

Rechtsanwalt
Peter von Auer
Souchaystr. 3
60594 Frankfurt am Main
Tel.: 069-61093662
Fax: 069-61093666
Email: peter.vonauer@advocat-frankfurt.de
Internet: www.ra-vonauer.de

Rechtsanwalt
Tim W. Kliebe
Allerheiligentor 2 – 4
60311 Frankfurt am Main
Tel.: 069-9130830
Fax: 069-1310911
Email: ra.kliebe@frankfurtlegal.de
Internet: www.kliebe.de

Aktuelle Fragen im Ausländerrecht

14. November 2013
in Leipzig

Gliederung:

A. Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken und zur Suche eines angemessenen Arbeitsplatzes, § 16 Abs. 1 und 4 AufenthG

- I. Sicherung des Lebensunterhalts, § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG
- II. Zustimmungsfreie Beschäftigung während des Studiums, § 16 Abs. 3 AufenthG
- III. Zweckwechsel, § 16 Abs. 2 AufenthG / Wechsel zu einem dem Studium angemessenen Arbeitsplatz, § 16 Abs. 4 i.V.m. § 18 AufenthG
- IV. Wechsel zur Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit, § 16 Abs. 4 i.V.m. § 21 Abs. 2 a) AufenthG

B. Aufenthaltserlaubnis zu (sonstigen) Ausbildungszwecken, § 17 AufenthG

- I. Anwendbarkeit / Abgrenzung zu § 16 AufenthG
- II. Entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 2 AufenthG, § 17 S. 3 AufenthG
- III. Wechsel zu einem dem Berufsabschluss angemessenen Arbeitsplatzes, § 17 Abs. 3 i.V.m. § 18 AufenthG und § 6 BeschV / zur selbständigen Tätigkeit, § 21 AufenthG
- IV. Exkurs: Erlaubnis zur Ausübung einer Berufsausbildung für geduldete Ausländer, § 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV / Wechsel zu § 17 und § 18 AufenthG

C. Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit

- I. Grundsätzliches
- II. § 18 a) AufenthG
- III. § 31 AufenthV
- IV. Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche, § 18c AufenthG
- V. Blaue Karte EU, § 19a AufenthG
- VI. Selbständige und freiberufliche Erwerbstätigkeit (§ 21 AufenthG)
- VII. Niederlassungserlaubnis für Absolventen deutscher Hochschulen (§ 18b AufenthG)
- VIII. Neufassung der BeschV
- IX. Gesetz zur Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse

D. wie Duldung und Humanitäre Aufenthaltstitel

- I. Duldung gem. § 60a AufenthG
- II. § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK
- III. § 25 a) AufenthG: Aufenthaltserlaubnis für langfristig geduldete oder gestattete Jugendliche und Heranwachsende und deren Familienangehörige

E. Familiennachzug

- I. Spracherfordernis beim Ehegattennachzug, § 30 Abs. 1 Nr. 2 und § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG
- II. Die Heraufsetzung der Ehebestandszeit von zwei auf drei Jahren, § 31 AufenthG, höhere Anforderungen an die Sprachkenntnisse bei Erteilung der Niederlassungserlaubnis
- III. Nachzug zum minderjährigen Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit
- IV. Kindernachzug
- V. Elternnachzug und Nachzug sonstiger Verwandter, § 36 AufenthG
- VI. Arbeitsmarktzugang für nachziehende Familienangehörige

E. Sonstiges

- I. Weiterwandern, §38a AufenthG
- II. Wegfall der Freizügigkeitsbescheinigung

F. Aufenthaltsbeendigung / Befristung

- I. Ausweisung
- II. Befristung der Wirkung von Ausweisung und Abschiebung, § 11 AufenthG

Aktuelle Fragen im Ausländerrecht

A. Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken und zur Suche eines angemessenen Arbeitsplatzes, § 16 Abs. 1 und 4 AufenthG

Zahlreiche Änderungen haben sich in Bezug auf den studentischen Aufenthalt nach § 16 AufenthG mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie vom 01.06.2012 (BGBl. I. S. 1224), Inkrafttreten am 01.08.2012, ergeben:

I. Sicherung des Lebensunterhalts, § 5 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG

Die Inanspruchnahme von Leistungen

- der Ausbildungsförderung nach SGB III,
- dem BAföG,
- dem Ausbildungsförderungsgesetz

sind unschädlich, § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG.

II. Zustimmungsfreie Beschäftigung während des Studiums, § 16 Abs. 3 AufenthG

Die zulässige Beschäftigungsdauer wurde von 90 ganzen bzw. 180 halben Tagen auf 120 ganze bzw. 240 halbe Tage jährlich heraufgesetzt.

Hinweis: Das BMI hat angeordnet, dass keine Berechnung der lediglich anteiligen Erhöhung für die Monate August bis Dezember 2012 vorgenommen, sondern statt dessen für das gesamte Jahr 2012 bereits in dem seit 01.08.2012 gesetzlich geregelten Umfang einer Erwerbstätigkeit nachgegangen werden kann (Hinweise des BMI zu wesentlichen Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie, S. 13).

III. Zweckwechsel, § 16 Abs. 2 AufenthG / Wechsel zu einem dem Studium angemessenen Arbeitsplatz, § 16 Abs. 4 i.V.m. § 18 AufenthG

Grundsätzlich bestimmt § 16 Abs. 2 AufenthG, dass während des Aufenthalts nach Abs. 1 und 1 a) der Norm – mit Ausnahme des Bestehens eines gesetzlichen Anspruchs (bspw. Eheschließung) keine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck erteilt werden darf.

In Abweichung hierzu kann eine Aufenthaltserlaubnis zur Suche eines dem Studienabschluss angemessenen Arbeitsplatzes nach § 16 Abs. 4 S. 1 AufenthG erteilt werden. Die Zeit eines solchen Arbeitsplatzes wurde von 12 auf 18 Monate verlängert.

Während dieses Zeitraums besteht eine uneingeschränkte Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit, § 16 Abs. 4 S. 2 AufenthG (bisher durfte auch während des Suchzeitraums nur 90 ganze oder 180 halbe Tage gearbeitet werden, § 16 Abs. 4 S. 3 a.F.).

Bezüglich einer der Qualifikation entsprechenden Beschäftigung ist bei Erwerb eines inländischen Hochschulabschlusses die Zustimmungspflicht seitens der Bundesagentur für Arbeit entfallen, § 2 I Nr. 3 BeschV. Dabei ist es ohne Belang, ob die Beschäftigung unmittelbar nach dem Erwerb des Hochschulabschlusses oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgenommen wird. Auch eine zwischenzeitliche Ausreise ist unschädlich (Ziff. 2.02.131 DA BeschV).

Familienangehörige von nach § 3 b) BeschV a.F. (entspr. § 2 Abs. 1 Nr. 3 BeschV n.F.) Beschäftigten durften ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Beschäftigung

ausüben, § 3 Nr. 1 BeschVerfV. Diese Bestimmung ist ersatzlos gestrichen worden, so dass hier wieder – eine vollumfängliche – Zustimmungspflicht besteht.

IV. Wechsel zur Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit, § 16 Abs. 4 i.V.m. § 21 Abs. 2 a) AufenthG

Nach § 21 Abs. 2 a) AufenthG kann AbsolventInnen einer deutschen Hochschule künftig unter erleichterten Bedingungen eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erteilt werden.

Die hohen Anforderungen des Abs. 1 der Norm werden nicht vorausgesetzt. Voraussetzung ist vielmehr allein, dass die beabsichtigte selbständige Tätigkeit einen „Zusammenhang mit den in der Hochschulausbildung erworbenen Kenntnissen [...] erkennen“ lässt.

B. Aufenthaltserlaubnis zu (sonstigen) Ausbildungszwecken, § 17 AufenthG

I. Anwendbarkeit / Abgrenzung zu § 16 AufenthG

Anwendbar ist § 17 AufenthG, wenn es um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis – oder in Verbindung mit § 6 Abs. 3 AufenthG: um die Erteilung eines Visums – zur *betrieblichen* Aus- und Weiterbildung geht.

Ist eine – vergütete – praktische Tätigkeit Voraussetzung für die *Anerkennung einer ausländischen Berufsqualifikation* i.S.d. §§ 6, 8 BeschV, so kann entweder Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG oder nach § 18 AufenthG erteilt werden (vgl. Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales und des Bundesministeriums des Innern zur Änderung des Ausländerbeschäftigungsrechts vom 06.06.2013 BGBl. I S. 1499 S. 36).

Hier wird es m.E. darauf ankommen, ob der Schwerpunkt mehr auf einer Fortbildung liegt – etwa in Kombination mit erforderlichen Lehrgängen, dann Erteilung nach § 17 AufenthG – oder ob lediglich eine praktische Berufserfahrung Voraussetzung für die Anerkennung ist, dann Erteilung nach § 18 AufenthG.

Die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit für eine solche Beschäftigung wird in jedem Fall ohne Vorrangprüfung erteilt, § 8 BeschV.

Ob § 17 AufenthG auch anzuwenden ist, wenn es um die – *nach erfolgreichem Studienabschluss* – erforderliche *vergütete* Praxisphase (bspw. Anerkennungsjahr) oder eine (auch nur geringfügig vergütete) Doktorandenstelle geht, ist umstritten (verneinend: Ziff. 16.0.5. VwV AufenthG; bejahend: Röseler in: Renner, AuslR, § 17 AufenthG, Rn. 2).

Da es hier nicht im eigentlichen Sinne um eine betriebliche Ausbildung i.S.d. § 17 AufenthG geht, sondern eben um eine praktische Tätigkeit, die für das Studium erforderlich ist, liegt § 16 AufenthG näher.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG ist für den Betroffenen auch günstiger, da diesem *zusätzlich* die nach § 16 Abs. 3 AufenthG erlaubte Beschäftigung von 120 ganzen oder 240 halben Tagen erhalten bleibt, die es im Rahmen des § 17 AufenthG nicht gibt:

Nach Ziff. 16.3.5 VwV AufenthG sind Praktika, die vorgeschriebener Bestandteil des Studiums oder zur Erreichung des Ausbildungszieles nachweislich erforderlich sind,

als zustimmungsfreie Beschäftigungen nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 BeschV a.F. (= § 15 Abs. 1 Nr. 1 BeschV n.F.) keine Beschäftigung i. S.d. § 16 Abs. 3 AufenthG und werden entsprechend nicht auf die Beschäftigungszeit im Sinne dieser Vorschrift angerechnet.

Zwar berechtigt die Aufenthaltserlaubnis nach § 17 nach deren Abs. 2 AufenthG zur Ausübung einer von der qualifizierten Berufsausbildung unabhängigen Beschäftigung bis zu zehn Stunden je Woche. Da die Regelung aber nur für Ausbildungsberufe gilt, ist sie für Studienabsolventen, die ein Praktikum nachweisen müssen, nicht anwendbar.

Nicht vergütete studentische Praktika *während* des Studiums fallen nach allen Ansichten unter § 16 AufenthG (vgl. Ziff. 16.05. VwV AufenthG)

II. Entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 2 AufenthG, § 17 S. 3 AufenthG

Gemäß § 17 S. 3 AufenthG gilt § 16 Abs. 2 AufenthG entsprechend, so dass in der Regel nur im Falle eines Anspruchs (bspw. infolge einer Eheschließung) eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen Zweck erteilt werden kann.

III. Wechsel zu einem dem Berufsabschluss angemessenen Arbeitsplatz, § 17 Abs. 3 i.V.m. § 18 AufenthG und § 6 BeschV / zur selbständigen Tätigkeit, § 21 AufenthG

In Ausnahme zu dem oben Gesagten ermöglicht § 17 Abs. 3 AufenthG nach erfolgreich absolvierter Ausbildung die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zur Suche eines dem Ausbildungsabschlusses angemessenen Arbeitsplatzes für die Dauer eines Jahres, sofern dieser nach den Bedingungen der §§ 18 und 21 AufenthG von Ausländern besetzt werden darf.

Nach § 17 Abs. 3 S. 2 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis während dieses Zeitraumes zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit i.S.d. § 2 Abs. 2 AufenthG (= selbständige Tätigkeit und Beschäftigung i.S.d. § 7 SGB IV).

Wird innerhalb eines Jahres ein dem Berufsabschluss angemessener Arbeitsplatz gefunden, kann im Anschluss daran eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG zur Ausübung dieser Beschäftigung erteilt werden.

§ 6 Abs. 1 BeschV bestimmt, dass die Zustimmung der Bundesagentur hierfür erteilt werden darf. Nach § 6 Abs. 3 BeschV findet keine Vorrangprüfung i.S.d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG statt (vgl. § 1 Abs. 2 BeschV). Geprüft wird aber, ob die Arbeitsbedingungen ungünstiger sind als bei vergleichbaren deutschen Arbeitnehmern, § 39 Abs. 1 S. 1 AufenthG a.E.

Will der Ausgebildete eine selbständige Tätigkeit aufnehmen und hierfür eine Aufenthaltserlaubnis nach § 21 AufenthG beantragen, gelten für ihn – anders als im Falle eines im Inland erworbenen Hochschulabschlusses, § 21 Abs. 2 a) – uneingeschränkt die hohen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 AufenthG.

IV. Exkurs: Erlaubnis zur Ausübung einer Berufsausbildung für geduldete Ausländer, § 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV / Wechsel zu § 17 und § 18 AufenthG

Im Folgenden werden die Voraussetzungen zur Erlaubnis der Absolvierung einer Berufsausbildung für Geduldete – und deren möglicher Wechsel zu einer Aufenthaltserlaubnis nach § 17 und § 18 AufenthG dargelegt.

1. Zustimmungsfreiheit

In § 10 Abs. 2 Nr. 1 BeschVerfV war geregelt, dass die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit für eine Erlaubnis zur Absolvierung einer Berufsausbildung in einem staatlich

anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf ohne Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG zu erteilen war.

§ 32 Abs. 2 Nr. 2 BeschV bestimmt demgegenüber nunmehr, dass es für die Erlaubnis zur Absolvierung einer solchen Ausbildung keiner Zustimmung mehr bedarf.

Da die Vorschrift keine Mindestdauer der Ausbildung vorsieht, sind nicht nur qualifizierte Ausbildungen i. S. des § 6 Abs. 1 Satz 2 BeschV (mind. 2-Jährige Berufsausbildung) erfasst, sondern auch Ausbildungen mit kürzerer Regelausbildungsdauer, z. B. als AltenpflegehelferIn, kann auch für diese die Erlaubnis erteilt werden (Ziff. 2.32.202 DA BeschV).

Zu beachten ist diesbezüglich aber: Nach erfolgreicher Ausbildung einer weniger als 2 Jahre dauernden Ausbildung liegt für einen Übergang in einen Aufenthalt zur Ausübung einer dieser angemessenen Beschäftigung nach § 17 Abs. 3 i.V.m. § 18 AufenthG kein Entfallen der Vorrangprüfung nach § 6 Abs. 3 BeschV vor.

2. Ausschlussgründe, § 33 BeschV

Die nunmehr in § 33 BeschV geregelten Ausschlussgründe entsprechen jenen des § 11 BeschVerf.

Nicht unter den Ausschlussgrund der selbst zu vertretenden Nichtvollziehbarkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen fällt das Einlegen von Rechtsmitteln. Gleiches gilt auch für die Einlegung einer Petition (vgl. hierzu Welte, TK-Lex, Beschäftigung – qualifizierte Geduldete, zum

Ausschlussgrund des § 18 a) Abs. 1 Nr. 5 AufenthG, http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/tk_sec.cgi?chosenIndex=UAN_nv_1005&xid=3559813).

3. Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG für geduldete Ausländer bei Wegfall des Abschiebungshindernisses

(Auch) bei Wegfall des Abschiebungshindernisses kann ein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Absolvierung bzw. Beendigung der Ausbildung nach § 17 AufenthG gestellt werden:

Der mit einer Abschiebung bewirkte Abbruch einer bereits begonnen Ausbildung ist unverhältnismäßig. Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG kann hier – ohne Visumverfahren – (bislang) geduldeten Jugendlichen erteilt werden, insbesondere, wenn die Ausbildung bereits begonnen wurde und die Ausbildungsdauer noch mindestens 18 Monate beträgt (vgl. HK-AuslR/Hoffmann, § 17 AufenthG, Rn. 6 ff.).

Beispiel: Ein nach erfolglosem Asylverfahren vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer richtet eine Petition mit dem Ziel der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 a) AufenthG an die Härtefallkommission eines Bundeslandes. Der Aufenthalt wird während der Dauer des Petitionsverfahrens für dessen Dauer geduldet, ihm wird die Erlaubnis zur Absolvierung einer 3-jährigen Ausbildung nach § 32 BeschV erteilt. Nach 2 Jahren bereits absolvierter Ausbildung – der Betreffende hat bereits eine Zwischenprüfung erfolgreich bestanden und ihm wird von Seiten des Ausbildungsbetriebes die Übernahme nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung verbindlich zugesagt – wird die Petition abgelehnt.

Es wird in diesem Fall eine Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG zu erteilen sein, da der erzwungene Abbruch der weit fortgeschrittenen Ausbildung unverhältnismäßig wäre. Das ihm Rahmen des § 17 AufenthG eingeräumte Ermessen ist auf Null reduziert.

Nach erfolgreich absolvierter Ausbildung kann eine Aufenthaltserlaubnis zunächst zur Suche eines angemessenen Arbeitsplatzes nach § 17 Abs. 3 AufenthG für die Dauer eines Jahres (im Beispielsfall auf Grund der Übernahmezusage des Ausbilders entbehrlich) und – wenn die Suche erfolgreich verläuft – sodann eine Aufenthaltserlaubnis zur Beschäftigung nach § 18 AufenthG i.V.m. § 6 Abs. 1 BeschV erteilt werden, wobei die Vorrangprüfung der Bundesagentur für Arbeit entfällt, § 6 Abs. 3 BeschV (siehe oben, B. III.).
(Im Falle einer kürzeren Ausbildungsdauer fände demgegenüber eine vollständige Vorrangprüfung statt!).

Wird entgegen dem Vorstehenden nach Ablehnung der Petition keine Aufenthaltserlaubnis nach § 17 AufenthG erteilt, der Aufenthalt aber bis zur Beendigung der Ausbildung geduldet, kann nach erfolgreichem Abschluss derselben Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a) Abs. 1 Ziff. 1 a) AufenthG beantragt werden. Auch hier entfällt die Vorrangprüfung, § 18 a) Abs. 2 S. 1 AufenthG.

C. Aufenthaltstitel zum Zweck der Erwerbstätigkeit

I. Grundsätzliches

In den Entwicklungen der vergangenen Jahre ist festzustellen, dass die mit der Verabschiedung des Zuwanderungsgesetzes – und dabei insbesondere dem AufenthG – erreichte Vereinheitlichung der Voraussetzungen der Erteilung der Aufenthaltserlaubnisse zu unterschiedlichen Zwecken sich (erneut) auseinander entwickelt. Maßgeblich hierfür sind die unterschiedlichen Interessen. Soweit es um humanitäre Aufenthalte geht, müssen diese aus menschenrechtlichen Gründen gewährt werden. Inhabern dieser Aufenthaltstitel werden keine Rechte über die menschenrechtlich gebotenen Mindeststandards hinaus gewährt. Auf der anderen Seite gibt es Zuwanderer, an denen Deutschland ein starkes (wirtschaftliches) Interesse hat. Sowohl für die Erteilung der Aufenthaltstitel an diese Personen sowie deren Verfestigung wie auch ihrer Angehörigen gibt es erhebliche Besserstellungen, die immer weiter ausgebaut werden.

II. § 18 a) AufenthG: Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung

Inkraftgetreten ist die Regelung des § 18 a) AufenthG mit dem „Arbeitsmigrationssteuerungsgesetz“ am 01.01.2009 (BGBl I. S. 2846). Zweck der Regelung ist es, den Zuzug / Verbleib von ausländischen Fachkräften in Deutschland zu fördern. Insbesondere sollen die Potentiale jener jungen Migranten genutzt werden, die durch Integration im Inland mit der deutschen Kultur vertraut sind und hier ihre Ausbildung absolviert haben (BT-Drs. 16/10288, S. 8).

Im Folgenden sollen die Voraussetzungen im Einzelnen dargestellt werden.

1. Aussetzung der Abschiebung / Zweckwechsel

Es kommt nicht darauf an, ob der Antragsteller im Besitz einer Duldungsbescheinigung nach § 60 a) Abs. 4 AufenthG ist, sondern darauf, dass die Abschiebung auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift (§ 81 Abs. 3 AufenthG, § 36 Abs. 3 S. 8, § 71 Abs. 5 S. 2 71 a) Abs. 3 AsylVfG), einer Anordnung nach § 60 a) Abs. 1 AufenthG oder durch Verwaltungsakt der Ausländerbehörde ausgesetzt ist oder zumindest ein Anspruch auf Erteilung der Duldungsbescheinigung besteht (vgl. VG Frankfurt, Beschluss vom 06.01.2011, 7 L 3783/10.F; OVG NRW, AuAs 2008, 18 ff.; Stiegeler, Asylmagazin 11/2009, S. 8).

Die Regelung des § 18 a AufenthG gilt auch für Personen, die zunächst einen rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet hatten, diesen Status aber aus welchen Gründen auch immer verloren

haben und nun dem Grunde nach ausreisepflichtig sind (vgl. Bodenbender, in: Fritz/Vormeier, AufenthG, Stand 2010, § 18 a AufenthG Rdnr. 4).

Es genügt die Aussetzung der Abschiebung im Zeitpunkt der Antragstellung.

Bsp.: Die Inhaberin einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 1 AufenthG kann wegen Exmatrikulation keine Verlängerung erhalten und stellt nach entsprechender Entscheidung der Ausländerbehörde einen Eilrechtsschutzantrag, den das Gericht zum Anlass nimmt, die Ausländerbehörde zu bitten, bis zu dessen Entscheidung von dem Vollzug aufenthaltsbeendender Maßnahmen abzusehen. Dem Eilrechtsschutzantrag wird stattgegeben, da der Antragstellerin eine AE nach § 18 a) AufenthG zustehen könnte, das diesbezügliche Ermessen stehe ggf. – infolge der langen Voraufenthaltsdauer der Antragstellerin - im eingeschränkten Ermessen (VG Frankfurt a.a.O.).

Es wird vertreten, dass es nicht zwingend einer Duldungssituation bedürfe, um eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a) AufenthG erwerben zu können:

Auch im Rahmen des § 104 a) AufenthG wurde vertreten, dass nicht zwingend, sondern „mindestens“ eine Duldung vorliegen müsse und jedenfalls der Wechsel von einem humanitären Aufenthaltstitel möglich sein müsse (vgl. Stiegeler, a.a.O.; HK-AuslR/Fränkler, § 104 a) Rn. 5 mit Verweis auf die AH-NRW zu § 104 a) AufenthG).

