

Dokumentation zu 3 B 745/23

Gegenstand: Ausländerrechts

Sachgebiet: 060001

erledigt:03.11.2023 Entscheidung: Beschluss (Zurückweisung)

Titel: Einreise mit einem Schengen-Visum berechtigt nicht zur Einholung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug

Leitsatz: Verfolgt ein Drittausländer, der im Besitz eines Aufenthaltstitels eines anderen Schengen-Staates ist, bereits bei seiner Einreise die Absicht, dauerhaft bei seinem im Bundesgebiet lebenden Ehegatten zu verbleiben, so ist sein Aufenthalt nicht nach Art. 21 SDÜ rechtmäßig.

Suchworte: DULDUNG, EHEGATTENNACHZUG, SCHENGENER DURCHFÜHRUNGSABKOMMEN, SCHENGENER GRENZKODEX, UNERLAUBTE EINREISE, VISUM, VORABZUSTIMMUNG,

Normen: AufenthG § 27 Abs 3 Satz 2, AufenthG § 30 Abs 1, AufenthG § 4 Abs 1 Satz 2 Nr 1, AufenthG § 5 Abs 1 Nr 2, AufenthG § 5 Abs 2 Satz 2, AufenthG § 59 Abs 2 Nr 9, AufenthG § 6 Abs 1 Satz 1, AufenthG § 60a Abs 2 Satz 1, AufenthG § 81 Abs 3 Satz 1, AufenthG § 95 Abs 1 Nr 2, AufenthG § 96 Abs 1, AufenthV § 15, AufenthV § 31 Abs 3, AufenthV § 39 Satz 1 Nr 6, GG Art 6 Abs 1, SDÜ Art 19, SDÜ Art 21 Abs 1, SGK Art 2 Abs 16, SGK Art 6 Abs 1, VwGO § 80 Abs 5 Satz 1,

**Senat**

3 B 745/23

---

10 L 831/23.F



## **HESSISCHER VERWALTUNGSGERICHTSHOF**

### **BESCHLUSS**

In dem Verwaltungsstreitverfahren

der Frau A.,  
A-Straße, A-Stadt,  
Staatsangehörigkeit: indisch,

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

bevollmächtigt: Rechtsanwälte B.,  
B-Straße, A-Stadt,

gegen

die Stadt Frankfurt am Main, vertreten durch den Oberbürgermeister, - Rechtsamt -  
Rechtsreferat Ordnungsverwaltung,  
Kleyerstraße 86, 60326 Frankfurt am Main,

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

wegen Ausländerrechts (hier: Aufenthaltserlaubnis)

hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof - 3. Senat - durch

Vorsitzenden Richter am Hess. VGH ...,  
Richter am Hess. VGH ...,  
Richterin am Hess. VGH ...

am 3. November 2023 beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 4. Mai 2023 - 10 L 831/23.F - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

## Gründe

1. Die Beschwerde der Antragstellerin vom 17. Mai 2023, mit der sie beantragt, den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 4. Mai 2023 (Az.: 10 L 831/23.F) aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Klage gemäß § 80 Abs. 5 VwGO anzuordnen, hilfsweise die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, von der Abschiebung der Antragstellerin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage vorläufig abzusehen, ist zulässig, insbesondere statthaft.
2. Die Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.
3. Mit der Beschwerde verfolgt die Antragstellerin, eine indische Staatsangehörige, ihren vor dem Verwaltungsgericht erfolglosen Antrag weiter, die aufschiebende Wirkung ihrer beim Verwaltungsgericht anhängigen Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug nach § 30 Abs. 1 AufenthG gemäß § 80 Abs. 5 VwGO anzuordnen (hierzu unter 1.). Hilfsweise begehrt sie die Verpflichtung der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO, von ihrer Abschiebung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug vorläufig abzusehen (hierzu unter 2.).

4. Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Überprüfung der Senat beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigt keine Aufhebung oder Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag zu Recht mit dem angefochtenen Beschluss vom 4. Mai 2023 abgelehnt.
5. Nach § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO muss die Beschwerde einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, ist die Beschwerde nach § 146 Abs. 4 Satz 4 VwGO als unzulässig zu verwerfen.
6. Die Beschwerdebegründung muss, um dem Darlegungsgebot des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO zu genügen, erkennen lassen, aus welchen rechtlichen und tatsächlichen Gründen die gerichtliche Ausgangsentscheidung unrichtig sein soll und geändert werden muss (VGH Mannheim, Beschluss vom 21. Juni 2023 - 13 S 473/23 -, juris Rdnr. 3; OVG Bremen, Beschluss vom 28. April 2023 - 1 B 77/23 -, juris Rdnr. 7; OVG Münster, Beschluss vom 8. Juli 2004 - 12 B 1233/04 -, juris Rdnr. 3 m.w.N.). Dies erfordert eine Prüfung, Sichtung und rechtliche Durchdringung des Streitstoffs und damit eine sachliche Auseinandersetzung mit den Gründen des angefochtenen Beschlusses (VGH Mannheim, Beschluss vom 21. Juni 2023, a.a.O.; VGH München, Beschluss vom 30. November 2022 - 11 CS 22.2195 -, juris Rdnr. 14). Der Beschwerdeführer muss nicht nur die Punkte bezeichnen, in denen der Beschluss angegriffen werden soll, sondern auch angeben, aus welchen Gründen er die angefochtene Entscheidung in diesem Punkt für unrichtig hält. Hierfür reicht eine bloße Wiederholung des erstinstanzlichen Vorbringens ohne Eingehen auf die jeweils tragenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts, außer in Fällen der Nichtberücksichtigung oder des Offenlassens des früheren Vortrags, grundsätzlich ebenso wenig aus wie bloße pauschale oder formelhafte Rügen (VGH Mannheim, Beschluss vom 21. Juni 2023, a.a.O.). Lässt der Beschwerdeführer eine tragende Begründung des Verwaltungsgerichts unangefochten, so hat er nicht dargelegt, weshalb die Entscheidung zu ändern sein soll (VGH Kassel, Beschluss vom 25. Juli 2023 - 3 B 403/23 -, unveröffentlicht; VGH Mannheim, Beschluss vom 12. April 2002 - 7 S 653/02 -, juris Rdnr. 6).

7. 1. Die innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO vorgelegte Beschwerdebegründung vom 2. Juni 2023 rechtfertigt keine Abänderung des angegriffenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main in Bezug auf die Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzes hinsichtlich der Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis durch Bescheid der Antragsgegnerin vom 15. Februar 2023. Das Verwaltungsgericht führt insoweit auf den Seiten 3 f. des angefochtenen Beschlusses aus, dass der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage gegen die mit Bescheid der Antragsgegnerin vom 15. Februar 2023 erfolgte Ablehnung ihres Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug unzulässig sei. Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Alternative VwGO sei unstatthaft. Der Eintritt der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sei ausgeschlossen, weil der Aufenthalt nicht gemäß Art. 21 Abs. 1 SDÜ rechtmäßig gewesen sei, da die Antragstellerin schon im Zeitpunkt ihrer letztmaligen Einreise in das Bundesgebiet einen Daueraufenthalt geplant habe. Maßgeblich für diese Annahme sei der Umstand, dass die Ehe mit dem indischen Staatsangehörigen ■., der im Besitz einer deutschen Niederlassungserlaubnis ist, bereits am ■■■■■■ 2022 - also vor der Einreise in das Bundesgebiet - geschlossen worden sei.
8. Die Antragstellerin macht mit der Beschwerdebegründung vom 2. Juni 2023 geltend, der Aufenthalt der Antragstellerin nach der letztmaligen Einreise in das Bundesgebiet sei rechtmäßig gewesen, sodass die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 AufenthG eingetreten sei. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts seien die Absichten des Einreisenden bei der Anwendung des Art. 21 Abs. 1 SDÜ nicht ausschlaggebend. Denn der Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 SDÜ verhalte sich zu dieser Fragestellung nicht.
9. Diese Beschwerdebegründung vermag kein anderes Ergebnis zu rechtfertigen. Der Antrag der Antragstellerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom 11. April 2022 hat keine Fiktionswirkung gemäß § 81 Abs. 3 AufenthG ausgelöst, weil die ohne ein für längerfristige Aufenthalte erforderliches nationales Visum gemäß § 6 Abs. 3 AufenthG erfolgte Einreise und der dadurch begründete Aufenthalt der Antragstellerin im Bundesgebiet nicht rechtmäßig waren. Insbesondere teilt der

Senat die Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass eine Berechtigung zum Aufenthalt im Bundesgebiet ohne Aufenthaltstitel nicht aus § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG und § 15 AufenthV i.V.m. Art. 21 Abs. 1 SDÜ folgt. Nach der letztgenannten Bestimmung können sich Drittausländer, die Inhaber eines gültigen, von einem der Mitgliedstaaten ausgestellten Aufenthaltstitels sind, aufgrund dieses Dokuments und eines gültigen Reisedokuments bis zu 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen frei im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten bewegen, sofern sie die in Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a, c und e der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (Schengener Grenzkodex) aufgeführten Einreisevoraussetzungen erfüllen und nicht auf der nationalen Ausschreibungsliste des betroffenen Mitgliedstaats stehen. Die Bezugnahme des Art. 21 Abs. 1 SDÜ auf Art. 5 Abs. 1 Buchstaben a, c und e der VO (EG) 562/2006 wird nach Aufhebung dieser Verordnung durch Art. 44 Abs. 1 der VO (EU) 2016/399 (ABl. 2013, L 182 Seite 1) nach Art. 44 Abs. 2 i.V.m. Anhang X dahingehend konkretisiert, dass Art. 6 Abs. 1 Buchstaben a, c und e der VO (EU) 2016/399 (ABl. 2016, L 77 Seite 1, berichtigt ABl. 2018, L 272 Seite 69) zur Anwendung gelangt.

