

# Ausländerrecht

Bergmann / Dienelt

13. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74061-9  
C.H.BECK

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

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.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://www.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://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

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 RechtsVO mit Zustimmung des BR zu bestimmen, dass der AufTit vor der Einreise bei der AuslBeh oder nach der Einreise eingeholt werden kann<sup>262</sup>. Als nat Ausnahmeregelung zur generellen ErtVoraussetzung des § 5 II 1 Nr 1 u. 2, die idR die Einreise mit dem für den angestrebten AufZweck erforderl Visum (vgl § 6) u. die Eintragung der maßgebl Angaben bereits im Visumantrag verlangt, sind Rückausnahmen, wie sie in § 39 AufenthV aufgrund der Ermächtigung in § 99 I Nr 2 ermöglicht werden, nur als nat Abweichungen erlaubt, die nach Sinn u. Zweck der Vorschrift auf die nat Einreise abstellen. Entspr beschränkt sich der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift auf die Befreiung von der gemäß § 6 III 1 für längerfristige Aufenth geltenden nat Visumpflicht<sup>263</sup>.

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 jew Anspruchsnorm, das den AufZweck kennzeichnet<sup>264</sup> (etwa Eheschließung), erfüllt worden ist<sup>265</sup>. Denn in der amtl Begr der Neufassung werden Anspruchsentstehung u. AufZweck 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“<sup>266</sup>). Daraus folgt, dass iRd § 39 Nr 3 AufenthV für das Entstehen der Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ert eines AufTit nur darauf abzustellen ist, wann das **den AufZweck kennzeichnende Tatbestandsmerkmal** der Anspruchsgrundlage gegeben war. IÜ führt die Gegenauffassung, die auf das Vorliegen sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen – mit Ausnahme des Visumerfordernisses gemäß § 5 II 1 – für einen AufTit abstellt, zu willkürlichen Ergebnissen. Mit Blick auf das Anliegen des Gesetzgebers, von vornherein beabsichtigte Daueraufenth nicht länger visumrechtl zu privilegieren, ist eine Differenzierung danach, ob zB die notwendigen Kenntnisse der dt Sprache (§ 28 I 5 iVm § 30 I 1 Nr 2) vor oder nach Einreise in das Bundesgebiet erworben worden sind, nicht zu vereinbaren.

§ 39 Nr 3 AufenthV setzt nicht nur voraus, dass der Ausl im Zeitpunkt der Antragstellung befreit oder im Besitz eines gültigen Schengen-Visums ist u. die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ert eines AufTit nach der Einreise entstanden sind, sondern auch, dass der Anspruch **während der Geltungsdauer der Befreiung bzw des Schengen-Visums** entstanden ist<sup>267</sup>. 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 Ausl 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<sup>268</sup> erkennbare Sinn u. 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 dt Sprachkenntnisse (§ 30 I 1 Nr 2) wird dies deutlich: Ein Ausl, der mit einem Schengen-Visum für kurzfristige Aufenth eingereist ist, aber entgegen seinen Angaben im Visumantrag einen längerfristigen Aufenth zum Zweck der Eheschließung u. des ehelichen Zusammenlebens im Bundesgebiet beabsichtigt hat, kann eine AE vom Inland aus dann nämlich nur einholen, wenn er die DtKenntnisse bereits vor der Einreise erworben hat oder sie – was eher selten gelingen dürfte – noch während der Geltungsdauer eines Schengen-Visums nachweist<sup>269</sup>.

Außerdem sind **Asylbew** als Inh einer AufGest (§ 55 AsylG) nach Maßgabe von § 10 I oder II befreit (**§ 39 Nr 4 AufenthV**). Erfasst sind zwei Fallgestaltungen:

- Ein Anspruch auf einen AufTit besteht.
- Wichtige Interessen der BR Deutschland erfordern die Ert u. die oberste Landesbeh stimmt zu.

Rechtsansprüche können sich zB aus §§ 28 I, 30 I, 32 I ergeben. Unerheblich sind für die Entbehrlichkeit des Visumverf die näheren Umstände der Einreise. Es kommt hier also nicht darauf

<sup>262</sup> Ausf OVG NRW, B. v. 2.11.2009 – 18 B 1516/08 – juris.

<sup>263</sup> OVG BB, U. v. 16.7.2009 – 2 B 19.08 – juris; BayVGH, B. v. 18.5.2009 – 10 CS 09.853 – juris; B. v. 23.12.2008 – 19 CS 08.577, 19 C 08.3068 – juris; B. v. 24.7.2008 – 19 CS 08.1940 – juris; Nds OVG, B. v. 28.8.2008 – 13 ME 131/08 – juris; HessVGH, B. v. 22.9.2008 – 1 B 1628/08 – juris, Rn 5; VGH BW, B. v. 8.7.2008 – 11 S. 1041/08 – juris, Rn 16.

<sup>264</sup> BVerwG, U. v. 11.1.2011 – 1 C 23.09 – BVerwGE 138, 353, Rn 26.

<sup>265</sup> BVerwG, U. v. 11.1.2011 – 1 C 23.09 – BVerwGE 138, 353, Rn 26; ebenso Nds OVG, B. v. 1.3.2010 – 13 ME 3/10 – juris, Rn 9 f.; BayVGH, B. v. 29.9.2009 – 19 CS 09.1405 – juris, Rn 4; OVG Brem, B. v. 26.6.2009 – 1 B 552/08 – juris, Rn 29; aAVGH BW, B. v. 8.7.2008 – 11 S 1041/08 – juris, Rn 17.

<sup>266</sup> BT-Drs 16/5065 S. 240.

<sup>267</sup> Vgl HessVGH, B. v. 22.9.2008 – 1 B 1628/08 – juris Ls, 2 u. Rn 6; OVG RP, B. v. 20.4.2009 – 7 B 10 037/09 – juris.

<sup>268</sup> Vgl BT-Drs 16/5065 S. 240, s. oben.

<sup>269</sup> So auch OVG RP, B. v. 20.4.2009 – 7 B 10 037/09 – juris.

an, dass Asylbew bei der Einreise nicht von der AufTitPflicht befreit sind<sup>270</sup> u. ihr Aufenth nach §§ 55 I 1, 56 AsylG räumlich beschränkt ist. Ihr Aufenth ist zwar rechtmäßig, wird aber im Falle der Nichtanerkennung nicht angerechnet (§ 55 III AsylG)<sup>271</sup>. Wenn die strengen Anforderungen des § 10 I oder II nicht erfüllt sind, kann ein Asylbew einen AufTit nur unter Einhaltung des Visumverf erlangen. Mit der Ausreise in den Heimatstaat gilt jedoch der Asylantrag als zurückgenommen (§ 33 III AsylG).

