

# Ausländerrecht

Bergmann / Dienelt

15. Auflage 2025

ISBN 978-3-406-82411-1

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Abs. 2 ohnehin nicht, für humanitäre Aufenthaltserlaubnis nach §§ 24, 25 Abs. 1–3, 4a, 4b, 26 Abs. 3, § 104c Abs. 1 S. 1 ist von den Erfordernissen des Abs. 2 abzusehen und in den anderen Fällen des Abschnitts 5 kann<sup>221</sup> davon abgesehen werden (Abs. 3). Außerdem wird die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 16g abweichend von § 5 Abs. 2 erteilt. Die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 19d kann abweichend von § 5 Abs. 2 erteilt werden.

**Positivstaater**, also die Staatsangehörigen der in Anhang II EU-VisumVO aufgeführten Staaten, sind gemäß Art. 4 Abs. 2 EU-VisumVO von der Visumpflicht „beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten“ (Abs. 1) für einen Kurzaufenthalt, also einen Aufenthalt der 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen nicht überschreitet, befreit. EU-VisumVO beruht auf Art. 77 Abs. 2 lit. a AEUV. Danach erlassen Europäisches Parlament und Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen die gemeinsame Politik in Bezug auf Visa u. a. kurzfristige Aufenthalte betreffend. Die Befreiung greift daher nicht, wenn der Aufenthalt über einen Kurzaufenthalt hinausgehen soll. Da der Grenzübertritt mit anschließendem Aufenthalt für Visumpflichtige wie für Befreite im gesamten Schengen-Gebiet durch Art. 19 und 20 SDÜ geregelt ist<sup>222</sup>, sind Visumpflicht und Befreiung auf das Überschreiten der Außengrenze bezogen. Die Unterscheidung ob ein Schengen-Visum für den kurzfristigen Aufenthalt oder ein nationales Visum für einen längerfristigen oder Erwerbsaufenthalt erforderlich ist, ist danach anhand der beim Grenzübertritt bestehenden Absicht des Ausländers zu treffen<sup>223</sup>.

Nach alledem sind die **Aufenthaltsabsichten** sowohl bei visumfreien als auch bei visumpflichtigen Personen erheblich für die Einreise, aber auch für den späteren Aufenthalt. Insofern ist sichergestellt, dass die Zweckbezogenheit der EU-Visumbefreiung und des Schengen-Visums mit den daraus folgenden transnationalen Rechtswirkungen nach Art. 19, 20 SDÜ durchgesetzt werden kann. Einen erst nach der Einreise eingetretenen **Sinneswandel** muss der Ausländer schlüssig darlegen und erforderlichenfalls durch geeignete Unterlagen oder sonst beweisen. Grundsätzlich wird er an seinen Angaben zum Visumantrag festgehalten. Änderungen seiner Absichten sind für ihn günstige Tatsachen, die er vorzutragen und zu belegen hat (§ 82 Abs. 1).

Wer als **Positivstaater**<sup>224</sup> von vornherein einen 90 Tage übersteigenden Aufenthalt oder die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit beabsichtigt, aber über kein Visum verfügt, reist ohne das erforderliche Visum und **unerlaubt** ein<sup>225</sup>. Er kann sich nicht auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 20 SDÜ berufen, weil er bei der Einreise nicht von der Visumpflicht befreit war. Fasst er einen durch die Visumfreiheit nicht gedeckten Entschluss erst während des Aufenthalts, ist die Einreise nicht nachträglich als unerlaubt anzusehen; diese erfolgte nämlich für einen zulässigen Kurzaufenthalt: Der weitere Aufenthalt im Schengen-Gebiet ist aufgrund der Sichtvermerkfreiheit nach Art. 20 SDÜ grundsätzlich erlaubt. Wird allerdings die zugelassene Aufenthaltsdauer überschritten, macht sich der Ausländer, wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, wegen unerlaubten Aufenthalts strafbar (§§ 4 Abs. 1 S. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2). Die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ist, sofern sie nicht kraft Gesetzes oder Rechtsverordnung zugelassen ist oder keines entsprechenden Aufenthaltstitels bedarf, als Ordnungswidrigkeit zu verfolgen (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III). In beiden Fällen kann ein Ausweisungsinteresse begründet sein (§ 54 Abs. 2 Nr. 10).

Wer als **Negativstaater** nach der Einreise mit einem Schengen-Visum entsprechend seinem ursprünglichen Plan einen Erwerbs- oder Daueraufenthalt beginnt, ist unter Verstoß gegen § 6 Abs. 3 S. 1 und das Erfordernis der vorherigen Zustimmung durch die Ausländerbehörde und damit **ohne das erforderliche Visum** aber nicht unerlaubt iSv § 14 Abs. 1 Nr. 2 **eingereist**<sup>226</sup>. Dieses Verhalten ist nicht strafbar<sup>227</sup>. Die unerlaubte Erwerbstätigkeit ist allerdings ordnungswidrig (§ 404 Abs. 2 Nr. 4 SGB III), der weitere Aufenthalt strafbar (§§ 4 Abs. 1 S. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2). Einen erst nach der Einreise eingetretenen Sinneswandel muss der Ausländer schlüssig darlegen und beweisen (§ 82 Abs. 1). Gelingt ihm dies, dann erweist sich die Einreise nicht nachträglich als unerlaubt.

Gemäß **Art. 21 Abs. 1 SDÜ** können sich Drittstaatsangehörige, die Inhaber eines gültigen, von einem **Mitgliedstaat ausgestellten Aufenthaltstitels** (Art. 2 Nr. 16 SGK) sind, aufgrund dieses Aufenthaltstitels, eines gültigen Reisepasses und soweit sie die Einreisevoraussetzungen gemäß Art. 6 Abs. 1a, 1c und, 1e SGK<sup>228</sup> erfüllen, für einen Kurzaufenthalt, also für bis zu 90 Tage je Zeitraum von

<sup>221</sup> Gem. § 25b Abs. 1 soll die Aufenthaltserlaubnis unter den dortigen Voraussetzungen abweichend von § 5 Abs. 2 erteilt werden.

<sup>222</sup> → § 6 Rn. 14.

<sup>223</sup> → § 6 Rn. 16.

<sup>224</sup> Staatsangehöriger eines Staats der Positivliste in Anh. II EU-VisumVO.

<sup>225</sup> Vgl. VGHW 20.9.2018 – 11 S 1973/18, BeckRS 2018, 23535 Rn. 14; HessVG 20.10.2016 – 7 B 2174/16, BeckRS 2016, 55440 Rn. 27 f.; OVG LSA 7.10.2014 – 2 L 152/13, BeckRS 2015, 40783; HmbOVG 23.9.2013 – 3 BS 131/13, NVwZ-RR 2014, 49; BayVG 26.6.2013 – 10 CS 13.1002, BeckRS 2013, 53428 Rn. 13; VGHW 14.9.2011 – 11 S 2438/11, BeckRS 2011, 54725.

<sup>226</sup> BVerwG 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871.