10. Im vorliegenden Fall war die Antragstellerin als indische Staatsangehörige bei ihrer Einreise ins Bundesgebiet zwar im Besitz eines die Anwendbarkeit des Art. 21 Abs. 1 SDÜ grundsätzlich eröffnenden Aufenthaltstitels eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union. Denn bei dem der Antragstellerin am 22. Januar 2022 in Portugal erteilten, bis zum 20. Januar 2024 gültigen Aufenthaltsnachweis (Título de Residência) handelt es sich um einen befristeten (Temporário) Aufenthaltstitel im Sinne dieser Regelung.
11. Der Título de Residência ist in der von der Europäischen Kommission erstellten, im Amtsblatt der Europäischen Union vom 8. Juli 2011 (Abl. 2011, C 201 Seite 1 [38]) veröffentlichten Aktualisierung der Liste von Aufenthaltstiteln gemäß Art. 2 Abs. 15 SGK (a.F.) als von Portugal angegebener Aufenthaltstitel aufgeführt. Dieser Aufenthaltstitel ist auch nach dem Muster der Verordnung EG Nr. 1030/2002 vom 13. Juni 2002 ausgestellt worden und damit ein Aufenthaltstitel i.S.d. Art. 2 Abs. 15 der alten Fassung bzw. Art. 2 Abs. 16 der geltenden Fassung des Schengener

Grenzkodex. Der Definition des „Aufenthaltstitels“ unter Art. 1 SDÜ ist auch nichts dafür zu entnehmen, dass dies für den Anwendungsbereich des Schengener Durchführungsübereinkommens anders zu beurteilen sein könnte (so OVG Berlin, Beschluss vom 28. Februar 2019 - OVG 11 S 21.18 -, juris Rdnr. 10).

12. Art. 21 Abs. 1 SDÜ erlaubt Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet allerdings nur für Kurzaufenthalte von bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen. Verfolgt der Ausländer - wie vorliegend die Antragstellerin - bereits bei der Einreise die Absicht, diesen zeitlichen Rahmen zu überschreiten, bedarf er für den beabsichtigten Daueraufenthalt eines nationalen Visums. Aufgrund der Aktenlage folgt das Gericht der Einschätzung des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main, dass die Antragstellerin schon im Zeitpunkt der Einreise in das Bundesgebiet einen Daueraufenthalt geplant hatte. Denn nach Aktenlage ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt ihrer letzten Einreise in das Bundesgebiet im ■■■■■ 2022 (Blatt 93 der Behördenakte) nicht mehr die Absicht hatte, sich nur vorübergehend zu Besuchszwecken in der Bundesrepublik Deutschland aufzuhalten. Für die Annahme eines beabsichtigten Daueraufenthalts spricht, dass ihre Ehe mit dem indischen Staatsangehörigen ■■■■■, der im Besitz einer deutschen Niederlassungserlaubnis ist und zu dem sie Zuzug begehrt, bereits am ■■■■■ 2022 - also vor ihrer letztmaligen Einreise - geschlossen worden ist (Blatt 15 der Behördenakte). Außerdem hat die Antragstellerin im Verwaltungsverfahren selbst angegeben, bereits die erstmalige Einreise ins Bundesgebiet am ■■■■■ 2022 sei in der Absicht erfolgt, „Zeit mit [dem] Partner zu verbringen“ und um bei ihrem Partner zu bleiben (Bl. 57 f. der Behördenakte). Dass hiermit - wie im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main vorgetragen - lediglich ein vorübergehendes Zeitverbringen gemeint gewesen sein soll, ist weder nachvollziehbar noch hinreichend dargetan. Denn die Antragstellerin hat bereits vor der erneuten Wiedereinreise aus Indien mit Schriftsatz ihres Bevollmächtigten vom 11. April 2022 formlos die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zwecks Ehegattennachzugs beantragt.
13. Der Aufenthalt ohne nationales Visum wäre gemäß Art. 21 Abs. 1 SDÜ daher nur rechtmäßig gewesen, wenn die Antragstellerin in der Absicht einreiste, sich nicht dauerhaft, sondern nur für maximal 90 Tage in einem Zeitraum von 180 Tagen im

Bundesgebiet aufzuhalten (so VGH Kassel, Beschluss vom 4. Juni 2014 - 3 B 785/14 -, juris Rdnr. 7; VGH Mannheim, Beschluss vom 22. März 2023 - 12 S 474/22 -, juris Rdnr. 7; OVG Bremen, Urteil vom 9. März 2020 - 2 B 318/19 -, juris Rdnr. 9 m.w.N.; OVG Berlin, Beschluss vom 28. Februar 2019 - OVG 11 S 21.18 -, juris Rdnr. 11; OVG Hamburg, Beschluss vom 1. Juni 2018 - 1 Bs 126/17 -, juris Rdnr. 17 f.).

14. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass - wie der Bevollmächtigte unter Berufung auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Aachen (Beschluss vom 13. April 2016 - 8 K 669/15 -, juris Rdnr. 48) vorträgt - der Wortlaut des Art. 21 Abs. 1 SDÜ sich hierzu nicht ausdrücklich verhält. Dies ergibt sich systematisch aus dem Verweis von Art. 21 Abs. 1 SDÜ auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. a, c, d und e SGK, der bereits im Einleitungssatz von einem „geplanten“ Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten von bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen spricht. Auch der Verweis in Art. 6 Abs. 1 Buchstabe c SGK, wonach (u.a.) „Zweck und Umstände des beabsichtigten Aufenthalts“ zu belegen sind und die nicht abschließende Auflistung der gemäß Art. 6 Abs. 3 SGK zur Prüfung dieser Einreisevoraussetzung vorzulegenden, in der Anlage I aufgeführten Belege (bei privaten oder touristischen Reisen z.B. Einladungen, Buchungsbestätigungen, Rückreisetickets, aber auch sonstige geeignete Unterlagen, aus denen Grund und Dauer des Aufenthalts hervorgehen), lassen keinen Zweifel an der Intention des Normgebers aufkommen, die Absicht einer auf höchstens 90 Tagen begrenzten Dauer des Aufenthalts als eine bereits bei der Einreise durch den Grenzschutzbeamten zu überprüfende Rechtmäßigkeitsvoraussetzung auszugestalten (OVG Berlin, Beschluss vom 28. Februar 2019 - OVG 11 S 21.18 -, juris Rdnr. 11; OVG Bremen, Urteil vom 9. März 2020 - 2 B 318/19 -, juris Rdnr. 9 m.w.N.).
15. Auch Sinn und Zweck der durch Art. 21 SDÜ gewährten Ausnahmen vom Erfordernis der Einreise mit dem nach § 4 Abs. 1 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitel gebietet die Beschränkung dieser Privilegierung auf diejenigen Fälle, in denen der Ausländer nicht schon mit der Absicht eines dauerhaften Aufenthalts ins Bundesgebiet einreist. Denn Art. 21 SDÜ soll, ebenso wie Art. 20 SDÜ, durch die Möglichkeit des visumfreien Bewegens des begünstigten Personenkreises im Hoheitsgebiet der (anderen) Vertragsparteien nur Kurzaufenthalte erleichtern und nicht etwa eine bewusste Umgehung des Visa-Systems ermöglichen, dessen



Bedeutung als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung auch europarechtlich nicht in Frage steht (so OVG Berlin, Beschluss vom 28. Februar 2019 - OVG 11 S 21.18 -, juris Rdnr. 12). Das nationale Visumverfahren kann seine Kontrollfunktion nur erfüllen, wenn es vor der Einreise des Ausländers durchgeführt wird (OVG Berlin, Beschluss vom 28. Februar 2019, a.a.O.).

16. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergibt sich durch Berücksichtigung der Motivation hinsichtlich des Aufenthalts im Bundesgebiet auch kein - unauflösbarer - Wertungswiderspruch zu § 39 Satz 1 Nr. 6 AufenthV. Nach dieser Regelung kann ein Ausländer, der einen von einem anderen Schengen-Staat (§ 2 Abs. 5 AufenthG) ausgestellten Aufenthaltstitel besitzt und aufgrund dieses Aufenthaltstitels berechtigt ist, sich im Bundesgebiet aufzuhalten, einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind. Diese Regelung findet somit auf Ausländer Anwendung, die im Besitz eines von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitel sind und zu Besuchszwecken in das Bundesgebiet eingereist sind. Ändert sich bei diesen Ausländern nachträglich die Motivation hinsichtlich des beabsichtigten Aufenthalts, so können sie für den nunmehr angestrebten Daueraufenthalt im Inland eine Aufenthaltserlaubnis innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Fristen beantragen.
17. Ein Widerspruch tritt auch nicht zu der unionsrechtlichen Regelung zum Aufenthalt nach einer Einreise mit einem Schengen-Visum nach Art. 19 SDÜ auf. Unabhängig von der aufenthaltsrechtlichen Einstufung eines Schengen-Visums als Aufenthaltstitel im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG i.V.m. § 6 Abs. 1 Satz 1 AufenthG (hierzu BVerwG, Urteil vom 19. November 2019 - 1 C 22.18 -, juris Rdnr. 17), regelt Art. 19 SDÜ den rechtmäßigen Aufenthalt im Einklang mit den Tatbestandsvoraussetzungen des Aufenthaltsrechts nach Art. 21 SDÜ. Denn Drittausländer eines Schengen-Visums können sich während des Gültigkeitszeitraums frei in dem Hoheitsgebiet aller Vertragsparteien bewegen, sofern sie die Einreisevoraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 Buchstaben a, c, d und e SDÜ a.F. (jetzt: Art. 6 Abs. 1 Buchstaben a, c, d und e SGK) erfüllen. Entfallen die Erteilungsvoraussetzungen, weil der mit einem Schengen-Visum eingereiste Drittausländer einen Daueraufenthalt plant, so entfällt der rechtmäßige Aufenthalt im Schengengebiet. Die einschlägigen Art. 19 bis 21 SDÜ stellen insofern einheitlich

