



Deutscher**Anwalt**Verein
Arbeitsgemeinschaft
Ausländer- und Asylrecht

Fortbildungsveranstaltung am 24.10.2015 in Köln

Verfestigung des Aufenthalts und eigenständiges Aufenthaltsrecht

Referentin:
Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln

Verfestigung des Aufenthalts und eigenständiges Aufenthaltsrecht

Rechtsanwältin Kerstin Müller, Köln
10/2015

Gliederung

A. Die Aufenthaltsverfestigung	S. 1
I. Die Niederlassungserlaubnis	S. 1
1. § 9 AufenthG	S. 2
a. Voraussetzungen	S. 2
(1) Besitz der Aufenthaltserlaubnis	S. 2
(2) Sicherung des Lebensunterhalts	S. 5
(3) Altersvorsorge	S. 8
(4) Kein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung	S. 11
(5) Ordnungsgemäße Beschäftigung	S. 12
(6) Sonstige Berufsausübungserlaubnisse	S. 12
(7) Ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache	S. 15
(8) Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung	S. 15
(9) Wohnraumerfordernis	S. 15
b. Ehegatten -und Auszubildendenprivileg	S. 15
II. Sonderregelungen	S. 15
1. Verfestigung nach Arbeits- und Studienaufenthalt	S. 16
a. Absolventen deutscher Hochschule	S. 16
(1) Zweijähriger Besitz eines AT nach den §§ 18, 18a, 19a oder § 21 AufenthG	S. 16
(2) Erfolgreicher Studienabschluss	S. 16
(3) Angemessener Arbeitsplatz	S. 16
(4) Rentenversicherung	S. 17

(5) Ergänzende Anwendbarkeit des § 9 Abs. 2 AufenthG	S. 17
b. Hochqualifizierte, § 19 AufenthG	S. 17
(1) Hohe Qualifikation	S. 17
(2) Zustimmung der BA	S. 18
(3) Integrationsfähigkeit	S. 18
(4) Konkretes Arbeitsplatzangebot	S. 18
(5) Besonderer Fall	S. 18
c. Blue card, § 19a Abs. 6 AufenthG	S. 19
d. Selbstständige Tätigkeit, § 21 Abs. 4 AufenthG	S. 20
2. Verfestigung nach familiärem Aufenthalt	S. 20
a. Familienangehörige von Deutschen, § 28 Abs. 2 AufenthG	S. 20
(1) Familienangehöriger	S. 20
(2) Sprachkenntnisse	S. 21
(3) Dreijahresfrist	S. 21
(4) Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen	S. 22
b. NE für Kinder, § 35 AufenthG	S. 23
(1) Voraussetzungen	S. 23
(2) Versagungsgründe	S. 24
c. NE nach Aufhebung der Ehe, § 31 Abs. 3 AufenthG	S. 26
3. Verfestigung nach humanitärem Aufenthalt	S. 26
a. § 26 Abs. 3 AufenthG	S. 26
(1) Besitz einer AE	S. 27
(2) Beteiligung des BAMF	S. 27
(3) Sonderfall des § 23 Abs. 4 AufenthG	S. 27
b. § 26 Abs. 4 AufenthG	S. 28
(1) Allgemeines	S. 28
(2) AE nach dem 5. Abschnitt	S. 29

(3) Ununterbrochener Titelbesitz	S. 30
(4) Asylverfahren	S. 31
(5) Verweis auf § 35 AufenthG	S. 32
4. Aufenthalt als ehemaliger Deutscher, § 38 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG	S. 33
a. Antrag	S. 34
b. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen	S. 34
c. Ehemaliger Deutscher	S. 35
d. Gewöhnlicher Aufenthalt	S. 36
e. Verlust der Staatsangehörigkeit	S. 37
III. Die Daueraufenthaltserlaubnis-EU	S. 38
1. Erteilungsvoraussetzungen	S. 39
a. Aufenthalt mit AT seit fünf Jahren	S. 40
(1) Vorübergehende Entsendung aus beruflichen Gründen	S. 42
(2) Auslandzeiten	S. 43
(3) Ehemalige Inhaber einer NE oder Daueraufenthaltserlaubnis/EU	S. 43
(4) Ehemalige Freizügigkeitsberechtigte	S. 45
(5) Studienzeiten	S. 45
(6) Internationaler Schutz	S. 46
(7) Vorübergehender oder diplomatischer Aufenthalt	S. 46
(8) Unschädliche und schädliche Unterbrechungen	S. 47
(9) Sonderfall Blaue Karte EU	S. 47
b. Sicherung des Lebensunterhaltes	S. 48
c. Ausreichende Sprachkenntnisse	S. 54
d. Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung	S. 54
e. Kein Verstoß gegen öffentliche Sicherheit und Ordnung	S. 54

f. Ausreichender Wohnraum	S. 57
2. Ausschlussgründe	S. 57
a. Humanitärer Aufenthaltsstatus	S. 58
b. Asylantrag, Antrag auf vorübergehende Aufnahme oder subsidiären Schutz	S. 59
c. Diplomatenstatus	S. 59
d. Aufenthalt zu Ausbildungs- und Studienzwecken	S. 59
e. Aufenthalt zu vorübergehenden Zwecken	S. 60
(1) Höchstbeschäftigungsdauer bei Erwerbsaufenthalt	S. 61
(2) Förmlicher Ausschluss der Verlängerung	S. 62
(3) Stammberechtigter mit vorübergehendem Aufenthalt	S. 62
3. Praxishinweise	S. 62
B. Das eigenständige Aufenthaltsrecht	S. 64
I. Aufenthalt als Ehepartner, § 31 AufenthG	S. 64
1. Anspruch auf Verlängerung	S. 70
a. Dreijahreszeitraum	S. 71
b. Tod des Ehegatten	S. 72
c. Härtefallregelung	S. 73
(1) Besondere Härte	S. 74
(2) Versagung wegen des Bezugs von Sozialleistungen	S. 78
d. Versagungsgrund des Leistungsbezuges bei erneuter Verlängerung	S. 79
e. Praxishinweise	S. 80
II. § 34 Abs. 3 AufenthG	S. 81

Verfestigung des Aufenthalts und eigenständiges Aufenthaltsrecht

A. Die Aufenthaltsverfestigung¹

Die Verfestigung des Aufenthaltes erfolgt nach dem AufenthG durch Erteilung eines zeitlich unbefristeten Aufenthaltstitels (AT). Das AufenthG sieht dafür die Niederlassungserlaubnis (NE) und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU vor. Mit der Erteilung dieser AT ist der Aufenthalt nicht mehr akzessorisch, also nicht mehr an den ursprünglichen Aufenthaltszweck gebunden. Nebenbestimmungen sind in diesem Fall nur in gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen möglich.

I. Die Niederlassungserlaubnis

Die Niederlassungserlaubnis ist ein nationaler AT. Ihre Voraussetzungen sind daher grundsätzlich unabhängig von den Vorgaben des Unionsrechts zu prüfen. Die **rückwirkende Erteilung einer NE** ist möglich, soweit der Ausländer ein entsprechendes schutzwürdiges Interesse nachweisen kann.² Er ist in diesem Fall so zu behandeln, als ob er seit dem Zeitpunkt der Rückwirkung im Besitz der NE gewesen ist.³ Allerdings kann das zum AuslG 1990 vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) angeführte Argument, das schutzwürdige Interesse liege (zB) in der Möglichkeit des schnelleren Zugangs zu einer Aufenthaltsberechtigung, nicht mehr herangezogen werden. Eine weitergehende, von der Dauer des Besitzes der NE abhängige Verfestigung der ausländerrechtlichen Stellung ist nicht mehr möglich.⁴ Im Hinblick auf mögliche sozialrechtliche Folgen stellt das Bundessozialgericht (BSG) idR auf den tatsächlichen Besitz ab und lässt eine rückwirkende Erteilung nicht ausreichen.⁵ Denkbar ist aber, dass eine NE

1

¹ Die Verfasserin dankt dem Nomos-Verlag für die freundliche Genehmigung des auszugsweisen Abdrucks des NK-AuslR.

2

¹ BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 7.08; zur alten Rechtslage: BVerwG, NVwZ 1999, 306 = InfAuslR 1999, 69 = AuAS 1999, 26; VGH BW, InfAuslR 1998, 485, 486.

3

¹ OVG Hmb, InfAuslR 2000, 71, 72.

4

¹ BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 7.08.

5

hinsichtlich einer möglichen deutschen Staatsangehörigkeit eines Kindes nach § 4 Abs. 3 StAG oder hinsichtlich einer Familienzusammenführung eine schutzwürdige Rechtsposition vermittelt.⁶ In letzterem Fall gilt dies zB dann, wenn nicht – wie üblich – auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung, sondern den Antragszeitpunkt abzustellen ist, da ggf durch die rückwirkende Erteilung der NE die Voraussetzungen des § 29 Abs. 3 AufenthG nicht mehr zu erfüllen sind. Darüber hinaus kann ein schutzwürdiges Interesse in der Vorbereitung einer Amtshaftungsklage liegen, da ggf auf diesem Weg entgangene sozialrechtliche Ansprüche erstritten werden können.⁷

1. § 9 AufenthG

Nebenbestimmungen sind bei der NE nach § 9 AufenthG idR ausgeschlossen, § 9 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Sie berechtigt zur Erwerbstätigkeit, § 9 Abs. 1 S. 2 AufenthG.

a. Voraussetzungen

(1) Besitz der Aufenthaltserlaubnis

Der Ausländer muss seit fünf Jahren eine Aufenthaltserlaubnis (AE) besitzen. § 9 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG stellt somit ausdrücklich auf den **Besitz der AE** ab, nicht allein auf die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes. Dieser muss im Zeitpunkt der Entscheidung noch andauern und ununterbrochen gewesen sein.⁸ Ein nach Ablauf der AE gestellter Antrag ist daher nicht ausreichend.⁹

§ 85 AufenthG sieht vor, dass Unterbrechungen der Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes bis zu einem Jahr außer Betracht bleiben können. Anders als bei der Vorläufernorm des § 97 AuslG 1965 ist inzwischen eindeutig, dass § 85 AufenthG auch im Rahmen des § 9 Abs. 1 Nr. 1

¹ Vgl zB BSG, Urt. v. 30.9.2010, B 10 EG 9/09 R zu Elterngeld.

6

⁷ GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 39; vgl hierzu VGH Ba-Wü, InfAuslR 1998, 485, 486; interessant auch BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 21.09: Erteilung einer NE führt typischerweise zu einer tatsächlichen Verfestigung des Aufenthalts der Angehörigen.

7

¹ So wohl BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 7.08.

8

⁷ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 13; GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 94.

9

¹ OVG NRW, Beschl. v. 31.1.2008, 18 A 4547/06.

AufenthG Anwendung findet, da die Norm durch die Aufnahme in das Kapitel „Verfahrensvorschriften“ einen allgemeinen, für alle Konstellationen des AufenthG geltenden Inhalt hat.¹⁰

Auf die geforderte Dauer des Besitzes der AE werden folgende Zeiten über den Wortlaut des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG hinaus **angerechnet**:

- Zeiten eines fiktiven Aufenthaltsrechts gem. § 81 Abs. 4 S. 1 AufenthG, soweit dem Verlängerungsantrag stattgegeben oder ein AT zu einem anderen Zweck erteilt wurde bzw bei noch nicht erfolgter Entscheidung der ABH im Rahmen einer Inzidentprüfung eine AE oder NE zu bejahen wäre,¹¹

Zeiten, für die die ABH trotz eines verspätet gestellten Verlängerungsantrags die Fortgeltungswirkung angeordnet hat (§ 81 Abs. 4 S. 2 AufenthG) und

- die AE letztlich erteilt wird,
- Zeiten als Deutscher im Falle von ehemaligen Deutschen,¹²
- Zeiten der Aufenthaltsgestattung bei Gewährung internationalen Schutzes im Rahmen eines Asylverfahrens (§ 55 Abs. 3 AsylVfG),
- Zeiten als Freizügigkeitsberechtigter (§ 11 Abs. 3 FreizügG/EU),
- Zeiten nach Versagung der AE bis zur Erteilung oder Verlängerung aufgrund behördlicher Aufhebung oder aufgrund eines erfolgreichen Rechtsbehelfs (§ 84 Abs. 2 S. 3 AufenthG),
- Zeiten der Untersuchungshaft und anschließenden Strafhaft, soweit in der Zeit eine AE vorlag,¹³
- Zeiten des Besitzes eines nationalen Visums (§ 6 Abs. 3 S. 3 AufenthG).¹⁴

10

γ Zu § 97 AuslG dafür: OVG Hmb, InfAuslR 2000, 71, 73; aA VGH Ba-Wü, EZAR 017 Nr. 3; vgl zur neuen Rechtslage bejahend § 85 Rn 10; Nr. 9.2.1.1 AVwV-AufenthG; Dienelt in: Renner, Ausl, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 13; BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.

11

γ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 22 ff.; BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 21.09; BVerwG, Urt.v. 30.3.2010, 1 C 6.09, AuAS 2010, 182, 183; VGH Ba-Wü, Beschl. v. 22.7.2009, 11 S 2289/08; VG Darmstadt, Beschl. v. 12.10.2009, 5 L 971/09.DA; aA BayVGH 4.2.2009, 19 B 08.2774 (vom BVerwG aufgehoben).

12

γ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 111; vgl Erlass Landesinnenministerium des Landes NRW v. 6.3.2007, 15-39.06.02-2-NE § 9 AufenthG; vgl. aber BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 2. 10; nicht bei Rücknahme der Einbürgerung.

13

γ Eine § 6 Abs. 2 AuslG 1965 entsprechende Regelung fehlt im AufenthG.

Zu berücksichtigen ist, dass Zeiten, in denen der Ausländer zwar keinen AT besessen hat, er nach einer inzident vorzunehmenden Prüfung aber einen Rechtsanspruch auf den Titel gehabt hat, den Zeiten des Titelbesitzes gleichstehen.¹⁵ Insofern sind auch die Zeiten zu berücksichtigen, in denen ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von ARB 1/80 bestand, eine AE gem. § 4 Abs. 5 AufenthG aber nicht ausgestellt wurde.¹⁶ Dies gilt nicht, wenn die Erteilung eines Titels für diesen Zeitraum bestandskräftig abgelehnt wurde.

Nicht angerechnet werden:

- Zeiten der Aufenthaltsgestattung, soweit kein internationaler Schutz gewährt wurde (§ 55 Abs. 3 AsylVfG, Ausnahme § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG),
- Zeiten einer Duldung,¹⁷
- Zeiten der Betretenserlaubnis gemäß § 11 Abs. 2 AufenthG.

Fraglich ist, ob der **Vorbesitz einer Blue Card**¹⁸ anzurechnen ist, wenn diese vor Erfüllung der in § 19a Abs. 6 AufenthG genannten Zeiten nicht mehr besteht, aber im Anschluss eine anderweitige AE erteilt wurde. Dies zu verneinen, wäre angesichts der Angleichungsvorschriften des § 19a Abs. 6 S. 1 und 2 AufenthG, die auf § 9 AufenthG verweisen, nicht nachvollziehbar. Die Blue Card sollte nach der Gesetzesbegründung als Privilegierung qualifizierter Arbeitnehmer gelten.¹⁹ Es wäre inkonsequent, wenn diese Privilegierung sich im Bereich der Aufenthaltsverfestigung als Hemmschuh erweisen würde. Dieser Schluss wird durch § 4 Abs. 1 S. 3 AufenthG unterstützt.

Umstritten ist, inwieweit **Aufenthaltszeiten vor dem 1.1.2005** angerechnet werden können. Eine Sonderregelung wie in § 102 Abs. 2 AufenthG (für eine NE nach § 26 Abs. 4 AufenthG) fehlt insoweit. Daher vertritt das BMI die Auffassung, AT wie die Aufenthaltsbewilligung und -befugnis, die einer Verfestigung nicht zugänglich gewesen seien, könnten – anders als bei § 26

14

¹ Nr. 9.2.1.1 AVwV-AufenthG, vgl aber OVG NRW, Beschl. v. 18.1.2010, 18 E 1313/09 bei einem Visum zu Studienzwecken: ebenfalls nur hälftige Anrechnung.

15

¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08; BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10.

16

¹ Vgl EuGH, Urt. v. 16.3.2000, C-329/97 (Ergat); vgl auch BVerwG, Urt. v. 22.5.2012, 1 C 6.11, der in eine nach § 28 erteilte AE eine AE nach § 4 Abs. 5 „hineinliest“; aA Nr. 9.2.1.1 AVwV-AufenthG.

17

¹ Dies gilt natürlich nicht für Zeiten einer Duldung im Rahmen des § 26 Abs. 4, vgl § 102 Abs. 2.

18

¹ Die gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG gerade keine AE ist.

19

¹ Vgl Gesetzesbegr. BT-Drucks. 18/8689.

Abs. 4 AufenthG – nicht angerechnet werden.²⁰ Hiergegen spricht zunächst die Tatsache, dass diese AT nach § 101 Abs. 2 als AE fort gelten und § 9 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG insoweit nicht differenziert. Zudem eignet sich die formale Art des AT allein nicht als Grundlage einer Prognose über die Dauer des Aufenthalts in Deutschland.²¹ Hierfür spricht, dass eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen einer Atypik gem. § 28 Abs. 3 AuslG 1990 und die Aufenthaltsbefugnis im Fall des § 35 Abs. 1 AuslG 1990 einer Verfestigung zugänglich war. Im Falle der auf der Grundlage des § 70 Abs. 1 AsylVfG aF erteilten Aufenthaltsbefugnis (nach Feststellung der Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG 1990) geht zudem auch der Gesetzgeber von einer Anrechenbarkeit der Voraufenthaltszeiten aus.²² Maßgebend für die Auslegung ist daher der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 9 AufenthG, die für eine Aufenthaltsverfestigung durch jede Eingliederung des Ausländers in das wirtschaftliche und soziale Leben der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere infolge einer Erwerbstätigkeit eintritt. Sofern der Ausl. daher zuletzt einen verlängerungsfähigen AT mit der Möglichkeit eines Daueraufenthaltes innehatte, sind auch die Zeiten einer Aufenthaltsbewilligung oder -befugnis anzurechnen.²³ Die Problematik dürfte sich allerdings durch die Herabsetzung der erforderlichen Aufenthaltszeiten in § 26 Abs. 4 AufenthG erübrigen.

Ebenfalls unklar ist, ob **Aufenthaltszeiten nach § 81 Abs. 3 AufenthG oder § 27 AufenthV** im Rahmen des § 9 AufenthG anrechenbar sind. Zumindest dann, wenn im Falle des § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG positiv über den AE-Antrag entschieden wurde, steht der Anrechnung nichts entgegen.²⁴ Anders ist es im Fall des § 81 Abs. 3 S. 2 AufenthG, da hier § 81 Abs. 4 S. 3 AufenthG nun ausdrücklich regelt, wann von einer Fortgeltungswirkung auszugehen ist. Auf die Zeit des nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG erforderlichen Besitzes der AE können zwar unter Umständen Zeiten angerechnet werden, in denen ein Ausländer vom Erfordernis einer AE freigestellt war, allerdings werden Aufenthaltszeiten nach § 27 AufenthV, in denen der

20

↑ Nr. 9.2.1.1.1 AVwV-AufenthG.

21

↑ BVerfG, InfAuslR 2005, 116, 118.

22

↑ Vgl hierzu im Einzelnen: Dienelt, Die Anrechnung von Voraufenthaltszeiten zur Erlangung einer Niederlassungserlaubnis, InfAuslR 2005, 247, 248.

23

↑ OVG Nds, AuAS 2002, 26 zu § 24 AuslG 1965: anrechenbarer Besitz einer AE, die nach AAV nicht unbefristet erteilt werden konnte, da anschließend AE nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 AuslG, vgl auch Nr. 24.1.1.2.5 AVwV AuslG, wonach im Rahmen der Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis in den Fällen des § 35 Abs. 2 AuslG die Zeiten eines vorherigen Besitzes der Aufenthaltsbefugnis anzurechnen waren, GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 133 ff; aA VG Düsseldorf, Urt. v. 2.11.2006, 24 K 3027/06; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 17 ff: Anrechnung nur bei befristeter Aufenthaltserlaubnis nach AuslG 1990.

24

↑ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 109 f.

Ausländer eine AE nicht besaß, bei der Erteilung einer NE nur in den Fällen des § 27 Abs. 3 AufenthV angerechnet, ansonsten bleiben sie unberücksichtigt.²⁵

§ 9 Abs. 4 AufenthG führt eine Sonderregelung zur Anrechnung bestimmter Aufenthaltszeiten – vor allem im Ausland – ein. Eine einmal erreichte Integration in die deutschen Lebensverhältnisse wird damit unter bestimmten Voraussetzungen auch nach dem Erlöschen des AT berücksichtigt.

§ 9 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG befasst sich mit Personen, die früher bereits im **Besitz einer NE waren, die aber durch Ausreise erloschen ist** und die nun nach Wiedereinreise und Erteilung einer AE wieder eine NE beantragen. Maximal vier Jahre Auslandsaufenthalt werden auf die erforderlichen Zeiten iSd Abs. 2 Nr. 1 angerechnet, wenn:

- der Ausländer früher im Besitz einer AE oder NE war und
- er zum Zeitpunkt der Ausreise bereits im Besitz einer NE war.

Von dieser Auslandszeit muss allerdings der Zeitraum abgezogen werden, in dem die NE während des Auslandsaufenthalts erloschen war (vgl § 51 Abs. 1 Nr. 6 AufenthG – Ausreise aus einem nicht vorübergehenden Grund bzw Nr. 7 – Ausreise für mehr als sechs Monate).

In § 9 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 AufenthG wird klargestellt, dass bei der Berechnung der Aufenthaltszeiten für jeden **Fall eines Aufenthalts außerhalb des Bundesgebiets, sofern der AT nicht erloschen ist**, nur maximal sechs Monate angerechnet werden. Dies betrifft insoweit Zeiten über sechs Monate Auslandsaufenthalt,

- in denen gem. § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG die ABH die Sechs-Monats-Frist verlängert hatte oder
- der Ausländer sich im Sinne des § 51 Abs. 3 AufenthG zur Erfüllung der Wehrpflicht länger als sechs Monate im Ausland aufgehalten hat.

Im Vergleich zu § 12b Abs. 1 S. 2 StAG, der die Anrechenbarkeit dieser Zeiten vorsieht, ist dies nicht nachvollziehbar.

Mehrere Auslandsaufenthalte, die jeweils kürzer als sechs Monate andauert haben, sind nach dem eindeutigen Wortlaut jeweils für den Zeitraum des Auslandsaufenthalts anzurechnen, selbst wenn sie zusammen mehr als sechs Monate andauerten („...für jeden Aufenthalt...“).²⁶

Rechtmäßige Studien- und Ausbildungsaufenthalte im Bundesgebiet werden gemäß § 9 Abs. 4 Nr. 3 AufenthG zur Hälfte angerechnet, soweit der Aufenthalt in dieser Zeit rechtmäßig war.²⁷

25

¹ BayVGH, Urt. v. 3.6.2014, 10 B 13.2083; s.a. OVG NRW, Urt. v. 19.1.2006, 19 B 1034/05.

26

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 169.

Dies kann im Vergleich zur Rechtslage (vor 2007) eine Verschlechterung darstellen, so dass die Regelung von der stand-still-Klausel des ARB 1/80 erfasst wird.

(2) Sicherung des Lebensunterhaltes

Anders als bei der Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG muss im Rahmen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG die Sicherung des Lebensunterhaltes, soweit kein Ausnahmetatbestand erfüllt ist, zwingend gegeben sein.²⁸ Die Sicherung muss dabei nicht eigenhändig erfolgen; so dass auch **Leistungen Dritter** berücksichtigt werden können.²⁹

Für den Umfang des Lebensunterhaltes gilt § 2 Abs. 3 AufenthG.³⁰ Entgegen dem Wortlaut des § 9 AufenthG und der früher herrschenden Meinung³¹ geht das BVerwG davon aus, dass es dabei nicht nur auf den eigenen Bedarf des Antragstellers, sondern auf den Bedarf der in einer **Bedarfsgemeinschaft** lebenden Kernfamilie ankommt.³² Dabei ist der künftige, nicht der gegenwärtige Bezug zugrunde zu legen, so dass derzeit bezogene Leistungen nach dem AsylbLG einer Berechnung nach dem SGB II nicht entgegenstehen.³³ Für die Berechnung des Anspruchs kann aber die Frage von Bedeutung sein, ob ein Mitglied der Bedarfsgemeinschaft voraussichtlich (weiterhin) nach dem AsylbLG leistungsberechtigt und damit von Leistungen nach dem SGB II ausgeschlossen wäre.³⁴ Anders als im Bereich der Familienzusammenführung³⁵

27

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 16.

28

¹ Storr u.a./Wenger, § 9 Rn 6.

29

¹ BayVGH, Beschl. v. 12.11.2008, 19 ZB 08.1944, InfAuslR 2009, 76, 77.

30

¹ Nr. 9.2.1.2 AVwV-AufenthG.

31

¹ SaarIOVG, Urt. v. 24.9.2009, 2 A 287/08; HessVGH, Urt. v. 14.12.2009, 9 A 1733/09, InfAuslR 2010, 299 ff (allerdings mit falschem Az); VG Düsseldorf, Gerichtsbescheid v. 16.8.2010, 24 K 2227/10; Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 9 AufenthG Rn 30 (in der 10. Aufl. nicht mehr).

32

¹ BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 21.09; BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 4.10.

33

¹ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 4.10.

34

¹ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 4.10; zur Berechnung bei sog. gemischten Bedarfsgemeinschaften: BSG, Urt. v. 6.10.2011, B 14 AS 171/10 RBSG; Urt. v. 15.4.2008, B14/7b AS 58/06, FEVS 60, 259.

35

geht das BVerwG bei der NE (weiterhin) davon aus, dass die Freibeträge und die Werbungskostenpauschale bei der Berechnung berücksichtigt werden können.³⁶ Während es somit bei der Frage eines Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung eine Parallelität von § 9 und § 9a AufenthG bejaht, verneint es sie bei der Berechnung des Lebensunterhaltes. Dies ist wenig nachvollziehbar. Bei nicht (mehr) erwerbsfähigen Personen richtet sich die Ermittlung des zu Verfügung stehenden Einkommens nach SGB XII.³⁷

Der tatsächliche Bezug von **Wohngeld** ist entgegen Nr. 2.3.1.3 AVwV-AufenthG nicht schädlich, ist aber nicht als Einkommen heranzuziehen.³⁸

Das nach § 37 SGB XI gezahlte **Pflegegeld** soll nicht als Einkommen anrechenbar sein.³⁹ Es solle insoweit kein Entgelt für die von der Pflegeperson erbrachten Pflegeleistungen darstellen, sondern den Pflegebedürftigen als Anspruchsinhaber in den Stand setzen, Angehörigen und sonstigen Pflegepersonen eine materielle Anerkennung für die mit großem Einsatz und Opferbereitschaft im häuslichen Bereich sichergestellte Pflege zukommen zu lassen. Hintergrund ist, dass gem. § 3 Nr. 36 EStG ein Entgelt bis zur Höhe des Pflegegeldes nach § 37 SGB XI, das Angehörige oder sonstige ehrenamtliche tätige Personen aufgrund einer moralischen Pflicht für Leistungen zur Grundpflege oder hauswirtschaftlichen Versorgung erhalten, nicht zu versteuern ist. Das an den Angehörigen weitergeleitete Pflegegeld ist bei diesem auch im Rahmen des SGB II gem. § 1 Abs. 1 Nr. 4 Alg II-V nicht als Einkommen anrechenbar.

Problematisch sind insbesondere Sachverhalte mit **befristeten Arbeitsverträgen**. Bereits zu § 27 AuslG 1990 wurde die Auffassung vertreten, dass nicht allein die Sicherung des Lebensunterhaltes im Zeitpunkt der Entscheidung relevant sei. Vielmehr müsse sie auf absehbare Zeit andauern.⁴⁰ Dies wird nun auch für die NE vertreten.⁴¹ Dagegen spricht allerdings, dass Absatz 2 S. 1 Nr. 2 – anders als Abs. 2 S. 1 Nr. 4 – nicht an § 9 a Abs. 2 Nr. 2

¹ Vgl BVerwG, Urt. v. 16.11. 2010, 1 C 20.09 unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 4.3.2010, C-578/08 (Chakroun).

36

¹ BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 21.09.

37

¹ BVerwG, Urt. v. 18.04.2013, 10 C 10.12.

38

¹ BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4.12, Rn 29; OVG Nds, Beschl. v. 20.3.2012, 8 LC 277/10 mit ausführl. Begr. und mwN.

39

¹ OVG Nds, Beschl. v. 27.11.2014, 13 LA 108/14.

40

¹ Vgl zB Renner, AuslG, 7. Aufl., § 27 AuslG Rn 6 mwN.

41

¹ OVG Nds, Beschl. v. 29.11.2006, 11 LB 127/06 .

AufenthG angeglichen wurde. Diese Norm verlangt durch die Voraussetzung der festen und regelmäßigen Einkünfte eine auf Dauer angelegte Unterhaltssicherung. Insofern geben Wortlaut („... gesichert ist...“) und Gesetzessystematik für eine enge Auslegung keine Grundlage.

Die Sicherung des Lebensunterhaltes ist nicht erforderlich, wenn der Antragsteller seinen Lebensunterhalt wegen einer **körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung** nicht sichern kann (Abs. 2 S. 6); es liegt nahe, dabei die Regelungen des Sozialrechts heranzuziehen.⁴² Demnach sind die Voraussetzungen jedenfalls dann zu bejahen, wenn eine teilweise oder volle Erwerbsminderung iSd § 43 SGB VI vorliegt und der Ausländer auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur noch weniger als sechs Stunden täglich tätig sein kann. Da es sich um eine Prognoseentscheidung handelt, können vorübergehende Erkrankungen keine Berücksichtigung finden, soweit sie nicht zu einer **teilweisen Erwerbsminderung** iSd § 43 SGB VI führen. Es bedarf einer konkreten Betrachtung dahin gehend, inwieweit der Ausländer aufgrund der einer Behinderung/Erkrankung zugrunde liegenden gesundheitlichen Beeinträchtigung bei einer ihm theoretisch möglichen Tätigkeit seinen Lebensunterhalt verdienen könnte.⁴³ Insofern kann sich auch der noch eingeschränkt Erwerbsfähige auf den Ausnahmetatbestand berufen.⁴⁴ Es ist nicht erforderlich, dass die Erkrankung oder Behinderung alleinursächlich für die fehlende Lebensunterhaltssicherung ist.⁴⁵ In Fall des Abs. 2 S. 6 ist es auch irrelevant, ob eine andere Person in der Bedarfsgemeinschaft ggf. in der Lage wäre, den Lebensunterhalt zu erwirtschaften.⁴⁶

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass die Privilegierung nur dann greifen könne, wenn der Ausl. wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung "von vornherein" nicht in der Lage war, die Voraussetzungen zu erfüllen, eine nur später auftretende krankheitsbedingte Unfähigkeit könne nicht mehr relevant werden.⁴⁷ Diese Auffassung findet weder im Gesetzestext des § 9 AufenthG noch nach dem Sinn und Zweck noch aus dem Regelungszusammenhang eine Stütze. Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Zuerkennung der NE.⁴⁸

42

¹ So VG Halle, Urt. v. 6.11.2014, 1 A 162/11.

43

¹ BayVGH, Urt. v. 16.4.2008, 19 B 07.336; vgl auch GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 224 ff.

44

¹ OVG Bln-Bbg, Urt. v. 13.12.2011, 12 B 24.11; wohl auch Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 36.

45

¹ OVG NRW, Urt. v. 15.10.2014, 17 A 1150/13.

46

¹ OVG NRW, Urt. v. 15.10.2014, 17 A 1150/13.

47

¹ VG Aachen, Urt. v. 30.1.2013, 8b K 1272/11.

48

Die Regelung des Abs. 2 S. 6 ist nach Auffassung des BVerwG nicht übertragbar, wenn der Ausl. zwar nicht wegen einer eigenen Erkrankung oder Behinderung, aber wegen der **Pflege eines kranken oder behinderten Angehörigen** zur Unterhaltssicherung nicht imstande ist.⁴⁹ Zu sozialrechtlichen Regelungen – so können pflegende Personen Pflichtbeitragszeiten erwerben⁵⁰ – steht dies in erheblichem Widerspruch. Insbesondere bei Familienangehörigen, die eine von Art. 6 GG geschützte Beistandsgemeinschaft bilden, ist diese Rechtsprechung auch verfassungsrechtlich bedenklich. Sie führt dazu, dass Personen, die hilfebedürftige Angehörige nicht im eigenen Haushalt aufnehmen bzw pflegen, besser gestellt werden.⁵¹ Dies wirkt angesichts der gesetzlichen Förderung häuslicher Pflege (zB durch das PflegezeitG) paradox.

Ebenso problematisch ist die Regelung im Hinblick auf Personen, die **aufgrund ihres Alters** nicht mehr einer Erwerbstätigkeit nachgehen. Eine analoge Anwendung ist insoweit nicht möglich.⁵² Allerdings ist einzelfallbezogen zu prüfen, ob darüber hinaus eine krankheits- oder behinderungsbedingte Erwerbsunfähigkeit vorliegt, wofür etwa der Bezug von Leistungen nach dem SGB XII bereits vor dem Eintritt in das Rentenalter sprechen kann.

Abgesehen von Abs. 2 S. 6 ist nach Auffassung des BVerwG ein **Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen** der § 5 Abs. 3 S. 2 bzw § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht möglich.⁵³ Dies zeigt einmal mehr, dass die Rechtsprechung des BVerwG zur Sicherung des Lebensunterhaltes nicht befriedigend ist. So geht es im Rahmen des § 28 Abs. 3 AufenthG davon aus, dass eine Ausnahme von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG dann zu erfolgen hat, wenn der Ausländer nur deshalb auf Leistungen nach dem SGB II angewiesen ist, weil er mit seinen deutschen Familienangehörigen in einer Bedarfsgemeinschaft lebt, er aber mit seinem Erwerbseinkommen seinen eigenen Bedarf decken könnte.⁵⁴ Es begründet seine Auffassung damit, dass die Erteilung einer NE an den Ausländer keine Verfestigung des Aufenthalts der Familienmitglieder zur Folge habe, da diese als Deutsche ohnehin Anspruch auf dauerhaften

⁴⁹ VG Aachen, Urt. v. 19.3.2014, 8 K 1398/12.

49

⁵⁰ BVerwG, Urt. v. 28.10.2008, 1 C 34.07.

50

⁵¹ Vgl §§ 44, 44 a SGB XI.

51

⁵² Vgl BVerfG, Beschl. v. 11.5.2007, 2 BvR 2483/06, zu der vergleichbaren Situation bei Eheleuten mit nicht ausreichendem Einkommen, die nur im Falle einer Trennung ihr Aufenthaltsrecht verlängern könnten; eine solche Schlechterstellung verletzt Art. 6 GG.

52

⁵³ BayVGH, Beschl. v. 29.8.2008, 19 C 08.1994.

53

⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 28.10.2008, 1 C 34.07; VGH Ba-W, Beschl. v. 22.7.2009, 11 S 2289/08, InfAuslR 2010, 59, 65.

54

⁵⁵ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 12.10.

Verbleib in der Bundesrepublik hätten. Dies lässt sich übertragen auf Familienangehörige mit einer NE. Ihr Aufenthalt ist insoweit bereits unabhängig und verfestigt; auch bei ihnen führt der Bezug von Leistungen nach dem SGB II nicht zu einer Beendigung des Aufenthalts. Dennoch werden ihre Familienangehörigen mangels einer § 5 Abs. 1 und Abs. 3 AufenthG vergleichbaren Regelung in § 9 AufenthG nach der Rechtsprechung des BVerwG von einer NE ausgeschlossen.

(3) Altersvorsorge

Das Verlangen des Nachweises einer Altersvorsorge in § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AufenthG erscheint inkonsequent, weil auch für die Einbürgerung nach § 8 StAG bzw § 10 StAG kein Rentenversicherungs- oder Versorgungsanspruch erforderlich ist. Es ist nicht nachvollziehbar, warum eine NE in dieser Hinsicht schwerer als eine Einbürgerung zu erlangen ist.⁵⁵ Gemäß dem Wortlaut der Regelung ist die Höhe der eingezahlten Beiträge aber unerheblich.⁵⁶ Ebenso ist irrelevant, ob die Beiträge auf freiwilligen Zahlungen basieren.

Praxishinweis: Inzwischen besteht Versicherungspflicht in der Rentenversicherung auch für eine geringfügig entlohnte Beschäftigung, die ab dem 1.1.2013 aufgenommen wurde und für eine bereits vor dem 1.1.2013 aufgenommene geringfügig entlohnte Beschäftigung, wenn das monatliche Arbeitsentgelt auf einen Betrag von 400,01 Euro bis maximal 450,00 Euro angehoben wird. Der rentenversicherungsrechtliche Status von Personen, die bereits vor dem Stichtag geringfügig beschäftigt und damit versicherungsfrei waren, bleibt ansonsten bestehen. Sie können aber die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung wählen.

Der Begriff des Pflichtbeitrages ist in § 55 Abs. 1 SGB VI definiert. Aus mehreren gleichzeitigen Beschäftigungsverhältnissen entstehen nicht mehrere Beitragsmonate.

Hat der Antragsteller Anspruch auf **Leistungen einer privaten Rentenversicherung**, muss er nicht bereits im Zeitpunkt der Erteilung der NE einen Versorgungsanspruch, der seinen Lebensunterhalt sicherstellt, erworben haben. Maßgeblich ist, ob – bei Weiterführung der privaten Altersvorsorge – Ansprüche in gleicher Höhe entstehen werden, wie sie entstehen würden, wenn der Antragsteller sechzig Monatsbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung entrichtet hätte.⁵⁷

Berufliche **Ausfallzeiten aufgrund von Kinderbetreuung oder häuslicher Pflege** werden angerechnet,⁵⁸ auch wenn überhaupt keine Versicherungsansprüche aufgrund **eigener**

55

↑ So auch Stellungnahme des Bundesrates zum ZuwG 2002, BT-Drucks. 14/7987, 7.

56

↑ GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 241.

57

↑ Nr. 9.2.1.3.1 AVwV-AufenthG.

58

Beitragsleistungen durch eigene Erwerbstätigkeit erlangt wurden.⁵⁹ Vom SGB VI werden nämlich nicht nur Pflichtbeitragszeiten aufgrund einer abhängigen Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit (§§ 1, 2 SGB VI) erfasst ("echte" Pflichtbeitragszeiten), sondern zB auch solche wegen Kindererziehung (§ 3 S 1 Nr 1 iVm § 56 SGB VI), bei denen der Bund die "Pflichtbeiträge" trägt und aus Steuermitteln zahlt ("unechte" oder "fiktive" Pflichtbeitragszeiten), vgl § 55 Abs. 1 S. 3 SGB VI. Durch Kindererziehungszeiten allein kann daher ein Rentenanspruch entstehen, da die Zeiten so bewertet werden, als hätte man in dieser Zeit gearbeitet und dabei das durchschnittliche Arbeitsentgelt eines Beschäftigten verdient.