Rn. 20; zum früheren Recht OVG NRW 14.12.1993 – 18 B 628/93, BeckRS 1993, 5743; HessVG 30.9.1992 – 12 TG 947/92, NVwZ-RR 1993, 213; SchlHOVG 12.3.1992 – 4 M 25/92, BeckRS 2013, 56481.

<sup>227</sup> → § 95 Rn. 43.

<sup>228</sup> Die Verweisung im SDÜ erfolgt noch auf Art. 5 Abs. 1a, 1c und 1e SGK.

180 Tagen, frei im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten bewegen. Verfolgt der Ausländer aber bereits bei der Einreise die Absicht eines längeren Aufenthalts, benötigt er das für den beabsichtigten Aufenthalt erforderliche nationale Visum gemäß § 6 Abs. 3 S. 1<sup>229</sup>.

- 111 Nachdem der EuGH in den Rechtssache Savas<sup>230</sup> sowie Tum und Dari<sup>231</sup> entschieden hat, dass Art. 41 Abs. 1 ZP<sup>232</sup> unmittelbar anwendbar ist, hat dies unmittelbar Auswirkungen auf die Frage nach der Visumpflicht und damit der unerlaubten **Einreise türkischer Staatsangehöriger**. Art. 41 Abs. 1 ZP enthält eine Stillhalteklausele, wonach die Vertragsparteien des Assoziierungsabkommens untereinander keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen dürfen. Die **Stillhalteklausele (Standstill)** vermittelt türkischen Staatsangehörigen aber kein Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht<sup>233</sup>. Ebenso wenig ergibt sich aus ihr ein Recht auf freien Dienstleistungsverkehr oder Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats<sup>234</sup>. Die Stillhalteklausele verbietet nämlich nur die Einführung neuer Maßnahmen, die bezwecken oder bewirken, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs durch einen türkischen Staatsangehörigen in einem Mitgliedstaat strengeren Voraussetzungen als denjenigen unterworfen wird, die für ihn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls am 1.1.1973 galten<sup>235</sup>. Voraussetzung ist außerdem, dass die Einreise und der Aufenthalt die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit betreffen<sup>236</sup>.
- 112 Die dynamisch zu verstehende **Stillhalteklausele** verfestigt denjenigen Rechtszustand, der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Abkommens am 1.1.1973 bestand bzw. später eingeführte Vergünstigungen. Die Mitgliedstaaten dürfen sich also nicht von dem mit Art. 41 Abs. 1 ZP verfolgten Ziel entfernen, günstigere Bedingungen für die schrittweise Verwirklichung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit zu schaffen, indem sie Bestimmungen ändern, die sie in ihrem Gebiet nach Inkrafttreten des Zusatzprotokolls zugunsten türkischer Staatsangehöriger erlassen haben<sup>237</sup>. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Schaffung einer neuen Beschränkung dann nicht verboten, wenn diese „durch einen **zwingenden Grund des Allgemeininteresses** gerechtfertigt und geeignet ist, die Erreichung des angestrebten legitimen Ziels zu erreichen, und nicht über das zu dessen Erreichung Erforderliche hinausgeht“<sup>238</sup>.
- 113 Die Vorschrift des Art. 41 Abs. 1 ZP führt in ihrem Anwendungsbereich dazu, dass für die Beurteilung der Einhaltung der Einreisebestimmungen durch türkische Staatsangehörige die Rechtslage des AuslG im Zeitpunkt des Inkrafttretens des ZP, dh am 1.1.1973, zugrunde zu legen ist, sofern diese günstiger ist. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAuslG vom 10.9.1965<sup>239</sup> idF vom 13.9.1972 (im Folgenden: DVAuslG 1965)<sup>240</sup> benötigten türkische Staatsangehörige, die entsprechend der Positivliste von der Sichtvermerkspflicht grundsätzlich freigestellt waren, nur dann vor der Einreise einen Sichtvermerk, wenn sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben wollten. Für sonstige Aufenthalte bestand ohne zeitliche Begrenzung grundsätzlich keine Visumpflicht<sup>241</sup>, da diese erst durch die 11. ÄnderungsVO zur DVAuslG vom 1.7.1980<sup>242</sup> auch für türkische Staatsangehörige eingeführt wurde. Dabei konnte die Sichtvermerkspflicht im Hinblick auf die noch erforderliche Kündigung der deutsch-türkischen Sichtvermerksvereinbarung von 1953 erst am 5.10.1980 in Kraft treten. Die generelle Beschränkung des visumfreien Aufenthalts auf einen Zeitraum von drei Monaten ist gleichfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt, nämlich durch die 14. ÄnderungsVO zur DVAuslG vom 13.12.1982<sup>243</sup> eingeführt worden; sie gilt demnach gleichfalls nicht für türkische Staatsangehörige, die sich auf die **Stillhalteklausele** des Art. 41 Abs. 1 ZP berufen können. Gleiches gilt in Bezug auf die neue Definition des Kurzaufenthalts gemäß Art. 6 Abs. 1 SGK als Aufenthalt von 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen.

<sup>229</sup> OVG Bln-Bbg 28.2.2019 – OVG 11 S 21.18, BeckRS 2019, 2896 Rn. 11, HmbOVG 1.6.2018 – 1 Bs 126/17, BeckRS 2018, 13375 Rn. 17 mwN; vgl. auch BayVG 28.2.2019 – 10 ZB 18.1626, BeckRS 2019, 3423 Rn. 12.

<sup>230</sup> EuGH 11.5.2000 – C-37/98, EuZW 2000, 569 – Savas.

<sup>231</sup> EuGH 20.9.2007 – C-16/05, NVwZ 2008, 61 – Tum und Dari.

<sup>232</sup> Zusatzprotokoll zum Abkommen vom 12.9.1969 zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei, BGBl. 1972 II 385.

<sup>233</sup> Vgl. BVerwG 19.2.2015 – 1 C 9.14, NVwZ 2015, 827 Rn. 16.

<sup>234</sup> EuGH 11.5.2000 – C-37/98, EuZW 2000, 569 – Savas; EuGH 21.10.2003 – C-317/01, C-369/01, BeckRS 2004, 76304.

<sup>235</sup> EuGH 19.2.2009 – C-228/06 EuZW 2009, 257 Rn. 47 – Soysal; EuGH 10.7.2014 – C-138/13 NVwZ 2014, 1081 Rn. 26 – Dogan.

<sup>236</sup> EuGH 24.9.2013 – C-221/11 NVwZ 2013, 1465 Rn. 55 – Demirkan, EuGH 10.7.2014 – C-138/13 NVwZ 2014, 1081 Rn. 28 – Dogan.

<sup>237</sup> BVerwG 19.2.2015 – 1 C 9.14, NVwZ 2015, 827 Rn. 16.

<sup>238</sup> EuGH 10.7.2014 – C 138/13, NVwZ 2014, 1081 Rn. 37 – Dogan.

<sup>239</sup> BGBl. 1965 I 1341.

