

**Titel:**

**Erfolgsloser Berufungszulassungsantrag eines pakistanischen Staatsangehörigen wegen Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug**

**Normenkette:**

VwGO § 124 Abs. 2

AufenthG § 5, § 25a, § 25b, § 28, § 104c Abs. 3

AufenthV § 39 Abs. 1 Nr. 5

GG Art. 6

**Leitsatz:**

**§ 39 S. 1 Nr. 5 AufenthV soll nur diejenigen Ausländer privilegieren, die sich mit einer Duldung im Bundesgebiet aufhalten und sodann hier die Ehe schließen d.h. privilegiert sind nur Personen, die sich bereits mit einer Duldung aus anderen Gründen im Bundesgebiet aufhalten, wenn die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eintreten. (Rn. 14) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Darlegung von Zulassungsgründen, Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug, Chancen-Aufenthaltsrecht, Duldung, Erforderlichkeit des Visumverfahrens, einschränkende Auslegung des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV, Berufungszulassungsantrag, Ausländerrecht, Pakistan, ernstliche Richtigkeitszweifel, rechtsgrundsätzliche Bedeutung, Familiennachzug, Visumsverfahren

**Vorinstanz:**

VG Augsburg, Urteil vom 15.11.2022 – Au 1 K 22.856

**Tenor**

- I. Der Antrag auf Zulassung der Berufung wird abgelehnt.
- II. Der Kläger hat die Kosten des Zulassungsverfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 5.000,00 Euro festgesetzt.

**Gründe**

**1**

Der Kläger, ein pakistanischer Staatsangehöriger, verfolgt mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung seine in erster Instanz erfolglose, auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug gerichtete Verpflichtungsklage weiter. Die Ausländerbehörde hat die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit Bescheid vom 21. Februar 2022 abgelehnt und dem Kläger unter Bestimmung einer Ausreisefrist die Abschiebung angedroht.

**2**

Der Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt erfolglos.

**3**

1. Die Frage, ob bereits der Umstand, dass dem Kläger nach Ergehen des erstinstanzlichen Urteils am 20. April 2023 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104c Abs. 1 Satz 1 AufenthG (Chancen-Aufenthaltsrecht) erteilt worden ist, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug ausschließt, kann letztlich offenbleiben.

**4**

Nach § 104c Abs. 3 Satz 4 AufenthG kann während der Geltungsdauer der Aufenthaltserlaubnis nach dem Chancen-Aufenthaltsrecht nur eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a AufenthG oder § 25b AufenthG erteilt werden. Der Beklagte leitet daraus ab, dass damit derzeit schon von Gesetzes wegen im Fall des Klägers die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug ausgeschlossen sei. Diese Frage ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Zum Teil wird unter Berufung auf die Gesetzesbegründung (BT-Drs.

20/3717 S. 46) vertreten, dass in solchen Fällen – bei Vorliegen der Voraussetzungen – für eine „logische Sekunde“ eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a oder § 25b AufenthG und danach sogleich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG zu erteilen sei (Kluth in Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht, Stand 1.1.2023, § 104c Rn. 29; Röder in Decker/Bader/Kothe, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, Stand 15.10.2023, § 104c Rn. 153 ff.), ferner wird die Ansicht vertreten, dass § 104c Abs. 3 Satz 4 AufenthG insoweit einschränkend ausgelegt werden müsse, dass er nicht die Erteilung einer anderen Aufenthaltserlaubnis sperre, auf die ein Anspruch bestehe (Dietz, NVwZ 2023, 15, 20), oder die Vorschrift wird als Verstoß gegen Art. 6 GG und Art. 8 EMRK angesehen (Kabis in Hofmann, Ausländerrecht, 3. Aufl. 2023, § 104c Rn. 17).

## 5

Im vorliegenden Fall kommt es hierauf aber nicht an, da der Kläger – wie nachfolgend dargelegt wird – nach zutreffender Bewertung des Verwaltungsgerichts keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug geltend machen kann.

