

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Fachpresse: ja

Ausländerrecht

Rechtsquelle/n:

Verordnung (EG) Nr. 810/2009 (Visakodex)

Art. 2 Nr. 3, Art. 24, 33 Abs. 1  
bis 4, Art. 34

Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)

Art. 19, 21

Verordnung (EG) Nr. 539/2001 (EG-VisaVO)

Anhang I

AufenthG

§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 6 Abs. 1  
Nr. 1, § 81 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4  
Satz 1 und 2, Abs. 5

AufenthV

§ 39 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2

Titelzeile:

Ausschluss der Fortgeltungsfiktion nach § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG für Schengen-  
Visa

Stichworte:

(einheitliches) Schengen-Visum; Erlaubnisfiktion; Schengen-Staat; Fortgeltungsfik-  
tion; Fiktionsbescheinigung; Aufenthaltstitel; Antrag; Ausschlusswirkung.

Leitsätze:

1. Die Regelungen zur Fiktionswirkung eines Antrages auf Erteilung oder Verlänge-  
rung eines Aufenthaltstitels in § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG stehen in einem sich aus-  
schließenden Alternativverhältnis.

2. Auch von anderen Schengen-Staaten ausgestellte Schengen-Visa (§ 6 Abs. 1 Nr. 1  
AufenthG) sind Aufenthaltstitel im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG, für die  
die Fortgeltungsfiktion nach § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG ausgeschlossen ist.

Urteil des 1. Senats vom 19. November 2019 - BVerwG 1 C 22.18

I. VG Stuttgart vom 19. Oktober 2017

Az: VG 9 K 6090/15

II. VGH Mannheim vom 6. April 2018

Az: VGH 11 S 2583/17





Bundesverwaltungsgericht

**IM NAMEN DES VOLKES**  
**URTEIL**

BVerwG 1 C 22.18  
VGH 11 S 2583/17

Verkündet  
am 19. November 2019

...  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2019  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Berlit,  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Fricke und Dr. Rudolph,  
den Richter am Bundesverwaltungsgericht Böhmann und  
die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Dr. Wittkopp

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs Baden-  
Württemberg vom 6. April 2018 wird geändert. Die Beru-  
fung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts  
Stuttgart vom 19. Oktober 2017 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens und  
des Berufungsverfahrens.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt die Erteilung einer Fiktionsbescheinigung gemäß § 81 Abs. 5  
i.V.m. Abs. 3 Satz 1 AufenthG.

- 2 Der ... geborene Kläger ist afghanischer Staatsangehöriger. Er ist mit einer afghanischen Staatsangehörigen verheiratet, der im Bundesgebiet die Flüchtlings-eigenschaft zuerkannt wurde und die im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG ist. Das Ehepaar hat zwei gemeinsame Kinder, die im Bundesgebiet geboren worden sind.
- 3 Der Kläger, der mit von verschiedenen Schengen-Staaten ausgestellten Besuchervisa bereits mehrfach nach Deutschland gereist war, reiste zuletzt am 23. November 2015 mit einem von der spanischen Botschaft in K. ausgestellten, vom 23. November 2015 bis zum 17. Dezember 2015 gültigen Schengen-Visum in das Bundesgebiet ein.
- 4 Im November 2015 stellte der Kläger einen Antrag auf Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen. Zugleich beantragte er, ihm eine Bescheinigung über den Eintritt einer Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 AufenthG auszustellen.
- 5 Mit Schreiben vom Dezember 2015 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass beabsichtigt sei, das ihm durch die spanische Botschaft erteilte Schengen-Visum zu annullieren, die Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und der Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung abzulehnen sowie den Kläger unter Androhung der Abschiebung zur Ausreise aus dem Bundesgebiet aufzufordern.
- 6 Am 23. Dezember 2015 hat der Kläger Klage auf Erteilung einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG erhoben.
- 7 Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sei nicht anwendbar, weil der Kläger im Zeitpunkt der Antragstellung einen Aufenthaltstitel (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) besessen habe. Auch das durch einen anderen Mitgliedstaat der EU erteilte Schengen-Visum stelle einen Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG dar, so dass sich die Fiktionswirkung allenfalls aus § 81 Abs. 4 AufenthG ergeben könne. Der Gesetzgeber habe sich mit der Regelung des § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG klar gegen eine Fiktionswirkung von Schengen-Visa ausgesprochen.