Praxishinweis: Damit die Zeiten der Kindererziehung dem Versicherungskonto gutgeschrieben werden, ist ein entsprechender Antrag beim Rentenversicherungsträger erforderlich. Auch Personen, welche einen Pflegebedürftigen im Sinne des § 14 SGB XI nicht erwerbsmäßig wenigstens 14 Stunden pro Woche pflegen und keine Erwerbstätigkeit von wöchentlich mehr als 30 Stunden ausüben, unterliegen der Rentenversicherungspflicht (§ 3 SGB VI). Bei Rentenversicherungspflicht entrichtet die zuständige Pflegekasse die Beiträge aufgrund der ehrenamtlichen Pflege Tätigkeit; die Zeiten gelten gemäß § 55 Abs. 2 Nr. 3 SGB VI als Pflichtversicherungszeiten. In der Arbeitslosenversicherung besteht die Pflichtversicherung für die Dauer der Pflegezeit fort. Die notwendigen Beiträge übernimmt auch die Pflegekasse.

Ausländische Sozialversicherungsbeiträge sind zwar grundsätzlich keine Pflichtbeiträge, da Pflichtbeiträge gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 SGB VI nach Bundesrecht geleistet worden sein müssen. Zum Bundesrecht gehören aber auch die mit anderen Staaten abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen, zB das Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Türkei über Soziale Sicherheit vom 30. 4. 1964 (BGBl II 1965, 1170). Nach Art 27 des Abkommens werden für den Erwerb des Leistungsanspruchs nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften einer Vertragspartei auch die Versicherungszeiten berücksichtigt, die nach den Rechtsvorschriften der anderen Vertragspartei anrechnungsfähig sind und nicht auf dieselbe Zeit entfallen, wenn nach den Rechtsvorschriften beider Vertragsparteien anrechnungsfähige Versicherungszeiten vorhanden sind. Dies führt zu einer Zusammenrechnung der Versicherungszeiten nicht nur bezüglich der Erfüllung der allgemeinen Wartezeit, sondern auch im Hinblick auf das Erfordernis von acht Jahren Pflichtbeiträge in den letzten zehn Jahren vor Rentenbeginn gemäß § 237 Abs. 1 Nr 4 SGB VI.⁶⁰

Ist der Versicherungsfall bereits eingetreten, müssen in der Vergangenheit mindestens 60 Monatsbeiträge anrechenbar sein.⁶¹

⁵⁹ OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 19.1.2010, 12 M 81.09.

59

⁶⁰ AA GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 250 f.

60

⁶¹ BSG, Urteil vom 30. 7. 2008 - B 5a R 110/07 R.

61

⁶¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 38.

Anders als bei der früheren unbefristeten Aufenthaltserlaubnis des AuslG 1990, für die das Erfordernis der Altersvorsorge nicht galt, wird den Antragstellern, die **keine sechzig Monate Pflichtbeiträge** nachweisen können, die Verfestigung verweigert – mit der Folge, dass auf unbestimmte Zeit bei jeder Verlängerung die Ersterteilungsvoraussetzungen der AE erfüllt sein müssen (vgl § 8 Abs. 1 AufenthG). Dies ist kaum nachvollziehbar. In diesen Fällen ist sorgfältig zu prüfen, ob die Möglichkeit einer Einbürgerung besteht, da dort der Nachweis der Altersvorsorge nicht vorausgesetzt wird (vgl § 10 Abs. 1 S. 1 StAG).

Bei **Ehegatten** und **Partnern einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft** ist es ausreichend, wenn einer der Ehegatten bzw Lebenspartner den Nachweis der Altersvorsorge erbringt (Abs. 3 S. 1, § 27 Abs. 2 AufenthG). Gem. § 24 AuslG 1990 wurde die unbefristete AE unabhängig von Rentenbeitragszahlungen erteilt, so dass bei **türkischen Staatsangehörigen** ggf die Stand-Still-Regelungen des Assoziationsrechts zur Anwendung kommen (vgl Art. 13 ARB 1/80 Rn 17).⁶²

In folgenden Fällen **entfällt** die Nachweispflicht gänzlich:

- bei Antragstellern, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung keine Altersvorsorge leisten können (Abs. 2 S. 6, s.o.),
- bei Ausländern, die vor dem 1.1.2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsbefugnis waren (§ 104 Abs. 2 S. 2).

Auch Personen, die sich in einer Ausbildung befinden, die zu einem **anerkannten schulischen oder beruflichen Bildungsabschluss** führt, sind vom Nachweis der Altersvorsorge iSd § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 befreit (§ 9 Abs. 3 S. 2). Hierzu zählt nicht nur der Besuch einer allgemein bildenden Schule, sondern auch der Besuch von Berufsfachschulen oder sonstigen öffentlichen oder staatlich anerkannten berufsbildenden Schulen, also auch den Meisterschulen. Soweit Nr. 9.3.2 AVwV-AufenthG berufsvorbereitende Maßnahmen nicht berücksichtigen will, ist festzuhalten, dass das **Berufsgrundbildungsjahr** in der Regel auf eine Berufsausbildung als erstes Lehrjahr nach dem BBiG anzurechnen ist (§ 29 Abs. 1 BBiG iVm § 2 Abs. 1 Berufsgrundbildungsjahr-AnrechnungsVO) und damit ebenso wie das erste Lehrjahr in einem Ausbildungsbetrieb oder in einer außerbetrieblichen Einrichtung zu einem Berufsabschluss führen kann. Durch den Ausschluss entstünde insoweit ein Wertungswiderspruch, wenn zwar der Besuch einer Hauptschule honoriert wird, nicht aber der daran anschließende und darauf aufbauende Besuch zB des Berufsgrundbildungsjahres.

Obwohl der Wortlaut dies nicht nahe legt, führt auch die Absolvierung eines **Studiums** zu einem anerkannten beruflichen Bildungsabschluss. Da § 9 Abs. 3 AufenthG mit der Privilegierung offensichtlich die besonderen Integrationsbemühungen honorieren will, wäre es unverständlich, wenn ein Studium – das eine zusätzliche Erwerbstätigkeit idR auch nur begrenzt zulässt – nicht

¹ Zeran, Gewitterwolken über dem deutschen Aufenthaltsgesetz – Teil 2, Asylmagazin 2011, 398, 400.

berücksichtigt werden würde. Die verlangten Abschlüsse erfassen auch solche von staatlichen bzw. staatlich anerkannten Berufsakademien und Hochschulen.⁶³ Nicht anwendbar ist die Regelung allerdings auf Personen, die zum Zwecke der schulischen oder beruflichen Ausbildung eine AE erhalten haben. §§ 16 Abs. 5 S. 1, 17 S. 3 iVm § 16 Abs. 2 S. 2 AufenthG⁶⁴ sehen insoweit vor, dass während einer Ausbildung der Erwerb einer NE gemäß § 9 Abs. 2 AufenthG ausgeschlossen ist.

(4) Kein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung

Während § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AufenthG aF sich an § 27 Abs. 2 Nr. 4 AuslG 1965 anlehnte und die NE zu versagen war, wenn der Ausländer in den letzten drei Jahren vor Erteilung des Titels aufgrund einer vorsätzlichen Straftat zu einer Jugend- oder Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt wurde, ist diese Voraussetzung in § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AufenthG durch das 1. RiLiUmsG völlig neu gefasst und § 9a Abs. 1 Nr. 5 AufenthG angeglichen worden. Allerdings ist absehbar, dass diese weit gefasste Generalklausel die vom Gesetzgeber angestrebte Erleichterung nicht mit sich bringen wird. Die vom Gesetzgeber betonte Gleichstellung mit § 9a Abs. 1 Nr. 5 AufenthG („Vermeidung eines unnötigen Unterschieds“)⁶⁵ weist darauf hin, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung identisch sein soll. Dies ist zunächst problematisch, da § 9a AufenthG europarechtliche Vorgaben in nationales Recht transformiert, so dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in dieser Vorschrift nur europarechtlich zu interpretieren ist. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AufenthG ist demgegenüber zunächst nationales Recht, so dass es nahe liegend wäre, nationale Auslegungsgrundsätze⁶⁶ heranzuziehen. Im Sinne einer einheitlichen Auslegung ist aber unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens und der Regelung des § 9a Abs. 1 S. 3 AufenthG der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wie in § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 AufenthG zu interpretieren.⁶⁷

63

¹ Vgl. BMI, Ergänzende Hinweise zur AVV-AufenthG, Schreiben vom 19.11.2009, einsehbar unter: Ergänzende Hinweise des bayerischen Staatsministeriums des Innern zu den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums des Innern vom 26.10.2009 (Stand 18.12.2009), IA2-2081.13-15.

64

γ Der erst im Vermittlungsausschuss eingefügt wurde, vgl. BT-Drucks. 15/3479, 3.

65

γ Gesetzesbegründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 16/5065, 160.

66

¹ Vgl. hierzu BVerfGE 69, 315, 352.

67

γ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 44; GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 272.

Soweit es bei der NE um Ausweisungsgründe geht, 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 S. 1 Nr. 4 AufenthG verdrängt, so dass die Erteilung einer NE nicht schon am Vorliegen eines Ausweisungsgrundes scheitert.⁶⁸ Vielmehr muss eine an Art. 6 der DA-RL orientierte einzelfallbezogene, der vollen gerichtlichen Prüfung unterliegende Abwägung vorgenommen werden.⁶⁹ Dabei ist umstritten, ob ein relevanter Ausweisungsgrund sich allein durch Zeitablauf aufenthaltsrechtlich „verbrauchen“ kann.⁷⁰ Bei wiederholter Erteilung einer AE in Kenntnis eines Ausweisungsgrundes wird die Auffassung vertreten, dass dieses kein Vertrauen dahin gehend schaffen könne, dass der Ausweisungsgrund einem Daueraufenthaltsrecht ebenfalls nicht entgegenstehe.⁷¹ Dem wird jedoch zu Recht entgegengehalten, dass hierdurch ein Wertungswiderspruch entstehe.⁷²

(5) Ordnungsgemäße Beschäftigung

Arbeitnehmer müssen einen AT besitzen, der ihnen eine Beschäftigung erlaubt (§ 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 AufenthG). Die Einzelheiten sind in § 4 Abs. 2 AufenthG iVm der BeschV geregelt. Für Ehegatten und Lebenspartner genügt es, wenn einer der Ehegatten diese Voraussetzung erfüllt (Abs. 3 S. 1, § 27 Abs. 2 AufenthG).

(6) Sonstige Berufsausübungserlaubnisse

§ 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 AufenthG verlangt, dass der Antragsteller im Besitz der sonstigen für eine dauerhafte Beschäftigung erforderlichen Erlaubnisse ist. Diese Regelung gilt für selbstständig erwerbstätige Antragsteller, die im Besitz der jeweils erforderlichen besonderen Berufsausübungserlaubnisse für eine dauernde Tätigkeit sein müssen, dh insbesondere Rechtsanwälte, Ärzte, Heilpraktiker, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker sowie bestimmte

68

¹ BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 21.09; VGH Ba-Wü, Beschl. v. 22.7.2009, 11 S 2289/08, InfAuslR 2010, 59, 65; GK-AufenthG/Marx, § 9 Rn 276 ff.

69

¹ VGH Ba-Wü, Beschl. v. 22.7.2009, 11 S 2289/08, InfAuslR 2010, 59, 65.

70

¹ So HessVGH, Urt. v. 4.3.2002, 12 UE 203/02, AuAS 2002, 172, 173 f; dagegen VGH Ba-Wü, Beschl. v. 25.2.2002, 11 S 160/01, InfAuslR 2003, 233; VGH Ba-Wü, Beschl. v. 24.6.1997, 13 S 2818/96, InfAuslR 1997, 450.

71

¹ VGH Ba-Wü, Urt. v. 22.7.2009, 11 S 2289/08.

72

¹ OVG NRW, Beschl. v. 18.06.2014, 17 E 1136/13.

Gewerbetreibende, die besondere gewerberechtliche Erlaubnisse benötigen.⁷³ Einer Erlaubnis zur dauerhaften selbstständigen Erwerbstätigkeit steht es gleich, wenn die Berufsausübung wie etwa im Einzelhandel ohne Genehmigung erlaubt ist. Trotz einer etwaigen Befristung liegt eine Erlaubnis zur dauernden Berufsausübung vor, wenn durch die Befristung lediglich bezweckt wird, die Berufstauglichkeit erneut zu prüfen (zB bei der Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs gem. § 10 BÄO).⁷⁴ Für Ehegatten genügt es, wenn einer der Ehegatten diese Voraussetzung erfüllt (Abs. 3 S. 1).

(7) Ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache

Die Regelung des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 AufenthG beinhaltet eine erhebliche Verschärfung gegenüber der alten Rechtslage nach dem AuslG 1990. Die Erteilung der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis bzw der -berechtigung nach dem AuslG 1965 setzte nur voraus, dass der Antragsteller über Deutschkenntnisse verfügte, die eine mündliche Verständigung auf einfache Art ermöglichten (vgl §§ 24 Abs. 1 Nr. 4, 27 Abs. 2 Nr. 5 AuslG). Der Antragsteller musste die deutsche Sprache weder beherrschen noch deutsch lesen oder schreiben können, von ihm wurde jedoch verlangt, dass er sich im Alltagsleben ohne nennenswerte Schwierigkeiten verständigen konnte. Eine schriftliche Sprachprüfung war nicht zulässig.⁷⁵ Es ist daher streitig, ob die in Nr. 7 genannten Anforderungen mit den Stand-Still-Klauseln für **türkische Staatsangehörige** zu vereinbaren sind.⁷⁶ Dies wird vom BVerwG zumindest dann bejaht, wenn bereits ein assoziationsrechtliches Daueraufenthaltsrecht und damit ein Anspruch auf eine AE nach § 4 Abs. 5 besteht, der dauerhaft auch einen unbeschränkten Zugang zum Arbeitsmarkt vermittelt. Insoweit seien keine neuen Beschränkungen des Zugangs zum Arbeitsmarkt ersichtlich.⁷⁷

73

↑ Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 9 AufenthG Rn 43.

74

↑ Dienelt in: Renner, AuslR, 9. Aufl., § 9 AufenthG Rn 43; aA VG Hannover, Urt. v. 17.6.2010, 2 A 3924/09, NVwZ-RR 2010, 940, 941.

75

↑ Vgl Nr. 24.1.4 AuslG-VwV.

76

↑ Dagegen Zeran, Gewitterwolken über dem deutschen Aufenthaltsgesetz – Teil 2, Asylmagazin 2011, 398, 400; offenlassend Wissenschaftliche Dienste des Dt. Bundestages (Schröder), Anwendungsbereiche und Auswirkungen der Stillhalteklausele im Assoziationsrecht der EU mit der Türkei (WD 3 – 3000 - 188/11), S. 8; aA BVerwG, Urt. v. 28.04.2015, 10 C 21.14; VG Münster, Urt. v. 21.07.2014, 8 K 2769/13.

77

↑ BVerwG, Urt. v. 28.04.2015, 10 C 21.14; BayVGH, Urt. v. 3.6.2014, 10 B 13.2083.

§ 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 AufenthG verlangt – entsprechend der Vorgaben im Einbürgerungsverfahren (§ 11 Nr. 1 StAG) – **ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache**. Eine Legaldefinition enthält § 2 Abs. 11 AufenthG, wonach ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache der Definition des Sprachniveaus B1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen⁷⁸ entsprechen.

Als ausreichend sind die Sprachkenntnisse eines Antragstellers jedenfalls dann anzusehen, wenn dieser ein **Zeugnis über den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses** (vgl. §§ 43-45 AufenthG) vorlegen kann (Abs. 2 S. 2). Anspruch auf einen Integrationskurs haben allerdings nur erstmalig einreisende Antragsteller (§ 44 Abs. 1 AufenthG). Insofern ist dem Ausländer ggf. die freiwillige Ableistung des Kurses anzuraten, sofern er nicht in der Vergangenheit gemäß § 44 a Abs. 1 AufenthG zur Teilnahme verpflichtet wurde. Anders als bei der Verlängerung einer AE (§ 8 Abs. 3 AufenthG) muss der Integrationskurs erfolgreich abgeschlossen werden. Als ausreichend muss es auch angesehen werden, wenn der Antragsteller **sonstige Nachweise** vorlegen kann, die seine Sprachkenntnisse belegen. Dies sind:

- die Vorlage eines Sprachdiploms, das der Bescheinigung über die erfolgreiche Teilnahme am Integrationskurs entspricht,
- die Vorlage eines Hauptschulabschlusszeugnisses,
- der Nachweis eines erfolgreichen deutschen Studien- oder Ausbildungsabschlusses,
- in Nr. 16.1.1.4.2 AVwV-AufenthG genannten Nachweise ausreichender Deutschkenntnisse für den Hochschulbesuch,
- der Nachweis einer erfolgten Einschreibung an einer deutschen Hochschule für einen Studiengang mit deutscher Unterrichtssprache,⁷⁹
- qualifizierte Belege für die von § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 verlangten Sprachkenntnisse, die keine gesonderte Sprachprüfung erfordern.⁸⁰

Im Übrigen liegen ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache nach Auffassung des Gesetzgebers vor, wenn sich der Ausländer im täglichen Leben einschließlich der Kontakte mit Behörden in seiner deutschen Umgebung sprachlich zurechtfinden vermag und mit ihm ein seinem Alter und Bildungsstand entsprechendes Gespräch geführt werden kann. Dazu gehört auch, dass der Ausländer einen deutschsprachigen Text des alltäglichen Lebens lesen, verstehen

78

¹ Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates an Mitgliedstaaten Nummer R (98) 6 v. 17.3.1998 zum Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen – GER.

79

¹ Vgl. BMI, Ergänzende Hinweise zur AVV-AufenthG, Schreiben vom 19.11.2009, einsehbar unter: Ergänzende Hinweise des bayerischen Staatsministeriums des Innern zu den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums des Innern vom 26.10.2009 (Stand 18.12.2009), IA2-2081.13-15.

80

¹ Vgl. hierzu auch Nr. 9.2.1.7. AVwV-AufenthG,.

und die wesentlichen Inhalte mündlich wiedergeben könne (vgl auch § 3 Abs. 2 IntV).⁸¹ Insofern können die Sprachkenntnisse im Rahmen einer persönlichen Vorsprache des Antragstellers überprüft werden.

Personen, die wegen eines **erkennbar geringen Integrationsbedarfs** (§ 44 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG) keinen Anspruch auf Teilnahme am Integrationskurs hatten oder denen **die Teilnahme am Kurs auf Dauer unmöglich oder unzumutbar** war (§ 44 a Abs. 2 Nr. 3 AufenthG), müssen sich nur auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständigen können (Abs. 2 S. 5, s. a. § 2 Abs. 9 AufenthG). Dies gilt auch für Personen, die **vor dem 1.1.2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis** waren (§ 104 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Hier sind daher die bereits unter § 24 Abs. 1 Nr. 4 AuslG 1990 angewandten Maßstäbe heranzuziehen: eine bloße Verständigung ist ausreichend, allerdings soll der Antragsteller im Alltag ohne nennenswerte Schwierigkeiten mit anderen kommunizieren können.⁸²

Vom Nachweis ausreichender Sprachkenntnisse **befreit** sind Ausländer, die wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht dazu in der Lage sind (Abs. 2 S. 3). Die unzureichenden Sprachkenntnisse müssen somit ihre Ursache in der Krankheit/Behinderung haben.

Eine **Ausnahme** vom Erfordernis des Nachweises kann zudem zur **Vermeidung einer Härte** zugelassen werden (Abs. 2 S. 4). Es wird hier weder eine besondere noch eine außergewöhnliche Härte verlangt. Eine Anwendung der Regelung ist denkbar in Fällen eines hohen Alters⁸³ und eines geringen Bildungsstandes⁸⁴ und bei Personen, die zur Sicherstellung des Lebensunterhaltes für sich und die Familienangehörigen und zur Vermeidung der Sozialhilfeabhängigkeit im außergewöhnlichen Umfang nichtselbstständige Erwerbstätigkeiten wahrnehmen müssen und deshalb nicht an Sprachkursen teilnehmen können⁸⁵ oder denen der Besuch aufgrund der Pflege chronisch erkrankter Familienangehöriger nicht möglich war.⁸⁶

81

γ BT-Drucks. 15/420, 72; vgl auch zur vergleichbaren Regelung des § 11 StAG: OVG Rh-Pf, Urt. v. 25.1.2005, 7 A 11481/04.OVG; HessVGH, InfAuslR 2002, 484 mit abl. Anm. Gutmann; s. auch die gegenteilige Ansicht, die bei einer Einbürgerung die Fähigkeit, einen Text in deutscher Sprache zu schreiben, nicht verlangt: VG Stuttgart, InfAuslR 2003, 164; GK-AuslR/Berlit § 86 Rn 39 f; vgl jetzt aber BVerwG, Urt. v. 20.10.2005, 5 C 17/05: keine ausreichenden Sprachkenntnisse bei Analphabeten; BVerwG, Urt. v. 20.10.2005, 5 C 8.05; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 AufenthG Rn 49 ff.

82

γ S. Renner, AuslR, 7. Aufl., § 24 AuslG Rn 11.

83

γ Nr. 9.2.2.2.2. AVwV-AufenthG: 50 Jahre bei Einreise.

84

γ Vgl Ges.-Begr. BT-Drucks. 15/420, 73: Ermessen bei „bildungsfernen“ Menschen, die in einer anderen Schriftsprache sozialisiert worden sind.

85

(8) Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung

Der Nachweis iSd § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 AufenthG wird durch Vorlage des Zeugnisses über den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses geführt (Abs. 2 S. 2), kann aber auch anders – etwa durch Nachweis eines entsprechenden Schulabschlusses oder eines bestandenen Einbürgerungskurses – belegt werden. Im Hinblick auf die Befreiungen wird auf die obigen Ausführungen zu den Sprachkenntnissen verwiesen; ein Abweichen ist auch unter Härtegesichtspunkten zulässig (§ 9 Abs. 2 S. 3 AufenthG). Bei Personen, die vor dem 1.1.2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis waren, gilt die Regelung nicht (§ 104 Abs. 2 S. 2 AufenthG). Bei türkischen Staatsangehörigen sind die **Stand-Still-Klauseln** des Assoziationsrechts zu beachten (s.o.).⁸⁷

(9) Wohnraumerfordernis

Beim Nachweis ausreichenden Wohnraums für den Antragsteller und seine Familienangehörigen (Abs. 2 S. 1 Nr. 9) ist § 2 Abs. 4 AufenthG anzuwenden.⁸⁸

b. Ehegatten- und Auszubildendenprivileg

Das Absehen von bestimmten Voraussetzungen gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 (Pflichtbeiträge, ordnungsgemäße Beschäftigung, sonstige Berufsausübungserlaubnisse) gilt für **verheiratete Ausländer** unabhängig davon, ob sie im Wege der Familienzusammenführung eingereist sind. Bei Ehegatten Deutscher ist § 28 Abs. 2 AufenthG anzuwenden, der insoweit eine Privilegierung darstellt.

§ 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG gilt auch für Ehegatten, die gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG eine NE begehren (Abs. 3 S. 3), und für Partner gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften (§ 27 Abs. 2 AufenthG).

86 ⁷ Ähnlich Heinhold/Classen, ZuwG, 23, vgl hierzu jetzt auch § 44 a Abs. 1 S. 6.

87 ⁷ Nr. 9.2.2.2.2 AVwV-AufenthG.

88 ¹ Zeran, Gewitterwolken über dem deutschen Aufenthaltsgesetz – Teil 2, Asylmagazin 2011, 398, 400.

88 ⁷ Nr. 9.2.1.9 AVwV-AufenthG.

II. Sonderregelungen

Das AufenthG enthält für einige Aufenthaltszwecke **Sonderregelungen**, die einen Anspruch auf Erteilung einer NE konstituieren. Die Erteilung richtet sich in diesen Fällen ausschließlich nach den dort genannten Voraussetzungen und ggf. den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5.⁸⁹ § 9 Abs. 2 AufenthG ist auf die Sonderfälle nur in dem Umfang anwendbar, als die jeweiligen Regelungen ausdrücklich auf diese Vorschrift verweisen (zB § 26 Abs. 4 S. 1 AufenthG). Werden die Voraussetzungen der Sonderregelungen allerdings nicht erfüllt, ist ein Rückgriff auf § 9 AufenthG möglich.

1. Verfestigung nach Arbeits- oder Studienaufenthalt

a. Absolventen deutscher Hochschulen, § 18 b AufenthG

(1) Zweijähriger Besitz eines AT nach den §§ 18, 18a, 19a oder § 21 AufenthG

Ein zwischenzeitlicher Wechsel des Aufenthaltszwecks zB von § 18 zu § 21 AufenthG ist unschädlich, solange der Ausländer seit zwei Jahren in Besitz eines in § 18b AufenthG genannten AT ist.⁹⁰ Ein AT nach anderen Vorschriften ist nicht ausreichend, selbst wenn ansonsten die Voraussetzungen des § 18b AufenthG erfüllt werden.⁹¹

(2) Erfolgreicher Studienabschluss

Das Studium muss an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule oder vergleichbaren Ausbildungseinrichtung im Bundesgebiet abgeschlossen worden sein. Staatliche oder staatlich anerkannte Einrichtungen sind Universitäten, pädagogische Hochschulen, Kunsthochschulen und Fachhochschulen.⁹² Vergleichbare

89

γ Vgl zu § 28 Abs. 2 OVG NRW, Beschl. v. 6.7.2006, 18 E 1500/05.

90

γ Welte, Neue Verfestigungsregelung für ausländische Studienabsolventen aus Drittstaaten, SächsVBl 2012, 282.

91

γ Kritisch dazu Dienelt, Protokoll 17/71 des Innenausschusses vom 23.4.2012, S. 14.

92

Ausbildungseinrichtungen sind Institutionen, die auf einen Abschluss an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule oder auf die Verleihung eines Grades durch eine staatliche oder staatlich anerkannte Hochschule vorbereiten, Einrichtungen, die eine staatliche Anerkennung beantragt haben sowie Einrichtungen, die einzelne akkreditierte Studiengänge anbieten.⁹³ Der Abschluss muss nach dem Wortlaut der Vorschrift **im Bundesgebiet** erfolgt sein.

(3) Angemessener Arbeitsplatz

Maßgeblicher Zeitpunkt für den Nachweis eines angemessenen Arbeitsplatzes ist nicht der Antrags-⁹⁴, sondern der Erteilungszeitpunkt, um auszuschließen, dass die NE auch einem Antragsteller erteilt werden müsste, der nach Antragstellung und vor Erteilung der NE arbeitslos wird.⁹⁵ Bei der Prüfung, ob ein angemessener Arbeitsplatz vorliegt, kann die ABH gem. § 72 Abs. 7 AufenthG die Arbeitsagentur beteiligen.

(4) Rentenversicherung

Der Antragsteller muss nur mindestens 24 Monate Pflichtbeiträge oder freiwillige Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet haben oder Aufwendungen für einen Anspruch auf vergleichbare Leistungen einer Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder eines Versicherungsunternehmens nachweisen.

(5) Ergänzende Anwendbarkeit des § 9 Abs. 2 AufenthG

§ 18b Nr. 4 AufenthG verweist auf die allgemeinen Voraussetzungen des § 9 AufenthG, die mit Ausnahme der Nr. 1 und 3 vollständig erfüllt sein müssen. Auch § 9 Abs. 2 S. 2

93 ¹ Ziffer 16.0.3. AVwV-AufenthG.

94 ¹ Ziffer 16.0.3. AVwV-AufenthG.

95 ¹ So noch BT-Drucks. 1786/82.

¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses vom 25.4.2012, S. 15 (BT-Drucks. 1794/36).

bis 6 AufenthG ist anwendbar. Eine Vergünstigung für Ehepartner – wie bei § 9 Abs. 3 AufenthG – sieht die Regelung allerdings nicht vor.⁹⁶

b. Hochqualifizierte, § 19 AufenthG

Im Fall hochqualifizierter Ausländer ist die Erteilung einer NE nach Ermessen möglich.

(1) Hohe Qualifikation

Wann von einer solchen Qualifikation ausgegangen werden kann, bestimmt Abs. 2. Maßgebend sind danach entweder **besondere fachliche Kenntnisse als Wissenschaftler** (Nr. 1) oder die **herausgehobene Funktion von Lehrpersonen oder wissenschaftlichen Mitarbeitern** (Nr. 2).

Ein Wissenschaftler hat besondere fachliche Kenntnisse im Sinne von Nr. 1, wenn er über eine „besondere Qualifikation oder über Kenntnisse von überdurchschnittlich hoher Bedeutung in einem speziellen Fachgebiet“ verfügt.⁹⁷

Zu den Lehrpersonen in herausgehobener Funktion werden nach zutreffender Auffassung

Lehrstuhlinhaber und Institutsdirektoren gezählt.⁹⁸ 12 Wissenschaftliche Mitarbeiter

96

¹ Samel in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 18b AufenthG Rn 8.

97

¹ So zutreffend Ziff. 19.2.1 AufenthG-VwV; ähnlich Röseler in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 19 AufenthG Rn 9: „überdurchschnittliche Fachkenntnisse“.

98

¹ Röseler in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 19 AufenthG Rn 10; ebenso Ziff. 19.2.2 AufenthG-VwV.

haben eine herausgehobene Funktion iSv Nr. 2, wenn sie Leiter einer Forschungsgruppe sind oder eigenverantwortlich Abteilungen von öffentlichen oder privaten

Forschungseinrichtungen leiten.

Es handelt sich dabei nur um Regelbeispiele, so dass auch Personen erfasst werden, die aufgrund ihrer Aus- oder Vorbildung herausragende Leistungen erbringen oder erwarten lassen.⁹⁹

(2) Zustimmung der BA

Die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit ist in diesen Fällen gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 BeschV nicht erforderlich.

(3) Integrationsfähigkeit

Es muss die Annahme gerechtfertigt sein, dass die Integration in die Lebensverhältnisse und

n die Sicherung des Lebensunterhaltes ohne staatliche Hilfe gewährleistet ist. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang sind insbesondere Voraufenthalte in Deutschland, deutsche Sprachkenntnisse, Ausbildung und Berufserfahrung. Allerdings müssen nicht die Voraussetzungen des § 9 AufenthG erfüllt sein; eine Bezugnahme fehlt insoweit.

(4) Konkretes Arbeitsplatzangebot

Soweit aus § 18 Abs. 5 AufenthG geschlossen wird, dass ein konkretes Arbeitsplatzangebot Voraussetzung für eine positive Entscheidung ist¹⁰⁰, ergibt sich dies schon aus der Natur der Regelung. Sofern eine Berufsausübungserlaubnis

99

¹ Vgl VGH Ba-Wü, InfAuslR 2007, 376 ff (Oberarzt mit Habilitation in der Türkei).

100

¹ NK-AuslR/Stiegeler, § 19 AufenthG Rn 10.

vorgeschrieben ist, muss auch diese erteilt sein oder zumindest die Zusage ihrer Erteilung vorliegen.¹⁰¹

(5) Besonderer Fall

Der Hinweis darauf, dass „**in besonderen Fällen**“ eine NE erteilt werden kann, verdeutlicht, dass es eher um Einzelfälle geht. Ein solcher wird jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn am Aufenthalt des Antragstellers ein besonderes wirtschaftliches und/oder gesellschaftliches Interesse besteht. Es kann sich zB aus arbeitsplatzbezogenen Umständen ergeben, so bei besonders langer Vakanz der Stelle, die der Antragsteller einnehmen soll.¹⁰² In Betracht kommen aber auch wissenschaftspolitische Interessen, wie der Wunsch einer Universität oder eines wissenschaftlichen Instituts, einen vielversprechenden Wissenschaftler an sich zu binden.

c. **Blue card, § 19a Abs. 6 AufenthG**

Inhaber einer Blue card werden unter den Voraussetzungen des § 19a Abs. 6 AufenthG, der mit dem 3. RiLiUmsG neu gefasst wurde, privilegiert. Sie müssen dafür eine Beschäftigung nach § 19a Abs. 1 AufenthG über einen Zeitraum von **mindestens 33 Monaten** ausgeübt haben und für diesen Zeitraum die Zahlung von Pflichtbeiträgen oder freiwilligen Beiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung oder (alternativ) Zahlungen an eine Versicherungs- oder Versorgungseinrichtung oder ein Versicherungsunternehmen mit einem Anspruch auf vergleichbare Leistungen nachweisen. Daneben müssen die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 4–6 sowie 8 und 9 AufenthG und **einfache Kenntnisse der deutschen Sprache** vorliegen. Gemäß Abs. 6 S. 2 finden die Regelungen des § 9 Abs. 2 S. 2–6 AufenthG entsprechende Anwendung. Dem Inhaber einer Blauen Karte EU kommen also die dort geregelten

101

¹ NK-AuslR/Stiegeler, § 19 AufenthG Rn 10.

102

¹ Vgl VGH Ba-Wü, InfAuslR 2007, 376, 378; VG Stuttgart, Urt. v. 8.11.2006, 17 K 2196/05, Röseler in: Renner, AuslR, 10. Aufl. § 19 AufenthG Rn 13 mit weiteren Beispielen.

Nachweiserleichterungen ebenfalls zugute. Kann der Antragsteller ausreichende deutsche Sprachkenntnisse – dh Niveau B 1 - nachweisen, verkürzt sich nach Abs. 6 S. 3 der Zeitraum von 33 auf 21 Monate.

Eine Beschäftigung nach Abs. 1 übt aus, wer über eine der dort genannten Qualifikationen

(zB einen ausländischen Hochschulabschluss) verfügt, eine dieser Qualifikation entsprechende Tätigkeit verrichtet und ein Mindestgehalt gem. Abs. 1 Nr. 3 bezieht. Letzteres ergibt sich zwar nicht zwingend aus dem Wortlaut, aber aus der Gesetzesbegründung.¹⁰³ Der Gesetzgeber wollte die beschleunigte Zugangsmöglichkeit zur NE nur der in Abs. 1 beschriebenen Personengruppe zugutekommen lassen. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass der Ausländer im gesamten Zeitraum im Besitz einer Blue card gewesen sein muss, um eine NE zu erhalten. Entscheidend ist allein, dass er in diesen Zeiten eine Beschäftigung iSv Abs. 1 ausgeübt hat; insofern können auch Zeiten mit anderen AT angerechnet werden.¹⁰⁴ Zum Zeitpunkt der Erteilung der NE muss er allerdings nach dem eindeutigen Wortlaut des Abs. 6 im Besitz der Blue card sein.

Praxishinweis: Mit der Erteilung der NE erhält der Antragsteller einen nationalen AT. Dies ist für ihn u.U. nachteilig, da er damit grds. auch die Mobilität innerhalb der EU, die ihm die Blue card nach Art. 18 Blue card-RL ermöglicht, verliert.¹⁰⁵ Zudem ist fraglich, ob er dann noch unter den erleichterten Voraussetzungen des § 9a Abs. 2 AufenthG eine Daueraufenthaltserlaubnis/EU erhält. Dem kann nur dadurch begegnet werden, indem er neben der Erteilung der NE auch weiterhin im Besitz der Blue card bleiben kann. Auch das BVerwG geht davon aus, dass nach dem dem AufenthG zugrunde liegenden Konzept unterschiedlicher AT mit jeweils eigenständigen Voraussetzungen und Rechtsfolgen mehrere AT nebeneinander erteilt werden können, solange das Gesetz nicht eindeutig etwas anderes bestimmt.¹⁰⁶

d. Selbstständige Tätigkeit, § 21 Abs. 4 AufenthG

103

¹ Vgl BT-Drucks. 17/8682, 20.

104

¹ So auch die Hinweise des BMI vom 2.8.2012 zum BlueCardG unter Teil II Bst. D.

105

¹ Zur Problematik vgl Sußmann in: Renner, AuslR, § 19a AufenthG Rn 42.

106

¹ BVerwG, Urt. v. 19.3.2013, 1 C 12.12; Beschl. v. 1.4.2014, 1 B 1.14.

Die AE für eine selbstständige Tätigkeit wird gemäß § 21 Abs. 4 S. 1 AufenthG zunächst für drei Jahre erteilt. Gemäß § 21 Abs. 4 S. 2 AufenthG steht anschließend die Erteilung einer NE im Ermessen der ABH, wenn der Ausländer bis dahin die geplante Tätigkeit erfolgreich verwirklicht hat und sein Lebensunterhalt sowie der seiner mit ihm in familiärer Gemeinschaft lebenden Angehörigen, denen er Unterhalt zu leisten hat, durch ausreichende Einkünfte gesichert ist. Ob der Lebensunterhalt gesichert ist, wird nach § 2 Abs. 3 AufenthG beurteilt. Auf das Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 AufenthG kommt es nicht an. Diese dürfen auch nicht über den Umweg der Ermessensausübung Berücksichtigung finden. Von einer erfolgreichen Verwirklichung ist auszugehen, wenn neue Arbeitsplätze geschaffen und Gewinne erwirtschaftet wurden.¹⁰⁷ Konjunkturbedingte Verluste, die nicht den Bestand des Unternehmens gefährden, sind unerheblich.¹⁰⁸

2. Verfestigung nach familiärem Aufenthalt

a. Familienangehörige von Deutschen, § 28 Abs. 2 AufenthG

Jeder Familienangehörige eines Deutschen hat unter den in § 28 Abs. 2 S. 1 AufenthG genannten Voraussetzungen einen **Regelanspruch** auf – ggf rückwirkende¹⁰⁹ – Erteilung einer NE.

(1) Familienangehöriger

Unklar ist, ob bei **ausländischen Eltern eines deutschen Kindes** für die Erteilung der NE erforderlich ist, dass das Kind noch minderjährig ist. Eine Verlängerung der AE nach § 28 Abs. 1 AufenthG wäre nur in diesem Fall möglich. Wortlaut, Sinn und Zweck der Regelung verlangen jedenfalls, dass eine familiäre Lebensgemeinschaft zu bejahen ist,

107

¹ Nr. 21.4 AVwV-AufenthG.

108

¹ Röseler in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 21 AufenthG Rn 18.

