

---

## 7 D 11208/20.OVG

---

**Gericht** OVG Rheinland-Pfalz **Aktenzeichen** 7 D 11208/20.OVG

**Entscheidungsart** Beschluss **Datum** 13.01.2021

**veröffentlicht in** **rechtskräftig** Ja

**Leitsatz** Die Ausnahmevorschrift des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV setzt voraus, dass der Ausländer bereits aus anderen Gründen als der beabsichtigten Eheschließung oder der Ausübung der elterlichen Sorge wegen der Geburt eines Kindes geduldet wurde.

Ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in Ableitung aus Art. 20 AEUV fällt nicht in den Anwendungsbereich des § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV, da es sich bei einem solchen Rechtsanspruch aus Art. 20 AEUV um keinen nationalen Aufenthaltstitel handelt, der damit auch nicht mittelbar zum Erwerb eines solchen führen kann.

Der Beschluss ist rechtskräftig.

**Rechtsgebiete** Aufenthaltsrecht, Ausländerrecht

**Schlagworte** Abschiebung, Abschiebungshindernis, Anspruch, Aufenthalt, Aufenthaltserlaubnis, Aufenthaltsrecht, Aufenthaltsrecht sui generis, Aufenthaltstitel, Ausländerrecht, Berichterstatter, Corona, Coronavirus, Drittstaatsangehöriger, Duldung, Duldungsgrund, Ehe, Eheschließung, Ermessen, Ermessensreduktion, Familie, familiäre Lebensgemeinschaft, Geburt, gesetzlicher Anspruch, Grund, Kind, Nachholung, Rechtsanspruch, strikter Rechtsanspruch, Titelerteilungssperre, Titelpflicht, Unionsbürger, Unionsrecht, unionsrechtliches Aufenthaltsrecht, Verfahrensduldung, Visum, Visumpflicht, Visumverfahren, Vorabzustimmung, Zumutbarkeit

**Normen** AEUV Art 20, AufenthG § 10, AufenthG § 10 Abs 3, AufenthG § 10 Abs 3 S 1, AufenthG § 10 Abs 3 S 3, AufenthG § 28, AufenthG § 28 Abs 1, AufenthG § 28 Abs 1 S 1, AufenthG § 28 Abs 1 S 1 Nr 3, AufenthG § 5, AufenthG § 5 Abs 2, AufenthG § 60, AufenthG § 60a, AufenthG § 60a Abs 2, AufenthV § 39, AufenthV § 39 S 1, AufenthV § 39 S 1 Nr 2, AufenthV § 39 S 1 Nr 5, VwGO § 87, VwGO § 87a

---

**Volltext**

## **Tenor**

Die Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Mainz vom 1. Oktober 2020 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

## **Gründe**

1

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

2

Zwar hat das Verwaltungsgericht über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beiordnung des Prozessbevollmächtigten verfahrensfehlerhaft durch den Berichterstatter und nicht durch die Kammer entschieden. Dies führt jedoch nicht zur Aufhebung des beschwerdebelasteten Beschlusses.

3

1. Der Berichterstatter war nicht nach § 87a Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – berufen über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zu befinden. § 87a Abs. 1 VwGO enthält eine Zuständigkeitsbestimmung, wem die richterlichen Befugnisse übertragen sind. Die Norm regelt damit zugleich, wer im vorbereitenden Verfahren gesetzlicher Richter gemäß Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist. Ohne das Erfordernis einer Zustimmung der Beteiligten entscheidet der Berichterstatter gemäß § 87a Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 VwGO im vorbereitenden Verfahren über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe, wenn die Klage zurückgenommen worden ist (Nr. 2) oder sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt hat (Nr. 3). Gemäß § 87a Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 VwGO entscheidet der Berichterstatter anstelle der Kammer, wenn die Beteiligten sich mit dieser Verfahrensweise einverstanden erklärt haben.

4

Eine Zustimmung der Beteiligten im Sinne des § 87a Abs. 1 VwGO zu einer Entscheidung durch den konsentierten Einzelrichter liegt nicht vor. Auch handelt es sich bei der Entscheidung über den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe vor der mündlichen Verhandlung in der Hauptsache, wenn kein Fall des § 87a Abs. 1 Nr. 2 oder 3 VwGO vorliegt, nicht um eine Entscheidung im vorbereitenden Verfahren, bei der der Berichterstatter kraft Gesetzes entscheidungsbefugt wäre. Nur unter den Voraussetzungen des § 87a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 VwGO wird für den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe die Alleinentscheidungsbefugnis des Berichterstatters begründet (vgl. Riese, in: Schoch/Schneider, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 87a Rn. 18).

