

1. Der Lebensunterhalt eines Ausländers ist im Sinne von § 2 Abs. 3 AufenthG nicht schon dann gesichert, wenn der Ausländer mit seinem Erwerbseinkommen seinen eigenen Bedarf decken könnte, er für seinen Ehepartner und seine Kinder aber auf Leistungen nach dem Zweiten Teil des Sozialgesetzbuches (SGB II) angewiesen ist. Für die Berechnung, ob ein Anspruch auf öffentliche Leistungen besteht, gelten grundsätzlich die sozialrechtlichen Regelungen über die Bedarfsgemeinschaft.

2. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Familienzusammenführungsrichtlinie (RL 2003/86/EG) oder sonstiger unionsrechtlicher Vorgaben sind aufenthaltsrechtlich bei der Berechnung des Hilfebedarfs auch weiterhin die Bestimmungen des SGB II hinsichtlich des Freibetrags für Erwerbstätigkeit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i.V.m. § 30 SGB II und der Werbungskostenpauschale nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II maßgebend.

3. Soweit bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis Ausweisungsgründe vorliegen, die sich auf Straftaten des Ausländers beziehen, wird die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG durch die Sonderregelung in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG verdrängt.

(Amtliche Leitsätze)

BVerwG 1 C 21.09

OVG des Saarlandes - 24.09.2009 - AZ: OVG 2 A 287/08

VG Saarlouis - 29.08.2007 - AZ: VG 5 K 101/07

Bundesverwaltungsgericht

Urteil vom 16.11.2010

In der Verwaltungsstreitsache hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 16. November 2010

durch die Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig und Richter,

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Beck,

den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft und

die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Fricke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes vom 24. September 2009 geändert.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 29. August 2007 wird zurückgewiesen.

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

Gründe

I

Der Kläger, ein 1971 geborener Staatsangehöriger aus Sri Lanka, erstrebt die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aus humanitären Gründen.

Er reiste 1989 nach Deutschland ein und betrieb hier bis 1997 ein Asylverfahren, das erfolglos blieb. Danach wurde er bis März 1998 förmlich geduldet und erhielt dann eine Aufenthaltsbefugnis, die mehrfach verlängert wurde.

2003 heiratete er eine Staatsangehörige aus Sri Lanka. 2004 und 2005 sind aus der Ehe zwei Kinder hervorgegangen. Die Familie hat - mit Unterbrechungen - Wohngeld bezogen. Der Kläger wurde dreimal strafgerichtlich verurteilt, u.a. 1999 wegen Schleusens von Ausländern zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr, die zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Im August 2004 beantragte der Kläger, ihm eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Dies führte zur Verlängerung seiner Aufenthaltsbefugnis bis November 2006. Auf Nachfrage teilte der Beklagte dem Kläger im März 2005 mit, sein Antrag auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis sei durch die Verlängerung seiner Aufenthaltsbefugnis abschlägig beschieden worden. Der hiergegen eingelegte Widerspruch hatte keinen Erfolg. Mit seiner Klage verfolgt der Kläger sein Begehren auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis weiter. Im laufenden Verfahren hat der Beklagte dem Kläger im Dezember 2006 aus humanitären Gründen eine bis November 2008 gültige Aufenthaltserlaubnis erteilt. Im Oktober 2008 hat der Kläger die Verlängerung dieser Aufenthaltserlaubnis beantragt.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen, da der Lebensunterhalt des Klägers nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gesichert sei. Das Obergericht hat den Beklagten verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger könne sich, obwohl er den maßgeblichen Antrag bereits im August 2004 gestellt habe, auf die Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes, insbesondere auf § 26 Abs. 4 und § 9 Abs. 2, stützen. Unter Berücksichtigung der gesetzlich vorgesehenen Anrechnungszeiten sowie der Fiktionszeit des § 81 Abs. 4 AufenthG nach Stellung seines Verlängerungsantrages im Oktober 2008 sei der Kläger seit sieben Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen. Entgegen der Auffassung des Beklagten und des Verwaltungsgerichts sei auch der Lebensunterhalt des Klägers gesichert. Dass das Einkommen des derzeit allein berufstätigen Klägers nicht ausreiche, um auch den Lebensunterhalt seiner Ehefrau und seiner beiden Kinder sicherzustellen, sei unschädlich. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG verlange für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach seinem Wortlaut nur, dass "sein Lebensunterhalt" - also der Lebensunterhalt des Klägers selbst - gesichert sei. Die deutliche Unterscheidung dieser Formulierung von § 9a Abs. 2 Nr. 2 AufenthG - wonach einem Ausländer eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG zu erteilen ist, wenn u.a. "sein Lebensunterhalt und derjenige seiner Angehörigen, denen er Unterhalt zu leisten hat, durch feste und regelmäßige Einkünfte gesichert ist" -, spreche entscheidend dagegen, dass ebenfalls nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Auf-

