Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

11 2020

Seite 1–25
39. Jahrgang
1. Juni 2020

Vors. Richter am BVerwG Professor Dr. Uwe Berlit*

Aktuelle Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht 2018/19

Mit dem Rückgang der Asylbewerberzahlen gewinnt das Aufenthaltsrecht als zweite Säule des Migrationsrechts qualitativ wieder an Bedeutung, auch wenn quantitativ die Verwaltungsgerichtsbarkeit weiterhin durch das Flüchtlingsrecht geprägt wird. Der Beitrag berichtet über vornehmlich ausgewählte ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung der nationalen Verwaltungsgerichte zum Aufenthaltsrecht sowie die hierfür relevante Rechtsprechung des EuGH. Mit Blick auf die grundlegende Umgestaltung des Duldungsrechts, die teils im Herbst 2019, teils erst im Frühjahr 2020 wirksam wird, wird dieser Bereich nicht vertieft. Ausgespart bleiben ua das Staatsangehörigkeitsrecht, das Ausländersozialrecht und das Abschiebungshaftrecht. Auch im Jahr 2019 lassen sich keine klaren Schwerpunkte der Rechtsprechung ausmachen.

I.	**Regelerteilungsvoraussetzungen (§ 5 AufenthG), Rechtsanspruch auf Erteilung und Titelerteilungssperre (§ 10 III 2 AufenthG)**
1.	Regelerteilungsvoraussetzungen; Rechtsanspruch auf Erteilung
a)	Identitätsklärung
b)	Einreise mit dem erforderlichen Visum
c)	Nichtvorliegen eines Ausweisungsinteresses
2.	Titelerteilungssperre nach § 10 III 2 AufenthG
3.	Absehensermessen
4.	Ausschluss Titelerteilung bei bestehendem Einreise- und Aufenthaltsverbot
II.	**Ausgewählte Fragen des nationalen Aufenthalts zum Zweck der Erwerbstätigkeit/Ausbildung**
1.	Vander Elst-Visum
2.	Visumserteilung für Ausbildung in Pflegeberuf
3.	Beschäftigung Westbalkanstaaten (§ 26 II BeschV)
4.	Anschlussbeschäftigung (§ 16 IV, § 16 b III, §§ 18 ff. AufenthG)
5.	Ausbildung
6.	Selbstständige Tätigkeit (§ 21 AufenthG)
I.	**Regelerteilungsvoraussetzungen (§ 5 AufenthG), Rechtsanspruch auf Erteilung und Titelerteilungssperre (§ 10 III 2 AufenthG)**
III.	**Ausgewählte Fragen des (nationalen) Aufenthalts aus humanitären Gründen**
1.	§ 25 V AufenthG
2.	Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen/Heranwachsenden (§ 25 a AufenthG) und bei nachhaltiger Integration (§ 25 b AufenthG)
a)	Abgrenzung § 25 a AufenthG zu § 25 b AufenthG
b)	Positive Informationsprognose
c)	Anrechnungsfähige Voraufenthaltszeiten bei § 25 b AufenthG
d)	Identitätstäuschungen und Obliegenheitsverletzungen

* Der Autor ist Vors. Richter des *1. Senats* des *BVerwG* und Honorarprofessor an der Universität Leipzig. Der Beitrag baut auf dem aufenthaltsrechtlichen Teil eines Vortrags auf der Tagung „Aktuelle Fragen des Asyl- und Ausländerrechts“ der Deutschen Richterakademie am 17.12.2019 auf und spiegelt allein die persönliche Auffassung des *Verf.* Der Bericht schließt für den Berichtszeitraum Spätherbst 2018 bis Spätherbst/Ende 2019 an *Berlit*, Aktuelle Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht (NVwZ-Extra 6/2017, NVwZ-Extra 7/2018 und NVwZ-Extra 4/2019) an. Anregungen, Kritik oder Hinweise auf Fehler und Fehlendes werden erbeten an berlit@bverwg.bund.de. – Der Vortrag konzentriert sich auf die jüngere Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht. Ausgespart bleiben die vielfältigen Änderungen, die insbesondere das Aufenthaltsgesetz durch die Gesetzgebung im Jahre 2019 erfahren hat bzw. zum 1.1./1.3.2020 erfahren wird (ua Gesetz zur Entfristung des Integrationsgesetzes v. 4.7.2019, BGBl. I 2019, 914; Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung v. 8.7.2019, BGBl. I 2019, 1021; Gesetz zur Förderung der Ausbildung und Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern – Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz v. 8.7.2019, BGBl. I 2019, 1029; Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch v. 11.7.2019, BGBl. I 2019, 1066; Zweites Datenaustauschverbesserungsgesetz v. 4.8.2019, BGBl. I 2019, 1131; Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.8.2019, BGBl. I 2019, 1294; Fachkräfteeinwanderungsgesetz v. 15.8.2019, BGBl. I 2019, 1307; Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU v. 20.11.2019, BGBl. I 2019, 1626 (dazu ua *Hoffmann*, InfAuslR 2019, 409; *Kluth*, Next Steps: Die Gesetze des Migrationspaktes 2019 folgen eigenen Pfaden, NVwZ 2019, 1305; *Welte*, InfAuslR 2019, 365; Beiträge in Beilage zu Heft 8–9/2019 des Asylmagazins = NVwZ-Extra 3/2020); *Thym*, ZAR 2019, 353.

I.	**Regelerteilungsvoraussetzungen (§ 5 AufenthG), Rechtsanspruch auf Erteilung und Titelerteilungssperre (§ 10 III 2 AufenthG)**
e)	Einzelfragen
IV.	**Ausgewählte Fragen des (nationalen) Aufenthalts aus familiären Gründen**
1.	Ehegatten
a)	Ehegattennachzug
b)	Eigenständige Aufenthaltsrechte
2.	Verwandtschaft
a)	Familiennachzug und Vaterschaftsanerkennung
b)	Begriff „Verwandter in gerader absteigender Linie/Vormundschaft gemäß der Regelung der algerischen „Kafala“
3.	Erstreckung des Rechts auf Familienzusammenführung auf subsidiär Schutzberechtigte aufgrund nationalen Rechts
4.	Eigenständiges, unbefristetes Aufenthaltsrecht der Kinder nach § 35 AufenthG
5.	Weitere Einzelfragen
V.	**Sonstige (ausgewählte) Fragen des Aufenthalts(erteilungs-)rechts**
1.	Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG)
2.	Ausbildungsduldung
3.	Besondere Aufenthaltsrechte
4.	Verpflichtungserklärung (§ 68 AufenthG)
5.	Erlöschen/Rücknahme des Aufenthaltstitels
a)	Erlöschen des Aufenthaltstitels (§ 51 AufenthG)
b)	Rücknahme
6.	Fiktionswirkung
a)	Keine Fiktionswirkung bei Aufenthaltserlaubnisantrag nach Einreise mit Schengen-Visum eines anderen Mitgliedstaates
b)	Weiteres zur Fiktionswirkung
VI.	**Ausgewählte Fragen zur Ausweisung und Aufenthaltsbeendigung**
1.	Keine Anwendung der RückführungsRL nach Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen und Aufgreifen an der Grenze
2.	Generalpräventive Ausweisung
3.	Überwachung der Ausreise
4.	Abschiebung
a)	Folgenbeseitigungsanspruch nach vollzogener, aber rechtswidriger Abschiebung
b)	Durchsuchung (§ 58 V AufenthG)
c)	Ankündigung der Abschiebung
5.	Einzelfragen
VII.	**Ausgewählte Fragen des Unions-/Assoziationsrechts**
1.	Freizügigkeitsrecht
a)	Aufenthaltsrecht des Ehegatten eines Unionsbürgers trotz Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft
b)	Eigenständiges unionsrechtliches Aufenthaltsrecht (Art. 20 AEUV)
c)	Keine Verlustfeststellung bei Bestehen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO (EU) 492/2011
d)	Sonstige Fälle der Verlustfeststellung
2.	Freizügigkeitsrechte für Assoziationsberechtigte und Drittstaatsangehörige
a)	Entzug des Aufenthaltstitels eines Familienangehörigen eines Drittstaatsangehörigen wegen (objektiver) Täuschung
b)	Visumspflicht Türkei und „Stand Still“ (BVerwG, Urt. v. 25.6.2018 – 1 C 40/18)
VIII.	**Anhängige Revisionen zum Aufenthaltsrecht**

I. Regelerteilungsvoraussetzungen (§ 5 AufenthG), Rechtsanspruch auf Erteilung und Titelerteilungssperre (§ 10 III 2 AufenthG)

1. Regelerteilungsvoraussetzungen; Rechtsanspruch auf Erteilung

a) *Identitätsklärung.* Voraussetzung des Aufenthaltstitels ist im Regelfall auch (und zwar neben der Passpflicht [§ 3 AufenthG]), dass die Identität des Ausländers geklärt ist. Für die Passbeschaffungspflicht im Bereich der Aufenthaltsgewährung bei nachhaltiger Integration (§ 25 b AufenthG) geht der *VGH Mannheim*[1] davon aus, dass Zweifel in Bezug auf die Unmöglichkeit einer Passbeschaffung zulasten des Ausländers gehen, weil er generell und damit insbesondere auch im Verfahren auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für die ausschließlich seinem Einflussbereich unterliegenden, ihm günstigen Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig ist und dies auch in Ansehung einer für ihn möglicherweise schwierigen Beweissituation gilt. Ein echter Reisepass ermöglicht in aller Regel den Nachweis, dass sein Inhaber die in ihm genannte, beschriebene und abgebildete Person ist und die im Pass enthaltenen Angaben – insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum und Geburtsort – mit den tatsächlichen und rechtlichen Verhältnissen des Inhabers übereinstimmen; diese Identifikationsvermutung kann im Einzelfall aber aufgrund der Umstände des Einzelfalls widerlegt sein, etwa dann, wenn nach der Erkenntnislage echte, aber inhaltlich unrichtige Reisepässe leicht zu erhalten sind, weil Dokumente auch bei offiziellen Stellen gekauft oder gar legal beschafft werden können.[2]

b) *Einreise mit dem erforderlichen Visum.* § 5 I AufenthG bindet die Erteilung eines Aufenthaltstitels an bestimmte Regelerteilungsvoraussetzungen, von denen in atypischen Fällen abgesehen werden kann, und verlangt in § 5 II AufenthG für die Titelerteilung, dass die Einreise mit dem erforderlichen Visum erfolgt ist, für das bereits im Visumantrag die für die Erteilung zu dem jeweiligen Zweck maßgeblichen Angaben gemacht worden sind (Ausnahmen in § 5 III AufenthG). Dies ist etwa nicht der Fall, wenn die drittstaatsangehörige Inhaberin eines von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten nationalen Aufenthaltstitels mit der Absicht dauerhaften Verbleibs ins Bundesgebiet einreist.[3] Eine Einreise ohne das erforderliche Visum ist zwar im Ergebnis unschädlich,[4] wenn nachfolgend mit Erfolg ein Asylantrag gestellt wird.[5] Es bleibt aber für einen anderen Aufenthaltszweck eine Einreise ohne ein erforderliches Visum.[6] § 5 III 1 und 4, § 25 b I 1 Hs. 1

1 *VGH Mannheim* v. 9.4.2019 – 11 S 2868/18, BeckRS 2019, 6224.
2 *OVG Bremen* v. 19.12.2018 – 1 B 234/18, NVwZ-RR 2019, 572.
3 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 28.2.2019 – OVG 11 S 21/18, NVwZ-RR 2019, 535 Ls. = BeckRS 2019, 2896; *OVG Hamburg* v. 1.6.2018 – 1 Bs 126/17, BeckRS 2018, 13375 (Aufenthalt ist von Beginn an nicht rechtmäßig, so dass ein Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht die Fiktionswirkung des § 81 III 1 AufenthG auslöst).
4 Die Strafbarkeit der Einreise ohne das erforderliche Visum/Aufenthaltstitel (§ 95 I Nr. 3 AufenthG), die wiederum ein Ausweisungsinteresse isd § 5 I Nr. 2 AufenthG zu begründen vermag (§ 54 II Nr. 9 AufenthG), soll entfallen, wenn unverzüglich nach der Einreise ein Asylantrag gestellt wird (*OVG Magdeburg* v. 14.2.2018 – 2 L 45/16, BeckRS 2018, 4313).
5 So auch § 39 Nr. 4 AufenthV (Einholung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels im Bundesgebiet, wenn der Ausländer eine Aufenthaltsgestattung besitzt und die Voraussetzungen des § 10 I oder II AufentG vorliegen).
6 So auch *OVG Hamburg* v. 9.7.2019 – 1 Bs 133/19, BeckRS 2019, 15987: Die visumfreie Einreise zum Zweck der Asylantragstellung befreit nach negativem Abschluss des Asylverfahrens nicht vom grundsätzlich bestehenden Erfordernis, für einen Daueraufenthalt zu dem Zweck, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu führen, ein entsprechendes Visum einzuholen; sa *OVG Bautzen* v. 19.7.2019 – 3 B 138/19, BeckRS 2019, 18267.

AufenthG unterstreichen, dass auch für humanitäre Aufenthaltstitel § 5 II AufenthG grundsätzlich zu beachten ist. Bei der Beurteilung, ob es im Einzelfall unzumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen, sind auch Grundrechte der Betroffenen, etwa der Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG; Art. 7 EGrC; Art. 8 EMRK), zu berücksichtigen.[7]

In den Fällen der §§ 39 ff. AufenthV kommt nach Maßgabe der jeweiligen *Regelung* in Betracht, dass es nicht darauf ankommen soll, dass der angestrebte bzw. geänderte Aufenthaltszweck von dem bei Einreise bestehenden Visum nicht gedeckt war und dann auch nicht von dem Erfordernis der Einreise mit dem für den angestrebten Aufenthaltszweck erforderlichen Visum erfasst wird. Davon zu trennen ist, ob der Wechsel des Aufenthaltszwecks auch eine vollständig visumfreie Einreise unbeachtlich macht. Das *OVG Magdeburg*[8] geht allerdings davon aus, dass in den Fällen des § 39 I 1 Nr. 5 AufenthV die Regelung des § 5 II AufenthG nicht anwendbar ist, es mithin keiner Ermessensentscheidung bedarf, die einem zur Überwindung der Titelerteilungssperre (§ 10 III 3 AufenthG) erforderlichen strikten Rechtsanspruch[9] entgegen stünde. Bei einer Einreise mit einem Schengenvisum eines Drittstaates ist in Fällen, in denen nach der Einreise ein Aufenthaltstitel für einen Langzeitaufenthalt beantragt wird, weil die Voraussetzungen für den Aufenthaltstitel erst nach der Einreise (§ 39 I 1 Nr. 3 AufenthV) entstanden seien, auf die letzte Einreise abzustellen;[10] ist dies nicht der Fall, ist nach Ablauf des Schengenvisums für den weiteren Aufenthalt die Einreise unrechtmäßig erfolgt.[11]

In den Fällen des § 39 I 1 Nr. 5 AufenthV (Erwerb eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund Eheschließung im Bundesgebiet oder Geburt eines Kindes während des Aufenthalts) spricht einiges dafür, dass zwar der Wechsel des Aufenthaltszwecks, nicht aber eine vollständig visumfreie Einreise unschädlich sein soll. Klare Rechtsprechung hierzu liegt nicht vor, weil es regelmäßig an den Voraussetzungen des § 39 I 1 Nr. 5 AufenthV scheitert. Der Ausländer muss (aktuell) zunächst im Besitz einer Duldung nach § 60a AufenthG sein; hierfür soll eine reine verfahrensbezogene Duldung nicht ausreichen, die nur deswegen erfolgt, um dem Ausländer die Durchführung eines (behördlichen oder gerichtlichen) Verfahrens um einen Aufenthaltstitel vom Bundesgebiet aus zu ermöglichen.[12] Ist es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls unzumutbar, das Visumsverfahren vom Ausland nachzuholen (§ 5 II 2 AufenthG), kann von dem Einreiseverstoß abgesehen werden. Solche besonderen Umstände sind nur anzunehmen, wenn sich der Ausländer in einer Situation befindet, die sich deutlich von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet.[13] Einen solchen Ausnahmefall sieht der *VGH München* bei Krankheit und Pflegebedürftigkeit des Ehepartners, die diesen mehr als im Regelfall auf persönlichen Beistand angewiesen sein lassen; besteht die tatsächliche Verbundenheit in einer ehelichen Beistandsgemeinschaft und wird die Lebenshilfe tatsächlich erbracht, ist unerheblich, dass bestimmte Pflegeleistungen von hierzu speziell ausgebildeten Fachkräften übernommen werden.[14]

Nach seinem systematischen Zusammenhang spricht dann auch Überwiegendes dafür, dass der Ausländer die Ehe nicht nur „während seines Aufenthalts", sondern auch „im" Bundesgebiet geschlossen haben muss,[15] weil ersichtlich auf die Begründung des Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus familiären Gründen (§§ 27 ff. AufenthG) abgehoben wird. Dies ist bei einer in einer Reihe von Staaten zulässigen Ehe unter Abwesenden unter Mitwirkung von Stellvertretern (so genannte „Handschuhehe") nicht der Fall. Eine solche Ehe ist grundsätzlich auch im Bundesgebiet als gültige Ehe beachtlich, wenn sie unter Beachtung des Rechts des jeweiligen Eheschließungsstaates wirksam geschlossen worden ist; der deutsche ordre public steht dem nicht entgegen.[16] Ort der Eheschließung ist dann aber der jeweilige Eheschließungsstaat,[17] nach vorzugswürdiger Ansicht auch dann, wenn die beiden Eheschließenden das Bundesgebiet zu diesem Zweck nicht verlassen haben.[18]

Drittstaatsangehörige, die nach Unionsrecht von der Sichtvermerkspflicht befreit sind, können sich im Schengen-Raum grundsätzlich frei bewegen (Art. 20 I SDÜ). Zu den gem. Art. 20 I SDÜ zu erfüllenden Voraussetzungen dafür, dass sich vom Visumerfordernis befreite Drittausländer in dem Hoheitsgebiet der Vertragsparteien frei bewegen – also ohne Visum von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat einreisen – können, gehört gem. Art. 6 I Buchst. c SGK ua, dass der einreisende Drittstaatsangehörige über ausreichende Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts verfügt oder er in der Lage ist, diese Mittel rechtmäßig zu erwerben; fehlt es hieran, ist die Einreise unerlaubt isd § 14 I Nr. 2, § 5 II Nr. 1 AufenthG.[19]

c) *Nichtvorliegen eines Ausweisungsinteresses.* Eine Regelerteilungsvoraussetzung ist das Nichtvorliegen eines Ausswei-

7 *BVerwG* v. 25.6.2019 – 1 C 40/18, BeckRS 2019, 20727; Urt. v. 16.11.2010 – 1 C 17/09, *BVerwGE* 138, 122 = NVwZ 2011, 495; stRspr.
8 *OVG Magdeburg* v. 14.2.2018 – 2 L 45/16, BeckRS 2018, 4313.
9 Dazu *BVerwG* v. 16.12.2008 – 1 C 37/07, *BVerwGE* 132, 382 = NVwZ 2009, 789; *BVerwG* v. 17.12.2015 – 1 C 31/14, *BVerwGE* 153, 353 = NVwZ 2016, 458.
10 *OVG Koblenz* v. 9.5.2019 – 7 B 1049/19.
11 *OVG Koblenz* v. 9.5.2019 – 7 B 1049/19; sa *OVG Magdeburg* v. 21.11.2019 – 2 M 113/19, BeckRS 2019, 33663.
12 *OVG Hamburg* v. 9.7.2019 – 1 Bs 133/19, BeckRS 2019, 15987; v. 16.11.2010 – 4 Bs 220/10, BeckRS 2010, 56892; *VGH Mannheim* v. 5.3.2008 – 11 S 378/08, BeckRS 2008, 33384; *OVG Bautzen* v. 16.10.2008 – 3 A 94/08, BeckRS 2010, 51995.
13 *OVG Koblenz* v. 9.5.2019 – 7 B 1049/19.
14 *VGH München* v. 24.4.2019 – 10 CS 18.2542, BeckRS 2019, 8658.
15 *OVG Bautzen* v. 7.3.2011 – 3 B 538/09, BeckRS 2011, 49436.
16 Siehe nur *BGH* v. 19.12.1958 – IV ZR 87/58, *BGHZ* 29, 137 = StAZ 59, 181 = NJW 1959, 717 (Eheschließung durch Bevollmächtigten in Italien); *OLG Bremen*, Urt. v. 31.10.1974 (Eheschließungsort bei Eheschließung durch Stellvertreter im Ausland); *LG Stuttgart* v. 28.1.1992 – 2 T 175/91, BeckRS 1992, 31212253 (Formgültigkeit einer in Pakistan geschlossenen Handschuhehe trotz Anerkennung eines Ehegatten als Asylberechtigter); *KG* v. 22.4.2004 – 1 W 173/03, NJOZ 2004, 2138 (Wirksamkeit einer in Pakistan geschlossenen „Handschuhehe"); *OLG Zweibrücken* v. 8.12.2010 – 3 W 175/10, StAZ 2011, 371 = NJW-RR 2011, 725 (Anerkennung „Handschuhehe" steht nicht entgegen, dass sich die Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung nicht kannten); *VG München* v. 18.10.2012 – M 10 K 11.410 (Wirksamkeit der Ehe nur bei Beachtung der nach dem Ortsrecht einzuhaltenden formellen und materiellen Anforderungen); *VG Stuttgart* v. 5.4.2013 – 11 K 3419/12, StAZ 2014, 55 = BeckRS 2013, 49422 (Gültigkeit einer in Pakistan mit einer EU-Bürgerin geschlossenen Ehe); *VG Berlin* v. 10.9.2014 – 24 K 140/14, BeckRS 2015, 42103 (Erteilung eines Visums zum Ehegattennachzug); *AG Lüdenscheid* v. 13.1.2016 – 5 F 1442/14, BeckRS 2016, 19003 (marokkanische „Handschuhehe"); *VG Münster* v. 28.2.2018 – 8 L 198/18, BeckRS 2018, 2657 (Überstellung eines Ehegatten in die Niederlande wegen ungültiger Handschuhehe; Anspruch auf Familiennachzug); zur Formungültigkeit einer Eheschließung in Abwesenheit beider künftiger Ehepartner in Nordmazedonien s. *OVG Berlin-Brandenburg* v. 22.11.2019 – OVG 12 S 33/19, BeckRS 2019, 28882.
17 *BGH* v. 19.12.1958 – IV ZR 87/58, *BGHZ* 29, 137 = StAZ 59, 181 = NJW 1959, 717; *OVG Bautzen* v. 7.11.2011 – 3 B 538/09; *VG Augsburg* v. 7.11.2012 – 3 K 11.1417, BeckRS 2012, 59584 (maßgeblich der Ort, an dem sich der Vertreter befindet).
18 Zweifelnd insoweit *OVG Hamburg* v. 9.7.2019 – 1 Bs 133/19, BeckRS 2019, 15987; vorrangig zu prüfen wäre dann auch, ob eine solche Eheschließung nach deutschem IPR (insb. Art. 13 II EGBGB) anzuerkennen wäre.
19 *OVG Hamburg* v. 20.8.2019 – 1 Bs 136/19, BeckRS 2019, 21058.

sungsinteresses (§ 5 I Nr. 3 AufenthG). Dies umfasst auch (weiterhin zu berücksichtigende) generalpräventive Ausweisungsinteressen.[20] Das generalpräventive Ausweisungsinteresse muss auch im Bereich der Titelerteilung zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt indes noch aktuell sein. Der hierfür in der Rechtsprechung des *BVerwG* gezogene Rahmen[21] bei Ausweisungsinteressen, die an ein strafbares Verhalten anknüpfen, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung – soweit ersichtlich – akzeptiert.[22] Ein generalpräventives Ausweisungsinteresse kann sich indes auch aus bewussten, wiederholten Verstößen gegen die Visumspflicht des § 5 II AufenthG ergeben.[23]

Ein – schwerwiegendes – Ausweisungsinteresse begründet auch, wenn trotz Belehrung über die Rechtsfolgen nicht an Maßnahmen der Ausländerbehörden, insbesondere im Bereich der Abschiebung, mitgewirkt worden ist (§ 54 II Nr. 8 AufenthG), die häufig durch eine so genannte Passverfügung konkretisiert werden; die Anforderungen an die Bestimmtheit einer solchen Passverfügung dürfen nicht überspannt werden, es muss aber erkennbar sein, welche Handlungen von dem Ausländer verlangt werden.[24] Das in § 54 II Nr. 8 Buchst. b AufenthG enthaltene Belehrungserfordernis bezieht sich nach Auffassung des *OVG Lüneburg*[25] auch auf den Ausweisungstatbestand des § 54 II Nr. 8 Buchst. a AufenthG; insoweit liege ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers vor. Ist ein hiernach erforderlicher Hinweis unterblieben und fehlerhaft erteilt, sperrt dies nicht eine Ausweisung nach § 54 II Nr. 9 AufenthG aufgrund der Begehung einer Straftat nach § 95 II Nr. 2 AufenthG.[26]

Das hohe öffentliche Interesse an der Verhinderung von Identitätstäuschungen im aufenthaltsrechtlichen Verfahren[27] sieht das *OVG Magdeburg*[28] als einen Aspekt, den die Ausländerbehörde auch bei ihrer Ermessensentscheidung nach § 5 II 2 Alt. 1 AufenthG berücksichtigen darf.

Dass bei den Regelerteilungsvoraussetzungen keine Abwägung mit entgegenstehenden Bleibeinteressen erfolgt, ist bei erheblichen Bleibeinteressen und Ausweisungsinteressen, die in ihrer Stufe nur (noch) ein relativ geringes Gewicht aufweisen, dadurch zu berücksichtigen, dass die Anforderungen an einen atypischen Fall, der die Nichtberücksichtigung rechtfertigt bzw. gebietet, nicht überspannt werden. Eine flexible, den Umständen des Einzelfalls angemessene Lösung kann weiterhin über das Absehensermessens (§ 5 III 2 AufenthG) gewährleistet werden, das sich bei bestimmten humanitären Aufenthaltstiteln (§ 5 III 2 AufenthG) kraft Gesetzes zu einem Absehensanspruch verdichtet. Bei einem Mitwirkungs- oder Visumverstoß kann aus meiner Sicht[29] einem rein generalpräventiven Ausweisungsinteresse unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auch dann durch eine zeitweilige freiwillige Ausreise entsprochen werden, wenn die Wiedereinreise durch eine Vorabzustimmung/Zusicherung „abgesichert" wird.

d) *Lebensunterhaltssicherung*. Die Voraussetzungen des Lebensunterhaltssicherungserfordernisses (§ 5 I Nr. 1 AufenthG) sind weitgehend geklärt.[30] Es gilt auch für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis und kann durch die „Garantieerklärung" eines Verwandten (§ 68 I AufenthG) sichergestellt werden.[31] Eine „spitze" Berechnung der für den Lebensunterhalt zur Verfügung stehenden Mittel unterliegt nur dann zulassungsrelevant ernstlichen Zweifeln, wenn Fehler oder Versäumnisse bei der Berechnung aufgezeigt werden, deren Korrektur eine positive Prognose zur Lebensunterhaltssicherung ermöglicht und damit das Entscheidungsergebnis infrage stellt.[32]

Für ein Schengenvisum bildet das Fehlen eines Nachweises über eine angemessene und gültige Reisekrankenversicherung (Art. 32 I Buchst. a Nr. vii Visakodex) einen zwingenden Versagungsgrund für die Erteilung eines einheitlichen, für den gesamten Schengen-Raum gültigen Visums (Art. 2 Nr. 3 und Art. 24 Visakodex); die Erteilung eines Visums mit räumlich beschränkter Gültigkeit, etwa aufgrund familiärer Bindungen des Antragstellers an berechtigterweise im Bundesgebiet lebende Familienangehörige sowohl aus humanitären Gründen als auch aufgrund internationaler Verpflichtungen, ist auch bei fehlendem Versicherungsnachweis oder bei Annahme begründeter Rückkehrzweifel nicht (schlechthin) ausgeschlossen.[33]

2. Titelerteilungssperre nach § 10 III 2 AufenthG

Für die – unionsrechtskonforme[34] – Titelerteilungssperre nach § 10 III 2 AufenthG hatte das *BVerwG*[35] dahin entschieden, dass es zu deren Überwindung nach negativem Asylverfahren eines strikten Rechtsanspruchs bedarf, also ein Anspruch aufgrund einer „Soll"-Regelung (im Fall: § 25 III AufenthG) auch dann nicht ausreicht, wenn kein atypischer Fall vorliegt. Dies war partiell auf Kritik gestoßen.