<sup>240</sup> BGBl. 1972 I 1743.

<sup>241</sup> Für eine medizinische Behandlung siehe VG Darmstadt 28.10.2005 – 8 G 1070/05 (2), InfAuslR 2006, 45.

<sup>242</sup> BGBl. 1980 I 782.

<sup>243</sup> BGBl. 1982 I 1681.

War ein Visum nur bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit vor der Einreise einzuholen, so ergab sich aus § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 DVAuslG 1965, dass bestimmte Zwecke nicht nur vom Sichtvermerkungsverfahren, sondern insgesamt vom **Erfordernis der Einholung eines Aufenthaltstitels befreit** waren. Denn nach diesen Regelungen bedurften türkische Staatsangehörige, die Inhaber von Nationalpässen waren, keiner Aufenthaltserlaubnis, wenn sie

- „sich im Dienst eines nicht im Geltungsbereich des Ausländergesetzes ansässigen Arbeitgebers zu einer ihrer Natur nach vorübergehenden Dienstleistung als Arbeitnehmer im Geltungsbereich des Ausländergesetzes aufhalten, sofern die Dauer des Aufenthalts zwei Monate nicht übersteigt. Die Befreiung gilt nicht für Ausländer, die im Geltungsbereich des Ausländergesetzes ein Reisegewerbe (§ 55 GewO) ausüben wollen (Nr. 2);
- unter Beibehaltung ihres gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland im Geltungsbereich des Ausländergesetzes in Vorträgen oder Darbietungen künstlerischen, wissenschaftlichen oder sportlichen Charakters tätig werden wollen, sofern die Dauer des Aufenthalts zwei Monate nicht übersteigt (Nr. 3)“.

Durch § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 DVAuslG 1965 waren etwa **Fernfahrer von türkischen Unternehmen** im grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr – letztere unterfallen der Dienstleistungsfreiheit – sowie Geschäftsreisende, die im Bundesgebiet Besprechungen oder Verhandlungen führen wollten, begünstigt. Ebenfalls visafrei war die Einreise türkischer Staatsangehöriger für Vorträge oder Darbietungen künstlerischen, wissenschaftlichen oder sportlichen Charakters<sup>244</sup>. Der Visafreiheit steht auch nicht die EU-VisumVO entgegen, die für türkische Staatsangehörige die generelle Visapflicht vorsieht<sup>245</sup>.

Kommt der Standstill-Klausel des Art. 41 Abs. 1 ZP für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit erhebliche Bedeutung zu, so gilt Gleiches nicht für die **Einreise zur Aufnahme einer selbstständigen Tätigkeit**. Denn einem türkischen Staatsangehörigen, der sich selbstständig erwerbstätig im Bundesgebiet niederlassen will, konnte bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens ZP entgegengehalten werden, dass seine Einreise nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 DVAuslG 1965 visumpflichtig ist<sup>246</sup>.

Der Begriff des „**freien Dienstleistungsverkehrs**“ in Art. 41 Abs. 1 ZP erfasst auch **nicht** die Freiheit türkischer Staatsangehöriger, sich als **Dienstleistungsempfänger** in einen Mitgliedstaat (der EU) zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen<sup>247</sup>. Dementsprechend kann sich der türkische Tourist zur Begründung der Visumfreiheit nicht auf die von ihm beabsichtigte Inanspruchnahme von Dienstleistungen berufen<sup>248</sup>.

Inwieweit die Visumpflicht für den **Familiennachzug** zu assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen mit den Standstillklauseln der Art. 13 ARB 1/80 und Art. 7 ARB 2/76 vereinbar ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Art. 41 ZP und Art. 13 ARB 1/80 gleichartig. Auch die Stillhalteklausele des Art. 13 ARB 1/80 ist dahin auszulegen, dass mit Blick auf den türkischen Arbeitnehmer Regelungen über die Familienzusammenführung vom Anwendungsbereich nicht von vornherein ausgeschlossen sind<sup>249</sup>. Zuletzt hat der EuGH seine Rechtsprechung zu Art. 13 ARB 1/80<sup>250</sup> auch auf die Stillhalteklausele des Art. 7 ARB 2/76<sup>251</sup> erstreckt. Während das BVerwG die Aufhebung der Befreiung von der Aufenthaltserlaubnispflicht für unter 16-jährige türkische Staatsangehörige als durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt angesehen hat<sup>252</sup>, hat der EuGH eine solche Maßnahme jedoch als nicht verhältnismäßig angesehen, soweit es sich um im Mitgliedstaat geborene Kinder handelt, von denen ein Elternteil ein sich rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhaltender türkischer Arbeitnehmer ist<sup>253</sup>. Die Einführung der generellen Visumpflicht für türkische Staatsangehörige sieht das BVerwG aus Gründen der effektiven Einwanderungskontrolle und der Steuerung der Migrationskontrolle als gerechtfertigt an. Der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall könne gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 Rechnung getragen werden<sup>254</sup>.

### 3. Angaben im Visumantrag

Die Angaben, die für die Erteilung des Visums maßgeblich sind, müssen bereits im Visumantrag gemacht worden sein. Der Ausländer muss seine **Mitwirkungspflichten** (§ 82 Abs. 1) im Visum-

<sup>244</sup> Dienelt AufenthaltsR S. 62 ff.; ebenso Gutmann InfAuslR 2000, 318 f.

<sup>245</sup> Einzelheiten hierzu unter Art. 13 ARB 1/80.

<sup>246</sup> Vgl. BayVGh 2.7.2015 – 10 ZB 14.2102, BeckRS 2015, 48458 Rn. 3; Einzelheiten unter Art. 13 ARB 1/80; siehe auch Dienelt AufenthaltsR S. 62 ff.; ebenso Gutmann InfAuslR 2000, 318 f.

<sup>247</sup> EuGH 24.9.2013 – C-221/11, NVwZ 2013, 1465 Rn. 23 – Demirkan; BVerwG 20.11.2014 – 1 B 24.14, BeckRS 2015, 40924 Rn. 4.

<sup>248</sup> OVG Bln-Bbg 20.1.2014 – OVG 11 B 1.14, BeckRS 2014, 46296 Rn. 15.

<sup>249</sup> BVerwG 6.11.2014 – 1 C 4.14, BVerwGE 150, 276 = NVwZ 2015, 373 Rn. 14 mwN; OVG Bln-Bbg 30.1.2015 – OVG 7 B 22.14, ZAR 2015, 234.

<sup>250</sup> EuGH 29.3.2017 – C-652/15, NJW 2017, 2398 – Tekdemir.

<sup>251</sup> EuGH 7.8.2018 – C-123/17, NVwZ 2019, 43 – Yö.

<sup>252</sup> BVerwG 6.11.2014 – 1 C 4.14, BVerwGE 150, 276 = NVwZ 2015, 373 Rn. 20.

<sup>253</sup> EuGH 29.3.2017 – C-652/15, NJW 2017, 2398 – Tekdemir.

