



Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

- Kläger -

An Verkündungs
statt zugestellt.

Prozessbevollmächtigte(r):

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte
-Rechtsamt-,
Caffamacherreihe 1-3,
20355 Hamburg,

- Beklagte -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 5, im schriftlichen Verfahren am
2. Dezember 2022 durch

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheids vom 17. November 2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 5. Oktober 2021 verpflichtet, den Antrag des Klägers auf eine Niederlassungserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Kläger zu einem Drittel und die Beklagte zu zwei Dritteln.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Rechtsmittelbelehrung:

Innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils kann gegen dieses Urteil die Zulassung der Berufung beantragt werden.

Der Antrag ist bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen.

Die Berufung ist nur zuzulassen,

- wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
- wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
- wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
- wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfefahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von der Beklagten eine Niederlassungserlaubnis.

Der Kläger ist nach seinen Angaben ... 1998 in Afghanistan geboren und am 17. April 2015 nach Deutschland eingereist. Er meldete sich am 15. Juli 2015 bei der Zentralen Erstaufnahmeeinrichtung in Hamburg als Asylsuchender und beantragte am 16. Juli 2015 Asyl. In Erfüllung eines Verpflichtungsurteils des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 30. Mai 2018 stellte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge am 5. September 2018 ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG hinsichtlich Afghanistans fest. Die Beklagte erteilte dem Kläger ab dem 28. September 2018 eine bis heute wiederholt verlängerte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG.

Den Antrag des Klägers vom 16. April 2020 auf eine Niederlassungserlaubnis lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 17. November 2020 ab. Die Erteilung komme weder nach § 26 Abs. 4 i.V.m. § 35 AufenthG noch nach § 26 Abs. 4 i.V.m. § 9 Abs. 2 AufenthG in Betracht.

Den Widerspruch des Klägers vom 27. November 2020 wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 5. Oktober 2021 zurück. Im Rahmen des von § 26 Abs. 4 AufenthG eröffneten Ermessens sei in Abkehr von einer früheren Verwaltungspraxis zusätzlich stets zu berücksichtigen, dass der ausschließlich gestattete Aufenthalt in der Vergangenheit keine vollwertige Grundlage für eine Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse darstelle und mithin ein unmittelbarer Übergang vom Status der Gestattung in die Niederlassungserlaubnis jedenfalls in der Regel nicht sachgerecht sei. Dementsprechend sei die Niederlassungserlaubnis bei der Anrechnung von Gestattungszeiten auf die Fünfjahresfrist regelmäßig erst dann zu erteilen, wenn der Betroffene im Zeitpunkt der Entscheidung in Anlehnung an § 26 Abs. 3 AufenthG seit mindestens drei Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes sei. Zwar erfülle der Kläger die zeitliche Voraussetzung eines dreijährigen Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis. Jedoch habe er nicht nachgewiesen, dass er 60 Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung geleistet habe.

Der Kläger hat am 27. Oktober 2021 Klage erhoben. Zur Begründung bringt er insbesondere vor: Er sei bei seiner Einreise minderjährig gewesen, so dass nach § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG hier § 35 AufenthG Anwendung finde. Er erfülle die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Er habe am 2. September 2019 eine Ausbildung zum Kfz-Mechatroniker begonnen, die er voraussichtlich am 1. März 2023 abschließen werde.

Der Kläger beantragt schriftsätzlich,

unter Aufhebung des Bescheids vom 17. November 2020 in der Fassung des Widerspruchsbescheids vom 5. Oktober 2021 zu verpflichten, ihm die beantragte Niederlassungserlaubnis zu erteilen.

