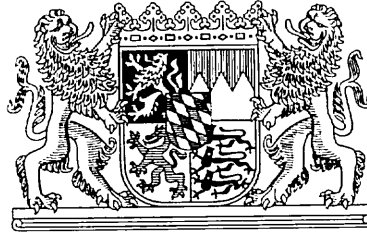


M 10 K 10.185

Abdruck



## Bayerisches Verwaltungsgericht München

In der Verwaltungsstreitsache

- Kläger -

bevollmächtigt:  
Rechtsanwälte Hartmut Wächtler und Kollegen  
Rottmannstr. 11 a, 80333 München

gegen

### **Bundesrepublik Deutschland**

vertreten durch:  
Bundespolizeidirektion München  
Infanteriestr. 6, 80797 München

- Beklagte -

wegen

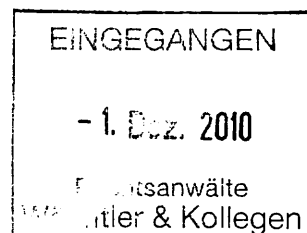
Zurückschiebung

erlässt das Bayerische Verwaltungsgericht München, 10. Kammer,  
durch den Richter am Verwaltungsgericht Beil als Berichterstatter,

ohne mündliche Verhandlung

**am 22. November 2010**

folgenden



### **Beschluss:**

- I. Das Verfahren wird eingestellt.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.  
Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren war notwendig.
- III. Der Streitwert wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

#### I.

Der Kläger wendete sich mit seiner Klage gegen eine Zurückschiebung durch die Bundespolizeiinspektion Flughafen München.

Der am . 1965 geborene Kläger ist russischer Staatsangehöriger.

Am 10. September 2009 kam der Kläger aus Mailand kommend am Flughafen München an. Er beabsichtigte von dort die Heimreise nach Moskau fortzusetzen. Er war im Besitz eines Reisepasses, der mit einem am 3. Dezember 2008 erteilten italienischen Schengen-Visum der Kategorie D und C, gültig vom 5. Dezember 2008 bis 4. Dezember 2009 für mehrere Einreisen und eine Aufenthaltsdauer von 365 Tagen versehen war.

Der Kläger wurde infolge einer Kontrolle nach Moskau (Russland) zurückgeschoben. In der dem Kläger ausgehändigten Verfügung über die Zurückschiebung vom 10. September 2009 wurde ausgeführt, dass der Kläger unerlaubt in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sei, da er den nach § 4 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel nicht besitze. Des Weiteren wurde in einem Zusatzblatt zur Verfügung

über die Zurückschiebung ausgeführt, dass die einmalige Durchreise mit der D-Variante des Visums sowie die Einreise mit der C-Variante bereits am 4. März 2009 verwirkt worden sei. Die Zurückschiebung sei am 10. September 2009 um 21.30 Uhr durch die Weiterreise des Klägers nach Moskau vollzogen worden.

Mit Schreiben vom 2. Oktober 2009 erhob der Bevollmächtigte des Klägers Widerspruch gegen die Zurückschiebung. Zur Begründung führte er aus, dass ungeachtet der Frage, ob überhaupt eine illegale Einreise vorliege, eine Zurückschiebung jedenfalls rechtswidrig gewesen sei. Der Kläger sei aus Mailand gekommen und habe einen ca. eineinhalbstündigen Transitaufenthalt gehabt. Er habe lediglich umsteigen und nach Moskau weiterfliegen wollen, als er im Transitbereich kontrolliert worden sei. Er sei dann auch mit dem vorgesehenen Flug weitergereist. Ein Verlassen des Flughafenterritoriums sei ebenso wenig zur Debatte gestanden, wie ein längerer Verbleib im Bundesgebiet.