## 6

2. Aus dem der rechtlichen Überprüfung durch den Senat allein unterliegenden Vorbringen im Zulassungsantrag ergeben sich nicht die geltend gemachten Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (a). Die in der Begründung des Zulassungsantrags ebenfalls angesprochene grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO ist schon nicht hinreichend dargelegt (b).

## 7

a) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bestünden nur dann, wenn der Kläger im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten infrage gestellt hätte (vgl. BVerfG, B.v. 20.12.2010 – 1 BvR 2011/10 – juris Rn. 17; B.v. 9.6.2016 – 1 BvR 2453/12 – juris Rn. 16; B.v. 8.5.2019 – 2 BvR 657/19 – juris Rn. 33). Die von § 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO geforderte Darlegung dieses Zulassungsgrundes erfordert eine konkret fallbezogene und hinreichend substantiierte Auseinandersetzung mit den Gründen der angefochtenen Entscheidung; es muss dargelegt werden, dass und weshalb das Verwaltungsgericht entscheidungstragende Rechts- und Tatsachenfragen unrichtig entschieden hat (siehe dazu Roth in Posser/Wolff/Decker, BeckOK VwGO, Stand 1.7.2023, § 124a Rn. 72 f.; Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 124a Rn. 62 ff.).

## 8

Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu seiner deutschen Ehefrau sowie zu seinen minderjährigen deutschen Kindern nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 3 AufenthG. Dem stehe die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 AufenthG entgegen, der Anwendung finde, weil der Kläger keinen Rechtsanspruch besitze, denn es seien nicht alle Regelerteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 AufenthG erfüllt (UA Rn. 47).

## 9

Zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung erfülle der Kläger nicht die Passpflicht i.S.v. § 5 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 3 AufenthG, denn die Gültigkeitsdauer seines Passes sei abgelaufen. Ein atypischer Fall, um hiervon abzusehen, liege nicht vor (UA Rn. 52-60).

## 10

Außerdem erfülle der Kläger nicht die Visumpflicht gemäß § 5 Abs. 2 AufenthG. Die Nachholung des Visumverfahrens sei nicht schon nach § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV entbehrlich. Diese Vorschrift sei einschränkend auszulegen. Zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung und davor habe der Kläger nur sog. Verfahrensduldungen besessen. Diese könnten, wie von der weit überwiegenden Rechtsprechung vertreten werde, nicht zur Anwendbarkeit des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV führen. Es sei mit Sinn und Zweck der Regelung des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV unvereinbar, wenn eine Aufenthaltserlaubnis auch dann im Bundesgebiet eingeholt werden dürfte, wenn gerade eine dahingehende Berechtigung in Streit stehe und dem betroffenen Ausländer nur wegen dieses Rechtsstreits einstweilen ermöglicht werde, im Bundesgebiet um entsprechenden Rechtsschutz nachzusuchen. Selbst unter der Annahme, dass der Beklagte den Kläger zum Zeitpunkt der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG (26.11.2020) auch im Hinblick auf seine damals bevorstehende (und nunmehr am 28.5.2021 erfolgte) Eheschließung mit seiner

deutschen Ehefrau bzw. aufgrund der Geburt seiner deutschen Kinder (August 2012 bzw. Oktober 2018) geduldet habe, könne der Kläger die Aufenthaltserlaubnis nicht im Bundesgebiet einholen. Denn die Bestimmung des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV solle nur diejenigen Ausländer privilegieren, die sich mit einer Duldung im Bundesgebiet aufhalten und sodann hier die Ehe schließen, nicht aber diejenigen, denen eine Duldung nur erteilt werde, um ihnen die zeitlich unmittelbar bevorstehende Eheschließung oder die Führung einer familiären Lebensgemeinschaft zu ermöglichen. Bei der von § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV vorausgesetzten Aussetzung der Abschiebung müsse es sich folglich um eine solche handeln, die wegen anderer Abschiebungshindernisse als der bevorstehenden Eheschließung erteilt worden sei. Dies gelte ebenso für Fälle, denen die Duldung wegen der bevorstehenden Geburt eines Kindes oder zur Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Kind erteilt wird. Privilegiert seien nach dieser Vorschrift demnach nur Personen, die sich bereits mit einer zu einem anderen Zweck erteilten Duldung im Bundesgebiet aufhielten. Selbst unter der Annahme einer Duldung des Klägers aus familiären Gründen würde damit nach der Rechtsprechung keine Duldung im Sinne des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV vorliegen (UA Rn. 62-79).

