

Anwaltssozietät | **Jurati**

Sven Hasse

Fachanwalt für Migrationsrecht &

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Schönhauser Allee 83

10439 Berlin

Tel 030 4467 4467

www.jurati.de

Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitel

Stand: Juni 2021

Inhaltsverzeichnis

I. Systematik der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen	3
II. einzelne Regelerteilungsvoraussetzungen	4
1. Sicherung des Lebensunterhalts	4
2. geklärte Identität und Staatsangehörigkeit	4
3. Erfüllung der Passpflicht	5
4. kein Ausweisungsinteresse	6
5. keine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen	8
III. Weitere Erteilungsvoraussetzungen	8
1. Einreise mit erforderlichem Visum	8
2. Angaben wurden im Visumverfahren gemacht	10
3. Absehen vom Visumverfahren	11

I. Systematik der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen

Bei den „allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen“ handelt es sich um Voraussetzungen, die bei der Erteilung und Verlängerung jedes Aufenthaltstitels vorliegen müssen. Gesetzliche Ausnahmen sind für bestimmte humanitäre Aufenthaltstitel in § 5 Abs. 3 AufenthG geregelt oder finden sich bei den einzelnen Aufenthaltstiteln.

§ 5 Abs. 1 AufenthG enthält die folgenden **Regelerteilungsvoraussetzungen**:

1. Sicherung des Lebensunterhalts (siehe 1.)
2. geklärte Identität und Staatsangehörigkeit (siehe 2.)
3. kein Ausweisungsinteresse (siehe 4.)
4. keine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen (siehe 5.)
5. Erfüllung der Passpflicht (siehe 3.)

Von diesen Voraussetzungen wird abgewichen, wenn ein Regel-Ausnahmefall vorliegt. Das Vorliegen eines Ausnahmefalles ist gerichtlich voll überprüfbar. Ein Ermessen hat die Ausländerbehörde hierbei nicht¹.

Nach § 5 Abs. 2 AufenthG setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU **zwingend** voraus, dass

1. die Einreise mit dem richtigen Visum erfolgt (siehe 6.) und
2. die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumverfahren gemacht worden sind.

Sofern eine Ausnahme nicht ausdrücklich vorgesehen ist, *kann* von diesen Voraussetzungen *im Ermessen* abgesehen werden (§ 5 Abs. 2 S. 2 oder Abs. 3 AufenthG).

Schließlich enthält § 5 Abs. 4 AufenthG einen Versagungsgrund für „Gefährder“ der freiheitlich demokratischen Grundordnung. Während die **Beweislast** für das Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen beim Antragsteller liegt, trägt die Ausländerbehörde die Beweislast für das Vorliegen des Versagungsgrundes nach § 5 Abs. 4 AufenthG².

Wird eine Regelerteilungsvoraussetzung nicht erfüllt, liegt kein „**gesetzlicher Anspruch**“ auf Titelerteilung vor. Dies kann relevant werden, wenn das Gesetz an das Vorliegen eines Anspruches bestimmte Vergünstigungen knüpft, etwa um die Titelerteilungssperre nach einem offensichtlich unbegründeten Asylantrag zu durchbrechen (§ 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG) oder bei Titelerteilung nach einer Einreise ohne das erforderliche Visum (§ 39 Nr. 3 oder 5 AufenthV).

¹ BVerwG, Urteil vom 30.04.2009, 1 C 3/08

² Bender/Leuschner in Hofmann, Ausländerrecht, § 5 Rn. 2

Unter einem solchen „Anspruch“ ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts nur ein „striktter Rechtsanspruch“ zu verstehen. Ein „striktter Rechtsanspruch“ liegt danach nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat³.

Ein Anspruch aufgrund einer "Soll"-Regelung soll selbst dann nicht genügen, wenn ein Regelfall und kein atypischer Regel-Ausnahmefall vorliegt⁴. Das Bundesverwaltungsgericht begründet dies damit, dass die Verwaltung hier – anders als bei „Ist“-Vorschriften aufgrund einer wertenden Betrachtung aller Umstände des Einzelfalles die möglichen Versagungsgründe prüfen müsse. Es fehle daher an einer abstrakt-generellen abschließenden, die Verwaltung bindenden Wertung des Gesetzgebers zu Gunsten eines Aufenthaltsrechts.

