

Sachgebiet 5/1/6 Unionsrecht
5/1/12 Sonstiges Ausländerrecht
Normen AufenthG § 6 Abs. 1
AufenthG § 81 Abs. 3 Satz 1
AufenthG § 81 Abs. 4 Satz 2
AufenthG § 81 Abs. 5
AufenthV § 39 Nr. 3
SchÜbkDÜbk Art. 19 Abs. 1
EUV 399/2016 Art. 6 Abs. 1
EGV 810/2009 Art. 34

Schlagworte Erlaubnisfiktion
Fiktionsbescheinigung
Schengen-Visum
Schengener Durchführungsübereinkommen
Schengener Grenzkodex
Visakodex

Leitsatz

1. Beantragt ein Ausländer, der mit einem gültigen Schengen-Visum eines anderen Mitgliedstaats legal einreist, vor Ablauf der Geltungsdauer die Erteilung eines Aufenthaltstitels, löst dieses den Eintritt der Erlaubnisfiktion des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG aus.
2. Die Einreise mit einem Schengen-Visum ist auch dann erlaubt, wenn der Ausländer bei der Einreise die Absicht haben sollte, über die Geltungsdauer hinaus im Gebiet der Mitgliedstaaten zu verweilen und auch dann, wenn er die Einreisevoraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 des Schengener Grenzkodex nicht erfüllt; ob dieses auch im Falle einer Einreise ohne gültiges Reisedokument gilt, bleibt offen.
3. Unter den gleichen Voraussetzungen entsteht auch das Aufenthaltsrecht nach Art. 19 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens. Erfüllt der Betroffene eine Einreisevoraussetzung nicht, so wird der Aufenthalt erst dann unerlaubt, wenn eine nationale Entscheidung ergangen ist, die die Ausreisepflicht auslöst; etwa durch die Annullierung oder Aufhebung des Visums oder die Ausweisung des Ausländers.

VGH Baden-Württemberg

Urteil vom 06.04.2018 11 S 2583/17

Vorinstanz VG Stuttgart

(Az. 9 K 6090/15)

Vorblatt mit Leitsatz

VENZA-Blatt ohne Leitsatz



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Kläger -
- Berufungskläger -

gegen

Landeshauptstadt Stuttgart - Amt für öffentliche Ordnung -,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Eberhardstraße 39, 70173 Stuttgart, Az:

- Beklagte -
- Berufungsbeklagte -

wegen Fiktionsbescheinigung

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Funke-Kaiser, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Hoppe und den Richter am Verwaltungsgericht Valerius ohne mündlichen Verhandlung am 6. April 2018

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 19. Oktober 2017 - 9 K 6090/15 - geändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger eine Bescheinigung über eine Erlaubnisfiktion im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auszustellen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Erteilung einer Bescheinigung über den Eintritt einer Fiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

Der Kläger ist afghanischer Staatsangehöriger. Er ist seit [REDACTED] 2015 mit einer afghanischen Staatsangehörigen verheiratet, der im Bundesgebiet die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde und die aufgrund dessen im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG ist; die Ehefrau bezog und bezieht wohl weiterhin Leistungen nach SGB II. Das Ehepaar hat zwei gemeinsame Kinder, die am [REDACTED] [REDACTED] r 2014 und [REDACTED] 2015 im Bundesgebiet geboren wurden.

Der Kläger, der zunächst seinen Lebensmittelpunkt in Afghanistan hatte und der zuvor mit von verschiedenen Schengen-Staaten ausgestellten Besuchervisa mehrfach nach Deutschland gereist war, reiste zuletzt am 23. November 2015 mit einem von der spanischen Botschaft ausgestellten, vom 23. November bis zum 17. Dezember 2015 gültigen Schengen-Visum direkt aus Kabul kommend über Frankfurt/M. in das Bundesgebiet.

Mit Schreiben vom 26. November 2015 stellte der Kläger einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen. Zugleich beantragte er, ihm eine Bescheinigung über den Eintritt einer Fiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auszustellen.

