

Sachgebiet: BVerwGE: ja  
Ausländerrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

AufenthG § 5 Abs. 3 Satz 2, § 25 Abs. 2, § 26 Abs. 4,  
§ 81 Abs. 4 und Abs. 5, § 102 Abs. 2  
AuslG 1990 § 69 Abs. 3

Stichworte:

Niederlassungserlaubnis; Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen; Verlängerungsantrag; Fiktionswirkung; Fiktionszeit; Fortgeltungsfiktion; Berechnung von Aufenthaltszeiten; Passpflicht; Absehen von Passpflicht; Ermessensreduzierung auf Null.

Leitsatz:

Besteht kein Anspruch auf Verlängerung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis, kann die Zeit der Fiktionswirkung des Verlängerungsantrags nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht auf die für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG erforderliche Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis seit sieben Jahren angerechnet werden.

Urteil des 1. Senats vom 30. März 2010 - BVerwG 1 C 6.09

I. VG Ansbach vom 2.04.2008 - Az.: VG AN 5 K 07.2312 -  
II. VGH München vom 4.02.2009 - Az.: VGH 19 B 08.2774 -



# **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 1 C 6.09  
VGH 19 B 08.2774

Verkündet  
am 30. März 2010  
Wahl  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 2010 durch die Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts Eckertz-Höfer, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig, die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Beck, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Fricke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Landesadvokatur Bayern wird das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 4. Februar 2009 geändert und die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Ansbach vom 2. April 2008 zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens.

#### G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger begehrt die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, hilfsweise einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen und wendet sich zugleich gegen die ihm angedrohte Abschiebung in den Irak.

- 2 Der 1968 geborene Kläger ist irakischer Staatsangehöriger kurdischer Volkszugehörigkeit. Er reiste am 16. Mai 2000 in das Bundesgebiet ein und beantragte Asyl. Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (jetzt: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) - Bundesamt - stellte mit Bescheid vom 14. März 2001 fest, dass bei dem Kläger die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG hinsichtlich des Irak vorliegen. Die Ausländerbehörde der Beklagten erteilte dem Kläger daraufhin am 28. März 2001 eine auf ein Jahr befristete und dann jeweils verlängerte Aufenthaltsbefugnis, die nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes als Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG, zuletzt bis zum 5. September 2006 verlängert wurde.
- 3 Mit Bescheid vom 2. Januar 2006 widerrief das Bundesamt die Flüchtlingsanerkennung des Klägers und stellte zugleich fest, dass keine Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG im Hinblick auf den Irak vorliegen. Diese Entscheidung wurde am 19. Mai 2006 bestandskräftig.
- 4 Am 4. September 2006 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis. Er erhielt aufgrund der Antragstellung eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG bis zum 3. März 2007, die später bis zum 3. September 2007 verlängert wurde. Im Mai 2007 beantragte er ferner die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis.
- 5 Nach Anhörung des Klägers lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 2. August 2007, zugestellt am 6. August 2007, sowohl die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis als auch die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis ab und drohte dem Kläger die Abschiebung in den Irak an. Zur Begründung führte die Beklagte aus, dass wegen des Widerrufs der Flüchtlingsanerkennung und der Verneinung von Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG durch das Bundesamt als Rechtsgrundlagen für einen Anspruch des Klägers auf einen humanitären Aufenthaltstitel nur §§ 23, 25 Abs. 4 und 5 sowie § 26 Abs. 4 AufenthG in Betracht kämen. Der Kläger erfülle aber weder die Voraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG i.V.m. der Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern (in Umsetzung des Bleiberechtsbeschlusses der Innenministerkonferenz vom 17. November 2006)

noch die Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 oder 5 AufenthG. Auch ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG scheidet aus, da der Kläger die erforderliche Frist eines mindestens siebenjährigen Besitzes eines Aufenthaltstitels bei Ablauf der zuletzt erteilten Aufenthaltserlaubnis am 5. September 2006 noch nicht erreicht habe. Die Zeiten des Besitzes einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 i.V.m. Abs. 4 AufenthG seien nicht anzurechnen.

