

Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht

Beschluss vom 21.09.2020

T e n o r

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 11.06.2020 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 14.05.2020 wird bis zur Bekanntgabe der Entscheidung über den Widerspruch angeordnet.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen die Beteiligten jeweils zur Hälfte.

Der Streitwert wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

1 Die Antragstellerin, eine chinesische Staatsgenhörige, wendet sich im Eilrechtsschutz gegen die Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zwecks selbständiger Tätigkeit.

2 Sie studierte von 2004 bis 2007 am Shanghai ... College ... und schloss dieses Studium erfolgreich ab. Ab 2008 besuchte sie das Studienkolleg an der Hochschule x/y und absolvierte 2011 die Feststellungsprüfung gemäß den Anforderungen des Schwerpunktkurses Wirtschaft. Nach eigenen Angaben besuchte sie im Anschluss die Technische Universität ... (Studiengang ...) und die Fachhochschule ... (Studiengang ...) bis Februar 2017. Einen Abschluss erlangte sie nicht. Zudem habe sie 2014 einen einwöchigen Kurs bei ... besucht und sei im Anschluss als ... bei der ... tätig gewesen.

3 Im April 2017 wurde ihr in Polen eine bis zum 27.03.2020 befristete Aufenthaltserlaubnis (Karta Pobytu) erteilt.

4 Am 19.12.2019 beantragte die Antragstellerin bei der Deutschen Botschaft in Warschau die Erteilung eines nationalen Visums für die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG. Sie gab an, sie plane den Aufbau einer ... Sie fügte eine beispielhafte Preiskalkulation bei und machte weitere Angaben zu dem geplanten Geschäftsmodell. Zudem gab sie an, ihr stehe ein Startkapital in Höhe von 50.000,00 Euro zur Verfügung.

5 Mit Schreiben vom 20.12.2019 wurde der Visumsantrag dem Antragsgegner zwecks Prüfung und ggf. Zustimmung zur Visumserteilung übermittelt.

6 Der Antragsgegner bat die Industrie- und Handelskammer zu ... (IHK) mit Schreiben vom 13.01.2020 um Stellungnahme, ob an der Ausübung ein wirtschaftliches Interesse oder ein regionales Bedürfnis besteht, die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder durch eine Kreditzusage gesichert ist.

7 Nach einer Sachstandsanfrage am 02.03.2020 beantragte die Antragstellerin am 19.03.2020 bei dem Antragsgegner die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG. Zur Begründung führte sie an, sie halte sich aktuell visumsfrei in Deutschland auf. Angesichts des Ablaufs der Gültigkeit ihrer polnischen Aufenthaltserlaubnis am 27.03.2020 sowie der eingeschränkten Reisemöglichkeiten sowohl nach China als auch nach Deutschland, werde zusätzlich der Antrag direkt bei der Ausländerbehörde gestellt.

8 Am 09.04.2020 erfolgte die Stellungnahme der IHK zu ... Darin führte sie an, die Kalkulation sei schlüssig. Das finanzielle Risiko sei als gering einzuschätzen. Grundsätzlich könne bei der Tätigkeit von einem wirtschaftlichen Interesse sowie positiven Auswirkungen auf die Wirtschaft ausgegangen werden. Allerdings sei die Erteilung wegen der aktuellen Reiseeinschränkungen eigentlich erst mit Lockerungen der Einreisebestimmungen sinnvoll.

9 Am selben Tag erteilte der Antragsgegner seine Zustimmung im Visumverfahren.

10 Mit E-Mail vom 15.04.2020 bat die Deutsche Botschaft die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin um Mitteilung, ab wann das Visum ausgestellt werden solle. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass es die Empfehlung gebe, das Visum erst bei Wiederaufnahme der Reisetätigkeit auszustellen. Eine Abholung des Visums sei aktuell nur einmal wöchentlich möglich.

