

Wappen Berlins und Brandenburgs

**OBERVERWALTUNGSGERICHT
BERLIN-BRANDENBURG**

**IM NAMEN DES VOLKES
URTEIL**

**OVG 12 B 20.08
VG 19 A 218.07 Berlin**

In der Verwaltungsstreitsache

Klägerin und Berufungsklägerin,

bevollmächtigt:

g e g e n

das Land Berlin, vertreten durch
das Landesamt für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten,
- Ausländerbehörde -,
Friedrich-Krause-Ufer 24, 13353 Berlin,

Beklagten und Berufungsbeklagten,

hat der 12. Senat durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Kipp, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Plückelmann, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Marenbach sowie die ehrenamtlichen Richter Cimbollek und Har-
del im schriftlichen Verfahren am 22. Februar 2011 für Recht erkannt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v.H. des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Klägerin begehrt die Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung einer Niederlassungserlaubnis.

Anfang Januar 1990 reiste die im November 1977 in ... geborene türkische Staatsangehörige erstmals in die Bundesrepublik Deutschland ein. Im Oktober 1993 erhielt sie eine von dem Aufenthaltsrecht ihrer Eltern unabhängige Aufenthaltserlaubnis, welche in der Folgezeit fortdauernd verlängert wurde. Die mit einem türkischen Staatsangehörigen verheiratete Klägerin ist Mutter von insgesamt fünf Kindern im Alter von 2 bis 13 Jahren. Ihre 2001 geborene Tochter ... und ihr 2003 geborener Sohn ... besitzen neben der türkischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit. Zur Ausübung der Personensorge für ihre minderjährigen deutschen Kinder erhielt die Klägerin am 18. November 2003 eine zuletzt bis zum 13. Juli 2012 verlängerte Aufenthaltserlaubnis (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG). Nach ihren eigenen Angaben lebt die Klägerin seit 2008 wieder mit ihrem türkischen Ehemann und Vater ihrer Kinder zusammen. Dieser erhielt im Juli 2009 ebenfalls eine bis zum 13. Juli 2012 gültige Aufenthaltserlaubnis.

Bereits unter dem 16. November 2006 hatte die Klägerin die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG beantragt. Die Entscheidung darüber stellte die Ausländerbehörde mit Blick auf die Einkommensverhältnisse der Familie im Einvernehmen mit der Klägerin bis Juni 2007 zurück.

Mit der am 14. Juli 2007 bei Gericht eingegangenen Untätigkeitsklage macht die Klägerin geltend, der Beklagte habe es ohne zureichenden Grund unterlassen, in angemessener Frist über ihren Antrag zu entscheiden. Ihr stehe ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis unabhängig von ihrer finanziellen Situation zu, denn die

Regelerteilungsvoraussetzung der eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts müsse nicht erfüllt sein. Selbst wenn dies anders zu beurteilen wäre, sei im Hinblick auf die Anzahl ihrer Kinder, von denen zwei erhöht betreuungsbedürftig seien, ausnahmsweise von der Sicherung des Lebensunterhalts abzusehen.

Mit Schriftsatz vom 15. August 2007 gab der Beklagte der Klägerin „letztmalig bis zum 27. August 2007 die Gelegenheit einen Termin...zu vereinbaren, um den gesicherten Lebensunterhalt nachzuweisen“. Nachdem die Klägerin sich nicht gemeldet und keine Unterlagen vorgelegt hatte, lehnte der Beklagte den Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis durch Bescheid vom 5. November 2007 mangels nachgewiesener Lebensunterhaltssicherung ab.

Durch Urteil vom 30. April 2008 hat das Verwaltungsgericht Berlin die Klage, die sich ausdrücklich auch gegen den in das Verfahren einbezogenen Bescheid richtet, abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 27 Abs.1 AufenthG scheitere bereits an der fehlenden Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 AufenthG). Überall dort, wo der Gesetzgeber von den Regelerteilungsvoraussetzungen habe abweichen wollen, habe er dies ausdrücklich im Wortlaut der jeweiligen Vorschrift kenntlich gemacht (etwa § 28 Abs. 1, § 29 Abs. 4, § 30 Abs. 3, § 34 Abs. 1 AufenthG). Aus dem Fehlen einer entsprechenden Formulierung in § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG sei auf die Anwendbarkeit der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen zu schließen. Ein atypischer Sachverhalt, der ausnahmsweise ein Absehen von der Regelerteilungsvoraussetzung der Unterhaltssicherung erlaube, liege nicht vor. Insbesondere sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, weshalb der gleichermaßen sorgeberechtigte und nicht erwerbstätige Ehemann der Klägerin nicht statt ihrer die Betreuung der Kinder übernehmen könne. Abweichendes folge auch nicht aus den zum Nachweis der Betreuungsbedürftigkeit des 1998 geborenen Sohnes eingereichten Unterlagen. Ebenso wenig gebiete Art. 6 GG ein der Klägerin günstigeres Ergebnis. Dem grundrechtlichen Schutz werde - wie in § 28 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vorgesehenen und vorliegend auch geschehen - durch die befristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 27 Abs. 1 AufenthG hinreichend Rechnung getragen, da hierdurch der Bestand der familiären Lebensgemeinschaft der Klägerin mit ihren (deutschen) Kindern im Bundesgebiet gewährleistet werde.