2. Berufliche bzw. Bildungsvoraussetzungen, § 18 a) Abs. 1 Nr. 1 AufenthG

Folgende berufliche bzw. Bildungsvoraussetzungen gelten – alternativ – als Voraussetzung:

a) Qualifizierte Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf, Ziff. a)

Der Terminus „qualifizierte Berufsausbildung“ knüpft an die Regelungen in § 18 Abs. 4, 39 Abs. 6 AufenthG an, die in § 6 Abs. 1 S. 2 BeschV dahingehend konkretisiert wird, dass eine mindestens zweijährige Ausbildungsdauer vorausgesetzt wird. Wird der Berufsabschluss nach einer verkürzten Ausbildungszeit zugelassen, ist dies unschädlich, da auf die generelle und nicht auf die individuelle Dauer der Ausbildung abzustellen ist, vgl. BT-Drs. 16/10288, S. 9; VwV-AufenthG, Ziff. 18a.1.1.1.

b) Abgeschlossenes Hochschulstudium (in Deutschland), Ziff. a

Hierunter fallen auch Ausbildungen, deren Abschluss durch Landesrecht einem Hochschulstudium gleichgestellt sind (BT-Drs. 16/20288, S. 9).

c) Besitz eines ausländischen Hochschulabschlusses, der in Deutschland anerkannt ist bzw. einen einem deutschen vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss und zweijährige, dem Abschluss angemessene Beschäftigung, Ziff b)

Die Anerkennung des ausländischen Hochschulabschlusses bzw. eine Vergleichbarkeitsprüfung kann nach dem Gesetz über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen (BQFG) beantragt werden.

Ist hiervon kein Gebrauch gemacht worden, kann auf die Bewertungsvorschläge der Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen bei der Kultusministerkonferenz abgestellt werden (<http://www.anabin.kmk.org>), siehe VwV-AufenthG, Ziff. 18a.1.1.2.

Hilft auch dies nicht weiter, hat die Ausländerbehörde eine eigene Bewertung vorzunehmen, wobei als „*im Regelfall gewichtiges*“ Indiz für die Gleichwertigkeit des ausländischen Hochschulabschlusses die Ausübung der tatbestandlich erforderlichen, dem Abschluss angemessenen, über die Dauer von zwei Jahren ununterbrochenen, Beschäftigung (vgl. § 16 Abs. 4 AufenthG) gelten soll, VwV-AufenthG, Ziff. 18a.1.1.2.

Kürzere Unterbrechungen der Beschäftigung – im Regelfall nicht mehr als drei Monate - sind unschädlich, VwV-AufenthG, Ziff. 18a.1.1.2.

d) seit drei Jahren ununterbrochene Ausübung einer Beschäftigung als Fachkraft, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, Ziff. c)

Hierunter fällt jede im Ausland abgeschlossene Lehre, sowie Abschlüsse als Meister, Techniker oder Fachwirt.

Die Qualifikation muss gem. VwV-AufenthG, Ziff. 18a.1.1.3. der qualifizierten Berufsausbildung in Ziff. a entsprechen.

Hieran wird kritisiert, dass der Begriff „Fachkraft“ dies nicht zwingend herbe: „Fachkraft“ in diesem Sinne könne bspw. auch sein, wer zwar keine Berufsausbildung absolviert und keinen formalen Berufsabschluss nachweisen könne, aber sich durch seine praktische Tätigkeit so weit qualifiziert habe, dass er – bspw. als Maurer – beschäftigt und bezahlt werde.

Hier gilt zu beachten: In den meisten Ausbildungsberufen gibt es die Möglichkeit einer externen Gesellenprüfung, wenn eine bestimmte praktische Berufserfahrung nachgewiesen werden kann. Auskünfte erteilen die Handwerks- bzw. Industrie- und Handelskammern.

Vorausgesetzt wird nach § 18 a) Abs. 1 Nr. 1 c AufenthG für Fachkräfte im Sinne der Vorschrift nach § 18 a) Abs. 1 Nr. 1 c, dass der Antragsteller innerhalb des letzten Jahres vor der Antragstellung für sich und seine Familien- u. Haushaltsangehörigen ohne Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen mit Ausnahme von Leistungen zur Deckung notwendiger Kosten für Unterkunft und Heizung gedeckt hat.

3. ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache

(= B 1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens)

4. Ausschlussgründe, § 18 a) Abs. 1 Nr. 4-7 AufenthG

Die Ausschlussgründe in Nr. 4-5 (vorsätzliches Täuschen über aufenthaltsrechtliche Umstände / vorsätzliches Hinauszögern oder Behindern der Aufenthaltsbeendigung) sind mit jenen des § 104 a) Abs. 1 Nr. 4 AufenthG identisch.

Der Ausschlussgrund in Nr. 6 – Bezüge zu / Unterstützung von extremistischen oder terroristischen Organisationen – decken sich mit Sicherheitsbedenken i.S.d. § 73 Abs. 2 und 3 AufenthG.

Bei Nr. 7 – Verurteilungen zu Geldstrafen ab 50 Tagessätzen / 90 Tagessätzen nach § 95 AufenthG oder § 85 AsylVfG – bleiben Jugendstrafen, da nicht nach Tagessätzen bemessen, außer Betracht.

5. Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gem. § 18 a) Abs. 2 AufenthG

Diese erfolgt ohne Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG, die Erteilung ist also unabhängig von evtl. nachteiligen Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt und Zurverfügungstehen von Arbeitnehmern aus Deutschland / der EU-Mitgliedstaaten.

Es erfolgt allein eine Prüfung der Beschäftigung nach Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Fachkräfte (§ 39 Abs. 2 S. 1 AufenthG). Erfolgt bspw. eine Entlohnung unterhalb eines in Anwendung kommenden tariflichen oder gesetzlichen Mindestlohns, kann die Zustimmung nicht erteilt werden (vgl. VG München, Urteil vom 04.05.2012, Az. M 24 K 11.4303 zu unterschrittenen Mindestlöhnen für Gebäudereiniger).

Evtl. Beschränkungen der Zustimmung der Arbeitsverwaltung müssen gem. § 18 a) Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 18 Abs. 2) AufenthG in den Aufenthaltstitel übernommen werden.

Z.Tl. wird – ausgehend von dem Wortlaut der §§ 18 a), 39 AufenthG – angezweifelt, ob die Bundesagentur auch die berufliche Qualifikation des Antragstellers prüfen darf (Stiegeler, a.a.O; so aber ausdrücklich die Gesetzesbegründung, wonach das Zustimmungserfordernis dazu diene, das Kompetenzdefizit der Ausländerbehörden „hinsichtlich der beruflichen Qualifikation“ auszugleichen, BT-Drs. 16/10288, S. 10).

6. Allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG

Diese müssen in der Regel vorliegen.

Ausnahme: § 18 a) Abs. 3 S. 1 AufenthG: Von der Einreise mit dem erforderlichen Visum / für die Erteilung erforderlichen Angaben bereits im Visumverfahren nach § 5 Abs. 2 kann abgesehen werden.

7. Die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthG, § 18 a) Abs. 3 AufenthG

Lediglich die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 kommt nicht zur Anwendung, wenn also der Asylantrag unanfechtbar abgelehnt oder zurückgenommen wurde.

Die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG hingegen wurde nicht ausgenommen. Wurde der Asylantrag also nach § 30 Abs. 3 Nr. 1-6 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnt, kann keine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a) AufenthG erteilt werden.

Da die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG nicht die Ablehnung nach § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylVfG erfasst, kann Personen, deren – als offensichtlich unbegründet abgelehnter – Asylantrag von Seiten der Eltern gestellt wurde oder deren Asylantrag nach § 14 a) AsylVfG als gestellt galt, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a) AufenthG erteilt werden. Dies ist sachgerecht, da diese Personen die Stellung des als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylantrags nicht zu vertreten haben (vgl. BT-Drs. 16/10288, S. 10).

8. Freier Arbeitsmarktzugang, § 18 a) Abs. 2 S. 3 AufenthG

Nach zwei Jahren der Ausübung einer der beruflichen Qualifikation entsprechenden Beschäftigung berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zu jeder Beschäftigung.

III. § 31 AufenthV

Die AufenthV wurde in den vergangenen Monaten mehrfach geändert. Eine wesentliche Änderung hat die Novellierung gebracht, die im Februar 2013 verkündet wurde (Verordnung vom 27.02.2013 - Bundesgesetzblatt Teil I 2013 Nr. 11 04.03.2013 S. 351).

§ 31 wird wie folgt geändert

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Satz 1 Nummer 1 und 2 wird wie folgt gefasst:

„1. der Ausländer sich **zu anderen Zwecken als zur Erwerbstätigkeit oder zur Arbeitsplatzsuche länger als drei Monate** im Bundesgebiet aufhalten will,

2. der Ausländer im Bundesgebiet

a) eine selbständige Tätigkeit ausüben will,

b) eine Beschäftigung nach § 18 Absatz 4 Satz 2 des Aufenthaltsgesetzes ausüben will oder

c) eine sonstige **Beschäftigung ausüben will und** wenn er sich entweder bereits **zuvor** auf der Grundlage einer Aufenthaltserlaubnis, einer Blauen Karte EU, einer Niederlassungserlaubnis, einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG, einer Duldung oder einer Aufenthaltsgestattung **im Bundesgebiet aufgehalten hat oder wenn gegen ihn aufenthaltsbeendende Maßnahmen erfolgt sind** oder“

bb) In Satz 3 werden die Wörter „§ 34 Nummer 3 und 4“ durch die Wörter „§ 34 Nummer 3 bis 5“ ersetzt.

b) Absatz 3 wird wie folgt gefasst:

„(3) Die Ausländerbehörde kann insbesondere im Fall eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, eines öffentlichen Interesses, in den Fällen der §§ 18, 19, 19a oder 21 des Aufenthaltsgesetzes, in denen auf Grund von Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 eine Zustimmung der Ausländerbehörde vorgesehen ist, oder in dringenden Fällen der Visumerteilung vor der Beantragung des Visums bei der Auslandsvertretung zustimmen (Vorabzustimmung).“

Das bedeutet: wer einer Beschäftigung nach § 18 Abs. 3 (unqualifiziert) oder Abs. 4 Satz 1 (qualifiziert, BeschV) nachgehen möchte und zuvor noch nicht **in Deutschland** gelebt hat, benötigt im Visumverfahren **nicht** der Zustimmung der Ausländerbehörde am vorgesehenen Wohnort! Die Verantwortung der Bundesagentur für Arbeit ist dadurch aufgewertet. Die Vorschrift kommt bei allen Aufenthaltstiteln nach Abschnitt 4 zur Anwendung (s.u.).

IV. Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche, § 18c AufenthG

Dieser neu geschaffene Aufenthaltstitel ist für qualifizierte Fachkräfte mit Hochschulabschluss zur Arbeitsplatzsuche gedacht. Voraussetzung: Der Ausländer muss alternativ über

- einen deutschen Hochschulabschluss
- einen in Deutschland anerkannten (ausländischen) Hochschulabschluss oder
- einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss

verfügen.

Des Weiteren muss der Lebensunterhalt gesichert sein (§ 2 Abs. 3 AufenthG), wegen der fehlenden Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Eigenmittel/ Ersparnisse oder durch Dritte (Verpflichtungserklärung, § 68 AufenthG). .

Die beabsichtigte Suche nach einem der Qualifikation angemessenen Arbeitsplatz kann nicht weiter geprüft/ bewiesen werden – außer die Ernsthaftigkeit im Rahmen des Gesprächs bei Antragstellung im deutschen Konsulat.

Die Vorschrift verlangt – theoretisch – weder Deutschkenntnisse noch irgendwie geartete Aussichten auf Erfolg. Andererseits ist in anderen Zusammenhängen (§104a AufenthG) bereits entschieden worden, dass eine Versagung möglich ist, wenn von Anfang an ersichtlich ist, dass der Zweck nicht erreicht werden wird.

Die Verlängerung des Aufenthaltstitels über den Höchstzeitraum ist gem. § 18c Abs. 2 Satz 1 AufenthG ausgeschlossen. Das bedeutet aber: eine Aufenthaltserlaubnis, die nur für einen kürzeren Zeitraum beantragt und erteilt wurde, kann nach Einreise in Deutschland auf bis zu max. sechs Monate verlängert werden. Zudem ist natürlich im Erfolgsfall die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis z.B. gem. § 18 Abs. 4 Satz 1 AufenthG oder § 19a AufenthG möglich (arg. ex. § 16 Abs. 2 AufenthG).

Die erneute Erteilung – nach Ablauf der Aufenthaltserlaubnis - ist nur nach vorheriger Ausreise und Verbleib im Ausland für mindestens den Zeitraum möglich, für den sich der Ausländer zuletzt im Bundesgebiet aufgehalten hat (§ 18c Abs. 2 Satz 2 AufenthG).

Die Beantragung dieses Aufenthaltstitels ist nur vom Ausland aus möglich (§ 18c Abs. 3 AufenthG). Ausnahme: Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 18c Abs. 1 AufenthG mit einer kürzeren als der Höchstdauer, die in Deutschland die Verlängerung beantragen (s.o.).

§ 18c AufenthG tritt am 1.8.2016 außer Kraft.

V. Blaue Karte EU, § 19a AufenthG

Mit diesem Aufenthaltstitel wurde die Vorgabe der RL 2009/50/EG umgesetzt. Zugleich werden die Spezialisten aus § 19 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG (a.F.) zunächst wieder auf eine Aufenthaltserlaubnis verwiesen, statt ihnen unmittelbar eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen.

§ 19a AufenthG ist als Rechtsanspruch ausgestaltet („wird ... erteilt“).

Grundvoraussetzung ist auch hier, dass der Ausländer alternativ über

- einen deutschen Hochschulabschluss
- einen in Deutschland anerkannten ausländischen Hochschulabschluss oder
- einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss

verfügt (§ 19a Abs. 1 Satz 1 Buchst. a) AufenthG). Daneben ist eine weitere Möglichkeit für die Anerkennung non-formal ausgebildeter Fachkräfte geschaffen worden: bei Vorlage eines Nachweises einer durch mindestens fünfjährige Berufserfahrung vergleichbaren Qualifikation ist der Weg zur Blauen Karte EU ebenfalls eröffnet – theoretisch jedenfalls, denn das BMAS hat bisher keine Rechtsverordnung nach § 19a Abs. 2 AufenthG erarbeitet. Da der Erlass der Rechtsverordnung zwingende Voraussetzung ist („soweit“), ist diese Alternative derzeit nicht anwendbar.

Das Zustimmungsverfahren gem. § 19a Abs. 1 Nr. 2 AufenthG steht im engen Zusammenhang mit der Höhe des Gehalts nach § 19a Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. In § 2 BeschV ist die Höhe des Gehalts geregelt. Hierbei handelt es sich um das Arbeitnehmerbruttogehalt.

	West		Ost	
	p.a.	Monat	p.a.	Monat
Beitragsbemessungsgrenze	69.600	5.800	58.800	4.900
§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) BeschV (2/3)	46.400	3.867	39.200	3.267
§ 2 Abs. 2 BeschV (52 %)	36.192	3.016	30.576	2.548

1. Verfahren ohne Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit

Wer ein Gehalt in Höhe von 2/3 der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze in der allg. Rentenversicherung erhält, bedarf keiner Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a) BeschV).

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b) BeschV bedarf ebenfalls keiner Zustimmung, wer einen **inländischen Hochschulabschluss** besitzt und mindestens ein Gehalt nach § 2 Abs. 2 BeschV (52%) erhält. Der Bezug auf § 2 Abs. 2 BeschV bedeutet aber auch: dies gilt nur für die genannten Berufsgruppen 21, 221 und 25 der Internationalen Standardklassifikation der Berufe.

- 21. Naturwissenschaftler, Mathematiker und Ingenieure
 - 211. Physiker, Chemiker, Geologen und verwandte Berufe
 - 2111 Physiker und Astronomen
 - 2112 Meteorologen
 - 2113 Chemiker
 - 2114 Geologen und Geophysiker
 - 212. Mathematiker, Versicherungsmathematiker und Statistiker
 - 2120 Mathematiker, Versicherungsmathematiker und Statistiker
 - 213. Biowissenschaftler
 - 2131 Biologen, Botaniker, Zoologen und verwandte Berufe
 - 2132 Agrar-, Forst- und Fischereiwissenschaftler und -berater
 - 2133 Umweltwissenschaftler
 - 214. Ingenieurwissenschaftler (ohne Elektrotechnik, Elektronik und Telekommunikation)
 - 2141 Wirtschafts- und Produktionsingenieure
 - 2142 Bauingenieure
 - 2143 Umweltschutzingenieure
 - 2144 Maschinenbauingenieure
 - 2145 Chemieingenieure
 - 2146 Bergbauingenieure, Metallurgen und verwandte Berufe
 - 2149 Ingenieure, anderweitig nicht genannt
 - 215. Ingenieure in den Bereichen Elektrotechnik, Elektronik und Telekommunikationstechnik
 - 2151 Ingenieure im Bereich Elektrotechnik
 - 2152 Ingenieure im Bereich Elektronik
 - 2153 Ingenieure im Bereich Telekommunikationstechnik
 - 216. Architekten, Raum-, Stadt- und Verkehrsplaner, Vermessungsingenieure und Designer
 - 2161 Architekten
 - 2162 Landschaftsarchitekten
 - 2163 Produkt- und Textildesigner
 - 2164 Raum-, Stadt- und Verkehrsplaner
 - 2165 Kartografen und Vermessungsingenieure
 - 2166 Grafik- und Multimediadesigner
- 221. Ärzte
 - 2211 Allgemeinärzte
 - 2212 Fachärzte
- 25. Akademische und vergleichbare Fachkräfte in der Informations- und Kommunikationstechnologie
 - 251. Entwickler und Analytiker von Software und Anwendungen
 - 2511 Systemanalytiker
 - 2512 Softwareentwickler
 - 2513 Web- und Multimediaentwickler
 - 2514 Anwendungsprogrammierer
 - 2519 Entwickler und Analytiker von Software und Anwendungen, anderweitig nicht genannt

252. Akademische und vergleichbare Fachkräfte für Datenbanken und Netzwerke
2521 Datenbankentwickler und -administratoren
2522 Systemadministratoren
2523 Akademische und vergleichbare Fachkräfte für Computernetzwerke
2529 Akademische und vergleichbare Fachkräfte für Datenbanken und Netzwerke, anderweitig nicht genannt

2. Verfahren unter Beteiligung der Bundesagentur für Arbeit

Zuständig ist die Zentrale Auslands- und Fachvermittlung (ZAV).

§ 2 Abs. 2 BeschV regelt das Zustimmungsverfahren für Ausländer, die über keinen inländischen Hochschulabschluss verfügen, aber ein Gehalt in Höhe von mindestens 52 % der jährlichen Bemessungsgrenze erzielen. Hier findet keine Vorrangprüfung nach § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG (Arbeitsmarktpflicht) sondern lediglich eine Arbeitsplatzprüfung statt. Allerdings beinhaltet diese auch, dass die ZAV prüft, ob der potentielle Arbeitgeber ein in der Branche und Region vergleichbares Gehalt bezahlt. Hierfür wird der sog. Arbeitgeberservice der Bundesagentur für Arbeit abgefragt, die hierzu Auskunft geben können. Zumindest in den Ballungsgebieten wird dann häufig ein Gehalt als „üblich“ angegeben, das über den 52% des Beitragsbemessungsgrenze liegt (z.B. Softwareentwickler im Raum Frankfurt am Main: 3.500 EUR). Hintergrund der Unterscheidung ist, dass nach Ansicht der Bundesregierung Ausländer, die bereits in Deutschland studiert haben, ihre Interessen gegenüber potentiellen Arbeitgebern selbst durchsetzen können und daher kein Lohndumping drohe. Bei Ausländern, die über wenig oder keine Erfahrungen auf dem deutschen Arbeitsmarkt verfügen, bedürfen dagegen des Schutzes vor Lohndumping (BT-Drs. 17/8682, S. 26).

Ausländer, die einen ausländischen Hochschulabschluss besitzen und keiner gem. § 3 Abs. 2 BeschV privilegierten Berufsgruppe angehören, können die Blaue Karte EU nur erhalten, wenn sie ein Gehalt von mindestens 2/3 der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze erzielen.

Andernfalls besteht die Möglichkeit eines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 18 Abs. 4 Satz 1 AufenthG iVm. § 2 Abs. 3 BeschV – dann aber unter Vorbehalt der Vorrangprüfung.

3. Ausschlussgründe gem. § 19a Abs. 5 AufenthG

Alle Personen, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, sind von der Anwendung ausgeschlossen. Der Vollständigkeit halber wurden auch alle Ausländern, die nach nationalen Vorschriften schutzberechtigt sind (§ 60 Abs. 5, Abs. 7 Satz 1 AufenthG), denen ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen erteilt wurde, sowie alle Ausländer, deren Abschiebung lediglich ausgesetzt ist (§60a AufenthG, Duldung) ebenfalls von der Anwendung ausgenommen. Diese Ausländer müssten dann ausreisen und ein Visum beim zuständigen deutschen Konsulat beantragen.

4. Verfestigung (§ 19a Abs. 6 AufenthG)

Der Inhaber einer Blauen Karte EU erhält nach 33 Monaten eine Niederlassungserlaubnis, wenn er während dieser Zeit Vorsorgeleistungen für die Rente erbracht hat und die weiteren Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 4 – 9 AufenthG vorliegen. Bei Sprachkenntnissen der Stufe B1 verkürzt sich diese Frist auf 21 Monate! Das bedeutet: für Variante 1 sind keine Deutschkenntnisse erforderlich.

VI. Selbständige und freiberufliche Tätigkeit (§ 21 AufenthG)

1. Selbständige Tätigkeit

In den vergangenen Jahren wurden die Bedingungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an selbständig Erwerbstätige zwei Mal abgesenkt. Die eigentlichen Tatbestandsmerkmale wurden vereinfacht. Das wirtschaftliche Interesse muss nicht mehr übergeordnet sein und das regionale Bedürfnis nicht mehr besonders (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG). Unverändert muss die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lassen und die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder eine Kreditzusage gesichert sein. Die für die Beurteilung, ob ein wirtschaftliches Interesse und ein regionales Bedürfnis vorliegen, früher genannten Voraussetzungen, wurden in einem ersten Schritt von einer Mindestinvestitionssumme von 500.000 EUR auf 250.000 EUR abgesenkt, und in einem zweiten Schritt vollständig abgeschafft. Mit der letzten Änderung wurde auch die Bedingung abgeschafft, fünf Arbeitsplätze schaffen zu müssen.