8 Auf die Berufung des Klägers hat der Verwaltungsgerichtshof mit Urteil vom 6. April 2018 das erstinstanzliche Urteil geändert und die Beklagte verurteilt, dem Kläger eine Bescheinigung über eine Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auszustellen. Der Kläger habe einen Anspruch auf Ausstellung der begehrten Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Abs. 5 AufenthG. Das dem Kläger von der spanischen Botschaft in K. ausgestellte Schengen-Visum sei kein Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, habe jedoch nach Art. 19 Abs. 1 des Schengener Durchführungsübereinkommens (ABl. 2000 L 239 S. 19) - SDÜ - die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts im Bundesgebiet begründet. Es werde nicht der in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung gefolgt, wonach ein solches Visum nur eine Fiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG vermitteln könne mit der Folge, dass der in § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG vorgenommene Ausschluss des Schengen-Visums generell den Eintritt einer Fiktion auch nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ausschliesse. Ein Schengen-Visum eines anderen Mitgliedstaates führe zu einer Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, weil es sich hierbei nicht um einen "Aufenthaltstitel" im Sinne der Vorschrift handele. Es entspreche auch allgemeiner Meinung, dass der Besitz eines nationalen Titels eines anderen Schengen-Staates (vgl. Art. 21 Abs. 1 und 2a SDÜ) allein auf § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG und nicht auf § 81 Abs. 4 AufenthG hinführe. Dieser Auffassung liege die Vorstellung zugrunde, dass derartige behördliche Erlaubnisse eines anderen Schengen-Staates keine Aufenthaltstitel im Sinne des Absatz 3 Satz 1 sein können und hier - in Abgrenzung zu Absatz 4 Satz 1 - mit Aufenthaltstitel nur ein solcher gemeint sein könne, der nach den Vorgaben des Aufenthaltsgesetzes von einer deutschen Ausländerbehörde oder Auslandsvertretung erteilt worden sei. Von diesem Verständnis gingen im Übrigen auch die Regelungen des § 39 Nr. 3 und 6 AufenthV aus, die nur verständlich seien, 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 Unionsrecht unmittelbar vermittelten Befreiungstatbestandes anknüpfe. Allerdings sei nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber von einem anderen Verständnis ausgegangen sei. Dies könne aber nichts daran ändern, dass der Gesetzgeber, wenn er jegliche Fiktionswirkung hätte ausschließen wollen, gerade auch bei § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG hätte ansetzen müssen. Die historische Auslegung könne daher nicht gegen den Wortlaut und die eindeutige

Systematik ins Feld geführt werden. Der knappen Formulierung in § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG ("Dies gilt nicht ...") lasse sich nicht entnehmen, dass der Besitzer eines Schengen-Visums, gleich von welchem Staat ausgestellt, keinerlei Status haben solle, nicht einmal einen fingierten erlaubten Aufenthalt. Denn die Konsequenz der vom Verwaltungsgericht vertretenen strikten Auffassung wäre, dass sich der Betroffene während des gesamten Verwaltungsverfahrens unerlaubt im Bundesgebiet aufhielte und die Strafbarkeit (§ 95 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c AufenthG) nur durch Erteilung einer Duldung abgewendet werden könnte.

