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[228] eingeführt worden; sie gilt demnach gleichfalls nicht für türkische Staatsangehörige, die sich auf die **Stillhalteklausel** des Art. 41 I ZP berufen können. Gleiches gilt in Bezug auf die neue Definition des Kurzaufenthalts gemäß Art. 6 I SGK als Aufenthalt von 90 Tagen innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen.

109 War ein Visum nur bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit vor der Einreise einzuholen, so ergab sich aus § 1 II Nr. 2 und 3 DVAuslG 1965, dass bestimmte Zwecke nicht nur vom Sichtvermerksverfahren, 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)".

110 Durch § 1 II 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[229]. Der Visafreiheit steht auch nicht die EU-VisumVO entgegen, die für türkische Staatsangehörige die generelle Visapflicht vorsieht[230].

111 Kommt der Standstill-Klausel des Art. 41 I 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 I Nr. 1 DVAuslG 1965 visumpflichtig ist[231].

112 Der Begriff des **„freien Dienstleistungsverkehrs"** in Art. 41 I ZP erfasst auch **nicht** die Freiheit türkischer Staatsangehöriger, sich als **Dienstleistungsempfänger** in einen Mitgliedsstaat (der EU) zu begeben, um dort eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen[232]. Dementsprechend kann sich der türkische Tourist zur Begründung der Visumfreiheit nicht auf die von ihm beabsichtigte Inanspruchnahme von Dienstleistungen berufen[233].

113 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 Rspr. des EuGH sind Art. 41 ZP und Art. 13 ARB 1/80 gleichartig. Auch die Stillhalteklausel 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[234]. Zuletzt hat der EuGH seine Rspr. zu Art. 13 ARB 1/80[235] auch auf die Stillhalteklausel des Art. 7 ARB 2/76[236] 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[237], 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[238]. Die Einführung der generellen Visumpflicht

---

[228] BGBl. 1982 I S. 1681.

[229] *Dienelt,* Aktuelle Fragen zum Aufenthaltsrecht türkischer Staatsangehöriger, 2001, S. 62 ff.; ebenso *Gutmann* InfAuslR 2000, 318 f.

[230] Einzelheiten hierzu unter Art. 13 ARB 1/80.

[231] Vgl. BayVGH Beschl. v. 2.7.2015 – 10 ZB 14.2102, BeckRS 2015, 48458 Rn. 3; Einzelheiten unter Art. 13 ARB 1/80; s. auch *Dienelt,* Aktuelle Fragen zum Aufenthaltsrecht türkischer Staatsangehöriger, 2001, S. 62 ff.; ebenso *Gutmann* InfAuslR 2000, 318 f.

[232] EuGH Urt. v. 24.9.2013 – C-221/11, NVwZ 2013, 1465 Rn. 23 – Demirkan; BVerwG Beschl. v. 20.112014 – 1 B 24.14, BeckRS 2015, 40924 Rn. 4.

[233] OVG Bln-Bbg Beschl. v. 20.1.2014 – OVG 11 B 1.14, BeckRS 2014, 46296 Rn. 15.

[234] BVerwG Urt. v. 6.11.2014 – 1 C 4.14, BVerwGE 150, 276 NVwZ 2015, 373 Rn. 14 mwN; OVG Bln-Bbg Urt. v. 30.1.2015 – OVG 7 B 22.14, ZAR 2015, 234.

[235] EuGH Urt. v. 29.3.2017 – C-652/15, NJW 2017, 2398 – Tekdemir.

[236] EuGH Urt. v. 7.8.2018 – C-123/17, NVwZ 2019, 43 – Yön.

[237] BVerwG Urt. v. 6.11.2014 – 1 C 4.14, BVerwGE 150, 276 = NVwZ 2015, 373 Rn. 20.

[238] EuGH Urt. v. 29.3.2017 – C-652/15, NJW 2017, 2398 – Tekdemir.

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 II 2 Rechnung getragen werden[239].

3. Angaben im Visumantrag

114 Die Angaben, die für die Erteilung des Visums maßgeblich sind, müssen bereits im Visumantrag gemacht worden sein. Der Ausländer muss seine **Mitwirkungspflichten** (§ 82 I) im Visumverfahren **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 II Nr. 2[240]) und der Verwirklichung eines ggf. generalpräventiven Ausweisungsinteresses iSv § 54 II Nr. 8 wegen falscher oder unvollständiger Angaben[241] 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.