5

Die Frage, ob dieser Mangel durch den Nichtabhilfebeschluss in Form einer Kollegialentscheidung geheilt werden kann (vgl. dazu BayVGH, Beschluss vom 19. Juni 1991 – 12 C 91.1681 –, juris) kann dahinstehen, da dieser ebenfalls durch den Berichterstatter getroffen wurde.

6

Aufgrund dieses Mangels ist der angefochtene Beschluss jedoch nicht aufzuheben. Verfahrensfehler können in diesem – zu einer eigenen Entscheidung des Obergerichts in der Sache bestimmten – Beschwerdeverfahren nur dann rechtliche Relevanz gewinnen, wenn ihretwegen eine Zurückverweisung an das Verwaltungsgericht in Betracht kommt. Eine solche kommt indessen nach § 130 VwGO, der mit der wohl herrschenden Meinung in der Literatur und der obergerichtlichen Rechtsprechung sinngemäß auch in Beschwerdeverfahren gemäß § 146 VwGO Anwendung findet (vgl. SächsOVG, Beschluss vom 28. Februar 2017 – 5 E 91/16 –, juris, Rn. 6; BayVGH, Beschluss vom 7. Mai 2014 – 9 CS 14.220 –, juris, Rn. 17 ff.; OVG RP, Beschluss vom 7. August 2012 – 10 B 10646/12.OVG – n.v.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 23. Juli 2003 – 2 B 333/02 – juris, Rn. 5 ff.; Rudisile in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 39. EL Juli 2020, § 150 Rn. 5 m.w.N.), aus Gründen der Prozessökonomie und der Verfahrensbeschleunigung nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht. Ein solcher liegt hier nicht vor, zumal weder ein Beteiligter, wie § 130 Abs. 2 VwGO dies erfordert, die Zurückverweisung beantragt hat, noch die sonstigen Voraussetzungen des § 130 Abs. 2 VwGO gegeben sind.

7

2. Die Beschwerde ist auch unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat es zu Recht abgelehnt, dem Kläger Prozesskostenhilfe für seine Klage zu bewilligen, mit der er die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Aufenthaltsgesetz – AufenthG – begehrt.

8

Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe setzt gemäß § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO voraus, dass die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Hinsichtlich der Erfolgsaussichten dürfen die Anforderungen jedoch nicht überspannt werden. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit in dem Sinn, dass der Prozesserfolg schon gewiss sein muss, ist nicht erforderlich, sondern es genügt bereits eine sich bei summarischer Überprüfung ergebende Offenheit des Erfolgs (stRspr d. BVerfG, beispielhaft BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 4. August 2016 – 1 BvR 380/16 –, juris, Rn. 12).

9

Gemessen hieran hat das Verwaltungsgericht zu Recht festgestellt, dass die Klage im grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Zeitpunkt der Bewilligungsreife des Antrags auf Prozesskostenhilfe (vgl. BayVGH, Beschluss vom 24. September 2019 – 10 C 19.1849 –, Rn. 2, juris) keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Dem Kläger steht – auch unter Berücksichtigung des neuen Vorbringens nach Beschlussfassung durch das Verwaltungsgericht – kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 VwGO zu, da diesem, wie das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffend ausführt, die Titelerteilungssperre nach § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegensteht und kein Ausnahmefall nach § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG vorliegt.

10

a. Da der Asylantrag des Klägers aufgrund Nichtbetreibens des Asylverfahrens als zurückgenommen gilt (§ 33 Abs. 1 Asylgesetz), ist bei der begehrten Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die sogenannte Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zu berücksichtigen, wonach einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist oder der seinen Asylantrag zurückgenommen hat, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 erteilt werden darf. Nach § 10 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 AufenthG findet die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG im Falle eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels allerdings keine Anwendung.

11

Ein solcher Anspruch steht dem Kläger nicht zu, da ein Anspruch in diesem Sinne nur ein gesetzlicher Anspruch und kein Rechtsanspruch ist, der sich erst bei der Rechtsanwendung aus einer Ermessensreduzierung ergibt (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2008 – 1 C 37.07 – juris, Rn. 23). Ein gesetzlicher Anspruch im Sinne dieser Regelungen muss sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben und setzt daher voraus, dass alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Nur dann hat der Gesetzgeber

selbst eine Entscheidung über das zu erteilende Aufenthaltsrecht getroffen (vgl. BVerwG, Urteile vom 17. Dezember 2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn. 20; vom 12. Juli 2016 – 1 C 23.15 – juris, Rn. 21; vom 10. Dezember 2017 – 1 C 15.14 – juris, Rn. 15). Ansprüche aufgrund einer Ermessensvorschrift führen hingegen nicht zu einem gesetzlichen Anspruch im Sinne des § 10 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3 Halbs. 1 AufenthG, und zwar auch dann nicht, wenn das Ermessen im Einzelfall „auf Null“ reduziert ist. Dies gilt auch für Regelansprüche und Ansprüche aufgrund von Sollvorschriften (vgl. Beschluss des Senats vom 17. August 2010 – 7 B 10804/10.OVG –, ESOVG im Anschluss an BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2008 – 1 C 37.07 – BVerwGE 132, 382 = juris, Rn.21).

