

O Übersicht über das allgemeine Ausländerrecht

I) Ausgangssituation und gesetzliche Systematik

In Deutschland leben bei 82.438.000 Mio. Einwohnern circa 7.238.000 Mio. Ausländer. In dieser Zahl sind die Asylbewerber ebenso enthalten, wie Studenten, Gastarbeiter oder Geschäftsleute. Allein aufgrund der unterschiedlichen Lebenssachverhalte liegt es nahe, dass das Ausländerrecht der Bundesrepublik Deutschland nicht durch ein Gesetz allein geregelt werden kann. Tatsächlich gibt es eine Vielzahl von Gesetzen, die die Rechtsverhältnisse der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland regeln.

Das Aufenthaltsgesetz, das durch das Zuwanderungsgesetz zum 01.01.2005 eingeführt durch mittlerweile 2 Änderungsgesetze weiterentwickelt, d. h. vorwiegend verschärft wurde, hat das Ausländergesetz abgelöst. Es ist das allgemeine Gesetz, das stets dann zur Anwendung kommt, wenn nicht Spezialgesetze existieren. Solche sind z. B. das Asylverfahrensgesetz für Asylbewerber oder das Freizügigkeitsgesetz/EU für EU-Bürger.

Zu beachten sind weiter die zum Aufenthaltsgesetz ergangenen Rechtsverordnungen, insbesondere

- die Aufenthaltsverordnung
- die Beschäftigungsverordnung
- die Beschäftigungsverfahrensverordnung
- die Integrationskursverordnung.

Allgemeine Verwaltungsvorschriften, die die Gesetzesinterpretation für die Behörden vorgeben, existieren noch nicht. Doch hat das Bundesinnenministerium ‚Vorläufige Anwendungshinweise‘ herausgegeben, die zum Teil durch Ländererlasse ergänzt werden.

Das Freizügigkeitsgesetz/EU regelt die Einreise und den Aufenthalt von Staatsangehörigen anderer Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und ihrer Familienangehörigen (§ 1 FreizügG/EU) sowie der Staatsangehörigen der EWR-Staaten und ihrer Familienangehörigen. Daneben entfalten auch Richtlinien und Verordnungen des Rates der Europäischen Gemeinschaften zunehmende Bedeutung, so etwa

- die Verordnung Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer,
- die Richtlinie Nr. 64/221/EWG zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt,
- die Richtlinie Nr. 68/360/EWG zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen.

Weiter sind das Assoziierungsabkommen der EG mit der Türkei und der hierauf beruhende Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG/Türkei für türkische Arbeitnehmer von großer Bedeutung.

Für Schweizer ist das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Schweiz andererseits vom 21.06.99 in Kraft, das den

Schweizern Freizügigkeit zur Aufnahme einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit gewährt.

Die europarechtlichen Bestimmungen – und es kommen laufend neue hinzu – sind für die deutsche Praxis von zunehmender Bedeutung. Gleiches gilt für die Entscheidungen europäischer Gerichte. Der Europäische Gerichtshof (EuGH), der das EG-Recht bindend auslegt, tritt den nationalen Borniertheiten entschlossen entgegen, fördert die Angleichung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse innerhalb der Europäischen Gemeinschaften und damit auch die Internationalisierung des Rechtes.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), dessen Prüfungsgegenstand die EMRK ist, hat im Hinblick auf die Gewichtung der Menschenrechte bei der Anwendung des nationalen Rechts zunehmend Gewicht.

Dieser Leitfaden wendet sich an Flüchtlinge und ihre Beraterinnen und Berater. Ausländerrechtliche Problemstellungen sind dann entsprechend nur insoweit dargestellt, als sie für Flüchtlinge von Belang sein könnten oder zum Verständnis unentbehrlich sind. Auf die Darstellung des EG-Rechtes und von Spezialproblemen etwa des Staatenlosenrechtes muss verzichtet werden. Wichtig zum Verständnis erscheint jedoch, die Systematik des Aufenthaltsgesetzes darzustellen.

Das Ausländerrecht in Deutschland begreift sich traditionell als Sicherheitsrecht. Noch vor wenigen Jahren waren die Ausländerbehörden vielfach in den Polizeipräsidien räumlich untergebracht – in unmittelbarer Nähe der Haftanstalten. Bis zum Inkrafttreten des Ausländergesetzes am 28.04.1965 wurde das Rechtsverhältnis zwischen Deutschen und Ausländern durch das nationalsozialistische Gesetz über das „Ausländerpolizei u. das Meldewesen sowie das Ausweiswesen“ vom 11.05.1937 und die „Ausländerpolizeiverordnung“ vom 22.08.38 geregelt. Das Ausländergesetz von 1990 setzte seinen Schwerpunkt auf die Abwehr von Ausländern. So betonte im Dezember 1994 der für Ausländer zuständige Referent der Landeshauptstadt München, das Ausländerrecht habe polizeiliche und sicherheitsbehördliche Aufgaben, es diene der Gefahrenabwehr (SZ vom 13.12.1994). Ausländer wurden vor allem als Sicherheitsrisiko betrachtet. Vom Zuwanderungsgesetz, dessen Teil das Aufenthaltsgesetz ist, behaupten die Politiker, es habe eine Kehrtwende vorgenommen. Tatsächlich jedoch hat die Politiker, die dies wollten, am Ende der Mut verlassen. Sie haben sich jenen untergeordnet, die im Großen und Ganzen alles beim Alten lassen wollten. Einige Neuerungen gab es gleichwohl. Eine grundlegende Änderung liegt in dem Zugeständnis und der teilweisen Umsetzung, dass eine Integration der hier lebenden Ausländer eine bislang vernachlässigte, aber unerlässliche gesellschaftliche Aufgabe ist. Die Einführung von Integrationskursen war ein notwendiger Reformschritt, auch wenn das in den deutschen Köpfen offenbar unausrottbare Obrigkeitsgehabe mit Sanktionen hieraus eine Waffe gegen Ausländer schmiedete.

Dass die meisten Ausländer den Ausländerbehörden skeptisch gegenüberstehen, darf aufgrund dieser Gesetzestradition und ihrer eigenen Erfahrungen niemanden verwundern. Gleichwohl dürfen Sie den/die einzelne/n Sachbearbeiter/in nicht als Feind ansehen – es

gibt darunter auch sehr nette und hilfsbereite Menschen. Vorsicht ist jedoch angesagt. Blauäugigkeit kann schaden. Bevor Sie einen schwierigen Fall eines Schützlings in aller Offenheit dem zuständigen Sachbearbeiter unterbreiten, sollten Sie sich zunächst – und gegebenenfalls anonym – erkundigen. Schon oft hat z. B. die naive Anfrage nach einem Aufenthaltsrecht im Falle einer Eheschließung dazu geführt, später einen Scheinehenverdacht zu begründen. Manche Nachfrage nach der Verlängerung eines Besuchsvisums hat dem/der Betreffenden einen Stempel „zur Ausreise aufgefordert“ eingebracht. Nicht selten kommt es vor, dass die Frage, ob es nicht möglich ist, einen Verwandten zu Besuch einzuladen, garantiert, dass dieser Verwandte die nächste Zeit ganz sicher kein Visum bekommt. Seien Sie also lieber skeptisch, erkundigen Sie sich zunächst allgemein, bevor Sie den konkreten Fall dem zuständigen Sachbearbeiter unterbreiten. Ist der Fall nicht klar und sieht das Gesetz keinen Rechtsanspruch (sondern ein Ermessen) vor, holen Sie lieber fachkundigen Rat ein. Gerade weil die Spielräume im Ausländerrecht vielfach sehr eng sind, lohnt diese Investition.

II) Einreise und Aufenthalt – Allgemeines

Ausländer dürfen in das Bundesgebiet nur einreisen und sich darin aufhalten, wenn sie im Besitz eines gültigen Passes oder Passersatzes sind (§ 3 I AufenthG).

Für die Einreise und den Aufenthalt benötigen sie grundsätzlich einen Aufenthaltstitel, sofern nicht Ausnahmen vorgesehen sind.

1. Aufenthaltstitel

Aufenthaltstitel sind:

Das Visum (§ 6 AufenthG), die Aufenthaltserlaubnis (§ 7 AufenthG) oder die Niederlassungserlaubnis (§ 9 AufenthG) und die Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG (§ 9a AufenthG).

Jeder Aufenthaltstitel muss, so § 4 II 2 AufenthG ausdrücklich, erkennen lassen, ob die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Dies ist der Fall, sofern es nach dem Aufenthaltsgesetz ausdrücklich bestimmt ist oder der Aufenthaltstitel die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt. Wann dies der Fall ist, regeln § 39 AufenthG und vor allem die Beschäftigungs- und die Beschäftigungsverfahrensverordnung.

Das ZuwG hat das bisherige System, wonach Ausländer neben der Aufenthaltserlaubnis auch eine Arbeiterlaubnis benötigen, abgeschafft und durch ein internes Zustimmungsverfahren ersetzt (One-Stop-Government). Die Arbeitsgenehmigung wird in einem Akt mit dem Aufenthaltstitel von der Ausländerbehörde erteilt, wenn die Bundesagentur für Arbeit intern zugestimmt hat (§ 39 I AufenthG) oder eine Zustimmung nicht erforderlich ist. Erste Erfahrungen zeigen, dass die beabsichtigte Vereinfachung nur eingeschränkt gelungen ist: Das interne Zustimmungsverfahren ist meist langwieriger, als wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar mit der BA verhandeln.

§ 5 AufenthG stellt klar, welche Voraussetzungen in der Regel vorliegen müssen, damit ein Aufenthaltstitel erteilt werden kann.

Verlangt wird

- die Erfüllung der Passpflicht nach § 3 AufenthG,
- die Sicherung des Lebensunterhalts, § 5 I Nr. 1 AufenthG,
- die Klärung der Identität bzw. der Rückkehrberechtigung, § 5 Ia AufenthG,
- das Nicht-Vorliegen eines Ausweisungsgrundes, § 5 I Nr. 2 AufenthG, sowie
- dass, soweit kein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht, der Aufenthalt des Ausländers nicht aus einem sonstigen Grund die Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet, § 5 I Nr. 3 AufenthG.

Schließlich verlangt Absatz 2, dass der Ausländer

- mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und
- die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumsantrag gemacht hat.

Von beiden Voraussetzungen kann abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind und es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen.

Der Begriff der Lebensunterhaltssicherung ist in § 2 III AufenthG legal definiert. Der Lebensunterhalt ist danach gesichert, wenn der Ausländer ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Kinder- und Erziehungsgeld sowie öffentliche Mittel, die auf Beitragsleistungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen, bleiben dabei außer Betracht. Bei einem Aufenthalt zum Familiennachzug werden Beiträge der Familienangehörigen zum Familienhaushaltseinkommen berücksichtigt.

Die Identität ist geklärt, wenn der Ausländer über einen Pass oder über andere Identitätspapiere, etwa einen Personalausweis oder einen Führerschein, verfügt.

Ein Ausweisungsgrund liegt schon dann vor, wenn die Tatbestände von §§ 53 bis 55 AufenthG erfüllt sind. Nicht erforderlich ist es, dass eine Ausweisung tatsächlich verfügt worden ist oder verfügt werden kann. Andererseits rechtfertigt nicht jede formale Erfüllung eines Ausweisungsgrundes schon die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis, vielmehr müssen Gründe von gewissem Gewicht gegeben sein.

Von all diesen Voraussetzungen ist (zwingend) abzusehen, wenn ein Aufenthaltstitel nach §§ 24, 25 I bis III oder § 26 III AufenthG erteilt werden soll. Soll ein humanitärer Aufenthalt nach anderen Bestimmungen erteilt werden, kann davon abgesehen werden – das Ermessen muss gebraucht werden!

Nach § 5 IV AufenthG ist die Erteilung eines Aufenthaltstitels zu versagen, wenn einer der Ausweisungsgründe nach § 54 Nr. 5 oder 5a AufenthG vorliegt, der Ausländer also eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellt. Nach Satz 2 können in begründeten Einzelfällen Ausnahmen zugelassen werden, wenn sich der Aus-

länder gegenüber den Behörden offenbart und glaubhaft von seinem sicherheitsgefährdenden Handeln Abstand nimmt.

Nach § 10 III 2 AufenthG darf dem Ausländer vor der Ausreise kein Aufenthaltstitel außer nach § 25 III AufenthG erteilt werden, sofern ein Asylantrag nach § 30 III AsylVfG (und nicht nach einem anderen Absatz!) als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde. Dies gilt jedoch nicht im Fall eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels oder wenn der Ausländer die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III AufenthG erfüllt.

Ein Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, darf nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten. Auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs wird ihm kein Aufenthaltstitel erteilt.

Diese Wirkungen werden auf Antrag in der Regel befristet, jedoch beginnt die Frist erst mit der Ausreise. Eine Befristung erfolgt dann nicht, wenn ein Ausländer wegen eines Verbrechens gegen den Frieden, eines Kriegsverbrechens oder eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG aus dem Bundesgebiet abgeschoben wurde, sofern nicht die oberste Landesbehörde im Einzelfall Ausnahmen zugelassen hat.

2. Visum

Wie bisher benötigen Ausländer für die Einreise grundsätzlich ein Visum, das als Schengen-Visum (§ 6 I AufenthG) oder als nationales Visum (§ 6 II und IV AufenthG) erteilt wird. Das Schengen-Visum ermöglicht die Durchreise durch das Bundesgebiet oder den Aufenthalt bis zu 3 Monaten pro Halbjahr. Es hat im Regelfall Gültigkeit für das gesamte Schengen-Gebiet.

Die §§ 31 ff. AufenthV regeln, wann ein Visum der Zustimmung, meist durch die Ausländerbehörde, bedarf. Der Hauptanwendungsfall ist ein Zuzug ins Bundesgebiet (§ 31 I Nr. 1 AufenthV). Die Zustimmung ist kein Verwaltungsakt, sondern ein Verwaltungsinternum. Auch wenn das Visum nur an der fehlenden Zustimmung der Ausländerbehörde scheitert, muss eine Verpflichtungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland erhoben werden.

Für Aufenthalte über 3 Monate pro Halbjahr ist ein nationales Visum erforderlich. Auch ein solches nationales Visum berechtigt regelmäßig zur Einreise und zum vorübergehenden Aufenthalt in einem anderen Schengen-Vertragsstaat.

3. Aufenthaltserlaubnis

§ 7 I AufenthG definiert die Aufenthaltserlaubnis als einen befristeten Aufenthaltstitel, der zu den in den nachfolgenden Abschnitten genannten Aufenthaltsw Zwecken erteilt wird. Gleichzeitig enthält jedoch § 7 I 3 AufenthG eine Generalklausel, nach der in begründeten Fällen eine Aufenthaltserlaubnis auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltsw Zweck erteilt werden kann. Voraussetzung ist, dass der Aufenthaltsw Zweck nicht bereits in anderen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes abschließend geregelt ist. Diese vorrangigen Regelungen befinden sich in den Abschnitten 3 bis 7 (§§ 16 bis 38 AufenthG).

4. Niederlassungserlaubnis

Die Niederlassungserlaubnis ist der unbefristete (nationale) Aufenthaltstitel. Die Niederlassungserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, also zu einer selbständigen Tätigkeit und einer Arbeitnehmertätigkeit (§ 2 II AufenthG), ist zeitlich und räumlich unbeschränkt und darf nicht mit einer Nebenbestimmung (Ausnahme: Verbot der politischen Betätigung, § 47 AufenthG) versehen werden. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis sind:

- 5-jähriger Besitz der Aufenthaltserlaubnis
- Sicherung des Lebensunterhalts
- 60 Monate Pflichtbeiträge zur Rentenversicherung oder vergleichbare freiwillige Leistungen
- Keine Verurteilung in den letzten 3 Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Jugend- oder Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen
- Erlaubnis zu einer Beschäftigung oder sonstigen Erwerbstätigkeit
- Ausreichende Deutschkenntnisse
- Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet
- Nachweis ausreichenden Wohnraums für sich und die in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen

§ 9 AufenthG enthält eine sehr detaillierte Regelung der Einzelheiten und auch einzelner Ausnahmen – so etwa bei Vorliegen einer Krankheit oder Behinderung.

Grundsätzlich bestimmt § 9 II 2 AufenthG, dass die Voraussetzungen der erforderlichen Deutschkenntnisse und der Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse durch den erfolgreichen Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen werden. Auch § 26 AufenthG ist Grundlage für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis. Nach § 26 III AufenthG ist einem Ausländer, der seit 3 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 I oder II AufenthG besitzt (Asylberechtigter oder Schutzberechtigter nach § 60 I AufenthG) eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das BAMF mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder eine Rücknahme nicht vorliegen.

Nach § 26 IV AufenthG können die Ausländer, die aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben, eine Niederlassungserlaubnis erhalten, wenn die in § 9 II 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Das vorangegangene Asylverfahren wird angerechnet.

Für Altfälle, also diejenigen, die bereits vor dem 01.01.05 im Bundesgebiet waren, sehen die Übergangsbestimmungen Ausnahmen vor. So genügen einfache deutsche Sprachkenntnisse. Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet werden ebenso wenig verlangt wie der Nachweis von 60 Monaten Pflichtbeiträgen zur Rentenversicherung (§ 104 II AufenthG). Auch die Duldungszeiten vor dem 01.01.05 werden angerechnet (§ 102 II AufenthG).

5. Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG

Der durch das 2. Änderungsgesetz eingefügte neue Aufenthaltstitel beruht auf den Vorgaben der Daueraufenthalt-Richtlinie-EG. Sie will EG-weit einen einheitlichen Aufenthaltstitel für „langfristig Daueraufenthaltsberechtigte“ schaffen. Der wesentliche Unterschied zur nationalen Niederlassungserlaubnis besteht darin, dass der langfristige Daueraufenthaltsberechtigte im Sinne von § 9a AufenthG mit Mobilitätsrechten ausgestattet ist. Im Übrigen ist er, soweit das Gesetz nichts anderes regelt, dem Inhaber einer Niederlassungserlaubnis gleichgestellt (§ 9a I 2 AufenthG).

§ 9a II AufenthG regelt die Voraussetzungen für die Erteilung. Diese sind:

- 5-jähriger Aufenthalt mit Aufenthaltstitel im Bundesgebiet
- Lebensunterhaltssicherung für sich und die unterhaltsberechtigten Angehörigen durch feste und regelmäßige Einkünfte
- Ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache
- Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet
- keine entgegenstehenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung
- ausreichender Wohnraum für sich und die in familiärer Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen

Auch wenn diese Voraussetzungen vorliegen, wird die Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 3 jedoch dann nicht erteilt, wenn der Ausländer

- einen humanitären Aufenthaltstitel besitzt, außer, dieser beruht auf § 23 II AufenthG oder einer vergleichbaren europäischen Regelung,
- in einem anderen EU-Staat einen Asylantrag oder Antrag auf subsidiären Schutz gestellt hat und dieser noch nicht verbeschieden wurde,
- der Betroffene einen Diplomatenstatus oder vergleichbaren Status nach dem Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen genießt,
- der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Ausbildung besitzt,
- sich der Ausländer zu einem sonstigen, seiner Natur nach vorübergehenden Zweck im Bundesgebiet aufhält.

§ 9b AufenthG enthält eine detaillierte Regelung der anrechenbaren Aufenthaltszeiten. § 9c AufenthG definiert die „festen und regelmäßigen Einkünfte“ im Sinne von § 9a II Nr. 2 AufenthG für den Regelfall.

III) Die Aufenthaltserlaubnisse

Nach § 7 I 2 AufenthG wird eine Aufenthaltserlaubnis als befristeter Aufenthaltstitel zu einem in den nachfolgenden Abschnitten des Aufenthaltsgesetzes genannten Aufenthaltswert erteilt.

1. Aufenthaltserlaubnis zur Ausbildung

§§ 16 und 17 AufenthG regeln den Aufenthalt zum Zwecke der Ausbildung.

Die Aufenthaltserlaubnis für Studienzwecke berechtigt zur Ausübung einer Beschäftigung, die insgesamt 90 Tage oder 180 halbe Tage im Jahr nicht überschreiten darf sowie zur Ausübung studentischer Nebentätigkeiten. Ausgenommen ist das 1. Jahr des Aufenthalts zu studienvorbereitenden Maßnahmen (mit Ausnahme der Ferienzeit und des Zeitraums der Studienbewerbung nach Abs. 1a). Eine besondere Erlaubnis für die Arbeitsaufnahme ist nicht vonnöten.

Nach erfolgreichem Abschluss des Studiums kann die Aufenthaltserlaubnis bis zu einem weiteren Jahr zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes verlängert werden, sofern der Arbeitsplatz von Ausländern besetzt werden darf. Dieses „Vorrangsprinzip“ wird bei einer angespannten Wirtschaftslage in vielen Fällen den Übergang in eine Erwerbstätigkeit verhindern.

2. Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsaufnahme

§ 18 AufenthG stellt den Grundsatz auf, dass sich die Zulassung ausländischer Beschäftigter an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen, orientiert. Eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Beschäftigung kann danach erteilt, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot (§ 18 V AufenthG) und die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit vorliegt (§ 39 AufenthG) oder ausnahmsweise entbehrlich ist (siehe BeschäftigungV).

Die Arbeitsagentur kann gemäß § 39 II AufenthG einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung dann zustimmen, wenn

- sich durch die Beschäftigung des Ausländers keine nachhaltigen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich Beschäftigungsstruktur, Regionen und Wirtschaftszweige ergeben (§ 39 II S. 1 Nr. 1a AufenthG),
- kein Arbeitnehmer mit vorrangigem Zugangsrecht zum Arbeitsmarkt zur Verfügung steht (§ 39 II S. 1 Nr. 1b AufenthG) oder
- die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern aufgrund der für einzelne Berufsgruppen und Wirtschaftszweige durchgeführten Prüfung der vorgenannten Punkte arbeitsmarktpolitisch und integrationspolitisch verantwortbar ist (§ 39 II S. 1 Nr. 2 AufenthG).

Weitere Voraussetzung ist, dass der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Die Einzelheiten der Erwerbstätigkeit sind in der Beschäftigungsverordnung und der Beschäftigungsverfahrensverordnung geregelt.

3. Aufenthaltserlaubnis für Hochqualifizierte

§ 19 AufenthG ermöglicht es, Hochqualifizierten nicht nur eine Aufenthaltserlaubnis, sondern gleich eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen. Hochqualifizierte Personen sind insbesondere

- Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen (§ 19 II Nr. 1 AufenthG),
- Lehrpersonen und wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Funktion (§ 19 II Nr. 2 AufenthG) oder
- Spezialisten und Leitende Angestellte mit besonderer Berufserfahrung und einem Gehalt von mindestens dem Doppelten der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Krankenversicherung (§ 19 II Nr. 3 AufenthG), im Jahr 2007 also von 85.500 € Jahresgehalt. Das geforderte Gehalt ist utopisch hoch, was mittlerweile auch der Politik aufgefallen ist: eine Herabsetzung wird diskutiert.

4. Aufenthaltserlaubnis für Forscher

Das 2. Änderungsgesetz hat einen neuen § 20 AufenthG eingefügt, der die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen an Forscher entsprechend der Forscher-Richtlinie der EG regelt.

5. Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der selbständigen Erwerbstätigkeit

§ 21 AufenthG regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Voraussetzung ist, dass

- ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes regionales Bedürfnis besteht,
- die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und
- die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder eine Kreditzusage gesichert ist.

6. Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen

Der 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes regelt in den §§ 22 bis 26 den Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen. Im Zentrum der Regelung steht dabei § 25 AufenthG. Er ist die zentrale Bestimmung, um im Einzelfall einem Individuum aus humanitären Gründen einen Aufenthalt zu erteilen.

Die Voraussetzungen für die einzelnen Paragraphen sind bereits im Kapitel E) unter V) und VI) teilweise ausführlich dargestellt. Damit die gesetzliche Systematik deutlich wird, stelle ich die einzelnen Regelungen nochmals dar, soweit sie jedoch bereits oben dargelegt sind, in knapper Form.

6.1. § 22 AufenthG

§ 22 AufenthG ermöglicht die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen.

Völkerrechtliche Gründe für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis liegen – so die Gesetzesbegründung – insbesondere vor, wenn die Aufnahme aufgrund internationaler

Verpflichtungen erfolgt. Wie bisher wird es jedoch genügen, wenn die Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf die Interessen anderer Staaten oder internationaler Organisationen zur Aufnahme bereit ist, auch wenn die Vorläufigen Anwendungshinweise betonen, dass „vertragliche Verpflichtungen aus einem zwischenstaatlichen Übernahmeabkommen“ nicht genügen (Nr. 22.0.1.1). Dieser Hinweis dürfte wohl den Zweck verfolgen, sicherzustellen, dass Personen, die aufgrund eines Übernahmeabkommens – etwa nach illegaler Ausreise aus Deutschland – rückübernommen werden müssen, nicht aufgrund eines solchen Abkommens einen Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis besitzen.

Dringende humanitäre Gründe liegen vor, "wenn die Aufnahme im Hinblick auf eine Sondersituation gegenüber anderen Ausländern gerechtfertigt ist" (Gesetzesbegründung). Die Vorläufigen Anwendungshinweise benennen als Beispielsfälle „humanitäre Hilfeleistungen in einer Notsituation“.

Der Antrag ist als Visumsantrag zu stellen, die Zustimmung der Ausländerbehörde ist erforderlich. Wie bisher dürfte die Bestimmung nur in seltenen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen, auch wenn die restriktive Handhabung (siehe hierzu die Vorläufigen Anwendungshinweise Nr. 22.1.5) illegale Einwanderung fördert.

Satz 2 enthält eine Aufnahmebefugnis für den Bundesinnenminister oder eine von ihm bestimmte Stelle. Zwingende Rechtsfolge ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, die nach Satz 3 zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Politische Interessen der Bundesrepublik Deutschland sind vornehmlich außenpolitische; es können aber auch innenpolitische sein, so z. B. die Durchsetzung verfassungsrechtlicher Grundsätze oder Belange der Bundesländer. Obwohl § 22 die Aufnahme von einzelnen, individuellen Fällen regelt, schließt dies eine Gruppenregelung (wenn auch mit der Folge einer individuellen Visumserteilung) nicht von vornherein aus. Auch die Vorläufigen Anwendungshinweise erklären, dass „die Aufnahme von Ausländergruppen ... in erster Linie einer Anordnung der obersten Landesbehörde nach § 23 AufenthG vorbehalten“ ist, was im Umkehrschluss die Aufnahme von Gruppen (in der Praxis wohl kleineren Gruppen) über das Instrument des § 22 AufenthG nicht verhindert.

6.2. § 23 AufenthG, Länderregelung

Nach § 23 AufenthG kann die oberste Landesbehörde im Einvernehmen mit dem BMI aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.

6.2.1. Die Regelung in Absatz 1 entspricht im Wesentlichen § 32 AuslG. Neu ist Satz 2, wonach die Anordnung unter der Maßgabe erfolgen kann, dass eine Verpflichtungserklärung nach § 68 abgegeben wird. Damit soll das sog. „Kirchenasyl“ ermöglicht werden oder, wie die Vorläufigen Anwendungshinweise ausführen, „den humanitären Interessen international tätiger Körperschaften, beispielsweise der Kirchen, Rechnung getragen“

werden (Nr. 23.1.2). Die Entscheidung über die Aufnahme bleibt eine staatliche Angelegenheit, die Kirchen sollen dessen Wohlfahrt lediglich finanzieren.

Die Verlängerung einer so erteilten Aufenthaltserlaubnis richtet sich gemäß § 8 I AufenthG nach den Vorschriften für deren Erteilung. Für jede Verlängerung muss daher erneut das Einvernehmen des BMI eingeholt werden, sofern nicht das BMI schon bei der erstmaligen Erteilung der Aufenthaltserlaubnis generell einer späteren Verlängerung zugestimmt hat.

Auch ohne Einvernehmen kann jedoch – wenn die Voraussetzungen vorliegen – von einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG in eine solche nach § 25 IV AufenthG oder einen anderen Absatz dieser Bestimmung gewechselt werden.

§ 23 I AufenthG korrespondiert mit § 60a I AufenthG. Danach kann – ohne dass ein Einvernehmen mit dem BMI herzustellen wäre – die oberste Landesbehörde die Abschiebung für die Höchstdauer von 6 Monaten aussetzen. Wie Satz 2 von § 60a I AufenthG klarstellt, gilt „für einen Zeitraum von länger als 6 Monaten ... § 23 I“, sieht also danach eine Aufenthaltserlaubnis vor. Es bleibt abzuwarten, ob diese Bestimmung angewandt wird oder ob sie in der Praxis genauso ignoriert wird wie die Vorgängerbestimmung des § 54 AuslG. Hierfür sprechen die ersten Erfahrungen: Die Abschiebungen von Irakern beispielsweise sind auch nach Inkrafttreten des AufenthG seit mehr als 6 Monaten ausgesetzt, ohne dass die Behörden dem Gebot von § 60a I und II AufenthG nachgekommen wären und gemäß § 23 I den Aufenthalt durch Erlaubnis geregelt hätten.

6.2.2. Absatz 2 soll das aufgehobene "Gesetz über Maßnahmen für im Rahmen humanitärer Hilfsaktionen aufgenommene Flüchtlinge" (HumHAG oder auch Kontingentflüchtlingsgesetz) ersetzen. Gleichzeitig soll die Aufnahme jüdischer Immigranten aus der ehemaligen Sowjetunion, die bislang in analoger Anwendung des Kontingentflüchtlingsgesetzes erfolgte, auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden.

Weggefallen gegenüber dem bisherigen Recht ist, dass diesem Personenkreis die Rechtsstellung von Flüchtlingen im Sinne der GFK eingeräumt wird. Schlechter ist auch die Rechtsfolge: Bisher bestand ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis. Nun „kann“ die Anordnung lediglich vorsehen, dass den betreffenden Personen eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird.

Sieht die Anordnung die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis vor, besteht nach Absatz 2 Satz 2 die Möglichkeit, abweichend von der Regelung des § 9 I AufenthG eine wohnsitzbeschränkende Auflage zu erteilen. Grund hierfür dürfte – neben dem stets vorhandenen Wunsch der Bürokraten, die Menschen zu verwalten und möglichst sicher im Griff zu haben – die Überlegung sein, dass so leichter das Anfordernis der Bundeseinheitlichkeit, Absatz 1 Satz 3, erfüllt werden kann. Eine derartige Auflage könnte dazu beitragen, den Widerstand eines Bundeslandes zu überwinden, weil die Flüchtlinge infolge einer solchen Auflage auch tatsächlich nur in den aufnahmebereiten Ländern leben werden. Eine wohnsitzbeschränkende Auflage ist ein erheblicher Eingriff in die individuellen Rechte der Betroffenen und das Recht auf Freizügigkeit. Dieses ist zwar nach Art. 11 I GG nur den Deutschen ausdrücklich eingeräumt, die Ausländerfreizügigkeit wird jedoch durch Art. 2 I GG geschützt. Auch wenn grundsätzlich die Beschränkung zulässig ist, ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, der – zumindest – eine zeitliche Begren-

zung gebietet. Dementsprechend heißt es auch in den Vorläufigen Anwendungshinweisen, dass eine wohnsitzbeschränkende Auflage „eine Gesamtdauer von 2 Jahren nicht überschreiten“ sollte (Nr. 23.2.2).

6.2.3. Absatz 3 ermöglicht es, die EU-Richtlinie zur Gewährung von vorübergehendem Schutz auch unabhängig von einem Beschluss des EU-Rates anzuwenden. Damit soll Art. 7 I der Richtlinie umgesetzt werden, wonach es den Mitgliedsstaaten der EU unbenommen bleibt, vorübergehenden Schutz gemäß der Richtlinie weiteren Gruppen von Vertriebenen zu gewähren. Andererseits ermöglicht es diese Regelung, ganz oder teilweise auf die Aufnahmebedingungen nach § 24 AufenthG zu verweisen.

6.3. Aufenthaltsgewährung in Härtefällen, § 23a AufenthG

Das Zuwanderungsgesetz hat in § 23a die obersten Landesbehörden ermächtigt, aufgrund einer Empfehlung der Härtefallkommission eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Die Einzelheiten sind oben (Kapitel E VI) 3.) dargestellt.

6.4. § 24 AufenthG – Aufenthaltsgewährung zum vorübergehenden Schutz

Die Regelung ist die Übernahme der EU-Richtlinie zur Gewährung von vorübergehendem Schutz (Richtlinie 2001/55/EG des Rates vom 20.07.01) in das deutsche Recht (siehe oben Kapitel E VI) 4.).

6.5. Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 I und II AufenthG für Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge

Nach § 25 I AufenthG ist einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn er unanfechtbar als Asylberechtigter anerkannt ist.

Das gleiche bestimmt § 25 II AufenthG für den Ausländer, bei dem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 I AufenthG (früher: § 51 I AuslG) festgestellt hat. Für beide besteht mithin ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Damit sind die Rechtsfolgen der Asylberechtigung und der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft die gleichen. Beide Personengruppen erhalten eine befristete Aufenthaltserlaubnis für längstens 3 Jahre (§ 26 I AufenthG).

6.6. Aufenthaltserlaubnisse gemäß § 25 III AufenthG i. V. m. Abschiebungsverbote nach § 60 II bis VII AufenthG

§ 25 III AufenthG regelt die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen an Personen, bei denen Abschiebungshindernisse nach § 60 II bis VII AufenthG vorliegen. Der Verweis auf Abschiebungsverbote nach § 60 II, III, V und VII AufenthG bedeutet in den Fällen, in denen ein Asylverfahren voranging, einen Verweis auf die Bundesamtsentscheidung. Denn diese bindet die Ausländerbehörde (§ 42 S. 1 AsylVfG). Dies bewirkt bei einer positiven Entscheidung, dass die Soll-Regelung eingreift und die Ausländerbehörde kein Ermessen hat, ob sie § 25 III AufenthG zur Anwendung bringen will oder nicht. Ihr bleibt nur die Möglichkeit, eine Ausnahme von dem Regel-Gebot zu behaupten.

Den Betroffenen soll eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60 II, III, V oder VII AufenthG vorliegen. Diese entsprechen den Abschiebungshindernissen nach § 53 I bis IV und VI AuslG, doch ist § 60 VII AufenthG als „Soll“-Vorschrift ausgestaltet, während die frühere Regelung in § 53 VI AuslG eine „Kann“-Vorschrift war.