Der *VGH München*,[36] das *OVG Bautzen*[37] und das *OVG Weimar*[38] teilen diese Kritik nicht. Nur bei strikten Rechtsansprüchen mache der Gesetzgeber unmittelbar deutlich, dass er den Versagungsgrund des § 10 III 2 AufenthG als nachrangig ansehe, weil er bei gesetzlichem Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels in abstrakt-genereller Weise eine abschließende, die Verwaltung bindende Wertung zugunsten eines Aufenthaltsrechts getroffen und die Entscheidung damit der behördlichen Ermessensprüfung im Einzelfall entzogen habe; dies entspreche dem Sanktionsgedanken, der § 10 III 2 AufenthG immanent sei. Auch die Pflicht, Ehe und Familie zu schützen, dränge aufenthaltsrechtliche Belange nicht grundsätzlich zurück; eine zeitweise Trennung von der Familie und somit auch die Durchführung eines ordnungsgemäßen Visumverfahrens ist einem Ausländer, der unerlaubt eingereist ist, grundsätzlich zumutbar.[39] Ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht jedenfalls dann nicht, wenn wegen Vorliegens eines Ausweisungsgrundes die (anzuwen-

20 Dazu unten VI.2.
21 *BVerwG* v. 9.5.2019 – 1 C 21/18, NVwZ 2019, 1621 Ls. = BeckRS 2019, 16744; Urt. v. 12.7.2018 – 1 C 16/17, *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486.
22 *VGH München* v. 28.12.2018 – 10 ZB 18.1154, BeckRS 2018, 35631.
23 *VG Saarlouis* v. 4.2.2019 – 6 L 2008/18, BeckRS 2019, 4621.
24 *OVG Lüneburg* v. 4.6.2019 – 8 ME 39/19, NVwZ-RR 2020, 38.
25 *OVG Lüneburg* v. 18.12.2019 – 18 A 1974/17.
26 *OVG Lüneburg* v. 18.12.2019 – 18 A 1974/17.
27 *BVerwG* v. 12.7.2018 – 1 C 16/17, *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486.
28 *OVG Magdeburg* v. 19.11.2019 – 2 M 76/19, BeckRS 2019, 33674.
29 Aktuelle Rechtsprechung des *BVerwG* zu dieser Frage liegt nicht vor.
30 *Hasse*, Die Sicherung des Lebensunterhalts, Asylmagazin 2015, 225.
31 *OVG Bautzen* v. 8.10.2019 – 3 B 210/19, BeckRS 2019, 23854.
32 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 19.6.2019 – OVG 12 N 222/18, BeckRS 2019, 17897.
33 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 25.4.2019 – OVG 2 B 7/17, BeckRS 2019, 8062.
34 *OVG Lüneburg* v. 3.5.2019 – 13 PA 97/19, BeckRS 2019, 8481 (Unionsrechtskonformität des Visumerfordernisses für Ehegattennachzug zu anerkannten Flüchtlingen).
35 *BVerwG* v. 17.12.2015 – 1 C 31/14, *BVerwGE* 153, 353 = NVwZ 2016, 458.
36 *VGH München* v. 3.9.2019 – 10 C 19.1700, BeckRS 2019, 22542.
37 *OVG Bautzen* v. 17.1.2018 – 3 A 293/17, BeckRS 2018, 1719.
38 *OVG Weimar* v. 1.8.2019 – 3 EO 276/19, NVwZ-RR 2020, 135 Ls. = BeckRS 2019, 20706.
39 S. a. *VG Augsburg* v. 8.5.2019 – 6 K 17.1429, BeckRS 2019, 10826.

dende) Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 I Nr. 2 AufenthG nicht erfüllt ist.[40]

§ 10 I AufenthG erfasst auch Asylfolgeverfahren, weil es sich auch bei einem Asylfolgeantrag gem. § 71 I AsylG um einen Asylantrag handelt.[41] Die Möglichkeit einer Verlängerung eines von der Ausländerbehörde erteilten Aufenthaltstitels trotz Asylantragstellung (§ 10 II AufenthG) gilt auch für den Fall, dass der Asylantrag des Ausländers unanfechtbar abgelehnt worden ist, also auch für die Titelerteilungssperre des § 10 III AufenthG.[42]

3. Absehensermessen

In atypischen Fällen (§ 5 I AufenthG), bei Unzumutbarkeit aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls (§ 5 II 2 AufenthG) sowie bei bestimmten humanitären Aufenthaltstiteln (§ 5 III 2 AufenthG) kann von einem Regelerteilungs- bzw. dem Visumerfordernis abgesehen werden. Im Regelfall ist indes die Ausreise zur Nachholung unter vorübergehender Trennung von der Familie (auch von Kleinkindern) zumutbar.[43] Dies soll ungeachtet der Bedeutung des persönlichen Kontakts und der Kontinuität emotionaler Bindungen des Kindes zum Vater auch dann der Fall sein, wenn in einer kurzen Zeit der Trennung nicht zu erwarten ist, dass das noch sehr kleine Kind eine recht kurze Trennung nicht begreifen und schon als endgültigen Verlust erfahren wird; es liege im Verantwortungsbereich des Ausländers, die Nachholung des Visumverfahrens so familienverträglich wie möglich zu gestalten,[44] zB indem er eine Vorabzustimmung der zuständigen Ausländerbehörde nach § 31 AufenthV einholt[45] und eine Überprüfung seiner Personenstandsurkunden veranlasst.[46]

Jedenfalls die nach § 5 III 2 AufenthG eröffnete Ermessensentscheidung erfordert – so das *OVG Lüneburg*[47] – eine umfassende und grundsätzlich offene Abwägung zwischen den hinter § 5 I und II AufenthG stehenden öffentlichen Interessen und den privaten Interessen des Ausländers; das Ermessen ist nicht dahin intendiert, dass im Regelfall vom Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nicht abgesehen werden darf. Verändern sich während des gerichtlichen Verfahrens die für die Ermessensentscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte (zB durch eine Eheschließung oder Erteilung humanitärer Aufenthaltstitel an Ehepartner) und ergeben diese erstmals die Notwendigkeit einer substanziellen Ermessensabwägung, kann die Behörde eine Ermessensentscheidung auch erstmals im gerichtlichen Verfahren treffen und zur gerichtlichen Prüfung stellen.[48]

Im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zur Erteilung eines Aufenthaltstitels kann diese (vorläufig) bei einer Einreise ohne das erforderliche Visum nur dann gewährt werden, wenn keine Zweifel am Anspruch auf die Titelerteilung oder an der Unzumutbarkeit der Nachholung des Visumverfahrens bestehen und keine tragfähigen Ermessensgesichtspunkte ersichtlich sind, die eine Ablehnung rechtfertigen können. Der *VGH Mannheim* zieht einen solchen Fall auch dann in Betracht, wenn und solange verbleibende, letzte Zweifel am Bestehen eines Titelerteilungsanspruchs auf einer nicht hinreichenden Sachaufklärung durch die zuständige Ausländerbehörde beruhen und bzw. oder die Tragfähigkeit möglicher Ermessensgesichtspunkte (hier bei der Anwendung von § 5 II 2 AufenthG) aufgrund einer unzureichenden Sachaufklärung durch die Ausländerbehörde im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch nicht zu beurteilen ist.[49] Bei Personen, die sich bereits im Bundesgebiet aufhalten, ist der vorläufige Rechtsschutz dann, wenn der Aufenthaltserlaubnisantrag keine Erlaubnis- oder Duldungsfiktion nach § 81 III AufenthG ausgelöst hat, auf eine Sicherungsanordnung mit dem Ziel zu richten, der Ausländerbehörde einstweilen bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über seinen Erlaubnisantrag zu untersagen, ihn abzuschieben.[50] Krankheit oder Pflegebedürftigkeit des Ehegatten, die zur Folge haben, dass dieser in höherem Maße als im Regelfall einer ehelichen Lebensgemeinschaft auf den persönlichen Beistand seines Ehegatten angewiesen ist, machen regelmäßig eine Nachholung des Visumverfahrens auch dann unzumutbar, wenn die Beistandsleistungen von anderen Personen erbracht werden könnten.[51]

4. Ausschluss Titelerteilung bei bestehendem Einreise- und Aufenthaltsverbot

Ein Aufenthaltstitel darf für die Dauer eines Einreise- und Aufenthaltsverbots (§ 11 AufenthG) auch dann nicht erteilt werden, wenn ein Anspruch nach dem Aufenthaltsgesetz besteht.

Das *BVerwG* hat in den letzten Jahren das Konzept des deutschen Rechts, das von einem Entstehen eines grundsätzlich unbefristeten Einreise- und Aufenthaltsverbots kraft Gesetzes ausgeht, das von Amts wegen zu befristen ist, durch eine unionsrechtskonforme Auslegung den Regelungen der Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) angenähert, das für ein Einreiseverbot eine behördliche (oder gerichtliche) Einzelfallentscheidung verlangt. In der behördlichen Befristung eines Einreise- und Aufenthaltsverbots hat es (jedenfalls soweit sie vor der Abschiebung erfolgt ist) regelmäßig den konstitutiven Erlass eines befristeten Einreiseverbots gesehen.[52] Aus der systematischen Eigenständigkeit des unionsrechtlich mit der Rückkehrentscheidung zu verbindenden behördlichen oder gerichtlichen, selbstständig anfechtbaren[53] Einreise- und Aufenthaltsverbots hat es zudem abgeleitet, dass kein „Rechtswidrigkeitszusammenhang" zwischen der Abschiebung und einem Einreiseverbot (sowie seiner Befristung) besteht, mithin der Umstand, dass im Zeitpunkt einer Abschiebung in einen Drittstaat keine Entscheidung über ein Einreiseverbot oder dessen Befristung

40 *VG Augsburg* v. 8.5.2019 – 6 K 17.1429, BeckRS 2019, 10826 (zahlreiche vorsätzliche Verstöße gegen aufenthaltsrechtliche, strafbewehrte Rechtsvorschriften, die sich nicht gegen die illegale, passlose Einreise ohne unverzüglich nachfolgenden Asylantrag beschränken und die zu einer bestandskräftigen Ausweisung geführt haben).
41 *VGH München*, Beschl. v. 15.10.2019 – 19 CS 18.164, BeckRS 2019, 25274 (im Anschluss an *BVerwG* v. 12.7.2016 – 1 C 23/16).
42 *OVG Magdeburg* v. 8.3.2019 – 2 M 148/18, BeckRS 2019, 5033.
43 Zur Unzumutbarkeit im Einzelfall einer ärztlich attestierten schweren depressiven Störung mit Angst und Paniksymptomatik s. *OVG Saarlouis* v. 8.5.2019 – 2 B 38/19, BeckRS 2019, 8434.
44 *VGH München* v. 21.10.2019 – 10 C 19.2043, BeckRS 2019, 27525.
45 *VGH München* v. 19.6.2018 – 10 CE 18.993, BeckRS 2018, 14558.
46 *VGH München* v. 3.9.2019 – 10 C 19.1700, BeckRS 2019, 22542.
47 *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 45/17, BeckRS 2018, 2134; sa *BVerwG* v. 3.12.2014 – 1 B 19/14, BeckRS 2015, 40103; Urt. v. 14.5.2013 – 1 C 17/12, *BVerwGE* 146, 281 = BeckRS 2013, 52492; Urt. v. 30.3.2010 – 1 C 6/09, *BVerwGE* 136, 211 = NVwZ 2010, 1106.
48 *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 45/17, BeckRS 2018, 2134; sa *BVerwG* v. 13.12.2011 – 1 C 14/10, *BVerwGE* 141, 253 = NVwZ 2012, 698.
49 *VGH Mannheim* v. 20.9.2018 – 11 S 1973/18, InfAuslR 2019, 12 = RÜ2 2019, 91 = BeckRS 2018, 23535.
50 *OVG Magdeburg* v. 5.11.2019 – 2 M 86/19, BeckRS 2019, 33678.
51 *OVG Magdeburg* v. 5.11.2019 – 2 M 86/19, BeckRS 2019, 33678; sa *BVerfG* v. 17.5.2011 – 2 BvR 1367/10, *BVerfGK* 18, 436 = NVwZ-RR 2011, 585.
52 *BVerwG* v. 27.7.2017 – 1 C 28/16, *BVerwGE* 159, 270 = NVwZ 2018, 409; *BVerwG* v. 13.7.2017 – 1 VR 3/17, NVwZ 2017, 1531; sa *OVG Hamburg* v. 8.5.2018 – 3 Bs 46/18, BeckRS 2018, 10437.
53 *BVerwG* v. 27.3.2018 – 1 A 4/17, BeckRS 2018, 9650; Urt. v. 22.8.2017 – 1 A 2/17, NVwZ 2018, 91 Ls. = BeckRS 2017, 128737.

ergangen war, nicht die Rechtswidrigkeit der Abschiebung bewirkt.[54]

Das Zweite Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht[55] passt das Einreise- und Aufenthaltsverbot durch eine Neufassung des § 11 AufenthG unionsrechtlichen Vorgaben an, insbesondere durch den Verzicht auf ein Einreise- und Aufenthaltsverbot kraft Gesetzes. Im Kern erhalten bleiben die Voraussetzungen zur Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots oder eine Fristverkürzung sowie die Zuständigkeit des Bundesamtes für die Anordnung nach einem erfolglosen Asylverfahren; in Anschluss an die Rechtsprechung[56] wird die Zuständigkeit für die Aufhebung, Verlängerung oder Verkürzung ausdrücklich der zuständigen Ausländerbehörde zugewiesen. Nicht aufgegriffen werden in der gesetzlichen Neuregelung die von dem *BVerwG* in einem Vorlagebeschluss[57] aufgeworfenen Fragen der Anwendung der RückführungsRL für ordnungsrechtlich motivierte Ausweisungen und der Abgrenzung eines Einreiseverbots, das im Zusammenhang mit einer aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (zB aus generalpräventiven Gründen mit dem Ziel der Terrorismusbekämpfung) und in diesem Sinne zu „nichtmigrationsbedingten" Zwecken ergangenen Ausweisung verfügt worden ist, von (auch) zu migrationspolitischen Zwecken ergangenen Aufenthaltsbeendigungen; diese Fragen verlieren mit der Neuregelung indes auch an Brisanz. Widerspruch und Klage gegen ein an eine Abschiebung anknüpfendes, befristetes Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 I und II AufenthG (nF) entfalten keine aufschiebende Wirkung (§ 80 II 1 Nr. 3 VwGO iVm § 84 I 1 Nr. 7 AufenthG).[58]

Bei einer Ausweisung mit Bezug auf Asylausschlussgründe oder mit Terrorismusbezug ist eine Verkürzung der Frist oder eine Aufhebung des Einreise- und Aufenthaltsverbots grundsätzlich ausgeschlossen (§ 11 V a, 5 b AufenthG).[59]

II. Ausgewählte Fragen des nationalen Aufenthalts zum Zweck der Erwerbstätigkeit/Ausbildung

1. Vander Elst-Visum

An der Schnittstelle von unselbstständiger Erwerbstätigkeit und unionsrechtlich gewährleisteter Dienstleistungsfreiheit liegt die Erteilung eines Visums an einen drittstaatsangehörigen Arbeitnehmer nach § 6 III, § 18 AufenthG iVm § 21 BeschV und den Grundsätzen der Vander Elst-Rechtsprechung des *EuGH* (so genanntes „Vander Elst-Visum"), das nur zur Erbringung einer Dienstleistung durch ein Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU in Betracht kommt. Der unionsrechtliche Begriff der Dienstleistung umfasst nach gefestigter Rechtsprechung des *EuGH* in Abgrenzung zum Niederlassungsrecht alle Dienstleistungen, die in einem anderen Mitgliedstaat nicht in stabiler und kontinuierlicher Weise, sondern nur vorübergehend erbracht werden.[60] Vor diesem Hintergrund hat das *BVerwG*[61] keinen weiteren Klärungsbedarf zu den Kriterien gesehen, nach denen im Nachgang zu den *EuGH*-Vorgaben für den für eine Dienstleistung erforderlichen vorübergehenden Charakter durch die nationalen Gerichte zu beurteilen ist.

2. Visumerteilung für Ausbildung in Pflegeberuf

Für die Zwecke von Ausbildung und Erwerbstätigkeit kann Drittstaatsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen ein Visum erteilt werden, das dann aber der (internen) Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bedarf. Diese Vorabzustimmung ist ein behördeninterner Zustimmungsakt, der nicht in Form eines Verwaltungsaktes gegenüber dem Drittstaatsangehörigen oder seinem (künftigen) Arbeitgeber ergeht und in seiner Geltung befristet werden darf.[62] Die Nichterteilung der Zustimmung, an welche die Visum-/Ausländerbehörde gebunden ist, kann im Rahmen des gerichtlichen Visumerteilungsverfahrens inzident überprüft werden. Das § 38 BeschV zu entnehmende Verbot der Anwerbung und Vermittlung durch Private erfasst nach Wortlaut und Systematik auch betriebliche Ausbildungen in Gesundheits- und Pflegeberufen.[63]

3. Beschäftigung von Personen aus den Westbalkanstaaten (§ 26 II BeschV)

Für Staatsangehörige der Westbalkanstaaten kann nach § 26 II BeschV bei Antragstellung aus dem Herkunftsstaat eine Zustimmung zur Beschäftigung erteilt werden (ab 1.3.2020 mit Vorrangprüfung), wenn sie nicht einen Asylantrag gestellt oder Leistungen nach dem AsylbLG bezogen hatten. Diese Privilegierung sieht das *VG Berlin*[64] bei Beschäftigungen, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, als nicht anwendbar; für diese Beschäftigung ist der erforderliche Gleichwertigkeitsnachweis (§ 18 IV 1 AufenthG iVm § 6 II 1 Hs. 1 BeschV) nicht nach § 26 II BeschV entbehrlich.[65]

4. Anschlussbeschäftigung (§ 16 IV, § 16 b III, §§ 18 ff. AufenthG)

Im Anschluss an eine erfolgreiche Ausbildung (inkl. Studium) kann eine Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche und Anschlussbeschäftigung für eine diesem Abschluss gemäße Beschäftigung erteilt werden; der Sache nach ist es wegen Zweckänderung eine neue Aufenthaltserlaubnis.[66] „Angemessen" ist aber nicht jede (unqualifizierte) Beschäftigung; eine betriebliche Einstiegsqualifizierung ist zwar eine Beschäftigung iSv § 18 I AufenthG, aber für einen Hochschulabsolventen in der Regel nicht angemessen.[67] Bei dem unionsrechtlich ua durch die RL (EU) 2016/801 überformten Titel zu Forschungs- und Ausbildungszwecken kommt bei dem Versagungsgrund des § 20 c II Nr. 5 AufenthG (Verdacht auf tatsächlich anderen Zweck) der zuständigen Behörde ein Beurteilungsspielraum[68] zu, der nur eingeschränkt der gerichtlichen Überprüfung unterliegt.[69]

54 *BVerwG* v. 21.8.2018 – 1 C 21/17, *BVerwGE* 162, 382 = NVwZ 2019, 483; dazu krit. *Oberhäuser*, Asylmagazin 2019, 7.
55 Zweites Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht v. 15.8. 2019, BGBl. I 2019, 1294.
56 *BVerwG* v. 25.1.2018 – 1 C 7/17, NVwZ 2018, 1319.
57 *BVerwG* v. 9.5.2019 – 1 C 14/19, BeckRS 2019, 17271.
58 *VGH Mannheim* v. 13.11.2019 – 11 S 2996/19, BeckRS 2019, 29732.
59 S. a. *VG Gelsenkirchen* v. 12.9.2019 – 8 K 3521/18, BeckRS 2019, 22953.
60 *EuGH* v. 11.12.2003 – C-215/01, ECLI:EU:C:2003:662 = EuZW 2004, 94 = EuZW 2004, 95 = NJW 2004, 435 = NVwZ 2004, 206 = NZBau 2004, 102 Ls. – Schnitzer; Urt. v. 19.7.2012 – C-470/11, ECLI: EU:C:2012:505 = NVwZ 2012, 1162 – SIA Garkalns.
61 *BVerwG* v. 20.6.2019 – 1 B 10/19, NVwZ-RR 2020, 226.
62 *BVerwG* v. 19.11.2019 – 1 C 41/18, BeckRS 2019, 37708; sa Urt. v. 8.12.2009 – 1 C 14/08, *BVerwGE* 135, 325 = NVwZ 2010, 1098.
63 *BVerwG* v. 19.11.2019 – 1 C 41/18, BeckRS 2019, 37708.
64 *VG Berlin* v. 4.4.2019 – 24 K 61/18 V, BeckRS 2019, 6760; sa *VGH Kassel* v. 28.10.2019 – 7 B 1729/19, BeckRS 2019, 32612.
65 *VG Berlin* v. 13.3.2019 – 4 K 73/18 V.
66 *VG Karlsruhe* v. 10.1.2019 – 7 K 7058/18, BeckRS 2019, 1418 (unter Hinweis auf *BVerwG* v. 26.4.2016 – 1 C 9/15, *BVerwGE* 155, 47 = StAZ 2017, 76 = NVwZ 2016, 1811).
67 *VG Karlsruhe* v. 10.1.2019 – 7 K 7058/18, BeckRS 2019, 1418; sa *OVG Bautzen* v. 29.4.2016 – 3 B 53/16, BeckRS 2016, 45645.
68 Im Anschluss an die Rechtsprechung des *EuGH* zu RL 2004/114/EG (*EuGH* v. 10.9.2014 – C-491/13, ECLI:EU:C:2014:2187 = NVwZ 2014, 1446 = NJW 2014, 3634 Ls. – Ben Alaya; Urt. v. 4.4.2017 – C-544/15, ECLI:EU:C:2017:255 = EuZW 2017, 473 = NVwZ 2017, 1193 = NJW 2017, 3287 Ls. – Fahimian).
69 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 7.5.2019 – OVG 3 B 64/18, BeckRS 2019, 12813.

5. Ausbildung

Die Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken (§ 16 AufenthG) scheidet aus, wenn der Ausländer im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung bereits nicht über eine (auch nur durch die Absolvierung eines studienvorbereitenden Sprachkurses bedingte) aktuelle Zulassung zu einem Studium an einer deutschen Hochschule verfügt.[70]

Die Aufenthaltserlaubnis wird nach nationalem Recht nicht allgemein für ein beliebiges Studium, sondern für einen bestimmten Studiengang erteilt und hieran gebunden. Der studierende Ausländer hat daher der Ausländerbehörde die Tatsache mitzuteilen, dass er den Studiengang gewechselt hat, soweit nicht wegen der inhaltlichen Nähe der Studiengänge eine bloße Schwerpunktverlagerung vorliegt und sich die Frage der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken nach § 16 I und II S. 4 AufenthG richtet.[71] Da der Aufenthaltszweck grundsätzlich durch das konkret betriebene Studium und nicht etwa durch den abstrakten Aufenthaltszweck „Studium" bestimmt wird,[72] liegt im Falle eines Studiengangwechsels grundsätzlich auch ein Zweckwechsel vor.