- 139 Nach § 39 Nr 5 AufenthV kann ein Ausl einen AufTit im Bundesgebiet einholen, wenn seine Abschiebung nach § 60a ausgesetzt ist (der Ausl also geduldet wird) u. er aufgrund einer Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft oder Geburt eines Kindes **während seines Aufenth im Bundesgebiet einen Anspruch auf Ert** einer AE erworben hat. Diese Ausnahme soll dem vollziehbar ausreisepf Ausl, dessen Abschiebung tatsächl oder rechtl unmöglich ist u. der deshalb geduldet wird u. der daher regelm nicht zur Durchführung des Visumverf ausreisen kann, die Einholung des AufTit im Bundesgebiet ermöglichen, wenn er den Anspruch unter der Duldung auf Grund der genannten Ereignisse erworben hat. Ohne diese Privilegierung blieben geduldete Ausl von dem Anspruch auf Ert eines ihnen infolge Verheiratung oder Geburt eines Kindes zustehenden AufTit ausgeschlossen u. bedürften einer Ermessensentscheidung gemäß § 5 II 2<sup>272</sup>.
- 140 Fraglich ist, ob es für das Erfordernis der Duldung nach § 60a maßgeb auf den Zeitpunkt der Antragstellung<sup>273</sup> oder auf den Zeitpunkt der beh Entscheidung bzw in einem sich anschließenden Klageverf auf den Zeitpunkt der letzten mündl Verhandlung in der Tatsacheninstanz<sup>274</sup> ankommt. Zwar könnte der Wortlaut des § 39 AufenthV, der von der Möglichkeit der Einholung eines AufTit 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 maßgeb Zeitpunkt der letzten mündl Verhandlung in der Tatsacheninstanz festzuhalten. Die Duldung muss also noch in diesem Zeitpunkt vorliegen, andernfalls wäre sie kein Hinderungsgrund mehr, das Visumverf zu durchlaufen<sup>275</sup>.
- 141 Die Umstände der Einreise spielen wie bei Asylbew<sup>276</sup> 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 u. 3, 30 I. Unter einem „Anspruch“ iSv § 39 Nr 5 AufenthV ist – ebenso wie bei § 39 Nr 3 AufenthV – grds nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden u. regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind u. die Beh kein Ermessen mehr auszuüben hat, weil nur dann der Gesetzgeber selbst eine Entscheidung über das zu erteilende AufR getroffen hat<sup>277</sup>. Eine Ermessenreduzierung auf Null reicht nicht aus<sup>278</sup>. Auch bei einer „Soll“-Regelung fehlt es daran, wenngleich bei Vorliegen der ges Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge regelmäßig vorgezeichnet ist<sup>279</sup>. Denn die Annahme eines atypischen Ausnahmefalls beruht auf einer wertenden Einzelfallbetrachtung u. stellt ebenfalls keinen strikten Rechtsanspruch dar<sup>280</sup>.
- 142 Da die Vorschrift der Privilegierung von Personen dient, die sich bereits geduldet 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<sup>281</sup>. Diese teleologische Reduktion ist aber nicht zwingend, weil § 39 Nr 5 AufenthV gerade den veränderten familiären Umständen nach der Einreise Rechnung tragen soll<sup>282</sup>.

<sup>270</sup> BVerwG, U. v. 3.6.1997 – 1 C 1.97 – EZAR 011 Nr 12; aA Teipel, ZAR 1995, 161.

<sup>271</sup> BVerwG, U. v. 3.6.1997 – 1 C 1.97 – EZAR 011 Nr 12.

<sup>272</sup> OVG BB, B. v. 12.2.2013 – OVG 7 N 63.13 – juris, Rn 5.

<sup>273</sup> So VGH BW B. v. 5.3.2008 – 11 S 378/08 – juris, Rn 11

<sup>274</sup> So OVG NRW, B. v. 11.7.2012 – 18 B 562/12 – juris, Rn 16; OVG Hmb, B. v. 16.11.2010 – 4 Bs 220/10 – juris, Rn 12, 13.

<sup>275</sup> OVG BB, B. v. 12.2.2013 – OVG 7 N 63.13 – juris, Rn 5; an der bisher in Anlehnung an VGH BW, B. v. 5.3.2008 – 11 S 378/08 – juris, Rn 11 vertr Ansicht wird nicht mehr festgehalten.

<sup>276</sup> Vgl § 4 Rn 30.

<sup>277</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 20; U. v. 10.12.2014 – 1 C 15/14 – juris, Rn 19; BVerwG, U. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09 – juris; U. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris; OVG NRW, B. v. 16.8.2016 – 18 B 754.16 – juris, Rn 7.

<sup>278</sup> VGH BW, B. v. 10.3.2009 – 11 S 2990/08 – juris, Rn 20; ebenso OVG S-A, B. v. 4.7.2006 – 2 O 210/06 – juris; OVG BB, B. v. 6.10.2006 – 7 S 32.06 – juris; Nds OVG, B. v. 18.6.2007 – 10 PA 65/07 – juris; so auch BVerwG, U. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris, zu § 10 III 3; aA VG Freiburg, U. v. 2.4.2005 – 8 K 1275/03 – InfAuslR 2005, 388.

<sup>279</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 20.

<sup>280</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 21.

<sup>281</sup> BayVGh, B. v. 20.8.2018 – 10 C 18.1497 – juris Rn 20; Nds OVG, B. v. 2.2.2018 – 13 PA 12/18; Hamb OVG, B. v. 10.4.2014 – 4 Bf 19/13 – juris Rn 62; OVG BB, B. v. 10.1.2012 – OVG 11 S 6.12 – juris, Rn 10; B. v. 22.8. u. 16.1.2008 – 2 S 61.07 u. 2 S 4.08 – juris. aA VGH BW, B. v. 5.3.2008 – 11 S 378.08 – juris

<sup>282</sup> Vgl auch Hofmann in: Hofmann, AuslR § 81 Rn 22.

Nach § 39 Nr 6 AufenthV kann einem Ausl, der im Besitz eines von einem anderen Schengen-Staat (vgl § 2 V) ausgestellten AufTit ist, im Bundesgebiet ein AufTit erteilt werden, wenn sich der Ausl aufgrund des ausl AufTit im Bundesgebiet rechtmäßig aufhalten darf (Art 21 SDÜ) u. die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Ert eines AufTit erfüllt sind. Bei dem ausl AufTit kann es sich um ein Visum eines (anderen) Schengen-Staats (§ 21 IIa SDÜ) oder um einen nat AufTit (Art 21 I SDÜ) handeln. Art 21 I SDÜ erlaubt allerdings nur Kurzaufenth. Beabsichtigt der Ausl bereits bei der Einreise einen längeren Aufenth, bedarf er ab diesem Zeitpunkt das dafür erforderl nat Visum<sup>283</sup>. Der Antrag auf Ert eines AufTit 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 Familienangeh eines in einem anderen Mitgliedstaat langfristig AufBer, der sein AufenthR (Art 14, 15 DauerAufRL) im Bundesgebiet ausübt, wenn die Familie bereits im ersten Mitgliedstaat bestand (Art 16 DauerAufRL)<sup>284</sup>.