Die Beklagte beantragt schriftsätzlich,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung bringt sie insbesondere vor: Zwar sei richtig, dass durch § 26 Abs. 4 AufenthG eine entsprechend Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eröffnet werde, mit der statt einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen) als Basis für eine Niederlassungserlaubnis fungieren könne. Allerdings sei in solchen Fällen erforderlich, wie auch das Bundesverwaltungsgericht festgestellt habe, dass die rechtliche Grundlage für eine Aufenthaltsverfestigung vor Erreichen der Volljährigkeit geschaffen worden sei. Eine Aufenthaltsgestattung sei noch keine solche Grundlage, da ein Asylverfahren auch negativ und mit Aufenthaltsbeendigung ausgehen könne. Die Gestattung beinhalte daher noch keine Aussicht auf eine Verfestigung des Aufenthalts. Personen, für die § 35 AufenthG direkt Anwendung finde, reisten in der Regel auf legalem Weg aufgrund eines Visums zur Familienzusammenführung ein und hätten bereits bei der Einreise einen rechtmäßigen Aufenthalt mit Aussicht auf Aufenthaltsverfestigung. Dagegen reisten Asylbewerber regelmäßig unerlaubt ein und hätten bei der Einreise noch keine Aussicht auf eine Aufenthaltsverfestigung. Ihr Aufenthalt im Asylverfahren sei auch nicht erlaubt, sondern eben nur gestattet. Hätte der Gesetzgeber auch im Rahmen von § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG eine Anrechnung gewollt, hätte er die Reihenfolge der Sätze in dem Absatz getauscht, sodass der jetzige Satz 3 als Klammer fungiert hätte. Im Fall des Klägers scheidet eine Anrechnung der Gestattungszeiten nach § 55 Abs. 3 AsylG aus, da er nicht als Asylberechtigter oder Flüchtling anerkannt worden sei, sondern nur Abschiebungshindernisse festgestellt seien, die zu einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG geführt hätten.

Bei der Entscheidung des Gerichts hat die Sachakte vorgelegen. Darauf sowie auf die Schriftsätze wird wegen der Einzelheiten ergänzend verwiesen.

Entscheidungsgründe

I. Die Entscheidung trifft im Einverständnis der Beteiligten gemäß § 87a Abs. 2, Abs. 3 VwGO der Berichterstatter an Stelle der Kammer.

II. Eine Entscheidung ergeht im Einverständnis der Beteiligten nach § 101 Abs. 2 VwGO ohne mündliche Verhandlung.

III. Die nach § 42 Abs. 2 Alt. 2 VwGO statthafte und im Übrigen zulässige Verpflichtungsklage ist, wenngleich nicht im Umfang einer Verpflichtung zur Vornahme, so doch einer Neubescheidung über die begehrte Niederlassungserlaubnis, begründet. Soweit die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, spricht das Gericht nach § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde aus, die beantragte Amtshandlung vorzunehmen, wenn die Sache spruchreif ist. Andernfalls spricht es nach § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO die Verpflichtung aus, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden. So liegt er hier. Die Ablehnung einer Niederlassungserlaubnis durch Bescheid vom 17. November 2020 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 5. Oktober 2021 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Die Sache ist aber nicht spruchreif. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Vornahme, so doch auf Neubescheidung. Über seinen Antrag vom 16. April 2020 auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis steht eine Entscheidung nach pflichtgemäßem Ermessen aus.

1. Der Kläger erfüllt nicht die Voraussetzungen eines gebundenen Anspruchs auf eine Niederlassungserlaubnis nach der allgemeinen Vorschrift des § 9 Abs. 2 AufenthG.

Dem Kläger fehlt (noch knapp) die dafür erforderliche Aufenthalts(status)dauer. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG muss der Ausländer die Aufenthaltserlaubnis seit fünf Jahren besitzen. Eine Aufenthaltserlaubnis besitzt der Kläger aber (erst) ab 28. September 2018, mithin seit vier Jahren und drei Monaten. Anrechnungszeiten stehen ihm insoweit nicht zu. Nach § 6 Abs. 3 Satz 3 AufenthG wird die Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts mit einem nationalen Visum auf die Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis angerechnet. Über ein Visum verfügte der als Asylbewerber eingereiste Kläger nicht. Die Zeit seines aufgrund § 55 Abs. 1 AsylG während des Asylverfahrens gestatteten Aufenthalts wird nicht nach § 55 Abs. 3 AsylG angerechnet. Zum einen findet eine Anrechnung der Rechtsfolge dieser Vor-

schrift nach nur statt, soweit der Erwerb oder die Ausübung eines Rechts oder einer Vergünstigung von der Dauer des Aufenthalts im Bundesgebiet abhängig ist. Eine Anrechnung auf die Dauer einer Aufenthaltserlaubnis unterbleibt nach dieser Vorschrift. Zum anderen erfüllt der Kläger den Tatbestand dieser Vorschrift nicht, da er weder als Asylberechtigter anerkannt ist noch ihm internationaler Schutz i.S.d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 AsylG zuerkannt wurde, sondern zu seinen Gunsten ein nationales Abschiebungsverbot festgestellt wurde.