Unverändert geblieben ist die Voraussetzung bei über 45-jährigen Ausländern, eine angemessene Altersvorsorge nachzuweisen (§ 21 Abs. 3 AufenthG). Ohne Vorbeschäftigungszeiten muss in diesen Fällen eine Nachversicherung bei der DRV oder der Abschluss z.B. einer entsprechenden Kapitallebensversicherung mit Rentenwahlrecht erfolgen.

Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis kann nach drei Jahren erfolgen, abweichend von § 9 Abs. 2 AufenthG. Die einzigen Voraussetzungen sind, dass der Ausländer die geplante Tätigkeit erfolgreich verwirklicht hat und der Lebensunterhalt gesichert ist. Kenntnisse der deutschen Sprache sind nach dem eindeutigen Wortlaut nicht notwendig.

2. Freiberufliche Tätigkeit

§ 18 Abs. 1 Satz 2 EStG definiert, wer freiberuflich tätig ist:

„Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe.“

Zwingende Voraussetzung ist, dass die berufsrechtlichen Zulassungen vorliegen (z.B. Zulassung als Rechtsanwalt durch die zuständige Rechtsanwaltskammer etc.).

VII. Niederlassungserlaubnis für Absolventen deutscher Hochschulen (§ 18b AufenthG)

Ein weiterer Anreiz wurde für Absolventen deutscher Hochschulen geschaffen. Zunächst ist dabei auf § 3b BeschV hinzuweisen, mit dem endlich das „alte“ Problem des Arbeitsmarktzugangs für Absolventen deutscher Hochschulen gelöst ist. Die Aufnahme einer Beschäftigung nach Abschluss des Studiums an einer deutschen Hochschule ist zustimmungsfrei. Einzige Voraussetzung: die Beschäftigung muss der beruflichen Qualifikation entsprechen. Die Höhe des Gehalts spielt hier keine Rolle.

Nach zweijährigem Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18, 18a, 19a oder 21 AufenthG wird (Rechtsanspruch!) eine Niederlassungserlaubnis erteilt, wenn er

- einen seinem Abschluss angemessenen Arbeitsplatz innehat,
- 24 Monate Altersvorsorge betrieben hat und
- die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 4 – 9 AufenthG erfüllt.

Die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 sowie Nr. 5 – 9 AufenthG erfüllt (fast) jeder Absolvent einer deutschen Hochschule, der einen seinem Abschluss angemessenen Arbeitsplatz innehat. Insofern ist einzig das Vorliegen von Bedenken wegen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu prüfen (Nr. 5).

VIII. Neufassung der BeschV

Zum 1. Juli 2013 ist eine vollständige Neufassung der BeschV in Kraft getreten, die die bisherige BeschV sowie die BeschVerfV ersetzt.

Die Erwartungshaltung hinsichtlich der Verweildauer in Deutschland drückt sich nun bereits in den Überschriften aus. Teil 2 ist überschrieben mit: Zuwanderung von Fachkräften. Die Überschrift von Teil 3: Vorübergehende Beschäftigung (Spezialitätenköche, Au-Pair etc.).

Wichtig ist u.a. die Neuregelung in § 31 BeschV, die für alle Aufenthaltserlaubnisinhaber nach **Abschnitt 5** des AufenthG festlegt, dass es für die Erteilung der Erlaubnis zur Beschäftigung – unabhängig von der Voraufenthaltsdauer – keiner Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bedarf.

IX. Gesetz zur Anerkennung ausländischer Bildungsabschlüsse

Im vergangenen Jahr trat das Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen in Kraft. Mit diesem „Anerkennungsgesetz“ wurde u.a. das Gesetz über die Feststellung der Gleichwertigkeit von Berufsqualifikationen (BQFG) eingeführt. Darin sind insbesondere die Verfahren geregelt, wie ausländische Berufsabschlüsse im Inland anerkannt werden können bzw. welche Voraussetzungen erfüllt werden müssen, damit eine solche Anerkennung erfolgen kann. Unterschieden wird dabei zwischen reglementierten Berufen (Berufszugang und –ausübung sind an den Nachweis einer bestimmten Qualifikation gekoppelt, z.B. Arzt, Lehrer, Architekt, §§ 9 BQFG ff.) und nicht reglementierten Berufen (§ 4 BQFG ff.). Soweit im Rahmen der Prüfung bei reglementierten Berufen die Gleichwertigkeit verneint wird, können Anpassungsmaßnahmen verlangt werden, die max. drei Jahre dauern dürfen sowie eine Eignungsprüfung (§ 11 BQFG). Die Antragsteller haben sämtliche Unterlagen und Zeugnisse vorzulegen, bei fehlenden Nachweisen (wg. Unzumutbarkeit, z.B. Flüchtlinge) sind sonstige geeignete Verfahren anzuwenden, um die Fähigkeiten und Kenntnisse zu ermitteln (u.a. Arbeitsproben etc., § 14).

Weitere Informationen finden Sie unter auf der Internetpräsenz der ZAV sowie unter: <http://www.anererkennung-in-deutschland.de>

D. wie Duldung und Humanitäre Aufenthaltstitel

I. Duldung gem. § 60a AufenthG

1. Vollziehbare Ausreisepflicht, § 50 Abs. 1 AufenthG

Die Pflicht zur Ausreise ergibt sich idR. aus der Tatsache, dass der Betroffene nicht (mehr) im Besitz eines Aufenthaltstitels ist, der ihn zum Aufenthalt im Bundesgebiet berechtigt. Insbesondere nach (negativem) Abschluss eines Asylverfahrens, nach Einreise mit einem Visum für einen kurzfristigen Aufenthalt (Schengen-Visum), wenn der Gültigkeitszeitraum endet oder wenn eine Aufenthaltserlaubnis nicht mehr verlängert wird (z.B. Trennung vom Ehepartner, Exmatrikulation bei Studierenden).

Die Ausreisepflicht ist z.B. vollziehbar, wenn der Betroffene unerlaubt eingereist ist oder keine Fiktionswirkung gem. § 81 AufenthG (mehr) besteht (vgl. § 58 Abs. 2 AufenthG).

2. Unmöglichkeit der Abschiebung

Das Gesetz differenziert zwischen der Unmöglichkeit aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen. Rechtliche Hinderungsgründe sind z.B. zielstaats- oder inlandsbezogene Abschiebungshindernisse. Tatsächlich unmöglich ist eine Abschiebung z.B., wenn keine Reisedokumente vorliegen oder die Verkehrswege in den Zielstaat für eine Abschiebung nicht zur Verfügung stehen (Bsp. aus der Vergangenheit: mangelnde Flugverbindungen in den Irak).

In der Praxis relevant sind die Fälle der rechtlichen Unmöglichkeit, die sich aus Art. 6 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 Abs. 1 EMRK (Schutz der Einheit der Familie) ergibt. Ein Duldungsgrund liegt bei einer Schwangeren vor, wenn das Kind voraussichtlich die deutsche Staatsangehörigkeit haben wird (Nr. 60a.2.1.1.2.1 VwV-AufenthG). Für den Vater eines ungeborenen Kindes dann, wenn eine Risikoschwangerschaft vorliegt oder bereits eine vorgeburtliche Vaterschaftsanerkennung und Erklärung über das gemeinsame Ausüben des elterlichen Sorgerechts vorliegt (vgl. OVG Sachen, Beschl. v. 01.10.2010, 3 B 275/10, www.asyl.net). Wenn die Geburt unmittelbar bevorsteht auch deshalb, um die Anwesenheit bei der Geburt zu ermöglichen (vgl. VG Berlin, Beschl. v. 06.03.2009, 10 L 53.08 V, www.asyl.net). Diese Konstellation kommt nicht nur dann in Frage, wenn das Kind die dt. Staatsangehörigkeit besitzen wird. Wird die Lebensgemeinschaft mit dem Kind zumutbar nur im Bundesgebiet zu führen sein (z.B. weil die Kindsmutter bereits ein Kind hat, das die dt. Staatsangehörigkeit besitzt), ergibt sich ebenfalls ein Abschiebungshindernis (BVerfG (Kammer), Beschl. v. 10.05.2008, InfAuslR 2008, 347). Bei beabsichtigten Eheschließungen ist der Zeitpunkt des Entstehens eines Abschiebungshindernisses strittig. Unstreitig ist, dass ein Abschiebungshindernis gegeben ist, wenn die Eheschließung unmittelbar bevorsteht – wann dies der Fall ist, ist unklar. IdR. aber dann, wenn die Ehe angemeldet wurde und ein Termin zur Eheschließung vereinbart ist oder dieser vom Standesamt als unmittelbar bevorstehend bestätigt wird (vgl. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 07.07.2010, 8 ME 139/10, www.asyl.net).

Neben der Passlosigkeit ist auch die Reiseunfähigkeit ein wichtiger Aspekt im Bereich der tatsächlichen Unmöglichkeit der Abschiebung. Nicht selten werden durch behandelnde Hausärzte ausgestellte Atteste/ Gutachten, die eine Reiseunfähigkeit attestieren, durch eine Untersuchung beim Gesundheitsamt des Trägers der Ausländerbehörde entkräftet. Dabei kommt nach Ansicht der Gerichte den Stellungnahmen der Gesundheitsämter eine besondere Glaubwürdigkeit zu, die jedoch durch entsprechenden Vortrag entkräftet werden kann (vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 08.02.2006, 24 L 2037/05; VG Leipzig, Beschl. v. 17.05.2011, 3 L 234/11, www.asyl.net).

3. Ermessensduldung, § 60 Abs. 2 Satz 3 AufenthG

Der Gesetzgeber wollte eine Regelung schaffen, die eine weitere Aussetzung der Abschiebung ermöglicht, wenn dringende persönliche oder humanitäre Gründe vorliegen oder ein öffentliches Interesse am Verbleib des Betroffenen besteht (vgl. Nr. 60a.2.3.0 VwV-AufenthG). Insbesondere soll damit in Härtefällen die Nichtanwendbarkeit des § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG auf vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer ausgeglichen werden. Das bedeutet zunächst einmal, im Bereich des § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG müssen keine rechtlichen oder tatsächlichen Abschiebungshindernisse vorliegen!

Anwendungsbereiche sind knapp unterhalb der Schwelle zur rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit, z.B. Duldung bis zu den Schulferien, damit den Kindern ein möglichst ununterbrochener Schulbesuch ermöglicht wird, Duldung bis zum Abschluss einer bestimmten (Zwischen-)Prüfung bei Studierenden, Abschluss einer begonnenen Krankenbehandlung/ -therapie, deren Abbruch zwar nicht lebensbedrohlich wäre, aber den Behandlungserfolg gefährden würde etc.

4. Erwerbstätigkeit

Eine selbständige Tätigkeit ist grds. nicht möglich – es bleibt nur die Beschäftigung. Auch nach Änderung der BeschV hat sich in diesem Bereich nichts geändert. Wenn der Betroffene das Abschiebungshindernis selbst beseitigen könnte und dies nicht tut, erhält keine Erlaubnis, einer Beschäftigung nachzugehen (§ 33 BeschV, vgl. OVG Niedersachsen, Beschl. v. 12.08.2010, 8 PA 183/10, www.asyl.net).

5. Geltungsdauer

Die Geltungsdauer ist am Zweck der Duldung bzw. am Erteilungsgrund zu orientieren. Ist nicht mit einem baldigen Wegfall des Abschiebungshindernisses zu rechnen – selbst wenn dies im Verantwortungsbereich des Betroffenen liegt – ist mit einer Geltungsdauer von sechs Monaten zu erteilen (Hess. VGH, Beschl. v. 08.02.2011, 11 A 147/09.Z; www.asyl.net).

II. § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK

Aus den humanitären Aufenthaltstiteln des 5. Abschnitts des Aufenthaltsgesetzes werden im Folgenden die inhaltlich wie systematisch nahe beieinanderliegenden § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK (I.) sowie die Bleiberechtsregelung für langjährig geduldete/gestattete Jugendliche und Heranwachsende und deren Familienangehörige nach § 25 a) AufenthG (II.) besprochen.

Zunächst wird eine aktuelle Entscheidung des VG Hamburg vorgestellt, die – da sie eine Vielzahl von Problemkreisen und Gesichtspunkten, die bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK behandelt – in Gänze und in systematischer Prüfungsabfolge dargestellt wird (1.).

Weiter werden besondere Konstellationen vorgestellt, namentlich die Frage der Zurechnung von verschuldeten Abschiebungshindernissen (2.), die „Verwurzelung“ Erwachsener im Bundesgebiet (3.) und die illegale Rückkehr im Bundesgebiet verwurzelter Ausländer (4.)

1. VG Hamburg, Urteil vom 29.05.2013 (17 K 446/12)

Diese Entscheidung behandelt die Frage der Spezialität des § 25 a) AufenthG gegenüber § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK (a), die Ausnahme von dem Grundsatz des Teilens des

aufenthaltsrechtlichen Schicksals der Eltern in Bezug auf Minderjährige (b), geht ausführlich auf die im Rahmen des Art. 8 EMRK zu beachtenden Verwurzelungs- und Entwurzelungsaspekte ein (c), behandelt die Frage des aufenthaltsrechtlichen Schicksals von Familienangehörigen verwurzelter Minderjähriger (d) und schließlich die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG (e).

Der Entscheidung lag folgende Situation zu Grunde: Die Mutter einer im Zeitpunkt der Entscheidung 12-jährigen Tochter und eines jüngeren Bruders berief sich auf Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG in Bezug auf Armenien infolge einer Posttraumatischen Belastungsstörung sowie auf eine Integration in die hiesigen Verhältnisse i.S.d. Art. 8 EMRK. In der Vergangenheit hatten die Eltern bei ihrer illegalen Einreise und Jahre darüber hinaus über ihre Identität und Staatsangehörigkeit getäuscht, die zwischenzeitlich aber offen gelegt wurde. Die Mutter hatte lediglich eine Kopie ihres armenischen Passes vorgelegt, dessen im Original in Armenien sei. Sie könne den Pass aber beschaffen. Zum Zeitpunkt der Entscheidung war der Vater – der zuvor getrennt abgeschoben war – verstorben. Die 12-jährige Tochter, die zwar die armenische Sprache beherrschte, deren Deutschkenntnisse die Armenischkenntnisse deutlich überstiegen, besuchte die 6. Klasse eines Gymnasiums und konnte überdurchschnittliche Leistungen vorweisen.

Das VG Hamburg wies den von der Mutter geltend gemachten Abschiebungsschutz auf Grund unsubstantiierten Vorbringens zurück, ebenso deren Berufung auf Art. 8 EMRK. Zwar sei die Erteilung nicht schon wegen Verschuldens i.S.d. § 25 Abs. 5 S. 3 und 4 AufenthG ausgeschlossen, da die falschen Angaben zur Identität und Staatsangehörigkeit nach deren Berichtigung nicht mehr kausal für das Ausreisehindernis seien. Trotz „bemerkenswerter Integrationsleistungen“ (Sprachniveau B 1; Ausbildung zur Webdesignerin) stehe aber die rechtsmissbräuchliche Einreise und das jahrelange Verschweigen der wahren Identität und Staatsangehörigkeit der Annahme einer Verwurzelung i.S.d. Art. 8 EMRK entgegen. Eine Reintegration in die Verhältnisse des Herkunftsstaates sei ihr – auch da sie diesen erst als junge Erwachsene verlassen habe – zuzumuten.

Demgegenüber geht das VG Hamburg von einem Anspruch der 12-jährigen Tochter aus § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK aus – auf deren Grundlage wiederum ein Aufenthaltsrecht der Mutter und des jüngeren Bruders aus § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 6 GG abgeleitet wird:

a) § 25 a) AufenthG nicht lex specialis zu § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK

Zunächst stellt das VG Hamburg – soweit ersichtlich als erstes Verwaltungsgericht – klar, dass § 25 a) AufenthG nicht in einem ausschließenden Spezialitätsverhältnis zu § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK steht.

Daraus, dass § 25 a) AufenthG die Erteilung erst nach Vollendung des 15. Lebensjahres zulasse, könne nicht geschlossen werden, dass ein Rückgriff auf § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK aus systematischen Gründen versperrt sei:

„Eine solche Auffassung verkennt, dass es sich bei §25 Abs. 5 AufenthG um einen offenen Tatbestand handelt. Dessen zentrales Tatbestandsmerkmal, nämlich der unbestimmte Rechtsbegriff der auf Dauer bestehenden rechtlichen Unmöglichkeit der Ausreise, ist, wie ausgeführt, stets unter Einbeziehung von Normen des Verfassungsrechts und des Völkervertragsrechts auszufüllen. Die von der Beklagten vertretene Auffassung würde mithin dazu führen, dem einfachen Gesetzgeber diesbezüglich eine abschließende Definitionskompetenz einzuräumen.

Verfassungsrecht und als Auslegungshilfe heranzuziehendes Völkervertragsrecht steht jedoch nicht in diesem Sinne zur Disposition des einfachen Gesetzes bzw. des nationalen Gesetzgebers. Es wäre zudem mit dem anerkannten Grundsatz unvereinbar, dass es bei der Ermittlung im einschlägigen Sinne schutzwürdiger Rechtspositionen stets auf die besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls ankommt (vgl. EGMR, Urt. v. 14.6.11 – Osman/Dänemark, Nr. 38058/09- juris Rn. 54 m.w.Nw.) wollte man die Integrationsleistungen von unter sechzehnjährigen Kindern und hieran anknüpfende Unzumutbarkeitserwägungen von vornherein ausklammern.“

b) Ausnahme von dem Grundsatz der familieneinheitlichen Betrachtung in Bezug auf Minderjährige

In der Rechtsprechung gilt der Grundsatz, dass in Bezug auf die Verwurzelung Minderjähriger eine familieneinheitliche Betrachtung geboten ist:

Wegen des im Vordergrund stehenden Erziehungsrechts, faktischen Einflusses und des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern wird bei Minderjährigen, die in Haushaltsgemeinschaft mit ihren Eltern leben, davon ausgegangen, dass alleine aus ihrem langjährigen Aufenthalt in Deutschland und ihrer Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse nicht von einer rechtlichen Unmöglichkeit der Ausreise auf Grund einer Verwurzelung i.S.d. Art. 8 EMRK ausgegangen werden könne. Diesbezüglich führt das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 26.10.2010 (1 C 18/09) aus:

„Die von Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Beziehung zwischen Eltern und Kindern führt dazu, dass Kinder in der familiären Gemeinschaft grundsätzlich das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Erziehungsberechtigten teilen. In aller Regel - und so auch hier - erscheint es selbst einem in Deutschland geborenen ausländischen Kind zumutbar, nach mehrjährigem asylverfahrensbedingtem Aufenthalt das Land zusammen mit seinen Eltern bzw. einem Elternteil wieder zu verlassen und sich in dem Land seiner Staatsangehörigkeit zu integrieren.“

Im Falle der 12-jährigen Tochter erkennt das VG Hamburg indessen eine Ausnahme von diesem Grundsatz an:

Unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des OVG Münster vom 22.10.2009 (3 B 445/09) in welchem dieses entschieden hatte, dass „jedenfalls für Kinder im Alter von bis zu 12 Jahren“, die in Haushaltsgemeinschaft mit ihren geduldeten Eltern leben, nicht allein aus einem langjährigen Aufenthalt in Deutschland und ihrer Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise abgeleitet werden könne, erkennt das VG Hamburg das Alter von 12 Jahren als entscheidende Altersgrenze an.

In diesem Zusammenhang verweist das VG Hamburg auf die Möglichkeit in Art. 4 der RL 2003/86/EG (= Familiennachzugsrichtlinie), den Nachzug über 12-jähriger Kinder einzuschränken und die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 27.06.2006, C-540/03), wonach diese auf eine Phase im Leben des Kindes abstelle, in der regelmäßig „eine solche Verwurzelung in dem bisherigen Lebensumfeld stattgefunden hat, dass eine Integration in ein anderes Umfeld zu mehr Schwierigkeiten führe“.

Der Grundsatz der familieneinheitlichen Betrachtung – der in der regelmäßig anzunehmenden Integrationshilfe im Herkunftsland durch die Eltern liege und der nicht gelte, wenn die Eltern hierzu nicht imstande seien – sei im konkreten Fall wegen des Todes des Vaters durchbrochen. Der fehlende Beistand des Vaters bedeute „in der im hohen Maße

patriarchalisch geprägten armenischen Gesellschaft“ ein hohes Defizit, welches die Integration zumindest erheblich gefährden könne.

c) Verwurzelung im Bundesgebiet / Entwurzelung im Herkunftsstaat

Das VG Hamburg würdigt sodann die „unter ungünstigen Ausgangsvoraussetzungen“ erbrachten „beachtlichen Integrationsleistungen“ in Gestalt des perfekten Beherrschens der deutschen Sprache und der überdurchschnittlichen Schulleistungen auf einem anspruchsvollen Gymnasium und hebt hervor, dass sich die Klägerin

„in keiner Hinsicht von einer entwickelten deutschen Mitschülerin mit vergleichbar guten Schulleistungen unterscheidet“ und sie „mit einer Energie, die deutschen Altersgefährtinnen regelmäßig nicht abverlangt wird, ihren festen Standort in der deutschen Gesellschaft gefunden hat“.

Zur fehlenden wirtschaftlichen Integration hebt das VG Hamburg hervor, dass diese der Klägerin „naturgemäß nicht vorgehalten werden“ kann und an deren Stelle bei ihr „der beachtliche schulische Erfolg, der die Grundlage für viel versprechende berufliche Aussichten und eine hiermit verbundene nachhaltige wirtschaftliche Integration bildet“ tritt.

Diesen Integrationsgesichtspunkten hält das VG Hamburg die Entwurzelungsgesichtspunkte wie die Geburt und den ununterbrochenen Aufenthalt in Deutschland, die deutlich besseres Deutsch- als Armenischkenntnisse, sowie das Fehlen des Vaters in den „ausgesprochen patriarchalischen Verhältnissen“ in Armenien, auf Grund dessen auch die Mutter als allein stehende und unverheiratete Frau vielfältigen Benachteiligungen ausgesetzt und so in ihren Möglichkeiten des Einsatzes für die Kinder beeinträchtigt sei.

Im Ergebnis geht das VG Hamburg im Falle einer Abschiebung nach Armenien von einem unverhältnismäßigen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Privatleben aus.

d) Aufenthaltsrechtliches Schicksal der Familienangehörigen verwurzelter Minderjähriger

In Bezug auf die Mutter und den jüngeren Bruder geht das VG Hamburg – auf Grund des festgestellten Aufenthaltsrechts der Tochter – von einem unverschuldeten Ausreisehindernis i.S.d. § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 6 GG aus:

„Es wäre offenkundig verfassungswidrig, wollte man die Klägerin zu 2. darauf verweisen, ohne ihre Mutter und ihren jüngeren Bruder in Deutschland zu bleiben.“

e) Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen, § 5 AufenthG

Das VG Hamburg sah sich mangels Spruchreife i.S.d. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO gehindert, die Beklagte zur Erteilung entsprechender Aufenthaltserlaubnisse zu erteilen, weil die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 4 (Lebensunterhaltssicherung / Passpflicht) nicht erfüllt waren und für das VG keine Ermessensreduzierung auf Null hinsichtlich der Möglichkeit des Absehens von diesen nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG erkennbar war.