#### 11

Schließlich sei die Durchführung des Visumverfahrens dem Kläger auch nicht unzumutbar im Sinn des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG, ein Verstoß gegen Art. 6 GG liege nicht vor (UA Rn. 81-95).

#### 12

Diese Ausführungen hat der Kläger nicht durchgreifend in Frage gestellt. Zwar hat der Kläger inzwischen (wieder) einen gültigen Nationalpass vorgelegt, so dass § 5 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 3 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht mehr entgegensteht, was auch der Beklagte anerkennt. Jedoch vermag der Kläger die Annahme des Verwaltungsgerichts, dass die Durchführung eines Visumverfahrens „erforderlich“ im Sinn des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG ist und die Vorschrift des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV im vorliegenden Fall nicht eingreift, mit seinen Ausführungen in der Begründung des Zulassungsantrags nicht zu erschüttern. Zu den ausführlichen Erörterungen des Verwaltungsgerichts, dass die Durchführung des Visumverfahrens dem Kläger auch nicht unzumutbar im Sinn des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ist, wird in der Begründung nichts vorgetragen.

#### 13

Der Kläger trägt lediglich vor, es werde „verkannt, dass die dem Kläger erteilten Duldungen selbst nach Rechtsauffassung des Beklagten keine Verfahrensduldungen sind“, und verweist hierzu auf einen Satz in einem Schreiben der Ausländerbehörde an den Klägerbevollmächtigten vom 26. Januar 2022. Auch sei darauf hinzuweisen, „dass der Wortlaut des Gesetzes nicht zwischen Verfahrensduldungen oder Duldungen aus anderen Gründen unterscheidet“. Die einschränkende Interpretation finde im Wortlaut keine Stütze. Auch gebe es keine einzige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die diese Interpretation stütze.

#### 14

Die Erwiderung des Beklagten führt insoweit zu Recht aus, die Antragsbegründung setze sich nicht in Ansätzen mit den Argumenten des Verwaltungsgerichts zur teleologischen Reduktion des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV auseinander. Sie verweist lediglich auf den Wortlaut der Norm, ohne sich in irgendeiner Weise mit der Auslegung der Vorschrift nicht nur durch das Verwaltungsgericht, sondern – als dessen Grundlage – der (fast) einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung auseinanderzusetzen, die den § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV restriktiv auslegen. Denn § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV soll nur diejenigen Ausländer privilegieren, die sich mit einer Duldung im Bundesgebiet aufhalten und sodann hier die Ehe schließen, nicht aber diejenigen, denen eine Duldung nur erteilt wird, um ihnen die zeitlich unmittelbar bevorstehende Eheschließung oder die Führung einer familiären Lebensgemeinschaft zu ermöglichen. Bei der von § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV vorausgesetzten Aussetzung der Abschiebung muss es sich folglich um eine solche handeln, die wegen anderer Abschiebungshindernisse als der (bevorstehenden) Eheschließung bzw. zur Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft erteilt worden ist; privilegiert sind also nur Personen, die sich bereits mit einer Duldung aus anderen Gründen im Bundesgebiet aufhalten, wenn die anspruchsbegründenden Voraussetzungen eintreten (BayVGH, B.v. 15.9.2023 – 10 CE 23.1341 – n.v., Rn. 6; BayVGH, B.v. 4.5.2020 – 10 ZB 20.666 – juris Rn. 10; OVG RhPf, B.v. 13.1.2021 – 7 D 11208/20 – juris Rn. 14 ff.; SächsOVG, B.v. 5.2.2020 – 3 B 335/19 – juris Rn. 15; NdsOVG, B.v. 16.10.2019 – 13 ME 299/19 – juris Rn. 16; NdsOVG, B.v. 2.2.2018 – 13 PA 12/18 – juris Rn. 11; OVG Hamburg, U.v. 10.4.2014 – 4 Bf 19/13 – juris Rn. 62; OVG Hamburg, B.v. 9.5.2012 – 4 Bs 15/12 – juris Rn. 37; OVG NW, B.v. 5.12.2011 – 18 B 910/11 – juris Rn. 25; OVG Hamburg, B.v. 16.11.2010 – 4 Bs 220/10 – juris Rn. 10; jew. m.w.N.;