enthG der Lebensunterhalt auch der Familienangehörigen gesichert sein müsse. Dem stehe nicht entgegen, dass § 9a AufenthG erst im Jahr 2007 in Umsetzung der Richtlinie 2003/109/EG in das Aufenthaltsgesetz eingefügt worden sei und § 9a Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG dem Richtlinienentwurf entspreche. Da bei dieser Gelegenheit nämlich auch § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG an den Text des § 9a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG wortgleich angepasst worden und schon vor der Gesetzesänderung streitig und unklar gewesen sei, ob sich die Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG auf die Bedarfsgemeinschaft erstrecke, dränge sich auf, dass der Gesetzgeber § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG bei der Gesetzesänderung zwar überprüft, eine entsprechende Anpassung der Vorschrift jedoch bewusst unterlassen habe, um die Privilegierung des Ausländers bei der Erteilung der Niederlassungserlaubnis im Gegensatz zu den Vorschriften über den Familiennachzug zu erhalten.

Der Erteilung der Niederlassungserlaubnis stünden Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne des § 26 Abs. 4 i.V.m. § 9 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG nicht entgegen. Diese mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz an § 9a AufenthG angepasste Vorschrift enthalte nunmehr eine allgemeine Güterabwägungsklausel. Die Abwägung falle zu Gunsten des Klägers aus. Da das dem Beklagten in § 26 Abs. 4 AufenthG eröffnete Ermessen nicht auf Null reduziert sei, sei dieser im Ergebnis zur Neuentscheidung verpflichtet. Die Anwendung des § 35 AuslG 1990 (vgl. § 104 Abs. 1 AufenthG) würde für den Kläger zu keinem günstigeren Ergebnis führen, da auch § 35 Abs. 1 AuslG 1990 die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis in das Ermessen der Behörde stelle.

Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beklagte mit seiner Revision. Im Laufe des Revisionsverfahrens hat er auf den Antrag des Klägers vom 17. Oktober 2008 die Aufenthaltserlaubnis bis Dezember 2011 verlängert.

II

8 Die Revision des Beklagten ist begründet. Das Berufungsurteil beruht auf einer Verletzung von Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO). Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Lebensunterhalt des Klägers im Bundesgebiet gesichert und damit die Erteilungsvoraussetzung des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfüllt ist, ohne dabei zu berücksichtigen, dass der Kläger für den Lebensunterhalt seiner Ehefrau und seiner beiden Kinder auf Leistungen nach dem Zweiten Teil des Sozialgesetzbuches - SGB II - angewiesen ist. Dies ist mit Bundesrecht nicht vereinbar. Aufgrund der tatsächlichen Feststellungen im Berufungsurteil kann der Senat in der Sache abschließend entscheiden und das klagabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts wiederherstellen.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist das Begehren des Klägers auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis aus humanitären Gründen. Der Kläger hat den entsprechenden Antrag - damals gerichtet auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nach § 35 Abs. 1 AuslG 1990 - vor Inkrafttreten des

Aufenthaltsgesetzes im Januar 2005 gestellt. Dem Berufungsgericht ist darin zuzustimmen, dass der Antrag gleichwohl auch nach neuem Recht beurteilt werden kann. Zwar sieht § 104 Abs. 1 Satz 1 AufenthG vor, dass über vor Inkrafttreten des Gesetzes gestellte Anträge auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nach altem Recht zu entscheiden ist. Da die Vorschrift aber ausschließlich das Vertrauen des Ausländers schützen und Rechtsnachteile für ihn in der Umstellungsphase vermeiden will, schließt sie die Anwendung des neuen Rechts zu seinen Gunsten nicht aus, zumal der Ausländer jederzeit einen neuen Antrag stellen könnte, der nach neuem Recht zu beurteilen wäre. Der Kläger kann jedoch weder nach neuem noch nach altem Recht eine Niederlassungserlaubnis beanspruchen.

