

Ein Drittausländer, der Inhaber eines gültigen von einer Schengen-Vertragspartei ausgestellten Aufenthaltstitels ist, kann sich auf das Recht aus Art. 21 Abs. 1 SDü nur berufen, wenn er die Einreisevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 a SDü erfüllt, also bei der Einreise im Besitz eines gültigen Reisepasses ist.

Reist ein Drittausländer, der im Besitz eines gültigen Aufenthaltstitels eines Vertragsstaates ist, ohne im Besitz eines Reisepasses zu sein, reist er unerlaubt im Sinne von § 58 Abs. 1 Nr. 2 AuslG ein und ist nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 AuslG vollziehbar ausreisepflichtig.

Soll ein unerlaubt eingereister Drittländer abgeschoben werden, setzt seine Abschiebung den vorherigen Erlass einer Abschiebungsandrohung voraus.

Verfügt der Drittausländer über eine von einer anderen Vertragspartei ausgestellte gültige Aufenthaltserlaubnis und ist die freiwillige Ausreise eines solchen Ausländers nicht gesichert, hat die Ausländerbehörde zu prüfen, ob der Drittausländer in analoger Anwendung von Art. 23 Abs. 3 SDü zu prüfen, ob der Drittausländer in den Schengenstaat abgeschoben werden kann, der ihm einen gültigen Aufenthaltstitel ausgestellt hat.

(Amtliche Leitsätze)

1 G 790/02(V)

## VERWALTUNGSGERICHT FRANKFURT AM MAIN

Beschluss vom 09.04.2002

In dem Verwaltungsstreitverfahren pp.

wegen Ausländerrechts

hat die 1. Kammer des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main durch Vors. Richter am VG Schäfer als Einzelrichter am 09.04.2002 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Antragsteller nach Indien abzuschieben.

Im übrigen wird der Antrag abgelehnt.

2. Die Kosten des Verfahrens haben die Beteiligten je zur Hälfte zu tragen.

3. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 4.000,- € festgesetzt.

Gründe

I

Der Antragsteller ist indischer Staatsangehöriger. Er ist im Besitz eines spanischen Aufenthaltstitels, gültig bis zum [REDACTED].

Der Antragsteller reiste nach seinen Angaben gegenüber dem Haftrichter in [REDACTED] am [REDACTED] von [REDACTED] kommend über [REDACTED] nach [REDACTED] um hier mit Freunden Silvester zu feiern. Bei der Einreise führte der Antragsteller eine befristete spanische Aufenthaltserlaubnis mit sich, nicht aber einen Reisepass. Sein indischer Reisepass befindet sich bei der indischen Botschaft in Madrid zum Zwecke seiner Verlängerung.

Am [REDACTED] wurde der Antragsteller im Rahmen von polizeilichen Ermittlungen festgenommen und aufgrund eines Haftbefehls des Amtsgerichts [REDACTED] vom [REDACTED] wegen des Verdachtes eines Vergehens gegen das Ausländergesetz in Untersuchungshaft genommen. Durch Beschluss des Amtsgerichts [REDACTED] vom [REDACTED] wurde gemäß § 57 Abs. 2 AuslG Sicherungshaft längstens für die Dauer von drei Monaten angeordnet. Ferner wurde der Antragsteller durch Urteil des Amtsgerichts [REDACTED] wegen Verstoßes gegen das Ausländergesetz zu einer Freiheitsstrafe von [REDACTED] [REDACTED] verurteilt. Die Beschwerde des Antragstellers wurde durch Beschluss des Landgerichts [REDACTED] vom [REDACTED] zurückgewiesen.

Das spanische Generalkonsulat in [REDACTED] teilte mit Schreiben von [REDACTED] mit, dass dem Antragsteller eine vorläufige Aufenthaltsgenehmigung erteilt worden sei, während ein Antrag auf Aufenthalts- und Arbeitserlaubnis abgelehnt worden sei. Eine Abschiebung des Antragstellers nach Spanien dürfe nicht erfolgen.

Mit Schreiben vom 07.02.2002 vertrat der Antragsgegner gegenüber dem Antragsteller die Auffassung, der Antragsteller sei vollziehbar zur Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet. Da der Antragsteller ohne den erforderlichen Pass eingereist sei, liege eine unerlaubte Einreise gemäß § 58 Abs. 1 Nr. 2 AuslG vor. Selbst wenn man zugunsten des Antragstellers davon ausgehe, dass er im Besitz einer spanischen Aufenthaltserlaubnis sei, müsse er als Drittländer bei der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland im Besitz eines gültigen Nationalpasses sein. In Folge der unerlaubten Einreise sei der Antragsteller nach § 42 AuslG zur Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet. Die Ausreisverpflichtung sei gemäß § 42 Abs. 2 Nr. 1 AuslG auch vollziehbar. Die unerlaubte Einreise eines Ausländers begründe die gesetzliche Ausreisverpflichtung, die ohne weiteres mittels Abschiebung vollstreckt werden könne. Aufgrund der unerlaubten Einreise bedürfe es zur Vollziehung keines gesonderten Verwaltungsaktes, auch eine Ausreiseaufforderung verbunden mit einer Abschiebungsandrohung und Fristsetzung sei nicht erforderlich.