12

Das Verwaltungsgericht hat den Kläger zu Recht auf das Nichtvorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG verwiesen, da auch Asylbewerber nach Abschluss ihres Asylverfahrens bei Beantragung eines Aufenthaltstitels zu einem anderen Aufenthaltzweck der Visumpflicht unterliegen (vgl. BayVGh, Beschluss vom 24. September 2019 – 10 C 19.1849 – juris, Rn. 7 m.w.N.). Da § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG Ausnahmen von dieser Visumpflicht in das Ermessen der Behörde stellt, fehlt es an einem strikten Rechtsanspruch im obigen Sinn. Daher greift auch in diesen Fällen die Titelerteilungssperre des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG. Auf die Frage, ob hier aufgrund einer Ermessensreduktion auf Null wegen der Unzumutbarkeit der Ausreise von der Visumpflicht hätte abgesehen werden müssen, kommt es aus den oben genannten Gründen somit nicht an.

13

b. Der Kläger ist auch nicht berechtigt, die begehrte Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nach § 39 Satz 1 Nr. 5 Aufenthaltsverordnung – AufenthV – nach der Einreise aus dem Inland einzuholen. Danach kann ein Ausländer einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, wenn die Abschiebung nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist und der Ausländer auf Grund einer Eheschließung, der Begründung einer Lebenspartnerschaft im Bundesgebiet oder der Geburt eines Kindes während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat.

14

aa) Der Kläger ist allerdings nicht im Besitz einer Duldung, wie sie diese Regelung nach verständiger Würdigung voraussetzt. Der Kläger ist Inhaber einer Duldung nach § 60 a Abs. 2 Satz 1 AufenthG, und Vater eines deutschen Kindes, mit dem er in einem Haushalt lebt und für das er gemeinsam mit der Mutter die elterliche Sorge wahrnimmt. Obwohl § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV nach seinem Wortlaut allgemein auf § 60a AufenthG Bezug nimmt, nimmt die obergerichtliche Rechtsprechung nahezu einhellig (vgl. BayVGh, Beschluss vom 4. Mai 2020 – 10 ZB 20.666 –, juris, Rn. 10;

OVG Nds., Beschluss vom 16. Oktober 2019 – 13 ME 299/19 – juris, Rn. 16; Beschluss vom 2. Februar 2018 – 13 PA 12/18 – juris, Rn. 11; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 12. Februar 2013 – OVG 7 N 63.13 – juris, Rn. 4; Beschluss vom 17. Januar 2011 – 11 S 51.10 – juris, Rn. 10; SaarlOVG, Beschluss vom 22. Juli 2008 – 2 B 257/08 –, juris, Rn. 12) eine Einschränkung dergestalt vor, dass ein anderes Abschiebungshindernis als das, das einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stützen soll, vorliegen müsse. Andernfalls würde die Eheschließung oder Geburt eines Kindes gewissermaßen doppelt berücksichtigt, zum einen im Rahmen der Feststellung der Abschiebungsaussetzung und zum anderen zur Begründung eines Aufenthaltsrechts. Damit entfalle jedoch die eigenständige rechtliche Bedeutung der Duldung. Privilegiert werden sollten nur Ausländer, die sich im Inland mit einer Duldung aufhielten und bei denen sodann der in § 39 Nr. 5 AufenthV genannte Fall eintrete, nicht aber diejenigen, denen eine Duldung nur aus diesen Gründen erteilt wird. Über eine solche Aussetzung der Abschiebung verfügt der Kläger nicht. Ihm wurde erstmals – nach Einstellung des Asylverfahrens im April 2016 – unter dem 30. Oktober 2017 (Blatt 151 der Beiakte) eine Duldung erteilt. Andere Duldungsgründe als eine rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung wegen der sich aus Art. 6 GG ergebenden Schutzwirkungen für die im Bundesgebiet geführte eheliche Lebensgemeinschaft und Ausübung der elterlichen Sorge für das deutsche Kind sind nicht ersichtlich.