- 6 Die dagegen gerichtete Klage hat das Verwaltungsgericht Ansbach mit Urteil vom 2. April 2008 abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG komme nicht in Betracht, weil der Kläger nicht seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen besitze. Die Zeit von seiner Asylantragstellung im Mai 2000 bis zum Ablauf seiner Aufenthaltserlaubnis im September 2006 betrage weniger als sieben Jahre. Die anschließende Zeit der Fiktionswirkung des Verlängerungsantrags vom 4. September 2006 bis zur Entscheidung der Beklagten über diesen Antrag im August 2007 sei dabei nicht anzurechnen. Die Fiktion des Fortbestehens des Aufenthaltstitels nach § 81 Abs. 4 AufenthG sei mit dem Besitz des Aufenthaltstitels im Sinne von § 26 Abs. 4 AufenthG nicht gleichzustellen. Dafür, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in § 81 Abs. 4 AufenthG die Rechtsposition des Ausländers im Vergleich zu der Vorgängerregelung in § 69 Abs. 3 AuslG 1990 derart habe verbessern wollen, dass die Zeit der Fiktionswirkung in die Siebenjahresfrist des § 26 Abs. 4 AufenthG einzurechnen sei, gebe es keine Anhaltspunkte. Die Ersetzung der bisherigen Erlaubnisfiktion durch eine Titelfortbestandsfiktion sei nur der Abschaffung der Doppelspurigkeit von Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisrecht durch das Zuwanderungsgesetz geschuldet. Mit der Neuregelung habe lediglich sichergestellt werden sollen, dass der betroffene Ausländer während der Schwebezeit in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht so gestellt werde, wie er durch seinen abgelaufenen Aufenthaltstitel gestanden habe. Eine Verfestigung des noch ungeklärten Aufenthaltsrechts für die Zukunft sei damit aber nicht bezweckt gewesen.

- 7 Auch der hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stehe dem Kläger, wie in dem angefochtenen Bescheid zutreffend ausgeführt, nicht zu. Demnach sei auch die Abschiebungsandrohung nicht zu beanstanden.
- 8 Auf die Berufung des Klägers hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof mit Urteil vom 4. Februar 2009 (InfAuslR 2009, 335) das Urteil des Verwaltungsgerichts sowie den Bescheid der Beklagten aufgehoben und diese verpflichtet, dem Kläger eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt: Dem Kläger stehe ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zu. Er erfülle zum einen die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 AufenthG i.V.m. der Übergangsregelung in § 104 Abs. 2 AufenthG, da sein Lebensunterhalt gesichert sei und er über ausreichenden Wohnraum und einfache Deutschkenntnisse verfüge. Zum anderen erfülle er auch das Erfordernis des siebenjährigen Besitzes einer humanitären Aufenthaltserlaubnis. Auf diese Frist sei gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG auch die Zeit von der Stellung des Antrags auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bis zur Entscheidung der Behörde über den Antrag (sog. Fiktionszeit) anzurechnen. Dies ergebe sich unmittelbar aus dem Wortlaut, dem Sinn und Zweck sowie der Entstehungsgeschichte, vor allem aus der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 81 Abs. 4 AufenthG. Wenn es dort heiße, dass der bisherige Aufenthaltstitel „mit allen sich daran anschließenden Wirkungen“ als fortbestehend gelte, seien damit nicht nur die arbeits- und sozialrechtlichen Wirkungen, sondern sämtliche Wirkungen des Aufenthaltstitels - einschließlich der Rechtsfolgen in § 26 Abs. 4 AufenthG - gemeint. Der Gesetzgeber habe anders als bei der Vorgängerregelung des § 69 Abs. 3 AuslG 1990 bewusst nicht nur eine Erlaubnisfiktion, sondern eine Titelfiktion angeordnet und damit die Fiktionswirkung insgesamt auf eine neue Grundlage gestellt. Daraus ergebe sich eine wesentliche Verbesserung der Rechtsstellung der Betroffenen, die zugleich der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzes Rechnung trage, Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfähigkeit zu ermöglichen und zu gestalten. Die Fiktion des Titels stehe daher dem Besitz des Titels gleich. Sie wolle sicherstellen, dass Vorschriften, die - wie § 26 Abs. 4 AufenthG - an den Besitz eines Aufenthaltstitels anknüpfen, weiterhin anwend-