Nach § 39 Nr 7 AufenthV kann der Ausl den AufTit im Inland einholen, wenn er seit 18 Monaten eine von einem anderen Mitgliedstaat der EU ausgestellte Blaue Karte EU besitzt u. er für die Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung im Inland eine Blaue Karte EU (§ 18b II) beantragt. Die Privilegierung beruht auf Art 18 I BlueCardRL u. umfasst auch die den Ausl begleitenden Familienangeh. Die Antragsfrist gemäß S. 3 setzt Art 18 II BlueCardRL um.

§ 39 Nr 8 u. 9 AufenthV<sup>285</sup> privilegieren die Inh von AufTit nach der ICTRL<sup>286</sup>. Während für die ErstErt der ICT-Karte gemäß § 19 zwingend das Visumverf durchzuführen ist (§ 5 II 3, § 39 S. 2 AufenthV, Art 11 II ICTRL), kann der Inh einer ICT-Karte deren Verlängerung im Inland beantragen (Nr 8). Ist der Ausl im Besitz eines AufTit nach der ICTRL eines anderen Mitgliedstaates kann er die Mobiler ICT-Karte (§ 19b) u. ebenso die AE zum Familiennachzug zu einem Inh einer Mobiler ITC-Karte im Inland beantragen.

Ebenfalls privilegiert sind Inh eines AufTit eines anderen Mitgliedstaates, der aufgrund der RESTRRL erteilt worden ist. Gemäß § 39 Nr 10 AufenthV können sie die AE für mobile Forscher (§ 18f) ebenso wie die AE zum Familiennachzug zum Inh einer solchen AE im Inland beantragen.

Saisonbeschäftigte mit ArbErl iSv § 15a I 1 Nr 1 BeschV können gemäß § 39 Nr 11 AufenthV vor Ablauf der ArbErl einen AufTit zur Saisonbeschäftigung bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber im Inland beantragen. Der rechtzeitige Antrag bewirkt, dass bis zu einer Entscheidung der AuslBeh der AufTit als erteilt gilt.

Positivstaater können ferner einen visumfreien Kurzaufenth gemäß § 40 AufenthV über 90 Tage hinaus entspr Art 20 II SDÜ verlängern. Ausgeschlossen ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, ausgenommen sind nach § 17 II AufenthV unbeachtliche Tätigkeiten (§ 40 AufenthV). Damit können von der Visumpflicht Befreite die Verlängerung ihres rechtmäßigen Aufenth ohne vorherige Ausreise beantragen. Eine Ausnahme nach Art 20 II SDÜ setzt zwingende Gründe für die Anwesenheit oder eine unbillige Härte im Falle der Versagung voraus (Nr 2.4.2.8 AAH-SDÜ)<sup>287</sup>, zB eine dringende Krankenbehandlung oder der Tod eines Mitreisenden.

§ 41 AufenthV privilegiert die StAng weiterer befreundeter Staaten. Diese benötigen auch für Aufenth, die keine Kurzaufenth sind, kein Visum sondern können den erforderl AufTit im Inland einholen. Der Antrag muss aber binnen 90 Tagen – also dem Zeitraum eines Kurzaufenth – gestellt werden (§ 41 III AufenthV). Keine Anwendung findet diese Privilegierung auf die Ert einer ICT-Karte (§ 41 IV AufenthV).

Greift keine der allg Ausnahmen der §§ 39–41 AufenthV, kann eine Ausnahme nach § 5 II 2 in Betracht kommen. Das Absehen von dem Erf des Verf im Ermessenswege ist danach möglich, wenn ein Anspruch auf Ert des AufTit besteht oder bes Umstände die Unzumutbarkeit der Ausreise u. Nachholung des Visumverf begründen. Eine solche Ausnahme ist für die Ert einer ICT-Karte ausgeschlossen (S. 3, Art 11 II ICTRL). Der AufTit zum Zweck des unternehmerischen Transfers kann nur von einem Drittstaat, in dem der Ast seinen Wohnort bzw Lebensmittelpunkt hat, aus gestellt werden<sup>288</sup>.

Ein Anspruch (§ 5 II 2 1. Alt) auf die Ert ist ebenso wie bei § 10 III 3 oder in § 39 Nr 3 AufenthV nur dann gegeben, wenn das AufenthG oder ein anderes Ges einen strikten Rechtsanspruch verleihen. Ein solcher Rechtsanspruch liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden u. regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind u. die Beh kein Ermessen mehr auszuüben hat, weil nur dann der Gesetzgeber selbst eine Entscheidung über das zu erteilende AufR getroffen hat<sup>289</sup>. Eine Ermessen-

<sup>283</sup> OVG BB, B. v. 28.2.2019 — OVG 11 S 21.18 — juris, Rn 11; OVG Hmb, B. v. 1.6.2018 — 1 Bs 126/17; vgl auch BayVG, B. v. 28.2.2019 — 10 ZB 18.1626 — juris, Rn 12.

<sup>284</sup> BayVG, B. v. 13.4.2015 — 10 CS 14.2847 — juris, Rn 17 f.

<sup>285</sup> § 39 Nr 8–11 wurden mit der VO zur Umsetzung aufR Richtlinien der Europäischen Union zur Arbeitsmigration v. 1.8.2017, BGBl. I 3066, eingefügt.

<sup>286</sup> RL 2014/66/EU des Europäischen Parlaments u. des Rates vom 15.5.2014, ABl. L 157 S. 1.

<sup>287</sup> Vgl B. des Exekutivsausschusses v. 14.12.1993 — SCH/Com-es 93 21, ABl. EG L 239 v. 22.9.2000.

<sup>288</sup> Vgl GesEntw der BR v. 12.1.2017, BR-Dr. 9/17.

<sup>289</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 — 1 C 31.14 — juris, Rn 20; U. v. 10.12.2014 — 1 C 15/14 — juris, Rn 19; BVerwG, U. v. 16.11.2010 — 1 C 17.09 — juris; U. v. 16.12.2008 — 1 C 37.07 — juris; OVG NRW, B. v. 16.8.2016 — 18 B 754.16 — juris, Rn 7.

reduzierung auf Null reicht nicht aus<sup>290</sup>. Auch bei einer „Soll“-Regelung fehlt es daran, wenngleich bei Vorliegen der ges Tatbestandsvoraussetzungen die Rechtsfolge regelmäßig vorgezeichnet ist<sup>291</sup>. Die Annahme eines atypischen Ausnahmefalls beruht auf einer wertenden Einzelfallbetrachtung u. stellt ebenfalls keinen strikten Rechtsanspruch dar<sup>292</sup>. Nach seiner Entstehungsgeschichte bezweckt § 5 II 2 1. Alt eine Ausnahme von der Visumpflicht „wie bisher“<sup>293</sup>. Die Vorschrift knüpft damit unmittelbar an die Ausnahmen von der Visumpflicht nach § 9 I Nr 1 u. 2 AuslG 1990 u. deren Voraussetzung eines „Anspruchs auf Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung nach diesem Gesetz“ an. Dies musste ein strikter Rechtsanspruch sein, nicht ein solcher, der seinerseits nur ein Ermessen eröffnet, selbst wenn im Einzelfall das Ermessen, etwa aufgrund von Art 6 GG oder Art 8 EMRK, auf Null reduziert war, so dass sich hieraus faktisch ein Rechtsanspruch auf Ert der AE ergab<sup>294</sup>.