Ein Studiengangwechsel während des Studiums unterliegt hiernach der strengen Regelung des § 16 IV 5 AufenthG, die in aller Regel einen gesetzlichen Anspruch erfordert, aber einen gewissen Abweichungsspielraum eröffnet („soll in der Regel");[73] ein gesetzlicher Anspruch kann aber auch aus § 16 I AufenthG selbst folgen. Eine Gegenansicht[74] misst die Fälle des Studiengangwechsels an den weiteren Voraussetzungen des § 16 II 4 AufenthG. Das *VG Karlsruhe*[75] hält dies (zumindest) für den Fall des Fachrichtungswechsels nach erfolglosem Abschluss des Erststudiums/Studienabbruch mit Blick auf Art. 5 III RL (EU) 2016/801 für unionsrechtlich geboten und ein generelles Zweckwechselverbot bei Fachrichtungswechsel für überholt; Art. 21 II Buchst. f RL (EG) 2016/801 erfasse nicht alle Fälle eines Studierenden, der ein erstes Studium nicht erfolgreich abschließe. Das *OVG Lüneburg* teilt dies nicht.[76]

Eine Titelverlängerung kommt in Betracht, wenn der Aufenthaltszweck (nach den persönlichen Umständen sowie dem Bemühen des Ausländers) in einem angemessenen Zeitraum noch erreicht werden kann; Anhaltspunkte für die zu treffende Prognoseentscheidung sind unter anderem die üblichen Studien- und Aufenthaltszeiten und das bisherige Studienverhalten des Ausländers, vor allem bisher erbrachte Zwischenprüfungen und Leistungsnachweise, wobei spezifischen, vor allem sprachlichen Schwierigkeiten ausländischer Studierender angemessen Rechnung zu tragen ist.[77] Diese Prognose unterliegt in vollem Umfang der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung.[78]

6. Selbstständige Tätigkeit (§ 21 AufenthG)

Bei nicht „privilegierten" Ausländern errichtet § 21 I AufenthG für die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit weiterhin recht hohe Hürden. Sie erfordert mehr als die Prognose, der Ausländer könne durch die geplante selbstständige Tätigkeit seinen Lebensunterhalt sichern; es bedarf eines „Mehrwerts" für die inländische Wirtschaft, etwa durch eine tragfähige Geschäftsidee des ausländischen Unternehmensgründers, die zu nicht nur unwesentlichen Investitionen und Arbeitsplatzschaffungen führt.[79]

III. Ausgewählte Fragen des (nationalen) Aufenthalts aus humanitären Gründen

1. § 25 V AufenthG

Einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer ist es grundsätzlich zumutbar, Mitwirkungshandlungen zur Beseitigung eines Ausreisehindernisses isd § 25 V 4 AufenthG zu erbringen, wenn diese nicht offensichtlich aussichtslos sind; ist unklar, ob eine vom Ausländer bislang unterlassene Mitwirkungshandlung zur Beseitigung eines Ausreisehindernisses Erfolg haben kann, ist sie nicht von vornherein erkennbar aussichtlos und damit nicht unzumutbar.[80] Der *VGH München* lässt offen, ob § 25 V AufenthG als Auffangvorschrift für ein sich aus Art. 6 GG oder Art. 8 EMRK ergebendes Ausreisehindernis herangezogen werden kann, wenn die Erteilungsvoraussetzungen der für die genannten Aufenthaltszwecke bestehenden Normen nicht erfüllt sind.[81]

Eine Aufenthaltserlaubnis, die an ein an Art. 6 I GG anknüpfendes Ausreisehindernis anknüpft, scheitert vor der Geburt eines Kindes regelmäßig daran, dass Schutzpflichten aus Art. 6 GG prinzipiell erst ab der Geburt eines Kindes einsetzen; nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen können sie Vorwirkungen mit der Folge entfalten, dass die beabsichtigte Abschiebung auch eines werdenden Vaters unzumutbar sein kann, etwa wenn eine Gefahrenlage für das ungeborene Kind und/oder die Mutter wegen einer so genannten Risikoschwangerschaft besteht und die Unterstützung der Schwangeren durch den abzuschiebenden Ausländer zumindest überwiegend wahrscheinlich ist.[82] Die Eheschließungsfreiheit nach Art. 6 I GG steht der Abschiebung eines Ausländers ebenfalls nicht entgegen, wenn die beabsichtigte Eheschließung mit einem Partner deutscher Staatsangehörigkeit nicht „unmittelbar bevorsteht".[83] Allein die mit der – zumutbaren – Nachholung des Visumverfahrens verbundene zeitlich beschränkte Trennung eines Abzuschiebenden von seinen minderjährigen Kindern und seiner Lebensgefährtin führen nicht zur rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung.[84]

Unter dem Aspekt des „faktischen Inländers" (Art. 8 EMRK) kann eine Aufenthaltsbeendigung nur dann einen

70 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 7.5.2019 – OVG 3 B 64/18, BeckRS 2019, 12813.
71 *OVG Bautzen* v. 8.1.2019 – 3 B 421/18, BeckRS 2019, 10662 (verneint für den mit einem Wechsel des Studienortes verbundenen Wechsel vom Studiengang Informatik/Bachelor zu einem Studiengang Angewandte Informatik).
72 *OVG Münster* v. 17.10.2019 – 18 B 907/19, BeckRS 2019, 25488 (in Bestätigung von *OVG Münster* v. 21.11.2011 – 18 B 1220/11, BeckRS 2011, 56124).
73 So wohl auch *OVG Münster* v. 17.10.2019 – 18 B 907/19, BeckRS 2019, 25488: sa *OVG Berlin-Brandenburg* v. 7.6.2018 – OVG 2 S 15.18, BeckRS 2018, 10842.
74 *VG Kassel* v. 13.8.2019 – 4 L 1374/18.KS.
75 *VG Karlsruhe* v. 10.4.2019 – 7 K 4692/18 mAnm *Djahanaschiri*, Asylmagazin 2019, 255).
76 *OVG Lüneburg* v. 25.4.2019 – 13 ME 86/19, NVwZ-RR 2019, 1022 Ls. = BeckRS 2019, 8013; auch das *OVG Berlin-Brandenburg* (Beschl. v. 3.12.2019 – 11 S 75.18, BeckRS 2019, 31353) sieht in § 16 b IV 2, § 16 IV 3 AufenthG ein gesetzliches Zweckwechselverbot.
77 *VGH München* v. 16.4.2019 – 10 CS 19.445, BeckRS 2019, 13683.
78 *OVG Bautzen* v. 3.5.2019 – 3 B 96/19, BeckRS 2019, 7937.
79 *VG Stuttgart* v. 6.8.2019 – 2 K 7356/18, BeckRS 2019, 19193; sa *VG Berlin* v. 6.6.2019 – 35 K 240.18 V.
80 *VGH Mannheim* v. 27.9.2019 – 11 S 1026/19, BeckRS 2019, 24447.
81 *VGH München* v. 3.9.2019 – 10 C 19.1700, BeckRS 2019, 22542.
82 *OVG Saarlouis* v. 8.1.2019 – 2 B 342/18, BeckRS 2019, 276 (im Fall verneint); sa *OVG Magdeburg* v. 17.1.2019 – 2 M 153/18, NVwZ-RR 2019, 620; v. 24.10.2019 – 2 M 111/19, BeckRS 2019, 25863.
83 *OVG Saarlouis* v. 24.7.2019 – 2 B 222/19, BeckRS 2019, 15777.
84 *OVG Saarlouis* v. 9.10.2019 – 2 B 259/19, BeckRS 2019, 24684 (Zumutbarkeit der Nachholung für Serbien).

konventionswidrigen Eingriff in das „Privatleben" darstellen, wenn der Ausländer aufgrund seines (längeren) Aufenthalts über so „starke persönliche, soziale und wirtschaftliche Kontakte" zum „Aufnahmestaat" verfügt, dass er aufgrund der Gesamtentwicklung „faktisch zu einem Inländer" geworden ist, dem ein Leben in dem Staat seiner Herkunft, zu dem er keinen Bezug mehr hat, schlechterdings nicht zugemutet werden kann; allein ein längerer Inlandsaufenthalt und gewisse Integrationsbemühungen sind jedenfalls für § 25 V AufenthG (seine umstrittene Anwendbarkeit neben § 25 b AufenthG unterstellt) nicht ausreichend.[85]

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V 1 AufenthG soll nach der Auffassung des *VG Mainz* auch dann in Betracht kommen, wenn der Anwendungsbereich der §§ 27 ff. AufenthG (Aufenthalt aus familiären Gründen) eröffnet ist.[86] Dem ist nur für den Fall zuzustimmen, dass die Voraussetzungen eines Aufenthaltstitels nach dem 6. Abschnitt nicht erfüllt sind; neben einem anderen Aufenthaltstitel ist ein Titel nach § 25 V AufenthG nicht zu erteilen.

2. Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen/Heranwachsenden (§ 25 a AufwenthG) und bei nachhaltiger Integration (§ 25 b AufenthG)

Die Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Jugendlichen[87] und bei nachhaltiger Integration[88] sollten einen dauerhaften Pfad von einer fragilen Dauerduldung in die aufenthaltsrechtliche Legalität öffnen und dabei Integrationsanstrengungen honorieren. Seit ihrer Einführung haben sich wegen ihres Kompromisscharakters zu beiden Regelungen eine Reihe von Auslegungsfragen ergeben. Mit Ausnahme eines Nichtzulassungsbeschlusses[89] lag zu ihnen höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nicht vor.

a) *Abgrenzung § 25 a AufenthG zu § 25 b AufenthG.* Das *OVG Lüneburg*[90] hat zur Abgrenzung der Aufenthaltstitel nach § 25 a, § 25 b und § 25 V AufenthG dahin erkannt, dass es grundsätzlich ausgeschlossen sei, einem Ausländer, der dem Anwendungsbereich der §§ 25 a, 25 b AufenthG unterfällt, der aber die in diesen Bestimmungen formulierten Voraussetzungen für eine aufenthaltsrechtsbegründende Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse nicht erfüllt, unter Rückgriff auf das in Art. 8 EMRK ganz allgemein verbürgte Recht auf Achtung des Privatlebens gleichwohl ein Aufenthaltsrecht nach § 25 V AufenthG zu erteilen; demgegenüber sieht der *VGH Mannheim*[91] in Ausnahmefällen einen Rückgriff auf § 25 V AufenthG nicht schon aus systematischen Gründen ausgeschlossen, sofern die fallprägenden Gesamtumstände mit Blick auf das Recht auf Achtung des Privatlebens aus Art. 8 EMRK dies gebieten.[92] Für § 25 b AufenthG leitet das *OVG Lüneburg* dabei aus der Möglichkeit eines abgeleiteten Aufenthaltsrechts für *Ehegatten*, Lebenspartner und minderjährige Kinder und dem Anwendungsbereich des § 25 a AufenthG ab, dass die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 b I AufenthG nur volljährigen Ausländern erteilt werden darf.[93] Die Bezugsperson hat allerdings eine Reihe von Voraussetzungen nachzuweisen, bei schulpflichtigen Kindern etwa deren tatsächlichen Schulbesuch; er kann nur dann angenommen werden, wenn das schulpflichtige Kind während eines Schuljahres allenfalls an einzelnen, wenigen Tagen unentschuldigt dem Schulunterricht ferngeblieben ist.[94]

Die ebenfalls erforderlichen Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet sollen dabei auch von einer Person ohne Schulabschluss abzuverlangen sein, die diese Grundkenntnisse dann auf andere geeignete Weise nachzuweisen hat. Sind die Regelvoraussetzungen nachhaltiger Integration nach § 25 b I 2 AufenthG nicht erfüllt, kann der Ausländer in Ausnahmefällen gleichwohl nachweisen, dass er sich isd § 25 b I 1 AufenthG nachhaltig in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland integriert hat, etwa durch besondere Integrationsleistungen, die – bei der gebotenen Gesamtschau aller Umstände des konkreten Einzelfalls – von vergleichbarem Gewicht wie die in § 25 b I 2 Nrn. 1-5 AufenthG genannten Integrationsleistungen sind.[95] Von der Regelanforderung, sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland zu bekennen und über Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet zu verfügen, kann jedenfalls weder in direkter noch in entsprechender Anwendung des § 25 b III AufenthG abgesehen werden.[96] Für das nach § 25 b I 2 Nr. 2 AufenthG geforderte Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland hält das *VG Aachen*[97] ein positives Bekenntnis durch ausdrückliche Erklärung entsprechend der Einbürgerungspraxis (§ 10 I 1 Nr. 1 StAG) für erforderlich.

b) *Positive Integrationsprognose.* Ein Aufenthaltstitel an gut integrierte Jugendliche[98] und Heranwachsende (§ 25 a AufenthG), also nicht an Kinder,[99] erfordert eine positive Integrationsprognose, also die Erwartung, dass der Ausländer sich aufgrund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann.[100] Sie fehlt, wenn ein erfolgreicher Schulbesuch – auch wegen erheblicher Schulpflicht-

85 *OVG Saarlouis* v. 24.7.2019 – 2 B 222/19, BeckRS 2019, 15777.
86 *VG Mainz* v. 7.11.2018 – 4 L 1068/18.MZ, BeckRS 2018, 34524; sa *OVG Koblenz* v. 18.12.2012 – 7 A 10112/12.
87 Eingefügt durch Gesetz vom 23.6.2011 (BGBl. I 2011, 1266) und umgestaltet durch Gesetz v. 27.7.2015 (BGBl. I 2015, 1386).
88 Eingefügt durch das Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung v. 27.7.2015 (BGBl. I 2015, 1386).
89 *BVerwG* v. 12.7.2018 – 1 B 32/18, BeckRS 2018, 17353 (zu *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 43/17, BeckRS 2018, 2132).
90 *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 43/17, BeckRS 2018, 2132 (Zurückweisung der hiergegen gerichteten Nichtzulassungsbeschwerde überwiegend mangels hinreichender Darlegung von Zulassungsgründen [§ 133 III VwGO] durch *BVerwG* v. 12.7.2018 – 1 B 32/18, BeckRS 2018, 17353).
91 *VGH Mannheim* v. 4.3.2019 – 11 S 459/19, NVwZ-RR 2019, 790 Ls. = BeckRS 2019, 3839.
92 Zweifelnd auch *VGH München* v. 3.9.2019 – 10 C 19.1700, BeckRS 2019, 22542.
93 *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 43/17, BeckRS 2018, 2132; s. bereits *OVG Münster* v. 17.8.2016 – 18 B 696/16, NVwZ-RR 2016, 933 Ls. = BeckRS 2016, 50358.
94 So bereits *OVG Lüneburg* v. 3.2.2016 – 8 ME 218/15, BeckRS 2016, 134876 (V.n.b.); Beschl. v. 3.2.2010 – 8 PA 17/10, BeckRS 2010, 47440.
95 *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 43/17, BeckRS 2018, 2132 (für Anstrengungen bei der Erziehung von Kindern und zur Verbesserung der wirtschaftlichen Lage ungeachtet fehlenden Schulabschlusses verneint); sa *OVG Magdeburg* v. 7.12.2016 – 2 L 18/15, BeckRS 2016, 115329; *OVG Hamburg* v. 25.8.2016 – 3 Bf 153/13, BeckRS 2016, 134877.
96 *OVG Lüneburg* v. 13.7.2018 – 13 ME 373/17, BeckRS 2018, 16096.
97 *VG Aachen* v. 21.2.2018 – 8 K 2894/16, BeckRS 2018, 3996; sa *OVG Magdeburg* v. 7.12.2016 – 2 L 18/15, BeckRS 2016, 115329; *VG Stuttgart* v. 10.10.2017 – 11 K 7156/17, BeckRS 2017, 135611.
98 Nach dem *OVG Magdeburg* (Beschl. v. 27.3.2018 – 2 A 267/16, BeckRS 2018, 4634) greift die Legaldefinition des § 1 II JGG (Jugendlicher ist, wer zur Zeit der Tat vierzehn, aber noch nicht achtzehn, Heranwachsender, wer zur Zeit der Tat achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt ist). Kinder teilen mithin grundsätzlich das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Erziehungsberechtigten.
99 *VGH München* v. 29.10.2018 – 10 C 18.1781, BeckRS 2018, 28744.
100 *VG Cottbus* v. 6.6.2019 – 3 L 287/19, BeckRS 2019, 26233 (verneint bei häufigem Fehlen in der Schule, Alkoholmissbrauch: positiver Drogentest, häufiges Fernbleiben aus der betreuenden Einrichtung; laufende strafrechtliche Ermittlungsverfahren).

verletzungen[101] – nicht nachgewiesen werden kann, kein Berufsabschluss erreicht ist und auch Bemühungen um eine Ausbildungsstelle oder einen Arbeitsplatz erfolglos geblieben sind.[102] Bei den erforderlichen Aufenthaltszeiten (§ 25 a I 1 Nr. 1 AufenthG) können erlaubte kurzfristige Unterbrechungen, die erkennbar nicht auf die Aufgabe des gewöhnlichen Aufenthalts oder Lebensmittelpunktes im Bundesgebiet gerichtet sind, ausnahmsweise unschädlich sein.[103] Es soll dem Ausländer obliegen, die Tatsachen, die die Verwaltungsbehörde oder das Gericht benötigen, um seine Integrationsfähigkeit zu beurteilen, vorzutragen und nachzuweisen, so dass bei Nichtbeachtung dieser Mitwirkungspflichten[104] eine (positive) Aussage über seine Integrationsfähigkeit nicht getroffen werden können soll;[105] dem vermag mit Blick auf § 86 VwGO nur dann zugestimmt werden, wenn diese Umstände ohne Mitwirkung des Ausländers von Amts wegen nicht ermittelbar bzw. aufklärbar sind.

Bei einem Begehren auf einen humanitären Aufenthaltstitel ist davon auszugehen, dass sich der Antrag auf sämtliche diesem Aufenthaltszweck zuzurechnenden Erteilungsvorschriften stützt, so dass dieses Begehren auch ohne neuerlichen Antrag bzw. Vorverfahren im Klageverfahren auf eine Erteilungsvorschrift gestützt werden kann, die – wie im Fall § 25 b AufenthG – erst im Laufe des gerichtlichen Verfahrens in Kraft getreten ist.[106]

c) *Anrechnungsfähige Voraufenthaltszeiten bei § 25 b AufenthG.* Isd § 25 b I 1 AufenthG ist aus Sicht des *VGH Mannheim* „geduldeter Ausländer" jedenfalls, wer im insoweit maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung eine gültige Duldung besitzt oder – ohne im Besitz einer solchen zu sein – aufgrund eines materiell-rechtlichen Duldungsgrundes nach § 60 a II 1 AufenthG einen unbedingten Anspruch auf Erteilung einer Duldung hat. Das *BVerwG*[107] hat dies für einen materiellen Duldungsanspruch bestätigt und ansonsten bei tatsächlich erteilter, nicht nichtiger Duldung diese unabhängig vom Bestehen eines materiellen Duldungsgrundes ausreichen lassen. Im Gegensatz zum *VGH Mannheim*,[108] der diese Frage für die rein verfahrensbezogene Duldung ausdrücklich offengelassen hat,[109] gilt dies nach dem *BVerwG* auch für eine Duldung, die zur Sicherung des Verfahrens erteilt worden ist; eine solche Verfahrensduldung ist indes nicht bereits dann zu erteilen, wenn ein anderweitiges (vorläufiges) Bleiberecht nicht besteht und im gerichtlichen Verfahren um ein Bleiberecht gestritten wird.

Für das Erfordernis, dass sich der Ausländer im maßgeblichen Zeitpunkt – auch hier jener der gerichtlichen Entscheidung – seit acht Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet aufgehalten hat, stehen die im Gesetz genannten Rechtsgrundlagen des Voraufenthalts gleichberechtigt nebeneinander. Es bedarf keiner „Mindestduldungszeit", das Gesetz verlangt auch sonst nicht, dass der Zeitraum des Mindestaufenthalts allein oder auch nur überwiegend im Status der Duldung zurückgelegt wurde.[110] Im Rahmen des § 25 b I 2 Nr. 1 AufenthG anrechnungsfähig sind grundsätzlich alle Voraufenthaltszeiten, in denen der Ausländer aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht hat abgeschoben werden können, also etwa auch Zeiten einer Titelfortgeltungs- oder Erlaubnisfiktion (§ 81 IV 1, III 1 AufenthG).[111] Kurzzeitigen Unterbrechungen des Voraufenthaltszeitraums ist nicht durch eine entsprechende Anwendung des § 85 AufenthG,[112] sondern im Rahmen der nach § 25 b AufenthG vorzunehmenden Gesamtwürdigung aller Integrationskriterien Rechnung zu tragen, wenn sie nicht schon – wie im Fall bei jeweils wenigen Tagen – bereits sonst unschädlich sind.[113] Auch für die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 b AufenthG gelten indes die allgemeinen Titelerteilungsvoraussetzungen, soweit § 25 b AufenthG keine spezielleren, diese verdrängenden Regelungen enthält, also auch § 5 I Nr. 2 AufenthG (Nichtvorliegen eines Ausweisungsinteresses).[114] Abweichend vom Soll-Anspruch des § 25 b I AufenthG soll indes keine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen sein, wenn der mindestens achtjährige ununterbrochen geduldete, gestattete oder erlaubte Aufenthalt im Bundesgebiet ganz überwiegend auf der Nichterfüllung zumutbarer Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung der Passlosigkeit des Ausländers beruht.[115]

d) *Identitätstäuschungen und Obliegenheitsververletzungen.* Identitätstäuschungen oder die Weigerung, an der Beseitigung von Ausreisehindernissen mitzuwirken, stehen nach § 25 b II AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur dann zwingend entgegen, wenn sie aktuell noch bestehen; Fehlverhalten in der Vergangenheit erfüllt nicht einen zwingenden Versagungstatbestand.[116] Das Abstellen auf aktuelles Fehlverhalten entfaltet aber keine Sperrwirkung.[117]

Obergerichtlich umstritten war und ist, ob/in welchem Umfange früheres Fehlverhalten indes die Annahme einer nachhaltigen Integration (§ 25 b I 1 AufenthG) hindert.[118] Dies ist nach Ansicht etlicher Obergerichte stets oder doch regelmäßig jedenfalls dann der Fall, wenn die von § 25 b II AufenthG nicht mehr erfasste, aber langjährig vorgenommene Täuschung über die Identität allein kausal für die langjährige Erteilung von Duldungen war[119] oder sie nach ihrer Art oder Dauer so bedeutsam war, dass sie das Gewicht der nach § 25 b I 2 Nr. 1–5 AufenthG relevanten Integrationsleistungen für die nach Abs. 1 S. 1 maßgebliche Annahme der

101 *VG Cottbus* v. 6.6.2019 – 3 L 287/19, BeckRS 2019, 26233 (erhebliche unentschuldigte Fehlzeiten, zudem Noten, die das Erreichen eines Schulabschlusses unwahrscheinlich machen).
102 *OVG Lüneburg* v. 8.2.2018 – 13 LB 43/17, BeckRS 2018, 2132.
103 *OVG Lüneburg* v. 21.2.2018 – 13 ME 56/18, BeckRS 2018, 2243.
104 ZB durch persönliche Vorsprache/persönliches Erscheinen und/oder Vorlage entsprechender Nachweise und Bestätigungen (zB Bescheinigung des Arbeitgebers über den Ausbildungsfortschritt und das Verhalten im Betrieb, Bestätigung des Sportvereins etc.).
105 *VGH München* v. 26.4.2019 – 10 ZB 19.290, BeckRS 2019, 13684.
106 *VGH Mannheim* v. 18.5.2018 – 11 S 1810/16, BeckRS 2018, 13536; *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
107 *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
108 *VGH Mannheim* v. 18.5.2018 – 11 S 1810/16, BeckRS 2018, 13536.
109 Dazu *OVG Berlin-Brandenburg* v. 11.1.2018 – OVG 11 S 98/17, BeckRS 2018, 101; *OVG Lüneburg* v. 28.5.2018 – 8 ME 31/18, BeckRS 2018, 12980; *VGH München* v. 13.5.2019 – 10 CE 19.811, BeckRS 2019, 13692 einerseits, *OVG Hamburg* v. 25.8.2016 – 3 Bf 153/13, BeckRS 2016, 134877 andererseits.
110 *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863; sa *OVG BE/BB* v. 23.5.2019 – 3 N 142/19, BeckRS 2019, 9788 (keine Gewichtung gegebenenfalls vorhandener Zeitabschnitte mit unterschiedlichem Aufenthaltsstatus).
111 *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
112 In diese Richtung noch *VGH Mannheim* v. 18.5.2018 – 11 S 1810/16, BeckRS 2018, 13536.
113 *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
114 *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863; sa *OVG Lüneburg* v. 4.9.2019 – 13 LA 146/19, BeckRS 2019, 21283.
115 *OVG Magdeburg* v. 18.11.2019 – 2 M 121/19, BeckRS 2019, 33665; sa *VG Bayreuth* v. 29.8.2018 – B 6 K 17.447, BeckRS 2018, 20577.
116 *OVG Hamburg* v. 19.5.2017 – 1 Bs 207/16, DÖV 2017, 787 Ls.; Beschl. v. 11.4.2017 – 1 Bs 55/17, BeckRS 2017, 110420; sa *OVG Magdeburg* v. 23.9.2015 – 2 M 121/15, BeckRS 2015, 54266; *OVG Münster* v. 21.7.2015 – 18 B 486/14, BeckRS 2015, 49235.
117 *OVG Koblenz* v. 18.10.2016 – 7 B 10201/16, BeckRS 2016, 123321.
118 Für eine Berücksichtigung etwa *OVG Münster* v. 21.7.2015 – 18 B 486/14, BeckRS 2015, 49235; *OVG Lüneburg* v. 4.9.2019 – 13 LA 146/19, BeckRS 2019, 21283; *OVG Magdeburg* v. 8.4.2019 – 2 M 30/19, BeckRS 2019, 8102; offenlassend *OVG Bautzen* v. 2.9.2016 – 3 B 168/16, BeckRS 2016, 53660; gegen eine allgemeine „Sperrwirkung" *OVG Hamburg* v. 19.5.2017 – 1 Bs 207/16, DÖV 2017, 787 Ls.
119 *VGH Kassel* v. 18.6.2019 – 9 B 1165/19, BeckRS 2019, 15215.

nachhaltigen Integration beseitigt.[120] Ein in der Vergangenheit liegendes Fehlverhalten soll auch häufig nicht mehr geeignet sein, ein noch aktuelles Ausweisungsinteresse (§ 5 I Nr. 2 AufenthG) zu begründen; es soll aber nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls, insbesondere auch der Dauer der Täuschung,[121] einen Ausnahmefall vom Sollanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 b I 1 AufenthG begründen (können).[122]

Der Aufenthaltstitel ist nach § 25 b II Nr. 1 AufenthG auch dann ausgeschlossen, wenn zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt werden. Das *OVG Berlin-Brandenburg*[123] sieht die Abgabe einer Freiwilligkeitserklärung gegenüber der Botschaft des Herkunftsstaates auch bei nicht bestehendem Ausreisewillen des Ausländers entgegen der Auffassung des *BSG*[124] nicht als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seinem unantastbaren Kernbereich.[125]

e) *Einzelfragen.* Bei § 25 b AufenthG liegt der Versagungsgrund selbstgesetzter Ausreisehindernisse oder -verzögerungen jedenfalls dann vor, wenn die Nichterfüllung zumutbarer Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht ausschließlich die Vergangenheit betrifft, sondern sich gegenwärtig fortsetzt.[126]

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 b AufenthG soll nur an Personen in Betracht kommen, die zum Antrags-[127] bzw. Erteilungszeitpunkt geduldet sind;[128] § 25 b AufenthG ist mithin – ungeachtet des Antragserfordernisses – kein allgemeiner *Auffangtatbestand* in Fällen, in denen die Voraussetzungen der Verlängerung eines anderweitigen Titels nicht vorliegen.[129] Auch wenn noch umstritten ist, ob eine rein verfahrensbezogene Duldung zu einem geduldeten Aufenthalt (§ 25 b I 2 Nr. 1 AufenthG) führt, wurde dies – wohl überwiegend – verneint.[130] Auch nach dem Urteil des *BVerwG*,[131] das bei formell erhaltener Duldung nicht nach den Gründen differenziert, nicht anzurechnen sind jedenfalls Zeiten einer Grenzübertrittsbescheinigung.[132] Durch die Duldung nach § 60 b AufenthG [nF] ist dieses Problem zumindest „entschärft".