115 Als **maßgeblich** können nur diejenigen Angaben angesehen werden, die für das konkrete Visum zu dem beabsichtigten Aufenthaltszweck benötigt werden. Dazu gehören außerdem grundsätzlich alle abgefragten Personalien, aber auch Voraufenthalte, Vorstrafen und frühere Visavorgänge. Zum Aufenthaltszweck 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

116 Die Einhaltung der Visumregeln ist kein Selbstzweck. Sie soll verhindern, dass die Steuerungsmechanismen lahmgelegt und die Zugangskontrollen unterlaufen werden. 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 Förmelei dar. Von diesen Grundsatz ausgehend hat die Ausländerbehörde im Wege des Ermessens zu beurteilen, ob eine Ausnahme vertretbar und angemessen ist. Voraussetzung dafür ist aber zunächst die Feststellung eines Anspruchs auf einen Aufenthaltstitel oder einer Unzumutbarkeit im Einzelfall (§ 5 II 2).

117 Für die Praxis kommt den **Befreiungstatbeständen des § 39 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 Nr. 4 und 5 AufenthV) oder bei denen sich die Nachholung des Visumverfahrens als bloße Förmelei darstellen würde, weil sie vor Beendigung ihres rechtmäßigen Aufenthalts einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel erworben haben (§ 39 Nr. 1, 2, 3 und 6 AufenthV) [242]. Die Befreiungstatbestände knüpfen an den letzten Einreisevorgang an. Reist ein Ausländer zum Zwecke der Eheschließung aus dem Bundesgebiet aus, so ist nicht die Ersteinreise, sondern die Wiedereinreise der maßgebliche Einreisevorgang[243]. 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 III betrifft, darauf hin, dass mit diesem Tatbestandsmerkmal nicht die Einreise in den Schengen-Raum, sondern die (letzte) Einreise in das Bundesgebiet gemeint ist[244].

118 § 39 AufenthV knüpft an Fallgruppen an, in denen der Ausländer einen bestimmten, eine Privilegierung rechtfertigenden Aufenthaltsstatus besitzt. **Dieser privilegierende aufenthaltsrechtliche**

---

[239] BVerwG Urt. v. 25.6.2019 – 1 C 40.18, BVerwGE 166, 77 Rn. 21 ff.; → Rn. 154.

[240] Beachte § 3 StGB bei Angaben gegenüber deutschen Auslandsvertretungen – OLG Köln Beschl. v. 27.4.1999 – Ss 118/99, NStZ 2000, 39; → § 95 Rn. 100.

[241] BayVGH Beschl. v. 28.12.2018 – 10 ZB 18.1154, BeckRS 2018, 35631 Rn. 9.

[242] OVG NRW Beschl. v. 1.3.2011 – 18 B 944/10, BeckRS 2011, 48575.

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

[244] BVerwG Urt. v. 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 25; aA *Benassi* InfAuslR 2008, 127 (128 f.); *Stahmann* in Hofmann AuslR § 81 Rn. 19.

Status muss im Zeitpunkt der Antragstellung vorliegen[245]. Die Präsensform der Befreiungstatbestände macht hinreichend deutlich, dass es nicht ausreicht, wenn der Ausländer in der Vergangenheit einen entsprechenden Status besessen hat. Soweit in der Rspr. auf einen späteren Zeitpunkt abgestellt wird, etwa den der behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung[246], 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 Kindernachzug – zu einer Vorverlagerung des materiellen Prüfungszeitpunkts.

Kommt eine der Ausnahmeregelungen gemäß § 39 AufenthV zur Anwendung, so ergibt sich der Aufenthaltsstatus 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 Aufenthaltsstatus ableiten kann. Allerdings tritt die Fortgeltungsfiktion gemäß § 81 IV 2 nicht ein, wenn der Ausländer mit einem Visum gemäß § 6 I eingereist ist. Mangels Regelungslücke scheidet insofern auch eine analoge Anwendung von § 81 III 1 aus[247]. Der Ausschluss gemäß § 81 IV 2 greift auch bei Einreise mit einem von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Schengen-Visum[248]. **119**

Die Fallgruppen des § 39 AufenthV, nach denen eine Aufenthaltserlaubnis nach der Einreise eingeholt werden kann, sind nicht abschließend, insbesondere bleiben die **Ausnahmetatbestände im AufenthG** (§§ 5 II 2, 19d Ia, 25a, 25b, 104a, 104b) unberührt. **120**

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 **Aufenthaltserlaubnis** für einen längeren Aufenthalt verlängert werden soll **(§ 39 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[249]. 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 gem. § 81 IV, jedenfalls dann, wenn die Verlängerung der bisherigen Aufenthaltserlaubnis zugesichert worden ist[250]. **121**