1. Nach neuem Recht ist § 26 Abs. 4 AufenthG maßgeblich. Danach 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 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen.

a) Die Voraussetzung, seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen zu besitzen, ist - bezogen auf den Zeitpunkt der Berufungsentscheidung - unstreitig gegeben, nachdem der Beklagte die humanitäre Aufenthaltserlaubnis des Klägers inzwischen verlängert hat. Unzutreffend ist in diesem Zusammenhang aber die Auffassung des Berufungsgerichts, dass bereits die fiktive Fortgeltung der Aufenthaltserlaubnis, die durch den vom Kläger im Oktober 2008 rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrag ausgelöst worden ist (§ 81 Abs. 4 AufenthG), dem Besitz der Aufenthaltserlaubnis gleichsteht. Dies verletzt Bundesrecht, soweit das Berufungsgericht diese Gleichstellung nicht mit der zusätzlichen Voraussetzung verbunden hat, dass dem Kläger im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung ein Anspruch auf (befristete) Verlängerung der humanitären Aufenthaltserlaubnis zustand (vgl. hierzu Urteil des Senats vom 30. März 2010 - BVerwG 1 C 6.09 - InfAuslR 2010, 343 ff.; zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung BVerwGE vorgesehen).

b) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nicht am Vorliegen eines Ausweisungsgrundes scheitert (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Zwar gelten die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG grundsätzlich auch für die Niederlassungserlaubnis. Soweit es bei der Niederlassungserlaubnis allerdings um Ausweisungsgründe geht, die sich - wie hier - auf Straftaten des Ausländers beziehen, wird die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG durch die Sonderregelung in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG verdrängt.

Danach ist die Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn 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 unter Berücksichtigung der Dauer des bisherigen Aufenthalts und dem Bestehen von Bindungen im Bundesgebiet nicht entgegenstehen. Diese Regelung macht deutlich, dass die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis bei Straftaten des Ausländers nicht (regelmäßig) schon wegen Vorliegens eines Ausweisungsgrundes ausscheiden soll, sondern darüber aufgrund einer umfassenden Abwägung der in der Regelung genannten Rechtsgüter entschieden werden soll. § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG ist zeitgleich mit und bewusst parallel zu der Regelung in § 9a Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 AufenthG (Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG) in das Aufenthaltsgesetz aufgenommen worden. Diese Parallelität ginge verloren, wenn man bei der Niederlassungserlaubnis - anders als bei der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG - zusätzlich zu der in § 9 AufenthG vorgesehenen Abwägung regelmäßig das Nichtvorliegen eines Ausweisungsgrundes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG fordern würde. Im Falle des Klägers ist die Beurteilung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, dass trotz der vom Kläger begangenen Straftaten, die zum Teil allerdings lange zurückliegen, Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung im Sinne des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG einer Erteilung der Niederlassungserlaubnis nicht entgegenstehen. All dies bedarf vorliegend keiner Vertiefung, weil eine Niederlassungserlaubnis für den Kläger schon aus einem anderen Grund ausscheidet.

c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Lebensunterhalt des Klägers als gesichert angesehen (§ 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG). Es hat rechtsfehlerhaft nur auf den eigenen Bedarf des Klägers abgestellt und nicht berücksichtigt, dass es nach der gesetzlichen Regelung auf die Sicherung des Lebensunterhalts der in einer Bedarfsgemeinschaft zusammenlebenden Kernfamilie - hier: bestehend aus dem Kläger, seiner Ehefrau und den beiden minderjährigen Kindern - ankommt. Der Lebensunterhalt der Kernfamilie kann im vorliegenden Fall jedoch nicht ohne Inanspruchnahme von Leistungen nach dem SGB II bestritten werden.