Über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hat die Beklagte bis heute nicht entschieden. Allerdings wurde dem Kläger durch die Beklagte mit

Schreiben vom 11. Dezember 2015 mitgeteilt, es sei beabsichtigt, das am 23. November 2015 durch die spanische Botschaft in Kabul erteilte Schengen-Visum zu annullieren, die Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung und die Zulassung der Ausübung einer Beschäftigung abzulehnen und den Kläger unter Androhung der Abschiebung zur Ausreise aus dem Bundesgebiet aufzufordern. Ihm wurde eine Frist zur Stellungnahme gewährt. Einem Familiennachzug sei schon früher nicht zugestimmt worden, weil die Ehefrau und das Kind Leistungen des Jobcenters erhielten. Auch könne auf Grund des nun gestellten Antrags keine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ausgestellt werden. Der Kläger sei am 23. November 2015 über Frankfurt/M. mit dem Visum der spanischen Botschaft ein weiteres Mal nach Deutschland eingereist. Es seien darauf hin die auf einen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland gerichteten Anträge gestellt worden. Nach Art. 34 Abs. 1 Satz 1 Visakodex sei das Visum der spanischen Botschaft zu annullieren, da anzunehmen sei, dass der Kläger, der genau gewusst habe, dass er kein Visum zum Familiennachzug erhalten könne und der den direkten Weg von Kabul nach Frankfurt genommen habe, das Visum durch arglistige Täuschung erlangt habe. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis lägen auch nicht vor. Eine Annullierung erfolgte in Folgezeit jedoch nicht.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2015 äußerte der Verfahrensbevollmächtigte des Klägers, dass das spanische Visum bislang nicht widerrufen und daher beachtlich sei. Der Kläger habe zudem, wie aus dem Pass ersichtlich, laufend aus geschäftlichen Gründen Visa europäischer Staaten gehabt, weil er sich für seinen Arbeitgeber laufend geschäftlich in Europa aufgehalten habe. Zu diesem Zweck seien ihm u.a. von 2012 bis 2015 insgesamt 15 europäische Visa erteilt worden, wobei der Kläger neben seiner geschäftlichen Tätigkeit schon oft zu Besuch bei seiner Frau gewesen sei. Sehr viele dieser Visa seien durch die deutsche Botschaft ausgestellt worden. Die Beklagte entziehe der Ehefrau den Ehemann, der gesamten Familie die Familieneinheit und den Unterhalt durch den Vater.

Am 23. Dezember 2015 erhob der Kläger Klage zum Verwaltungsgericht Stuttgart. Er ist der Ansicht, dass eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 Satz 1 AufenthG auszustellen sei. § 81 Abs. 4 AufenthG sei für Schengen-Visa anderer

Mitgliedstaaten nicht anwendbar. Zudem sei auch das zuletzt erteilte Visum der spanischen Botschaft zu geschäftlichen Zwecken notwendig gewesen. Eine Annullierung dieses Visums komme daher nicht in Betracht. Hinsichtlich der Erteilung der Fiktionsbescheinigung sei mit Anwaltsschreiben vom 09. Dezember 2015 eine Frist gesetzt worden. Sowohl die Beklagte als auch die Deutsche Botschaft hätten bislang in verfassungswidriger Weise die Familienzusammenführung nicht zugelassen.

Einen zunächst hilfsweise gestellten Antrag auf Erteilung einer Duldung nahm der Kläger in der mündlichen Verhandlung zurück.

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Sie trug vor: Die Erteilung einer Fiktionsbescheinigung sei nicht möglich. Der Kläger sei mit einem spanischen Schengen-Visum eingereist. Gemäß § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG gelte die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG nicht für ein Visum nach § 6 Abs. 1 AufenthG, also insbesondere nicht für ein Schengen-Visum.

Durch Urteil vom 19. Oktober 2017 - dem Kläger zugestellt am 7. November 2017 - wies das Verwaltungsgericht die Klage unter Zulassung der Berufung ab mit der Begründung, der Besitz eines Schengen-Visums stehe gemäß § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG der Entstehung jeder Fiktion im Sinne des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG entgegen. Auch das Schengen-Visum eines anderen Staates sei ein Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

Am 20. November 2017 legte der Kläger Berufung ein, die er am 19. Dezember 2017 unter Stellung eines Berufungsantrags begründete. Er wiederholt sein Vorbringen aus dem erstinstanzlichen Verfahren.