Als „Ausnahme" bestätigt § 39 Nr. 1 AufenthV, dass bei Verlängerungen von Aufenthaltstiteln § 5 II grundsätzlich einzuhalten ist (§ 8 I). Das nationale Visum nach § 6 III 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[251] und eine bestimmte Dauer des Voraufenthalts kommt es (anders früher § 9 V Nr. 2 DVAuslG) nicht an. **122**

Der bisherige Aufenthaltstitel muss für die Anwendung von § 39 Nr. 1 AufenthV nicht gleichartig sein, ausreichend kann auch eine abweichend von § 5 II erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V sein, etwa wenn dem Ausländer diese nach Rücknahme seines Asylantrages erteilt wurde und er nunmehr die Neuerteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach anderen Vorschriften begehrt[252]. 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 Nr. 1 AufenthV schließt den Wechsel des Aufenthaltszwecks nicht aus. Allerdings kann ein solcher Zweckwechsel gesetzlich ausgeschlossen sein (§ 10 III, 16a I 2, 16b IV) [253]. **123**

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 Nr. 2 AufenthV).** Diese Voraussetzungen werden nicht in allen Befreiungsfällen[254] erfüllt, insbesondere fallen Befreiungen für Kurzaufenthalte nicht darunter. Erfasst werden auch Ausländer, die zuvor gemäß § 2 IV 1 FreizügG/EU **124**

---

[245] VGH BW Beschl. v. 5.3.2008 – 11 S 378/08, BeckRS 2008, 33384 Rn. 11.

[246] So OVG NRW Beschl. v. 11.7.2012 – 18 B 562/12, BeckRS 2012, 53834; HmbOVG Beschl. v. 16.11.2010 – 4 Bs 220/10, BeckRS 2010, 56892.

[247] BayVGH Beschl. v. 28.5.2015 – 10 CE 14.2123, BeckRS 2015, 47040 Rn. 2; Beschl. v. 4.9.2014 – 10 CS 14.1601, BeckRS 2014, 56706 Rn. 12 f.

[248] BVerwG Urt. v. 19.11.2019 – 1 C 22.18; aA VGH BW Urt. v. 6.4.2018 – 11 S 2583.17, BeckRS 2018, 6543 Rn. 24 f.; Beschl. v. 18.6.2018 – 11 S 816/18, BeckRS 2018, 13629; aA BayVGH Beschl. v. 21.2.2013 – 10 CS 12.2679, BeckRS 2013, 48084 Rn. 6 mwN.

[249] OVG Bln-Bbg Urt. v. 20.3.2019 – OVG 11 B 5.17, BeckRS 2019, 5297 Rn. 41 unter Hinweis auf OVG NRW Beschl. v. 21.12.2007 – 18 B 1535/07, BeckRS 2008, 30343, und BR-Drs. 731/04, 182.

[250] BVerwG Urt. v. 26.5.2020, BVerwG 1 C 12.19, BVerwGE 168, 159 = ZAR 2021, 30 Rn. 60.

[251] BVerwG Urt. v. 26.5.2020, BVerwG 1 C 12.19, BVerwGE 168, 159 = ZAR 2021, 30 Rn. 54

[252] BVerwG Urt. v. 26.5.2020, BVerwG 1 C 12.19, BVerwGE 168, 159 = ZAR 2021, 30 Rn. 54.

[253] OVG Bln-Bbg Urt. v. 20.3.2019 – 11 B 5.17, BeckRS 2019, 5297 Rn. 43.

[254] → § 4 Rn. 30 ff.

keinen Aufenthaltstitel benötigten und ihren rechtmäßigen Aufenthalt erst nachträglich aufgrund der Feststellung des Nichtbestehens oder Verlusts der Freizügigkeit verloren haben. Der Antrag muss aber vor Bekanntgabe des feststellenden VA gestellt werden.

125 **§ 39 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.), sofern 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)[255]. Für diese Aufenthaltszwecke kann nur unter den Voraussetzungen von § 5 II 2 von der Durchführung des Visumverfahrens abgesehen werden.

126 „Positivstaater" nach Art. 4 II 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 II lit. a AEUV. Danach erlassen Europäisches Parlament und Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Maßnahmen, die gemeinsame Politik in Bezug auf Visa ua kurzfristige Aufenthalte betreffend. Die Befreiung gilt nicht, wenn sich Positivstaater **länger als 90 Tage** im Bundes- oder Schengen-Gebiet aufhalten wollen[256]. Beabsichtigt ein von der Visumspflicht befreiter Ausländer bereits bei der Einreise, sich länger als im Schengen-Gebiet aufzuhalten, so ist seine Einreise grundsätzlich unerlaubt[257].

