

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München

Beschluss vom 11.6.2007

Tenor

I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 5. April 2007 wird in Ziff. I. und II. geändert. Der Antragsgegner wird verpflichtet, den Aufenthalt des Antragstellers vorläufig zu dulden; im übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Beschwerde wird im Übrigen zurückgewiesen.

II. Der Antragsteller und der Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht und des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte.

III. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Der am 1978 geborene Antragsteller ist türkischer Staatsangehöriger. Er kam im Mai 2003 zum Studium nach Deutschland. Die zuletzt am 2. März 2006 befristet bis zum 6. März 2007 erteilte Aufenthaltserlaubnis enthielt die Nebenbestimmung „Nur zum Studium, FR Elektro- und Informationstechnik (FH). Der Aufenthaltstitel erlischt mit Exmatrikulation aus o.g. Studiengang oder bei Fachrichtungs-/Hochschulwechsel.“

Am 2006 heiratete der Antragsteller eine im Bundesgebiet mit einer Niederlassungserlaubnis lebende türkische Staatsangehörige. Am 12. Dezember 2006 beantragte er die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis.

Die Fachhochschule teilte dem Landratsamt mit Schreiben vom 3. Januar 2007 auf Anfrage mit, der Antragsteller studiere seit dem 1. Oktober 2006 im ersten Semester Bauingenieurwesen, habe das Vordiplom noch nicht bestanden und sich auch für keine Prüfung im Wintersemester 2006/07 angemeldet. Der Studiengang Elektro- und Informationstechnik sei nach vier Semestern ohne bestandene Leistungen aufgegeben worden. Der Antragsteller sei mit Wirkung zum 30. September 2006 wegen Studiengangwechsels im Studiengang Elektrotechnik exmatrikuliert worden und neu im Studiengang Bauingenieurwesen immatrikuliert worden.

Mit Bescheid vom 1. Februar 2007 lehnte das Landratsamt den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab.

Gegen diesen Bescheid ließ der Antragsteller Klage erheben mit dem Antrag, den Bescheid vom 1. Februar 2007 aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, ihm eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu erteilen.

Außerdem beantragte er, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen bzw. wieder herzustellen, hilfsweise, seinen Antrag auch als Antrag nach § 123 VwGO auszulegen.

Mit Beschluss vom 5. April 2007 lehnte das Verwaltungsgericht Augsburg diesen Antrag ab. Die erhobene Klage habe keine Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 oder 4, § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ausgelöst. Die dem Antragsteller zuletzt erteilte Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken sei mit seiner Exmatrikulation aus dem Studienfach Elektro- und Informationstechnik zum 30. September 2006 erloschen. Dies ergebe sich aus der der letzten Aufenthaltserlaubnis beigefügten Nebenbestimmung. Dem Antragsteller stehe kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 1 AufenthG zu, weil er ohne das dafür erforderliche Visum eingereist sei. Das Absehen vom Erfordernis eines Visumverfahrens stehe im Ermessen der Behörde. Die Ermessensentscheidung der Behörde sei rechtlich nicht zu beanstanden. Die Voraussetzungen des § 39 Nr. 5 AufenthV lägen nicht vor. Der hilfsweise gestellte Antrag nach § 123 VwGO sei unbegründet, weil der Antragsteller keinen Anordnungsanspruch habe. Bei Abwägung des öffentlichen Interesses an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Visumverfahrens und des privaten Interesses des Antragstellers und seiner Ehefrau an der Fortdauer ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet überwiege das öffentliche Interesse.

Dagegen ließ der Antragsteller Beschwerde erheben mit dem Antrag,

unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 5. April 2007 die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 1. Februar 2007 anzuordnen; hilfsweise den Antragsgegner zu verpflichten, dem Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage eine Duldung zu erteilen.

Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO sei statthaft. Aufgrund der Eheschließung am 30. August 2006 habe der Antragsteller einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG erworben. Mit der Entstehung des Anspruchs auf Ehegattennachzug sei die auflösende Bedingung gegenstandslos geworden, so dass die dem Antragsteller erteilte Aufenthaltserlaubnis mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung nicht habe erlöschen können. Der verspätet gestellte Antrag löse die Fiktionswirkungen rückwirkend aus. Dies ergebe sich aus Art. 2 und 1 des Europäischen Niederlassungsabkommens (ENA), wonach den Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaates sowohl die Einreise in sein Gebiet als auch ein längerer oder dauerhafter Aufenthalt in seinem Gebiet zu erleichtern sei. Der Antragsteller habe die Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzugs gemäß § 39 AufenthV auch im Bundesgebiet einholen können, ohne ausreisen zu müssen. Selbst wenn man davon ausginge, dass das Absehen vom Erfordernis eines Visumverfahrens im Ermessen

der Behörde stünde, müsste im vorliegenden Fall die Ausländerbehörde in ihre Ermessenserwägungen die Bestimmungen des Art. 2 und 1 ENA einbeziehen, was offensichtlich nicht der Fall gewesen sei. Bei der Abwägung überwiege das private Interesse des Antragstellers.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die beigezogene Behördenakte und auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist teilweise begründet. Das Verwaltungsgericht hat zwar den Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO zu Recht als unstatthaft angesehen. Der Antrag nach § 123 VwGO ist aber zulässig und begründet.

Im Beschwerdeverfahren werden nur die dargelegten Gründe geprüft (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO).

Die Beschwerde ist im Hauptantrag unbegründet.