Der Antragsteller legte Widerspruch ein.

Mit Antrag vom 01.03.2002 begehrt der Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz. Er vertritt die Auffassung, er sei nicht unerlaubt eingereist. Der Antragsteller habe lediglich ohne Reisepass die Binnengrenze im Hoheitsgebiet der Schengengrenze überschritten, dies stelle keine Einreise im Sinne des Ausländergesetzes dar. Das Aufenthaltsrecht des Antragstellers ergebe sich aus Art. 21 Abs. 3 SDü.

Die Einreise ohne indischen Nationalpass führe nach dem Schengener Durchführungsübereinkommen nicht zur Ausreisepflicht. Eine Abschiebung des Antragstellers könne nur nach Erlass eines Grundverwaltungsaktes erfolgen. Sodann sei dem Antragsteller eine Ausreisefrist zu setzen. Erst, wenn er diese nicht befolge, könne die Ausreise zwangsweise durch Abschiebung durchgesetzt werden. Dies ergebe sich aus Art. 23 Abs. 2 SDü.

Schließlich dürfe der Antragsteller auch nicht vor dem 26.04.2002 abgeschoben werden, da an diesem Tag Hauptverhandlungstermin im Berufungsverfahren vor dem Landgericht Hanau anberaumt sei und er sich in diesem strafrechtlichen Verfahren gegen den Vorwurf der illegalen Ausreise verteidigen wolle. Nach Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 5, 6 EMRK stehe ihm ein Recht auf rechtliches Gehör gegenüber dem Vorwurf der strafbaren Handlung zu.

Der Antragsteller beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, ihn nach Indien abzuschicken,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, ihm die freie Ausreise nach Spanien zu gestatten.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie den Inhalt der vorgelegten Behördenvorgänge (2 Hefter) Bezug genommen.

Das Gericht hat eine Auskunft des spanischen Generalkonsulats darüber eingeholt, ob der Antragsteller mit dem vorgelegten spanischen Aufenthaltstitel nach Spanien zurückkehren kann. Das spanische Generalkonsulat in [REDACTED] hat am [REDACTED] telefonisch mitgeteilt, dass der spanische Aufenthaltstitel des Antragstellers gültig sei und der Antragsteller mit diesem Aufenthaltstitel nach Spanien einreisen könne. Der Antragsteller dürfe aus Gründen des Schengener Abkommens jedoch nicht Spanien abgeschoben werden.

## II

Soweit der Antragsteller beantragt, dem Antragsgegner zu untersagen, ihn nach Indien abzuschicken, ist der Antrag nach § 123 VwGO statthaft und auch im übrigen zulässig.

Der Antrag des Antragstellers ist auch begründet. Entgegen der Ansicht des Antragsstellers ist eine Androhung der Abschiebung mit Fristsetzung nicht entbehrlich.

Allerdings ist der Antragsgegner zu Recht davon ausgegangen, dass der Antragsteller nach § 42 Abs. 1 i. V. m. § 46 Abs. 2 Nr. 1 AuslG vollziehbar zur Ausreise aus der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet ist. Die Ausreisepflicht des Antragstellers ergibt sich aus § 42 Abs. 1 AuslG. Danach ist ein Ausländer zur Ausreise verpflichtet, wenn er eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nicht oder nicht mehr besitzt. Der Antragsteller als indischer Staatsangehöriger bedurfte für seine Einreise in die Bundesrepublik Deutschland nach § 3 Abs. 3 i. V. m. § 3 Abs. 1 AuslG einer Aufenthaltsgenehmigung in der Form des Visums. Auf Art. 21 Abs. 1 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens vom 14.06.1995 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen (Schengener Durchführungsübereinkommen) vom 19.06.1990 kann sich der Antragsteller zur Begründung eines Kurzaufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland nicht berufen, weil er nicht die in Art. 5 Abs. 1 Bst. a aufgeführte Einreisevoraussetzung erfüllt. Nach Art. 21 Abs. 1 SDü können Drittausländer, wie der Antragsteller, die Inhaber eines gültigen von einer der Vertragsparteien ausgestellten Aufenthaltstitels sind - hier eines spanischen Aufenthaltstitels - sich aufgrund dieses Dokumentes und eines gültigen Reisedokumentes höchstens bis zu drei Monaten frei im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien bewegen, soweit sie die in Art. 5 Abs. 1 Bst. a, c und e aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen. Diese Vorschrift ist, da sie vom Berechtigungsinhalt und der Adressatenregelung hinreichend bestimmt ist, geeignet, unmittelbare Rechte für den Drittausländern zu erzeugen und geht den Regelungen des nationalen Ausländerrechtes vor. Das Recht aus Art. 21 Abs. 1 SDü steht dem Drittausländer aber nur dann zu, wenn er die die Einreisevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Bst. a erfüllt (vgl. Westphal Art. 21 Schengen Rn. 2 in Huber, Handbuch des Ausl- u. AsylR). Da der Antragsteller vorliegend in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist, ohne im Besitz eines Reisepasses und damit eines in Art. 5 Abs. 1 Bst. a aufgeführten Reisedokumentes zu sein, ist er zum Kurzaufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 21 Abs. 1 SDü nicht berechtigt. Im übrigen wäre inzwischen das Recht des Antragstellers zum Kurzaufenthalt inzwischen auch erloschen, da sich der Antragsteller nunmehr mehr als drei Monate in der Bundesrepublik Deutschland aufhält.