- 9 Mit ihrer Revision rügt die Beklagte eine fehlerhafte Auslegung von § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG. Grundsätzlich stelle das durch einen anderen Mitgliedstaat erteilte Schengen-Visum einen Aufenthaltstitel nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG dar. Bereits aus diesem Grund entfalle eine Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 AufenthG, weil § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG nach dem Wortlaut und der Systematik nur alternativ anwendbar seien. Es sei sachlich nicht gerechtfertigt, die Regelung des § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG dahin auszulegen, dass sie allein auf durch deutsche Behörden erteilte Schengen-Visa beschränkt sei. Dies hätte zur Folge, dass durch deutsche Behörden erteilte Schengen-Visa keinerlei Fiktionswirkung auslösen könnten, während Schengen-Visa anderer Mitgliedstaaten zumindest die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG bewirken könnten.
- 10 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht beteiligt sich am Verfahren und schließt sich der Auffassung der Beklagten an.

## II

- 11 Die Revision der Beklagten ist zulässig und begründet. Die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs, nach der der Aufenthaltserlaubnisantrag eines Ausländers, der mit einem Schengen-Visum eines anderen Schengen-Staates nach Deutschland eingereist ist und nach Einreise die Erteilung eines Aufenthaltstitels zu einem dauerhaften Aufenthalt beantragt hat, die Erlaubnisfiktion des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auslöst, verstößt gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Da sich die Entscheidung auch nicht aus anderen Gründen

als richtig darstellt (§ 144 Abs. 4 VwGO), ist das angefochtene Urteil zu ändern und die Berufung zurückzuweisen.

- 12 1. Der Verwaltungsgerichtshof ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Klage auf Erteilung einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG als allgemeine Leistungsklage statthaft ist. Bei der Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG handelt es sich nicht um einen feststellenden oder rechtsgestaltenden Verwaltungsakt, sondern lediglich um eine Bescheinigung, die nicht hindert, auf die wahre, durch das Gesetz bestimmte Rechtslage zurückzugreifen (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. Juni 1997 - 1 C 7.96 - Buchholz 402.240 § 18 AuslG 1990 Nr. 1 S. 7; Beschluss vom 21. Januar 2010 - 1 B 17.09 - Buchholz 402.242 § 84 AufenthG Nr. 1 Rn. 7; Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG 20. Aufl. 2019, § 35 Rn. 92b). Sie hat lediglich deklaratorische Wirkung und vermag nicht konstitutiv einen bestimmten Rechtsstatus zu begründen.
- 13 Maßgeblich für die Beurteilung der Begründetheit der erhobenen Leistungsklage ist die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung beziehungsweise der Entscheidung in der Tatsacheninstanz. Während des Revisionsverfahrens eingetretene Rechtsänderungen sind allerdings zu berücksichtigen, wenn das Tatsachengericht - entschiede es anstelle des Bundesverwaltungsgerichts - sie zu berücksichtigen hätte (vgl. BVerwG, Urteil vom 19. Februar 2015 - 1 C 13.14 - BVerwGE 151, 228 Rn. 23). Der revisionsgerichtlichen Beurteilung zugrunde zu legen ist daher das Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 15. August 2019 (BGBl. I S. 1294).
- 14 2. Bundesrecht verletzt indessen die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass ein Schengen-Visum eines anderen Schengen-Staates eine Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG herbeizuführen vermag, weil es sich hierbei nicht um einen Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG handele und der in § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG geregelte Ausschluss der Fortgeltungsfiktion nur auf von deutschen Behörden erteilte Schengen-Visa anwendbar sei.