Unabhängig davon fehlt es dem Kläger an den nach der allgemeinen Vorschrift vorausgesetzten Beitragsleistungen. Nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG muss der Ausländer mindestens 60 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, wobei berufliche Ausfallzeiten auf Grund von Kinderbetreuung oder häuslicher Pflege entsprechend angerechnet werden. Die danach erforderlichen Beiträge hat der Kläger - aufgrund seiner Jugend und der erst vor etwa drei Jahren begonnenen Berufsausbildung - noch nicht leisten können.

2. Der Kläger erfüllt gleichfalls nicht die Voraussetzungen, unter denen aufgrund § 26 Abs. 4 Satz 1 bis 3 i.V.m. § 9 Abs. 2 AufenthG nach Ermessen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden darf.

Zwar hat der Kläger den insoweit erforderlichen Aufenthaltsstatus inne. Er besitzt, wie § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG voraussetzt, eine Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen). Hinsichtlich des der allgemeinen Vorschrift des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG zu entnehmenden Erfordernisses eines fünfjährigen Besitzes der Aufenthaltserlaubnis wird nach § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens angerechnet, hier die Zeit zumindest ab Asylantragstellung i.S.d. § 14 AsylG am 16. Juli 2015.

Doch hat der Kläger, wie im Ablehnungs- und im Widerspruchsbescheid zutreffend ausgeführt, nicht gemäß § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG mindestens 60 Monate Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung oder entsprechende Leistungen erbracht (s.o. 1.). Auf diese Erteilungsvoraussetzung verweist § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG.

3. Der Kläger erfüllt gleichfalls nicht die Voraussetzungen, unter denen eine Niederlassungserlaubnis nach Ermessen gemäß § 26 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erteilt werden darf.

Im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist einem minderjährigen Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 6 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus familiären Gründen) besitzt, abweichend von § 9 Abs. 2 eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn er im Zeitpunkt der Vollendung seines 16. Lebensjahres seit fünf Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis ist.

Zwar ermöglicht § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG eine entsprechende Anwendung des § 35 AufenthG zugunsten des Klägers. Nach dem aus sich heraus nicht vollständigen und sprachlich missglückten Wortlaut dieser Vorschrift kann für „Kinder“, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, § 35 AufenthG entsprechend angewandt werden. Zum einen ist § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG im Zusammenhang mit § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zu lesen, so dass eine „Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt“ vorausgesetzt wird (Aufenthalt aus Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes). Zum anderen sind „Kinder“ jegliche Personen unabhängig von ihrem gegenwärtigen Alter. Anderenfalls wäre die weitere Voraussetzung „die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind“ überflüssig. Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen des § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG. Er hat eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen inne und ist am 17. November 1998 geboren und am 17. April 2015 im Alter von 17 Jahren eingereist.

Doch erfüllt der Kläger die in Bezug genommene Voraussetzung des § 35 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht. Denn er ist nicht vor Vollendung seines 16. Lebensjahres eingereist.

4. Demgegenüber liegen die Voraussetzungen vor, unter denen aufgrund § 26 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis nach Ermessen erteilt werden darf.

Im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn (Nr. 1) der Ausländer volljährig und seit fünf Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis ist, (Nr. 2) er über ausreichende Kenntnisse der deutschen

Sprache verfügt und (Nr. 3) sein Lebensunterhalt gesichert ist oder er sich in einer Ausbildung befindet, die zu einem anerkannten schulischen oder beruflichen Bildungsabschluss oder einem Hochschulabschluss führt. Die vorausgesetzte Aufenthaltserlaubnis muss eine nach Kapitel 2 Abschnitt 6 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus familiären Gründen) sein. Dies folgt bereits aus der systematischen Stellung zu und die Anknüpfung an („Das Gleiche gilt“) § 35 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, der dieses Erfordernis ausdrücklich enthält. Diese Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen muss seit fünf Jahren besessen sein, unter nach § 6 Abs. 3 Satz 3 AufenthG möglicher Anrechnung insbesondere eines Visums zur Familienzusammenführung.