Nach der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ist der Lebensunterhalt eines Ausländers gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Dabei bleiben die in § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG aufgeführten öffentlichen Mittel außer Betracht. Es bedarf mithin der positiven Prognose, dass der künftige Lebensunterhalt des Ausländers auf Dauer ohne Inanspruchnahme anderer öffentlicher Mittel gesichert ist. Dies erfordert einen Vergleich des voraussichtlichen Unterhaltsbedarfs mit den voraussichtlich zur Verfügung stehenden Mitteln. Dabei richtet sich die Ermittlung des Unterhaltsbedarfs und des zur Verfügung stehenden Einkommens seit der Änderung des Rechts der Sozial- und Arbeitslosenhilfe vom 1. Januar 2005 bei erwerbstätigen Ausländern im Grundsatz nach den entsprechenden Bestimmungen des SGB II (vgl. Urteile vom 26. August 2008 - BVerwG 1 C 32.07 - BVerwGE 131, 370 Rn. 19 und vom 7. April 2009 - BVerwG 1 C 17.08 - BVerwGE 133, 329 Rn. 29). Erstrebt ein erwerbsfähiger Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zum Zusammenleben mit seinen

Familienangehörigen in einer häuslichen Gemeinschaft oder lebt er - wie der Kläger - bereits mit seiner Familie zusammen, so gelten für die Berechnung seines Anspruchs auf öffentliche Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II grundsätzlich die Regeln über die Bedarfsgemeinschaft nach § 9 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 7 Abs. 3 SGB II.

Da sich im Grundsatz nach den Maßstäben des Sozialrechts bemisst, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gesichert ist, scheidet in den vom SGB II erfassten Fällen eine isolierte Betrachtung des Hilfebedarfs für jedes einzelne Mitglied der familiären Gemeinschaft aus. Vielmehr gilt in einer Bedarfsgemeinschaft, wenn deren gesamter Bedarf nicht gedeckt werden kann, jede Person im Verhältnis des eigenen Bedarfs zum Gesamtbedarf als hilfebedürftig (§ 9 Abs. 2 Satz 3 SGB II). Diese sogenannte horizontale Berechnungsmethode geht damit generell vom Bedarf der Gemeinschaft insgesamt aus. Durch die Verweisung auf das Sozialrecht ergibt sich daher schon aus der Regelung in § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG, dass im Aufenthaltsrecht die Sicherung des Lebensunterhalts bei erwerbsfähigen Ausländern allgemein - und nicht nur für besondere Fallkonstellationen wie den Familiennachzug - den Lebensunterhalt des mit ihm in familiärer Gemeinschaft lebenden Ehepartners und der unverheirateten Kinder bis zum 25. Lebensjahr umfasst (zur Sicherung des Lebensunterhalts beim Familiennachzug vgl. Urteil vom 16. November 2010 - BVerwG 1 C 20.09 -, zur Veröffentlichung in der Entscheidungssammlung BVerwGE vorgesehen). Gegen diese einheitliche Auslegung des zentralen Begriffs der Sicherung des Lebensunterhalts gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG können weder Wortlaut noch Systematik des Aufenthaltsgesetzes angeführt werden. Es trifft zwar zu, dass das Aufenthaltsgesetz unterschiedliche Formulierungen verwendet. In einigen Vorschriften wird ausdrücklich auf den Ausländer und seine Familienangehörigen Bezug genommen (vgl. etwa § 9a Abs. 2 Nr. 2, § 18a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c, § 21 Abs. 4 Satz 2 und § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG). Andere Vorschriften stellen dagegen nur auf den Ausländer ab (§ 2 Abs. 3 Satz 1, § 9 Abs. 2 Nr. 2, § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 und § 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG). Da § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG jedoch den Begriff der Sicherung des Lebensunterhalts für das gesamte Aufenthaltsrecht definiert und in diesem Zusammenhang auf die einschlägigen sozialrechtlichen Regelungen verweist, ist auch der Unterhaltsbedarf des einzelnen Ausländers nach den sozialrechtlichen Regelungen für die Bedarfsgemeinschaft zu bemessen. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber mit der Definitionsnorm des § 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG andere Vorstellungen verbunden hat. Denn der gesetzlich angeordnete Systemwechsel im Sozialrecht in Form der neuartigen Berechnung des Unterhaltsbedarfs einer Bedarfsgemeinschaft fällt zeitlich zusammen mit dem Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes.