darauf ab, dass die Bewegungsfreiheit von den in Art. 6 Abs. 1 SGK normierten Einreisevoraussetzungen abhängig ist (so zutreffend BGH, Urteil vom 26. Januar 2021 - 1 StR 289/20 -, juris Rdnr. 54). Die aufenthaltsrechtliche Einstufung von Schengen-Visa als Aufenthaltstitel, die während ihres Gültigkeitszeitraums Einreise und Aufenthalt legalisieren, vermag die Kohärenz des Unionsrechts, die die Einreise mit einem Schengen-Visum (Art. 19 SDÜ) oder aufgrund eines Aufenthaltstitels eines anderen Schengen-Staates (Art. 21 SDÜ) gleichbehandelt, nicht in Frage zu stellen.

18. Der Senat hält an seiner Auslegung auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteile vom 27. April 2005 - 2 StR 457/04 - und vom 26. Januar 2021 - 1 StR 289/20 -; BGH, Beschluss vom 24. März 2021 - 3 StR 22/21 -, alle abrufbar unter juris) fest. Die von der Antragstellerin angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 27. April 2005 - 2 Str 457/04 -, juris Rdnr. 23), wonach bei der Prüfung, ob ein strafbares Verhalten im Sinne des § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG vorliegt, das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG gebiete, allein auf eine formell wirksame Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung abzustellen, gibt schon deshalb keinen Anlass zu einer abweichenden Auslegung, weil der Bundesgerichtshof ausschließlich für das Strafrecht einen formellen Maßstab zugrunde legt und damit nur für die Strafbarkeit von der subjektiven Zielsetzung bei der Einreise und von dem Vorliegen der weiteren - unbestimmten - Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 1 SGK absieht (BGH, Urteil vom 26. Januar 2021 - 1 StR 289/20 -, juris Rdnr. 54). Denn die Ausführungen des Bundesgerichtshofs sind zu der Frage ergangen, ob eine unerlaubte Einreise bzw. ein unerlaubter Aufenthalt i.S.d. § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3, § 96 Abs. 1 AufenthG vorliegen. Diese Vorschriften sind vorliegend nicht entscheidungserheblich, vielmehr kommt es auf die Auslegung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und dabei lediglich darauf an, wann von einer Rechtmäßigkeit des Aufenthalts i.S. dieser Vorschrift auszugehen ist. Diese Auslegung hat originär und ausschließlich aufenthaltsrechtlich zu erfolgen. Es steht insofern gerade keine Auslegung einer Strafvorschrift in Rede, sodass der strafrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG keine Anwendung findet.
19. 2. Hinsichtlich des hilfsweise gestellten Antrags, der Antragsgegnerin gemäß § 123 VwGO aufzugeben, die Abschiebung bis zur Entscheidung in der Hauptsache

einstweilen auszusetzen, sind gleichfalls keine Gründe dargelegt worden, die eine Abänderung des angegriffenen Beschlusses rechtfertigen.

20. Allein der Wunsch der Antragstellerin, die familiäre Lebensgemeinschaft mit ihrem Ehemann dauerhaft im Bundesgebiet aufrechterhalten zu können, rechtfertigt keine Abänderung des angegriffenen Beschlusses. Denn die Aussetzung der Abschiebung ist nicht der vom Aufenthaltsgesetz vorgesehene Weg für die Ermöglichung des familiären Zusammenlebens eines Ausländers mit seinen sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhaltenden Familienangehörigen. Die von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ausgehenden Schutzwirkungen führen nur ausnahmsweise zur rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung im Sinne des § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG, wenn eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen nicht erteilt werden kann (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 12).
21. Grundlage für die Ermöglichung eines familiären Zusammenlebens im Bundesgebiet zum Schutz der Familie nach Art. 6 GG bilden die Regelungen über die Aufenthaltstitel nach den §§ 27 ff. AufenthG und nur ausnahmsweise die Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt. Allerdings verpflichtet die in Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, die Ausländerbehörde, bei der Entscheidung über ein Aufenthaltsbegehren die bestehenden familiären Bindungen an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, zu berücksichtigen und entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen zur Geltung zu bringen (BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2005 - 2 BvR 1001/04 -, juris Rdnr. 17; Beschluss vom 9. Januar 2009 - 2 BvR 1064/08 -, juris Rdnr. 14; BVerwG, Urteil vom 30. April 2009 - 1 C 3.08 -, juris Rdnr. 18).
22. Dieser verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie hat der Gesetzgeber in erster Linie über die Aufenthaltstitel in den §§ 27 ff. AufenthG Rechnung getragen (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 14; Beschluss vom 25. Mai 2023 - 6 B 362/23 -, juris Rdnr. 18). Die Vorschriften über die Familienzusammenführung sind, wie § 27 Abs. 1 AufenthG verdeutlicht, gerade Ausfluss des Schutzes von Ehe und Familie gemäß Art. 6 GG.