Die faktische Duldung des Aufenthalts eines minderjährigen ausreisepflichtigen Ausländers kann genügen, wenn der zuständigen Ausländerbehörde der Aufenthalt im Bundesgebiet überhaupt bekannt war;[133] bei materiell vorliegendem Duldungsgrund kommt es nicht zwingend auf das Vorliegen einer Duldungsbescheinigung an.[134]

Die Ausgestaltung unzureichender Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen, die eine Ausreise hindern oder verzögern, als Versagungsgrund des nach Absatz 1 eröffneten Anspruchs soll nichts daran ändern, dass Zweifel in Bezug auf die Unmöglichkeit einer Passbeschaffung zulasten des Ausländers gehen sollen, weil er generell und damit insbesondere auch im Verfahren auf Erteilung eines Aufenthaltstitels für die ausschließlich seinem Einflussbereich unterliegenden, ihm günstigen Tatsachen darlegungs- und beweispflichtig sei und dies auch in Ansehung einer für ihn möglicherweise schwierigen Beweissituation gelte.[135]

IV. Ausgewählte Fragen des (nationalen) Aufenthalts aus familiären Gründen

1. Ehegatten

a) *Ehegattennachzug.* Der Ehegattennachzug knüpft an eine nach dem jeweiligen Ortsrecht[136] wirksam geschlossene, gültige Ehe an. Unterliegt die Ehemündigkeit eines Verlobten ausländischem Recht, so soll die Ehe nach deutschem Recht[137] (Art. 13 III Nr. 3 EGBGB)[138] unwirksam[139] sein, wenn der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hat.[140] Das *VG Berlin* unterstellt auch diese „hinkende" Ehe indes grundsätzlich dem Schutzbereich des Art. 6 I GG, wenn sie nach dem ausländischen Recht wirksam geschlossen ist, und lässt offen, ob eine unter Verstoß gegen die Institutsgarantie des Art. 6 I GG geschlossene Ehe nach Erreichen der Volljährigkeit beider Ehegatten und deren Bekunden, an der Ehe festhalten zu wollen, in den Schutzbereich des Art. 6 I GG „hineinwachsen" kann. Auch eine arrangierte Ehe unterliegt dem Schutz des Art. 6 I GG, wenn sie tatsächlich gelebt wird.[141]

---

120 *OVG Münster* v. 21.7.2015 – 18 B 486/14, BeckRS 2015, 49235.
121 *OVG Bautzen* v. 2.9.2016 – 3 B 168/16, BeckRS 2016, 53660.
122 S. a. *OVG Hamburg* v. 11.4.2017 – 1 Bs 55/17, BeckRS 2017, 110420; *OVG Koblenz* v. 18.10.2016 – 7 B 10201/16, BeckRS 2016, 123321; *OVG Magdeburg* v. 8.4.2019 – 2 M 30/19, BeckRS 2019, 8102 (Eine über neun Jahre andauernde Täuschung des Ausländers über seine wahre Identität und Staatsangehörigkeit steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 b AufenthG regelmäßig entgegen).
123 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 15.2.2017 – OVG 3 B 9/16, BeckRS 2017, 104237 (im Anschluss an *BVerwG* v. 10.11.2009 – 1 C 19/08, *BVerwGE* 135, 219 = NVwZ 2010, 918); so auch *VGH München* v. 3.2.2015 – 10 C 14.930; *OVG Magdeburg* v. 3.7.2014 – 3 A 28/13.
124 *BSG* v. 30.10.2013 – B 7 AY 7/12 R, *BSGE* 114, 302 = NVwZ-RR 2014, 649 (dazu *Berlit* jurisPR-SozR 22/2014 Anm. 3); daran auch in Ansehung von § 60 b III Nr. 3 AufenthG (nF) für das Sozialrecht festhaltend: *LSG Niedersachsen-Bremen* v. 16.1.2020 – L 8 AY 22/19 B ER, BeckRS 2020, 2118.
125 Gegen das *BSG* nunmehr auch § 60 b III Nr. 3 AufenthG, der eine derartige „Freiwilligkeitserklärung" als dem Ausländer regelmäßig zumutbar normiert.
126 *VG Aachen* v. 21.2.2018 – 8 K 2894/16, BeckRS 2018, 3996.
127 So noch *VGH München* v. 26.11.2018 – 19 CE 17.2453, BeckRS 2018, 32942.
128 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 15.3.2019 – OVG 11 S 12/19, BeckRS 2019, 4749; *OVG Schleswig* v. 18.7.2018 – 4 MB 69/18, BeckRS 2018, 36436; *OVG Lüneburg* v. 28.5.2018 – 8 ME 31/18, BeckRS 2018, 12980; so jetzt auch *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
129 *OVG Schleswig* v. 18.7.2018 – 4 MB 69/18, BeckRS 2018, 36436.
130 Verneinend *VG Stuttgart* v. 12.6.2019 – 8 K 19641/17, BeckRS 2019, 14373 (unter Hinweis auf *Zühlcke*, HTK-AuslR/§ 25 b AufenthG/zu Abs. 1 Rn. 73 ff., Stand 12.6.2019, mwN; aA aber *Bergmann/Dienelt*, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 25 b AufenthG Rn. 13, *VG Cottbus* v. 6.6.2019 – 3 L 282/19, BeckRS 2019, 26232 [für eine Duldung zur Sicherung der Durchführung des Verfahrens nach § 25 b AufenthG]; *OVG BE/BB* v. 11.1.2018 – OVG 11 S 98/17, BeckRS 2018, 101; *VGH München* v. 13.5.2019 – 10 CE 19.811, BeckRS 2019, 13692; *VG Augsburg* v. 2.4.2019 – Au 6 E 19.389, BeckRS 2019, 6786.
131 *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
132 *OVG BE/BB* v. 11.6.2019 – 11 S 37/19, BeckRS 2019, 11655; *BVerwG* v. 18.12.2019 – 1 C 34/18, BeckRS 2019, 37863.
133 *OVG Schleswig* v. 14.1.2019 – 4 MB 126/18, BeckRS 2019, 468.
134 *VGH München* v. 26.11.2018 – 19 CE 17.2453, BeckRS 2018, 32942: *OVG Lüneburg* v. 19.3.2012 – 8 LB 5/11, EZAR NF 33 38; sa *BVerwG* v. 25.3.2014 – 5 C 13/13, NVwZ-RR 2014, 601 (Ausbildungsförderung nach § 8 II a BAföG).
135 *VGH Mannheim* v. 9.4.2019 – 11 S 2868/18, BeckRS 2019, 6224 (unter Hinweis auf *OVG Münster* v. 18.9.2006 – 18 A 2388/06, BeckRS 2006, 26479; Beschl. v. 21.8.2014 – 18 A 1668/12, BeckRS 2014, 119408).
136 *VG Berlin* v. 16.11.2018 – 4 K 486/17 V.
137 Zur Vereinbarkeit der Regelung des Art. 13 III Nr. 1 EGBGB (Beurteilung der Ehemündigkeit nach ausländischem Recht) mit Art. 1, 2 I, 3 I und 6 I GG s. den Vorlagebeschluss des *BGH* v. 14.11.2018 – XII ZB 292/16, StAZ 2019, 47 = NJOZ 2019, 43 = NZFam 2019, 65 = NJW 2019, 464 Ls.
138 IdF des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen v. 17.7.2017, BGBl. I 2017, 2429; die Regelung erfasst grundsätzlich auch bei ihrem Inkrafttreten bereits geschlossene Ehen; s. *VG Berlin* v. 28.9.2018 – VG 3 K 349/16 V, BeckRS 2018, 25786.
139 Zur Wirksamkeit der so genannten „Handschuhehe" s. o. I.1.2; sa *OVG Hamburg* v. 9.7.2019 – 1 Bs 133/19, BeckRS 2019, 15987.
140 *VG Berlin* v. 28.9.2018 – 3 K 349/16 V (Versagung des Anspruchs auf Erteilung eines Visums zum Zwecke der Familienzusammenführung bei zuvor geschlossener so genannter Kinderehe in Syrien); Urt. v. 16.11. 2018 – 4 K 486/17.V.
141 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 11.2.2019 – OVG 11 S 87/18, BeckRS 2019, 1610.

Das Spracherfordernis ist durch die ergänzende Härteklausel (§ 30 I 3 Nr. 6 AufenthG) inzwischen unionsrechtskonform ausgestaltet; etwa verbleibende Friktionen können durch eine unionsrechtskonforme Auslegung bewältigt werden. Die mit einer Erstalphabetisierung verbundenen Schwierigkeiten reichen für eine Ausnahme nach § 30 I 3 Nr. 2 AufenthG nicht aus.[142] Bei grundloser Verweigerung zumutbarer Spracherwerbsbemühungen soll auch ein mehrjähriger Trennungszeitraum keinen unverhältnismäßigen Eingriff in Art. 6 I GG und damit auch keinen Härtefall begründen.[143]

b) *Eigenständige Aufenthaltsrechte.* Bei Auflösung einer familiären Gemeinschaft, in Bezug auf die Familiennachzug gewährt worden war, können nach Maßgabe des § 31 AufenthG eigenständige Aufenthaltsrechte des Ehegatten bestehen, in den Härtefällen des Abs. 2 auch schon vor Ablauf der Mindestehebestandszeit. Bei der Beurteilung, ob ein Festhalten an der familiären Lebensgemeinschaft zumutbar ist, ist mit Gewicht auch das Wohl der in familiärer Gemeinschaft lebenden Kinder und deren Schutz vor nicht hinnehmbaren Übergriffen des Stammberechtigten zu berücksichtigen. Erreichen die Störungen der ehelichen oder familiären Lebensgemeinschaft das Ausmaß einer konkreten und über allgemeine Differenzen und Kränkungen in einer gestörten ehelichen Beziehung hinausgehenden psychischen Misshandlung, liegt eine besondere Härte vor, allzumal dann, wenn die körperliche Integrität, angstfreies Leben in eigener Wohnung und Bewegungsfreiheit nicht gewahrt sind.[144] Bei der „Härtebetrachtung" zu berücksichtigen sind aber nur solche Beeinträchtigungen, die mit der Ehe oder ihrer Auflösung in Zusammenhang stehen; sämtliche sonstigen, unabhängig davon bestehenden Rückkehrbelastungen, wie die typischerweise jeden Rückkehrpflichtigen treffenden Beeinträchtigungen, fallen nicht unter § 31 II AufenthG.[145] Eine Fristverkürzung wegen „besonderer Härte" setzt regelmäßig voraus, dass der zugezogene ausländische Ehegatte die eheliche Lebensgemeinschaft aus eigener Initiative beendet hat;[146] Anderes kann gelten, wenn dem nachgezogenen Ehegatten eine freie Willensentscheidung nicht möglich war,[147] eine Trennung ihn oder die Kinder gefährdet hätte oder der Ehepartner dem zugezogenen Ehegatten zuvorkommt, um zu verhindern, dass dieser ein eigenes Aufenthaltsrecht erhält.[148] Im dogmatischen Ansatz zwingend, in der Anwendung aber problemsensibel zu handhaben ist der Grundsatz, dass die Ausländerin die von ihr behauptete körperliche oder seelische Misshandlung oder die ihrer Tochter durch ihren früheren Ehemann und damit eine besondere Härte isd § 31 II 2 Hs. 1 Alt. 3 und Hs. 2 AufenthG, dh die Unzumutbarkeit des weiteren Festhaltens an der ehelichen Lebensgemeinschaft, insbesondere bei häuslicher Gewalt belegen muss.

Nach Ablauf des ersten Jahres nach dem Scheitern einer Ehe steht eine befristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 31 IV 2 AufenthG im Ermessen der Behörde und unterliegt den allgemeinen Voraussetzungen, dh uneingeschränkt der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 AufenthG; die Vergünstigung nach § 31 IV 1 AufenthG gilt nur für das Jahr unmittelbar nach Ablauf der ehebezogenen Aufenthaltserlaubnis.[149]

Ein zum Zweck des Ehegattennachzugs erteiltes nationales Visum ist einer Aufenthaltserlaubnis nicht gleichzustellen und kann daher nicht gem. § 31 I AufenthG verlängert werden.[150] § 31 AufenthG greift nur für Ehegatten; ein ausländischer Elternteil eines deutschen Kindes kann im Anschluss an eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG kein eigenständiges Aufenthaltsrecht gem. § 28 III 1 AufenthG iVm § 31 AufenthG erwerben.[151]

2. Verwandtschaft

a) *Familiennachzug und Vaterschaftsanerkennung.* § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG gewährt dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge einen Familiennachzugsanspruch, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat, die dann auch abweichend von § 5 I 1 AufenthG zu erteilen ist. Die formale Inhaberschaft des Personensorgerechts ist hierfür notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung. Der sorgeberechtigte ausländische Elternteil eines minderjährigen deutschen Kindes übt die Personensorge grundsätzlich nur dann nach § 28 I 1 Nr. 3, § 27 I AufenthG zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft aus, wenn er seine elterliche Verantwortung tatsächlich aktiv wahrnimmt.[152]

Der Anspruch nach § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG ist ausgeschlossen, wenn das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen (§ 27 Ia AufenthG).[153] Für bestimmte Fallgruppen missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennung hat der Gesetzgeber Mitte 2017 das Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft (§ 1597a BGB) eingeführt[154] und durch das Verfahren nach § 85a AufenthG bei konkreten Anhaltspunkten einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft flankiert, das vor der abschließenden Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung durchzuführen ist.[155] Die Missbrauchsfeststellung durch Verwaltungsakt gilt sowohl dem (vermeintlich) missbräuchlichen Vater als auch der Zustimmungserklärung der Mutter.[156] Die in § 85a II AufenthG benannten materiellen Kriterien für eine Missbrauchsvermutung gelten auch für vor dessen Inkrafttreten abgegebene Anerkennungserklärungen, die noch nicht wirk-

142 *OVG Münster* v. 23.10.2019 – 18 B 861/19, BeckRS 2019, 25494; *BVerwG* v. 25.6.2019 – 1 C 40/18, BeckRS 2019, 20727.
143 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 8.7.2019 – 3 N 147/17, BeckRS 2019, 14273.
144 *VGH Kassel* v. 13.5.2019 – 3 B 197/19, NVwZ-RR 2020, 327 Ls. = BeckRS 2019, 19003.
145 *OVG Lüneburg* v. 4.9.2019 – 13 ME 282/19, BeckRS 2019, 21030; v. 17.8.2018 – 13 ME 295/18.
146 *OVG Hamburg* v. 6.9.2019 – 1 Bs 155/19, BeckRS 2019, 21395.
147 *VGH Mannheim* v. 28.2.2003 – 13 S 2798/02, NVwZ-RR 2003, 782.
148 S. a. *OVG Lüneburg* v. 4.12.2018 – 13 ME 458/18, BeckRS 2018, 31731; *VGH München* v. 25.6.2018 – 10 ZB 17.2436, BeckRS 2018, 14527.
149 *VGH München* v. 7.8.2019 – 10 C 19.1351, BeckRS 2019, 19735.
150 *VGH Kassel* v. 14.10.2019 – 3 B 2012/18, BeckRS 2019, 28149; *OVG Münster* v. 1.7.2019 – 18 B 643/19, BeckRS 2019, 13164.
151 *OVG Münster* v. 19.11.2018 – 18 B 1520/18, BeckRS 2018, 30449.
152 *VGH Mannheim* v. 20.9.2018 – 11 S 240/17, NVwZ-RR 2019, 535 Ls. = BeckRS 2018, 25345.
153 Zum umgekehrten Fall der missbräuchlichen Anerkennung eines ausländischen Kindes durch einen Deutschen bzw. einen Ausländer mit gesichertem Aufenthaltsrecht (mit dem Ziel, dass das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt und seine ausländische Mutter die Aufenthaltserlaubnis nach § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG erhält) s. *VGH München* v. 11.3.2019 – 19 BV 16.937, BeckRS 2019, 7797.
154 Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017, BGBl. I 2017, 2780; s. bereits *VGH Mannheim* v. 4.11.2014 – 11 S 1886/14, StAZ 2015, 245 = NVwZ-RR 2015, 115 Ls. = BeckRS 2014, 58738.
155 Zur Ineffektivität dieser Regelung und bestehendem Nachbesserungsbedarf s. – mit beachtlicher Pointiertheit – *VGH München* v. 11.3. 2019 – 19 BV 16.937, BeckRS 2019, 7797; sa *Knittel*, JAmt 2017, 339 (445); *Bouhatta*, Der § 1597a BGB und die missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung, NVwZ 2018, 1103; zu rechtspolitischem Handlungsbedarf sa *Dörig*, Vaterschaftsanerkennung ist nicht schwer, ausländerrechtliche Missbrauchskontrolle hingegen sehr, NVwZ 2020, 106.
156 *VG Berlin* v. 7.6.2019 – 11 K 381/18, BeckRS 2019, 12560; zu eigenen Rechten der Mutter an der Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung s. *VG Düsseldorf* v. 2.4.2019 – 7 L 152/19, BeckRS 2019, 6813.

sam geworden sind;[157] die Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung kann sich indes auch aus anderen Anzeichen ergeben.[158] Wird das Verfahren nach § 85 a AufenthG nicht angestoßen, weil es die beurkundende Stelle unterlassen hat, eine nach § 1597 a II BGB gebotene Aussetzung vorzunehmen,[159] ist die Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung nicht unwirksam;[160] Anderes mag gelten, wenn die Beurkundung vor der Einstellung (§ 85 a I 3 AufenthG) eines nach § 1597 a BGB wirksam eingeleiteten Verfahrens erfolgt ist.[161] Die Behörde trägt die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für ihre Maßnahme, also eine Missbrauchsvermutung; liegen diese vor, obliegt es den Betroffenen, diese Vermutung – etwa durch die Vorlage eines Vaterschaftsgutachtens – zu widerlegen.[162] Wird bei gegebenem Missbrauchsverdacht nach mehrfacher Vaterschaftsanerkennung unter Beweisantritt behauptet, leiblicher Vater des Kindes zu sein, ist dieses Vorbringen zur Widerlegung der Regelvermutung immer erheblich und muss im Zweifelsfall im Wege der Beweiserhebung durch das Gericht aufgeklärt werden.[163]

Der *VGH München*[164] hat dahin erkannt, dass § 27 I a Nr. 1 AufenthG im Fall der missbräuchlichen Anerkennung eines ausländischen Kindes durch einen Deutschen bzw. einen Ausländer mit gesichertem Aufenthaltsrecht (mit dem Ziel, dass das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt und seine ausländische Mutter die Aufenthaltserlaubnis nach § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG erhält) weder direkt noch entsprechend anwendbar sei; das Überprüfungsverfahren gem. § 1597 a BGB[165] könne hier (noch) nicht angewendet werden und erweise sich zudem als wenig effektiv, um rechtsmissbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen entgegenzuwirken, obwohl weiterhin ein erhebliches öffentliches Interesse an effektiven Regelungen bestehe, durch die einem Missbrauch vorgebeugt werde.

Scheiterte die Vaterschaftsanerkennung im Verfahren nach § 85 a AufenthG, liegt schon kein Fall des § 27 I a Nr. 2 AufenthG vor. Umgekehrt schließt die Nichtdurchführung des Verfahrens nach § 85 a AufenthG – allzumal bei Altanerkennungen – die Prüfung des Anspruchsausschlusses nach § 27 I Nr. 2 AufenthG nicht aus. Die aufenthaltsrechtliche „Scheinvaterschaft" muss dann „feststehen"; dies belässt die Darlegungs- und Beweislast bei der Ausländerbehörde und erfordert eine erhöhte Überzeugungsgewissheit, auf die die Vermutungsregelung des § 85 a II AufenthG nicht direkt anwendbar ist. Für die Feststellung reicht allein nicht aus, dass die Nichtabstammung genetisch feststeht.[166] Selbst eine ausschließlich aufenthaltsrechtlich motivierte Vaterschaftsanerkennung soll einen familienbezogenen Aufenthaltstitel nicht zwingend und jedenfalls dann nicht (mehr) ausschließen, wenn sich nachträglich eine tatsächlich gelebte (und dann auch schützenswerte) Vater-Kind-Beziehung entwickelt hat.[167]

In Bezug auf eine Abschiebung kann auch die Vaterschaft eines im Bundesgebiet lebenden Ausländers für ein noch ungeborenes Kind einer deutschen Staatsangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen einen Umstand darstellen, der unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Familie nach Art. 6 I und II GG aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen entfaltet.[168] Dies kommt in Betracht, wenn dieser mit der Mutter des Ungeborenen in Verhältnissen lebt, welche eine gemeinsame Übernahme der elterlichen Verantwortung hinreichend sicher erwarten lassen und ihm eine (vorübergehende) Ausreise zur Durchführung eines Sichtvermerkverfahrens nicht mehr zumutbar ist, weil eine rechtzeitige Rückkehr bis zum Beginn des Zeitraums des Beschäftigungsverbots des § 3 I 1 MuSchG bei Durchführung des regulären Sichtvermerkverfahrens im Heimatland unwahrscheinlich ist und zudem aufenthaltsrechtlich nicht sichergestellt ist, dass er bis dahin in das Bundesgebiet zurückkehren kann.[169]

b) *Begriff „Verwandter in gerader absteigender Linie"/Vormundschaft gemäß der Regelung der algerischen „Kafala"*. Ein Minderjähriger, für den ein Unionsbürger nach der Regelung der algerischen Kafala die Vormundschaft übernommen hat, ist – so der *EuGH*[170] – nicht „Verwandter in gerader absteigender Linie" iSd Art. 2 Nr. 2 Buchst. c RL 2004/38/EG dieses Unionsbürgers;[171] denn durch die dauerhafte gesetzliche Vormundschaft eines Unionsbürgers nach der algerischen Kafala wird kein Abstammungsverhältnis zwischen ihnen begründet.

Die zuständigen nationalen Behörden haben jedoch die Einreise und den Aufenthalt eines solchen Kindes als eines sonstigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers iSv Art. 3 II UAbs. 1 Buchst. a RL 2004/38/EG zu erleichtern, der im Licht von Art. 7 und Art. 24 II EGrC auszulegen ist. Die zuständigen Behörden haben mithin eine ausgewogene und sachgerechte Würdigung aller aktuellen und relevanten Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung sämtlicher in Rede stehenden Interessen, insbesondere des Wohls des betreffenden Kindes, vorzunehmen. Sind das Kind und sein Vormund, der Unionsbürger ist, dazu berufen, ein tatsächliches Familienleben zu führen, und ist das Kind von seinem Vormund abhängig, gebietet das Grundrecht der Achtung des Familienlebens in Verbindung (Art. 7 EGrC) mit der Verpflichtung zur Berücksichtigung des Kindeswohls (Art. 24 II EGrC) grundsätzlich die Gewährung eines Rechts auf Einreise und Aufenthalt des Kindes, um es ihm zu er-

157 *VG Berlin* v. 7.6.2019 – 11 K 381.18, BeckRS 2019, 12560.
158 *VG Berlin* v. 7.6.2019 – 11 K 381.18, BeckRS 2019, 12560 (keine sozial-familiäre Beziehung; fehlende soziale und emotionale Verbindung zu der Mutter); *VG Dresden* v. 1.10.2018 – 3 L 611/18, StAZ 2019, 248 (unterschiedliche Angaben zum Kennenlernen); *VG Düsseldorf*, GB v. 16.8.2018 – 24 K 1442/18, StAZ 2019, 249 = BeckRS 2018, 24260 (deutlich abweichende Angaben betreffend die Häufigkeit der Begegnungen).
159 An eine einmal erfolgte Aussetzung ist die beurkundende Stelle auch bei „Meinungsänderung" der aussetzenden Stelle selbst in der Folgezeit gebunden; s. *OVG Berlin-Brandenburg* v. 26.11.2019 – OVG 11 S 68/19, BeckRS 2019, 29942.
160 *VG Magdeburg* v. 16.11.2018 – 4 B 328/18, StAZ 2019, 279 = BeckRS 2018, 33234.
161 Offenlassend *OVG Magdeburg* v. 22.8.2018 – 4 MB 91/18.
162 *VG Dresden* v. 1.10.2018 – 3 L 611/18, StAZ 2019, 248.
163 *OVG Lüneburg* v. 12.12.2019 – 13 PA 365/19, BeckRS 2019, 33562.
164 *VGH München* v. 11.3.2019 – 19 BV 16.937, BeckRS 2019, 7797 (Revision beim *BVerwG* anhängig: 1 C 12/19); s. bereits *OVG Münster* v. 23.8.2012 – 18 A 537/11, BeckRS 2013, 45463.
165 Mitte 2017 eingefügt durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017 (BGBl. I 2017, 2780).
166 *BVerfG* v. 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, *BVerfGE* 135, 48 = StAZ 2014, 80 = NJW 2014, 1364 = NVwZ 2014, 714 Ls. (behördliche Anfechtung der Vaterschaft); sa *OVG Magdeburg* v. 3.1.2017 – 2 O 31/17.
167 *VG Magdeburg* v. 29.8.2018 – 2 A 24/16, BeckRS 2018, 33224; sa *OVG Koblenz* v. 6.3.2008 – 7 A 11276/07, BeckRS 2008, 34035; *OVG Magdeburg* v. 3.1.2017 – 2 O 31/17; *VGH Mannheim* v. 4.11.2015 – 11 S 1886/14.
168 *OVG Bautzen* v. 7.5.2019 – 3 B 102/19, NVwZ-RR 2019, 1071 Ls. = BeckRS 2019, 9451; sa *BVerfG* (*Kammer*); v. 22.5.2018 – 2 BvR 941/18, FamRZ 2018, 1204 Ls. (Für die Annahme aufenthaltsrechtlicher Vorwirkungen von Art. 6 I GG iVm Art. 8 EMRK bedarf es grundsätzlich der auch schon vor der Geburt des Kindes zulässigen Anerkennung der Vaterschaft).
169 S. a. – für den Sonderfall einer Risikoschwangerschaft – *OVG Saarlouis* v. 8.1.2019 – 2 B 342/18, BeckRS 2019, 276 (Unterstützung der Schwangeren durch den abzuschiebenden Ausländer zumindest überwiegend wahrscheinlich).
170 *EuGH* v. 26.3.2019 – C-129/18, NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 – SM.
171 *EuGH* v. 26.3.2019 – C-129/18, NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 – SM.

möglichen, mit seinem Vormund in dessen Aufnahmemitgliedstaat zu leben.

3. Erstreckung des Rechts auf Familienzusammenführung auf subsidiär Schutzberechtigte aufgrund nationalen Rechts

Aufenthaltsrechtliche Privilegierungen von Minderjährigen oder ihrer Familienangehörigen werfen vielfältige Fragen auf, ob/unter welchen Voraussetzungen sie über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus fortbestehen bzw. wegen einer Fixierung des für die Volljährigkeit maßgeblichen Zeitpunktes zu gewähren sind.

Zumindest in Fällen, in denen das nationale Recht die Regelungen der Familienzusammenführungsrichtlinie (im Fall: Art. 11 II RL 2003/86/EG) unmittelbar und unbedingt auch für die Entscheidung auf Familienzusammenführung eines subsidiär Schutzberechtigten angeordnet hat, sieht sich der *EuGH* als für die Auslegung nach Art. 267 AEUV zuständig.[172]

Für die Prüfung eines Familienzusammenführungsantrags, der von einer subsidiär schutzberechtigten Zusammenführenden für einen Minderjährigen gestellt wurde, dessen Tante sie ist, dessen Vormund sie zu sein behauptet und der als Flüchtling ohne familiäre Anbindung in einem Drittstaat lebt, ist Art. 11 II RL 2003/86/EG dahin auszulegen, dass der Antrag nicht allein deshalb abgelehnt werden darf, weil die Zusammenführende nicht die amtlichen Unterlagen zum Nachweis des Versterbens der biologischen Eltern des Minderjährigen vorgelegt und daher nicht die Tatsächlichkeit ihrer familiären Bindungen zu ihm belegt hat. Dies gilt auch dann, wenn die Erklärung, die die Zusammenführende zum Nachweis ihres Unvermögens, diese Unterlagen beizubringen, vorgetragen hat, von den zuständigen Behörden allein aufgrund der allgemeinen zur Verfügung stehenden Informationen über die Lage im Herkunftsland für nicht plausibel befunden wurde, ohne die konkrete Situation der Zusammenführenden und des Minderjährigen sowie die besonderen Schwierigkeiten, mit denen sie ihrem Vortrag zufolge vor und nach der Flucht aus ihrem Herkunftsland konfrontiert waren, zu berücksichtigen.[173]

Das *OVG Berlin-Brandenburg* sieht die Entscheidung des *EuGH*,[174] wonach es für den Familiennachzug zu einem anerkannten minderjährigen Flüchtling auf dessen Minderjährigkeit zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf internationalen Schutz ankommt, nicht auf den Nachzug eines bei Stellung des Visumantrags volljährigen Kindes zum als Flüchtling anerkannten Elternteil übertragbar.