Das Ermessen der Ausländerbehörde ist also zugunsten der Ausländer reduziert. Nur in Ausnahmefällen darf von der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden.

6.7. Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Zweck, § 25 IV 1 AufenthG

§ 25 IV 1 AufenthG ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt. Das Richtlinienumsetzungsgesetz hat – verschärfend – klargestellt, dass diese Regelung nur eingreift, wenn der Ausländer noch nicht „vollziehbar ausreisepflichtig“ ist. Damit ist der Anwendungsbereich der Bestimmung eingeschränkt worden – für Flüchtlinge hat die Regelung damit kaum noch Bedeutung, da im Fall einer Ablehnung des Antrags auf Asyl oder Abschiebungsschutz regelmäßig eine Ausreisepflicht und Abschiebungsandrohung ergeht und nach Bestandskraft derselben die Ausreisepflicht vollziehbar ist.

Ergibt sich während des noch laufenden Asylverfahrens die Notwendigkeit einer Regelung nach § 25 IV AufenthG, wird der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oft § 10 I AufenthG im Wege stehen, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis während eines laufenden Verfahrens von der Zustimmung der obersten Landesbehörde und dem Vorliegen wichtiger Interessen der Bundesrepublik Deutschland abhängig macht.

Die Vorläufigen Anwendungshinweise bestimmen, dass über diese Vorschrift ein Daueraufenthalt nicht eröffnet werden soll (Nr. 25.4.1.1). Dies ist richtig insoweit, als die Begründung eines Daueraufenthalts nicht der Zweck der Bestimmung ist; missverständlich aber insoweit, als der Eindruck erweckt wird, ein Daueraufenthalt sei ausgeschlossen, wenn die Legalisierung des Aufenthalts mit § 25 IV 1 AufenthG initiiert wurde.

6.7.1. Voraussetzung ist das Vorliegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe oder ein erhebliches öffentliches Interesse, das die vorübergehende, weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet erfordert.

Die Prüfung, ob dringende humanitäre oder persönliche Gründe vorliegen, bedarf einer umfassenden Interessenabwägung der individuellen Umstände des Einzelfalles. Die Vorläufigen Anwendungshinweise formulieren, dass der Ausländer sich aufgrund besonderer Umstände in einer auf seine Person bezogenen Sondersituation befinden müsse, die sich deutlich von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet (Nr. 25.4.1.2). Schlechte Verhältnisse im Heimatland, insbesondere Arbeitslosigkeit oder allgemeine Not, oder auch die Tatsache, dass der Ausländer dort keine entsprechende Ausbildungs- oder Berufsmöglichkeit vorfindet, sind „für sich allein kein dringender humanitärer Grund“ (Vorläufige Anwendungshinweise, Nr. 25.4.1.2). Schon die Formulierung macht jedoch deutlich, dass im Rahmen der Gesamtwürdigung diesen Umständen Gewicht zukommen kann.

Als Beispiele dringender humanitärer oder persönlicher Gründe benennen die Vorläufi-

gen Anwendungshinweise

- die Durchführung einer Operation,
- den Abschluss einer ärztlichen Behandlung, die im Heimatland nicht oder nicht in ausreichendem Maße gewährleistet ist,
- die vorübergehende Betreuung eines schwerkranken Familienangehörigen,
- eine unmittelbar bevorstehende Heirat mit einem Deutschen oder einem Ausländer, der einen Aufenthaltstitel besitzt,
- den Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung, sofern sich der Schüler oder Auszubildende bereits kurz vor dem angestrebten Abschluss, also zumindest im letzten Schul- oder Ausbildungsjahr befindet (Nr. 25.4.1.3).

6.7.2. Eine Aufenthaltserlaubnis kann auch erteilt werden, wenn erhebliche öffentliche Interessen die vorübergehende weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet erfordern. Als Beispielfälle nennen die Vorläufigen Anwendungshinweise die Tatsache, dass

- der Ausländer als Zeuge in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren benötigt wird oder
- mit deutschen Behörden bei der Ermittlung von Straftaten vorübergehend zusammenarbeitet (Nr. 25.4.1.4).

Da sich das öffentliche Interesse nicht nur mit den Beispielfällen eines staatlichen/behördlichen Interesses erschöpft, sondern die Realisierung der Verfassungswerte, wie sie in der Präambel des Grundgesetzes und den Grundrechten zum Ausdruck gebracht werden, auch ein öffentliches Interesse darstellt, ist hier ein weites Ermessen eröffnet. Einem, der beispielsweise von rassistischen Übergriffen auf seine Person betroffen war oder durch eine Hochwasserkatastrophe all sein Hab und Gut verloren hat, kann danach ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden, weil zur Überwindung der dabei erlittenen Traumata bzw. Erlebnisse der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet verfassungsrechtlich geboten ist.

Gemäß § 5 III 2. Hs. AufenthG kann von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 I und II AufenthG abgesehen werden. Bei der diesbezüglichen Ermessensausübung wird dem Grund des beabsichtigten Aufenthalts entscheidendes Gewicht zukommen. Wer etwa einen Schulabschluss machen will, wird oftmals die Voraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung nicht erfüllen können, so dass die Bejahung dringender persönlicher Gründe regelmäßig den Verzicht auf die Lebensunterhaltssicherung impliziert; bei demjenigen, bei dem feststeht, dass er einen schwerkranken Angehörigen pflegen wird, kommt früheren Ausweisungsgründen oder einem Visumsverstoß kein entscheidendes Gewicht mehr zu.

6.7.3. Die Rechtsfolge der Bejahung von § 25 IV 1 AufenthG ist nach § 26 I AufenthG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis „für längstens 6 Monate“, so lange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Die Ertei-

lung eines längeren Aufenthalts nach dieser Bestimmung ist also nur dann möglich, wenn der Ausländer bereits vorher eine Aufenthaltserlaubnis hatte oder wenn sich eine wiederholte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 IV 1 AufenthG zu 18 Monaten addiert hat.

6.8. Aufenthaltsverlängerung wegen außergewöhnlicher Härte, § 25 IV 2 AufenthG

§ 25 IV 2 AufenthG regelt nicht die erstmalige Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, sondern nur ihre Verlängerung. Die Bestimmung setzt den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis voraus. Sie ist so etwas wie eine „Verfestigungsregelung“.

6.8.1. Voraussetzung ist, dass aufgrund besonderer Umstände das Verlassen des Bundesgebiets eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.

Eine außergewöhnliche Härte setzt nach der Rechtsprechung zur Vorgängerbestimmung des § 30 II AuslG und nach den Vorläufigen Anwendungshinweisen voraus, dass der Ausländer sich in einer individuellen Sondersituation befindet, aufgrund der ihn die Aufenthaltsbeendigung nach Art und Schwere des Eingriffs wesentlich schwerer treffen würde als andere Ausländer, deren Aufenthalt zu beenden wäre (Vorläufige Anwendungshinweise, Nr. 25.4.2.2). Sie muss nicht notwendigerweise aus Umständen in seiner Person resultieren, sondern kann sich auch aus besonderen Verpflichtungen ergeben, die der Ausländer gegenüber dritten Personen besitzt. Ein Beispiel ist die Fürsorge für nahe Verwandte, wobei eine eventuell bestehende Möglichkeit eines Familiennachzugs natürlich Vorrang hätte. Generell gilt, dass eine Aufenthaltsverlängerung nach § 25 IV 2 AufenthG nur in Betracht kommt, wenn eine Verlängerung des bisherigen Aufenthaltstitels nicht in Frage kommt – sei es, dass der bisherige Aufenthaltzweck erreicht ist (z. B. Studium), sei es, dass der Aufenthaltzweck nur ein vorübergehender war (z. B. gemäß § 25 IV 1 AufenthG) und eine Aufenthaltsbeendigung, die nun eigentlich eintreten müsste, die Belange des Ausländers in erheblicher Weise tangieren würde.

Der Anwendungsbereich beschränkt sich also nicht auf die Fälle, in denen zuvor eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 IV 1 AufenthG für einen vorübergehenden Aufenthalt erteilt worden ist. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut, der von "einer Aufenthaltserlaubnis" spricht und nicht von der nach Satz 1, zum anderen aber auch daraus, dass die Bestimmung den früheren § 30 II AuslG ersetzt. Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 IV 2 AufenthG kommt beispielsweise auch dann in Betracht, wenn Studenten das Studium abgebrochen haben und die Aufenthaltserlaubnis nach § 8 AufenthG i. V. m. § 16 AufenthG nicht mehr verlängert werden kann, oder wenn die ursprünglichen humanitären Gründe – etwa ein Abschiebungsverbot – weggefallen sind, sofern die Voraussetzung einer außergewöhnlichen Härte aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles bejaht werden kann.

6.8.2. § 26 II AufenthG steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 4 Satz 2 nicht entgegen. Nach dieser Bestimmung darf die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendi-

gung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Entweder begreift man § 25 IV 2 AufenthG als lex specialis oder man sieht im Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte einen „sonstigen, einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden“ Grund. Letzteres dürfte vorzuziehen sein, da auch die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 IV 2 AufenthG zunächst nur befristet erteilt wird und es daher durchaus möglich ist, dass bei einer Verlängerung eine ursprünglich bejahte „außergewöhnliche Härte“ verneint wird. Erst mit der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis tritt auch bei Absatz 4 Satz 2 eine vollständige Unabhängigkeit vom Erteilungsgrund ein.

6.9. Aufenthaltserlaubnis für Opfer einer Straftat, § 25 IVa AufenthG

Die durch das 2. Änderungsgesetz eingefügte neue Regelung erlaubt dem Opfer einer Straftat nach §§ 232, 233 oder 233a StGB die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für den vorübergehenden Aufenthalt. Voraussetzung ist allerdings, dass die Staatsanwaltschaft oder das Gericht den vorübergehenden Aufenthalt für sachgerecht erachten, dass der Betreffende jede Verbindung zu den Personen, die der Straftat beschuldigt sind, abgebrochen hat und er seine Bereitschaft erklärt hat, in dem Strafverfahren als Zeuge auszusagen.

6.10. Aufenthaltserlaubnis bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit der Ausreise, § 25 V AufenthG

§ 25 V AufenthG erlaubt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen nicht nur vorübergehenden Aufenthalt an den Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.

6.10.1 Im Gegensatz zur Vorgängerregelung des § 30 III AuslG ist nicht mehr verlangt, dass der Ausländer „unanfechtbar“ ausreisepflichtig sein müsse. Die nach altem Recht vorhandene Voraussetzung, dass die Ausreisepflicht auf einem eigens erlassenen Verwaltungsakt beruhen müsse, existiert nicht mehr. Es genügt nunmehr, dass die Ausreisepflicht vollziehbar ist. Die bisher ergangene Rechtsprechung legt dem jedoch kein Gewicht bei.

6.10.2. Bedeutsamer ist, dass der Gesetzestext verlangt, dass die Ausreise aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen unmöglich sein muss, es also nicht mehr – wie früher – genügt, dass eine Abschiebung nicht möglich ist. Nicht die Unfähigkeit des Staates, den Ausländer außer Landes zu bringen, sondern die Tatsache, dass es dem Individuum unmöglich ist, auszureisen, soll das Kriterium sein, das zum Aufenthaltstitel führt.

Entgegen dem Wortlaut, der verlangt, dass die Ausreise „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“, spielen dabei Zumutbarkeitsabwägungen eine entscheidende Rolle, auch wenn dies von Teilen der Rechtsprechung bestritten wird. Eine Unmöglichkeit einer Ausreise aus rechtlichen Gründen liegt im Wortsinn nämlich nur dann vor, wenn ein Ausreiseverbot nach § 46 II AufenthG i. V. m. § 10 I und II PassG vorliegt

– eine Fallkonstellation, die in der Praxis kaum vorkommt. Gleiches gilt für die Unmöglichkeit einer Ausreise aus tatsächlichen Gründen. Selbst wenn jemand bewusstlos oder schwer krank ist, kann der Betroffene – mit Hilfe von Dritten oder Hilfsorganisationen – immer noch ausreisen bzw. „ausgereist werden“. Verunfallte deutsche Urlauber werden ja auch aus Mallorca nach Deutschland geflogen, ohne dass man behaupten würde, dass deren Ausreise aus Mallorca nicht möglich sei. Nicht unmöglich – im Wortsinne – ist eine Ausreise auch dann, wenn ein aufnahmebereiter Drittstaat existiert oder der Heimatstaat den Betroffenen nicht einreisen lassen will. Denn dies hindert ihn nicht unbedingt an der Ausreise aus Deutschland, sondern bestenfalls am legalen Transit oder an der Einreise im Zielstaat. Es entspricht allgemeiner Erfahrung, dass viele Menschen es immer wieder schaffen, illegal und ohne Papiere mehrere Grenzen zu überschreiten und in den Zielstaat zu gelangen.

Eine am Wortlaut orientierte Interpretation würde damit den Anwendungsbereich sehr einschränken und die Regelung praktisch aushebeln.

Erforderlich ist stattdessen eine am Regelungszweck orientierte Interpretation der Norm. Sie will denjenigen die Aufenthaltserlaubnis verweigern, die die zumutbare Möglichkeit haben, ein bestehendes Ausreisehindernis zu beseitigen, dies aber nicht tun. Entscheidend ist – und dies hält auch die Gesetzesbegründung fest –, ob eine Ausreise zumutbar ist, bzw. die Ausreisemöglichkeit von zumutbaren Voraussetzungen abhängt. Die Gesetzesbegründung formuliert, dass bei der Frage, ob eine Ausreisemöglichkeit besteht, „... auch die subjektive Möglichkeit – und damit implizit auch die Zumutbarkeit – der Ausreise zu prüfen“ ist. Den Behörden ist jedenfalls abzuverlangen, die verlangten Mitwirkungshandlungen so konkret wie möglich vorher zu benennen und sich gegebenenfalls auch der Diskussion der Sinnhaftigkeit ihres Verlangens zu stellen.

Möglich in diesem Sinn ist eine freiwillige Ausreise dann, wenn der Ausländer auf legalem Weg und ohne besondere finanzielle Sonderopfer in den Zielstaat gelangen kann, sofern er erforderliche Handlungen vornimmt. Wenn beispielsweise Bestechungsgelder gezahlt werden müssen, um einen Heimatpass oder ein Transitvisum zu erhalten, liegt ein Fall der Unzumutbarkeit vor. Gleiches gilt, wenn Pass oder Papiere nur um den Preis der Gefährdung von anderen Familienangehörigen im Heimatstaat erlangt werden können. Zumutbar ist hingegen die wahrheitsgemäße Ausfüllung von Formularen und Beantwortung von Fragen, um einen Pass oder Heimreisedokumente zu erhalten. Manche Heimatvertretungen verlangen eine so genannte ‚Freiwilligkeitserklärung‘, bevor sie einen Pass oder ein Laissez-Passer ausstellen. Darunter verstehen sie nicht, dass der Betroffene persönlich den Antrag stellt, sondern, dass die Erklärung nicht auf Veranlassung oder Druck der deutschen Behörden erfolgt ist. Sie wollen die entsprechenden Papiere nur dann ausstellen, wenn die Heimreise einem inneren Wunsch des Ausländers entspricht, etwa, weil er von sich aus zurückkehren möchte oder weil er kranke Angehörige besuchen möchte etc. Eine derartige Freiwilligkeitserklärung kann dem Ausländer nicht abverlangt werden, wenn sie nicht seinem inneren Willen entspricht. Ein solches Verlangen wäre nichts anderes als die Forderung, die Heimatbehörden zu täuschen, weil diese – ob zu Recht oder zu Unrecht, ist an dieser Stelle nicht zu diskutieren – zwischen einer „erzwungenen“ freiwilligen Heimreise oder dem Wunsch auf Passausstellung und einer

echten Freiwilligkeit bewusst unterscheiden wollen. Dass die deutschen Behörden und manche Gerichte diese Unterscheidung nicht akzeptieren wollen, ist zwar manchmal nachvollziehbar, gleichwohl ist gerade in der unterschiedlichen Interpretation durch Deutschland und den Herkunftsstaat die Unzumutbarkeit für den Ausländer begründet.

Die Vorläufigen Anwendungshinweise gehen in Nr. 25.5.3 hierauf ein und erklären apodiktisch, ein unverschuldetes Ausreisehindernis liege nicht vor, wenn der Ausländer zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse, „beispielsweise die Mitwirkung bei der Beschaffung von Heimreisedokumenten durch Zeichnung einer so genannten Freiwilligkeitserklärung ...“, nicht erfüllt habe. Wenn diese Formulierung eine Freiwilligkeitserklärung im oben genannten Sinn meint, halte ich die Ausführungen in den Vorläufigen Anwendungshinweisen für unzutreffend.

Zulässig ist es hingegen, den Ausländer auf eine bestimmte Reisemöglichkeit zu verweisen – etwa auf den Landweg, wenn keine Flugverbindungen bestehen. Wenn jedoch die erforderlichen Transitzpapiere von den Nachbarstaaten nicht erlangt werden können, ist auch dieser Weg unzumutbar.