Mit Widerspruchsbescheid vom 28. Dezember 2009 wurde der Widerspruch des Klägers vom 2. Oktober 2009 durch das Bundespolizeipräsidium Potsdam als unzulässig zurückgewiesen. Der Widerspruch sei unzulässig, da sich die Zurückschiebung durch die Ausreise erledigt habe. Die Zurückschiebung entfalte keine unmittelbaren Rechtswirkungen mehr. Die mit der Zurückschiebung verbundene Wiedereinreiseperrre sei kein Bestandteil des Verwaltungsaktes „Zurückschiebungsverfügung“. Sie trete kraft Gesetzes ein und werde damit vom Regelungsgehalt der Zurückschiebungsverfügung nicht erfasst. Daneben sei der Widerspruch auch unbegründet. Der Kläger sei nach Deutschland eingereist. Es habe kein Transitaufenthalt gemäß § 26 Abs. 1 AufenthV vorgelegen. Ein atypischer Fall, der ein Absehen von der Zurückschiebung rechtfertigen würde, liege nicht vor.

Mit Bescheid vom 11. Januar 2010 wurde das Einreiseverbot gegenüber dem Kläger bis zum 10. September 2010 befristet.

Mit weiterem Bescheid vom 1. März 2010 wurde das Einreiseverbot gegenüber dem Kläger „bis nach einer weiteren Überprüfung zum 10. März 2010 befristet“.

Mit Schriftsatz vom 12. Januar 2010, eingegangen beim Bayerischen Verwaltungsgericht München am 14. Januar 2010, hat der Bevollmächtigte des Klägers Klage erhoben und beantragte: „Die Zurückschiebungsverfügung vom 10. September 2009 der Bundespolizeiinspektion Flughafen München und der Widerspruchsbescheid vom 28. Dezember 2009 werden aufgehoben. Hilfsweise: Es wird festgestellt, dass die Zurückschiebung des Klägers vom 10. September 2009 rechtswidrig war und den Kläger in seinen Rechten verletzt hat.“

Zur Begründung führte der Bevollmächtigte des Klägers aus, dass die Zurückschiebung sich nicht mit dem tatsächlichen Vollzug erledigt habe. Es würden weiter Vollzugsfolgen bestehen, denn zum Einen habe eine Einreise- und Aufenthaltssperre bestanden und zum Zweiten habe sich die Notwendigkeit ergeben, anwaltliche Hilfe zu beanspruchen, um die Einreise- und Aufenthaltssperre zu beseitigen. Aus der Inanspruchnahme des Anwalts resultiere ein Schadensersatzanspruch. Dazu komme, dass der im Pass angebrachte Vermerk „zurückgeschoben“ die Erteilung von Visa anderer Staaten verhindere oder erschwere. Auch im Hinblick auf künftige Visaerteilungen durch deutsche Auslandsvertretungen gebe es ein Rehabilitationsinteresse, da Visaerteilungen durch den im Bundeszentralregister und anderen Registern eingetragenen Vermerk der Zurückweisung erschwert oder gar vereitelt würden. Die Klage sei auch begründet, da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz es geboten hätte von der Zurückschiebung abzusehen. Es bestehe der Eindruck, dass die Aktion ausschließlich den Zweck gehabt habe Fallzahlen zu produzieren.