bar blieben. Die Ausländerbehörde hätte es ansonsten in der Hand, durch „planvolles Nichtentscheiden“ über den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder Erteilung der Niederlassungserlaubnis das Erreichen der Siebenjahresfrist des § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zu verhindern und dem Betroffenen damit den durch diese Vorschrift garantierten Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Einräumung eines Daueraufenthaltsrechts zu nehmen, obwohl der Betroffene auch während des Fiktionszeitraums an seiner Integration arbeite und damit eine Anwartschaft auf aufenthaltsrechtliche Verfestigung erwerbe. In seinem Vertrauen hierauf sei er schutzwürdig und auch schutzbedürftig. Die Fiktion des Aufenthaltstitels stelle diesen Schutz sicher, indem sie für den Zeitraum, den die Behörde zu ihrer Entscheidung benötige, eine Hemmung des Fristlaufs verhindere. Durch die Anrechnung des Fiktionszeitraums werde zugleich auch ein Konflikt mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes und dem Anspruch auf ein faires Verfahren vermieden. Dabei bleibe es der Ausländerbehörde unbenommen, den Eintritt der Anspruchsvoraussetzungen durch eine rasche ablehnende Entscheidung vor Ablauf der Siebenjahresfrist zu verhindern.

- 9 Der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis stehe auch nicht entgegen, dass die humanitären Gründe für die Aufenthaltserlaubnis nach dem Widerruf der Flüchtlingsanerkennung des Klägers entfallen seien. § 26 Abs. 4 AufenthG verlange nämlich nicht, dass zum Zeitpunkt der Erteilung der Niederlassungserlaubnis die Voraussetzungen für die Erteilung oder Verlängerung der humanitären Aufenthaltserlaubnis noch vorlägen. Es genüge vielmehr, dass der Ausländer sich noch im Besitz einer humanitären Aufenthaltserlaubnis befinde, was bei dem Kläger wegen des Titelbesitzes infolge der Fiktionswirkung der Fall sei.
- 10 Schließlich sei auch das der Ausländerbehörde nach § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zustehende Ermessen vorliegend auf Null reduziert. Lügen die strengen Anforderungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG vor, sei durch den Normzweck und die gesetzgeberische Intention, Zuwanderung zu ermöglichen und zu gestalten, regelmäßig - und so auch hier - eine Ermessensausübung zugunsten des Betroffenen intendiert. Ebenso wenig stehe die Nichterfüllung der Passpflicht der Erteilung einer Nie-

derlassungserlaubnis entgegen. Denn hiervon könne gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nach Ermessen abgesehen werden. Die Voraussetzungen hierfür seien aufgrund der feststehenden Identität des Klägers erfüllt.

- 11 Gegen diese Entscheidung wendet sich die beteiligte Landesadvokatur Bayern mit ihrer Revision. Sie rügt die Verletzung von § 5 AufenthG in Bezug auf die Erfüllung der Passpflicht sowie die Verletzung von § 26 Abs. 4 AufenthG wegen der Anrechnung der Fiktionszeit auf den siebenjährigen Besitz eines Aufenthaltstitels. Ferner bemängelt sie, dass der Verwaltungsgerichtshof sowohl hinsichtlich des Absehens von der Passpflicht als auch hinsichtlich der Erteilung der Niederlassungserlaubnis eine Ermessensreduzierung auf Null angenommen habe.
- 12 Der Kläger verteidigt das angefochtene Urteil und sieht die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs auch durch die inzwischen erlassene Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz bestätigt. Nach deren Nr. 26.4.8 würden Zeiten des Besitzes einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 4 AufenthG zu einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen auf die Siebenjahresfrist angerechnet. Im Übrigen verweist er darauf, dass er der Beklagten inzwischen einen gültigen irakischen Reisepass vorgelegt habe.
- 13 Der Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht hat sich am Verfahren beteiligt. Nach seiner Auffassung ist bei der Frage, ob der Fiktionszeitraum des § 81 Abs. 4 AufenthG bei der Berechnung der Siebenjahresfrist zu berücksichtigen sei, zu differenzieren: Werde dem Antrag des Ausländers auf Verlängerung des Aufenthaltstitels entsprochen, sei der Fiktionszeitraum anzurechnen. Werde jedoch die Verlängerung des Aufenthaltstitels letztlich abgelehnt, dürften diese Zeiten nicht berücksichtigt werden. In diesem Sinne sei auch der vom Kläger angeführte Passus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz zu verstehen. Der Grund für die Fiktionswirkung bestehe ausweislich der Gesetzesbegründung darin, die arbeits- und sozialrechtliche Position des Ausländers während des Schwebezustandes zu stärken. Dagegen bezwecke die Regelung nicht, die Rechtsposition des Ausländers dahingehend zu verbessern, dass der rechtsunsichere Zeitraum der

Fiktionswirkung bei Ablehnung der Verlängerung gleichwohl als anrechenbare Zeit des Besitzes des Aufenthaltstitels zu betrachten sei, die zur Aufenthaltsverfestigung führen könne.