4. Eigenständiges, unbefristetes Aufenthaltsrecht der Kinder nach § 35 AufenthG

Zur Familienzusammenführungsrichtlinie (RL 2003/86/EG und dort zum Begriff des „unbegleiteten Minderjährigen" hat der *EuGH*[175] im April 2018 dahin erkannt, dass ein Drittstaatsangehöriger oder Staatenloser, der zum Zeitpunkt seiner Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats und der Stellung seines Asylantrags in diesem Staat unter 18 Jahre alt war, aber während des Asylverfahrens volljährig wird und dem später die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird, als „Minderjähriger" im Sinne dieser Bestimmung anzusehen ist. Die Folgen dieser Entscheidung für das nationale Recht sind weiterhin umstritten, nicht nur im Bereich des § 36 AufenthG, und treten zu den Auslegungsfragen hinzu, die sich rund um den kontingentierten Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten (§ 36 a AufenthG) ranken; erste Revisionen hierzu sind beim *BVerwG* anhängig (s. u. VII.).

Eine eher randständige Frage aus diesem Themenkomplex betrifft das Urteil des *BVerwG* vom 15.8.2019[176] zur besonderen Privilegierung minderjähriger Kinder, die bereits bei Erreichen des 16. Lebensjahres seit fünf Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen waren, bei dem Zugang zu einer Niederlassungserlaubnis (§ 35 I 1 AufenthG). Das Berufungsurteil[177] hatte entschieden, bei einem volljährigen Ausländer, der wie der Kläger bei Vollendung des 16. Lebensjahres bereits seit fünf Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug gewesen sei, richte sich die Verlängerung so lange nach § 35 I 1 iVm Abs. 3 S. 2 AufenthG, bis eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen sei, die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bestandskräftig abgelehnt werde oder der Aufenthaltstitel sonst erloschen sei. Demgegenüber besteht dieser Anspruch nach der Revisionsentscheidung nur, solange der Ausländer noch minderjährig ist; mit dem Eintritt der Volljährigkeit richtet sich die Erteilung grundsätzlich auch in diesen Fällen nach den strengeren Voraussetzungen des § 35 I 2 AufenthG, der ua grundsätzlich bereits für den Erteilungsanspruch die Sicherung des Lebensunterhalts verlangt. Liegen bei dem volljährig gewordenen Ausländer auch diese Voraussetzungen nicht vor, ist für die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis auf die allgemeine Ermessensregelung des § 34 III AufenthG zu verweisen, bei der alle Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 I AufenthG gelten, von denen bei Vorliegen eines atypischen Falls abgesehen werden kann (etwa bei im Bundesgebiet geborenen Ausländern mit Blick auf Art. 8 EMRK/Art. 7 EGrC).

In diesem Zusammenhang ist auf eine *EuGH*-Vorlage des *BVerwG* zum Begriff des Familienangehörigen in Art. 2 Buchst. j RL 2011/95/EU einzugehen,[178] die im Grenzbereich von Flüchtlings- und Aufenthaltsrecht angesiedelt ist. In dem Verfahren geht es zwar um das Begehren des Vaters eines jungen Ausländers, der als Minderjähriger eingereist und dem nach Eintritt der Volljährigkeit subsidiärer Schutz zuerkannt worden war, auf Zuerkennung subsidiären Schutzes (§ 26 V iVm Abs. 3 S. 1 AsylG). Die RL 2011/95/EU ist zwar die zentrale Richtlinie für das materielle Flüchtlingsrecht, enthält aber mit den Regelungen zum „Inhalt des internationalen Schutzes" (Art. 21 ff. RL 2011/95/EU), insbesondere mit Art. 23 RL 2011/95/EU (Wahrung des Familienverbandes), dessen Umsetzung die Erweiterung des § 26 AsylG nach der Entstehungsgeschichte dient, Folgeregelungen (auch) aufenthaltsrechtlicher Natur. In dieser regulatorischen Gemengelage stellen sich die dem *EuGH* vorgelegten Fragen nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Minderjährigkeit des Schutzberechtigten, den Anforderungen an das Bestehen einer Familie während des im Zusammenhang mit dem Antrag auf internationalen Schutz stehenden Aufenthalts des Schutzberechtigten und seines Elternteils in dem Aufnahmemitgliedstaat sowie etwaigen zeit-

172 *EuGH* v. 13.3.2019 – C-635/17, NVwZ-RR 2019, 483 Ls. = BeckRS 2019, 3166 – E.
173 *EuGH* v. 13.3.2019 – C-635/17, NVwZ-RR 2019, 483 Ls. = BeckRS 2019, 3166 – E.
174 *EuGH*, Urt. v. 12.4.2018 (C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248 = NVwZ 2018, 1463).
175 *EuGH* v. 12.4.2018 – C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248 = NVwZ 2018, 1463 – A. S.; dazu etwa *Habbe*, Familiennachzug zu volljährig gewordenen unbegleiteten Minderjährigen, Asylmagazin 2018, 149; *Krause*, Der Streit um den Familiennachzug geht weiter, Asylmagazin 2019, 222; sa *OVG Berlin-Brandenburg* v. 22.5.2019 – OVG 3 B 1/19, BeckRS 2019, 14272.
176 *BVerwG* v. 15.8.2019 – 1 C 23/18, NVwZ 2019, 1762.
177 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 22.3.2018 – OVG 12 B 11/17, BeckRS 2018, 4939; sa *VGH Mannheim* v. 5.2.2019 – 11 S 1646/18, BeckRS 2019, 1609; Beschl. v. 10.2.1993 – 11 S 2532/92.
178 *BVerwG* v. 15.8.2019 – 1 C 32/18, BeckRS 2019, 24858.

lichen Grenzen hinsichtlich der Eigenschaft als Familienangehöriger eines vormals minderjährigen Schutzberechtigten.

5. Weitere Einzelfragen

Nach nationalem Recht zentral für die Feststellung einer familiären Lebensgemeinschaft ist der bei beiden Eheleuten bestehende Wille, die eheliche Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet tatsächlich herzustellen oder aufrechtzuerhalten, für den das Bestehen einer häuslichen Gemeinschaft weder eine notwendige noch eine hinreichende Voraussetzung für die Feststellung einer ehelichen Lebensgemeinschaft ist; je mehr die Ehegatten bei der Ausgestaltung ihrer Ehe auf einen gemeinsamen, regelmäßigen Lebensmittelpunkt verzichten (müssen), desto wichtiger ist für die Feststellung einer bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaft das Vorhandensein anderer Indizien für die gewollte gemeinsame Lebensgestaltung. Im Zentrum steht die Frage nach dem nachweisbar betätigten Willen, mit der Partnerin bzw. dem Partner als wesentlicher Bezugsperson ein gemeinsames Leben zu führen.[179]

Die für die Erteilung eines Visums zum Zwecke des Kindernachzugs eines minderjährigen Ausländers zu seinem allein sorgeberechtigten ausländischen Elternteil auf der Grundlage der §§ 29 I, 32 I AufenthG erforderliche „Aufenthaltserlaubnis“ kann – entgegen der begrifflichen Differenzierung in § 4 I 2 AufenthG – auch ein nationales Visum sein, wenn die familiäre Gemeinschaft im Bundesgebiet gelebt werden soll und dem Elternteil angesichts des ihm erteilten Visums im Bundesgebiet ein in § 29 I Nr. 1 AufenthG genannter Aufenthaltstitel erteilt wird.[180]

Familienangehörige des Inhabers einer bloßen Ausbildungsduldung können weder einen Familiennachzug noch eine Aussetzung der Abschiebung wegen einer im Bundesgebiet bestehenden familiären Lebensgemeinschaft beanspruchen; dem Inhaber einer Ausbildungsduldung nach § 60 a II 3 ff. AufenthG ist es grundsätzlich zumutbar, gemeinsam mit anderen Familienangehörigen das Bundesgebiet zu verlassen und eine gewünschte familiäre Lebensgemeinschaft im Ausland zu führen.[181]

Ein ausländischer Elternteil eines deutschen Kindes kann im Anschluss an eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG kein eigenständiges Aufenthaltsrecht gem. § 28 III 1 AufenthG iVm § 31 AufenthG erwerben; das Nichtbestehen eines eigenständigen Aufenthaltsrechts soll auch nicht zu einem erheblichen Wertungswiderspruch zu der für sonstige Familienangehörige geltenden Bestimmung des § 36 II 2 AufenthG führen.[182]

Ein eingetretener Autonomieverlust eines nicht privilegierten Familienangehörigen kann den Wunsch, die Hilfeleistungen seiner engsten, in Deutschland lebenden Familienangehörigen in Anspruch zu nehmen, nach objektiven Maßstäben verständlich und nachvollziehbar machen und eine „außergewöhnliche Härte“ isd § 36 II AufenthG begründen.[183]

Liegen die Voraussetzungen für einen Familiennachzug nach §§ 27 ff. AufenthG nicht vor (im Fall: Wohnraumerfordernis des § 29 I Nr. 2 AufenthG wegen [vorübergehender] Wohnungslosigkeit in einer Notunterkunft), gebietet der besondere Schutz von Ehe und Familie gleichwohl keinen Titel zum (dauerhaften) Familiennachzug; eine mit dem Grundrechtsschutz nicht zu vereinbarende Familientrennung kann über die Erteilung eines Visums aus dringenden humanitären Gründen gem. § 22 AufenthG vermieden werden.[184] Dabei ist in der Rechtsprechung des *BVerwG* geklärt, dass der UN-Kinderrechtskonvention kein unmittelbarer Anspruch auf einen voraussetzungslosen Familiennachzug und einen unbedingten Vorrang des Kindeswohls vor entgegenstehenden öffentlichen Belangen zu entnehmen ist und dass den Behörden und Gerichten eine völkerrechtskonforme Auslegung und Anwendung des nationalen Rechts nur im Rahmen vertretbarer Auslegungsspielräume möglich ist, etwa bei der Auslegung von Rechtsbegriffen oder bei der Konkretisierung von Generalklauseln auf der Ebene der Gesetzesinterpretation oder auf der Ebene der Ermessensausübung, nicht hingegen, wenn ein entgegenstehender gesetzgeberischer Wille eindeutig zum Ausdruck gekommen ist.[185]

Nicht in allen Fällen einer Patchwork-Familie, in der ein minderjähriges Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit lebt, liegen die Voraussetzungen für den Familiennachzug wegen einer „außergewöhnlichen Härte“ (§ 36 II 1 AufenthG) oder der dann in Betracht zu ziehenden[186] „Zambrano“-Konstellation vor, bei deren Bestehen ein assoziationsrechtliches Aufenthaltsrecht nach § 5 Abs. 4 AufenthG zu bescheinigen ist;[187] jedenfalls für die Betrachtung der Zumutbarkeit einer Ausreise der Patchwork-Familie nach nationalem Recht kommt es auch darauf an, wie sich eine gemeinsame Ausreise der Patchworkfamilie auf das Kind deutscher Staatsangehörigkeit auswirkte, auch mit Blick auf den Fall einer – rechtlich gesicherten – Möglichkeit einer späteren Rückkehr und Reintegration in Deutschland. Soweit innerhalb des *OVG Münster*[188] strittig ist, ob die Unzumutbarkeit „auf der Hand“ liege oder es doch einer Darlegung der konkret erwartbaren Folgen bedürfe, ist im dogmatischen Ansatz einer einzelfallbezogenen Betrachtung der Vorrang einzuräumen, die – je nach dem „Zielstaat“ – indes in Bezug auf Entwicklungs- und Entfaltungschancen vorgeprägt sein kann.

Das *OVG Hamburg*[189] neigt zu der Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal der „außergewöhnlichen Härte“ iSv § 36 II 1 AufenthG im Lichte von Art. 3 II RL 2004/38/EG und unter Berücksichtigung der dazu ergangenen *EuGH*-Rechtsprechung[190] auszulegen ist; es folgert hieraus aber kein generelles Nachzugsrecht bei bestehender familiärer Beziehung (im Fall: Tante kolumbianischer Staatszugehörigkeit zu in Deutschland lebender Nichte [angeblich] italienischer Staatsangehörigkeit).

179 *VGH Mannheim* v. 20.9.2018 – 11 S 1973/18, InfAuslR2019, 12 = RÜ2 2019, 91 = BeckRS 2018, 23535; sa *BVerwG* v. 22.5.2013 – 1 B 25/12, NVwZ 2013, 1237 Ls. = BeckRS 2013, 52673.
180 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 19.12.2018 – OVG 3 S 98/18, NVwZ-RR 2019, 437.
181 *OVG Lüneburg* v. 28.11.2018 – 13 ME 473/18, NVwZ-RR 2019, 533.
182 *OVG Münster* v. 19.11.2018 – 18 B 1520/18, BeckRS 2018, 30449; sa *OVG Hamburg*. v. 2.4.2019 – 1 Bs 58/19, BeckRS 2019, 7073.
183 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 3.5.2019 – OVG 11 N 89/18, BeckRS 2019, 11201.
184 *BVerwG* v. 4.7.2019 – 1 B 26/19, BeckRS 2019, 18155.
185 *BVerwG* v. 4.7.2019 – 1 B 26/19, BeckRS 2019, 18155 (unter Hinweis auf *BVerwG* v. 13.6.2013 – 10 C 16.12, NVwZ 2013, 1493; s. a. vgl. *Cremer*, InfAuslR 2018, 81 [85] unter Hinweis auf *BVerfG* v. 26.3. 1987 – 2 BvR 589/79, *BVerfGE* 74, 358 = NJW 1987, 2427 = NStZ 1987, 421).
186 *BVerwG* v. 30.7.2013 – 1 C 15/12, *BVerwGE* 147, 278 = BeckRS 2014, 45002.
187 *BVerwG* v. 12.7.2018 – 1 C 16/17, *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486.
188 *OVG Münster* v. 28.8.2019 – 18 B 1534/18; v. 3.6.2019 – 17 B 623/19.
189 *OVG Hamburg* v. 10.7.2019 – 1 Bs 122/19, BeckRS 2019, 21053.
190 Ua *EuGH* v. 26.3.2019 – C-129/18, NVwZ-RR 2019, 572 Ls. = BeckRS 2019, 4156 – Kafala.

V. Sonstige (ausgewählte) Fragen des Aufenthalts (erteilungs)rechts

1. Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG)

Die Niederlassungserlaubnis führt zu einem zweckunabhängigen, verfestigten (Dauer-)Aufenthalt und ist an hohe Voraussetzungen gebunden. Vom Lebensunterhaltssicherungserfordernis kann abgesehen werden, wenn der Ausländer es wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen kann (§ 9 II 1 Nr. 2, S. 3 und 6 AufenthG). Dies setzt voraus, dass der Ausländer (nahezu) dauerhaft erwerbsgemindert ist (§ 43 SGB VI), also – etwa aufgrund einer Krankheit – (nahezu) dauerhaft nicht in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt zu sichern.[191] Bei der nach § 26 IV 1 AufenthG zu treffenden Ermessensentscheidung über eine Niederlassungserlaubnis an Inhaber eines humanitären Aufenthaltstitels ist zu berücksichtigen, ob sich der Ausländer trotz des bisher ungesicherten Status in die hiesigen Lebensverhältnisse eingefügt hat.[192]

Der Anspruch eines Ausländers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 IV 1 AufenthG, den er während des behördlichen Verfahrens erworben hat, soll – zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens und effektiven Rechtsschutzes – dem Erfordernis des fortbestehenden „Besitzes" einer humanitären Aufenthaltserlaubnis im Sinne dieser Vorschrift bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gleichstehen.[193]

2. Besondere Aufenthaltsrechte

§ 38 a AufenthG regelt die Aufenthaltserlaubnis für Drittstaatsangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten haben. Dieser Personenkreis ist von der Durchführung des Visumverfahrens befreit, wenn er den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38 a AufenthG binnen 90 Tagen nach seiner Einreise stellt.[194] Bei Vorliegen der besonderen und der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen haben diese Drittstaatsangehörigen einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis;[195] die Rechtsstellung eines langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen darf aber nicht entzogen worden sein. Für den Fall ihrer Ausweisung aus dem Bundesgebiet und Abschiebungsandrohung in den anderen Mitgliedstaat sollen diese nach Deutschland weitergewanderten Drittstaatsangehörigen, die ein Aufenthaltsrecht nach Maßgabe der RL 2003/109/EG in einem anderen Mitgliedstaat erhalten haben, keine Privilegierung nach § 53 III AufenthG genießen.[196] Im Rahmen der Entscheidung über die Versagung eines Aufenthaltstitels nach § 38 a AufenthG wird die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 I Nr. 2 AufenthG aber durch Art. 17 der RL 2003/109/EG europarechtlich dahin überformt, dass gewichtige Gründe der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit erforderlich sind; zudem sind Art und Schwere des Verstoßes oder die von dem Ausländer ausgehende Gefährdung und das Interesse des Ausländers an der Verwirklichung seines Rechts auf Aufenthalt gegeneinander abzuwägen.[197]

3. Verpflichtungserklärung (§ 68 AufenthG)

Die zeitliche und sachliche Reichweite einer Verpflichtungserklärung, die in den Jahren 2013-2016 insbesondere für Schutzsuchende aus Syrien abgegeben worden war, für die Zeit nach einer Schutzzuerkennung war auch nach dem Urteil des *BVerwG*[198] und der Haftungsbegrenzung durch § 68 a AufenthG heftig umstritten.[199] Die obergerichtliche Rechtsprechung hatte mit unterschiedlichen Begründungen die Geltungsdauer überwiegend auf die Zeit bis zur Schutzanerkennung begrenzt.[200] Für die „Altfälle" bis zum Inkrafttreten des Integrationsgesetzes hat die Bundesagentur für Arbeit mit Weisung vom 1.3.2019[201] die Haftung weitgehend auf den Zeitraum bis zur Schutzanerkennung beschränkt und dabei auch den Bereich der Härtefälle mangels Leistungsfähigkeit erfasst.[202]

Eine Verpflichtungserklärung gem. § 68 I 1 AufenthG erstreckt sich auch auf innerhalb des Fünfjahreszeitraums entstandene Kosten für den Lebensunterhalt der begünstigten Personen, die nach ihrer Einreise in die Bundesrepublik Deutschland mit Besuchervisa in einen der Schengen-Staaten ausgereist und wieder in das Bundesgebiet eingereist sind.[203]

4. Erlöschen/Rücknahme des Aufenthaltstitels

a) *Erlöschen des Aufenthaltstitels (§ 51 AufenthG)*. Ein Aufenthaltstitel erlischt grundsätzlich bei einer Ausreise aus einem nicht nur vorübergehenden Grund (§ 51 I Nr. 6 AufenthG) oder einer längeren Ausreise (§ 51 I Nr. 7 AufenthG), eine Niederlassungserlaubnis nach 15jährigem Inlandsaufenthalt aber dann nicht, wenn (ua) der Lebensunterhalt – auf Dauer oder zumindest auf absehbare Zeit nach einer Rückkehr – gesichert ist. Für die erforderliche Prognose ist nicht der Zeitpunkt der Wiedereinreise, sondern der Zeitpunkt der Erfüllung der Voraussetzungen für das Erlöschen der Niederlassungserlaubnis maßgeblich.[204] Der *VGH Kassel*[205] sieht § 51 I Nr. 6 AufenthG als gegenüber § 51 I Nr. 7 AufenthG speziellere Regelung, die vorrangig zu prüfen ist. Reist der Ausländer aus und nicht innerhalb von sechs Monaten oder einer von der Ausländerbehörde bestimmten längeren Frist wieder ein, erlischt der Titel (§ 51 I Nr. 7 AufenthG) mangels subjektiven Elements grundsätzlich[206] unabhängig von den Gründen für die nicht fristgerechte Rückkehr.[207] Auf die Fälle einer Inhaftierung ist § 51 III AufenthG, nach dem der Titel nicht erlischt, wenn die Frist lediglich wegen Erfüllung der gesetzlichen

191 *OVG Magdeburg* v. 14.3.2019 – 2 L 120/16, BeckRS 2019, 5029.
192 *OVG Magdeburg* v. 14.3.2019 – 2 L 120/16, BeckRS 2019, 5029.
193 *VGH Mannheim* v. 7.11.2018 – 11 S 2018/18, BeckRS 2018, 29309.
194 *VG Dresden* v. 29.7.2019 – 3 L 558/19; anders für Personen die lediglich befristete Aufenthaltserlaubnisse anderer Schengen-Staaten besitzen, *OVG Berlin-Brandenburg* v. 28.2.2019 – OVG 11 S 21/18, NVwZ-RR 2019, 535 Ls. = BeckRS 2019, 2896.
195 *VGH München* v. 16.7.2019 – 10 CS 19.882, BeckRS 2019, 15916.
196 *VGH München* v. 12.4.2019 – 10 ZB 19.275, BeckRS 2019, 7300.
197 *OVG Lüneburg* v. 5.4.2019 – 13 ME 25/19, BeckRS 2019, 6861.
198 *BVerwG* v. 26.1.2017 – 1 C 10/16, *BVerwGE* 157, 208 = NVwZ 2017, 1200.
199 Dazu *Berlit*, NVwZ-Extra 5/2019, 23 f.
200 Zuletzt etwa *VG Bremen* v. 3.12.2018 – 4 K 1159/17; *OVG Lüneburg*, Urt. v. 11.2.2019 – 13 LB 441/18 und13 LB 435/18; *VG Bremen* v. 3.12.2018 – 4 K 1159/17; aA weiterhin *OVG Magdeburg* v. 24.6.2019 – 2 L 17/18, BeckRS 2019, 13044 (Berufungszulassungsverfahren).
201 Siehe Asylmagazin 2019, 128; sa *MAGS NRW*, Erlass v. 7.3.2019, ebd.
202 Dazu *Keil*, Update zur Haftung aus Verpflichtungserklärungen, Asylmagazin 2019, 101.
203 *VG Karlsruhe* v. 6.6.2019 – 14 K 10441/18, BeckRS 2019, 17812.
204 *OVG Koblenz* v. 11.10.2019 – 7 B 11279/19, BeckRS 2019, 25182 (keine Berücksichtigung einer Erwerbstätigkeit nach der Ausreise); sa *VGH Kassel* v. 2.7.2019 – 3 A 1396/17.Z, BeckRS 2019, 19001 (Zeitpunkt der Ausreise); *BVerwG* v. 23.3.2017 – 1 C 14/16, NVwZ-RR 2017, 670.
205 *VGH Kassel* v. 2.7.2019 – 3 A 1396/17.Z, BeckRS 2019, 19001.
206 *VG Bremen* v. 30.11.2005 – 4 K 1013/05, BeckRS 2010, 55161 (Ausnahme kommt in Betracht, wenn ein Ausländer nicht in der Lage war, fristgerecht einen Antrag auf Verlängerung der Wiedereinreisefrist zu stellen).
207 *OVG Bautzen* v. 6.9.2018 – 3 B 120/18, BeckRS 2018, 44245 (Verweis auf Möglichkeit der antragsabhängigen Verlängerung der Sechs-Monats-Frist); *VG Schleswig* v. 26.11.2019 – 11 B 129/19, BeckRS 2019, 29483; *VG Ansbach* v. 24.9.2019 – AN 11 K 17.01961, BeckRS 2019, 27745; *VG Saarlouis* v. 27.3.2019 – 6 L 109/19, BeckRS 2019, 17414.

Wehrpflicht im Heimatstaat überschritten wird und der Ausländer innerhalb von drei Monaten nach der Entlassung aus dem Wehrdienst wieder einreist, schon mangels Regelungslücke nicht (entsprechend) anwendbar.[208] Abwesenheitszeiten, die hiernach zum Erlöschen des Aufenthaltstitels führen, unterbrechen den Integrationszusammenhang und stehen einer Addition der rechtmäßigen Aufenthaltszeiten zur Erlangung des Privilegs nach § 51 II 1 AufenthG entgegen.[209]

b) *Rücknahme*. Für die Rücknahme einer Aufenthaltserlaubnis, deren Inhalt mit der materiellen Rechtslage nicht in Einklang steht, reicht es nicht aus, wenn die nunmehr zuständige Ausländerbehörde lediglich eine andere Rechtsauffassung vertritt als die Behörde, die den Aufenthaltstitel erlassen hat; ausschlaggebend ist, ob die Erteilung dieses Titels – gegebenenfalls unter Ausnutzung der bestehenden Auslegungs- und Ermessensspielräume – rechtmäßig möglich war.[210] Für die Annullierung eines Visums nach Art. 34 I Visakodex bedarf es hinsichtlich des Vorliegens der arglistigen Täuschung keiner vollen Gewissheit; es reicht eine hohe Wahrscheinlichkeit aus.[211]

5. Fiktionswirkung

a) *Keine Fiktionswirkung bei Aufenthaltserlaubnisantrag nach Einreise mit Schengen-Visum eines anderen Mitgliedstaates*. Bei Beantragung eines Aufenthaltstitels besteht unter den in § 81 AufenthG geregelten Voraussetzungen eine Rechtmäßigkeits- oder gar Titelfortbestandsfiktion, über die auch eine entsprechende Bescheinigung (Fiktionsbescheinigung) auszustellen ist.[212] Im Falle eines Ausländers, der mit einem gültigen, von den spanischen Behörden ausgestellten Schengenvisum eingereist war, zum Zweck der Familienzusammenführung mit der in Deutschland lebenden Familie hatte der *VGH Mannheim*[213] die Ausländerbehörde zur Ausstellung einer solchen Fiktionsbescheinigung verurteilt, weil das von den spanischen Behörden ausgestellte Schengenvisum zwar kein Aufenthaltstitel isd § 81 IV AufenthG sei, wohl aber nach § 81 III AufenthG den Aufenthalt rechtmäßig gemacht habe.

Dem ist das *BVerwG*[214] nicht gefolgt. Das von einem anderen Staat erteilte Schengen-Visum ist – so das *BVerwG* – ein Aufenthaltstitel isd Aufenthaltsgesetzes und wird von dem in § 81 IV 2 AufenthG enthaltenen Ausschluss der fiktiven Fortgeltung eines Aufenthaltstitels erfasst; eine Beschränkung des Anwendungsbereichs allein auf von deutschen Behörden erteilte Schengen-Visa lässt sich – so das *BVerwG* – mit dem Wortlaut dieser Bestimmungen und der europarechtlichen Konstruktion des Schengen-Visums, die nach Maßgabe des Visakodex nach dem einheitlichen, in allen Schengen-Staaten gleich anwendbaren Regime des Schengen-Rechts erteilt werden, nicht vereinbaren. Wegen der alternativen Anwendungsbereiche von § 81 III und IV AufenthG kommt dann aber auch eine Fiktionswirkung nach § 81 III AufenthG nicht in Betracht.

b) *Weiteres zur Fiktionswirkung*. Bei rechtmäßigem Inlandsaufenthalt gilt bei einem Aufenthaltserlaubnisantrag der Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt (§ 81 III 1 AufenthG). Dies erfasst nur die erstmalige Beantragung eines Aufenthaltstitels, nicht Fälle einer verspäteten Antragstellung nach Ablauf oder Erlöschen eines Aufenthaltstitels, die in § 81 IV AufenthG geregelt sind.[215] Löst der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis keine Fiktionswirkung aus, soll grundsätzlich auch die Erteilung einer Duldung ausscheiden.[216] Eine Ausweisung beendet diese „Fiktionswirkung" (§ 51 I Nr. 5 AufenthG) ungeachtet dessen, dass Widerspruch und Klage gegen die Ausweisung aufschiebende Wirkung haben;[217] dann dauert auch die Sperrwirkung des § 11 I AufenthG fort.