<sup>254</sup> BVerwG 25.6.2019 – 1 C 40.18, BVerwGE 166, 77 Rn. 21 ff.; → Rn. 154.

verfahren **erfüllt** haben. Ist das nicht der Fall erhält er nach seiner Einreise keinen Aufenthaltstitel. Wenn vor der Erteilung des Visums nicht alle dafür erheblichen Tatsachen geprüft und bewertet werden konnten, besteht die Gefahr eines zweckwidrigen Aufenthalts. Abgesehen von einer möglichen Strafbarkeit von Falschangaben (§ 95 Abs. 2 Nr. 2<sup>255</sup>) und der Verwirklichung eines gegebenenfalls generalpräventiven Ausweisungsinteresses iSv § 54 Abs. 2 Nr. 8 wegen falscher oder unvollständiger Angaben<sup>256</sup> soll mit der Verweigerung des Aufenthaltstitels wegen fehlender rechtzeitiger Angaben zusätzlich die Visumpflicht abgesichert werden. Die Voraussetzung der rechtzeitigen Angaben im Visumantrag tritt zu der Einreise mit dem erforderlichen Visum hinzu.

- 120 Als **maßgeblich** können nur diejenigen Angaben angesehen werden, die für das konkrete Visum zu dem beabsichtigten Aufenthaltswitz benötigt werden. Dazu gehören außerdem grundsätzlich alle abgefragten Personalien, aber auch Voraufenthalte, Vorstrafen und frühere Visavorgänge. Zum Aufenthaltswitz muss erklärt werden, ob zB Besuche von Verwandten oder Bekannten, Touristen- oder Erholungsreisen oder ähnliche kurzfristige Zwecke verfolgt werden oder aber die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder ein längerer Aufenthalt, der über die Grenzen des Schengen-Visums hinausgeht. Außer den Formularfragen sind auch schriftliche oder mündliche Nachfragen zu beantworten. „Im Visumantrag“ ist nicht wörtlich zu verstehen, die Angaben können auch in Anlagen oder zusätzlichen Erklärungen enthalten sein.

## 4. Ausnahmen

- 121 Die Einhaltung der Visumregeln ist kein Selbstzweck. Das Erfordernis soll die Steuerungsmechanismen erhalten und verhindern, dass die Zugangskontrollen unterlaufen werden. In den in § 39 S. 1 AufenthV und § 5 Abs. 3 normierten Fällen ist die Durchführung des Visumverfahrens entbehrlich und der Antrag kann im Inland gestellt werden. Gleiches gilt, wenn im Einzelfall gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 von der Nachholung des Visumverfahrens abgesehen werden kann oder abzusehen ist. Auch die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 16g wird abweichend von § 5 Abs. 2 erteilt (§ 16g Abs. 10). Sinn und Zweck der Visumvorschriften leiden nicht darunter, wenn **ausnahmsweise** von ihnen **abgesehen** wird und sie hinter eindeutige Rechtsansprüche zurücktreten oder auf ihre Nachholung wegen Unzumutbarkeit verzichtet wird. In beiden Fällen wäre der Umweg über Ausreise, Visumverfahren und erneute Einreise nur mit Kosten und Zeitaufwand verbunden und stellte sich damit als bloße Förmerei dar. Von diesen Grundsatz ausgehend hat die Ausländerbehörde eine Ermessensentscheidung zu treffen, ob eine Ausnahme vertretbar und angemessen ist, weil der Ausländer einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hat (S. 2 Alt. 1). Ist es dem Ausländer wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar, das Visumverfahren nachzuholen, ist davon abzusehen (S. 2 Alt. 2). Ein Ermessen besteht insofern nicht mehr.
- 122 Für die Praxis kommt den **Befreiungstatbeständen des § 39 S. 1 AufenthV** besondere Bedeutung zu. Mit ihnen werden Ausländer von der Durchführung des Visumverfahrens befreit, denen eine Ausreise zu diesem Zweck nicht möglich bzw. unzumutbar ist (§ 39 S. 1 Nr. 4 und Nr. 5 AufenthV) oder bei denen sich die Nachholung des Visumverfahrens als bloße Förmerei darstellen würde, weil sie vor Beendigung ihres rechtmäßigen Aufenthalts einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel erworben haben (§ 39 S. 1 Nr. 1, 2, 3 und 6 AufenthV)<sup>257</sup>. Die Befreiungstatbestände knüpfen an den letzten Einreisevorgang an. Reist ein Ausländer zum Zwecke der Eheschließung aus dem Bundesgebiet aus, so ist nicht die Einreise, sondern die Wiedereinreise der maßgebliche Einreisevorgang<sup>258</sup>. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift eine andere Lesart zulässt, deutet die Stellung der Vorschrift im Vierten Abschnitt der AufenthV, der nur Ausnahmen vom Visumerfordernis für die Erteilung nationaler Aufenthaltstitel gemäß § 6 Abs. 3 betrifft, darauf hin, dass mit diesem Tatbestandsmerkmal nicht die Einreise in den Schengen-Raum, sondern die (letzte) Einreise in das Bundesgebiet gemeint ist<sup>259</sup>.
- 123 § 39 AufenthV knüpft an Fallgruppen an, in denen der Ausländer einen bestimmten, eine Privilegierung rechtfertigenden Aufenthaltsstatus besitzt. **Dieser privilegierende aufenthaltsrechtliche Status muss im Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen**<sup>260</sup>. Die Präsensform der Befreiungstatbestände macht hinreichend deutlich, dass es nicht ausreicht, wenn der Ausländer in der Vergangenheit

<sup>255</sup> Beachte § 3 StGB bei Angaben gegenüber deutschen Auslandsvertretungen – OLG Köln 27.4.1999 – Ss 118/99, NStZ 2000, 39; → § 95 Rn. 100.

<sup>256</sup> BayVG 28.12.2018 – 10 ZB 18.1154, BeckRS 2018, 35631 Rn. 9.

<sup>257</sup> OVG NRW 1.3.2011 – 18 B 944/10, BeckRS 2011, 48575.

<sup>258</sup> So BVerwG 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 25; ebenso BayVG 23.12.2008 – 19 CS 08.577, 19 C 08.3068, BeckRS 2008, 28729 Rn. 15 und BayVG 12.1.2010 – 10 CS 09.2705, BeckRS 2010, 6148 Rn. 9; VGH BW 8.7.2008 – 11 S 1041/08, ZAR 2008, 399, VGH BW 16.9.2009 – 13 S 1975/09, BeckRS 2009, 39419 Rn. 5; HessVG 22.9.2008 – 1 B 1628/08, ZAR 2008, 402; NdsOVG 1.3.2010 – 13 ME 3/10, BeckRS 2010, 47454; OVG NRW 2.11.2009 – 18 B 1516/08, BeckRS 2009, 41359; OVG MV 22.7.2009 – 2 M 93/09, BeckRS 2010, 51948.

<sup>259</sup> BVerwG 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 25; aA Benassi InfAuslR 2008, 127 (128 f.); NK – AuslR/Stahmann AufenthG § 81 Rn. 19.