## II

- 14 Die Revision der Landesadvokatur Bayern ist begründet. Das Berufungsurteil beruht auf der Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, dass dem Kläger ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG zusteht, ist mit Bundesrecht nicht vereinbar. Der Verwaltungsgerichtshof hat zu Unrecht die Fiktionszeiten nach § 81 Abs. 4 AufenthG den Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne von § 26 Abs. 4 AufenthG gleichgestellt. Da der Kläger mangels Besitzes eines humanitären Aufenthaltstitels seit sieben Jahren im Sinne von § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG die Voraussetzungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach dieser Vorschrift nicht erfüllt, hat sein Hauptantrag keinen Erfolg (1.). Auch mit seinem Hilfsantrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen kann er nicht durchdringen (2.). Folglich ist auch die in dem angefochtenen Bescheid verfügte Abschiebungsandrohung rechtlich nicht zu beanstanden (3.). Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und das die Klage insgesamt abweisende Urteil des Verwaltungsgerichts wiederherzustellen (§ 144 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 VwGO).
- 15 1. Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung des mit dem Hauptantrag verfolgten Verpflichtungsbegehrens auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis ist grundsätzlich die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung in der Tatsacheninstanz, hier also im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung am 4. Februar 2009. Es ist deshalb auf die Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl I S. 162) abzustellen, die - soweit hier einschlägig - auch derzeit noch unverändert gelten.
- 16 Nach § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt (Abschnitt 5: Aufenthalt

aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen) - im Folgenden: humanitäre Aufenthaltserlaubnis - besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG wird auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder Duldung vor dem 1. Januar 2005 angerechnet. Ferner wird gemäß § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG abweichend von § 55 Abs. 3 AsylVfG die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens auf die Frist angerechnet.

- 17 Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach dieser Bestimmung müssen grundsätzlich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung der Tatsacheninstanz erfüllt sein (Urteil vom 10. November 2009 - BVerwG 1 C 24.08 - zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung BVerwGE bestimmt - im Anschluss an das Urteil vom 22. Januar 2002 - BVerwG 1 C 6.01 - BVerwGE 115, 352 <355>).
- 18 a) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts erfüllt der Kläger nicht die Voraussetzung des Besitzes einer humanitären Aufenthaltserlaubnis seit sieben Jahren im Sinne von § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG. Denn er hat unter Berücksichtigung der anrechenbaren Zeit seines Asylverfahrens nach § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG und der Zeit des Besitzes von Aufenthaltsbefugnissen nach § 102 Abs. 2 AufenthG zusammen mit den Besitzzeiten einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 AufenthG nur eine Zeit von sechs Jahren und dreieinhalb Monaten erreicht. Die Zeiten der anschließenden Fiktionswirkung des Verlängerungsantrags nach § 81 Abs. 4 AufenthG (vom 6. September 2006 bis zur Zustellung des Ablehnungsbescheides am 6. August 2007) können diesen Zeiten nicht hinzugerechnet werden, weil sie den Zeiten des Besitzes einer humanitären Aufenthaltserlaubnis im Sinne von § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG nicht gleichzustellen sind.
- 19 Dabei ist vorab klarzustellen, dass sich die hier aufgeworfene Frage der Anrechenbarkeit nur bei Zeiten der Fiktionswirkung eines Verlängerungsantrags oder eines Antrags auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis stellt, die am

Ende der Titelbesitzzeit liegen und die nicht in einen positiven Bescheid der Ausländerbehörde münden. Denn die Berücksichtigung von Fiktionszeiten, die zur Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels geführt haben und damit zwischen zwei Titelbesitzzeiten liegen, ist unproblematisch (vgl. auch Nr. 26.4.8 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz des Bundesministeriums des Innern - AVwV AufenthG -, GMBI 2009, 878).

