

Aus der Beratungspraxis

Niederlassungserlaubnis bei humanitärem Aufenthalt

RA Klaus Peter Stiegeler, Freiburg

Sicherheit ist ein Grundbedürfnis der meisten Menschen. Besonders ausgeprägt ist es bei denjenigen, die schon einmal existenzielle Unsicherheit erfahren mussten. Dieses Schicksal teilen viele Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen. Sie sind deshalb regelmäßig bestrebt, so schnell wie möglich den befristeten gegen einen unbefristeten Aufenthaltstitel einzutauschen. Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis erweist sich jedoch nicht selten als sehr schwierig. Denn die gesetzliche Regelung ist kompliziert. Sie wird zudem in der Behörden- und Gerichtspraxis nicht selten restriktiv interpretiert. Der folgende Text gibt einen Überblick über die gesetzlichen Vorschriften und möglichen Probleme. Dabei werden juristische Zweifelsfragen angesprochen. Auf eine vertiefte Darstellung wird jedoch aus Gründen der Übersichtlichkeit verzichtet.

I. Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthaltG

Diese Vorschrift gewährt anerkannten Asylberechtigten und Konventionsflüchtlingen unter erleichterten Voraussetzungen einen Anspruch auf die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis. Voraussetzung ist der dreijährige Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthaltG und die Mitteilung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) gem. § 73 Abs. 2 a AsylVfG, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme des Asylstatus nicht vorliegen.

Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf soll die Regelung dazu dienen, den betroffenen Personen eine Perspektive für eine dauerhafte Lebensplanung in Deutschland zu eröffnen.¹ Außerdem bezweckt sie die Angleichung der aufenthaltsrechtlichen Situation von Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen. Denn bis zum 31.12.2004 hatten anerkannte Asylberechtigte sofort Anspruch auf eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis, während Konventionsflüchtlinge nur eine befristete Aufenthaltsbefugnis erhielten (§§ 68, 70 AsylVfG a. F.).

Die Handhabung des § 26 Abs. 3 AufenthaltG hat sich bisher in der Praxis als schwierig erwiesen. Nicht selten tritt nicht die erhoffte Verfestigung des Aufenthalts, sondern das Gegenteil ein: Die Gefährdung des weiteren Aufenthaltes durch die Einleitung eines asylrechtlichen Widerrufsverfahrens. Der nachfolgende Fall zeigt die typische Situation eines Betroffenen:

Herrn F. wurde im Mai 2002 bestandskräftig die Rechtstellung als Konventionsflüchtling zuerkannt. Anfang Juni 2002 erhielt er zum ersten Mal eine Aufenthaltsbefugnis. Diese wurde nach

Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes als Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthaltG verlängert.

Am 7.2.2008 beantragte Herr F. die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis. Die Ausländerbehörde prüfte ausweislich einer bei den Akten befindlichen Checkliste, ob die zeitlichen Voraussetzungen nach § 26 Abs. 3 AufenthaltG vorlagen, ob Herr F. über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse und ausreichenden Wohnraum verfügte, ob Sicherheitsbedenken bestehen und ob Ausweisungsgründe vorlagen.

Außerdem wurde das BAMF angeschrieben und befragt, ob bereits eine Prüfung nach § 73 Abs. 2 a AsylVfG erfolgt sei, sowie, ob schon ein Ergebnis dieser Prüfung vorliege. Dies führte zur Einleitung eines Widerrufsverfahrens beim BAMF. Daraufhin erhielt Herr F. die Mitteilung der Ausländerbehörde, dass man zunächst die Entscheidung des BAMF abwarten müsse. Gegen die bald darauf ergangene Widerrufsentscheidung erhob er Klage.

1. Zeitliche Voraussetzungen

Einen Anspruch auf eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthaltG nur, wer »... seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthaltG besitzt«. Nach dem Wortlaut der Vorschrift bedarf es also des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis. Die Kommentarliteratur tritt jedoch in unterschiedlichem Maße für eine erweiterte Anwendung der Vorschrift ein. So besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass auch die Zeit ab Antragstellung dann zähle, wenn der Ausländer die Aufenthaltserlaubnis erst auf Grund einer gerichtlichen Verpflichtung erhalten hat.² Auch in anderen Fällen soll die Zeit ab Antragstellung immer anrechenbar sein, wenn der Ausländer mit dem Antrag alle Voraussetzungen für den Aufenthaltstitel erfüllt,³ zumindest aber in den Fällen der beantragten Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthaltG, wenn der Verlängerungsantrag begründet sei, da in diesen Fällen die Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 AufenthaltG greift.⁴

Weitergehend verlegt Fränkel den Zeitpunkt für anrechenbare Aufenthaltszeiten auf die bestandskräftige Anerkennung des Asylberechtigten bzw. Zuerkennung des Flüchtlingsstatus unter Hinweis auf die gesetzliche Fiktionswirkung des § 25 Abs. 1 S. 3 bzw. Abs. 2 S. 2 AufenthaltG.⁵ Ferner plädiert er dafür, auch die Dauer des erfolgreichen Asylverfahrens auf die dreijährige Wartezeit anzurechnen.⁶ Mag auch die Gesetzesbegründung diese Interpretation noch abdecken, so erscheint sie doch nur schwer ver-

¹ Vgl. BT-Drs. 15/420, S. 80.