Diese Auslegung des Gebots der Unterhaltssicherung, die auf den Bedarf der familiären Gemeinschaft insgesamt abstellt, entspricht auch Sinn und Zweck der gesetzlichen Erteilungsvoraussetzung. Sie dient dazu, (neue) Belastungen für die öffentlichen Haushalte zu vermeiden (vgl. Urteil vom 26.

August 2008 a.a.O. Rn. 21). Nach der ausdrücklichen Wertung des Gesetzgebers ist die Sicherung des Lebensunterhalts bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln im Aufenthaltsrecht als eine Voraussetzung von grundlegendem staatlichen Interesse anzusehen. Diese bereits im Ausländergesetz 1990 getroffene Wertung wurde durch die Neuregelung des Aufenthaltsrechts im Zuwanderungsgesetz generell noch verstärkt, indem die Sicherung des Lebensunterhalts nunmehr nicht nur bei der Erteilung von Titeln zum Daueraufenthalt, sondern für alle Aufenthaltstitel von einem (Regel-)Versagungsgrund zu einer (Regel-)Erteilungsvoraussetzung heraufgestuft worden ist. Damit sollen die fiskalischen Interessen noch weitergehend geschützt werden. Der Gesetzgeber hat speziell die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG als stärkste Form der Aufenthaltsverfestigung durch Verweis auf § 9 Abs. 2 AufenthG teilweise von besonderen Integrationserfordernissen abhängig gemacht, die über die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG hinausgehen. Anders als die Aufenthaltserlaubnis ist die Niederlassungserlaubnis unbefristet und inhaltlich grundsätzlich unbeschränkt, sofern nicht ausnahmsweise Nebenbestimmungen im Aufenthaltsgesetz zugelassen sind (vgl. etwa § 23 Abs. 2 Satz 4 AufenthG). Sie unterliegt keiner Zweckbindung, berechtigt zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit und verschafft dem Berechtigten ferner den besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Sie ist daher auf den dauerhaften Verbleib eines Ausländers im Bundesgebiet angelegt (vgl. Urteil vom 28. Oktober 2008 - BVerwG 1 C 34.07 - Buchholz 402.242 § 26 AufenthG Nr. 3 Rn. 16 und 20 m.w.N.).

Lebt der Ausländer im Bundesgebiet - wie der Kläger - mit Familienangehörigen zusammen, führt die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis typischerweise auch zu einer tatsächlichen Verfestigung des Aufenthalts der Angehörigen. Die Option, die eheliche oder familiäre Lebensgemeinschaft im Herkunftsland zu führen, rückt damit jedenfalls in die Ferne. Ist die Familie - wie hier - auf Sozialleistungen angewiesen, folgt aus der Aufenthaltsverfestigung eine Perpetuierung der Inanspruchnahme von Sozialleistungen. Zugleich entfällt der aufenthaltsrechtliche Anreiz für die übrigen Mitglieder einer Bedarfsgemeinschaft, eine eigene Erwerbstätigkeit aufzunehmen und dadurch die öffentlichen Kassen zu entlasten. All dies entspricht schwerlich dem Willen des Gesetzgebers.

Nur diese Auslegung wird auch der Lebenswirklichkeit gerecht. Es wäre lebensfremd, wenn man annähme, ein Ausländer, der Alleinverdiener ist, würde von seinem Einkommen zunächst seinen eigenen Bedarf decken und seiner Familie lediglich die verbleibenden Mittel zukommen lassen. Nur diese Auslegung vermeidet auch, was ebenfalls wirklichkeitsfern wäre, dass neben der realen sozialrechtlichen Berechnung, in welcher Höhe der Familie als Bedarfsgemeinschaft Sozialleistungen zustehen, eine fiktive aufenthaltsrechtliche Berechnung vorgenommen wird, ob der einzelne Ausländer - für sich gesehen - seinen Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme von Sozialleistungen bestreiten könnte.