Mit Schriftsatz vom 19. Februar 2010 beantragte die Beklagte: „Die Klage wird abgewiesen.“ Der Kläger sei nicht im Besitz eines erforderlichen Aufenthaltstitels gewesen. Bei dem italienischen Visum der Kategorie D und C handle es sich um ein nationales Visum für einen Aufenthalt von mehr als 3 Monaten, das vom Mitgliedsstaat Italien nach seinen nationalen Rechtsvorschriften erteilt worden sei. Dieses gewähre ein Einreise- und Aufenthaltsrecht nach Maßgabe des Art. 18 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ). Es berechne seinen Inhaber dazu, durch das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaats zu reisen, um sich erstmals in das Hoheitsgebiet des Staates zu begeben, der das Visum erteilt habe (Teil D des Visums). Sofern dieses Recht durch die einmalige Durchreise verbraucht sei, erlaube das Visum nur noch eine unmittelbare Ein- und Ausreise in bzw. aus dem Ausstellerstaat. Der Kläger habe ausweislich der Grenzkontrollstempelabdrücke in seinem Pass bereits von dem Visum Gebrauch gemacht und sei erstmals in den Ausstellerstaat Italien eingereist. Damit sei das Recht zur einmaligen Durchreise durch andere Schengen-Staaten erloschen. Auch das Aufenthaltsrecht in anderen Mitgliedsstaaten aus Teil C des Visums habe der Kläger nicht mehr in Anspruch nehmen können, da der Beginn der Gültigkeit des Visums mehr als 3 Monate zurückgelegen habe. Da der Kläger einen Schengen-Binnenflug benutzt habe, sei er in die Bundesrepublik Deutschland eingereist. Eine Einreise liege bei derartigen Binnenflügen bereits bei Überschreiten der Grenze vor, dies sei auch bei einer Grenzüberschreitung zum Zwecke der Durchreise der Fall. Ein Vorsatz sei für das Vorliegen einer unerlaubten Einreise nicht erforderlich. Ein atypischer Fall, bei dem im Allgemeinen eine Zurückschiebung nicht geboten sei, liege nach Nr. 57.1.7 AVwV zum AufenthG dann vor, wenn an der Grenze, d.h. vor der Einreise ein Passersatzpapier oder ein Ausnahmevisum ausgestellt werden könnte. Solche Umstände habe der Kläger nicht vorgetragen. Dementsprechend habe die Zurückschiebung nach § 57 Abs. 1 AufenthG erfolgen müssen.

Mit Schriftsatz vom 15. November 2010 erklärte der Bevollmächtigte des Klägers den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt. Die Beklagte stimmte der Erledigterklärung mit Schriftsatz vom 18. November 2010 zu.

## II.

Das Verfahren ist aufgrund der übereinstimmenden Erledigterklärung der Parteien in analoger Anwendung des § 92 Abs. 3 VwGO einzustellen.

Nach § 161 Abs. 2 VwGO ist nach billigem Ermessen über die Kosten des Verfahrens zu entscheiden. Billigem Ermessen entspricht es im vorliegenden Fall die Kosten der Beklagten aufzuerlegen, da die Zurückschiebungsverfügung vom 10. September 2009 und der Widerspruchsbescheid vom 28. Dezember 2009 rechtswidrig waren.

Die Klage hätte bis zu ihrer endgültigen Erledigung durch die Beseitigung der Vollzugsfolgen mit der Aufhebung des Wiedereinreiseverbots durch den Bescheid vom 01. März 2010 Erfolg gehabt.

Gemäß § 57 Abs. 1 AufenthG soll ein Ausländer, der unerlaubt eingereist ist, innerhalb von 6 Monaten nach Grenzübertritt zurückgeschoben werden. Es kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob eine unerlaubte Einreise des Klägers i.S.v. § 57 Abs. 1 AufenthG in Folge eines nicht ausreichenden Visums vorlag. Jedenfalls war die Anordnung einer Zwangsmaßnahme durch die Bundespolizei allein schon deshalb nicht gerechtfertigt, da der Kläger bereits auf dem Weg war, freiwillig auszureisen und ein weiterer Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland unstrittig zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt war.

Es ist schon fraglich, ob die mit Bescheid vom 10. September 2009 als Zurückschiebung bezeichnete Maßnahme überhaupt auf die Befugnisnorm des § 57 AufenthG gestützt werden kann. Die Zurückschiebung gemäß § 57 Abs. 1 AufenthG dient der effektiven Verhinderung der Begründung eines dauerhaften unerlaubten Aufenthalts (GK-AufenthG, Funke-Kaiser, § 57 RdNr. 2). Gedanklich setzt sie deshalb voraus, dass sich der Betroffene tatsächlich weiter im Bundesgebiet aufhalten will. Dies war hier jedoch nach dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien nicht der Fall. Vielmehr war der Kläger auf seiner Weiterreise nach Moskau. Sein einziges Ziel, das er im Zeitpunkt des Erlasses der Zurückschiebung verfolgte, war das Verlassen des Bundesgebiets. Diese Zielsetzung wird durch die Zusatzangaben zum Bescheid der Beklagten vom 10. September 2009 deutlich (Bl. 8 der Behördenakten). Dort wird ausgeführt, dass der Kläger zur Ausreisekontrolle erschien. Eine behördliche Anordnung der vom Kläger ohnehin beabsichtigten Ausreise oder gar eine zwangsweise Durchsetzung derselben, wie sie § 57 AufenthG ermöglicht, ging damit von vorneherein ins Leere.