Für die Frage, ob ein Ausländer einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet beantragen kann, weil er im Besitz eines Schengen-Visums ist und die Voraussetzungen für den Aufenthaltstitel nach der Einreise entstanden sind, ist auf die letzte Einreise abzustellen.[218] Reist die drittstaatsangehörige Inhaberin eines von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten nationalen Aufenthaltstitels mit der Absicht dauerhaften Verbleibs ins Bundesgebiet ein, ist sie nicht gem. § 4 I AufenthG iVm Art. 21 I SDÜ von der vorherigen Einholung des für Daueraufenthalte erforderlichen nationalen Visums befreit, so dass ihr durch die Einreise begründeter Aufenthalt von Beginn an nicht rechtmäßig isd § 81 III 1 AufenthG ist.[219]

Bei fristgerechtem, auch formlos möglichen[220] Verlängerungsantrag gilt ein Aufenthaltstitel bis zu der Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend (§ 81 IV 1 AufenthG); bei verspätetem Antrag kann die Ausländerbehörde zur Vermeidung einer unbilligen Härte die Fortgeltung anordnen (§ 81 IV 3 AufenthG);[221] ein solcher Härtefall kann etwa dann vorliegen, wenn Termine bei der Ausländerbehörde nur mit erheblichem zeitlichen Vorlauf erwirkt werden können und der Ausländer sich vor Ablauf der bisherigen Aufenthaltserlaubnis über das Online-Terminvereinbarungssystem der Behörde rechtzeitig einen Termin „bucht".[222] Die Fiktionswirkung erlischt mit der Entscheidung der Ausländerbehörde, lebt aber wieder auf, wenn die Ablehnung der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis wieder aufgehoben wird.[223] Eine unbillige Härte isd § 81 IV 3 AufenthG kommt etwa dann in Betracht, wenn der Betroffene wegen einer dem Titel beigefügten auflösenden Bedingung den Antrag gar nicht rechtzeitig stellen konnte,[224] wenn der Ausländer die Frist zur Antragstellung nur geringfügig überschritten hat, die Fristüberschreitung lediglich auf Fahrlässigkeit zurückzuführen ist und bei einer summarischen Prüfung davon ausgegangen werden kann, dass – eine rechtzeitige Antragstellung vorausgesetzt – die beantragte Verlängerung des Aufenthaltstitels erteilt werden kann und es unverhältnismäßig wäre, ihn – unter Abbruch gewichtiger familiärer, wirtschaftlicher und sozialer Bindungen – auf eine Ausreise und ein nachfolgendes Visumverfahren zu verweisen.[225] Von dieser Verlängerungsmöglichkeit macht die Behörde keinen Ge-

208 *VG Berlin* v. 20.11.2019 – 34 K 307.18 V.
209 *VGH München* v. 25.7.2019 – 19 ZB 17.1149, BeckRS 2019, 17484.
210 *OVG Lüneburg* v. 3.5.2019 – 13 ME 123/19, BeckRS 2019, 8140 (Vorliegen eines rechtlichen Ausreisehindernisses iSd § 25 V AufenthG).
211 *OVG Bremen* v. 3.5.2019 – 1 B 81/19, BeckRS 2019, 9595.
212 S. a. *Klaus*, InfAuslR 2010, 261; *Sachsenmaier*, Zur Statthaftigkeit der Anträge nach § 80 V VwGO und § 123 VwGO in Abhängigkeit von den Fiktionswirkungen nach § 81 III und IV AufenthG, InfAuslR 2019, 270.
213 *VGH Mannheim* v. 6.4.2018 – 11 S 2583/17, BeckRS 2018, 6543.
214 *BVerwG* v. 19.11.2019 – 1 C 22/18, BeckRS 2019, 36255.
215 *OVG Magdeburg* v. 11.12.2019 – 2 M 130/19, BeckRS 2019, 35877.
216 *VG Schleswig* v. 11.7.2019 – 1 B 53/19, BeckRS 2019, 14633.
217 *OVG Bautzen* v. 10.10.2019 – 3 B 235/19, BeckRS 2019, 24825.
218 *OVG Koblenz* v. 9.5.2019 – 7 B 10493/19, BeckRS 2019, 11102.
219 *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 2019 – OVG 11 S 21.18; sa *OVG Hamburg* v. 1.6.2018 – 1 Bs 126/17, BeckRS 2018, 13375.
220 *OVG Magdeburg* v. 10.7.2019 – 2 M 21/19, BeckRS 2019, 17870.
221 Gegen eine Anwendung des § 81 IV 3 AufenthG in Fällen, in denen der Ablauf des Aufenthaltstitels und die verspätete Stellung des Verlängerungsantrags vor dem 1.8.2012 erfolgt sind, *OVG Bremen* v. 17.1. 2019 – 1 B 333/18, BeckRS 2019, 435.
222 *BVerwG* v. 15.8.2019 – 1 C 23/18, NVwZ 2019, 1762.
223 *OVG Münster* v. 29.8.2019 – 18 B 850/19, BeckRS 2019, 31007.
224 *OVG Magdeburg* v. 10.7.2019 – 2 M 21/19, BeckRS 2019, 17870.
225 *VGH München* v. 9.5.2019 – 10 CS 19.757, BeckRS 2019, 13693; aA etwa *Marx* in GK-AufenthG, Stand Jan. 2019, § 29 AufenthG Rn. 21.

brauch, wenn sie zwar eine „Fiktionsbescheinigung (gem. § 81 IV AufenthG)“ ausstellt, in ihr aber – den Umstand der verspäteten Antragstellung verkennend – vermerkt, dass der Verlängerungsantrag Fiktionswirkung kraft Gesetzes nach § 81 IV 1 AufenthG besitzt.[226] Eine solche Fortgeltungsanordnung hat keine materiell-konstitutive Wirkung. Allein die Erteilung einer Fiktionsbescheinigung lässt auch sonst nicht den Schluss zu, dass die Ausländerbehörde eine Anordnung nach § 81 IV 3 nF AufenthG getroffen hat.[227]

Eine Fortbestandsfiktion nach § 81 IV 1 AufenthG vermittelt weder eine ordnungsgemäße Beschäftigung iSd Art. 6 I ARB 1/80 noch einen ordnungsgemäßen Aufenthalt isd Art. 13 ARB 1/80;[228] in diesem Sinne vermittelt § 81 IV 1 AufenthG nur eine verfahrensrechtliche, keine materielle Position, und belastet den Ausländer mit dem Risiko einer nur vorläufigen Position auf dem Arbeitsmarkt seines Aufenthaltsstaates bis zur endgültigen Entscheidung über seinen Antrag.[229] Ist der Stammberechtigte (nur) im Besitz einer Fortgeltungsfiktion nach § 81 IV AufenthG, soll er auch nicht mehr im „Besitz“ eines nach § 30 I 1 Nr. 3 AufenthG für den Familiennachzug erforderlichen Aufenthaltstitels sein.[230]

Nach der gesetzgeberischen Konzeption ist außerhalb des Anwendungsbereichs des § 81 III und IV AufenthG eine Aufenthaltsmöglichkeit für die Dauer des Verfahrens zur Erteilung eines Aufenthaltstitels rechtlich nicht gewährleistet und der Ausländer (grundsätzlich) darauf verwiesen, die Ansprüche auf Erteilung eines Titels vom Ausland zu verfolgen und durchzusetzen.[231] Zu prüfen bleibt zumindest eine Duldung zur Wahrung normativ höherrangiger Belange (Wahrung der Familieneinheit; Effektivität des Rechtsschutzes). Bei der eingeschränkten Fortgeltungsfiktion des § 84 II 2 AufenthG hat der Ausländer ein berechtigtes Interesse daran, von einer möglichen Vollziehung der Ausreisepflicht rechtlich durch Herstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs geschützt zu sein; er muss sich nicht auf das Verfahren für geduldete Ausländer (§ 32 BeschV) verweisen lassen.[232]

Den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage bei Ablehnung eines Antrags auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels erstreckt das *OVG Hamburg*[233] unter Aufgabe vorangehender Rechtsprechung[234] auch auf die Ablehnung der Ausstellung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 V AufenthG; eine assoziationsrechtskonform einschränkende Auslegung dahin, dass diese Regelung nur für konstitutive und nicht für deklaratorische Aufenthaltstitel gilt, sei nicht geboten.

6. Duldung

a) *Duldung aus gesundheitlichen oder familiären Gründen.* Zahlreiche Entscheidungen ranken sich um Einzelfragen der Duldung nach § 60 a AufenthG, etwa aus gesundheitlichen Gründen[235] oder zum Schutz von Ehe und Familie.[236] Qualitativ sind die rechtlichen Maßstäbe nicht fortentwickelt worden.

b) *Insbesondere Ausbildungsduldung.* Dem Anspruch auf eine Ausbildungsduldung[237] steht nicht entgegen, dass die auszubildende Person im Herkunftsstaat bereits eine andere Berufsqualifikation erworben hat (etwa durch langjährige, einschlägige Berufserfahrung), und sie nunmehr für ein anderes Tätigkeitsfeld eine weitere selbstständige Ausbildung anstrebt, die ihr eine berufliche Qualifikation außerhalb ihres bisherigen Ausbildungsbereichs oder über ihre bisherige berufliche Tätigkeit hinaus vermittelt (Zweitausbildung).[238]

Eine Verletzung von Mitwirkungspflichten (zB eine unzureichende Mitwirkung bei der Passbeschaffung)[239] steht einer Ausbildungsduldung zwar regelmäßig,[240] aber dann nicht (zwingend) entgegen, wenn dies nicht die alleinige Ursache für den Nichtvollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen ist.[241]

Die mit der Ausbildungsduldung bezweckte Integration des Ausländers und Herstellung von Rechtssicherheit gebieten eine zügige Entscheidung und stehen einem Verweis auf ein uU mehrere Jahre dauerndes Hauptsacheverfahren, während dessen das Ausbildungsverhältnis zum „Ruhen“ gebracht wird, entgegen; dies gebietet bei bestehendem Anordnungsanspruch im Interesse effektiver Rechtsschutzgewähr zumindest die Absenkung der Schwelle für die Annahme eines Anordnungsgrundes.[242]

Liegen Versagungsgründe für die Ausbildungsduldung vor, sperrt dies auch die Erteilung einer Ermessensduldung aus persönlichen Gründen, wenn diese zu Zwecken der Ausbildung erteilt werden soll.[243]

7. Kontrollpflichten der Beförderungsunternehmer

Der *EuGH*[244] hat auf die Vorlage des *BVerwG*[245] zur Reichweite der Kontrollpflichten, die Beförderungsunternehmen im innereuropäischen Reiseverkehr auferlegt werden können, entschieden, dass Art. 67 II AEUV sowie Art. 21 VO (EG) Nr. 562/2006 (Schengener Grenzkodex) dahin auszulegen sind, dass sie Rechtsvorschriften (wie hier § 63 AufenthG) entgegenstehen, nach denen jeder Beförderungsunternehmer, der im Schengen-Raum einen grenzüberschreitenden Linienbusverkehr mit Zielort im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats betreibt, verpflichtet ist, den Pass und den Aufenthaltstitel der Passagiere vor dem Überschreiten einer Binnengrenze zu kontrollieren, um zu verhindern, dass Drittstaatsangehörige, die nicht im Besitz dieser Reisedokumente sind, in das Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats befördert werden, und nach denen die Polizeibehörden zur Durchsetzung dieser Kontrollpflicht zwangsgeldbewehrte Verfügun-

226 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 2.8.2019 – OVG 11 N 122/16, BeckRS 2019, 17130.
227 *OVG Bremen* v. 25.7.2019 – 2 B 69/19, BeckRS 2019, 19147.
228 *OVG Lüneburg* v. 10.12.2019 – 13 ME 344/19, BeckRS 2019, 31856.
229 *OVG Lüneburg* v. 10.12.2019 – 13 ME 344/19, BeckRS 2019, 31856; sa *BVerwG* v. 14.5.2013 – 1 C 16/12, *BVerwGE* 146, 271 = NVwZ 2013, 1336; *VGH München* v. 18.8.2014 – 10 CS 14.1324, BeckRS 2014, 55849.
230 *VGH München* v. 28.2.2019 – 10 ZB 18.1626, BeckRS 2019, 3423.
231 *VGH München* v. 7.6.2019 – 10 CE 18.1597.
232 *OVG Magdeburg* v. 8.3.2019 – 2 M 148/18, BeckRS 2019, 5033.
233 *OVG Hamburg* v. 13.6.2019 – 4 Bs 110/19, BeckRS 2019, 12249; sa *OVG Bautzen* v. 14.12.2018 – 3 B 293/18, BeckRS 2018, 37100; *OVG Münster* v. 10.4.2008 – 18 B 291/08, EZAR NF 98 30.
234 *OVG Hamburg* v. 9.5.2007 – 4 Bs 241/06, NVwZ-RR 2008, 60.
235 Statt vieler *VGH München* v. 26.11.2018 – 19 C 18.54, BeckRS 2018, 32939; *OVG Bautzen* v. 19.3.2019 – 3 B 430/18, BeckRS 2019, 9036; *OVG Weimar* v. 1.8.2019 – 3 EO 276/19, NVwZ-RR 2020, 135 Ls. = BeckRS 2019, 20706; *OVG Koblenz* v. 30.10.2019 – 6 A 11330/18, BeckRS 2019, 26693; *VG Trier* v. 7.12.2019 – 1 L 5433/18.
236 Statt vieler *VG Osnabrück* v. 6.5.2019 – 7 A 360/17, BeckRS 2019, 14202; *OVG Bremen* v. 14.8.2019 – 2 B 159/19, BeckRS 2019, 19143.
237 S.a. *Koehler/Rosenstein*, InfAuslR 2019, 266.
238 *OVG Magdeburg* v. 18.9.2019 – 2 M 79/19, BeckRS 2019, 22655.
239 Zur fehlenden Mitwirkung bei der Passbeschaffung als Hinderungsgrund bei der Beschäftigungsduldung s. *VG Göttingen* v. 5.7.2019 – 1 A 600/18, BeckRS 2019, 14531.
240 *VGH Mannheim* v. 26.11.2018 – 12 S 2460/18, BeckRS 2018, 40069.
241 *VG Schleswig* v. 16.9.2019 – 11 B 137/19, BeckRS 2019, 22082.
242 *OVG Magdeburg* v. 18.9.2019 – 2 M 79/19, BeckRS 2019, 22655; *VG München* v. 7.3.2019 – M 25 E 19.520, BeckRS 2019, 3999.
243 *OVG Koblenz* v. 3.6.2019 – 7 B 10435/19.
244 *EuGH* v. 13.12.2018 – C-412/17 und C-474/17, NVwZ 2019, 950.
245 *BVerwG* v. 1.6.2017 – 1 C 23/16, NVwZ 2017, 1474 Ls. = BeckRS 2017, 116739.

gen zur Untersagung solcher Beförderungen an Beförderungsunternehmer richten können, die nach ihren Feststellungen Drittstaatsangehörige, die nicht im Besitz der genannten Reisedokumente waren, in das betreffende Hoheitsgebiet befördert haben. Derartige Kontrollen fallen als Maßnahmen „gleicher Wirkung wie Grenzübertrittskontrollen" unter Art. 23 Buchst. a VO (EU) 2016/399.

VI. Ausgewählte Fragen der Ausweisung und Aufenthaltsbeendigung

1. Keine Anwendung der RückführungsRL nach Wiedereinführung von Binnengrenzkontrollen und Aufgreifen an der Grenze

Hat ein Mitgliedstaat im Einklang mit Art. 25 Schengener Grenzkodex wegen einer ernsthaften Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder seine innere Sicherheit an den Binnengrenzen wieder Kontrollen eingeführt, ist ein Drittstaatsangehöriger, der im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats illegal aufhältig ist und der in unmittelbarer Nähe einer Binnengrenze dieses Mitgliedstaates aufgegriffen wurde, nicht im Rechtssinne an einer „Außengrenze aufgegriffen worden"; die Regelungen des Schengener Grenzkodex finden – so der *EuGH*[246] – keine (entsprechende) Anwendung. Die optionale Ausnahme des Art. 2 II RL 2008/115/EG vom Anwendungsbereich der Rückführungsrichtlinie für Aufgriffe an den Außengrenzen findet mithin auf entsprechende Aufgriffe an den Binnengrenzen unabhängig davon keine Anwendung, ob solche Kontrollen tatsächlich und / oder im Einklang mit Unionsrecht wieder eingeführt worden sind.

Dies schränkt für den nationalen Gesetzgeber den Spielraum (weiter) ein, einem Ausländer nach § 18 AsylG[247] unabhängig von der Beachtung der Vorgaben der Rückführungsrichtlinie die Einreise zu verweigern oder ihn zurückzuschieben, wenn er nicht unmittelbar an der Grenze aufgegriffen wird.

2. Generalpräventive Ausweisung

a) Das *BVerwG*[248] hat sein zur Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 I Nr. 2 AufenthG ergangenes Urteil vom Juli 2018[249] auch für das Ausweisungsrecht (§§ 53 ff. AufenthG) bekräftigt und fortgeführt, nach dem eine Ausweisung auch nach dem seit 1.1.2016 geltenden Ausweisungsrecht auf generalpräventive Gründe gestützt werden kann.[250] Auch im Ausweisungsrecht muss lediglich im Regelfall der weitere „Aufenthalt" eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung bewirken. Lediglich in den Fällen des § 53 III AufenthG muss für die dort bestimmten, ausländerrechtlich privilegierten Personengruppen auch das „persönliche Verhalten des Betroffenen" eine schwerwiegende Gefahr darstellen.

Ein generalpräventives Ausweisungsinteresse muss zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch aktuell sein.[251] Für Ausweisungsinteressen, die an strafbares Verhalten anknüpfen, bieten die strafrechtlichen Verjährungsfristen der §§ 78 ff. StGB einen geeigneten Rahmen zur Konkretisierung. Bei abgeurteilten Straftaten stellen die Fristen für ein Verwertungsverbot nach § 51 BZRG in jedem Fall die Obergrenze dar. Bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses an einer generalpräventiven Ausweisung können jedenfalls dann auch die der absoluten Verfolgungsverjährung unterfallenden Taten, soweit sie nicht einem registerrechtlichen Verwertungsverbot unterliegen, berücksichtigt werden, wenn sie – wie hier – in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit den noch nicht absolut verjährten Handlungen gestanden haben und daher geeignet sind, deren Gewicht mit zu bestimmen.

b) Weil für den Kläger jenes Verfahrens durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge das Vorliegen der Voraussetzungen eines Abschiebungsverbotes nach § 60 V AufenthG festgestellt worden war, hatte die Ausländerbehörde im Widerspruchsverfahren die zunächst verfügte Abschiebungsandrohung aufgehoben, aber daran festgehalten, dass das mit der Ausweisung einhergehende Einreise- und Aufenthaltsverbot auf die Dauer von zuletzt vier Jahren ab einer etwaigen Ausreise befristet ist.

Insoweit hat das *BVerwG* Klärungsbedarf gesehen, ob die so genannte Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) auch in Bezug auf ein mit einer Ausweisungsentscheidung nach § 11 I AufenthG einhergehendes Einreise- und Aufenthaltsverbot, das dem Schutz (allein) der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung dient, Anwendung findet, wenn der Mitgliedstaat von der Möglichkeit des Art. 2 II Buchst. b RL 115/2008/EG dieser Richtlinie keinen Gebrauch gemacht hat. Sollte dies nicht der Fall sein, bedarf es der Klärung, ob die Rückführungsrichtlinie und die Regelungen zum Einreiseverbot jedenfalls dann greifen, wenn der Drittstaatsangehörige bereits unabhängig von einer gegen ihn erlassenen Ausweisungsverfügung, an die das Einreiseverbot anknüpft, illegal aufhältig ist und aus diesem Grunde dem Anwendungsbereich der Richtlinie dem Grunde nach unterfällt. Ist zwischen Einreiseverboten zu migrationsbedingten und nichtmigrationsbedingten Zwecken zu unterscheiden, bedarf der Klärung, ob ein Einreiseverbot erfasst wird, das im Zusammenhang mit einer aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (im Fall generalpräventive Gründe mit dem Ziel der Terrorismusbekämpfung) ergeht. Für den Fall, dass die Rückführungsrichtlinie anwendbar ist, bedarf der Klärung, ob ein Einreiseverbot isd Art. 3 Nr. 6 RL 2008/115/EG, das zeitgleich mit der Rückkehrentscheidung (hier: Androhung der Abschiebung) ergeht, rechtswidrig wird, wenn die Abschiebungsandrohung selbst aufgehoben wird, und ob – dies unterstellt – diese Wirkung auch dann eintritt, wenn die der Rückkehrentscheidung vorgelagerte behördliche Ausweisungsverfügung selbst bestandskräftig (geworden) ist.

c) Ein langjähriger unauffälliger Aufenthalt in einem deutschen Gefängnis aufgrund einer Verurteilung zu einer mehrjährigen Haftstrafe wegen gravierender Rauschgiftkriminalität stellt keine besondere Integrations- bzw. Resozialisierungsleistung dar, die für sich allein die Wiederholungsgefahr entfallen ließe und bei einem in Deutschland geborenen und hier aufgewachsenen türkischen Staatsangehörigen, dessen Familie in Deutschland lebt, der ein Aufenthaltsrecht nach Art. 7 ARB 1/80 hatte und während der Strafhaft eine deutsche Staatsangehörige geheiratet hat,

246 *EuGH* v. 19.3.2019 – C-444/17, NVwZ 2019, 947.

247 Dazu jüngst auch *VG München* v. 8.8.2019 – M 18 E 19.32238, NVwZ-RR 2020, 77 = NVwZ 2020, 176 Ls. (das auch ein so genanntes „Pre Dublin-Verfahren" im Nachgang zu einem Aufgriff im grenznahen Bereich und eine Rückschiebung/Zurückweisung in/an einen anderen als einen unmittelbaren Nachbarstaat verwirft).

248 *BVerwG* v. 9.5.2019 – 1 C 21/18, NVwZ 2019, 1621 Ls. = BeckRS 2019, 16744; Beschl. v. 9.5.2019 – 1 C 14/19, BeckRS 2019, 17271.

249 *BVerwG* v. 12.7.2018 – 1 C 16/17, *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486; dazu *Tille*, Generalpräventive Gründe zur Begründung eines Ausweisungsinteresses, GSZ 2019, 157.

250 Der *VGH Mannheim* (*VGH Mannheim* v. 7.10.2019 – 11 S 1835/19, BeckRS 2019, 24584) folgt nunmehr der Rechtsprechung des *BVerwG*. Zur generalpräventiven Ausweisung eines Sexualstraftäters, wenn sie Ausländer, die aus einem nicht der Gleichberechtigung von Mann und Frau verpflichteten Kulturkreis stammen, abschrecken, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu begehen, namentlich dann, wenn die Sexualstraftat Ausdruck einer durch ein frauenverachtendes Weltbild geprägten Einstellung war, s. *OVG Koblenz* v. 23.10.2018 – 7 A 10866/18, NJW 2019, 168.

251 *VGH München* v. 28.12.2018 – 10 ZB 18.1154, BeckRS 2018, 35631.

rechtfertigen soll, von einer (primär) generalpräventiven Ausweisung auszugehen.[252]

3. Überwachung der Ausreise

Eine zumindest nennenswerte Zahl von Abschiebungsversuchen, deren genauer Anteil an den Gesamtabschiebungsversuchen umstritten ist, scheitert (weiterhin) daran, dass die Personen nicht an dem vermuteten Ort angetroffen werden oder (dann) die notwendigen Ausreisepapiere fehlen.

Bereits de lege lata soll zur Förderung der Ausreise nach § 46 I AufenthG die Anordnung einer Anzeigepflicht im Fall der nächtlichen Abwesenheit von der Wohnung zulässig sein.[253] Die zeitlich unbeschränkte Pflicht, sich von Montag bis Freitag zwischen 20.00 und 6.00 Uhr in der zugewiesenen Unterkunft aufzuhalten, soll sich indes ohne weitergehende Ermessenserwägungen zur Notwendigkeit des zeitlichen Umfangs als unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft erweisen.[254] § 46 I AufenthG soll jedenfalls dem Grunde nach hinreichende Rechtsgrundlage einer solchen Anordnung sein;[255] teils wird – mit beachtlichen Gründen – indes die Verpflichtung zum nächtlichen Aufenthalt in der zugewiesenen Unterkunft als Maßnahme mit freiheitsbeschränkendem Charakter gewertet, die nicht mehr auf § 46 I AufenthG gestützt werden kann.[256] Die nach § 46 I AufenthG ermöglichten Maßnahmen werden durch die nach § 61 I e AufenthG möglichen Auflagen nicht eingeschränkt.[257] Die Auflage, in einer zentralen Gemeinschaftsunterkunft Unterkunft zu nehmen, ermöglicht eine intensive, auf eine „Lebensperspektive" außerhalb des Bundesgebiets gerichtete psycho-soziale Betreuung, ua zur Förderung der Bereitschaft zur freiwilligen Ausreise oder zur notwendigen Mitwirkung bei der Beschaffung von Heimreisedokumenten, und verfolgt damit einen legitimen Zweck; sie bildet gegenüber der Abschiebungshaft ein milderes Mittel.[258]

Verstößt ein Ausländer gegen eine ihm – wirksam – ausländerrechtlich aufgegebene Pflicht, sich im Falle des Verlassens der Gemeinschaftsunterkunft zu bestimmten Zeiten abzumelden, ist seine Abwesenheit ein Anhaltspunkt für ein Flüchtigsein isd Art. 29 II 2 der Dublin-III Verordnung und des § 2 XIV AufenthG.[259] Maßnahmen nach § 46 I AufenthG setzen bei vollziehbarer Abschiebungsanordnung jedenfalls nicht die Prüfung voraus, ob und wann die Abschiebung durchgeführt werden kann.[260] Den Vorschriften über die Mitwirkung zur Erlangung von Reisedokumenten (§ 48 III, 49 II oder § 60 b III AufenthG), bei denen die Reichweite der gebotenen Mitwirkung groß ist,[261] kann nicht entnommen werden, dass sie auch die Vorbereitung einer freiwilligen Ausreise in Form einer verbindlichen Flugbuchung einschließen.[262]

Die behördliche Möglichkeit, einen Pass oder Passersatz in amtliche Verwahrung zu nehmen (§ 50 V AufenthG), bietet auch eine hinreichende Rechtsgrundlage, gegenüber dem Ausländer die Herausgabe des Passes oder Passersatzes an die Ausländerbehörde zum Zwecke der amtlichen Verwahrung anzuordnen.[263] Wird dem Ausländer aufgegeben, sich einen Pass zu beschaffen, dürfen die Anforderungen an die Bestimmtheit einer Passverfügung nicht überspannt werden; grundsätzlich genügt, wenn in der konkreten Situation aufgrund der auslegungsrelevanten Umstände erkennbar ist, welche Handlungen von dem Ausländer verlangt werden, und er nicht darauf verwiesen wird, selbst herauszufinden, welches Verhalten von ihm verlangt wird.[264]

Für den Regelfall der Meldepflicht nach § 56 I 1 AufenthG (Überwachung ausreisepflichtiger Ausländer aus Gründen der inneren Sicherheit) soll es nach dem *OVG Münster*[265] nur darauf ankommen, ob eine Ausweisung aufgrund der dort benannten Ausweisungsinteressen besteht; ob das von der Ausländerbehörde geltend gemachte Ausweisungsinteresse tatsächlich besteht, soll – dann aus Gründen effektiven Rechtsschutzes – aber dann geprüft werden, wenn der Ausländer nach § 56 I 1 AufenthG eine abweichende Bestimmung der Meldepflicht – insbesondere deren Aufhebung – begehrt oder die Ausländerbehörde von sich aus einen engmaschigeren Melderhythmus festsetzt.