Zu den im Rahmen des § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG einzubeziehenden Ermessenserwägungen weist das Gericht die Beklagte auf Folgendes hin:

Bezüglich der Lebensunterhaltssicherung (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) sei zu berücksichtigen, dass für die Mutter bislang keine rechtliche Möglichkeit hierzu bestand, auf Grund deren „offenkundiger Intelligenz und Tatkraft“ dürfe aber eine positive Prognose naheliegen, wobei zu berücksichtigen sei, dass möglicherweise „wegen des Betreuungsbedarfs für die Kinder für einen überschaubaren Zeitraum“ die ergänzende Gewährung öffentlicher Mittel hinzunehmen sein werde.

In Bezug auf die Kinder sei auf Grund deren Minderjährigkeit ein positiver Ermessensgebrauch geboten. Hier sei ferner zu berücksichtigen, dass „*am Verbleib von Kindern, denen bereits eine sehr gute Integration und damit die Weichenstellung für hohe berufliche Qualifikationen gelungen ist, ein erhebliches öffentliches Interesse besteht*“.

Zur Nichterfüllung der Passpflicht (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 3 AufenthG) sei zu berücksichtigen, dass die Mutter offenbar einen Pass vorlegen können. Auf der anderen Seite möge in Betracht zu ziehen sein, dass die Mutter „*keineswegs alle Anstrengungen unternommen habe, um der Passpflicht für sich und ihre Kinder zu genügen*“.

Insgesamt sei im Ermessen nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG „*das große Gewicht der für die Gewährung eines Aufenthaltsrechts sprechenden verfassungsrechtlichen Wertungen ins Verhältnis zu dem Umstand zu setzen, dass die Klägerin zu 1. ihren eigenen Aufenthalt und damit mittelbar auch den der übrigen Kläger durch rechtsmissbräuchliches Verhalten erreicht hat*“.

2. (Un-)Verschuldetes Abschiebungshindernis, § 25 Abs. 5 S. 3, 4 AufenthG

Es findet keine Zurechnung von Täuschungshandlungen seitens der Eltern statt, wenn der Antragsteller selbst zu deren Zeitpunkt minderjährig war und ihm daher ein Täuschungsverhalten in eigener Person nicht vorgehalten werden kann (so: OVG Bremen, Urteil vom 28.06.2011, OVG 1 A 141/11, InfAuslR 2011, 432, Beschluss vom 10.02.2012, OVG 1 B 319/11, InfAuslR 2012, 211; anders: BVerwG, Urteil vom 26.10.2010, 1 C 18/09).

3. „Verwurzelung“ als Erwachsener in das Bundesgebiet Eingereister

Eine Einreise in das Bundesgebiet erst als Erwachsener steht einer Verwurzelung im Bundesgebiet nicht entgegen (vgl. EGMR, Urte. v. 31.01.2006 - 50252/99 - Sezen - InfAuslR 2006, 255; VGH Mannheim, Beschluss v. 03.11.2008, 11 S 2235/08, VbIBW 2009, 195, VG Stuttgart, Urteil v. 27.02.2012, 11 K 2601/11).

Der Entscheidung des EGMR in der Sache „Sezen“ (s.o.) lag eine Konstellation zugrunde, in welcher der Antragsteller erst im Alter von 23 Jahren in die Niederlande eingereist war. Seine Situation war nach Ansicht des EGMR daher nicht mit jener von Einwanderern der zweiten Generation vergleichbar

Aber: Der Antragsteller hatte eine Ehefrau (mit gleicher Staatsangehörigkeit!), die sich seit ihrem 7. Lebensjahr rechtmäßig in den Niederlanden aufhielt. Zudem gingen aus der Ehe zwei Kinder (im Zeitpunkt der Entscheidung 15 und 9 Jahre alt) hervor, beide ebenfalls Staatsangehörige des Herkunftsstaates der Eltern.

Daher hat der EGMR ausgeführt:

„Unter diesen Umständen würde es für die Beschwerdeführerin und insbesondere für die Kinder einen radikalen Umbruch bedeuten, wenn sie dem Beschwerdeführer in die Türkei folgen würden. Dies kann daher nach Ansicht des Gerichtshofes nicht von ihnen erwartet werden.“

Die nationale Rechtsprechung orientiert sich in Bezug auf die „zeitliche“ Verwurzelung als Erwachsener eingereister an § 104 a) AufenthG i.S.d. „gesetzlichen Vermutung“ ausreichender Integration“.

VGH Mannheim, Beschluss v. 03.11.2008, 11 S 2235/08, VblBW 2009, 195:

„Die Aufenthaltsdauer beträgt das Doppelte der in der gesetzlichen Altfallregelung des § 104 a) AufenthG geforderten acht Jahre, ab denen eine hinreichende Integration bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen sozusagen gesetzlich vermutet wird.“

VG Stuttgart, Urteil v. 27.02.2012, 11 K 2601/11:

„Die Aufenthaltsdauer des Klägers überschreitet den in der gesetzlichen Altfallregelung des § 104 a) AufenthG geforderten Zeitrahmen von 8 Jahren, ab denen eine hinreichende Integration bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen sozusagen gesetzlich vermutet wird.“

4. (Illegale) Rückkehr verwurzelter Ausländer

Zwei Entscheidungen zur illegalen Rückkehr verwurzelter Ausländer lassen zum einen an der Anwendbarkeit der Erlöschensgründe des § 51 Abs. 1 Nr. 6 und 7 AufenthG (Ausreise aus nicht nur vorübergehendem Grund / über sechs Monate) in derartigen Fällen zweifeln und zeigen zum anderen, dass Verstöße gegen aufenthaltsrechtliche Vorschriften nicht zu einer Versagung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK führen dürfen:

a) EGMR, „Osman gegen Dänemark“, Urteil vom 20.09.2011, Nr. 8000/08:

Die 1987 in Somalia geborene Beschwerdeführerin reiste mit ihrer Mutter und ihren Geschwistern 1995 nach Dänemark, wo alle Aufenthaltserlaubnisse zur Familienzusammenführung bekamen. Der Vater und eine Schwester hatten dort ein Jahr zuvor Asyl erhalten.

Im Mai 2003 reiste sie mit dem Vater nach Kenia um sich um die in einem Flüchtlingslager lebende Großmutter zu kümmern. Der Vater ließ die Tochter – die davon ausgegangen war, nur kurze Zeit in Kenia zu bleiben – zur Pflege der schwer erkrankten Großmutter zurück. Im August 2005 suchte die Bf. die der dänische Botschaft in Nairobi auf und bekam von dort im Dezember 2006 zu hören, ihre Aufenthaltserlaubnis sei nach Abschnitt 17 des dänischen AuslG abgelaufen, da sie sich mehr als 12 Monate außerhalb Dänemarks aufgehalten habe. Die Erteilung eines Visums komme nicht in Betracht, da zwischenzeitlich das Nachzugsalter gesenkt worden sei.

Im Juni 2007 reiste die Bf. illegal nach Dänemark ein und beantragte eine AE, die abgelehnt wurde.

Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, da die – familiären, sozialen und kulturellen – Bindungen an Dänemark nicht hinreichend berücksichtigt worden seien. Auch sei nicht hinreichend berücksichtigt worden, dass der lange Aufenthalt nicht dem Willen der Bf. entsprochen und eine frühere Kontaktaufnahme mit der dänischen Botschaft schwer gewesen sei.

b) OVG Bremen, Beschluss vom 23.03.2012, InfAuslR 2012, 211:

Einer Verwurzelung und damit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK steht nicht entgegen, dass ein hier aufgewachsener Ausländer zunächst *freiwillig* ausgereist und dann nach dem Scheitern einer

Re-Integration in die Verhältnisse seines Herkunftslandes *nach fast fünfjährigem Auslandsaufenthalt* (mit kurzen, legalen zwischenzeitlichen Besuchen im Bundesgebiet) *illegal* wieder eingereist ist.

III. § 25 a) AufenthG: Aufenthaltserlaubnis für langjährig geduldete oder gestattete Jugendliche und Heranwachsende und deren Familienangehörige

Mit den §§ 104 b) und 25 a) AufenthG wurden erstmals gesetzliche Bleiberechtsregelungen speziell für geduldete Jugendliche – in § 25 a) AufenthG auch für Heranwachsende – in das Aufenthaltsgesetz aufgenommen.

§ 104 b) war als *Stichtagsregelungen* ausgestaltet und erfasste damit nur einen eingegrenzten Personenkreis, der bis zu diesem Stichtag die zeitlichen Voraussetzungen erfüllte. Weiter war die Regelung in § 104 b) AufenthG dadurch gekennzeichnet, dass er die Ausreise der Eltern – also eine *Familientrennung* nicht nur in Kauf nimmt, sondern ausdrücklich voraussetzt

§ 25 a) AufenthG – der zum 01.07.2011 mit dem „Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften“ (BGBl. I. S. 1266 vom 23.06.2011, im Folgenden: „Zwangsheiratsbekämpfungsgesetz“) in Kraft getreten ist – unterscheidet sich in seiner konzeptionellen Ausgestaltung von § 104 b) AufenthG wesentlich in beiden letztgenannten Punkten:

Zum einen ist mit § 25 a) AufenthG erstmals eine *stichtagsunabhängige* gesetzliche Bleiberechtsregelung eingeführt worden.

§ 25 a) AufenthG knüpft vielmehr zeitlich allein an einen – hier sechsjährigen – persönlichen Aufenthalt des Jugendlichen oder Heranwachsenden im Bundesgebiet an, so dass es sich um eine auch in die Zukunft gerichtete, offene Bleiberechtsregelung handelt.

Diese Abkehr von einer starren Stichtagsregelung hat den enormen Vorteil, dass Personen, die zu einem – letztlich willkürlich festgelegten – gesetzlichen Stichtag die zeitlichen Voraufenthaltsvoraussetzungen – u. U. nur um wenige Tage oder Wochen – nicht erfüllen und damit aus dem Raster einer Stichtagsregelung herausfallen würden, in die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts aus § 25 a) AufenthG „hineinwachsen“ können.

Zum anderen ist mit den Regelungen der §§ 25 a) Abs. 2 und 60 a) Abs. 2 AufenthG die *Möglichkeit des weiteren Aufenthalts der Familienmitglieder* des Jugendlichen oder Heranwachsenden eröffnet worden, sofern dieser die Voraussetzungen des § 25 a) Abs. 1 AufenthG erfüllt, bei den jeweiligen Familienmitgliedern die Voraussetzungen des § 25 a) Abs. 2 AufenthG vorliegen und nicht die Ausschlussgründe in § 25 a) Abs. 2 und 3 AufenthG – Verhinderung der Abschiebung durch Falschangaben, Identitätstäuschung oder Unterlassung zumutbarer Beseitigung von Abschiebungshindernissen und Begehung von Straftaten in einem näher bestimmten Rahmen - erfüllt sind.

Der Jugendliche oder Heranwachsende wird so also – in der Sprache des Aufenthaltsrechts – zum „Stammberechtigten“, von welchem die Eltern und Geschwister ihrerseits ein Aufenthaltsrecht ableiten können.

Im Folgenden soll die gesetzliche Ausgestaltung des § 25 a) AufenthG, dessen Voraussetzungen im Einzelnen sowie die Kritik hieran vorgestellt werden.

1. § 25 a) Abs. 1 AufenthG: Bleiberecht für Jugendliche und Heranwachsende

a) Die „Kann-Bestimmung“ in § 25 a) Abs. 1 Nr. 1 AufenthG und der Vorschlag zur Änderung in eine „Soll-Bestimmung“

Nach § 25 a) Abs. 1 AufenthG „*kann*“ Jugendlichen bzw. Heranwachsenden bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Die Erteilung ist also in das freie Ermessen der Ausländerbehörde gestellt.

Es wurde bereits im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens von Sachverständigen vorgeschlagen, § 25 a) AufenthG statt dessen als Anspruchsnorm auszugestalten, um dem Ziel, eine Aufenthaltsperspektive für gut Integrierte zu schaffen, gerecht zu werden (Stellungnahme der Sachverständigen Dr. Parinas Parhirs, Ausschussdrucksache 17(4)207 G).

In Anlehnung an § 104 a) AufenthG sollte hingegen nach dem Vorschlag der Fraktion Die Grünen / Bündnis 90 (siehe BT-Drs. 17/5093, S. 12 f.) aus der „Kann“-Bestimmung des § 25 a) Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine „Soll“-Bestimmung werden mit der Folge, dass eine Aufenthaltserlaubnis grundsätzlich zu erteilen ist und nur bei Vorliegen besonderer – atypischer – Umstände versagt werden kann. Hierfür hatte sich auch der Ausschuss Ausländer- u. Asylrecht des DAV ausgesprochen (siehe Stellungnahme vom 16.03.2011, Ausschussdrucksache 17(4)207 B, S. 12).

In der Begründung zu diesem Vorschlag heißt es, es erscheine nicht nachvollziehbar, warum die Entscheidung über die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nur als Ermessensentscheidung ausgestaltet werden sollte.

Diese Kritik verdient Zustimmung:

Die – systematisch mit § 25 a) AufenthG verwandten – Bleiberechtsregelungen der §§ 104 a) und b) AufenthG sind ebenfalls als „Soll“-Bestimmungen ausgestaltet.

Es stellt sich weiter die Frage, welche Ermessensgesichtspunkte nach Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen – insbesondere auch dem Nichteingreifen der zahlreichen und detailliert geregelten Ausschlussgründe – noch für eine Ablehnung im Ermessenswege herangezogen werden sollten.

Marx geht deshalb – trotz der Ausgestaltung als Ermessensvorschrift – zu Recht davon aus, dass angesichts des Zwecks des Gesetzes, gut integrierten geduldeten Jugendlichen und Heranwachsenden eine eigene gesicherte Aufenthaltsperspektive zu eröffnen, bei der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Vorschrift regelmäßig von einer Ermessensreduzierung auszugehen sei (Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 4. Aufl., S. 702).

b) Mindestens sechsjähriger ununterbrochener erlaubter, geduldeter oder gestatteter Aufenthalt, § 25 a) Abs. 1 Nr. AufenthG

Der Minderjährige oder Heranwachsende muss sich nach § 25 a) Abs. 1 Nr. 1 seit mindestens sechs Jahren erlaubt, geduldet oder mit einer Aufenthaltsgestattung im Bundesgebiet aufhalten.

Die Dauer eines sechsjährigen Aufenthalts ist zu lange bemessen: Dies entspricht nicht der Entwicklungsgeschwindigkeit junger Menschen und geht daher an dem Ziel, gut integrierten Jugendlichen und Heranwachsenden eine aufenthaltsrechtliche Perspektive zu verschaffen, vorbei (vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschuss Ausländer- u. Asylrecht zur Bundesratsinitiative Schleswig-Holsteins für eine wirksame und stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung, Schl.-Holst. Landtag, Umdruck 17/2765).

Im Zeitpunkt der Antragstellung muss der Aufenthalt geduldet sein. Geduldet sein bedeutet nicht, dass sich der Antragsteller im Besitz einer Duldungsbescheinigung nach § 60 a) Abs. 4 AufenthG befinden muss: Maßgebend ist nicht der Besitz der Bescheinigung, sondern das Vorliegen der Duldungsvoraussetzungen nach § 60 a) Abs. 2 AufenthG, also ob die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist.

Wird daher – wie allzu oft – von Seiten der Ausländerbehörde lediglich eine Grenzübertrittsbescheinigung ausgestellt, obwohl die Abschiebung etwa wegen eines fehlenden Ausreisedokuments oder wegen eines krankheitsbedingten inlandsbezogenen Abschiebungshindernisses nicht möglich ist, kann sich der Jugendliche / Heranwachsende gleichwohl auf § 25 a) Abs. 1 AufenthG berufen (Hügel / Claasen, Die neue Bleiberechtsregelung für „gut integrierte Jugendliche und Heranwachsende“ nach § 25 a) AufenthG, S. 4 (siehe: http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/zuwg/Leitfaden_Bleiberecht_25a.pdf); Marx, a.a.O., S. 699).

Umstritten ist an dieser Stelle, ob kurzzeitige Unterbrechungen (analog) § 85 AufenthG geheilt werden können (Gegen die analoge Anwendung des § 85 AufenthG: Röseler in: Renner, AuslR, § 104 a) AufenthG, Rn. 12; Deibel, a.a.O. S. 241; dafür: Hügel / Claasen, a.a.O. S. 4).

Dies kann aber dahinstehen, da jedenfalls in der Praxis kurzfristige Unterbrechungen als unschädlich angesehen werden (vgl. Vorl. Niedersächs. VwV zu § 25 a) AufenthG, Ziff. 2.2, Runderlass des Niedersächsischen Ministeriums für Inneres und Sport – Az.: 41.12-122230.1-8 (§ 25 a) – vom 07.07.2011).

c) Im Bundesgebiet geboren oder vor Vollendung des 14. Lebensjahres eingereist, § 25 a) Abs. 1 S. 1 AufenthG

Ein Jugendlicher / Heranwachsender kann sich nur dann auf § 25 a) Abs. 1 AufenthG berufen, wenn er im Bundesgebiet geboren wurde oder vor Vollendung des 14. Lebensjahres eingereist ist.

Hieran wird kritisiert, dass die Festlegung auf ein Einreisealter von höchstens 14 Jahren nicht der Realität der Entwicklung junger Menschen entspreche. Es sei auf mindestens 16 Jahre heraufzusetzen (vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins, Ausschuss Ausländer- u. Asylrecht zur Bundratsinitiative Schleswig-Holsteins für eine wirksame und stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung, Schl.-Holst. Landtag, Umdruck 17/2765).

d) Alter im Zeitpunkt der Antragstellung, § 25 a) Abs. 1 Nr. 3 AufenthG

Zu Recht wird auch kritisiert, dass die Altersgrenzen – Antragstellung nach Vollendung des 15. und vor Vollendung des 21. Lebensjahres – zu eng gefasst sind.

Hier kann sich etwa die offenkundige Diskrepanz ergeben, dass ein Jugendlicher, der erst mit 9 Jahren eingereist ist, bereits nach sechsjährigem geduldeten Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 a) Abs. 1 AufenthG erhalten kann, nicht aber ein im Bundesgebiet geborener 14-Jähriger. Dies läuft ersichtlich sowohl dem Grundsatz der faktischen Integration, der für die Regelung des § 25 a) AufenthG maßgeblich ist, als auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwider (vgl. Stellungnahmen der Sachverständigen Dr. Parinas Parhisi und Reinhard Marx in der öffentlichen Anhörung vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Protokoll Nr. 17/34, S. 49, 50).

Weiter wird darauf verwiesen, dass § 25 a) AufenthG auch auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK zur Verwurzelung gut integrierter Menschen und deren Entwurzelung bezüglich des Herkunftslandes (sog. „faktische Inländer“) zurückzuführen ist, die eine solche starre Altersgrenze nicht kennt (Göbel-Zimmermann in der öffentlichen Anhörung vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages, Protokoll Nr. 17/34, S. 49).

Auch die – nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/5093, S. 15) vorgenommene – Anlehnung des § 25 a) AufenthG an § 37 AufenthG – der unter weiteren Voraussetzungen ein Recht auf Wiederkehr im Falle einer achtjährigen Voraufenthaltsdauer im Bundesgebiet eröffnet – ist in Bezug auf die von dort übernommene Altersgrenze nicht sachgerecht:

Die Altersgrenze in § 37 AufenthG ist dem Umstand geschuldet, dass die bereits einmal während des Voraufenthalts in Deutschland begründete Integration und Bindung an die hiesigen Verhältnisse nicht durch Zeitablauf während des Auslandsaufenthalts verloren geht. Eine solche Befürchtung eines Integrationsverlusts kann aber bezüglich Jugendlicher/ Heranwachsender, die ihr Leben lang oder einen Großteil ihres Lebens ununterbrochen im Bundesgebiet verbracht haben, nicht bestehen (vgl. Stellungnahme des Ausschusses Ausländer- u. Asylrecht des DAV zum Entwurf eines „Zwangsverheiratungsbekämpfungsgesetzes“, S. 12).

e) Die Voraussetzung eines „erfolgreichen“ Schulbesuchs in § 25 a) Abs. 1 Nr. 2 AufenthG

Voraussetzung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 a) Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist – sofern noch kein Schulabschluss vorliegt (dazu unten, III.6) - ein sechsjähriger „erfolgreicher“ Schulbesuch.

Ein Änderungsvorschlag der Fraktion Die Grünen / Bündnis 90 zielte auf die Streichung des Wortes „erfolgreich“, da dies zum einen in der Gesetzesanwendung zu erheblichem Streit führen würde und zum anderen auch in § 37 AufenthG (Recht auf Wiederkehr) – an dessen Voraussetzungen sich § 25 a) Abs. 1 AufenthG insgesamt orientiert (s.o.) – ebenfalls nur einen (dort achtjährigen) „tatsächlichen“ Schulbesuch voraussetzt (siehe BT-Drs 17/5093, S. 12 f.).

Neben den vorgenannten Gesichtspunkten spricht für die Streichung des Wortes „erfolgreich“ m.E. auch, dass in der verwandten Bleiberechtsregelung des § 104 a) AufenthG in Absatz 1 Nr. 3 für Kinder im vorschulpflichtigen Alter nur der „tatsächliche“ Schulbesuch vorausgesetzt wurde.

Angesichts der systematischen Nähe des § 25 a) AufenthG zu § 104 a) AufenthG als Bleiberechtsregelung ist kein Grund ersichtlich, erhöhte Anforderungen zu stellen.

Dies umso mehr, als dass – sofern mit dem eigenen Erfolg oder Nichterfolg auch die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis der Geschwister und Eltern verknüpft ist – Kinder und Jugendliche mit der Voraussetzung eines „erfolgreichen“ Schulbesuchs in unzumutbarer Weise unter einen enormen psychischen Leistungsdruck geraten (Stellungnahme Ausschusses Ausländer- u. Asylrecht des DAV zum Entwurf eines „Zwangsverheiratungsbekämpfungsgesetzes“ S. 12.).

Die Anbindung an eine derartige Entwicklungsprognose ist ferner schon wegen der fehlenden Sachkompetenz der Behörden abzulehnen. In der Praxis wird dies zu willkürlichen Entscheidungen führen (Stellungnahme des Ausschusses Ausländer- u. Asylrecht, aus September 2011 zur Bundesratsinitiative des Landes Schleswig-Holstein für eine wirksame u. Stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung).