Die Ausreisepflicht des Antragstellers ist nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 AuslG auch vollziehbar, da der Antragsteller unerlaubt eingereist ist. Die unerlaubte Einreise ist in § 58 AuslG definiert. Nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ist die Einreise eines Ausländers in das Bundesgebiet unerlaubt, wenn er eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nicht besitzt, nach § 58 Abs. 1 Nr. 2 AuslG, wenn er einen erforderlichen Pass nicht besitzt. Beide Voraussetzungen sind in der Person des Antragstellers gegeben. Da der Antragsteller im Hinblick darauf, dass er sich auf Art. 21 Abs. 1 SDü nicht berufen kann, in die Bundesrepublik Deutschland nur nach vorheriger Einholung einer Aufenthaltsgenehmigung in der Form eines Visums hätte einreisen dürfen, ist er nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 AuslG ohne die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung eingereist. Da er bei der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland darüber hinaus nicht den erforderlichen Pass mit sich führte, ist seine Einreise auch nach § 58 Abs. 1

Nr. 2 AuslG unerlaubt. Reist ein Drittausländer, der zwar einen nationalen Aufenthaltstitel eines anderen Schengen-Staates besitzt, aber die weiteren Einreisevoraussetzungen des Art. 21 SDü nicht erfüllt, in die Bundesrepublik Deutschland ein, stellt sich diese Einreise, auch wenn der Drittausländer sich subjektiv im Schengenraum bewegen will, rechtlich als unerlaubte Einreise im Sinne des § 58 AuslG dar, weil er sich gerade nicht auf die Sondervorschriften des SDü berufen kann und somit auf die Vorschriften des nationalen Rechtes zurückzugreifen ist (vgl. hierzu Westphal a.a.O. Art. 21 Schengen Rn. 8; Art. 23 Rn. 31).

Zu Recht ist der Antragsgegner auch davon ausgegangen, dass es im Falle der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht kraft Gesetzes keiner Grundverfügung bedarf (vgl. Hailbronner - AuslR § 42 Rn. 12 mit weiteren Nachweisen).

Zu Recht ist der Antragsgegner auch davon ausgegangen, dass es im Falle einer kraft Gesetzes vollziehbaren Ausreisepflicht auch keiner Ausreiseaufforderung bedarf (vgl. hierzu Renner - AuslR 7. Aufl. § 42 Rn. 7).