d) Bei der erforderlichen Berechnung des Hilfebedarfs der familiären Bedarfsgemeinschaft sind - im Hinblick auf eine Niederlassungserlaubnis - die Bestimmungen des SGB II weiterhin maßgebend, soweit es den Freibetrag für Erwerbstätigkeit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i.V.m. § 30 SGB II und die Werbungskostenpauschale von 100 € nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II betrifft. Der Senat hat in seinem Urteil vom 26. August 2008 - BVerwG 1 C 32.07 - (a.a.O. Rn. 19) entschieden, dass bei der Berechnung des zur Verfügung stehenden Einkommens diese Beträge zu Lasten des Ausländers zu berücksichtigen sind. Die Notwendigkeit dieser Berücksichtigung ergibt sich, wie ausgeführt, aus der Verweisung des Aufenthaltsgesetzes in § 2 Abs. 3 auf die Bedarfs- und Einkommensermittlung nach den Bestimmungen des Sozialrechts. Diese Entscheidung des nationalen Gesetzgebers bedarf allerdings insoweit der Korrektur, als ihr vorrangiges Unionsrecht entgegensteht. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat in seinem Urteil vom 4. März 2010 in der Rechtssache Chakroun (C-578/08) für den Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie entschieden, dass der Begriff der "Sozialhilfeleistungen des ... Mitgliedstaats" ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist, der nicht anhand von Begriffen des nationalen Rechts ausgelegt werden kann (Rn. 45). Daraus folgt, dass der Freibetrag für Erwerbstätigkeit, der in erster Linie aus arbeitsmarkt- bzw. beschäftigungspolitischen Gründen gewährt wird und eine Anreizfunktion zur Aufnahme bzw. Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit haben soll, im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie bei der Bemessung des Unterhaltsbedarfs nicht zu Lasten des nachzugswilligen Ausländers angerechnet werden darf. Hinsichtlich der Werbungskostenpauschale ergibt sich aus der Entscheidung des Gerichtshofs, dass der Ausländer ggf. einen geringeren Bedarf als die gesetzlich veranschlagten 100 € geltend machen und nachweisen kann. Insoweit hat der Senat im Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie seine gegenteilige Rechtsprechung aufgegeben (Urteil vom 16. November 2010 - BVerwG 1 C 20.09 - Rn. 34). Zu einer weitergehenden Korrektur auch bei Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, bei der keine unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten sind, besteht keine Veranlassung.

e) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts reicht das Einkommen des Klägers nicht aus, um den Lebensunterhalt der Familie insgesamt zu sichern. Das Berufungsgericht hat es als "unstreitig" bezeichnet, dass das Einkommen des Klägers, der "allein berufstätig" sei, nicht hoch genug sei, um nicht nur seinen Lebensunterhalt, sondern auch den Lebensunterhalt seiner Ehefrau und der beiden Kinder sicherzustellen (UA S. 16). Das Gericht hat sich dabei auf eine Berechnung des Beklagten gestützt, die vom Kläger nicht in Zweifel gezogen worden ist. Danach hat der Kläger zum maßgeblichen Zeitpunkt der Berufsentscheidung über ein monatliches Nettoeinkommen von 1 477,74 € verfügt. Zusammen mit dem Kindergeld in Höhe von insgesamt 328 € ergibt sich ein verfügbares Monatseinkommen von 1 805,74 € Abzüglich des Freibetrages und der Werbungskostenpauschale führt dies zu einem maßgeblichen Einkommensbetrag von 1 495,74 € monatlich. Nach den Maßstäben

des SGB II beträgt der Gesamtbedarf der Familie des Klägers 1 660,92 € Damit verfehlt der Kläger diesen Bedarfsbetrag um etwa 165 € im Monat.

Der Senat weist in diesem Zusammenhang auf die Regelung über den - allerdings antragsabhängigen - Kinderzuschlag in § 6a BKGG hin. In Fällen, in denen nur der Lebensunterhalt von Kindern nicht vollständig aus eigenen Mitteln bestritten werden kann, kann der Bezug eines - nach § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG unschädlichen - Kinderzuschlags unter bestimmten Voraussetzungen dazu verhelfen, eine Inanspruchnahme von Leistungen der Grundsicherung nach dem SGB II zu vermeiden. Sollten die gesetzlichen Voraussetzungen des § 6a BKGG bei der Familie des Klägers vorliegen und sollte deshalb der Bezug von Leistungen nach dem SGB II entfallen, wäre der Lebensunterhalt im Sinne von § 2 Abs. 3 AufenthG als gesichert anzusehen.

