

- nach § 16d Abs. 6 AufenthG (Anerkennung von Berufsqualifikationen nach Ablauf des Höchstzeitraums der Erteilung des Aufenthaltstitels),
- nach § 16f Abs. 3 S. 1 AufenthG (Sprachkursbesuch – Regelversagung, aber kein strikter Ausschluss),
- nach § 16f Abs. 3 S. 2 AufenthG (Schüler austausch),
- nach § 17 Abs. 3 S. 2 AufenthG (qualifizierte Berufsausbildung),
- nach § 17 Abs. 3 S. 3 AufenthG (Studienbewerbung),
- nach § 19f Abs. 3 S. 1 AufenthG (Ausschluss der Erteilung bestimmter Aufenthaltstitel für bestimmte Inhaber einer Blauen Karte EU),
- für die Beantragung einer ICT-Karte (§ 39 S. 2 AufenthV) vom Inland aus und
- für Inhaber eines **Touristenvisums**, die ohne vorherige Ausreise nur dann in einen langfristigen Aufenthaltszweck überwechseln können, wenn ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht (§ 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV).

2. Bedeutung

Die **Vorteile eines Wechsels der Rechtsgrundlage** des Aufenthaltstitels können darin **102** liegen,

- bestimmte **Beschränkungen zu überwinden**, die mit dem bisherigen Aufenthaltstitel verbunden sind, mit dem angestrebten Aufenthaltstitel hingegen nicht, oder
- eine **längere Befristung** anhand des angestrebten Aufenthaltszwecks zu erreichen, vgl. § 7 Abs. 2 S. 1 AufenthG.

Mögliche Vorteile eines Wechsels des Aufenthaltszwecks

Konkret vorteilhaft werden kann ein Wechsel des Aufenthaltszwecks beispielsweise in den folgenden Zusammenhängen:

- Wechsel von der Niederlassungserlaubnis zur Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU, von einer anderen Aufenthaltserlaubnis zur Beschäftigung zur Blauen Karte EU oder zur Aufenthaltserlaubnis für Forscher wegen der mit dem neuen Titel verbundenen – begrenzten – Freizügigkeit innerhalb der jeweils teilnehmenden EU-Staaten;
- Wechsel vom Aufenthaltszweck „Studium“, „Berufsbildung“ oder „Ausbildung“ zum Aufenthaltszweck „familiäre Lebensgemeinschaft mit einem Deutschen“; liegt ein Anspruchsfall vor, ist trotz ansonsten für bestimmte Aufenthaltstitel geltende Einschränkungen regelmäßig ein Zweckwechsel zulässig; der Vorteil liegt im umfassenden Arbeitsmarktzugang;
- Wechsel vom – abgeschlossenen – Studium zur Arbeitsplatzsuche und von der Arbeitsplatzsuche zur Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung;
- Wechsel von der Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitssuche für Fachkräfte (§ 20 AufenthG) beispielsweise zur Aufenthaltserlaubnis zur Arbeit (§§ 18a–18c AufenthG);
- Wechsel von der Beschäftigung (§§ 18a ff. AufenthG) zum Familiennachzug (Kap. 2 Abschnitt 6 AufenthG), sofern dies zu einem umfassenderen Arbeitsmarktzugang führt;
- Wechsel von der Beschäftigung (§§ 18a ff. AufenthG) zur selbständigen Tätigkeit (§ 21 AufenthG), weil für Inhaber der entsprechenden Aufenthaltserlaubnis nämlich die Aufenthaltsverfestigung oftmals früher vorgesehen ist; § 21 Abs. 4 S. 2 AufenthG;
- Wechsel hin zu den eigenständigen Aufenthaltsrechten (§§ 31, 35 AufenthG) im Bereich der Aufenthalte aus familiären Gründen.

103

Beantragt ein Ausländer einen Aufenthaltstitel zu einem anderen Zweck, **prüft die 104** **Ausländerbehörde**, ob

- die gesetzlichen Voraussetzungen für den neuen Aufenthaltszweck vorliegen und
 - keine Ausschlussgründe eingreifen
- und übt, soweit erforderlich, Ermessen aus.

Gibt sie dem Antrag statt, stellt sie einen **neuen Aufenthaltstitel** aus. Im Fall der Ablehnung des Antrages **gilt der alte Aufenthaltstitel** bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer

weiter. Freilich ist eine nachträgliche zeitliche Beschränkung einer bisherigen Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Abs. 2 S. 2 AufenthG möglich, wenn die Erteilungsvoraussetzungen für die alte Aufenthaltserlaubnis weggefallen sind.

IV. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

- 105 Die **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen**, die in § 5 AufenthG festgelegt sind, müssen **grundsätzlich** bei der Erteilung **jedweden Aufenthaltstitels** erfüllt sein, sofern das Gesetz nicht Ausnahmen hierzu vorsieht.

1. Erfüllung der Visumpflicht

- 106 Es handelt sich um eine grundsätzlich bestehende und dann **zwingende Erteilungsvoraussetzung**, die in § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG festgelegt ist.