² So Burr in GK-AufenthG, § 26 Rn. 18; Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl., § 26 Rn. 8.

³ So Renner, a. a. O., Rn. 8; Hailbronner, Ausländerrecht, § 26 Rn. 12.

⁴ So Burr, a. a. O., Rn. 17; Kluth/Hund/Maaßen, Zuwanderungsrecht 4/764

⁵ HK-AuslR/Fränkel, § 26 Rn. 13, 14.

⁶ A. a. O., § 26 Rn. 13.

§ 26 AufenthG Dauer des Aufenthalts (...) (3) Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 besitzt, ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2 a des Asylverfahrensgesetzes mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme nicht vorliegen.

(4) Im Übrigen kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 6 gilt entsprechend. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung der

Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens wird abweichend von § 55 Abs. 3 des Asylverfahrensgesetzes auf die Frist angerechnet. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, kann § 35 entsprechend angewandt werden.

§ 102 AufenthG Fortgeltung ausländerrechtlicher Maßnahmen und Anrechnung (...) (2) Auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 wird die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung vor dem 1. Januar 2005 angerechnet.

einbar mit dem Normtext. Im Übrigen ist fraglich, ob das angestrebte Ziel, eine raschere Verfestigung des Aufenthaltes, erreicht wird. Denn die Widerrufs- bzw. Rücknahmeprüfung nach § 73 Abs. 2 a AsylVfG bleibt ohnehin bis zu drei Jahren nach der Unanfechtbarkeit der Statusentscheidung möglich.

2. Beteiligung des BAMF

Ein Anspruch auf Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthG setzt auch voraus, dass das BAMF der Ausländerbehörde mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf oder die Rücknahme der Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung nicht vorliegen. Die korrespondierende Regelung findet sich in § 73 Abs. 2 a AsylVfG. Dort ist festgelegt, dass das BAMF spätestens nach Ablauf von drei Jahren nach unanfechtbarer Anerkennung des Asylberechtigten oder Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft eine Statusüberprüfung vorzunehmen hat. Das Ergebnis dieser Prüfung ist gem. § 73 Abs. 2 a S. 2 AsylVfG von Amts wegen der Ausländerbehörde mitzuteilen. Erst wenn die Prüfung stattgefunden sowie keine Widerrufs- oder Rücknahmegründe ergeben hat und eine entsprechende Mitteilung der Ausländerbehörde zugeht, ist der Weg für die Erteilung der Niederlassungserlaubnis frei.

Abzulehnen ist die in Ziff. 26.3.3 der vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesinnenministeriums sowie in Teilen der Kommentarliteratur⁷ vertretene Auffassung, auch Rücknahmen der Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung auf der Grundlage des § 48 VwVfG stünden der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthG entgegen. Denn in § 73 Abs. 2 a AsylVfG ist klar und eindeutig nur von einem Widerruf nach § 73 Abs. 1 AsylVfG und einer Rücknahme nach § 73 Abs. 2 AsylVfG die Rede. Liegen die Voraussetzungen dafür nicht vor, muss eine Mitteilung dieses Inhalts an die Ausländerbehörde erfolgen. Ob eine Rücknahme aus anderen Gründen möglich ist, spielt dagegen keine Rolle.

3. Weitere Voraussetzungen

§ 5 Abs. 3 AufenthG bestimmt, dass bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 3 AufenthG die in § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG normierten allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen keine Rolle spielen dürfen.⁸ Die Verfestigung des Aufenthalts erfolgt also unabhängig davon, ob

der Lebensunterhalt der Antragsteller gesichert ist, ob Ausweisungsgründe vorliegen oder die Passpflicht erfüllt wird. Ebenso wenig ist von Bedeutung, ob der Aufenthalt der Betroffenen aus einem sonstigen Grund Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet oder ob es bei der Einreise zu Verstößen gegen Visumvorschriften gekommen ist. Ausweisungsgründe stehen gem. § 5 Abs. 3 und 4 AufenthG der Erteilung des Aufenthaltstitels nur entgegen, wenn es solche nach § 54 Nr. 5 oder 5 a AufenthG sind. Das ist der Fall, wenn Tatsachen die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass der Ausländer einer Vereinigung angehört oder angehört hat, die den Terrorismus unterstützt, oder eine derartige Vereinigung unterstützt oder unterstützt hat oder wenn er die freiheitlich demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet oder sich bei der Verfolgung politischer Ziele an Gewalttätigkeiten beteiligt oder öffentlich zur Gewaltanwendung aufruft oder mit Gewaltanwendung droht.