15

Soweit der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Beschluss vom 5. März 2008 – 11 S 378/08 –, juris, Rn. 11), den der Kläger in seiner Beschwerdebegründung aufgreift, die Ansicht vertritt, dass der Wortlaut des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV eine Differenzierung nach unterschiedlichen Duldungsgründen nicht zulasse und es daher unerheblich sei, welcher Duldungsgrund der Aussetzung der Abschiebung zugrunde lag, folgt der Senat dieser Ansicht im Einklang mit der überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung aus den oben dargelegten Gründen nicht. Dem Verwaltungsgerichtshof ist zwar zuzustimmen, dass der Wortlaut keine Differenzierung nach Duldungsgründen enthält. Dies steht jedoch einer einschränkenden Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm nicht entgegen. So nimmt auch der Verwaltungsgerichtshof eine solche Ausnahme für den Fall der sogenannten Verfahrensduldung nach Sinn und Zweck vor und lässt damit das Wortlautargument zurücktreten. Diese Ansicht trägt zudem dem Umstand nicht ausreichend Rechnung, dass § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV als Ausnahmenvorschrift ein Merkmal des in der Vorschrift vorausgesetzten (strikten) Anspruchs auf die Aufenthaltserlaubnis, nämlich das Erfordernis des § 5 Abs. 2 AufenthG, verdrängt und hierin seinen Sinn findet. Die Vorschrift bezweckt gerade, einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer, dessen Abschiebung tatsächlich oder rechtlich unmöglich ist und der deshalb geduldet wird und regelmäßig zur vorherigen Einholung eines Visums nicht ausreisen kann, die Einholung des Aufenthaltstitels im Bundesgebiet zu ermöglichen, wenn er den Anspruch unter der Duldung auf Grund der genannten Ereignisse erworben hat. Ohne die Privilegierung blieben lediglich geduldete Ausländer von dem Anspruch auf Erteilung eines ihnen infolge Verheiratung oder der Geburt eines Kindes zustehenden Aufenthaltstitels ausgeschlossen und wären von einer

Ermessensentscheidung im Rahmen des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abhängig (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 12. Februar 2013 – OVG 7 N 63.13 –, juris, Rn. 5). Nach Sinn und Zweck der Ausnahmenvorschrift des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV muss es sich daher um einen bereits aus anderen Gründen geduldeten Ausländer handeln, der während seines Aufenthalts einen Aufenthaltsanspruch erworben hat. Würde man den Duldungsgrund doppelt berücksichtigen, hätte dies zur Folge, dass im Rahmen einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt und damit die Visumpflicht, der eine elementare Steuerungsfunktion für die Zuwanderung in das Bundesgebiet beigemessen wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. November 2010 – 1 C 17/9 –, juris, Rn. 19), ihre Wirksamkeit in diesen Fallkonstellationen verlieren würde.

16

Es kann daher im Ergebnis offen bleiben, ob – wie das Verwaltungsgericht mit der Beklagten annimmt – eine sog. Verfahrensduldung hier tatsächlich vorliegt. Denn selbst wenn keine Verfahrensduldung, sondern eine Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG zur Führung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Sohn ohne diesen einschränkenden Verfahrensbezug anzunehmen wäre, läge dieser derselbe Zweck wie der beantragten Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zugrunde. Damit wäre sie keine im Rahmen des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV berücksichtigungsfähige Duldung.

17

bb) Die lediglich vereinzelt gebliebene ältere obergerichtliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg rechtfertigt auch nicht, die Erfolgsaussichten der Klage als zumindest offen zu bewerten. Die Beurteilung der Erfolgsaussichten erfordert eine zumindest summarische und vorläufige Prüfung, ob zumindest eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ein Obsiegen der Klägerseite besteht. Dem Verwaltungsgericht ist darin zuzustimmen, dass sich bereits bei dieser summarischen und vorläufigen Prüfung ergibt, dass die Klage keine hinreichenden Erfolgsaussichten hat; schwierige Tatsachen- oder Rechtsfragen stellen sich im vorliegenden Fall auch unter Berücksichtigung und Würdigung des Beschwerdevorbringens nicht. Der Rechtsprechung des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshof hat sich seit 2008 kein Obergericht angeschlossen, sondern vielmehr vertreten diese, soweit sie die Frage nicht offenlassen konnten, die gegenteilige Ansicht. Sie ist daher nicht als offen zu bewertende schwierige und umstrittene Rechtsfrage anzusehen (so im Ergebnis auch OVG Nds., Beschluss vom 2. Februar 2018 – 13 PA 12/18 –, juris).

18

c. Ebenfalls nicht durchdringen kann der Kläger mit dem erstmals im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Einwand, dass eine Ausnahme von der Visumpflicht nach § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV i.V.m. Art. 20 des

Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV – vorliege.

19

Entgegen der Annahme des Klägers, ist der vorliegende Fall schon dem Grunde nach nicht von § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV erfasst (aa). Auch fällt ein mögliches unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis aus Art. 20 AEUV nicht in den Anwendungsbereich des § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV (bb). Zuletzt liegen die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV nicht vor (cc).