109

¹ BVerwG, Urt. v. 29.9.1998, 1 C 14.97, InfAuslR 1999, 69; s.a. GK-AufenthG/Marx, § 28 Rn 250 mwN.

die bei volljährigen Kindern in der Regel nicht mehr besteht. Wird die familiäre Lebensgemeinschaft nach Erteilung der NE aufgehoben, ist dies unschädlich, da insoweit keine Akzessorietät mehr besteht.¹¹⁰ Insofern besteht auch ein Rechtsschutzinteresse an einer rückwirkenden Erteilung.¹¹¹

Auch **Kindern** steht, da die Vorschrift insoweit keine Einschränkungen enthält, ein Anspruch auf Erteilung einer NE zu. Dies wurde in den Beratungen zum ZuwG zwar gelegentlich als „Redaktionsversehen“ dargestellt,¹¹² geändert wurde der Gesetzentwurf bisher jedoch nicht. Aufgrund des ÄndG 2013 und der Anhebung des geforderten Niveaus der Sprachkenntnisse auf das Niveau B 1 werden Kinder, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, faktisch ausgeschlossen.

(2) Sprachkenntnisse

Mit dem 3. RiLiUmsG wurden die Anforderungen an die **Sprachkenntnisse** deutlich angehoben. Seither wird das **Niveau B 2 GER** verlangt. § 9 Abs. 2 S. 2 bis 5 AufenthG sind allerdings gemäß § 28 Abs. 2 S. 2 AufenthG entsprechend anwendbar, so dass es eine Ausnahmeregelung für Härtefälle gibt. Nachweise von Kenntnissen der Rechts- und Gesellschaftsordnung werden nicht verlangt.¹¹³ Gemäß § 104 Abs. 8 AufenthG findet § 28 Abs. 2 AufenthG aF weiter Anwendung auf Familienangehörige eines Deutschen, die am 5.9.2013 bereits einen AT nach § 28 Absatz 1 innehatten. Sie müssen daher weiterhin nur einfache Sprachkenntnisse nachweisen. Auch hier ist zu prüfen, ob bei türkischen Staatsangehörigen die Stand-still-Klausel anzuwenden ist (s.o.).

(3) Dreijahresfrist

110

¹ GK-AufenthG/Marx, § 28 Rn 249.

111

¹ GK-AufenthG/Marx, § 28 Rn 250.

112

¹ Stellungnahme des Bundesrats v. 4.2.2003, BR-Drucks. 22/1/03 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses des Bundestags v. 7.5.2003, BT-Drucks. 15/955.

113

¹ GesE der BReg. vom 8.2.2013, BR-Drucks. 97/13, 27 f.

Die **Dreijahresfrist** beginnt mit der Einreise des Ausländers zum Familiennachzug im Visumverfahren nach § 6 Abs. 4 S. 2 AufenthG¹¹⁴ oder dem Stellen des Antrags auf Erteilung einer AE nach § 28 AufenthG, dem nachfolgend mit Rückwirkung entsprochen wird, sonst erst mit Erteilung der AE. § 85 AufenthG findet Anwendung. Unklar ist – da es anders als zB bei § 9 AufenthG nicht „seit“ heißt – ob Zeiten vor einer schädlichen Unterbrechung anzurechnen sind.¹¹⁵ Dies würde jedoch der Anwendung des § 85 AufenthG widersprechen.

Offen ist auch, ob darüber hinaus eine sonstige, nicht zum Zuzug zu einem Deutschen erteilte AE auf die Frist anzurechnen ist.¹¹⁶ Der Wortlaut der Vorschrift („eine“ AE) lässt keine eindeutige Antwort zu. Auch aus dem Gesetzgebungsprozess lässt sich nicht ersehen, ob eine Änderung der Voraussetzungen gegenüber § 25 Abs. 3 AuslG 1990 gewollt war. Die Entscheidung des BVerwG zu § 31 Abs. 1 AufenthG¹¹⁷ lässt ebenfalls keine Rückschlüsse zu, da diese Regelung einen eindeutigeren Zusammenhang zu dem 6. Abschnitt beinhaltet („AE des Ehegatten“). Hintergrund der Regelung des § 28 Abs. 2 AufenthG ist die Annahme, dass das Zusammenleben mit einem Deutschen eine positive Integrationsprognose zulässt.¹¹⁸ Weshalb eine solche Prognose jedoch abhängig vom erteilten AT sein soll und nicht von der tatsächlichen Lebensgemeinschaft mit einem deutschen Familienangehörigen, erschließt sich nicht.

(4) Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

114

¹ Strittig; wie hier: OVG Hmb, 16.11.2010, 4 Bs 213/10, InfAuslR 2011, 110; aA OVG Bln-Bbg, Urt. v. 24.11.2011, OVG 2 B 21.10, juris mwN: der Gesetzgeber habe in § 6 Abs. 4 S. 3 AufenthG bewusst die Anrechnung, aber keine Gleichstellung normiert.

115

¹ Welte, AktAR, § 28 AufenthG Rn 73, im Umkehrschluss aus: VGH Ba-Wü, Beschl. v. 14.3.2006, 13 S 220/06, AuAS 2006, 218

116

¹ So aber Nr. 28.2.3 AVwV-AufenthG, GK-AufenthG/Marx, § 28 Rn 247.

117

¹ Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43.06.

118

¹ NK-AuslR/Oberhäuser, § 28 AufenthG Rn 49.

§ 9 Abs. 2 AufenthG ist nicht heranzuziehen, jedoch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG.¹¹⁹ Umstritten ist, ob § 27 Abs. 3 AufenthG anwendbar ist.¹²⁰ Dagegen spricht, dass sich § 27 Abs. 3 AufenthG ausdrücklich auf das akzessorische Aufenthaltsrecht bezieht, § 28 Abs. 2 AufenthG jedoch gerade einen zweckungebundenen AT beinhaltet.

Aus dem Wortlaut des § 28 Abs. 2 S. 1 AufenthG, der das Fehlen eines **Ausweisungsgrundes** ausdrücklich erwähnt, lässt sich der Schluss ziehen, dass selbst bei einer Atypik im Sinne des § 5 Abs. 1 AufenthG das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes schädlich ist.¹²¹

Die Berechnung des zur Sicherung des Lebensunterhalts i.S.v. § 2 Abs. 3 AufenthG notwendigen Bedarfs und Einkommens richtet sich bei erwerbsfähigen Ausländern und Personen, die mit ihnen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, grundsätzlich nach den entsprechenden Bestimmungen des SGB II.¹²² Unklar ist, ob hinsichtlich der Berechnung die Maßstäbe der Familienzusammenführungs-Richtlinie (FZF-RL)¹²³ oder nationale Maßstäbe wie bei § 9 AufenthG¹²⁴ heranzuziehen sind. Die FZF-RL ist nicht unmittelbar anwendbar, da es um das eigenständige Aufenthaltsrecht des Familienangehörigen eines Deutschen geht (vgl Art. 1 FZF-RL); zudem verweist die Regelung in Art. 15 Abs. 4 FZF-RL – anders als bei dem Anspruch auf Familiennachzug in Art. 7 FZF-RL ins nationale Recht.

119

¹ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 12.10, InfAuslR 2012, 53; OVG NRW, Beschl. v. 6.7.2006, 18 E 1500/05, InfAuslR 2006, 407; Hailbronner, AuslR A 1 § 28 Rn 26; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl. § 28 AufenthG Rn 29.

120

¹ Dafür GK-AufenthG/Marx, § 28 Rn 246; Nr. 28.2.5 AVwV-AufenthG; aA NK-AuslR/Oberhäuser, § 28 AufenthG Rn 47; Welte, AktAR, § 28 AufenthG Rn 78 a; in diesem Sinn auch: OVG Hmb, Beschl. v. 21.7.2010, 3 Bs 58/10, AuAS 2010, 256.

121

¹ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 12.10; kritisch NK-AuslR/Oberhäuser, § 28 AufenthG Rn 42.

122

¹ BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4.12.

123

¹ Vgl hierzu BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4.12.

124

¹ Vgl hierzu BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 21.09.

Allerdings stellt für die Familienangehörigen Deutscher die Sicherung des Lebensunterhalts nur eine Regelerteilungsvoraussetzung dar, so dass – anders als bei § 9 AufenthG - bei Atypik davon abgesehen werden kann.¹²⁵ Ist der Ausländer also nur deshalb auf Leistungen nach dem SGB II angewiesen, weil er mit seinen deutschen Familienangehörigen in einer Bedarfsgemeinschaft lebt, könnte er aber mit seinem Erwerbseinkommen seinen eigenen Bedarf decken, liegt eine atypische Situation vor.¹²⁶ Das BVerwG stellt insoweit darauf ab, dass das unabhängige Aufenthaltsrecht des Stamberechtigten durch die Erteilung der NE an den Ausländer nicht verstärkt und dadurch das Ziel der Vermeidung zusätzlicher Belastungen der öffentlichen Haushalte nicht gefährdet werde. Diese Schlussfolgerung muss aber in gleicher Weise für andere, aufenthaltsrechtlich vom Aufenthalt des Stamberechtigten unabhängige Familienangehörige gelten.¹²⁷

Sind allerdings Eltern wegen der Erziehung ihrer Kinder auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen, soll nach der Rechtsprechung des BVerwG keine Ausnahme von der Regel des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vorliegen.¹²⁸

b. NE für Kinder, § 35 AufenthG

Mit § 35 AufenthG werden Ausländer bei der Verfestigung ihres Aufenthalts durch Erteilung einer NE privilegiert, die als Kinder eine AE aus familiären Gründen erhalten haben.

125

¹ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 12.10, AuAS 2012, 14 = InfAuslR 2012, 53 = ZAR 2012, 71 = NVwZ-RR 2012, 330.

126

¹ BVerwG, Urt. v. 16.8.2011, 1 C 12.10, AuAS 2012, 14 = InfAuslR 2012, 53 = ZAR 2012, 71 = NVwZ-RR 2012, 330.

127

¹ NK-AuslR/Oberhäuser, § 28 AufenthG Rn 44; so bereits zu § 35 Abs. 1 AuslG 1990: BVerwG, Urt. v. 28.9.2004, 1 C 10.03, InfAuslR 2005, 139; s.a. VG Ansbach, Urt. v. 24.5.2012, AN 5 K 11.02156.

128

¹ BVerwG, Urt. v. 22.5.2012, 1 C 6.11, InfAuslR 2012, 350.

(1) Voraussetzungen

Anspruchsberechtigt ist nach § 35 Abs. 1 S. 1 AufenthG zunächst ein **Minderjähriger**, der im Besitz einer **AE nach dem 6. Abschnitt**, also aus familiären Gründen ist.¹²⁹ Er muss diese AE seit fünf Jahren innehaben. Daraus wird geschlossen, dass er während des gesamten Zeitraums eine AE nach dem 6. Abschnitt besessen haben muss.¹³⁰ Es muss sich grds um einen ununterbrochenen Zeitraum handeln.¹³¹ Hinsichtlich der **Besitzzeiten** wird auf I.1.a) verwiesen. Nicht angerechnet werden gemäß § 35 Abs. 2 AufenthG in der Regel Zeiten, in denen der Ausländer außerhalb des Bundesgebiets eine Schule besucht hat, obwohl er weiterhin im Besitz einer AE war. Demgegenüber sind Zeiten des Besuchs ausländischer Schulen im Bundesgebiet oder der Besuch einer deutschen Schule im Ausland¹³² zu berücksichtigen. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für den fünfjährigen Besitz ist der 16. Geburtstag des Antragstellers, der indes den Antrag auch später stellen kann.¹³³

Für einen **volljährigen Antragsteller** gilt § 35 Abs. 1 S. 2 AufenthG. Er muss spätestens zum Antragszeitpunkt – nicht schon zum 18. Geburtstag¹³⁴ – seit fünf Jahren im Besitz einer AE nach dem 6. Abschnitt sein. Darüber hinaus muss er **Sprachkenntnisse auf dem Niveau B 1** nachweisen, soweit ihn nicht eine Krankheit oder Behinderung am Spracherwerb hindert (§ 28 Abs. 4 AufenthG). In der Praxis reicht ein mehr als vierjähriger Besuch einer deutschen Schule als Sprachnachweis aus.¹³⁵ Dieses

129

¹ S.a. VGH Ba-Wü, Beschl. v. 23.10.2006, 11 S 387/06, ANA-ZAR 2007, 4 – Dok. 600, zur Fortgeltung von Aufenthaltsbefugnissen für Familienangehörigen als AE zum Familiennachzug.
130

¹ So bspw VGH BW, Urt. v. 8.10.2008, 13 S 709/07, InfAuslR 2009, 343; kritisch NK-AuslR/Oberhäuser, § 35 Rn 4.
131

¹ OVG Rh-Pf, Beschl. v. 19.11.2003, 10 B 11535/03, InfAuslR 2004, 106.
132

¹ Dienelt in Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35 AufenthG Rn 9.
133

¹ Nr. 35.1.1.1 AVwV-AufenthG; VGH Ba-Wü, InfAuslR 1993, 212; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35 AufenthG Rn 6; einschränkend: Hailbronner, AuslR, A 1 § 35 Rn 12, nach dem der Ausl. zur Zeit der Antragstellung noch minderjährig sein muss.
134

¹ Hailbronner, AuslR, A 1 § 35 Rn 14 mwN; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35AufenthG Rn 12; GK-AufenthG/Marx, § 35 Rn 68.
135

¹ Nr. 35.1.2.3 AVwV-AufenthG.

Erfordernis greift nicht für Personen, die am .1.2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder –befugnis nach dem AuslG waren; hier werden nur einfache Sprachkenntnisse verlangt (§ 104 Abs. 2 S. 1 AufenthG).¹³⁶ Gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 muss zudem der **Lebensunterhalt gesichert** sein. Dies gilt nicht, wenn dies aufgrund einer Krankheit oder Behinderung nicht gewährleistet ist, § 35 Abs. 4 AufenthG. Auf die Sicherung des Lebensunterhaltes kommt es auch nicht an, wenn sich der Ausländer in einer Ausbildung befindet, die zu einem anerkannten schulischen, beruflichen, Hochschul- oder universitären Abschluss führt (§ 35 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AufenthG). Unschädlich ist deshalb der Bezug von Leistungen nach dem BAföG, da sie ausschließlich für Zeiten gewährt werden, die zu einem anerkannten schulischen¹³⁷ oder beruflichen Bildungsabschluss führen. Auch ein Universitätsstudium wird erfasst.¹³⁸ Lagen die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 AufenthG in der Vergangenheit vor, hat der Ausländer aber zum Antragszeitpunkt bereits die Ausbildung abgeschlossen, ist ggf eine rückwirkende Erteilung zu beantragen.¹³⁹

(2) Versagungsgründe

Die NE nach Abs. 1 darf ausschließlich bei Vorliegen einer der in Abs. 3 abschließend genannten Gründe versagt werden.¹⁴⁰ Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG sind unbeachtlich.¹⁴¹ Liegt ein Versagungsgrund nach Abs. 3 S. 1 vor, hat die ABH gemäß Abs. 3 S. 2 ihr Ermessen auszuüben, ob dennoch eine NE erteilt werden kann.

136

¹ GK-AufenthG/Marx, § 35 Rn 80.

137

¹ Anders als in Nr. 35.1.2.4 AVwV-AufenthG vermerkt, führt ein BVJ zu einem anerkannten, dem Hauptschulabschluss vergleichbaren Schulabschluss, sofern eine Zusatzprüfung in den Fächern Deutsch, Mathematik und ggf Englisch bestanden wird.

138

¹ Nr. 35.1.4 AVwV-AufenthG.

139

¹ BVerwG, Urt. v. 29.9.1998, 1 C 14.97, InfAuslR 1999, 69; GK-AufenthG/Marx, § 35 Rn 98 ff.

140

¹ So ausdrücklich Nr. 35.3.1 AVwV-AufenthG.

141

¹ GK-AufenthG/Marx, § 35 Rn 101 ff.; Dienelt in Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35 AufenthG Rn

15.

Ein Anspruch auf Erteilung einer NE ist gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 AufenthG zu verneinen, wenn ein auf dem **persönlichen Verhalten des Ausländers beruhendes Ausweisungsinteresse** besteht. Diese Regelung verweist schon auf §§ 53 Abs. 1, 54 AufenthG in der Fassung des NeubestG, so dass die dortigen Beispiele herangezogen werden können. Allerdings muss nach dem Wortlaut der Regelung vom Antragsteller auch aktuell noch eine Gefahr ausgehen, also eine Wiederholungsgefahr zu bejahen sein.¹⁴² Generalpräventive Gründe, also eine mit der Nichterteilung oder -verlängerung erhoffte Abschreckungswirkung, scheiden schon dem Wortlaut nach aus.¹⁴³

Ein Anspruch auf Erteilung der NE scheidet gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AufenthG auch aus, wenn der Ausländer in den letzten drei Jahren wegen einer **vorsätzlichen Straftat** zu einer Jugendstrafe von mindestens sechs oder einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen verurteilt worden oder wenn die Verhängung einer Jugendstrafe ausgesetzt ist. Maßgeblich ist die Verurteilung wegen einer **einzigsten Tat** in den letzten drei Jahren zu einer in Nr. 2 genannten (Gesamt-)Strafe oder (Einheits-)Jugendstrafe.¹⁴⁴ Mehrere Verurteilungen sind nicht zu addieren. Das schließt der Wortlaut der Vorschrift aus.¹⁴⁵ Allerdings greift der Versagungsgrund unabhängig von einer Wiederholungsgefahr.¹⁴⁶ Abs. 3 S. 3 bestimmt für den Fall der Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe¹⁴⁷ oder bei Aussetzung einer Jugendstrafe iSv § 27 JGG als Regel, dass die AE bis zum Ablauf der Bewährungszeit zu verlängern ist. Damit gibt die Norm zugleich den Rahmen

142

¹ GK-AufenthG/Marx, § 35 Rn 104 ff; Huber/Göbel-Zimmermann, AufenthG, § 35 AufenthG Rn 4; Nr. 35.3.6 S. 2 AVwV-AufenthG; Hailbronner, AuslR, § 35 AufenthG Rn 31.

143

¹ Huber/Göbel-Zimmermann, AufenthG, § 35 AufenthG Rn 4; zweifelnd: Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35 AufenthG Rn 18.

144

¹ NK-AuslR/Oberhäuser, § 35 AufenthG Rn 17.

145

¹ NK-AuslR/Oberhäuser, § 35 AufenthG, Rn 17; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35 AufenthG Rn 19; Hailbronner, AuslR, A 1 § 35 Rn 32.

146

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 35 AufenthG Rn 19.

147

¹ Nicht bei Aussetzung eines Strafrests zur Bewährung, s. Nr. 25.3.9 AVwV-AufenthG.

vor, innerhalb dessen sich die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer NE oder Verlängerung der AE bewegen muss.¹⁴⁸

Schließlich besteht gemäß § 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 AufenthG kein Anspruch auf Erteilung einer NE, wenn der Lebensunterhalt nicht ohne Inanspruchnahme **von Leistungen nach dem SGB II oder SGB XII oder Jugendhilfe nach dem SGB VIII** gesichert ist, es sei denn, der Ausländer befindet sich in einer Ausbildung, die zu einem anerkannten schulischen oder beruflichen Bildungsabschluss führt. Dies gilt nicht, wenn der Bezug auf einer Krankheit oder Behinderung beruht, § 35 Abs. 4 AufenthG.

c. **NE nach Aufhebung der Ehe, § 31 Abs. 3 AufenthG**

Kann der Ehegatte seinen Lebensunterhalt nach Auflösung der Ehe durch Unterhaltsleistungen des stammberechtigten Ausl. sichern und ist dieser im Besitz einer NE oder Daueraufenthaltserlaubnis-EG, ist dem (ehemaligen) Ehegatten eine NE zu erteilen. Abs. 3 erlaubt insoweit bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ein Abweichen von § 9 Abs. 2 Nr. 3, 5 und 6 AufenthG. Angesichts des geltenden Unterhaltsrechts, das eine gesteigerte Verpflichtung der geschiedenen Ehegatten zur eigenen Erwerbstätigkeit postuliert (vgl. § 1574 BGB), mutet diese Regelung anachronistisch an.

Der Besitz der NE bzw. Daueraufenthaltserlaubnis-EG des Stammberechtigten muss erst im Zeitpunkt der Erteilung der NE gem. Abs. 3 vorliegen.¹⁴⁹ Die Erteilung kommt dabei in Betracht unmittelbar nach Auflösung der Ehe oder wenn bereits eine AE nach § 31 nach Auflösung der Ehe erteilt wurde, aber nunmehr die Voraussetzungen des Abs. 3 vorliegen.¹⁵⁰

148

¹ NK-AuslR/Oberhäuser, § 35 AufenthG Rn 20.

149

¹ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 229 f; Huber, AufenthG, § 31 Rn 22.

150

⌋ Nr. 31.3.4. AVwV-AufenthG.

Eine **Unterhaltssicherung** liegt vor, wenn der stammerechtigte Ausländer seinen Unterhaltsverpflichtungen nachkommt; eigene Mittel des Ehegatten, die zusätzlich zum Unterhalt eingesetzt werden können, sind berücksichtigungsfähig.¹⁵¹ Kann der Unterhaltsanspruch nicht durchgesetzt werden oder wird der Unterhalt durch Dritte bestritten, findet Abs. 3 keine Anwendung.¹⁵² § 2 Abs. 3 AufenthG ist anwendbar.

Der Ehegatte muss zudem die **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen** gemäß §§ 5, 9 – mit Ausnahme des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 (60 Monate Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung), Nr. 5 (Beschäftigung als Arbeitnehmer erlaubt) und Nr. 6 (Besitz der für Erwerbstätigkeit erforderlichen Erlaubnisse) AufenthG – erfüllen (vgl hierzu Rn 10). § 104 Abs. 2 AufenthG ist zu beachten. Sämtliche Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz erfüllt sein,¹⁵³ soweit keine rückwirkende Erteilung beantragt wurde.

3. Verfestigung nach humanitärem Aufenthalt

a. § 26 Abs. 3 AufenthG

Die Regelung ermöglicht eine frühzeitige Aufenthaltsverfestigung für besonders schutzbedürftige Personengruppen. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG finden gem. § 5 Abs. 3 Hs 1 AufenthG keine Anwendung. Auch die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 9 AufenthG entfallen.

(1) Besitz einer AE

151

γ Nr. 31.3.3 AVwV-AufenthG.

152

¹ Nr. 31.3.3. AVwV-AufenthG; GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 231.

153

γ Eberle in: Storr, ZuwG, § 31 Rn 28.

Asylberechtigte und Personen, denen nach § 3 AsylVfG die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wurde, haben einen Anspruch auf Erteilung einer NE, wenn sie drei Jahre eine AE nach § 25 Abs. 1, Abs. 2 S. 1. 1. Alt AufenthG besessen haben. Für subsidiär Schutzberechtigte mit einer AE nach § 25 Abs. 2 S. 1 2. Alt. AufenthG findet Abs. 3 keine Anwendung.

Dem Schutzgedanken widerspricht, dass der Wortlaut der Vorschrift auf den Besitz der AE abstellt und die Dauer des erfolgreichen Asylverfahrens (vgl § 55 Abs. 3 AufenthG) nicht mitberücksichtigt. Dies führt zu einer Ungleichbehandlung abhängig von der Dauer des Asylverfahrens.¹⁵⁴ Anzurechnen ist auf jeden Fall die Zeit ab bestandskräftiger Anerkennung der Asylberechtigung bzw des Flüchtlingsstatus, und nicht erst ab Erteilung der AE. Dies folgt aus der **gesetzlichen Fiktionswirkung** des § 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 AufenthG.¹⁵⁵

(2) Beteiligung des BAMF

In den Fällen der Asylberechtigung und des Flüchtlingsschutzes ist die Erteilung einer NE nur möglich, wenn das BAMF zu diesem Zeitpunkt nicht nach § 73 Abs. 2a AsylVfG mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme vorliegen. Hier hat sich die Rechtslage durch das NeubestG zugunsten der Flüchtlinge geändert, da nicht mehr automatisch eine Stellungnahme des BAMF einzuholen ist. E ist jetzt unerheblich, ob ein Widerruf oder eine Rücknahme der Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung für die Zukunft beabsichtigt ist. Die Vorschrift nimmt Bezug auf § 73 Abs. 2 a AsylVfG, wonach das BAMF *spätestens* drei Jahre nach unanfechtbarer Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung prüft, ob die Anerkennung zurückzunehmen oder zu widerrufen ist, und das Ergebnis der ABH mitteilt.

Praxishinweis: Die ABH ist nicht gehindert, dennoch beim BAMF bzgl. eines Widerrufs nachzufragen. Insofern sollte der Antragsteller weiterhin darauf hingewiesen werden, dass die Beantragung der NE eine Widerrufsprüfung auslösen kann. In jedem Fall sollte eine rückwirkende Erteilung ab Antragstellung beantragt werden.

154

¹ NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 14.

155

¹ NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 15; Heinhold in: Heinhold/Classen, ZuwG, S. 48; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26AufenthG Rn 12.

(3) Sonderfall des § 23 Abs. 4 AufenthG

Eine § 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 S. 2 AufenthG vergleichbare Regelung fehlt in den Fällen des § 23 Abs. 4 AufenthG, so dass hier auf den Erteilungszeitpunkt der AE abzustellen ist.

Praxishinweis: § 26 Abs. 3 AufenthG betrifft gemäß § 104 Abs. 5 AufenthG auch Ausländer, die bis zum Ablauf des 31.7. 2015 im Rahmen des Programms zur dauerhaften Neuansiedlung von Schutzsuchenden einen AT nach § 23 Abs. 2 AufenthG erhalten haben; bei ihnen sind u.a. die Regelungen über die Aufenthaltsverfestigung auf Grund des § 23 Abs. 4 AufenthG entsprechend anzuwenden.

b. **§ 26 Abs. 4 AufenthG**

Die Vorschrift gilt grundsätzlich für alle AE aus humanitären Gründen, also nach dem 5. Abschnitt des AufenthG. Ausdrücklich ausgenommen ist die nach § 104 a Abs. 1 S. 1 u. 3 AufenthG erteilte AE.

(1) Allgemeines

Die Regelung ist eine **selbstständige Erteilungsgrundlage**. Entgegen der herrschenden Praxis hat ein Ausländer die Wahl, sich unmittelbar auf § 9 AufenthG zu berufen, wenn sich dies im Einzelfall als günstiger darstellt.¹⁵⁶ Diese Frage hat allerdings durch die Angleichung der erforderlichen Aufenthaltszeiten an Bedeutung verloren. Bei international Schutzberechtigten besteht auch die Möglichkeit, daneben eine Daueraufenthalts-EG zu beantragen. Dies ist v.a. für subsidiär Schutzberechtigte relevant, da diesen der Weg über § 26 Abs. 3 AufenthG versperrt ist.

Inzwischen gelten grundsätzlich alle übrigen Voraussetzungen für die Erteilung der NE nach § 9 Abs. 2 S. 1 AufenthG. Die für **Ausnahmefälle** vorgesehenen Erleichterungen, namentlich für Kranke und Behinderte (§ 9 Abs. 2 S. 3 und 5 AufenthG) finden Anwendung, § 26 Abs. 4 S 2

¹ NK-AuslR/Fränk, § 26 AufenthG Rn 18.

AufenthG. § 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG ist gemäß § 9 Abs. 3 S. 3 AufenthG entsprechend heranzuziehen ist. Fraglich ist aber, ob die Privilegierung für Personen in einer Ausbildung nach § 9 Abs. 3 S. 2 AufenthG entsprechend anwendbar ist, da eine Verweisungsregelung fehlt.¹⁵⁷ Zumindest bei entsprechender Anwendung des § 35 AufenthG dürfte diese Frage unbeachtlich sein.

Die Übergangsregelung des § 104 Abs. 2 AufenthG ist zumindest im Hinblick auf die Sprachkenntnisse heranzuziehen, da der Wortlaut der Regelung allgemein auf die NE abstellt. Im Hinblick auf die Rentenversicherung und die Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung liegt eine entsprechende Anwendung nahe.¹⁵⁸ Der Gesetzgeber hat die Übergangsregelung geschaffen, da die weitergehenden Anforderungen in § 9 AufenthG einhergingen mit dem neu geschaffenen staatlichen Grundangebot zur Integration (vgl. § 43 AufenthG), an dem der betroffene Personenkreis noch nicht partizipieren konnte. Daraus sollte ihm kein Rechtsnachteil erwachsen.¹⁵⁹ Zudem wurden die Vorgaben des § 9 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG von § 24 AuslG –auf den auch § 35 AuslG verwies – für die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nicht vorausgesetzt.¹⁶⁰ Diese Argumentation lässt sich auf die NE aus humanitären Gründen ohne weiteres übertragen.

Die Erteilung einer NE nach § 26 Abs. 4 AufenthG setzt nicht zwingend die Vollendung des 16. Lebensjahres voraus.¹⁶¹ Die in § 35 AufenthG normierte Altersgrenze für die Erteilung einer NE, auf die § 26 Abs. 4 S. 4 AufenthG Bezug nimmt, hindert nicht daran, vor Erreichen der Altersgrenze eine NE zu erteilen, wenn Voraussetzungen. § 35 AufenthG beinhaltet insoweit nur eine begünstigende Sonderregelung.¹⁶²

Nach Auffassung des BVerwG ist § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG heranzuziehen, so dass § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG insoweit auch bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG anwendbar ist.¹⁶³ Von der **Erfüllung der Passpflicht** kann aber nach Ermessen abgesehen werden.

157

¹ Bejahend NK-AuslR/Fränkels, § 26 AufenthG Rn 21.

158

¹ Bejahend NK-AuslR/Fränkels, § 26 AufenthG Rn 21.

159

¹ BT-Drucks. 15/420, S. 100.

160

¹ BT-Drucks. 15/420, S. 100.

161

¹ OVG NRW, Urt. v. 15.10.2014, 17 A 1150/13.

162

¹ OVG NRW, Urt. v. 15.10.2014, 17 A 1150/13 m.w.N..

163

(2) AE nach dem 5. Abschnitt

Im Hinblick auf die anrechenbaren Zeiten ist § 26 Abs. 4 AufenthG weitgehender. Allerdings stellt die Vorschrift auf eine **AE „nach diesem Abschnitt“** ab. Frühere Zeiten mit AT, die nicht „nach diesem Abschnitt“ erteilt wurden, sollen nach dem Gesetzeswortlaut nicht berücksichtigungsfähig sein.¹⁶⁴ Dies ist wenig nachvollziehbar, da in dieser Zeit unabhängig vom AT Integrationsleistungen erfolgt sind. Es verdeutlicht auch, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für mehrere AT immer darauf gedrängt werden sollte, dass auch mehrere AT erteilt werden. Insofern müssen – soweit keine bestandskräftige Ablehnung erfolgt ist - Zeiten angerechnet werden, in denen zugleich auch die Voraussetzungen für eine AE aus humanitären Gründen bestanden haben oder bestehen. Es wäre mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht zu vereinbaren, diejenigen zu benachteiligen, die neben humanitären Gründen auch andere (möglicherweise sogar stärkere) Gründe für einen Aufenthaltstitel geltend machen konnten.¹⁶⁵ Es ist somit unschädlich, wenn zum Entscheidungszeitpunkt die AE „nach diesem Abschnitt“ von einer aus anderen Rechtsgründen erteilten AE 'überlagert' wird.¹⁶⁶ Anzurechnen ist daher zB auch der Besitz einer AE nach Kap. 2 Abschn. 6 (Aufenthalt aus familiären Gründen), wenn sie auf der Überleitung einer Aufenthaltsgenehmigung nach §§ 31 oder 35 Abs. 2 AuslG beruht (vgl. auch § 104 Abs. 7 AufenthG).¹⁶⁷

Wie § 102 Abs. 2 AufenthG verdeutlicht, sind **Zeiten einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung vor dem 1.1.2005** anzurechnen.¹⁶⁸ Qualität oder Rechtsgrund der Duldung sind unerheblich.¹⁶⁹ Auch vom Betroffenen „verschuldete“ Duldungszeiten sind anzurechnen, unabhängig davon, ob sie nach dem AufenthG für die Erteilung einer AE qualifiziert hätten.¹⁷⁰ Ab dem 1.1.2005 sind Duldungszeiten nicht mehr anrechenbar.¹⁷¹

164 ¹ BVerwG, Urt. v. 30.3.2010, 1 C 6.09.

165 ¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 21.

166 ¹ NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 24.

167 ¹ BayVGH, Beschl. v. 23.12.2009, 19 ZB 09.1794; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 22; NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 24.

168 ¹ Nr. 26.4.8 AVwV-AufenthG;

169 ¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 29.

170 ¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 2.11.2006, 24 K 3027/06.

171

Besteht kein Anspruch auf Verlängerung einer humanitären AE, kann nach Auffassung des BVerwG die **Zeit der Fiktionswirkung des Verlängerungsantrags** nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht auf die für die Erteilung einer NE nach § 26 Abs. 4 AufenthG erforderliche Zeit des Besitzes einer AE seit fünf Jahren angerechnet werden.¹⁷² Die Berücksichtigung von Fiktionszeiten, die zur Erteilung des beantragten AT geführt haben und damit zwischen zwei Titelbesitzzeiten liegt, ist hingegen unproblematisch.¹⁷³ Ist der Ausländer allerdings noch im Besitz einer AE nach dem 5. Abschnitt, sind die Erteilungsvoraussetzung aber weggefallen, steht dies der Erteilung einer NE nach § 26 Abs. 4 AufenthG nicht von vornherein entgegen; es kann allerdings möglicherweise ein Gesichtspunkt bei der Ausübung des nach dieser Vorschrift eröffneten Ermessens sein.¹⁷⁴

(3) Ununterbrochener Titelbesitz

Mit der Voraussetzung des Besitzes einer AE "seit fünf Jahren" wird grundsätzlich ein **ununterbrochener Titelbesitz** während dieses Zeitraums verlangt.¹⁷⁵ Dieses Erfordernis gilt auch im Rahmen der Anrechnung der Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder Duldung vor dem 1.1.2005 gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG.¹⁷⁶ Dabei stehen Zeiten, in denen der Ausländer zwar keinen derartigen AT hatte, er aber einen Rechtsanspruch auf den AT besaß, den Zeiten des Titelbesitzes gleich.¹⁷⁷

Praxishinweis: Lagen daher bereits am 1.1.2005 die Voraussetzungen für die Erteilung eines AT nach dem 5. Abschnitt vor, besaß der Ausländer jedoch weiterhin eine Duldung, sind diese Zeiten dennoch anrechenbar.¹⁷⁸

¹ VGH Ba-Wü, Beschl. v. 29.5.2007, 11 S 2093/06; VG Düsseldorf, Urt. v. 2.11.2006, 24 K 3027/06.
171

¹ So auch BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10.
172

¹ BVerwG, Urt. v. 30.3.2010, 1 C 6.09; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 25.
173

¹ BVerwG, Urt. v. 30.3.2010, 1 C 6.09.
174

¹ VGH Ba-Wü, Beschl. v. 29.5.2007, 11 S 20893/06.
175

¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.
176

¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.
177

¹ BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10; Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08, Rn 15; Urt. v. 22.1.2002, 1 C 6.01, Rn 12.
178

§ 85 AufenthG ist auf Unterbrechungen in Zeiten des Besitzes einer AE nach § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG und entsprechend auch für Unterbrechungen in Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung nach § 102 Abs. 2 AufenthG anwendbar.¹⁷⁹ Bei geringfügigen Unterbrechungen ist das Ermessen der Behörde insoweit auf Null reduziert.¹⁸⁰

Praxishinweis: Die Zeiten der unschädlichen Unterbrechung sind allerdings bei der Berechnung nicht berücksichtigungsfähig.¹⁸¹ § 85 AufenthG führt nur dazu, dass die vor der Unterbrechung liegenden Zeiten weiterhin anrechenbar bleiben.

(4) Asylverfahren

Abweichend von § 9 AufenthG sind auch Zeiten des **vorangegangenen Asylverfahrens** (§ 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG) anrechenbar, selbst wenn die Voraussetzungen des § 55 Abs. 3 AsylVfG nicht vorliegen. Maßgeblich ist beim Erstantrag die Zeit ab Stellung des Asylgesuchs.¹⁸² Die Anrechnung der Aufenthaltszeit des der Erteilung der AE vorangegangenen Asylverfahrens setzt keinen unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Abschluss des Asylverfahrens und der Erteilung der AE voraus; die Dauer eines (auch negativen) Asylverfahrens kann daher grundsätzlich angerechnet werden, auch wenn danach zunächst eine Duldung erteilt wurde.¹⁸³

Praxishinweis: Liegt die Duldungszeit nach dem 1.1.2005, ist sie dann anrechenbar, wenn ein Anspruch auf Erteilung des AT besteht (zB bei Feststellung eines Abschiebungsverbotes gem. § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG).

Im Rahmen des Ermessens kann jedoch grundsätzlich verlangt werden, dass der Ausländer zumindest eine gewisse Zeit im Besitz einer humanitären AE ist, da nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ein lediglich zur Durchführung eines Asylverfahrens gestatteter Aufenthalt nicht in jedem Fall eine vollwertige Grundlage für eine Integration in die hiesigen Verhältnisse darstellt.¹⁸⁴

¹⁷⁹ S. a. Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 30.

¹⁸⁰ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.

¹⁸¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08 bei vier Tagen.

¹⁸² Vgl hierzu Beispiel bei BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.

¹⁸³ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 36.

¹⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10.

¹⁸⁴ BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10.

Problematisch ist die Anrechenbarkeit bei **Asylfolgeverfahren**. Unstreitig ist, dass sämtliche Verfahren vor dem BAMF, in denen um Schutz nachgesucht wird, als Asylverfahren im Sinne des § 26 Abs. 4 AufenthG anzusehen sind, also auch Wiederaufnahmeverfahren im Hinblick auf § 60 Abs. 5 und 7 AufenthG.¹⁸⁵ Zum alten Recht nach § 35 Abs. 1 S. 2 AuslG hatte das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung vertreten, dass nur die Anrechnung des unmittelbar der Aufenthaltsbefugnis vorangegangenen Asylverfahrens erlaubt sei, wenn mehrere Asylverfahren betrieben worden sind.¹⁸⁶ Zum neuen Recht hat es die Frage noch offen gelassen, aber festgestellt, dass zumindest bei einem erfolgreichen Wiederaufnahmeverfahren grundsätzlich jeweils das letzte Verfahren vor Erteilung der AE aus humanitären Gründen anzurechnen sei.¹⁸⁷ Für die alleinige Berücksichtigung des letzten Asylfolgeverfahrens streitet der Wortlaut der Vorschrift („des ... vorangegangenen“).¹⁸⁸ Nach wohl überwiegender Auffassung ist die Anrechnung des Folgeverfahrens nur dann möglich, wenn auch materiell ein Folgeverfahren durchgeführt wurde; unbeachtliche Asylfolgeanträge bleiben demnach außer Betracht.¹⁸⁹ Diese Voraussetzung ist auch erfüllt, wenn das VG dem Eilantrag gegen die Abschiebungsandrohung stattgibt.¹⁹⁰ Gegen diese Rechtsauffassung spricht, dass nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie 2013/32/EU („Asylverfahrens-Richtlinie“) auch ein Folgeantragsteller grundsätzlich ein Anrecht auf einen Verbleib im Hoheitsgebiet hat. Davon kann nur in den Fällen der Art. 9 Abs. 2, 41 der Asylverfahrens-Richtlinie – also nur bei zur Verfahrensverzögerung oder wiederholt gestellten Asylfolgeanträgen – abgewichen werden. Art. 6 Abs. 1 der Aufnahme-Richtlinie findet daher auch auf Folgeantragsteller Anwendung, so dass die Ausstellung einer besonderen Bescheinigung bei Beantragung internationalen Schutzes zwingend ist. Auch die Formulierung in Art. 9 Abs. 2 der Asylverfahrens-Richtlinie verdeutlicht, dass ein Dokument auszustellen ist, aus dem sich die Tatsache der Asylantragstellung ergibt. Dies ist im Bundesgebiet die Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung gem. § 63 AsylVfG, nicht die Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung. § 26 Abs. 4 AufenthG unterscheidet auch nicht zwischen erfolgreichen oder erfolglosen Anträgen. Es ist daher nicht nachvollziehbar, dass bei einem erfolgreichen Wiederaufnahmeantrag – dh ohne dass die Voraussetzungen des § 71

185

¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.