Merkmal des Tatbestandes des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG ist, dass das Visum „erforderlich“ ist. Hierzu besteht die allgemeine Regel des § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG, wonach Ausländer für die Einreise und den Aufenthalt eines Aufenthaltstitels bedürfen (**Aufenthaltstitelpflicht**), verbunden mit dem **konkretisierenden** § 6 Abs. 4 S. 1 AufenthG, wonach für längerfristige Aufenthalte ein nationales Visum erforderlich ist, das vor der Einreise erteilt wird (**nationale Visumpflicht**). Das Etikett eines noch gültigen Visums kann sich auch in einem abgelaufenen Pass befinden; der Ausländer kann die ebenfalls bestehende Passpflicht dann allerdings nur durch einen zusätzlichen neuen, gültigen und anerkannten Pass erfüllen.³⁸⁴

Die Regelungen in **§§ 39 bis 41 AufenthV** enthalten Tatbestände, bei deren Erfüllung ausnahmsweise für den – längerfristigen – Aufenthalt kein Visum erforderlich ist.³⁸⁵ Ist einer dieser Ausnahmetatbestände erfüllt, ist ein Visum nicht erforderlich, und § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG ist folglich von vornherein nicht einschlägig.³⁸⁶ In § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG sind für einige Rechtsgrundlagen für eine Aufenthaltserlaubnis zusätzliche **zwingende Ausnahmen** von der Erteilungsvoraussetzung, dass das erforderliche Visum vorliegen muss, vorgesehen. Zudem bestimmt § 5 Abs. 2 S. 2, 2. Halbsatz AufenthG, dass in Fällen, in denen es „auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen“, vom Visumerfordernis abzusehen ist. In § 5 Abs. 3 S. 4 AufenthG ist ferner für Fälle des sogenannten Spurwechsels eine zwingende Ausnahme vom Visumerfordernis vorgesehen.

Nach § 5 Abs. 2 S. 2, 1. Halbsatz und Abs. 3 S. 2 AufenthG kann zudem in den dort genannten Fällen nach **Ermessen** eine Aufenthaltserlaubnis auch dann erteilt werden, wenn das erforderliche Visum nicht vorliegt. Jeweils dasselbe gilt für Fälle, in denen zwar ein Visum vorliegt, aber der Ausländer die für die Erteilung maßgeblichen Angaben nicht bereits im Visumantrag gemacht hat (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG).

Durch die Ausnahmetatbestände wird ein von der Staatsangehörigkeit abhängiges **Erfordernis, mit einem Visum in den Schengen-Raum einzureisen**, nicht berührt. In Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2018/1806 ist nämlich festgelegt, dass die in Anhang I zur genannten VO aufgeführten Staatsangehörigen „beim Überschreiten der Außengrenzen der Mitgliedstaaten im Besitz eines Visums sein“ müssen. Eine Beschränkung dieses Erfordernisses auf Kurzaufenthalte enthält die VO konsequenterweise nicht; es wäre nicht praktikabel, den betreffenden Staatsangehörigen visumfreie Einreisen auf die bloße, bei der Einreisekontrolle geäußerte und dort kaum abschließend nachprüfbare Behauptung zu gestatten, es sei ein längerer Aufenthalt geplant, der einer Ausnahmeregelung unterliege.

³⁸⁴ EuGH Urt. v. 4.9.2014 – C-575/12, NVwZ 2015, 358 (Air Baltic).

³⁸⁵ Für Kurzaufenthalte sind die einschlägigen Regelungen in der VO (EU) Nr. 2018/1806 und ergänzend in §§ 16 f. AufenthV enthalten.

³⁸⁶ OVG Münster Urt. v. 21.12.2007 – 18 B 1535/07, EZAR NF 28 Nr. 14.

Im Bundesrecht erlaubt auch § 41 AufenthV einen entsprechenden Rückschluss. Nach dieser Regelung dürfen Ausländer, die bestimmten Staaten angehören, ausnahmsweise auch für einen längerfristigen Aufenthalt den hierfür erforderlichen Aufenthaltstitel nach einer visumfreien Einreise bei der Ausländerbehörde im Inland beantragen. Aufgeführt sind in der Vorschrift Staatsangehörige, die nach Art. 4 Abs. 1 VO (EU) 2018/1806 für Kurzaufenthalte visumfrei gestellt sind. Die Vorschrift erlaubt den Umkehrschluss, dass ein Ausländer, dessen Staatsangehörigkeit dort nicht aufgeführt ist, die Visumpflicht für einen längerfristigen Aufenthalt nicht vermeiden kann, indem er als für einen Kurzaufenthalt visumbefreiter Ausländer visumfrei für einen beabsichtigten längerfristigen Aufenthalt einreist und dann im Inland den erforderlichen Aufenthaltstitel beantragt.³⁸⁷

Auch für die **Einreise in den Schengen-Raum über deutsche Außengrenzen** relevant sind hinsichtlich der **Visumpflicht** allerdings **Ausnahmetatbestände**, die in der **Öffnungsklausel** des Art. 6 Abs. 1 VO (EU) 2018/1806 aufgeführt sind. Diese Öffnungsklausel erlaubt es den Mitgliedstaaten, einzelne Ausnahmen von den Schengen-rechtlichen Regelungen nach nationalem Recht vorzusehen. Die entsprechenden Tatbestände in der AufenthV, die also auch eine Ausnahme von der Visumpflicht bei Übertritt der deutschen Schengen-Außengrenzen vorsehen, sind:

- Inhaber bestimmter dienstlicher Pässe (Art. 6 Abs. 1 lit. a VO (EU) 2018/1806; § 19 iVm Anhang B AufenthV);
- Ziviles Flug- und Seeschiffpersonal (Art. 6 Abs. 1 lit. b und c VO (EU) 2018/1806; §§ 23 und 24 AufenthV);
- Personal in Rettungsfällen (Art. 6 Abs. 1 lit. d VO (EU) 2018/1806; § 29 AufenthV);
- Binnenschiffpersonal (Art. 6 Abs. 1 lit. e VO (EU) 2018/1806; § 25 AufenthV);
- Inhaber von Reisedokumenten internationaler Organisationen und anerkannter Völkerrechtssubjekte für Bedienstete (Art. 6 Abs. 1 lit. f VO (EU) 2018/1806; § 20 AufenthV);
- Schüler auf Schülersammellisten auf Schulreisen, wenn es sich um die Schule eines Staates handelt, dessen Staatsangehörige visumfrei sind, auch dann, wenn einzelne Schüler nach der VO (EU) 2018/1806 grundsätzlich visumpflichtig sind (Art. 6 Abs. 2 lit. a VO (EU) 2018/1806; § 22 Abs. 1 AufenthV);
- Auf einer Schulreise rückreisende Schüler an deutschen Schulen auf Schülersammellisten (Art. 4 Abs. 2 lit. b VO (EU) 2018/1806; § 22 Abs. 2 AufenthV);
- Personen mit Flüchtlingsstatus und einem Reiseausweis für Flüchtlinge eines Schengen-Staates oder von Irland auch dann, wenn sie wegen ihrer Staatsangehörigkeit nach der VO (EU) 2018/1806 grundsätzlich visumpflichtig sind (Art. 4 Abs. 2 lit. c und Art. 6 Abs. 2 lit. d VO (EU) 2018/1806; § 18 AufenthV);
- Personen mit Flüchtlingsstatus und einem Reiseausweis für Flüchtlinge eines Staates, dessen Staatsangehörige visumfrei sind, auch dann, wenn sie wegen ihrer Staatsangehörigkeit nach der VO (EU) 2018/1806 grundsätzlich visumpflichtig sind (Art. 6 Abs. 2 lit. b VO (EU) 2018/1806; § 18 AufenthV);
- Bestimmte Angehörige ausländischer Streitkräfte (Art. 6 Abs. 2 lit. c VO (EU) 2018/1806 iVm den entsprechenden multilateralen Verträgen zum Streitkräfteaufenthalt und dem Streitkräfteaufenthaltsgesetz).

Diese Ausnahmetatbestände gelten auf Grund eines Erst-Recht-Schlusses entsprechend auch für **Einreisen aus anderen Schengen-Staates nach Deutschland**. Ob eine Einreise über eine nicht-deutsche Schengen-Außengrenze oder eine Durchreise durch andere Schengen-Staaten in diesen Fällen erlaubt ist, bestimmt sich nach dem Recht der jeweiligen Schengen-Staaten, außer in den zwingenden Ausnahmefällen des Art. 4 Abs. 2 VO (EU) 2018/1806.

Weitere Ausnahmetatbestände im Bundesrecht erlauben wegen ihres Regelungszwecks die **visumfreie Einreise nach Deutschland über eine Schengen-Binnengrenze**, und zwar nach § 39 S. 1 Nr. 7 bis 7b sowie 9 und 10 AufenthV, sowie § 41 AufenthV; die

³⁸⁷ OVG Hamburg Beschl. v. 23.9.2013 – 3 Bs 131/13, NVwZ-RR 2014, 490.

Rspr. ist hier aber teilweise restriktiv und verlangt zB zu § 39 S. 1 Nr. 7 AufenthV, dass erst nach der Einreise über die Schengen-Binnengrenze ein Anspruch auf einen Aufenthaltstitel entstanden ist und bei der Einreise keine Absicht auf einen längeren Aufenthalt bestanden hatte.³⁸⁸

Zu erwähnen ist hier der Vollständigkeit wegen auch die Selbstverständlichkeit, dass der Inhaber eines Aufenthaltstitels eines Schengen-Staates grundsätzlich visumfrei nach Deutschland einreisen darf.