- 152 Die Neuregelung schreibt diese Rechtslage ohne sachliche Änderung fort<sup>295</sup>. Das in § 5 II 1 Nr 1 vorgeschriebene Visumverf dient dem Zweck, die Zuwanderung nach Deutschland wirksam steuern u. begrenzen zu können<sup>296</sup>. Ausgehend von diesem Zweck sind **Ausnahmen von der Visumpflicht nach § 5 II 2 prinzipiell eng auszulegen**. Das bedeutet für die Auslegung des Ausnahmetatbestands des Vorliegens eines ges Anspruchs auf Ert der angestrebten AE, dass sich ein solcher aus der typisierten ges Regelung ergeben muss u. Ausnahmetatbestände insoweit unberücksichtigt bleiben müssen<sup>297</sup>. Auf diese Weise soll generalpräventiv dem Anreiz entgegenwirken werden, nach illegaler Einreise Bleibegründe zu schaffen, die mit einem Verzicht auf das vom Ausland durchzuführende Visumverf honoriert werden. Die bewusste Umgehung des Visumverf soll nicht folgenlos bleiben, um dieses wichtige Steuerungsinstrument der Zuwanderung nicht zu entwerten<sup>298</sup>. Für dieses enge Verständnis sprechen auch Sinn u. Zweck des § 5 II 2, auf die Nachholung des Visumverf zur Vermeidung unnötigen Verwaltungs- u. Reiseaufwands nur dann zu verzichten, wenn sich alle Voraussetzungen für die Ert eines AufTit bereits im Inland ohne eine ins Detail gehende Einzelfallprüfung feststellen lassen. Nur in solchen Fällen verliert der **auf Zuwanderungskontrolle u. -steuerung zielende Zweck** des Visumverf an Gewicht. Der Verweis auf die Nachholung dieses Verf kann dann auf einen unverhältnismäßigen, bloßen Formalismus hinauslaufen. Das wird bei einem strikten ges Rechtsanspruch, der nicht durch bes Umstände des Einzelfalls geprägt u. ohne größeren Ermittlungs- u. Bewertungsaufwand feststellbar ist, regelmäßig in Betracht kommen. Bei einem Anspruch auf Ert eines AufTit aufgrund einer Ermessensreduktion auf Null liegt es im Regelfall anders. Ob das Ermessen von Rechts wegen nur zugunsten des Ausl ausgeübt werden darf, ist erst nach Sammlung, Gewichtung u. Abwägung aller wesentlichen Gesichtspunkte des jew Einzelfalles feststellbar<sup>299</sup>.
- 153 In diesem Fall ergibt sich nur wegen bes **Einzelfallumstände** eine Verpflichtung zur Ert eines AufTit. Eine solche Ermessensreduzierung ist im Grds bei jeder Ermessensnorm möglich. Es steht aber nicht schon aufgrund einer Tatbestandserfüllung fest, sondern erst nach Sammlung u. Auswertung aller relevanten Umstände des Einzelfalls sowie einer anschließenden Güter- u. Interessenabwägung. Es erfordert uU einen nicht unbeträchtlichen Aufwand u. zwingt die AuslBeh damit zu einer Prüfung, von der diese gerade durch das Visumverf entlastet werden soll. Die AuslBeh soll nur dann eine Ausnahme zulassen können, wenn sie keine umfangreichen Ermittlungen u. Abwägungen vorzunehmen braucht, weil sich das materielle Ergebnis ohne Weiteres aus einer Anspruchsnorm finden lässt.
- 154 Aufgrund bes Einzelfallumstände kann auch wegen **Unzumutbarkeit** (§ 5 II 2 2. Alt) auf die Nachholung des Visumverf verzichtet werden.<sup>300</sup> Das ist bei einem unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte aus Art 6 I u. II GG u. Art 8 I EMRK der Fall, weil der Ausl auf die Lebenshilfe des anderen Familienmitglieds angewiesen ist<sup>301</sup>. Dagegen begründet das Vorbringen, der Ausl sei wegen einer Gehbehinderung u. eines reduzierten Allgemeinzustandes ständig auf fremde Hilfe angewiesen nicht die Unzumutbarkeit, wenn sich der gesundheitliche Zustand des Ausl nicht erst nach der Einreise erheblich verschlechtert u. ihn zuvor nicht an der Reise nach Deutschland gehindert hat<sup>302</sup>. Bei der Überlegung, ob die Nachholung eines Visumverf zumutbar ist, ist nicht vom Fall einer Abschiebung,

<sup>290</sup> VGH BW, B. v. 10.3.2009 – 11 S 2990/08 – juris, Rn 20; ebenso OVG S-A, B. v. 4.7.2006 – 2 O 210/06 – juris; OVG BB, B. v. 6.10.2006 – 7 S 32.06 – juris; Nds OVG, B. v. 18.6.2007 – 10 PA 65/07 – juris; so auch BVerwG, U. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris, zu § 10 III 3; aA VG Freiburg, U. v. 2.4.2005 – 8 K 1275/03 – InfAuslR 2005, 388.

<sup>291</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 20.

<sup>292</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 21.

<sup>293</sup> Begr zum RegEntw, BT-Drs 15/420 S. 70.

<sup>294</sup> BVerwG, U. v. 8.6.1996 – 1 C 17.95 – juris, Rn 23; B. v. 3.3.1998 – 1 B 27.98 – juris, Rn 5; U. v. 17.3.2004 – 1 C 11.03 – juris, Rn 12 ff.

<sup>295</sup> VGH BW, B. v. 10.3.2009 – 11 S 2990/08 – juris, Rn 20.

<sup>296</sup> BVerwG, U. v. 11.1.2011 – 1 C 23.09 – juris, unter Hinw auf die GesBegr in BT-Drs 15/420 S. 70.

<sup>297</sup> BVerwG, U. v. 10.12.2014 – 1 C 15.14 – juris, Rn 20.

<sup>298</sup> BVerwG, U. v. 10.12.2014 – 1 C 15.14 – juris, Rn 20; OVG BB, B. v. 27.1.2014 – OVG 7 M 74.13 – juris, Rn 4.

<sup>299</sup> VGH BW, B. v. 10.3.2009 – 11 S 2990/08 – InfAuslR 2009, 236.