In der Tat ist es für den Gesetzesanwender schwierig zu beurteilen, unter welchen Umständen ein Schulbesuch die Bezeichnung „*erfolgreich*“ verdient:

Die Gesetzesbegründung (BT-DRs. 17/5093, S. 15) gibt hierzu nicht viel her: Dort werden als einzige Kriterien „die Regelmäßigkeit des Schulbesuchs sowie die Versetzung in die nächste Klassenstufe“ genannt, so dass es nicht nur dem Begriff des „erfolgreichen“ Schulbesuchs selbst an Bestimmtheit fehlt, sondern auch der Versuch einer ausreichenden Konkretisierung desselben durch Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien scheitern muss (ebenso: Stellungnahme der Sachverständigen Dr. Parinas Parhirschi vom 11.03.2011 zum Gesetzentwurf des „Zwangsverheiraturungsbekämpfungsgesetzes, Ausschussdrucksache 17(4)207 G).

Schon bei Anwendung des Kriteriums der Versetzung in die nächsthöhere Klassenstufe kommen zahlreiche Fragen auf:

Zu Recht wurde von Seiten des Deutschen Anwaltvereins bereits im Gesetzgebungsverfahren kritisiert, dass nicht deutlich werde, ob das Kriterium der Nichtversetzung bedeuten solle, dass bereits ein einmaliges „Sitzenbleiben“ dazu führen soll, dass kein erfolgreicher Schulabschluss vorliegt, obwohl es zahlreiche Gründe dafür geben kann, dass ein Kind eine Klasse wiederholt (a.a.O. S. 12).

Es wird in der Tat vertreten, dass ein einziges Sitzenbleiben zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis führen kann. Andererseits sei es aber mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu vereinbaren, eine im Zeitpunkt der Beurteilung der Sach- und Rechtslage länger zurückliegende Wiederholung eines Schuljahres unberücksichtigt zu lassen (Deibel, ZAR 2011, 241).

Die Nichtberücksichtigung lange zurückliegenden Sitzenbleibens ist auf jeden Fall geboten:

Bei ausländischen Kindern ist zu beachten, dass diese sich auf Grund fehlender Sprachkenntnisse und da auch die Eltern ihnen häufig nicht bei ihren Hausaufgaben helfen können – insbesondere in den ersten Jahren nach der Einschulung – häufig schwerer tun, als Kinder ohne Migrationshintergrund. Wenn daher eine Nichtversetzung in den ersten Jahren nach der Einschulung erfolgt, sollte diese auf Grund genannter Umstände stets unberücksichtigt bleiben.

Die Integrationsprognose sollte aber selbst dann nicht per se auf ein einziges Sitzenbleiben reduziert werden, wenn die Nichtversetzung in die nächsthöhere Jahrgangsstufe erst kurze Zeit zurückliegt:

Es ist bekannt, dass die Nichtversetzung in die nächsthöhere Jahrgangsstufe allgemein ein verbreitetes Phänomen ist. So hat etwa die PISA 2003-Untersuchung für Deutschland insgesamt und auch für die einzelnen Bundesländer gezeigt, dass deutschlandweit 23,1 Prozent aller Fünfzehnjährigen im Verlauf ihrer bisherigen Schullaufbahn mindestens einmal eine Klasse wiederholt haben. Es liegt auf der Hand, dass bei weitem nicht bei allen dieser Sitzengebliebenen von einem nicht erfolgreichen Schulbesuch gesprochen werden kann.

In diesem Zusammenhang erlaube ich mir, die Kollegin Susanne Schröder aus der Anhörung vor dem Deutschen Bundestag zu zitieren (Protokoll Nr. 17/34 der öffentlichen Anhörung vor dem Innenausschuss des Deutschen Bundestages, S. 60):

„Ich kann mir vorstellen dass es hier im Kreise Menschen gibt, die nicht ihre Schullaufbahn so durchlaufen haben, dass sie niemals eine Klasse wiederholt haben. Und ich finde das schon eine ganz erhebliche Keule, zu sagen, in dem

Moment, wenn das Kind mal sitzen bleibt, ist da dann kein erfolgreicher Schulbesuch mehr gegeben.“

Stets sind auch die konkreten Ursachen und Umstände der Nichtversetzung in den Blick zu nehmen:

Diese können bspw. in Umständen zu sehen ist, die außerhalb der Leistungsfähigkeit des Schülers liegen, etwa wenn die Nichtversetzung im Zusammenhang mit einer längeren Erkrankung des Schülers / der Schülerin, einer schweren Erkrankung oder des Todes eines nahen Angehörigen in Verbindung gebracht werden kann.

Führt eine – erst kürzlich erfolgte – Nichtversetzung auf dem Gymnasium oder der Realschule dazu, dass der Schüler / die Schülerin sich für eine niedrigere Schulbildung entscheidet, muss in den Blick genommen werden, dass ihm / ihr noch immer ein guter Schulabschluss auf der nunmehr gewählten Schulform gelingen kann.

Hier sollte man sich an der Formulierung in den Niedersächsischen Verwaltungsvorschriften zu § 25 a) AufenthG (s.o.) orientieren, in dessen Ziff. 2.4 definiert wird:

„Ein erfolgreicher Schulbesuch liegt vor, wenn zu erwarten ist, dass die Schülerin oder der Schüler die Schule mindestens mit einem Hauptschulabschluss beenden wird.“

Unklar ist bezüglich des in der Gesetzesbegründung genannten Kriteriums der Regelmäßigkeit des Schulbesuchs etwa, ob etwa auch entschuldigtes häufiges Fehlen und – ab welchem Maß – unentschuldigtes Fehlen im Unterricht der Annahme eines „erfolgreichen“ Schulbesuchs entgegensteht.

In der Rechtsprechung zu § 104 a) AufenthG – in dessen Absatz 1 Nr. 3 für Kinder im schulpflichtigen Alter nur der „*tatsächliche*“ Schulbesuch vorausgesetzt wird – wurde z.Tl. der Nachweis eines nur aktuellen Schulbesuchs zum Zeitpunkt der Antragstellung als nicht ausreichend erachtet. Vielmehr sei nur die nachhaltige Erfüllung der Schulpflicht Voraussetzung für eine Erfolg versprechende sprachliche und soziale Integration in die hiesigen Lebensverhältnisse. Ein tatsächlicher Schulbesuch in diesem Sinne könne nur angenommen werden, wenn das schulpflichtige Kind während eines Schuljahres allenfalls an einzelnen, wenigen Tagen unentschuldig ferngeblieben sei. Das Niedersächsische OVG hat hier – entgegen der Erlasspraxis, wonach erst ein Drittel unentschuldigter Fehltag gegen eine gelungene Integration spricht (vgl. Marx, a.a.O., S. 700) - bei durchschnittlich 12 Tagen unentschuldigtem Fehlen pro Jahr über einen Zeitraum von 6 Jahren einen „*tatsächlichen*“ Schulbesuch verneint (OVG Niedersachsen, Beschluss vom 20.01.2009, 10 ME 442/08, InfAuslR 2009, 183, 184).

Ebenso wie im Falle der Nichtversetzung sollten dem entgegen – sofern das Kriterium unentschuldigtem Fernbleibens vom Unterricht überhaupt herangezogen wird – länger zurückliegende Fehlzeiten gänzlich unberücksichtigt bleiben (Hügel/ Classen, Leitfaden, a.a.O. S. 4).

Da in § 25 a) Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aber eben gerade kein „*tatsächlicher*“, sondern ein „*erfolgreicher*“ Schulbesuch verlangt wird, liegt es näher, unentschuldigtes Fehlen hier erst dann zum Maßstab zu nehmen, wenn mit diesem zugleich die Versetzung gefährdet bzw. die Prognose eines erfolgreichen Schulbesuchs nicht mehr gestellt werden kann: Nach obiger Definition liegt ein erfolgreicher Schulbesuch vor, wenn zu erwarten ist, dass dieser zumindest mit einem Hauptschulabschluss beendet werden wird. Eine solche Prognose ist aber allein an den schulischen Leistungen, nicht an der Anwesenheit im Unterricht orientiert.

f) Anerkannter Schul- oder Berufsabschluss, § 25 a) Abs. 1 Nr. 2 AufenthG

Selbst zu der – an sich eindeutigen – Voraussetzung eines anerkannten Schulabschlusses finden sich fragwürdige Kommentierungen.

So heißt es etwa bei Marx (a.a.O. S. 700): „*Das Vorliegen eines Hauptschulabschlusses kann ausreichend sein*“.

Warum ein Hauptschulabschluss indessen nur ausreichen *können* soll, erschließt sich angesichts des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift nicht:

Es wird lediglich ein Schulabschluss an einer staatlich anerkannten Schule – gleich welcher Art – gefordert und nicht etwa ein mittlerer Bildungsabschluss oder gar ein Abitur (so auch: Hügel/ Classen, a.a.O. S. 4).

Bei Prüfung der Voraussetzung muss schließlich auch den persönlichen Fähigkeiten des Antragstellers Rechnung getragen werden, im Falle Behinderter Antragsteller ist Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zu beachten, der eine Benachteiligung auf Grund einer Behinderung verbietet.

Daher genügt auch der Abschluss an einer Förderschule z.Bsp. für Lernbehinderte, für Schüler mit emotionalen und sozialen Entwicklungsschwierigkeiten oder mit körperlichen oder geistigen Behinderungen den Anforderungen des § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG (Hügel/ Classen a.a.O., S. 4).

So heißt es richtig auch in den Niedersächsischen Verwaltungsvorschriften zur Anwendung des § 25 a) AufenthG in Ziff. 2.3:

„ Auch der Abschluss einer Förderschule ist ein anerkannter Schulabschluss, da es sich hierbei um eine allgemeinbildende Schule gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. h des Niedersächsischen Schulgesetzes (NSchG) handelt. Zu den Förderschulen gehören auch Förderschulen mit dem Schwerpunkt Sehen, Hören und Sprache. “

g) Positive Integrationsprognose, § 25 a) Abs. 1 S. 1 AufenthG

§ 25 a) Abs. 1 S. 1 AufenthG macht zur weiteren Voraussetzung, dass gewährleistet erscheint, dass sich der Jugendliche / Heranwachsende aufgrund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann.

Zur positiven Integrationsprognose zählen in erster Linie Sprachkenntnisse, die Dauer des Aufenthalts, die schulische bzw. berufliche Ausbildung sowie Erwerbsbemühungen.

Konnte eine Ausbildung oder eine berufliche Tätigkeit aus Rechtsgründen oder auf Grund des Duldungsstatus (Duldung mit der Nebenbestimmung: „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“, vgl. hierzu auch §§ 10, 11 BeschVerf) nicht aufgenommen werden, darf dies dem Antragsteller nicht negativ entgegengehalten werden. Gleiches gilt, wenn der Antragsteller in der Vergangenheit unter Drohung der Abschiebung keine berufsvorbereitenden Maßnahmen begonnen hat, durch Vorlage einer Beschäftigungszusage aber eine positive Zukunftsprognose künftiger Erwerbstätigkeit gestellt werden kann (OVG Bremen, Beschluss vom 06.08.2007 zu § 104 a) AufenthG, OVG 1 B 315/07, InfAuslR 207, 447, 448; Marx, a.a.O., S. 700).

Weiter zählen zur positiven Integrationsprognose sämtliche sportlichen, ehrenamtlichen und sozialen Aktivitäten (aktive Mitgliedschaft in einem Sportverein, einer Jugendgruppe oder einem Verein; Tätigkeit als Klassensprecher etc.) (vgl. Hügel/ Classen a.a.O. S. 5).

Negativ zählen i.R.d. Integrationsprognose insbesondere Straftaten.

Dabei kann sich aber keineswegs – wie z.T. vertreten wird – jede Bagatelldelikt in der Regel zu Lasten des Antragstellers auswirken und nur in atypischen Fällen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden (so aber: Deibel, a.a.O., S. 242).

Zu beachten ist vielmehr, dass für Jugendliche und Heranwachsende i.R.d. § 25 a) Abs. 1 AufenthG nicht – wie für dessen Familienangehörige in § 25 a) Abs. 3 AufenthG – ein Ausschlussgrund auf Grund strafrechtlicher Verurteilungen normiert wurde.

Aus diesem Grund können – selbst über der Obergrenze von 50 bzw. 90 Tagessätzen des Ausschlussgrundes in § 25 Abs. 3 AufenthG liegende – Straftaten dem Antragsteller i.R.d. § 25 a) Abs. 1 AufenthG nur im Rahmen der Integrationsprognose entgegengehalten werden und nur dann zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis führen, wenn sich aus den festgestellten Straftaten persönliche Defizite ergeben, die eine positive Prognose ausschließen (vgl. OVG Bremen, InfAuslR 2007, 447, 448; Marx, a.a.O., S. 700).

Auch eine fehlende Wiederholungsgefahr muss zu einer positiven Prognose führen: So kann eine auf eine Drogenabhängigkeit zurückzuführende Straftat dann nicht negativ gewichtet werden, wenn der Betroffene zwischenzeitlich seine Abhängigkeit überwunden hat (VGH BW, InfAuslR 2008, 29, 30; Hügel/ Classen a.a.O., S. 5).

h) Lebensunterhaltssicherung, § 25 a) Abs. 1 S. 2 AufenthG / allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Nach § 25 a) Abs. 1 S. 2 AufenthG schließt die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen zur Sicherstellung des Lebensunterhalts die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht aus, solange sich der Jugendliche oder Heranwachsende in einer schulischen oder beruflichen Ausbildung oder in einem Hochschulstudium befindet.

Die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, welche für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in der Regel die Sicherung des Lebensunterhalts voraussetzt, findet also – für die Dauer der Ausbildung bzw. des Studiums – keine Anwendung (Deibel, a.a.O. S. 242).

Bezüglich der übrigen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen – die grundsätzlich erfüllt sein müssen – wird auf die Möglichkeit des Absehens aus Ermessenserwägungen nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG verwiesen (siehe hierzu auch oben, D.I.1.e).

i) Ausschlussgrund der aktiven Vereitelung der Abschiebung, § 25 a) Abs. 1 S. 3 AufenthG

Nach § 25 a) Abs. 1 S. 3 AufenthG ist die Aufenthaltserlaubnis zu versagen, wenn die Abschiebung aufgrund eigener falscher Angaben des Jugendlichen / Heranwachsenden oder aufgrund seiner Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit ausgesetzt ist.

An dem Ausschlussgrund wird zu Recht kritisiert, dass auch eigene falsche Angaben eines Jugendlichen oder Heranwachsenden regelmäßig nicht auf einem freien Willensentschluss, sondern durch Dritte bestimmt wurde (Stellungnahme des Ausschusses Ausländer- u.

Asylrecht zur Bundesratsinitiative Schleswig-Holsteins für eine wirksame und stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung, Schl.-Holst. Landtag, Umdruck 17/2765).

Für die aktuelle Fassung gilt:

Für Jugendliche oder Heranwachsende wird nur eigenes Handeln – und nicht das Verhalten der Familienmitglieder – als höchstpersönlicher Ausschlussgrund gewertet (Marx, a.a.O., S. 701).

Nach Hügel/ Classen genügt es – anders als bezüglich der Eltern gem. § 25 a) Abs. 2 Nr. 1 genügt es nicht, wenn der Jugendliche oder Heranwachsende mangels Erfüllung zumutbarer Anforderungen die Beseitigung von Ausreisehindernissen – bspw. durch fehlende Mitwirkung bei der Passbeschaffung – verhindert oder verzögert hat. Ein Verhindern der Abschiebung durch ein rein passives Verhalten des Jugendlichen oder Heranwachsenden kann damit nicht zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis führen (a.a.O. S. 5).

Aktive Handlungen zur Verhinderung der Abschiebung können dem Jugendlichen oder Heranwachsenden frühestens ab der gesetzlichen Handlungsfähigkeit, die im Aufenthaltsrecht bereits mit Vollendung des 16. Lebensjahres erreicht ist (§ 80 Abs. 1 AufenthG), spätestens mit Erreichen der Volljährigkeit (so Hügel/ Classen, a.a.O. S. 5) entgegengehalten werden.

Die Handlung des Jugendlichen muss ursächlich – d.h. einziger Grund – für die Aussetzung der Abschiebung sein:

Hieran fehlt es, wenn unabhängig von dem Verhalten des Jugendlichen / Heranwachsenden bspw. krankheitsbedingte Gründe oder die mangelnde Kooperation der zuständigen Auslandsvertretung der Abschiebung entgegenstehen (Marx, a.a.O., S. 701).

2. §§ 25 a) Abs. 2 und § 60 a) Abs. 2 b) AufenthG: Aufenthaltserlaubnis / Duldung für Familienangehörige des Stambberechtigten

a) Abhängigkeit von dem Alter der Stambberechtigten , § 25 a) Abs. 2 AufenthG

Eltern bzw. allein sorgeberechtigte Elternteile und minderjährige Geschwister von nach § 25 a) Abs. 1 AufenthG Aufenthaltsberechtigten können eine Aufenthaltserlaubnis nach Abs. 2 der Norm nur erhalten, wenn die Stambberechtigten nach § 25 a) Abs. 1 AufenthG minderjährig sind.

Eltern und Geschwister von volljährigen Heranwachsenden werden von vornherein nicht begünstigt. Es kann hier also zur Trennung der Familie kommen (Flüchtlingsrat Niedersachsen, Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 a) AufenthG, S. 1).

Für die Geschwister von nach § 25 a) Abs. 1 AufenthG Begünstigten besteht sogar eine doppelte Abhängigkeit: Um selbst in den Genuss einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 a) Abs. 2 S. 2 AufenthG zu kommen, müssen zunächst zusätzlich die Eltern eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 a) Abs. 2 S. 1 AufenthG bekommen (Hügel/ Classen, a.a.O. S. 7).

b) Der Ausschlussgrund des § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG

Nach § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die Eltern ausgeschlossen, wenn die Abschiebung auf Grund falscher Angaben oder aufgrund von Täuschungen über die Identität oder Staatsangehörigkeit oder mangels Erfüllung zumutbarer Anforderungen an die Beseitigung von Ausreisehindernissen verhindert oder verzögert wird.

Darauf, dass ein rein passives Verhalten Jugendlichen und Heranwachsenden i.R.d. Abs. 1 nicht anzulasten ist, wurde oben (2.i) bereits hingewiesen.

c) Lebensunterhaltssicherung, § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG

Die jetzige Fassung des § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG verlangt, dass für die Ableitung eines Aufenthaltsrechts der Familienmitglieder deren Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit gesichert ist.

Nicht berücksichtigt wird bei der Berechnung der Bedarf des stammberechtigten Jugendlichen oder Heranwachsenden, der infolge seiner schulischen oder beruflichen Ausbildung oder seines Studiums den Lebensunterhalt nach § 25 a) Abs. 1 S. 2 AufenthG nicht zu sichern braucht (Deibel, a.a.O., S. 246).

Der Antrag der Fraktionen Bündnis 90 / Die Grünen und der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion sahen demgegenüber gleichermaßen folgende Formulierung vor:

„... der Ausländer sich ernsthaft bemüht hat, seinen Lebensunterhalt überwiegend zu sichern.“

Zu Recht haben Sachverständige bereits im Rahmen der Anhörung zu dem Gesetzentwurf darauf hingewiesen, dass letztgenannter Ansatz zu begrüßen ist, da gerade Familien mit mehreren Kindern Schwierigkeiten haben, ausreichend Mittel zur Sicherung des Lebensunterhalts zu erwirtschaften. Hingewiesen wurde in diesem Zusammenhang auch auf die Regelung in § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StAG, der eine Einbürgerung dann nicht an der fehlenden Lebensunterhaltssicherung scheitern lässt, wenn die Inanspruchnahme öffentlicher Leistungen von dem Einbürgerungsbewerber nicht zu vertreten ist (Dienelt, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung vom 25.10.2010, Ausschussdrucksache 17(4)100E, S. 6).

Es ist in der Tat schwer nachvollziehbar, warum in § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG der Vorschlag der Fraktion Die Grünen / Bündnis 90 und der SPD-Fraktion Eingang gefunden hat:

Es ist offensichtlich, dass in Anbetracht der Arbeitsmarktlage, des Lohnniveaus des betroffenen Personenkreises und eines oftmals bestehenden Arbeitsverbots die vollständige Lebensunterhaltssicherung eine zu hohe Hürde für einen Großteil gut integrierter Familien darstellt (Hügel/ Classen, a.a.O., S. 6).

Nahe gelegen hätte es, zumindest die – gestuften – Regelungen zur Lebensunterhaltssicherung aus § 104 a) AufenthG auch in § 25 a) Abs. 2 Nr. 2 AufenthG aufzunehmen:

Nach § 104 a) Abs. 1 S. 2 AufenthG war bei dem Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG zu erteilen. War der Lebensunterhalt nicht gesichert, wurde nach S. 3 der Regelung zunächst eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a) Abs. 1 S. 1 und Abs. 5 S. 1 AufenthG mit Gültigkeit bis zum 31.12.2009 erteilt.

Nach § 104 a) Abs. 5 S. 2 AufenthG sollte die Aufenthaltserlaubnis sodann um weitere zwei Jahre verlängert werden, wenn der Lebensunterhalt 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 gesichert hatte.

Unklar bleibt, ob i.R.d. § 25 a) Abs. 2 AufenthG im Falle einer – u.U. nur geringfügigen – Unterschreitung einer vollständigen Lebensunterhaltssicherung zumindest eine Duldung nach

§ 60 a) Abs. 2 b) AufenthG zu erteilen ist (Flüchtlingsrat Niedersachsen, Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25a) AufenthG, S. 6).

Vorgeschlagen wird auch, für den Fall nicht selbst zu vertretender Erwerbshindernisse wie bspw. Alter, Krankheit, Erwerbsminderung eine Ausnahme anzuerkennen (Hügel/ Classen, a.a.O. S. 6).

d) Der Ausschlussgrund des § 25 a) Abs. 3 AufenthG

Nach § 25 a) Abs. 3 AufenthG ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an Familienangehörige nach Abs. 2 ausgeschlossen, wenn der Ausländer wegen einer im Bundesgebiet begangenen Straftat verurteilt wurde, wobei Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach diesem Gesetz oder dem Asylverfahrensgesetz nur von Ausländern begangen werden können, außer Betracht bleiben.

Wie oben bereits dargelegt, sprechen sowohl der im Singular gehaltene Wortlaut des § 25 a) Abs. 3 AufenthG („*der Ausländer*“) als auch das Fehlen einer ausdrücklichen, § 104 a) Abs. 3 S. 1 AufenthG vergleichbaren Zurechnungsregel für die in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen gegen eine wechselseitige Zurechnung innerhalb der Familie.