f) Von der Erteilungsvoraussetzung der Unterhaltssicherung kann vorliegend nicht durch Rückgriff auf die Regelung des § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG abgesehen werden. Der Gesetzgeber hat die durch eine Niederlassungserlaubnis gestärkte Rechtsposition in § 26 Abs. 4 AufenthG von dem in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG genannten Erfordernis der Sicherung des Lebensunterhalts abhängig gemacht. Von dieser Voraussetzung kann nach der Gesetzessystematik nur unter den besonderen in § 9 Abs. 2 Satz 6 AufenthG normierten - hier nicht vorliegenden - Voraussetzungen abgesehen werden. Ein Rückgriff auf die allgemeine Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, wonach ohne Normierung konkreter Voraussetzungen von der Anwendung der Absätze 1 und 2 des § 5 AufenthG - und damit auch von dem Erfordernis der Unterhaltssicherung - abgesehen werden kann, ist daher nicht möglich. Vielmehr trifft § 9 Abs. 2 Satz 6 AufenthG insoweit eine abschließende Regelung und macht die Unterhaltssicherung bei der Niederlassungserlaubnis - anders als im Anwendungsbereich des § 5 AufenthG - mithin nicht zu einer Regelerteilungsvoraussetzung, sondern zu einer zwingenden Erteilungsvoraussetzung (vgl. Urteil vom 28. Oktober 2008 a.a.O. Rn. 20).

g) Die Ablehnung der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis verstößt vorliegend weder gegen Art. 6 GG noch gegen Art. 8 ERMK. Der Kläger wird durch die Versagung der begehrten Niederlassungserlaubnis nicht daran gehindert, weiter mit seiner Ehefrau und den beiden Kindern in Deutschland zusammenzuleben. Es geht nicht um die Beendigung des Aufenthalts, sondern allein um die Frage, ob der Kläger seinen Aufenthalt im Bundesgebiet - und damit die Fortsetzung seiner familiären Lebensgemeinschaft - auf einen befristeten Aufenthaltstitel oder eine auf Dauer angelegte Niederlassungserlaubnis stützen kann (vgl. hierzu nochmals Urteile vom 28. Oktober 2008 a.a.O. Rn. 23 ff. sowie vom 30. April 2009 - BVerwG 1 C 3.08 - Buchholz 402.242 § 5 AufenthG Nr. 5 Rn. 18 ff.). Die Voraussetzungen, unter denen das Bundesverfassungsgericht in seinem Kammerbeschluss vom 11. Mai 2007 - 2 BvR 2483/06 - (NVwZ 2007, 1302) eine Diskriminierung der Ehe angenommen hat, liegen hier nicht vor. Auch aus dem Verbot der Diskriminierung der durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Ehe

ergibt sich vorliegend kein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis. Gegen dieses Verbot würde es verstoßen, wenn einem Ehegatten der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet nur wegen des Bestehens einer ehelichen Lebensgemeinschaft versagt würde, er dagegen bei einer Trennung von seinem Ehepartner ein eigenständiges Aufenthaltsrecht hätte. Im Fall des Klägers ist - von anderem abgesehen - im Übrigen auch offen, ob sein eigener Lebensunterhalt nach einer Trennung von seiner Ehefrau bzw. seiner Familie insgesamt und den dadurch entstehenden Unterhaltszahlungen sowie den Abzügen für den Freibetrag und die Werbungskosten gesichert wäre (zum Diskriminierungsverbot vgl. auch Urteil 16. November 2010 - BVerwG 1 C 20.09 - Rn. 30 ff.).

Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach neuem Recht scheidet demnach aus.

2. Auch nach altem Recht kommt eine Niederlassungserlaubnis nicht in Betracht. Gemäß § 35 Abs. 1 i.V.m. § 24 Abs. 1 Nr. 6 AuslG 1990 setzt dies voraus, dass kein Ausweisungsgrund vorliegt. Daran scheitert ein Anspruch des Klägers, weil die von ihm vorsätzlich begangenen und insgesamt noch nicht getilgten Straftaten einen Ausweisungsgrund im Sinne von § 46 Nr. 2 AuslG 1990 darstellen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 und 2 VwGO.

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