Hat aber beispielsweise ein Staat generell erklärt, dass er eine bestimmte Personengruppe nicht mehr zurücknimmt oder dass er Angehörigen eines bestimmten Staates kein Transitvisum erteilt, ist das Verlangen, sich gleichwohl um Heimreisedokumente oder ein Transitvisum zu bemühen, selbst dann unzumutbar, wenn die Ausländerbehörde vortragen kann, dass in Einzelfällen trotz der generellen Aussage entsprechende Papiere ausgestellt wurden. Denn die Tatsache, dass der Staat oder einzelne seiner Beamten Regeln übertreten, beseitigt nicht die Regel als solche. Diese belegt aber die Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise bzw. die Unzumutbarkeit eines weiteren Bemühens. Zumindest greift in diesem Fall eine Beweislastumkehr ein: die Ausländerbehörde hat zu beweisen, dass der konkreten Person entgegen der öffentlichen Erklärungen das begehrte Papier ausgestellt werden wird.

Über die Frage, welche Handlung noch verlangt werden kann oder schon unzumutbar ist, wird man im Einzelfall trefflich streiten können. Wie oft ein Ausländer bei der Botschaft vorsprechen muss, lässt sich ebenso wenig abstrakt beantworten, wie die Frage, welche Antworten er verweigern darf.

Die bisherige Praxis behauptet überwiegend, dass es bei § 25 V AufenthG nicht auf die Zumutbarkeit ankomme, sondern lediglich darauf, ob eine freiwillige Ausreise möglich sei oder nicht. Die Vorläufigen Anwendungshinweise sind insoweit nicht eindeutig. Einerseits ist unter Nr. 25.5.1.1 ausgeführt, dass eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, wenn die Ausreise des Ausländers aus „rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich“ ist, andererseits spricht Nr. 25.5.1.2 davon, dass ein Ausreisehindernis nicht vorliege, wenn „eine freiwillige Ausreise jedoch möglich und zumutbar“ ist. Es wird also sehr wohl auf die Frage der Zumutbarkeit abgestellt. Sieht man, wie ich, in der Zumutbarkeit kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal, sondern eine selbstverständliche Voraussetzung bei der Definition der Unmöglichkeit einer Ausreise, ist ein Widerspruch nicht gegeben.

Im Regelfall ist eine freiwillige Ausreise dann unmöglich, wenn Abschiebungshindernisse vorliegen (siehe Ausführungen zu § 25 III AufenthG). Einen Ausnahmefall hat die Ausländerbehörde darzulegen und im Zweifel zu beweisen.

Beispiele der tatsächlichen Unmöglichkeit sind Fälle der Reiseunfähigkeit, unverschuldeter Passlosigkeit oder unterbrochener oder fehlender Verkehrsverbindungen (so die Vorläufigen Anwendungshinweise, Nr. 25.5.1.4). Hinzu kommen die oben schon abgehandelten Fallkonstellationen, bei denen es zwar theoretisch möglich ist, tatsächlich auszureisen, aber die Umstände so sind, dass die Rechtsordnung dies nicht verlangen kann, etwa wenn Bestechungsgelder bezahlt werden müssen, um einen Heimatpass oder ein Transitvisum zu erhalten. Denn unsere Rechtsordnung, deren höchstes Gebot die Achtung der Würde des Menschen ist, kann niemandem abverlangen, eine strafbare Handlung zu begehen.

Eine rechtliche Unmöglichkeit liegt dann vor, wenn die Rechtsordnung von dem betroffenen Ausländer die Ausreise nicht verlangen kann. Ein Großteil der in Frage kommenden Fälle wird dabei von den vorrangigen Bestimmungen der Absätze 1 bis 4 erfasst werden; es verbleiben verfassungsunmittelbare Ausreisehindernisse, etwa aufgrund des Schutzes der Ehe und Familie oder anderer Grundrechtsnormen, oder Abschiebungshindernisse aufgrund internationaler Normen, etwa der Europäischen Menschenrechtskonvention oder der UN-Kinderrechtskonvention (wobei deren unmittelbare Anwendung strittig ist). Von größter Praxisbedeutung ist dabei die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Der Erlass des Rheinland-Pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004 weist darauf hin. Danach kommt „die Überführung von langjährigen Duldungsinhabern in ein Bleiberecht nach § 25 V AufenthG ... insbesondere bei solchen Fallgestaltungen in Betracht, bei denen eine zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nicht mehr als verhältnismäßig angesehen werden kann“. Als Beispielfälle nennt der Erlass:

- Besonders gelagerte Problemfälle, bei denen die Ausländerbehörden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles im Ermessensweg über einen längeren Zeitraum erkennbar von der Durchsetzung der Ausreisepflicht abgesehen haben.
- Fallgestaltungen, bei denen aufgrund von vom Ausländer nicht zu vertretenden Umständen ein langjähriger Aufenthalt und eine vollständige Integration in die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik eingetreten ist.
- Die Tatsache, dass der Ausländer aufgrund seiner gesamten Entwicklung faktisch zu einem Inländer geworden ist und ihm wegen der Besonderheiten des Falles ein Leben im Staat seiner Staatsangehörigkeit, zu dem er keinen Bezug mehr hat, nicht zuzumuten ist. „Dies kann insbesondere bei Personen der Fall sein, die in der Bundesrepublik geboren sind oder als Minderjährige in die Bundesrepublik eingereist sind und ausschließlich hier die Schule besucht haben bzw. noch besuchen oder sich bereits in einer Ausbildung befinden.“

Folgt man diesem auch in der Gesetzesbegründung enthaltenen Gedanken, der insbesondere bei Minderjährigen und Personen mit langjährigem Aufenthalt eine positive Ermes-

sensausübung nahe legt, führt die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dazu, dass eine freiwillige Ausreise im Rechtssinne unmöglich ist.

Die Beweislast für die Unmöglichkeit trägt der Betroffene, der ja ausreisepflichtig ist und aus der Unmöglichkeit der Ausreise eine für ihn günstige Rechtsfolge ableiten will. An den Beweis dürfen jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. So ist beispielsweise ein voller Nachweis, dass eine Ausreise unmöglich ist, kaum denkbar, weil es fast immer eine noch nicht erprobte, theoretisch denkbare Möglichkeit gibt. Verlangt werden kann daher nur, dass der Ausländer darlegt, dass er die nach den Umständen möglichen und zumutbaren Anstrengungen zur Ausreise unternommen hat, insbesondere dass er die von ihm verlangten (und zumutbaren) Handlungen vorgenommen hat.

6.10.3. Die weitere Voraussetzung, dass mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, verlangt eine Prognose-Entscheidung. Dabei geht der Gesetzgeber von der Erwartung aus, dass die Ausreisehindernisse fort dauern. Nur dann, wenn mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit zu rechnen ist, also die gesetzliche Annahme widerlegt wird, kann eine Aufenthaltserlaubnis verweigert werden. Die Prognoseentscheidung sollte sich dabei auf einen Zeitraum von 6 Monaten erstrecken – den Zeitraum, den der Gesetzgeber als Höchstdauer für eine Duldung angesehen hat (§ 60a I AufenthG). Zu widersprechen ist den Vorläufigen Anwendungshinweisen Nr. 25.5.1.5, wenn es dort heißt, dass schon dann, wenn „in Fällen von Passlosigkeit Rückübernahmeverhandlungen mit dem Herkunftsstaat aufgenommen worden sind“, mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse gerechnet werden könne. Dass das Gegenteil der Fall ist, ist ein altbekanntes Ärgernis. Die Rückübernahmeverhandlungen dauern regelmäßig monatelang und scheitern nicht selten. Soweit die Vorläufigen Anwendungshinweise resümieren, dass nach dieser Bestimmung eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, wenn aufgrund der Umstände des Falles erkennbar sei, „dass das Ausreisehindernis für einen unbegrenzten Zeitraum bestehen wird“, ist Widerspruch erforderlich. Der Gesetzeswortlaut verlangt nicht die positive Erkenntnis, dass das Ausreisehindernis für einen unbegrenzten Zeitraum bestehen wird, sondern umgekehrt, dass keine positive Erkenntnis vorliegen dürfe, dass mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit zu rechnen ist. Dies ist ein fundamentaler Unterschied!

6.10.4. Nach § 25 V 2 AufenthG soll eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Das Ermessen der Ausländerbehörde ist in diesem Fall also reduziert. Die Auslegung dieser Bestimmung ist strittig. Die wohl herrschende Meinung und jedenfalls die Anwendungspraxis verstehen diese Bestimmung nur als Konkretisierung/Beschränkung des Satzes 1. Dementsprechend formulieren die Vorläufigen Anwendungshinweise ausdrücklich, dass diese Regelbestimmung nur Anwendung findet „bei Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1“ (Nr. 25.5.2). Diese Interpretation entwertet Satz 2 vollständig. Denn wenn über einen Zeitraum von 18 Monaten die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich war, ist schon nach Satz 1 das Ermessen im Hinblick auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf Null

reduziert. Dies macht ein Blick auf § 60 I 2 AufenthG deutlich, der für einen Zeitraum von mehr als 6 Monaten eine Duldung für unzumutbar und eine Aufenthaltserlaubnis für sachgerecht hält. Nach der herrschenden Meinung formuliert Satz 2 also nur eine Selbstverständlichkeit. Richtig wäre meines Erachtens, Satz 2 einen eigenständigen Regelungsgehalt zuzubilligen und eine Aufenthaltserlaubnis auch dann zu erteilen, wenn, wie der Wortlaut dies sagt, die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist, also nicht durchgeführt werden konnte. Diese Interpretation wird jedoch von der herrschenden Meinung abgelehnt.

6.10.5. § 25 V 3 AufenthG bestimmt, dass eine Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden darf, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Er enthält also ein Erteilungsverbot, Satz 4 definiert das Verschulden.

Zu beachten ist, dass der Gesetzgeber bei beiden Sätzen das Präsens verwendet. Er spricht davon, dass „der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist“ und in Satz 4 davon, dass ein Verschulden vorliege, wenn der Ausländer falsche Angaben macht (und nicht: gemacht hat). Es wird also nicht früheres Handeln bestraft. Entscheidend ist vielmehr, ob jetzt ein Handeln des Ausländers die Ausreise behindert, ob er jetzt falsche Angaben macht, ob er jetzt über seine Identität täuscht oder jetzt zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt. Ein früheres Verhalten führt also nicht zu einem Erteilungsverbot nach Absatz 5 Satz 3, bzw. nur dann, wenn der Ausländer aktuelle zumutbare Handlungen unterlässt, die imstande wären, die Konsequenzen eines früheren Verhaltens zu beseitigen. Derjenige, der früher getäuscht hat und zumutbare Anforderungen nicht erfüllt hat, kann gleichwohl eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, wenn er nun nicht mehr täuscht und die erforderlichen und zumutbaren Mitwirkungshandlungen vornimmt – auch wenn diesen kein Erfolg beschieden ist.

Die Beweislast trifft bei Satz 3 und 4 nicht den Ausländer. Es handelt sich hierbei um Ausschlussstatbestände, deren Voraussetzungen die Ausländerbehörde darlegen und gegebenenfalls beweisen muss. Die in diesen Fällen stets gegebene Unsicherheit, ob die jetzt erfolgten Angaben der Wahrheit entsprechen, geht zulasten der Ausländerbehörde.

6.10.6. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG kann abweichend von § 11 I AufenthG erteilt werden. Eine frühere Ausweisung, Zurück- oder Abschiebung hindert nicht. Von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 I und II AufenthG kann nach § 5 III AufenthG abgesehen werden. Auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 5 ist gemäß § 10 III 2 AufenthG ausgeschlossen, wenn ein gemäß § 30 III AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnter Asylantrag vorliegt, es sei denn, man geht im Fall einer Ermessensreduzierung auf Null von einem „gesetzlichen Anspruch“ aus.

6.10.7. Zu beachten ist, dass in den Fällen der Absätze 4 und 5 gemäß § 29 III 2 AufenthG ein Familiennachzug ausgeschlossen ist. Erst dann, wenn – nach 7 Jahren – gemäß

§ 26 IV AufenthG eine Niederlassungserlaubnis erteilt wurde, kommt in diesen Fällen ein Familiennachzug in Betracht.

Ein solcher genereller und auch zeitlich weit reichender Ausschluss des Familiennachzugs ist mit Art. 6 GG und Art. 8 EMRK nicht vereinbar. Um zu einem verfassungskonformen Ergebnis zu kommen, muss auf § 22 S. 1 AufenthG (Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen) zurückgegriffen werden. Das generelle Verbot steht auch in einem Wertungswiderspruch zu § 23a AufenthG ("Härtefallregelung"), bei welchem der Familiennachzug nicht ausgeschlossen ist.

7. Dauer der Aufenthaltserlaubnisse; § 26 AufenthG

§ 26 AufenthG regelt die Dauer der zu erteilenden Aufenthaltserlaubnisse. Ist der Flüchtling als Asylberechtigter anerkannt oder hat er die Rechtsstellung eines Flüchtlings nach der GFK (§ 60 I AufenthG), ist die Aufenthaltserlaubnis zwingend für 3 Jahre zu erteilen. Wird ihm eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III AufenthG erteilt (weil die Voraussetzungen von § 60 II, III, V oder VII AufenthG vorliegen), beträgt die Dauer für die zu erteilende Aufenthaltserlaubnis mindestens 1 Jahr. In den Fällen des § 25 IVa AufenthG (vorübergehender humanitärer Aufenthalt) wird die Aufenthaltserlaubnis für jeweils 6 Monate erteilt und verlängert; in begründeten Fällen ist jedoch auch eine längere Geltungsdauer zulässig.

Absatz 2 stellt wie bisher klar, dass es sich beim humanitären Aufenthalt grundsätzlich um einen temporären handelt. Bei Wegfall des Ausreisehindernisses oder des sonstigen Grundes darf eine Verlängerung nicht mehr erfolgen. Lediglich § 25 IV 2 AufenthG sieht von diesem Grundsatz eine Ausnahme vor.

Nach § 26 III AufenthG ist einem Ausländer, der seit 3 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 I oder II AufenthG besitzt, eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 IIa AsylVfG mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Rücknahme nicht vorliegen. Asylberechtigte und Flüchtlinge im Sinne der GFK haben danach einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis.

Voraussetzungen sind lediglich der 3-jährige Besitz der Aufenthaltserlaubnis und die Entscheidung des BAMF. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 I und II AufenthG müssen nicht vorliegen (§ 5 III AufenthG), die allgemeinen Voraussetzungen von § 9 II AufenthG sind durch die Spezialregelungen des § 26 III AufenthG verdrängt.

7.1. Anrechenbare Zeiten

7.1.1. In die Drei-Jahres-Frist einzurechnen ist die Zeit der Aufenthaltsfiktion nach § 25 I 3, II 2. Hs. AufenthG. Dies ergibt sich zum einen aus der Gesetzesbegründung, die nicht auf den Besitz abstellt, sondern ausführt, dass den begünstigten Personen „nach 3 Jahren eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird“, zum anderen daraus, dass der wesentliche

Zweck der Aufenthaltsfiktion nach § 25 I 3 AufenthG überhaupt nur darin, nämlich in der Anrechnung als Aufenthaltszeiten liegen kann. Denn rechtmäßig war der Aufenthalt des später anerkannten Asylbewerbers ja auch schon vorher – eine Aufenthaltsgestattung vermittelt einen rechtmäßigen Aufenthalt. Die ausdrücklich zugesprochene Aufenthaltsfiktion des § 25 I 3 AufenthG gewinnt erst durch § 26 III AufenthG ihren Sinn.

7.1.2. Fraglich ist, ob die Zeiten des vorangegangenen Asylverfahrens anzurechnen sind. Nach altem Recht hatte dies § 35 AuslG für die Berechnung der Zeiten beim Übergang von einer Aufenthaltsbefugnis zu einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis vorgesehen.

Dagegen spricht der Wortlaut, der den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis verlangt. Ebenso könnte ein Umkehrschluss des § 26 IV 3 AufenthG gegen die Anrechnung der Zeiten des Asylverfahrens sprechen. Denn dort – in den Fällen, in denen "im übrigen" einem Ausländer eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird – ist ausdrücklich die Anrechenbarkeit des Asylverfahrens bestimmt. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass die Regelung in Absatz 4 eine Erweiterung von § 55 III AsylVfG vornimmt, der generell die Anrechnung der Zeiten der Aufenthaltsgestattung vorsieht. § 26 IV 3 AufenthG regelt mithin, dass bei der Niederlassungserlaubnis nach Absatz 4 die Aufenthaltszeiten eines vorangegangenen Asylverfahrens auch dann angerechnet werden, wenn das Asylverfahren negativ abgeschlossen worden ist. Die Wirkung dieser Anrechnungsbestimmung entfaltet sich daher vor allem in den Fällen des § 25 III bis V AufenthG.

Umgekehrt ist damit aber klar, dass im Fall einer Anerkennung als Asylberechtigter oder Flüchtling nach § 60 I AufenthG die Zeiten des Asylverfahrens auf die 3-Jahres-Frist anzurechnen sind – und zwar schon unmittelbar gemäß § 55 III AsylVfG.