Insoweit ist der Familiennachzug eines Ausländers zu seinen berechtigterweise im Bundesgebiet lebenden Familienangehörigen durch die Vorschriften der §§ 27 ff. AufenthG grundsätzlich abschließend geregelt. Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe der §§ 27 ff. AufenthG nicht vor, kann nicht ohne Weiteres durch Annahme einer aus Art. 6 Abs. 1 GG oder Art. 8 EMRK hergeleiteten rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung der weitere Aufenthalt erreicht werden (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 14; Beschluss vom 29. August 2023 - 3 B 1935/22 -, nicht veröffentlicht; VGH München, Beschluss vom 2. Dezember 2020 - 10 CE 20.2680 -, juris Rdnr. 19 mit Verweis auf VGH Mannheim, Beschluss vom 29. März 2001 - 13 S 2643/00 -, juris Rdnr. 13 m.w.N.). Denn bei der Gewichtung der nach Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK geschützten Belange des Ausländers im Hinblick auf die rechtliche Zulässigkeit der zwangsweisen Beendigung einer im Bundesgebiet geführten familiären Lebensgemeinschaft ist maßgeblich zu berücksichtigen, ob nach den einschlägigen Regelungen des Aufenthaltsgesetzes über den Familiennachzug eine Zuwanderung ermöglicht werden soll. Die Erteilung der Duldung ist demgegenüber subsidiär (vgl. § 60a Abs. 2 Satz 1 a.E. „und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird“, VGH München, Beschluss vom 2. Dezember 2020, a.a.O.; VGH Kassel, Beschluss vom 29. August 2023 - 3 B 1935/22 -, nicht veröffentlicht).

23. Die Aussetzung der Abschiebung ist somit nicht der vom Aufenthaltsgesetz vorgesehene Weg zur Ermöglichung des familiären Zusammenlebens eines Ausländers mit seinen sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhaltenden Familienangehörigen (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 15). Mithilfe einer Duldung kann die Abschiebung nur zeitweise ausgesetzt werden, während das hier in Rede stehende Abschiebungshindernis aus Art. 6 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK in der Regel dauerhaft besteht. Der Duldung kommt nicht die Funktion eines vorbereitenden oder ersatzweise gewährten Aufenthaltsrechts zu (BVerwG, Urteil vom 4. Juni 1997 - 1 C 9.95 -, juris Rdnr. 36 m.w.N.; so auch (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 15; Beschluss vom 18. August 2016 - 3 B 1431/16 -, nicht veröffentlicht). Zudem vermittelt die Duldung keinen aufenthaltsrechtlichen Status, der dem Anliegen des Familiennachzugs gerecht würde (BVerwG, Urteil vom 4. Juni 1997,

a.a.O.). Für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 AufenthG kommen daher in der Regel nur vorläufige und kurzfristige Abschiebungshindernisse in Betracht, die nicht gleichzeitig Regelungsgegenstand einer speziellen aufenthaltsrechtlichen Bestimmung sind (VGH Kassel, Beschluss vom 18. August 2016, a.a.O.). Dies steht der Aussetzung der Abschiebung aus einem Grund, der auf einen dauerhaften Aufenthalt hinausläuft, grundsätzlich entgegen (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 15; Beschluss vom 29. August 2023 - 3 B 1935/22 -, nicht veröffentlicht).

24. Zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG kann etwas Anderes gelten, wenn eine ausländerrechtliche Regelung - die einen Aufenthalt im Bundesgebiet voraussetzt - einem möglicherweise Begünstigten zugutekommt (OVG Bautzen, Beschluss vom 8. Oktober 2020 - 3 B 186/20 -, juris Rdnr. 11). Eine solche Regelung ist etwa § 39 AufenthV, der gerade die Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet ermöglichen soll (OVG Bautzen, Beschluss vom 8. Oktober 2020 - 3 B 186/20 -, juris Rdnr. 11; OVG Münster, Beschluss vom 5. Dezember 2011 - 18 B 910/11 -, juris Rdnr. 10). Auch § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG stellt eine solche Norm dar, da mit dieser gerade die Prüfung der Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Inland ermöglicht werden soll (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 16).
25. Die Antragstellerin kann sich nicht mit Erfolg auf einen der vorgenannten Ausnahmetatbestände berufen. Die Ausnahmevorschrift des § 39 Satz 1 Nr. 6 AufenthV greift nicht, da die Antragstellerin keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG hat. Dabei ist unter einem „Anspruch“ im Sinne von § 39 Satz 1 Nr. 6 AufenthV grundsätzlich nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen. Ein solcher Rechtsanspruch liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr ausüben hat (BVerwG, Urteil vom 10. Dezember 2014 - 1 C 15.14 -, juris Rdnr. 15 m.w.N.). Einen solchen Anspruch hat die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht, da sie durch ihre unerlaubte Einreise und ihrem illegalen Aufenthalt weder vereinzelt noch geringfügig gegen Rechtsvorschriften im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG verstoßen und dadurch ein Ausweisungsinteresse im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG hervorgerufen hat (vgl. VGH Kassel, Beschluss

vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 17; Beschluss vom 25. Mai 2023 - 6 B 362/23 -, juris Rdnr. 7).