Eine entsprechende Anwendung des § 35 AufenthG auf minderjährig eingereiste Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis auf humanitären Gründen eröffnet § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG zugunsten des Klägers (s.o. 3.).

Im Rahmen der entsprechenden Anwendung muss - um sie nicht leerlaufen zu lassen - statt einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 6 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus familiären Gründen) eine solche nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen nach) ausreichen, so wie der Kläger sie gegenwärtig innehat.

Weiter muss im Rahmen der entsprechenden Anwendung diese Aufenthaltserlaubnis nicht bereits fünf Jahre besessen sein, mit der Möglichkeit allein der Anrechnung eines nationalen Visums nach § 6 Abs. 3 Satz 3 AufenthG. Vielmehr ist nach § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens anzurechnen, hier ab Antragstellung gemäß § 14 AsylG am 16. Juli 2015. Die Anwendung der Anrechnung nach Satz 3 im Rahmen der Verweisung nach Satz 4 ist geboten. Diese Auslegung folgt aus systematischen, historischen und teleologischen Erwägungen. Sie steht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einklang. Im Einzelnen:

Die gesetzliche Systematik bereitet der Auslegung den Boden. Die Reihung der Verweisungsregelung in Satz 4 nach der Anrechnungsregelung in Satz 3 dient gerade einer Anwendung der Anrechnungsregelung auf alle Fälle des § 26 Abs. 4 AufenthG. Stünde die Verweisungsregelung in Satz 3 und die Anrechnungsregelung aber in Satz 4, so wäre die Anrechnung ausschließlich in Fällen der Verweisung möglich, nicht jedoch in Fällen, in denen lediglich Satz 1 und 2 angewandt werden. Um eine solche Ausschließlichkeit zu vermeiden, ist die Anrechnungsregelung in Satz 3 verortet, die Verweisungsregelung in Satz 4.

Die Reihung der Verweisungsregelung in Satz 4 nach der Anrechnungsregelung in Satz 3 schließt nicht ihrerseits eine Anrechnung in Fällen der Verweisung aus. Denn Satz 4 steht innerhalb desselben Absatzes wie Satz 3 und ist in diesem Zusammenhang zu verstehen. Eine Entkopplung von den Regelungen in § 26 Abs. 4 Satz 1 bis 3 AufenthG wäre durch gesonderte Absätze zum Ausdruck zu bringen gewesen und zum Ausdruck gebracht worden. Dass § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG aus sich heraus nicht vollständig ist, belegt bereits die Anwendung des § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zu entnehmenden Erfordernisses einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes (s.o. 3.). Die damit zwischen Satz 1 und Satz 4 hinsichtlich der vorausgesetzten Aufenthaltserlaubnis bestehende Verklammerung führt zur Anwendung auch der eben diese Aufenthaltserlaubnis betreffenden Anrechnungsregelung.

Die gesetzliche Historie bekräftigt die äußere wie auch inhaltliche Verklammerung. Geschaffen wurde § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG als Ergänzung der grundsätzlich § 35 Abs. 1 AuslG entsprechenden Regelungen in § 26 Abs. 4 Satz 1 bis 3 AufenthG. Der Begründung des Gesetzentwurfs lässt nicht erkennen, dass der Gesetzgeber die Reihung der Sätze dazu gewählt hätte, um Satz 3 im Rahmen von Satz 4 die Anwendbarkeit zu nehmen. Vielmehr lässt sie die Zuordnung zum gleichen Absatz im neugeschaffenen Aufenthaltsgesetzes als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für einen Sinnzusammenhang erscheinen. In der Entwurfsbegründung ist zu § 26 Abs. 4 AufenthG ausgeführt (BT-Dr 15/420, S. 80, Hervorhebung nur hier):