Er beantragt (sachdienlich),

das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 19. Oktober 2017 - 9 K 6090/15 - zu ändern und die Beklagte zu verurteilen, ihm eine Bescheinigung über eine Erlaubnisfiktion im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auszustellen.

Die Beklagte tritt der Berufung aus den Gründen des angegriffenen Urteils entgegen und beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Vorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Dem Senat lagen die von der Beklagten geführten Ausländerakten des Klägers sowie die Akten des Verwaltungsgerichts vor.

Entscheidungsgründe

Die zulässige, insbesondere unter Stellung eines Antrags rechtzeitig begründete Berufung des Klägers hat Erfolg.

Die Beklagte hat dem Kläger die begehrte Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Absatz 5 AufenthG auszustellen.

I. Die Klage ist zunächst – entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts – nicht als Verpflichtungsklage nach Maßgabe der Voraussetzungen des § 75 VwGO zulässig, sondern als allgemeine Leistungsklage, für die § 75 VwGO nicht anzuwenden ist (vgl. Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 81 Stand Oktober 2015 Rn. 118). Denn die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung stellt in Ermangelung einer Regelung keinen Verwaltungsakt dar; sie ist ein Realakt, für dessen Vornahme das Regelwerk der §§ 42, 68 ff. und 113 Abs. 5 VwGO nicht gilt (vgl. zur allgemeinen Leistungsklage auch von Albedyll, in: Bader u.a., VwGO, 6. Aufl., Vor §§ 42 ff., Rn. 10).

II. Die Klage ist auch begründet.

Die Beklagte hat es zu Unrecht abgelehnt, dem Kläger die begehrte Bescheinigung auszustellen. Denn sein bis heute nicht beschiedener, im Schriftsatz vom 26. November 2015 enthaltener Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hat die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ausgelöst.

1. Das für die Zeit vom 23. November bis 17. Dezember 2015 gültige Schengen-Visum der spanischen Botschaft in Kabul stellt keinen Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG dar, vermochte jedoch nach Art. 19 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommen (vgl. ABIEG 2000 Nr. L 239, S. 19) - SDÜ - die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts im Bundesgebiet zu begründen. Der Senat folgt nicht der in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung, wonach ein solches Visum nur eine Fiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG vermitteln könne mit der Folge, dass der mit Wirkung vom 6. September 2013 (vgl. Art. 1 Nr. 27 lit.a) des Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 29.08.2013 - BGBl. I, S. 3484) in Absatz 4 Satz 2 vorgenommene Ausschluss des Schengen-Visums generell den Eintritt einer Fiktion auch nach Absatz 3 Satz 1 ausschliesse. Soweit der Senat im Beschluss vom 21. Juli 2014 (11 S 1009/14 -, juris; vgl. auch BayVGh, Beschluss vom 21.02.2013 - 10 CS 12.2679 -, juris; NiedersOVG, Beschluss vom 31.10.2011 - 11 ME 315/11 -, juris; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3. April 2014 - OVG 3 S 4.14 -, juris) ohne weitere vertiefte Problematisierung der Fragestellung ebenfalls dieser Auffassung gefolgt war, hält er hieran nicht mehr fest.

Dieses ergibt sich aus den folgenden Überlegungen: Nach dem eindeutigen Wortlaut und der ebenfalls klaren Systematik der Absätze 3 Satz 1 und 4 Satz 1 des § 81 AufenthG erfolgt für die Anwendung der Normen die entscheidende Weichenstellung in der Weise, dass danach unterschieden wird, ob die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts zum Zeitpunkt der Antragstellung durch einen konkreten Aufenthaltstitel vermittelt wird oder nicht, d.h. aufgrund anderweitiger kraft Gesetz wirkender Normierung. Dabei folgt Absatz 3 der Normierungstradition des § 69 Abs. 2 und 3 AuslG 1990, der die Fiktionwirkungen des erlaubten wie des geduldeten Aufenthalts an unterschiedliche Titel, wie aber auch an anderweitig vermittelte Aufenthaltsrechte im Bundesgebiet anknüpfte. Ohne Vorbild im früheren Recht ist hingegen allein die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG, die ausschließlich an den Besitz eines Titels anknüpft. Bemerkenswerterweise entspricht es wohl allgemeiner Meinung, dass der Besitz eines nationalen Titels eines anderen Schengen-Staates, sei es ein nationales Visum, sei es ein sonstiger Aufenthaltstitel, die beide ein Aufenthaltsrecht in den anderen Schengen-Staaten vermitteln können (vgl. Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2a SDÜ), allein auf § 81 Abs.