- 15 2.1. Der Verwaltungsgerichtshof ist zwar zunächst im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass für die Anwendung der Absätze 3 und 4 des § 81 AufenthG entscheidend darauf abzustellen ist, ob die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts durch den Besitz eines Aufenthaltstitels oder durch einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet ohne Aufenthaltstitel vermittelt wird. Denn die Absätze 3 und 4 des § 81 AufenthG, die die Wirkungen eines Antrages auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels regeln, stehen in einem sich ausschließenden Alternativverhältnis. Gemäß § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gilt der Aufenthalt derjenigen Ausländer, die sich rechtmäßig ohne Aufenthaltstitel in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, nach der Antragstellung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt und bei verspäteter Antragstellung nach § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG als geduldet. Ihr Aufenthaltsstatus wird als weiterbestehend fingiert, bis die Ausländerbehörde über ihren Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels entschieden hat (Erlaubnisfiktion). Von der Regelung des § 81 Abs. 4 AufenthG werden Ausländer erfasst, die sich bereits mit einem Aufenthaltstitel rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten. In diesen Fällen gilt der Aufenthaltstitel bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Erteilungs- oder Verlängerungsantrag als fortbestehend (Fortgeltungsfiktion). Mit der Fortgeltungsfiktion in § 81 Abs. 4 AufenthG hat der Gesetzgeber ein neues Rechtsinstitut geschaffen, das über eine bloße Erlaubnisfiktion hinausgeht. Mit der fingierten Fortgeltung des bisherigen Titels wird dem Umstand Rechnung getragen, dass Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz gleichzeitig auch den Zugang zum Arbeitsmarkt regeln, und erreicht, dass die Beschäftigung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde im bisherigen Umfang erlaubt bleibt (vgl. BT-Drs. 15/420 S. 96). § 81 Abs. 4 AufenthG entfaltet mithin nicht nur verfahrensrechtliche Wirkungen, ohne allein deswegen konstitutiv einen auch materiell rechtmäßigen Aufenthalt zu bewirken oder zu einem "Besitz" eines Aufenthaltstitels zu führen (BVerwG, Urteil vom 30. März 2010 - 1 C 6.09 - BVerwGE 136, 211 <217 f.>).
- 16 2.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch rechtsfehlerhaft angenommen, dass die von anderen Schengen-Staaten erteilten Schengen-Visa keine Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 AufenthG sind und der in § 81 Abs. 4 Satz 2



AufenthG geregelte Ausschluss der Fortgeltungsfiktion nicht auf von anderen Schengen-Staaten erteilte Schengen-Visa anwendbar ist.

- 17 2.2.1. Nach dem Wortlaut des § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG knüpft die Fiktionswirkung an den Besitz eines Aufenthaltstitels im Sinne des Aufenthaltsgesetzes an. Fiktionsfähig nach dieser Bestimmung sind mithin grundsätzlich alle in § 4 Abs. 1 Satz 2 AufenthG genannten Aufenthaltstitel. Hierzu zählt gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG auch ein Schengen-Visum; dass dessen Erteilungsvoraussetzungen, Inhalt und Dauer unionsrechtlich abschließend geregelt sind, sperrt nicht dessen Einordnung als nationaler Aufenthaltstitel für unionsrechtlich nicht geregelte Fragen des nationalen Rechts. § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG bestimmt indes einschränkend, dass die Fortgeltungsfiktion nicht für ein "Visum nach § 6 Absatz 1" AufenthG - also insbesondere ein Schengen-Visum nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG - gilt. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG auf von deutschen Behörden ausgestellte Schengen-Visa lässt sich mit dem Wortlaut und der Systematik dieser Bestimmungen nicht vereinbaren. Denn die in § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG unter Verweis auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG genannten Schengen-Visa werden nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über einen Visakodex der Gemeinschaft (Visakodex) (ABl. L 243 S. 1), zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/1155 vom 20. Juni 2019 (ABl. L 188 S. 25), erteilt, also nach dem einheitlichen, in allen Schengen-Staaten gleich anwendbarem Regime des Schengen-Rechts. Diese Verordnung regelt die Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt von Drittausländern, die sich nicht länger als drei Monate im Schengen-Gebiet aufhalten wollen. Zu diesem Zweck wird dem Drittausländer von den Mitgliedstaaten ein für das gesamte Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten gültiges einheitliches Visum (Art. 2 Nr. 3, Art. 24 Visakodex), das sogenannte Schengen-Visum, erteilt. Inhaber eines solchen Visums können sich während dessen Gültigkeitszeitraums frei in dem Hoheitsgebiet aller Schengen-Staaten bewegen (Art. 19 SDÜ).
- 18 Die Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass nur ein von einer deutschen Auslandsvertretung erteiltes Schengen-Visum ein Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 4 Satz 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sein könne, ist mit