Dennoch wird argumentiert (Deibel, a.a.O. S. 246), dass eine solche wechselseitige Zurechnung stattfinden müsse:

Der Regelungszusammenhang zwischen § 25 a) AufenthG und § 60 a) Abs. 2 b) AufenthG spreche für eine Zurechnung, da für einen straffälligen Elternteil – bzw. im Falle einer solchen Zurechnung auch für jenen, dem die Straftaten des jeweils anderen zugerechnet – eine Duldung erteilt werde und es so nicht zu einer Trennung der Familie komme.

Weiter spreche der Sinn und Zweck des § 25 a) AufenthG für eine solche Zurechnung, da der Gesetzgeber nur jenen Familienangehörigen eines nach § 25 a) Abs. 1 AufenthG begünstigten Jugendlichen oder Heranwachsenden eine aufenthaltsrechtliche Stellung zubilligen wollte, „*wenn sie sich in die hiesigen Lebensverhältnisse einfügen können*“.

Dem kann ausweislich des eindeutigen Wortlauts sowie des Verzichts des Gesetzgebers auf eine § 104 a) Abs. 3 S. 1 AufenthG vergleichbaren Zurechnungsregel nicht gefolgt werden.

E. Familiennachzug

I. Spracherfordernis beim Ehegattennachzug, § 30 Abs. 1 Nr. 2 und § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG

Gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG muss ein Ehegatte, der zu einem in Deutschland lebenden ausländischen Ehegatten nachziehen will, sich – bereits vor der Einreise – „*zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen können*“ (= Niveau A 1 des Gemeinsamen europäischen Referenzrahmens, vgl. § 2 Abs. 8 AufenthG). Für den Nachzug zu deutschen Ehegatten gilt diese Bestimmung entsprechend, § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG.

Einleitend soll hier mit Zahlen aus einer Statistik der Bundesregierung (zitiert aus der taz vom 11.07.2013: „*EU-Kommission gegen Deutschtest*“) dargelegt werden, wie hoch die Hürde dieses Sprachnachweises in der Praxis ist:

2012 fielen 34 Prozent der nachzugswilligen Eheleute beim Deutschtest durch. In Ländern wie Bangladesch und Kosovo liegt die Misserfolgsquote sogar bei 54 und 53 Prozent. Insgesamt nahmen 2012 rund 28.000 Ehegatten an solchen Sprachtests teil, wobei fast 10.000 Personen der Nachzug zum Partner wegen mangelnder Deutschkenntnisse verwehrt wurde.

Bei der Frage des Verlangens von Spracherfordernissen zum Ehegattennachzug ist zu unterscheiden zwischen einem Nachzug zu ausländischen und deutschen Ehepartnern:

1. Nachzug zu ausländischen Ehepartnern

Bei ausländischen Staatsangehörigen ist weiter danach zu fragen, ob sie unter den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/86/EG fallen oder die Stillhalteklauseln des Art. 13 ARB 1/80 oder des Art. 41 ZP Anwendung finden.

a) Vereinbarkeit mit Art. 7 Abs. 2 Richtlinie 2003/86/EG

Bezüglich des Spracherfordernisses beim Nachzug zu ausländischen Ehepartnern nach § 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG hat das BVerwG in seinem Urteil vom 30.03.2010 (1 C 8.09) keine – verfassungsrechtlichen bzw. europarechtlichen – Probleme erkennen können.

Einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG (= Familiennachzugsrichtlinie) hatte das BVerwG in vorgenannter Entscheidung verneint.

In der deutschen Fassung lautet Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG:

*„Die Mitgliedstaaten können gemäß dem nationalen Recht von Drittstaatsangehörigen verlangen, dass sie **Integrationsmaßnahmen** nachkommen müssen.“*

Das BVerwG vertrat den Standpunkt, dass der Begriff „*Integrationsmaßnahmen*“ auch den Nachweis einfacher Sprachkenntnisse vor der Einreise umfasse.

Die Kommission der EU habe in ihrem Bericht an das Europäische Parlament vom 08.10.2008 und an den Rat über die Anwendung der Familiennachzugsrichtlinie (Kom 2008/610) das Verlangen von Sprachkenntnissen vor der Einreise für zulässig erachtet. Mit der weiteren Begründung, dass auch andere Mitgliedstaaten von der Ermächtigung in Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG in einer Weise Gebrauch gemacht haben, dass ergebnisorientiert das Vorhandensein von Sprachkenntnissen vor der Einreise und nicht nur die Teilnahme an einem Sprachkurs verlangt wird, ging das BVerwG von einem „*acte claire*“ aus, so dass es keiner Vorlage an den EuGH bedürfe.

Der Bundesverwaltungsrichter Dörig erklärte im Anschluss an die Entscheidung i.R.d. Hohenheimer Tagen 2011, die Ansicht der Kommission zur Zulässigkeit des Verlangens von Sprachkenntnissen vor der Einreise sei das „i-Tüpfelchen“ bei der Entscheidung gewesen, den EuGH zu dieser Frage nicht anzurufen (vgl. BT-Drs. 17/57232, S. 2).

Der Auffassung des BVerwG wurde und wird entgegengehalten, dass sich im Verlauf der Verhandlungen um die Familiennachzugsrichtlinie Österreich, Deutschland und die Niederlande nicht mit dem Vorschlag durchsetzen konnten, den (weicheren) Begriff „*Integrationsmaßnahmen*“ mit „*Integrationsbedingungen*“ zu ersetzen.

Der Begriff „*Integrationsmaßnahmen*“ sei aber zum einen nicht ergebnisorientiert, sondern erlaube nur das Verlangen der Teilnahme an Sprach- und Integrationskursen, so dass der Erwerb von Sprachkenntnissen nicht gefordert werden könne.

Zum anderen seien „*Integrationsmaßnahmen*“ in diesem Sinne nur nach der Einreise richtlinienkonform (vgl. Groenendijk, ZAR 2006; Groß, BT-Drs. 17(4)266 C vom 30.05.2011, S. 5). Marx, ZAR 2011, 15 ff.).

Mit Beschluss vom 28.10.2011 (1 C 9.10, InfAuslR 2012, 59) hat das BVerwG dem EuGH nun doch die Frage der Vereinbarkeit des § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG mit Art. 7 Abs. 2 Familiennachzugsrichtlinie zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Begründet wird dies mit einer angeblich „*inzwischen veränderten Auffassung der Kommission*“ unter Verweis auf deren Stellungnahme vom 04.05.2011 im Verfahren C-155/11 (Imran).

Zu Recht wird dem entgegengehalten, dass die Kommission in ihrem Bericht vom 08.10.2008 (s.o.) keine eigene Auffassung zur Zulässigkeit des Verlangens von Sprachnachweisen vor der Einreise geäußert hatte: Dort (S. 8f.) hatte die Kommission vielmehr – allgemein gehalten – wiedergegeben, welche unterschiedlichen Anforderungen von den einzelnen Mitgliedstaaten i.R.d. Art. 7 Abs. 2 Familiennachzugsrichtlinie an Ehegatten gestellt werden und hinzugefügt, unter welchen Voraussetzungen Integrationsmaßnahmen im Rahmen der Richtlinie zulässig sind.

Zudem hatte das BVerwG in der Entscheidung vom 30.03.2010 nicht beachtet, dass aus dem Bericht der Kommission vom 08.10.2008 hervorging, dass bspw. in Frankreich bei fehlenden Sprachkenntnissen die Möglichkeit besteht, zunächst ein Visum zu erteilen und erst *nach* der Einreise einen „Aufnahme- und Integrationsvertrag“ zu unterzeichnen, die Teilnahme an Kursen zur Staatsbürgerkunde und ggf. an – nicht ergebnisorientierten – Sprachkursen verpflichtet (vgl. BT-DRs. 17/5732, S. 2 und BT-Drs. 17/8318, S. 1; Anmerkung Gutmann zum Vorlagebeschluss des BVerwG vom 28.10.2011, InfAuslR 2012, 59).

In der Stellungnahme der Kommission in der Rechtssache „Imran“ (s.o.) hat die Kommission sich nun eindeutig gegen die Zulässigkeit des Verlangens von Sprachkenntnissen vor der Einreise – jedenfalls i.S.e. Einreisebedingung – positioniert:

Aus dem EuGH-Urteil in der Sache „Chakroun“ (C-578/08 vom 04.03.2010), in welchem der EuGH zu Art. 7 Abs. 1 Buchst. c) RL 2003/86/EG (Lebensunterhalt) ausgeführt hat, dass die Genehmigung der Familienzusammenführung die Grundregel darstellt und die Mitgliedstaaten ihren Handlungsspielraum nicht in einer Weise ausüben dürften, welcher die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen würde, folgert die Kommission, dass Art. 7 Abs. 2 RL 2003/86/EG – „*erst recht*“ – restriktiv auszulegen sei.

Die Kommission betont, dass es in Art. 7 Abs. 2 – anders als in Abs. 1 der Richtlinie, der materielle Umstände berühre, denen der Zusammenführende entsprechen muss – nicht um Bedingungen geht, für die ein Nachweis erbracht werden müsse, sondern um „*Integrationsmaßnahmen*“.

Letztere dienen – wie der 4. Erwägungsgrund zeige – eher der „*Konkretisierung der Schaffung einer soziokulturellen Identität, welche die Integration im Mitgliedstaat erleichtert*“, so dass es sich „*um eine positive Maßnahme und nicht um ein Ausschlusskriterium oder eine Einreisebedingung*“ handele.

Würde i.R.d. Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie eine Prüfung als notwendig erachteter Grundfertigkeiten angesetzt, würde es dem so verstandenen Ziel nicht gerecht, wenn „*der Schwierigkeitsgrad des Tests, die Kosten daran teilzunehmen, der Zugang zu Lernmitteln, die für die Vorbereitung solcher Tests notwendig sind, eher Hinderungsgründe sind, welche das Erreichen dieser Zielsetzung erschweren*“.

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit müssten ferner „*persönliche Umstände des jeweiligen Ausländers (zum Beispiel medizinischer Art oder infolge der besonderen Situation im Land der Herkunft)*“ Berücksichtigung finden.

Es sei zwischen „*Integrationskriterien*“ i.S.d. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie, die *ausschließlich* beim Nachzug über 12-jähriger Minderjähriger, die unabhängig vom Rest der Familie ankommen, „*verlangt*“ werden dürften, und „*Integrationsmaßnahmen*“ zu unterscheiden. Sei über Art. 4 Abs. 1 die Möglichkeit gegeben, den Nachzug im Falle von Integrationsproblemen „*einzuschränken*“, wie auch der 12. Erwägungsgrund der Richtlinie zeige, gelte dies nicht für den Ehegattennachzug.

Dies ergebe sich ferner klar aus dem Urteil des EuGH „Europäisches Parlament ./ Rat der EU“ (C-540/03 vom 27.06.2006), in welchem der EuGH in Rn. 75 in diesem Zusammenhang durch die Ungleichbehandlung keine Diskriminierung von Kindern über 12 Jahre gegenüber Ehegatten gesehen habe und ausgeführt hat:

„Denn eine Heirat hat gerade die Bildung einer dauerhaften Lebensgemeinschaft zwischen den Ehegatten zum Ziel, während ein über 12 Jahre altes Kind nicht unbedingt lange mit seinen Eltern zusammenleben wird. Somit war es gerechtfertigt, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber diese unterschiedlichen Situationen berücksichtigt hat, und er hat sich nicht widersprochen, indem er sie unterschiedlich geregelt hat.“

Ausdrücklich stellt die Kommission klar, das Verlangen von Integrationsmaßnahmen dürfe

„nicht zu einer Ablehnung der Familienzusammenführung führen. Die einzige Situation, in der Integrationsprobleme zu einer Ablehnung führen können, wird in Art. 4 (1) letzter Unterabsatz der Richtlinie beschrieben“.

Es wird für das Vorabentscheidungsverfahren von der Kommission folgende Antwort vorgeschlagen:

„ Artikel 7 (2) der Richtlinie muss so ausgelegt werden, dass dieser ein Verbot darstellt, dass ein Mitgliedstaat einem Familienmitglied wie beschrieben in Art. 4 (1) (a) der Richtlinie, eines sich rechtmäßig in diesem Mitgliedstaat aufhaltenden Drittstaatsangehörigen ausschließlich aus dem Grund die Einreise und den Aufenthalt verweigert, dass dieser Familienangehörige die nach den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats vorgeschriebene Eingliederungsprüfung im Ausland nicht bestanden hat.“

Wie sich aus einer Antwort der Bundesregierung vom 02.07.2013 auf eine Anfrage der Linken ergibt, hat die EU-Kommission am 31.05.2013 ein Vertragsverletzungsverfahren bezüglich des vor dem Ehegattennachzug verlangten Sprachnachweises eingeleitet (BT-Drs. 17/12780).

Hierzu erklärte sich der innenpolitische Sprecher der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, Hans-Peter Uhl, in einer Pressemitteilung vom 002.08.2013 wie folgt (siehe: <https://www.uhl-csu.de/bundestag/pressemitteilungen?template=detail>):

„Die Entscheidung der EU-Kommission, nun gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren wegen des im deutschen Zuwanderungsrecht verankerten Erfordernisses von Sprachkenntnissen beim Ehegattennachzug einzuleiten, zeigt die Realitätsferne der Brüsseler Behörde.

Ohne Spracherwerb gibt es keine Integration. Wer sich dieser Grunderkenntnis verschließt, verhindert ein gedeihliches gesellschaftliches Miteinander. Die Haltung der EU-Kommission verkennt nicht nur die Gestaltungsmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers bei der Umsetzung von EU-Richtlinien, sondern vor allem die Notwendigkeit von Integrationsmaßnahmen.

[...]

Gelungene Integration ist ein Grundpfeiler sozialen Friedens und einer funktionierenden Gesellschaft. Das sollte auch die Europäische Kommission wissen und von weiteren Schritten in einem Vertragsverletzungsverfahren absehen. Sollte der EuGH dies im Falle einer Klage der EU-Kommission letztinstanzlich anders sehen, wird nicht nationales, sondern europäisches Recht zu ändern sein.“

Mit anderen Worten: Ginge es nach dem Willen der – damaligen – Bundesregierung, würde man sich im Falle einer von Seiten des EuGH festgestellten Vertragsverletzung gegen die Anpassung des nationalen Rechts streuben – und es müsste dann eben die RL 2003/86/EG an die deutschen Rechtsvorstellungen angepasst werden.

b) Vereinbarkeit mit Art. 41 ZP bzw. Art. 13 ARB 1/80

Auch bezüglich einer Vereinbarkeit des § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG mit Art. 41 ZP (= Zusatzprotokoll zum ARB 1/80) und Art. 13 ARB 1/80 sah das BVerwG in seiner Entscheidung vom 30.03.2010 (1 C 8.09) keine Probleme, u.a. da das ARB 1/80 nicht die Befugnis der Mitgliedstaaten berühre, Vorschriften „über die Einreise“ türkischer Staatsangehöriger in deren Hoheitsgebiet zu erlassen (Rn. 20).

Das VG Berlin hat – laut Pressemitteilung ausdrücklich veranlasst durch den Vorlagebeschluss des BVerwG vom 28.10.2011 und die Stellungnahme der Kommission vom 04.05.2011 (s.o.) - dem EuGH neben der Frage der Vereinbarkeit mit Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie –auch diese Fragen mit Beschluss vom 25.10.2012 (VG 29 K 138.12 V) zur Entscheidung vorgelegt.

Ebenso hat der niederländische Raad van State dem EuGH in einem Vorlageverfahren die – wie sogleich aufzuzeigen wird, etwas konkretere – Frage vorgelegt, ob (u.a.) Art. 13 ARB 1/80 auf materiell- und/oder verfahrensrechtliche Voraussetzungen für die „*erstmalige Einreise*“ anzuwenden ist und welche Bedeutung ggf. dem Erfordernis des „*ordnungsgemäßen Aufenthalts*“ in Art. 13 ARB 1/80 zuzuerkennen ist (Vorabentscheidungsersuchen vom 14.05.2012, C-225/12).

Art. 13 ARB 1/80 verbietet seinem Wortlaut nach lediglich die Einführung neuer Beschränkungen „*der Bedingungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt*“ für Arbeitnehmer und deren Familienangehörige, „*deren Aufenthalt und Beschäftigung in einem Hoheitsgebiet ordnungsgemäß sind*“.

Daraus wird – und wurde jedenfalls bislang auch von Seiten des EuGH (bspw. Urteil vom 21.10.2003, C-317/01 u. C-369/01, InfAuslR 2004, 32) geschlossen, dass Art. 13 ARB 1/80 nur Personen erfasst, denen der Zuzug zu dem jeweiligen Mitgliedstaat bereits gestattet wurde und diese sich bereits rechtmäßig in dessen Hoheitsgebiet befinden (vgl. Dienelt/ Röseler in: Renner, Ausländerrecht, § 4 Rn. 194).

Der Anwendungsbereich des Art. 41 ZP – der keine Einschränkung auf einen bereits „*ordnungsgemäßen Aufenthalt*“ hat - wird hingegen seit jeher weiter verstanden und umfasst auch die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger (vgl. EuGH, Urteil vom 20.09.2007, C-16/05, „*Tum und Darin*“).

Aus einigen jüngeren EuGH-Entscheidungen wird indessen die Erstreckung auch des Art. 13 ARB 1/80 auf die erstmalige Einreise herausgelesen.

So hat der EuGH in der Rechtssache „*Kommission ./. Niederlande*“ (Urteil vom 29.04.2010, C-92/07) Art. 13 ARB 1/80 auch hinsichtlich der erstmaligen Aufnahme türkischer Staatsangehöriger bezüglich der für die Erserteilung eines Aufenthaltstitels zu entrichtenden Gebühr angewandt.

Darin wird z.Tl. die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 13 ARB 1/80 auf die Einreise in das Bundesgebiet gesehen (vgl. Dienelt/ Röseler a.a.O., die kritisieren, dass dies dem Zweck des ARB 1/80 zuwiderlaufe der lediglich die Situation bereits sich ordnungsgemäß in einem Mitgliedstaat aufhältiger Personen diene).

Tatsächlich spricht der EuGH in Rn. 50 des vorgenannten Urteils von einem Verstoß gegen Art. 13 ARB 1/80 im Hinblick auf „*die erstmalige Aufnahme türkischer Staatsangehöriger*“. Andererseits betrifft das Urteil nicht die Einführung von Gebühren für die Erteilung eines *Visums vor der Einreise*, sondern eines *Aufenthaltstitels nach erfolgter Einreise*, also mit einem bereits ordnungsgemäßen Aufenthalt im Gebiet des Mitgliedstaats.

Auch in anderen jüngeren Urteilen hat sich der EuGH aber für eine Angleichung von Art. 41 ZP und Art. 13 ARB ausgesprochen, die vermuten lassen, dass künftig beide Stillhalteklauseln bereits den Zuzug türkischer Staatsangehöriger umfassen.

In seinem Urteil vom 17.09.2009 (C-242/06, „*Sahin*“) hat der EuGH betont, dass die Verbürgungen des Art. 13 ARB 1/80 wegen der Gleichartigkeit und wegen derselben Zielsetzung im Lichte der Parallelvorschrift des Art. 41 ZP auszulegen sei. Nach dem Hinweis in Rn. 63 des Urteils, dass Art. 41 ZP der Einführung von neuen Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

*„einschließlich solchen, die die materiell – und/oder verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die **erstmalige Aufnahme** türkischer Staatsangehöriger im Hoheitsgebiet des fraglichen Mitgliedstaats betreffen“*

verbietet, heißt es in Rn. 66, auf Grund der Gleichartigkeit der Stillhalteklauseln der Art. 13 ARB 1/80 und des Art. 41 ZP, müsse

„die in der vorstehenden Randnummer wiedergegebene Auslegung ebenso in Bezug auf die Stillhalteverpflichtung gelten, die die Grundlage von Art. 13 im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit bildet“.

Infolge des so von Seiten des EuGH herausgearbeiteten gleichartigen Zwecks der Stillhalteklauseln sowie des Schutzzwecks des Rechts auf Familienzusammenführung aus Art. 7 ARB 1/80 wird vertreten, dass Art. 13 ARB 1/80 nunmehr auch Anwendung auf den nachzugswilligen Ehegatten haben müsse, der sich noch nicht ordnungsgemäß im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates befinde (vgl. Farahat, NVwZ 2011, 343, 345).

Vorsichtiger drückt sich *Dienelt* in einer Stellungnahme u.a. zu einem Gesetzentwurf der Grünen zur Klarstellung des assoziationsrechtlichen Rechtsstatus im Aufenthaltsgesetz und anderen Vorschriften (BT-Drs. 17(4)707 C vom 10.04.2013) aus, der zugleich „*die Verknüpfung des unterschiedlichen Wortlauts*“ von Art. 13 ARB 1/80 und Art. 41 ZP durch den EuGH betont und darauf hinweist, dass die Ausführungen des EuGH in den vorzitierten Entscheidungen nicht entscheidungstragend waren.

Es wird abzuwarten bleiben, wie der EuGH die eingangs genannten Vorlagefragen des VG Berlin bzw. des Raad van State beantworten wird.

Die EU-Kommission hat sich in ihrer Stellungnahme vom 03.09.2012 zu letztgenanntem Vorlageverfahren (C-225/12) bereits dahingehend positioniert, dass Art. 13 auf jede nach Inkrafttreten des ARB 1/80 eingeführte Voraussetzung „für die erstmalige Aufnahme“ anwendbar ist, die eine Verschärfung der früheren Situation darstellt.

Ergänzend sei bemerkt:

Soweit vertreten wird, § 30 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG finde deshalb keine Anwendung auf türkische Staatsangehörige, da diese visumfrei einreisen dürften und daher die Ausnahme des § 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 AufenthG erfüllen würden (Mielitz, NVwZ 2009, 276; Weh, InfAuslR 2008, 381), wird dem entgegengehalten, dass eine visumfreie Einreise für türkische Staatsangehörige auch nach dem AuslG 1965 nicht im Falle eines angestrebten Daueraufenthalts nicht möglich war (Gutmann, a.a.O.; Dienelt a.a.O., § 30 AufenthG, Rn. 63, bezüglich Art. 41 ZP, da mit Beantragung einer AE zum Zwecke der Familienzusammenführung der Befreiungstatbestand der Dienstleistungsfreiheit, welche die Beibehaltung eines ständigen Wohnsitzes im Ausland voraussetze, entfalle).