- 20 aa) Aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 81 Abs. 4 AufenthG können nach Auffassung des Senats keine eindeutigen Schlüsse auf eine Anrechenbarkeit oder Nichtanrechenbarkeit der Zeiten der Fiktionswirkung im Rahmen von § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG gezogen werden. Nach § 81 Abs. 4 AufenthG gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend, wenn ein Ausländer die Verlängerung seines Aufenthaltstitels oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels beantragt. Insofern ist in der Formulierung gegenüber der Vorgängervorschrift des § 69 Abs. 3 AuslG 1990 eine Änderung zu verzeichnen, da diese Bestimmung in vergleichbaren Fällen anordnete, dass „der Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt gilt“. Diese Änderung lässt allerdings nicht, wie das Berufungsgericht meint, eindeutig den Schluss auf eine vollständige Gleichstellung der Fiktion mit dem Besitz eines Aufenthaltstitels zu. Eindeutig in diesem Sinne wäre eine Formulierung, die anordnete, dass der bisherige Aufenthaltstitel bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde fortgilt. Die hier gewählte Formulierung, dass der Aufenthaltstitel bis zu diesem Zeitpunkt „als fortbestehend“ gilt, kann auch als Hinweis auf einen Unterschied zwischen dem fiktiven Fortbestehen eines Aufenthaltstitels und dem tatsächlichen Titelbesitz verstanden werden. Auch die Aussage in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 81 Abs. 4 AufenthG (BTDrucks 15/420, S. 96), dass der bisherige Aufenthaltstitel „mit allen sich daran anschließenden Wirkungen“ bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend gelten soll, mag zwar auf den ersten Blick für eine Gleichstellung mit dem Besitz eines Aufenthaltstitels sprechen. Angesichts der weiteren Ausführung in der Gesetzesbegründung ist aber keineswegs sicher, dass mit diesen Wirkungen nach der Vorstellung des Gesetzgebers auch materiellrechtliche Folgen in Bezug auf das Bestehen des noch streitigen und ungeklärten Anspruchs auf Ver-

längerung oder Erteilung des Aufenthaltstitels selbst gemeint waren. Die Formulierung in der Begründung des Gesetzentwurfs kann auch dahingehend verstanden werden, dass damit nur alle außerhalb des Aufenthaltstitels selbst liegenden Wirkungen, etwa hinsichtlich der Berechtigung zur Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit, aber auch die sonstigen Wirkungen im Sozialrecht sowie die durch den Aufenthaltstitel ermöglichten Reisen im Schengen-Raum und die Wiedereinreise nach Deutschland angesprochen werden sollten, die sich aus der mit der Fiktionswirkung bezweckten vorläufigen Besitzstandswahrung ergeben.

- 21 bb) Entscheidend sprechen allerdings der Sinn und Zweck der Regelung des § 81 Abs. 4 AufenthG einerseits und der des § 26 Abs. 4 AufenthG andererseits sowie die Gesamtsystematik des Aufenthaltsgesetzes gegen eine Gleichstellung der Fiktionszeiten nach § 81 Abs. 4 AufenthG mit den Zeiten des Titelbesitzes. Sinn und Zweck der neugestalteten Fiktionswirkung in § 81 Abs. 4 AufenthG war es, der Neuordnung des Arbeitsgenehmigungsrechts durch das Zuwanderungsgesetz gerecht zu werden. Da nunmehr nach § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG Ausländer eine Erwerbstätigkeit nur ausüben dürfen, wenn der Aufenthaltstitel sie dazu berechtigt, war es zwingend erforderlich, die bisher über das gesonderte Arbeitsgenehmigungsrecht mögliche Fortsetzung der Erwerbstätigkeit während eines noch ungeklärten Anspruchs auf Verlängerung oder Neuerteilung einer Aufenthaltserlaubnis durch eine fiktive Aufrechterhaltung des Aufenthaltstitels sicherzustellen (für die Dauer des Antragsverfahrens bei der Ausländerbehörde in § 81 Abs. 4 AufenthG, für das Widerspruchs- und Klageverfahren in § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG; zu dieser grundlegenden Umgestaltung des Arbeitsgenehmigungsverfahrens vgl. auch Urteile vom 8. Dezember 2009 - BVerwG 1 C 14.08 und BVerwG 1 C 16.08 - zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung BVerwGE bestimmt). Dass darüber hinaus durch § 81 Abs. 4 AufenthG auch die aufenthaltsrechtlichen Verfestigungsmöglichkeiten im Vergleich zum bisher geltenden Recht - unabhängig von der materiellen Rechtslage - grundlegend umgestaltet und verbessert werden sollten, ist dagegen nicht ersichtlich. Vielmehr spricht alles dafür, dass die Fortbestandsfiktion ebenso wie früher die Fiktion eines erlaubten Aufenthalts nach § 69 Abs. 3 AuslG 1990 nur vorläufigen Charakter bis zur Entscheidung der

