

Besondere Aufenthaltsrechte

16. September 2017

Anwaltssozietät | **Jurati**

Sven Hasse

Fachanwalt für Migrationsrecht &
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Schönhauser Allee 83

10439 Berlin

Tel 030 4467 4467

www.jurati.de

Inhaltsverzeichnis

I. Recht auf Wiederkehr (§ 37 AufenthG)	4
1. Regelungszweck.....	4
2. Tatbestandsvoraussetzungen.....	4
3. Ausnahmen bei besonderer Härte.....	5
4. Sonderfall Zwangsverheiratung.....	5
5. Versagungsgründe (Abs. 3).....	6
6. Verlängerung (Abs. 4).....	6
7. Wiederkehroption für Rentner (Abs. 5).....	6
II. Ehemalige Deutsche (§ 38 AufenthG)	8
1. Regelungszweck.....	8
2. Erteilungsvoraussetzungen bei Inlandsaufenthalt (Abs. 1).....	8
3. Erteilungsvoraussetzungen bei Auslandsaufenthalt (Abs. 2).....	9
4. Personen, die als Deutsche behandelt wurden (Abs. 5).....	9
III. Nicht vorgesehener Aufenthaltsweg (§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG)	10

I. Recht auf Wiederkehr (§ 37 AufenthG)

1. Regelungszweck

§ 37 AufenthG bietet jugendlichen Ausländern, die Deutschland nach einem längeren Aufenthalt verlassen haben eine von anderen Aufenthaltswegen unabhängige Wiederkehroption.

Vor einer Prüfung von § 37 AufenthG ist zunächst zu klären, ob ein früheres Aufenthaltsrecht überhaupt erloschen ist. Zu beachten ist hierbei insbesondere § 51 Abs. 4 S. 2 AufenthG oder Art. 7 ARB 1/80¹, wonach ein Aufenthaltstitel bei bestimmten Zwangssituationen nicht erlischt.

2. Tatbestandsvoraussetzungen

Kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen sind

- **8 Jahre rechtmäßiger Aufenthalt** in Deutschland
Das Gesetz verlangt keinen ununterbrochenen Aufenthalt, so dass einzelne Zeiten addiert werden können²
- **6 Jahre Schulbesuch**, von denen im Ermessen abgesehen werden kann, wenn im Bundesgebiet ein anerkannter Schulabschluss erworben wurde
- **Antragstellung** zwischen dem 15. und **vor Vollendung des 21. Lebensjahres**
- Antragstellung **innerhalb von fünf Jahren** nach Ausreise
- **Sicherung des Lebensunterhalts** für fünf Jahre
Diese kann durch zeitlich beschränkte Verpflichtungserklärung, Unterhaltsgewährung erfolgen. Da die Aufenthaltserlaubnis zur Erwerbstätigkeit berechtigt³, ist auch die Vorlage eines Arbeitsvertrages möglich. Dieser muss nicht unbefristet sein, aber die Eingliederung in das Berufsleben erwarten lassen⁴. Zeitpunkt der Beurteilung ist der Tag der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz⁵.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts setzt die Vorschrift nach ihrer Entstehungsgeschichte voraus, dass eine **Ausreise freiwillig** erfolgt ist und zuvor die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht bereits erfüllt waren⁶. Da der gesetzlichen Regelung ein solches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal nicht zu entnehmen ist, ist diese Auslegung sehr zweifelhaft⁷.

¹ vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 14.07.2009, 4 Bs 109/09

² Nr 37.1.1.3 VwV-AufenthG

³ § 37 Abs. 1 S. 2 AufenthG

⁴ Nr 37.1.2 VwV-AufenthG

⁵ OVG Berlin-Brandenburg, 30.04.2009, OVG 12 B 19.07

⁶ BVerwG, 06.03.2008, 1 C 16.06

⁷ Dienelt in Renner, § 37 Rn. 5, Müller in Hofmann, § 37 Rn. 7

3. Ausnahmen bei besonderer Härte

Von Voraufenthaltszeiten und Altersgrenzen kann zur Vermeidung einer **besondere Härte** abgesehen werden, von der Lebensunterhaltssicherung allerdings nicht (§ 37 Abs. 2 AufenthG).

Der Begriff „besondere Härte“ ist ein unbestimmtes Tatbestandsmerkmal und gerichtlich voll überprüfbar. Liegt eine besondere Härte vor, *kann* (Ermessen!) von den Voraufenthaltszeiten und Altersgrenzen abgesehen werden. Für die Annahme einer „besonderen Härte“ verlangt die Rechtsprechung, dass neben einem längeren Aufenthalt in der Bundesrepublik die dadurch bewirkte Integration bzw. „Integrationsfähigkeit“ durch den Auslandsaufenthalt nicht wieder verloren gegangen ist.