127 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 I EU-Visum-VO, auch wenn für den Einzelfall ausnahmsweise Visumpflicht besteht, etwa weil er beabsichtigt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. Art. 6 III EU-VisumVO) oder er einen Daueraufenthalt anstrebt.

128 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 (s. 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 Va SGK erfasst wird.

129 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 III EU-VisumVO ermöglicht. Nach Nr. 14.1.2.1.1.7.1 f. AVwV führt bereits die Absicht, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, dazu, dass die Befreiung nach der EU-VisumVO entfällt[258]. Diese Ansicht scheint mit dem Wortlaut von § 17 I 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 II AufenthV). Im Zeitpunkt des Grenzübertritts liegt aber regelmäßig keine Erwerbstätigkeit vor[259]. § 17 I AufenthV muss aber im Lichte des Art. 6 III 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 II AufenthV vorliegt.

130 Für den Aufenthalt nach der Einreise findet die EU-VisumVO keine Anwendung. Der spätere Aufenthaltsstatus bestimmt sich für von der Visumspflicht 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 I SDÜ genannten Voraussetzungen erfüllen.

---

[255] Der Wortlaut von § 39 Nr. 3 AufenthV hat zum Redaktionsschluss noch nicht die Änderungen des AufenthG durch das FEG 2019 berücksichtigt.

[256] Ebenso *Westphal/Stoppa,* AuslR für die Polizei, 3. Aufl., S. 470.

[257] → Rn. 98.

[258] So auch *Westphal/Stoppa* S. 470; *Westphal* in Huber AufenthG § 14 Rn. 14; aA VG Darmstadt Beschl. v. 5.6.2008 – 5 L 277/08.DA.

[259] Aber ausnahmsweise im Falle des Zigarettenschmuggels, OLG Brandenburg Beschl. v. 22.1.2004 – 2 Ss 36/03, BeckRS 2004, 5263.

Verlieren sie den Status als von der Visumspflicht befreite Ausländer durch die spätere Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, so entfällt damit zwar nicht eine ursprünglich rechtmäßige Einreise aber der rechtmäßige Aufenthalt[260]. Mit § 17 I AufenthV wird der privilegierte Status nach Einreise im Zeitpunkt der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vernichtet, sofern nicht ausnahmsweise eine „Nichtbeschäftigung" nach § 17 II AufenthV vorliegt. Diese Rechtsfolge wird zudem regelmäßig aus Art. 6 Ie SGK folgen. Eine gegen den Wortlaut des § 17 I 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 I Nr. 3) aus. **131**

Die Einreise von der Visumspflicht 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 Ie 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 II SDÜ eingreift, regelmäßig eine Gefahr iSd Art. 6 Ie SGK dar, die automatisch zur unerlaubten Einreise und zum illegalem Aufenthalt führt. **132**

Trotz der insoweit unklaren Formulierung in **§ 39 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[261]. 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 der Gruppen müssen über einen Anspruch auf einen Aufenthaltstitel verfügen, dessen Voraussetzungen aber erst nach der Einreise entstanden sein dürfen. Bei Unzumutbarkeit kann ohnehin aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls vom Visumverfahren abgesehen werden (§ 5 II 2)[262]. **133**

Die Privilegierung des § 39 Nr. 3 AufenthV ist in den Fällen ausgeschlossen, in denen der Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels bereits vor der Einreise entstanden ist[263]. 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 Aufenthaltszweck 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[264]. **134**

§ 39 Nr. 3 AufenthV setzt einen **Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, der nach der Einreise entstanden sein muss,** voraus. Unter einem „Anspruch" iSd § 39 Nr. 3 AufenthV ist, ebenso wie bei vergleichbaren Formulierungen im AufenthG – etwa in § 10 III 3 –, grundsätzlich nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen[265]. Ein solcher Rechtsanspruch liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat[266], weil nur dann der Gesetzgeber selbst eine Entscheidung über das zu erteilende Aufenthaltsrecht getroffen hat[267]. Eine Ermessenreduzierung auf null reicht nicht aus[268]. Auch bei einer **135**

---

[260] Vgl. *Maor* ZAR 2005, 185 (187).

[261] So auch die Begründung zur ZuwGDV-E in BR-Drs. 731/04, 185.

[262] Vgl. auch VGH BW Beschl. v. 8.7.2008 – 11 S 1041/08, ZAR 2008, 399.

