

Schwerpunktbereichsklausur: Migrationsrecht

PD Dr. Ibrahim Kanalan, Berlin*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2021 an der Universität Bielefeld im Rahmen des Schwerpunktbereiches 6 („Europäisches und Internationales Öffentliches Recht“) in der Veranstaltung Einwanderungsrecht I gestellt. Der Klausur liegt im Wesentlichen eine Entscheidung des BVerwG zugrunde.¹

Sachverhalt

M ist vietnamesische Staatsangehörige und reiste im April 2015 in das Bundesgebiet ein. Sie lebt mit ihrer im August 2016 in Berlin geborenen Tochter (T). M stellt die wesentliche Bezugsperson der T dar und kümmert sich um ihre täglichen Bedürfnisse. Seit Januar 2020 geht M einer sozialversicherungspflichtigen Teilzeitbeschäftigung nach, erhält jedoch ergänzende staatliche Leistungen.

M stellte bei ihrer Einreise in das Bundesgebiet einen Asylantrag, den sie später zurücknahm. Nach Rücknahme des Asylantrages wurde M von der Ausländerbehörde Berlin geduldet. Im Mai 2016 erkannte der deutsche Staatsangehörige V die Vaterschaft für die noch ungeborene Tochter (T) der M an. Nach Geburt der T im August 2016 erteilte die Ausländerbehörde Berlin der M eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Diese wurde mehrfach, zuletzt bis September 2021, verlängert. Nach ihrem Zuzug nach Bielefeld beantragt M im Mai 2021 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit T.

Die Ausländerbehörde Bielefeld beabsichtigt den Antrag der M auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit T abzulehnen. Zur Begründung führt sie aus, dass die Vaterschaftsanerkennung ausschließlich aufenthaltsrechtlich motiviert sei. Die Begründung des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen V und T diene nur dazu, ein Aufenthaltsrecht für M zu verschaffen, sodass das Verhalten missbräuchlich sei. Für solche Fälle käme die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs nicht in Betracht. Zudem kann M eine Aufenthaltserlaubnis auch deswegen nicht erteilt werden, weil sie zuvor einen Asylantrag gestellt habe sowie ohne das erforderliche Visum eingereist sei.

M hingegen meint, dass alle Erteilungsvoraussetzungen vorlägen. Insbesondere könne die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis nicht aufgrund eines vorgetäuschten Verwandtschaftsverhältnisses verweigert werden. Unabhängig davon, ob die Vaterschaftsanerkennung tatsächlich nur erfolgt sei, um M ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen, erfasse das AufenthG den Fall der Begründung eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen einem seine Vaterschaft anerkennenden deutschen Staatsangehörigen und einem minderjährigen Kind mit dem Ziel, dessen ausländischer Mutter ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet zu ermöglichen, nicht. Auch durch die Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs könne ein etwaiger gesetzlicher Zweck, Anreize für Zweckvaterschaftsanerkennungen zu verhindern, nicht erreicht werden, da in solchen Fällen ein Aufenthaltsrecht für die Mutter aus anderen Gründen vorliege. Schließlich stehe der zurückgenommene

* Der Autor ist Privatdozent an der Universität Erlangen-Nürnberg sowie Staatssekretär für Justiz an der Berliner Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung.

¹ BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30

Asylantrag der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen, da M eine Aufenthaltserlaubnis besitze und damit nach § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV die Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet einholen könne.

Fallfrage

Hat M Anspruch auf die Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit T?

Lösungsvorschlag

I. Anspruchsgrundlage	123
II. Voraussetzungen	123
1. Besondere Erteilungsvoraussetzungen: § 27 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG.....	123
a) Elternteil eines minderjährigen deutschen Staatsangehörigen	123
b) Zur Ausübung der Personensorge	123
c) Gewöhnlicher Aufenthalt	124
d) Ausschluss des Familiennachzugs: § 27 Abs. 1a AufenthG.....	124
e) Zwischenergebnis.....	125
2. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen: § 5 AufenthG	125
a) Sicherung des Lebensunterhalts	125
b) Einreise mit dem erforderlichen Visum	126
c) Zwischenergebnis.....	127
III. Kein Ausschluss: Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG	127
IV. Rechtsfolge	128
V. Ergebnis	128

M könnte einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG haben, wenn die allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen sowie kein Ausschlussgrund gegeben ist.