Zur Begründung der von dem Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassenen Berufung trägt die Klägerin im Wesentlichen vor, der Lebensunterhalt müsse nicht in der durch § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG verlangten Form gesichert sein. Dies folge aus § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG. Die Vorschrift nehme ausdrücklich nur eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung in Bezug, nämlich das Nichtvorliegen eines Ausweisungsgrundes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Daneben seien nur drei weitere besondere Voraussetzungen zu erfüllen. Dem könne nicht mit Erfolg die abweichende Formulierung in den erstinstanzlich zitierten Vorschriften entgegenhalten werden. Dort habe sich der Gesetzgeber einer anderen Regelungstechnik bedient und positiv diejenige allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen angeführt, von denen Dispens gewährt werde. Daraus den Schluss zu ziehen, der Gesetzgeber sei verpflichtet gewesen, sich dieser Dispens- oder Differenzmethode auch in § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG zu bedienen, sei nicht nachvollziehbar. Es gebe keinen vernünftigen Grund für die Annahme, dass der Gesetzgeber die Formulierungsweise in den genannten Vorschriften als typische und ausschließliche „grammatische“ Technik zur Bezeichnung der maßgeblichen Relationen von allgemeinen und besonderen Erteilungsvoraussetzungen habe gebrauchen wollen. Im Gegenteil: Die für den Fall des § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG tatsächlich gewählte Ausdrucksform sei eindeutig und verständlich. Sie sei weniger umständlich und komplex als die bei Gebrauch der Dispensmethodik vorstellbaren Formulierungen („doppelte Ausnahme“ oder „Negativliste“). Ebenso wenig könne sich das Verwaltungsgericht auf einen Redaktionsfehler berufen, denn das Gesetz sei Gegenstand umfangreicher Änderungen gewesen, ohne dass diese Formulierung jemals überarbeitet worden sei. Auch die historische Auslegung führe zu keinem abweichenden Ergebnis. Die Vorgängervorschrift im AusIG 1990 (§ 25 Abs. 3 i.V.m. § 24 Abs. 1 Nr. 4 und 6 AusIG 1990) habe gleichfalls die Erteilung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis als den mit der heutigen Niederlassungserlaubnis vergleichbaren qualifizierten Aufenthaltstitel ohne Nachweis einer eigenständigen Unterhaltssicherung zugelassen. Im Übrigen lege es auch die gebotene Berücksichtigung von Art. 6 GG nahe, die Niederlassungserlaubnis nach § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG unabhängig von § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu erteilen. Bei der Auslegung eines einfachen Gesetzes sei im Zweifelsfall derjenigen Auslegung der Vorzug einzuräumen, welche der Grundrechtsnorm die stärkere Wirkungskraft zukommen lasse. Es sei entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe der ausländischen Kindesmutter ein dauerndes Aufenthaltsrecht zu gewähren, damit eine Korrespondenz hergestellt werde zu dem Anspruch der deutschen Kinder, Betreuung und Fürsorge seitens der Kindes-

mutter gemäß Art. 11 GG gerade im Bundesgebiet erfahren zu dürfen. Schließlich ermögliche ein unbefristetes Aufenthaltsrecht beruflich die Gründung einer selbständigen Existenz und erweitere damit die Erwerbsmöglichkeiten.