Auch die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 9 Abs. 2 AufenthG müssen nicht vorliegen.⁹ Im eingangs geschilderten Beispielfall war es deshalb nicht zulässig, dass die Ausländerbehörde prüfte, ob Herr F. über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse und über ausreichenden Wohnraum verfügte. Neben den speziellen zeitlichen Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 AufenthG und der Mitteilung des BAMF nach § 73 Abs. 2 a AsylVfG konnte nur noch von Bedeutung sein, ob die speziellen Ausweisungsgründe nach § 54 Nr. 5 oder Nr. 5 a AufenthG vorliegen. Da die Anfrage der Ausländerbehörde beim BAMF aber zur Einleitung eines Widerrufverfahrens geführt hat, hat Herr F. keinen Anspruch gem. § 26 Abs. 3 AufenthG bis zu einer eventuellen gerichtlichen Korrektur der Widerrufsentscheidung des BAMF. Er kann aber möglicherweise eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG erhalten.

II. Die Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG

Die Voraussetzungen einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG unterscheiden sich von denen nach Abs. 3 in mehrfacher Hinsicht. Dies gilt zunächst für den Kreis der Begünstigten. Zu ihnen zählen nicht nur die aner-

⁷ Vgl. Burr, a. a. O., Rn. 20.

⁸ A. A. ohne Begründung Hailbronner, a. a. O., Rn. 14.

⁹ Vgl. Hailbronner, a. a. O., Rn. 14; HK-AuslR/Fränkell, a. a. O., Rn. 12.

kannten Asylberechtigten und Konventionsflüchtlinge, sondern ein wesentlich größerer Kreis der Inhaber humanitärer Aufenthaltserlaubnisse. Unterschiede gibt es auch bei der Anrechnung von Voraufenthaltszeiten und bei den Integrationsanforderungen. Ferner steht die Erteilung dieses Titels im Ermessen der Behörde.

Auch bei der Anwendung von § 26 Abs. 4 AufenthG gibt es Zweifelsfragen, vor allem bei der Feststellung der zeitlichen Voraussetzungen. Wo die Probleme liegen können, zeigt der folgende Fall:

Das Ehepaar G. befindet sich seit 1993 im Bundesgebiet. Das erste Asylverfahren ist seit dem Jahr 1996 abgeschlossen. Danach erhielt das Paar Duldungen, bis auf Grund eines Folgeantrages im Mai 2004 zu Gunsten des Ehemannes ein krankheitsbedingtes Abschiebeverbot nach § 53 Abs. 6 AuslG festgestellt wurde. Im Oktober 2004 erhielten die Eheleute eine Aufenthaltsbefugnis gem. § 30 AuslG 1990 bis zum 30.10.2005. Bei der Verlängerung dieses Titels im Oktober 2005 erhielt der Ehemann eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG, die Ehefrau gem. § 25 Abs. 5 AufenthG. Das Ehepaar G. bezieht Leistungen nach dem SGB II, weil Herr G. auf Grund seiner Erkrankung nur wenig belastbar ist und deshalb bisher keine Arbeit gefunden hat. Ein im Januar 2008 gestellter Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gem. § 26 Abs. 4 AufenthG ist bis heute nicht beschieden. Bei einer Sachstandsanfrage hat sich die Ausländerbehörde kritisch zum Leistungsbezug geäußert.

1. Zeitliche Voraussetzungen

Grundvoraussetzung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG ist der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis seit sieben Jahren. Nach § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG wird die Zeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens auf diese Zeit angerechnet.

Erforderlich ist aber der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis »nach diesem Abschnitt«, also nach Kapitel 2, Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes. Das sind Aufenthaltserlaubnisse nach §§ 22, 23, 23 a, 24, 25 sowie §§ 104 a Abs. 1 S. 2 und 104 b i. V. m. 23 AufenthG. Dagegen genügt der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe nach § 104 a S. 1 AufenthG nicht, wie § 104 a S. 3 AufenthG ausdrücklich regelt. Problematisch ist die Auffassung, § 26 Abs. 4 AufenthG finde auf Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG keine Anwendung, weil für diesen Personenkreis die Verlängerungsregelung nach Art. 4 der Massenzustrom-Richtlinie¹⁰ gelte.¹¹ Denn die EU-Richtlinie setzt lediglich Mindeststandards (vgl. Art. 3 Abs. 5 Massenzustrom-RL). Die Mitgliedsstaaten sind deshalb nicht gehindert, günstigere Regelungen anzuwenden. § 26 Abs. 4 AufenthG, der die Aufenthaltserlaubnis nach § 24 AufenthG mit einschließt, trifft eine solche günstigere Regelung.

