsbürgers gehört, nicht die Voraussetzungen anderer Bestimmungen, insbesondere des für die Familienzusammenführung geltenden nationalen Rechts erfüllt, um ein Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat zu erhalten, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt (EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 29 f.; BVerwG, Urt. v. 13.06.2024 – 1 C 5.23 –, juris Rn. 33 ff. m.w.N.). Eine solche Konstellation liege aber nicht vor. Der Antragsgegner verweise zwar darauf, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen in Gestalt von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG – aufgrund eines angenommenen Ausweisungsinteresses – sowie von § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG – wegen der fehlenden Durchführung bzw. Entbehrlichkeit eines Visumverfahrens – für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG nicht vorlägen, doch habe er darüber noch nicht abschließend entschieden. Insofern habe zum Zeitpunkt der Antragstellung überhaupt nicht festgestanden, ob die Voraussetzungen des abgeleiteten und stets subsidiären Aufenthaltsrechts aus Art. 20 AEUV zu Gunsten der Antragstellerin gegeben gewesen seien. Diese Möglichkeit sei auch gegenwärtig noch nicht auszuschließen.

35 Der Senat folgt insoweit dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach diese Sichtweise den vom Gerichtshof der Europäischen Union herausgearbeiteten Anforderungen an die Subsidiarität des aus Art. 20 AEUV abgeleiteten Aufenthaltsrechts nicht entspricht. Gerade ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Antragstellung, zu welchem das Bestehen eines anderweitigen nationalen Anspruchs naturgemäß noch nicht feststehen kann, zeigt, dass allein die Möglichkeit einer späteren Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht ausreichen kann, um die Anwendung von Art. 20 AEUV zeitlich "aufzuschieben"; andernfalls hätten die Behörden es in der Hand, die Entstehung des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts zeitlich hinauszuzögern.

36 Nach aktueller Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 29 f. m.w.N.)

> 37 "[...] kann die Gewährung eines solchen abgeleiteten Aufenthaltsrechts nur dann in Betracht gezogen werden, wenn der Drittstaatsangehörige, der zur Familie eines Unionsbürgers gehört, nicht die Voraussetzungen erfüllt, um auf der Grundlage anderer Bestimmungen und insbesondere nach dem für die Familienzusammenführung geltenden nationalen Recht ein Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat zu erhalten, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt […].
>
> 38 Sobald jedoch feststeht, dass einem Drittstaatsangehörigen, der zur Familie eines Unionsbürgers gehört, kein Aufenthaltsrecht nach innerstaatlichem Recht oder abgeleitetem Unionsrecht gewährt werden kann, hat die Tatsache, dass zwischen dem Drittstaatsangehörigen und dem Unionsbürger ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, das dazu führen würde, dass der Unionsbürger im Fall der Abschiebung seines drittstaatsangehörigen Familienangehörigen gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, zur Folge, dass Art. 20 AEUV den betreffenden Mitgliedstaat grundsätzlich verpflichtet, dem Drittstaatsangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zuzuerkennen […]."

39 Angesichts der mehrfach vom Gerichtshof der Europäischen Union hervorgehobenen Bedeutung der Unionsbürgerschaft, die ihrer praktischen Wirksamkeit nicht beraubt werden darf, kann trotz der Formulierung "Sobald jedoch feststeht" nicht angenommen werden, dass das Freizügigkeitsrecht als Kernbestand des Status‘ des Unionsbürgers während einer andauernden Prüfung anderweitiger Aufenthaltsrechte leerlaufen soll. Der Gerichtshof führt nämlich auch aus, dass das aus Art. 20 AEUV abgeleitete Aufenthaltsrecht unabhängig von seiner etwaigen Feststellung in einer Entscheidung der zuständigen nationalen Behörden erworben wird, "wenn die für die Anerkennung eines solchen Aufenthaltsrechts erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind, … während es im umgekehrten Fall der Nichterfüllung der Voraussetzungen für seine Anerkennung nicht erworben wird – und zwar wiederum, ohne dass die Feststellung der Ablehnung in einer solchen Entscheidung erforderlich wäre". Dass das Aufenthaltsrecht von der Erfüllung einer Reihe von Voraussetzungen abhängig ist, insbesondere von der Voraussetzung, dass auf keiner anderen Grundlage ein Aufenthaltsrecht erlangt werden kann, ändert am Erwerb des abgeleiteten Aufenthaltsrechts unmittelbar aus dem Unionsrecht und ohne konstitutiven Akt vonseiten der Behörde nichts (EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 34).