Ausländerbehörde haben und sich auf die Beurteilung des materiellen Anspruchs auf Verlängerung oder Neuerteilung eines anderen Aufenthaltstitels nicht auswirken sollte (zur früheren Rechtslage ausführlich Urteil vom 22. Januar 2002 a.a.O. S. 359). Denn ein Antragsteller soll durch die verspätete Entscheidung über seinen Antrag nicht schlechter, aber auch nicht besser gestellt werden, als wenn die Behörde alsbald entschieden hätte. Daher hat auch die Fiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG besitzstandswahrende, nicht aber rechtsbegründende Wirkung.

- 22 Nicht zutreffend ist daher auch die im Anschluss an das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs im vorliegenden Verfahren vertretene Ansicht (Pfersich, ZAR 2009, 147, Anmerkung zu VGH Kassel, Beschluss vom 15.10.2008 - 11 B 2104/08 - ZAR 2009, 146), dass die Neuregelung der Fiktionswirkung in § 81 Abs. 4 AufenthG nicht nur eine verfahrensrechtliche, sondern eine materiellrechtliche Position vermittele. Diese verbessere nicht nur die Möglichkeiten der Aufenthaltsverfestigung in Gestalt einer Niederlassungserlaubnis, sondern wirke sich auch bei der aufenthaltsrechtlichen Stellung von türkischen Arbeitnehmern im Rahmen von Art. 6 ARB 1/80 dahingehend aus, dass die Fiktionszeiten als gesicherte aufenthaltsrechtliche Position für eine ordnungsgemäße Beschäftigung im Sinne dieser Bestimmungen ausreichen. Für die Annahme einer derart weitgehenden Änderung der bisherigen Rechtslage bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Wie der Vertreter des Bundesinteresses zutreffend bemerkt, würde eine derartige materiellrechtliche Wirkung der Fiktion die Stellung unbegründeter Verlängerungsanträge und eine Verzögerung des Verfahrens durch den Antragsteller geradezu herausfordern. Sie würde es auch der Ausländerbehörde ermöglichen, durch den Zeitpunkt ihrer Entscheidung Einfluss auf die materielle Rechtslage zu nehmen. Dies war vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt.
- 23 Auch mit Blick auf den hier einschlägigen § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist eine Gleichstellung von Zeiten des Besitzes eines Aufenthaltstitels und Zeiten der Fiktionswirkung eines Verlängerungsantrags mit dem Sinn und Zweck der Regelung nur schwer vereinbar. Es mag zwar zutreffen, dass die Niederlassungserlaubnis nach dieser Vorschrift - anders als die Niederlassungserlaubnis nach

§ 26 Abs. 3 AufenthG - das Fortbestehen der ursprünglich gegebenen humanitären Gründe nicht voraussetzt. Das Gesetz verlangt aber jedenfalls auch im Falle des § 26 Abs. 4 AufenthG, dass der Ausländer im Zeitpunkt der Erteilung der Niederlassungserlaubnis noch im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ist. Damit setzt die Vorschrift nicht nur den durchgehenden Titelbesitz seit sieben Jahren, sondern auch einen nahtlosen Übergang zwischen der humanitären Aufenthaltserlaubnis und der Niederlassungserlaubnis voraus. Der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen gilt als Beleg für das Vorliegen humanitärer Gründe (vgl. auch § 26 Abs. 2 AufenthG). Diese gesetzliche Vermutung gilt bei Zeiten der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 AufenthG aber gerade nicht. Jedenfalls dann, wenn letztendlich die Verlängerung oder Neuerteilung eines Aufenthaltstitels abgelehnt wird, wäre es nicht nachvollziehbar, wenn derartige Zeiten zur Verfestigung des Aufenthalts führen würden.