186

¹ BVerwG, Urt. v. 15.7.1997, 1 C 15/96.

187

¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.

188

¹ GK-AufenthG/Burr, § 26 Rn 29; so schon BVerwG, Urt. v. 15.7.1997, 1 C 15/96 zur insoweit gleichlautenden Vorgängervorschrift des § 35 AuslG.

189

¹ HessVGH, Beschl. v. 17.5.2010, 3 D 433/10; VGH Ba-Wü, Beschl. v. 29.5.2007, 11 S 2093/06; GK-AufenthG/Burr, § 26 Rn 30; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 26 AufenthG Rn 36.

190

¹ VGH Ba-Wü, Beschl. v. 29.5.2007, 11 S 2093/06.

Abs. 5 AsylVfG vorliegen – eine Anrechnung erfolgt, bei einem erfolglosen Folgeantrag jedoch nicht. Maßgeblicher Beginn für die Anrechnung ist bei einem Asylfolge- oder Wiederaufnahmeverfahren die Stellung des entsprechenden Antrags.¹⁹¹

(5) Verweis auf § 35 AufenthG

Die **Verfestigungsregelung für nachgezogene Kinder** (§ 35 AufenthG) ist entsprechend anzuwenden, ohne dass ein Kindernachzug erfolgt sein muss. Durch die Angleichung der Aufenthaltszeiten bei § 26 Abs. 4 S. 1 AufenthG an § 9 AufenthG ist die Privilegierung des § 35 AufenthG nun va bei der Sicherung des Lebensunterhaltes relevant. Die Regelung des § 26 Abs. 4 S. 4 AufenthG ist auch auf unbegleitete Minderjährige anwendbar;¹⁹² ebenso – entgegen dem Wortlaut des § 35 AufenthG – auf hier geborene Kinder.¹⁹³ Die entsprechende Anwendung des § 35 Abs. 1 AufenthG ist nicht vom Aufenthaltsstatus der Eltern abhängig. Die von einigen Behörden vertretene Auffassung, die NE solle nur erteilt werden, wenn auch die Eltern über eine NE verfügten oder zumindest eine eigene gesicherte Aufenthaltsperspektive besäßen,¹⁹⁴ ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, minderjährig Eingereiste wegen der zu unterstellenden schnellen Verwurzelung zu privilegieren und fördern.¹⁹⁵

Folgende, sich aus der lediglich „entsprechenden“ Anwendung ergebenden Besonderheiten sind zu beachten:

Bei der Berechnung der Fünf-Jahres-Frist ist die Anrechnungsregel des § 102 Abs. 2 AufenthG zu beachten; die Aufenthaltszeit eines vorangegangenen Asylverfahrens ist gemäß § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG anzurechnen.¹⁹⁶

191

¹ BVerwG, Urt. v. 19.10.2011, 5 C 28.10.

192

¹ Vgl Nr. 26.4.10 AVwV-AufenthG.

193

¹ NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 28; GK-AufenthG/Burr, § 26 Rn 35.

194

¹ Erlass des Hessischen Innenministeriums vom 22.6.2005, II 4-23 d.

195

¹ NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 28.

196

¹ GK-AufenthG/Burr, § 26 Rn 34.2 Nr. 35.11.3.7 AVwV-AufenthG; so auch bereits der Erlass des Hessischen Innenministeriums v. 22.6.2005, II 4-23 d; s.a. NdsOVG, Beschl. v. 1.11.2010, 8 PA 251/10; OVG NRW, Beschl. v. 11.5.2009, 18 A 462/09; BayVGh, Beschl. v. 17.12.2008, 19 CS 08.2655; SächsOVG, Beschl. v. 29.3.2007, 3 Bs 113/06; VGh Ba-Wü, Beschl. v. 29.5.2007, 11 S 2093/06.

Bei Anwendung des § 35 Abs. 1 S. 1 AufenthG muss der Ausländer im Zeitpunkt der Vollendung des 16. Lebensjahres seit fünf Jahren im Besitz einer AE aus humanitären Gründen sein.¹⁹⁷ § 35 Abs. 1 S. 2 AufenthG erfasst nach seinem Sinn und Zweck nur die Fälle, in denen eine schon während der Minderjährigkeit erteilte Aufenthaltserlaubnis wegen Ablaufs des Fünf-Jahres-Zeitraums erst nach Eintritt der Volljährigkeit zu einem Anspruch auf Erteilung einer NE führt; die humanitäre AE muss also bereits dem Minderjährigen erteilt worden sein.¹⁹⁸

4. Aufenthalt als ehemaliger Deutscher, § 38 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG

Gemäß § 38 Abs. 5 AufenthG ist die Regelung des § 38 AufenthG auf sog. **Scheindeutsche**, also Personen, die von deutschen Stellen aus einem vom Betroffenen nicht zu vertretenden Grund unrechtmäßigerweise als Deutsche behandelt wurden, entsprechend anwendbar.

Praxishinweis: Für die praktisch bedeutsamen Fälle, in denen aufgrund nachträglicher Entwicklungen der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Geburt als nicht erfolgt gilt, bietet Abs. 5 eine Möglichkeit zur Sicherung des weiteren Verbleibs im Bundesgebiet (s.u.). Dies betrifft zB. die erfolgreiche Anfechtung der Vaterschaft durch den deutschen (vermeintlichen) Vater oder die Rücknahme der für den Geburtserwerb nach § 4 Abs. 3 Nr. 2 StAG erforderlichen NE des ausländischen Elternteils. In beiden Fällen gehen Teile der Rechtsprechung davon aus, dass ein wirksamer Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zu keinem Zeitpunkt erfolgt ist, unabhängig etwaiger behördlicher Verfügungen. Eine unmittelbare Anwendung der Abs. 1 bis 4 kommt nach dieser Auffassung daher nicht in Betracht, wohl aber des Abs. 5.¹⁹⁹

a. Antrag

Die Erteilung des Aufenthaltstitels setzt einen **Antrag** des Betroffenen voraus. Dieser muss innerhalb der in S. 2 genannten Frist von sechs Monaten nach Kenntnis vom Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit gestellt werden. §§ 31 VwVfG iVm 187 ff BGB finden entsprechende Anwendung. Für den **Fristbeginn** ist die verlässliche, dh hinreichend sichere Kenntnis vom Verlust der Staatsangehörigkeit erforderlich; nicht ausreichend ist die Kenntnis der zum Verlust führenden Umstände oder Gründe; die Rechtsfolge hiervon.²⁰⁰ Es bedarf

197

¹ BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10.

198

¹ BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17.10; kritisch NK-AuslR/Fränkell, § 26 AufenthG Rn 32.

199

¹ NK-AufenthG/Geyer, § 38 AufenthG Rn 23.

200

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 15.

insoweit idR einer verbindlichen Äußerung einer zuständigen Behörde.²⁰¹ Die bloße Möglichkeit, die Rechtslage abstrakt den Medien zu entnehmen oder auf sonstige Weise in Erfahrung zu bringen, genügt ebenfalls nicht.²⁰²

Bei Rücknahme der Einbürgerung beginnt die Frist mit der Unanfechtbarkeit der Rücknahmeverfügung.²⁰³ Erklärt ein Deutscher gemäß § 29 Abs. 1 StAG, dass er die ausländische Staatsangehörigkeit behalten will, so geht gemäß § 29 Abs. 2 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit mit dem Zugang der Erklärung bei der zuständigen Behörde verloren, dies ist auch der Fristbeginn. Stellt er zugleich einen Antrag auf Beibehaltungsgenehmigung, beginnt die Frist erst mit deren bestandskräftiger Ablehnung. Gibt er keine Erklärung ab, beginnt – bei ordnungsgemäßer Belehrung – die Frist zwei Jahre ab Zustellung des Hinweises nach § 29 Abs. 5 S. 5 StAG auf die Erklärungspflichten.

Bei Fristversäumung ist keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand möglich, die Ansprüche nach Abs. 1 gehen verloren.²⁰⁴

Während des rechtzeitig gestellten Antrags gilt der Aufenthalt als erlaubt, § 38 Abs. 1 S. 3 AufenthG.

b. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Wie aus dem Zusammenhang mit Abs. 3 gefolgert werden kann, müssen die in § 5 genannten **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen** im Regelfall erfüllt sein.²⁰⁵ Allerdings wird es auf die Erfüllung der Passpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 iVm § 3 AufenthG regelmäßig nicht ankommen können, da § 38 AufenthG gerade für die Fälle geschaffen wurde, in denen sich der Betroffene ohne Pass oder Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält.²⁰⁶ Da der Betroffene bereits seinen

201

¹ Nr. 38.1.9 AVwV-AufenthG.

202

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn15; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 19.

203

¹ BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 15.10.

204

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn15; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 18.

205

¹ Vgl BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 16.10, InfAuslR 2011, 336 = BVerwGE 139, 346;

BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 2.10, NVwZ 2012, 56 = BVerwGE 139, 337.

206

gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet haben muss, ist § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG nicht heranzuziehen.²⁰⁷ Die in § 9 Abs. 2 enthaltenen weiteren Voraussetzungen für die Erteilung einer NE sind nach dem Willen des Gesetzgebers neben den in Nr. 1 formulierten Voraussetzungen nicht heranzuziehen.²⁰⁸

Praxishinweis: Wurde der Aufenthaltstitel auf Grundlage des § 38 nach Antragstellung mit Wirkung für die Zukunft erteilt und besteht ein schutzwürdiges Interesse, zB wegen Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit eines nach Antragstellung geborenen Kindes gemäß § 4 Abs. 3 StAG, kann der Betroffene bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen beanspruchen, dass ihm der Titel auch für einen in der Vergangenheit – aber nach Antragstellung – liegenden Zeitraum erteilt wird.²⁰⁹

In besonderen Fällen kann von den Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG abgewichen werden, § 38 Abs. 3 AufenthG. Entscheidend ist dabei, ob unter Berücksichtigung der von § 38 AufenthG gewollten Privilegierung ehemaliger Deutscher oder von Scheindeutschen ein „besonderer Fall“ in Bezug auf Schutz- und Regelungszwecke gegeben ist, die die mit den in § 5 AufenthG normierten Erteilungsvoraussetzungen bzw Versagungsgründen verfolgt werden.²¹⁰

Praxishinweis: Eine wohlwollende und großzügige Anwendung des Abs. 3 haben verschiedene Innenministerien in den Fällen angeordnet, in denen türkischstämmige Deutsche ihre deutsche Staatsangehörigkeit durch Wiedererwerb der türkischen verloren haben.²¹¹

c. Ehemaliger Deutscher

Der Begriff „ehemaliger Deutscher“ ist weder im AufenthG selbst noch in den Gesetzesmaterialien definiert oder näher erläutert, ein Bezug findet sich nur in den §§ 13 und 38

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 4; Schreiben des BMI an die Innenministerien und Senatsverwaltungen für Inneres der Länder v. 13.1.2005, Az: MI 3 – 125 201 TUR/2, S. 3 f.; aA wohl Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 29; VG Würzburg, Urt. v. 24.6.2013, W 7 K 12.752.
207

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 4.
208

¹ BT-Drucks. 15/420, 84.
209

¹ Vgl BVerwG, NVwZ 1999, 306 = InfAuslR 1999, 69 = EZAR 029 Nr. 10; VGH BA-Wü, InfAuslR 2001, 161 = EZAR 012 Nr. 5; NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 4; vgl auch VGH Ba-Wü, InfAuslR 2007, 91.
210

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 19; GK-AufenthG/Berlit, § 38 Rn 47; vgl. im Einzelnen Beispiele bei Nr. 38.3.2. ff AVwV-AufenthG; strenger wohl Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 29.
211

¹ IM S-H v. 25.2.2005, Az: IV 602-212-29.111.3-38; IV 62-140.41-14; IM NRW, Erlass v. 9.2.2005, Az: 1440.2.03-1/15-39.6.02-2, ANA-ZAR 2005, S. 9, Dokument 177.

StAG sowie in § 1 Abs. 2 Nr. 1 d StAGebV. Im Rahmen des StAG erkennt die überwiegende Ansicht in der Literatur unter Berufung auf § 1 StAG nur diejenigen als ehemaligen Deutschen an, der die deutsche Staatsangehörigkeit besessen hat, wobei unerheblich sein soll, auf welchem Wege – zB durch Geburt, Einbürgerung, Annahme als Kind – sie ursprünglich erworben wurde. **Statusdeutsche** iSd Art. 116 Abs. 1 Hs 2 GG sollen nicht erfasst werden. Dies lässt sich auf § 38 AufenthG nicht übertragen. Eine spezialgesetzliche Definition wie § 1 StAG oder ein Verweis hierauf fehlt im AufenthG, dagegen definiert § 2 Abs. 1 den Begriff „Ausländer“ als jeden, der nicht Deutscher iSd § 116 Abs. 1 GG ist. Ein Grund, den Begriff „Deutscher“ anders als in Art. 116 Abs. 1 GG auszulegen, ist daher nicht ersichtlich, im Umkehrschluss zu § 2 Abs. 1 vielmehr sogar geboten.²¹²

Praxishinweis: Vertriebene, die am 1.8.1999 Statusdeutsche iSd Art. 116 Abs. 1 Hs 2 GG waren, erwarben die deutsche Staatsangehörigkeit bereits kraft Gesetzes nach § 40 a StAG. Spätaussiedler, ihre nichtdeutschen Ehegatten und ihre Abkömmlinge iSd § 4 BVFG erwarben sie zu diesem Zeitpunkt dann, wenn ihnen vor dem 1.8.1999 eine Spätaussiedlerbescheinigung nach § 15 BVFG erteilt worden war. Im Übrigen erwirbt ein Spätaussiedler die deutsche Staatsangehörigkeit gemäß § 7 Abs. 1 StAG kraft Gesetzes mit der Ausstellung der Bescheinigung nach § 15 BVFG.²¹³

d. Gewöhnlicher Aufenthalt

Dass der gewöhnliche Aufenthalt des ehemaligen Deutschen rechtmäßig gewesen sein müsste, ist nach dem Wortlaut der Norm zu Recht keine Voraussetzung.²¹⁴ Allerdings muss der gewöhnliche Aufenthalt im Bundesgebiet gerade als Deutscher zurückgelegt worden sein. Die Auslegung des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthalts ist an der Legaldefinition des § 30 Abs. 3 S. 2 SGB I zu orientieren: Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Gebiet nicht nur vorübergehend verweilt.²¹⁵ Der Begriff knüpft an die tatsächlichen Verhältnisse an und setzt voraus, dass der Betreffende sich überhaupt an dem Ort des gewöhnlichen Aufenthaltes aufhält und hier den Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse hat. Ob der Betroffene seinen Wohnsitz angemeldet hat, ist für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts nicht entscheidend.²¹⁶

212

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 5; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 11.

213

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 5.

214

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 6.

215

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 6; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 16.

216

Maßgeblich ist allein, wo der „Mittelpunkt der Lebensführung“, der „Daseinsmittelpunkt“, der „Schwerpunkt der Bindungen“ liegt.²¹⁷ Insofern kann auch während eines Auslandsstudiums der gewöhnliche Aufenthalt im Bundesgebiet beibehalten werden.²¹⁸

Kurzfristige **Unterbrechungen** des gewöhnlichen Aufenthalts im Bundesgebiet von bis zu sechs Monaten bleiben bei der Berechnung jedoch unberücksichtigt, ebenso längere Auslandsaufenthalte, die der Ableistung der gesetzlichen Wehrpflicht dienen, sofern der ehemalige Deutsche innerhalb von drei Monaten nach der Entlassung wieder in das Bundesgebiet einreist. § 12 b Abs. 1 StAG kann entsprechend herangezogen werden.²¹⁹ § 85 ist nicht anwendbar.²²⁰

Gemäß Nr. 38.1.3, Nr. 38.1.4 AVwV-AufenthG findet Abs. 1 keine Anwendung, wenn die deutsche Staatsangehörigkeit während des gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland verloren gegangen ist; in diesem Fall sei nur Abs. 2 einschlägig. Der Begriff „seit“ in § 38 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG wird daher als „während“ interpretiert. Zwingend ist dies nicht.²²¹ So hat das Bundesverwaltungsgericht festgestellt, dass der Begriff „seit acht Jahren“ zB in § 10 Abs. 1 S. 1 StAG oder § 4 Abs. 3 Nr. 1 StAG seinem Wortlaut nach Unterbrechungen des Aufenthalts nicht notwendig ausschließe²²². Der EuGH hat bei der Auslegung des Wortes „seit“ in Art. 7 Abs. 2 ARB 1/80 (... sofern ein Elternteil in dem betreffenden Mitgliedstaat seit mindestens drei Jahren ordnungsgemäß beschäftigt war.), aus Sinn und Zweck sowie dem Kontext der Bestimmung gefolgert, dass diese lediglich verlange, dass der Elternteil irgendwann vor dem Eintritt eines Ereignisses im Aufnahmemitgliedstaat mindestens drei Jahre lang ordnungsgemäß beschäftigt gewesen sein müsse.²²³ Um zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen,²²⁴ ist daher unerheblich, ob der Verlust während eines gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland eintritt; entscheidend ist, dass der Betroffene einen gewöhnlichen Voraufenthalt von fünf Jahren vorweisen kann und im

217 ¹ Nr. 38.1.5 AVwV-AufenthG.

218 ¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 6.

219 ¹ VGH Ba-Wü, InfAuslR 1995, 116 = EZAR 273 Nr. 2.

220 ¹ Vgl Nr. 38.1.6 AVwV-AufenthG; NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 7.

221 ¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 7.

222 ¹ So zu Recht NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 8.

223 ¹ BVerwG, NVwZ 2005, 707 = InfAuslR 2005, 215 = AuAS 2005, 113.

224 ¹ EuGH, Rs. C-210/97 (Akman), NVwZ 1999, 281 = InfAuslR 1999, 3 = EZAR 814 Nr. 6.

¹ Vgl hier das Beispiel bei NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 8.

Zeitpunkt der Antragstellung der gewöhnliche Aufenthalt (wieder) im Bundesgebiet begründet ist.

e. Verlust der Staatsangehörigkeit

Dieser Begriff ist nicht auf die in § 17 StAG genannten Verlustgründe beschränkt.²²⁵ Von einem Verlust iSd § 38 ist auszugehen, wenn der Betroffene die deutsche Staatsangehörigkeit zu irgendeinem Zeitpunkt wirksam erworben hatte und diese später, aus welchen Gründen auch immer, weggefallen ist.²²⁶ Umstritten ist jedoch, ob auch von einem Verlust iSd Regelung auszugehen ist, wenn die Einbürgerung durch Rücknahme (vgl § 35 StAG) ex tunc aufgehoben wurde. Das Bundesverwaltungsgericht vertritt insoweit die Auffassung, dass § 38 Abs. 1 AufenthG in Fällen der Rücknahme einer Einbürgerung ex-tunc nicht unmittelbar anwendbar sei.²²⁷ Es hält in dieser Situation § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (iVm Abs. 3 und Abs. 4) AufenthG jedenfalls für entsprechend (analog) anwendbar, so dass der Erwerb einer Niederlassungserlaubnis ausscheidet.²²⁸ Allerdings muss der Ausländer vor seiner Einbürgerung über einen unbefristeten Aufenthaltstitel verfügt haben, der nicht der Rücknahme unterlag.²²⁹ Zudem sind die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG anwendbar, so dass zB bei einem von Anfang an durch falsche Angaben erschlichenen Aufenthalt der erneuten Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis der Ausweisungsgrund nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 iVm § 55 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG entgegensteht.²³⁰

Von einem Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit ist auch im Falle einer erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung²³¹ auszugehen, da auch hier von einem ex-post-Standpunkt aus die zunächst erworbene deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes nachträglich als nie erworben

225

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 11.

226

¹ NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG Rn 11.

227

¹ BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 16.10, InfAuslR 2011, 336 = BVerwGE 139, 346; ebenso Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 38 AufenthG Rn 12.

228

¹ BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 16.10, InfAuslR 2011, 336 = BVerwGE 139, 346.

229

¹ BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 16.10, InfAuslR 2011, 336 = BVerwGE 139, 346.

230

¹ BVerwG, Urt. v. 19.4.2011, 1 C 16.10, InfAuslR 2011, 336 = BVerwGE 139, 346

231

¹ Vgl § 1600 BGB. Beachte, dass das BVerfG die Regelungen zur „behördlichen“ Vaterschaftsanfechtung in § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB als verfassungswidrig erklärt hat, BVerfG, Beschl. v. 17.12.2013, 1 BvL 6/10, InfAuslR 2014, 166 = NJW 2014, 1364 = ZAR 2014, 240.

erscheint.²³² Allerdings wird auch hier die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts zur Rücknahme der Einbürgerung herangezogen.²³³ Als alternative Lösung ist jedenfalls an Abs. 5 zu denken.²³⁴

III. Die Daueraufenthaltserlaubnis-EU

§§ 9a bis c AufenthG sollen die Regelungen der Daueraufenthaltsrichtlinie (DA-RL)²³⁵ umsetzen.

Umstritten ist bereits die Frage, ob die Erteilung der Daueraufenthaltserlaubnis-EU **konstitutiv wirkt**.²³⁶ Der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 der RL geht davon aus, dass die Rechtsstellung „erteilt“ wird. Auch im Rechtssetzungsverfahren wurde eine deklaratorische Wirkung verneint.²³⁷ Allerdings stellt die Kommission fest, dass in der RL ein grundlegender Unterschied zwischen der Rechtsstellung des langfristig Aufenthaltsberechtigten und dem AT gemacht werde: die Rechtsstellung als langfristig Aufenthaltsberechtigter sei von Dauer, während der AT diese Berechtigung lediglich bescheinige.²³⁸ Erwägungsgrund 11 der RL führt aus, dass die **Erlangung der Rechtsstellung durch einen AT bescheinigt** – nicht begründet – werden sollte, mit dem der Ausl. seine Rechtsposition **nachweisen** könne. Hierfür spricht auch, dass die Rechtsstellung

232

¹ So NK-AuslR/Geyer, § 38 AufenthG, Rn 11; Arg. ex. BVerfG, Beschl. v. 24.10.2006, 2 BvR 696/04, InfAuslR 2007, 79 = NJW 2007, 425 = ZAR 2007, 150; BVerfG, Urt. v. 24.5.2006, 2 BvR 669/04, BVerfGE 116, 24 = InfAuslR 2006, 335 = NVwZ 2006, 807 = ZAR 2006, 246.

233

¹ GK-AufenthG/Berlit, § 38 Rn 14.5.

234

¹ VG München, Urt. v. 12.12.2006, M 12 K 06.3641, M 12 K 06.3726; offen lassend OVG NRW, Beschl. v. 19.11.2008, 18 E 816/08.

235

¹ RL 2003/109/EG, ABI L 16 v. 23.1.2004, 44 ff, keine Anwendung für Großbritannien, Irland und Dänemark; sowie Änderungsrichtlinie zur Erweiterung der Daueraufenthaltsrichtlinie auf anerkannte Flüchtlinge und subsidiär Geschützte vom 11.5.2011, ABI L 132 v.19.5.2011, 1 ff..

236

¹ Dafür BVerwG, Beschl. v. 29.07.2009, 1 B 133.06; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 a AufenthG Rn 12; offen lassend GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 40 ff.

237

¹ Begr. der Kommission KOM (2001) 127 endgültig, 19: Ausstellung der langfristigen Aufenthaltsberechtigung-EG ist rechtsbegründend im Hinblick auf den Status.

238

¹ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2003/109/betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen, v. 28.9.2011 – KOM(2011) 585 endgültig, 5.

durch Ablauf des AT nicht beseitigt wird. Die Definition des langfristig Aufenthaltsberechtigten in Art. 2 b) der RL verweist zudem auf die in Art. 4 bis 7 der RL niedergelegten Voraussetzungen, nicht aber auf Art. 8 Abs. 2 AufenthG, der die Ausstellung des Aufenthaltstitels beinhaltet. Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass die Rechtsstellung bereits durch die Antragstellung – die gem. Art. 7 Abs. 1 zwingend ist – und den Nachweis der von Art. 4 bis 6 genannten Voraussetzungen entsteht. Insoweit findet § 81 Abs. 1 AufenthG Anwendung, so dass der Aufenthaltstitel beantragt werden muss.²³⁹ Die Ausstellung des Titels dient dann allein Beweis Zwecken, wirkt für sich aber nicht mehr konstitutiv.²⁴⁰ Dies hat insbesondere dann eine Bedeutung, wenn während des anhängigen Verfahrens auf Erteilung einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU Maßnahmen getroffen werden, die bei Besitz dieses Aufenthaltstitels nicht möglich wären (zB Ausweisung ohne Berücksichtigung des bes. Ausweisungsschutzes). Das BVerwG allerdings teilt diese Auffassung unter Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte nicht.²⁴¹

Gemäß Abs. 1 S. 1 ist die Daueraufenthaltserlaubnis-EU ein **unbefristeter Titel**. Dies geht über Art. 8 Abs. 2 S. 2 DA-RL hinaus, der eine Gültigkeit von mindestens fünf Jahren verlangt. Da gemäß Art. 9 Abs. 6 DA-RL das Ablaufen einer langfristigen Aufenthaltsberechtigung-EU auf keinen Fall den Entzug oder den Verlust der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zur Folge hat,²⁴² ist die unbefristete Dauer jedoch konsequent.

Abs. 1 S. 2 verweist auf § 9 Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG. Demnach berechtigt die Daueraufenthaltserlaubnis-EU zur **Ausübung einer Erwerbstätigkeit** und kann nur in den durch das AufenthG ausdrücklich zugelassenen Fällen mit einer **Nebenbestimmung** versehen werden. Soweit allerdings auch auf § 47 verwiesen wird, steht dies, soweit die Vereinigungsfreiheit betroffen ist, nicht im Einklang mit Art. 11 Abs. 1 g) der Daueraufenthalts-RL, der in diesem Fall eine Gleichstellung mit deutschen Staatsangehörigen verlangt. Darüber hinaus sieht die RL keinerlei inhaltliche Beschränkungsmöglichkeit des Aufenthaltstitels durch entsprechende Nebenbestimmungen vor. Insofern ist der Verweis auf die Möglichkeit einer Nebenbestimmung richtlinienwidrig und damit unwirksam.

239

¹ Welte, Die Daueraufenthaltsrichtlinie-EU, InfAuslR 2007, 45, 47, der allerdings die Anwendbarkeit von § 81 verneint; vgl auch OVG Nds, Beschl. v. 18.1.2007, 10 ME 44/07; EuGH, Urt. v. 8.11.2012, C-40/11 (Iida).

240

¹ Vgl auch EuGH, Urt. v. 24.4.2012, C-571/10 (Kamberaj), wo der Kläger „nur“ einen unbefristeten AT besaß, aber die Anwendbarkeit der RL ebenfalls diskutiert wurde.

241

¹ BVerwG, Beschl. v. 29.07.2009, 1 B 133.06.

242

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 50; vgl auch Begr. der Kommission KOM (2001) 127 endgültig, 20: Status geht durch Ablauf nicht verloren.

Zur Vermeidung umfangreicher Folgeänderungen in anderen Gesetzen wird – nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Art. 11 DA-RL – in Abs. 1 S. 3 festgelegt, dass Inhaber einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU Inhabern einer NE gleichgestellt sind, sofern andere Gesetze an die Inhaberschaft einer NE anknüpfen. Für in anderen Mitgliedstaaten langfristig Aufenthaltsberechtigte gilt Abs. 1 Satz 3 nicht; für sie greift die Regelung des § 38 a AufenthG.²⁴³

1. Erteilungsvoraussetzungen

Liegen die Voraussetzungen des Abs. 2 vor, hat der Ausl. einen **Anspruch** auf Bescheinigung der Daueraufenthaltserlaubnis-EU. Dabei ist der ABH insbesondere im Hinblick auf Abs. 2 Nr. 5 kein Beurteilungsspielraum und auch kein Ermessen eröffnet; die Abwägung unterliegt voller gerichtlicher Überprüfung.²⁴⁴

Fraglich ist, ob daneben **§ 5 AufenthG** heranzuziehen ist.²⁴⁵ Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, da die Daueraufenthaltserlaubnis-EU einen Aufenthaltstitel iSd § 5 Abs. 1 AufenthG darstellt (§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AufenthG) und in § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG ausdrücklich aufgenommen wurde. § 9 a AufenthG ist jedoch gegenüber § 5 Abs. 1 AufenthG **lex specialis**. So findet sich eine explizite Regelung zur Sicherung des Lebensunterhaltes in § 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG, zum Versagungsgrund des Verstoßes gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in § 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 5 AufenthG. Die Erfüllung der Passpflicht wird von der RL nicht vorausgesetzt. § 5 Abs. 1 AufenthG ist daher nicht anwendbar.

Auch die **Einreise mit dem erforderlichen Visum** iSd § 5 Abs. 2 AufenthG wird nicht als Voraussetzungen für die Erteilung der langfristigen Aufenthaltsberechtigung-EU in der Daueraufenthalts-RL erwähnt und darf somit nicht als Voraussetzung der Erteilung herangezogen werden. Die Auflistung der Daueraufenthaltserlaubnis-EU in § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG ist daher richtlinienwidrig und unwirksam. In der Praxis dürfte § 5 Abs. 2 AufenthG in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zukommen, da bereits ein rechtmäßiger Aufenthalt vorliegt und daher § 39 Nr. 1 AufenthV Anwendung findet.

a. Aufenthalt mit AT seit fünf Jahren

243

¹ Dienelt in: Renner, AusIR, 10. Aufl., § 9 a AufenthG Rn 28.

244

¹ VGH Ba-Wü, Urt. v. 22.7.2009, 11 S 2289/08, InfAusIR 2010, 59.

245

¹ Bejahend GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 103; Nr. 9a.2.1 AVwV-AufenthG.

Art. 4 Abs. 1 der DA-RL verlangt einen **fünfjährigen ununterbrochenen rechtmäßigen Aufenthalt im Mitgliedstaat**. Es ist missverständlich, wenn § 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG demgegenüber den **Besitz eines AT** verlangt. Dies erweckt den Eindruck, dass nur Zeiten in die Berechnung miteinbezogen werden können, in denen tatsächlich ein Titel iSd § 4 AufenthG erteilt worden war. Dies widerspricht jedoch dem eindeutigen Wortlaut der RL und ist auch vom Gesetzgeber so nicht beabsichtigt.²⁴⁶ Demnach müssen im Rahmen richtlinienkonformer Auslegung folgende Zeiten **berücksichtigt** werden:

- Besitz einer AE, NE oder Blue Card (vgl auch § 9 b AufenthG)
- Zeiten, in denen ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage von ARB 1/80 bestand²⁴⁷
- Zeiten als Deutscher (vgl § 38 AufenthG)
- Zeiten eines fiktiven Aufenthaltsrechts nach § 81 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 AufenthG²⁴⁸ bzw. Zeiten der Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 S. 2 AufenthG
- Zeiten eines fiktiven Aufenthaltsrecht gemäß § 69 Abs. 3 AuslG 1990²⁴⁹
- erlaubnisfreier Aufenthalt nach § 96 Abs. 2 S. 2 AuslG 1990
- erlaubnisfreier Aufenthalt nach dem AufenthG
- Zeiten der Aufenthaltsgestattung bei Anerkennung als Asylberechtigter oder Zuerkennung internationalen Schutzes (§ 55 Abs. 3 AsylVfG)
- Zeiten nach Versagung der AE, NE oder Blue Card bis zur Erteilung oder Verlängerung aufgrund behördlicher Aufhebung oder aufgrund eines erfolgreichen Rechtsbehelfs (§ 84 Abs. 2 S. 3)²⁵⁰
- Besitz eines nationalen Visums (§ 6 Abs. 3 S. 3 AufenthG)²⁵¹.

Erfasst werden damit auch Aufenthaltszeiten vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Daueraufenthalts-RL.²⁵²

246

⌈ Vgl Gesetzesbegr., BT-Drucks. 15/5065,279 v. 23.4.2007: „Artikel 4 der Daueraufenthalts-Richtlinie sieht als Voraussetzung für die Erteilung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten vor, dass sich ein Ausländer fünf Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig in dem Mitgliedstaat aufgehalten haben muss. Diese Voraussetzung wird in Nummer 1 wiedergegeben.“, vgl auch Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 a AufenthG Rn 32.

247

⌈ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 a AufenthG Rn 32; GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 122 f; vgl auch BT-Drucks. 15/420, 69; aA Nr. 9a.2.1.1.4 AVwV-AufenthG, der zu Unrecht auf den AT gem. § 4 Abs. 5 abstellt.

248

⌈ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 127.

249

⌈ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 127.

250

⌈ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 128.

251

⌈ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 a AufenthG Rn 32; GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 126.

Nicht angerechnet werden:

- Zeiten der Betretenserlaubnis gemäß § 11 Abs. 2,
- fiktive Aufenthaltszeiten gemäß § 81 Abs. 3 S. 2.

Zeiten eines **Schengen-Visums** sind ebenfalls nicht anzurechnen.²⁵³ Einer Anrechnung steht § 9 a Abs. 3 Nr. 5 iVm § 9 b S. 2 AufenthG entgegen. Zeiten einer **Duldung** werden ebenfalls grds. nicht angerechnet. Dies gilt – anders als bei der NE – auch für Zeiten einer Duldung im Rahmen des § 26 Abs. 4 AufenthG, da § 102 Abs. 2 AufenthG die Daueraufenthaltserteilung-EU nicht erwähnt. Bestand allerdings während der Duldungszeit ein Anspruch auf Erteilung eines AT, steht diese Zeit im Falle einer Inzidenter-Prüfung dem Titelbesitz gleich.²⁵⁴

Art. 4 Abs. 1 der DA-RL verlangt einen **ununterbrochenen** fünfjährigen Aufenthalt unmittelbar vor der Stellung des Antrags. Dies wurde in Abs. 2 S. 1 Nr. 1 zwar nicht ausdrücklich aufgenommen, aus der Wortwahl „seit... aufhält“ ist allerdings abzuleiten, dass eine Anrechnung mehrerer durch Auslandsaufenthalte unterbrochener Zeiten im Bundesgebiet nur unter den Voraussetzungen des § 9 b AufenthG in Betracht kommt. Unter Zugrundelegung des Art. 4 Abs. 1 der DA-RL, ist angesichts seines eindeutigen Wortlautes („unmittelbar vor der Antragstellung“) zudem auf den Zeitpunkt der Antragstellung, nicht auf den Zeitpunkt der Entscheidung abzustellen.²⁵⁵ Fraglich ist, inwieweit **§ 85 AufenthG**, der für die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes eine Unterbrechung von einem Jahr zulässt, daneben Anwendung findet. Dagegen spricht zunächst, dass mit § 9 b AufenthG eine detaillierte Sonderregelung geschaffen wurde. Auch die RL verweist in Art. 4 Abs. 3 darauf, dass zusammenhängende Zeiten von mehr als sechs Monaten Dauer nur bei spezifischen Gründen oder zeitlich begrenzten Ausnahmesituationen nicht als Unterbrechung angesehen werden können. Im Zusammenhang mit Erwägungsgrund Nr. 17 der RL, der bei – im Vergleich zur RL – günstigeren nationalen Regelungen die Entstehung eines europäischen Daueraufenthaltsrechts verneinen will, ist daher davon auszugehen, dass § 85 AufenthG bei der Berechnung des Aufenthaltes nach § 9 a AufenthG nicht herangezogen werden kann.²⁵⁶

252

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 109; Nr. 9a.2.1.1.2 AVwV-AufenthG.

253

¹ AA GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 126; Vorauf. § 9 a AufenthG Rn 8.

254

¹ BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24/08; BVerwG, Urt. v. 13.9.2011, 1 C 17/10 zur NE.

255

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9 a Rn 108.

256

Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ist immer in Zusammenhang mit § 9 b AufenthG zu lesen:

(1) Vorübergehende Entsendung aus beruflichen Gründen

Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 der DA-RL sieht die Möglichkeit vor, den Auslandsaufenthalt von Ausländern, die sich im Rahmen einer **vorübergehenden Entsendung aus beruflichen Gründen** im Ausland – auch in einem Drittstaat²⁵⁷ – aufgehalten haben, als Zeit eines Inlandsaufenthalts anzurechnen. Diesen Spielraum will die Bundesrepublik durch § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) AufenthG umsetzen. Voraussetzung für die Anrechnung dieser Zeiten ist nach dieser Vorschrift,

- dass der Ausl. in dieser Zeit einen AT besaß,
- dass berufliche und nicht private Gründe den Hauptanlass für den Auslandsaufenthalt bildeten,
- dass der Auslandsaufenthalt maximal sechs Monate andauerte oder sich innerhalb einer von der ABH gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG gesetzten längeren Frist bewegte.

Soweit die Regelung des § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1a) AufenthG auf den Besitz eines AT abstellt, ergibt sich diese Voraussetzung nicht aus der RL. Entscheidend ist auch hier, dass ein rechtmäßiger Aufenthalt bestand. Reist daher zB ein im Besitz einer Fiktionsbescheinigung gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG befindlicher Ausländer beruflich bedingt ins Ausland, ist auch diese Zeit – soweit sie sich im zeitlichen Rahmen des § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) AufenthG bewegt – anzurechnen.

Die Norm stellt darauf ab, dass eine **Entsendung** aus beruflichen Gründen erfolgt sein muss. Als Entsendung bezeichnet man üblicherweise, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer zur Ausübung seiner Tätigkeit ins Ausland schickt.²⁵⁸ Auch Art. 4 Abs. 3 3. Unterabs. der DA-RL stellt auf die Entsendung ab²⁵⁹ und erwähnt dabei explizit und beispielhaft die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen. Aus dem Wortlaut wird man daher ableiten müssen, dass eine Anrechnung nur dann in Betracht kommt, wenn es sich um eine unselbstständige Beschäftigung handelt und das Arbeitsverhältnis mit dem inländischen Arbeitgeber bestehen bleibt.