Ist eine illegale Einreise erfolgt oder ein unrechtmäßiger Aufenthalt vorausgegangen, hindert somit das Vorliegen eines noch verwertbaren Ausweisungsinteresses das Entstehen eines „Anspruches“, da die Regelerteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG („kein Ausweisungsinteresse“) nicht erfüllt ist⁵.

Neben seiner Funktion als allgemeiner Voraussetzung zur Erteilung von Aufenthaltstiteln bewirkt § 5 AufenthG damit regelmäßig einen Ausschluss von Erleichterungen in Anspruchsfällen. Dies kann dazu führen, dass statt einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen (z.B. nach § 28 AufenthG), wegen Nichterfüllung der Regelerteilungsvoraussetzung – ggf. zunächst nur eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (regelmäßig § 25 Abs. 5 AufenthG) erteilt werden kann oder das Visumverfahren nachzuholen ist, da kein „Anspruchsfall“ nach § 39 AufenthV vorliegt.

II. einzelne Regelerteilungsvoraussetzungen

1. Sicherung des Lebensunterhalts

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels setzt in der Regel voraus, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Wegen des Umfangs und der Bedeutung wird diese Regelerteilungsvoraussetzung in einem separaten Skript dargestellt⁶.

2. geklärte Identität und Staatsangehörigkeit

Damit ein Aufenthaltstitel erteilt werden kann, muss in der Regel die Identität und Staatsangehörigkeit geklärt sein (§ 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG). Dies wird regelmäßig durch Vorlage eines gültigen **Passes** oder Passersatzes der Fall sein. Die Vorschrift

³ BVerwG, Urteil vom 10.12.2014, 1 C 15.14

⁴ BVerwG, Urteil vom 17.12.2015, 1 C 31.14

⁵ BVerwG, Urteil vom 10.12.2014, 1 C 15.14, Rn. 18

⁶ Modul „Allgemeiner Teil des Aufenthaltsrechts 2: Sicherung des Lebensunterhalts“

hat daher neben der Erfüllung der Passpflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG) geringe Bedeutung.

Wenn an der Richtigkeit der Angaben im Pass begründete Zweifel bestehen, können weitere Nachweise verlangt werden⁷. Außerdem macht die Vorschrift deutlich, dass dann, wenn von der Regelerteilungsvoraussetzung „Erfüllung der Passpflicht“ abgesehen wird, gleichwohl ein anderweitiger Identitätsnachweis verlangt werden kann.

Die Identität umfasst den **Vor- und Nachnamen**, wohl nicht das Alter. Dies ergibt sich aus § 49 Abs. 2 AufenthG, der neben der Angabe der „Identität“ auch Angaben zum Alter verlangt.

Im Rahmen der Verpflichtung zur Mitteilung günstiger Belange (**§ 82 AufenthG**) kann verlangt werden, dass Dokumente aus dem Herkunftsland beschafft werden und hierzu erforderlichenfalls die Hilfe von Familienmitgliedern in Anspruch genommen wird. Seine Grenze muss eine Mitwirkungsverpflichtung aber dort haben, wo es unmöglich ist, Nachweise zu beschaffen oder durch die Beschaffung (z.B. eine Reise ins Herkunftsland) eine Gefahr für den Antragsteller oder Familienangehörige droht. In der behördlichen Praxis werden meist recht weitgehende Bemühungen verlangt und für zumutbar gehalten. Eine Übersicht der zur Identitätsklärung für zumutbar gehaltenen Bemühungen findet sich für vollziehbar Ausreisepflichtige nun in § 60b Abs. 3 AufenthG.

Die Klärung der **Staatsangehörigkeit** ist nur erforderlich, wenn der Ausländer oder die Ausländerin „nicht zur Rückkehr in einen anderen Staat berechtigt ist“ (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AufenthG). Liegt ein Pass vor, ist die Staatsangehörigkeit geklärt oder – z.B. bei Fremdenpässen- zumindest von einer Rückkehrberechtigung in den Ausstellerstaat auszugehen.