2. Nachzug zu deutschem Ehepartner

a) Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 04.09.2012 (10 C 12.12, InfAuslR 2013, 14)

In seinem Urteil vom 04.09.2012 (10 C 12.12, InfAuslR 2013, 14) hat das BVerwG bezüglich des Spracherfordernisses zum Ehegattennachzug zu einem deutschen Stammberechtigten betont, dass die Gesichtspunkte, die für eine Vereinbarkeit des Spracherfordernisses mit Art. 6 Abs. 1 GG beim Ehegattennachzug zu Ausländern sprächen, nur eingeschränkt auf den Nachzug zu Deutschen übertragbar seien:

Das Spracherfordernis gelte nach § 28 Abs. 1 S. 5 AufenthG „nur entsprechend“. Eine verfassungskonforme Auslegung gebiete es zur Vermeidung eines unverhältnismäßigen dauerhaften Nachzugshindernisses, von diesem Erfordernis vor der Einreise abzusehen,

„wenn Bemühungen um den Spracherwerb im Einzelfall nicht möglich, nicht zumutbar oder innerhalb eines Jahres nicht erfolgreich sind. Dies enthebt nicht von Bemühungen zum Spracherwerb nach der Einreise.“

Diese verfassungskonforme Auslegung sei im Hinblick auf das Grundrecht des Art. 11 GG geboten, nach welchem der deutsche Ehegatte – anders als ein ausländischer – grundsätzlich nicht darauf verwiesen werden könne, seine Ehe im Ausland zu führen oder auf ein eheliches Zusammenleben zu verzichten.

Im Einzelnen soll nunmehr gelten:

Ist der Spracherwerb von vornherein nicht zumutbar – bspw. bei fehlenden Sprachkursen in dem betreffenden Land oder einer hohen Sicherheitsgefährdung bei deren Besuch – braucht die Jahresfrist nicht abgewartet zu werden.

Bei der Zumutbarkeitsprüfung müssen insbesondere die Verfügbarkeit von Lernangeboten, deren Kosten, ihre Erreichbarkeit sowie persönliche Umstände berücksichtigt werden, wie etwa Krankheit oder Unabkömmlichkeit.

Ist nach diesen Gesichtspunkten von dem Nachweis des Spracherfordernisses vor der Einreise abzusehen ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ein Visum nach § 6 Abs. 3 i.V.m. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG zu erteilen.

Nach der Einreise müssen „*Bemühungen, die gesetzlich geforderten Sprachkenntnisse [...] zu erwerben*“, aufgenommen werden, um eine AE nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG zu erwerben.

Gelinge der Spracherwerb nicht, sei „*der Aufenthalt jedenfalls auf andere Weise, etwa durch eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG, zu ermöglichen, um die Ehe im Bundesgebiet führen zu können*“.

Da eine AE nach 25 Abs. 4 AufenthG nur für vorübergehende Aufenthalte erteilt werden darf, stellt sich die Frage, was im Falle eines dauerhaften Misslingens des Spracherwerbs geschehen soll.

Spannend wird es, wenn der EuGH die Unvereinbarkeit des Spracherfordernisses mit Art. 7 Abs. 2 Familienzusammenführungsrichtlinie oder gar mit Art. 41 ZP / Art. 13 ARB 1/80 feststellen sollte:

Dann wäre eine Inländerdiskriminierung nicht nur gegenüber Unionsbürgern festzustellen sowie gegenüber den nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 i.V.m. § 41 AufenthV privilegierten Stamberechtigten, sondern gegenüber nahezu sämtlichen Ausländern...

Klargestellt hat das BVerwG in vorgenannter Entscheidung, dass diese Grundsätze gleichermaßen für den Ehegattennachzug zu einem Deutschen, der eine weitere Staatsangehörigkeit besitzt, gelten und zugleich darauf hingewiesen,

„dass die doppelte Staatsangehörigkeit eines deutschen Stamberechtigten – entgegen der Gesetzesbegründung der Bundesregierung vom 23.04.2007 zu § 28 AufenthG (BT-Drs. 16/5065, S. 171) – auch keine besonderen Umstände begründen, um entgegen der gesetzlichen Regel den Ehegattennachzug von einer Sicherung des Lebensunterhalts abhängig zu machen.“

b) Systematische Umgehung der Vorgaben der Umsetzung des Urteils durch die Bundesregierung

Allerdings ist festzustellen, dass die Bundesregierung derzeit alles tut, um die in vorgenanntem Urteil aufgestellten Ausnahmen zu missachten:

Am 06.12.2012 hat das Auswärtige Amt zwar einen Runderlass an die Botschaften herausgegeben, mit welchem das Urteil – angeblich – umgesetzt worden sein soll.

Rechtsanwalt Thomas Hohlfeld hat in der ANA-ZAR 2013 (Heft 3, S. 21 f.) dargelegt, dass die Bundesregierung zunächst auf parlamentarische Nachfragen zur Vorlage dieses Runderlasses nicht reagierte und diesen erst auf mehrmalige Nachfragen herausgab – allerdings zunächst als „*Verschlusssache – Nur für den Dienstgebrauch*“. Dies, obwohl bereits ein Bürger den Runderlass unter Berufung auf das Informationsfreiheitsgesetz erhalten hatte. Erst auf weitere Nachfrage, warum eine Weisung zur Umsetzung eines Urteils gegenüber dem Parlament zur Verschlusssache erklärt werde, wurde diese Klassifizierung wieder aufgehoben.

Darüber hinaus hatte die Bundesregierung das Parlament über den Wortlaut des Runderlasses getäuscht: Auf eine Anfrage einiger Abgeordneter der Linken hatte die Bundesregierung den Inhalt des Runderlasses noch wie folgt dargestellt (BT-Drs. 17/12870, S. 3):

„Davon, dass die Bemühungen zum Spracherwerb von vornherein nicht zumutbar sind, ist dann auszugehen, wenn Sprachkurse im betreffenden Land nicht angeboten werden oder deren Besuch mit einem hohen Sicherheitsrisiko verbunden ist und auch sonstige

erfolgversprechende Alternativen zum Spracherwerb nicht bestehen. In diesem Fall braucht die Jahresfrist nicht abgewartet zu werden.“

Der hervorgehobene letzte Satz findet sich aber gerade nicht in dem Runderlass. So hatte denn die Bundesregierung auf die genannte parlamentarische Anfrage auch erklärt (a.a.O., S. 6):

„Angesichts der vielfältigen Möglichkeiten des Spracherwerbs ist jedoch nicht davon auszugehen, dass allein eine große Entfernung zu (...) einer (...) Sprachlernschule und die Aufwendung üblicher Kosten die Unzumutbarkeit des Spracherwerbs nach sich zieht“,

In der taz vom 23. April 2013 („*Sprachkurse in Afghanistan sind riskant*“) wurde über einen konkreten, anschaulichen Fall der Umsetzung dieser Vorgaben berichtet. Einem Deutschen, der der Botschaft in Kabul mitgeteilt hatte, dass der Spracherwerb für seine in der afghanischen Provinz ohne Strom oder Internetzugang lebende Verlobte unmöglich ist, wurde von der Leiterin der Visastelle lapidar entgegengehalten: *„Ihre Frau hätte die Möglichkeit, mit einem Verwandten für die Dauer des Sprachkurses nach Kabul zu ziehen, wie viele andere Antragsteller es auch machen“*. Dass kein Verwandter das Risiko auf sich nehmen konnte, über Monate hinweg das Dorf zu verlassen und die eigene Familie schutzlos zurück zu lassen, spielte keine Rolle.

In MiGAZIN („*Sprachanforderungen beim Ehegattennachzug – EU-Kommission leitet Verfahren gegen Deutschland ein*“ vom 12.07.2013, <http://www.migazin.de/2013/07/12/eu-kommission-sprachanforderungen-ehегattennachzug-vertragsverletzungsverfahren-deutschland/>) wurde berichtet, dass bei laufenden Klageverfahren gegen Visaablehnungen mit derlei Begründungen das Visum im „Last-Minute-Verfahren“ ohne Sprachnachweis erteilt wurde – und so eine Erledigung des Klagegegenstands herbeigeführt wurde. Dadurch wurden Urteile verhindert, auf die sich andere Betroffene hätten berufen können.

II. Die Heraufsetzung der Ehebestandszeit von zwei auf drei Jahren, § 31 AufenthG, höhere Anforderungen an die Sprachkenntnisse bei Erteilung der Niederlassungserlaubnis

Mit dem „Zwangsverheiratungsbekämpfungsgesetz“ (BGBl. I 2011, S. 1266) wurde die Mindestehebstandszeit für die Erlangung einer eigenständigen, vom Ehegatten unabhängigen Aufenthaltserlaubnis in § 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG von zwei auf drei Jahre heraufgesetzt.

In seinem Urteil vom 09.12.2010 hat der EuGH in der verbundenen Rechtssache „Toprak / Oguz“ (C-300/09 und C-301/09, NVwZ 2011, 349) entschieden, dass die Bestimmung des Art. 13 ARB 1/80 so zu interpretieren ist, dass sie nicht nur verbietet, die Rechtsstellung türkischer Staatsangehöriger, die sich ordnungsgemäß in einem Mitgliedstaat aufhalten, im Vergleich zu der Rechtslage zu verschlechtern, die bei Inkrafttreten des ARB 1/80 am 01.12.1980 galt: vielmehr dürfen auch zwischenzeitlich eingeführte Vergünstigungen für türkische Staatsangehörige, die sich ordnungsgemäß im Mitgliedstaat aufhalten, nicht zurückgenommen werden.

Der Begriff „Stillhalteklausele“ ist für Art. 13 ARB 1/80 somit überholt, es handelt sich vielmehr um eine „zeitliche Meistbegünstigungsklausel“ (vgl. auch schon „Tum und Dari“, Urteil vom 20.09.2007, C-16/05).

Mit der so verstandenen Meistbegünstigungsklausel des Art. 13 ARB 1/80 ist die Verschlechterung durch Heraufsetzung der Ehebestandszeit von zwei auf drei Jahre unvereinbar (vgl. Farahat, NVwZ 2011, 343).

Dies hat auch die Bundesregierung bereits in der BT-Drs. 17/4623 (S. 3) grundsätzlich anerkannt. Dort heißt es, infolge des Urteils des EuGH in der Sache „Toprak / Oguz“

„unterfällt die geplante Erhöhung der Ehemindestbestandszeit dem Anwendungsbereich von Art. 13 in Bezug auf solche türkische Staatsangehörigen, die zum Zweck des Ehegattennachzugs nach Deutschland gekommen und hier zum Zeitpunkt der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind“.

Dabei wird freilich verkannt, dass Art. 13 ARB nicht voraussetzt, dass eine Beschäftigung als Arbeitnehmer vorliegt (vgl. EuGH, Urteil vom 17.09.2009, C-242, „Sahin“).

Und weiter meint die Bundesregierung in offenkundiger Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

„Selbst hinsichtlich dieses begrenzten Berührungspunktes erfordert das Urteil jedoch nach Ansicht der Bundesregierung keine Änderung des geplanten Wortlauts von § 31 AufenthG“.

§ 28 Abs. 2 Satz 1 AufenthG verlangt nun *ausreichende Kenntnisse* der deutschen Sprache (Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 10.4.2013 (BT-Drs. 17/13022))

III. Nachzug zum minderjährigen Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit, § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG

In den Fällen, in denen eine ausländische Frau, die nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügt, Mutter eines Kindes wird, für die ein Mann die Vaterschaft anerkennt und dadurch dem Kind die deutsche Staatsangehörigkeit vermittelt, wird in zunehmendem Maße von Ausländerbehörde die Vorlage eines DNA-Gutachtens verlangt. Dem hat das OVG Nordrhein-Westfalen nun einen Riegel vorgeschoben (OVG NRW, U. v. 23.8.2012 – InfAuslR 2013, 23 oder www.asyl.net). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sei ein solcher Sachverhalt ausschließlich durch die Gewährung eines Vaterschaftsanfechtungsrechtes nach dem BGB zu lösen (gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 5 BGB durch die zuständige Behörde, die nach § 1600 Abs. 5 BGB durch die Landesregierungen durch Rechtsverordnungen bestimmt werden).

Bundesland anfechtungsberechtigte Behörde(n)

Baden-Württemberg	Regierungspräsidium Freiburg
Bayern	Regierung von Mittelfranken
Berlin	Bezirke
Brandenburg	Landkreise und kreisfreie Städte
Bremen	Stadtamt Bremen/ Magistrat Bremerhaven
Hamburg	Behörde für Inneres
Hessen	Regierungspräsidien
Mecklenburg-Vorpommern	Landesamt für innere Verwaltung
Niedersachsen	Landkreise und kreisfreie Städte
Nordrhein-Westfalen	Bezirksregierungen Köln und Arnsberg
Rheinland-Pfalz	Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion
Saarland	Landesverwaltungsamt
Sachsen	Landesdirektionen
Sachsen-Anhalt	Landesverwaltungsamt
Schleswig-Holstein	Landräte der Kreise/ Bürgermeister der kreisfreien Städte
Thüringen	Landesverwaltungsamt

(Zusammenstellung von RAin Kerstin Müller in: Asylmagazin 2011, 143)

Die Ausländerbehörden trifft lediglich eine Mitteilungspflicht gem. § 90 Abs. 5 AufenthG, falls sie **Kenntnis von konkreten Tatsachen** erhält, die die Annahme rechtfertigen, dass die Voraussetzungen für eine Anfechtung vorliegen.

Das bedeutet: § 27 Abs. 1a Nr. 1 AufenthG findet keine Anwendung. Allein eine erfolgreiche zivilrechtliche Anfechtungsklage kann die Wirkungen einer Vaterschaftsanerkennung beseitigen. Bis dahin besteht die deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes und mithin besteht ein Anspruch nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG.

IV. Kindernachzug

Im Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 10.4.2013 (BT-Drs. 17/13022) ist eine Neuregelung des § 32 AufenthG vorgesehen:

§ 32 Absatz 1 bis 3 werden wie folgt gefasst:

„(1) Dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers ist eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis, eine Blaue Karte EU, eine Niederlassungserlaubnis oder eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt – EU besitzen.

(2) Hat das minderjährige ledige Kind bereits das 16. Lebensjahr vollendet und verlegt es seinen Lebensmittelpunkt nicht zusammen mit seinen Eltern oder dem allein personensorgeberechtigten Elternteil in das Bundesgebiet, gilt Absatz 1 nur, wenn es die deutsche Sprache beherrscht oder gewährleistet erscheint, dass es sich auf Grund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann. Satz 1 gilt nicht, wenn

1. der Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 1 oder 2 oder eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Absatz 3 besitzt oder

2. der Ausländer oder sein mit ihm in familiärer Lebensgemeinschaft lebender Ehegatte eine Niederlassungserlaubnis nach § 19 oder eine Blaue Karte EU besitzt.

(3) Bei gemeinsamem Sorgerecht soll eine Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 1 und 2 auch zum Nachzug zu nur einem sorgeberechtigten Elternteil erteilt werden, wenn der andere Elternteil sein Einverständnis mit dem Aufenthalt des Kindes im Bundesgebiet erklärt hat oder eine entsprechende rechtsverbindliche Entscheidung einer zuständigen Stelle vorliegt.“

Mit der Neureglung ist ein „altes“ Problem behoben worden, das insbesondere die Staaten des ehemaligen Jugoslawien betraf. Aber auch viele andere Länder definieren den Begriff „Sorgerecht“ nicht in der Form, wie dies nach dem BGB erfolgt – mit der (bisherigen) Folge, dass die Übertragung des alleinigen Sorgerechts i.S.d. BGB und daher ein Nachzug nicht möglich war. Die Botschaften verlangen die Vorlage von Einverständniserklärungen, bei denen die Unterschrift notariell oder amtlich beglaubigt wird.

V. Elternnachzug und Nachzug sonstiger Verwandter, § 36 AufenthG

In § 36 Abs. 1 AufenthG ist der Nachzug der Eltern zum unbegleiteten minderjährigen Flüchtling geregelt (gute, übersichtliche Darstellung von RA Hubert Heinhold in ZAR 2012, 142). Mit Urteil vom 18.4.2013 hat das BVerwG entschieden, dass grds. beide Eltern ein Nachzugsrecht zu dem UMF haben, hierzu ist zwar keine zeitgleiche, aber eine zeitnahe Antragstellung notwendig (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.4.2013 - 10 C 9.12; www.asyl.net). Des Weiteren wurde mit dieser Entscheidung geklärt, dass es den Eltern obliegt zu entscheiden, ob wegen der Absicht, zu dem in Deutschland lebenden Kind zu ziehen, andere Kinder im Herkunftsland zurückbleiben. Schließlich ist durch das BVerwG entschieden worden, dass das Nachzugsrecht der Eltern nur bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres durchsetzbar ist. Anders als beim Kindernachzug, bei dem auf den Zeitpunkt der Antragstellung abgestellt wird, ist der Elternnachzug vor Vollendung des 18. Lebensjahres ggfs. durch Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durchzusetzen.

Um die Regelung des § 36 Abs. 2 AufenthG zu verstehen, lohnt ein Blick in die Gesetzesbegründung. Dort heißt es: „*Bereits das bisher geltende Recht (§ 22 AuslG) hat den Familiennachzug generell auf den Ehegatten und minderjährige Kinder beschränkt. Im Hinblick auf die hohe Zahl der in Deutschland lebenden Ausländer wird an dieser Zuwanderungsbegrenzung festgehalten. Anderen Familienangehörigen als Ehegatten und minderjährigen Kindern wird eine Aufenthaltserlaubnis daher nur in Härtefällen erteilt.*“ (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 84)

VI. Arbeitsmarktzugang für nachziehende Familienangehörige

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern wird Familienangehörigen, die eine Aufenthaltserlaubnis nach Abschnitt 6 besitzen, ein unbeschränkter Arbeitsmarktzugang gewährt. § 27 Abs. 5 AufenthG (n.F.) lautet dann: „Der Aufenthaltstitel nach diesem Abschnitt berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit“ (BT-Drs. 17/13022, Art. 1 Nr. 14).

F. Sonstiges

I. Weiterwandern, § 38a AufenthG

Mit § 38a AufenthG wird es Drittstaatsangehörigen, die im Besitz einer durch einen anderen Mitgliedstaat erteilten Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU sind, ermöglicht, in Deutschland einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu stellen. Im Hinblick auf den Arbeitsmarktzugang ist die Frage offen, ob hierzu eine Arbeitsmarkt- oder lediglich eine Arbeitsplatzprüfung durch die Bundesagentur für Arbeit durchzuführen ist. Auf der einen Seite wird vertreten, dass sich aus dem EU-Recht unmittelbar ableite, dass ein Arbeitsmarktzugang für Inhaber einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EU grds. gegeben ist, weshalb lediglich eine Arbeitsplatzprüfung zu erfolgen habe (*Dienelt* in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl., § 38a Rn. 37). Die andere Meinung vertritt die Auffassung, dass der Gesetzgeber in Abschnitt 2 der BeschV abschließend den Arbeitsmarktzugang zu Beschäftigungen, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzen, geregelt habe und darüber hinaus kein Zugang für unqualifizierte Arbeitnehmer bestünde (Hess.VGH, B. v. 8.12.2009 – 3 B 2830/09; *Hailbronner*, Ausländerrecht, Stand Februar 2008, § 38a Rn. 28). Einen Mittelweg beschreitet das VG Darmstadt, das den Arbeitsmarktzugang nicht grds. verneint, andererseits die Vorrangprüfung zur Anwendung bringt, was bei unqualifizierten Beschäftigungsverhältnissen auch bei annähernder Vollbeschäftigung jedenfalls im Rhein-Main-Gebiet immer noch zu Versagungen durch die Bundesagentur für Arbeit führen dürfte (VG Darmstadt, B. v. 5.4.2012 – 6 K 1633/10.DA). Nunmehr hat der Hess.VGH seine frühere Rechtsprechung selbst in Frage gestellt und eine vertiefte Beschäftigung mit diesem Problem angekündigt (Hess.VGH, B. v. 13.1.2012 – 3 B 2325/11).

Ggfs. ist der Streit aber auch bald wieder Geschichte: der Entwurf eines Gesetzes zur **Verbesserung** der Rechte von international Schutzberechtigten und ausländischen Arbeitnehmern vom 10.4.2013 (BT-Drs. 17/13022) sieht vor, dass zukünftig die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gem. § 39 Abs. 2 AufenthG vorliegen muss.

II. Wegfall der Freizügigkeitsbescheinigung

Unter dem Deckmantel der Verwaltungsentlastung hat die Bundesregierung im vergangenen Jahr die europarechtswidrige und innerhalb der EU wohl einmalige

Freizügigkeitsbescheinigung abgeschafft. Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch machen, müssen sich nunmehr – genau wie deutsche Staatsangehörige – lediglich beim Einwohnermeldeamt anmelden. Eine darüber hinaus gehende Bescheinigung, die die Tatsache bestätigt, dass eine Person von ihren Grundrechten der EU Gebrauch macht, wird nicht (mehr) benötigt.

Andererseits gibt es nach wie vor eine große Anzahl von Fällen, in denen das Vorliegen der Voraussetzungen für die Freizügigkeitsberechtigung geprüft wird (s.u.).

G. Aufenthaltsbeendigung

I. Ausweisung

1. Assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige

a) Bezugsrahmen und materiell-rechtlicher Maßstab

Mit der Entscheidung „Ziebell“ (Urteil vom 08.12.2011, C-371/08, NVwZ 2012, 422) hat der EuGH entschieden, dass der für Unionsbürger geltende Ausweisungsschutz nach Art. 28 RL 2004/38/EG nicht auf Assoziationsberechtigte übertragbar ist.

Bezugsrahmen ist materiellrechtlich nunmehr Art. 12 RL 2003/109/EG, der den Ausweisungsschutz von langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen regelt, am Maßstab der Ausweisung hat sich indessen nichts zur bisherigen Rechtslage geändert.

Eine Ausweisung ist danach – ebenso wie bislang – zulässig, wenn das persönliche Verhalten des Betroffenen eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefahr für ein Grundinteresse der Gesellschaft des Aufnahmemitgliedstaats darstellt und die Maßnahme für die Wahrung dieses Interesses unerlässlich ist.

b) Verfahrensrecht

Nach dem Urteil des BVerwG vom 10.07.2012 (1 C 19.11) (siehe bereits in einem obiter dictum: Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19.11) soll das „Vier-Augen-Prinzip“ des Art. 9 RL 64/221 EWG keine Anwendung mehr auf Ausweisungsverfahren assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger finden mit der Folge, dass ein Widerspruchsverfahren nicht mehr durchzuführen sein soll.

Es finde verfahrensrechtlich Art. 12 Abs. 4 RL 2003/109 EG Anwendung, wonach zur Überprüfung einer Ausweisung der Rechtsweg offensteht und welcher – anders als Art. 9 RL 64/221 EWG – die Beteiligung einer unabhängigen Stelle im Ausweisungsverfahren zur Prüfung deren Zweckmäßigkeit nicht vorsieht.

Das BVerwG stützt sich auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Ziebell“ (Urteil vom 08.12.2011, C-371/08, NVwZ 2012, 422), in welcher Art. 12 RL 2003/109 EG „als *Bezugsrahmen für die Anwendung des Art. 14 ARB 1/80 heranzuziehen*“ sei.