<sup>260</sup> VGH BW 5.3.2008 – 11 S 378/08, BeckRS 2008, 33384 Rn. 11.

einen entsprechenden Status besitzen hat. Soweit in der Rechtsprechung auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt wird, etwa den der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung<sup>261</sup>, würden die gesetzlichen Befreiungstatbestände leerlaufen, da insbesondere in den Fallgruppen der Nr. 2 und 3 die Befreiung bzw. das Visum bereits abgelaufen wären. Die den Befreiungstatbeständen innewohnende intertemporale Begrenzung des Anwendungsbereichs führt – wie auch das Nachzugsalter beim Kinder-nachzug – zu einer Vorverlagerung des materiellen Prüfungszeitpunkts.

Kommt eine der **Ausnahmeregelungen** gemäß § 39 AufenthV zur Anwendung, so ergibt sich der Aufenthaltstatus nach Auslaufen der Befreiungen, Visa, Duldungen oder Aufenthaltsgestattung nach der Antragstellung regelmäßig aus § 81. Greift einer der Ausnahmetatbestände, so ist der Aufenthalt des Ausländers auf jeden Fall zumindest geduldet, sofern er aus § 81 keinen besseren Aufenthaltstatus ableiten kann. Allerdings tritt die Fortgeltungsfiktion gemäß § 81 Abs. 4 S. 2 nicht ein, wenn der Ausländer mit einem Visum gemäß § 6 Abs. 1 (Schengen-Visum) eingereist ist. Mangels Regelungslücke scheidet insofern auch eine analoge Anwendung von § 81 Abs. 3 S. 1 aus<sup>262</sup>. Der Ausschluss gemäß § 81 Abs. 4 S. 2 greift auch bei Einreise mit einem von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Schengen-Visum<sup>263</sup>.

Die Fallgruppen des § 39 S. 1 AufenthV, nach denen eine Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise eingeholt werden kann, sind nicht abschließend, insbesondere bleiben die **Ausnahmetatbestände im AufenthG** (§§ 5 Abs. 2 S. 2, 16g Abs. 10, 19d Abs. 1a, 25a, 25b, 104a, 104b, 104c) unberührt.

An erster Stelle stehen – von den gesetzlich geregelten Fällen abgesehen – diejenigen Personen, für die ein bereits im Bundesgebiet bestehender Aufenthalt mit **nationalem Visum** oder mit einer **Aufenthalterlaubnis** für einen längeren Aufenthalt verlängert werden soll (**§ 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV**). Trotz des Wortlauts eröffnet die Vorschrift der Ausländerbehörde kein Ermessen, sondern macht die Beantragung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels im Inland allein davon abhängig, dass der Ausländer, „bereits im Bundesgebiet ansässig“ ist<sup>264</sup>. Da der Befreiungstatbestand an den Besitz des nationalen Visums oder der Aufenthaltserlaubnis anknüpft, muss der Ausländer im Zeitpunkt der Antragstellung einen gültigen Aufenthaltstitel vorweisen können. Ausreichend ist auch die Fortgeltungsfiktion gemäß § 81 Abs. 4, jedenfalls dann, wenn die Verlängerung der bisherigen Aufenthaltserlaubnis zugesichert worden ist<sup>265</sup>.

Als „Ausnahme“ bestätigt § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV, dass bei Verlängerungen von Aufenthaltstiteln § 5 Abs. 2 grundsätzlich einzuhalten ist (§ 8 Abs. 1). Das nationale Visum nach § 6 Abs. 3 ist gerade auf einen längerfristigen Aufenthalt angelegt, und die Aufenthaltserlaubnis schließt, gleich welchem Zweck sie dient, einen solchen jedenfalls nicht von vornherein aus. Auch wenn die vorherige Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert werden kann, soll für die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels jedenfalls eine vorherige Ausreise überflüssig sein. Auf eine erlaubte Einreise<sup>266</sup> und eine bestimmte Dauer des Voraufenthalts kommt es (anders früher § 9 Abs. 5 Nr. 2 DVausLG) nicht an.

Der bisherige Aufenthaltstitel muss für die Anwendung von § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV nicht gleichartig sein, ausreichend kann auch eine abweichend von § 5 Abs. 2 erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 sein, etwa wenn dem Ausländer diese nach Rücknahme seines Asylantrages erteilt wurde und er nunmehr die Neuerteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach anderen Vorschriften begehrt<sup>267</sup>. Auf die ursprünglich ohne das erforderliche Visum erfolgte Einreise kommt es dann nicht mehr an. Derjenige, der sich bereits mit einem Aufenthaltstitel berechtigt im Bundesgebiet aufhält und auf dieser Grundlage seinen „gewöhnlichen Aufenthalt“ begründet hat, bedarf grundsätzlich keines Visums mehr, das ihn zur Einreise berechtigen würde. § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV schließt den Wechsel des Aufenthaltswerts nicht aus. Allerdings kann ein solcher Zweckwechsel gesetzlich ausgeschlossen sein (§ 10 Abs. 3, 16a Abs. 1 S. 2, 16b Abs. 4)<sup>268</sup>.

Sodann geht es um von der Aufenthaltstitel-Pflicht **befreite Personen**, sofern die Befreiung für mehr als sechs Monate gilt und nicht räumlich beschränkt ist (**§ 39 S. 1 Nr. 2 AufenthV**). Diese Voraussetzungen werden nicht in allen Befreiungsfällen<sup>269</sup> erfüllt, insbesondere fallen Befreiungen für Kurzaufenthalte nicht darunter. Erfasst werden auch Ausländer, die zuvor gemäß § 2 Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU keinen Aufenthaltstitel benötigen und ihren rechtmäßigen Aufenthalt erst nachträglich

<sup>261</sup> So OVG NRW 11.7.2012 – 18 B 562/12, BeckRS 2012, 53834; HmbOVG 16.11.2010 – 4 Bs 220/10, BeckRS 2010, 56892.

<sup>262</sup> BayVG 28.5.2015 – 10 CE 14.2123, BeckRS 2015, 47040 Rn. 2; BayVG 4.9.2014 – 10 CS 14.1601, BeckRS 2014, 56706 Rn. 12 f.

<sup>263</sup> BVerwG 19.11.2019 – 1 C 22.18; aA VGH BW 6.4.2018 – 11 S 2583.17, BeckRS 2018, 6543 Rn. 24 f.; 18.6.2018 – 11 S 816/18, BeckRS 2018, 13629; aA BayVG 21.2.2013 – 10 CS 12.2679, BeckRS 2013, 48084 Rn. 6 mwN.

<sup>264</sup> OVG Bln-Bbg 20.3.2019 – OVG 11 B 5.17, BeckRS 2019, 5297 Rn. 41 unter Hinweis auf OVG NRW 21.12.2007 – 18 B 1535/07, BeckRS 2008, 30343, und BR–Drs. 731/04, 182.