<sup>300</sup> Vgl. BVerwG, U. v. 25.6.2019 – 1 C 40.18 – juris, Rn 25.

<sup>301</sup> Vgl. BayVG, B. v. 30.9.2014 – 19 CS 14.1576 – juris, Rn 41 mwN.

<sup>302</sup> Vgl. OVG BB, B. v. 26.11.2018 – OVG 2 S 38.18 – juris, Rn 6.

sondern von einer selbst organisierten freiwilligen Ausreise auszugehen<sup>303</sup>. Die mit der Ausreise u. einer erneuten Einreise mit dem erforderl Visum verbundenen Kosten, Mühen u. Verluste an Zeit, die für andere Angelegenheiten dringender benötigt wird, gehören allerdings zu dem normalen Risiko der nicht ordnungsgemäßen Einreise<sup>304</sup> u. begründen daher für sich allein nicht die Unzumutbarkeit der Ausreise u. Nachholung des Visumverf. Wartezeiten, Kosten u. sonstige Erschwernisse, die durch das Visumverf entstehen, sind als typische Umstände der ges Ausgestaltung des Einreiseverf auch bei der ordnungsgemäßen Einreise grds hinzunehmen<sup>305</sup>. Als unzumutbar können sie nur dann angesehen werden, wenn die Versäumnisse dem Ausl nicht persönlich anzulasten sind, sein Verschulden nur gering war oder die notwendigen Reisen aufgrund äußerer Umstände oder aus persönlichen Gründen bes Schwierigkeiten bereiten oder bes aufwändig erscheinen, zB bei der Durchreise durch mehrere andere Staaten, bei Reiseunfähigkeit, Krankheit oder der Sorge für einen pflegebedürftigen Angeh oder sehr kleinen Kindern<sup>306</sup>. Eine Trennung von Ehegatten, die die übliche Dauer des Visumverf nicht übersteigt, ist regelmäßig zumutbar<sup>307</sup>.

Auch wenn einer der beiden Tatbestände erfüllt ist, ist ein Absehen von der ordnungsgemäßen Einreise noch nicht zwingend geboten. Es muss vielmehr im Wege des **Ermessens** entschieden werden, ob von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden soll<sup>308</sup>. Dabei darf die AuslBeh (generalpräventiv) berücksichtigen, ob eine bewusste Umgehung des Visumverf vorliegt, die nicht durch eine Abweichung im Ermessenswege honoriert werden soll<sup>309</sup>. Dieses Handlungsermessen ist nicht eröffnet, wenn eine Ausnahmesituation verneint worden ist. Zudem darf es sich nicht in der Wiederholung der Gesichtspunkte erschöpfen, die bereits für die Feststellung einer atypischen Sachlage herangezogen wurden. Es können aber allg Erwägungen darüber angestellt werden, ob im konkreten Einzelfall das Nachholen des Visumverf mit den dahinter stehenden Grundgedanken noch vereinbar ist oder umgekehrt ohne Schaden für das Prinzip von ihm abgewichen werden kann. Schließlich soll die Dispositionsmöglichkeit des Abs 2 S. 2 va dazu dienen, eine VisumErt durch grenznahe AuslVertr zu erübrigen.

## V. Ausnahmen bei humanitären Aufenthalten

§ 5 III 1 u. 2 stellen Sonderregelungen dar, in welchen Fällen bei einem AufTit nach Kap. 2 Abschn 5 von der Anwendung des § 5 I insgesamt oder zumindest hinsichtlich einzelner ErtVoraussetzungen abgesehen werden muss oder im Ermessenswege abgesehen werden kann. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass bei der AufGewährung aus **vr, humanitären oder politischen Gründen** die Ert eines AufTit in bestimmten Fällen typischerweise nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen des § 5 I abhängig gemacht werden kann<sup>310</sup>, u. in allen anderen Fällen die AuslBeh über die Möglichkeit, im Ermessenswege von der Einhaltung der allg ErtVoraussetzungen abzusehen, zu einer Einzelfallwürdigung verpflichtet sind<sup>311</sup>. International Schutzber sind regelmäßig nicht mit einem Visum eingereist, so dass von den Voraussetzungen von § 5 II für die Ert der AE gemäß Abs 3 S. 1 u. NE gemäß S. 4 abzusehen ist<sup>312</sup>. Nach S. 2 ist für alle sonstigen Tatbestände der §§ 22–26 ein weites Ermessen eröffnet.

Die allg ErtVoraussetzungen der Abs 1 u. 2 gelten danach allg nicht für AE zugunsten genau bezeichneter Personengruppen. Sie sind **nicht anwendbar** bei Ert einer AE an: vorübergehend nach einem EU-Ratsbeschluss **aufgenommene Flüchtlinge** (§ 24); anerkannte **Asylber** (§ 25 I); **international Schutzber**, also anerkannte GK-Flüchtlinge u. subsidiär Schutzber (§ 25 II); anerkannte **Abschiebungsschutzber** (§ 25 III). Letzteren darf daher auch nicht hinsichtlich der Erfüllung der grds Passpflicht (§ 5 I Nr 4 iVm § 3) u. einer darauf gerichteten Mitwirkungspflicht der Aufenth gemäß § 25 III 2 versagt werden<sup>313</sup>.

Für die Ert der NE gemäß § 26 III sind **Asylber u. GK-Flüchtlinge** seit dem 6.8.2016<sup>314</sup> nicht mehr von der Erfüllung der RegelErtVoraussetzungen nach Abs 1 befreit. Allerdings sieht § 26 III

<sup>303</sup> Vgl OVG Hmb, B. v. 2.3.2018 – 1 Bs 264/17 – juris, Rn 20.

<sup>304</sup> OVG SH, B. v. 13.6.2017 – 2 B 344.17 – juris, Rn 16; OVG SA, B. v. 27.5.2015 – 2 M 21.15 – juris, Rn 20; Nds OVG, B. v. 27.7.2009 – 11 ME 171.09 – juris, Rn 22.

<sup>305</sup> Vgl zB BayVGh, B. v. 8.2.2019 – 10 C 18.1641 – juris, Rn 6 mwN; OVG SL, B. v. 1.3.2010 – 13 ME 3/10 – juris, Rn 11.

<sup>306</sup> Vgl HessVGh, B. v. 17.6.2013 – 3 B 968.13 – juris, Rn 4.

<sup>307</sup> BayVGh, B. v. 21.7.2015 – 10 CS 15.859 – juris, Rn 69; OVG SL, B. v. 15.12.2014 – 2 B 374/14 – juris, Rn 15.

<sup>308</sup> BVerwG, U. v. 11.1.2011 – 1 C 23.09 – juris, Rn 9; SächsOVG, B. v. 17.8.2006 – 3 BS 130/06 – juris, Rn 6.

<sup>309</sup> OVG BB, B. v. 26.11.2018 – OVG 2 S 38.18 – juris, Rn 9; BayVGh, B. v. 19.6.2018 – 10 CE 18.993 – juris, Rn 5.