Die stand-still-Klausel des Art. 13 ARB 1/80 stünde dem nicht entgegen, da dieser zum einen nur die Mitgliedstaaten, nicht aber die EU verpflichte. Zum anderen sei fraglich, ob die stand-still-Klausel überhaupt Verfahrensregelungen bei der Aufenthaltsbeendigung erfasse und ob die Aufhebung des „Vier-Augen-Prinzips“ eine merkliche Verschlechterung der Rechtsposition darstelle.

Vor allem spreche gegen die weitere Anwendung des „Vier-Augen-Prinzips“ die Tatsache, dass dieses auf Unionsbürger nach Art. 31 RL 2004/38/EG keine Anwendung mehr finde und assoziationsberechtigte türkische Staatsangehörige wegen Art. 59 ZP, wonach diesen keine günstigere Behandlung als Unionsbürgern gewährt werden darf, keine bessere verfahrensrechtliche Rechtsstellung beanspruchen dürften.

Die Entscheidung verdient keine Zustimmung:

Von einem „Acte claire“ (so aber ausdrücklich bspw. VGH München vom 17.07.2012, 19 B 12.417 und in der Sache auch das BVerwG a.a.O) zur Frage der weiteren Anwendbarkeit des Art. 9 RL 64/221/EWG kann keine Rede sein:

In dem der „Ziebel“-Entscheidung vorangegangenen Vorabentscheidungsersuchen des VGH BW vom 22.07.2008 (13 S 1917/07) wurde der EuGH ausschließlich zu den anzulegenden materiell-rechtlichen Maßstäben bei Ausweisung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger befragt.

Auch kann dem VGH BW nicht darin gefolgt werden, es habe für den EuGH „nahe gelegen“, unabhängig von der konkreten Vorlagefrage Ausführungen zur Fortgeltung des Art. 9 RL 64/221 EWG zu machen, da das BVerwG in seinem Vorabentscheidungsersuchen vom 25.08.2009 (1 C 25.08 – AuAS 2009, 267) ausgeführt habe dass sich die Frage stelle, ob, wenn der in Kapitel IV der RL 2004/38/EG für Unionsbürger geregelte Ausweisungsschutz nicht auf assoziationsrechtlich privilegierte türkische Staatsangehörige zu übertragen sei, Art. 9 RL 64/221/EWG gleichwohl weiterhin anzuwenden sei.

Denn zum einen hat das BVerwG in seinem Vorlagebeschluss zu der von Seiten des VGH BW zitierten Frage direkt im Anschluss ausgeführt, dass dieser Frage nicht nachzugehen sei, da im konkreten Fall ein Widerspruchsverfahren stattgefunden habe, welches den Anforderungen des Art. 9 RL 64/221/EWG Rechnung trage.

Weiter hat das BVerwG seinen Vorlagebeschluss im Hinblick auf die „Ziebell“-Entscheidung mit Beschluss vom 20.12.2012 aufgehoben, so dass sich der EuGH hiermit nicht zu beschäftigen hatte.

Der EuGH ist keineswegs gehalten, in Vorabentscheidungsersuchen Ausführungen unabhängig von den vorgelegten konkreten Vorlagefragen zu treffen und tut dies in aller Regel auch nicht.

Unabhängig von der nur vermeintlichen Klärung der weiteren Anwendbarkeit des Art. 9 RL 64/221 EWG durch den EuGH ist die BVerwG-Entscheidung vom 10.07.2012 auch inhaltlich zu kritisieren:

Der EuGH nimmt hinsichtlich der Frage, ob eine unzulässige Besserstellung assoziationsberechtigter türkischer Staatsangehöriger i.S.d. Art. 59 ZP vorliegt, einen Gesamtvergleich vor:

In der „Derin“-Entscheidung hat der EuGH bspw. - auf Grund der in der „Gesamtschau“ besseren Rechtsstellung von Unionsbürgern – keine Verletzung des Art. 59 ZP darin gesehen, dass türkische Staatsangehörige ihre Rechtsstellung nach Art. 7 ARB 1/80 auch als über 21-jährige, denen kein Unterhalt gewährt wird, beibehalten, obwohl Art. 10 und 11 RL 1612/68 nur jene Unionsbürger berechnete, die noch nicht 21 Jahre alt waren und denen Unterhalt gewährt wurde

Auch bei weiterer Anwendbarkeit des Art. 9 RL 64/221/EWG bliebe die Rechtsstellung Assoziationsberechtigter hinter jener von Unionsbürgern zurück (ebenso: Gutmann, GK-AufenthG, Art. 14 ARB 1/80, Rn. 125 f.).

2. Ausweisung faktischer Inländer i.S.d. Art. 8 EMRK

Mit Urteil vom 14.02.2012 (1 C 7.11, InfAuslR 2012, 255) hat das BVerwG auch für einen nachhaltig i.S.d. Art. 8 EMRK „verwurzelten“ Ausländer eine allein auf generalpräventive Gründe gestützte Ausweisung gebilligt.

Mit diesem Urteil wurde die Entscheidung der Vorinstanz (VGH BW, 11 S 2/11, InfAuslR 2011, 293) aufgehoben, in der die Auffassung vertreten wurde, dass künftig allein eine generalpräventiv motivierte Ausweisung faktischer Inländer unzulässig sei.

3. Erstmaliges Ausüben von Ermessen im verwaltungsgerichtlichen Ausweisungsverfahren

Bereits mit zwei Urteilen vom 03.08.2004 (1 30.02 und 1 C 29.02) hat das BVwerg seine Rechtsprechung zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Prüfung aufenthaltsbeendender Maßnahmen grundlegend geändert und diesen – zunächst nur in Bezug auf Unionsbürger und Berechtigte nach dem ARB 1/80 – vom Zeitpunkt der Behördenentscheidung auf jenen der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz verlagert.

Mit Urteil vom 15.11.2007 (1 C 45.06) hat das BVerwG den maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz für sämtliche Ausweisungsverfügungen als maßgeblich erachtet und schließlich mit Urteil vom 13.04.2010 (1 C 10.09) auch auf andere aufenthaltsbeendenden Maßnahmen wie Rücknahme und Widerruf erstreckt.

Da sich so die Situation ergeben kann, dass während des gerichtlichen Ausweisungsverfahrens Umstände eintreten, die eine im verwaltungsbehördlichen Verfahren ergangene zwingende Ausweisung oder Regelausweisung nicht mehr zulassen, hat das BVerwG mit Urteil vom 13.12.2011 (1 C 14.10, InfAuslR 2012, 171) entschieden, dass § 114 S. 2 VwGO nicht ausschließt, eine behördliche Ermessensentscheidung erstmals im gerichtlichen Verfahren zu treffen.

Die Zulassung erstmaliger Ausübung des aufgrund geänderter Umstände notwendig gewordenen Ermessens – bezüglich einer **ursprünglich rechtmäßig ergangenen Ist- oder Regelausweisung** - ist nicht zuletzt aus prozessökonomischen Gründen nachvollziehbar: Mit den Worten von Kraft (ZAR 2009, 41, 46) gliche ein Ausweisungsverfahren mit sich anschließendem Prozess andernfalls „*einem Fußballspiel, in dem in der zweiten Halbzeit (= Prozess) die eine Mannschaft (= Behörde) zwar weiter mitspielen muss, aber nicht mehr über die Mittellinie spielen darf.*“

Das BVerwG hat in der Entscheidung aber ausdrücklich offengelassen, ob eine erstmalige Ermessensentscheidung während des gerichtlichen Verfahrens auch dann zuzulassen wäre, **wenn es von vornherein einer Ermessensentscheidung bedurft hätte, die Ausländerbehörde dies aber verkannt hat** (ebenfalls offen gelassen: Berlit, NVwZ 2013, 327, 332).

Die Frage der Erstreckung der Möglichkeit der Nachholung einer Ermessensentscheidung im Verwaltungsprozess – die ursprünglich als solche hätten ergehen müssen und daher von Anfang rechtswidrig war – zu stellen, heißt sie verneinen:

Hinweise hierzu lassen sich bereits zwischen den Zeilen der vorgenannten BVerwG-Entscheidung herauslesen:

Das BVerwG hat darin hervorgehoben, dass sich die bisherige Rechtsprechung, wonach § 114 S. 2 VwGO lediglich die Ergänzung ausgeübten Ermessens ermögliche, nicht aber die nachträgliche Ausübung im Verwaltungsprozess, sich auf Entscheidungen bezogen habe, „*die von vornherein in das Ermessen der Behörde gestellt waren*“.

Weiter hat das BVerwG zum Sinn und Zweck des § 114 S. 2 VwGO ausgeführt, die Vorschrift solle „*die Heilbarkeit von Verwaltungsakten, die bereits bei Erlass wegen Ausfalls jeglichen Ermessens grob defizitär sind, verhindern*“.

Grundlage der Beschränkung des § 114 S. 2 VwGO sei für den Gesetzgeber die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens geltende Rechtslage gewesen, nach der für die Überprüfung von Ermessensentscheidungen grundsätzlich der Zeitpunkt der Behördenentscheidung maßgeblich war:

„*Damit lag der gerichtlichen Prüfung ein abgeschlossener Sachverhalt zugrunde und es stand objektiv von vornherein fest, ob eine Ist-, Regel-, oder Ermessensausweisung zu verfügen war.*“

Eben diese Gesichtspunkte liegen aber bei einer von vornherein im Ermessen der Ausländerbehörde liegenden Ausweisung, bei welcher das erforderliche Ermessen schlicht verkannt wurde, vor.

Die Entscheidung des BVerwG ist demnach so zu lesen, dass die Zulassung der erstmaligen nachträglichen Ausübung von Ermessen während des laufenden Gerichtsverfahrens lediglich dann i.R.d. § 114 S. 2 VwGO – der nach dem Vorgesagten eine Schranke für die Korrektur rechtswidriger Verwaltungsakte darstellt – möglich sein soll, wenn die Ausweisungsentscheidung im Zeitpunkt ihres Erlasses als Ist- oder Regelausweisung rechtmäßig war und sich erst im Nachhinein Umstände ergeben, die eine Ermessensentscheidung erforderlich machen (ebenso: Dienelt, „BVerwG ermöglicht erstmalige Ermessensausübung im Prozess gegen Ausweisung“, migrationsrecht.net).

II. Befristung der Wirkung von Ausweisung und Abschiebung, § 11 AufenthG und die Richtlinie 2008/115/EG (=Rückführungsrichtlinie)

1. Vereinbarkeit eines de lege lat entstehenden Ausreiseverbots mit Art. 11 Rückführungsrichtlinie?

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 AufenthG „*entsteht*“ mit Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung de lege lata ein – gesetzliches – Einreise- und Aufenthaltsverbot.

Ein solches gesetzliches Einreiseverbot erscheint in den Fällen des Art. 11 Abs. 1 S. 1 Rückführungsrichtlinie (RL 2008/115/EG) nach dem Wortlaut dieser Norm zunächst richtlinienkonform.

Danach „*gehen Rückkehrentscheidungen mit einem Einreiseverbot einher*“,

- falls keine Frist für eine freiwillige Ausreise eingeräumt wurde

(hierunter fallen die Abschiebungsanordnung nach § 58 a) AufenthG wegen besonderer Gefährdung der Sicherheit der BRD oder einer terroristischen Gefahr, sowie die Abschiebung aus der Haft heraus, §§ 58 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. 59 Abs. 5 AufenthG)

oder

- falls der Rückkehrverpflichtung nicht nachgekommen wurde.

Aber:

Art. 3 Ziff. 6 Rückführungsrichtlinie definiert den Begriff „Rückkehrentscheidung“ als „*behördliche oder richterliche Entscheidung*“ oder Maßnahme, mit der die Einreise in das Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten und der dortige Aufenthalt für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird.

Der 6. Erwägungsgrund der Rückführungsrichtlinie verlangt ausdrücklich „*Entscheidungen auf der Grundlage des Einzelfalls*“.

Da das gesetzliche Einreiseverbot nach § 11 Abs. 1 S. 1 AufenthG nicht als behördliche oder richterliche Entscheidung auf der Grundlage des Einzelfalls ausgestaltet ist, lässt es sich mit Art. 11 Abs. 1 S. 1 der Rückführungsrichtlinie nicht in Einklang bringen.

Nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 Rückführungsrichtlinie „*kann*“ in anderen Fällen eine Rückkehrentscheidung mit einem Einreiseverbot einhergehen.

Ein gesetzliches Einreiseverbot ist hiermit – erst recht – unvereinbar.

Es bedarf vielmehr stets einer Ermessensentscheidung darüber, ob überhaupt eine Einreisesperre verhängt wird oder nicht.

(ebenso: Oberhäuser, ANA-ZAR 2011, 33 f.; Westphal/Stoppa, Report Ausländer- und Europarecht Nr. 24, S. 4; Stiegeler, Asylmagazin 3/2011, S. 63; Huber, NvwZ 2012, 385, 387; anderer Ansicht: Kluth, BT-Drs. 17(4)282 A; Thym, BT-Drs. 17(4)282 F).

2. Das „Ob“ der Befristung:

Bezüglich des „Ob“ der Befristung gilt, dass das Antragsfordernis in § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG nicht mit der Rückführungsrichtlinie vereinbar ist (a) und diese weiter grundsätzlich einen Anspruch auf Befristung vermittelt (b).

a) Befristung – nur – auf Antrag nach § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG unzulässig

In § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG ist – auch nach (unzureichender) Umsetzung der Rückführungsrichtlinie – normiert, dass die Befristung nur „*auf Antrag*“ erfolgt.

Der EuGH hat mit Urteil vom 19.09.2013 (Rechtssache C-297/12, „Gioko Filev und Adnan Osmani“) festgestellt, dass dieses Antragsfordernis nicht mit Art. 11 Abs. 2 der Rückführungsrichtlinie in Einklang zu bringen ist. U.A. gehe schon aus dem Wortlaut „*die Dauer des Einreiseverbots wird festgesetzt*“ gehe klar hervor, dass alle Einreiseverbote „*unabhängig von einem hierauf gerichteten Antrag*“ zu befristen sind.

Weiter hat der EuGH in vorbenanntem Urteil entschieden, dass die Aufrechterhaltung der Wirkung von Einreiseverboten in Bezug auf – auch bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Rückführungsrichtlinie am 24.12.2005 ergangene - Altausweisungen über die in Art. 11 Abs. 2 der RL normierte grundsätzliche Höchstfrist von 5 Jahren (zu ausnahmsweise zulässigen längerfristigen Einreisesperren siehe unten, 4.) nicht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist:

Da die Rückführungsrichtlinie keine Übergangsbestimmung für Einreiseverbote enthält, die vor ihrer Anwendbarkeit erlassen wurden und ferner nach ständiger Rechtsprechung des EuGH eine neue Vorschrift, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, unmittelbar auch für die künftigen Auswirkungen eines Sachverhalts, der unter der Geltung der alten Vorschrift entstanden ist, gilt, betrifft die RL auch sämtliche Wirkungen von Einreiseverboten, die vor ihrer Anwendbarkeit ergangen sind, betrifft.

Da die Mitgliedstaaten weiter ihre Rechtsvorschriften so ausgestalten müssen, dass die Wahrung des Unionsrechts gewährleistet ist, insbesondere keine strafrechtliche Regelung anwenden dürfen, die die Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Zieles gefährdet und damit ihrer Wirksamkeit berauben könnten, ist ferner die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG (= Einreise entgegen eines Einreiseverbotes nach § 11 Abs. 1 AufenthG) in Bezug auf die betroffenen Fälle ausgeschlossen.

Dieses Urteil hat nach dem Vorgesagten folgende Konsequenzen:

- Das Antragserfordernis in § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG für die Befristung der Sperrwirkung von Ausweisungen und Abschiebungen ist zu streichen, da eine Befristungsentscheidung von Amts wegen zu erlassen ist.
- Unbefristete Altausweisungen und Abschiebungen sind bei zeitlichem Ablauf von 5 Jahren vor Inkrafttreten der Richtlinie (vor dem 24.12.2005) wirkungslos und müssen aus dem Ausländerzentralregister (= AZR) gelöscht werden, es sei denn, dieser Drittstaatsangehörige stellt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit dar (zu dieser Ausnahme siehe unten, 4.).
- Da das Transformationsgesetz in Deutschland erst am 26.11.2011 in Kraft getreten ist, entfalten alle Altausweisungen und Abschiebungen, die bis zum 26.11.2006 erfolgt sind, keine Sperrwirkung mehr, es sei denn, der Drittstaatsangehörige stellt eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit dar (zu dieser Ausnahme siehe unten, 4.).
- Eine Strafbarkeit wegen des Verstoßes gegen die Einreisesperre nach § 95 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 AufenthG ist in den genannten Fällen nicht möglich.

b) Von der „Regel-“ zur Anspruchsbefristung

Bislang galt: Nach § 11 Abs. 1 S. 3 a.F. wurden Einreise- und Aufenthaltssperren nur „in der Regel“ befristet.

Nunmehr gilt: Gemäß § 11 Abs. 1 S. 3 n.F. „werden“ die Sperrwirkungen befristet, es besteht also grundsätzlich ein Anspruch auf Befristung (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.02.2012, 1 C 7.11).

Ausnahme: § 11 Abs. 1 S. 7 AufenthG n.F.: **Keine** Befristung erfolgt bei

Verurteilung wegen eines

- Verbrechens gegen den Frieden
- Kriegsverbrechens,
- Verbrechens gegen die Menschlichkeit

oder

bei Abschiebung auf Grund einer Abschiebungsanordnung nach § 58 a) AufenthG

3. Zusammenfallen von Ausweisung und Befristung

Nach dem Regelungsmodell der Rückführungsrichtlinie muss bereits mit dem Erlass eines Einreiseverbots eine Rückkehrentscheidung von Amts wegen einhergehen (vgl. Art. 3 Nr. 6 i.V.m. Art 11 Abs. 1 und 2 der Rückführungsrichtlinie, siehe auch oben, G.II.2.a).

Umstritten war bis zu der Entscheidung des EuGH vom 19.09.2013 (siehe oben, 2.a), ob die Ausweisungsverfügung eine „Rückkehrentscheidung“ i.S.d. Rückführungsrichtlinie ist – und damit als solcher überhaupt einer Rückkehrentscheidung bedarf (dafür: Basse/Burbaum/Richard, ZAR 2011, 361, 364; Hörich, ZAR 2011, 281, 284; dagegen: VGH BW, Urteil vom 07.12.2011, 11 S 897/11, NVwZ-RR 2012, 412 offen gelassen: BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19.11, Rn. 45).

In den Fällen, in welchen – wie regelmäßig – die Ausweisungsverfügung mit Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung verbunden ist, stellte sich auch vor der EuGH-Entscheidung kein Problem ein, da jedenfalls dieser Teil des Bescheids eine „Rückkehrentscheidung“ darstellt (Keßler, Asylmagazin 5/2011, 102, 103) – und folglich auch eine Befristung zu erfolgen hat.

Auch sofern es an einer „Rückkehrentscheidung“ in diesem Sinne fehlen sollte, hatte sich die Frage mit der Entscheidung des BVerwG vom 10.07.2012 (1 C 19.11), mit welcher entschieden wurde, dass mit jeder Ausweisung zugleich eine Befristungsentscheidung zu treffen ist, erledigt.

Bislang – d.h. bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist der RL 2008/115 EG (= Rückführungsrichtlinie) am 24.12.2010 (unmittelbare Wirkung) bzw. bis zum Inkrafttreten des 2. Richtlinienumsetzungsgesetzes – galt:

- *Grundsätzlich*: Trennung von Ausweisungs- und Befristungsentscheidung, d.h., im Zeitpunkt der Ausweisung war nicht zugleich über die Befristung zu entscheiden;
- *Ausnahme*: Allein generalpräventiv motivierte Ausweisung von Ausländern mit besonderem Ausweisungsschutz (vgl. BVerwG, Urteil vom 14.02.2012, 1 C 7.11).

Mit Inkrafttreten des 2. Richtlinienumsetzungsgesetzes stellt das BVerwG nun eine Umkehr des Regel-Ausnahmeverhältnisses fest, BVerwG, Urteil vom 10.07.2012, 1 C 19.11, Rn. 27 ff. (30):

*„Seit Inkrafttreten des § 11 AufenthG in der Neufassung des Richtlinienumsetzungsgesetzes 2011 haben Ausländer **grundsätzlich** einen Anspruch darauf, dass die Ausländerbehörde **mit einer Ausweisung zugleich** das daran geknüpfte gesetzliche Einreise- und Aufenthaltsverbot sowie die Titelerteilungssperre befristet.“*

4. Dauer der Fristsetzung

a) Die Regelobergrenze des Art. 11 Abs. 2 Rückführungsrichtlinie / des § 11 Abs. 1 S. 4 AufenthG

§ 11 Abs. 1 S. 4 AufenthG bestimmt:

*„Die Frist ... darf fünf Jahre nur überschreiten, wenn der Ausländer aufgrund einer strafrechtlichen Verurteilung ausgewiesen worden ist **oder** wenn von ihm eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgeht.“*

Art. 11 Abs. 2 Rückführungsrichtlinie ist hingegen wie folgt formuliert:

Die Dauer des Einreiseverbots ... überschreitet grundsätzlich nicht fünf Jahre. Sie kann jedoch fünf Jahre überschreiten, wenn der Drittstaatsangehörige eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit darstellt.“

Der erste Halbsatz des § 11 Abs. 1 S. 4 AufenthG ist ersichtlich nicht richtlinienkonform:

Auch im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung muss vielmehr stets zusätzlich geprüft werden, ob ob eine schwerwiegende Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit besteht (Oberhäuser, ANA-ZAR 2011, 33; Huber, NVwZ 2012, 385, 387;

b) Dauer der Fristsetzung in sonstigen Fällen

Nach § 11 Abs. 4 AufenthG ist – wie in Art. 11 Abs. 2 der Rückführungsrichtlinie vorgegeben – die Dauer eines Einreiseverbots in Anbetracht der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.

Für eine Verkürzung der Sperrfrist sprechende Umstände sind bspw. wegen Art. 6 GG und Art. 8 EMRK die Eheschließung mit einem deutschen oder sich rechtmäßig in Deutschland aufhaltenden Ausländer, Beziehungen zu Kindern (in Form eines Sorge- oder Umgangsrechts), oder die Entlassung auf Bewährung anzuerkennen.

Der bisherigen Praxis, wonach sich die Bemessung der Dauer der Sperrwirkung bei strafrechtlichen Verurteilungen an der Dauer der verhängten Haftstrafe orientiert (vgl. VwV-AufenthG, Ziff. 11.1.4.6.1) ist mit Art. 11 Abs. 2 der Rückführungsrichtlinie die Grundlage entzogen (Huber, NVwZ 2012, 385, 387; Dienelt in: Renner, § 11 AufenthG, Rn. 32).