20

aa) Nach § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV kann ein Ausländer einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen, wenn er vom Erfordernis des Aufenthaltstitels befreit und die Befreiung u.a. nicht auf einen Aufenthalt bis zu längstens sechs Monaten beschränkt ist. Erfasst werden Personen, die ursprünglich vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit waren, während ihres rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet aber titelpflichtig wurden. Die Regelung betrifft zum Beispiel Personen, die zuvor als Familienangehörige eines Unionsbürgers oder aus anderen Gründen keines Aufenthaltstitels bedurften (Begründung zu § 39, BR-Drs 731/04, S. 182).

21

Der Kläger, dessen Aufenthalt zunächst im Rahmen des Asylverfahrens gestattet wurde und der im Anschluss nach der Eheschließung und der bevorstehenden Geburt des Kindes eine Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG erhielt, ist mit dieser vom Gesetzgeber in den Blick genommenen Personengruppe nicht vergleichbar, da er nie von einer Titelpflicht in diesem Sinn befreit war, als er titelpflichtig wurde. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich, dass Personen erfasst werden sollen, die ursprünglich von der Titelpflicht befreit waren und erst während ihres Aufenthalts in Deutschland titelpflichtig wurden. Dies trifft aber auf den Kläger nicht zu. Ein etwaiger Anspruch nach Art. 20 AEUV kann erst mit der Geburt des Kindes überhaupt entstanden sein und der Kläger macht geltend, aktuell wegen seines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts von der Titelpflicht befreit zu sein. Damit liegt jedoch genau die umgekehrte Konstellation vor, als diejenige, die § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV erfassen möchte.

22

bb) Auch Sinn und Zweck des § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthG sprechen dagegen, ein Aufenthaltsrecht sui generis nach Art. 20 AEUV in den Anwendungsbereich einzubeziehen.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union kann einem Drittstaatsangehörigen wie dem Kläger zwar ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis zustehen, das aus Art. 20 AEUV abgeleitet wird. Dieses setzt jedoch voraus, dass 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 (grundlegend: EuGH, Urteile vom 19. Oktober 2004 – C-200/02, Zhu und Chen –, juris, Rn. 25 ff.; vom 8. März 2011 – C-34/09, Zambrano –, juris, Rn. 41 ff.; in jüngerer Zeit: Urteile vom 13. September 2016 – C-165/14, Rendón Martín –, juris, Rn. 51 ff.; vom 10. Mai 2017 – C-133/15, Chavez-Vilchez –, juris, Rn. 70 ff.; vom 8. Mai 2018 – C-82/16, K.A –, juris, Rn. 64 ff; vgl. auch BVerwG, Urteil vom 30. Juli 2013 – 1 C 9.12 – BVerwGE 147, 261 = juris, Rn. 33 ff.). Daher kann die Gewährung eines solchen abgeleiteten Aufenthaltsrechts nur dann in Betracht gezogen werden, wenn der Drittstaatsangehörige, der zur Familie eines Unionsbürgers gehört, nicht die Voraussetzungen erfüllt, um auf der Grundlage anderer Bestimmungen und insbesondere nach dem für die Familienzusammenführung geltenden nationalen Recht ein Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat zu erhalten, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt (vgl. EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 – C-836/18 –, Rn. 41, juris). Der Anspruch ist daher gegenüber nationalen Regelungen nachrangig zu prüfen.

Ergänzend dazu hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass ein mögliches unionsrechtliches Aufenthaltsrecht sui generis aus Art. 20 AEUV zur Sicherung des Aufenthaltsrechts der vom Drittstaatangehörigen abhängigen Kinder in der EU kein nationaler Rechtsanspruch ist. Aus einem solchen Rechtsanspruch ergibt sich ein Aufenthaltstitel eigener Art, aber nicht ein nationaler Aufenthaltstitel nach § 28 AufenthG mit den sich aus dem nationalen Recht ergebenden Beschränkungen und Verfestigungsmöglichkeiten (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018 – 1 C 16/17 –, BVerwGE 162, 349 = juris, Rn. 28). Aus diesem Grund genügt auch im Rahmen des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV ein Anspruch aus Art. 20 AEUV nicht, da die Norm – ebenso wie § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG – einen nationalen Rechtsanspruch voraussetzt (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018 – 1 C 16/17 –, BVerwGE 162, 349 = juris, Rn. 31).