<sup>310</sup> BT-Drs 15/420 S. 70.

<sup>311</sup> BVerwG, U. v. 14.5.2013 – 1 C 17.12 – juris, Rn 22.

<sup>312</sup> Vgl BT-Drs 18/8829 S. 47.

<sup>313</sup> OVG BB, B. v. 28.3.2014 – OVG 6 N 27.14 – juris, Rn 7.

<sup>314</sup> IntG v. 31.7.2016, BGBl. I 1939.



## 1 AufenthG § 5

Erster Teil. Aufenthaltsgesetz

Nr 3 in Abschwächung von § 5 I Nr 1 nur eine überwiegende Sicherung des Lebensunterhalts vor. Es bleibt dabei, dass von Abs 2 abzusehen ist.

- 159 Die zwingende Ausnahme nach Abs 3 S. 1 greift ohne Weiteres ein, wenn die formellen Voraussetzungen für die genannten humanitären AE gegeben sind. In den Fällen der §§ 24, 25 I u. II ist die AuslBeh grds an die Entscheidungen des EU-Rats u. des BAMF **gebunden** u. nicht zur eigenen Prüfung ber. Sie hat nur zu entscheiden, ob der Ausschlussgrund des § 24 II vorliegt oder atypische Umstände einer AE nach § 25 III entgegenstehen. Eine Überprüfung der Anerkennungsgrundlagen findet nicht statt. Im Falle der NE nach § 26 III ist zuvor das Ergebnis der Routineprüfung (§ 73 IIa AsylG) des BAMF abzuwarten. Auch insoweit steht der AuslBeh aber kein eigener materieller Entscheidungsspielraum zu.
- 160 Mit dem RLUMsG 2007 wurde Abs 3 S. 1 um eine Regelung für den Fall des § 25 IVa, mit dem 2. RLUMsG 2011 für Fälle des § 25 IVb ergänzt. Hier ist von der Anwendung des Abs 1 Nr 1–2 u. 4 sowie des Abs 2 abzusehen.
- 161 Außerhalb dieses zwingenden Anwendungsausschlusses hat die AuslBeh in den sonstigen Fällen der humanitären AE oder NE darüber zu entscheiden, ob von den genannten Voraussetzungen abgesehen werden kann. Mit der eröffneten Möglichkeit, nach **Ermessen** auch bei fehlender Lebensunterhaltssicherung einen AufTit zu erteilen, hat der Gesetzgeber den Besonderheiten der humanitären AufTit ausreichend Rechnung getragen. Die **RegelErtVoraussetzung** des § 5 I Nr 1 zielt darauf ab, grds nur Ausl den Aufenth zu ermöglichen, die ihren Lebensunterhalt eigenständig, dh ohne Inanspruchnahme öffentl Mittel sichern können. Besteht ein humanitärer Grund u./oder ein Ausreise- u. Abschiebungshindernis, das der Ausl nicht zu vertreten hat, so wird in diesen Fällen häufig die Inanspruchnahme von Sozialleistungen nicht zu vermeiden sein, gleichwohl ist der Ausl objektiv gehindert, das Bundesgebiet zu verlassen. Somit kann aber der mit der ErtVoraussetzung des § 5 I Nr 1 verfolgte Zweck bei diesen Ausl nicht erreicht werden. Dem kann durch die Entscheidung über das Absehen von der RegelErtVoraussetzung im Wege der Ermessensentscheidung von der AuslBeh Rechnung getragen werden.
- 162 Dieses **Ermessen** ist nicht weiter gebunden. Es muss sich aber an dem Grds ausrichten, dass die bes Verhältnisse von Flüchtlingen u. anderen aus humanitären Gründen aufgenommenen Personen die Erfüllung der allg ErtVoraussetzungen grds erschweren. Dabei ist zugrunde zu legen, dass der humanitäre Aufenth grds auf die Dauer der Verfolgungsgefahren u. sonstigen Gefährdungen begrenzt ist u. während dieses Zeitraums eine Beendigung des Aufenth ohnehin nicht ernsthaft in Betracht kommt.
- 163 Die **Rechtsfolgen** bestehen in beiden Fallgruppen in der Nichtanwendung von Abs 1 u. 2. Wobei in den Fällen des § 25 IVa u. IVb Abs 1 Nr 3 anwendbar bleibt. Der Familiennachzug zu den begünstigten Personen ist durch diese Vorschrift aber nicht privilegiert. Im zweiten Fall kann die AuslBeh das Absehen auf eine oder mehrere Voraussetzungen beschränken. Damit kann va berücksichtigt werden, dass die ausreichende Unterhaltssicherung durch eigenes Einkommen je nach der Lebenssituation auch von Flüchtlingen verlangt werden kann<sup>315</sup>. Allerdings ist dies nur dann zu vertreten, wenn ihnen eine Erwerbstätigkeit auch gestattet wird. Nach § 31 BeschV bedarf die Ert der Erlaubnis zur Beschäftigung an Ausl mit einer AE nach dem 5. Abschn keine Zust der BA mehr. Unter den Voraussetzungen von § 32 II–IV BeschV gilt dies auch für Geduldete (sofern nicht die Einschränkungen gemäß § 60a VI greifen) u. Asylbew. Die bloße Möglichkeit der BA, der Erwerbstätigkeit von Geduldeten nach § 32 I BeschV zuzustimmen, genügt hierfür aber nicht. Dem Ausl kann die mangelnde Unterhaltssicherung nur entgegengehalten werden, wenn ihm die Erwerbstätigkeit auch tatsächl ermöglicht worden ist, was bes für die Ert einer NE (nach §§ 23 II, 26 IV), u. in Verlängerungsfällen (§ 8 I) den Ausschlag geben kann.
- 164 Ein nach § 5 III zulässiges Absehen von der Feststellung der Identität hindert die Einbürgerungsbeh später nicht, eine solche Prüfung im StAGVerf durchzuführen<sup>316</sup>.
- 165 Wie sich bereits aus dem GesWortlaut vom § 5 III 2. Hs ergibt, ermöglicht diese Vorschrift lediglich ein Absehen von den RegelErtVoraussetzungen des § 5 I, II, nicht jedoch von für die Ert bestimmter AufTit **speziell normierten bes ErtVoraussetzungen**<sup>317</sup>. Soweit § 9 II 1 Nr 2 für die Ert einer NE zwingend die Sicherung des Lebensunterhalts vorschreibt, stellt die Regelung eine gegenüber der für die Ert eines jeden AufTit zu beachtenden RegelErtVoraussetzung des § 5 I 1 Nr 1 abschließende Spezialvorschrift dar, welche auch einen Rückgriff auf die Ausnahmenvorschrift des § 5 III abschließt<sup>318</sup>.