Auch Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 und Abs. 4 a AufenthG können eine Niederlassungserlaubnis nach Abs. 4 erhalten. Die gegenteilige Auf-

fassung¹² übersieht, dass durch wiederholtes Verlängern der an sich nur vorübergehenden Zwecken dienenden Aufenthaltserlaubnis auch die Aufenthaltsbestandszeit von sieben Jahren erreicht werden kann. Der begrenzte Zweck dieser Aufenthaltserlaubnis kann gegebenenfalls im Rahmen der Ermessenserwägungen berücksichtigt werden.

Als Aufenthaltserlaubnis »nach diesem Abschnitt« gelten gem. § 104 Abs. 7 AufenthG wegen ihres humanitären Charakters auch Aufenthaltsbefugnisse nach § 31 Abs. 1 AuslG 1990 oder Aufenthaltserlaubnisse nach § 35 Abs. 2 AuslG 1990, deren Fortgeltung durch § 101 Abs. 1 AufenthG geregelt ist.

Grundsätzlich muss der Antragsteller aktuell Inhaber einer der vorgenannten Aufenthaltserlaubnisse sein.¹³ Es genügt nach zutreffender Meinung aber auch, wenn der Ausländer zum Zeitpunkt des Antrages auf Niederlassungserlaubnis zwar nicht im Besitz einer humanitären Aufenthaltserlaubnis ist, sich aber auf eine sogenannte Fortgeltungsfiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG berufen kann.¹⁴ Ohne Bedeutung ist, ob noch die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung oder Verlängerung der humanitären Aufenthaltserlaubnis vorliegen. Denn § 26 Abs. 2 AufenthG findet keine Anwendung.¹⁵

Eine weitere Facette dieses Themas bildet das Erfordernis, dass der Ausländer »seit« sieben Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis sein muss. Daraus wird abgeleitet, dass die Vorschrift einen ununterbrochenen Zeitraum des Besitzes der Aufenthaltserlaubnis voraussetze.¹⁶ Kommt es doch zu Unterbrechungen, kann dies nach überzeugender Auffassung durch die Anwendung von § 85 AufenthG geheilt werden.¹⁷

Als problematisch hat sich auch die Regelung in § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG erwiesen, wonach die Zeiten »des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens« auf die Siebenjahresfrist anzurechnen sind. Die wohl überwiegende Meinung schließt aus der Verwendung des Singulars (»des ... Asylverfahrens«), dass stets nur ein Asylverfahren angerechnet werden könne.¹⁸ Die Zeiten eines Asylfolgeverfahrens seien nur dann anrechenbar, wenn

¹⁰ Richtlinie 2001/55/EG vom 20.7.2001 - ABl. L 212 vom 7.8.2001, S. 12.

¹¹ So Kluth u. a., a. a. O., 4/768.

¹² Kluth u. a., a. a. O., 4/768.

¹³ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 12.1.2005 - 17 B 62/05 - juris (33 S., M6276); Burr, a. a. O., Rn. 24; Storr, a. a. O., Rn. 7.

¹⁴ Vgl. OVG Sachsen, EZAR, NF 24 Nr. 1 = ZAR 2007, 246 ff.; wohl auch VG München, Beschluss vom 12.6.2008 - M 24 K 08.1009 - juris; Heinhold, ZAR 2008, 161, 163.

¹⁵ Vgl. OVG Sachsen, ZAR 2007, 246, 247; Kluth u. a., a. a. O., 4/769.

¹⁶ Vgl. VGH Bad.-Württ., EZAR NF 24, 5; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 19.5.2008 - 11 S 942/08 - ASYLMAGAZIN 7-8/2008, S. 35; Renner, a. a. O., Rn. 11; Storr, a. a. O., Rn. 7; zur grundsätzlichen Kritik an dieser Auffassung s. HK-AuslR/Hofmann, § 81 Rn. 31.

¹⁷ Vgl. VGH Hessen, EZAR NF 24 Nr. 4; ebenso OVG Hamburg InfAuslR 2000, 71, 73, zur Anwendung von § 97 AuslG, der Vorgängervorschrift des § 85 AufenthG bei vergleichbarer Interessenlage (zu § 24 AuslG); Hailbronner, a. a. O., Rn. 18 und Heinhold, ZAR 2008, 161, 163 mit ausführlicher Erörterung abweichender Ansichten.