<sup>265</sup> BVerwG 26.5.2020 – 1 C 12.19, BVerwGE 168, 159 = ZAR 2021, 30 Rn. 60.

<sup>266</sup> BVerwG 26.5.2020 – 1 C 12.19, BVerwGE 168, 159 = ZAR 2021, 30 Rn. 54.

<sup>267</sup> BVerwG 26.5.2020 – 1 C 12.19, BVerwGE 168, 159 = ZAR 2021, 30 Rn. 54.

<sup>268</sup> OVG Bln-Bbg 20.3.2019 – 11 B 5.17, BeckRS 2019, 5297 Rn. 43.

<sup>269</sup> → § 4 Rn. 32 ff.

aufgrund der Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts der Freizügigkeit verloren haben. Der Antrag muss aber vor Bekanntgabe des feststellenden VA gestellt werden.

- 130 § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV privilegiert „**Positivstaater**“ (1. Alt.), also Staatsangehörige eines Staats der Positivliste in Anhang II EU-VisumVO, sowie Besitzer eines **Schengen-Visums** (2. Alt.). Für beide gilt, dass die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Einreise und während des erlaubten bzw. des kurzfristigen Aufenthalts entstanden sind. Ausdrücklich ausgenommen sind Ansprüche auf Erteilung eines Visums zu Studienzwecken (§ 16b), studienbezogenen Praktika (§ 16e) oder zur Teilnahme am Europäischen Freiwilligendienst (§ 19e). Für diese Aufenthaltsw Zwecke kann nur unter den Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 S. 2 von der Durchführung des Visumverfahrens abgesehen werden.
- 131 „**Positivstaater**“ nach Art. 4 Abs. 1 EU-VisumVO sind von der Visumpflicht für einen Aufenthalt von bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen befreit. Die EU-VisumVO beruht auf Art. 77 Abs. 2 lit. a AEUV. Danach erlassen Europäisches Parlament und Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen, die gemeinsame Politik in Bezug auf Visa u. a. kurzfristige Aufenthalte betreffend. Die Befreiung gilt nicht, wenn sich Positivstaater **länger als 90 Tage** im Bundes- oder Schengen-Gebiet aufhalten wollen<sup>270</sup>. Beabsichtigt ein von der Visumpflicht befreiter Ausländer bereits bei der Einreise, sich länger als im Schengen-Gebiet aufzuhalten, so ist seine Einreise ohne das für längeren Aufenthalt erforderliche Visum grundsätzlich unerlaubt<sup>271</sup>.
- 132 Für das Vorliegen der Befreiung kommt es also auf die **subjektive Einstellung** des Drittstaatsangehörigen bei Überschreiten der Außengrenzen an (ebenso Nr. 14.1.2.1.1.7 AVwV). Für die grundsätzliche Zuordnung des Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Ausländer besitzt, ist Anhang I oder II EU-VisumVO entscheidend. Insofern unterfällt ein Positivstaater weiterhin Anhang II zu Art. 4 Abs. 1 EU-VisumVO, auch wenn für den Einzelfall ausnahmsweise Visumpflicht besteht, etwa weil er beabsichtigt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Art. 6 Abs. 3 EU-VisumVO) oder er einen Daueraufenthalt anstrebt.
- 133 Dabei erfasst die EU-VisumVO ausschließlich Einreisen über die **Außengrenzen der Anwenderstaaten**. Anwenderstaaten sind dabei nicht die EU-Staaten, sondern diejenigen Staaten, die den Schengen-Besitzstand einschließlich der EU-VisumVO anwenden. Dies sind auch die weiteren EWR-Staaten Island, Lichtenstein und Norwegen (Erwägungsgründe 35, 37) sowie die Schweiz (Erwägungsgrund 36). Keine Anwendung findet die EU-VisumVO für Irland (siehe Erwägungsgründe 39 der EU-VisumVO) mit der Folge, dass die Einreise von Drittstaatsangehörigen aus Irland der EU-VisumVO unterfällt, während die Einreise aus Island, Liechtenstein, Norwegen und der Schweiz als Binneneinreise ausschließlich vom SDÜ und bei Durchreisen über die Außengrenze von Art. 6 Abs. 5a SGK erfasst wird.
- 134 Für die Einreise und den Kurzaufenthalt sind die Staatsangehörigen der in Anhang II EU-VisumVO genannten Staaten nach § 17 AufenthV vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels **nicht** befreit, sofern sie im Bundesgebiet eine **Erwerbstätigkeit** ausüben. Diese Einschränkung von der Befreiung wird durch Art. 6 Abs. 3 EU-VisumVO ermöglicht. Nach Nr. 14.1.2.1.1.7.1f. AVwV führt bereits die Absicht, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, dazu, dass die Befreiung nach der EU-VisumVO entfällt<sup>272</sup>. Diese Ansicht scheint mit dem Wortlaut von § 17 Abs. 1 AufenthV schwer vereinbar. Denn die Norm erlaubt den Mitgliedstaaten Ausnahmen von der Visumbefreiung für Personen, die während ihres Aufenthalts einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Sie knüpft also nicht ausdrücklich an die Absicht, eine Beschäftigung ausüben zu wollen an (anders als § 41 Abs. 2 AufenthV). Im Zeitpunkt des Grenzübertritts liegt aber regelmäßig keine Erwerbstätigkeit vor<sup>273</sup>. § 17 Abs. 1 AufenthV muss aber im Lichte des Art. 6 Abs. 3 EU-VisumVO so ausgelegt werden, dass von den Mitgliedstaaten Personen, die während ihres Aufenthalts einer Erwerbstätigkeit nachgehen wollen, von der Visumbefreiung ausgenommen werden können. Der EU-Verordnungsgeber ist nur ermächtigt Einreisefragen zu bestimmen, folglich **regelt die EU-VisumVO nur den Grenzübertritt** und nicht den Aufenthalt. Die Vorschrift wäre von vorneherein wirkungslos, wenn die Visumpflicht erst für den Zeitpunkt der Aufnahme der Erwerbstätigkeit gelten sollte. Insoweit gilt, dass bereits die Absicht der Aufnahme der Erwerbstätigkeit die Visumbefreiung suspendiert, sofern nicht ausnahmsweise eine „Nichtbeschäftigung“ nach § 17 Abs. 2 AufenthV vorliegt.
- 135 Für den Aufenthalt nach der Einreise findet die **EU-VisumVO** keine Anwendung. Der spätere Aufenthaltsstatus bestimmt sich für von der Visumpflicht nach Anhang II EU-VisumVO befreite Ausländer nach Art. 20 SDÜ. Die von Anhang II erfassten Ausländer können sich danach für einen Zeitraum von 90 Tagen innerhalb eines Bezugszeitraums von 180 Tagen seit der ersten Einreise rechtmäßig im Schengen-Gebiet aufhalten, wenn sie die in Art. 20 Abs. 1 SDÜ genannten Voraussetzungen erfüllen.

<sup>270</sup> Ebenso Westphal/Stoppa AusR Polizei-HdB S. 470.