26. Vorliegend besteht im Falle der Antragstellerin ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 2 Nr. 9, 1. Halbsatz AufenthG. Nach dieser Vorschrift wiegt das Ausweisungsinteresse schwer, wenn der Ausländer einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen hat. Diese Vorschrift ist dahin zu verstehen, dass ein Rechtsverstoß nur dann unbeachtlich ist, wenn er vereinzelt und geringfügig ist, er hingegen immer beachtlich ist, wenn er vereinzelt, aber nicht geringfügig, oder geringfügig, aber nicht vereinzelt ist. Eine vorsätzlich begangene Straftat ist grundsätzlich kein geringfügiger Verstoß gegen eine Rechtsvorschrift (zur inhaltsgleichen Vorschrift des § 46 Nr. 2 AuslG: BVerwG, Urteil vom 24. September 1996 - 1 C 9.94 -, juris Rdnr. 19; VGH München, Beschluss vom 27. April 2020 - 10 C 20.51 -, juris Rdnr. 8). Ein Verstoß der in § 54 Abs. 2 Nr. 9, 1. Alt. AufenthG bezeichneten Art setzt dessen objektive Rechtswidrigkeit voraus (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 18; VGH München, Beschluss vom 13. April 2023 - 19 ZB 22.79 -, juris Rdnr. 17; OVG Koblenz, Beschluss vom 7. Mai 2020 - 7 B 10178/20 -, juris Rdnr. 20). Ein Verschulden ist hingegen nicht erforderlich, ebenso wenig bedarf es einer Ahndung des Verstoßes (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 18; VGH München, Beschluss vom 13. April 2023 - 19 ZB 22.79 -, juris Rdnr. 17 m.w.N.). Ausgehend von diesem Maßstab ist der seit April 2022 andauernde unerlaubte Aufenthalt der Antragstellerin im Bundesgebiet, unabhängig von einer strafrechtlichen Sanktionierung, grundsätzlich als nicht geringfügiger Verstoß anzusehen (vgl. hierzu OVG Hamburg, Urteil vom 17. Dezember 2015 - 4 Bf 137/13 -, juris Rdnr. 49 m.w.N.; VGH München, Beschluss vom 4. September 2014 - 10 CS 14.1601 -, juris Rdnr. 19).
27. Der Senat teilt - wie oben ausgeführt - aufgrund der sich aus der Aktenlage ergebenden Begleitumstände die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, dass die Antragstellerin bereits bei ihrer letzten Einreise nach Deutschland im April 2022 einen Daueraufenthalt plante und in Kenntnis des grundsätzlich einzuhaltenden Visumverfahrens ohne das erforderliche Visum i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG in das Bundesgebiet eingereist ist. Infolgedessen hält sich die

Antragstellerin - auch wenn sie nicht unerlaubt im Sinne von § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG eingereist ist (BVerwG, Urteil vom 11. Januar 2011 - 1 C 23.09 -, juris Rdnr. 20) - seit ihrer Einreise ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG und damit unerlaubt im Bundesgebiet auf. Sie ist nämlich ohne das nach § 6 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG für einen längerfristigen Aufenthalt in das Bundesgebiet erforderliche Visum eingereist. Das durch den seit mehr als einem Jahr andauernden unerlaubten Aufenthalt begründete Ausweisungsinteresse steht einem strikten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug entgegen, weil deren Erteilung nach §§ 27 Abs. 3 Satz 2, 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausdrücklich im Ermessen der Ausländerbehörde steht.

28. Von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG kann vorliegend auch nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2, 2. Alternative AufenthG abgesehen werden, weil die Antragstellerin nicht glaubhaft gemacht hat, dass es ihr aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls unzumutbar wäre, das Visumverfahren nachzuholen. Die vorliegend - aufgrund der mit dem indischen Staatsangehörigen D. geschlossenen Ehe - in Betracht kommenden Rechtspositionen aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK vermögen eine entsprechende Unzumutbarkeit nicht zu begründen.
29. Das Aufenthaltsgesetz trägt dabei dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung, indem es unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG im Einzelfall erlaubt, von dem grundsätzlichen Erfordernis einer Einreise mit dem erforderlichen Visum (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) abzusehen. Der mit der Durchführung des Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf ist von demjenigen, der die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland begehrt, regelmäßig hinzunehmen (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr. 23). Erfüllt die Familie im Kern die Funktion einer Beistandsgemeinschaft, weil ein Familienmitglied auf die Lebenshilfe eines anderen Familienmitglieds angewiesen ist, und kann dieser Beistand nur in Deutschland erbracht werden, weil einem beteiligten Familienmitglied ein Verlassen Deutschlands nicht zumutbar ist, so drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, regelmäßig einwanderungspolitische Belange zurück (VGH Kassel, Beschluss vom 15. September 2023 - 3 B 2020/22 -, juris Rdnr.