## VI. Zwingende Versagungsgründe

- 166 Eine **absolute Schranke** für die Ert eines AufTit, die für alle AufTit gilt, bildet die Verwirklichung eines Ausweisungsinteresses (= Ausweisungstatbestands) nach § 54 I Nr 2 oder 4. Wenn eine der dort

<sup>315</sup> Die Vorgaben der FamZuRL u. der QualifikationsRL müssen beachtet werden; s. oben Rn 38 ff.

<sup>316</sup> BVerwG, U. v. 1.9.2011 – 5 C 27.10 – BVerwGE 140, 311, Rn 14.

<sup>317</sup> VGH BW, U. v. 26.7.2007 – 13 S 1078/07 – juris.

<sup>318</sup> VGH BW, U. v. 26.7.2007 – 13 S 1078/07 – juris.

erfassten Formen der **Beteiligung bzw Unterstützung des Terrorismus** festgestellt wird oder eine Abschiebungsanordnung gemäß § 58a erlassen wurde, genügt die Tatbestandserfüllung, die AE oder NE ist zu versagen. Eine Ausweisung ist nicht erforderl. Es ist daher nicht zu untersuchen, ob zB Bleibeinteressen einer Ausweisung entgegenstehen könnten. Auf eine etwaige Atypik kommt es nicht an. § 5 IV 1 ist lex specialis zu § 5 I Nr 2.

Der **Versagungsgrund** des § 5 IV gilt daher auch bei Ert einer humanitären AE gemäß § 25 I u. II<sup>319</sup>. Bereits vom Wortlaut her stützt die uneingeschränkt formulierte Rechtsfolge des § 5 IV die Annahme, dass dieser Versagungsgrund Geltung für alle AufTit hat<sup>320</sup>. Außerdem spricht der systematische Auslegungsbefund für diese Auffassung. Denn der Gesetzgeber hat mit dem ZuwanderungsG im Jahr 2004 die zuvor in §§ 68 u. 70 AsylG 1992 enthaltenen auf Ansprüche anerkannter Asylber u. Flüchtlinge in das AufenthG eingefügt u. den humanitären AufTit zugeordnet. Gleichzeitig wurden in § 5 III 1 u. 2 differenzierte Regelungen getroffen, nach denen von (einzelnen) ErtVoraussetzungen des § 5 I, II bei einem AufTit nach Kap. 2 Abschn 5 des Ges abgesehen werden muss bzw kann. Im Anschluss an diese obligatorischen u. fakultativen Absehensvorschriften findet sich der Versagungsgrund des § 5 IV. Diese Vorgehensweise spricht dafür, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Anwendbarkeit der allg ErtVoraussetzungen für die humanitären AufTit eine in sich geschlossene Regelung geschaffen hat.

Beachtlich sind für anerkannte Flüchtlinge § 25 II u. der Anwendungsvorrang des UnionsR iRd Flüchtlingsschutzes. § 25 II enthält eine Einschränkung für Fälle, in denen Ausl aus **schwerwiegenden Gründen der Sicherheit** aus Deutschland ausgewiesen wurden<sup>321</sup>. Nach Art 21 III QualifikationsRL darf ein Mitgliedstaat, einem Flüchtling den befristeten AufTit nur dann versagen, wenn dieser aus schwerwiegenden Gründen als eine **Gefahr für die Sicherheit des Mitgliedstaats** anzusehen ist. Mit diesen Vorgaben ist der Versagungsgrund des § 5 IV vereinbar. Denn nach dem 37. Erwägungsgrund der QualifikationsRL<sup>322</sup> gilt der Begriff der öffentl Sicherheit u. Ordnung auch für die Fälle, in denen ein DrittStAng einer Vereinigung angehört, die den internat Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt. Damit ist in der QualifikationsRL selbst klargestellt, dass die mit § 5 IV beabsichtigte effektive Bekämpfung der Vorfeldunterstützung des internat Terrorismus durch Absenkung der Eingriffsschwelle<sup>323</sup>, auch bei einer Anwendung auf anerkannte Flüchtlinge, grds unionsrechtl gedeckt ist<sup>324</sup>.

§ 5 IV setzt voraus, dass Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Ausl einer Vereinigung angehört oder angehört hat, die den Terrorismus unterstützt, oder er eine derartige Vereinigung unterstützt oder unterstützt hat. Dazu können die AuslBeh gemäß § 73 II u. III bei den dort genannten Sicherheitsbehörden u. Nachrichtendiensten Daten übermitteln u. Auskünfte einholen. Auf zurückliegende Mitgliedschaften oder Unterstützungshandlungen kann die Ausweisung nur gestützt werden, soweit diese eine **gegenwärtige Gefährlichkeit** begründen<sup>325</sup>. Vorläufer dieser Regelung war der durch das Terrorismusbekämpfungsg<sup>326</sup> neu eingeführte Versagungsgrund des § 8 I Nr 5 AuslG 1990. Durch Streichung des Attributs „international“ im AufenthG wollte der Gesetzgeber den nat wie den internat Terrorismus erfassen; der räumliche Anwendungsbereich der Vorschrift wurde demzufolge erweitert u. erfasst alle terroristischen Aktivitäten unabhängig davon, wo sie stattfinden<sup>327</sup>.

Die AufTit ist gemäß Abs 4 auch zu versagen, wenn gegen den Ausl eine **Abschiebungsanordnung** gemäß § 58a erlassen wurde. Die Abschiebungsanordnung kann ergehen auf Grund einer auf Tatsachen gestützten Prognose zur Abwehr einer bes Gefahr für die Sicherheit der BR Deutschland oder einer terroristischen Gefahr ergehen, ohne dass es einer vorherigen Abschiebung bedarf. Damit wird klargestellt, dass die Adressaten einer Abschiebungsanordnung nach § 58a auch ohne Ausweisung einen etwaigen Anspruch auf einen AufTit verlieren. Die Ausweisungsinteressen nach § 54 I Nr 2 u. 4 u. die eine Abschiebungsanordnung rechtfertigenden Tatsachen dürften sich aber regelmäßig überschneiden, eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von Abs 4 ist nicht zu erwarten.

Das **ErtVerbot** wirkt auch gegenüber dem Schutz von Ehe u. Familie nach Art 6 GG u. Art 8 EMRK. Die daraus folgenden rigorosen Beschränkungen sind nur im Hinblick auf die vom Terrorismus ausgehenden schweren u. bewusst willkürhaften u. unberechenbaren Gefahren für Leben, Gesundheit u. Eigentum der Bevölkerung zu vertreten. Besonderheiten im Einzelfall kann nach Wegfall der Ausnahmemöglichkeiten nicht Rechnung getragen werden.

Die Ausnahmen nach Abs 4 S. 2 u. 3 sind mit dem FamiliennachzugsneuregelungsG mWv 1.8.2018 entfallen, um – so die Beschlussempfehlung des Innenausschusses – die Einreise von Gefährdern

<sup>319</sup> BVerwG, U. v. 22.5.2012 – 1 C 8.11 – InfAuslR 2012, 380, Rn 14.