4. Abschiebung

a) *Folgenbeseitigungsanspruch nach vollzogener, aber rechtswidriger Abschiebung.* Ein nach Durchführung der Abschiebung eines Ausländers von diesem gestellter Antrag auf Rückholung ist im Wege eines (Vollzugs-)Folgenbeseitigungsanspruchs grundsätzlich zulässig, wenn durch die vollzogene Abschiebung in rechtswidriger Weise subjektive Rechte des Betroffenen verletzt worden sind.[266]

Die prozessuale Konstellation nach vollzogener Antragstellung hängt aber davon ab, ob die Abschiebung selbst während oder vor dem Verfahren nach § 80 V VwGO und im Einklang mit oder unter Verstoß gegen § 80 I, 5 VwGO vollzogen worden ist. Ein Antrag auf Erlass einer Regelungsanordnung im Verfahren nach § 123 I VwGO ist gem. § 123 V VwGO nicht statthaft, wenn gegen eine behördliche Entscheidung über die Aufenthaltsbeendigung vorläufiger Rechtsschutz im Verfahren nach § 80 V VwGO eröffnet ist und, obwohl ein solches Verfahren bereits eingeleitet wurde oder zulässigerweise noch eingeleitet werden kann, die aufenthaltsbeendende Entscheidung durch Abschiebung des Ausländers vollzogen wird.[267] Bei einer Vollziehung während des anhängigen Verfahrens nach § 80 V VwGO, aber

252 *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 14.6.2019 – 2 A 302/18 2 A 302/18, BeckRS 2019, 12416.
253 *OVG Lüneburg* v. 15.1.2018 – 8 ME 93/18; v. 23.12.2019 – 13 ME 353/19, BeckRS 2019, 33219.
254 *VG Schleswig* v. 15.4.2019 – 1 B 30/19, BeckRS 2019, 8634.
255 *VG Hamburg* v. 16.11.2018 – 7 E 4941/18; *VG Lüneburg*. v. 22.11. 2017 – 6 B 128/17, BeckRS 2017, 132277; *VG Freiburg* v. 22.11.2018 – 4 K 6442/18, BeckRS 2018, 32542 (Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit; kein „Ausarten" in Schikane mit strafähnlichem Charakter oder Beugemittel).
256 So *OVG Lüneburg* v. 22.1.2018 – 13 ME 442/17, BeckRS 2018, 600; sa *VG Hamburg* v. 6.3.2019 – 19 E 792/19, BeckRS 2019, 9271 („nächtlicher Hausarrest" als Freiheitsentziehung iSv Art. 104 II GG, weil psychisch vermittelter Zwang ausreichen kann). Anders für den Fall der Anordnung einer Anzeigepflicht im Fall der nächtlichen Abwesenheit von der Wohnung *OVG Lüneburg* v. 15.1.2019 – 8 ME 93/18, BeckRS 2019, 598; Beschl. v. 13.3.2018 – 13 ME 38/18, BeckRS 2018, 3801.
257 *OVG Lüneburg* v. 21.12.2019 – 13 ME 353/19.
258 *OVG Schleswig* v. 22.3.2019 – 4 MB 16/19, BeckRS 2019, 4972.
259 *VG Berlin* v. 20.2.2019 – 37 L 72.19; zu den Begriffen „flüchtig sein" und „Untertauchen" sa *Brauer*, „Untergetaucht" und „flüchtig": zur Fixierung des Nichtgreifbaren, ZAR 2019, 256.
260 *OVG Lüneburg* v. 1.3.2019 – 8 ME 15/19, NVwZ-RR 2019, 621.
261 S. nur *OVG Berlin-Brandenburg* v. 16.10.2018 – OVG 3 B 4/18, BeckRS 2018, 26360; *VGH München* v. 2.5.2019 – 10 CE 19.273, BeckRS 2019, 13682.
262 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 7.11.2019 – OVG 3 S 111/19.
263 *OVG Lüneburg* v. 1.2.2018 – 13 ME 289/17, BeckRS 2018, 1066; *VG Schleswig* v. 22.1.2018 – 1 B 6/18, BeckRS 2018, 440.
264 *OVG Lüneburg* v. 4.6.2019 – 8 ME 39/19, NVwZ-RR 2020, 38 (Kriterium ist ua, ob in einem Vollstreckungsverfahren geprüft werden könnte, ob der Ausländer die Pflicht erfüllt hat).
265 *OVG Münster* v. 23.10.2018 – 18 B 895/16, BeckRS 2018, 26736.
266 *OVG Bautzen* v. 26.11.2018 – 3 B 381/18, BeckRS 2018, 44223; *OVG Koblenz* v. 23.7.2018 – 7 B 10768/18, NVwZ-RR 2018, 948 (Rechtswidrigkeit, weil nicht sichergestellt, dass unabweisbar benötigte medizinische Unterstützung zeitnah nach der Abschiebung zur Verfügung steht).
267 S. a. *OVG Lüneburg* v. 29.3.2019 – 13 ME 519/18, NVwZ-RR 2019, 974 Ls. = BeckRS 2019, 5740.

vor der zu treffenden gerichtlichen Entscheidung sind bereits vorgenommene Vollziehungshandlungen durch die Anordnung der „Aufhebung der Vollziehung" gem. § 80 V 3 VwGO rückgängig zu machen. Diese Anordnung ist mehr als eine bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vollziehung und steht – bei gegebener Rechtswidrigkeit der Vollziehung – nach vorzugswürdiger Ansicht[268] auch nicht im Ermessen des Gerichts; das „kann" ist ein „Kompetenz"-Kann, kein „Ermessens"-Kann.

Bei einer Vollziehung der Abschiebung vor der Einleitung eines Verfahrens nach § 80 V VwGO oder in Fällen, in denen sich der vorläufige Rechtsschutz ausnahmsweise nach § 123 VwGO richtet (etwa bei einem auf Untersagung einer bevorstehenden Abschiebung gerichteten Antrag), scheidet ein Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch nach § 80 V 3 VwGO aus. Dass dieser speziellere, ausdrücklich geregelte Anspruch im System des § 123 VwGO keine Entsprechung findet, sperrt aber nach vorzugswürdiger Ansicht nicht einen entsprechenden Antrag im Rahmen des Systems des § 123 VwGO. Die Gegenauffassung[269] vernachlässigt, dass der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch keine eigenständige Anspruchsgrundlage ist, sondern ein (allgemeiner) Folgenbeseitigungsanspruch, der bereits zu einem Zeitpunkt geltend gemacht werden kann, zu dem die vorläufige (§ 80 V 3 VwGO) bzw. endgültige (§ 113 I 2 VwGO) gerichtliche Beurteilung des zu vollziehenden Verwaltungsakts bzw. seiner Vollziehbarkeit noch nicht (formell) rechtskräftig ist, vermeidet also die Aufspaltung effektiver Rechtsschutzgewähr in mehrere Verfahren. Der Übergang von dem auf vorläufigen Rechtsschutz gegen eine drohende Abschiebung gerichteten Begehren auf die (vorläufige) Rückgängigmachung des Realakts der vollzogenen Abschiebung im Verfahren des § 123 VwGO ist im Ansatz vordergründig eine Antragsänderung (§ 91 VwGO [entsprechend]), die nach § 146 IV VwGO regelmäßig – aber eben auch nur regelmäßig – ausgeschlossen ist.[270] Auch im Rahmen eines auf die Prüfung der dargelegten Gründe beschränkten Beschwerdeverfahrens (§ 146 IV 6 VwGO) handelt es sich – wenn schon nicht um eine privilegierte Antragserweiterung (§ 264 Nr. 2 ZPO) – um eine nach §§ 91, 173 VwGO iVm § 264 Nr. 3 ZPO „privilegierte" Antragsänderung jedenfalls dann, wenn der zugrunde liegende Lebenssachverhalt und der zunächst geltende gemachte Abschiebungsabwehranspruch als Klagegrund auch Grundlage des Folgenbeseitigungsanspruchs sind und unverändert bleiben, mithin allein den durch die Abschiebung veränderten Umständen und den daraus zu ziehenden Folgerungen angepasst wird. Unter dieser Voraussetzung wird der Auffassung zu folgen sein, die – und sei es unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 91 I VwGO – im Interesse effektiver Rechtsschutzgewähr den Übergang von der auf Verhinderung der Abschiebung gerichteten Sicherungsanordnung nach Vollzug der Abschiebung auf die auf Rückgängigmachung der Abschiebung gerichtete Regelungsanordnung zulässt.[271]

Von der Zulässigkeit der Umstellung des Antrags zu unterscheiden ist indes, ob der Antrag in geänderter Form zulässig ist und Aussicht auf Erfolg hat. Denn wie bei dem auf Abwehr drohender Abschiebung gerichteten Antrag setzt der allgemeine Folgenbeseitigungsanspruch voraus, dass durch den hoheitlichen Eingriff (hier: den Vollzug der Abschiebung) in ein subjektives Recht ein rechtswidriger Zustand geschaffen wurde, der noch andauert, also zB nicht durch einen (nachfolgend bestandskräftig gewordenen) Verwaltungsakt legalisiert worden ist.[272] Dies setzt nicht zuletzt voraus, dass die Wiederherstellung des früheren Zustandes (hier: tatsächlicher Aufenthalt im Bundesgebiet) tatsächlich nicht nur möglich, sondern auch rechtlich zulässig ist. Es dürfen also keine der Folgenbeseitigung entgegenstehenden rechtlichen Hindernisse bestehen, zB wirksame Einreise- oder Aufenthaltsverbote (§ 11 AufenthG), die nicht ihrerseits durch höherrangiges Recht überwunden werden (zB Abschiebung einer unstreitig ausreisepflichtigen oder nicht zum Aufenthalt berechtigten Person in ein Land, in der ihr mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine mit Art. 3 EMRK/Art. 4 EGrC unvereinbare Behandlung droht).

b) *Durchsuchung (§ 58 V AufenthG).* § 58 V AufenthG[273] schafft eine bundeseinheitliche Rechtsgrundlage für Durchsuchungen von Wohnungen und anderen Räumen, soweit dies der Zweck einer Abschiebung erfordert, die außer bei Gefahr im Verzug der richterlichen Anordnung bedarf (§ 58 VIII AufenthG);[274] Durchsuchungen zur Nachtzeit dürfen nur erfolgen, wenn aufgrund von Tatsachen zu schließen ist, dass die Ergreifung des Ausländers zum Zweck seiner Abschiebung andernfalls vereitelt wird.[275] Die Befugnis der Länder zu „weitergehenden Regelungen" (§ 58 X AufenthG) setzt voraus, dass die Länderregelung auch konkret einen vom Bundesgesetz abweichenden Regelungsgehalt hat.[276]

c) *Ankündigung der Abschiebung.* Bei Widerruf einer Duldung bedarf es für die Abschiebung grundsätzlich nicht der (neuerlichen) Androhung und Fristsetzung, soweit nicht die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt war; dann ist die Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen (§ 60 a V 2-4 AufenthG). Dieses „Ankündigungsgebot" bei Widerruf ist im Fall des Erlöschens einer Duldung durch Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 61 I e, f AufenthG) nicht (entsprechend) anwendbar.[277]

Der *VGH München*[278] sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass das Verbot der Ankündigung des Termins der Abschiebung nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise gegen Art. 19 IV GG verstößt, weil dies in aller Regel der Einholung einstweiligen Rechtsschutzes nicht entgegenstehe,[279] und sieht

268 Siehe etwa *Eyermann/Schmidt*, VwGO, § 80 Rn. 92 mwN.

269 In diese Richtung *VGH München* v. 28.1.2016 – 10 CE 15.2653, BeckRS 2016, 42585 (für einen Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der vollzogenen Abschiebung sowie vorläufige Rückführung in das Bundesgebiet); *OVG Münster* v. 9.3.2007 – 18 B 2533/06, NVwZ-RR 2007, 492 (keine Umstellung eines erstinstanzlich auf Abschiebungsschutz gerichteten Antrags auf Geltendmachung eines Folgenbeseitigungsanspruchs auf Rückgängigmachung [zusätzlich Anordnungsanspruch mit Blick auf die Sperrwirkung des § 11 I Satz1 VwGO verneint]), an der Statthaftigkeit des Antrags auf einstweilige Anordnung, gerichtet auf Rückgängigmachung der Abschiebung bzw. Ermöglichung der Wiedereinreise); zweifelnd *OVG Magdeburg* v. 6.6.2016 – 2 M 37/16, BeckRS 2016, 50512 (jedenfalls kein Anordnungsanspruch).

270 So – im dogmatischen Ansatz zutreffend – *OVG Magdeburg* v. 21.5.2019 – 2 M 49/19, BeckRS 2019, 10577; *OVG Koblenz* v. 11.7.2017 – 7 B 11079/17, BeckRS 2017, 117445; Beschl. v. 5.1.2017 – 7 B 11589/16, BeckRS 2017, 104469; *VGH Mannheim* v. 18.1.2016 – 11 S 1455/05.

271 Siehe nur *OVG Bremen* v. 19.5.2017 – 1 B 47/17, BeckRS 2017, 110895; *OVG Hamburg* v. 6.7.2018 – 3 Bs 97/18, BeckRS 2018, 27424; Beschl. v. 2.8.2019 – 4 Bs 219/18, NVwZ-RR 2020, 134 Ls. = BeckRS 2019, 18123.

272 *VG München* v. 8.8.2019 – M 18 E 19.32238, NVwZ-RR 2020, 77 = NVwZ 2020, 176 Ls.; *VG Gelsenkirchen* v. 13.7.2018 – 8 L 1315/18, BeckRS 2018, 15613; *OVG Münster* v. 15.8.2018 – 17 B 1029/18, NJW 2018, 3264 = NVwZ 2018, 1493.

273 Eingefügt durch G. v. 15.8.2019, BGBl. I 2019, 1294.

274 S. a. *VG Hamburg* v. 15.1.2019 – 9 K 1669/18 (Betreten von Wohnräumen in Flüchtlingsunterkünften).

275 S. a. *OVG Bremen* v. 30.9.2019 – 2 S 262/19, NVwZ-RR 2020, 324 (zu § 16 II 3 BremVwVG).

276 *VG Koblenz* v. 29.8.2019 – 3 N 930/19 (im Fall verneint).

277 *OVG Lüneburg* v. 11.1.2019 – ME 220/18.

278 *VGH München* v. 19.6.2019 – 19 CE 19.329, BeckRS 2019, 15372.

279 *VGH München* v. 17.7.2018 – 19 CE 18.1210, BeckRS 2018, 26784.

daher folgerichtig keinen Anordnungsanspruch auf schriftliche Mitteilung eines Abschiebungstermins.

5. Einzelfragen

Für die Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG, die der Abwehr einer besonderen Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland oder einer terroristischen Gefahr, die durch eine (vorrangig) ideologisch radikalisierte, insbesondere politisch oder religiös geprägte Gewaltanwendung oder -drohung gekennzeichnet ist, dient, stellt das *BVerwG* klar, dass bei Fehlen einer ideologisch radikalen Prägung einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durch einen Ausländer auch bei drohenden Straftaten von erheblicher Bedeutung mit den Mitteln des Ausweisungsrechts oder nach dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht zu begegnen ist, zu dem der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht hinzutritt.[280] Eine Gefahr isd § 58 a AufenthG muss sich nicht notwendig im Bundesgebiet realisieren; es reicht auch der Versuch aus, sich im Ausland einer Terrormiliz anzuschließen.[281]

Bei der Ausweisung wegen strafbarer Handlungen ist nach der Rechtsprechung des *EGMR* auch die Dauer des Inlandsaufenthalts zu berücksichtigen. Auch ein rund dreißigjähriger Aufenthalt im Bundesgebiet schützt indes nicht vor der Ausweisung, wenn der Ausländer in erheblichem Umfang über einen langen Zeitraum immer wieder straffällig geworden ist, weiterhin Wiederholungsgefahr aufgrund alkohol- und drogensuchtbedingter Gründe besteht, er nicht einmal am Anfang eines eigenständigen Lebens nach abgeschlossener Therapie steht und er weiterhin viele Jahre lang nicht nur engmaschig betreut und versorgt, sondern auch kontrolliert werden muss.[282] Einen erst im Alter von 14 Jahren ins Bundesgebiet eingereisten Ausländer sieht der *VGH München*[283] nicht als einen faktischen Inländer, wenn ihm die Integration weder in wirtschaftlicher Hinsicht gelungen noch er sozial-familiär in die hiesige Gesellschaft eingebunden ist.

Ein Ausländer, der – hier durch den Handel mit Betäubungsmitteln – so erheblich kriminell in Erscheinung getreten ist, dass er die Voraussetzungen der §§ 53 I, 54 I Nr. 1 AufenthG erfüllt, hat keinen Anspruch darauf, im Rahmen seines Strafvollzugs oder auch danach in einer Bewährungsphase so lange therapiert zu werden, bis ihm möglicherweise dann doch eine günstige Sozialprognose im Hinblick auf eine Rückfallgefährdung beziehungsweise eine Wiederholungsgefahr gestellt werden kann;[284] eine Wiederholungsgefahr kann bei einem drogenauffälligen und strafrechtlich in Erscheinung getretenen Ausländer nur ausgeschlossen werden, wenn er eine Drogentherapie erfolgreich abgeschlossen, jedenfalls aber begonnen und sich eine ausreichend lange Zeit außerhalb des Maßregelvollzugs bewährt hat.[285]

Auch bei zahlreichen Straftaten, die nach den Kategorien des § 54 II AufenthG jeweils ein schwer wiegendes Ausweisungsinteresse begründen, denen ein als besonders schwer wiegend eingestuftes Bleibeinteresse entgegensteht, das auf einer Niederlassungserlaubnis beruht, die wegen einer inzwischen widerrufenen Asylberechtigung erteilt worden war, muss indes bei der nach § 53 I und II AufenthG erforderlichen Interessenabwägung das Ausweisungsinteresse nicht überwiegen.[286] Wird einer an Straftaten anknüpfenden Ausweisung ein besonders schwerwiegendes Bleibeinteresse mit Blick auf eine bestehende Vater-Kind-Beziehung entgegengehalten, ist maßgeblich auf die Sicht des Kindes abzustellen; ist für dieses wegen dessen langjähriger Inhaftierungen die Trennung vom Auszuweisenden seit Jahren gelebte Realität, bedeutet das Fortwirken der Trennung für das Kind jedenfalls keine grundlegende Änderung seiner bisherigen Lebensbedingungen.[287] Dem Kindeswohl kommt auch sonst weder nach Europäischen Grund- und Menschenrechten noch nach Verfassungsrecht ein unbedingter, abwägungsfester absoluter Vorrang vor den entgegenstehenden Interessen zu.[288]

Das *OVG Bautzen*[289] sieht die vorsätzliche unerlaubte Einreise iSv § 95 I Nr. 3 AufenthG als nicht nur geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften, der daher nach § 54 II Nr. 9 AufenthG ein schwerwiegendes Ausweisungsinteresse nach § 53 I AufenthG begründet. Ob und in welchem Umfang iRd § 55 II Nr. 5 AufenthG Interessen eines durch eine Ausweisung mitbetroffenen, minderjährigen Kindes (das ausländisch ist und sich nicht erlaubt in Deutschland aufhält) zu berücksichtigen sind, als besonderes schwerwiegendes Bleibeinteresse der Ausweisung entgegensteht, bedarf der umfassenden Würdigung aller Umstände des Einzelfalls, ohne dass die Anwendung des § 55 II Nr. 5 AufenthG von der Qualität des Aufenthalts abhängt.[290]

VII. Ausgewählte Fragen des Unions-/Assoziationsrechts

1. Freizügigkeitsrecht

a) *Aufenthaltsrecht des Ehegatten eines Unionsbürgers trotz Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft.* Das abgeleitete Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Ehegatten eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers nach § 2 I FreizügG/EU iVm Art. 3 I RL 2004/38/EG hängt – so das *BVerwG*[291] – nicht vom Fortbestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft ab. Für ein Begleiten isd § 3 I FreizügG/EU iVm Art. 3 I RL 2004/38/EG genügt nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft ein gleichzeitiger Aufenthalt der Eheleute im Aufnahmemitgliedstaat.[292] Verlässt ein Unionsbürger nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft das Bundesgebiet, erlischt damit das abgeleitete unionsrechtliche Aufenthaltsrecht seines drittstaatsangehörigen Ehegatten. Kehrt der Unionsbürger, der allerdings selbst materiell freizügigkeitsberechtigt sein muss, später in das Bundesgebiet zurück, kann sich der hier verbliebene drittstaatsangehörige Ehegatte – auch wenn die Eheleute weiterhin getrennt leben – aber wieder auf ein abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht berufen. Dies gilt – bis zur Scheidung – auch dann, wenn die Wiedereinreise in das Bundesgebiet

280 *BVerwG* v. 25.6.2019 – 1 VR 1/19, NVwZ-RR 2019, 971; sa Urt. v. 14.1.2020 – 1 A 3/19.
281 *BVerwG* v. 6.2.2019 – 1 A 3/18, NVwZ-RR 2019, 738.
282 *VGH München* v. 16.7.2019 – 10 ZB 19.1208, BeckRS 2019, 15920.
283 *VGH München* v. 7.3.2019 – 10 ZB 18.2272, BeckRS 2019, 3421.
284 *OVG Saarlouis* v. 28.5.2019 – 2 A 41/19, BeckRS 2019, 10204; sa *VGH München* v. 26.11.2019 – 10 C 19.2267, BeckRS 2019, 32419 (Zuwarten mit der ausländerrechtlichen Gefahrenprognose bis zum Zeitpunkt der Haftentlassung bzw. einer Entscheidung über die vorzeitige Haftentlassung nicht erforderlich).
285 *VGH München* v. 7.3.2019 – 10 ZB 18.2272, BeckRS 2019, 3421.
286 *OVG Hamburg* v. 12.4.2019 – 1 Bf 102/16, BeckRS 2019, 10290; zur Unverhältnismäßigkeit der Ausweisung eines faktischen Inländers trotz erheblicher Straftaten (gewerbs- und bandenmäßiger Betrug) und konkreter Wiederholungsgefahr sa *OVG Bremen* v. 15.11.2019 – 2 B 243/19, BeckRS 2019, 28998.
287 *VGH München* v. 9.12.2019 – 10 ZB 19.1870, BeckRS 2019, 34547.
288 *OVG Bremen* v. 28.10.2019 – 2 B 228/19, BeckRS 2019, 25691; Beschl. v. 22.10.2019 – 2 B 138/19, BeckRS 2019, 25683; sa *BVerwG* v. 21.7.2015 – 1 B 26/15, BeckRS 2015, 49497.
289 *OVG Bautzen* v. 18.10.2018 – 3 A 756/16, BeckRS 2018, 28509 (im Anschluss an *OVG Hamburg* v. 23.9.2013 – 3 Bs 131/13, NVwZ-RR 2014, 490); NZB zurückgewiesen durch *BVerwG* v. 29.1.2019 – 1 B 5/19, BeckRS 2019, 2069.
290 *BVerwG* v. 29.1.2019 – 1 B 5/19, BeckRS 2019, 2069.
291 *BVerwG* v. 28.3.2019 – 1 C 9/18, NJW 2019, 2042; v. 12.7.2018 – 1 C 16/17, *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486 .
292 Unter Hinweis auf *EuGH* v. 16.7.2015 – C-218/14, ECLI:EU:C:2015:476 = NVwZ 2015, 1431 Rn. 54 – Singh.

nicht die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft bezweckt hat und diese auch tatsächlich nicht wiederhergestellt worden ist; erforderlich, aber auch hinreichend ist, dass sich beide Eheleute in demselben Mitgliedstaat aufhalten, und zwar unabhängig davon, in welcher Reihenfolge sie dort ihren Aufenthalt genommen haben.