der europarechtlichen Konstruktion des Schengen-Visums und der Systematik des Aufenthaltsgesetzes, nach der ein Schengen-Visum nach nationalem Recht einen Aufenthaltstitel (vgl. BT-Drs. 15/420 S. 69) darstellt, nicht zu vereinbaren. Dass es kein "deutsches Schengen-Visum" im Sinne der vom Verwaltungsgerichtshof vorgenommenen Auslegung gibt, wird zudem dadurch bestätigt, dass nach Art. 33 Abs. 1, 4 Visakodex auch ein von einem anderen Schengen-Staat erteiltes Visum durch denjenigen Vertragsstaat verlängert werden kann, in dessen Hoheitsgebiet sich der Drittstaatsangehörige zum Zeitpunkt der Beantragung der Verlängerung aufhält. Umgekehrt unterstreicht die Regelung des Art. 34 Visakodex zur Annullierung und Aufhebung eines Schengen-Visums, dass das durch ein nicht annulliertes oder aufgehobenes Schengen-Visum unionsrechtlich vermittelte Einreise- und Aufenthaltsrecht nicht - wie bei der durch Art. 21 SDÜ bei einem durch einen anderen Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitel unter bestimmten Voraussetzungen vermittelten Bewegungsfreiheit - die (fortdauernde) materielle Rechtmäßigkeit voraussetzt (zur materiellen Rechtmäßigkeit von Einreise und Aufenthalt auf der Grundlage des Art. 21 SDÜ als Voraussetzungen der Anwendung des § 81 Abs. 3 AufenthG s. OVG Hamburg, Beschluss vom 1. Juni 2018 - 1 Bs 126/17 - InfAuslR 2018, 400; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28. Februar 2019 - OVG 11 S 21.18 - juris; s.a. VGH Kassel, Beschluss vom 4. Juni 2014 - 3 B 785/14 - InfAuslR 2014, 435).

- 19 2.2.2. Aus den Gesetzgebungsmaterialien geht zudem eindeutig der Wille des Gesetzgebers hervor, die Fortgeltungsfiktion auszuschließen, wenn der Ausländer "nur" mit einem Schengen-Visum in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist, ohne dass insoweit nach dem ausstellenden Staat unterschieden wird. Mit der Einfügung des Satzes 2 in § 81 Abs. 4 AufenthG durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 29. August 2013 (BGBl. I S. 3484) wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass - entgegen einer in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, die ein durch schwedische Behörden ausgestelltes Schengen-Visum betrag (OVG Lüneburg, Beschluss vom 31. Oktober 2011 - 11 ME 315/11 - InfAuslR 2012, 70) - ein Schengen-Visum die Fortgeltungsfiktion nicht auszulösen vermag. Lediglich für nationale Visa nach § 6 Abs. 3 AufenthG - wie auch in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009 (GMBI S. 878) zum Ausdruck gebracht ist (Ziffer 81.4.0) - wollte er die