<sup>320</sup> BVerwG, U. v. 22.5.2012 – 1 C 8.11 – juris, Rn 16.

<sup>321</sup> BVerwG, U. v. 22.5.2012 – 1 C 8.11 – juris, Rn 19.

<sup>322</sup> Erwägungsgrund 28 QualifikationsRL (aF).

<sup>323</sup> Hierzu BVerwG, U. v. 15.3.2005 – 1 C 26.03 – juris, Rn 25 ff.

<sup>324</sup> BVerwG, U. v. 22.5.2012 – 1 C 8.11 – juris, Rn 22.

<sup>325</sup> BVerwG, U. v. 30.4.2009 – 1 C 6.08 – juris, Rn 32.

<sup>326</sup> Ges zur Bekämpfung des internat Terrorismus v. 9.1.2002, BGBl. I 361.

<sup>327</sup> BT-Drs 15/420 S. 70; vgl auch BT-Drs 16/5065 S. 183 zu Nr 42.



ausnahmslos auszuschließen<sup>328</sup>. Die Ausnahmen waren bisher auf Einzelfälle der **tätigen Reue** u. bei dringenden öffentl. u. privaten Interessen auf im Ermessen des BMI beschränkt. Auf der Ebene der Feststellung eines Ausweisungsinteresses ist aber weiterhin zu berücksichtigen, wenn der Ausl sich von erkennbar, eindeutig u. glaubhaft von seinem sicherheitsgefährdenden Handeln distanziert (§ 54 I Nr 2)<sup>329</sup>.

## § 6 Visum

(1) Einem Ausländer können nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 folgende Visa erteilt werden:

1. ein Visum für die Durchreise durch das Hoheitsgebiet der Schengen-Staaten oder für geplante Aufenthalte in diesem Gebiet von bis zu 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen (Schengen-Visum),
2. ein Flughafentransitvisum für die Durchreise durch die internationalen Transitzonen der Flughäfen.

(2) <sup>1</sup>Schengen-Visa können nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 810/2009 bis zu einer Gesamtaufenthaltsdauer von 90 Tagen je Zeitraum von 180 Tagen verlängert werden. <sup>2</sup>Für weitere 90 Tage innerhalb des betreffenden Zeitraums von 180 Tagen kann ein Schengen-Visum aus den in Artikel 33 der Verordnung (EG) Nr. 810/2009/EG genannten Gründen, zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland oder aus völkerrechtlichen Gründen als nationales Visum verlängert werden.

(2a) Schengen-Visa berechtigen nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, es sei denn, sie wurden zum Zweck der Erwerbstätigkeit erteilt.

(3) <sup>1</sup>Für längerfristige Aufenthalte ist ein Visum für das Bundesgebiet (nationales Visum) erforderlich, das vor der Einreise erteilt wird. <sup>2</sup>Die Erteilung richtet sich nach den für die Aufenthaltserlaubnis, die Blaue Karte EU, die ICT-Karte, die Niederlassungserlaubnis und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU geltenden Vorschriften. <sup>3</sup>Die Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts mit einem nationalen Visum wird auf die Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis, Blauen Karte EU, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU angerechnet.

(4) Ein Ausnahme-Visum im Sinne des § 14 Absatz 2 wird als Visum im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 oder des Absatzes 3 erteilt.

### Allgemeine Verwaltungsvorschrift

#### 6 Zu § 6 – Visum

##### 6.0 Allgemeines

Die Vorschrift regelt die Erteilung von Visa. Sie resultiert aus der Einordnung des Visums als selbständiger Aufenthaltstitel (§ 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1). Es wird zwischen Schengen-Visa für kurzfristige Aufenthalte bis zu drei Monaten (§ 6 Absatz 1 Nummer 2) und einem nationalen Visum für längerfristige Aufenthalte unterschieden (§ 6 Absatz 4). Die Einordnung entspricht Gemeinschaftsrecht, das gleichzeitig Regelungen über die Ausgestaltung und Rechtsfolgen eines Visums vorsieht (Artikel 10 f. SDÜ).

##### 6.1 Erteilung von Schengen-Visa

6.1.1 Durch das SDÜ ist zur Vereinheitlichung des Personenverkehrs im Bereich der Visumregelungen für den kurzfristigen Aufenthalt ein einheitliches Visum eingeführt worden (Schengen-Visum, Artikel 10 bis 17 SDÜ, § 6 Absatz 1 bis 3). Das SDÜ sowie andere Vorschriften des Gemeinschaftsrechts (u. a. Gemeinsame Konsularische Instruktion, Verordnung (EG) Nummer 1683/95 des Rates vom 29. Mai 1995 über eine einheitliche Visagegestaltung (ABl EG Nummer L 164 S 1) in der jeweils geltenden Fassung) enthalten hinsichtlich der Ausgestaltung, des Berechtigungsinhalts sowie des Erteilungsverfahrens von Schengen-Visa unmittelbar geltende Regelungen, auf die das nationale Recht (etwa in § 6 Absatz 1 und § 59 AufenthV) verweist.

6.1.2 Das Schengen-Visum wird in folgenden Kategorien erteilt (siehe Nummer I.2. i. V. m. Nummer V.2.1. und Nummer VI 1.7. Gemeinsame Konsularische Instruktion):

6.1.2.1 Visum für den Flughafentransit (Kategorie „A“): Dieses Transitvisum berechtigt einen der Transitvisumspflicht unterliegenden Drittstaaten (vgl. Nummer I.2.1.1. i. V. m. Anlage 3 der Gemeinsamen Konsularischen Instruktion), sich im Rahmen der Gültigkeitsdauer während einer Zwischenlandung, eines Flugabschnitts oder internationalen Flügen in der internationalen Transitzone eines Flughafens aufzuhalten. Es kann für ein-, zwei- oder mehrmalige Transitaufenthalte erteilt werden, berechtigt nicht zur Einreise in das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland oder eines anderen Schengen-Staates und ist kein Aufenthaltstitel (§ 26 Absatz 2 Satz 3 AufenthV). In Fällen der Durchbeförderung ersetzt die Genehmigung der Durchbeförderung ein ggf. erforderliches Visum für den Flughafentransit.

6.1.2.2 Visum für die Durchreise (Kategorie „B“): Dieses Transitvisum (§ 6 Absatz 1 Nummer 1) berechtigt einen Drittstaaten, im Rahmen der Gültigkeitsdauer durch das Schengen-Gebiet zu reisen, um von dem Hoheitsgebiet eines Drittstaats in einen anderen Drittstaat zu gelangen. Es kann für ein-, zwei- oder in Ausnahmefällen auch mehrmalige Durchreisen erteilt werden. Die Dauer jeder Durchreise darf fünf Tage nicht überschreiten.

<sup>328</sup> BT-Drs 19/2740 S. 13.

<sup>329</sup> Vgl. § 54 Rn 32.