Unabhängig davon stehe ihr – der Klägerin - die beantragte Niederlassungserlaubnis auch dann zu, wenn § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG Anwendung finde. In diesem Fall sei nämlich die Ausnahmevoraussetzung erfüllt, die ein Absehen von der Eigenständigkeit der Lebensunterhaltssicherung gebiete. Eine Berufsausbildung besitze sie ebenso wenig wie ihr Ehemann und Kindesvater. Als Mutter obliege ihr die vorrangige Aufgabe und Verpflichtung, ihren minderjährigen Kindern die nötige Fürsorge und Betreuung zukommen zu lassen. Zwei der Kinder wiesen psychische Auffälligkeiten auf, die eine besondere Psychotherapie, welche noch fort dauere, nötig mache. Die mit dem Regelerfordernis verfolgten fiskalischen Interessen würden mit der Anerkennung eines Ausnahmetatbestandes keineswegs „beiseite gestellt“. Ihnen werde vielmehr in besonderer Weise Rechnung getragen: Der Akzent liege dabei auf der „volkswirtschaftliche(n) und gesellschaftliche(n) Bedeutung der Kinder als Humankapital in einer alternden Gesellschaft“. Diese gemäß Art. 6 GG besonders schutzwürdige familiäre Situation rechtfertige das Absehen von der Regelerteilungsvoraussetzung.

Im Übrigen könne sie für sich aber auch ein verfestigtes Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 in Anspruch nehmen. Sie sei 1990 im Alter von 12 Jahren im Rahmen des Familiennachzugs zu ihren in Berlin wohnhaften Eltern gereist. Ihr Vater sei damals bereits in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis tätig gewesen. Für ihn seien über den verlangten Zeitraum von fünf Jahren hinaus Versicherungsbeiträge durch seinen damaligen Arbeitgeber entrichtet worden. Nach der Rechtsprechung des EuGH hänge das Aufenthaltsrecht gemäß Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 nicht von wirtschaftlich-finanziellen Voraussetzungen ab. Diese assoziationsrechtlichen Hilfsüberlegungen zeigten, dass beide aufenthaltsrechtlichen Privilegierungen - Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 und die Niederlassungserlaubnis – bei summarischer Betrachtung in vielen ihrer Wirkungen übereinstimmten. Da das Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 im Privatrechtsverkehr so gut wie nicht bekannt und im Reisepass nicht dokumentiert werde, sprächen jedenfalls rechtspraktische Umstände für die Erteilung der Niederlassungserlaubnis. Insbesondere im wirtschaftlich-finanziellen Verkehr, z.B. bei der Kreditvergabe durch Geldinstitute, sei der Nachweis des unbefristeten Aufenthaltsrechts unabdingbar.

Darüber hinaus stehe ihr ein Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis entsprechend der so genannten überschießenden Geltungsdauer ihrer Arbeitserlaubnis zu. Sie habe am 16. Oktober 1995 eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis gemäß § 4 Abs. 2 AEVO erhalten. Schließlich könne sie auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 ENA einen besonderen Schutz ihrer Rechtsposition geltend machen. Eine Aufenthaltsbeendigung aus fiskalischen Gründen habe nämlich nach einem ordnungsgemäßen Aufenthalt von mehr als 10 Jahren zu unterbleiben.

Die Klägerin beantragt schriftsätzlich,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 30. April 2008 zu ändern und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheids des Landesamtes für Bürger- und Ordnungsangelegenheiten vom 5. November 2007 zu verpflichten, ihr eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen.

Der Beklagte beantragt schriftsätzlich,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt den angegriffenen Bescheid: Die Klägerin verkenne bei ihrer Argumentation, dass die Sicherung des Lebensunterhalts vom Gesetzgeber als „zentrale“ und „wichtigste Voraussetzung“ für die Erteilung eines Aufenthaltstitels erachtet worden sei. Jeglicher Aufenthalt und auch jegliche Aufenthaltsverfestigung seien grundsätzlich von der Sicherung des Lebensunterhalts abhängig. Soweit dies nicht gewollt sei, habe der Gesetzgeber in der Regel ausdrücklich Dispens erteilt. Insbesondere habe er § 28 Abs. 2 AufenthG sprachlich bewusst anders ausgestaltet als Absatz 1 derselben Norm. Die befristete Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem Deutschen sei explizit vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung ausgenommen worden, um dem Anspruch des Deutschen aus Art. 6 GG auf Verwirklichung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet Rechnung zu tragen. Art. 6 GG erfordere hingegen nicht, einem ausländischen Familienmitglied auch einen unbefristeten Titel unabhängig von der wirtschaftlichen Integration zu erteilen. Der von der Klägerin angeführte Vergleich mit der historischen Vorgängerregelung gehe fehl. Auch seinerzeit sei die

Regelverfestigung nach § 25 Abs. 3 Satz 1 AuslG 1990 vom Nichtvorliegen der Regelversagungsgründe gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 und 3 AuslG 1990 abhängig gewesen.