11 Daraufhin wurde für die Antragstellerin erklärt, sie halte sich gemäß § 81 Abs. 3 AufenthG erlaubt in Deutschland auf und könne derzeit aufgrund der Grenzschließung und wegen des Ablaufs ihres Aufenthaltstitels nicht nach Polen reisen. Sie bitte um Rückmeldung, wie verfahren werden solle. Ihres Erachtens sei es am einfachsten, wenn die Ausländerbehörde direkt die Aufenthaltserlaubnis ausstelle. Angesichts der im Visumsvorgang abgeschlossenen Überprüfungen dürfe es keine sachlichen Gründe für die Nachholung des Visumverfahrens geben.

12 Die Deutsche Botschaft teilte ihr daraufhin mit, eine positive Bescheidung sei aufgrund des Ablaufs der polnischen Aufenthaltserlaubnis nicht mehr möglich. Daher werde um Mitteilung gebeten, ob der Antrag zurückgezogen werde.

13 Mit E-Mail vom 22.04.2020 bat der Antragsgegner die Deutsche Botschaft, die Zustimmung vom 09.04.2020 nicht mehr zur Grundlage einer Entscheidung zu machen. Im Falle einer weiteren Antragstellung werde die Zustimmungentscheidung inhaltlich zu überdenken sein.

14 Mit Bescheid vom 14.05.2020 lehnte der Antragsgegner den Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ab und forderte die Antragstellerin unter Androhung der Abschiebung in die VR China auf, das Bundesgebiet zu verlassen. Zur Begründung wurde angeführt, die Antragstellerin sei nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist. Es liege auch keine Ausnahme vom Visumerfordernis vor. Der Antragstellerin sei es zuzumuten gewesen, in Polen den Ausgang des Verfahrens abzuwarten. Die Einreise nach Deutschland sei unter bewusster Umgehung der Einreisevorschriften erfolgt, so dass die Einreise unerlaubt gewesen sei. Daher sei auch durch den Antrag vom 19.03.2020 keine Fiktionswirkung eingetreten.

15 Hiergegen erhob die Antragstellerin Widerspruch. Zur Begründung führte sie an, sie sei bei der Antragstellung im Dezember 2019 davon ausgegangen, dass das Visumverfahren rechtzeitig vor Ablauf ihrer polnischen Aufenthaltserlaubnis abgeschlossen werde. Sie habe sich zum Zeitpunkt des Antrags beim Antragsgegner erlaubt innerhalb des 90-tägigen visumfreien Aufenthalts in Deutschland aufgehalten. Den Antrag habe sie dann wegen einsetzenden Krisensituation sicherheitshalber gestellt. Sie habe keineswegs das Visumverfahren umgehen wollen.

16 Am 27.05.2020 teilte der Antragsgegner der Deutschen Botschaft die Ablehnung des Antrags mit. Damit sei das Sachbescheidungsinteresse im Visumverfahren entfallen. Die erteilte Zustimmung werde aufgehoben und eine Zustimmung werde nicht erteilt. Das Geschäftskonzept vermöge nicht zu überzeugen.

17 Die Antragstellerin hat am 10.07.2020 um Eilrechtsschutz nachgesucht. Zur Begründung wiederholt sie ihr bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor, der Bescheid sei wegen Ermessensausfalls rechtswidrig. Der Antragsgegner habe von dem ihm nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG zustehenden Ermessen keinen Gebrauch gemacht. Es sei die Besonderheit zu berücksichtigen gewesen, dass ein die Prüfung im Visumverfahren bereits positiv abgeschlossen worden sei. Zudem sei aufgrund der besonderen Situation in der Pandemie die eingeschränkte Tätigkeit der Visumstellen zu berücksichtigen. Der Flugverkehr sei weiterhin eingeschränkt und unverhältnismäßig teuer.

18-20 Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid vom 14.05.2020 abzuordnen, hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, ihren Verbleib im Bundesgebiet vorläufig zu dulden.

21,22 Der Antragsgegner beantragt, den Antrag abzulehnen.

23 Er macht geltend, die Antragstellerin habe nicht dargelegt, warum sie den polnischen Aufenthaltstitel nicht habe verlängern können, um so die Entscheidung der Botschaft abwarten zu können. Der pauschale Vortrag zur allgemeinen Situation begründe keine Ausnahme vom Erfordernis des Visumverfahrens. Das Ermessen wäre keineswegs zugunsten einer Ausnahme offensichtlich eröffnet. Vorstellbar sei, dass sie in einem weiteren Visumverfahren zur näheren Darlegung der Tragbarkeit ihres Geschäftsmodells aufgefordert bleibe, wenn sie hierfür nach eigenem Bekunden lediglich auf "eingeschränkte und unverhältnismäßig teure" Reiseangebote zurückgreifen könne.