23; VGH München, Beschluss vom 13. Juni 2023 - 10 CS 23.488 -, juris Rdnr. 12 m.w.N.).

30. Etwas anderes ergibt sich - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nicht daraus, dass die Antragsgegnerin die Erteilung einer Vorabzustimmung zum Visumverfahren abgelehnt hat. Denn vorliegend fehlt es bereits an den Tatbestandsvoraussetzungen für ein Absehen vom Visumerfordernis nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der im Rahmen dieser Bestimmung zu treffenden Ermessensentscheidung ist damit nicht eröffnet. Hinsichtlich der Erteilung einer Vorabzustimmung nach § 31 Abs. 3 AufenthV ist zudem zu beachten, dass diese auch in Fällen eines Anspruchs auf einen Aufenthaltstitel im Ermessen der Ausländerbehörde steht. Die Ausländerbehörde der Antragsgegnerin hat die Erteilung einer Vorabzustimmung mit der im Beschwerdeverfahren nicht angegriffenen Begründung abgelehnt, dass eine vorübergehende Trennung der Eheleute während des Wartens auf einen Termin zur Antragstellung und der anschließenden Visumdauer zumutbar sei. Laut der Internetseite der Deutschen Botschaft in Portugal erhalte ein Antragsteller nach Übersendung aller notwendigen Unterlagen per E-Mail und Prüfung der Unterlagen auf Vollständigkeit einen Termin zur Antragstellung. Ferner habe die Deutsche Botschaft der Antragstellerin mit E-Mail vom 26. April 2023 (Blatt 38 der Gerichtsakte) bestätigt, dass die Wartezeit auf einen Termin derzeit bei ca. 3 bis 4 Wochen liege. Die Bearbeitungszeit für ein nationales Visum liege in der Regel zwischen 6 und 12 Wochen.
31. Steht damit zu erwarten, dass die Antragstellerin innerhalb von 9 bis 16 Wochen ein Visum zur Familienzusammenführung erhält, wäre die Ermessensentscheidung trotz der sich aus Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Verpflichtung, dafür Sorge zu tragen, das Visumverfahren zügig zu betreiben und eine längere Trennung der Eheleute so weit wie möglich zu vermeiden (OVG Bremen, Beschluss vom 26. April 2010 - 1 B 50/10 -, juris Rdnr. 25), nicht ermessensfehlerhaft.
32. Der Verweis der Antragstellerin auf das Visumverfahren ist auch mit den Anforderungen der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung vom 3. Oktober 2003 (ABl. L



251 Seite 12 - im Folgenden: Richtlinie 2003/86/EG) vereinbar. Ein auf Familienzusammenführung gestützter Aufenthaltsanspruch setzt nämlich nach Art. 5 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 1 RL 2003/86/EG voraus, dass der Antrag auf Familienzusammenführung vor der Einreise in den Aufnahmestaat gestellt und geprüft wird. Die Gestattung der Einreise und des Aufenthalts nach Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1 Buchstabe a der Richtlinie 2003/86/EG steht nicht nur unter dem Vorbehalt der in Kapitel IV sowie Art. 16 genannten Bedingungen. Vielmehr gestatten die Mitgliedstaaten die Einreise und den Aufenthalt gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 2003/86/EG ausdrücklich nur „gemäß dieser Richtlinie“. Folglich gilt insoweit auch Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2003/86/EG, wonach der Antrag für die Gestattung der Einreise zu stellen und zu prüfen ist, wenn sich die Familienangehörigen noch außerhalb des Hoheitsgebiets des Mitgliedstaats aufhalten, selbst wenn sich diese Vorschrift im Kapitel III der Richtlinie befindet (ebenso VGH München, Beschluss vom 25. Oktober 2022 - 19 CE 22.1816 -, juris Rdnr. 13; OVG Magdeburg, Beschluss vom 8. April 2014 - 3 B 412/13 -, juris Rdnr. 13).

33. 3. Der Antrag, der Antragsgegnerin mitzuteilen, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegen die Antragstellerin bis zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde nicht durchgeführt werden dürfen (sog. „Schiebe-“ oder „Hängebeschluss“), ist durch die vorliegende Entscheidung gegenstandslos (VGH München, Beschluss vom 13. Juni 2023 - 10 CS 23.488 -, juris Rdnr. 14)
34. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO.
35. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 52 Abs. 1 und 2 GKG und folgt der Festsetzung in der ersten Instanz.
36. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

...

...

...