Diesen Grundsätzen widerspricht die vom Kläger angeführte – nicht rechtskräftige – Entscheidung des Verwaltungsgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 17. Juni 2020 – 7 L 402/20 –, juris). Sie nimmt über die Anwendung des § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV bei Vorliegen der durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aufgestellten Voraussetzungen eines unionsrechtliches Aufenthaltsrechts aus Art. 20 AEUV eine Ausnahme von der Visumpflicht nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG an und spricht ihm damit im Ergebnis eine Aufenthaltserlaubnis

nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG als nationales Aufenthaltsrecht zu. Dies widerspricht dem eigenständigen Charakter des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts. Dies würde im Ergebnis auch die Subsidiarität des unionsrechtlichen Anspruchs im Vergleich zu nationalen Aufenthaltsvorschriften beseitigen und diesen – entgegen der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – in einen nationalen Rechtsanspruch umwandeln.

26

Anzumerken ist zudem, dass es sich bei einem etwaigen Anspruch auf Ausstellung einer Bescheinigung zum Nachweis eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts nach Art. 20 AEUV um einen eigenen Streitgegenstand handelt. Ein solcher Anspruch ist bisher nicht geltend gemacht worden und damit nicht Gegenstand des Klage- und damit auch Beschwerdeverfahrens.

27

cc) Selbst wenn man jedoch § 39 Satz 1 Nr. 2 AufenthV für einschlägig erachten würde, so steht dem Kläger nach summarischer Prüfung kein Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht nach Art. 20 AEUV zu.

28

Die Gewährung eines solchen Aufenthaltsrechts kann nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur bei Vorliegen ganz besonderer Sachverhalte erfolgen (vgl. EuGH, Urteil vom 8. Mai 2018 – C-82/16 –, juris, Rn. 51 mwN). Verhindert werden soll nämlich nur eine Situation, 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 (vgl. BVerwG, Urteil vom 30. Juli 2013 – 1 C 9.12 – BVerwGE 147, 261 = juris, Rn. 34). Gegen eine rechtliche und wirtschaftliche Abhängigkeit spricht etwa die Tatsache, dass ein minderjähriger Unionsbürger – wie hier – mit einem sorgeberechtigten Elternteil zusammenlebt, der über ein Daueraufenthaltsrecht verfügt und berechtigt ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Allerdings ist es möglich, dass dessen ungeachtet eine so große affektive Abhängigkeit des Kindes von dem nicht aufenthaltsberechtigten Elternteil besteht, dass sich das Kind zum Verlassen des Unionsgebiets gezwungen sähe, wenn dem Drittstaatsangehörigen ein Aufenthaltsrecht verweigert würde. Einer solchen Feststellung muss die Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Kindeswohls zugrunde liegen, insbesondere des Alters des Kindes, seiner körperlichen und emotionalen Entwicklung, des Grades seiner affektiven Bindung sowohl zu dem Elternteil, der Unionsbürger ist, als auch zu dem Elternteil mit Drittstaatsangehörigkeit und des Risikos, das mit der Trennung von Letzterem für das innere Gleichgewicht des Kindes verbunden wäre (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Mai 2017 – C-133/15 –, juris, Rn. 71; BVerwG, Urteil

vom 30. Juli 2013 – 1 C 15.12 – BVerwGE 147, 278 = juris, Rn. 32 ff.). Dabei ist auch die Dauer einer zu erwartenden Trennung des Kindes vom drittstaatsangehörigen Elternteil zu berücksichtigen. Insoweit spielt eine Rolle, ob der Drittstaatsangehörige das Unionsgebiet – wie hier etwa zur Nachholung des Visumverfahrens – für unbestimmte Zeit oder aber nur für einen kurzen, verlässlich zu begrenzenden Zeitraum zu verlassen hat (vgl. dazu EuGH, Urteil vom 8. Mai 2018 – C-82/16 –, juris, Rn. 56 und 58; BVerwG, Urteil vom 12. Juli 2018 – 1 C 16/17 –, BVerwGE 162, 349 = juris, Rn. 35).

29

Ausgehend von diesen Grundsätzen liegen schon die Voraussetzungen für ein abgeleitetes unionsrechtliches Aufenthaltsrecht aus Art. 20 AEUV nicht vor. Es ist nicht festzustellen, dass der dreijährige Sohn des Klägers infolge der Versagung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für den Kläger faktisch gezwungen wäre, das Unionsgebiet zu verlassen, und ihm dadurch der Kernbestand seiner Unionsbürgerrechte verwehrt würde. Selbst wenn zwischen Sohn und Kläger ein (affektives) Abhängigkeitsverhältnis besteht, führt dies im vorliegenden Fall jedoch nicht dazu, dass der der Unionsbürger infolge der Versagung der Aufenthaltserlaubnis für den Kläger einem de-facto-Zwang ausgesetzt wäre, das Unionsgebiet für die Zeit der Visumseinholung zu verlassen.