¹⁸ Vgl. VGH Bad.-Württ., InfAuslR 2008, 300, 301; Burr, a. a. O., Rn. 29; Storr u. a., a. a. O., Rn. 9.

tatsächlich ein weiteres Asylverfahren nach § 71 AsylVfG durchgeführt wurde.¹⁹

Nach anderer Meinung sind in diesem Fall Erst- und Folgeverfahren jedenfalls dann anzurechnen, wenn ein beachtlicher Folgeantrag vorlag. Denn der beachtliche Folgeantrag führe zum Wiederaufgreifen des abgeschlossenen Verfahrens. Dieses werde dann, wenn auch in beschränktem Umfang, lediglich fortgesetzt, so dass nur ein einziges Verfahren vorliege.²⁰ Diese Auffassung verdient den Vorzug, da sie zutreffend das Verhältnis von Erst- und beachtlichem Folgeantrag berücksichtigt.

Im vorliegenden Zusammenhang muss auch die Übergangsvorschrift des § 102 Abs. 2 AufenthG angesprochen werden. Nach dieser Bestimmung sind die Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung vor dem 1.1.2005 anzurechnen. Hier kann der Antragsteller auf Schwierigkeiten stoßen, wenn er am 1.1.2005 nicht schon im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war. Denn für diese Konstellation wird die Meinung vertreten, § 102 Abs. 2 AufenthG regelt lediglich die Anrechnung von Duldungs- und Aufenthaltsbefugniszeiten auf den Siebenjahreszeitraum des § 26 Abs. 4 AufenthG. An dem Erfordernis, dass § 26 Abs. 4 AufenthG den Besuch einer Aufenthaltserlaubnis »seit sieben Jahren«, also den ununterbrochenen Besitz, verlange, werde dadurch nichts geändert. Duldungszeiten vor dem 1.1.2005 könnten daher nur berücksichtigt werden, wenn sich an den Duldungszeitraum nahtlos die Erteilung einer ebenfalls anzurechnenden Aufenthaltsbefugnis nach dem AuslG 1990 oder eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes anschließe.²¹ Einen anderen Weg geht das OVG NRW, das verlangt, dass zwischen der Duldung und der später erteilten Aufenthaltserlaubnis ein Zusammenhang besteht. Das sei beispielsweise nicht mehr der Fall, wenn die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in der Zwischenzeit bestandskräftig abgelehnt worden ist.²² Die Auffassung des OVG NRW ist durch den Wortlaut des § 102 Abs. 2 nicht gedeckt. Nach anderer Auffassung gilt die Anrechnungsregel des § 102 Abs. 2 AufenthG für alle vor dem 1.1.2005 erteilten Aufenthaltsbefugnisse und Duldungen unbeding und ohne Einschränkung.²³ Dem ist zuzustimmen. Abgesehen davon, dass das Erfordernis eines ununterbrochenen Besitzes der Aufenthaltserlaubnis nicht zwingend ist²⁴, ist § 102 Abs. 2 AufenthG lex specialis gegenüber § 26 Abs. 4 AufenthG. Der Rechtsauffassung des VGH Baden-Württemberg zu folgen fällt schon deshalb schwer, weil der 1.1.2005 ein Feiertag war, so dass der geforderte nahtlose Anschluss schon kalendarisch nicht möglich ist. Heinhold schlägt vermittelnd vor, die dazwischen liegenden Zeiten durch die Anwendung von § 85 AufenthG zu überbrücken.²⁵ Soweit es um längere Zeiten gehe, sei zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt am 1.1.2005 vorlagen und bis zur Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis auch weiterhin vorgelegen haben. Im letzteren Fall könne durch einen verwaltungsrechtlichen Wiederherstellungsanspruch geholfen werden.²⁶

2. Integrationserfordernisse und allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Neben dem Besitz einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach Abschnitt 5 verlangt § 26 Abs. 4 AufenthG auch, dass die in § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2–9 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Erforderlich ist also, dass

- der Lebensunterhalt gesichert ist,
- mindestens 60 Monate Pflichtbeiträge oder freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung einbezahlt wurden oder Aufwendungen für einen Anspruch auf vergleichbare Leistungen einer Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder eines Versicherungsunternehmens nachgewiesen werden,
- Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unter Berücksichtigung der Schwere oder der Art des Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung oder der vom Ausländer ausgehenden Gefahr nicht entgegenstehen,
- eine Beschäftigungserlaubnis vorliegt, sofern der Ausländer Arbeitnehmer ist,
- sonstige für eine dauernde Ausübung der Erwerbstätigkeit erforderliche Erlaubnisse vorliegen,
- die deutsche Sprache ausreichend beherrscht wird,
- Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet vorliegen und
- der Wohnraum für den Antragsteller und seine mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen ausreicht.