- 107 a) Zweck des Visumerfordernisses als Erteilungsvoraussetzung.** § 5 Abs. 2 AufenthG hat die Funktion, als eine der **Rechtsfolgen** eines Verstoßes gegen die **nationale Visumpflicht** des § 6 Abs. 4 S. 1 AufenthG anzuordnen, dass eine begehrte Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis wegen des Verstoßes **nicht erteilt wird**. Eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Niederlassungserlaubnis ist also **nur zu erteilen**, wenn das Visumverfahren überhaupt und dabei nicht nur ordnungsgemäß, sondern auch unter **vollständiger Angabe** insbesondere des **Aufenthaltszwecks** im Visumverfahren durchgeführt worden ist. Die dem Visumverfahren zu Grunde liegenden Angaben über den beabsichtigten Aufenthalt müssen auch hinsichtlich ihrer wesentlichen Elemente zutreffen, zB bei Studenten hinsichtlich des Studienfachs und -orts.³⁸⁹ Die Versagung des Aufenthaltstitels nach einer Einreise ohne das richtige Visum erfolgt **unabhängig von einem Verschulden**.³⁹⁰

Die nationale Visumpflicht dient damit einer **vor der Einreise** durchzuführenden umfassenden **Vorabkontrolle** des konkreten Aufenthaltsbegehrens. Es **kommt** entsprechend dieses Zwecks der Vorschrift **darauf an**, ob das für den **konkret beantragten Aufenthalt** erforderliche Visum vorliegt, wodurch es **unerheblich** wird, ob nach einem Besuchsaufenthalt ein so genannter „**Nachentschluss**“ zum **Zweckwechsel** vorliegt.³⁹¹ Wegen § 39 AufenthV ist die praktische Bedeutung dieser Frage eingeschränkt.

- 108** Wurde **nach einer Verletzung der nationalen Visumpflicht** eine Aufenthaltserlaubnis oder eine Niederlassungserlaubnis **erteilt, wirkt der Verstoß** gegen die Visumpflicht wegen § 39 Nr. 1 AufenthV **nicht** im Hinblick auf die spätere Erteilung weiterer Aufenthaltstitel **fort**. Allerdings schließt § 39 Nr. 1 AufenthV nicht die **Rücknahme** des durch einen Verstoß einer die nationale Visumpflicht ausgestellten Aufenthalts- oder Niederlassungserlaubnis aus. Diese Rücknahme bleibt möglich, sofern die allgemeinen Voraussetzungen des § 48 VwVfG erfüllt sind.

- 109 b) Zwingende Ausnahmen von der nationalen Visumpflicht.** Zwingende und damit ermessensfreie **Tatbestände**, bei deren Erfüllung von der Vorlage eines Visums bei Beantragung des Aufenthaltstitels **abgesehen wird** – weil das Visum erst gar nicht „erforderlich“ ist –, sind in den §§ 39 bis 41 AufenthV enthalten. Da hierdurch entsprechend dem Zweck der Verordnungsermächtigung in § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG der Anwendungsbereich des § 5 Abs. 2 AufenthG eingeschränkt wird, führt das Fehlen des Visums in den Fällen des § 39 AufenthV auch nicht zu einem „Umschlagen“ von Anspruchs- in Ermessenstatbestände, sondern zu einer Unbeachtlichkeit des Nichtvorhandenseins eines Visums.³⁹² Freilich kann das **Visumverfahren freiwillig durchlaufen** werden, was Sinn

³⁸⁸ Beispielhaft VGH Kassel Beschl. v. 3.11.2023 – 3 B 745/23, BeckRS 2023, 36518.

³⁸⁹ OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 18.12.2017 – OVG 11 S 83.17, BeckRS 2017, 137310.

³⁹⁰ Vgl. VGH München Beschl. v. 21.2.2013 – 10 CS 12.2679, BeckRS 2013, 48084: Das Vorbringen, den Visumantrag habe ein Verwandter ausgefüllt, ist unbeachtlich.

³⁹¹ Ebenso VGH Mannheim Beschl. v. 30.3.2006 – 13 S 389/06, BeckRS 2006, 22608 mwN zum Meinungsstand; der Beschluss ist aber sonst nicht überzeugend, weil das Gericht auf § 39 Nr. 3 AufenthV nicht eingeht.

³⁹² Zutreffend OVG Münster Beschl. v. 21.12.2007 – 18 B 1535/07, BeckRS 2008, 30343. Auch anhand der Gesetzes- und Verordnungsentstehung ist die abw. Auffassung von Zühlcke ZAR 2006, 280 (281 f.) nicht nachvollziehbar. Denn die Ausnahme v. Visumerfordernis des § 5 Abs. 2 AufenthG ist gerade der Zweck des § 39 AufenthV und der Ermächtigungsnorm in § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG – die in der „zweiten Runde“ des Gesetzgebungsverfahrens zum ZuwG und damit zeitlich erst nach dem ersten Entwurf der

ergibt, wenn ein Ausländer vor einem aufwändigen endgültigen Umzug nach Deutschland **Rechtssicherheit** erreichen will; die Auslandsvertretung kann einen Ausländer nicht unter Berufung auf §§ 39 ff AufenthV auf das Inlandsverfahren verweisen. Die Verwendung des Wortes „kann“ in § 39 AufenthV bewirkt nicht etwa, dass der Ausländerbehörde Ermessen eingeräumt wird; vielmehr besagt die Norm, dass der Ausländer den Aufenthaltstitel nach der Einreise einholen „kann“. Das Ermessen steht damit dem Ausländer zu, nicht aber der Behörde.³⁹³

§ 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV nennt den **Besitz eines nationalen Visums** – dieses dient gerade dem Daueraufenthalt – und zur Klarstellung einer Selbstverständlichkeit in den Fällen einer Verlängerung einer **Aufenthalts-** oder einer **Niederlassungserlaubnis** den **Besitz einer dieser Aufenthaltstitel**. Wegen § 4 Abs. 1 S. 2 AufenthG gilt dies auch für Inhaber einer Blauen Karte EU, einer ICT-Karte und einer Mobiler-ICT-Karte, wegen § 39 S. 2 aber nicht für die Beantragung einer **ICT-Karte**.