¹ So auch Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 a AufenthG Rn 31; aA GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 130.
257

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 16.
258

¹ Vgl hierzu auch § 19 BeschV; RL 96/71/EG v. 16.12.1996 (sog. Entsende-RL), ABl. L 018 v. 21.1.1997, 1.
259

¹ Der englische Text spricht von „secondment“ – Abordnung.

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass eine **wiederholte** beruflich bedingte Entsendung, die sich im zeitlichen Rahmen der Vorschrift bewegt, möglich ist („jeweils“).²⁶⁰ Dauert der beruflich bedingte Auslandsaufenthalt jedoch **länger als sechs Monate** oder bewegt er sich außerhalb der gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG von der ABH gesetzten Frist, ist er nach § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) AufenthG nicht anrechenbar.

Es ist fraglich, ob dies mit der RL in Einklang steht. Art. 4 Abs. 3 der RL geht von dem Grundsatz aus, dass ein Auslandsaufenthalt von maximal sechs Monaten (bzw zehn Monaten innerhalb von fünf Jahren) den Fünf-Jahres-Zeitraum nicht unterbricht und hierauf auch anrechenbar ist (Unterabs. 1). Selbst eine längere Zeit führt nach der RL²⁶¹ dann nicht zu einer Unterbrechung, wenn dem Auslandsaufenthalt spezifische Gründe oder zeitlich begrenzte Ausnahmesituationen zugrunde liegen; in diesem Fall werden diese längeren Zeiten aber nicht angerechnet (Unterabs. 2), der Zeitablauf ist für die Dauer des Auslandsaufenthaltes gehemmt. Von dieser Nichtanrechenbarkeit längerer Zeiten wiederum kann im Rahmen einer – zeitlich durch die RL nicht begrenzten – beruflich bedingten Entsendung Abstand genommen werden (Unterabs. 3). D.h., diese Zeiten können nach der RL so behandelt werden, dass sie nicht zu einer Unterbrechung der Aufenthaltszeiten führen und darüber hinaus auch anrechenbar sind. Somit regelt Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 für den Fall der beruflich bedingten Entsendung gerade die Anrechnung von Auslandsaufenthalten, die länger als sechs Monate dauern, denn sonst könnten sie schon durch den 1. Unterabs. angerechnet werden. Entgegen der Gesetzesbegründung²⁶² setzt § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) somit nicht Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 um. Zwar lässt die Vorschrift zu, dass der Auslandsaufenthalt über den Maximalzeitraum von sechs Monaten hinausgeht, soweit dies von der ABH gestattet wurde. Auch dies beinhaltet aber eine zeitliche Beschränkung durch die von der ABH gesetzte Frist, die so von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 3 der RL gerade nicht verlangt wird. Daher ist § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 a) AufenthG insoweit richtlinienwidrig.²⁶³

(2) Auslandszeiten

Art. 4 Abs. 3, 1. Unterabsatz der DA-RL schreibt vor, dass **Zeiten im Ausland den Fünf-Jahres-Zeitraum des rechtmäßigen Aufenthaltes nicht unterbrechen und anzurechnen sind, wenn sie sechs aufeinander folgende Monate und innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums insgesamt zehn**

260

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 20.

261

¹ Soweit die Mitgliedstaaten eine entsprechende Regelung einführen, die Erweiterung des Unterabs. 1 ist fakultativ.

262

¹ BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 162.

263

¹ Wohl auch GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 24.

Monate nicht überschreiten. Interessant ist, dass die englische Fassung nur einen Zeitraum „shorter than six month“ berücksichtigen will, man gewinnt in Deutschland somit einen Tag. Diese Regelung wurde in § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 b) AufenthG umgesetzt. Voraussetzung ist aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlautes auch hier, dass die Rechtsstellung des rechtmäßigen Aufenthaltes während des Auslandsaufenthaltes nicht erlischt.

(3) Ehemalige Inhaber einer NE oder Daueraufenthaltserlaubnis/EU

Die Regelung des § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG gleicht § 9 Abs. 4 Nr. 1 AufenthG. **Ehemaligen Inhabern einer NE oder einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU, deren Aufenthaltstitel durch einen Auslandsaufenthalt erloschen ist**, wird mit der Anrechnungsvorschrift der (Wieder-)Erwerb der Daueraufenthaltserlaubnis-EU unter erleichterten Voraussetzungen ermöglicht. Der Gesetzgeber beruft sich hierbei auf Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 der DA-RL, da die Privilegierung von ehemals niedergelassenen Ausl. nach § 9 Abs. 4 einen „spezifischen Grund“ im Sinne dieser Vorschrift darstelle. Interessant ist aber, dass durch § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG – anders als Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 der RL – nicht allein der ununterbrochene Aufenthalt iSd Art. 4 Abs. 1 der RL erreicht wird, sondern darüber hinaus auch eine Anrechnung dieser Zeit erfolgen kann. Insofern geht die Regelung über die RL hinaus und lässt sich eher in Art. 9 Abs. 5 der RL verorten.²⁶⁴ Angerechnet werden demnach frühere Zeiten einer AE, NE oder Daueraufenthaltserlaubnis-EU bis zu einer Gesamtdauer von max. vier Jahren, wenn

- der Ausländer zum Zeitpunkt der Ausreise aus dem Bundesgebiet im Besitz einer NE oder Daueraufenthaltserlaubnis-EU gewesen ist,
- dieser Aufenthaltstitel erloschen ist, weil er sich in einem Staat außerhalb der EU aufgehalten hat (§ 51 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AufenthG für die NE, § 51 Abs. 9 Nr. 3 und 4 AufenthG für die Daueraufenthaltserlaubnis-EU) oder
- dieser Titel erloschen ist, weil der Ausländer in einem anderen EU-Staat die Rechtsstellung als langfristig Aufenthaltsberechtigter erworben hat (§ 51 Abs. 9 Nr. 5 AufenthG).

Der frühere Besitz einer unbefristeten AE oder einer Aufenthaltsberechtigung nach dem AuslG reicht nach dem Wortlaut der Regelung nicht aus. Dies steht nicht im Widerspruch zur RL, da dem nationalen Gesetzgeber sowohl in Art. 4 Abs. 3 als auch in Art. 9 Abs. der RL ein Gestaltungsspielraum eingeräumt wurde. Unerheblich ist, ob die NE schon vor Umsetzung der Daueraufenthalts-RL erloschen war.²⁶⁵

§ 51 Abs. 9 Nr. 3 bis 5 AufenthG setzen Art. 9 Abs. 1 e), Abs. 4 der DA-RL um. Art. 9 Abs. 5 der RL sieht vor, dass in diesem Fällen ein vereinfachtes Verfahren für die Wiedererlangung der

264

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 33.

265

¹ Huber, AufenthG/Huber, § 9 b Rn 3.

Rechtsstellung eines langfristig Daueraufenthaltsberechtigten eingeführt wird, das sich allerdings nach nationalem Recht bestimmt.

Andere Erlöschensgründe werden von der Vorschrift nach dem eindeutigen Wortlaut nicht erfasst. War somit der AT aufgrund eines Aufenthalts innerhalb der EU erloschen, ohne dass der Ausländer dort eine Rechtsstellung als langfristig Aufenthaltsberechtigter erworben hat, greift die Regelung nicht ein. Insgesamt werden zudem nur Aufenthaltszeiten im Bundesgebiet von **maximal vier Jahren** angerechnet. Insofern gibt es Konstellationen, in denen die Regelung nicht mit Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 der RL in Einklang steht. Die RL geht grundsätzlich davon aus, dass bei einem Auslandsaufenthalt von sechs Monaten die erforderliche Aufenthaltszeit nicht unterbrochen wird. Sie ermächtigt die Staaten, auch längere – zeitlich nicht durch die RL vorgegebene – Auslandszeiten nicht als Unterbrechung anzusehen, wenn sie auf spezifischen Gründen oder zeitlich begrenzten Ausnahmesituationen beruhen.²⁶⁶ Die Gesetzesbegründung ist der Auffassung, dieser Vorgabe werde durch § 9 b S. 1 Nr. 2 entsprochen, da die Privilegierung von ehemals niedergelassenen Ausl. einen „spezifischen Grund“ im Sinne des Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 der RL darstelle.²⁶⁷ Dies ist so nicht richtig. Zum einen regelt Unterabs. 2 nicht die Anrechenbarkeit, sondern die Unterbrechung. Zum anderen sieht er keine zeitliche Begrenzung vor. Dies führt zu unterschiedlichen Ergebnissen:

Beispiel:

Ein Ausl. war fünf Jahre im Besitz einer AE, ein Jahr im Besitz einer NE. Er reist für ein Jahr aus dem Bundesgebiet in ein Nicht-EG-Land aus. Seine NE erlischt. Nach legaler Einreise beantragt er nach Ablauf eines halben Jahres die Daueraufenthalts-EU.

Bei Anwendung von Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 2 könnte er die Daueraufenthalts-EU unmittelbar beanspruchen, da er die Voraufenthaltszeit von fünf Jahren bereits durch die AE und die danach erteilte NE erfüllt; der Auslandsaufenthalt hat zu keiner Unterbrechung geführt.

Bei Anwendung des § 9 b S. 1 Nr. 2 jedoch wären maximal nur vier Jahre – darunter nicht der Auslandsaufenthalt – anrechenbar. Der Ausl. müsste daher noch ein halbes Jahr warten, bis ihm die Daueraufenthalts-EU erteilt werden könnte. Eine solche Anwendung wäre daher nicht RL-konform.

(4) Ehemalige Freizügigkeitsberechtigte

266

⌋ Diese Zeiten werden nach der RL allerdings nicht auf die erforderliche Aufenthaltszeit angerechnet.

267

⌋ BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 162.

Nach der Vorschrift des § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG wird die Zeit eines rechtmäßigen Aufenthalts im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates auch durch Drittstaatsangehörige, die sich früher als **Freizügigkeitsberechtigte** (zB als Familienangehörige von Unionsbürgern) im Bundesgebiet aufgehalten haben, erfüllt.²⁶⁸

(5) Studienzeiten

Die Anrechnungsvorschrift des § 9 b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 AufenthG im Hinblick auf **Studienzeiten** entspricht Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 der DA-RL. Zu beachten ist dabei, dass der Ausländer bei Antragstellung nicht mehr im Besitz einer AE nach §§ 16 f AufenthG sein darf, da in diesem Fall gemäß § 9 a Abs. 3 Nr. 4 AufenthG der Erwerb einer Daueraufenthalts-erlaubnis-EU (noch) nicht möglich wäre. Entscheidend ist, dass der frühere Aufenthalt dem Studium bzw der Berufsausbildung diene, dh der Ausländer im Besitz einer AE zum Zweck des Studiums oder der Berufsausbildung gewesen ist.²⁶⁹ War er im Besitz einer anderen im Rahmen des § 9 a AufenthG anrechenbaren AE, ist diese Zeit voll anrechenbar, selbst wenn er sich damals auch im Studium oder in Ausbildung befand.

Zu beachten ist, dass S. 1 Nr. 4 – anders als zB § 35 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG – dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 2 DA-RL entsprechend nicht auf eine staatlich anerkannte Berufsausbildung abstellt.

Zeiten des Schulbesuches oder des Sprachkurses iSd § 16 Abs. 5 AufenthG sind nach dem eindeutigen Wortlaut voll anrechenbar.²⁷⁰ Dies gilt auch für **Zeiten der Suche nach einem Arbeitsplatz** iSd § 16 Abs. 4, Abs. 5 a AufenthG.²⁷¹

Fraglich ist, ob auch **Promotionsstudiengänge** nur hälftig zu berücksichtigen sind. S. 1 Nr. 4 spricht allgemein von Studium. Der erste Entwurf der Kommission zur DA-RL ging noch davon aus, dass Promovierende den Status eine langfristig Aufenthaltsberechtigten nach fünfjährigem Aufenthalt erlangen könnten, da die Eingliederung hochqualifizierter Personen in die Gesellschaft und den Arbeitsmarkt gefördert werden sollte.²⁷² Insofern nahm Art. 5 Abs. 3 b) des RL-Entwurfs Promotionsstudenten ausdrücklich von der hälftigen Anrechenbarkeit aus. Dies

268

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 38; Dienelt in: Renner, AusIR, 10. Aufl., § 9b AufenthG Rn 20.

269

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 40.

270

¹ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 40 f.

271

¹ Vgl § 9 a Rn 26; ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 44; aA Dienelt in: Renner, AusIR, 10. Aufl., § 9 b AufenthG Rn 22.

272

¹ KOM (2001) 127 endgültig, 17.

findet sich nun nicht mehr in der RL, so dass davon ausgegangen werden muss, dass auch Zeiten eines AT zum Promotionsstudium nur zur Hälfte angerechnet werden können.²⁷³

(6) Internationaler Schutz

Durch das 3. RiliUmsG wurde Abs. 1 S. 1 Nr. 5 eingeführt. Demnach ist der Zeitraum zwischen dem Tag der Beantragung internationalen Schutzes und dem Tag der Erteilung eines aufgrund der Zuerkennung internationalen Schutzes gewährten AT auf die für die Daueraufenthaltserlaubnis-EU erforderliche Aufenthaltszeit anrechenbar. Von der in der QRL 2011 vorgesehenen Möglichkeit, die Dauer des Asylverfahrens nur hälftig anzurechnen, sofern die Dauer des Asylverfahrens 18 Monate nicht übersteigt, wurde kein Gebrauch gemacht. Der Wortlaut unterscheidet nicht danach, in welchem Mitgliedstaat die Zuerkennung internationalen Schutzes erfolgte, so dass denkbar wäre, dass auch die Zeit eines Verfahrens in einem anderen Mitgliedstaat angerechnet wird. Dagegen spricht allerdings die Entstehungsgeschichte. Der Kommissionsentwurf geht davon aus, dass Personen mit internationalem Schutzstatus die Möglichkeit erhalten sollen, in dem Mitgliedstaat, der ihnen Schutz gewährt hat, zu denselben Bedingungen wie andere Drittstaatsangehörige ein langfristiges Aufenthaltsrecht zu erwerben.²⁷⁴ Die RL gestattet nur langfristig Aufenthaltsberechtigten unter bestimmten Bedingungen die Aufenthaltnahme in einem zweiten Mitgliedstaat, nicht aber Personen mit internationalem Schutzstatus als solchen; sie ist also kein Instrument der Weiterwanderung international Schutzberechtigter.

(7) Vorübergehender oder diplomatischer Aufenthalt

Nicht anrechenbar sollen Zeiten des **vorübergehenden oder diplomatischen/konsularischen Aufenthalts** sein, § 9 b Abs. 1 S. 2 AufenthG. Zwar sieht auch Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 der DA-RL die Nichtberücksichtigung von Zeiten des ausschließlich vorübergehenden bzw förmlich begrenzten Aufenthaltes gem. Art. 3 Abs. 2 e) und des diplomatischen bzw konsularischen Aufenthaltes iSd Art. 3 Abs. 2 f) der RL vor. Dies gilt jedoch nur dann, wenn der Begriff des vorübergehenden bzw förmlich begrenzten Aufenthaltes richtlinienkonform angewandt wird.

273

¹ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9b Rn 42; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9 b AufenthG Rn 21.

274

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/109/EG zwecks Erweiterung ihres Anwendungsbereichs auf Personen mit internationalem Schutzstatus, KOM/2007/0298 endg.

(8) Unschädliche und schädliche Unterbrechungen

Nach der Gesetzesbegründung soll durch § 9 b Abs. 1 S. 3 AufenthG von der Möglichkeit nach Artikel 4 Abs. 3 Unterabs. 2 der DA-RL Gebrauch gemacht werden, Unterbrechungen aus „spezifischen Gründen“ oder „zeitlich begrenzten Ausnahmesituationen“ für unschädlich für den Erwerb der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten zu erklären.²⁷⁵ Diese Auslandszeiten unterbrechen also den Aufenthalt nicht, werden aber – anders als Auslandszeiten nach S. 1 Nr. 1 – auch nicht auf die Fünf-Jahres-Frist angerechnet; S. 1 Nr. 1 ist insoweit *lex specialis*. Voraussetzung soll aber sein, dass der Aufenthaltstitel nicht aufgrund des Auslandsaufenthaltes erloschen ist. Hierbei hatte der Gesetzgeber vor allem folgende Fälle im Auge:²⁷⁶

- NE bei fünfzehnjährigem Voraufenthalt und Sicherung des Lebensunterhaltes, § 51 Abs. 2 S. 1 (vgl § 51 Rn 24 ff)
- NE eines deutschverheirateten Ausl., § 51 Abs. 2 S. 2 (vgl § 51 Rn 24 ff)
- Erfüllung der Wehrpflicht, § 51 Abs. 3 (vgl § 51 Rn 32)
- durch ABH verlängerte Frist iSd § 51 Abs. 4 (vgl § 51 Rn 33).

Ist daher der AT trotz eines über sechs Monate dauernden Auslandsaufenthaltes ohne Fristverlängerung der ABH gem. § 51 Abs. 2 bis 4 AufenthG nicht erloschen, wird zwar diese Auslandszeit nicht auf den Fünf-Jahres-Zeitraum des § 9 a AufenthG angerechnet. Mit der Wiedereinreise beginnt dieser Zeitraum allerdings weiterzulaufen. Zuvor ist allerdings zu prüfen, ob diese Auslandszeiten nicht gem. S. 1 anrechenbar sind.

In § 9 b Abs. 1 S. 4 AufenthG wird klargestellt, dass in allen verbleibenden, also den nicht in den Sätzen 1 bis 3 geregelten Fällen, eine Ausreise dazu führt, dass der Aufenthalt unterbrochen ist. Die Fünf-Jahres-Frist beginnt mit der Wiedereinreise neu zu laufen, soweit ein rechtmäßiger Aufenthalt besteht.

(9) Sonderfall Blaue Karte EU

Mit § 9b Abs. 2 S. 1 AufenthG wird Art. 16 Abs. 2 iVm Art. 18 Abs. 1 der Blue-Card-RL umgesetzt. Mit dem Verweis auf § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG wird auf die erforderliche Aufenthaltszeit

275

⌈ BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 284.

276

⌈ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 163.

von fünf Jahren Bezug genommen. Anders als bei Art. 16 Abs. 2 a der RL ist es für die **Anrechnung von Zeiten in einem anderen Mitgliedstaat** aber nicht erforderlich, dass der Ausländer diese fünf Jahre Inhaber der Blauen Karte EU gewesen ist. Vielmehr muss er bei Beantragung der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU im Besitz einer im Bundesgebiet erteilten Blauen Karte EU sein und diese seit mindestens zwei Jahren besessen haben. Die davor liegenden Aufenthaltszeiten in anderen Mitgliedstaaten mit einer Blauen Karte EU werden dann angerechnet, wenn der Aufenthalt mit der Blauen Karte EU dort mindestens achtzehn Monate andauert hat. Allerdings ist S. 1 missverständlich. Er stellt nach dem Wortlaut allein auf den Aufenthalt in dem Mitgliedstaat ab, der die Blue card ausgestellt hat, nur diese Zeiten sollen angerechnet werden können. Dies steht nicht im Einklang mit Art. 16 Abs. 2 der Blue-card-RL: demnach können Zeiten in mehreren Mitgliedstaaten kumuliert werden unabhängig vom Ausstellungsort der Blue card. Zieht also der Inhaber einer Blue card nach 18 Monaten in einen anderen Mitgliedstaat und dann erst in das Bundesgebiet, sind nach Art. 16 Abs. 2 der Blue-card-RL sämtliche Zeiten innerhalb der EU anrechenbar.

§ 9b Abs. 2 S. 2 und 3 AufenthG setzen Art. 16 Abs. 3 der Blue-Card-RL um. Inhaber der Blauen Karte EU können sich danach in einem zusammenhängenden Zeitraum von bis zu zwölf Monaten **außerhalb der EU** aufhalten, ohne dass dies zur Unterbrechung der erforderlichen Aufenthaltszeit nach § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 führt. Bei mehreren Aufenthalten außerhalb der EU darf die Gesamtzeit einen Zeitraum von 18 Monaten innerhalb des erforderlichen Fünfjahreszeitraums nicht überschreiten. Die Überschreitung der genannten Zeiträume des Aufenthalts außerhalb der EU hat zur Folge, dass der Fristlauf für den Fünfjahreszeitraum neu beginnt. Die Zeiten des Aufenthalts außerhalb der EU, die nicht zur Unterbrechung des Anrechnungszeitraums führen, werden auf den erforderlichen Zeitraum nach § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG nicht angerechnet.

Durch § 9b Abs. 2 S. 4 AufenthG sollen die für den Inhaber einer Blauen Karte EU geltenden Anrechnungsregelungen der Sätze 1 und 2 in Umsetzung von Art. 15 Abs. 7 und 8 der Blue-Card-RL auf die **Familienangehörigen** übertragen werden. Voraussetzung ist, dass diese einen AT zum Familiennachzug zu dem Inhaber der Blauen Karte EU besitzen.²⁷⁷ Die Regelung ist missverständlich. Nach der Blue-Card-RL gilt die Anrechnung dem Erwerb des eigenständigen Aufenthaltsrechts nach Art. 15 Abs. 1 der FZF-RL, so dass eigentlich § 31 AufenthG der sachnähere Anknüpfungspunkt gewesen wäre. Die jetzige Regelung bezieht sich aber offenbar auf ein Daueraufenthaltsrecht gem. § 9 a AufenthG.

b. Sicherung des Lebensunterhaltes

277

¹ Ges.begr. BT-Drucks. 17/8682 v. 15.2.2012, 18; vgl auch Dienelt in Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9b AufenthG Rn 32.

Die Sicherung des Lebensunterhaltes im Rahmen der Daueraufenthaltserlaubnis-EU wird durch §§ 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 2, 9 c AufenthG abweichend von §§ 2 Abs. 3, 5 Abs. 1 AufenthG definiert.²⁷⁸ Dabei ist insbesondere zu beachten, dass auch der **Lebensunterhalt der unterhaltsberechtigten Angehörigen** gesichert sein muss. Dies entspricht Art. 5 Abs. 1 a) der DA-RL. Der Begriff der **Familienangehörigen** wird in Art. 2 e) der RL definiert. Diese Definition ist auch im Rahmen des § 9 a AufenthG heranzuziehen, da Abs. 2 S. 1 Nr. 2 eine Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 a) der RL, der auf den Familienangehörigen im Sinne des Art. 2 e) zurückgreift, darstellt. Demnach ist ein Familienangehöriger der Drittstaatsangehörige, der sich in dem betreffenden Mitgliedstaat gemäß der FZF-RL aufhält. Dies bedeutet, dass eine Sicherung des Lebensunterhaltes der Angehörigen nicht vorliegen muss, wenn es sich bei diesen um deutsche oder freizügigkeitsberechtigte Personen handelt oder sie ein Aufenthaltsrecht aus Gründen besitzen, die nicht auf der FZF-RL basieren.

Unerheblich ist, ob eine **gesetzliche oder vertragliche Unterhaltsverpflichtung** besteht.

§ 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG verwendet in Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 a) der deutschen Version der DA-RL den Begriff des **Einkommens**. Die englische und die französische Fassung benutzen den Begriff „resources/ressources“ (Mittel), bei dem die Quelle der zur Verfügung stehenden Finanzmittel unerheblich ist. Insofern muss auch bei Abs. 2 S. 1 Nr. 2 der Begriff des Einkommens dahin gehend ausgelegt werden, dass Vermögen ebenfalls erfasst wird. Dies muss allerdings **fest (stabil) und regelmäßig** sein. Die Behörde kann hier eine **Prognoseentscheidung** treffen, bei der die bisherige und voraussichtliche Einkommensentwicklung in den Blick genommen werden muss. Unregelmäßige kurze Aushilfstätigkeiten oder einmalige finanzielle Zuwendungen stellen in der Regel kein Einkommen im Sinne des Abs. 2 S. 1 Nr. 2 dar. Bei **befristeten Arbeitsverträgen** ist der Einzelfall maßgeblich.²⁷⁹ Wurde das Arbeitsverhältnis über einen längeren Zeitraum immer wieder befristet oder kann aufgrund der konkreten Umstände davon ausgegangen werden, dass der Ausl. erneut eine Beschäftigung finden wird, ist Abs. 2 S. 1 Nr. 1 erfüllt.

§ 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG ist in Verbindung mit § 9 c AufenthG zu lesen. Da letztere Norm einen Regeltatbestand konstituiert, ist es auch denkbar, das Einkommen in atypischen Fällen durch den Nachweis anderer regelmäßig vorhandener Mittel zu belegen. Die Kommission hat allerdings – gerade auch hinsichtlich der Bundesrepublik – darauf hingewiesen, dass das Fehlen genauer Informationen darüber, welche Unterlagen im Hinblick auf Art. 7 Abs. 1 der DA-RL vorzulegen sind, nur schwer mit dem allgemeinen Grundsatz zu vereinbaren sei, dass Drittstaatsangehörige erfahren können müssen, welche Rechte und Pflichten sie haben.²⁸⁰ Art. 7

278

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 133.

279

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9a AufenthG Rn 38.

280

Abs. 1 der RL verlangt ausdrücklich, dass die vorzulegenden Unterlagen durch das nationale Recht bestimmt werden. Die Umsetzung einer RL in die innerstaatliche Rechtsordnung hat grds. durch Regelungen zu erfolgen, die bestimmt, klar und transparent sind. Ein Verweis auf Verwaltungsvorschriften, die nicht allgemein rechtsverbindlich sind, ist insoweit nicht ausreichend. Es ist daher davon auszugehen, dass die Bundesrepublik im Hinblick auf die vorzulegenden Unterlagen für eine Daueraufenthaltserlaubnis-EU seinen europarechtlichen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, da für den Antragsteller nicht ohne Weiteres klar und transparent ist, welche Unterlagen er vorlegen muss. Insbesondere stellt § 9 c keine hinreichend bestimmte Grundlage iSd RL dar.²⁸¹

Gemäß § 9c S. 1 Nr. 1 AufenthG muss der Antragsteller seine steuerlichen Verpflichtungen erfüllt haben. Nach Auffassung des Gesetzgebers stellen steuerliche Unregelmäßigkeiten ein frühes Indiz für eine mangelnde finanzielle Leistungsfähigkeit dar.²⁸² Nachweise sind zB die Vorlage einer sog. **Bescheinigung in Steuersachen** des Finanzamtes an seinem Wohnsitz. Das Finanzamt erteilt darin Auskunft über die Art der Steuer (Lohn-, Einkommens-, Gewerbe-, Umsatz-, Vermögens- und Körperschaftssteuer), bei der ein möglicher Rückstand besteht.

Der **Begriff der steuerlichen Verpflichtung** ist sehr weit. Angesichts des Zusammenhangs mit dem Nachweis eines stabilen und regelmäßigen Einkommens ist aber davon auszugehen, dass er sich nur auf Steuern iSd bezieht, nicht aber auf sämtliche öffentlich-rechtliche Abgaben.²⁸³

Erwägungsgrund Nr. 7 der DA-RL ermöglicht es den Mitgliedstaaten, bei der Beurteilung der Regelmäßigkeit und Stabilität der Einkünfte Faktoren wie die Erfüllung der steuerlichen Verpflichtungen zu berücksichtigen. Erwägungsgründe haben eine über die amtliche Begründung deutscher Gesetze hinausgehende Bedeutung; sie sind, auch wenn sie im Text der RL nicht wiederholt werden, deren wesentlicher Bestandteil und mitentscheidend für ihre Auslegung.²⁸⁴ Sie können aber nicht neben den im Text genannten neue Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Rechts begründen. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass

¹ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2003/109/betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen v. 28.9.2011, KOM (2011) 585 endgültig, 5, unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 30.5.1991, C-361/88.

281

¹ aA wohl Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9c AufenthG Rn 3 mit Verweis auf § 2 AufenthG.

282

⌋ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 285.

283

¹ So aber GK-AufenthG/Marx, § 9c Rn 8.

284

⌋ EuGH, Urt. v. 23.2.1988, Rs. [131/86](#), Slg 1988, I-905 Rn 37; BVerwG, Urt. v. 26.1.2006, 2 C 43.04, NJW 2006, 1828.

Erwägungsgrund 9 der RL vorsieht, dass wirtschaftliche Gründe nicht als Ablehnungsgrund herangezogen werden sollten. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Nichterfüllung steuerlicher Verpflichtungen nicht das alleinige Kriterium für die Versagung der Daueraufenthaltserlaubnis-EU sein darf. Vielmehr kann sie nur im Rahmen der Auslegung, ob feste und regelmäßige Einkünfte vorliegen, als ein Negativkriterium herangezogen werden. § 9 c S. 1 Nr. 1 AufenthG ist entsprechend richtlinienkonform auszulegen.

Gemäß Erwägungsgrund 7 der DA-RL kann bei der Beurteilung der Frage, ob feste und regelmäßige Einkünfte vorliegen, auch die Entrichtung von Beiträgen in ein Alterssicherungssystem berücksichtigt werden. Den Staaten sollte hierdurch eine Prognose ermöglicht werden, ob der Betreffende nach seinem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben voraussichtlich nicht von öffentlichen Unterstützungsleistungen abhängig sein wird.²⁸⁵

Insofern ist § 9 c S. 1 Nr. 2 AufenthG als **Auslegungshilfe** für den Begriff des regelmäßigen und festen Einkommens zulässig.²⁸⁶ Die Vorschrift kann aber nicht als zwingende Voraussetzung interpretiert werden. Die Erwägungsgründe stellen insoweit keine eigene Rechtsgrundlage dar.²⁸⁷

Zu beachten ist, dass mangels konkreter Vorgaben hinsichtlich der **Höhe der Beiträge** nicht auf § 9 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG zurückgegriffen werden darf. Die Angemessenheit ist vielmehr unter Berücksichtigung des Lebensalters, der bisherigen Aufenthaltszeit im Bundesgebiet und des bisherigen Versicherungsverlaufs zu beurteilen. § 9 c S. 3 AufenthG stellt insoweit klar, dass die in § 9 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG genannten Beitragsleistungen dabei als **absolute Obergrenze** zu betrachten sind. Eine pauschale Forderung, die in § 9 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG verlangten Pflichtbeiträge von 60 Monaten zu erfüllen, ist daher nicht zulässig.²⁸⁸

285

¹ Bericht des EP über den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates betreffend den Status der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (KOM[2001] 127 – C5-0250/2001 – 2001/0074) v. 30.11.2001, A5-0436/2001 endgültig, S. 8.

286

¹ VGH Ba-Wü, Urt. v. 2.2.2011, 11 S 1198/10, InfAuslR 2011, 190 = AuAS 2001, 98; dies missverstehend GK-AufenthG/Marx, § 9c Rn 152 ff.

287

¹ EuGH, Urt. v. 13.7.1989, Rs. C-215/88 (Casa Fleischhandel); GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 156; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9c AufenthG Rn 7.

288

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9c AufenthG Rn 7; auch Nr. 9c.1.2 AVwV-AufenthG geht nicht davon aus, dass es sich um eine Regelvoraussetzung handelt; aA ohne Begründung VG Bayreuth, Urt. v. 28.1.2015, B 4 K 14.794.

Die Beitragsleistungen können sowohl im In- als auch im Ausland erfolgt sein²⁸⁹; unerheblich ist auch, ob der Antragsteller oder der Ehegatte sie geleistet hat.

Eine Altersvorsorge ist nicht nachzuweisen, wenn diese wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung oder Krankheit unmöglich ist.

Art. 5 Abs. 1 b) DA-RL verlangt den Nachweis einer Krankenversicherung für den Antragsteller und die unterhaltsberechtigten Familienangehörigen, die sämtliche Risiken abdeckt, die in der Regel auch für die eigenen Staatsangehörigen abgedeckt sind. Während die RL somit auf die unterhaltsberechtigten Angehörigen abstellt, bezieht § 9 c S. 1 Nr. 3 AufenthG die in familiärer Gemeinschaft lebenden Angehörigen unabhängig von der Unterhaltsberechtigung mit ein. Die Vorschrift ist daher gemeinschaftsrechtskonform dahin gehend zu interpretieren, dass eine Krankenversicherung nur für unterhaltsberechtigte, in familiärer Gemeinschaft lebende Angehörige gegeben sein muss. Irrelevant ist, welche Staatsangehörigkeit der Familienangehörige hat.

Soweit nicht die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung nachgewiesen wird, muss der Krankenversicherungsschutz dieser im Wesentlichen entsprechen, wobei Abweichungen hinsichtlich einzelner Leistungsdetails unschädlich sind.²⁹⁰ Vor dem Hintergrund, dass Erwägung 7 der DA-RL die Möglichkeit einer Prognose zulässt, ob der Antragsteller dem Mitgliedstaat zur Last fallen wird, ist die Anforderung, dass der Versicherungsschutz unbefristet sein oder sich automatisch verlängern muss, zulässig. Der Gesetzgeber will damit die missbräuchliche Nutzung neuerer Versicherungsprodukte unterbinden, die gezielt an jüngere Zuwanderer mit der Erwartung eines Daueraufenthaltsrechts zu niedrigen Preisen veräußert werden und eine Krankenversicherung vorsehen, deren Schutz nach zehn oder fünfzehn Jahren automatisch endet, so dass die Versicherten zu einer Zeit, in der das Risiko ihrer Krankheit und Pflegebedürftigkeit größer wird, nicht mehr einen Versicherungsschutz genießen.²⁹¹

Problematisch ist allerdings, ob – wie in § 9 c S.1 Nr. 3 – auch der **Nachweis einer Pflegeversicherung** gefordert werden kann. Der Wortlaut der RL stellt allein auf eine Krankenversicherung ab. Allerdings ist der Begriff der Krankenversicherung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 b) gemeinschaftskonform zu interpretieren. Der EuGH hatte zu Art. 4 Abs. 1 a) der VO 1408/71 die Pflegeversicherung als Leistung bei Krankheit definiert, da sie im Wesentlichen eine Ergänzung der Leistungen der Krankenversicherung bezweckten, mit der sie auch organisatorisch verknüpft seien, um den Gesundheitszustand und die Lebensbedingungen der

289

¹ Nr. 9c.1.2 AVwV-AufenthG.

290

⌋ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 285.

291

⌋ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 16/5065 v. 23.4.2007, 285 f.

Pflegebedürftigen zu verbessern (vgl auch Art. 34 Abs. 1 der VO 883/2004).²⁹² Insofern wird man zu dem Schluss kommen müssen, dass die Aufnahme der Pflegeversicherung in Nr. 3 richtlinienkonform ist.²⁹³

Die Vorschrift des § 9 c S. 1 Nr. 4 AufenthG entspricht § 9 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG. Zwar ist diese Voraussetzung nicht ausdrücklich in der DA-RL genannt. Sie dürfte aber der Forderung nach festen und regelmäßigen Einkünften immanent sein.

§ 9 c S. 2 AufenthG entspricht dem Inhalt des § 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG. Bei Ehegatten und Lebenspartnern (s. § 27 Abs. 2 AufenthG) muss daher nur einer zur Erwerbstätigkeit berechtigt sein.²⁹⁴

Das Einkommen muss ausreichen, um den Lebensunterhalt zu sichern. Diese Regelung verweist auf § 2 Abs. 3 AufenthG. Dies hätte zur Folge, dass alle **beitragsunabhängigen Sozialleistungen** zulasten des Ausländers herangezogen werden könnten. Art. 5 Abs. 1 a) DA-RL verwendet den Begriff der Sozialhilfe (ebenso die englische Version: „social assistance“ und die französische Version: „aide sociale“), ohne deren Inanspruchnahme der Antragsteller auskommen muss. Nach Auffassung des EuGH ist dabei der **Begriff der Sozialhilfe ein autonomer Begriff des Unionsrechts**, der nicht anhand von Begriffen des nationalen Rechts ausgelegt werden kann. Demnach ist damit eine Sozialhilfe gemeint, die von öffentlichen Behörden auf nationaler, regionaler oder örtlicher Ebene gewährt wird und die ein Einzelner in Anspruch nimmt, wenn er nicht über feste und regelmäßige Einkünfte zur Bestreitung seines Lebensunterhalts und desjenigen seiner Familie verfügt und deshalb Gefahr läuft, während seines Aufenthalts die Sozialhilfe des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen zu müssen.²⁹⁵ Sie dient nicht der Befriedigung außergewöhnlicher oder unvorhergesehener Bedürfnisse.²⁹⁶ Benötigt daher der Ausl. wegen der Höhe seiner Einkünfte die besondere Sozialhilfe zur Bestreitung besonderer, individuell bestimmter notwendiger Kosten des Lebensunterhalts, einkommensabhängige Befreiungen von Abgaben nachgeordneter Gebietskörperschaften oder einkommensunterstützende Maßnahmen, kann aber die allgemeinen Kosten des Lebensunterhaltes bestreiten, ist von einem festen und regelmäßigen Einkommen

292

¹ EuGH, Urt. v. 5.3.1998, Rs. C-160/96 (Molenaar).

293

¹ So wohl auch GK-AufenthG/Marx, § 9c Rn 21; aA Huber, AufenthG, § 9 c Rn 6.

294

¹ Kritisch hierzu Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 9c AufenthG Rn 13.

295

¹ EuGH, Urt. v. 4.3.2010, Rs C-578/08 (Chakroun), InfAuslR 2010, 221 zum insoweit gleichlautenden Art. 7 der FZF-RL.

296

¹ EuGH, Urt. v. 4.3.2010, Rs C-578/08 (Chakroun), InfAuslR 2010, 221.

auszugehen.²⁹⁷ Diese Definition muss auch auf die DA-RL übertragen werden. Sie sieht nur in Art. 11 Abs. 1 d) ausdrücklich vor, dass der Begriff der sozialen Sicherheit und Sozialhilfe im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung national interpretiert werden kann und daher einer einheitlichen unionsrechtlichen Definition nicht zugänglich ist.²⁹⁸ Da aber Art. 5 DA-RL diesen Verweis nicht enthält, ist im Sinne des Erfordernisses einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts²⁹⁹ von einer autonomen unionsrechtlichen Definition auszugehen.³⁰⁰

Unter Beachtung der Auffassung des EuGH und Erwägung 9 der RL, wonach wirtschaftliche Erwägungen nicht als Ablehnungsgrund herangezogen werden sollten, ist somit davon auszugehen, dass besondere soziale Leistungen wie das **Wohngeld**³⁰¹ oder Kindergeld bzw Kinderzuschlag nicht als Sozialhilfeleistungen anzusehen sind.³⁰² Auch das Pflegegeld als Sicherstellung der eigenständigen häuslichen Grundpflege und hauswirtschaftlichen Versorgung dürfte demnach als Einkommen iSd DA-RL anzusehen sein. Dafür spricht zudem, dass nach der Rspr des EGMR Sozialleistungen, selbst wenn sie nicht auf Beitragsleistung beruhen, als Eigentum im Sinne der EMRK anzusehen sind.³⁰³

Nach Auffassung des BVerwG sollen für die Berechnung des Einkommens von dem nach § 11 Abs. 1 SGB II zu ermittelnden Bruttoeinkommen die in § 11 b SGB II genannten Beträge abzuziehen sein.³⁰⁴ Dies betrifft u.a. die freiwillig geleisteten Altersvorsorgebeiträge, der Freibetrag für Erwerbstätige sowie die Werbungspauschale des § 11 b Abs. 2 S. 1 SGB II.³⁰⁵ Im Anwendungsbereich der FZF-RL hat das BVerwG entschieden, dass der Freibetrag für

297

¹ EuGH, Urt. v. 4.3.2010, Rs C-578/08 (Chakroun), InfAuslR 2010, 221.