Gem. § 26 Abs. 4 S. 2 AufenthG gilt § 9 Abs. 2 S. 2–6 AufenthG entsprechend. Das bedeutet, dass unter den dort genannten Voraussetzungen vom Nachweis bestimmter Integrationsleistungen abgesehen werden kann. Ergänzend ist § 104 Abs. 2 AufenthG heranzuziehen. Nach dieser Bestimmung sind Ausländer, die vor dem 1.1.2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbefugnis waren, bei der Entscheidung über die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis privilegiert. Es genügt, dass sie sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständigen können. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 8 AufenthG finden keine Anwendung; d. h., dass der Nachweis von Altersvorsorgeleistungen und Grundkenntnissen der Rechts- und Gesellschaftsverhältnisse entfällt.

Schwierigkeiten bereitet vielfach der Nachweis, dass der Lebensunterhalt gesichert ist. Denn nicht selten hindern gerade die Umstände, die zur Bejahung eines humanitären

¹⁹ Vgl. VGH Bad-Württ., a. a. O., S. 300 und VGH Bad.-Württ., EZAR NF 24 Nr. 5; Burr, a. a. O., Rn. 30.

²⁰ So Heinhold, ZAR 2008, 161, 166; HK-AuslR/Fränk, a. a. O., Rn. 22.

²¹ So VGH Bad-Württ., InfAuslR 2008, 300, 301 und VGH Bad.-Württ., EZAR NF 24 Nr. 5.

²² OVG NRW, Beschluss vom 4.9.2008 - 18 E 428/08 - (6 S., M14038).

²³ HK-AuslR/Hofmann, a. a. O., § 102, Rn. 17.

²⁴ S. Hofmann, Fn. 16.

²⁵ Heinhold, ZAR, 161, 164; so auch VG Wiesbaden, Urteil vom 19.12.2007 - 4 E 1199/07(1) - (5 S., M13430).

²⁶ So wohl auch Nr. 26.4.1.4 der Vorläufigen Anwendungshinweise Berlins.

Aufenthaltsrechts geführt haben, die Betroffenen daran, ihren Lebensunterhalt eigenständig ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu sichern. Dies demonstriert der Beispielfall. In solchen Fällen ist zu prüfen, ob nicht gem. § 9 Abs. 2 S. 6 AufenthG von der Sicherung des Lebensunterhaltes abzusehen ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Antragsteller dazu wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht im Stande ist. Dies wird in der Praxis häufig zu wenig beachtet.

Aber selbst wenn Krankheit und Behinderung die Erwerbsfähigkeit nicht beeinträchtigen, haben Ausländer mit einem humanitären Aufenthaltsrecht nicht selten Mühe, ein Einkommen nachzuweisen, das den Anforderungen von § 9 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 3 AufenthG genügt. Denn sie verfügen oft nur über Qualifikationen, die auf dem hiesigen Arbeitsmarkt nicht gefragt oder verwertbar sind.

Dieses Problem hat sich in jüngster Zeit noch verschärft. Denn in einigen Bundesländern wird bei der Gegenüberstellung von vorhandenem Einkommen und sozialrechtlichem Bedarf das Einkommen aus Erwerbstätigkeit um die Absetzbeträge nach § 11 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 und 6 sowie S. 2 SGB II gemindert. Ein Teil der Rechtsprechung hat dies gebilligt.²⁷ Einer Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26.8.2008 ist zu entnehmen, dass das Bundesverwaltungsgericht offenbar der restriktiven Linie gefolgt ist. Das Urteil liegt derzeit noch nicht vor. Laut Pressemitteilung ist allerdings entschieden worden, dass der Lebensunterhalt dann nicht im Sinne des Aufenthaltsgesetzes gesichert ist, wenn Ansprüche auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach dem SGB II bestehen. Ob sie auch tatsächlich in Anspruch genommen werden, soll ohne Bedeutung sein.²⁸

Die Auswirkungen sind erheblich. Denn bei den Abschlägen handelt es sich zum einen um einen Freibetrag von 20 % des monatlichen Bruttoeinkommens, wenn der Antragsteller zwischen 100 € und 800 € verdient, und von 10 %, wenn er zwischen 800 € und 1200 € verdient (§ 30 Abs. 2 SGB II), ferner um einen Abschlag zur Kompensation von Werbungskosten, der sich bei erwerbstätigen Antragstellern gem. § 11 Abs. 2 S. 2 SGB II pauschal auf 100 € beläuft. Bei einem monatlichen Bruttoeinkommen von 800 € ergibt sich ein Gesamtabschlag in Höhe von (140 + 100) 240 €; bei einem Bruttolohn von 1200 € kommt es zu einem Abschlag von 280 €.²⁹

Diese Freibeträge sollen eigentlich sicherstellen, dass derjenige, der arbeitet, mehr Geld zur Verfügung hat, als derjenige, der trotz Erwerbsfähigkeit nicht arbeitet. Hinter dem Abzug steckt also nicht wirklich eine Einkommensminderung, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass die Erzielung von Erwerbseinkommen mit Ausgaben verbunden ist. Für Geringverdiener – und das sind Inhaber eines humanitären Aufenthaltsrechts sehr oft – hat diese Art der Einkommensberechnung nicht selten die fatale Folge, dass der Umstieg in ein unbefristetes Aufenthaltsrecht scheitert.