30

Zunächst ist festzuhalten, dass das Kind des Klägers als Unionsbürger zumindest nicht allein im Abhängigkeitsverhältnis zum Kläger steht, sondern eine eheliche und familiäre Lebensgemeinschaft mit der Kindsmutter besteht. Dies führt dazu, dass der Unionsbürger nicht unmittelbar zur Ausreise mit dem Kläger allein aus dem Umstand gezwungen wäre, dass keine andere Person die elterliche Sorge für ihn ausüben könnte.

31

Gegen einen solchen unionsrechtswidrigen Ausreisezwang spricht zudem maßgeblich die lediglich kurze zu erwartende Dauer einer Trennung von Kläger und Sohn. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte die Versagung der Erteilung einer familiären Aufenthaltserlaubnis an den Kläger ausschließlich damit begründet hat, dass dieser das Visumerfordernis nicht erfülle und von dieser Voraussetzung auch nicht abgesehen werden könne. Zugleich hat sie im Verwaltungsverfahren und in ihren Verfügungen ausdrücklich ihre Bereitschaft erklärt, dem Kläger eine Vorabzustimmung nach § 31 Abs. 3 AufenthV für die Nachholung des Visumverfahrens zu erteilen (Seite 4 der Verfügung vom 11. Juni 2018 und Blatt 227 der Ausländerakte) und dessen Aufenthalt bis zum Erhalt eines Termins zur Beantragung eines Visums zur Familienzusammenführung bei der deutschen Botschaft weiter im Bundesgebiet zu dulden. Das Gericht hat keinen Anlass, an der Verbindlichkeit dieser Erklärung zu zweifeln.

Diesen Willen zur weiteren Duldungserteilung hat die Beklagte zudem schon dadurch bestätigt, dass sie die jeweils auf ein halbes Jahr befristete Duldung anstandslos und ununterbrochen seit Oktober 2017 verlängert hat.

32

Der Kläger muss das Unionsgebiet zur Nachholung des Visumverfahrens lediglich für einen überschaubaren und verlässlich zu begrenzenden Zeitraum verlassen, so dass ein de-facto-Zwang zum Verlassen des Unionsgebiets des Kindes nicht entsteht. Zwar beträgt die Wartezeit für die Online-Terminvergabe nach Angabe der Deutschen Botschaft in Algier ca. drei bis vier Monate, wobei aktuell auf der Internetseite darauf hingewiesen wird, dass in Folge von COVID-19 die Wartezeiten für Termine zur Visumbeantragung leider zugenommen hätten. Es müsse mit mehreren Monaten Wartezeit bis zur endgültigen Terminzuweisung gerechnet werden (<https://algier.diplo.de/dz-de/service/05-VisaEinreise/-/1188572>). Dies führt jedoch nicht zur unvermeidbar langen Trennung, da der Kläger trotz Ablehnung der familiären Aufenthaltserlaubnis nicht gezwungen ist, während dieser Wartezeit das Unionsgebiet zu verlassen. Der Kläger kann zu einem von ihm selbst zu bestimmenden Zeitpunkt zu einem Termin bei der Deutschen Botschaft in Algier ausreisen.

33

Laut Auskunft der Deutschen Botschaft vom 15. Januar 2020 an die Beklagte (Blatt 297 der Ausländerakte) ist des Weiteren mit einer grundsätzlichen Bearbeitungszeit von drei bis sechs Monaten zu rechnen. Werden jedoch vollständige Antragsunterlagen vorgelegt, Urkunden und eine Vorabzustimmung, so beliefe sich die Bearbeitungszeit auf i.d.R. einen Monat, wobei auch hier Verzögerungen möglich seien. Warum im vom Kläger angeführten, jedoch nicht im Einzelnen konkretisierten, vermeintlich parallel gelagerten Visumverfahren es zu erheblichen Verzögerungen gekommen sein soll, entzieht sich der gerichtlichen Kenntnis. Wie die Botschaft ausführt, hängt es vom Einzelfall ab, ob es zu Verzögerungen kommen kann, wofür hier nach summarischer Prüfung bei Beachtung der Vorgaben der Botschaft nichts ersichtlich ist. Würden fehlerfreie Unterlagen eingereicht, für die Überprüfung der Urkunden würden Muster zur Verfügung gestellt, so könne ein zügiger Abschluss des Verfahrens gewährleistet werden. Ein Urkundenüberprüfungsverfahren werde in Algerien nicht durchgeführt, sondern ein Verfahren der Legalisation.