„Absatz 4 entspricht § 35 Abs. 1 AuslG. Die Wartezeit wird von acht Jahren auf sieben Jahre verkürzt, um den unter dem Ausländergesetz bestehenden Wertungswiderspruch zu den Einbürgerungsvorschriften zu vermeiden: Nach § 35 Abs. 1 AuslG kann dem Ausländer, der seit acht Jahren eine Aufenthaltsbefugnis besitzt, eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden; als Inhaber einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis hat er dann – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – unmittelbar einen Einbürgerungsanspruch nach § 85 Abs. 1 AuslG. Mit Satz 2 wird klargestellt, dass auch bei Ausländern mit einem humanitären Aufenthaltsrecht in Ausnahmefällen eine Aufenthaltsverfestigung möglich ist, wenn die für einen unbefristeten Aufenthaltstitel erforderlichen Kenntnisse unverschuldet nicht erreicht werden können. Mit Satz 4 wird Kindern mit einem humanitären Aufenthaltsrecht unter den gleichen Voraussetzungen die Aufenthaltsverfestigung ermöglicht, wie sie bei Kindern gelten, die eine zum Zwecke der Familienzusammenführung erteilte Aufenthaltserlaubnis besitzen. Diese Regelung ist aus integrationspolitischen Gründen und zur Wahrung des Kindeswohls zwingend erforderlich, da diese Kinder ansonsten eine Aufenthaltsverfestigung in vielen Fällen nicht erreichen könne.“

Daraus folgt zugleich das - letztlich maßgebende - teleologische Argument: Der Gesetzgeber bezweckt ausdrücklich, Kindern mit einem humanitären Aufenthaltsrecht unter den gleichen Voraussetzungen die Aufenthaltsverfestigung zu ermöglichen wie Kindern mit einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug. Der gesetzgeberische Zweck erfordert es, § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG, auch im Rahmen des § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG anzuwenden. Die Gegenauffassung (Röcker, in Bergmann/Dienelt, 13. Aufl. 2020, AufenthG) lässt die vorfindlichen strukturellen Unterschiede der benannten Personengruppen außer Acht. Würden die Anrechnungszeiten des § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG für minderjährig Eingereiste nicht gelten, so würde dem privilegierenden Verweis auf § 35 AufenthG weitgehend die Bedeutung genommen (Roman Fränkel in, NK-AuslR, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 26 Rn. 30). Die nach dem gesetzgeberischen Zweck verfolgte Gleichstellung bei der Aufenthaltsverfestigung gebietet, die Unterschiede in der Titelerteilungsgeschichte auszugleichen, die zwischen den Personen, auf die § 35 AufenthG unmittelbar Anwendung findet, und den Personen, auf die § 35 AufenthG über § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG entsprechende Anwendung findet, regelhaft vorliegen.

Im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 35 AufenthG profitieren Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 6 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus familiären Gründen) zum einen von der Anrechnung der Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts mit einem nationalen Visum zum Familiennachzug nach § 6 Abs. 3 Satz 3 AufenthG. Zum anderen konnten sie bereits als Minderjährige von der Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis beanspruchen, ohne zuvor eine Entscheidung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge über einen Schutzstatus nach Art. 16a GG, §§ 3, 4 AsylG oder eine Schutzform nach § 60 Abs. 5, Abs. 7 AufenthG erwirken, erstreiten oder, wie der Kläger, selbst nach entsprechender gerichtlicher Verpflichtung noch abwarten zu müssen.

Demgegenüber waren die von § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG erfassten Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen) in der Vergangenheit regelhaft zunächst ohne Aufenthaltstitel nach dem Aufenthaltsgesetz (Visum oder Aufenthaltserlaubnis) gewesen. Zum Ausdruck kommt diese in der Vergangenheit vergleichsweise prekäre Situation in der Entwurfsbegründung. Danach soll § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG nicht allein „Kindern mit einer humanitären Aufenthaltserlaubnis“, sondern allgemein „Kindern mit einem humanitären Aufenthaltsrecht“ zugutekommen. Die an ein Asylverfahren nach § 55 Abs. 1 AsylG anknüpfende Aufenthaltsgestattung vermittelt ein solches nach dem Willen

des Gesetzgebers ausreichendes humanitäres Aufenthaltsrecht außerhalb des Aufenthaltsgesetzes. Eines Aufenthaltstitels bereits zu Zeiten der Minderjährigkeit bedarf es nicht. Anderenfalls könnte die Gleichstellung mit unmittelbar von § 35 AufenthG begünstigten Personen nicht erreicht werden, da nach dem Vorstehenden nur diese regelhaft bereits als Minderjährige einen Aufenthaltstitel innehatten.