In Anbetracht des Zwecks des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV, eine Verlängerung eines durch einen Aufenthaltstitel erlaubten Aufenthalts im Inland zu ermöglichen, ohne eine vorherige Ausreise zu verlangen, ist **Voraussetzung** für die Erteilung eines Aufenthaltstitels ohne Visum nach § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV, dass der frühere Aufenthaltstitel **zum Zeitpunkt der Antragstellung** wirksam war.³⁹⁴ Würde man hingegen die Gültigkeit auch noch zum Zeitpunkt der Erteilung des Folgetitels erfordern, würde es aus Sicht des Antragstellers von der Bearbeitungsgeschwindigkeit der Behörde und damit vom Zufall abhängen, ob trotz rechtzeitiger Antragstellung noch ein Visumverfahren zu durchlaufen wäre.

Nicht geklärt ist, ob wegen § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV der **Wechsel des Aufenthaltszwecks** auch dann zulässig ist, wenn die erste Aufenthaltserlaubnis einem anderen Aufenthaltszweck dienen soll als das für die erste Einreise verwendete Visum. Dem könnte die Ausländerbehörde die **Vermutung entgegenhalten**, das **Erfordernis**, die für die Erteilung maßgeblichen **Angaben** bereits im **Visumverfahren** zu machen, solle durch § 39 S. Nr. 1 AufenthV **nicht beseitigt** werden. Bei einem **raschen Wechsel** des angeblichen Aufenthaltszwecks sind jedenfalls **Falschangaben im Visumverfahren indiziert**, und der Ausländer müsste dieses Indiz entkräften (§ 82 Abs. 1 AufenthG).

Freilich sind auch Fallgestaltungen denkbar, in denen ein Wechsel des angestrebten Aufenthaltszwecks im Zeitraum zwischen der Visumerteilung und der Beantragung der ersten Aufenthaltserlaubnis plausibel dargelegt werden kann. Die Ausnahmevorschrift des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV ist anwendbar, wenn dem Ausländer ein Aufenthaltstitel nach einer hauptsächlich begehrten Rechtsgrundlage ausgestellt werden soll, aber zunächst ein Aufenthaltstitel ausgestellt worden war, dessen Ausstellung **hilfsweise** begehrt worden ist („**Hilfszweck**“).³⁹⁵

Beispiel: Aufenthaltszweckwechsel (Visum – erste Aufenthaltserlaubnis)

Ein Ausländer erhält für die Ausübung einer Beschäftigung ein Visum auf der Grundlage des § 18 AufenthG. Dieses Visum enthält bereits den Vermerk „Beschäftigung nur als ... bei ... gestattet.“ Kurz nach der Einreise meldet der Arbeitgeber Insolvenz an. Der Ausländer entschließt sich nun zu einem ihm angebotenen Aufbaustudium an einer Hochschule, für das er kurzfristig eine Aufnahmezusage erhält; die Finanzierung erfolgt durch die Eltern des Ausländers. Er erscheint nun bei der Ausländerbehörde und möchte sein Beschäftigungsvertragvisum in eine Aufenthaltserlaubnis für Studenten umwandeln.

Sieht das Gesetz ein ausdrückliches „**Zweckwechselverbot**“ vor, geht dieses freilich als spezialgesetzliche Regelung dem § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV vor.³⁹⁶ Die Beantragung eines

AufenthV (mit Begründung) geschaffen wurde. Zudem ist zweifelhaft, welcher konkrete Mehrwert mit einer Ausreise und Wiedereinreise (mit Visum) ehemaliger Asylbewerber (früher als „Ehrenrunde“ bezeichnet) verbunden sein soll.

³⁹³ Ebenso iErg OVG Münster Beschl. v. 21.12.2007 – 18 B 1535/07, BeckRS 2008, 30343.

³⁹⁴ VGH Mannheim Beschl. v. 2.3.2021 – VGH 11 S 120/21, BeckRS 2021, 4045; VGH München Ur. v. 17.8.2020 – 10 B 18.1223, BeckRS 2020, 20621.

³⁹⁵ OVG Berlin-Brandenburg Ur. v. 20.3.2019 – 11 B 5.17, BeckRS 2019, 5297.