[263] Vgl. dazu BayVGH Beschl. v. 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254; für eine restriktive Auslegung wohl OVG RhPf Beschl. v. 20.4.2009 – 7 B 10037/09, BeckRS 2009, 33836.

[264] BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 25.

[265] BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 60.

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

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

[268] VGH BW Beschl. v. 10.3.2009 – 11 S 2990/08, BeckRS 2009, 32462; ebenso OVG LSA Beschl. v. 4.7.2006 – 2 O 210/06, BeckRS 2008, 32762; OVG Bln-Bbg Beschl. v. 6.10.2006 – OVG 7 S 32.06, LSK 2007, 110236; NdsOVG Beschl. v. 18.6.2007 – 10 PA 65/07, BeckRS 2007, 25180; so auch BVerwG Urt. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07, BVerwGE 132, 382 = NVwZ 2009, 789 zu § 10 III 3; aA VG Freiburg Urt. v. 2.4.2005 – 8 K 1275/03, InfAuslR 2005, 388.

„Soll"-Regelung fehlt es daran, wenngleich bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge regelmäßig vorgezeichnet ist[269]. Denn die Annahme eines atypischen Ausnahmefalls beruht auf einer wertenden Einzelfallbetrachtung und stellt ebenfalls keinen strikten Rechtsanspruch dar[270].

136 Das aufgrund einer illegalen Einreise begründete schwerwiegende Ausweisungsinteresse nach § 54 II Nr. 8 ist auch iRv § 39 Nr. 3 AufenthV zu berücksichtigen und steht der Annahme eines strikten Rechtsanspruchs iSd Vorschrift entgegen[271]. Die Vorschrift des § 39 Nr. 3 AufenthV befreit nur von der Erteilungsvoraussetzung des § 5 II 1; die selbstständige Regelerteilungsvoraussetzung des Nichtbestehens eines Ausweisungsinteresses nach § 5 I Nr. 2 bleibt aber weiterhin zu beachten. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 39 Nr. 3 AufenthV.

137 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[272]. Eheschließungen **im Ausland** sind daher nicht geeignet, die Voraussetzungen zu erfüllen. Der Wortlaut des § 39 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 II 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 – dafürspricht, dass § 39 Nr. 3 AufenthV die Einreise in das Bundesgebiet meint.

138 Für dieses Verständnis lässt sich weiter anführen, dass § 39 Nr. 3 AufenthV auf der Ermächtigung des § 99 I 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[273]. Es handelt sich um eine nationale Ausnahmeregelung zur generellen Erteilungsvoraussetzung des § 5 II 1 Nr. 1 und 2, die die Einreise mit dem für den angestrebten Aufenthaltszweck erforderlichen Visum (vgl. § 6) und die maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag verlangt. Aufgrund der Ermächtigung in § 99 I 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 III 1 für längerfristige Aufenthalte geltenden nationale Visumpflicht[274].

139 Für **die Beurteilung, wann die Voraussetzungen eines Anspruchs** iSd § 39 Nr. 3 AufenthV **entstanden sind,** ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das **zentrale Merkmal** der jeweiligen Anspruchsnorm, das den Aufenthaltszweck kennzeichnet[275] (etwa Eheschließung), erfüllt worden ist[276]. Denn in der amtlichen Begründung der Neufassung werden Anspruchsentstehung und Aufenthaltszweck 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 Aufenthaltszwecks ausgeschlossen werden kann"[277]). Daraus folgt, dass iRd § 39 Nr. 3 AufenthV für das Entstehen der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nur darauf abzustellen ist, wann das **den Aufenthaltszweck kennzeichnende Tatbestandsmerkmal** der Anspruchsgrundlage gegeben war. IÜ führt die Gegenauffassung, die auf das Vorliegen sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen – mit

---

[269] BVerwG Urt. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 20.

[270] BVerwG Urt. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 21.

[271] So für den Ausweisungsgrund BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09, NVwZ 2011, 499 Rn. 122; aA OVG NRW Beschl. v. 16.9.2008 – 19 B 871/08, BeckRS 2008, 139853 zu § 39 Nr. 5 AufenthV.

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

[273] Ausf. OVG NRW Beschl. v. 2.11.2009 – 18 B 1516/08, BeckRS 2009, 41359.

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

[275] BVerwG Urt. v. 11.1.2011 – 1 C 23.09, BVerwGE 138, 353 = NVwZ 2011, 871 Rn. 26.

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

[277] BT-Drs. 16/5065, 240.