3 Satz 1 AufenthG hinführt und nicht auf Absatz 4 Satz 1; dieser Auffassung liegt explizit oder auch nur implizit die Vorstellung zugrunde, dass derartige behördliche Erlaubnisse eines anderen Schengen-Staats keine Aufenthaltstitel im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 sein können und hier – in Abgrenzung zu Absatz 4 Satz 1 – mit Aufenthaltstitel nur ein solcher gemeint sein kann, der nach den Vorgaben des Aufenthaltsgesetzes von einer deutschen Ausländerbehörde oder Auslandsvertretung erteilt wurde (vgl. in diesem Sinne etwa Ziff. 81.3.0 AVwV-AufenthG, wonach die Rechtmäßigkeit nach allgemeinen Kriterien festzustellen ist und nur beispielhaft auf die Konstellation des Art. 20 Abs. 1 SDÜ verwiesen wird; vgl. weiter Zeitler, in: HTK-AuslR, § 81 zu Abs. 3 und 4 Stand Januar 2018, Rn. 13 f. und 35; Hofmann, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl., § 81 AufenthG Rn. 34; vgl. auch Hailbronner, Ausländerrecht, § 81 AufenthG Stand Mai 2017, Rn. 13 ff., der keine Beschränkung der die Rechtmäßigkeit vermittelnden Umstände anspricht; OVG NW, Beschluss vom 06.01.2011 - 18 B 1662/10 -, juris Rn. 4; vgl. auch ausdrücklich BR-Drs. 659/05, S. 6 mit dem weiteren Hinweis darauf, dass auch das Schengen-Visum – entgegen dem damals geltenden gemeinschaftsrechtlichen Verständnis – als Aufenthaltstitel im Sinne des nationalen Aufenthaltsrechts zu verstehen ist). Von diesem Verständnis gehen im Übrigen die Regelungen des § 39 Nr. 3 und 6 AufenthV aus, die nur verständlich sind, wenn die Möglichkeit der Beantragung des Titels vom Bundesgebiet aus an die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts aufgrund eines Aufenthaltstitels eines anderen Schengen-Staates oder aufgrund eines durch das Gemeinschafts- oder Unionsrecht unmittelbar vermittelten Befreiungstatbestands anknüpft. Hiervon geht im Übrigen auch das Verwaltungsgericht selbst aus, wenn es unter 2 a) der Entscheidungsgründe ausdrücklich den nationalen Titel eines anderen Schengen-Staates anspricht und als Anwendungsfall des Absatzes 3 Satz 1 begreift. Weshalb dann nach der Systematik des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG, in der bis zum 5. September 2013 geltenden Fassung, für das Schengen-Visum eines anderen Staates und dem durch Art. 19 Abs. 1 SDÜ vermittelten Aufenthaltsrecht etwas anderes gelten und dieses ein die Anwendbarkeit des Absatzes 3 Satz 1 ausschließender Aufenthaltstitel sein sollte, erschließt sich dem Senat nicht. Dieses zugrunde gelegt, war daher bis zu diesem Zeitpunkt nur ein von einer deutschen Auslandsvertretung ausgestelltes Schengen-Visum ein Titel im Sinne von Absatz 4 Satz 1 (wie hier auch Hofmann, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl., § 81 AufenthG 51).

Wenn sodann der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 29.08.2013 mit dem neuen Satz 2 schlicht an den Satz 1 anknüpft mit der Formulierung „Dies gilt nicht für ein Visum nach § 6 Abs. 1“, so vermag er damit nicht die gesamte Systematik gewissermaßen auf den Kopf zu stellen und diese in ihr Gegenteil zu verkehren. Denn diese Aussage kann nach Wortlaut und Systematik nur bedeuten, dass die Fortgeltungsfiktion nicht für einen Titel nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG eintreten soll, dies kann aber, wie dargelegt, nur ein von einer deutschen Behörde ausgestellter Titel sein. Abgesehen davon spricht auch entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nichts dafür, dass der Verweis auf § 6 Absatz 1 AufenthG nicht so zu verstehen sein muss, denn der § 6 Absatz 1 AufenthG wird selbstverständlich nur von einer deutschen Behörde angewandt.