³⁹⁶ OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 3.12.2019 – 11 S 75.18, BeckRS 2019, 31353.

anderen Aufenthaltstitels mit einem Schengen-Visum bleibt trotz § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV ausgeschlossen, soweit nicht der Tatbestand des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV eingreift. Anwendbar ist § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV, wenn einem Ausländer eine **Aufenthalts-erlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG** erteilt worden ist und er als Inhaber dieser gültigen Aufenthaltserlaubnis eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug beantragt.³⁹⁷ Ebenso ist auch die **Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG** dem Besitz eines Aufenthaltstitels gleichzustellen, da dem Ausländer die Dauer der Bearbeitung seines zuvor gestellten Antrages nicht zur Last gelegt werden kann, und weil der Zweck eines Visumverfahrens, Ausländer erst nach einer Vorabprüfung für einen erlaubten Aufenthalt einreisen zu lassen, durch eine Ausländerbehörde mit der Erteilung des vorherigen Aufenthaltstitels erledigt worden war.³⁹⁸

110 § 39 S. 1 Nr. 2 AufenthV sieht eine Befreiung von der nationalen Visumpflicht vor, wenn bei der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis oder der Niederlassungserlaubnis der Ausländer ohne räumliche und ohne zeitliche Beschränkung (es sei denn, die zeitliche Beschränkung geht über sechs Monate hinaus) von der Aufenthaltstitelpflicht befreit war. Solche Fälle betreffen etwa:

- **Personal an Vertretungen ausländischer Staaten** und andere vom Ausländerrecht oder der Aufenthaltstitelpflicht nach § 1 Abs. 2 Nr. 2 oder 3 AufenthG oder § 27 AufenthV ausgenommene Personen (zB nach dem **NATO-Truppenstatut**), wenn diese im Hinblick auf ein Ende der Befreiung für den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet einen Aufenthaltstitel beantragen;
- **Retter und Gerettete** nach § 29 AufenthV, wenn die Rettungssituation endet;
- **ehemalige Unionsbürger**, die während des Aufenthalts im Bundesgebiet eine Drittstaatsangehörigkeit erworben und die Unionsbürgerschaft verloren haben und
- Freizügigkeitsberechtigte, die von der Meistbegünstigung nach § 11 Abs. 14 S. 1 FreizügG/EU Gebrauch machen und in diesem Rahmen einen Aufenthaltstitel beantragen.

Unionsrechtliche Aufenthaltsrechte, die sich ausnahmsweise unmittelbar aus Art. 20 AEUV ergeben, stellen hingegen keine solchen Rechtspositionen dar.³⁹⁹

Für ehemalige Deutsche enthält § 38 AufenthG eine Sonderregelung.

111 § 39 Nr. 3 AufenthV enthält eine Ausnahme

- für die in Anhang II der VO (EG) Nr. 2018/1806 für einen Kurzaufenthalt visumfreien „**Positivstaater**“ – die ohnehin grundsätzlich ohne Vorabkontrolle Zugang zum Bundesgebiet haben⁴⁰⁰ – unter der Voraussetzung, dass sie sich **rechtmäßig aufhalten**, sowie
- Inhaber eines **Schengen-Visums**, die ohne diese Ausnahme schlechter gestellt wären als abgelehnte Asylbewerber.⁴⁰¹

Der Ausländer muss sich zum Zeitpunkt der Beantragung des Aufenthaltstitels rechtmäßig visumfrei als „Positivstaater“ oder mit einem gültigen Schengen-Visum im Bundesgebiet aufhalten.⁴⁰²

In beiden Fällen muss ein **Anspruch** auf die Erteilung des Aufenthaltstitels bestehen. **Sinn der Ausnahmevorschrift** ist es, eine **Arbeitserleichterung für Ausländerbehörden** zu schaffen; damit ähnelt der dahinterstehende Rechtsgedanke demjenigen des § 5 Abs. 2 S. 2, 1. Variante AufenthG. Aus diesem Grunde sind aber Fälle der **Ermessensreduzierung auf Null nicht** mit erfasst.⁴⁰³ Diese Ermessensreduzierung festzustellen, ist

³⁹⁷ BVerwG Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19, BeckRS 2020, 11171.

³⁹⁸ Jedenfalls trifft dies nach einer Zusage der Erteilung eines neuen Aufenthaltstitels zu: BVerwG Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19, BeckRS 2020, 11171.

³⁹⁹ OVG Koblenz Beschl. v. 13.1.2021 – 7 D 11208/20.OVG, BeckRS 2021, 809; OVG Münster Beschl. v. 8.2.2022 – 18 B 951/20, BeckRS 2022, 1437.

⁴⁰⁰ So die aml. Begr. in BR-Drs. 731/04, 182 f.

⁴⁰¹ Näher die aml. Begr. in BR-Drs. 731/04, 183.

⁴⁰² OVG Münster Beschl. v. 1.9.2008 – 18 B 943/08, EZAR NF 94 Nr. 6.

⁴⁰³ Ebenso BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, NVwZ 2011, 495.

oftmals nur auf Grund einer umfassenden Prüfung des Einzelfalles möglich, was aber gerade eine Vorabkontrolle im regulären Visumverfahren sinnvoll machen kann. In Fällen der Ermessensreduzierung auf Null ist daher allenfalls § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG – dies aber dann nach Ermessen der Behörde – anwendbar.