Ausnahme des Visumerfordernisses gemäß § 5 II 1 – für einen Aufenthaltstitel abstellt, zu willkürlichen Ergebnissen. Mit Blick auf das Anliegen des Gesetzgebers, von vornherein beabsichtigte Daueraufenthalt nicht länger visumrechtlich zu privilegieren, ist eine Differenzierung danach, ob zB die notwendigen Kenntnisse der deutschen Sprache (§ 28 I 5 iVm § 30 I 1 Nr. 2) vor oder nach Einreise in das Bundesgebiet erworben worden sind, nicht zu vereinbaren.

140 § 39 Nr. 3 AufenthV setzt nicht nur voraus, dass der Ausländer im Zeitpunkt der Antragstellung von der Visumspflicht befreit oder im Besitz eines gültigen Schengen-Visums ist und die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach der Einreise entstanden sind, sondern auch, dass der Anspruch **während der Geltungsdauer der Befreiung bzw. des Schengen-Visums** entstanden ist[278]. Bereits der Wortlaut, „er […] sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält oder ein gültiges Schengen-Visum für kurzfristige Aufenthalte (§ 6 I Nr 1 AufenthG) besitzt", legt es wegen der Verwendung der Gegenwartsform nahe, dass der Ausländer bei Entstehung des Anspruchs nach der Einreise entweder befreit oder noch im Besitz eines gültigen Schengen-Visums sein muss. Außerdem gebietet der aus den Gesetzesmaterialien[279] erkennbare Sinn und Zweck der Bestimmung einer solchen Auslegung. Denn nur bei diesem Verständnis der Norm wird die Missbrauchsmöglichkeit, die der Gesetzgeber mit der Änderung des § 39 Nr. 3 AufenthV ausschließen wollte, zumindest eingeschränkt. Am Bsp. des Erfordernisses der einfachen deutschen Sprachkenntnisse (§ 30 I 1 Nr. 2) wird dies deutlich: Ein Ausländer, der mit einem Schengen-Visum für kurzfristige Aufenthalte eingereist ist, aber entgegen seinen Angaben im Visumantrag einen längerfristigen Aufenthalt zum Zweck der Eheschließung und des ehelichen Zusammenlebens im Bundesgebiet beabsichtigt hat, kann eine Aufenthaltserlaubnis vom Inland aus dann nämlich nur einholen, wenn er die Deutschkenntnisse bereits vor der Einreise erworben hat oder sie – was eher selten gelingen dürfte – noch während der Geltungsdauer eines Schengen-Visums nachweist[280].

141 Außerdem sind **Asylbewerber** als Inhaber einer Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG) nach Maßgabe von § 10 I oder II befreit **(§ 39 Nr. 4 AufenthV).** Also ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel besteht oder wichtige Interessen der Bundesrepublik Deutschland die Erteilung erfordern und die oberste Landesbehörde zustimmt.

142 Rechtsansprüche können sich zB aus §§ 28 I, 30 I, 32 I ergeben. Unerheblich sind für die Entbehrlichkeit des Visumverfahrens die näheren Umstände der Einreise. Es kommt hier also nicht darauf an, dass Asylbewerber bei der Einreise nicht von der Aufenthaltstitelpflicht befreit sind[281] und ihr Aufenthalt nach §§ 55 I 1, 56 AsylG räumlich beschränkt ist. Ihr Aufenthalt ist zwar rechtmäßig, wird aber im Falle der Nichtanerkennung nicht angerechnet (§ 55 III AsylG)[282]. Wenn die strengen Anforderungen des § 10 I oder II nicht erfüllt sind, kann ein Asylbewerber einen Aufenthaltstitel nur unter Einhaltung des Visumverfahrens erlangen. Mit der Ausreise in den Heimatstaat gilt jedoch der Asylantrag als zurückgenommen (§ 33 III AsylG).

143 Nach **§ 39 Nr. 5 AufenthV** kann ein Ausländer einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, wenn seine Abschiebung nach § 60a ausgesetzt ist (der Ausländer also geduldet wird) und er aufgrund einer Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft oder Geburt eines Kindes **während seines Aufenthalts im Bundesgebiet** einen **Anspruch auf Erteilung** einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Diese Ausnahme soll dem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer, dessen Abschiebung tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist und der deshalb geduldet wird und der daher regelmäßig nicht zur Durchführung des Visumverfahrens ausreisen kann, die Einholung des Aufenthaltstitels im Bundesgebiet ermöglichen, wenn er den Anspruch unter der Duldung aufgrund der genannten Ereignisse erworben hat. Ohne diese Privilegierung blieben geduldete Ausländer von dem Anspruch auf Erteilung eines ihnen infolge Verheiratung oder Geburt eines Kindes zustehenden Aufenthaltstitels ausgeschlossen und bedürften einer Ermessensentscheidung gemäß § 5 II 2[283].