24 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird ergänzend Bezug genommen auf den beigezogenen Verwaltungsvorgang sowie auf den Inhalt der Gerichtsakten.

II.

25 Der Antrag ist zulässig (1.) und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet, im Übrigen ist er unbegründet (2.).

26 1. Der Antrag ist als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO statthaft, da die aufschiebende Wirkung gemäß § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG kraft Gesetzes entfällt. Im vorliegenden Fall ist auch hinsichtlich der Versagung der Aufenthaltserlaubnis einstweiliger Rechtsschutz vorrangig nach §§ 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1, 123 Abs. 5 VwGO i. V. m. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu gewähren. Denn die Ablehnung des Antrags auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis hat für die Antragstellerin eine belastende Rechtsfolge ausgelöst, die im Sinne von § 80 Abs. 5 VwGO durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage suspendierbar ist. Wegen § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG führt für die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu der belastenden Rechtsfolge des Wegfalls der Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

27 Der Antrag vom 19.03.2020 hat die Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ausgelöst. Nach dieser Vorschrift gilt der Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt, wenn ein Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, die Erteilung eines Aufenthaltstitels beantragt. Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Antragstellerin war bei Antragstellung nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels. Ihre polnische Karta Pobytu (Aufenthaltstitel im Sinne des Art. 2 Nr. 16 des Schengener Grenzkodex (SGK)) fällt nicht darunter, da Aufenthaltserlaubnisse anderer Schengen-Staaten nicht in der Aufzählung unter § 4 Abs. 1 Satz 2 AufenthG genannt sind. Ihr Aufenthalt war auch zum Zeitpunkt der Antragstellung rechtmäßig. Als Inhaberin der zu diesem Zeitpunkt noch gültigen Karta Pobytu durfte sie sich gemäß Art. 21 Abs. 1 Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. a,c und e SGK 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen im Bundesgebiet aufhalten.

28 Ihr Aufenthalt war auch nicht aufgrund einer bewussten Umgehung der Einreisevorschriften unrechtmäßig. Zwar kann der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts im Einzelfall entgegenstehen, dass bereits bei der Einreise beabsichtigt wird, sich länger als 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen im Bundesgebiet aufzuhalten (vgl. zu der Konstellation visumfreier Aufenthalte sog. Positivstaater/Anhang-II-Staater nach Art. 20 SDÜ, Art. 6 SGK, Art. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Anhang II Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 (EG-VisaVO): Beschluss der Kammer vom 09. Januar 2019 – 11 B 163/18 –; Schleswig-Holsteinisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 02. März 2020 – 4 MB 5/20 –, juris, Rn. 6 ff.; wohl a.A.: Zeitler in: HTK-AuslR / § 81 AufenthG / zu Abs. 3 und 4, Stand: 05.03.2020, Rn. 10 f.).

29 Dies kann indes im vorliegenden Fall nicht aufgrund der tatsächlichen Umstände angenommen werden. Von einer unerlaubten Einreise zur bewussten Umgehung des Visumverfahrens kann nicht anhand objektiver Gesichtspunkte ausgegangen werden. Zunächst wurde ein ordnungsgemäßes Verfahren zur Erteilung eines nationalen Visums im Dezember 2019 eingeleitet. Die Antragstellerin räumt zwar ein, wegen der Dauer des Verfahrens und der nachträglich eingetretenen Situation den Antrag im Inland gestellt zu haben. Daraus allein kann jedoch nicht geschlossen werden, dass dieser Entschluss bereits bei der Einreise gefasst worden war. Insbesondere ging der Einreise und dem Antrag bei dem Antragsgegner nicht ein negativ beschiedener Visumsantrag voran, was für eine bewusste Umgehung sprechen kann. Auch war der Visumsantrag nicht offensichtlich aussichtslos, was auch die spätere Stellungnahme durch die IHK zu ... und die darauffolgende Zustimmung durch den Antragsgegner zeigt. Weitere objektive Anhaltspunkte, die für eine bewusste Umgehung sprechen, sind nicht ersichtlich und werden auch nicht vom Antragsgegner vorgetragen.