3. Erfüllung der Passpflicht

Auch die „Erfüllung der Passpflicht“ ist eine Regelerteilungsvoraussetzung. Sie knüpft an § 3 AufenthG an, wonach eine Einreise und ein Aufenthalt nur mit einem anerkannten und gültigen Pass oder Passersatz gestattet ist, wenn nicht durch Rechtsverordnung eine Befreiung vorgesehen ist.

Eine Befreiung von der Passpflicht sieht § 14 AufenthV in grenzüberschreitenden Rettungsfällen vor oder § 2 AufenthV für unter 16-Jährige, sofern sie in den Pass der Eltern eingetragen sind.

Die Passpflicht im Bundesgebiet wird auch durch einen Ausweisersatz erfüllt (§ 3 Abs. 1 Satz 2), der unter den Voraussetzungen der §§ 5, 6 AufenthV ausgestellt wird. Voraussetzung für die Erteilung eines Ausweisersatzes ist allerdings, dass der Be-

⁷ gelegentlich wird z.B. bei afghanischen Staatsangehörigen zusätzlich die Vorlage einer Tazkira (ID-Karte) verlangt.

troffene einen Pass oder Passersatz seines Heimatstaates nicht in zumutbarer Weise erlangen kann. An die Zumutbarkeit werden hohe Anforderungen gestellt. Als zumutbar gilt es Verlängerungsanträge zu stellen, Mitwirkungshandlungen bei Behörden des Herkunftsstaates vorzunehmen, bestimmte Handlungen zu dulden oder die Wehrpflicht zu absolvieren. All dies hat inzwischen Eingang in § 60 b Abs. 3 AufenthG gefunden.

Passbeschaffungsbemühungen sollten in jedem Fall gut dokumentiert werden (z.B. Dokumentation der Vorsprachen beim Konsulat durch Zeugenberichte, Fotos, Quittungen, Fahrkarten oder Einlieferungsbelege der Korrespondenz).

Problematisch sind Pässe, die im Herkunftsland ohne die Anwesenheit des Antragstellers ausgestellt und nach Deutschland geschickt wurden und daher keine Unterschrift tragen (sog. „**Proxypass**“). Sofern das Recht des Heimatlandes diese Ausstellungspraxis nicht ausdrücklich ermöglicht, soll es sich nicht um ein gültiges Dokument handeln und hiermit auch der Nachweis von Identität und Staatsangehörigkeit nicht geführt werden können.

Asylbewerber sind nicht von der Passpflicht befreit. Ihnen können aber Passbeschaffungsbemühungen nicht zumutbar abverlangt werden, solange sie eine politische Verfolgung geltend machen und das Verfahren noch nicht abgeschlossen ist. Eine Vorsprache bei der Botschaft des Verfolgerstaates kommt nicht in Betracht und kann den Erfolg eines laufenden Asylverfahrens gefährden.

Von der Erfüllung der Passpflicht ist zwingend abzusehen bei anerkannten Flüchtlingen, subsidiär Schutzberechtigten, Personen mit festgestelltem Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 oder § 60 Abs. 7 AufenthG oder bei Erteilung eines Aufenthaltstitels an Opfer von Menschenhandel und Arbeitsausbeutung (§ 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG). Ein Aufenthaltstitel ist daher immer im Ausweisersatz auszustellen.

Ein Reiseausweis, der für Auslandsreisen Voraussetzung ist, wird bei subsidiär Schutzberechtigten oder Personen mit Abschiebungsverbot allerdings nur dann ausgestellt, wenn Gründe vorgetragen werden können, die trotz Ablehnung des Flüchtlingsschutzantrages einen Kontakt zur Heimatvertretung unzumutbar erscheinen lassen. In Betracht kommt hier etwa die begründete Furcht vor Repressalien für im Heimatland verbliebene Angehörige. Das Land Berlin musste seine großzügigere Verwaltungspraxis hier auf Druck des BMI ändern; sofern die Verlängerung von Reiseausweisen für subsidiär Geschützte ansteht, sind entsprechende Gründe für die Unzumutbarkeit der Botschaftsvorsprache nachzuweisen.