144 Fraglich ist, ob es für das Erfordernis der Duldung nach § 60a maßgeblich auf den Zeitpunkt der Antragstellung[284] oder auf den Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung bzw. in einem sich anschließenden Klageverfahren auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz[285] ankommt. Zwar könnte der Wortlaut des § 39 AufenthV, der von der Möglichkeit der Einholung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet spricht, für ein Abstellen auf den Zeitpunkt des Eintritts des den Anspruch begründenden Ereignisses bzw. den Zeitpunkt der Antragstellung hindeuten. Jedoch ist auch insoweit am maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der

---

[278] Vgl. HessVGH Beschl. v. 22.9.2008 – 1 B 1628/08, ZAR 2008, 402; OVG RhPf Beschl. v. 20.4.2009 – 7 B 10037/09, BeckRS 2009, 33836.

[279] Vgl. BT-Drs. 16/5065, 240, s. o.

[280] So auch OVG RhPf Beschl. v. 20.4.2009 – 7 B 10037/09, BeckRS 2009, 33836.

[281] BVerwG Urt. v. 3.6.1997 – 1 C 1.97, EZAR 011 Nr. 12; aA *Teipel* ZAR 1995, 161.

[282] BVerwG Urt. v. 3.6.1997 – 1 C 1.97, EZAR 011 Nr. 12.

[283] OVG Bln-Bbg Beschl. v. 12.2.2013 – OVG 7 N 63.13, BeckRS 2013, 47326.

[284] So VGH BW Beschl. v. 5.3.2008 – 11 S 378/08, BeckRS 2008, 33384 Rn. 11.

[285] So OVG NRW Beschl. v. 11.7.2012 – 18 B 562/12, BeckRS 2012, 53834; HmbOVG Beschl. v. 16.11.2010 – 4 Bs 220/10, BeckRS 2010, 56892.

Tatsacheninstanz festzuhalten. Die Duldung muss also noch in diesem Zeitpunkt vorliegen, andernfalls wäre sie kein Hinderungsgrund mehr, das Visumsverfahren zu durchlaufen[286].

145 Die Umstände der Einreise spielen wie bei Asylbewerbern[287] keine Rolle. Es kommt auch nicht auf die Ausstellung des Duldungspapiers (vgl. §§ 60a IV, 77 S. 1 Nr. 5) an, sondern auf die Aussetzung, also den bewussten Nichtvollzug der Abschiebung (§ 60a). In Betracht kommen nur **familienbezogene Rechtsansprüche** nach §§ 28 I 1 Nr. 1 und 3, 30 I. Unter einem „Anspruch" iSv § 39 Nr. 5 AufenthV ist – ebenso wie bei § 39 Nr. 3 AufenthV – grundsätzlich nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat, weil nur dann der Gesetzgeber selbst eine Entscheidung über das zu erteilende Aufenthaltsrecht getroffen hat[288]. Eine Ermessenreduzierung auf null reicht nicht aus[289]. Auch bei einer „Soll"-Regelung fehlt es daran, wenngleich bei Vorliegen der gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge regelmäßig vorgezeichnet ist[290]. Denn die Annahme eines atypischen Ausnahmefalls beruht auf einer wertenden Einzelfallbetrachtung und stellt ebenfalls keinen strikten Rechtsanspruch dar[291].

146 Da die Vorschrift der Privilegierung von Personen dient, die sich bereits geduldet im Bundesgebiet aufhalten, wenn die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eintreten, ist es nach vorherrschender Rspr. nicht ausreichend, wenn die Duldung ausschließlich zur Eheschließung im Bundesgebiet oder mit Blick auf die bevorstehende Geburt eines Kindes erteilt worden ist, weil andernfalls diese Ereignisse doppelt berücksichtigt würden[292]. Diese teleologische Reduktion ist aber nicht zwingend, weil § 39 Nr. 5 AufenthV gerade den veränderten familiären Umständen nach der Einreise Rechnung tragen soll[293].