30 2. Der Antrag hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang auch in der Sache Erfolg.

31 Die Entscheidung über einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ergeht aufgrund einer Interessenabwägung. In diese Abwägung ist die Erfolgsaussicht des eingelegten Rechtsbehelfs dann maßgeblich einzubeziehen, wenn sie in der einen oder anderen Richtung offensichtlich ist. An der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Bescheides besteht kein öffentliches Interesse. Ist der Bescheid hingegen offensichtlich rechtmäßig, ist ein Aussetzungsantrag in den Fällen des gesetzlich angeordneten Sofortvollzugs regelmäßig abzulehnen – eine Abwägungsentscheidung ist insoweit regelmäßig durch den Gesetzgeber bereits getroffen worden. Sind die Erfolgsaussichten hingegen offen, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls eine Folgenabwägung durchzuführen.

32 Gemessen daran ist der Antrag teilweise begründet.

33 Das Interesse der Antragstellerin an dem vorläufigen Verbleib in Deutschland überwiegt das öffentliche Interesse an einer baldigen Beendigung des Aufenthalts. Ob die Antragstellerin einen Anspruch auf Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis hat, ist hier nicht abschließend zu beurteilen. Der Bescheid vom

14.05.2020 ist jedoch rechtswidrig, da ein Ermessensausfall vorliegt, der gemäß § 114 Satz 1 VwGO gerichtlich überprüfbar ist. Aufgrund der oben dargestellten Umstände, ist das Ermessen bezüglich des Absehens vom Visumerfordernis nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG eröffnet. Zwar wird in dem streitgegenständlichen Bescheid zutreffend angeführt, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 AufenthG nicht erfüllt sind. Denn die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zwecks selbständiger Tätigkeit nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AufenthG steht im Ermessen der Behörde und begründet damit keinen strikten Rechtsanspruch (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 2014 – 1 C 15.14 –, juris, Rn. 15)

34 Auch ist ein nationales Visum grundsätzlich erforderlich, da im Fall der Antragstellerin nicht die Privilegierung des § 39 Satz 1 Nr. 6 AufenthV einschlägig ist (vgl. dazu Zeitler in: HTK-AuslR / § 5 AufenthG / zu Abs. 2 - Visumpflicht im Überblick, Stand: 04.09.2019, Rn. 10; Fehrenbacher in: HTK-AuslR / § 39 AufenthV - Allgemeines, Stand: 14.04.2020, Rn. 1). Der dafür erforderliche strikte Rechtsanspruch liegt nicht vor.

35 Allerdings ist liegt ein Fall der 2. Alternative des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vor. Danach kann von der Nachholung des Visumverfahrens abgesehen werden, wenn es auf Grund besondere Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist. Aus der Formulierung ("nachzuholen") ergibt sich, dass der aktuelle Zeitpunkt maßgeblich ist und nicht die Frage, ob es zumutbar war, das Visum vor der Einreise einzuholen, also hier durch Abwarten der Entscheidung in Polen. Die Umstände, die zur Einreise ohne Visum geführt haben, können dennoch bei der Frage der Zumutbarkeit berücksichtigt werden. Ob die Nachholung des Visumverfahrens zumutbar ist oder nicht, ist eine Rechtsfrage, die der gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Voraussetzung ist, dass der Ausländer sich in einer Ausnahmesituation befindet, die sich deutlich von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Nachholung des Visumverfahrens stets mit Unannehmlichkeiten verbunden ist und dass der Eindruck zu vermeiden ist, dass eine Einreise stets vollendete Tatsachen schaffen kann. Die Grenze liegt dort, wo das Beharren auf der erneuten Ausreise objektiv als unangemessen empfunden werden müsste (Zeitler, HTK-AuslR / § 5 AufenthG / zu Abs. 2 Satz 2, Stand: 09.03.2019, Rn. 18 ff.). Die Zumutbarkeitsprüfung erfordert eine Güterabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumverfahrens ist mit den legitimen Interessen des Ausländers abzuwägen.