40 Maßgeblich kann danach nur die aktuelle tatsächliche Rechtslage sein und nicht ein bei Abschluss des Verfahrens möglicherweise zu erwartendes Ergebnis. Aktuell jedoch verweigert der Antragsgegner der Antragstellerin (noch) eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Dies hat für die Tochter der ausreisepflichtigen Antragstellerin als Unionsbürgerin die laut Gerichtshof der Europäischen Union gerade zu vermeidende Folge, dass die den Mitgliedstaaten überlassene Festlegung der Modalitäten der Umsetzung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV beeinträchtigt, da sie de facto Gefahr läuft, den Kernbestand ihrer Rechte zu verlieren (s. EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 34).

41 Die Gefahr ergibt sich vorliegend aus der nationalen Verfahrensgestaltung und dem daraus folgenden unsicheren Duldungsstatus der Antragstellerin. Auch insoweit weist die Antragstellerin zutreffend darauf hin, dass dem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, das unionsrechtlich abgeleitete Aufenthaltsrecht ab der Entstehung des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen ihm und diesem Unionsbürger zuzuerkennen. Dieser Zeitpunkt entspricht in einem Fall, wie er auch hier gegeben ist, dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes (vgl. EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 37 f.) – ist also nach derzeitigem Stand bereits gegeben und deshalb auch wirksam zu dokumentieren.

42 Eine Duldung trägt dem nicht ausreichend Rechnung, da sie den betroffenen Drittstaatsangehörigen weiterhin als unerlaubt aufhältig und ausreisepflichtig behandelt, obwohl ihm das Aufenthaltsrecht ab der Entstehung des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen ihm und dem Unionsbürger und für die Dauer des Abhängigkeitsverhältnisses zuzuerkennen ist mit der Folge, dass sein Aufenthalt in dieser Zeit nicht als unerlaubt angesehen werden darf (EuGH, Urt. v. 08.05.2018 – C-82/16 –, juris Rn. 89). Entsprechend meint auch das Bundesverwaltungsgericht, dass das Verbot, den Unionsbürger einem unausweichlichen Ausreisedruck auszusetzen, regelmäßig nur durch einen rechtmäßigen Aufenthaltsstatus Genüge getan wird, solange keine gewichtigen Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von erheblichem Gewicht für eine Beendigung des Aufenthalts der Bezugsperson eines minderjährigen Unionsbürgers sprechen (BVerwG, Urt. v. 30.07.2013 – 1 C 9.12 –, juris Rn. 38).

43 (c) Schließlich hat der Gerichtshof der Europäischen Union in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung festgestellt, dass Art. 20 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die die Anerkennung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts, das einem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auf der Grundlage dieser Bestimmung zusteht, von der Voraussetzung abhängig macht, dass sich dieser Angehörige eines Drittstaats nachträglich ein Visum in diesem Staat erteilen lassen muss (Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 56). Entschieden ist dies im Hinblick auf den auch hier in Rede stehenden § 5 Abs. 2 AufenthG. Auch insoweit gilt, dass die nationalen Verfahrensmodalitäten die praktische Wirksamkeit des Art. 20 AEUV nicht beeinträchtigen dürfen. Damit sind die europarechtlichen Anforderungen strenger als die nach Art. 6 GG in der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts. Eine Einreise mit dem erforderlichen Visum i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG wird bei unionskonformer Rechtsauslegung entweder nicht mehr gefordert werden dürfen (so Pfersich, ZAR 2025, 372 f.) oder dessen Einhaltung regelhaft als rechtlich unzumutbar i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG einzuordnen sein (so Gutmann, MigRI 2025, 201). Dies gilt ausdrücklich auch dann, wenn das Visumverfahren in dem Drittstaat von begrenzter Dauer – etwa weniger als ein Monat – ist. Denn die Wahrnehmung des abgeleiteten Aufenthaltsrechts setzt zwangsläufig voraus, dass der Drittstaatsangehörige in das Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats einreisen kann (EuGH, Urt. v. 08.05.2025 – C-130/24 –, juris Rn. 46 ff. m.w.N.; a.A. noch: BVerwG, Urt. v. 12.07.2018 – 1 C 16.17 –, juris Rn. 35 a.E.).

44 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2, § 52 Abs. 2 GKG.

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

Vorinstanz: Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht, Beschluss vom 09.01.2026, Az. 11 B 133/25