Gegen eine Anrechnung spricht auch nicht der Wortlaut des § 73 IIa AsylVfG, der die Prüfung der Einleitung eines Widerrufsverfahrens nach Ablauf von 3 Jahren „nach Unanfechtbarkeit der Entscheidung“ verlangt. Dieses Argument übersieht, dass es dort „spätestens“ nach Ablauf von 3 Jahren heißt, so dass das BAMF seinerseits die Zeiten des Asylverfahrens gemäß § 55 III AsylVfG berücksichtigen kann, wenn es die Überprüfung nach § 73 IIa AsylVfG vornimmt. Die Drei-Jahres-Frist von § 26 III AufenthG und § 73 IIa AsylVfG stehen daher nicht im Widerspruch zueinander, sondern harmonisieren durchaus. Da sowohl die Feststellung der Asylberechtigung als auch die, dass die Flüchtlingseigenschaft im Sinne von § 60 I AufenthG vorliegt, keinen konstitutiven Charakter hat, sondern nur ein von Anfang an bestehendes Recht formell bestätigt wird, ist es sachgerecht, die Zeiten des Asylverfahrens zu berücksichtigen. Hierfür spricht auch die zum Teil erhebliche Dauer des Asylverfahrens. Es wäre unbillig, wenn eine Fehlentscheidung des Bundesamtes, die möglicherweise erst vom Bundesverwaltungsgericht oder Bundesverfassungsgericht nach vielen Jahren korrigiert wird, zum Ergebnis hätte, dass diese Jahre nicht anzurechnen sind. Nachdem der Betroffene schon die Nachteile eines Asylbewerberschicksals über die Jahre ertragen musste, darf er nicht auch noch dadurch benachteiligt werden, dass ihm diese Zeiten nicht als Verfestigungszeiten angerechnet werden. Die Drei-Jahres-Frist beginnt also im Fall der Anerkennung als Flüchtling oder Zubilligung von Abschiebungsschutz nach § 60 I AufenthG mit der Asylantragstellung im Bundesge-

biet und nicht erst mit der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch erst mit Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes, also am 1.1.2005.

7.2. Niederlassungserlaubnis gemäß § 26 IV AufenthG

§ 26 IV AufenthG ermöglicht es – dies ist eine Ermessensregelung –, den Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach Abschnitt 5 (also aus humanitären Gründen) eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen. Die Norm begünstigt damit sowohl Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge (ungeachtet der Regelung des § 26 III AufenthG) sowie alle anderen, die aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben.

7.2.1. Voraussetzung ist zunächst das Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 II 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG. Verlangt werden grundsätzlich die Sicherung des Lebensunterhalts, der Nachweis von 60 Pflichtbeiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung, keine entgegenstehenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache, Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet sowie ausreichender Wohnraum und der Besitz der erforderlichen Erlaubnisse für die Erwerbstätigkeit. Durch den Verweis auf § 9 II 2 bis 5 AufenthG ist klargestellt, dass ausreichende Sprachkenntnisse und Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung durch den Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen werden können. Wichtig ist, dass von diesen Voraussetzungen und der Anforderung der Lebensunterhaltssicherung abzusehen ist, wenn der Ausländer sie wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen kann. Auch zur Vermeidung einer Härte kann von den Voraussetzungen ausreichender Sprachkenntnisse sowie Grundkenntnissen der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse abgesehen werden. § 9 III 3 AufenthG bestimmt weiter, dass es bei Ehegatten, die in ehelicher Lebensgemeinschaft leben, genügt, wenn die Voraussetzungen nach § 9 II Nr. 3, 4 und 6 AufenthG durch einen Ehegatten erfüllt werden.

7.2.2. In zeitlicher Hinsicht verlangt Absatz 4 Satz 1, dass der Ausländer seit 7 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Die Zeiten des letzten Asylverfahrens sind generell anzurechnen, wie § 26 IV 2 AufenthG bestimmt. Nach dem Wortlaut, ebenso nach den Vorläufigen Anwendungshinweisen (Nr. 26.4.3) sind die Aufenthaltszeiten von früheren, erfolglos betriebenen Asylverfahren nicht anrechnungsfähig. Meines Erachtens ist dies jedoch dann in Frage zu stellen, wenn das Folgeverfahren zum Erfolg führte. Denn ein Folgeverfahren ist nichts anderes als ein Wiederaufnahmeverfahren. Wird dem Wiederaufnahmeantrag stattgegeben, liegt rechtlich gesehen nur ein Verfahren vor. Das Ergebnis ist, dass dann auch die Zeiten des vorangegangenen Asylverfahrens anzurechnen sind. Nicht entscheidend ist, ob das Folgeverfahren letztendlich Erfolg hatte, vielmehr genügt, dass der Asylfolgeantrag zur Wiederaufnahme des Asylverfahrens führte. Die Aufenthaltstfiktion des § 25 I 3 AufenthG ist ebenfalls anzurechnen, wie schon vorstehend jeweils dargelegt. Die Duldungszeiten hingegen sind – im Gegensatz zu § 35 AuslG – auch nicht mehr teilweise anrechenbar.

7.2.3 Dies gilt jedoch nicht für Altfälle, also jene Personen, die sich bereits vor dem 01.01.2005 im Bundesgebiet aufgehalten haben. Nach § 102 II AufenthG sind bei ihnen die Duldungszeiten generell anzurechnen, ohne dass es auf den Grund der Duldung ankäme. Auch Aufenthaltserlaubnisse sind anzurechnen. Besaß ein Ausländer zeitweise eine Duldung und zeitweise eine Aufenthaltserlaubnis, sind beide Zeiträume zu berücksichtigen.

7.3. Niederlassungserlaubnis für Kinder, § 26 IV AufenthG i. V. m. § 55 AufenthG § 26 IV 4 AufenthG enthält eine Sonderregelung für Kinder, die vor dem 18. Lebensjahr nach Deutschland eingereist sind. Sie erhalten in entsprechender Anwendung von § 35 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis bereits dann, wenn sie seit 5 Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen sind, über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen und ihr Lebensunterhalt gesichert ist oder sie sich in der schulischen oder beruflichen Ausbildung befinden. Die Vorläufigen Anwendungshinweise (Nr. 26.4.4) weisen darauf hin, dass diese Ermessensregelung vor allem unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen zugute kommen kann. Sie ist allerdings nicht auf diesen Personenkreis beschränkt.

8. Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen

Das Verfassungsgebot des Schutzes der Ehe und Familie nach Art. 6 GG, das grundsätzlich verlangt, dass auch einem ausländischen Familienangehörigen zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft eine Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen ist, ist in § 27 ff. AufenthG umgesetzt. Gemäß § 27 II finden die Bestimmungen bei einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft entsprechende Anwendung.

Vom Schutzbereich umfasst ist grundsätzlich nur die Ehe bzw. lebenspartnerschaftliche Gemeinschaft. Sog. Schein- oder Zweckehen sind vom Schutzzweck nicht umfasst. Das Gesetz zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union (2. Änderungsgesetz zum Aufenthaltsgesetz 2007) hat dies durch einen neuen Absatz a bekräftigt. Damit wird ein Familiennachzug nicht zugelassen, wenn

1. feststeht, dass die Ehe oder das Verwandtschaftsverhältnis zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise ins und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen und
2. tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme begründen, dass einer der Ehegatten zur Eingehung der Ehe genötigt wurde.

Die Nr. 1 der Neufassung gibt eigentlich das schon vorher geltende Recht wieder. Schon vorher durfte, wenn feststand, dass eine sog. Schein- oder Zweckehe vorlag, eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden. Gleichwohl ist zu befürchten, dass die Neufassung zu einer Verschärfung der Familiennachzugspraxis führt und dem Ausländer die (negative) Beweislast auferlegt wird. Dies wäre allerdings fragwürdig, da der Ausschlussgrund nur dann eingreift, wenn die Schein- oder Zweckehe „feststeht“. Anders ist die Rechtslage bei einer Zwangsehe gemäß § 27 Ia Nr. 2 AufenthG, weil dort nur „tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme“ verlangt werden. Wenn diese gegeben sind, ist der Antragsteller zur Widerlegung verpflichtet.

Nach § 27 III AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzuges versagt werden, wenn derjenige, zu dem der Familiennachzug stattfindet, für den Unterhalt des anderen Familienangehörigen oder anderen Haushaltsangehörigen auf Sozialhilfe angewiesen ist. Von der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung, dass kein Ausweisungsgrund vorliegen darf, kann abgesehen werden.

Das der Ausländerbehörde danach zukommende Ermessen ist im Lichte des Verfassungsauftrages von Art. 6 GG und der Bedeutung des Individualgrundrechtes auszuüben. Eine dauerhafte Verhinderung der Herstellung der Familieneinheit ist unzulässig, so dass, jedenfalls in diesem Falle, das Ermessen auf Null reduziert ist.

Nach § 30 I Nr. 1 AufenthG findet ein Familiennachzug nur statt, wenn beide Ehegatten das 18. Lebensjahr vollendet haben und sich der (nachziehende) Ehegatte zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann. Zur Vermeidung einer besonderen Härte kann eine Ausnahme zugelassen werden (§ 30 II AufenthG).

Das Alterserfordernis ist ebenso abzulehnen wie das Verlangen ausreichender Deutschkenntnisse vor der Einreise. Die Begründung für die erstere Restriktion ist, dass auf diese Art und Weise Zwangsehen verhindert werden sollen. Zwar ist es richtig, dass man mit dem Alter auch Erfahrungen sammelt und beispielsweise eine 30-jährige Frau familiären Zwängen mehr Widerstand entgegenbringen kann als ein 17-jähriges Mädchen. Da die sog. Zwangsehen jedoch Ausnahmefälle darstellen, statistisches Material fehlt und es keinen allgemeinen Erfahrungsschatz gibt, dass 17-Jährige in nennenswertem Umfang häufiger als über 18-Jährige zu Zwangsehen genötigt werden, ist die Regelung nichts anderes als die Einführung einer verkappten Wartefrist. Das Anfordernis von Deutschkenntnissen vor der Einreise ist ebenfalls abzulehnen und im Ergebnis eine soziale Selektion. Aussortiert werden so Ehegatten aus sozial und kulturell benachteiligten Schichten, die entweder nicht die intellektuellen Fähigkeiten oder die Mittel haben, vor einem Familiennachzug Deutsch zu lernen. Hinzu kommt, dass in vielen – etwa afrikanischen oder asiatischen – Staaten kaum die Möglichkeit existiert, einen Deutschkurs zu absolvieren. Wenn dann sog. Praktiker darauf verweisen, man könne Deutsch ja per Kasette oder Videoband erlernen, macht dies nochmals deutlich, dass es in Wahrheit um eine soziale Selektion beim Familiennachzug geht.

Die Bestimmung wird Auswirkungen auch in den Fällen haben, in denen die Ehe in Deutschland geschlossen wird. Nicht selten heiraten Asylbewerber oder Geduldete während ihres Aufenthalts in Deutschland, ohne dass sie – dies verhindert ja die Desintegrationspolitik während des Asylverfahrens – Deutschkenntnisse besitzen. Damit liegt jedoch die Voraussetzung von § 30 I AufenthG, die einen Anspruch auf Ehegattennachzug enthält und in Nr. 2 Deutschkenntnisse verlangt, nicht mehr vor. Die Aufenthaltserlaubnis kann allenfalls noch nach Ermessen erteilt werden. Da § 10 S. 3 AufenthG jedoch bestimmt, dass einem Ausländer vor einer Ausreise ein Aufenthaltstitel nur aus humanitären Gründen erteilt werden darf, oder im Fall eines Anspruchs, bedeutet dies in der Praxis, dass der betreffende Ehegatte erst ausreisen muss, im Ausland einen Deutschkurs machen muss, um dann im Visumsverfahren wieder zurückzukehren. Das Ergebnis der Regelung

wird in diesen Fällen sein, dass der Aufenthalt „mit allen Tricks“ hinausgezögert wird, der- oder diejenige dann parallel deutsch lernt, um schlussendlich irgendwann Deutschkenntnisse nachweisen zu können, die dann den Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis und den Verzicht auf eine Ausreise herbeiführen. Die wenig praxisgerechte Regelung regt so – wegen einiger weniger relevanter Fälle – zur Verfahrensverzögerung an.

8.1 Ehegattennachzug zu Ausländern

8.1.1. Allgemeine Bestimmungen, § 29 AufenthG

§ 29 AufenthG enthält allgemeine Bestimmungen für den Familiennachzug zu Ausländern. Er bestimmt zunächst, dass für den Familiennachzug zu einem Ausländer dieser im Besitz einer Niederlassungserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis sein muss und ausreichender Wohnraum zur Verfügung stehen müsse. Dies ist der Wohnraum, der für die Unterbringung eines Wohnungssuchenden in einer öffentlich geförderten Sozialwohnung genügt. Kinder bis zur Vollendung des 2. Lebensjahres werden bei der Berechnung nicht mitgezählt (§ 2 IV AufenthG).

Daneben müssen die allgemeinen Voraussetzungen von § 5 AufenthG vorliegen. Eine Ausnahme ermöglicht nach Ermessen § 29 II AufenthG. Danach kann bei dem Ehegatten und dem minderjährigen, ledigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 I oder II oder eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 III besitzt (also bei Asylberechtigten oder Flüchtlingen im Sinne der GFK) von der Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung und dem Grundsatz, dass kein Ausweisungsgrund vorliegt, abgesehen werden. Das Ermessen ist im Hinblick auf den Schutz der Ehe und Familie und im Hinblick auf die Tatsache, dass der Flüchtling den Zeitpunkt seiner Ausreise nicht selbst bestimmen kann, noch die erforderlichen, tatsächlichen Voraussetzungen hierfür schaffen kann, noch für ihn die Möglichkeit besteht, seine Familie im Heimatland zu besuchen, reduziert. Der Familiennachzug zu Flüchtlingen ist in einem eigenen Kapitel ausführlicher dargestellt.

Nach § 29 III AufenthG darf dem Ehegatten und minderjährigen Kind eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach §§ 22, 23 I oder 25 III AufenthG besitzt nur aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Diese Formulierung beschränkt das Ermessen nicht, sondern konkretisiert es. Wenn eine eheliche oder familiäre Lebensgemeinschaft hergestellt werden soll, liegen regelmäßig sowohl völkerrechtliche Gründe (Art. 8 EMRK) als auch humanitäre Gründe für eine Aufenthaltserlaubnis vor.

§ 29 III 2 AufenthG bestimmt, dass ein Familiennachzug in den Fällen des § 25 IV und V AufenthG nicht gewährt wird. Dies ist unhaltbar und verfassungswidrig. Zwar mag es einzelne Fallkonstellationen geben, bei denen der Ausländer darauf verwiesen werden kann, noch zu warten, bis er eine Niederlassungserlaubnis besitzt. Da eine Niederlassungserlaubnis in diesen Fällen erst nach 7-jährigem Aufenthalt erteilt wird (§ 26 IV AufenthG), ist ein solcher Verweis in den meisten Fällen verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat eine 3-jährige Wartezeit für verfassungswidrig gehalten, bei Kindern in einem bestimm-

ten Alter auch schon eine kurzfristige, vorübergehende Trennung zwischen Eltern und Kind (BVerfG, 31.08.1999, InfAuslR 2000, S. 67 ff). Das zur Rechtfertigung vorgebrachte Argument, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 IV und V AufenthG sei nur von zeitlich beschränkter Dauer, ist nicht überzeugend. Dies zeigt ein Blick auf § 29 IV AufenthG. Diese Bestimmung gewährt dem Ehegatten und minderjährigen, ledigen Kind eines Ausländers, dem vorübergehender Schutz nach § 24 I AufenthG gewährt wurde und seines Ehegatten abweichend von den Voraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung gemäß § 5 I AufenthG, § 27 III AufenthG einen Rechtsanspruch, sofern die familiäre Lebensgemeinschaft im Herkunftsland durch die Fluchtsituation aufgehoben wurde und der Familienangehörige aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU übernommen wird oder sich außerhalb der EU befindet und schutzbedürftig ist. Letzteres Kriterium ist im Sinne von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK verfassungskonform auszulegen. Schutzbedürftig ist deshalb nicht erst der Familienangehörige, der sich einer akuten Gefahr für Leib und Leben ausgesetzt sieht, sondern jeder, der die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft wünscht.

§ 29 V AufenthG stellt klar, dass die Familiennachzugs-Aufenthaltserlaubnis eine Erwerbstätigkeit gestattet und zwar in dem Umfang, in welchem der Ausländer, zu dem der Familiennachzug erfolgt ist, zur Erwerbstätigkeit berechtigt ist. Nach 2 Jahren eines rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet kommt es hierauf nicht mehr an.

8.1.2. Ehegattennachzug, § 30 AufenthG

Nach § 30 I AufenthG ist dem Ehegatten eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn

- beide Ehegatten das 18. Lebensjahr vollendet haben,
- der (nachziehende) Ehegatte sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen kann,
- der (hier lebende) Ausländer eine Niederlassungserlaubnis besitzt oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG oder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AufenthG oder § 25 I oder II AufenthG besitzt oder seit 2 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt und die Aufenthaltserlaubnis nicht mit einer Nebenbestimmung nach § 8 II AufenthG, die eine Verfestigung ausschließt, versehen ist oder die spätere Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nicht aufgrund einer Rechtsnorm ausgeschlossen ist oder
- die Ehe bereits bei Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bestand und die Dauer des Aufenthalts des Nachzugsberechtigten voraussichtlich noch über 1 Jahr betragen wird oder
- der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG besitzt (Aufenthaltserlaubnis für in anderen Mitgliedsstaaten der EU langfristig Aufenthaltsberechtigte) und die Ehe bereits in dem anderen EU-Staat bestand.