<sup>271</sup> → Rn. 98.

<sup>272</sup> So auch Westphal/Stoppa AusR Polizei-HdB S. 470; aA VG Darmstadt 5.6.2008 – 5 L 277/08.DA.

<sup>273</sup> Aber ausnahmsweise im Falle des Zigarettenschmuggels, OLG Brandenburg 22.1.2004 – 2 Ss 36/03, BeckRS 2004, 5263.

Verlieren sie den Status als von der Visumpflicht befreite Ausländer durch die spätere Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, so entfällt damit zwar nicht eine ursprünglich rechtmäßige Einreise aber der rechtmäßige Aufenthalt<sup>274</sup>. Mit § 17 Abs. 1 AufenthV wird der privilegierte Status nach Einreise im Zeitpunkt der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vernichtet, sofern nicht ausnahmsweise eine „Nichtbeschäftigung“ nach § 17 Abs. 2 AufenthV vorliegt. Diese Rechtsfolge wird zudem regelmäßig aus Art. 6 Abs. 1e SGK folgen. Eine gegen den Wortlaut des § 17 Abs. 1 AufenthV erweiternde Auslegung, die die Befreiung bereits bei der Absicht der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit entfallen lassen will, scheidet schon wegen der damit verbundenen strafrechtlichen Folgen (§ 95 Abs. 1 Nr. 3) aus.

Die Einreise von der Visumpflicht befreiter Ausländer nach Anhang II der EU-VisumVO über **Schengen-Binnengrenzen** wird nicht von der EU-VisumVO erfasst, sondern richtet sich ausschließlich nach Art. 20 SDÜ. Der Befreiungstatbestand ist aber erweiternd auch auf diesen Einreisevorgang zu erstrecken. Die Regelung, die ihrem Wortlaut nach nur den Aufenthalt regelt, erfasst also zugleich den Einreisevorgang. Die Einreise und der Aufenthalt sind erlaubt, wenn die Voraussetzungen der Befreiung und die Voraussetzungen des Art. 6 SGK vorliegen, auf die verwiesen wird. Die Absicht der Aufnahme einer Beschäftigung ist geeignet, über Art. 6 Abs. 1e SGK auch die Einreise unerlaubt zu machen, wenn die Ausübung der Beschäftigung genehmigungspflichtig ist. Die Absicht eines längerfristigen Aufenthalts, dh länger als 90 Tage im Bezugszeitraum von 180 Tagen seit der ersten Einreise, stellt, wenn nicht ein Sichtvermerksabkommen nach Art. 20 Abs. 2 SDÜ eingreift, regelmäßig eine Gefahr iSd Art. 6 Abs. 1e SGK dar, die automatisch zur unerlaubten Einreise und zum illegalem Aufenthalt führt.

Trotz der insoweit unklaren Formulierung in § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV geht es in der 2. Alt. nicht um Positivstaater, sondern um **Negativstaater**, die in Besitz eines **Schengen-Visums** sind. Der Gesetzestext bezieht sich zwar nur auf die genannten Positivstaater, die zusätzlichen Voraussetzungen („und“) alternativ („oder“) erfüllen, also sich entweder rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten oder ein Schengen-Visum besitzen. Letzteres ist aber nur bei visumpflichtigen Personen denkbar. Daher kann nicht der Wortlaut ausschlaggebend sein, sondern der Regelungswille, der auf ein Nebeneinander von Visumfreien („und“) Visumbesitzern ausgerichtet war<sup>275</sup>. Die einen (Positivstaater) müssen sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, dürfen also zB keine Erwerbstätigkeit ausüben, die der Visumbefreiung entgegensteht. Die anderen (Negativstaater) müssen ein gültiges Schengen-Visum für kurzfristige Aufenthalte besitzen. Die Angehörigen beider Gruppen müssen über einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel verfügen, dessen Voraussetzungen aber erst nach der Einreise entstanden sein dürfen<sup>276</sup>. Bei Unzumutbarkeit im Einzelfall ist ohnehin von der Nachholung des Visumverfahrens abzusehen (§ 5 Abs. 2 S. 2 Alt. 2).

Die Privilegierung des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV ist in den Fällen ausgeschlossen, in denen der Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bereits **vor der Einreise** entstanden ist<sup>277</sup>. Denn die Vorschrift soll nur diejenigen Ausländer begünstigen, die im Schengen-Visumverfahren zutreffende Angaben gemacht haben und bei denen sich aufgrund **nach der Einreise eingetretener neuer Umstände der Aufenthaltswitzweck geändert** hat. Sie soll aber nicht den Versuch honorieren, einen von Anfang an beabsichtigten Daueraufenthalt unter Umgehung der nationalen Visumvorschriften durchzusetzen. Andernfalls würde die bewusste Umgehung des Visumverfahrens folgenlos bleiben und dieses Verfahren als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung entwertet<sup>278</sup>.

§ 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV setzt einen **Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, der nach der Einreise entstanden sein muss**, voraus. Unter einem „Anspruch“ iSd § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV ist, ebenso wie bei vergleichbaren Formulierungen im AufenthG – etwa in § 10 Abs. 3 S. 3 –, grundsätzlich nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen<sup>279</sup>. Ein solcher Rechtsanspruch liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat<sup>280</sup>, weil nur dann der Gesetzgeber selbst eine Entscheidung über das zu erteilende Aufenthaltsrecht getroffen hat<sup>281</sup>. Eine Ermessenreduzierung auf null reicht nicht aus<sup>282</sup>.

<sup>274</sup> Vgl. Maor ZAR 2005, 185 (187).

<sup>275</sup> So auch die Begr. zur ZuwGDV-E in BR-Drs. 731/04, 185.

<sup>276</sup> Vgl. auch VGH BW 8.7.2008 – 11 S 1041/08, ZAR 2008, 399.

<sup>277</sup> Vgl. dazu BayVGH 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254; für eine restriktive Auslegung wohl OVG RhPf 20.4.2009 – 7 B 10037/09, BeckRS 2009, 33836.

<sup>278</sup> BVerwG 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 25.

<sup>279</sup> Vgl. BVerwG 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 60.

<sup>280</sup> BVerwG 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 143, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 20f.; BVerwG 10.12.2014 – 1 C 15/14, NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 15; BVerwG 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 60; OVG NRW 16.8.2016 – 18 B 754.16, BeckRS 2016, 50359 Rn. 7.

<sup>281</sup> BVerwG 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 20; BVerwG 10.12.2014 – 1 C 15/14, NVwZ-RR 2015, 313 Rn. 19; BVerwG 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499; BVerwG 16.12.2008 – 1 C 37.07, BVerwGE 132, 382 = NVwZ 2009, 789; OVG NRW 16.8.2016 – 18 B 754.16, BeckRS 2016, 50359 Rn. 7.