Anmerkung: Bei der folgenden Lösung handelt es sich um einen Vorschlag. Von den Bearbeiter:innen ist nicht zu erwarten, dass ihre Bearbeitung die folgenden Ausführungen in Umfang und Niveau erreicht. Entscheidend ist, ob sie die Grundlagen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs beherrschen sowie ob sie sich mit den im Sachverhalt angelegten Problemen auseinandersetzen.

I. Anspruchsgrundlage

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Vorliegend geht es um einen ausländischen Elternteil, der zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis begehrt, sodass § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG die zutreffende Anspruchsgrundlage ist.

II. Voraussetzungen

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis setzt voraus, dass die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 27 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG und allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG vorliegen.² Zudem darf der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis die „Sperrwirkung“ des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG nicht entgegenstehen.³

1. Besondere Erteilungsvoraussetzungen: § 27 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge zu erteilen, wenn der Deutsche, zu dem der Familiennachzug erfolgen soll, seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.⁴ Fraglich ist, ob diese Voraussetzungen vorliegen.

a) Elternteil eines minderjährigen deutschen Staatsangehörigen

M ist Mutter und damit Elternteil der minderjährigen T. T ist auch deutsche Staatsangehörige. Sie hat die deutsche Staatsangehörigkeit gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 StAG i.V.m § 4 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StAG durch Geburt erworben, da ihr rechtlicher Vater gem. § 4 Abs. 1 S. 1 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und seine Vaterschaft im Einklang mit § 4 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StAG wirksam anerkannt hat.⁵

Hinweis: Eine nachträgliche Beseitigung des Staatsangehörigkeitserwerbs durch eine erfolgreiche Vaterschaftsanfechtung ist nach geltendem Recht nicht (mehr) möglich (vgl. zu der Nichtigkeit der behördlichen Vaterschaftsanfechtung BVerfG NJW 2014, 1364), sodass die rechtlich wirksame Vaterschaftsanerkennung dem Fall zugrunde zu legen ist.

b) Zur Ausübung der Personensorge

Erforderlich ist weiter, dass der Aufenthalt zur Personensorge dient. Die Personensorge ist ein Teil der elterlichen Sorgen und bedeutet die Sorge für die Person des Kindes (§ 1626 Abs. 1 BGB). Umfasst ist unter anderem, das Kind zu pflegen, zu erziehen, zu beaufsichtigen etc., wobei ausschlaggebend

² Eichenhofer, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 727 ff.; Maor, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 1196; zum Prüfungsschema zur Erteilung von Aufenthaltstiteln siehe auch Maor, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 90 ff.

³ Eichenhofer, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 728; ausführlich dazu Maor, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 188 ff.

⁴ Vgl. auch Eichenhofer, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 781.

⁵ Siehe dazu etwa Maor, in: Kluth/Hornung/Koch, Handbuch Zuwanderungsrecht, 3. Aufl. 2020, § 4 Rn. 1175 f.

die tatsächliche Ausübung der Personensorge ist.⁶ M lebt mit T zusammen und kümmert sich um ihre täglichen Bedürfnisse. Sie ist auch die wesentliche Bezugsperson der minderjährigen T. M geht es um die Ausübung der Personensorge gegenüber T. Folglich dient der Aufenthalt zur Personensorge.

c) Gewöhnlicher Aufenthalt

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis setzt zudem voraus, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland vorliegt. Ein gewöhnlicher Aufenthalt liegt vor, wenn der Lebensmittelpunkt einer Person in Deutschland ist und sich die Person damit nicht nur vorübergehend im Inland aufhält. Dies ist vorliegend der Fall. T hat ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland und hält sich nicht nur vorübergehend in Deutschland auf, sodass ein gewöhnlicher Aufenthalt der T vorliegt.

d) Ausschluss des Familiennachzugs: § 27 Abs. 1a AufenthG

Der Familiennachzug und mithin die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis kann jedoch nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 Alt. 2 AufenthG ausgeschlossen sein. Danach wird ein Familiennachzug nicht zugelassen, wenn feststeht, dass das Verwandtschaftsverhältnis ausschließlich zu dem Zweck begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.⁷