Eine Ausnahme vom Regelerfordernis der Lebensunterhaltssicherung komme nicht in Betracht, weil kein atypischer Fall vorliege. Insbesondere sei nicht ersichtlich, aus welchen Gründen der Ehemann der Klägerin sich in keiner Weise bemühe, den Bedarf seiner Familie durch eigene Erwerbstätigkeit zu sichern. Alternativ könne er auch die Kinderbetreuung übernehmen, damit die Klägerin einer Erwerbstätigkeit nachgehen könne.

Schließlich führe auch die assoziationsrechtliche Argumentation der Klägerin im Ergebnis nicht weiter. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH sei zwar davon auszugehen, dass sich die Klägerin auf ein Aufenthaltsrecht aus Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 berufen könne. Ihr Begehren auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis finde aber weder dort noch in Art. 3 Abs. 3 ENA eine Stütze.

Mit Schriftsatz vom 14. September 2010 hat die Klägerin zu ihren aktuellen Einkommensverhältnissen mitgeteilt, sie und ihre Familie seien – vom Kindergeld abgesehen – auf Leistungen des JobCenters gemäß SGB II angewiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Streitakten (1 Bd.) sowie die von der Beklagten eingereichten Ausländerakten (1 Bd.) Bezug genommen, die Gegenstand der Beratung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Der Senat konnte im Einverständnis der Beteiligten im schriftlichen Verfahren ohne mündliche Verhandlung entscheiden, § 101 Abs. 2 VwGO.

Die Berufung der Klägerin ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der versagende Bescheid ist rechtmäßig, denn die Klägerin hat keinen Anspruch auf Erteilung der begehrten Niederlassungserlaubnis, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO.

Nach § 28 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 27 Abs. 1 des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) vom 30. Juli 2004 (BGBl I S. 1950), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2437), ist dem ausländischen Familienangehörigen eines Deutschen im Sinne von § 28 Abs. 1 AufenthG in der Regel eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn er drei Jahre im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist, die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem Deutschen im Bundesgebiet fortbesteht, kein Ausweisungsgrund vorliegt und er sich auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann.

Dass die Klägerin, deren minderjährige Tochter ... und deren minderjähriger Sohn ... die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, die in § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ausdrücklich genannten Voraussetzungen erfüllt, ist zwischen den Beteiligten nicht (mehr) streitig. Entgegen der Ansicht der Klägerin ist das Verwaltungsgericht aber auch zutreffend davon ausgegangen, dass ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG neben den dort bestimmten Anforderungen gleichermaßen die Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG – insbesondere die Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) – voraussetzt **(I)**. Daran fehlt es hier, denn die Klägerin und ihre Familie sind nach ihrem eigenen Vorbringen weiterhin auf Leistungen des JobCenters nach den Bestimmungen des SGB II angewiesen. Von der Regelerteilungsvoraussetzung ist auch nicht wegen des Vorliegens eines Ausnahmefalls abzusehen **(II)**. Ebenso wenig folgt ein Anspruch auf die begehrte Niederlassungserlaubnis aus § 4 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 bzw. Art. 10 Abs. 1 ARB 1/80 **(III)**.

I. Der Klägerin ist zwar zuzugeben, dass der Wortlaut des § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG – isoliert betrachtet – keine hinreichend klare Antwort auf die Frage gibt, ob auch die Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG Voraussetzung für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis ist. Dagegen könnte insbesondere sprechen, dass die Regelung des § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG – wie die Klägerin betont – mit dem Tatbestandsmerkmal des Nichtvorliegens eines Ausweisungsgrundes ausdrücklich nur eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) aufgreift, alle anderen aber unerwähnt lässt.

Gesetzessystematik, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm bestätigen jedoch die Auslegung des Verwaltungsgerichts.