<sup>282</sup> VGH BW 10.3.2009 – 11 S 2990/08, BeckRS 2009, 32462; ebenso OVG LSA 4.7.2006 – 2 O 210/06, BeckRS 2008, 32762; OVG Bln-Bbg 6.10.2006 – OVG 7 S 32.06, LSK 2007, 110236; NdsOVG 18.6.2007 – 10 PA

Auch bei einer „Soll“-Regelung fehlt es daran, wenngleich bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge regelmäßig vorgezeichnet ist<sup>283</sup>. Denn die Annahme eines atypischen Ausnahmefalls beruht auf einer wertenden Einzelfallbetrachtung und stellt ebenfalls keinen strikten Rechtsanspruch dar<sup>284</sup>.

- 141 Das aufgrund einer illegalen Einreise begründete **schwerwiegende Ausweisungsinteresse** nach § 54 Abs. 2 Nr. 8 ist auch iRV § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV zu berücksichtigen und steht der Annahme eines strikten Rechtsanspruchs iSd Vorschrift entgegen<sup>285</sup>. Die Vorschrift des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV befreit nur von der Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 S. 1; die selbstständige Regelerteilungsvoraussetzung des Nichtbestehens eines Ausweisungsinteresses nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 bleibt aber weiterhin zu beachten. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV.
- 142 Für die Frage, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Einreise entstanden sind, kommt es bei einem beabsichtigten Daueraufenthalt auf die **letzte, vor der Antragstellung erfolgte Einreise** in das Bundesgebiet und nicht auf die Einreise in den Schengen-Raum an<sup>286</sup>. Eheschließungen im Ausland sind daher nicht geeignet, die Voraussetzungen zu erfüllen. Der Wortlaut des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV ist als solcher für diese Auslegung allerdings unergiebig. Die AufenthV verwendet den Begriff der Einreise überdies uneinheitlich, so dass allgemeingültige Rückschlüsse ausscheiden. So wird etwa im Zusammenhang mit der Regelung in § 1 Abs. 2 AufenthV und der Definition des Begriffs „Kurzaufenthalt“ ausdrücklich Bezug genommen auf die Einreise in das gemeinsame Gebiet der Schengen-Staaten. § 39 AufenthV befindet sich aber unter der Überschrift des 4. Abschnitts „Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet“, was – ebenso wie die Formulierung in § 39 S. 1 Hs. 1 AufenthV – dafür spricht, dass § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV die Einreise in das Bundesgebiet meint.
- 143 Für dieses Verständnis lässt sich weiter anführen, dass § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV auf der Ermächtigung des § 99 Abs. 1 Nr. 2 beruht. Dieser ermächtigt das BMI, durch Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrats zu bestimmen, dass der Aufenthaltstitel vor der Einreise bei der Ausländerbehörde oder nach der Einreise eingeholt werden kann<sup>287</sup>. Es handelt sich um eine **nationale Ausnahmeregelung** zur generellen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2, die die Einreise mit dem für den angestrebten Aufenthaltswitz erforderlichen Visum (vgl. § 6) und die maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag verlangt. Aufgrund der Ermächtigung in § 99 Abs. 1 Nr. 2 werden nur nationale Abweichungen erlaubt, die nach Sinn und Zweck der Vorschrift auf die nationale Einreise abstellen. Entsprechend beschränkt sich der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Befreiung von der gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 für längerfristige Aufenthalte geltenden nationalen Visumpflicht<sup>288</sup>.
- 144 Für die **Beurteilung, wann die Voraussetzungen eines Anspruchs** iSd § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV **entstanden sind**, ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das **zentrale Merkmal** der jeweiligen Anspruchsnorm, das den Aufenthaltswitz kennzeichnet<sup>289</sup> (etwa Eheschließung), erfüllt worden ist<sup>290</sup>. Denn in der amtlichen Begründung der Neufassung werden Anspruchsentstehung und Aufenthaltswitz miteinander verknüpft, während die übrigen Anspruchsvoraussetzungen an dieser Stelle nicht genannt werden („[...] die Vergünstigung nur dann gilt, wenn der Anspruch nach der Einreise entsteht und damit ein von vornherein beabsichtigter Wechsel des angegebenen Aufenthaltswitzes ausgeschlossen werden kann“<sup>291</sup>). Daraus folgt, dass iRd § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV für das Entstehen der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nur darauf abzustellen ist, wann das **den Aufenthaltswitz kennzeichnende bzw. zentrale Tatbestandsmerkmal** der Anspruchgrundlage gegeben war. Im Übrigen führt die Gegenauffassung, die auf das

65/07, BeckRS 2007, 25180; so auch BVerwG 16.12.2008 – 1 C 37.07, BVerwGE 132, 382 = NVwZ 2009, 789 zu § 10 Abs. 3 S. 3; aA VG Freiburg 2.4.2005 – 8 K 1275/03, InfAuslR 2005, 388.

<sup>283</sup> BVerwG 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 20.

<sup>284</sup> BVerwG 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 21.

<sup>285</sup> So für den Ausweisungsgrund BVerwG 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 122; aA OVG NRW 16.9.2008 – 19 B 871/08, BeckRS 2008, 139853 zu § 39 S. 1 Nr. 5 AufenthV.

<sup>286</sup> BVerwG 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 25; OVG Bln-Bbg 16.7.2009 – OVG 2 B 19.08, BeckRS 2009, 38800; HessVGH 22.9.2008 – 1 B 1628/08, ZAR 2008, 402; VGH BW 8.7.2008 – 11 S 1041/08, ZAR 2008, 399; OVG NRW 2.11.2009 – 18 B 1516/08, BeckRS 2009, 41359; BayVGH 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254 Rn. 17 und BayVGH 23.12.2008 – 19 CS 08.577, 19 C 08.3068, BeckRS 2008, 28729 Rn. 15; aA Benassi InfAuslR 2008, 127, 128 f.

<sup>287</sup> Ausf. OVG NRW 2.11.2009 – 18 B 1516/08, BeckRS 2009, 41359.

<sup>288</sup> OVG Bln-Bbg 16.7.2009 – OVG 2 B 19.08, BeckRS 2009, 38800; BayVGH 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254; BayVGH 23.12.2008 – 19 CS 08.577, 19 C 08.3068, BeckRS 2008, 28729; BayVGH 24.7.2008 – 19 CS 08.1940, BeckRS 2010, 53795; NdsOVG 28.8.2008 – 13 ME 131/08, BeckRS 2008, 38781; HessVGH 22.9.2008 – 1 B 1628/08, ZAR 2008, 402; VGH BW 8.7.2008 – 11 S 1041/08, ZAR 2008, 399.

<sup>289</sup> BVerwG 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 26.

<sup>290</sup> BVerwG 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 26; ebenso NdsOVG 1.3.2010 – 13 ME 3/10, BeckRS 2010, 47454; BayVGH 29.9.2009 – 19 CS 09.1405, BeckRS 2009, 43794 Rn. 4; OVG Brem 26.6.2009 – 1 B 552/08, BeckRS 2010, 46396; aA VGH BW 8.7.2008 – 11 S 1041/08, ZAR 2008, 399.

<sup>291</sup> BT-Drs. 16/5065, 240.