- 24 cc) Schließlich besteht auch unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und des fairen Verfahrens keine Notwendigkeit der Anrechnung der Fiktionszeiten im Rahmen von § 26 Abs. 4 AufenthG. Eine befriedigende Lösung der vom Verwaltungsgerichtshof angesprochenen Fallgestaltungen ist auf anderem Wege und mit sachgerechterem Ergebnis möglich.
- 25 Im Fall des Klägers sind diese Verfassungsgrundsätze - anders als der Verwaltungsgerichtshof meint - schon von vornherein nicht berührt. Denn der Kläger hat durch die Dauer des Verfahrens keine Nachteile erlitten. Auch wenn über die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis gleich nach Ablauf des vorangegangenen Titels negativ entschieden worden wäre, wäre die Siebenjahresfrist nicht erfüllt gewesen und er hätte - da kein Verlängerungsanspruch aus humanitären Gründen bestand - keine Chance zum Erwerb einer Niederlassungserlaubnis gehabt. Er wäre also bei einer zeitnahen Entscheidung der Behörde nicht besser gestellt und ist deshalb durch die angeblich „verspätete“ Entscheidung der Behörde auch nicht benachteiligt. Vielmehr wäre er umgekehrt bei Anrechnung der Fiktionszeiten ohne zugrundeliegenden materiellen Verlängerungsanspruch durch die spätere Entscheidung der Behörde, also allein auf-

grund der Verfahrensdauer, besser gestellt, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund besteht.

- 26 Für den - hier nicht gegebenen - Fall eines fortbestehenden Verlängerungsanspruchs, dem die Behörde zu Unrecht nicht nachkommt, kann dieser im Klageweg verfolgt werden und damit nach der Rechtsprechung des Senats letztlich auch ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über eine Niederlassungserlaubnis durchgesetzt werden. Denn in diesem Fall wären sowohl die Zeiten eines inzident festzustellenden Anspruchs auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis anzurechnen als auch das Erfordernis des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung durch die Feststellung eines solchen Rechtsanspruchs als erfüllt anzusehen. Entsprechendes gilt, wenn der Ausländer während des Verfahrens nicht nur über einen Anspruch auf Verlängerung seiner humanitären Aufenthaltserlaubnis verfügt, sondern auch einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis erwirbt. Denn in diesem Fall ist im gerichtlichen Verfahren auch inzident zu prüfen, ob der Ausländer einen Anspruch auf Erteilung einer beantragten Niederlassungserlaubnis während des Verfahrens erworben hat, der dann dem Erfordernis des fortbestehenden Besitzes einer humanitären Aufenthaltserlaubnis bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gleichstehen würde.
- 27 Diese Erwägungen zeigen, dass, ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des Senats, eine angemessene Lösung der verschiedenen Fallgestaltungen über das Instrumentarium der inzidenten Prüfung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung des Tatsachengerichts erreicht werden kann, die den Anforderungen eines effektiven Rechtsschutzes und eines fairen Verfahrens entspricht. Demgegenüber bestünde bei einer vom materiellrechtlichen Anspruch losgelösten Anrechnung des Fiktionszeitraums die Gefahr einer ungerechtfertigten Privilegierung eines Ausländers, bei dem keine humanitären Gründe mehr vorliegen, der sich aber wegen eines - aus welchen Gründen auch immer - hinziehenden Verwaltungsverfahrens mit Hilfe der Fiktionszeiten in eine Niederlassungserlaubnis „hinüberrettet“.