Allerdings ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber möglicherweise von einem anderen Verständnis ausgegangen ist. Denn in der dem Gesetzentwurf beigegebenen Begründung, die allerdings – wie regelmäßig – nicht vom Gesetzgeber selbst stammt, wird knapp Bezug genommen auf einen Beschluss des NiedersOVG vom 31. Oktober 2011 (11 ME 315/11 –, juris), dem ein von Schweden ausgestelltes Schengen-Visum zugrunde lag (vgl. BT-Drucks. 17/13022, S. 30). Dabei wird aber schon nicht hinreichend deutlich, dass die mögliche Tragweite und die Auswirkungen auf das bisherige Regelungskonzept überhaupt hinreichend in den Blick genommen wurden. Das alles kann aber nichts daran ändern, dass der Gesetzgeber, so er denn jegliche Fiktionswirkung hatte ausschließen wollen, gerade auch bei § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG hätte ansetzen müssen, was er aber nicht getan hat. Angesichts dieses Befundes kann eine genetische bzw. historische Auslegung nicht gegen den Wortlaut und die eindeutige Systematik ins Feld geführt werden (vgl. auch zur Leistungsfähigkeit der genetischen bzw. historischen Auslegungsmethode Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, S. 171 f.).

Allerdings bleibt eine Ungereimtheit, auf die der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (Beschluss vom 21.02.2013 - 10 CS 12.2679 -, juris, Rn. 13) hinweist. Versteht man § 81 Abs. 4 S. 1 AufenthG dahingehend, dass nur ein von einer deutschen Auslandsvertretung erteiltes Schengen-Visum gemeint sein kann, so bleibt die Fallkonstellation unregelt, in der ein von einem anderen Schengen-Staat erteiltes Schengen-Visum

entsprechend Art. 33 Abs. 1 Visakodex durch die Bundesrepublik Deutschland verlängert werden soll, denn der Verlängerungsfall ist in § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG nicht angesprochen. Dass dieser Fall möglicherweise nicht befriedigend geregelt wurde, rechtfertigt aber keine Durchbrechung der Systematik und gibt allenfalls Anlass zu einer entsprechenden Anwendung.

Hinzu kommt ein weiteres, worauf mit guten Gründen Zeitler hinweist (in: HTK-Ausländerrecht, § 81 zu Abs. 3 und 4 Stand Januar 2018 Rn. 45 ff.): Die knappe Formulierung in Satz 2 („Dies gilt nicht...“), die vom Wortlaut und von der Systematik eindeutig nur an Satz 1 anknüpft, kann lediglich bedeuten, dass im Falle eines Schengen-Visums die Fortgeltungsfiktion nicht eintritt; dass - auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers - Besitzer eines Schengen-Visums, gleich von welchem Staat ausgestellt, keinerlei Status haben sollen, und nicht einmal einen fingierten erlaubten Aufenthalt, wenigstens aber den Status einer Duldung haben sollen, lässt sich hieraus nicht entnehmen. Denn die Konsequenz der vom Verwaltungsgericht vertretenen strikten Auffassung wäre, dass die Betroffenen sich in dem Stadium des gesamten Verwaltungsverfahrens unerlaubt im Bundesgebiet aufhalten würden und die Strafbarkeit (vgl. § 95 Abs. 1 Nr. lit.c) AufenthG) nur abgewendet werden könnte, indem die Ausländerbehörde eine individuelle Einzelduldung erteilt. Dies wäre, worauf Zeitler (a.a.O. Rn. 50) zutreffend hinweist, vor dem Hintergrund der Jahrzehnte bestehenden Regelungstradition ein ungewöhnliches Ergebnis, zumindest bei solchen Ausländern und Ausländerinnen, die voraussetzungsgemäß erlaubt eingereist waren. Schließlich würde sich auch ein kaum auflösbarer Wertungswiderspruch mit § 39 Nr. 3 Alt. 2 AufenthV auf tun, wenn man mit der Gegenauffassung den dort verwendeten Begriff des Schengen-Visums im weiten Sinne verstehen wollte; denn dann wäre diesem Personenkreis explizit grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt den Aufenthaltstitel vom Inland aus einzuholen, der Aufenthalt wäre aber in der Übergangsphase unerlaubt und sogar strafbewehrt. Deshalb sprechen gute Gründe dafür, selbst dann, wenn man den Begriff des Schengen-Visums im Sinne des § 81 Abs. 4 S. 1 AufenthG im weiten Sinne verstehen wollte, hier § 81 Abs. 3 S.1 AufenthG jedenfalls aber Satz 2 entsprechend anzuwenden.