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union am 28.8.2007 müssen die Voraussetzungen des Anspruchs auf Erteilung des Aufenthaltstitels nach der Einreise entstanden sein. In Fällen, in denen der Antrag vor diesem Datum gestellt worden ist, gilt diese Einschränkung aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht.⁴⁰⁴

Will eine **Auslandsvertretung** bei gegebenem Anlass **verhindern**, dass nach Einreise mit einem **Schengen-Visum** im Inland ein **Aufenthaltstitel** beantragt wird, auf den grundsätzlich ein Anspruch besteht, kann sie das **Visum nach § 8 Abs. 2 AufenthG für nicht verlängerbar** erklären. Hierdurch wird bereits tatbestandlich ein **Anspruch** auf den Aufenthaltstitel **ausgeschlossen**, solange der Ausländer nicht wieder ausgereist ist.⁴⁰⁵ Die Ausnahmenvorschrift des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV soll zudem **nur Ausländer begünstigen**, die im Schengen-**Visumverfahren zutreffende Angaben gemacht haben**, und bei denen sich auf Grund **neuer Umstände**, die **nach der Einreise eingetreten** sind, der Aufenthaltszweck geändert hat. Sie privilegiert nicht den Versuch, einen von Anfang an beabsichtigten Daueraufenthalt in Deutschland unter Nutzung eines Schengen-Visums zu beginnen.⁴⁰⁶ Berechtigt ein Visum zur mehrfachen Einreise, und ändert sich der Aufenthaltszweck nach der mit – seinerzeit – zutreffenden Angaben erwirkten Visumerteilung nach der ersten Einreise, ist § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV anwendbar, auch wenn vor einer nachfolgenden Einreise der Entschluss des Ausländers feststand, zu einem anderen Aufenthaltszweck – etwa eines dauerhaften Aufenthalts in Deutschland – einzureisen.⁴⁰⁷

Die Vorschrift des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV spielt vor allem in den Fällen der sog. **Dänemark-Ehen** eine Rolle. In zahlreichen Fällen wurden Verwaltungsgerichtsprozesse zu Sachverhalten geführt, in denen ein Drittausländer mit einem Schengen-Visum in den Schengen-Raum einreiste, während eines regelmäßig nur kurzen Aufenthalts in einem anderen Schengen-Staat als Deutschland, zumeist in Dänemark, einen deutschen Staatsangehörigen heiratete und sodann ohne weitere Ausreise aus dem Schengen-Raum einen Aufenthaltstitel zum Ehegattennachzug in Deutschland beantragt hatte. Die gegenwärtige Behördenpraxis und Rechtsprechung führt zur Erfolglosigkeit dieser Vorgehensweise. Nach Auffassung des BVerwG⁴⁰⁸ setzt nämlich die Anwendung des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV voraus, dass die **Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erst nach der Einreise entstanden** sind. Das BVerwG schließt sich hierzu der Auffassung zahlreicher Obergerichte an, wonach bei der Anwendung der Vorschrift **auf die letzte Einreise des Ausländers in das Bundesgebiet – auch von einem anderen Schengen-Staat aus – abzustellen** ist, und **nicht** auf die Einreise ins **Schengen-Gebiet**.⁴⁰⁹ Entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs iSd § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV vor oder nach dieser letzten Einreise nach Deutschland entstanden sind, sei der Zeitpunkt, zu dem **das „zentrale Merkmal der jeweiligen Anspruchsnorm“ erfüllt** worden sei. Dieses „kennzeichnende Tatbestandsmerkmal“ sei in Fällen des Ehegattennachzugs die **Eheschließung**. Dies führe dann dazu, dass im Falle der Eheschließung eines Drittausländers mit einem Deutschen in Deutschland § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV anwendbar sei⁴¹⁰ – wohl aber auch nur dann, wenn nicht wegen Falschangaben im Visumverfahren ein Ausweisungsinteresse vorliegt. Bei einer Eheschlie-

⁴⁰⁴ OVG Münster Beschl. v. 21.12.2007 – 18 B 1535/07, BeckRS 2008, 30343.

⁴⁰⁵ Vgl. auch OVG Münster Beschl. v. 5.10.2006 – 18 B 1767/06.

⁴⁰⁶ BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, NVwZ 2011, 495.

⁴⁰⁷ OVG Lüneburg Beschl. v. 12.11.2013 – 13 ME 190/13, NVwZ-RR 2014, 157.

⁴⁰⁸ BVerwG Urt. v. 11.1.2011 – 1 C 23/09, NVwZ 2011, 871.

⁴⁰⁹ Vgl. VGH München Beschl. v. 11.3.2021 – 19 C 19.500, BeckRS 2021, 5341.

⁴¹⁰ Ebenso bereits VGH München Beschl. v. 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254.

Bung in anderen Schengen-Staaten sei dies hingegen nicht der Fall. Diese **Unterscheidung** sei unter anderem deshalb **gerechtfertigt**, weil das **deutsche Recht bestimmte verfahrensrechtliche Prüfungen** vorsehe, wodurch der Standesbeamte Anhaltspunkten für eine Scheinehe nachgehen könne, während etwa das **dänische Recht** es nur vorsehe, dass der Standesbeamte diese Anhaltspunkte **der dänischen Ausländerbehörde mitteile**. Dementsprechend ist § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV nach Auffassung des BVerwG⁴¹¹ auch dann nicht anwendbar, wenn der Anspruch auf den Aufenthaltstitel erst wegen des Erwerbs der Sprachkenntnisse in Deutschland (nach der dänischen Eheschließung) und nach der letzten Einreise ins Bundesgebiet entstanden ist – und zwar, weil der Ausländer nach einer Eheschließung, die außerhalb Deutschlands stattfand.⁴¹² Zu Ungunsten des Ausländers hat der VGH München⁴¹³ die Auffassung vertreten, dass sämtliche erforderlichen Tatbestandsmerkmale eines Anspruchs auf einen Aufenthaltstitel, also im Falle des Ehegattennachzugs auch die erforderlichen Deutschkenntnisse, während der Geltungsdauer des Schengen-Visums erfüllt sein müssten.