4. kein Ausweisungsinteresse

Sofern eine Ausweisung erfolgt ist, steht § 11 AufenthG der Erteilung eines Aufenthaltstitels entgegen. Auch dann, wenn (noch) nicht ausgewiesen wurde und im kon-

kreten Fall auch nicht ermessensfehlerfrei ausgewiesen werden könnte, soll die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht möglich sein.

In der Kommentierung wird vertreten, dass ein Ausweisungsinteresse nur dann einen Versagungsgrund darstellen kann, wenn ein Ausweisungsinteresse auch **aktuell** noch tatsächlich vorliegt und **rechtlich verwertbar** ist und die **Prognose künftigen normwidrigen Verhaltens** gerechtfertigt ist⁸. Hiernach wäre nach selbst aufgedecktem illegalen Aufenthalt ein Ausweisungsinteresse zu verneinen, da bei Erteilung eines Aufenthaltstitels keine Gefahr des illegalen Aufenthalts mehr besteht.

Demgegenüber vertritt jedoch das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung, dass generalpräventive Ausweisungsinteressen, die an strafbares Verhalten anknüpfen, bis zum Ablauf der strafrechtlichen Verjährungsfristen in § 78ff StGB berücksichtigt werden können. Bei abgeurteilten Straftaten stellen die Fristen für ein Verwertungsverbot nach § 51 BZRG die Obergrenze dar⁹. Diese Rechtsprechung kann dazu führen, dass eine nicht abgeurteilte Straftat der Erteilung eines Aufenthaltstitels länger entgegengehalten werden kann als eine rechtskräftige und im BZR getilgte Verurteilung.

Ein Ausweisungsinteresse gilt dann als verbraucht, wenn die Behörde trotz Kenntnis eines Ausweisungsinteresses vorbehaltlos einen Aufenthaltstitel erteilt hat. Sie kann sich wegen einzelner Ausweisungsinteressen jedoch eine künftige Ausweisung vorbehalten (§ 5 Abs. 3 S. 3 AufenthG) oder Ausweisungsinteressen im Rahmen der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis neu würdigen.

Nach Berliner Verwaltungspraxis bleiben Straftaten außer Betracht, die in den letzten drei Jahren nicht zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe von mehr als 3 Monaten oder zu einer Geldstrafe von mehr als 90 Tagessätzen geführt haben, wenn keine Gefahr weiterer Straftaten oder sonstiger Ausweisungsgründe besteht¹⁰.

Im Rahmen der Erteilung einer **Niederlassungserlaubnis** gilt als Spezialregelung § 9 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG, wonach der Erteilung „Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht entgegenstehen“ dürfen. Es hat hier eine gerichtlich voll überprüfbare Abwägung zwischen Schwere der Straftat und Aufenthaltsverfestigung zu erfolgen¹¹.

Beim **Familiennachzug** wird diese Regelerteilungsvoraussetzung zu einer Ermessensvorschrift „herabgestuft“ (§ 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG). Die Ausländerbehörde hat daher bei Vorliegen eines Ausweisungsinteresses Ermessen auszuüben, ob hiervon abgesehen werden kann. Hierbei ist neben dem Gewicht des Ausweisungsinteresses auch zu berücksichtigen, ob die familiäre Lebensgemeinschaft anderswo geführt werden kann.

⁸ Bender/Leuschner in Hofmann, Ausländerrecht, § 5 AufenthG Rn. 18

⁹ BVerwG, Urteil vom 12.07.2018 - 1 C 16.17, Rn. 22ff

¹⁰ Nr. 5.1.2. Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin (VAB)

¹¹ siehe mehr im Modul „Aufenthaltsverfestigung 1: unbefristete Aufenthaltstitel“

5. keine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen

Da eine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen regelmäßig ein Ausweisungsinteresse begründet, kommt dieser Erteilungsvoraussetzung keine große praktische Bedeutung zu. Sie findet zudem keine Anwendung, wenn ein Anspruch auf Titelerteilung besteht.