147 Nach **§ 39 Nr. 6 AufenthV** kann einem Ausländer, der im Besitz eines von einem anderen Schengen-Staat (vgl. § 2 V) ausgestellten Aufenthaltstitel ist, im Bundesgebiet ein Aufenthaltstitel erteilt werden, wenn sich der Ausländer aufgrund des ausländischen Aufenthaltstitels im Bundesgebiet rechtmäßig aufhalten darf (Art. 21 SDÜ) und die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind. Bei dem ausländischen Aufenthaltstitel kann es sich um einen nationalen Aufenthaltstitel (Art. 21 I SDÜ) und jedenfalls theoretisch auch um ein nationales Visum eines anderen Schengen-Staats (§ 21 IIa SDÜ) handeln[294]. Art. 21 I SDÜ erlaubt allerdings nur Kurzaufenthalte. Beabsichtigt der Ausländer also bereits bei der Einreise einen längeren Aufenthalt, bedarf er ab diesem Zeitpunkt das dafür erforderliche nationale Visum[295]. Der Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels muss sowohl vor Ablauf des Zeitraums für den die Befreiung nach Art. 21 SDÜ gilt als auch innerhalb der 90-Tage-Frist nach § 41 III 2 AufenthV gestellt werden. § 39 Nr. 6 AufenthV privilegiert auch die Familienangehörigen eines in einem anderen Mitgliedstaat langfristig Aufenthaltsberechtigten der sein Aufenthaltsrecht (Art. 14, 15 Daueraufenthalts-RL) im Bundesgebiet ausübt, wenn die Familie bereits im ersten Mitgliedstaat bestand (Art. 16 Daueraufenthalts-RL)[296].

148 Nach **§ 39 Nr. 7 AufenthV** kann der Ausländer den Aufenthaltstitel im Inland einholen, wenn er seit 18 Monaten eine von einem anderen Mitgliedstaat der EU ausgestellte Blaue Karte EU besitzt und er für die Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung im Inland eine Blaue Karte EU (§ 18b II) beantragt. Die Privilegierung beruht auf Art. 18 I BlueCard-RL und umfasst auch die den Ausländer begleitenden Familienangehörigen. Die Antragsfrist gemäß S. 3 setzt Art. 18 II BlueCard-RL um.

---

[286] OVG Bln-Bbg Beschl. v. 12.2.2013 – OVG 7 N 63.13, BeckRS 2013, 47326; aA VGH BW Beschl. v. 5.3.2008 – 11 S 378/08, BeckRS 2008, 33384 Rn. 11.

[287] → § 4 Rn. 30.

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

[289] VGH BW Beschl. v. 10.3.2009 – 11 S 2990/08, BeckRS 2009, 32462; ebenso OVG LSA Beschl. v. 4.7.2006 – 2 O 210/06, BeckRS 2008, 32762; OVG Bln-Bbg Beschl. v. 6.10.2006 – OVG 7 S 32.06, LSK 2007, 110236; NdsOVG Beschl. v. 18.6.2007 – 10 PA 65/07, BeckRS 2007, 25180; so auch BVerwG Urt. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07, BVerwGE 132, 382 = NVwZ 2009, 789 zu § 10 III 3; aA VG Freiburg Urt. v. 2.4.2005 – 8 K 1275/03, InfAuslR 2005, 388.

[290] BVerwG Urt. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 20.

[291] BVerwG Urt. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14, BVerwGE 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 21.

[292] BayVGH Beschl. v. 20.8.2018 – 10 C 18.1497, BeckRS 2018, 21841 Rn. 20; NdsOVG Beschl. v. 2.2.2018 – 13 PA 12/18, BeckRS 2018, 1067; HmbOVG Beschl. v. 10.4.2014 – 4 Bf 19/13, BeckRS 2014, 52410; OVG Bln-Bbg Beschl. v. 10.1.2012 – OVG 11 S 6.12, BeckRS 2012, 4585; Beschl. v. 22.8.– OVG 2 S 61.07, BeckRS 2008, 39807, aA VGH BW Beschl. v. 5.3.2008 – 11 S 378.08, BeckRS 2008, 33384.

[293] Vgl. auch *Hofmann* in Hofmann AuslR § 81 Rn. 22.

[294] Vgl. *Maor* in: Kluth/Hornung/Koch ZuwanderungsR-HdB, § 4 Rn. 114.

[295] OVG Bln-Bbg Beschl. v. 28.2.2019 – OVG 11 S 21.18, BeckRS 2019, 2896 Rn. 11; HmbOVG Beschl. v. 1.6.2018 – 1 Bs 126/17, BeckRS 2018, 13375; vgl. auch BayVGH Beschl. v. 28.2.2019 – 10 ZB 18.1626, BeckRS 2019, 3423 Rn. 12.

[296] BayVGH Beschl. v. 13.4.2015 – 19 CS 14.2847, BeckRS 2015, 45994 Rn. 17 f.