Schon diese Aufzählung, die in den nachfolgenden Absätzen noch detailliert bzw. relativiert wird, macht die Kompliziertheit der Regelung deutlich. Die Politik predigt den Abbau von Bürokratie und vermehrt sie mit jeder Neuregelung. Einzelheiten können deshalb an dieser Stelle nicht dargestellt werden.

8.2. Kindernachzug zu Ausländern, § 32 AufenthG

Nach § 32 AufenthG ist den minderjährigen, ledigen Kindern eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn

- der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 I oder II AufenthG oder eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 III AufenthG besitzt oder
- beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthalts- oder Niederlassungserlaubnis besitzt und das Kind seinen Lebensmittelpunkt zusammen mit seinen Eltern oder allein personensorgeberechtigten Elternteil in das Bundesgebiet verlegt.

Letztere Voraussetzung verlangt nicht, dass Eltern und Kinder an ein und demselben Tag einreisen – ein zeitlicher Zusammenhang genügt. So ist es bspw. unschädlich, wenn das Kind bis zum Schuljahresabschluss noch im Herkunftsland bleibt und erst dann nachreist. Einen Rechtsanspruch auf Aufenthaltserlaubnis hat schließlich auch das minderjährige Kind, das das 16. Lebensjahr bereits vollendet hat, wenn es die deutsche Sprache beherrscht oder gewährleistet erscheint, dass es sich aufgrund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann und beide Eltern oder der allein sorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis besitzt. Die Praxis stellt an die Tatbestandsvoraussetzungen relativ hohe Anforderungen.

Dem minderjährigen, ledigen Kind eines Ausländers hingegen, das das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, ist bereits dann eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn beide Eltern oder der allein sorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis besitzt. Darauf, wann und warum dem einen Elternteil das Personensorgerecht übertragen wurde, kommt es nicht an.

Im Übrigen kann nach § 32 IV AufenthG dem minderjährigen, ledigen Kind eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn es aufgrund der Umstände des Einzelfalls zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist. Das Kindeswohl und die familiäre Situation sind hierbei zu berücksichtigen.

8.3. Geburt eines Kindes im Bundesgebiet, § 33 AufenthG

§ 33 AufenthG hatte in der früheren Fassung einem Kind, das im Bundesgebiet geboren wurde, einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis eingeräumt, wenn die Mutter eine Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis besaß. Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht als gleichheitswidrig gerügt. Der Gesetzgeber hat nun die Gleichbehandlung dadurch hergestellt, dass er auch das von der Mutter abgeleitete Aufenthaltsrecht beseitigte. Jetzt ist daraus eine Ermenssregelung in Bezug auf den Vater und die Mutter geworden. Nur wenn zum Zeitpunkt der Geburt beide Elternteile oder ein allein sorgeberechtigter Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis oder Daueraufenthaltserlaubnis-EG besitzt, wird dem im Bundesgebiet geborenen Kind die Aufenthaltserlaubnis von Amts wegen erteilt.

Der Familiennachzug eines volljährigen Kindes hingegen richtet sich nach § 36 AufenthG.

8.4. Eigenständiges Aufenthaltsrecht des Kindes, § 35 AufenthG

Grundsätzlich ist das Aufenthaltsrecht der Kinder vom Aufenthaltsrecht der Eltern abhängig. Dies gilt dann nicht, wenn das Kind im Falle seiner Ausreise ein Wiederkehrrecht gemäß § 37 AufenthG hätte (§ 34 I letzter Hs. AufenthG). Mit dem Eintritt der Volljährigkeit jedoch wird die dem Kind erteilte Aufenthaltserlaubnis zu einem eigenständigen, vom Familiennachzug unabhängigen Aufenthaltsrecht. Das Gleiche gilt bei Erteilung einer Niederlassungserlaubnis oder nach entsprechender Anwendung von § 37 AufenthG.

Ein minderjähriger Ausländer hat einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, wenn er zum Zeitpunkt der Vollendung seines 16. Lebensjahres seit 5 Jahren im Besitz der Aufenthaltserlaubnis ist.

Das gleiche gilt, wenn der Ausländer volljährig ist und seit 5 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, er über ausreichende Deutschkenntnisse verfügt und sein Lebensunterhalt gesichert ist oder er sich in einer Ausbildung befindet, die zu einem anerkannten schulischen oder beruflichen Bildungsabschluss führt. Von den letztgenannten Voraussetzungen ist abzusehen, wenn sie der Ausländer wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen kann (§ 35 IV AufenthG).

Der Anspruch auf Niederlassungserlaubnis ist jedoch dann ausgeschlossen, wenn

- ein auf dem persönlichen Verhalten des Ausländers beruhender Ausweisungsgrund vorliegt
- er in den letzten 3 Jahren wegen einer Vorsatzstrafe zu einer Jugend- oder Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt worden war oder die Verhängung einer Jugendstrafe ausgesetzt ist oder
- der Lebensunterhalt nicht ohne Sozial- oder Jugendhilfe gesichert ist, es sei denn, der Ausländer befindet sich in einer Ausbildung oder kann diese Voraussetzungen wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen.

Unabhängig davon kann auch bei Kindern und Jugendlichen die Aufenthaltserlaubnis nach § 9 AufenthG erteilt werden. Dies wird von der Praxis weitgehend ignoriert.

8.5. Familiennachzug zu Deutschen

§ 28 I AufenthG begründet einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn der Lebensunterhalt gesichert ist und zwar für

- den Ehegatten eines Deutschen
- das minderjährige, ledige Kind eines Deutschen
- den Elternteil eines minderjährigen, ledigen Deutschen zur Ausübung der elterlichen Sorge, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.

Ist der Lebensunterhalt nicht gesichert, besteht ein Rechtsanspruch nur für das minderjährige ledige Kind eines Deutschen bzw. das Elternteil eines minderjährigen ledigen deutschen Kindes zur Ausübung der elterlichen Sorge, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat.

Dem nicht-sorgeberechtigten Elternteil kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die familiäre Gemeinschaft im Bundesgebiet gelebt wird, ohne dass es auf die Lebensunterhaltssicherung ankommt.

Die Verschärfungen durch das 2. Änderungsgesetz 2007 hinsichtlich der sog. Scheinehen bzw. der Zwangsehen gelten auch für den Familiennachzug zu Deutschen, ebenso die Einführung eines Mindestalters und das Anfordernis von Sprachkenntnissen. Die Ausnahmen nach § 30 II AufenthG gelten entsprechend.

Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Sonstige Familienangehörige als die oben genannten können in entsprechender Anwendung von § 36 eine Aufenthaltserlaubnis erhalten.

8.6. Eigenständiges Aufenthaltsrecht der Ehegatten

Nach § 31 AufenthG erwirbt der Ehegatte eines Ausländers ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, unabhängig vom Ehebestand.

Nach Absatz 1 muss dazu entweder die eheliche Lebensgemeinschaft 2 Jahre bestanden haben und der Ausländer während dieser Zeit im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gewesen sein oder der Ausländer gestorben sein, während die eheliche Lebensgemeinschaft bestand und er im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war.

Nach Absatz 2 kann von diesen Voraussetzungen abgesehen werden, soweit es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, dem Ehegatten den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen.

Auf Ehen mit Deutschen und lebenspartnerschaftliche Gemeinschaften findet die Bestimmung entsprechende Anwendung.

9. Besondere Aufenthaltstitel

9.1. Wiederkehroption, § 37 AufenthG

Das Gesetz räumt dem Ausländer, der als Minderjähriger rechtmäßig seinen Aufenthalt im Bundesgebiet hatte, unter den Voraussetzungen des § 37 AufenthG ein Recht auf Wiederkehr ein, das auch zur Erwerbstätigkeit berechtigt.

9.2. Aufenthaltserlaubnis für ehemalige Deutsche, § 38 AufenthG

§ 38 AufenthG bestimmt, wann und unter welchen Voraussetzungen einem ehemaligen Deutschen eine Niederlassungs- bzw. eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist. Hintergrund dieser Neuregelung ist, dass das StAG jetzt auch dann den Verlust der Staatsangehörigkeit vorsieht, wenn der Ausländer bei einem gewöhnlichen Inlandsaufenthalt eine fremde Staatsangehörigkeit erwirbt. Hauptanwendungsfall ist der Wiedererwerb der türkischen Staatsangehörigkeit nach vorheriger Einbürgerung.

9.3. sonstige Bestimmungen

9.3.1. § 38a AufenthG regelt den Aufenthalt für solche Ausländer, die in anderen Mitgliedsstaaten der EU die Rechtsstellung als langfristige Aufenthaltsberechtigte besitzen.

Sie erhalten eine Aufenthaltserlaubnis, wenn sie sich länger als 3 Monate im Bundesgebiet aufhalten wollen.

9.3.2. § 7 I 3 AufenthG enthält eine Generalklausel. Nach dieser Bestimmung kann eine Aufenthaltserlaubnis „für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltswert“ erteilt werden. Er erfasst also Sonderkonstellationen, ist aber nicht geeignet, eine Aufenthaltserlaubnis herbeizuführen, wenn bei einem geregelten Sachverhalt die dortigen Voraussetzungen nicht vorliegen.

9.4. Bleiberechtsregelung, § 104 a und b AufenthG

Die jahrelange Praxis der Behörden, Personen, die nicht abgeschoben werden konnten, keine Aufenthaltsbefugnis (nach altem Recht) oder Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, sondern mit Duldungen abzuspeisen, führte zu einem Berg von circa 200.000 Geduldeten. Dem Engagement der Flüchtlingshilfeorganisationen und dem Einsatz der Betroffenen ist es zu danken, dass das Problem der „Kettenduldungen“ auch ins Bewusstsein der Politik drang. Die Innenministerkonferenz hat sich in Folge mit IMK-Beschluss vom 17.11.2006 auf eine Bleiberechtsregelung verständigt, die bis zum 17.05.2007 in Anspruch genommen werden konnte. Etwa 20.000 Personen konnten hiervon profitieren. Der Hauptgrund für die geringe Zahl war, dass das Bleiberecht vom Nachweis der Lebensunterhaltssicherung abhängig war. Diese Voraussetzung konnten viele in der kurzen Zeit nicht erfüllen, da sie nach wie vor im Duldungsstatus waren und deshalb keinen Arbeitsplatz oder nur einen schlecht bezahlten Teilzeitjob fanden. Das Zuwanderungsänderungsgesetz hat dem nun Rechnung getragen. § 104a AufenthG enthält jetzt eine „Altfallregelung“ unter der Überschrift einer Probe-Aufenthaltserlaubnis. Ausländer erhalten, wenn sie die sonstigen Voraussetzungen von § 104a AufenthG erfüllen, eine Aufenthaltserlaubnis mit einer maximalen Gültigkeit bis 31.12.2009, obwohl ihr Lebensunterhalt noch nicht gesichert ist. Sie bekommen dadurch die Chance, mit einem Aufenthaltstitel ausgestattet und ohne die Beschränkungen des Vorrangsprinzips eine Arbeit zu finden. Schaffen sie es in dieser Zeit, dauerhaft für ihren Lebensunterhalt zu sorgen, können sie, in einen regulären Aufenthalt überzuwechseln. Die Regelung ist, trotz einzelner Kritikpunkte, ein Schritt in die richtige Richtung. Endlich wird erkannt, dass Restriktionen nicht das Allheilmittel sind, sondern sich diese auch gegen die deutsche Gesellschaft wenden.

9.4.1. Nach § 104a Aufenthaltsgesetz (Altfallregelung) soll einem geduldeten Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, ohne dass es auf die Voraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung oder das Visumserfordernis ankomme, wenn er sich am Stichtag des 01.07.2007

- seit mindestens 8 Jahren oder
- falls er zusammen mit einem oder mehreren minderjährigen, ledigen Kindern in häuslicher Gemeinschaft lebt, seit mindestens 6 Jahren

ununterbrochen geduldet oder gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat.

Grundvoraussetzung ist also ein 8- (oder 6-)jähriger Aufenthalt zum Stichtag des 01.07.2007.

Verlangt wird ein ununterbrochener Aufenthalt im Bundesgebiet. Inwieweit kurzfristige Auslandsaufenthalte schädlich sind, wird wohl noch in Verwaltungsvorschriften oder Vorläufigen Anwendungshinweisen festgelegt werden. Klar ist, dass dann, wenn der Betreffende im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war, kurzfristige Aufenthaltszeiten im Ausland – etwa für Urlaubsreisen – unschädlich sind.

Nach dem Gesetzeswortlaut profitieren von der Regelung nur jene, die entweder im Besitz einer Duldung, einer Aufenthaltsgestattung oder einer „Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen“ waren. Aufenthaltserlaubnisse aus anderen Gründen – etwa zum Zwecke des Studiums – sind damit nicht berücksichtigungsfähig. Diskutieren wird man aber wohl darüber müssen, ob dann, wenn Duldungsgründe existierten – etwa aufgrund einer Zubilligung von Abschiebungsschutz nach § 53 AuslG bzw. § 60 II bis VII AufenthG – der Betreffende aber, etwa in Folge einer Eheschließung oder eines Studiums einen „besseren“ Aufenthaltstitel besaß, gleichwohl auch diese Zeiten anrechnungsfähig sind.

Die weiteren Voraussetzungen sind, dass der Betreffende

- über ausreichenden Wohnraum verfügt (Nr. 1),
- über hinreichende mündliche Deutschkenntnisse im Sinne der Stufe A2 des gemeinsamen europäischen Referenzrahmens für Sprachen verfügt (Nr. 2),
- bei Kindern im schulpflichtigen Alter der tatsächliche Schulbesuch nachgewiesen ist (Nr. 3),
- die Ausländerbehörde nicht vorsätzlich über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht oder behördliche Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht vorsätzlich hinausgezögert oder behindert hat (Nr. 4.), (Die Praxis bei der Bleiberechtsregelung zum IMK-Beschluss des Jahres 2006 hat die vergleichbare Bestimmung großzügig interpretiert. Nur schwerwiegende Täuschungshandlungen und erhebliche Verzögerungen führten zur Anwendung dieses Ausschlussstatbestandes.)
- keine Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen vorliegen und diese auch nicht unterstützt wurden (Nr. 5),
- nicht wegen einer vorsätzlichen Straftat verurteilt wurde, wobei Geldstrafen von insgesamt (kumulativ!) bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten nach dem Aufenthalts- oder dem Asylverfahrensgesetz außer Betracht bleiben. Ausdrücklich führt jedoch § 104a III AufenthG hier die Sippenhaft ein. Wenn ein in häuslicher Gemeinschaft lebendes Familienmitglied in diesem Sinne erhebliche Straftaten begangen hat, führt dies zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis auch für die anderen Familienmitglieder. Eine Ausnahme ist nur für den Ehegatten vorgesehen, wenn diesem zur Vermeidung einer besonderen Härte der weitere Aufenthalt ermöglicht werden soll. Für auf diese Weise mittelbar begünstigte Kinder muss die Betreuung in Deutschland sichergestellt sein.

Wenn die Voraussetzungen vorliegen und der Lebensunterhalt gesichert ist, erhält der Betreffende eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 I 1 AufenthG. Ist der Lebensunterhalt nicht gesichert, erhält er sie nach § 104a I 1 AufenthG. Diese „gilt“ dann „als Aufenthaltstitel“. Ausdrücklich ist für diesen Fall – der mangelnden Lebensunterhaltssicherung – vorgeschrieben, dass die Aufenthaltszeiten nicht zur Verfestigung nach § 9 AufenthG bzw. § 26 IV AufenthG führen.

Mangelnde Deutschkenntnisse sind bis 01.07.2008 unerheblich – ab diesem Zeitpunkt müssen sie vorliegen, außer, wenn der Ausländer am Erwerb aufgrund einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung oder aus Altersgründen gehindert ist.

Nach § 104a II AufenthG kann auch einem inzwischen volljährig gewordenen Kind, sofern es zum Stichtag 01.07.2007 sich seit mindestens 8 Jahren bzw. seit 6 Jahren im Fall des Zusammenlebens mit einem Kind in Deutschland ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen aufgehalten hat, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, sofern dieses Kind bei der Einreise minderjährig war und gewährleistet erscheint, dass es sich aufgrund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in Deutschland einfügen kann.

Das Gleiche gilt für einen Ausländer, der sich als unbegleiteter minderjähriger Flüchtling (UMF) seit mindestens 6 Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat und bei dem gewährleistet erscheint, dass er sich aufgrund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Bundesrepublik Deutschland einfügen kann. Für den UMF gilt damit auch die 6-Jahres-Frist wie für Erwachsene, die mit Kindern zusammenleben.

Nach § 104a IV AufenthG kann die Aufenthaltserlaubnis unter der Bedingung erteilt werden, dass der Ausländer an einem Integrationsgespräch teilnimmt oder eine Integrationsvereinbarung abschließt.