Abschließend weist der Senat darauf hin, dass bei dem hier geteilten Verständnis allerdings Inhaber eines von einer deutschen Auslandsvertretung erteilten Visums

gleichheitswidrig benachteiligt würden, was zusätzlich für eine entsprechende Anwendung des Absatzes 3 Satz 1 in dieser Konstellation spricht (vgl. hierzu Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 81 Stand Rn. 44).

2. Damit steht allerdings noch nicht fest, dass im konkreten Fall des Klägers das Einreiserecht nach Art. 19 Abs. 1 SDÜ auch entstanden war. Hiernach können sich die Inhaber eines einheitlichen Sichtvermerks (jetzt Schengen-Visum), die rechtmäßig in das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien eingereist sind, während der Gültigkeitsdauer des Sichtvermerks frei im Hoheitsgebiet aller Vertragsparteien bewegen, sofern sie die Art. 5 Abs. 1 lit. a), c), d) und e) aufgeführten Bedingungen erfüllen. Der Verweis bezog sich in der Folge auf Art. 5 Abs. 1 Schengener Grenzkodex und nach dessen Änderung durch die Verordnung vom 9. März 2016 (ABl. Nr. L 77, S. 1) nunmehr auf Art. 6 Abs. 1.

a) Im vorliegenden Fall ist dabei die Besonderheit zu beachten, dass der Kläger die Schengen-Außengrenze nicht über Spanien, dem ausstellenden Vertrags- bzw. Mitgliedstaat überschritten hat, sondern über die Außengrenze der Bundesrepublik Deutschland. Es ist somit zuerst der Frage nachzugehen, ob er erlaubt über die Außengrenze eingereist ist. Hier kann nach Aktenlage allenfalls fraglich sein, welche Bedeutung die vermutlich bestehende Absicht, auf Dauer im Bundesgebiet zu verbleiben, haben könnte. Es besteht jedoch, soweit ersichtlich, Konsens dahingehend, dass anders als bei sog. Positivstaaten im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Satz 1 EU-VisaVO derartigen überschießenden subjektiven Vorstellungen keine Relevanz zukommt (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 14.09.2011 - 11 S 2438/11 -, InfAuslR 2011, 443 und ausführlich Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 14 Stand Oktober 2014, Rn. 14 ff. m.w.N.). Dass im Übrigen für das Überschreiten einer Binnengrenze (vgl. unten b) etwas anderes gelten könnte, vermag der Senat dem Art. 19 Abs. 1 SDÜ nicht zu entnehmen (vgl. auch Funke-Kaiser, a.a.O., Rn. 18). Fraglich ist allerdings, ob die Erfüllung der weiteren Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. a), c), d) und e) konstitutiv in der Weise ist, dass gewissermaßen unmittelbar kraft Gesetzes im Falle der Nichterfüllung die Einreise über die Außengrenze und der anschließende Aufenthalt illegal sind, auch wenn die Einreise nicht beanstandet wurde. Rechtsstaatliche Überlegungen, namentlich solche der Rechtssicherheit, die auch das Unionsrecht prägen, legen es nahe, da die Betroffenen im Besitz eines wirksamen Aufenthaltstitels sind, zwingend zu verlangen,

dass dieser zunächst zurückgenommen oder widerrufen wird (Annullierung bzw. Aufhebung im Sinne des Art. 34 Visakodex). Dieses liegt umso näher, als der Erteilung des Visums gem. Art. 21 Abs. 1 Visakodex die Prüfung der Einreisevoraussetzungen vorangegangen sein muss (vgl. mit überzeugender Begründung Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 217; vgl. auch Funke-Kaiser, § 15 Stand Dezember 2015, Rn. 80). Eine solche Annullierung oder Aufhebung ist hier zu keinem Zeitpunkt erfolgt.