Nach Auffassung des BVerwG⁴¹⁴ stellt das **Verschweigen der beabsichtigten Eheschließung** bei der **Beantragung des Schengen-Visums** einen **Ausweisungstatbestand** dar und lässt daher wegen § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG den **Anspruch** auf den begehrten Aufenthaltstitel **entfallen**, was wiederum zur **Unanwendbarkeit des § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV** führt.⁴¹⁵ Denn unter „Anspruch“ iSd § 39 S. 1 Nr. 3 AufenthV sei ein strikter Rechtsanspruch und auch kein Fall der Ermessensreduzierung auf Null zu verstehen. Der Ausweisungstatbestand des § 55 Abs. 2 Nr. 1 lit. a AufenthG ist dementsprechend jedenfalls erfüllt, wenn der Ausländer nach Hinweis auf die Folgen falscher oder unvollständiger Angaben im Visumverfahren falsche Angaben gemacht hat, insbesondere wenn nach einer Eheschließungsabsicht gefragt worden ist und diese Absicht verschwiegen wurde, obwohl die entsprechende Absicht bei der Beantragung des Visums vorlag. Dies erklärt zwar der VGH München⁴¹⁶ in Anbetracht mangelnder Wiederholungsgefahr für nicht erheblich genug, um nicht eine nach Art. 6 GG gebotene Ausnahme vom Regelfall der Versagung anzunehmen;⁴¹⁷ das BVerwG⁴¹⁸ und die meisten Obergerichte⁴¹⁹ halten derartige Falschangaben im Visumverfahren hingegen für beachtlich und für den Ausländer nachteilig.⁴²⁰ Das BVerwG ist hierzu allerdings der Auffassung, dass das Ausweisungsinteresse (damals: „Ausweisungsgrund“) nach einer Ausreise zur Nachholung des nationalen Visumverfahrens nicht mehr verwertbar ist.⁴²¹

Die Einreise mit einem derart mit falschen Angaben erschlichenen Schengen-Visum ist allerdings nicht iSd § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG unerlaubt.⁴²² Ein auf § 39 S. 1 Nr. 3

⁴¹¹ BVerwG Urt. v. 11.1.2011 – 1 C 23/09, NVwZ 2011, 871.

⁴¹² So bereits mit anderer Begründung, dass nämliche Anspruchsvoraussetzungen nach der letzten Einreise nach Deutschland entstanden sein müssten, VGH Kassel Beschl. v. 22.9.2008 – 1 B 1628/08, EZAR NF 28 Nr. 20.

⁴¹³ VGH München Beschl. v. 28.5.2015 – 10 CE 14.2123, BeckRS 2015, 47040.

⁴¹⁴ BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, NVwZ 2011, 495.

⁴¹⁵ In diesem Sinne bereits zuvor etwa VGH Mannheim Beschl. v. 16.4.2009 – 13 S 656/09, NVwZ-RR 2009, 700; dagegen VGH München Beschl. v. 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254; iSd BVerwG nunmehr aber VGH München Beschl. v. 28.5.2015 – 10 CE 14.2123, BeckRS 2015, 47040.

⁴¹⁶ VGH München Beschl. v. 18.5.2009 – 10 CS 09.853, BeckRS 2009, 34254.

⁴¹⁷ Vgl. aber später abw. für eine deutschverheiratete Ausländerin VGH München Beschl. v. 1.4.2014 – 19 CE 14.282, BeckRS 2014, 53231 und für einen nicht deutschverheirateten Ausländer VGH München Beschl. v. 28.5.2015 – 10 CE 14.2123, BeckRS 2015, 47040; gegen diese frühere Rspr. nun ausdrücklich VGH München Beschl. v. 11.3.2021 – 19 C 19.500, BeckRS 2021, 5341.

⁴¹⁸ BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, NVwZ 2011, 495.

⁴¹⁹ OVG Lüneburg Beschl. v. 27.7.2009 – 11 ME 171/09, EZAR NF 28 Nr. 24; VGH Mannheim Beschl. v. 25.1.2010 – 11 S 2181/09, NVwZ 2010, 529; OVG Münster Beschl. v. 10.6.2010 – 18 B 606/10, EZAR NF 28 Nr. 33.

⁴²⁰ IdS auch OVG Hamburg Beschl. v. 25.3.2013 – 3 Bs 90/13, BeckRS 2013, 49149.

⁴²¹ BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, NVwZ 2011, 495, dort Rn. 28.

⁴²² BVerwG Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, NVwZ 2011, 495, dort Rn. 19; abw. zu Positivstaatern OVG Hamburg Beschl. v. 23.9.2013 – 3 Bs 131/13, NVwZ-RR 2014, 490 mit zutr. Umkehrschluss aus § 41