Die Anwendung dieser Vorschrift auf die vorliegende Konstellation ist jedoch zweifelhaft. Denn vorliegend geht es um einen Fall der Begründung eines Verwandtschaftsverhältnisses zwischen einem deutschen Staatsangehörigen, der seine Vaterschaft anerkennt – ohne biologischer Vater zu sein – und einem ledigen Kind mit dem Ziel, der ausländischen Mutter des minderjährigen Kindes ein Aufenthaltsrecht zur Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft in Deutschland zu ermöglichen.⁸

Gegen die Anwendung der Norm spricht zunächst der Wortlaut.⁹ § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG bezieht sich auf die Beziehung (Verwandtschaftsverhältnis) zwischen dem Stammberechtigten und Nachziehenden. Das Verwandtschaftsverhältnis muss begründet werden, um dem Nachziehenden die Einreise und den Aufenthalt zu ermöglichen. Auch werden durch die Begriffe Familiennachzug und familiäre Beziehung (Lebensgemeinschaft) in § 27 Abs. 1 AufenthG bestimmte und in den §§ 28 ff. AufenthG konkretisierte familiäre Beziehungen aufgegriffen. Die Formulierung „dem Nachziehenden“ ist auf den die Einreise und Aufenthalt zum Zwecke des Familiennachzugs begehrenden ausländischen Staatsangehörigen bezogen.¹⁰

Vorliegend geht es aber nicht um das Verhältnis zwischen dem deutschen Staatsangehörigen V und der deutschen Staatsangehörigen T und ein Aufenthaltsrecht der T, sondern um das Verhältnis der M zu T und das Aufenthaltsrecht der M. Dieses „Dreieckverhältnis“ ist durch § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG nicht erfasst.¹¹

⁶ *Tewocht*, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2021, AufenthG § 27 Rn. 24a.

⁷ Vgl. *Tewocht*, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2021, AufenthG § 27 Rn. 47; auch *Eichenhofer*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 729, 750 ff.

⁸ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 Rn. 28).

⁹ Vgl. dazu ausführlich BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 Rn. 30 f.).

¹⁰ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 f., Rn. 28 ff.).

¹¹ BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 f., Rn. 27 ff.); anders – allerdings noch ohne Berücksichtigung der Entscheidung des BVerwG – wohl *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 27 Rn. 68; siehe dazu m.w.N. *Eichhorn*, in: Huber/Mantel, Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, Kommentar, AufenthG § 27 Rn. 42 ff.

Auch aus dem Sinn und Zweck des § 27 Abs. 1a AufenthG ergibt sich, dass die Norm auf das Verhältnis zwischen dem Stammberechtigten und den Nachziehenden abzielt, das nicht der Vorstellung des Gesetzgebers entspricht und deshalb kein Aufenthaltsrecht vermitteln soll. Es geht um die Fälle der Zweckehe bzw. Zweckadoption (sog. „Scheinehe“/„Scheinadoption“), die kein Aufenthaltsrecht nach sich ziehen sollen.¹²

Zudem geht es § 27 Abs. 1a AufenthG nicht darum, das Verwandtschaftsverhältnis anzugreifen, sondern ein Aufenthaltsrecht auszuschließen, auch wenn das Verwandtschaftsverhältnis aus rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden ist.¹³ Die Versagung des Aufenthaltsrechts und damit Verhinderungen der Begründung des Zweck-Verwandtschaftsverhältnisses kann in Konstellationen wie vorliegend nicht erreicht werden, da der „Anreiz“ für die ausländische Mutter, eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung zu betreiben, nicht entfällt. Denn auch wenn die Mutter kein Aufenthaltsrecht nach § 28 Abs. 1 AufenthG erhält, kann sie mit Blick auf die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Kind ein anderes Aufenthaltsrecht erlangen, wie z.B. ein Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

Aus den genannten Gründen ist davon auszugehen, dass der Ausschlussgrund nach § 27 Abs. 1a Nr. 1 Alt. 2 AufenthG vorliegend nicht anwendbar ist, sodass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht deswegen versagt werden darf (a.A. vertretbar).

Anmerkung: Eine umfassende und vertiefte Auseinandersetzung mit § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG wie vorliegend ist nicht erforderlich. Es ist ausreichend, wenn die Studierenden das Problem sehen und diskutieren.

e) Zwischenergebnis

Insgesamt liegen die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG vor. Der Familiennachzug scheitert auch nicht an § 27 Abs. 1a Nr. 1 Alt. 2 AufenthG.

2. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen: § 5 AufenthG

Weiterhin müssen auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG vorliegen. Insbesondere muss in der Regel der Lebensunterhalt gesichert und die Einreise mit dem erforderlichen Visum erfolgt sein.¹⁴

a) Sicherung des Lebensunterhalts

Grundsätzlich setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Sicherung des Lebensunterhalts voraus, § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Die Maßstäbe für die Sicherung des Lebensunterhalts richten sich nach § 2 Abs. 3 AufenthG.¹⁵ Danach ist der Lebensunterhalt eines ausländischen Staatsangehörigen gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann.¹⁶ Dies ist vorliegend nicht der Fall. M verfügt zwar über

¹² BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (31 Rn. 27).

¹³ Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (32 Rn. 40 ff.).

¹⁴ Ausführlich zu den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen siehe etwa Huber, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 62 ff.

¹⁵ Huber, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 65.

¹⁶ Ausführlich dazu Huber, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 15 ff.

ausreichenden Krankenversicherungsschutz aufgrund der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung. Sie erhält aber ergänzende staatliche Leistungen, sodass sie den Lebensunterhalt nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann.

Die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ist jedoch unschädlich, wenn von der Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Ausnahme zu machen ist. Nach § 28 Abs. 1 S. 2 AufenthG ist eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, Nr. 3 AufenthG abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu erteilen.¹⁷ Vorliegend geht es um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG, sodass die Sicherung des Lebensunterhalts nicht erforderlich ist. Mithin liegt eine Ausnahme von der Sicherung des Lebensunterhalts vor.

b) Einreise mit dem erforderlichen Visum

Zudem ist für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlich, dass die Antragstellerin mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben im Visumsantrag gemacht hat, § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG.¹⁸

M ist nicht mit einem Visum eingereist. Von dem Erfordernis der Einreise mit einem Visum kann jedoch gem. § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG abgesehen werden. Dies ist dann der Fall, wenn ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht oder wenn es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen.¹⁹

Wie bereits oben ausgeführt, erfüllt M alle besonderen und allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 27 Abs. 1 AufenthG bis auf das Erfordernis der Einreise mit dem erforderlichen Visum. Folglich kann gem. § 5 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 AufenthG vom Erfordernis der Einreise mit einem Visum abgesehen werden.

Darüber hinaus betreut M ein minderjähriges Kind. Nach dem Sachverhalt ist M die wesentliche Bezugsperson der deutschen Staatsangehörigen T. Beim Nachholen des Visumsverfahrens wäre ebenso T gezwungen, das Bundesgebiet zu verlassen. Dies dürfte insoweit unzumutbar sein, so dass das Nachholen des Visumsverfahrens unzumutbar ist.

Anmerkung: Nach VG Düsseldorf (Urt. v. 19.11.2020 – 8 K 5232/19 = ZAR 2021, 173) verstößt der mit dem Nachholen des Visumsverfahrens verbundene Zwang, das Bundesgebiet zu verlassen, gegen das Unionsrecht – Art. 20 AEUV –, sodass auf Grund des Vorrangs des Unionsrechts das Nachholen des Visumsverfahrens nicht erforderlich ist. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Sachverhalt keine Hinweise auf das Unionsrecht, sodass nicht zu erwarten ist, dass die Studierenden sich mit Art. 20 AEUV auseinandersetzen.

Unabhängig davon, ob von dem Visumserfordernis nach § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG abgesehen werden darf, steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG die Einreise ohne erforderliches Visum nicht entgegen, da die Aufenthaltserlaubnis gem. § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV vom Inland aus erteilt werden darf.²⁰ Nach § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV kann über die im Aufenthaltsgesetz

¹⁷ Vgl. *Tewocht*, in: BeckOK Ausländerrecht, Stand: 1.10.2021, AufenthG § 27 Rn. 23.

¹⁸ *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 79.