Diese Probeaufenthaltserlaubnis nach § 104a V AufenthG berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (ohne dass das Vorrangsprinzip eingreifen würde; § 104a IV 2 AufenthG). Sie wird mit einer Gültigkeit bis zum 31.12.2009 erteilt und soll um weitere 2 Jahre als Aufenthaltserlaubnis nach § 23 I 1 AufenthG verlängert werden, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers bis zum 31.12.2009 überwiegend eigenständig durch Erwerbstätigkeit gesichert war oder wenn der Ausländer mindestens seit dem 01.04.2009 seinen Lebensunterhalt nicht nur vorübergehend eigenständig sichert. In beiden Fällen muss dann aufgrund einer Gesamtschau die Annahme gerechtfertigt sein, dass der Lebensunterhalt künftig überwiegend gesichert sein wird.

Die komplizierte Regelung sieht in Absatz 6 Ausnahmen vor, in denen die Aufenthaltserlaubnis bei Härtefällen verlängert werden darf, wenn der Lebensunterhalt nicht eigenständig durch Erwerbstätigkeit gesichert ist und zwar für

- Auszubildende (Nr. 1),

- Familien mit Kindern, die nur vorübergehend auf ergänzende Sozialhilfeleistungen angewiesen sind (Nr. 2),
- Alleinerziehende mit Kindern, die vorübergehend auf Sozialhilfe angewiesen sind und denen eine Arbeitsaufnahme nicht zumutbar ist (Nr. 3),
- erwerbsunfähige Personen, sofern deren Lebensunterhalt in sonstiger Weise ohne Leistungen der öffentlichen Hand dauerhaft gesichert ist (Nr. 4),
- Personen, die am 01.07.2007 das 65. Lebensjahr vollendet haben, sofern sie im Herkunftsland keine Familie, dafür aber im Bundesgebiet Angehörige haben, und soweit sichergestellt ist, dass sie keine Sozialhilfeleistungen benötigen (Nr. 5).

Insbesondere an den beiden letzten Regelungen ist Kritik angebracht: Erwerbsunfähigen Personen müsste ein Aufenthaltsrecht auch dann eingeräumt werden, wenn keine leistungsfähigen Angehörigen existieren. Es macht keinen Sinn, bei diesen Fallkonstellationen einen legalen Aufenthalt zu verweigern und – da die Grundvoraussetzung ja ohnedies ein Duldungsanspruch ist – sie auf Kettenduldungen zu verweisen.

Zu kritisieren ist weiter die Regelung in § 104a VII AufenthG, wonach die Länder anordnen dürfen, dass aus Gründen der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland diese Aufenthaltserlaubnis generell versagt werden kann. Die Staatsangehörigkeit allein ist kein ausreichender Grund, einen humanitären Aufenthalt zu versagen; wenn Sicherheitsbedenken bestehen, müssen diese konkret und auf den Einzelfall bezogen festgestellt werden.

9.4.2. § 104b AufenthG ist eine fragwürdige Wohltat. Danach kann einem minderjährigen ledigen Kind im Fall der Ausreise seiner Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils eine eigenständige Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Was auf den ersten Blick positiv erscheint, kann auch, wie Kritiker dies formuliert haben, als „Kinderraub“ kritisiert werden. Denn Voraussetzung dieses Kinderaufenthaltsrechts ist die Ausreise der Eltern oder des allein sorgeberechtigten Elternteils. Der häufigste Anwendungsfall dürfte der sein, dass den Eltern wegen einer erheblichen Straftat (mehr als 50 Tagessätze) eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt wird. Die Kinder stehen in diesem Fall vor der Wahl, entweder mit ihren Eltern auszureisen oder auf die Ausreise der Eltern hinzuwirken, um selbst in den Genuss eines Aufenthaltsrechts zu kommen. Sie werden damit nicht nur in einen Loyalitäts- und Gewissenskonflikt gestürzt, sondern – und dies voraussichtlich nicht nur für eine bestimmte Zeit, sondern endgültig – von ihren Eltern getrennt. Sie müssen sich ein „besseres“ Leben mit der Trennung von ihren Eltern erkaufen. Die Eltern stehen vor der Wahl zwischen einer möglicherweise besseren Zukunft ihrer Kinder und der Aufgabe der familiären Beziehungen. Die Regelung missachtet gröblich das besondere Schutzgebot der Familie von Art. 6 GG und die Verpflichtung des Staates, die Familie zu fördern. Sie ist Beleg für die Ökonomisierung aller Sachverhalte. Im staatlichen Interesse einer Verjüngung unserer Gesellschaft und der Bereitstellung von tatkräftigen Arbeitskräften werden moralische und gesellschaftsstabilisierende Faktoren mit Füßen getreten. Jedes gesellschaftliche System ist auf Solidarität angewiesen. Dies wird

in der kleinsten Keimzelle jeder Gesellschaft – der Familie – eingeübt. Dort lernt man, sein kurzfristiges Eigeninteresse mittel- und langfristigen Interessen unterzuordnen, dort erfährt man, dass einen nicht der radikale Egoismus weiterbringt, sondern, dass ein ge-
deihliches Zusammenleben auch die Rücksichtnahme auf Interessen der Nächsten verlangt und aus beiden Komponenten Fortschritt sowohl für den Einzelnen als auch für die Gemeinschaft erwächst. Diesem Konzept ist auch das Grundgesetz verpflichtet, wenn es etwa die Eigentumsgarantie an die Gemeinwohlverpflichtung koppelt, die Forderung, sein Eigeninteresse auch am Gemeinwohl zu orientieren, ist Grundlage jeder Gesellschaftsordnung.

§ 104b AufenthG widerspricht dem diametral. Er verspricht dem eigennützig handelnden Kind ungeachtet seiner emotionalen oder familiären Bindungen Vorteile um den Preis der Aufgabe seiner gewachsenen Beziehungen. Er konstatiert ein negatives Gesellschaftsmodell.

Die Voraussetzungen der Regelung des § 104b AufenthG sind:

- Die Eltern müssen ausreisen.
- Das Kind muss am 01.07.2007 das 14. Lebensjahr vollendet haben (Nr. 1).
- Es muss sich seit mindestens 6 Jahren rechtmäßig oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten (Nr. 2).
- Es muss die deutsche Sprache beherrschen (Nr. 3).
- Es muss aufgrund seiner bisherigen Schulausbildung und Lebensführung eine positive Prognose der Einfügung in Deutschland gestellt werden können (Nr. 4).
- Es muss seine Personensorge sichergestellt sein (Nr. 5).

Ich glaube nicht, dass diese Regelung große Praxisrelevanz besitzt. Sie ist allerdings charakteristisch für einen neuen Denkansatz, der sich – nicht nur im Ausländerrecht, aber auch dort – breit macht. Danach wird nicht der Mensch als Mittelpunkt der staatlichen Regulierung begriffen, sondern dessen Nutzen für den Staat, der sich zunehmend als Agentur für ökonomische Interessen begreift.

10. Die Fiktionsbescheinigung

Nicht stets kann über eine Aufenthaltserlaubnis sofort entschieden werden. Manchmal fehlen Unterlagen, manchmal müssen noch Nachfragen getätigt werden und manchmal ist die Ausländerbehörde einfach überlastet. In diesen Fällen wird eine sog. Fiktionsbescheinigung ausgestellt. Die Fiktionsbescheinigung gewährt einen rechtmäßigen Aufenthalt und wird, wenn später eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, bei der Niederlassungserlaubnis oder einer Einbürgerung voll angerechnet.

Nach § 81 III AufenthG gilt der Aufenthalt des Ausländers, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. Wird der Antrag jedoch verspätet gestellt, gilt der Aufenthalt nur als geduldet.

Nach § 81 IV AufenthG gilt der bisherige Aufenthaltstitel als fortbestehend, wenn seine Verlängerung oder an seiner Statt ein anderer Aufenthaltstitel beantragt wurde.

IV) Die Duldung

Von den oben genannten Aufenthaltstiteln unterscheidet sich grundsätzlich die Duldung. Die Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung gemäß § 60a IV AufenthG (= Duldung) ist keine Aufenthaltsgenehmigung, sondern erklärt lediglich, wie schon das Wort selbst sagt, dass der Aufenthalt des Ausländers hingenommen wird. Der Aufenthalt ist als nicht ordnungsgemäß definiert. Der Betreffende ist vollziehbar ausreisepflichtig. Diese bestehende Ausreisepflicht wird jedoch vom Staat nicht durchgesetzt, d. h., der Betroffene wird nicht abgeschoben, weil und solange seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist.

Zwischen einer Aufenthaltserlaubnis und einer Duldung besteht also ein Qualitätsunterschied. Auch eine nur kurzfristige Aufenthaltserlaubnis und eine solche, die nicht zu einer Verfestigung führen kann, vermittelt einen rechtmäßigen Aufenthalt, der unter Umständen bei einer Einbürgerung zu berücksichtigen ist. Selbst eine jahrzehntelange Duldung hingegen kann im Regelfalle nicht zu einer Verfestigung führen. So werden Duldungszeiten regelmäßig nicht als anrechenbare Zeiten akzeptiert, wenn es um die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis geht; ebensowenig im Fall einer Einbürgerung. Ausnahmen gibt es für Duldungen, die noch unter der Geltung des Ausländergesetzes erteilt wurden. § 102 II AufenthG schreibt hier die Anrechnung auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 IV AufenthG vor. Es ist daher wichtig, um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III - V AufenthG zu kämpfen und sich nicht mit einer Duldung abspesen oder hinhalten zu lassen.

Dies ist auch deshalb anzuraten, weil der Duldungsstatus regelmäßig mit sehr viel weiterreichenden Auflagen als eine Aufenthaltserlaubnis verknüpft wird. Zwar ist die Duldung kraft Gesetzes nur auf das Gebiet des die Duldung erteilenden Bundeslandes räumlich beschränkt (§ 61 I 1 AufenthG), doch wird in vielen Fällen eine engere Beschränkung auf den Landkreis oder die Gemeinde verfügt. Weitere Auflagen, wie etwa, Geld für die Heimreise anzusparen oder in einer Gemeinschaftsunterkunft zu wohnen, sind je nach Bundesland nicht selten, üblich oder gar die Regel. Ein Familiennachzug findet nicht statt. Die Erwerbstätigkeit ist zunächst ausgeschlossen. Sie kann unter Beachtung des Vorrangsprinzips nach 1 Jahr erlaubt werden (§ 10 BeschVerfV). Sie darf jedoch dann nicht erlaubt werden, wenn der Ausländer sich ins Bundesgebiet begeben hat, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen oder wenn bei diesem Ausländer aus von ihm zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können (§ 11 BeschVerfV). Der Hauptanwendungsfall dieser Ausschlussklausel ist die Behauptung, der Ausländer wirke nicht energisch genug an der Beschaffung von Heimreisedokumenten mit. Die Versagung jeder Erwerbstätigkeit ist dann ein beliebtes Druckmittel, um den Flüchtling zu einer angeblich möglichen Kooperation anzuhalten. Da es selten eindeutig beweisbar ist, ob die Bemühungen des Flüchtlings hinreichend waren oder ob nicht das Desinteresse der Auslandsvertretung überwiegt, geht ein Streit hierüber stets zu

Lasten Ihres Schützlings. Er darf nicht arbeiten, die Arbeitsagentur darf ihm eine Erwerbstätigkeit nicht gestatten, selbst wenn ein Arbeitsplatz vorhanden wäre. Bis dann auf dem Weg eines Verwaltungsrechtsstreits das ausländerrechtliche Arbeitsverbot beseitigt ist, ist der Job meist weg. Geduldete unterliegen bis zu einer Dauer von insgesamt 48 Monaten auch den Restriktionen des AsylbLG, wenn behauptet wird, sie hätten die Dauer des Aufenthalts selbst rechtsmissbräuchlich beeinflusst, sogar über diese Zeit hinaus.

Die restriktive Praxis bei der Erteilung von humanitären Aufenthaltstiteln hat in der Vergangenheit zu einem „Berg“ von kontinuierlich circa 200.000 Betroffenen geführt. Viele unter ihnen waren sog. „Dauergeduldete“, die manchmal über Jahre hinweg eine Duldung erhalten hatten. In solchen Fällen spricht man von „Kettenduldungen“. Die Bleiberechtsregelungen von 2006 und 2007 versuchten, diesem Problem Herr zu werden. Die strengen Bestimmungen und die restriktive Handhabung haben jedoch dazu geführt, dass nur einige der Betroffenen reguläre Aufenthaltserlaubnisse erhielten. Da die Praxis fortlaufend neue Duldungen produziert, dürfte das Problem der „Kettenduldungen“ noch lange nicht gelöst sein. Die Betroffenen werden weiterhin ein Leben zwischen Hoffen und Bangen führen müssen.

V) Die Grenzübertrittsbescheinigung

Eine Grenzübertrittsbescheinigung (auch Grenzübertrittsschein oder Ausreisescchein genannt) erhält der Ausländer, der das Bundesgebiet verlassen muss, dem aber gemäß § 50 II 1 AufenthG eine Ausreisefrist eingeräumt wurde. Diese Ausreisefrist endet mit Fristablauf, spätestens jedoch 6 Monate nach dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der Ausreisepflicht und kann in besonderen Härtefällen verlangt werden. Sie wird durch eine Duldung unterbrochen (§ 50 III AufenthG).

Obwohl eine Grenzübertrittsbescheinigung im eigentlichen Sinne keinen Status vermittelt, sondern lediglich aufzeigt, bis zu welchem Zeitpunkt dem Ausländer eine Ausreisefrist eingeräumt wurde, wird sie von manchen Ausländerbehörden wie eine Duldung verwendet. Dies ist problematisch, da sich nach dem Wortlaut von § 95 I Nr. 2 AufenthG strafbar macht, wer sich ohne erforderlichen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält oder vollziehbar ausreisepflichtig ist und dessen Abschiebung nicht ausgesetzt ist. Da die Aussetzung der Abschiebung als Duldung definiert ist (§ 60a AufenthG) und derjenige, der nur einen Grenzübertrittsschein hat, eben gerade keine Duldung hat, liegt nach dem Wortlaut eine Straftat vor. Dementsprechend kommt es auch immer wieder zu Strafbefehlen.

Gleichwohl ist diese Praxis falsch. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass eine Strafbarkeit dann nicht vorliegt, wenn ein Rechtsanspruch auf Duldung besteht. Ein solcher Rechtsanspruch besteht jedenfalls dann, wenn eine Abschiebung nicht innerhalb einer konkret absehbaren Zeit – für die eine Ausreisefrist eingeräumt wurde – vollzogen werden soll. Bei wiederholten Erteilungen bzw. Verlängerungen von Grenzübertrittsbescheinigungen liegt daher in Wahrheit eine Duldung vor; es fehlt lediglich an der Ausstellung der richtigen Bescheinigung. Im Fall einer erstmaligen oder kurzfristigen Ausstellung einer Grenzübertrittsbescheinigung hingegen liegt schon deshalb keine Straftat vor, weil dem Ausländer ja ausdrücklich noch dieser Zeitraum zur Ausreise eingeräumt wurde, eine Zeit, die er nutzen kann und darf, um seine Angelegenheiten im Bundesge-

biet zu regeln. Nur für diese Zwecke, also nur einmalig und kurzfristig, darf eine Grenzübertrittsbescheinigung erteilt werden. Ist eine Ausreise nicht innerhalb eines konkret absehbaren Zeitraums möglich oder durchsetzbar, muss eine Duldung erteilt werden!

VI) Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit

Systematisch gehört die Darstellung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit nicht zum Ausländerrecht. Mit dem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit verliert der Ausländer seine Ausländereigenschaft und unterliegt nicht mehr den Regelungen des Ausländerrechtes. Der frühere Ausländer ist nun „vollwertiger“ Staatsbürger. Der neuen Unsitte manche „Neubürger“ dadurch zu etikettieren, dass man von „Deutschen mit Migrationshintergrund“ oder von „Deutschen ausländischer Herkunft/Abstammung“ und ähnlichem spricht, kann nur heftig widersprochen werden. Es gibt keine Staatsbürger zweiter Klasse. Es darf sie auch in den Köpfen nicht geben!

Das Recht des Staatsbürgerschaftserwerbs kann nicht Gegenstand dieses Leitfadens sein. Es seien aber einige Grundsätze skizziert:

1. Staatsangehörigkeitserwerb durch Geburt

Die deutsche Staatsangehörigkeit wird durch Geburt erworben, wenn ein Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt (§ 4 I 1 StAG). Ist bei der Geburt des Kindes nur der Vater Deutscher, bedarf es einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung oder -feststellung. Ein erforderliches Verfahren ist einzuleiten, bevor das Kind das 23. Lebensjahr vollendet hat. Frühere Differenzierungen danach, ob es sich um ein eheliches oder nicht-eheliches Kind handelte oder ob der Vater oder die Mutter Deutsche waren, sind überholt. Es genügt, wenn ein Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt!

Aber auch ein Kind von zwei Ausländern kann durch Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit erwerben. § 4 III StAG hat das sog. jus-soli-Prinzip, das festlegt, dass der Geburtsort die Staatsangehörigkeit bestimmt, in ersten Ansätzen eingeführt. Danach muss mindestens ein Elternteil weitere Voraussetzungen erfüllen, nämlich

- seit 8 Jahren rechtmäßig seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben und
- freizügiger EU-Bürger oder diesem gleichgestellt sein oder eine Niederlassungserlaubnis besitzen.

Liegen beide Voraussetzungen vor, trägt das für die Geburt zuständige Standesamt (nach Rücksprache mit der Ausländerbehörde) die deutsche Staatsangehörigkeit ein.