298

¹ Vgl hierzu auch EuGH, Urt. v. 24.4.2012, C-571/10 (Kamberaj).

299

¹ Vgl hierzu EuGH, Urt. v. 18.10.2011, C-34/10 (Brüstle).

300

¹ Vgl auch Schlussantrag des Generalanwalts in der Rs C-571/10 v. 13.12.2010 (Kamberaj).

301

¹ Vgl hierzu BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4/12.

302

¹ Ebenso wohl GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 149; Reinhard, Euro-Mittelmeerabkommen und Diskriminierungsverbot tunesischer Arbeitnehmer, InfAuslR 2014, 393, 397.

303

¹ EGMR, Urt. v. 8.4.2014, Nr. 17120/09 (Dhahbi); EGMR, Urt. v. 16.9.1996 (Gaygusuz), InfAuslR 1997, 1 ff; EGMR, Urt. v. 30.9.2003 (Koua Poirrez), Nr. 40892/98, ANA-ZAR 2004, 6; EGMR, Urt. v. 25.10.2005 (Okpiz) Nr. 59140/00, ANA-ZAR 2006, 12.

304

¹ BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4/12; BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 20/09 und 1 C 21/09.

305

¹ BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4/12.

Erwerbstätigkeit bei der Einkommensberechnung nicht zulasten des Ausländers abzusetzen und beim Werbungskostenabzug eine individualisierte Prüfung vorzunehmen sei.³⁰⁶ Ob dies auf die DA-RL zu übertragen ist, ist offen.

Angesichts der dargelegten Erwägungen des EuGH kann diese unübersichtliche Rspr keinen Bestand haben. Die Berücksichtigung fiktiver steuerlicher Vergünstigungen wollte der EuGH gerade ausgeschlossen wissen.³⁰⁷ Sie dienen allein dem Anreiz der Aufnahme einer Arbeitstätigkeit und nicht dem Ausgleich eines Mangels an festen und regelmäßigen Einkünften. Ebenso ist die Berücksichtigung von **Mehrbedarfen** gemäß § 21 SGB II entgegen der Auffassung des BVerwG³⁰⁸ nicht zulässig. Es handelt sich dabei nicht um allgemein notwendige, sondern um besondere, individuell bestimmte notwendige Kosten des Lebensunterhalts iSd EuGH-Rspr. Dies gilt auch für Bedarfe **für Bildung und Teilhabe** am sozialen und kulturellen Leben gemäß § 28 SGB II.³⁰⁹

Unbefriedigend ist, dass nicht auf § 9 Abs. 2 S. 6 AufenthG verwiesen wird. Dies bedeutet, dass Personen, die aufgrund einer **körperlichen, seelischen oder geistigen Behinderung oder Krankheit** zur Erwerbstätigkeit nicht in der Lage sind, vom Erwerb der Daueraufenthaltserlaubnis-EU faktisch ausgeschlossen sind. Dies ist im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG bedenklich. Fehlen einer Person gerade aufgrund ihrer Behinderung bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung des Rechts zwar kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist jedoch nur zulässig, wenn zwingende Gründe dafür vorliegen. Die nachteiligen Auswirkungen müssen unerlässlich sein, um behinderungsbezogenen Besonderheiten Rechnung zu tragen.³¹⁰ Da § 9 a AufenthG vor allem den Integrationsgedanken der DA-RL aufgreift und diese in Erwägung 5 darauf hinweist, dass sie ohne Diskriminierung (u.a.) aufgrund einer Behinderung in den Mitgliedstaaten durchzuführen ist, ist ein faktischer Ausschluss von nicht erwerbsfähigen Behinderten vom Erwerb der Daueraufenthaltserlaubnis-EU grundrechtswidrig.

c. Ausreichende Sprachkenntnisse

306

¹ BVerwG, Urt. v. 16.11.2010, 1 C 20/09.

307

¹ So auch GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 160; VG Berlin, Urt. v. 12.5.2009, 15 K 239/09.

308

¹ BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4/12.

309

¹ So zu Recht BVerwG, Urt. v. 29.11.2012, 10 C 4/12.

310

¹ BVerfG (Kammer), Beschl. v. 10.3.2004, 2 BvR 577/01, NJW 2004, 2150.

§ 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AufenthG, der gem. Art. 5 Abs. 2 der DA-RL als Integrationsvoraussetzung zulässig ist,³¹¹ entspricht § 9 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG. § 9 Abs. 2 S. 2 bis 5 AufenthG ist entsprechend anwendbar, vgl. Abs. 2 S. 2. § 104 Abs. 2 S. 1 findet Anwendung, so dass Personen, die vor dem 1.1.2005 im Besitz einer AE oder -befugnis waren, nur **einfache Sprachkenntnisse** nachweisen müssen.

d. Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung

Die Regelung des § 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AufenthG, die als Integrationsanforderung gem. Art. 5 Abs. 2 der DA-RL zulässig ist, entspricht § 9 Abs. 2 Nr. 8 AufenthG. § 9 Abs. 2 S. 2 bis 5 ist entsprechend anwendbar, vgl. Abs. 2 S. 2. § 104 Abs. 2 S. 2 nimmt zwar keinen Bezug auf § 9 a, so dass fraglich ist, ob Personen, die schon **vor dem 1.1.2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis** waren, wie bei der NE von der Voraussetzung befreit sind. Dafür spricht der Ansatz des Gesetzgebers, dass der genannte Personenkreis an dem durch das ZuwG geschaffenen staatlichen Grundangebot zur Integration noch nicht partizipieren konnte und ihm daraus kein Rechtsnachteil erwachsen soll.³¹² Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb dies für Personen, die eine Daueraufenthaltserlaubnis-EU beantragen, nicht gelten sollte, so dass § 104 Abs. 2 S. 2 AufenthG entsprechend anzuwenden ist.³¹³ Dieser Gedanke lässt sich auch § 9 a Abs. 1 S. 2 AufenthG entnehmen, der eine weitgehende Gleichstellung der Aufenthaltstitel normiert.

e. Kein Verstoß gegen öffentliche Sicherheit und Ordnung

Die Regelung des § 9a Abs. 1 Nr. 5 AufenthG übernimmt Art. 6 Abs. 1 der DA-RL. Art. 6 Abs. 2, wonach die Versagungsentscheidung nach Abs. 1 nicht aus wirtschaftlichen Gründen getroffen werden darf, wird jedoch nicht erwähnt. Die Vorschrift ist *lex specialis* gegenüber § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG.³¹⁴

Der **Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung** wird in der DA-RL nicht definiert.³¹⁵ Im europäischen Aufenthaltsrecht hat er insbesondere bei Auslegung der RL 64/221/EWG eine

311

¹ EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-579/13 (P und S).

312

¹ Ges.-Begr. BT-Drucks. 15/420, 100.

313

¹ Vorl. NiedersVV-AufenthG, Nr. 9a.2.1.4.; Stand: 31.7.2008.

314

¹ Huber in: AufenthG, § 9 a Rn 10.

315

Rolle gespielt, die durch die Freizügigkeits-RL ersetzt wurde und Vorschriften für die Einreise, die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder die Entfernung aus dem Hoheitsgebiet, die die Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erlassen, betraf. Sowohl Art. 3 der RL 64/221/EWG als auch Art. 27 der Freizügigkeits-RL stellen zwei Grundsätze auf:

- bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darf ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein (Art. 3 Abs. 1 bzw. Art. 27 Abs. 2 S. 1),
- strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne Weiteres diese Maßnahmen nicht begründen (Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 27 Abs. 2 S. 2).

Auch der EuGH hat wiederholt entschieden, dass (zumindest bei EU-Bürgern) in diesem Rahmen ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommenden Einzelpersonen ausschlaggebend sein dürfe.³¹⁶ Insofern stellt sich die Frage, ob auch bei Anwendung der DA-RL allein spezialpräventive Erwägungen berücksichtigt werden können. Für die Übertragbarkeit der EuGH-Rspr auf Art. 6 Abs. 1 und 2 der RL spricht zunächst die Identität des Wortlautes der Eingriffsvoraussetzungen – öffentliche Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit. Die RL selbst konkretisiert den Eingriffsvorbehalt in Art. 6 Abs. 1, 2. Unterabs. wie folgt: „Trifft ein Mitgliedstaat eine entsprechende Entscheidung, so berücksichtigt er die Schwere und die Art des Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung oder die öffentliche Sicherheit oder die von dieser Person ausgehende Gefahr, wobei er auch die Dauer des Aufenthaltes und dem Bestehen von Bindungen im Aufenthaltsstaat angemessen Rechnung trägt.“

Diese Vorgabe deutet auf eine spezialpräventive Auslegung des ordre public-Vorbehaltes hin. Sie verweist auf die einzelfallbezogene Rspr des EGMR zu Art. 8 Abs. 1 EMRK. Die Entstehungsgeschichte des Art. 6 spricht allerdings gegen eine solche Auslegung. So hatte die Kommission in ihrem Entwurf noch in Art. 7 vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten den Status eines langfristig Aufenthaltsberechtigten versagen können, wenn das persönliche Verhalten der betreffenden Person eine gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit darstellt. Die Tatsache einer strafrechtlichen Verurteilung sollte für sich allein nicht genügen, um automatisch eine Versagungsentscheidung zu begründen.³¹⁷ In der Begründung nahm die Kommission ausdrücklich auf die Kriterien der RL 64/221/EWG Bezug.³¹⁸ Im weiteren Verfahren

316 ¹ Vgl dazu umfassend Dienelt, Daueraufenthaltsrichtlinie, 17 ff.

¹ EuGH, Urt. v. 18.5.1982, verb Rs. 115 und 116/81 (Adoui bzw Cornuaille), Slg 1982, 1665, S. 1707 ff; EuGH, Urt. v. 19.1.1999, Rs. 348/96 (Calfa), Slg 1999, 1-11, S. 32.

317 ¹ KOM (2001) 127 endgültig, 38.

318 ¹ KOM (2001) 127 endgültig, 19.

brachte das Europäische Parlament einen Änderungsvorschlag ein und führte aus, es sei unakzeptabel, bei der erstmaligen Erteilung des Rechtsstatus schon auf RL 64/221/EWG Bezug zu nehmen. Es könne nicht darauf verzichtet werden, aus generalpräventiven Gründen den Status dann zu versagen, wenn es zu Rechtsverstößen etwa im Bereich des Drogenhandels oder der organisierten Kriminalität gekommen sei.³¹⁹ Vor diesem Hintergrund stützt der fehlende Hinweis auf die RL 64/221/EWG die Annahme, dass auch generalpräventive Erwägungen die Versagung einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU stützen können.³²⁰ Allerdings wurde der Vorschlag des Europäischen Parlaments, eine Gefährdung bereits bei einem nicht nur vereinzelt und geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften anzunehmen,³²¹ nicht aufgegriffen.

Auch Art. 72 AEUV spricht gegen eine Übertragung der Maßstäbe der RL 64/221/EWG auf Art. 6 der Daueraufenthalts-RL. Aus dieser Vorschrift geht hervor, dass Maßnahmen nach Titel V des AEUV, also auch die Daueraufenthalts-RL, nicht die Wahrnehmung der Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit berühren. Allerdings hat der EuGH wiederholt festgestellt, dass der Vorläufer der AEUV, der EGV – wie zB in Art. 64 EGV (jetzt Art. 72 AEUV) – zwar Ausnahmen von der Geltung des Gemeinschaftsrechts aus Gründen der öffentlichen Sicherheit vorsehe. Diese betreffen jedoch ganz bestimmte außergewöhnliche Fälle, so dass sich aus ihnen kein allgemeiner, dem Vertrag immanenter Vorbehalt ableiten lasse, der jede Maßnahme, die im Interesse der öffentlichen Sicherheit getroffen werde, vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausnehme. Eine andere Auffassung könne die Verbindlichkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen.³²² Dass ein Mitgliedstaat sich auf eine vom AEUV vorgesehene Ausnahme berufen könne, hindere nicht an der gerichtlichen Nachprüfung der Maßnahmen durch den EuGH, mit denen diese Ausnahme angewandt werde.³²³ Allerdings könnten die konkreten Umstände, die möglicherweise die Berufung auf den Begriff der öffentlichen Ordnung rechtfertigen, von Land zu Land verschieden sein und einem Wandel unterliegen, so dass den zuständigen innerstaatlichen Behörden daher ein Beurteilungsspielraum innerhalb der durch den EGV gesetzten Grenzen zuzubilligen sei.³²⁴ Es ist

319

γ Bericht des EP v. 30.11.2001, A5-0436/2001, 17 (Änderungsantrag 23).

320

γ So auch Dienelt, Daueraufenthaltsrichtlinie, 18 ff.

321

γ Bericht des EP v. 30.11.2001, A5-0436/2001, 17 (Änderungsantrag 23).

322

γ EuGH, Urt. v. 11.3.2003, Rs. C 186/01.

323

γ EuGH, Urt. v. 14.3.2000, Rs. C 54/99 (Eglise de scientologie), Slg 2000, I-1335, Rn 17; EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, Rn 32.

324

somit davon auszugehen, dass der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit in Art. 6 der Daueraufenthalts-RL gemeinschaftsrechtlich zu interpretieren ist³²⁵ und generalpräventive Gründe berücksichtigt werden können.³²⁶

Der EuGH hat sich in mehreren Entscheidungen mit dem Begriff der öffentlichen Ordnung auseinandergesetzt. Dieser sei eng zu verstehen, so dass seine Tragweite nicht von jedem Mitgliedstaat einseitig ohne Nachprüfung durch die Organe der Gemeinschaft bestimmt werden dürfe;³²⁷ eine Berufung auf die öffentliche Ordnung sei daher nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliege, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berühre.³²⁸ Auch wenn das Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beurteilung von Verhaltensweisen, die als im Widerspruch zur öffentlichen Ordnung angesehen werden können, keine einheitliche Werteskala vorschreibe, so sei doch festzustellen, dass ein Verhalten nicht als hinreichend schwerwiegend betrachtet werden könne, um im Gebiet eines Mitgliedstaats Beschränkungen der Einreise oder des Aufenthalts zu rechtfertigen, wenn der erstgenannte Staat gegenüber dem gleichen Verhalten, das von eigenen Staatsangehörigen ausgeht, keine Zwangsmaßnahmen oder andere tatsächliche und effektive Maßnahmen zur Bekämpfung dieses Verhaltens ergreife.³²⁹ Innerhalb des den Mitgliedstaaten zustehenden Beurteilungsspielraums ist entsprechend den Vorgaben des EuGH auch zu berücksichtigen, dass nach Erwägung 8 der Daueraufenthalts-RL der Begriff der öffentlichen Ordnung die Verurteilung wegen der Begehung einer schwerwiegenden Tat umfassen kann. Im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1, 2 Unterabs. und den Ausführungen des Europäischen Parlaments im Rahmen des Rechtssetzungsverfahrens ist daher davon auszugehen, dass nur strafrechtliche Verstöße von erheblichem Gewicht die Versagung einer Daueraufenthalts-RL rechtfertigen können.³³⁰ Darüber hinaus ist bei der Entscheidung Art. 8 EMRK zu berücksichtigen.

γ EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. C 41/74 (Van Duyn), Slg 1974, 1337 Rn 7; EuGH, Urt. v. 27.10.1977, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg 1977, 1999 Rn 34; EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, 325

γ So auch Dienelt, Daueraufenthaltsrichtlinie, 22 f; GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 182. 326

γ Dienelt in: Renner, AusLR, 10. Aufl., § 9a Rn 43. 327

γ EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. C 41/74 (Van Duyn), Slg 1974, 1337 Rn 18; EuGH, Urt. v. 27.10.1977, Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg 1977, 1999 Rn 33; EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, Rn 32. 328

γ EuGH, Urt. v. 4.12.1974, Rs. C 41/74 (Van Duyn), Slg 1974, 1337 Rn 7; EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, Rn 32. 329

γ EuGH; Urt. v. 18.5.1982, verb. Rs. 115 und 116/81 (Adoui bzw Cornuaille), Slg 1982, 1665, S. 1707 ff. 330

γ GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 186.

f. **Ausreichender Wohnraum**

Der nationale Gesetzgeber geht davon aus, dass § 9 a Abs. 2 S. 1 Nr. 6 AufenthG von Art. 7 Abs. 1, 2. Unterabs. der DA-RL gedeckt sei.³³¹ So sieht Art. 7 Abs. 1 S. 2 der RL vor, dass dem Antrag auf Erteilung einer langfristigen Aufenthaltsberechtigung-EG vom nationalen Recht zu bestimmende Unterlagen beizufügen sind, aus denen hervorgeht, dass der Ausländer die Voraussetzungen der Art. 4 und 5 der RL erfüllt. Gem. Unterabs. 2 können die vom nationalen Gesetzgeber verlangten Nachweise auch Unterlagen in Bezug auf ausreichenden Wohnraum einschließen. Allerdings darf ein Fehlen des Nachweises nicht zu einer Versagung des Aufenthalts führen, da es sich – anders als bei den nach Art. 4 und 5 der RL vorzulegenden Unterlagen – nicht um eine Voraussetzung für die Einreise handelt. Wird daher der Antrag aufgrund des fehlenden Nachweises von ausreichendem Wohnraum begründet, stellt dies einen Verstoß gegen die Daueraufenthalts-RL dar.³³²

2. **Ausschlussgründe**

§ 9a Abs. 3 AufenthG regelt die Anwendbarkeit des Abs. 1 in personeller Hinsicht. So werden Personen in bestimmten Aufenthaltssituationen von dem Recht auf Erteilung einer Daueraufenthaltserteilung-EU ausgenommen. Entscheidend ist, zu welchem Aufenthaltswort sie sich zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag im Bundesgebiet aufhalten.

a. **Humanitärer Aufenthaltsstatus**

Gemäß Art. 3 Abs. 2 c) der DA-RL in der Fassung der Änderungsrichtlinie zur Erweiterung der Daueraufenthaltsrichtlinie auf anerkannte Flüchtlinge³³³ können Personen kein Daueraufenthaltsrecht/EU erwerben, „denen der Aufenthalt in einem Mitgliedstaat aufgrund einer anderen Form des Schutzes als jenem des internationalen Schutzes nach der QRL genehmigt wurde“.

331

↑ Ges. Begr., BT-Drucks. 16/5065, 279 f.

332

↑ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2003/109/betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen v. 28.9.2011, KOM (2011) 585 endgültig, 4 f.

333

↑ RL 2011/51/EU vom 11.5.2011.

Wurde ein entsprechender Status in einem anderen Mitgliedstaat erlangt, berechtigt dieser ebenfalls nicht zur Antragstellung. Durch die Änderung der Daueraufenthalts-RL – umgesetzt durch das 3. RiLiUmsG – wird aber nunmehr ein AT auf der Grundlage einer Zuerkennung internationalen Schutzes gemäß Art. 15 QRL nicht mehr vom Ausschluss erfasst. Bei diesem Personenkreis ist im AT ein Vermerk aufzunehmen, wonach ihm internationaler Schutz gewährt worden ist (Art. 8 Abs. 4 der RL, § 59 a Abs. 1). Damit fallen mit Ausnahme einer NE gemäß § 23 Abs. 2 (Anordnung durch oberste Landesbehörde) folgende humanitäre AT unter die Ausschlussregelung:

- AE nach Aufnahme aus dem Ausland, § 22 AufenthG
- AE wg. Bleiberechtsregelung, § 23 Abs. 1 AufenthG; bei Personen mit einer AE nach § 23 Abs. 2 AufenthG ist § 9a AufenthG gem. § 104 Abs. 5 AufenthG entsprechend anwendbar,
- AE wg. Härtefall, § 23 a AufenthG
- AE wg. vorübergehendem Schutz, § 24 AufenthG
- AE als Asylberechtigter, § 25 Abs. 1 AufenthG
- AE wg. Abschiebungsverbot gem. § 60 Abs. 5 oder 7 iVm § 25 Abs. 3 AufenthG
- AE zum Zweck des vorübergehenden Aufenthaltes, § 25 Abs. 4, 4 a, 4b AufenthG
- AE wg. Unmöglichkeit der Ausreise, § 25 Abs. 5 AufenthG
- AE als gut integrierter Jugendlicher oder Heranwachsender, § 25 a AufenthG
- AE aufgrund nachhaltiger Integration, § 25b AufenthG,
- AE aufgrund der Altfallregelung des § 104a, b AufenthG
- NE gem. § 26 Abs. 4 AufenthG, soweit ihr kein internationaler subsidiärer Schutz zugrunde liegt.

Die Aufnahme von Personen mit humanitären Aufenthaltsrechten wurde schon bei der Entstehungsgeschichte der RL kontrovers diskutiert. Einig war man sich, dass Personen, die unter die Massenzustrom-RL fallen, nicht erfasst werden sollen. Flüchtlinge waren zunächst im Vorschlag der Kommission mit aufgenommen.³³⁴ Subsidiär Schutzberechtigte wollte man hingegen nicht einbeziehen, da der Begriff auf Gemeinschaftsebene nicht harmonisiert sei.³³⁵ Schließlich einigte man sich darauf, auch Flüchtlinge von der Anwendung der RL auszuschließen, da die Kommission zusagte, einen Vorschlag mit besonderen Bestimmungen für die Erlangung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten durch diese Kategorie von Drittstaatsangehörigen zu unterbreiten.³³⁶

Zu beachten ist, dass die DA-RL keine Regelung zum **Übergang der Verantwortung** für die Person, die internationalen Schutz genießt, beinhaltet. Insbesondere die Verlängerung des

334

⌋ KOM (2001) 127 endgültig v. 13.3.2001, 14.

335

⌋ KOM (2001) 127 endgültig v. 13.3.2001, 14.

336

⌋ Europ. Rat, 2001/0074 (CNS) v. 6.3.2003, 4 Fn 3.

Reiseausweises für Flüchtlinge richtet sich somit weiterhin nach Art. 11 des Anhangs zur GFK bzw ggf nach dem im Rahmen des Europarats geschlossenen Europäischen Übereinkommen über den Übergang der Verantwortung für Flüchtlinge (vgl Erwägungsgrund 9 der RL 2011/51/EU).

b. Asylantrag, Antrag auf vorübergehende Aufnahme oder subsidiären Schutz

Die Regelung des § 9 a Abs. 3 Nr. 2 AufenthG entspricht Art. Abs. b) bis d) der DA-RL. Entscheidend ist – wie das Wort „abschließend“ verdeutlicht – die Bestandskraft der Entscheidung.³³⁷

c. Diplomatenstatus

Die Vorschrift des § 9 a Abs. 3 Nr. 3 AufenthG verweist über § 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auf §§ 18 bis 20 GVG. Keinen Anspruch auf eine Daueraufenthaltserlaubnis-EU haben daher

- Mitglieder der im Bundesgebiet errichteten diplomatischen Missionen, ihre Familienmitglieder und ihre privaten Hausangestellten nach Maßgabe des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen (§ 18 GVG)³³⁸
- Mitglieder der im Bundesgebiet errichteten konsularischen Vertretungen einschließlich der Wahlkonsularbeamten nach Maßgabe des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (§ 19 GVG)³³⁹
- Repräsentanten anderer Staaten und deren Begleitung, die sich auf amtliche Einladung der Bundesrepublik Deutschland im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten (§ 20 Abs. 1 GVG)
- andere als die in §§ 18, 19, 20 Abs. 1 genannten Personen, soweit sie nach den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, aufgrund völkerrechtlicher Vereinbarungen oder sonstiger Rechtsvorschriften von der deutschen Gerichtsbarkeit befreit sind (§ 20 Abs. 2 GVG).³⁴⁰

Diese Regelung entspricht Art. 3 f) der DA-RL.

337

¹ GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 215.

338

⌋ Gesetz v. 18.4.1961, BGBl. II 1964, 957 ff.

339

⌋ Gesetz v. 24.4.1963, BGBl. II 1969, 1585 ff.

340

⌋ ZB ein sog. Visa-Assistent, der in der Visa-Informationsabteilung telefonisch Anfragen beantwortet und anhand der Aktenlage Auskunft über den Sachstand laufender Visaverfahren erteilt, vgl BAG, Urt. v. 16.5.2002, 2 AZR 688/00.

d. Aufenthalt zu Ausbildungs- und Studienzwecken

Durch § 9 a Abs. 3 Nr. 4 AufenthG werden Personen ausgeschlossen, die sich **aktuell** zum Studium oder sonstigen Ausbildungszwecken im Bundesgebiet aufhalten (zur Anrechenbarkeit von Studienzeiten vgl § 9 b Rn 11f). Fraglich ist allerdings, ob die Aufnahme von **§ 16 Abs. 4 und § 16 Abs. 5 b AufenthG** in den Ausschlussbestand von der DA-RL gedeckt ist. Diese stellt in Art. 3 Abs. 2 a) ausdrücklich nur auf Studium und Berufsausbildung ab. Die Arbeitsplatzsuche wird nicht erfasst. Auch die Begründung spricht gegen eine Einbeziehung dieser Fälle in Art. 3 Abs. 2 a). So wurde der Ausschluss von Studenten und Auszubildenden damit begründet, dass sie nur für eine befristete Zeit zugelassen werden und im Prinzip nach Abschluss des Studiums oder der Ausbildung in ihr Land zurückkehren, sich also in der Regel nicht im Aufnahme-Mitgliedstaat niederlassen.³⁴¹ Dieses Kriterium ist aber bei Personen, die sich gerade um eine Arbeit im Aufnahmestaat bemühen, nicht (mehr) gegeben. Insofern spricht vieles dafür, dass die Einbeziehung von § 16 Abs. 4 und Abs. 5 a AufenthG in § 9 a Abs. 3 Nr. 4 AufenthG nicht richtlinienkonform ist.³⁴² Zeiten der Studienvorbereitung fallen hingegen nach dem Sinn und Zweck der RL unter den Ausschluss.³⁴³

e. Aufenthalt zu vorübergehenden Zwecken

§ 9 a Abs. 3 Nr. 5 AufenthG bezieht sich auf Art. 3 Abs. 2 e) der DA-RL und damit auf Personen, die sich **ausschließlich vorübergehend** aufhalten. Aus der Entstehungsgeschichte der RL wird deutlich, dass entscheidend für die Herausnahme dieser Personengruppe die Kürze des Aufenthaltes war; erfasst werden sollten Au-pair oder Saisonarbeitnehmer, als von einem Dienstleistungserbringer im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen entsandte Arbeitnehmer oder als Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen.³⁴⁴ Ein Promotionsstudium oder vergleichbare längerfristige Aufenthalte können daher schon begrifflich keinen ausschließlich vorübergehenden Aufenthalt darstellen.³⁴⁵ Das BVerwG betont allerdings, dass bei der Beurteilung, ob ein Aufenthalt vorübergehend ist, insoweit auf die (tatsächlichen) Aufenthaltszeiten selbst, die sich aus der Ausübung der

341

⌋ KOM (2001)127 endgültig v. 13.3.2001, 15.

342

⌋ Ebenso GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 224; aA Nr. 9 b 1.4.1 AVwV-AufenthG.

343

⌋ GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 223.

344

⌋ KOM (2001)127 endgültig v. 13.3.2001, 15.

345

⌋ So aber wohl HessVGH, Beschl. v. 31.5.2011, 6 A 404/11.Z.

jeweiligen Tätigkeit ergeben, und nicht auf die - hier selbständige - Tätigkeit selbst abzustellen sei.³⁴⁶

Art. 3 Abs. 2 e) der RL erlaubt allerdings auch einen Ausschluss vom Daueraufenthalt durch einen **förmlich begrenzten AT**. Die Wendung „deren Aufenthaltsgenehmigung förmlich begrenzt wurde“ ist insoweit ein autonomer Begriff des Unionsrechts.³⁴⁷ Ist ein AT allerdings zeitlich begrenzt, ergibt sich daraus nicht automatisch, dass eine Daueraufenthaltserlaubnis-EU nicht in Betracht kommt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Drittstaatsangehörige möglicherweise ungeachtet der Begrenzung in dem Mitgliedstaat langfristig ansässig werden kann.³⁴⁸ Unerheblich ist dabei, ob die Begrenzung nur eine spezielle Gruppe betrifft.³⁴⁹ AT, die zwar kein Anrecht auf einen (nat.) unbefristeten AT gewähren, aber deren Gültigkeit unbegrenzt verlängert werden kann, werden daher von Art. 3 Abs. 2 e) der RL nicht erfasst.

§ 9a Abs. 3 Nr. 5 geht demgegenüber offensichtlich davon aus, dass die förmliche Begrenzung ein Unterfall des vorübergehenden Aufenthaltes ist. Dieser Ansatz ist auf der Grundlage der Rspr des EuGH nicht haltbar; es handelt sich um zwei verschiedene Anwendungsfälle.³⁵⁰

(1) Höchstbeschäftigungsdauer bei Erwerbsaufenthalt

Fraglich ist unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der RL die Vorschrift des § 9 a Abs. 3 Nr. 5 a) AufenthG, die einen vorübergehenden Aufenthalt bei einem durch eine gesetzlich vorgesehene Höchstbeschäftigungsdauer zeitlich beschränkten Erwerbsaufenthalt bejaht.³⁵¹ Begründet wird diese Regelung damit, dass nicht jeder Aufenthalt, der unter § 9 a Abs. 3 Nr. 5 a) AufenthG fällt, mit einer Befristung nach § 8 Abs. 2 AufenthG einhergehe. So wird § 8 Abs. 2 AufenthG in der Praxis nur auf den jeweils letzten AT angewendet, der zur Ausübung einer von vornherein zeitlich beschränkten Beschäftigung ausgestellt wird. Die Regelung in Abs. 3 Nr. 5 a) würde zB zum Ausschluss folgender Personengruppen führen:

- Sprachlehrer, die bis zu fünf Jahren (!) im Bundesgebiet arbeiten dürfen (§ 11 Abs. 1 BeschV),

346

¹ BVerwG, Beschl. v. 25.3.2015, 1 B 4.15.

347

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-502/10 (Singh).

348

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-502/10 (Singh).

349

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-502/10 (Singh).

350

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-502/10 (Singh).

351

¹ Zweifelnd GK-AufenthG/Marx, § 9a Rn 232.

- Spezialitätenköche (Höchstdauer vier Jahre, § 11 Abs. 2 BeschV).

Die RL 2003/109/EG stellt in Erwägungsgrund 9 darauf ab, dass die Dauer des Aufenthaltes das Hauptkriterium für die Erlangung der Rechtsstellung sein solle. Der Aufenthalt solle rechtmäßig und ununterbrochen sein, um die Verwurzelung der betreffenden Person im Land zu belegen. Die von der RL gewählte Aufenthaltsdauer von fünf Jahren kann dabei als zeitliches Kriterium für eine Integration herangezogen werden. Wer sich somit fünf Jahre rechtmäßig und ununterbrochen iSd RL in einem Mitgliedstaat aufgehalten hat, ist langfristig ansässig.³⁵² Mit diesem RL-Ziel ist es nicht zu vereinbaren, dass Personen, die diese Aufenthaltsdauer erfüllen, allein wegen der gesetzlichen Höchstbeschäftigungsdauer von einem Daueraufenthalt ausgeschlossen sind.³⁵³ Art. 288 Abs. 3 AEUV belässt zwar den Mitgliedstaaten die Freiheit bei der Wahl der Mittel und Wege zur Durchführung einer RL; diese Freiheit lässt jedoch die Verpflichtung der Staaten unberührt, im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um die vollständige Wirksamkeit der RL entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten.³⁵⁴ Dafür spricht auch, dass der EuGH auf den Zweck der RL abstellt und nur Aufenthalte von der Anwendung der RL ausnehmen will, wenn diese **a priori** nicht den Willen des Ausländers widerspiegeln, im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten langfristig ansässig zu sein.³⁵⁵ Es wäre daher insbesondere bei Sprachlehrern nicht nachzuvollziehen, weshalb sie sich nicht auf ein langfristiges Aufenthaltsrecht berufen können, zumal sich die Beschränkung nicht unmittelbar aus dem AT, sondern aus der BeschV ergibt. Ist somit ein langfristiger Aufenthalt erreicht, kann ein Erwerb des Daueraufenthaltsrechts trotz Ausschöpfung der Vorgaben der BeschV erfolgen. § 9a Abs. 3 Nr. 5 a AufenthG ist insoweit richtlinienkonform auszulegen.

(2) Förmlicher Ausschluss der Verlängerung

Bei der Aufnahme von § 8 Abs. 2 AufenthG in § 9 a Abs. 3 Nr. 5 b) AufenthG handelt es sich um eine Begrenzung im Sinne des nationalen Rechts. Ob es sich dabei um eine förmliche Begrenzung im Sinne des Art. 3 Abs. 2 e) der DA-RL handelt, ist eine europarechtliche Frage. Sie

352

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, Rs C-502/10 (Singh).

353

¹ Vgl auch die Kritik im Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Richtlinie 2003/109/betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen v. 28.9.2011 – KOM (2011) 585 endgültig, 2.

354

¹ EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-508/10 (Kommission); EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Rs. 79/83 (Harz).

355

¹ EuGH, Urt. v. 18.10.2012, Rs C-502/10 (Singh).

ist demnach – wie bereits dargelegt – nur dann zulässig, soweit nicht schon von einem langfristigen Aufenthalt auszugehen ist.

(3) Stamberechtigte mit vorübergehendem Aufenthalt

Gemäß § 9 a Abs. 3 Nr. 5 c) AufenthG kommt für den nachgezogenen Familienangehörigen die Erteilung der Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten nicht in Betracht, wenn auch der Stamberechtigte wegen der vorübergehenden Natur des Aufenthaltsrechts hierzu nicht berechtigt wäre. Vor dem Hintergrund der Zielsetzung der DA-RL muss es aber ausreichend sein, dass während der bisherigen Aufenthaltsdauer auch ein anderer Aufenthaltzweck iSd AufenthG (oder ARB 1/80) erfüllt wurde, ohne dass ein entsprechender AT erteilt wurde. Im Hinblick auf den Begriff „vorübergehend“ wird auf Rn 27 verwiesen. Der Begriff ist – da § 9 a Abs. 3 Nr. 5 c) AufenthG eine Umsetzung der DA-RL darstellt – europarechtlich zu definieren. Es sind daher ausschließlich Fälle eines a priori vorübergehenden Aufenthalts, wie Art. 3 Abs. 2 e) 1. Alt. sie aufzählt, erfasst, nicht aber die in § 9 a Abs. 3 Nr. 5 a) und b) AufenthG genannten Fälle.

Würde im Falle einer Trennung ein eigenständiges Aufenthaltsrecht entstehen, kann Abs. 3 Nr. 5 der Erteilung einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU nicht entgegengehalten werden, da sonst das Zusammenleben des Familienangehörigen mit dem Stambberechtigten zu einem nicht hinnehmbaren Nachteil – Ausschluss der Erteilung nach § 9 a AufenthG – führen würde.³⁵⁶

3. Praxishinweise

Bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen besteht ein **Anspruch auf Erteilung der Daueraufenthaltserlaubnis-EU neben der Erteilung/Verlängerung eines anderen AT.**³⁵⁷ Da unterschiedliche Rechtsfolgen an den Besitz dieses Titels im Vergleich zu einem nationalen Titel (AE oder NE) geknüpft werden, besteht hierfür auch ein praktisches Bedürfnis. Dies ist weder durch das AufenthG noch die DA-RL ausgeschlossen.

Die Erteilung setzt einen entsprechenden **ausdrücklichen Antrag bei der zuständigen ABH** voraus.³⁵⁸ Ggf besteht auch ein Rechtsschutzbedürfnis für eine rückwirkende Erteilung,³⁵⁹ da zB

356

¹ Nr. 9a.3.4.2 AVwV-AufenthG.

357

¹ BVerwG, Urt. v. 19.3.2013, 1 C 12.12, ANA-ZAR 2013, 25.

358

durch die Daueraufenthaltserlaubnis-EU ein besonderer Ausweisungsschutz entsteht. Werden aufenthaltsbeendende Maßnahmen trotz eines anhängigen Antrages auf Erteilung einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU eingeleitet, ohne über diesen Antrag zu entscheiden, handelt die ABH dann rechtsmissbräuchlich, wenn durch eine rechtzeitige vorherige Bescheidung des Antrages eine Aufenthaltsbeendigung nicht hätte erfolgen dürfen (Bsp.: Besonderer Ausweisungsschutz nach § 53 Abs. 3 AufenthG). Dies würde dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen. Die ABH hätte ansonsten die Möglichkeit, dem Ausl. durch bloßes Zuwarten die Möglichkeit zu nehmen, sich auf für ihn günstige Umstände in Form der Daueraufenthaltserlaubnis-EU zu berufen.

Soweit Art. 7 Abs. 2 S. 1 der DA-RL eine Mitteilungsfrist für die Entscheidung der Behörde von sechs Monaten konstituiert, ist auf folgendes hinzuweisen: Es handelt sich dabei um eine Höchstfrist, die nicht die Möglichkeit einer **Untätigkeitsklage** gem. § 75 VwGO drei Monate nach Antragstellung beschneidet.³⁶⁰ Da Art. 7 Abs. 2 S. 1 der DA-RL im Vergleich zu § 75 VwGO für den Ausl. nachteilig ist, ist er somit bei der Rechtsanwendung auch nicht heranzuziehen. Wurde eine RL nicht oder unvollständig ins nationale Recht umgesetzt und enthält sie vom nationalen Recht abweichende Regelungen zulasten Einzelner, lehnt der EuGH in std. Rspr eine unmittelbare Wirkung aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen des klaren Wortlauts von Art. 288 Abs. 3 AEUV ab.³⁶¹

Gem. § 44 a AufenthV beträgt die Gebühr für die Erteilung der Daueraufenthaltserlaubnis-EU 135 EUR (für türk. Staatsangehörige³⁶² vgl § 52a Abs. 2 AufenthV). Dies dürfte angesichts der Rspr des EuGH³⁶³ unverhältnismäßig sein, da der Staat keine überhöhten und unverhältnismäßigen Gebühren erheben darf, die geeignet sind, ein Hindernis für die Ausübung der durch diese Richtlinie verliehenen Rechte zu schaffen.³⁶⁴ Zum Vergleich: die Gebühr für die Ausstellung eines inländischen Personalausweises beträgt 28,80 € (§ 1 PAuswGebV).