b) Nicht völlig deckungsgleich ist die Fragestellung in Bezug auf das Recht nach Art. 19 Abs. 1 SDÜ auf Einreise über die Binnengrenze und anschließenden Aufenthalt im anderen Mitgliedstaat. Angesichts der Unbestimmtheit und Interpretationsbedürftigkeit der verwendeten Begrifflichkeiten („ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts“, „Gefahr für die öffentliche Ordnung, die innere Sicherheit etc.“) ist hier aus den genannten rechtstaatlichen Gründen eine behördliche Entscheidung über die Beendigung der Rechtmäßigkeit (die Annullierung oder Aufhebung des Visums nach Art. 34 Abs. 1 oder 2 Visakodex oder auch eine Ausweisung § 53 AufenthG) unerlässlich (in diesem Sinne auch Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl., S. 217 und 228; Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG § 14 Stand Oktober 2014 Rn. 18 (1); a.A. aber ohne nähere Problematisierung der Frage OVG NW, Beschluss vom 11.11.2015 - 18 B 387/15 -, juris). Der Senat kann offenlassen, ob dieses unter Umständen nicht gilt, wenn die Frage des Besitzes eines gültigen Reisedokuments im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. a) SGK zu beurteilen ist (vgl. Funke-Kaiser, a.a.O., Rn. 18 (1); in diesem Sinne auch Westphal/Stoppa, a.a.O., S. 228). Somit kann offenbleiben, ob etwa die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 lit. c oder e) vom Kläger im maßgeblichen Zeitraum nicht erfüllt wurden.

Infolge dessen löste die am 26. November 2015 erfolgte Antragstellung die Fiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG aus, die auch nicht erloschen ist, nachdem der Antrag bis heute nach über zwei Jahren von der Beklagten nicht beschieden wurde.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Einer Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Hauptausspruchs steht § 167 Abs. 2 VwGO entgegen, der auch auf Verurteilungen zur Vornahme eines Realakts entsprechend anzuwenden ist, wenn dieser eine vergleichbare hoheitliche Tätigkeit darstellt (vgl. Heckmann, in:

Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 167 Rn. 21 m.w.N; Bader, in: Bader u.a., VwGO, 6. Aufl., § 167 Rn. 18), was hier der Fall ist.

Der Senat hat die Revision wegen der grundsätzlichen Bedeutung zugelassen (vgl. § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen das Urteil steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

Die Revision ist bei dem Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen. Die Revisionsfrist ist auch gewahrt, wenn die Revision innerhalb der Frist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig eingelegt wird.

Die Revision muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Die Revision ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem Bundesverwaltungsgericht, Simsonplatz 1, 04107 Leipzig einzureichen.

Die Begründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, die verletzte Rechtsnorm und, soweit Verfahrensmängel gerügt werden, die Tatsachen angeben, die den Mangel ergeben.

Für das Revisionsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer in Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind nur Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedstaats der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, die die Befähigung zum Richteramt besitzen, zugelassen. Behörden und juristische Personen des

öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen.

Vor dem Bundesverwaltungsgericht sind auch die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 VwGO bezeichneten Organisationen einschließlich der von ihnen gebildeten juristischen Personen gemäß § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 7 VwGO als Bevollmächtigte zugelassen, jedoch nur in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, in Personalvertretungsangelegenheiten und in Angelegenheiten, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des Arbeitsgerichtsgesetzes stehen, einschließlich Prüfungsangelegenheiten. Die in § 67 Abs. 4 Satz 5 VwGO genannten Bevollmächtigten müssen durch Personen mit der Befähigung zum Richteramt handeln. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe des § 67 Abs. 4 Satz 3, 5 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Funke-Kaiser

Dr. Hoppe

Valerius

Beschluss vom 6. April 2018

Der Streitwert für das Verfahren des zweiten Rechtszugs wird auf

5.000,- EUR

festgesetzt (vgl. § 47 Abs. 1 und § 52 Abs. 2 GKG).

Funke-Kaiser

Dr. Hoppe

Valerius