Der Gesetzgeber hat nach der Konzeption des Aufenthaltsgesetzes alle Fälle, in denen er von der Erfüllung bestimmter allgemeiner Erteilungsvoraussetzungen abweichen wollte, ausdrücklich im Wortlaut der jeweiligen Vorschrift kenntlich gemacht (z.B. § 28 Abs. 1, § 29 Abs. 4, § 30 Abs. 3, § 34 Abs. 1 AufenthG). Davon ist das Verwaltungsgericht im Einklang mit der einhelligen obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur zutreffend ausgegangen (OVG Münster, Beschl. v. 6. Juli 2006 – 18 E 1500.05 - juris; OVG Bremen, Beschl. v. 13. August 2009 – 1 S 223.09 – juris; OVG Bautzen, Beschl. v. 3. Februar 2010 – 3 D 70.09 – juris; VGH Kassel, Beschl. v. 23. Juni 2010 – 6 A 140.10 – juris; Dienelt in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl. 2011, § 28 Rz. 17, 20; Marx in: GK-AufenthG, Std. Mai 2008, § 28 Rz. 245). Besonders augenfällig ist die unterschiedliche sprachliche Ausgestaltung der Absätze 1 und 2 von § 28 Abs. 1 AufenthG. Nach § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist die Aufenthaltserlaubnis dem ausländischen Angehörigen eines minderjährigen ledigen Deutschen im Sinne des § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG unabhängig von den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu erteilen. Im Gegensatz dazu enthält § 28 Abs. 2 AufenthG für den Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis keinen entsprechenden Ausschluss.

Der Gesetzesbegründung kann kein Hinweis darauf entnommen werden, dass trotz der abweichenden Formulierung in § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG in Bezug auf die Lebensunterhaltssicherung eine identische Regelung für den Fall der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG getroffen werden sollte. § 28 AufenthG entspricht vielmehr weitgehend der Vorläufernorm des § 23 AuslG 1990 in der bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung (vgl. BT-Drs. 15/420 zu § 28, S. 81). Sie ist *lex specialis* für den Nachzug zu Deutschen und hinsichtlich der Niederlassungserlaubnis nach § 28 Abs. 2 AufenthG sprachlich im Kern § 25 Abs. 3 AuslG 1990 (unbefristete Aufenthaltserlaubnis) nachgebildet. Danach war die dem Ehegatten eines Deutschen erteilte Aufenthaltserlaubnis nach drei Jahren unbefristet zu verlängern, wenn u.a. die in § 24 Abs. 1 Nr. 4 und 6 AuslG 1990 bezeichneten Voraussetzungen (Verständigung in deutscher Sprache; kein Ausweisungsgrund) vorlagen. Nach der Systematik des Ausländergesetzes 1990 war in diesem Zusammenhang der allgemeine Regelversagungsgrund nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990 (Bestreiten des Lebensunterhalts) zu beachten (vgl. Kloesel/Christ/ Häußler, Kommentar zum Ausländerrecht,

Std. August 2004, § 25 Rz. 30). Lediglich § 7 Abs. 2 Nr. 1 AuslG 1990 (Ausweisungsgrund) wurde nach der alten Rechtslage durch die spezielle Norm des § 24 Abs. 1 Nr. 6 AuslG 1990 (Ausweisungsgrund) verdrängt (Kloesel/Christ/Häußer, ebd.). Aus der expliziten Erwähnung des Fehlens eines Ausweisungsgrundes in § 24 Abs. 1 Nr. 6 AuslG 1990 konnte daher entgegen der Ansicht der Klägerin nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber das Vorliegen der übrigen Regelversagungsgründe nicht als erforderlich angesehen hat. Nichts anderes gilt nach den Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes, zumal der Gesetzgeber die im Ausländergesetz 1990 getroffene Wertung durch die Neuregelung des Aufenthaltsrechts noch verstärkt hat, indem er die Sicherung des Lebensunterhalts für alle Aufenthaltstitel von einem Regelversagungsgrund zu einer Regelerteilungsvoraussetzung (§ 5 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) heraufgestuft hat (vgl. BVerwG, Urt. v. 30. April 2009 – 1 C 3.08 – juris, Rn. 11). Insbesondere führt der Umstand, dass auch die Niederlassungserlaubnis nach dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nur zu erteilen ist, wenn „kein Ausweisungsgrund vorliegt“, nicht zu der von der Klägerin sinngemäß gerügten Redundanz, die eine andere Auslegung der Norm nahelegt. Das Tatbestandsmerkmal ist nämlich als zwingende Voraussetzung ausgestaltet und damit strenger gefasst als die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, von der im Ausnahmefall abgewichen werden darf (vgl. VGH Mannheim, Beschl. v. 30. Mai 2007 – 13 S 1020.07 – juris, Rn. 7; Huber/Göbel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., 2008, Rz. 738).