36 Gemessen daran liegt eine Ausnahmesituation vor, die sich deutlich von der Lage anderer Personen unterscheidet. Denn die Antragstellerin ist gerade nicht eingereist, ohne ein nationales Visum beantragt zu haben oder entgegen einer ablehnenden Entscheidung der Auslandsvertretung unter dem Vorwand eines Besuchsaufenthalts eingereist. Anhand der zeitlichen Abfolge steht – wie oben gezeigt – nicht fest, dass das Visumverfahren nur zum Schein angestrengt wurde, um dann unter Umgehung des Verfahrens mit Hilfe des polnischen Aufenthaltstitels einzureisen. Die Besonderheiten in der vorliegenden Konstellation liegen auch darin, dass die Antragstellerin zum einen den entsprechenden Antrag über drei Monate vor Ablauf der

Gültigkeit ihres polnischen Aufenthaltstitels gestellt hat und grundsätzlich mit einer rechtzeitigen Bescheidung rechnen durfte. Die Prüfung verlief zudem auch im Ergebnis positiv. Die Antragsgegnerin erteilte die erforderliche Zustimmung in Kenntnis der COVID-19-Pandemie und der zu diesem Zeitpunkt bereits eingetretenen Reisebeschränkungen, auch wenn zu diesem Zeitpunkt sicherlich nicht absehbar war, für welchen Zeitraum diese gelten würden. Auch teilte die Deutsche Botschaft in Warschau bereits die Abholungsmodalitäten mit, so dass grundsätzlich ein normaler Ablauf eines erfolgreichen Visumverfahrens vorlag. Das Scheitern der Ausstellung ist zwar auch darauf zurückzuführen, dass der polnische Aufenthaltstitel mittlerweile abgelaufen war, was der Sphäre der Antragstellerin zuzuordnen ist. Jedoch ist hier auch die Besonderheit der Ereignisse ab März 2020 zu berücksichtigen. Durch die Einschränkung der Reisetätigkeit und die zeitweisen Grenzschließungen entstand eine besondere Situation, die auch im Rahmen der Prüfung von § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG miteinzubeziehen ist. Vor diesem Hintergrund würde ein Verweis auf ein (erneutes) Visum nicht mehr den vom Gesetzgeber beabsichtigten Zwecken dienen und wäre daher unverhältnismäßig. Diese Umstände sind auch bei der sich daraus ergebenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen. In dem Vortrag des Antragsgegners im gerichtlichen Eilverfahren ist keine Ausübung des Ermessens zu erkennen (vgl. auch für den Fall von hilfsweisen Ermessenserwägungen Schleswig-Holsteinisches Obergerverwaltungsgericht, Beschluss vom 27. März 2020 – 4 MB 11/20 –, juris, Rn. 18 ff.).

37 Dabei ist klarzustellen, dass damit keine Aussage über einen Anspruch der Antragstellerin nach § 21 Abs. 1 Satz 1 AufenthG getroffen wird. Streitgegenstand ist lediglich die sofortige Vollziehbarkeit des zu Grunde liegenden Verwaltungsakts. Die Entscheidung in diesem Eilverfahren betrifft also nur die Frage, ob die Antragstellerin das weitere Verfahren im Inland betreiben darf oder bereits jetzt darauf zu verweisen ist, ihren etwaigen Anspruch aus dem Ausland geltend zu machen.

38 Das Gericht macht in dieser Konstellation von der nach § 80 Abs. 5 Satz 5 VwGO bestehenden Möglichkeit Gebrauch, die aufschiebende Wirkung entgegen dem gesetzlichen Grundfall nach § 80b Abs. 1 Satz 1 VwGO zu befristen. Hier ist eine Befristung bis zur Entscheidung des Widerspruchs angezeigt. Denn das Ermessen nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ist noch auszuüben und ggf. ist über die Anspruchsvoraussetzungen des § 21 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, der der Behörde wiederum ein Ermessen eröffnet, noch inhaltlich zu entscheiden.

39 Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

40 Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 52 Abs. 2, 63 Abs. 2 GKG.