³⁵⁹ ¹ Vgl VGH Ba-Wü, Beschl. v. 30.5.2007, 13 S 1020/07; OVG Nds, Beschl. v. 18.1.2007, 10 ME 44/07, NVwZ-RR 2007, 348; HessVGH, Beschl. v. 13.3.2006, 24 ZB 05/3191, NVwZ-RR 2006, 147; GK-AufenthG/Marx, § 9 a Rn 39.

359

³⁶⁰ ¹ Offen lassend BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 7/08.

360

³⁶¹ ¹ Vgl VG Aachen, Beschl. v. 18.1.2008, 8 K 878/06, ANA-ZAR 2008, 11.

361

³⁶² ¹ EuGH, Rs. 152/84 (Marshall), Slg 1986, 732, Rn 48; zuletzt bestätigt in EuGH, Verb. Rs. C-387/02, C-391/02 und C-403/02 (Berlusconi u.a.), Slg 2005, I-03565, Rn 73 m. zahlr. wN.

362

³⁶³ ¹ Vgl dazu auch BVerwG, Urt. v. 19.3.2013, 1 C 12/12.

363

³⁶⁴ ¹ EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-508/10 (Kommission), ANA-ZAR 2012, 20.

364

B. Das eigenständige Aufenthaltsrecht³⁶⁵

I. Aufenthalt als Ehepartner, § 31 AufenthG

Wegen der StillhalteklauseIn im Assoziationsrecht EU-Türkei findet § 31 für die von Art. 41 ZusProt und den Art. 6, 7, 10 und 13 ARB 1/80 begünstigten **türkischen Staatsangehörigen** keine Anwendung (s. Abschn. 3.2 Art. 41 ZusProt Rn 3 und Abschn. 3.1 Art. 13 ARB 1/80 Rn 3), soweit sie gegenüber der Rechtslage nach dem AuslG 1965 eine Schlechterstellung mit sich bringen würde. Dies gilt auch für ehemalige Ehepartner eines türkischen Staatsangehörigen, die selbst nicht die türkische Staatsangehörigkeit besitzen, sich aber auf Art. 7 ARB 1/80 berufen können.³⁶⁶ Unter Geltung des AuslG 1965 wurde über die Verlängerung einer AE nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft (mit einem Deutschen oder Ausländer) nach Ermessen entschieden (§ 2 Abs. 2 S. 2 AuslG 1965). Nach Scheidung der Ehe konnten im Rahmen des Ermessens einwanderungspolitische Erwägungen herangezogen werden.³⁶⁷ Soweit daher die Verlängerung der AE wegen Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 31 zwingend zu versagen ist, widerspricht dies der Stand-Still-Klausel. Darüber hinaus verstößt die Verlängerung der Ehebestandszeit von zwei auf drei Jahre gegen die Stand-still-Klausel³⁶⁸, so dass in diesen Fällen § 2 Abs. 1 S. 2 AuslG 1965 heranzuziehen ist. Das vom EuGH postulierte absolute Verbot, durch eine Verschärfung der zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehenden Bedingungen neue Hindernisse für die Ausübung der Niederlassungsfreiheit einzuführen³⁶⁹, gilt insoweit auch für

¹ Vgl ANA-ZAR 2012, 20, Anm. zu EuFG Fn 114.

365

¹ Ich danke dem Nomos-Verlag für die freundliche Genehmigung des auszugsweisen Abdrucks des NK-AuslR.

366

¹ Zu dieser Problematik vgl EuGH, Urt. v. 19.7.2012, C-451/11 (Dülger).

367

¹ BVerwG, InfAuslR 1983, 107 = EZAR 105 Nr. 10.

368

¹ HessVGH, Beschl. v. 10.10.2013, 9 B 1648/13, InfAuslR 2014, 37 ff.; BayVGH, Beschl. v. 13.6.2013, 19 ZB 13.361; Schröder, Ausarbeitung des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages, Anwendungsbereiche und Auswirkungen der StillhalteklauseIn im Assoziationsrecht der EU mit der Türkei, WD 3 – 3000 – 188/11, 21.6.2011; Zeran, Gewitterwolken über dem deutschen Aufenthaltsgesetz – Teil 2, Asylmagazin 12/2011, 398; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 24; offen lassend VG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2014, 7 L 2087/14.

369

¹ EuGH, Urt. v. 20.9.2007, C-16/05 (Tum und Dari).

die Verschärfung von Regelungen, die sich nach Inkrafttreten der Stand Still-Klauseln positiv für türkische Staatsangehörige verändert hatten.³⁷⁰

Praxishinweis: Es ist immer zu prüfen, ob unabhängig von § 31 AufenthG während der Ehezeit ein Aufenthaltsrecht aus ARB 1/80 erworben wurde. Die ABH ist nach Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich ARB 1/80 daran gehindert, die AE eines türkischen Arbeitnehmers rückwirkend auf den Zeitpunkt zu widerrufen, von dem an der im nationalen Recht vorgesehene Erteilungsgrund für die AE nicht mehr besteht, wenn der Arbeitnehmer keine Täuschung begangen hat und der Widerruf nach Ablauf des in Art. 6 Abs. 1 erster Gedankenstrich genannten Zeitraums von einem Jahr ordnungsgemäßer Beschäftigung erfolgen würde (vgl § 7 Rn 3).³⁷¹ Lässt sich ein türkischer Staatsangehöriger nach dem ordnungsgemäßen Erwerb der **Rechte des Art. 7 Abs. 1 ARB 1/80** scheiden, ist dies für das Fortbestehen dieser Rechte zu seinen Gunsten auch dann unerheblich, wenn er sie ursprünglich nur von seinem früheren Ehegatten ableiten konnte.³⁷²

Durch die **Anhebung der Ehebestandszeit** durch das ZwHeiratBG stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die die alte oder nF heranzuziehen ist. Das Gesetz enthält insoweit **keine Übergangsregelung**.

Unstreitig ist zumindest in Fällen, in denen sowohl der Zeitpunkt der Beantragung des eheunabhängigen Aufenthaltsrechtes als auch der Zeitraum des Beginns der – gedachten – Verlängerung von einem Jahr vor Inkrafttreten der Rechtsänderung liegt, der maßgebliche Zeitpunkt für die Entscheidung nicht die letzte mündliche Verhandlung, sondern ausnahmsweise derjenige der Beantragung des AT ist, so dass § 31 aF AufenthG Anwendung findet.³⁷³ War demgegenüber die eheliche Lebensgemeinschaft zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG noch nicht aufgehoben, ist § 31 Abs. 1 nF AufenthG anzuwenden, da insoweit noch keine schutzwürdige Vertrauensposition entstanden ist.³⁷⁴

Problematisch sind allerdings Fälle, in denen die im Bundesgebiet rechtmäßig geführte eheliche Lebensgemeinschaft nach zweijähriger Dauer aufgehoben, der Antrag auf Verlängerung der AE als eigenständige AE des Ehegatten jedoch erst nach dem 1.7.2011 gestellt worden ist. Hier wird

370

¹ EuGH, Urt. v. 9.12.2010, C-300/09 und C-301/09 (Toprak und Oguz); aA OVG MVP, Beschl. v. 13.1.2012, 2 M 201/11, der allerdings die Reichweite der Stand-still-Klausel des Art. 13 ARB 1/80, der sich ausdrücklich auf Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen bezieht, sowie Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls für die Selbstständigen völlig verkennt.

371

¹ EuGH, Urt. v. 29.9.2011, C-187/10 (Baris Ünal).

372

¹ EuGH, Urt. v. 22.12.2010, C-303/08 (Bozkurt).

373

¹ HessVGH, Beschl. v. 12.9.2011, 3 B 1806/11 und 3 D 1807/11.

374

¹ BayVGH, Beschl. v. 6.2.2013, 10 CS 12.2723, 10 C 12.2725.

ua vom BVerwG die Auffassung vertreten, dass für einen Anspruch auf Erteilung der AE § 31 AufenthG nF maßgebend sei.³⁷⁵ Andere wiederum wollen das zweijährige Bestehen der Ehe vor dem 1.7.2011 ausreichen lassen.³⁷⁶

Maßgeblich ist, dass ohne gesetzliche Übergangsregelungen eingeführte Rechtsänderungen lediglich unechte Rückwirkung entfalten, da sie sich nur auf noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft beziehen.³⁷⁷ Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn besondere Gründe des anzuwendenden materiellen Rechts es gebieten, auf einen früheren Zeitpunkt abzustellen. Entscheidend ist daher, ob die rückwirkende Anwendung auf Antragsteller, die zum 30.6.2011 bereits grds. die Rechtsposition des § 31 Abs. 1 AufenthG durch Ablauf einer zweijährigen Ehebestandszeit erreicht hatten, da die eheliche Lebensgemeinschaft bereits aufgehoben worden war, dem Grundsatz des Vertrauensschutzes widersprechen würde. Ein solcher Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip ist anzunehmen, wenn der Gesetzgeber auf eine bei Inkrafttreten des Änderungsgesetzes bereits erlangte Rechtsposition in einer Weise einwirkt, dass diese nachträglich entfällt.³⁷⁸ Das BVerwG geht davon aus, dass der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz zwar nicht vor jeder Enttäuschung bewahre; verfassungsrechtlich schutzwürdig sei aber ein betätigtes Vertrauen, dh eine „Vertrauensinvestition“, die zur Erlangung einer Rechtsposition oder zu entsprechenden anderen Dispositionen geführt habe. Haben sich die Eheleute daher bereits – im Vertrauen auf die alte Zweijahresregelung – getrennt, liegt es zunächst nahe, eine solche Vertrauensinvestition anzunehmen. Allerdings hat das BVerwG festgestellt, dass im Rahmen des § 31 Abs. 1 AufenthG nicht auf die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auf die Verlängerung der AE abzustellen und die „Umwandlung“ bzw. Verselbstständigung einer AE vor Ablauf ihrer Geltungsdauer gerade nicht in § 31 geregelt sei.³⁷⁹ Ein eheunabhängiges Aufenthaltsrecht

375

¹ BVerwG, Urt. v. 10.12.2013, 1 C 1. 13; OVG NRW, Beschl. v. 20.6.2013, 18 B 1570/11; SaarIOVG, Beschl. v. 28.3.2013, 2 B 37/13; BayVGh, Beschl. v. 6.2.2013, 10 CS 12.2723, 10 C 12.2725; BayVGh, Beschl. v. 20.7.2012, 10 CS 12.917, juris; BayVGh, Beschl. v. 18.9.2012, 19 CS 12.1370, juris; VGh Ba-Wü, Beschl. v. 9.10.2012, 11 S 1843/12, juris; wohl auch Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 22 f..

376

¹ VG Düsseldorf, Urt. v. 13.7.2011, 22 K 3024/11; Erlass IM Bbg v. 14.12.2011, II/1-802-20; wohl auch OVG MVP, Beschl. v. 13.1.2012, 2 M 201/11.

377

¹ BVerwG, U. v. 30.3.2010, 1 C 8.09 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 12.9.2007, 1 BvR 58/06.

378

¹ Vgl grundlegend: BVerfG, Beschl. v. 7.7.2010, 2 BvL 14/02 u.a., NJW 2010, 3629; BVerwG, Urt. v. 30.3.2010, 1 C 8.09; ebenso zum Wegfall einer verfahrensrechtlichen Position durch Änderung des § 39 Nr. 3 AufenthV: OVG NRW, Beschl. v. 21.12.2007, 18 B 1535/07.

379

¹ BVerwG, Urt. v. 16.6.2004, 1 C 20.03.

entsteht demnach erst idR mit Ablauf der eheabhängigen AE nach § 28 AufenthG.³⁸⁰ Das BVerwG kommt daher zu dem Schluss, dass bei einer Antragstellung auf Erteilung einer eheunabhängigen AE nach § 31 AufenthG nach Inkrafttreten des § 31 AufenthG nF – also ab dem 01.07.2011 – von einer erforderlichen Ehebestandszeit von drei Jahren auszugehen sei; möglichen Härtefällen könne durch § 31 Abs. 2 AufenthG begegnet werden.³⁸¹ Offensichtlich sollen nur die Personen in den Genuss des § 31 AufenthG aF kommen, die nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vor Inkrafttreten des § 31 AufenthG nF unmittelbar zur ABH gegangen und eine AE nach § 31 AufenthG unter Befristung der ursprünglichen eheabhängigen AE beantragt haben.³⁸² Das BVerwG vertritt im Hinblick auf § 31 AufenthG in Fällen der nachträglichen Befristung jedoch die Ansicht, dass – soweit die Befristung angegriffen werde – zugleich (konkludent) von einem Antrag auf Verlängerung der vorherigen AE oder Neuerteilung einer AE aus anderen Gründen auszugehen sei, der hilfsweise für den Fall geltend gemacht werde, dass sich die Verkürzung der Geltungsdauer der bisherigen AE als rechtmäßig erweise.³⁸³ Dies führt unter Zugrundelegung dieser Rspr nun zu der absurden Situation, dass bei Ausländern, deren AE aufgrund der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft nachträglich auf eine Zeit vor Inkrafttreten des § 31 AufenthG nF befristet wird, (konkludent) von einer Antragstellung vor Inkrafttreten von § 31 AufenthG nF auszugehen und damit – unter Heranziehung der o.g. Rspr § 31 AufenthG aF anzuwenden ist, während bei Ausl., deren AE nicht nachträglich befristet wird und die vor Inkrafttreten keinen Antrag nach § 31 AufenthG gestellt haben, § 31 AufenthG nF heranzuziehen wäre, obwohl in beiden Fällen die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft zum gleichen Zeitpunkt erfolgt ist. Konsequenterweise ist dies nicht. Es spricht daher viel dafür, auch in Fällen, in denen die Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft vor, die Antragstellung nach Inkrafttreten des § 31 AufenthG nF erfolgte, § 31 AufenthG aF anzuwenden.

Auf **Lebensgemeinschaften nach dem PartnerschG** ist § 31 AufenthG entsprechend anwendbar (§ 27 Abs. 2 AufenthG), ebenso beim Familiennachzug volljähriger sonstiger Familienangehöriger (§ 36 Abs. 2 S. 2 AufenthG). § 31 AufenthG ist auch bei Familienangehörigen von dt. Staatsangehörigen heranzuziehen (§ 28 Abs. 3 AufenthG). Soweit die Auffassung vertreten wird, § 28 Abs. 3 AufenthG gelte nur für Ehegatten, nicht aber für § 28 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG unterfallende Personen,³⁸⁴ widerspricht dies der gesetzgeberischen

380

¹ BVerwG, Urt. v. 14.12.2013, 1 C 1.13, InfAuslR 2014, 180, 182.

381

¹ BVerwG, Urt. v. 14.12.2013, 1 C 1.13, InfAuslR 2014, 180 ff.

382

¹ BVerwG, Urt. v. 14.12.2013, 1 C 1.13, InfAuslR 2014, 180, 183 Rn 17.

383

¹ BVerwG, Urt. v. 10.12.2013, 1 C 1.13; BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 11.08, AuAS 2009, 230,

231.

384

Intention.³⁸⁵ Der Gesetzgeber wollte keine Änderung der Rechtslage unter dem AuslG, nach dem der erwachsene Familienangehörige eines Deutschen nach § 22 S. 2, 23 Abs. 3 AuslG 1990 ein eigenständiges Aufenthaltsrecht erwerben konnte. Eine andere Sichtweise würde auch zu einer willkürlichen Schlechterstellung von Familienangehörigen von Deutschen gegenüber Familienangehörigen von Ausl. führen: bei letzterer Gruppe ist gem. § 36 Abs. 2 S. 2 AufenthG eine entsprechende Anwendung von § 31 AufenthG möglich.³⁸⁶

Grundsätzlich ist die aufgrund einer Eheschließung erteilte AE **akzessorisch**. Eine Verlängerung ist daher an die Voraussetzungen gebunden, die auch für die Ersterteilung galten (§ 8 Abs. 1 AufenthG), so dass der Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft bis zum Erreichen eines eigenständigen Aufenthaltsrechtes nach § 31 AufenthG gesichert sein muss.

Abs. 1 S. 2 sieht vor, dass ein eigenständiges Aufenthaltsrecht dann nicht erworben werden kann, wenn der **Aufenthalt des Stambberechtigten nicht verlängerbar** ist bzw nicht in einen Daueraufenthalt in Form einer NE oder Daueraufenthaltserlaubnis-EG münden kann. Dies soll aber nur in den Fällen gelten, in denen per Gesetz aufgrund des Aufenthaltszweckes oder durch eine Nebenbestimmung iSd § 8 Abs. 2 AufenthG eine zeitliche Begrenzung des Aufenthaltes vorliegt.

Bereits vor Einführung des Abs. 2 S. 1 durch das 1. RiLiUmsG wurde die Auffassung vertreten, dass der Stamberechtigte bei Aufhebung der Ehe im Besitz eines AT gewesen sein muss, der grundsätzlich eine Verfestigung des Aufenthaltes ermöglicht, da § 31 nur Ehegatten privilegieren sollte, für die auch bei Fortbestand der Ehe eine **dauerhafte Aufenthaltsperspektive** bestanden hätte.³⁸⁷ Eine dauerhafte Perspektive ist inzwischen aber in den meisten Fällen – mit Ausnahme des § 8 Abs. 2 AufenthG – denkbar. So kann an eine AE gemäß § 16 AufenthG eine AE gemäß § 18 AufenthG anschließen; an eine AE gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG eine NE gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG. Mag im Moment der Trennung keine Aufenthaltsperspektive bestehen, so kann sie doch im zeitlichen Verlauf begründet werden.³⁸⁸ Hierfür spricht auch, dass eine andere Auffassung in den Fällen einer (bisher) fehlenden Perspektive des Daueraufenthaltes dem

385 ¹ Vgl Nr. 28.3.3 AVwV-AufenthG.

386 ¹ Vgl HessVGH, Beschl. v. 10.07.2014, 3 B 730/14; VG Darmstadt, Beschl. v. 4.4.2014, 5 L 1905/13.DA.

387 ¹ Vgl auch Philippsohn, Wer macht die Gesetze? Betrachtung anhand des eigenständigen Aufenthaltsrechts, ANA-ZAR 2007, 25.

388 ¹ Nr. 31.1.3 AVwV-AufenthG.

¹ Vgl hierzu BVerfG, Beschl. v. 6.7.2004, 1 BvL 4/97, 1 BvL 5/97 und 1 BvL 6/97 zum Kindergeld: Aufenthaltsbefugnis als Vorstufe zum Daueraufenthalt; BVerfG, Urt. v. 20.6.2012, 1 BvL 10/10 .

Schutzzweck des § 31 AufenthG zuwiderlaufen würde. Die Schaffung eines verselbstständigten Aufenthaltsrechts sollte der schwierigen Situation des ausländischen Ehepartners nach dem Tod seines Ehepartners oder der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft Rechnung tragen und ihn vor den wirtschaftlichen, sozialen, gesellschaftlichen und sonstigen Nachteilen bewahren, die für ihn mit der Rückkehr in die Heimat verbunden sind.³⁸⁹ Diesem Schutzgedanken widerspräche es, wollte man ehemalige Ehepartner von Personen ohne Aufenthaltsperspektive ausschließen, zumal sie sich in diesem Fall auch nicht auf die Härtefallklausel des Abs. 2 berufen können.³⁹⁰ Soweit die Gesetzesbegründung hierzu auf § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG verweisen will, dürfte § 25 Abs. 3 AufenthG nur in wenigen Fällen einschlägig sein und § 25 Abs. 5 AufenthG, der zudem eine Ermessensnorm ist, zu einer deutlichen Schlechterstellung führen, die nicht gerechtfertigt ist. Denkbar ist eine Anwendung allenfalls bei Au-pairs oder Saisonarbeitnehmern, bei als von einem Dienstleistungserbringer im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung von Dienstleistungen entsendeten Arbeitnehmern oder bei Erbringern grenzüberschreitender Dienstleistungen (vgl Art. 3 Abs. 2 e) Daueraufenthalts-RL). Auch die FZF-RL sieht nicht vor, dass die Entstehung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts bei einem zeitlich beschränkten AT des Stammberechtigten nicht möglich ist. Sie knüpft vielmehr an einen ehebedingten Aufenthalt von maximal fünf Jahren an.

Umstritten war, ob eine AE im Sinne des Abs. 1 S. 1 nur **dann vorliegt, wenn sie nach den Vorschriften des 6. Abschnitts des AufenthG (Familienzusammenführung) erteilt** worden ist.³⁹¹ Das BVerwG³⁹² verweist zu Recht darauf, dass die Formulierung des § 31 Abs. 1 den Bezug des AT zur Familienzusammenführung verdeutliche. Dies setzt auch Art. 15 FZF-RL ausdrücklich voraus. Ist dem Ausl. der Aufenthalt aus anderen Gründen gestattet worden und scheitert seine Ehe, sind gerade nicht die spezifischen – und schützenswerten – Erwartungen enttäuscht, die mit dem ehebezogenen Aufenthaltstitel verbunden waren. Dies soll selbst dann gelten, wenn dem Ehegatten eine AE gem. § 25 Abs. 5 gerade wegen der aus Art. 6 GG, Art. 8 EMRK resultierenden Unmöglichkeit der Ausreise erteilt worden war.³⁹³

Praxishinweis: Erfolgte die Erteilung der AE nach § 25 Abs. 5 AufenthG, weil die Erteilung einer AE gemäß § 27 ff AufenthG aufgrund der Sperrwirkung des § 11 AufenthG nicht möglich war, sollte die Befristung noch während der Ehezeit weiter verfolgt werden. Anschließend kann – ggf rückwirkend – eine AE gem.

389

↑ BVerwG, Urt.v. 11.6.1996, 1 C 19.93, InfAuslR 1996, 54, 56.

390

↑ Kritisch auch: Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 63.

391

↑ Dafür OVG Hmb, Urt. v. 5.9.2006, 3 Bf 113/06, NVwZ 2007, 698 (LS), ZAR 2007, 70; dagegen OVG Hmb, Beschl. v. 6.1.2005, 1 Bs 513/04, NVwZ 2005, 469.

392

↑ BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43.06, InfAuslR 2008, 71 ff.

393

↑ BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43.06, InfAuslR 2008, 71, 74 ff.

§§ 27 ff AufenthG beantragt werden. Insbesondere bei drohender Verletzung von Art. 6 Abs. 1 GG kann dabei unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine Befristung auch ohne vorherige Ausreise erfolgen.³⁹⁴

Der Stammberechtigte muss bis zum Zeitpunkt der Aufhebung der Ehe nicht allein im Besitz einer AE, NE oder Daueraufenthaltserlaubnis-EG sein. Auch Aufenthaltsgenehmigungen nach dem AuslG 1990 sind ausreichend. Weder der Wortlaut des § 31 AufenthG noch die Regelung des § 101 Abs. 2 AufenthG bieten Anlass für eine gegenteilige Auffassung.

Unbefriedigend ist, dass § 31 AufenthG allein auf die **Verlängerung** einer AE abstellt. So soll die **erstmalige Erteilung** einer AE auf der Grundlage der Regelung nicht in Betracht kommen.³⁹⁵ Dem ist nicht zu folgen. Wurde dem Antragsteller bisher „nur“ ein (nationales) Visum zur Familienzusammenführung, jedoch noch keine AE nach Einreise erteilt, kann er sich dennoch auf § 31 AufenthG berufen, da bereits eine vollständige Prüfung der §§ 27 AufenthG ff vor der Einreise stattgefunden hat.³⁹⁶ Dem steht auch nicht entgegen, dass § 31 AufenthG sich nicht auf das Visum gem. § 6 Abs. 3 AufenthG bezieht. Eine „AE des Ehegatten“ im Sinne des § 31 Abs. 1 AufenthG muss diesem nach den Vorschriften des 6. Abschnitts in Kapitel 2 zum Zweck des Ehegattennachzugs erteilt worden sein.³⁹⁷ Entscheidend ist damit der Aufenthaltswitz, nicht die eigentliche Bezeichnung. Dass das nationale Visum insoweit nicht als eigenständiger Aufenthaltswitz angesehen werden kann, verdeutlicht auch § 6 Abs. 3 S. 2 AufenthG, der auf die für die AE geltenden Vorschriften verweist.³⁹⁸ Auch der Gesetzgeber hat im Rahmen des ZuwG festgestellt, dass Veränderungen während der Geltungsdauer des Visums etwa in Fällen des § 31 Abs.1 Nr. 2 AufenthG zur Anwendbarkeit einer anderen Rechtsgrundlage führen könnten.³⁹⁹

394

1 BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43.06, InfAuslR 2008, 71, 75.

395

1 OVG Bln-Bbg, Urt. v. 24.11.2011, 2 B 21-10; HessVGH, NVwZ-RR 1995, 474 zu § 19 AuslG 1965, GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 20; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 25 ff.

396

1 OVG Hmb, Beschl. v. 16.10.2010, 4 Bs 213/10, AuAS 2012, 24 (LS); aA Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 27 f..

397

1 BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43.06.

398

1 Vgl auch BVerwG, Urt. v. 22.6.2011, 1 C 5.10, wo im Visumverfahren eine AE nach § 31 beantragt wurde.

399

1 BT-Drucks. 15/420, S. 71; vgl auch OVG Bln-Bbg, Urt. v. 24.11.2011, 2 B 21.11, wo allerdings vor dem Tod des Ehemannes bereits die AE beantragt worden war.

Praxishinweis: Sollte der Ausl. im Falle der Trennung bzw des Todes des Ehepartners bisher noch nicht im Besitz einer AE, sondern nur einer Erlaubnisfiktion gewesen sein, sollte die rückwirkende Erteilung der akzessorischen AE ab Antragstellung beantragt werden.⁴⁰⁰

Fraglich ist, ob neben den Voraussetzungen des § 31 AufenthG auch § 5 AufenthG heranzuziehen ist und eine **Anwendbarkeit des § 27 Abs. 3 AufenthG** entfällt.⁴⁰¹ Relevant ist hier v.a. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, da diese Regelung durch § 27 Abs. 3 AufenthG ausgeschlossen werden kann. Dagegen spricht, dass § 27 AufenthG wie auch § 31 AufenthG im Abschnitt 6 (Aufenthalt aus familiären Gründen) angesiedelt sind und § 27 AufenthG nicht als eigenständige Anspruchsgrundlage, sondern als Auslegungshilfe dienen soll. Dafür spricht jedoch, dass § 31 AufenthG kein zweckgebundenes, sondern ein eigenständiges Aufenthaltsrecht konstituiert, § 27 Abs. 3 AufenthG sich aber ausdrücklich auf das akzessorische Nachzugsrecht bezieht. Auch nach der Gesetzesbegründung soll sich die Verlängerung der AE zumindest auf Grundlage des § 31 Abs. 4 Satz 2 AufenthG nach den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen richten.⁴⁰²

Das eigenständige Aufenthaltsrecht berechtigt zur **Aufnahme einer Arbeit** (§ 31 Abs. 1 S. 2 AufenthG).

1. Anspruch auf Verlängerung

Die Lebensgemeinschaft ist aufgehoben im Sinne des § 31 Abs. 1 S. 1 AufenthG, wenn sie durch Tod, Scheidung oder dauerhafte Trennung beendet wird.⁴⁰³

Bei der **Trennung** ist die Aufgabe der häuslichen Gemeinschaft dann nicht ausreichend, wenn hierdurch nicht auch die Beistandsgemeinschaft aufgehoben wird.⁴⁰⁴ **Vorübergehende**

400

¹ Vgl hierzu OVG Bln-Bbg, Urt. v. 24.11.2011, 2 B 21.10.

401

¹ Dafür VGH Ba-Wü, Urt. v. 26.2.2014, 11 S 2534/13, InfAuslR 2014, 183; NdsOVG, Beschl. v. 31.1.2008, 10 ME 274/07; BayVGH, Beschl. v. 15.11.2007, 19 CS 07.2126 und 27.6.2007, 24 CS 07.914; HessVGH, Beschl. v. 17.1.2007, 7 TG 2908/06; Hailbronner in: Hailbronner, AuslG, § 31 AufenthG Rn 28; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 65; offen gelassen in OVG NRW, Beschl. v. 14.9.2007, 18 E 881/07.

402

¹ BT-Drucks. 15/420, 83.

403

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 11.

Trennungen bleiben unberücksichtigt. Liegen allerdings die Voraussetzungen des § 1566 Abs. 1 BGB⁴⁰⁵ vor, ist in der Regel von einer dauerhaften Trennung auszugehen.⁴⁰⁶ Äußere Anhaltspunkte sind zB die Einreichung eines Scheidungsantrages, die Mitteilung der Trennung beim Finanzamt. Soweit eine Trennung unter Beibehaltung der ehelichen Wohnung erfolgt, muss der Trennungswille zumindest eines Ehegatten nach außen auch für den anderen Ehegatten erkennbar sein.⁴⁰⁷ Ziehen die Eheleute nach einer **dauerhaften** Trennung wieder zusammen, beginnt die Ehebestandsfrist von neuem.⁴⁰⁸ Trennen sich somit die Ehegatten vor Ablauf der erforderlichen Ehebestandszeit und wird diese Trennung nach dem ernsthaften, nach außen verlautbarten Willen beider oder auch nur eines der Ehepartner als dauerhaft betrachtet, ist § 31 Abs. 1 auch dann nicht erfüllt, wenn die eheliche Lebensgemeinschaft später aufgrund eines geänderten Willensentschlusses wieder aufgenommen wird.⁴⁰⁹

Praxishinweis: Es ist daher sorgfältig zu ermitteln, ob von einer vorübergehenden Trennung ausgegangen werden kann. Den Antragsteller trifft insoweit die Darlegungslast für das Vorliegen einer ehelichen Gemeinschaft,⁴¹⁰ während die ABH deren vorzeitiges Ende nachweisen muss.⁴¹¹ Problematisch ist, dass die Eheleute im Scheidungsverfahren oftmals vom tatsächlichen Trennungszeitpunkt abweichende Angaben machen, um eine schnelle Ehescheidung herbeizuführen. Dies kann im ausländerrechtlichen Verfahren, soweit dies bekannt wird, zu erheblichen Schwierigkeiten im Hinblick auf die erforderliche Ehebestandszeit führen. Da aber die Angaben der Antragsteller im familienrechtlichen Verfahren in der Regel ungeprüft vom Gericht aufgenommen werden, dürfen sie im ausländerrechtlichen Verfahren nicht als maßgeblich angesehen werden.⁴¹²

404

⌋ Vgl zB. HessVGH, InfAusIR 2000, 370, 371, wo der Ehemann berufsbedingt ins Herkunftsland zurückkehrte, die Ehefrau jedoch mit dem Willen zur Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft aufgrund der andauernden Ausbildung der Kinder im Bundesgebiet verblieb.

405

⌋ § 1566 Abs. 1 BGB: Es „wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt.“

406

⌋ BVerwG, InfAusIR 1999, 72, 73.

407

⌋ OVG NRW, InfAusIR 2000, 290.

408

⌋ VGH Ba-Wü, InfAusIR 2002, 400, 401; Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 81.

409

⌋ HessVGH, Beschl. v. 24.1.2013, 6 B 27/13.

410

⌋ OVG Bbg, AuAS 2001, 218.

411

⌋ OVG MVP, AuAS 2002, 98, 99.

412

a. Dreijahreszeitraum

Die Anhebung der Ehebestandszeit stieß im Gesetzgebungsverfahren auf berechnigte Kritik.⁴¹³ Das Ziel, damit Scheinehen zu verhindern,⁴¹⁴ wird hierdurch sicherlich nicht erreicht; zudem läuft die Anhebung dem Ziel des Schutzes insbesondere von häuslicher Gewalt betroffenen Ehepartnern diametral entgegen. Die eheliche Lebensgemeinschaft muss nun für **mindestens drei Jahre im Bundesgebiet gelebt** worden sein. Diese Ehezeit muss durch eine einzige – wirksam geschlossene – Ehe erreicht werden.⁴¹⁵ Dabei darf die Gesamtzeit von drei Jahren Aufenthalt als Ehegatte nicht aus mehreren Teilzeiten zusammengesetzt sein; hatten sich die Eheleute mehrfach endgültig getrennt, beginnt die Frist bei jeder Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft neu zu laufen.⁴¹⁶ War der Aufenthalt trotz Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft zB durch einen Auslandsaufenthalt erloschen, ist die Bestandszeit unterbrochen;⁴¹⁷ es kommt aber ggf eine Anwendung des § 85 AufenthG in Betracht.⁴¹⁸

Soweit die Vorschrift eine rechtmäßige Lebensgemeinschaft verlangt, meint dies nicht allein die Gültigkeit der Ehe, sondern die **Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes** der Ehepartner während dieser Zeit.⁴¹⁹ Der **Stammberchnigte** muss daher während der drei Jahre im Besitz eines AT, eines rechtmäßigen Aufenthaltes nach ARB 1/80, einer Aufenthaltskarte gem. FreizügG/EU,

⌋ OVG Hmb, InfAusIR 2001, 125, 127 = NVwz-RR 2001, 339; Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 85; aA OVG NRW, Beschl. v. 20.6.2013, 18 B 1570/11: Einwand des Rechtsmissbrauchs; OVG NRW, Beschl. v. 8.3.2004, 18 B 1662/03: Indizwirkung.

413

⌋ Vgl nur SN des DAV von 12/2010.

414

⌋ Vgl Ges.begr., BR-Drucks. 704/10 v. 5.11.2010, 11.

415

⌋ OVG NRW, EZAR 023 Nr. 2; OVG Hmb, EZAR 023 Nr. 3: Dienelt in: Renner, AusIR, 9. Aufl., § 31 AufenthG Rn 9.

416

⌋ BayVGH, Beschl. v. 24.1.2007, 19 Cs 06.2308; OVG NRW, Beschl. v. 27.7.2006, 18 A 1151/06.

417

⌋ Huber, AufenthG, § 31 Rn 9.

418

⌋ Vgl hierzu BVerwG, Urt. v. 10.11.2009, 1 C 24.08.

419

⌋ OVG NRW, Beschl. v. 6.2.2013, 18 B 1174/12; OVG NRW, AuAS 2001, 67; VGH Ba-Wü, InfAusIR 2002, 183, 185; SächsOVG, AuAS 2004, 108; Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 79; GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 86; kritisch Watz, Eigenständiges Aufenthaltsrecht von Ehegatten – ein Versuch der Änderung der herrschenden Meinung, ANA-ZAR 2006, 2 f.

einer Blue Card oder einer Aufenthaltsgenehmigung nach dem AuslG oder einer auf einem Verlängerungsantrag basierenden Erlaubnisfiktion⁴²⁰ gewesen sein. Soweit § 31 Abs. 1 S. 1 AufenthG nur von der AE, der NE und der Daueraufenthaltsurlaubnis/EG spricht, würde eine solche verkürzte Auslegung den Vorgaben der FZF-RL und der Blue-Card-RL widersprechen.

Der **Ehegatte des Stammberechtigten** muss zumindest zum Trennungszeitpunkt eine AE aus familiären Gründen besitzen, aber kann sich für die Ehebestandszeit anderweitige AT oder rm Aufenthalte anrechnen lassen; es ist nicht erforderlich, dass die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes während der gesamten Zeit auf einer AE gemäß § 30 beruhte.⁴²¹ So ist die mit Visum verbrachte Aufenthaltszeit anrechenbar, wenn dem ausl. Ehepartner im Anschluss eine AE erteilt wurde.⁴²² Dies gilt auch für ein Schengen-Visum⁴²³; ebenso die Zeit der visumfreien Einreise, soweit die Antragstellung rechtzeitig erfolgte.⁴²⁴ Gleiches gilt für Zeiten einer Fiktion iSd § 81 Abs. 3 AufenthG.⁴²⁵ Eine Duldung ist nicht ausreichend.⁴²⁶

Praxishinweis: Es ist umstritten, ob der Antrag eines Asylbew. auf Erteilung einer AE die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 S. 1 auslösen kann.⁴²⁷

Die Rechtmäßigkeit muss bis zum Ende der Mindestbestandszeit vorliegen.⁴²⁸ Dies gilt nur dann nicht, wenn der Ehegatte, von dem das Aufenthaltsrecht bisher abgeleitet wurde, aus von ihm

420

⌋ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 89; vgl auch HessVGH, Beschl. v. 5.2.1998, 6 TG 410/98.

421

⌋ OVG NRW, Beschl. v. 6.2.2013, 18 B 1174/12; Nr. 31.1.2 AVwV-AufenthG; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 14.

422

⌋ BVerwG, Urt. v. 8.12.2009, 1 C 16.08; OVG Hmb, Beschl. v. 16.11.10, 4 Bs 213/10, InfAuslR 2011, 110; VGH Ba-Wü, InfAuslR 2001, 161.

423

⌋ OVG NRW, Beschl. v. 6.2.2013, 18 B 1174/12.

424

⌋ OVG NRW, Beschl. v. 6.2.2013, 18 B 1174/12; VG Saarland, Beschl. v. 1.6.2009, 10 L 268/09, InfAuslR 2009, 454, 455.

425

⌋ OVG NRW, Beschl. v. 6.2.2013, 18 B 1174/12; BayVGH, Beschl. v. 17.2.2009, 19 CS 09.95; kritisch Hailbronner, Zur Berechnung von rechtmäßigen Aufenthaltszeiten, ZAR 2009, 345 ff; aA VGH Ba-Wü, Beschl. v. 5.9.2012, 11 S 1639/12; OVG S-A, Beschl. v. 7.7.2014, 2 M 29/14.

426

⌋ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 86.

427

⌋ Dafür VGH Ba-Wü, Beschl. v. 5.9.2012, 11 S 1639/12; dagegen OVG Bremen, Beschl. v. 27.10.2009, 1 B 224/09; NdsOVG, Beschl. v. 8.10.2009, 11 LA 189/09; OVG NRW, Beschl. v. 17.3.2009, 18 E 311/09; VG Würzburg, Gerichtsbescheid v. 31.7.2014, W 7 K 13.1233.