Im Ergebnis ist die allein auf die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis zielende Bestimmung des § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG lediglich eine die allgemeine Vorschrift über die Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG) verdrängende Spezialregelung (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 6. Juli 2006 – 18 E 1500.05 – juris, Rn 3; Marx in: GK-AufenthG, a.a.O., § 28 Rz. 244). Sie stellt deshalb auch nur im Verhältnis zu den in § 9 Abs. 2 AufenthG festgelegten Anforderungen eine privilegierende Sonderregelung für die in einer familiären Lebensgemeinschaft mit einem Deutschen lebenden Ausländer dar mit der Folge, dass nur die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 AufenthG insgesamt keine Anwendung finden.

Eine der Klägerin günstigere rechtliche Beurteilung folgt auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 GG. Der Anspruch eines ausländischen Elternteils eines minderjährigen ledigen Deutschen auf Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG) wird zwar zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemein-

schaft im Bundesgebiet gewährt. Die Regelung berücksichtigt insofern, dass Deutschen das Grundrecht auf Freizügigkeit in Deutschland zusteht (Art. 11 GG) und deren Interesse an der Herstellung/Fortsetzung der familiären Lebensgemeinschaft im Inland besonders geschützt ist (BT-Drs. 15/420 zu § 28, S. 81). Um dieses Ziel zu erreichen, hat der Gesetzgeber auf den Nachweis der Sicherung des Lebensunterhalts verzichtet. Der besondere verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie verlangt jedoch nicht, dass das Aufenthaltsrecht trotz fehlender Sicherung des Lebensunterhalts durch Erteilung einer Niederlassungserlaubnis verfestigt wird. Dem Sinn und Zweck der Vorschrift wird mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG vielmehr ohne weiteres Genüge getan, wenn der Aufenthalt des Ausländers in Deutschland erlaubt bleibt, solange die familiären Voraussetzungen dafür vorliegen (vgl. Dienelt in: Renner, a.a.O., § 28 Rz. 20). Die Wirkungskraft des Grundrechts wird – anders als die Klägerin meint – durch die von ihr bevorzugte Auslegung nicht verstärkt. Ob ein unbefristetes Aufenthaltsrecht beruflich die Gründung einer selbständigen Existenz ermöglicht oder – rechtspraktisch - die Kreditvergabe durch Geldinstitute erleichtert und damit wiederum die Erwerbsmöglichkeiten erweitert, kann daher im Ergebnis dahinstehen. Die Erreichung dieser Ziele wird vom Schutzzweck der Norm des § 28 Abs. 2 AufenthG nicht erfasst.

Schließlich folgt aus Art. 8 EMRK ebenfalls kein Anspruch der Klägerin auf Erteilung eines bestimmten Aufenthaltstitels. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kommt es allein auf die tatsächliche Möglichkeit zur Fortsetzung des Aufenthalts an. Soweit der nach nationalem Recht erteilte Aufenthaltstitel es dem Inhaber gestattet, im Staatsgebiet des Aufnahmestaats zu wohnen und dort sein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens frei auszuüben, stellt die Erteilung dieses Titels grundsätzlich eine hinreichende Maßnahme zur Erfüllung der Anforderungen des Art. 8 EMRK dar (vgl. EuGHMR, Große Kammer, Urt. v. 15. Januar 2007 – Nr. 60654/00 – [Sisojeva u.a.] – InfAusR 2007, 140, Rn. 91). Dies ist hier – wie dargelegt - auf der Grundlage der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG gewährleistet.

II. Von der zwingenden Erteilungsvoraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts kann weder durch den Rückgriff auf die Regelung des § 5 Abs. 3 Satz 1 und 2 AufenthG noch ausnahmsweise auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls abgesehen werden.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG liegen nicht vor. Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 28 Abs. 2 AufenthG wird in § 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht erwähnt. Die Norm ist abschließend. Ihr liegt die Überlegung zu Grunde, dass von Flüchtlingen die Erfüllung der Voraussetzungen der Absätze 1 und 2 des § 5 AufenthG nicht verlangt werden kann (vgl. Dienelt in: Renner, a.a.O., § 5 Rz. 83). Zu dieser Personengruppe gehört die Klägerin nicht. Ebenso wenig ist das Ermessen nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG eröffnet. Bei der in § 28 Abs. 2 AufenthG geregelten Niederlassungserlaubnis handelt es sich nicht um die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes, sondern um eine solche nach Kapitel 2 Abschnitt 6 (Aufenthalt aus familiären Gründen).