Soweit das *BVerwG* bislang davon ausgegangen ist, dass das in § 3 I 1 FreizügG/EU in Umsetzung des Art. 3 I RL 2004/38/EG aufgestellte Erfordernis des Begleitens oder Nachziehens eine isd Ehe- und Familienschutzes schutzwürdige tatsächliche Beziehung impliziere,[293] gilt dies nach der Rechtsprechung des *EuGH* jedenfalls nicht für das abgeleitete Aufenthaltsrecht eines Ehegatten nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft. Damit unterscheidet sich das unionsrechtliche Aufenthaltsrecht des drittstaatsangehörigen Ehegatten eines freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgers von den nationalen Familiennachzugsregeln, nach denen Aufenthaltserlaubnisse aus familiären Gründen (nur) zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet erteilt werden.

b) *Eigenständiges unionsrechtliches Aufenthaltsrecht (Art. 20 AEUV).* Spätestens seit der Zambrano-Entscheidung des *EuGH*[294] ist anerkannt, dass einem Drittstaatsangehörigen nach Art. 20 AEUV ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis zustehen kann, wenn ein vom Drittstaatsangehörigen abhängiger Unionsbürger ohne den gesicherten Aufenthalt des Drittstaatsangehörigen faktisch gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen und ihm dadurch der tatsächliche Genuss des Kernbestands seiner Rechte als Unionsbürger verwehrt wird. Die Gewährung eines solchen Aufenthaltsrechts kann nach der Rechtsprechung des *EuGH* jedoch nur „ausnahmsweise" oder bei „Vorliegen ganz besondere(r) Sachverhalte" erfolgen; es gilt, allein eine Situation zu verhindern, in der der Unionsbürger für sich keine andere Wahl sieht als einem Drittstaatsangehörigen, von dem er rechtlich, wirtschaftlich oder affektiv abhängig ist, bei der Ausreise zu folgen oder sich zu ihm ins Ausland zu begeben und deshalb das Unionsgebiet zu verlassen.[295] Das Risiko, dass sich ein die Unionsbürgerschaft besitzendes Kind gezwungen sähe, das Unionsgebiet zu verlassen, sofern dem drittstaatsangehörigen Vater kein Aufenthaltsrecht erteilt werden würde, ist uU bereits dann anzunehmen, wenn seine Mutter wirklich nicht in der Lage wäre, die tägliche Sorge für dieses Kind im Fall einer Aufenthaltsbeendigung des drittstaatsangehörigen Vaters allein hinreichend wahrzunehmen; dabei sind weitere Kinder der Mutter und deren Betreuungsbedarf, etwa infolge Alters oder gesundheitlicher Beeinträchtigungen zu berücksichtigen.[296]

Wegen dieses Ausnahmecharakters hat das *BVerwG*[297] keinen Raum dafür gesehen, nach nationalen Rechtsregeln einen Aufenthaltstitel zu erteilen, ohne dass die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind; auch eine Aufenthaltskarte nach dem FreizügG/EU ist nicht unabhängig von den in der RL 2004/38/EG geregelten Voraussetzungen zu erteilen. Einem Recht aus Art. 20 AEUV ist durch Ausstellung einer Bescheinigung zum Nachweis dieses Rechts nach dem Vorbild des § 4 V AufenthG Rechnung zu tragen, die kein Aufenthaltstitel nach nationalem Recht mit den sich aus dem Aufenthaltsgesetz ergebenden Beschränkungen und Verfestigungsmöglichkeiten ist, sondern die Bescheinigung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts eigener Art.[298] Besteht ein solches Aufenthaltsrecht, kann es im Rahmen eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als Abschiebungshindernis nach § 60 a II 1 AufenthG geltend gemacht werden.[299]

Der *VGH München*[300] sieht zur wirksamen Ausübung des Freizügigkeitsrechts ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zugunsten eines drittstaatsangehörigen, die tatsächliche Sorge wahrnehmenden Elternteils nicht als erforderlich, wenn diesem ein nationaler Aufenthaltstitel erteilt wurde bzw. auf Antrag erteilt werden würde; er verweist auf eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 V AufenthG, weil der Begriff der „rechtlichen Unmöglichkeit" offen auch für die Wertungen des in Art. 6 I GG enthaltenen Schutzauftrags sei, so dass bei der Anwendung des § 25 V AufenthG entsprechend dem Gewicht der familiären Bindungen diese zu berücksichtigen seien.

c) *Keine Verlustfeststellung bei Bestehen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011.* Bei wechselhafter Erwerbsbeteiligung kann vor Eintritt eines Daueraufenthaltsrechts der Fortbestand des Freizügigkeitsrechts fraglich werden. Für die dann nach § 5 IV FreizügG/EU mögliche Verlustfeststellung, die (ua) auch sozialrechtliche Folgewirkungen zeitigen kann, kommt es aber nicht allein auf den Fortbestand der Arbeitnehmerfreizügigkeit eines Elternteils an. Einer Verlustfeststellung steht auch das Aufenthaltsrecht entgegen, das Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 Kindern, die in Deutschland die Schule besuchen, und ihren Eltern vermittelt. Es ist ein Freizügigkeitsrecht isd § 2 I Freizügigkeitsgesetz/EU, und zwar ungeachtet dessen, dass diese Aufenthaltszeiten nicht auf den für einen Daueraufenthalt (§ 4 a FreizügG/EU) erforderlichen Voraufenthalt anzurechnen sind.[301] Das *BVerwG* hat in diesem Zusammenhang nicht – die im Fall unerhebliche – Frage entschieden, ob eine Verlustfeststellung nach § 5 IV 1 FreizügG/EU in einzelne Zeitabschnitte teilbar ist, und nur die für die Falllösung hinreichenden unterschiedlichen Konsequenzen aufgezeigt. Wird davon ausgegangen, dass die Verlustfeststellung nach § 5 IV 1 FreizügG/EU nicht in einzelne Zeitabschnitte teilbar ist, kann sie grundsätzlich insgesamt keinen Bestand mehr haben, wenn der betroffene Unionsbürger oder sein Familienangehöriger im Verlauf des Verfahrens (neuerlich) freizügigkeitsberechtigt wird und die Behörde die Verlustfeststellung

293 *BVerwG* v. 16.7.2015 – 1 C 22/14, NVwZ-RR 2015, 910 Rn. 23 = NVwZ 2015, 1678 Ls. = Buchholz 402.261 § 4 a FreizügG/EU Nr. 4 unter Hinweis auf Nr. 3.1.1 der Allg. VwV zum FreizügG/EU v. 26.10. 2009 (GMBl. 2009, 1270) für den Nachzug zu einem freizügigkeitsberechtigten Abkömmling.

294 *EuGH* v. 19.10.2004 – C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639 = EZAR NF 14 1 Rn. 25 ff. – Zhu und Chen; v. 8.3.2011 – C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124 = EuZW 2011, 358 = EuZW 2011, 359 = NJW 2011, 2033 = NVwZ 2011, 545 Rn. 41 ff. – Zambrano; v. 13.9.2016 – C-165/14, ECLI:EU:C:2016:675 = NVwZ 2017, 218 Rn. 51 ff. – Rendón Martin; v. 10.5.2017 – C-133/15, ECLI:EU:C:2017:354 = NVwZ 2017, 1445 = NZFam 2017, 565 Rn. 70 ff. – Chavez-Vilchez; v. 8.5. 2018 – C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 Rn. 64 ff. – K.A.

295 *EuGH* v. 15.11.2011 – C-256/11, ECLI:EU:C:2011:734 = NVwZ 2012, 97 Rn. 67 = EuZW 2012, 79 Ls. – Dereci; v. 8.11.2012 – C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691 = NVwZ 2013, 357 Rn. 71 – Iida; v. 8.5. 2018 – C-82/16, ECLI:EU:C:2018:308 = NVwZ 2018, 1859 Rn. 51 – K. A.

296 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 3.5.2019 – OVG 12 N 81/17, BeckRS 2019, 8336.

297 *BVerwG* v. 12.7.2018 – 1 C 16/17, *BVerwGE* 162, 349 = NVwZ 2019, 486.

298 Vorläufiger Rechtsschutz mit dem Ziel der Ausstellung einer solchen Bescheinigung richtet sich nach § 123 VwGO; s. *VGH Mannheim* v. 3.8.2018 – 11 S 1351/18, BeckRS 2018, 18130.

299 *OVG Berlin-Brandenburg* v. 31.10.2019 – OVG 11 S 63/19, BeckRS 2019, 26767.

300 *VGH München* v. 25.5.2019 – 10 BV 18.281, BeckRS 2019, 15913.

301 *BVerwG* v. 11.9.2019 – 1 C 48/18, BeckRS 2019, 30817 (sa Anm. *Fricke* jurisPR-BVerwG 1/2020 Anm. 3); sa *OVG Bautzen* v. 25.10. 2018 – 3 A 736/16, BeckRS 2018, 31471 (Vorinstanz); zu den sozial (hilfe)rechtlichen Konsequenzen s. *LSG Nordrhein-Westfalen* v. 14.2. 2019 – L 19 AS 1104/18, NZS 2019, 314.

nur noch für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum aufrechterhält. Wird hingegen von einer zeitlichen Teilbarkeit der Verlustfeststellung und damit einer zeitabschnittsweisen Betrachtung ausgegangen, ist auch nach wiederaufgelebter Freizügigkeitsberechtigung zu prüfen, ob für den Zeitraum der verbliebenen Verlustfeststellung eine Freizügigkeitsberechtigung isd FreizügG/EU bestanden hat.[302]

Das *BVerwG* hat sich insoweit nicht ausdrücklich zu der Frage verhalten, ob bei bestandskräftig gewordener Verlustfeststellung nach § 5 IV FreizügG/EU dies einem Wiederaufleben einer aus Erwerbstätigkeit hergeleiteten Freizügigkeitsberechtigung entgegensteht, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen dieses Freizügigkeitsrechts erfüllt sind. Aus unionsrechtlichen Gründen dürfte dies wegen der rein materiell-rechtlichen Konzeption des Arbeitnehmerfreizügigkeitsrechts aber zwingend sein, der gegenüber eine Verlustfeststellung lediglich deklaratorische Wirkung hat. Anders dürfte dies indes für Fälle zu beurteilen sein, in denen Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen ihre Freizügigkeitsberechtigung nach § 6 I FreizügG/EU verloren haben oder bei denen zusätzlich zu der Feststellung des Nichtbestehens eines Freizügigkeitsrechts nach § 2 VII FreizügG/EU[303] ein Einreise- und Aufenthaltsverbot (§ 7 II 3 FreizügG/EU) verfügt worden ist. Dieses dürfte konstitutiv wirken, so dass hier der Weg über die Fristverkürzung oder die Aufhebung zu gehen ist; Rechtsprechung des *BVerwG* zu dieser Frage liegt indes nicht vor.

d) *Sonstige Einzelfragen.* aa) *Insbesondere Daueraufenthaltsrecht und der Verlustfeststellung.* Ist dem Familienangehörigen eines Unionsbürgers in der Vergangenheit eine Aufenthaltskarte/EU nach § 5 I 1 FreizügigkeitsG/EU erteilt worden, besteht die Notwendigkeit einer förmlichen Feststellung nach § 5 IV 1 FreizügigkeitsG/EU über das Nichtvorliegen eines unionsrechtlich begründeten Aufenthaltsrechts.[304]

Der Verlust eines Daueraufenthaltsrechts (§ 4 a FreizügG/EU) wegen strafbarer Handlungen erfordert nach § 6 IV FreizügG/EU „schwerwiegende Gründe" der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (§ 6 IV FreizügG/EU). Solche Gründe können sich – abhängig von den Umständen des konkreten Einzelfalls – aus der Begehung mittlerer und schwerer Straftaten[305] oder einer zu Straftaten hinzutretenden, unbearbeiteten Medikamentenabhängigkeit[306] ergeben. Denn auch sie können die unionsrechtlich erforderliche gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung[307] durch das persönliche Verhalten des Unionsbürgers und die insoweit anzustellende aktuelle Gefährdungsprognose begründen.

Für den Ablauf der in § 5 IV FreizügG/EU genannten Fünfjahresfrist, nach deren Ablauf ein Unionsbürger ein Daueraufenthaltsrecht erwirbt und die Möglichkeit einer Feststellungsentscheidung nach § 5 IV FreizügG/EU erlischt, kommt es ausnahmsweise auf den Erlasszeitpunkt der Verlustfeststellung an, weil § 4 a I 1 FreizügG/EU zu entnehmen ist, dass ein einmal entstandenes Daueraufenthaltsrecht durch einen späteren Wegfall der Voraussetzungen nicht mehr berührt wird,[308] und eine rechtmäßige Verlustfeststellung auch bei fortbestehendem tatsächlichen Aufenthalt den ständigen rechtmäßigen Aufenthalt als Freizügigkeitsberechtigter im Bundesgebiet unterbrechen kann.[309]

Der *VGH München*[310] geht im Anschluss an *EuGH*-Rechtsprechung[311] davon aus, dass Zeiträume, in denen der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat eine Freiheitsstrafe verbüßt (hat), nicht für die Zwecke des Erwerbs des Daueraufenthaltsrechts berücksichtigt werden können.

bb) *Sonstige Einzelfragen.* Eine Berufung auf das Recht der Arbeitnehmerfreizügigkeit kann – trotz formaler Stellung als Arbeitnehmer isd § 2 II Nr. 1 FreizügG/EU – infolge Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen sein;[312] das Unionsrecht finde bei missbräuchlichen Praktiken keine Anwendung.[313] Der *VGH Kassel* bejaht dies bei einer Person, die sich auf das Freizügigkeitsrecht beruft, das Freizügigkeitsrecht nach der gebotenen Gesamtwürdigung der objektiven Umständen des Einzelfalls trotz einer geringfügigen beruflichen Tätigkeit aber lediglich zum Bezug von Sozialleistungen im Bundesgebiet missbrauche.[314]

2. Freizügigkeitsrechte für Assoziationsberechtigte und Drittstaatsangehörige

a) *Entzug des Aufenthaltstitels eines Familienangehörigen eines Drittstaatsangehörigen wegen (objektiver) Täuschung.* Ein Drittstaatsangehöriger hatte einen (zunächst) befristeten, dann unbefristeten Aufenthaltstitel im Rahmen einer von ihm behaupteten Tätigkeit als Firmenleiter erlangt und in der Folgezeit Familienangehörige (Mutter und minderjähriges Kind) nachgeholt, denen ebenfalls unbefristete reguläre Aufenthaltsbefugnisse (langfristig Aufenthaltsberechtigte/EU) erteilt worden waren. Nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Firma tatsächlich keine Geschäftstätigkeit ausgeübt hatte und daher die Aufenthaltserlaubnisse in betrügerischer Weise erlangt worden waren, wurden die Aufenthaltserlaubnisse entzogen. Mutter und Kind machten geltend, von der Täuschung durch den Zusammenführenden keine Kenntnis gehabt zu haben.

Der *EuGH*[315] legt Art. 16 II Buchst. a RL 2003/86/EG, nach dem die Einreise und Aufenthalt zum Zwecke der Familienzusammenführung auch abgelehnt werden kann, wenn feststeht, dass falsche oder irreführende Angaben gemacht wurden oder gefälschte Dokumente verwendet wurden, dahin aus, dass er nicht voraussetzt, dass der jeweils betroffene Familienangehörige vom betrügerischen Charakter dieser Dokumente wusste. Für die Ablehnung/den Entzug lehnte der *EuGH* indes eine Automatik ab. Art. 17 RL 2003/86/EG gebietet auch in solchen Fällen eine individualisierte Prüfung der Situation dieser Familienangehörigen, bei der alle zu berücksichtigenden Interessen (Art und die

302 *BVerwG* v. 11.9.2019 – 1 C 48/18, BeckRS 2019, 30817.
303 An der Verfassungs- und Unionsrechtskonformität der Regelung sieht das *OVG Berlin-Brandenburg* v. 15.10.2019 – OVG 3 S 64/19, BeckRS 2019, 24354, keine tragfähigen Bedenken.
304 *VGH Kassel* v. 31.7.2019 – 7 B 1368/19, BeckRS 2019, 19190.
305 *OVG Lüneburg* v. 5.9.2019 – 13 ME 278/19, BeckRS 2019, 21260; s. bereits *OVG Lüneburg* v. 11.7.2018 – 13 LB 50/17, BeckRS 2018, 16688.
306 *VG München* v. 19.9.2019 – M 10 K 18.1011, BeckRS 2019, 23939.
307 *EuGH* v. 17.4.2018 – C-316/16 und C-424/16, ECLI:EU:C:2018:256 = NVwZ 2019, 47; v. 29.4.2004 – C-482/01, ECLI:EU:C:2004:262 = EuZW 2004, 402 = NVwZ 2004, 1099.
308 So bereits *BVerwG* v. 16.7.2015 – 1 C 22/14, NVwZ-RR 2015, 910 = NVwZ 2015, 1678 Ls.; v. 7.12.2017 – 1 B 142/17, BeckRS 2017, 138618.
309 *VGH München* v. 4.12.2019 – 10 ZB 19.2131, BeckRS 2019, 34594.
310 *VGH München* v. 7.10.2019 – 10 ZB 19.1744, BeckRS 2019, 27459; sa *VGH München* v. 29.1.2019 – 10 B 18/1094, BeckRS 2019, 3409 (zu § 6 V FreizügG/EU).
311 *EuGH* v. 16.1.2014 – C-378/12, ECLI:EU:C:2014:13 = NVwZ-RR 2014, 247; sa *EuGH*, v. 17.4.2018 – C-316/16 und C-424/17, ECLI:EU:C:2018:256 = NVwZ 2019, 47.
312 *VGH Kassel* v. 5.3.2019 – 9 B 56/19, BeckRS 2019, 5916.
313 S. a. *VGH Kassel* v. 30.7.2018 – 9 B 953/18 (unter Berufung auf *EuGH* v. 12.3.2014 – C-456/12, ECLI:EU:C:2014:135 = EuZW 2014, 395 = NVwZ-RR 2014, 401; v. 22.12.2010 – C-303/08, ECLI:EU:C:2010:800 = NVwZ 2011, 483).
314 *VGH Kassel* v. 5.3.2019 – 9 B 56/19, BeckRS 2019, 5916.
315 v. 14.3.2019 – C-557/17, NVwZ-RR 2019, 484 Ls. = BeckRS 2019, 3340 – Y. Z. ua.

Stärke der familiären Bindungen der betreffenden Person; Dauer ihres Aufenthalts in dem Mitgliedstaat; Vorliegen familiärer, kultureller oder sozialer Bindungen des Betreffenden zu seinem Herkunftsland) ausgewogen und sachgerecht zu bewerten sind.

Auch für die Berücksichtigung von Täuschungshandlungen im Rahmen des (Nicht-)Entstehens eines Daueraufenthaltsrechts (Art. 9 I Buchst. a RL 2003/109/EG) verlangt der *EuGH* nicht, dass dann, wenn Drittstaatsangehörigen auf der Grundlage gefälschter Dokumente die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zuerkannt wurde, der Umstand, dass sie nichts vom betrügerischen Charakter dieser Dokumente wussten, nicht dem entgegensteht, dass der betreffende Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten nach dieser Bestimmung entzieht. Er sieht dann die objektiven Voraussetzungen für die Erlangung dieses Rechts in Wirklichkeit als nicht erfüllt; wegen der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten müssten die Mitgliedstaaten gegen Betrug wirksam vorgehen können, indem sie dem Begünstigten die auf einer Täuschung beruhende Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten entziehen, und zwar unabhängig davon, wer diese Täuschung verübt hat, oder davon, ob der jeweilige Aufenthaltsberechtigte davon wusste. Die zum Assoziationsrecht ergangene Rechtsprechung,[316] nach dem eine dem Aufenthaltsrecht eines türkischen Arbeitnehmers anhaftende Täuschung nicht das eigene Aufenthaltsrecht seiner Familienangehörigen beeinträchtigen könne, stehe dem nicht entgegen. Der Verlust der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten führe indes nicht automatisch zu einer Rückführung aus dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates, etwa dann, wenn die Familienangehörigen bei der nach Art. 17 RL 2003/86/EG gebotenen Einzelfallprüfung ihren Aufenthaltstitel behalten dürfen.

Bei unselbstständiger Beschäftigung können Beschäftigungszeiten so lange nicht als ordnungsgemäß angesehen werden, wie nicht endgültig feststeht, dass dem Betroffenen während des fraglichen Zeitraums das Aufenthaltsrecht von Rechts wegen aus materiellen Gründen zustand.[317]

b) *Visumspflicht Türkei und „Stand Still"*. Im Nachgang zu dem *EuGH*-Urteil Yön,[318] nach dem die Rechtmäßigkeit neuer Beschränkungen der Freizügigkeit türkischer Arbeitnehmer, die zwischen dem Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 2/76 und dem Inkrafttreten des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei eingeführt wurden, ist anhand von Art. 7 ARB 2/76 zu prüfen, hat das *BVerwG*[319] im Ergebnis die Einführung des Visumszwanges für nachzugswillige Ehefrauen türkischer Arbeitnehmer gebilligt. Die Stillhalteklausel des Art. 7 ARB 2/76[320] erfasst zwar auch eine nationale Regelung, mit der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug zu einem türkischen Arbeitnehmer von der Erteilung eines nationalen Visums abhängig gemacht wird (hier: Einführung der Visumspflicht für türkische Staatsangehörige).[321] Ein solches nationales Visumerfordernis kann durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, insbesondere durch das Ziel einer effektiven Einwanderungskontrolle und der Steuerung der Migrationsströme, gerechtfertigt sein, wenn besonderen Umständen des Einzelfalls durch eine Härtefallklausel Rechnung getragen wird. Dies ist nach der Einfügung des § 30 I 3 Nr. 6 AufenthG nunmehr auch in Bezug auf das Spracherfordernis vor der Einreise der Fall.[322] Das Spracherfordernis im Aufenthaltserlaubnisverfahren soll aber dann unbeachtlich sein, wenn der Ehegatte ohne Visum eingereist ist, die Voraussetzungen der Härteklausel aber objektiv vorliegen.[323]

VIII. Anhängige Revisionen zum Aufenthaltsrecht

In einem Revisionsverfahren[324] ist ua zu klären, ob Ausländer, die sich im Bundesgebiet befinden, ohne isd § 13 II AufenthG einzureisen, vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit sind, und daher Besatzungsmitglieder aus Nicht-EU-Staaten auf einem unter panamaischer Flagge fahrenden Seeschiff bei Einsätzen im deutschen Küstenmeer keinen über ein Schengen-Visum der Kategorie „C" hinausgehenden Aufenthaltstitel benötigen.

§ 60 a AufenthG „streift" eine Revision, mit der eine bereits berufsqualifizierte ukrainische Staatsangehörige nach erfolglosem Asylverfahren die Erteilung einer Duldung nach § 60 a II 4 AufenthG zur Absolvierung einer Altenpflegerinnenausbildung erstrebt.[325]

Die Schnittstelle zwischen Aufenthaltsrecht und Flüchtlingsrecht betreffen Revisionen zum Familiennachzug zu international Schutzberechtigten. Den Familiennachzug der Eltern eines minderjährigen Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 II 1 Alt. 1 AufenthG besitzt, betrifft eine vom *VG Berlin*[326] zugelassene Sprungrevision,[327] eine weitere den Nachzug der Eltern und weiterer Kinder zu einem als Minderjähriger eingereisten, anerkannten Flüchtling, für den das *VG* in Bezug auf die Eltern zur Visumerteilung verpflichtet, in Bezug auf die minderjährigen Geschwister aber mangels Lebensunterhaltssicherung und besonderer Härte (§ 36 II AufenthG) abgelehnt.[328] Im Vordergrund steht, ob im Falle eines unbegleiteten Flüchtlings auch bei zwischenzeitlichem Eintritt der Volljährigkeit der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Minderjährigkeit in § 36 I AufenthG im Anschluss an *EuGH*-Rechtsprechung[329] auf den Zeitpunkt der Asylantragstellung abzustellen ist.[330] Eine weitere Revision betrifft die Einreise einer nach dessen Asylantragstellung volljährig gewordenen syrischen Halbwaise zu ih-

316 *EuGH* v. 18.12.2008 – C-337/07, ECLI:EU:C:2008:744 = NVwZ 2009, 235 – Altun.
317 *OVG Bautzen* v. 18.9.2019 – 3 B 202/19, BeckRS 2019, 23129; sa *BVerwG* v. 29.5.2018 – 1 C 17/17, NVwZ-RR 2018, 711 Ls. = BeckRS 2018, 13058.
318 *EuGH* v. 7.8.2018 – C-123/17, ECLI:EU:C:2018:632 = NVwZ 2019, 43 – Yön.
319 *BVerwG* v. 25.6.2018 – 1 C 40/18 (sa *Fricke* jurisPR-BVerwG 20/2019 Anm. 4).
320 Zur Stillhalteklausel des Art. 13 I ARB 1/80 hat der *EuGH* (v. 10.7.2019 – C-89/18, NVwZ-RR 2019, 971) entschieden, dass eine nationale Maßnahme, die die Familienzusammenführung eines türkischen Arbeitnehmers, der sich rechtmäßig in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhält, und seines Ehegatten an die Voraussetzung knüpft, dass die Bindungen der Ehegatten zu diesem Mitgliedstaat enger sind als die zu einem Drittstaat, eine „neue Beschränkung" im Sinne dieser Bestimmung darstellt, die nicht gerechtfertigt ist.
321 Art. 1 der Elften Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes (DVAuslG) vom 1.7.1980 (BGBl. I 1980, 782).
322 *BVerwG* v. 26.1.2017 – 1 C 1/16, *BVerwGE* 157, 221 = NVwZ 2017, 1546 Ls. = BeckRS 2017, 103281.
323 *OVG Münster* v. 23.10.2019 – 18 B 861/19, BeckRS 2019, 25494.
324 *BVerwG* – 1 C 13/19 (Vorinstanz: *VG Schleswig* v. 20.2.2019 – 11 A 386/18, BeckRS 2019, 3153).
325 *BVerwG* – 1 C 18/19 (Vorinstanz: *OVG Greifswald* v. 8.5.2019 – 2 LB 991/18).
326 *VG Berlin* v. 1.2.2019 – 15 K 936/17 V; v. 30.1.2019 – 20 K 538/17 V, BeckRS 2019, 3915.
327 *BVerwG* – 1 C 9/19 und 1 C 10/19 (Vorinstanz: *VG Berlin* v. 1.2.2019 – 15 K 936/17 V; v. 30.1.2019 – 20 K 538/17 V, BeckRS 2019, 3915); mit Beschlüssen vom 23.4.2020 hat das *BVerwG* dem *EuGH* Fragen insbesondere zu Art. 16 RL 2003/86/EG vorgelegt.
328 *BVerwG* – 1 C 24/19 (Vorinstanz: *VG Berlin* v. 13.6.2019 – 9 K 704/17 V); sa 1 C 26/19 (Vorinstanz: *OVG Berlin-Brandenburg* v. 22.5.2019 – 3 B 1/19, BeckRS 2019, 14272).
329 *EuGH* v. 12.4.2018 – C-550/16, ECLI:EU:C:2018:248 = NVwZ 2018, 1463.
330 Zu hiermit verbundenen Fragen s. *Krause*, Der Streit um den Familiennachzug geht weiter, Asylmagazin 2019, 222.

rem in Deutschland als Flüchtling anerkannten Vater (§ 32 AufenthG).[331]

Fragen rund um die (vermeintlich) missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft eines ausländischen Kindes durch einen Deutschen betrifft eine Revision[332] zur Versagung eines an die Anerkennung anknüpfenden Familiennachzuges.

Einen Sonderfall aus dem Bereich des Familiennachzuges eines türkischen Staatsangehörigen zu seinem minderjährigen deutschen Kind (§ 28 I 1 Nr. 3 AufenthG) betrifft eine Revision in einem Verfahren um die rückwirkende Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.[333] Das BerGer. hat § 39 Nr. 1 AufenthV auch dann als anwendbar gesehen, wenn die Ausländerbehörde dem Ausländer anstelle des „passenden", wegen Nichterfüllung allgemeiner Erteilungsvoraussetzungen (ua § 5 II Nr. 1 AufenthG) versagten Aufenthaltstitels zum Familiennachzug (gem. § 28 I 1 Nr. 3 AufenthG) eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 V AufenthG erteilt hat. Es hat die Klage, soweit sie auf die Titelerteilung ab dem Zeitpunkt der Geburt des Kindes gerichtet war, wegen der illegalen Einreise abgewiesen und ihr ab dem Zeitpunkt stattgegeben, zu dem der Titel nach § 25 V AufenthG erteilt worden war. ■

331 *BVerwG* – 1 C 16/19 (Vorinstanz: *VG Berlin* – 12 A 27.18 V).
332 *BVerwG* – 1 C 12/19 (Vorinstanz: *VGH München* v. 11.3.2019 – 19 BV 16.937, BeckRS 2019, 7797).
333 *BVerwG* – 1 C 15/19 (Vorinstanz: *OVG Berlin-Brandenburg* v. 20.3. 2019 – 11 B 5/17, BeckRS 2019, 5297).