anderer Ansicht: VG Karlsruhe, U.v. 17.9.2020 – 3 K 7076/19 – juris Rn. 33). Unerheblich ist es dabei, ob eine Duldung ausdrücklich als „Verfahrensduldung“ bezeichnet worden ist.

## 15

Aus dem Hinweis in der Begründung des Zulassungsantrags auf ein Schreiben der Ausländerbehörde vom 26. Januar 2022 an den Bevollmächtigten des Klägers ergibt sich keine Stütze für die Rechtsauffassung des Klägers. In diesem Schreiben wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „die in § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV erforderliche Duldung wegen anderer Abschiebungshindernisse als der bevorstehenden Eheschließung oder Führung einer ehelichen Lebensgemeinschaft erteilt worden sein muss“. Dem Kläger sei „aber gerade wegen der beantragten Aufenthaltserlaubnis eine Duldung aus familiären Gründen erteilt“ worden, weshalb § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei.

## 16

b) Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO ist schon nicht hinreichend dargelegt (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO).

## 17

Die Darlegung der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) setzt voraus, dass für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts eine konkrete, jedoch fallübergreifende Rechts- oder Tatsachenfrage von Bedeutung ist, deren noch ausstehende obergerichtliche Klärung im Berufungsverfahren zu erwarten ist und zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zu einer bedeutsamen Weiterentwicklung des Rechts geboten erscheint. Klärungsbedürftig sind solche Rechts- oder Tatsachenfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die noch nicht oder nicht hinreichend ober- oder höchstgerichtlich geklärt sind (vgl. BVerfG, B.v. 28.4.2011 – 1 BvR 3007/07 – juris Rn. 21; Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 124 Rn. 38). Ein derartiger Klärungsbedarf besteht nicht, wenn die Rechtsfrage bereits geklärt ist oder auf der Grundlage der bestehenden Rechtsprechung mithilfe der anerkannten Auslegungsregelungen auch ohne Durchführung eines Berufungsverfahrens beantwortet werden kann (stRspr, BVerwG, B.v. 9.4.2014 – 2 B 107.13 – juris Rn. 9 m.w.N.; BVerfG, B.v. 29.7.2010 – 1 BvR 1634/04 – juris Rn. 64). Dementsprechend verlangt die Darlegung (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) der rechtsgrundsätzlichen Bedeutung, dass eine konkrete Rechts- oder Tatsachenfrage formuliert und aufgezeigt wird, weshalb die Frage im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder der Fortentwicklung des Rechts klärungsbedürftig und entscheidungserheblich (klärungsfähig) ist; ferner muss dargelegt werden, worin die allgemeine, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung dieser Frage besteht (vgl. BayVGH, B.v. 12.10.2023 – 10 ZB 23.866 – juris Rn. 18; BayVGH, B.v. 23.1.2020 – 10 ZB 19.2235 – Rn. 4; Happ in Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 124a Rn. 72).

## 18

Diesen Anforderungen genügt das Zulassungsvorbringen nicht. In der Begründung des Zulassungsantrags wird lediglich behauptet, allein der Umstand, dass es zu der vorstehend beschriebenen einschränkenden Auslegung des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV bisher keine einzige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gebe, rechtfertige die Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung. Es fehlen jegliche Darlegungen dazu, weshalb trotz der (nahezu) einhelligen Rechtsprechung der Obergerichte eine weitere Klärung dieser Rechtsfrage durch den Senat in einem Berufungsverfahren zu erwarten wäre.

## 19

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

## 20

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und 3 und § 52 Abs. 2 GKG.

## 21

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). Mit der Ablehnung des Antrags auf Zulassung der Berufung wird die Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124a Abs. 5 Satz 4 VwGO).