„Kennzeichnend für den typischen Wiederkehrer ist zum einen eine durch einen langjährigen rechtmäßigen Aufenthalt und Schulbesuch in Deutschland eingetretene Aufenthaltsverfestigung und zum anderen, dass der Ausländer trotz seines zwischenzeitlichen Aufenthalts die hierdurch bewirkte Integration und seine Integrationsfähigkeit nicht wieder verloren hat. Daran fehlt es bei einem in Deutschland geborenen und aufgewachsenen Ausländer, der im Zeitpunkt der Visumantragstellung 36 Jahre alt ist und sich seit 14 Jahren im Ausland aufhält. Dass bei einem derart langen Auslandsaufenthalt, der die gesetzliche Höchstfrist von fünf Jahren um neun (bzw. sieben) Jahre überschreitet, die frühere Integration bei einem zudem dem jugendlichen Alter längst erwachsenen Ausländer noch fortbesteht, erscheint allenfalls in einem besonderen Ausnahmefall denkbar. Auf die Gründe, die dazu geführt haben, dass ein Ausländer nicht dem Typus des Wiederkehrers entspricht oder gleicht, er insbesondere nicht die notwendige Reintegrationsfähigkeit aufweist, bzw. auf die Frage, ob ihn insoweit ein (alleiniges) Verschulden trifft, kommt es schon grundsätzlich nicht an.“⁸

4. Sonderfall Zwangsverheiratung

Bei Zwangsverheirateten *kann* (Ermessen!) von den Voraussetzungen des Voraufenthalts, der Lebensunterhaltssicherung und der Altersgrenzen abgesehen werden (§ 37 Abs. 2a AufenthG). Nötigung zu einer Zwangsehe bedeutet eine Eheschließung durch Willensbeugung im Sinne des § 237 StGB. Von wem die Nötigung ausgeht, ist unerheblich. Allerdings liegt die Beweislast für eine Zwangsehe und den dadurch erzwungenen Verbleib im Ausland beim Ausländer.

Der Antrag muss innerhalb von drei Monaten nach Wegfall der Zwangslage, spätestens jedoch vor Ablauf von fünf Jahren seit Ausreise gestellt werden. Weitere Voraussetzung ist eine positive Integrationsprognose, welche nach der Gesetzes-

⁸ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil, 20.03.2014 – OVG 11 B 16.14

begründung auf Sprachkenntnisse, Länge des Voraufenthalts und die Regelmäßigkeit des Schulbesuchs abstellt.

Soweit bei Zwangsverheirateten die Voraussetzungen des Voraufenthalts und Schulbesuchs (§ 37 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) erfüllt sind, *soll* (Regelfall) ein Titel erteilt werden. Ein Rückkehrrecht ist dann nicht vom Lebensalter abhängig und die Frist zur Antragsstellung beträgt zehn Jahre.

5. Versagungsgründe (Abs. 3)

Die Aufenthaltserlaubnis *kann* (Ermessen!) versagt werden, wenn

- eine Ausweisung erfolgte oder im Zeitpunkt der Ausreise ein Ausweisungsinteresse bestand
Ein früheres Ausweisungsinteresse ist jedoch nur dann relevant, wenn eine Ausweisung auch potenziell möglich gewesen wäre. Ein besonderer Ausweisungsschutz ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen.
- aktuell ein Ausweisungsinteresse besteht
- Minderjährigkeit ohne Möglichkeit der persönlichen Betreuung im Bundesgebiet besteht

6. Verlängerung (Abs. 4)

Eine Verlängerung des Titels ist auch bei Wegfall der Sicherung des Lebensunterhalts und Ablauf der Verpflichtungserklärung für 5 Jahre möglich. Ob einer Verlängerung dann der Versagungsgrund „Ausweisungsinteresse“ wegen des Leistungsbezuges entgegen steht, ist umstritten⁹. Auf die Wiederkehroption für Rentner (Abs. 5) ist diese Regelung nicht anwendbar.

7. Wiederkehroption für Rentner (Abs. 5)

Personen, die eine Rente von einem Rententräger im Bundesgebiet beziehen, steht *in der Regel* ein eigenes Wiederkehrrecht zu, wenn sie sich seit mindestens **acht Jahren rechtmäßig** im Bundesgebiet aufgehalten haben. Es muss sich bei der Rente nicht um selbst erworbene Ansprüche handeln; eine Witwenrente ist ausreichend¹⁰.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist weitere – ungeschriebene - Tatbestandsvoraussetzung dass der Ausländer zusätzlich die Voraussetzungen für ein Daueraufenthaltsrecht erfüllt hatte, diesen Status jedoch aufgrund freier Ent-

⁹ so Nr. 37.4.2 VwV-AufenthG, Dienelt in Renner, § 37 Rn. 10, a.A. Müller in Hofmann § 37 Rn. 20

¹⁰ BVerwG, Urteil vom 06.03.2008, BVerwG 1 C 16.06

scheidung mit seiner Ausreise aufgegeben hat¹¹.