Entgegen der Ansicht der Klägerin liegen auch keine atypischen Umstände vor, die so bedeutsam sind, dass sie das Gewicht der allgemeinen gesetzlichen Regelerteilungsvoraussetzung beseitigen. Mit der Normierung der Sicherung des Lebensunterhalts in § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er darin bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln im Ausländerrecht eine Voraussetzung von grundlegendem staatlichen Interesse sieht (BT-Drs. 15/420 zu § 5, S. 70). Die Regelung dient dem Zweck, die öffentlichen Haushalte davor zu bewahren, den Lebensunterhalt von hier lebenden Ausländern mit öffentlichen Mitteln sichern zu müssen. Trotz Fehlens der hinreichenden Unterhaltssicherung könnte die Niederlassungserlaubnis somit ausnahmsweise nur dann erteilt werden, wenn der Lebenssachverhalt so atypisch gelagert wäre, dass eine Versagung mit dem gesetzgeberischen Anliegen nicht vereinbar und deshalb als unverhältnismäßig anzusehen wäre.

Gemessen daran bilden allein die geltend gemachte fehlende Berufsausbildung der Klägerin und ihres Ehemannes sowie die Anzahl der minderjährigen Kinder keine besonderen Umstände, die zu einer Korrektur der gesetzgeberischen Regelerteilungsvoraussetzung zwingen. Selbst wenn Erziehung und Betreuung der fünf minderjährigen Kinder die Erwerbstätigkeit eines Elternteils derzeit ausschließen, ist weder substantiiert vorgetragen noch sonst ersichtlich, aus welchen Gründen der jeweils andere Elternteil nicht für die Sicherung des Lebensunterhalts sorgen kann. Dass für die Kinder und eine erhöhte Betreuungsbedürftigkeit besteht, die eine Berufstätigkeit beider Eltern unzumutbar erscheinen lässt, ist auch im Berufungsverfahren nicht dargetan. Neben den insoweit bereits erstinstanzlich eingereichten und vom

Verwaltungsgericht zutreffend gewerteten Unterlagen aus den Jahren 1998 und 2006 sind keine weiteren aktuellen Nachweise vorgelegt worden. Im Übrigen mag es zwar zutreffen, dass es – wie die Klägerin meint - ohne qualifizierte Berufsausbildung äußerst schwierig ist, auf dem Arbeitsmarkt eine Beschäftigung zu finden, die zur Unabhängigkeit von öffentlichen Leistungen führt. Diese Umstände rechtfertigen indes regelmäßig kein Absehen vom Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung, sondern waren vielmehr – wie ausgeführt - Anlass für die gesetzliche Einführung der Regelerteilungsvoraussetzung. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang mittel- und langfristige auf eine „ökonomische Gesamtrechnung“ abstellt und „den Akzent auf die volkswirtschaftliche und gesellschaftliche Bedeutung der Kinder als Humankapital in einer alternden Gesellschaft“ legt, mag dies ein rechtspolitisch überlegenswertes Ziel sein. Sie übersieht dabei jedoch den mit der geltenden Regelung unmittelbar verfolgten Zweck und verkennt damit die Grenzen der Auslegung.

Dem steht auch nicht entgegen, dass angesichts der nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG erteilten befristeten Aufenthaltserlaubnis derzeit ohnehin öffentliche Mittel zur Sicherung des Lebensunterhalts der Klägerin und ihrer Familie eingesetzt werden. Die mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG getroffene gesetzliche Regelung zwingt aus den unter I. genannten Gründen nicht dazu, die Sicherung des Lebensunterhalts auch im Rahmen der hier erstrebten weiteren Verfestigung des Aufenthalts durch Erteilung einer Niederlassungserlaubnis unberücksichtigt zu lassen. Ebenso wenig gebietet Art. 8 EMRK eine abweichende Beurteilung.

III. Schließlich steht der Klägerin auch kein assoziationsrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 4 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich oder Art. 10 Abs. 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrats EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation vom 19. September 1980 - ARB 1/80 – zu.

Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs steht den Familienangehörigen eines türkischen Arbeitnehmers, die – wie hier die Klägerin - die Voraussetzungen des Art. 7 Satz 1, 2. Spiegelstrich ARB 1/80 erfüllen, unmittelbar ein europarechtlich begründetes Aufenthaltsrecht zu, das von der Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis unabhängig ist. Die Aufenthaltserlaubnis nach nationalem

Recht hat lediglich deklaratorische Bedeutung und Beweisfunktion, nicht aber konstitutiven Charakter (vgl. EuGH, Urt. v. 16. März 2000 - Rs. C-329/97 – [Ergat] – NVwZ 2000, 1277, Rn. 34 m.w.N.; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 11. Mai 2010 – OVG 12 B 26.09 – juris, Rn. 27 ff.). Dem trägt das Aufenthaltsgesetz durch die Regelung in § 4 Abs. 5 Rechnung. Danach ist ein Ausländer, dem nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei ein Aufenthaltsrecht zusteht, zwar verpflichtet, das Bestehen des Aufenthaltsrechts durch den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen, sofern er weder eine Niederlassungserlaubnis noch eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG besitzt. Assoziationsberechtigten türkischen Staatsangehörigen wird die Aufenthaltserlaubnis jedoch nicht - wie anderen Ausländern - konstitutiv "erteilt" (§ 5 AufenthG), sondern auf Antrag zum Nachweis des bestehenden Aufenthaltsrechts schlicht "ausgestellt" (§ 4 Abs. 5 Satz 2 AufenthG). Lediglich wer sein Aufenthaltsrecht bereits durch einen konstitutiven Titel nach nationalem Recht nachweisen kann, bedarf naturgemäß keiner (weiteren) deklaratorischen Aufenthaltserlaubnis.

Abgesehen davon, dass die Klägerin zu keinem Zeitpunkt die (deklaratorische) Ausstellung eines entsprechenden Nachweises über ihr Aufenthaltsrecht beantragt hat, ist assoziationsrechtlich die Form des nach nationalem Recht auszustellenden Aufenthaltstitels auch nicht vorgegeben mit der Folge, dass aus Art. 7 Satz 1 ARB kein unmittelbarer Anspruch auf die hier allein begehrte Niederlassungserlaubnis hergeleitet werden kann. Dies räumt im Grunde auch die Klägerin ein, die ihre assoziationsrechtlichen Ausführungen selbst nur als stützende Hilfs- bzw. Äquivalenzüberlegungen für die angestrebte Erteilung einer Niederlassungserlaubnis bezeichnet. Gleiches gilt für ihren Hinweis auf Art. 3 Abs. 3 des Europäischen Niederlassungsabkommens – ENA - vom 13. Dezember 1955 (BGBl. II 1959, S. 997), der die Zulässigkeit von Ausweisungen und nicht die Erteilung von Aufenthaltstiteln regelt.

Ebenso wenig kann die Klägerin ihr Begehren auf das Diskriminierungsverbot in Art. 10 Abs. 1 ARB 1/80 stützen. Die aufenthaltsrechtliche Wirkung des Diskriminierungsverbots – sofern eine solche (überhaupt) ausnahmsweise aus Art. 10 Abs. 1 ARB 1/80 hergeleitet werden kann (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 8. Dezember 2009 – 1 C 16.08 – juris, Rn. 14 ff.) – besteht in einem erhöhten Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen und verleiht somit keinen Anspruch auf Erteilung eines bestimmten Aufenthaltstitels (BVerwG, ebd.). Selbst wenn daher die der Klägerin im Oktober 1995 unbefristet erteilte Arbeitsgenehmigung nach § 19 AFG im Verhältnis zu einer befristeten

Aufenthaltserlaubnis trotz der durch das Aufenthaltsgesetz geänderten Rechtslage (vgl. §§ 39 ff., § 105 AufenthG) noch einen „überschießenden“ Regelungsgehalt aufwies, der in Anwendung des assoziationsrechtlichen Diskriminierungsverbots zu einem Anspruch auf Verlängerung des Aufenthaltstitels führte, folgt daraus mangels Sicherung des Lebensunterhalts noch kein Anspruch auf Erteilung der hier allein begehrten Niederlassungserlaubnis. Auch insoweit bestimmen sich Form und Inhalt des zu erteilenden Aufenthaltstitels nach den Regeln des nationalen Rechts.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 10, § 711 der Zivilprozessordnung.

Die Revision war zuzulassen. Der Rechtsache kommt im Hinblick auf die Frage, ob die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG die Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG voraussetzt, grundsätzliche Bedeutung zu (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung steht den Beteiligten die Revision an das Bundesverwaltungsgericht zu.

...

Kipp

Plückelmann

Dr. Marenbach

BESCHLUSS

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000 EUR festgesetzt.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Kipp

Plückelmann

Dr. Marenbach