¹⁹ *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 84.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 53).

geregelten Fälle hinaus ein Aufenthaltstitel im Bundesgebiet eingeholt oder verlängert werden, wenn die ausländische Staatsangehörige eine Aufenthaltserlaubnis besitzt.²¹

M ist seit August 2016 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG genügt den Anforderungen des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, warum im Falle einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG eine Einschränkung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV vorzunehmen ist. Auch in Fällen, in denen dem ausländischen Staatsangehörigen nach Rücknahme oder Ablehnung eines Asylantrages zunächst eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wurde und nunmehr die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung nach § 28 Abs. 1 AufenthG begehrt wird, findet § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV uneingeschränkt Anwendung.²²

Auch die fehlende Erfüllung der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG (Erfordernis des Visums) bei der ursprünglichen Einreise steht der Anwendung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV nicht entgegen – unabhängig davon, ob von der Visumpflicht nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG zum Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG hätte abgesehen werden können. Hat die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis trotz der Erfüllung der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG erteilt, so wird der Aufenthalt legalisiert. Auf die Erfüllung der Visumpflicht kommt es sodann nicht mehr an.²³ I.R.d. § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV ist mithin entscheidend, ob eine Aufenthaltserlaubnis vorliegt.

Mithin kann unabhängig von § 5 Abs. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV ohne Nachholen des Visumsverfahrens von Inland aus erteilt werden.

c) Zwischenergebnis

Insgesamt liegen auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG vor.

III. Kein Ausschluss: Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG

Der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG könnte jedoch die Sperrwirkung des Asylantrages entgegenstehen. Nach § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG kann einem ausländischen Staatsangehörigen im Falle der unanfechtbaren Ablehnung des Asylantrages oder bei der Rücknahme des Antrages eine Aufenthaltserlaubnis nur nach Maßgabe des fünften Abschnitts des AufenthG (§§ 22–26 AufenthG) erteilt werden.²⁴ Dies ist vorliegend nicht der Fall, da M die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG begehrt.

Die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG findet jedoch nach § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG keine Anwendung, wenn auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein Anspruch besteht.²⁵

Dies ist wie bereits oben ausgeführt der Fall. M erfüllt alle allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG. Insbesondere kann von dem Erfordernis der Einreise mit einem Visum (§ 5 Abs. 2 AufenthG) abgesehen werden.

²¹ Ausführlich dazu siehe etwa *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, AufenthG § 28 Rn. 6 ff.

²² BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 54 ff.).

²³ BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 55).

²⁴ Vgl. etwa *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 138 ff.

²⁵ *Huber*, in: Huber/Eichenhofer/Endres de Oliveira, Aufenthaltsrecht, 2017, Rn. 141.

Fraglich ist jedoch, ob ein Anspruch i.S.v. § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG gegeben ist, wenn vom Visumserfordernis nur im Ermessenswege abgesehen werden kann. Nach einer Ansicht in der Rechtsprechung und Literatur ist bereits dann von einem Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszugehen, wenn bis auf die Erfüllung der Visumpflicht alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind.²⁶ Nach einer anderen Ansicht ist nur dann von einem Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auszugehen, wenn vom Nachholen des Visumsverfahrens abgesehen werden muss.²⁷

Der Streit kann im Ergebnis offenbleiben, da es auf die Einhaltung der Voraussetzungen nach § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG dann nicht ankommt, wenn der Antragstellerin bereits eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde und sie zum Zeitpunkt der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist.²⁸

Dies ist vorliegend der Fall, da M bereits im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist. Wie bereits oben dargestellt, besteht auch kein Anlass von der Anwendung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV in einem Fall wie vorliegend abzusehen. Für eine Einschränkung des § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV sprechen keine Anhaltspunkte. Insgesamt entfaltet § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG keine Sperrwirkung, da auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ein Anspruch besteht.

IV. Rechtsfolge

Nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG besteht ein Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Da die allgemeinen und besonderen Regelerteilungsvoraussetzungen vorliegen und kein Ausschlussgrund gegeben ist, hat M einen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG.

V. Ergebnis

M hat Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG.

²⁶ Vgl. z.B. OVG Magdeburg, Beschl. v. 24.4.2017 – 2 O 31/17, Rn. 20 ff. m.w.N.

²⁷ Vgl. z.B. VGH München, Beschl. v. 23.9.2016 – 10 C 16.818.

²⁸ BVerwG, Urt. v. 26.5.2020 – 1 C 12.19 = ZAR 2021, 30 (33 Rn. 51 ff.).