Bei der Frage, ob die 8-jährigen Aufenthaltszeiten als „rechtmäßige“ und „gewöhnliche“ anzusehen sind, gibt es oft Differenzen. Wenn die Zeiten nicht angerechnet werden, sollten Sie unbedingt anwaltlichen Rat suchen. Nicht selten wird auch hier eine restriktive Auslegung gewählt, die sich dann später als nicht haltbar herausstellt. Der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch das Kind gibt nicht nur Planungssicherheit für dessen Zukunft, sondern auch für die der Eltern.

2. Die Einbürgerung

Das deutsche Einbürgerungsrecht kennt im Wesentlichen zwei Tatbestände, die Anspruchseinbürgerung gemäß § 10 StAG und die Ermessenseinbürgerung gemäß § 8 StAG. Liegen die Voraussetzungen einer Anspruchseinbürgerung vor, muss die Einbürgerung erfolgen; bei einer Ermessenseinbürgerung hingegen kann die Einbürgerung immer noch verweigert werden, hier gibt es nur einen Anspruch auf sachgerechte Abwägung der maßgeblichen Gesichtspunkte.

2.1. Die Anspruchseinbürgerung, § 10 StAG

Die Anspruchseinbürgerung nach § 10 StAG verlangt

- einen wirksamen Antrag
- einen 8-jährigen, rechtmäßigen und gewöhnlichen, regelmäßig ununterbrochenen Aufenthalt im Inland
- ein Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung
- die Sicherung des Lebensunterhalts für sich und die unterhaltsberechtigten Familienangehörigen
- die Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit
- die Straflosigkeit und dass keine Maßregel der Besserung und Sicherung wegen Schuldunfähigkeit verhängt wurde.

Ausgeschlossen ist der Anspruch (§ 11 StAG), wenn der Ausländer

- tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme von verfassungsfeindlichen Bestrebungen rechtfertigen oder
- ein Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 5 und 5a AufenthG vorliegt.

Ein Anspruch auf Einbürgerung besteht nach § 10 StAG dann, wenn jemand seit 8 Jahren seinen rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Der Betroffene muss also nicht nur 8 Jahre in Deutschland aufhältlich sein, vielmehr muss während des gesamten Zeitraums der Aufenthalt

- rechtmäßig und
- gewöhnlich

gewesen sein. Dies ist nach der herrschenden Interpretation nur dann der Fall, wenn er über 8 Jahre einen Aufenthaltstitel besaß, der einer Verfestigung zugänglich war.

Für den hier betroffenen Personenkreis von Schutzsuchenden heißt dies, dass die Zeiten, in denen der Betroffene Asylbewerber war, nur dann angerechnet werden, wenn er als Asylberechtigter nach Art. 16a GG oder als Flüchtling im Sinne der GFK nach § 60 I AufenthG anerkannt wurde. Nur dann zählen die Zeiten der Aufenthaltsgestattung mit. Für die anderen werden nur die Zeiten berücksichtigt, in denen der Betreffende eine Aufenthaltsbefugnis nach altem Recht oder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III oder V AufenthG besessen hat. Erst wenn dann 8 Jahre zusammengekommen sind, ist die erste Voraussetzung des 8-jährigen, rechtmäßigen und gewöhnlichen Aufenthalts erfüllt.

Vom Grundsatz der Aufgabe der bisherigen Staatsangehörigkeit macht das Gesetz in einigen Fällen Ausnahmen (siehe § 12 StAG). Wichtig ist hier, dass Flüchtlinge, die im Besitz eines Reiseausweises nach der Genfer Konvention sind, ihre Staatsangehörigkeit nicht aufgeben müssen (§ 12 I Nr. 6 StAG). Was sich so schön anhört, ist in der Praxis jedoch eher ein Problem. Beantragt ein Asylberechtigter oder Flüchtling im Sinne der GFK nämlich die Einbürgerung erfolgt als erstes eine Nachfrage der Staatsangehörigkeitsstelle beim BAMF, ob nicht ein Widerruf erfolgen kann. Diese verkappte Aufforderung führt dann im Ergebnis oft dazu, dass die Stellung eines Einbürgerungsantrags zum Verlust des Asylstatus führt. Der Wunsch des Ausländers, sich durch eine Einbürgerung voll und ganz zu integrieren, führt dann manchmal zum Gegenteil, nämlich zum Verlust des Asylstatus und infolge dessen zu einer Aufenthaltsbeendigung.

Nach § 12 a StAG bleiben bei der Einbürgerung Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel nach dem JGG, Geldstrafen bis zu 90 Tagessätzen oder Bewährungsstrafen bis zu drei Monaten außer Betracht, sofern letzere erlassen worden sind. Das 2. Änderungsgesetz hat hier erhebliche Verschärfungen eingeführt.

➔ TIP:

Bevor ein Asylberechtigter oder Flüchtling im Sinne der GFK einen Einbürgerungsantrag einreicht, sollte er qualifizierten Rat einholen, ob ein Widerruf der Flüchtlingseigenschaft droht.

Personen, die nur subsidiären Abschiebungsschutz erhalten haben, müssen ihre frühere Staatsangehörigkeit aufgeben, was in der Praxis vielfältige Probleme verursacht.

2.2. Die Ermessenseinbürgerung, § 8 StAG

Eine Ermessenseinbürgerung nach § 8 StAG ermöglicht, auch wenn – oder gerade weil – hier für den Staat ein größerer Spielraum besteht, für den hier betroffenen Personenkreis eine Einbürgerung unter erleichterten Voraussetzungen. Nach den Verwaltungsvorschriften (Nr. 8.1.3.5 StAG-VwV) sollen die anerkannten Flüchtlinge und Staatenlose als „staatsangehörigkeitsrechtlich schutzbedürftige Personen“ bereits nach 6 Jahren eingebürgert werden.

Eine Ermessenseinbürgerung setzt voraus, dass der Ausländer

- einen wirksamen Einbürgerungsantrag stellt
- sich im Inland niedergelassen hat
- nicht vorbestraft ist und gegen ihn keine Maßregel der Besserung und Sicherung wegen Schuldnfähigkeit angeordnet worden ist,
- eine eigene Wohnung oder ein Unterkommen gefunden hat und
- sich und seine Angehörigen zu ernähren imstande ist

Die Niederlassung verlangt die erkennbare Absicht, sich in Deutschland nicht nur vorü-

bergehend aufzuhalten. Der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse muss im Inland liegen. Das Gesetz setzt keine bestimmten Aufenthaltszeiten voraus. Die Einbürgerungsrichtlinien verlangen jedoch einen 8-jährigen, rechtmäßigen Aufenthalt, der nicht immer gewöhnlich gewesen sein muss. Für Flüchtlinge mit tatsächlichem oder rechtlichem Abschiebungsschutz ist daher oft § 8 StAG die Grundlage für eine Einbürgerung, da die Zeiten des Asylverfahrens bzw. der Duldung nicht als gewöhnlicher Aufenthalt berücksichtigt werden (und damit § 10 StAG als Anspruchsgrundlage ausscheidet). Es genügt, dass zum Zeitpunkt der Einbürgerung eine Aufenthalts- oder Niederlassungserlaubnis vorliegt, die nicht nur zum vorübergehenden Aufenthalt berechtigt. Bei Flüchtlingen und Staatenlosen genügt eine Aufenthaltsdauer von 6 Jahren, bei ehemaligen deutschen Staatsangehörigen und ihren Abkömmlingen können auch kürzere Aufenthaltszeiten akzeptiert werden. Die staatsbürgerlichen Voraussetzungen sind dieselben wie bei der Anspruchseinbürgerung, doch führt das grundsätzlich weite staatliche Ermessen im Ergebnis dazu, dass hier strengere Voraussetzungen verlangt werden. Andererseits ermöglicht die Ermessenseinbürgerung auch zugunsten des Betroffenen Abwägungen anzustellen; so können etwa – insbesondere bei Asylberechtigten und GFK-Flüchtlingen – Einbürgerungen trotz Sozialhilfebezugs vorgenommen werden. Die Mehrstaatigkeit ist, wie bei der Anspruchseinbürgerung, unerwünscht.

Für Ehegatten und gleichgeschlechtliche Lebenspartner bestimmt § 9 StAG, dass diese eingebürgert werden sollen. Das staatliche Ermessen ist hier also reduziert. Allgemein wird ein Inlandsaufenthalt des einzubürgernden Ehegatten von drei Jahren verlangt bei einem Ehebestand von zwei Jahren.

Mehrstaatigkeit ist grundsätzlich unerwünscht, nach Ermessen kann sie hingenommen werden, wobei die Bestimmungen von § 12 StAG entsprechend anzuwenden sind. Geringfügige Straftaten bleiben nach § 12a StAG außer Betracht.

Das Einbürgerungsverfahren ist einerseits ein reines Routineverfahren, bei dem das Vorliegen der Voraussetzungen abgehakt wird. Für den Regelfall braucht es daher für das Einbürgerungsverfahren keine Betreuung oder anwaltliche Vertretung. Erforderlich ist eine solche jedoch dann, wenn die Einbürgerungsbehörde der Auffassung ist, die Voraussetzungen lägen nicht vor. Da oftmals eine restriktive Interpretation vorgenommen wird, sollten Sie in diesem Fall anwaltlichen Rat einholen. Finden Sie sich nicht von vornherein damit ab, wenn Ihrem Schützling schon die Aushändigung der Einbürgerungsunterlagen verweigert wird, wenn die Mindestvoraussetzungen vorzuliegen scheinen!

VII) Die Adoption

Die Frage, wann eine Adoption aufenthaltsrechtliche Wirkungen entfaltet, könnte genauso gut auch im Kapitel „Familiennachzug“ dargestellt werden. Wenn ich dies hier tue, dann um Ihre Aufmerksamkeit auf eine erfreuliche Wirkung einer Adoption zu lenken, nämlich den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch die Adoption bei bestimmten Fallkonstellationen. Allgemein bekannt ist, dass die Adoption eines Minderjährigen

durch eine/n Deutsche/n zum automatischen Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch den adoptierten, früher ausländischen, Minderjährigen führt. Kaum bekannt hingegen ist, dass auch eine Erwachsenenadoption diesen Effekt hat, wenn nur der Adoptionsantrag zu einer Zeit gestellt wurde, also beim Amtsgericht einging, in der der Anzunehmende noch minderjährig war. Damit erledigen sich viele Probleme.

Die Adoption eines Minderjährigen durch einen ausländischen Staatsangehörigen führt hingegen nicht zur deutschen Staatsangehörigkeit; ob sie zum Erwerb der Staatsangehörigkeit von Adoptivvater oder Adoptivmutter führt, richtet sich nach deren Recht. Da die adoptierten Minderjährigen dann ausländerrechtlich Kinder des Ausländers sind, richtet sich ihr weiterer Aufenthalt nach den Familiennachzugsregelungen.

Gleiches gilt bei der Adoption eines Erwachsenen, wobei es hier keinen Unterschied bei der Erwachsenenadoption durch einen Deutschen oder einen Ausländer gibt.

Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen den Grundsatz aufgestellt, dass eine Erwachsenenadoption nur dann die ausländerrechtlichen Grundsätze verdränge, wenn zwischen Eltern und Kindern eine „Beistandsgemeinschaft“ bestehe. Das Verhältnis zwischen erwachsenen Kindern und Eltern verändere sich mit zunehmendem Alter und Selbständigkeit von einer Beistandsgemeinschaft hin zu einer „Begegnungsgemeinschaft“. Es entspreche dem typischen Lebensbild, dass erwachsene Kinder nicht mehr bei ihren Eltern und oftmals auch nicht im selben Land leben würden. Dementsprechend verlange auch der Schutz der Ehe und Familie nicht zu gewährleisten, dass erwachsene Kinder in dem Land ihrer Eltern leben müssten. Nur dann, wenn ausnahmsweise zwischen den erwachsenen Kindern und den Eltern eine Beistandsgemeinschaft bestehe, weil ein gegenseitiges Aufeinanderangewiesensein gegeben sei, würden die ausländerrechtlichen Grundsätze verdrängt. Dann können die Eltern bzw. Kinder nicht darauf verwiesen werden, dass die notwendige Hilfe auch von Dritten oder Organisationen übernommen werden könne. Vielmehr sei es ihr individuelles Recht, diese Hilfe selbst zu erbringen oder von dem gewünschten Verwandten zu empfangen.

Es gibt kein objektives Maß dafür, wann von einer Beistandsgemeinschaft gesprochen werden kann. Erforderlich ist also nicht etwa, dass einer der beiden zu 100 % schwerbehindert oder bettlägerig ist, vielmehr kann auch ein psychisches Aufeinanderangewiesensein ausreichen. Allerdings warne ich vor Illusionen. In diesem Falle muss nicht nur eine sehr enge Beziehung zwischen den betreffenden Menschen vorliegen, sondern die psychische Abhängigkeit schon einen gewissen „Krankheitswert“ aufweisen.

Damit beantwortet sich die oft gestellte Frage gutmeinender Leute, ob nicht eine Adoption zum Bleiberecht des erwachsenen Ausländers führen könne, meist von selbst.

Nur dann, wenn das Adoptivkind oder ein Adoptiv-Elternteil pflege- oder betreuungsbedürftig im vorgenannten Sinne ist, kann in der Praxis die Erwachsenenadoption ein Aufenthaltsrecht vermitteln. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Straßburg zu dem Art. 6 GG entsprechenden Art. 8 I EMRK scheint demgegenüber etwas flexibler.

Zwar hält auch der Europäische Gerichtshof die Existenz rechtlicher Familienbande allein für nicht ausreichend, doch genügt eine faktische Familieneinheit, die „zusätzliche Elemente einer Abhängigkeit aufweist, die über normale, gefühlsmäßige Verbindungen hinausgehen“ (Beschwerde Nr. 10375/83, S. u. S. v. Vereinigtes Königreich, Kommissionsentscheidung vom 10.12.84, DR 40, Seite 198).

VIII) Staatenlosigkeit

Manche Flüchtlinge hoffen, durch eine Aufgabe ihrer bisherigen Staatsangehörigkeit ein Bleiberecht in Deutschland zu erhalten.

Sie irren!

Der Irrtum liegt schon darin, dass sie das Aufenthaltsrecht mit dem Staatsangehörigkeitsrecht (bzw. dem Passrecht) verwechseln. Sie meinen, als Staatenlose einen Rechtsanspruch auf einen Staatenlosenpass zu besitzen und damit in Deutschland bleiben zu dürfen. Tatsächlich ist es meist jedoch so, dass ein Staatenlosenpass nur dann erteilt wird, wenn dem Betroffenen vorher eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wurde.

Auch ein Staatenloser erhält eine Aufenthaltserlaubnis nur, wenn er nach dem Ausländerrecht die Voraussetzungen erfüllt. Er muss also entweder Asylberechtigter sein oder einen humanitären Aufenthaltstitel oder eine Aufenthaltserlaubnis als Familienangehöriger oder ausnahmsweise als Arbeitnehmer oder Selbständiger besitzen. Die manchmal verbreitete Auffassung, weil ein Staatenloser keine Heimat habe und deshalb nicht abgeschoben werden könne, müsse er auch eine Aufenthaltserlaubnis erhalten, ist nicht zwingend. Nur unter besonderen Umständen – und die lange Zeit des bisherigen Aufenthaltes alleine ist ein solcher Umstand noch nicht – kann aus der Staatenlosigkeit eine Aufenthaltserlaubnis folgen. Grundvoraussetzung ist stets, dass der Betreffende nicht in den Herkunftsstaat abgeschoben werden kann. Kann der Betreffende jedoch die Ausreise dadurch ermöglichen, dass er einen Antrag auf Wiedereinbürgerung stellt und ist ihm ein solcher Antrag zumutbar, ist das Ausreisehindernis selbst verschuldet und führt damit nicht – jedenfalls zunächst nicht – zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Eine Abschiebung kann auch trotz Staatenlosigkeit möglich sein, wenn der frühere Staat bzw. bei dem Zerfall einer Staatengemeinschaft ein Teilstaat, zur Rückübernahme des nun Staatenlosen bereit ist. Aus der Sicht des deutschen Staates ist allein entscheidend, ob ein Staat existiert, in den der Flüchtling abgeschoben werden kann. Ist dies nicht der Heimatstaat, darf es auch ein Drittstaat sein. Zu fordern ist jedoch, dass der Betreffende nicht nur die Möglichkeit zu einem legalen Aufenthalt erhält, sondern ihn als auch mehr als ein Dahinvegetieren am Rande des Existenzminimums zu erwarten hat. Ist dies nicht der Fall und ist deshalb oder aus anderen Gründen die Ausreise nicht zumutbar oder ist sie auf Dauer nicht durchsetzbar oder ist der Betreffende, insbesondere als Angehöriger der 2. oder 3. Generation zum sog. faktischen Inländer geworden, dem eine Rückkehr in den Herkunftsstaat (seiner Eltern oder Großeltern) nicht mehr zugemutet werden kann, kann hieraus, mittelbar also auch aus der Staatenlosigkeit, ein Aufenthaltsanspruch entstehen. Dies ist aber ein mühsamer und vor allem langwieriger Weg. Die Staatenlosigkeit allein begründet keinen derartigen Anspruch.