Anders als bei § 26 Abs. 3 AufenthG müssen bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach Abs. 4 grund-

sätzlich die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG vorliegen. Davon kann jedoch gem. § 5 Abs. 3 AufenthG ermessenshalber abgesehen werden.

3. Kinder im Sinne von § 26 Abs. 4 S. 4 AufenthG

Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, werden durch § 26 Abs. 4 S. 4 AufenthG privilegiert. Nach dieser Vorschrift kann auf sie § 35 AufenthG entsprechend angewandt werden. Dadurch soll Kindern mit einem humanitären Aufenthaltsrecht unter den gleichen Voraussetzungen die Aufenthaltsverfestigung ermöglicht werden, wie sie bei Kindern gelten, die eine zum Zwecke der Familienzusammenführung erteilte Aufenthaltserlaubnis besitzen.³⁰

»Entsprechend« wird § 35 AufenthG nur dann angewandt, wenn in vollem Umfang auf die tatbestandlichen Voraussetzungen dieser Norm abgestellt wird.³¹ Damit ist die Praxis mancher Bundesländer nicht vereinbar, auch in diesen Fällen zu verlangen, dass der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis von sieben Jahren nachgewiesen wird.³² Maßgebend ist vielmehr, ob der Antragsteller im Zeitpunkt der Vollendung seines 16. Lebensjahres seit fünf Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis ist (§ 35 Abs. 1 S. 1 AufenthG) oder ob er volljährig ist und seit fünf Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis, wobei dann weitere Integrationsanforderungen erfüllt sein müssen.³³ Bei der Fristberechnung sind die Anrechnungsvorschriften des § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG und § 102 Abs. 2 AufenthG heranzuziehen.³⁴

4. Ermessen

Sowohl die »Grundform« der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 S. 1 AufenthG als auch die Erteilung an Kinder nach Abs. 4 S. 4 stehen im Ermessen der Ausländerbehörde. Ob dieses Ermessen vorwiegend zukunftsgerichtet ausgeübt werden muss,³⁵ kann dahinstehen. Maßgebend ist primär der Zweck der Ermächtigungsgrundlage. § 26 Abs. 4 AufenthG dient ebenso wie Abs. 3 dazu, den betroffenen Personen die Perspektive für eine dauerhafte Lebensplanung in Deutschland zu eröffnen. Da es um die Verfestigung eines Aufenthaltes aus humanitären Gründen

²⁷ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, InfAuslR 2007, 340 ff.; a. A. VGH Hessen, Beschluss vom 14.3.2006 - 9 TG 512/06 - juris (10 S., M8520); OVG Niedersachsen, Beschluss vom 29.11.2006 - 11 LB 127/06 - juris (8 S., M9310).

²⁸ Vgl. Pressemitteilung des BVerwG Nr. 54/2008 vom 26.8.2008, www.bundesverwaltungsgericht.de.

²⁹ Vgl. die in der Gesetzesbegründung zum Freibetragsneuregelungsgesetz enthaltene Tabelle, BT-Drs. 15/5446, S. 5.

³⁰ So die Begründung zum Gesetzentwurf, BT-Drs. 15/420, S. 80.

³¹ So auch Burr, a. a. O., Rn. 34; Heinhold, ZAR 2008, S. 161, 168; Kluth u. a., a. a. O., 4/774.

³² So aber Nr. 26.4.4.1 der Berliner Verwaltungsvorschriften und Nr. 26.4.4 der Vorläufigen Anwendungshinweise Baden-Württembergs.

³³ Vgl. dazu Stiegeler, ASYLMAGAZIN 4/2008, S. 4.

³⁴ S. OVG Sachsen, ZAR 2007, 246, 247; Heinhold, ZAR 2008, S. 161, 168.