Da auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen Anwendung finden, muss insbesondere der Lebensunterhalt gesichert sein. Zu beachten ist hierbei, dass die Aufenthaltserlaubnis für Rentner (anders als in Abs. 1 S. 2 AufenthG) nicht automatisch zur Erwerbstätigkeit berechtigt¹². Der Regelfall des Abs. 5 soll außerdem dann nicht vorliegen, wenn der Rentner zwar eine Rente bezieht, jedoch weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausübt, mit der er überwiegend seinen Lebensunterhalt bestreitet¹³.

Vorrangig sollte in diesen Fällen geprüft werden, ob eine Niederlassungserlaubnis fortbesteht, die bei vorherigem 15-jährigem rechtmäßigem Inlandsaufenthalt bei Wegzug ins Ausland unter den Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 AufenthG nicht erlischt.

¹¹ BVerwG, Urteil vom 06.03.2008, BVerwG 1 C 16.06

¹² Nr. 37.5.3 VwV-AufenthG

¹³ OVG NRW, 15.4.2004, 19 A 2265/02, Dienelt in Renner § 37 Rn. 60, a.A. Müller in Hofmann § 37 Rn. 23

II. Ehemalige Deutsche (§ 38 AufenthG)

1. Regelungszweck

Adressaten dieses Aufenthaltsrechts sind Personen, deren deutsche Staatsangehörigkeit verloren gegangen ist. Dies wird in der Praxis zumeist auf § 25 StAG beruhen, der regelt:

„Ein Deutscher verliert seine Staatsangehörigkeit mit dem Erwerb einer ausländischen Staatsangehörigkeit, wenn dieser Erwerb auf seinen Antrag oder auf den Antrag des gesetzlichen Vertreters erfolgt (...)“

Abs. 1 regelt die Erteilung eines Aufenthaltstitels an ehemalige Deutsche mit Aufenthalt im Inland, Abs. 2 enthält eine Ermessensvorschrift bei gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland.

2. Erteilungsvoraussetzungen bei Inlandsaufenthalt (Abs. 1)

Ehemaligen Deutschen, die sich im Inland befinden, *ist* (kein Ermessen!) auf Antrag eine **Niederlassungserlaubnis** zu erteilen, wenn sie bei Verlust der Staatsangehörigkeit seit fünf Jahren ihren gewöhnlichen Aufenthalt als Deutsche im Bundesgebiet hatten (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG).

Soweit bei Verlust ein gewöhnlicher Inlandsaufenthalt von mindestens einem Jahr vorliegt, ist eine **Aufenthaltserlaubnis** zu erteilen (§ 38 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG). Hierbei wird anders als in Nr. 1 nicht vorausgesetzt, dass sich der Ausländer ein Jahr lang als Deutscher aufgehalten hat. Somit können auch Zeit vor einer Einbürgerung berücksichtigt werden. Der Aufenthalt muss auch nicht rechtmäßig gewesen sein, sondern lediglich „gewöhnlich“. Damit sind auch (nicht rechtmäßige) Zeiten zu berücksichtigen.

Der Antrag ist innerhalb von **sechs Monaten nach Kenntnis** des Verlustes der Staatsangehörigkeit zu stellen. Erforderlich ist die positive Kenntnis vom Verlust. Eine Vermutung oder die Kenntnis der Umstände, auf denen der Verlust beruht, ist nicht ausreichend. Die Ausländerbehörde trägt für den Nachweis der Kenntnis die Beweislast¹⁴.

Tritt er Verlust der Staatsangehörigkeit nicht durch die Verlusttatbestände des § 17 StAG, sondern durch eine Rücknahme der Einbürgerung nach § 35 Abs. 4 StAG mit Wirkung für die Vergangenheit ein, ist die Vorschrift jedenfalls analog anwendbar¹⁵. Zum Fristbeginn führt das BVerwG in diesen Fällen aus:

„Ein Ausländer, dessen Einbürgerung zurückgenommen worden ist, hat erst dann Kenntnis vom Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit i.S.d. § 38 Abs. 1 S. 2 AufenthG, wenn der Rücknahmebescheid bestandskräftig ist.“

¹⁴ Müller in Hofmann § 38 Rn. 15 m.w.N.

¹⁵ BVerwG, Urteil vom 19.04.2011, 1 C 16/10

Der Aufenthalt im Inland gilt bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde über die Erteilung eines Aufenthaltstitels als erlaubt (§ 38 Abs. 1 S. 3 i.V.m. § 81 Abs. 3 AufenthG).