Der im Dezember 2006 gestellte Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis erfolgte zu einem Zeitpunkt, als die zuvor erteilte Aufenthaltserlaubnis aufgrund der auflösenden Bedingung am 30. September 2006 bereits erloschen war. Die im Beschwerdeverfahren vorgetragene Ansicht, mit der Entstehung des Anspruchs auf Ehegattennachzug sei die auflösende Bedingung gegenstandslos geworden, wird vom Senat nicht geteilt. Dem Wortlaut der Nebenbestimmung kann eine solche Konsequenz nicht entnommen werden. Aus welchen Rechtsvorschriften oder Rechtsgrundsätzen sich ergeben soll, dass mit der Entstehung des Anspruchs auf Ehegattennachzug eine von der Behörde verfügte auflösende Bedingung gegenstandslos wird, wird nicht dargelegt. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Aufenthalt des Antragstellers nicht schon dadurch legal wurde, dass er die Ehe geschlossen hatte, da ein legaler Aufenthalt den Besitz eines Aufenthaltstitels voraussetzt. Der bloße Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist nicht gleichzusetzen mit einem erlaubten Aufenthalt.

Der Antragsteller hätte rechtzeitig vor Erlöschen seines Aufenthaltstitels einen neuen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Aufenthaltzweck beantragen können. In diesem Falle hätte gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend gegolten. Auf diese Vorschrift kann sich der Antragsteller jedoch nicht mehr berufen, da sein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Ehegattennachzugs erst mehrere Wochen nach dem Erlöschen des bisher geltenden Aufenthaltstitels gestellt wurde. Für eine rückwirkende Auslösung der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 AufenthG lässt sich das Europäische Niederlassungsabkommen nicht heranziehen, nach der dem Staatsangehörigen des anderen Vertragsstaats der Aufenthalt erleichtert werden soll. Die Fiktionswirkung des erlaubten Aufenthalts wäre nach § 81 Abs. 4 AufenthG eingetreten,

wenn der Antragsteller den Antrag rechtzeitig gestellt hätte. Es lag somit am Antragsteller selbst, dass er infolge des verspäteten Antrags auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen als dem bisherigen Aufenthaltszweck nicht zu einem vorläufig erlaubten Aufenthalt kommen konnte. Da es allein am Antragsteller lag, die Illegalität seines Aufenthalts durch rechtzeitige Antragstellung zu vermeiden, kann er sich für sein Verhalten nicht auf das Europäische Niederlassungsabkommen berufen, das nicht den Zweck verfolgt, die Verletzung legitimer nationaler Ordnungsvorschriften ohne Folgen zu lassen.

Der Hilfsantrag nach § 123 VwGO führt jedoch zum Erfolg der Beschwerde.

Der Antragsteller kann einen auf § 60 a Abs. 2 AufenthG gestützten Anordnungsgrund geltend machen, weil es ihm derzeit nicht zuzumuten ist, das Bundesgebiet zu verlassen, bevor geklärt ist, ob auf die Durchführung eines Visumverfahrens verzichtet wird. Würde er das Bundesgebiet nämlich vor einer behördlichen Ermessensentscheidung verlassen müssen, ginge sein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung darüber, ob er vor Erteilung der Aufenthaltserlaubnis das Bundesgebiet verlassen und ein Visumverfahren durchführen muss, praktisch ins Leere. Das ist mit dem prozessrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar.

Der Ehegattennachzug, den der Antragsteller erkennbar mit seinem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bezweckt, scheidet – wie das Verwaltungsgericht dargelegt hat – nicht schon an der fehlenden Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Lediglich das fehlende Visumverfahren (§ 5 Abs. 2 AufenthG) steht dem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG noch entgegen. Die Entscheidung, ob ein Visumverfahren durchzuführen ist, steht allerdings nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG im Ermessen der Behörde, wenn – wie hier – die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) erfüllt sind. Von diesem Ermessen hat die Ausländerbehörde bisher noch keinen Gebrauch gemacht; denn im angefochtenen Bescheid werden hierzu keine Ermessenserwägungen angestellt. Der Bescheid stützt sich allein auf den Ablehnungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Das fehlende Visumverfahren wird im Zusammenhang mit § 39 AufenthV erwähnt; § 5 Abs. 2 AufenthG und die Eröffnung des Ermessensspielraums wird aber nicht erörtert. Die Ausführungen der Ausländerbehörde im Schriftsatz vom 12. März 2007 an das Verwaltungsgericht gehen zwar auf die Frage ein, ob ein Visumverfahren durchgeführt werden muss oder ob nach § 5 Abs. 2 AufenthG darauf verzichtet werden kann. Eine Ermessensentscheidung im Sinne des § 114 VwGO stellt der Schriftsatz aber nicht dar. Er geht auch nicht auf den Anspruch nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG als Tatbestandsmerkmal des § 5 Abs. 2 AufenthG ein. Die Ausführungen können schließlich auch nicht als nach § 114 Satz 2 VwGO mögliche Ergänzung von Ermessenserwägungen angesehen werden, weil Ermessenserwägungen im angefochtenen Bescheid bisher noch nicht angestellt wurden (vgl. dazu Rennert in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, RdNr. 85 ff zu § 114).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Der Streitwert ergibt sich aus § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 3 Nr. 1, 2 GKG. Der Hilfsantrag bleibt bei der Streitwertfestsetzung gemäß § 45 Abs. 1 Satz 3 GKG unberücksichtigt.

Vorinstanz: VG Augsburg, Beschluss vom 5.4.2007, Au 6 S 07.245