Fortgeltungswirkung anerkennen (vgl. BT-Drs. 17/13022 S. 30, BT-Drs. 17/13536 S. 15). Dem Gesetzgeber ging es folglich bei der Einfügung des § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG gerade darum, die Fiktion des § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG bei Schengen-Visa generell auszuschließen. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Ausschlusswirkung nur bei von deutschen Behörden erteilten Schengen-Visa zum Tragen kommen lassen wollte. Bei Anwendung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG auf die Fälle der Einreise mit einem von einem anderen Schengen-Staat erteilten Schengen-Visum würde diese gesetzliche Ausschlussregelung weitgehend obsolet. Diese hätte überdies eine gleichheitssatzwidrige Benachteiligung der Besitzer von Schengen-Visa, die von deutschen Behörden erteilt wurden, zur Folge, weil diesen Schengen-Visa gemäß § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG keine Fortgeltungsfiktion zugutekommen würde, der Besitz "ausländischer Schengen-Visa" indes die Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG bewirken könnte. Eine analoge Anwendung des § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG scheidet bereits mangels einer planwidrigen Regelungslücke aus. Der Gesetzgeber hat sein Regelungskonzept für den Fall der Einreise mit einem Schengen-Visum verdeutlicht, indem er die für andere Aufenthaltstitel mögliche Fortgeltungsfiktion ausdrücklich ausgeschlossen hat.

- 20 2.2.3. Systematische und teleologische Gründe sprechen ebenfalls gegen die Annahme eines verfahrensrechtlichen Bleiberechts, wenn der Ausländer zunächst mit einem Schengen-Visum in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist und nach Einreise einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen Daueraufenthalt stellt.
- 21 Systematisch spricht für die Einordnung von Schengen-Visa anderer Mitgliedstaaten als Aufenthaltstitel im Sinne des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG, dass die Rechtswirkungen des § 81 Abs. 4 AufenthG (anders als die des § 81 Abs. 3 AufenthG) nicht nur bei Anträgen auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, sondern auch bei Anträgen auf Verlängerung des Aufenthaltstitels eintreten. Denn auch ein von einem anderen Schengen-Staat erteiltes Schengen-Visum kann nach Art. 33 Abs. 1 bis 3 Visakodex durch den Mitgliedstaat verlängert werden, in dessen Hoheitsgebiet sich der Drittstaatsangehörige zum Zeitpunkt der Beantragung der Verlängerung aufhält (Art. 33 Abs. 4 Visakodex). Würde auf ein solches Visum nicht § 81 Abs. 4 AufenthG, sondern § 81 Abs. 3 AufenthG angewen-

det, käme bei einem Verlängerungsantrag keine der vorgesehenen Fiktionen zum Tragen, weil der Fall des Verlängerungsantrages in § 81 Abs. 3 AufenthG nicht geregelt ist.

22 Bereits die Rechtsnatur des Schengen-Visums, das durch eine begrenzte Geltungsdauer und eingeschränkte Zwecksetzung sowie durch eine unionsweit einheitliche Ausgestaltung charakterisiert ist, steht der Annahme einer fiktiven Fortgeltung als Schengen-Visum entgegen. Aber auch eine Fortgeltung als nationales Aufenthaltsrecht widerspräche der aufenthaltsrechtlichen Konzeption, wonach Aufenthaltstitel für einen Daueraufenthalt grundsätzlich vor der Einreise beantragt werden müssen (§ 4 Abs. 1, § 5 Abs. 2 AufenthG, vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand April 2019, § 81 AufenthG Rn. 33 f.). Nach der Regelungskonzeption in § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG ist ein verfahrensbezogenes Bleiberecht in Form einer Erlaubnis-, Duldungs- oder Fortgeltungsfiktion nur für den Fall eines rechtmäßigen Aufenthalts vorgesehen. Es wird lediglich die Erhaltung eines aufenthaltsrechtlichen Status, nicht aber die Herbeiführung eines neuen Aufenthaltsstatus ermöglicht.