3. Erteilungsvoraussetzungen bei Auslandsaufenthalt (Abs. 2)

Im Falle eines **Auslandsaufenthalts** *kann* (Ermessen!) eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache vorliegen (§ 38 Abs. 2 AufenthG), was dem Niveau B1 des GER entspricht¹⁶.

Die Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG müssen vorliegen. Hiervon kann in „besonderen Fällen“ abgesehen werden (§ 38 Abs. 3 AufenthG)¹⁷.

4. Personen, die als Deutsche behandelt wurden (Abs. 5)

Eine Niederlassungserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis erhält auch, wenn zwar keine deutsche Staatsangehörigkeit bestand, der Ausländer aber aus einem von ihm nicht zu vertretenden Grund von deutschen Stellen irrtümlich als Deutscher behandelt wurde. Denkbar sind neben einer erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung¹⁸ auch Fälle, in denen irrtümlich ein deutscher Pass ausgestellt wurde oder eine Zulassung zu einem Beruf erfolgte, der Deutschen vorbehalten ist.

Die Vorschrift ähnelt § 3 StAG, wonach die deutsche Staatsangehörigkeit auch erwirbt, wer 12 Jahre lang unverschuldet als Deutscher behandelt wurde. Anders als § 3 StAG enthält § 38 Abs. 5 AufenthG keine Mindestfrist für die „Behandlung“. Eine einmalige „Behandlung“ wird jedoch nicht für ausreichend erachtet, da der Begriff „bisher“ eine gewisse Kontinuität voraussetzt.

III. In anderen Mitgliedsstaaten langfristig Aufenthaltsberechtigte (§ 38a AufenthG)

Der Aufenthaltstitel für Inhaber einer „Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU“ aus anderen EU-Mitgliedsstaaten gehört systematisch zu den „besonderen Aufenthaltstiteln“ des 7. Abschnitts des Aufenthaltsgesetzes. Die einzelnen Erteilungsvoraussetzungen werden im Zusammenhang mit der Erteilung der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU dargestellt¹⁹.

¹⁶ § 2 Abs. 11 AufenthG

¹⁷ so z.B. die Ländererlasse Schleswig-Holstein und Berlin für türkischstämmige Deutsche oder bei Aufnahme ausländischer Staatsangehörigkeit vor dem 01.01.2005 oder Nr. 38.3.2 VwV-AufenthG

¹⁸ § 1600 BGB

¹⁹ siehe Modul „Aufenthaltsverfestigung 1: unbefristete Aufenthaltstitel“

IV. Nicht vorgesehener Aufenthaltswitz (§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG)

§ 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Aufenthaltswitz „in begründeten Fällen“ im Ermessen der Ausländerbehörde.

Ist der Aufenthaltswitz in einer speziellen Vorschrift des Aufenthaltsgesetzes erfasst, deren Voraussetzungen aber nicht vorliegen, eröffnet die Vorschrift keine Möglichkeit zur Ausübung zusätzlichen Ermessens. Sie soll vielmehr in Fällen Anwendung finden, die der Gesetzgeber nicht geregelt hat.

Folgende Fallgruppen haben in der Praxis Bedeutung:

- Einreise zur Eheschließung/Begründung einer Lebenspartnerschaft im Bundesgebiet²⁰
- Anwesenheit bei der Geburt des eigenen Kindes in Deutschland („Aufenthaltsrechtliche Vorwirkungen der Geburt“)²¹
- Vermögende Ausländer, die in Deutschland von ihrem Vermögen leben oder ihre Ferienwohnung längerfristig benutzen möchten²²
- Durchführung eines Adoptionsverfahrens für ein Kindes aus einem Staat, der dem Haager Adoptionsübereinkommen nicht beigetreten ist, wenn die zuständige Adoptionsvermittlungsstelle die Adoption empfohlen hat²³.
- Erteilung einer vorbehaltlichen Aufenthaltserlaubnis in Fällen der Erlaubnisfiktion (§ 81 Abs. 3 AufenthG) zur Ermöglichung der Ein- und Ausreise, wenn über die Erteilung des eigentlichen Aufenthaltstitels noch nicht entschieden werden kann²⁴.

Die Erteilung setzt voraus, dass alle allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen.

²⁰ OVG Berlin, Urteil vom 10.11.2011, 2 B 11.10

²¹ OVG Bremen, Beschluss 06.07.2015, 1 PA 80/15

²² Nr. 7.1.3 VwV-AufenthG, VG Berlin, Beschluss vom 02.12.2015, 19 L 323.15

²³ BVerwG, Urteil 26.10.2010, 1 C 16/09

²⁴ Nr. 7.1.3 VwV-AufenthG