Eine Zurückschiebung war auch für den Fall, dass die Verfügung unter § 57 AufenthG zu subsumieren wäre, nicht gerechtfertigt, da selbst beim Vorliegen einer unerlaubten Einreise i.S.v. § 57 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ein atypischer Fall vorlag, der eine Zurückschiebung nicht erlaubte.

§ 57 Abs. 1 AufenthG eröffnet den Behörden ein eingeschränkte Ermessen. Zwar soll eine Zurückschiebung im Fall einer unerlaubten Einreise in der Regel erfolgen. Bei atypischen Fallkonstellationen ist jedoch von einer Zurückschiebung abzusehen. Allgemein wird eine Zurückschiebung nicht in Betracht kommen, wenn dies dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht (GK-AufenthG, Funke-Kaiser, § 57 RdNr. 40.1). Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung sind dabei nicht nur die in Nr. 57.1.7 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz beispielhaft genannten Fälle zu berücksichtigen. Vielmehr ist dem Grundsatz der Verhält-

nismäßigkeit und insbesondere dem Element der Erforderlichkeit stets Rechnung zu tragen (Westphal/Stoppa, AuslR für die Polizei, 3. Aufl. 2007, Kapitel E Nr. 19.5). Es ist deshalb aus rechtsstaatlichen Gründen grundsätzlich nicht zulässig eine Zwangsmaßnahmen zu ergreifen, wenn der Betroffene seiner rechtlichen Verpflichtung in vergleichbarer Weise freiwillig nachkommen will (Westphal/Stoppa a.a.O.). Bei Berücksichtigung dieser Grundsätze erweist sich die streitgegenständliche Zurückschiebungsverfügung als rechtswidrig. Denn beide Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass der Kläger freiwillig nach Moskau ausreisen wollte und eine Zurückschiebung zur Durchsetzung der nach Auffassung der Beklagten bestehenden Ausreisepflicht nicht notwendig war. Die Zurückschiebung diente letztlich nur dazu, das mit dieser verbundene Einreiseverbot gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG zu bewirken. Eine Zurückschiebung mit einer derartigen Zielrichtung ist jedoch grundsätzlich unzulässig (Westphal/Stoppa, AuslR für die Polizei, Kapitel E Nr. 19.5, S. 564).

Darüber hinaus weist das Gericht darauf hin, dass der Widerspruchsbescheid vom 28. Dezember 2009 zudem von der unzutreffenden Auffassung ausgeht, dass sich die Zurückschiebung durch deren Vollzug erledigt. Ein Widerspruch ist nicht unzulässig, wenn die Zurückschiebung bereits durchgeführt wurde. Es sind jedenfalls solange Vollzugsfolgen der Zurückschiebung vorhanden, solange diese Wiedereinreisesperre des § 11 AufenthG fortbesteht. Die Zurückweisung des Widerspruchs als unzulässig war daher ebenfalls rechtswidrig.

Die Beklagte wäre dazu aufgerufen gewesen die offensichtlich weder erforderliche noch zweckmäßige Entscheidung spätestens im Widerspruchsverfahren zu revidieren.

Es entspricht nach alldem billigem Ermessen, die Kosten der Beklagten aufzuerlegen.



Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren war gemäß § 162 Abs. 2 VwGO für notwendig zu erklären.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2 GKG i.V.m. dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.