Zu Unrecht ist der Antragsgegner jedoch davon ausgegangen, dass es vorliegend nicht der Androhung der Abschiebung bedurfte. Nach § 50 Abs. 1 AuslG soll die Abschiebung schriftlich unter Bestimmung einer Ausreisfrist angedroht werden. Im Hinblick darauf, dass sich der Antragsteller derzeit in Abschiebehaft befindet, bedurfte es zwar nach § 50 Abs. 5 i. V. m. § 49 Abs. 2 AuslG keiner Fristsetzung, doch war vorliegend die Abschiebungsandrohung nicht entbehrlich. Bei § 50 Abs. 1 AuslG handelt es sich um eine Sollvorschrift, was bedeutet, dass die Ausländerbehörde ihr nachkommen muss, wenn nicht außergewöhnliche Umstände, wie etwa die konkrete Gefahr des Untertauchens des Ausländers, des Begehens weiterer Straftaten oder die Rücksichtnahme auf sonstige Interessen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung gegen die Androhung sprechen und eine sofortige Entfernung des Ausländers aus dem Bundesgebiet verlangen (vgl. etwa Kloesel/Christ/Häuszer - Dt. AuslR § 50 Rn. 4). Solche besonderen Gründe, die ausnahmsweise das Absehen von der Androhung der Abschiebung rechtfertigen könnten, sind in dem Schreiben des Antragsgegners vom 07.02.2002 nicht dargelegt. Vorliegend kommt hinzu, dass eine Abschiebungsandrohung auch deshalb nicht entbehrlich war, weil in der Abschiebungsandrohung das Zielland der Abschiebung zu bestimmen war. Da der Antragsteller vorliegend über eine spanische Aufenthaltserlaubnis verfügt - wie nunmehr auch vom spanischen Generalkonsulat im Rahmen der telefonischen Auskünfte bestätigt wurde - kommt vorliegend eine Abschiebung des Antragstellers sowohl nach Indien als auch nach Spanien in Betracht. Nach Art. 23 Abs. 1 SDü hat der Drittausländer, der die im Hoheitsgebiet einer der Vertragsparteien geltenden Voraussetzungen für einen kurzen Aufenthalt nicht oder nicht mehr erfüllt, wie hier der Antragsteller, grundsätzlich unverzüglich das Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu verlassen. Verfügt der Drittausländer - wie der Antragsteller - über eine von einer anderen Vertragspartei ausgestellte gültige Aufenthaltserlaubnis oder über einen von einer anderen Vertragspartei ausgestellten vorläufigen Aufenthaltstitel, so hat er sich unverzüglich in das Hoheitsgebiet dieser Vertragspartei zu begeben.

Soweit die freiwillige Ausreise eines solchen Ausländers nicht erfolgt oder angenommen werden kann, dass diese Ausreise nicht erfolgen wird, muss der Drittausländer nach Art. 23 Abs. 3 SDü unter Berücksichtigung des nationalen Rechtes aus dem Hoheitsgebiet der Vertragspartei abgeschoben werden, indem er aufgegriffen wurde. Diese Vorschrift ist analog auf den Fall anzuwenden, dass der nichtausreisewillige Drittausländer über einen von einer anderen Vertragspartei ausgestellten gültigen Aufenthaltstitel oder über einen von einer anderen Vertragspartei ausgestellten vorläufigen Aufenthaltstitel verfügt, mit dem Ergebnis, dass der Drittausländer in diesen Schengenstaat abgeschoben werden kann (vgl. Westphal a.a.O. Art. 23 Rn. 42). Soweit das spanische Generalkonsulat in Frankfurt a. M. die Rechtsauffassung vertritt, eine Abschiebung des Antragstellers nach Spanien komme nach SDü nicht in Betracht, ist dies nicht nachvollziehbar. Ist somit eine Abschiebung des Antragstellers ohne vorherige Androhung der Abschiebung und der Bestimmung eines Ziellandes unter Berücksichtigung der Vorschriften des SDü nicht zulässig, ist dem Antragsgegner die für den 1. [REDACTED] geplante Abschiebung des Antragstellers nach Indien zu untersagen.

Soweit der Antragsteller des weiteren beantragt, dem Antragsgegner aufzugeben, ihm die freie Ausreise nach Spanien zu gestatten, will der Antragsteller letztlich vorbeugenden Rechtsschutz erlangen, denn nach Erlass der vorstehenden einstweiligen Anordnung wird der Antragsgegner zu entscheiden haben, ob er nach wie vor die Voraussetzungen für die Erforderlichkeit einer Abschiebung des Antragstellers bejaht, gegen den Antragsteller gegebenenfalls eine Abschiebungsandrohung erlässt und einen Zielstaat bestimmt. Der einstweilige Rechtsschutzantrag richtet sich daher gegen Belastungen durch behördliches Handeln, die noch nicht eingetreten sind, möglicherweise aber unmittelbar bevorstehen. In solchen Fällen des vorbeugenden Rechtsschutzes erfordert der Erlass einer einstweiligen Anordnung ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis. Daran fehlt es grundsätzlich aber, wenn dem Betroffenen zugemutet werden kann, den Eintritt der befürchteten Belastung abzuwarten und dagegen den grundsätzlich als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen (vgl. hierzu Finkelnburg/Jank - Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren 4. Aufl. Rn. 27 mit weiteren Nachweisen).

Ein solches grundsätzlich erforderliches besonderes Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers ist vorliegend zu verneinen, da es ihm zuzumuten ist, das weitere Vorgehen des Antragsgegners abzuwarten und gegen ihn belastende Maßnahmen gegebenenfalls einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

Die Kosten des Verfahrens sind den Beteiligten je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 155 Abs. 1 VwGO).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 20 Abs. 3, 13 Abs. 1 GKG.