Diese Auslegung steht mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Einklang. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in dem von der Beklagten in Bezug genommenen Urteil letztlich gerade nicht darauf gestützt, dass nach § 26 Abs. 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG die Aufenthaltserlaubnis seit fünf Jahren besessen sein müsste (BVerwG, Urte. v. 13.9.2011, 1 C 17/10, BVerwGE 140, 332, Rn. 21-23, Hervorhebung nur hier):

„Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erfüllt der im Alter von 16 Jahren eingereiste Kläger nicht, weil er nicht - wie erforderlich - im Zeitpunkt der Vollendung des 16. Lebensjahres seit fünf Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen war.

Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG liegen bei ihm ebenfalls nicht vor. Diese Bestimmung verlangt u.a., dass der Ausländer volljährig und seit fünf Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist (Nr. 1). Sie sieht damit die privilegierte Erteilung einer Niederlassungserlaubnis auch an volljährig gewordene Kinder vor, erfasst aber, wie sich aus einer Zusammenschau mit Satz 1 und der Gesamtregelung des Kindernachzugs in diesem Abschnitt ergibt, nach ihrem 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 Niederlassungserlaubnis führt. Die Aufenthaltserlaubnis, die die Grundlage für die spätere Verfestigung des Aufenthalts bildet, muss also dem minderjährigen Kind erteilt worden sein; allenfalls der Ablauf des Fünf-Jahres-Zeitraums kann nach Eintritt der Volljährigkeit liegen. Verlangt aber § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, dass die Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug dem Minderjährigen erteilt worden ist, so muss dies - übertragen auf die humanitäre Aufenthaltserlaubnis - auch bei entsprechender Anwendung der Vorschrift nach § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG gelten (vgl. Urteil vom 10. November 2009 a.a.O. Rn. 24).

Der Kläger war bei Eintritt der Volljährigkeit weder im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis noch hatte er einen Rechtsanspruch auf Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels. Dass er als Minderjähriger eingereist war und sich bei Eintritt der Volljährigkeit in einem laufenden Asylverfahren befand, genügt vorliegend nicht für eine entsprechende Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Über die Regelung in § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG sollen Kinder, die im Besitz eines humanitären Aufenthaltstitels sind, unter den gleichen Bedingungen wie Kinder, die im Besitz eines Aufenthaltstitels aus familiären Gründen sind, eine Niederlassungserlaubnis erhalten können. Soweit § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG auch für inzwischen volljährig gewordene Kinder Erleichterungen bei der Aufenthaltsverfestigung vorsieht, ist allerdings erforderlich, dass die rechtliche Grundlage für die Aufenthaltsverfestigung vor Vollendung der Volljährigkeit geschaffen wurde und seit mindestens fünf Jahren unun-

terbrochen fortbesteht. Selbst wenn man im Rahmen einer entsprechenden Anwendung des § 35 AufenthG zugunsten des Klägers die Aufenthaltszeit des vorangegangenen Asylverfahrens dem Besitz eines humanitären Aufenthaltstitels gleichstellen würde, lägen diese Voraussetzungen hier nicht vor, da der Aufenthalt des Klägers nach Abschluss des Asylverfahrens über einen längeren Zeitraum lediglich geduldet und damit nicht rechtmäßig war. Jedenfalls bei einer derartigen Unterbrechung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts kommt eine entsprechende Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG nicht in Betracht.“

Das Bundesverwaltungsgericht hat nur für den Fall einer „derartigen Unterbrechung“ die Voraussetzung des § 26 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 35 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AufenthG verneint. Diese Voraussetzung hat es indessen bejaht in dem Fall „dass die rechtliche Grundlage für die Aufenthaltsverfestigung vor Vollendung der Volljährigkeit geschaffen wurde und seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen fortbesteht“. Eben dieser letztlich tragende Grund findet sich auch in der Urteilsanmerkung (Fricke, jurisPR-BVerwG 24/2011 Anm. 3, Hervorhebung nur hier):