428

nicht zu vertretenden Gründen die Verlängerung des AT nicht beantragen konnte (§ 31 Abs. 1 S. 1 2. Hs) AufenthG; bei Deutschverheirateten ist diese Ausnahme schon begrifflich nicht anwendbar.⁴²⁹

b. Tod des Ehegatten

Im Falle des Todes des Stammberechtigten während der ehelichen Lebensgemeinschaft erhält der überlebende Ehegatte ohne Rücksicht auf die Dauer seines Aufenthalts ein eigenständiges, zunächst auf ein Jahr befristetes Aufenthaltsrecht unter drei Voraussetzungen: zum Zeitpunkt des Todes muss

- die eheliche Lebensgemeinschaft bereits bzw noch bestanden haben,⁴³⁰
- der verstorbene Ehegatte im Besitz einer AE oder NE bzw Daueraufenthalts-EG (vgl aber Rn 14),
- und der Familienangehörige beim Tod seines Ehegatten im Besitz eines nach den Vorschriften des 6. Kap. zum Ehegattennachzug erteilten AT gewesen sein (vgl Rn 8).⁴³¹

c. Härtefallregelung

§ 31 Abs. 2 AufenthG sieht vor, dass – unabhängig von einer Ehebestandszeit – ein eigenständiger AT zu erteilen ist, wenn eine besondere Härte vorliegt, sofern für den stammberechtigten Ausl. die Verlängerung der AE – zB aufgrund einer Regelung gemäß § 8 Abs. 2 AufenthG oder aufgrund der Verwirklichung eines Ausweisungstatbestandes – nicht ausgeschlossen ist. Dies führt zu dem Widerspruch, dass zB der Stammberechtigte durch Straftaten gegen den Ehepartner einen Ausweisungstatbestand erfüllt, der die Verlängerung seines Aufenthaltsrechtes ausschließt, so dass der betroffene Ehepartner, für den aufgrund des Straftatbestandes eine besondere Härte gegeben ist, nicht in den Genuss eines eigenständigen Aufenthaltsrechtes kommt.⁴³² Vor dem Hintergrund des Gesetzeszweckes kann daher Abs. 2 S. 1

¹ HessVGH, AuAS 1998, 110, 111.

429

¹ Marx, Ausl-Asyl, § 4 Rn 80.

430

¹ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 95.

431

¹ BVerwG, Urt. v. 4.9.2007, 1 C 43.06; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 38; GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 94.

432

2. Hs nur dahin gehend ausgelegt werden, dass der Ausschluss der Verlängerung des AT des Stammberechtigten einem eigenständigen Aufenthaltsrecht dann nicht entgegensteht, wenn die besondere Härte iSd § 31 AufenthG gerade auf einem Verhalten des Stammberechtigten beruht, das zugleich den Ausschluss der Verlängerung begründet. Nach der Gesetzesbegründung zu § 19 Abs. 1 S. 2 AuslG, der § 31 Abs. 2 S. 1 AufenthG entspricht, sollte die Einschränkung nicht den Fall betreffen, dass der Stammberechtigte während oder nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft Straftaten beging, da hierdurch der Ehegatte nicht bei der Entscheidung über sein eigenständiges Aufenthaltsrecht benachteiligt werden sollte.⁴³³ Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber auch gegen den Ehepartner gerichtete Straftaten während bzw. nach der Trennung nicht erfasst wissen wollte, sondern nur den Ausschluss der Verlängerung einer AE aufgrund einer konkreten (normativen) Regelung (zB § 8 Abs. 2 AufenthG, §§ 10 ff. BeschV).⁴³⁴ Eine andere Auslegung würde dazu führen, dass entgegen der Intention der Regelung insbesondere Ehepartner, die von schwerwiegenden, ausweisungsrechtlich relevanten Übergriffen in der Ehe betroffen sind, vom Schutz des § 31 AufenthG ausgeschlossen werden.

Umstritten ist die Anwendung des § 31 AufenthG auf **Fälle, in denen nicht der Ehepartner, sondern der Stammberechtigte die eheliche Lebensgemeinschaft beendet** hat. Eine Einbeziehung wird mit dem Argument verneint, der Ehepartner zeige durch das Festhalten an der Ehe gerade, dass diese ihm nicht unzumutbar sei.⁴³⁵ Ein Ausschluss des nachgezogenen Ehegatten vom Erwerb eines eigenständigen Aufenthaltsrechts, weil er – trotz Vorliegens einer objektiv untragbaren Behandlung durch den Ehepartner – noch in der Ehe ausharrte, als dieser die eheliche Lebensgemeinschaft auflöste, stände aber im Widerspruch zu der beabsichtigten Begünstigung des physisch oder psychisch misshandelten Ehegatten. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Beweggründe für ein Festhalten an der ehelichen Lebensgemeinschaft trotz objektiver Unzumutbarkeit vielfältig sein können, etwa traditionell oder wirtschaftlich bedingt oder auch nur durch die Hoffnung auf Besserung. Käme es auf die Person an, die die Trennung herbeiführt, hätte zudem der misshandelnde Ehegatte die Macht, ein eigenständiges Aufenthaltsrecht des misshandelten Ehepartners zu verhindern, was gleichfalls dem Schutzzweck des § 31 Abs. 2 S. 2, 2. Alt. AufenthG widerspräche.⁴³⁶ Auch die durch das

433 ¶ Renner, Ehe und Familie im Zeichen neuer Zuwanderungsregeln, NVwZ 2004, 792, 796.

434 ¶ BT-Drucks. 13/4948, 8; vgl auch Nr. 31.2.1.2. AVwV-AufenthG.

435 ¶ vgl auch Huber, AufenthG, § 31 Rn 20.

436 ¶ OVG NRW, Beschl. v. 26.1.2007, 19 A 3125/05; BayVGH, Beschl. v. 15.3.2007, 19 ZB 06.3197; HessVGH, Beschl. v. 10.10.2005, 9 TG 2403/05; VG Frankfurt/Oder, Beschl. v. 12.11.2009, 5 L 222/09.

436

ZwHeiratBG erfolgte Änderung des § 31 Abs. 2 AufenthG, wonach in S. 2 der Teilsatz nach dem Semikolon wie folgt gefasst wird: „dies ist insbesondere anzunehmen, wenn der Ehegatte Opfer häuslicher Gewalt ist“, verdeutlicht, dass es allein auf die objektive Zumutbarkeit unabhängig davon, wer die Trennung herbeiführt, ankommt.⁴³⁷ Schließlich stellt auch die FZF-RL allein auf die besonders schwierigen Umstände des Ehegatten ab, die sich sowohl bei Verlassenden als auch Verlassenen verwirklichen können.

(1) Besondere Härte

Die besondere Härte ist als **unbestimmter Rechtsbegriff**⁴³⁸ gerichtlich voll überprüfbar. Bei der Darlegung einer besonderen Härte hat die ABH sprachlichen, kulturell bedingten oder psychischen Problemen des betroffenen Ehegatten Rechnung zu tragen.⁴³⁹ Die besondere Härte ist zu bejahen, wenn der Ehegatte durch die Rückkehr ins Herkunftsland ungleich härter getroffen wird als andere Ausl., die nach kurzen Aufenthaltszeiten Deutschland verlassen müssen.⁴⁴⁰ Besonders betont wird die Berücksichtigung des Kindeswohls (Abs. 2 S. 3) – unabhängig davon, ob es sich um ein Kind aus der betroffenen Ehe bzw ein minderjähriges Kind handelt.⁴⁴¹ Darlegungspflichtig ist der Ehegatte. § 31 Abs. 2 definiert den Härtebegriff insoweit nicht abschließend („... insbesondere...“), stellt aber Auslegungskriterien zur Verfügung. Es lassen sich dabei zwei Gruppen bilden, die jedoch nicht kumulativ vorliegen müssen:

Zum einen muss der gewünschte Verbleib im Bundesgebiet den Folgen einer Rückkehr ins Herkunftsland gegenübergestellt werden. Die Ausreiseverpflichtung allein reicht insoweit nicht aus, um eine besondere Härte iSd § 31 Abs. 2 S. 2 1. Alt. AufenthG durch die Rückkehr zu begründen. Ebenso sollen Nachteile, die nicht wegen der Auflösung der Ehe, sondern wegen der im Herkunftsstaat vorherrschenden allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Verhältnisse

⁴³⁷ OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 7.7.2011, 2 S 63.11; 2 M 38.11; HessVGH, Beschl. v. 17.1.2007, 7 TG 2908/06; vgl auch VGH Ba-Wü, Beschl. v. 28.2.2003, 13 S 2798/02, InfAuslR 2003, 232, 234; OVG NRW, Beschl. v. 26.5.2003, 17 B 557/01; HessVGH, Beschl. v. 5.7.2004, 9 TG 1237/04; VG Bln, Urt. v. 22.12.2008, 24 A 292.08; Huber, AufenthG, § 31 Rn 16; differenzierend GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 184 ff.

437

⁴³⁸ OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 7.7.2011, 2 S 63.11; 2 M 38.11.

438

⁴³⁹ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 98.

439

⁴⁴⁰ Nr. 31.2.4 AVwV-AufenthG.

440

⁴⁴¹ BVerwG, DÖV 1997, 835, = AuAS 1997, 206.

441

⁴⁴² Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 50; aA für ein Kind aus einer neuen Verbindung VG Gießen, Beschl. v. 9.12.2008, 7 L 1814/08.GI, AuAS 2009, 62, 64.

drohen, nicht zur Begründung einer besonderen Härte herangezogen werden können.⁴⁴² Vielmehr muss eine **kausale Beziehung** zwischen der Auflösung der Lebensgemeinschaft und der erheblichen Beeinträchtigung der schutzwürdigen Belange im Falle der Rückkehr bestehen.⁴⁴³ Umstritten war bisher, wie diese kausale Beziehung beschaffen sein muss. So wird die Auffassung vertreten, die Feststellung der Kausalität knüpfe nur an die Rückkehrverpflichtung selbst, aber nicht an den Umstand der Auflösung der Ehe an.⁴⁴⁴ Dem ist das BVerwG entgegengetreten. Die erheblichen Beeinträchtigungen im Sinne von § 31 Abs. 2 S. 2 AufenthG seien auf solche Gefährdungen beschränkt, die aus der Auflösung der Ehe folgen oder **mit dem vorangegangenen ehe- und familienbedingten Aufenthalt zumindest mittelbar im Zusammenhang stehen**, da die Änderung des Wortlautes im Vergleich zu § 19 AuslG – wie der Gesetzgebungsprozess verdeutliche – nicht zu einer Änderung der Voraussetzungen geführt habe.⁴⁴⁵ Das eigenständige Aufenthaltsrecht werde zudem mit Rücksicht darauf gewährt, dass in diesen Fällen die spezifische Erwartung enttäuscht wurde, die der Ausl. mit dem ehebezogenen Aufenthaltstitel verband, nicht aber, weil er auch im Hinblick auf in Zusammenhang mit der Ehe stehenden inlands- oder zielstaatsbezogenen Abschiebungsverboten, insbesondere auch die in die alleinige Zuständigkeit des BAMF fallenden asyl- und flüchtlingsrechtlichen Abschiebungsverbote privilegiert werden solle. Liegen demnach **eheunabhängige Verfolgungsgründe** iSd § 3 AsylVfG vor, ist der Ausländer an das BAMF zu verweisen, § 31 Abs. 2 AufenthG ist nicht anwendbar.⁴⁴⁶ Dies gilt nunmehr mit Umsetzung der RL 2011/95/EU, die die Prüfung von Abschiebungsverboten nach der QRL gänzlich dem BAMF auferlegt, auch für den subsidiären internationalen Schutz iSd § 4 AsylVfG, da dessen Geltendmachung nach § 13 Abs. 2 AsylVfG nF automatisch als Asylantrag gewertet und der Zuständigkeit des BAMF zugeordnet werden soll.

Nicht abschließend geklärt ist allerdings die Frage, wie bei Bedrohungen zu verfahren ist, die **sowohl ehebedingt sind als auch eine Verfolgung iSd §§ 3 und 4 AsylVfG** begründen. Nach Auffassung des BVerwG spricht viel dafür, dass diese in diesem Fall von der ABH- ggf unter

442

↑ BVerwG, DÖV 1997, 835, = AuAS 1997, 206 bei allgemeinen Gefahren nach Rückkehr durch Hunger, Bürgerkrieg; VGH Ba-Wü, AuAS 1996, 146; kritisch GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 115.

443

↑ HessVGH, InfAuslR 1994, 313, 314.

444

↑ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 123; OVG NRW, Beschl. v. 4.5.2001, [18 B 1908/00](#); VGH Ba-Wü, Urt. v. 4.12.2002, [13 S 2194/01](#); Eberle, in: Storr, § 31 Rn 27 f.

445

↑ BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 11.08, AuAS 2009, 230, 233.

446

↑ BVerwG, aaO zu einem aufgrund seines Glaubens von Verfolgung bedrohtem Christen, dessen Konversion zum Christentum nach Beendigung der Ehe erfolgte und dessen Ehefrau Muslima war; die Begründung des BVerwG lässt vermuten, dass bei einer christlichen Ehefrau und Konversion in der Ehezeit ein ehebedingter Zusammenhang bejaht worden wäre (vgl Rn 35).

Zuhilfenahme der Sachkunde des BAMF hinsichtlich der Verhältnisse im Herkunftsland – selbstständig geprüft werden könnten, weil sie, auch wenn sie erheblich sein müssen, nicht notwendig die Schwelle einer schwerwiegenden Menschenrechtsverletzung im Sinne des Flüchtlingsrechts bzw eines asylerblichen Eingriffs im Sinne von Art. 16a Abs. 1 GG erreichen müssten. Dann würde sich mangels Identität des Prüfungsgegenstandes auch nicht die Frage einer Voreigenschaft der Entscheidung des BAMF über die Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung stellen.⁴⁴⁷ Dem BVerwG ist insoweit zu folgen, dass eheaufhebungsbedingte Verfolgungsgründe iSd §§ 3 und 4 AsylVfG im Rahmen des § 31 Abs. 2 AufenthG nicht der Prüfungskompetenz des BAMF obliegen.⁴⁴⁸ Eine andere Auffassung stünde im Widerspruch zu Art. 15 Abs. 3 S. 2 FZ-RL, wonach die Ausstellung eines AT bei „besonders schwierigen Umständen“ gewährleistet sein soll. Aus der Begründung des ursprünglichen Vorschlags der Kommission zur RL⁴⁴⁹ geht hervor, dass die Bestimmung dazu dient, der spezifischen Situation von Frauen gerecht zu werden, die Opfer von Gewalt in der Familie geworden sind, oder von Frauen, Witwen, Geschiedenen oder Verstoßenen, die sich in einer besonders schwierigen Lage befinden würden, wenn sie gezwungen wären, in ihre Herkunftsländer zurückzukehren. Ein Verweis auf ein Asylverf. ist nicht vorgesehen.⁴⁵⁰ Bei ehebedingten Gefahren, die zugleich internationalen Schutz begründen könnten, ist die Stellung eines Asylantrages daher nicht zwingend.

Schutzwürdige Belange, die durch eine Rückkehr erheblich betroffen wären, sind u.a.

- das Interesse an einem weiteren Umgang mit dem eigenen Kind, das im Bundesgebiet verbleibt, wenn die Personensorge beiden Elternteilen zusteht und eine Verlegung des Wohnsitzes in das Ausland durch die gesamte Familie innerhalb der nächsten Monate nicht zu erwarten ist, oder wenn ein Kind mit einem Bleiberecht zurückgelassen würde, das durch den betroffenen Ehegatten versorgt wird;⁴⁵¹ dabei kann prinzipiell davon ausgegangen werden, dass nach der Aufhebung einer mehrjährigen häuslichen Gemeinschaft infolge einer Trennung der Eltern zwischen dem getrennten Elternteil und seinem Kind eine gegenseitige Verbundenheit fortbesteht;⁴⁵² ausreichend muss aber auch sein, dass ein Umgangsrecht

447

¹ BVerwG, Urt. v. 9.6.2009, 1 C 11.08, AuAS 2009, 230, 233.

448

¹ So für § 60 Abs. 1 aF auch Dienelt in: Renner, AusLR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 47.

449

¹ V. 1.12.1999, KOM (1999) 638 endgültig, 22.

450

¹ Anders wohl für Abschiebungsverbote, die nicht die Verfolgung durch eine nahestehende Person im Herkunftsstaat betreffen Nr. 31.2.2.1.3 AVwV-AufenthG; es bleibt dem Ausl. jedoch unbenommen, einen Asylantrag zu stellen, vgl GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 139; zumindest im verwaltungsrechtlichen Verfahren dürfte ein Erlöschen des vorl. Aufenthaltsrechts gem. § 55 Abs. 2 S. 2 AsylVfG ausscheiden.

451

¹ Nr. 31.2.2.1.1 AVwV-AufenthG; vgl auch VGH Ba-Wü, InfAusLR 2003, 415: erschwertes Umgangsrecht mit dem eigenen minderjährigen deutschen Kind aufgrund Dauererkrankung des Ausl.

452

besteht und unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohles tatsächlich eine persönliche Verbundenheit zwischen Elternteil und Kind besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist.

- **eine** zu erwartende Verschlechterung der geistigen und körperlichen Entwicklung des Kindes, das mit dem betroffenen Ehegatten in familiärer Gemeinschaft lebt, insbesondere weil das Kind aufgrund einer Behinderung auf die Beibehaltung seines spezifischen sozialen Umfeldes angewiesen ist,⁴⁵³ aber auch bei weitgehender Integration des Kindes in die deutsche Gesellschaft, soweit dessen schulische Entwicklung eine Aufenthaltsbeendigung als unzumutbar erscheinen lassen⁴⁵⁴,
- **Eigenarten** des Rechts- und Kulturkreises im Herkunftsstaat, die zu einer erheblichen rechtlichen oder gesellschaftlichen Diskriminierung des betroffenen Ehegatten wegen der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft führen können,⁴⁵⁵
- **eine** Schwangerschaft der betroffenen Ehefrau, sofern im Herkunftsstaat aufgrund der Schwangerschaft Verfolgungen oder Zwangsmaßnahmen drohen, eine Entbindung im Herkunftsstaat nicht zumutbar ist oder aus medizinischen Gründen ein Umzug ins Ausland vor der Niederkunft mit den damit verbundenen körperlichen Belastungen nicht erwartet werden kann,⁴⁵⁶
- **sonstige** erhebliche medizinische oder psychische Situationen oder Belastungen, die über das bei Bestehen einer Ausreiseverpflichtung übliche Maß hinausgehen,⁴⁵⁷
- **im** Inland geschaffene materielle und ideelle Werte, zB erhebliche Vermögenswerte oder ein Betrieb, der der Existenz sichert und im Falle der Rückkehr aufgegeben werden müsste.⁴⁵⁸

718.
453

¶ OVG NRW, Beschl. v. 12.12.2005, 18 B 1592/05, InfAuslR 2006, 126 = NVwZ 2006, 717,

454

¶ Nr. 31.2.2.1.2 AVwV-AufenthG; GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 137.

455

¶ VGH Ba-Wü, Beschl. v. 14.8.2009, 13 S 1630/09; BayVGh, Beschl. v. 17.2.2009, 19 Cs 09.95; VG Münster, Beschl. v. 14.3.2011, 8 K 901/10,.

456

¶ Vgl hierzu Rn 19; zB Bestrafung wegen Ehescheidung, Ächtung wegen Verletzung der Familienehre, Ausgrenzung wegen misslungener Ehe, vgl VGH Ba-Wü, InfAuslR 2003, 190, 193; HessVGh, InfAuslR 2000, 404, 405; VG Berlin, NVwZ-RR 1996, 295, 296; VG Karlsruhe, InfAuslR 1991, 245; Ausgrenzung wegen Ehe mit einem Europäer, VG Saarlouis, InfAuslR 2004, 116, 117; Nr. 31.2.2.1.3 AVwV-AufenthG, VG Gelsenkirchen, InfAuslR 2001, 214, 215.

457

¶ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 129.

458

¶ Nr. 31.2.4.5 AVwV-AufenthG; vgl auch OVG NRW, Beschl. v. 30.8.2005, 18 B 633/05, InfAuslR 2006, 137: Vereinzelungssituation bei lang dauerndem Familienleben eines Ausländers im Ausland mit als Spätaussiedler anerkannten Familienangehörigen.

¶ HessVGh, InfAuslR 2004, 72, 73; nicht allerdings allein der Verlust des Arbeitsplatzes, BayVGh, InfAuslR 2001, 280, 281; BayVGh, AuAS 2003, 19, 20; zu während der Ehe erbrachten Integrationsleistungen s.a. GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 158 ff.

Im Vergleich zu den Anforderungen des § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG ist die Schwelle der Beeinträchtigung niedriger anzusetzen, so dass nur die im Allgemeinen zu erwartende Behandlung des rückkehrenden Ausl. anhand der politischen, wirtschaftlichen, soziokulturellen, religiösen und traditionellen Situation in den Blick genommen werden muss.⁴⁵⁹ Ebenso ist unerheblich, ob die Diskriminierungen vom Staat oder von privaten Dritten ausgehen.⁴⁶⁰ Die Prüfung einer inländischen Aufenthaltsalternative scheidet aufgrund des Schutzzwecks des § 31 Abs. 2 AufenthG, der darauf abstellt, ob die Rückkehr den Betroffenen ungleich härter trifft als vergleichbare Personenkreise, ebenfalls aus.⁴⁶¹

Eine besondere Härte liegt auch vor, wenn dem Ehegatten wegen der Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Belange das **weitere Festhalten an der ehelichen Lebensgemeinschaft unzumutbar** wäre, § 31 Abs. 2 S. 2 2. Alt. AufenthG. Anders als bei der ersten Alt. muss die Beeinträchtigung hier nicht erheblich sein.⁴⁶² Allein die Zerrüttung der Ehe ist jedoch nicht als schutzwürdiger Belang anzusehen, häusliche Gewalt aber nach dem eindeutigen Wortlaut in jedem Fall. Abzustellen ist nicht auf das subjektive Empfinden des betroffenen Ehegatten, sondern auf eine **objektive Betrachtungsweise**.⁴⁶³

Problematisch sind Fälle, in denen sich die **Härte erst nach der Trennung** verwirklicht, indem zB der Ehepartner erst nach erfolgter Trennung Übergriffen ausgesetzt ist. Zwar stellt § 31 AufenthG grds. auf während der familiären Lebensgemeinschaft auftretende Härten ab. Das BVerwG hat aber zur 1. Alt. festgestellt, dass solche Gefährdungen erfasst werden, die aus der Auflösung der Ehe folgen oder mit dem vorangegangenen ehe- und familienbedingten Aufenthalt zumindest mittelbar im Zusammenhang stehen. Da die Übergriffe nach der Trennung idR ihre Ursache in der familiären Beziehung haben und sie nicht selten zur endgültigen Entscheidung führen, die familiäre Beziehung nicht wieder aufzunehmen, wäre es mit dem Schutzzweck der Regelung nicht zu vereinbaren, nachträgliche Härtegründe nicht zu berücksichtigen.

Unzumutbar ist das Festhalten an der Ehe insbesondere, wenn

459

¹ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 131 ff.

460

¹ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 130.

461

¹ Vgl auch GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 147 ff; aA wohl SaarlOVG, Beschl. v. 23.11.2005, 2 W 31/05.

462

¹ VGH Ba-Wü, NVwZ-RR 2003, 782 = AuAS 2003, 159; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 54.

463

¹ VG Neustadt/Weinstr., InfAuslR 2001, 441; aA BayVGH, Beschl. v. 14.6.2005, 24 ZB 05.242; OVG NRW, Beschl. v. 12.2.2009, 18 B 889/08.

- der betroffene Ehegatte oder ein in der Ehe lebendes Kind durch den anderen Ehegatten physisch oder psychisch misshandelt oder das Kind in seiner geistigen oder körperlichen Entwicklung erheblich gefährdet wurde, insbesondere wenn bereits Maßnahmen im Rahmen des Gewaltschutzes getroffen worden waren,⁴⁶⁴
- der andere Ehegatte gegen den betroffenen Ehegatten oder gegen ein in der Ehe lebendes Kind sonstige erhebliche Straftaten, insbesondere solche, die gegen die Freiheit oder das Vermögen gerichtet waren, begangen hat,⁴⁶⁵
- der andere Ehegatte, gegen den betroffenen Ehegatten, ein in der Ehe lebendes Kind oder eine dem betroffenen Ehegatten nahe stehende Person nachhaltig und glaubhaft eine erhebliche Straftat oder o.g. Verhalten androht,⁴⁶⁶
- der andere Ehegatte vom betroffenen Ehegatten nachhaltig die Teilnahme an strafbaren Handlungen verlangt hat, wenn der Ehegatte eine solche Teilnahme in der Vergangenheit stets abgelehnt hat,⁴⁶⁷
- beide oder der betroffene Ehegatte sich in einer Zwangsehe befindet/n,⁴⁶⁸
- der Stamberechtigte im Ausland eine weitere Ehe geschlossen hat⁴⁶⁹,
- der andere Ehegatte trunk- oder glückspielsüchtig oder betäubungsmittelabhängig ist, zur Verschwendung neigt oder durch eigenes Verschulden für längere Zeit obdachlos ist.⁴⁷⁰

Nicht unzumutbar sind gelegentliche Ehestreitigkeiten, Auseinandersetzungen, Meinungsverschiedenheiten, grundlose Kritik und Kränkungen.⁴⁷¹

Praxishinweis: Kam es während der Ehezeit zu Übergriffen, ist nach ärztlichen Attesten, Dokumenten über Maßnahmen nach dem GewaltschutzG und der Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Ehepartner zu fragen. Ggf sind familien- und strafrechtliche Schritte einzuleiten. Im Rahmen des

464

⌈ Nr. 31.2.2.2.2. AVwV-AufenthG; dabei kann eine einmalige Körperverletzung ausreichen: VG Bremen, Beschl. v. 7.7.2014, 2 V 2032/13.

465

⌈ Nr. 31.2.2.2.3 AVwV-AufenthG; vgl VGH Ba-Wü, InfAuslR 2003, 232, 233: Ehefrau wird wie Gefangene ohne Kontakt zur Außenwelt gehalten; BayVGH, InfAuslR 1998, 451: häufige Schläge, entwürdigende Sexualpraktiken, Demütigungen und Beleidigungen während der Ehe; BVerwG, InfAuslR 1999, 72; VG Aachen, InfAuslR 2000, 292: physische und psychische Misshandlungen.

466

⌈ Nr. 31.2.5.3 AVwV-AufenthG.

467

⌈ Nr. 31.2.2.2.4 AVwV-AufenthG.

468

⌈ Nr. 31.2.2.2.1 AVwV-AufenthG.

469

⌈ VG Karlsruhe, Urt. v. 30.4.2009, 9 K 4270/07, AuAS 2009, 218, 219.

470

⌈ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 61; Nr. 31.2.5.5 AVwV-AufenthG.

471

⌈ VG Trier, Beschl. v. 11.2.2014, 6 L 170/14.TR.

GewaltschutzG ist zu berücksichtigen, dass eine Wohnungszuweisung sowohl vor als auch nach einer bereits erfolgten Trennung erfolgen kann und unabhängig davon ist, ob die/der Betroffene einen Mietvertrag besitzt (die Zuweisung erfolgt dann allerdings für maximal sechs Monate).

(2) Versagung wegen des Bezugs von Sozialleistungen

Trotz Bejahung einer besonderen Härte im Sinne des § 31 Abs. 2 AufenthG kann der Bezug dieser Leistungen zur Versagung der (erstmaligen) Verlängerung führen, wenn er vom betroffenen Ehegatten **zu vertreten** ist. Hinzukommen muss jedoch, dass hierin zugleich ein **Missbrauch der Härtefallregelung** liegt. Insofern dürfte es nicht ausreichend sein, dass sich der Familienangehörige nicht in zumutbarer Weise auf Arbeitssuche begeben hat, auf eine Arbeitsvermittlung nicht reagiert oder eine ihm zumutbare Arbeit nicht leistet.⁴⁷² Zu berücksichtigen ist auch, ob Kleinkinder oder pflegebedürftige Angehörige zu betreuen sind oder ob der Bezug auf die während der Ehe erlittenen Verfolgungen zurückzuführen ist.⁴⁷³

d. Versagungsgrund des Leistungsbezuges bei erneuter Verlängerung

Der **erstmaligen Verlängerung** der AE steht der Bezug von Leistungen nach SGB II und XII nicht entgegen (Abs. 4 S. 1). Daher darf die Verlängerung auch nicht unter Bezugnahme auf § 5 Abs. 1 Nr. 1 iVm § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG versagt werden. Da die Notwendigkeit einer eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts nicht selten erst nach dem Scheitern einer Ehe entsteht, soll zunächst Gelegenheit gegeben werden, sich ohne Gefährdung des Aufenthaltsrechts eine eigene wirtschaftliche Existenz zu schaffen.

Obwohl § 31 Abs. 4 AufenthG mit der Regelung des § 19 Abs. 2 AuslG 1990 nicht völlig identisch ist, bezieht sich die Regelung nur auf die erstmalige Verlängerung, da sie nicht von „einer“ Verlängerung spricht und § 31 Abs. 4 S. 2 AufenthG auf spätere Verlängerungen Bezug nimmt („... danach...“).⁴⁷⁴

Über jede **weitere Verlängerung** ist **nach Ermessen** zu entscheiden. Dabei sind der bisherige Aufenthalt und familiäre Beziehungen insbesondere zu Kindern, die ein Aufenthaltsrecht innehaben, zu berücksichtigen.⁴⁷⁵ In diesem Fall kann der Bezug von Leistungen nach SGB II und

472

⌈ So aber Nr. 31.2.3 AVwV-AufenthG.

473

⌈ GK-AufenthG/Marx, § 31 Rn 204 ff mit weiteren Beispielen: Nr. 31.2.3 AVwV-AufenthG.

474

⌈ NdsOVG, Beschl. v. 8.2.2007, 4 ME 49/07, AuAS 2007, 62; VG Hmb, Urt. v. 19.1.2010, 10 K 2174/08; aA VG Darmstadt, Beschl. v. 22.12.2009, 5 L 729/09.DA.

475

XII berücksichtigt werden, ihm darf aber kein unangemessen hohes Gewicht beigelegt werden.⁴⁷⁶ Betreut ein Ausl. sein Kind bis zu drei Jahren nach dessen Geburt und nimmt anschließend einen Integrationskurs wahr, begründet dies eine Ausnahme von der Regel des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.⁴⁷⁷ Nach den Fachlichen Hinweisen der Bundesagentur für Arbeit zu § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II kann sich in einer Familie mit einem Kind unter drei Jahren ein Partner auf die Unzumutbarkeit der Arbeitsaufnahme berufen; die Eltern sind frei darin zu bestimmen, wer die Kinderbetreuung übernimmt und müssen nicht auf eine Betreuung durch Dritte verwiesen werden (Nr. 10.13). Wird das Kind allerdings in einer Einrichtung betreut, ist sein Alter unerheblich.⁴⁷⁸ Diese Maßstäbe sind auch im Rahmen des Abs. 4 S. 2 heranzuziehen. Bei der Berechnung des Lebensunterhaltes ist die Rechtsprechung des EuGH zur FZF-RL heranzuziehen, so dass der Erwerbstätigenfreibetrag nicht auf den notwendigen Lebensunterhalt angerechnet werden darf.⁴⁷⁹

§ 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG gilt im Rahmen des § 31 Abs. 4 S. 2 AufenthG nicht, da es sich um ein eigenständiges, von der Familienzusammenführung nunmehr unabhängiges Aufenthaltsrecht handelt.⁴⁸⁰

e. Praxishinweise

Im Rahmen des § 31 Abs. 1 AufenthG ist besonders wichtig, dass der Antrag auf Verlängerung der AE vor Ablauf der Geltungsdauer der bisherigen AE gestellt wird. Nach Auffassung des BVerwG soll die Regelung nämlich nur den Fall erfassen, dass sich der Ausl. noch im Besitz einer nicht abgelaufenen AE befindet, da nur eine solche verlängert werden könne.⁴⁸¹

476 ¹ OVG NRW, NVwZ 2000, 1445, 1446 = InfAusIR 2000, 279 = EZAR 023 Nr. 17.

477 ¹ OVG NRW, NVwZ 2000, 1445, 1446 = InfAusIR 2000, 279 = EZAR 023 Nr. 17.

478 ¹ NdsOVG, Beschl. v. 8.2.2007, 4 ME 49/07, AuAS 2007, 62, 63, vgl auch Nr. 31.4.2 AVwV-AufenthG.

479 ¹ Vgl BSG, Urt. v. 15.12.2010, B 14 AS 92/09 R.

480 ¹ SächsOVG, Beschl. v. 15.12.2011, 3 B 122/11 auch für ehemalige Partner von Deutschen.

481 ¹ OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 4.2.2010, 3 S 120.09; NdsOVG, Beschl. v. 31.1.2008, 10 ME 274/07; vgl auch VG München, Urt. v. 22.1.2009, M 12 K 08.4553; Dienelt in: Renner, AusIR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 65.

481

Der Anspruch nach Abs. 1 bezieht sich nur auf den Aufenthalt in dem Jahr unmittelbar nach Ablauf der Gültigkeit der ehebezogenen AE.⁴⁸² Für die Zeit im Anschluss daran kommt eine Verlängerung nach Abs. 4 S. 2 in Betracht.⁴⁸³ Dies bedeutet, dass auch im laufenden Klageverfahren nach Ablauf der Geltungsdauer der ehebezogenen AE und des Jahres nach § 31 Abs. 1 AufenthG⁴⁸⁴ ggf die Voraussetzungen des § 31 Abs. 4 S. 2 AufenthG zu prüfen sind und sich der Ausl. nicht mehr auf die Erleichterung des § 31 Abs. 4 S. 1 AufenthG hinsichtlich der Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II und XII berufen kann.⁴⁸⁵ Da ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach § 31 Abs. 1 iVm Abs. 2 AufenthG damit allenfalls für einen vergangenen Zeitraum bestehen kann, kommt es insoweit jedenfalls hinsichtlich der Sachlage zwangsläufig auf die damaligen Umstände an.⁴⁸⁶

Wird mit der Ablehnung der Erteilung einer AE gem. § 31 AufenthG zugleich die ursprüngliche AE befristet, ist neben der Klage zugleich ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage bzgl der begehrten AE zu stellen.⁴⁸⁷ Wird hingegen über den Verlängerungsantrag nicht entschieden und hinsichtlich der Befristung kein Sofortvollzug angeordnet, bleibt die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG aufgrund des (konkludent) gestellten Antrags auf Erteilung der AE gem. § 31 AufenthG bestehen.⁴⁸⁸

II. § 34 Abs. 3 AufenthG

¹ BVerwG, Urt. v. 22.6.2011, 1 C 5.10; OVG NRW, Beschl. v. 26.6.2009, 18 B 1695/08; VG Darmstadt, Beschl. v. 28.9.2011, 5 L 936/11.DA (in dem Fall griff allerdings die Stand-still-Klausel); Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 31 AufenthG Rn 32 f.

482

¹ BVerwG, Urt. v. 22.6.2011, 1 C 5.10.

483

¹ BVerwG, aaO.

484

¹ Vgl hierzu OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 15.8.2013, 2 M 28.13.

485

¹ BVerwG, aaO; vgl SächsOVG, Beschl. v. 24.6.2010, 3 B 386/09.

486

¹ BVerwG, Urt. v. 19.6.2009, 1 C 11.08.

487

¹ VGH Ba-Wü, Beschl. v. 16.6.2011, 11 S 1305/11, InfAuslR 2011, 349, 351 f.

488

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 7 AufenthG Rn 61; dies verkennend VG Augsburg, Beschl. v. 19.4.2013, Au 6 13.508.

Die AE eines Minderjährigen wandelt sich gemäß § 34 Abs. 2 AufenthG durch die Erteilung einer NE oder einer Daueraufenthaltserlaubnis-EU, der Verlängerung einer AE in entsprechender Anwendung des § 37 AufenthG und bei Eintritt der Volljährigkeit zu einem eigenständigen, vom Fortbestand der familiären Lebensgemeinschaft mit den Eltern oder einem Elternteil oder der Fortgeltung des Aufenthaltsrechts der Eltern unabhängigen AT.⁴⁸⁹ Ein Antrag ist insoweit nicht erforderlich.⁴⁹⁰ Unter diesen Voraussetzungen finden §§ 27, 28, 32 AufenthG keine Anwendung mehr.⁴⁹¹

§ 34 Abs. 2 AufenthG stellt allerdings keine Anspruchsgrundlage für die Verlängerung einer AE für volljährig gewordene Kinder dar.⁴⁹² Diese liegt vielmehr in §§ 35 oder 37 AufenthG. Nach hM setzt § 34 Abs. 2 S. 1 AufenthG voraus, dass das Kind bei Erreichen der Volljährigkeit noch im Besitz einer ihm als Kind erteilten AE zum Familiennachzug ist.⁴⁹³ Nicht ausreichend ist danach zum einen der Besitz einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 4 AufenthG, es sei denn, nachfolgend wird die AE erteilt oder verlängert.⁴⁹⁴ Zum anderen muss die AE, die zu einem eigenständigen Aufenthaltsrecht erstarken soll, erstmals „einem Kind“ erteilt worden sein, also einem Minderjährigen, nicht dem volljährigen Kind eines hier lebenden Ausländers.⁴⁹⁵

Liegen die Voraussetzungen der §§ 9, 9a, 35, 37 AufenthG zum Zeitpunkt der Volljährigkeit nicht vor, hat die ABH nach Ablauf der bisher akzessorischen AE gemäß § 34 Abs. 3 AufenthG nach Ermessen über eine Verlängerung zu entscheiden. Bei dieser Entscheidung sind alle allgemeinen

489

¹ GK-AufenthG/Marx, § 34 Rn 50; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 34 AufenthG Rn 11; Göbel-Zimmermann in: Huber, AufenthG, § 34 Rn 4.

490

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 34 AufenthG Rn 17.

491

¹ GK-AufenthG/Marx, § 34 Rn 43; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 34 AufenthG Rn 17..

492

¹ OVG NRW, Beschl. v. 21.6.2006, 18 B 1580/06, AuAS 2006, 194 mwN.

493

¹ OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 16.2.2010, OVG 11 S 65.09; BayVGH, Beschl. v. 5.2.2009, 10 CS 08.3137; Gk-AufenthG/Marx, § 34 Rn 46; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 34 AufenthG Rn 19; VGH Ba-Wü, InfAuslR 1997, 453; OVG Rh-Pf, Beschl. v. 19.11.2003, 10 B 11535/03.OVG, InfAuslR 2004, 106.

494

¹ VGH Kassel, InfAuslR 1993, 323; GK-AufenthG/Marx, § 34 Rn 48.

495

¹ BVerwG, 1 C 11.94, InfAuslR 1995, 265, 271; NK-AuslR/Oberhäuser, § 34 AufenthG Rn 13; GK-AufenthG/Marx, § 34 Rn 47.

Erteilungsvoraussetzungen zu beachten.⁴⁹⁶ § 27 Abs. 3 AufenthG findet keine Anwendung, da die Akzessorietät insoweit weggefallen ist.⁴⁹⁷

Kerstin Müller, Köln, 10/2015

496

¹ OVG Bln-Bbg, Beschl. v. 16.2.2010, OVG 11 S 65.09; Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 34 AufenthG Rn 20.

497

¹ Dienelt in: Renner, AuslR, 10. Aufl., § 34 AufenthG Rn 20; aA für § 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG GK-AufenthG/Marx, § 34 Rn 74, NK-AuslR/Oberhäuser, § 34 AufenthG Rn 15.