Die Verwaltungsvorschriften nennen eine Reihe öffentlicher Interessen, die einer nach Ermessen zu erteilenden Aufenthaltserlaubnis entgegen stehen können¹²:

1. Belastung öffentlicher Haushalte im Fall von Krankheit oder Pflegebedürftigkeit
2. Verhinderung übertragbarer Krankheiten
3. Wiedereinreise nach Inanspruchnahme von Rückkehrhilfen
4. „wenn der Ausländer seinen Lebensunterhalt aus einer sittenwidrigen oder sozial unwerten Erwerbstätigkeit bestreitet“, wozu auch die Prostitution zählen soll¹³.

Da die Vorschrift nur bei Ermessenstatbeständen Anwendung findet, wird man entsprechende Belange praktisch wohl eher im Rahmen der Ermessenserwägung finden.

III. Weitere Erteilungsvoraussetzungen

1. Einreise mit erforderlichem Visum

§ 5 Abs. 2 setzt als zwingende Erteilungsvoraussetzung voraus, dass die Einreise mit dem erforderlichen Visum erfolgt ist. Dies gilt natürlich nur, sofern der Betreffende auf Grund seiner Staatsangehörigkeit für die Einreise zu dem entsprechenden Zweck überhaupt ein Visum benötigt.

Die Einreise mit dem *erforderlichen* Visum bedeutet, dass ein Visum beantragt werden muss, was dem später beabsichtigten Aufenthalt entspricht. Damit ist insbesondere nach einer Einreise mit einem Schengen-Visum zu Besuchszwecken die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung grundsätzlich ausgeschlossen.

Etwas anderes gilt nur für die nach § 41 AufenthV privilegierten Staatsangehörigen, die im Inland einen Antrag auf einen Aufenthaltstitel stellen dürfen¹⁴.

¹² Nr. 5.1.3. VwV-AufenthG

¹³ Nr. 5.1.6. VwV-AufenthG

¹⁴ Australien, Israel, Japan, Kanada, Südkorea, Neuseeland, USA für jeden Aufenthaltsweg.

Andorra, Brasilien, El Salvador, Honduras, Monaco, San Marino nur für Aufenthaltstitel, die nicht zum Zwecke der Erwerbstätigkeit erteilt werden.

Eine Befreiung von der Visumpflicht für brasilianische *Freiberufler* dürfte sich unmittelbar völkerrechtlicher Verpflichtung ergeben (VG Berlin, Urteil vom 15.5.2019, VG 24 K 1075.17).

Darüber hinaus regelt **§ 39 AufenthV** Sonderfälle, in denen ein Aufenthaltstitel im Inland eingeholt werden kann:

1. Besitz eines nationalen Visums oder einer Aufenthaltserlaubnis

Hierbei handelt es sich um den Standardfall der Verlängerung oder der Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels.

Bsp: AE zum Studium nach Au-Pair oder Freiwilligendienst.

Diese Ausnahme greift allerdings nicht, wenn der Zweckwechsel im Tatbestand selber Einschränkungen unterliegt; Bsp: Studierende während des Studiums (§ 16 Abs. 4 AufenthG).

2. Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels für mehr als 6 Monate

siehe §§ 15 ff AufenthV

Bsp: Diplomaten, Schweizer, Briten nach BREXIT

3. Visumsfreie Einreise oder Schengen-Visum, sofern die Voraussetzungen eines Anspruchs* nach der Einreise entstanden sind.

Während des rechtmäßigen Besuchsaufenthalts entsteht ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels. Zu den strengen Anforderungen an den Begriff „Anspruch“ vgl. jedoch I.

Bsp: Eingehung einer Ehe, Angebot eines Arbeitsplatzes unter den Voraussetzungen einer Blauen Karte-EU, Geburt eines deutschen Kindes. Alle für die Titelerteilung erforderlichen Voraussetzungen müssen vorliegen (z.B. Sprachkenntnisse). Der Anspruch darf erst nach der Einreise entstanden sein. Wenn die Einreise bereits mit dem Ziel eines Daueraufenthalts erfolgt ist, soll der Aufenthalt von Beginn an nicht rechtmäßig sein.