„Bei den Hinweisen zum weiteren Verfahren nach der Zurückweisung stellt das BVerwG in Anknüpfung an seine Ausführungen in seinem Urteil vom 10.11.2009 (1 C 24.08 - BVerwGE 135, 225 Rn. 29) klar, dass dem Kläger nicht nach § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG in entsprechender Anwendung des § 35 AufenthG unter erleichterten Voraussetzungen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann. Denn er erhielt erst nach Eintritt der Volljährigkeit eine Aufenthaltserlaubnis. Dass er als Minderjähriger eingereist war und sich bei Eintritt der Volljährigkeit in einem laufenden Asylverfahren befand, genügt nicht für eine entsprechende Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Selbst wenn man im Rahmen einer entsprechenden Anwendung des § 35 AufenthG zugunsten des Klägers die Aufenthaltszeit des vorangegangenen Asylverfahrens dem Besitz eines humanitären Aufenthaltstitels gleichstellen würde, lägen die Voraussetzungen für eine entsprechende Anwendung nicht vor, da der Aufenthalt nach Abschluss des Asylverfahrens über einen längeren Zeitraum lediglich geduldet und damit nicht rechtmäßig war.“

Der Anforderung, dass „die rechtliche Grundlage für die Aufenthaltsverfestigung vor Vollendung der Volljährigkeit geschaffen wurde und seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen fortbesteht“, wird eben durch die Anwendung des § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG auch im Rahmen des § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG entsprochen. Erst die Anrechnung des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens ermöglicht es, in jedem Fall zu berücksichtigen, dass „die rechtliche Grundlage für die Aufenthaltsverfestigung vor Vollendung der Volljährigkeit geschaffen wurde“. Wie dargestellt, findet für minderjährig Eingereiste, die nunmehr eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen innehaben, die Aufenthaltsverfestigung regelhaft eine zu Zeiten der Minderjährigkeit geschaffene rechtliche Grundlage in einem einem zunächst außerhalb des Aufenthaltsgesetzes stehenden humanitären Aufenthaltsrecht. Dem Erfordernis, dass die rechtliche Grundlage „seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen fortbesteht“ wird Genüge getan, durch die Beachtung

dessen, dass auf den Fünfjahreszeitraum gemäß § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG nur die „Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens“ angerechnet wird.

Die übrigen Voraussetzungen der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis entsprechend § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 AufenthG sowie nach § 5 AufenthG sind zugunsten des Klägers gegeben. Eine Nachholung des Visumsverfahrens ist, zumal ausgehend von dem festgestellten Abschiebungsverbot, nicht zumutbar.

5. Der Kläger kann auf dieser Grundlage von der Beklagten beanspruchen, über seinen Antrag vom 16. April 2020 auf eine Niederlassungserlaubnis nach pflichtgemäßem Ermessen erneut zu bescheiden. Die pflichtgemäße Ermessensausübung unterliegt nach § 114 Satz 1 VwGO gerichtlicher Überprüfung. Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie gemäß § 40 HmbVwVfG ihr Ermessen auszuüben entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

Die Ausübung des durch § 26 Abs. 4 Satz 4 i.V.m § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG eröffneten Ermessens steht noch aus. In der Ausübung ihres Ermessens hat sich die Beklagte an dem gesetzgeberischen Zweck auszurichten, minderjährig Eingereiste mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen den minderjährig Eingereisten mit einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen gleichzustellen. Die Beklagte hat dabei insbesondere die zugunsten des Klägers für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis sprechenden Umstände zu erwägen. Der Kläger übererfüllt die tatbestandlichen Voraussetzungen, die nach dem Gesetz das Ermessen eröffnen. Insbesondere hat er nicht erst seit fünf Jahren, sondern bereits seit über sieben Jahren ab Juli 2015 ein humanitäres Aufenthaltsrecht inne. Darüber hinaus besitzt er eine Aufenthaltserlaubnis ab September 2018 und damit seit (weit) über drei Jahren. Damit ist kein gesetzliches Erfordernis angesprochen. Aber es entspricht der im Widerspruchsbescheid dargestellten Ermessenspraxis der Beklagten im Rahmen des § 26 Abs. 4 AufenthG, grundsätzlich einen dreijährigen Besitz der Aufenthaltserlaubnis zu verlangen, aber auch ausreichen zu lassen. Als gesetzliche Grenze des Ermessens gilt es insbesondere in diesem Zusammenhang, den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten.

IV. Die verhältnismäßige Teilung der Kosten des Verfahrens nach § 155 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 VwGO berücksichtigt, dass der Kläger angesichts der für eine Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach Ermessen sprechenden Umstände überwiegend obsiegt. Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 Abs. 1 und 2 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 709 Satz 2, 711 Satz 1 und 2 ZPO.