23 2.2.4. Es ergibt sich auch bei Verneinung eines verfahrensabhängigen Bleiberechts jedenfalls für die vorliegende Fallkonstellation kein - unauflösbarer - Wertungswiderspruch, der eine entsprechende Anwendung von § 81 Abs. 3 AufenthG erforderte, zu § 39 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AufenthV. Nach dieser Regelung kann ein sogenannter Negativstaater (Anhang I der Verordnung <EG> Nr. 539/2001), der ein gültiges Schengen-Visum besitzt, einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen und verlängern lassen, sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Einreise entstanden sind. Die Ermöglichung einer Antragstellung im Inland erfordert indes aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche von § 39 AufenthV und § 81 Abs. 3 AufenthG und der lediglich besitzstandswahrenden Funktion von § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG noch keine Fiktion eines erlaubten Aufenthalts bzw. Fortgeltungsfiktion. § 39 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AufenthV hat auch ohne eine solche Fiktion einen eigenständigen Anwendungsbereich jedenfalls in den Fällen, in denen der Aufenthaltstitel so rechtzeitig beantragt wird, dass dessen Erteilung noch vor Auslaufen des Schengen-Visums erwartet werden kann. Soweit § 39 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AufenthV bei rechtzeitiger Antragstellung eine

Entscheidung auch nach Ablauf des Schengen-Visums umfasst, kann dem ebenfalls entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts ohne eine Erlaubnis- oder Fortgeltungsfiktion nach § 81 AufenthG Rechnung getragen werden, etwa durch eine Duldung auf der Grundlage von § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG, welche eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausschließt, und bei der eine Reduktion des Duldungsermessens jedenfalls dann nahe liegt, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels (voraussichtlich) vorliegen. Bei dem Kläger scheidet dies schon deswegen aus, weil die Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug vor dem insoweit maßgeblichen (BVerwG, Urteil vom 11. Januar 2011 - 1 C 23.09 - BVerwGE 138, 353 Rn. 24 ff.) Zeitpunkt der Einreise entstanden waren; bereits dem Grunde nach besteht hier mithin schon kein Wertungswiderspruch des § 39 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 AufenthV zu den Regelungen des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG.

- 24 Die Einordnung eines durch einen Drittstaat ausgestellten Schengen-Visums als Aufenthaltstitel im Sinne (auch) des § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG durch das nationale Recht sperrt den Rückgriff auf Absatz 3 auch unabhängig davon, ob - was hier tatrichterlich nicht festgestellt ist - bereits bei der Ausstellung des Schengen-Visums und seiner Nutzung ein Daueraufenthalt beabsichtigt war, mithin unionsrechtlich Gründe für eine Annullierung oder Aufhebung des Visums im Sinne des Art. 34 Visakodex vorlagen und die Einreise mit dem formell gültigen, nicht annullierten oder aufgehobenen Schengen-Visum materiell rechtswidrig war.
- 25 2.2.5. Der im Ansatz zutreffende Hinweis des Berufungsgerichts, dass im Falle eines Aufenthalts mit einem nationalen Aufenthaltstitel eines anderen Schengen-Staates (Art. 21 Abs. 2a SDÜ) die Beantragung eines Aufenthaltstitels zum Entstehen der Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG führt, ändert nichts daran, dass das für einen kurzfristigen Aufenthalt bis zu 90 Tagen nach unionsweit geltenden Regelungen ausgestellte Schengen-Visum nach Vorstehendem eindeutig als Aufenthaltstitel von § 81 Abs. 4 AufenthG erfasst wird. Nach Erteilungsgrund und Regelungsstruktur sind Schengen-Visa und nationale Visa zudem nicht vergleichbar, auch wenn sie jeweils eine Einreise und Aufenthalt ermöglichen; es liegt mithin auch keine gleichheitswidrige Benachteiligung vor.

gung der Inhaber von Schengen-Visa, die durch einen anderen Mitgliedstaat ausgestellt worden sind, durch § 81 Abs. 4 Satz 2 AufenthG vor, die eine (entsprechende) Anwendung des § 81 Abs. 3 AufenthG geböte.

26 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Prof. Dr. Berlit

Fricke

Dr. Rudolph

Böhmman

Dr. Wittkopp

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG).

Prof. Dr. Berlit

Dr. Rudolph

Böhmman