4. Während des Asylverfahrens mit Aufenthaltsgestattung in Anspruchsfällen*

5. Bei Duldung, wenn durch Eheschließung oder Geburt eines Kindes im Bundesgebiet ein Anspruch* auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entstanden ist.

Allerdings soll nicht ausreichend sein, wenn eine Duldung ausschließlich wegen einer bevorstehenden Eheschließung erteilt wurde¹⁵.

Gleiches wird bei Geburt eines deutschen Kindes gelten, wobei wegen längerfristiger Unzumutbarkeit der Trennung gem. § 5 Abs. 2 AufenthG von der Nachholung des Visumverfahrens abgesehen werden sollte¹⁶.

¹⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.08.2007, OVG 2 S 61.07 und 16.01.2008, OVG 2 S 4.08

¹⁶ zutreffend: Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin, (VAB) B.AufenthV 39.5

6. Bei Aufenthaltstitel eines anderen Schengen-Staates in Anspruchsfällen*

Ist allerdings die Einreise mit dem Ziel des Daueraufenthaltes erfolgt, soll diese schon nicht rechtmäßig sein und ein Titel nicht im Inland beantragt werden können¹⁷

7. Besitz einer Blauen Karte EU eines anderen Mitgliedsstaates seit mindestens 18 Monaten, wenn im Inland erneut eine Blaue Karte EU beantragt wird, einschließlich Familienangehöriger.

* Zu den strengen Anforderungen an den Begriff „Anspruch“ vgl. I: Ein Anspruch ist grundsätzlich nur bei einem strikten Rechtsanspruch gegeben, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

Beispiel:

Die Drittstaatsangehörige F bekommt während ihres geduldeten Aufenthalts im Bundesgebiet ein Kind, das vom Vater die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt. Wegen illegaler Einreise besteht ein Ausweisungsinteresse und damit kein Anspruch auf Titelerteilung.

Sofern die Ausreise und Nachholung des Visumverfahrens nicht möglich oder zumutbar ist, kommt ein humanitärer Aufenthaltstitel in Betracht. Dieser sollte daher hilfsweise immer mit beantragt werden. Ob nach Erteilung eines Titels aus humanitären Gründen dann ein Titel nach § 39 Nr. 1 AufenthV im Inland beantragt werden kann ist streitig¹⁸.

2. Angaben wurden im Visumverfahren gemacht

Im Rahmen des Visumverfahrens müssen die maßgeblichen Angaben zum Visum bereits vor der Einreise beim Visumantrag gemacht worden sein (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG). Eine Aufenthaltserlaubnis kann daher nach der Einreise nur für den im Visumverfahren genannten Zweck erteilt werden. Ob eine fehlerhafte Angabe in allen formularmäßig abgefragten Daten (z.B. zu Voraufenthalten, Erkrankungen, Verwandtschaftsverhältnissen, Referenzpersonen oder der beabsichtigten Wohnanschrift) zu einer Versagung der Aufenthaltserlaubnis führt, ist umstritten¹⁹.

Ändern sich nach Erteilung des Visums die Umstände, steht dies der Erteilung nicht entgegen, da die Angaben im Zeitpunkt der Visumserteilung richtig waren.

¹⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.02.2019, OVG 11 S 21.18 m.w.N.

¹⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 20.03.2019, OVG 11 B 5.17, Revision anhängig

¹⁹ bejahend: Dienelt in Renner, § 5 Rn. 98, verneinend: Bender/Leuschner in Hofmann § 5 Rn. 36

Beispiel:

T reist mit einem Schengen-Visum zum Besuch der Kinder ein. Während des Aufenthalts tritt Pflegebedürftigkeit ein. § 5 Abs. 2 steht der Erteilung eines Aufenthaltstitels nicht entgegen, da er die maßgeblichen Angaben im Visumverfahren noch nicht machen konnte²⁰.