34

Ausweislich der Angaben der Deutschen Botschaft in Algier ist es dem Kläger daher möglich die wesentlichen vorbereitenden Schritte der Visumbeantragung von Deutschland aus zu betreiben, und lediglich zu einem von ihm per Online-Terminvergabe zu bestimmenden Termin auszureisen. Die Beklagte hat – wie dargelegt – zugesagt, dem Kläger eine

Vorabzustimmung nach § 31 Abs. 3 AufenthV zu erteilen. Die nötigen Unterlagen für die Legalisation der Urkunden können ihm zur Verfügung gestellt werden, um so die Dauer des Visumverfahrens zu verkürzen (dazu BayVGH, Beschluss vom 19. Juni 2018 – 10 CE 18.993 u.a. – juris, Rn. 5). Es liegt daher in der Hand des Klägers, seinen Antrag soweit vorzubereiten, dass von der zügigen Bearbeitung von i.d.R. einem Monat ausgegangen werden kann. Letztlich bleibt die konkrete familiengerechte Gestaltung der Nachholung des Visumverfahrens Sache des Klägers. Die rechtlichen Rahmenbedingungen hierfür hat die Beklagte geschaffen. Darüber hinaus ist es ggf. auch zumutbar, dass die Familie den Kläger im Wege einer Besuchsreise nach Algerien begleitet mit der Folge, dass es zu einer räumlichen Trennung von Vater und Kind erst gar nicht käme. Ein unionsrechtswidriger de-facto-Zwang, das Unionsgebiet auf unbestimmte Dauer zu verlassen, entsteht dadurch ebenfalls nicht (so VG Aachen, Urteil vom 15. Juli 2020 – 8 K 1005/18 –, juris, Rn. 82). Eine maßgebliche, geschweige denn unverhältnismäßig lange zeitliche Ausdehnung einer etwaigen Trennung des Klägers vom Sohn steht nicht zu erwarten. Dabei ist bei der Bewertung auch zu berücksichtigen, dass der Sohn nicht auf sich alleine gestellt wäre, sondern weiter bei seinem anderen Elternteil, zu dem ebenfalls ein affektives Abhängigkeitsverhältnis bestehen dürfte, lebt. In solchen Familienkonstellationen ist bei einer Trennung von ca. einem Monat nicht von einem de facto Ausreisezwang auszugehen.

35

Auch die aktuellen Einreisebeschränkungen von Algerien nach Deutschland führen nicht zu einer unverträglich langen Trennung der Familie. Dem Kläger ist nach Erhalt eines nationalen Visums zur Familienzusammenführung insbesondere auch eine Wiedereinreise in die Bundesrepublik Deutschland möglich. Zwar gelten derzeit noch weitreichende Einschränkungen bei der Einreise aus Ländern außerhalb der EU nach Deutschland. Dies betrifft auch eine Einreise aus Algerien ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikogebiet](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogebiet) da es als Risikogebiet eingestuft ist. Nach einer (Wieder-)Einreise nach Deutschland ist der Kläger zudem wegen der Einstufung als Risikogebiet nach aktueller landesrechtlicher Rechtslage (§ 19 der Fünfzehnten Corona-Bekämpfungsverordnung Rheinland-Pfalz – 15. CoBeLVO –) zudem verpflichtet, sich in eine 10-tägigen Selbstisolation bzw. Heimquarantäne zu begeben. Die 10-tägige Quarantäne kann nach den geltenden landesrechtlichen Vorschriften (§ 21) zudem frühestens nach dem fünften Tag nach Einreise durch ein negatives Testergebnis in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 beendet werden. Ungeachtet der Frage, ob die Quarantäne-Verpflichtung auch im Zeitpunkt der voraussichtlichen Nachholung des Visumverfahrens in mehreren Monaten noch gilt, führt diese nicht notwendig zu einer Trennung, da der Kläger mit seinem Sohn einen Hausstand bildet und mithin dort seine Heimquarantäne verbringen kann.

36

d) Zuletzt ist dem Kläger nicht deshalb Prozesskostenhilfe zu gewähren, weil durch die Prüfung der Erfolgsaussichten seiner Klage die Rechtsverteidigung in das Nebenverfahren verlagert würde (vgl. BVerfG,

37

Zwar kann der Umfang einer Entscheidung ein Indiz für eine unzulässige Vorverlagerung sein. Entscheidend ist jedoch, ob schwierige oder ungeklärte Rechtsfragen beantwortet wurden, die dem Hauptsacheverfahren vorbehalten sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30. September 2003 – 1 BvR 2072/02 –, juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschluss vom 3. April 2017 – 12 E 945/16 –, juris, Rn. 5). Hier lassen sich die streitentscheidenden Fragen – auch wenn eine neue, bisher jedoch nicht rechtskräftige erstinstanzliche Entscheidung zu Art. 20 AEUV vorgebracht wird – nach Ansicht des Senats wie dargelegt unschwer beantworten.

38

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Einer Streitwertfestsetzung bedarf es nicht, weil nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses zum Gerichtskostengesetz (Anlage zu § 3 Abs. 2 GKG) eine streitwertunabhängige Gebühr anfällt.

39

Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO unanfechtbar.