³⁵ So Heinhold in Anlehnung an OVG Sachsen, ZAR 2007, S. 246, 247.

geht, kommt vor allem humanitären Aspekten ein hoher Rang zu. In Betracht kommt beispielsweise der Umstand, dass die Familie durch das erzwungene Exil die ursprüngliche Lebensgrundlage im Herkunftsland verloren hat, aber auch der Umstand, dass die Kinder im Bundesgebiet eine neue Heimat gefunden haben. Dagegen bestehen erhebliche Bedenken, Gesichtspunkte zu berücksichtigen wie die Dauer des Aufenthalts in Deutschland oder die Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse.³⁶ Denn diese Umstände sind bereits Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes und können daher nicht noch einmal bei der Ermessensausübung Berücksichtigung finden. Ebenso bestehen Bedenken dagegen, eine Fortdauer des Aufenthaltszweckes und der Schutzgründe zu berücksichtigen, da die ursprüngliche Zweckbindung angesichts der Selbstständigkeit von § 26 Abs. 4 AufenthG keine Rolle mehr spielen kann.³⁷

Bei der Ausübung des Ermessens nach § 26 Abs. 4 S. 4 AufenthG wird den oben zitierten gesetzgeberischen Intentionen Rechnung getragen werden müssen. Ferner ist als öffentliches Interesse zu berücksichtigen, dass die Regelung vom Gesetzgeber aus »integrationspolitischen Gründen und zur Wahrung des Kindeswohles« als »zwingend erforderlich« angesehen wurde.³⁸ Es bestehen deshalb Zweifel, ob eine Ermessenspraxis zulässig ist, die im Rahmen von Abs. 4 S. 4 darauf abstellt, ob eine besondere Integrationsleistung des Antragstellers vorliegt.³⁹

Mit dem Verweis auf § 35 AufenthG ist ferner klargestellt, dass auch volljährige Antragsteller in den Genuss der Privilegierung kommen (§ 35 Abs. 1 S. 2 AufenthG). Die Minderjährigkeit muss also nur im Zeitpunkt der Einreise vorgelegen haben.⁴⁰

III. Niederlassungserlaubnis nach § 9 Abs. 2 AufenthG

Nach dieser Vorschrift ist die Niederlassungserlaubnis einem Ausländer zu erteilen, wenn er seit fünf Jahren die Aufenthaltserlaubnis besitzt und ansonsten den in § 9 Abs. 2 Ziff. 2–9 AufenthG geregelten Integrationsanforderungen genügt. Die Vorschrift ähnelt also im Kern § 26 Abs. 4 AufenthG. Sie setzt allerdings nur den fünfjährigen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis voraus. Außerdem handelt es sich um eine Anspruchsnorm.

In der Kommentarliteratur ist umstritten, ob sich der Inhaber einer humanitären Aufenthaltserlaubnis auf § 9 Abs. 2 AufenthG berufen kann.⁴¹ Die wohl überwiegende Meinung qualifiziert die Vorschriften der Absätze 3 und 4 des § 26 als Spezialregelungen, die die Anwendung von § 9 Abs. 2 AufenthG sperren. Dies zu Unrecht. Weder der Wortlaut von § 9 und § 26 AufenthG noch die Gesetzgebungsgeschichte sprechen für diese Auffassung. Vielmehr enthalten sowohl § 26 Abs. 3 als auch Abs. 4 eine privilegierende Regelung: Abs. 3 deshalb, weil er keine Integrationsanforderungen enthält, Abs. 4, weil Zeiten eines erfolglosen Asylverfahrens angerechnet werden müssen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Erteilung einer Niederlassungser-

laubnis nicht auch nach § 9 Abs. 2 AufenthG möglich ist, wenn die zeitlichen Voraussetzungen vorliegen und den in § 2 Abs. 2 Nr. 2–9 AufenthG normierten Integrationsanforderungen genügt wird.⁴²

IV. Fazit

Auch heute, nahezu vier Jahre nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes, hat die Verfestigung des humanitären Aufenthaltsrechts noch keine klaren Konturen angenommen. Dazu trägt auch bei, dass manche Probleme offenbar bei den Instanzgerichten noch gar nicht angekommen sind. Auch in der Behördenpraxis gibt es immer noch erhebliche Unterschiede in der Interpretation der Vorschriften. Dies demonstrieren nicht zuletzt die unterschiedlichen vorläufigen Anwendungshinweise bzw. Verwaltungsvorschriften der Bundesländer. Einen eindeutigen Trend gibt es jedoch: Viele Ausländer mit humanitärem Aufenthaltsrecht finden Arbeit nur noch im Niedriglohnssektor. Dies führt zunehmend zu Schwierigkeiten beim Nachweis der Sicherung des Lebensunterhaltes. Die Folgen zeigen sich beim Familiennachzug und bei der Verfestigung. Hier muss die weitere Entwicklung aufmerksam beobachtet werden.

³⁶ So aber Kluth u. a., a. a. O., 4/773.

³⁷ A. A. Kluth u. a., a. a. O.

³⁸ Vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/420, S. 80.

³⁹ So aber offenbar VG Berlin, InfAuslR 2008, 217.

⁴⁰ Vgl. HK-AuslR/Fränkell, a. a. O., Rn. 27.

⁴¹ Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei Heinhold, ZAR 2008, 161, 162.

⁴² So auch Heinhold, ZAR 2008, 161, 162 und HK-AuslR/Müller, § 9, Rn. 13.