Ändert sich der Aufenthaltswitz auf Grund einer Willensänderung, kommt Indizien maßgebliche Bedeutung zu.

Beispiel:

F reist mit Schengen-Visum ein. Während des Aufenthalts heiratet sie D. Die erst nach der Einreise im Heimatland beschaffte Ledigkeitsbescheinigung spricht dafür, dass der Entschluss der Eheschließung erst nach der Einreise gefasst wurde und die Angaben im Visumverfahren richtig waren.

3. Absehen vom Visumverfahren

Ein Absehen von der Durchführung des Visumverfahrens ist im Ermessenswege möglich, wenn ein Anspruch auf den begehrten Titel besteht (§ 5 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 AufenthG). Auch hier gelten die strengen Anforderungen an den Begriff „Anspruch“, vgl. I.

Da das „Interesse an einer geregelten Einwanderung“ in der Behördenpraxis für außerordentlich gewichtig erachtet wird, kann mit einer positiven Ermessensausübung nur in seltenen Fällen gerechnet werden. Diese Praxis ist verfehlt, da dem Visumverfahren in Fällen eines Anspruches kein Steuerungszweck zukommen kann und zum Selbstzweck wird oder der Sanktionierung missbilligenden Verhaltens dient²¹.

Des Weiteren kann vom Visumsverfahren abgesehen werden, wenn aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls die Nachholung des Visumsverfahrens **nicht zumutbar** ist (§ 5 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 AufenthG).

Dies kann u.a. in folgenden Konstellationen der Fall sein:

- Unzumutbarkeit der Reise wegen Krankheit, Schwangerschaft, Behinderung oder hohen Alters
- keine reguläre Reiseverbindung in das Herkunftsland oder keine legale Durchreise durch Drittstaaten möglich
- keine deutsche Auslandsvertretung im Herkunftsland
- Vorliegen rechtlicher Abschiebungsverbote
- die notwendige Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Personen während des Visumverfahrens ist nicht gesichert
- einem Baby oder Kleinkind würde der Umgang mit einem Elternteil verwehrt

²⁰ allerdings kommt ein Aufenthaltstitel hier wohl nur unter den restriktiven Voraussetzungen des § 36 Abs. 2 AufenthG in Betracht

²¹ zutreffend Bender/Leuschner in Hofmann § 5 Rn. 37

- absehbare Verzögerungen des Visumverfahrens, weil Botschaft bzw. die Ausländerbehörde nach der Ausreise weitere Tatbestandsvoraussetzungen in Zweifel ziehen (z.B. Scheinehevorwurf), und damit absehbar ist, dass es zu Problemen im Rahmen einer Urkundenüberprüfung kommt oder
- keine Termine zur Visumantragstellung verfügbar sind.

Eine Unzumutbarkeit kann sich auch aus mehreren Gründen ergeben, die für sich allein nicht ausreichend wären.

Die Durchführung des Visumverfahrens soll nicht allein deshalb unzumutbar sein, weil:

- die Reise hohe (aber noch nicht unzumutbare) Kosten verursacht
- bereits ein Arbeitsplatzangebot besteht
- eine neue Wohnung angemietet wurde
- die Wehrpflicht zu absolvieren ist²²
- es zu einer *vorübergehenden* Trennung vom (auch deutschen) Ehegatten kommt²³.

Zur Beschleunigung eines möglicherweise nachzuholenden Visumverfahrens sollte insbesondere in Anspruchsfällen versucht werden, von der Ausländerbehörde eine **Vorabzustimmung** zur Visumerteilung gem. § 31 Abs. 3 AufenthV zu erhalten. Hier- von wird jedoch häufig sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Nach zutreffender Ansicht hat jedoch die Ausländerbehörde dafür Sorge zu tragen, dass das Visum- verfahren nicht länger als erforderlich dauert²⁴.

²² OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 06.03.2008 OVG 11 S 43.07

²³ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 05.03.2007, OVG 2 S 19.07

²⁴ OVG Bremen, 21.12.2011, 1 B 246/11