- 28 Da der Kläger mangels Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis seit sieben Jahren im Sinne von § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach dieser Vorschrift nicht erfüllt, kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.
- 29 b) Auf die übrigen von der Revision geltend gemachten Rügen kommt es daher nicht mehr an.
- 30 Der Senat bemerkt allerdings, dass der Verwaltungsgerichtshof bei der Prüfung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung der Erfüllung der Passpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG zutreffend davon ausgegangen ist, dass die Ausländerbehörde von dieser Voraussetzung auch im Fall der Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nach Ermessen absehen kann. Das Vorliegen eines Ausnahmefalles ist dafür entgegen der Ansicht der Revision nicht erforderlich. Während § 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG in den Fällen der Erteilung im Einzelnen benannter humanitärer Aufenthaltstitel zwingend ein Absehen von der Anwendung der Absätze 1 und 2 vorschreibt, sieht § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG vor, dass in den übrigen Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 von der Anwendung der Absätze 1 und 2 abgesehen werden kann. Darunter fällt grundsätzlich auch die von Satz 1 der Vorschrift nicht erfasste Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG. Soweit der Senat in seinem Urteil vom 28. Oktober 2008 - BVerwG 1 C 34.07 - (Buchholz 402.242 § 26 AufenthG Nr. 3 = NVwZ 2009, 246) eine Anwendbarkeit von § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG in Fällen der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG verneint hat, bezog sich dies nur auf die Erteilungsvoraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Der Grund hierfür war, dass § 26 Abs. 4 AufenthG mit seiner Verweisung auf § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG hinsichtlich der Sicherung des Lebensunterhalts (in Nr. 3) eine spezielle, abschließende Regelung enthält, die einen Rückgriff auf die allgemeine Regelung in § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG verbietet. Bei der Erteilungsvoraussetzung der Erfüllung der Passpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG ist dies nicht der Fall, so dass § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG insoweit auch bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG anwendbar ist. Dies

entspricht auch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung. Die Möglichkeit, nach Ermessen von der Erfüllung der Passpflicht abzusehen, dient dazu, im Einzelfall der besonderen Situation von Ausländern gerecht zu werden, deren Aufenthalt auf humanitären, völkerrechtlichen oder politischen Gründen beruht und die deshalb unter Umständen mehr Schwierigkeiten bei der Passbeschaffung haben als sonstige Ausländer. Dieser Grundgedanke trifft auch für die Fälle der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG zu.

- 31 Soweit sich die Revision gegen die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs wendet, dass das Ermessen der Behörde sowohl beim Absehen von der Passpflicht nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG als auch bei der Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG auf Null reduziert sei, hätten die Rügen allerdings Erfolg gehabt. Denn in beiden Fällen ist die vom Verwaltungsgerichtshof bejahte Ermessensreduzierung zumindest nicht nachvollziehbar begründet. So reicht für das Absehen von der Passpflicht allein die feststehende Identität des Klägers nicht aus. Für eine Ermessensreduzierung zugunsten der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis dürfte es u.a. an der Berücksichtigung des Umstandes fehlen, dass bei dem Kläger mit dem Widerruf der Flüchtlingsanerkennung die humanitären Gründe für seinen Aufenthalt schon seit längerem weggefallen waren.
- 32 2. Über das mit dem Hilfsantrag verfolgte Begehren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ist nicht mehr in der Sache zu entscheiden, da die Berufung des Klägers insoweit bereits unzulässig ist. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Verwaltungsgerichtshof trotz der allein auf das Hauptbegehren bezogenen Begründung in seinem Beschluss vom 16. Oktober 2008 die Berufung unbeschränkt zugelassen hat, hat der Kläger jedenfalls in Bezug auf das vom Verwaltungsgericht beschiedene und abgewiesene Hilfsbegehren innerhalb der Berufungsbegründungsfrist keinerlei Berufungsgründe geltend gemacht, sondern sich auf die Frage der Anrechnung der Fiktionszeiten für den Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis beschränkt. Die Berufung hinsichtlich des Hilfsbegehrens war deshalb nach § 124a Abs. 3 Satz 4 und 5 VwGO unzulässig. Der Senat kann über den nach

Erfolglosigkeit des Hauptantrags im Revisionsverfahren nunmehr angefallenen Hilfsantrag selbst abschließend entscheiden, da er die Sachurteilsvoraussetzungen eigenständig zu ermitteln und zu beurteilen hat. Ist die Berufung des Klägers danach auch hinsichtlich des Hilfsantrags erfolglos, verbleibt es insoweit ebenfalls bei der Abweisung der Klage durch das Verwaltungsgericht.

- 33 3. Auch die Abschiebungsandrohung in dem angefochtenen Bescheid ist demzufolge rechtlich nicht zu beanstanden.
- 34 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Eckertz-Höfer

Prof. Dr. Dörig

Beck

Prof. Dr. Kraft

Fricke

### B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 5 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG).

Eckertz-Höfer

Beck

Prof. Dr. Kraft