

ESF – Projekt NetwIn

Dr. Barbara Weiser

Norbert Grehl-Schmitt

Telefon-Durchwahl 0049 (0)541 34978-161

Telefax 0049 (0)541 34978-4161

ngrehl-schmitt@caritas-os.de

Johannisstr. 91, D 49074 Osnabrück

Haus der Sozialen Dienste

Telefon-Zentrale 0541 341-0

Stadt-und-LK@caritas-os.de

www.caritas-os.de

Stellungnahme

zum Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz vom 02.03.2009, soweit sie die gesetzliche Altfallregelung betreffen¹.

Stand: 22.05.2009

0. Vorbemerkung

Im Koalitionsvertrag vom 11.11.2005 war für die gegenwärtige Legislaturperiode die Erarbeitung Allgemeiner Verwaltungsvorschriften u. a. zum Aufenthaltsgesetz vereinbart worden, die die vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Inneren (BMI)² ersetzen sollen. Zu dem ersten Entwurf³ des BMI vom 10.10.2008 sind Stellungnahmen u. a. vom Deutschen Caritasverband, von Pro Asyl und eine gemeinsame Stellungnahme der EKD und des Kommissariats der Deutschen Bischöfe⁴ ergangen. Nach erfolgter Beteiligung insbesondere der Bundesländer wurde am 02.03.2009 ein zweiter Entwurf⁵ vorgelegt. Am 13.05.2009 wurde vom BMI ein dritter Entwurf vorgelegt. Das BMI hat die Beteiligten mit Fristsetzung 26.05.2009 zu einer erneuten Stellungnahme aufgefordert und am 03./04.06.2009 zu einer weiteren Abstimmungsrunde eingeladen. Der

¹ Die Erstellung dieser Veröffentlichung wurde mit finanzieller Unterstützung der EU und des Ministeriums für Arbeit und Soziales erstellt. Die darin zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassungen geben nicht die offizielle Rechtsauffassung der EU oder der Bundesregierung wieder.

² U.a. vom 22.12.2004, http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/Gesetze/Vorl_ufige_Anwendungshinweise_dez_04.pdf; Hinweise zum Richtlinienumsetzungsgesetz vom 18.12.2007, http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/zuwg/BMI_HinweiseAendGesetz.pdf.

³ 1. Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AufenthG (VwV-E1), http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Entwurf_VwV_AufenthG_101008.pdf.

⁴ Im Folgenden: Stellungnahme der Kirchen.

⁵ 2. Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AufenthG (VwV-E2), [http://www.nds-fluerat.org/download/Entwurf\(Auszug\)_Verwaltungsvorschriften_AufenthG_Stand_020309.pdf](http://www.nds-fluerat.org/download/Entwurf(Auszug)_Verwaltungsvorschriften_AufenthG_Stand_020309.pdf).

Abstimmungsprozess gilt als „weit fortgeschritten“. Es ist beabsichtigt, eine abschließende Fassung noch vor der Sommerpause dem Bundesrat zur Abstimmung vorzulegen. Verwaltungsvorschriften konkretisieren die gesetzlichen Regelungen; sie stellen Richtlinien für die Ausübung von Ermessensentscheidungen und für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe dar. Verbindlich sind Verwaltungsvorschriften für die entsprechenden Verwaltungsbehörden, nicht für die Gerichte. Die seit 28.08.2007 geltende gesetzliche Altfallregelung, §§ 104a, 104 b AufenthG, durch die einer Vielzahl langjährig mit einer Duldung in Deutschland lebender Menschen unter bestimmten Voraussetzungen ein dauerhaftes Bleiberecht erteilt werden sollte, bedarf in vielen Einzelfragen der Auslegung. Daher kommt der Ausgestaltung der Verwaltungsvorschriften für die Frage, wie viele Menschen aufgrund der gesetzlichen Altfallregelung ein gesichertes Aufenthaltsrecht in Deutschland erhalten können, entscheidende Bedeutung zu.

Nachfolgend wird die Stellungnahme vom 18.05.2009 durch eine Bewertung des dritten Entwurfs ergänzt und vervollständigt. Dabei wird untersucht, in welchen - für die Auslegung der gesetzlichen Altfallregelung zentralen - Punkten die Entwürfe der Verwaltungsvorschriften zum AufenthG voneinander abweichen, welche Folgen dies für die potenziell Bleibeberechtigten hat und welche Fragen offen bleiben. Es wird aufgezeigt, wo Abweichungen auf Wunsch der Niedersächsischen Landesregierung erfolgt sind und teilweise wird ergänzend darauf eingegangen, in welchem Verhältnis der Entwurf zu den Regelungen der Vorläufigen Niedersächsischen Verwaltungsvorschriften vom 31.07.2008⁶ steht.

1. Zu § 2 Abs. 3 AufenthG:

Da der Sicherung des Lebensunterhalts bei der gesetzlichen Altfallregelung eine zentrale Bedeutung zukommt, sind zunächst die Verwaltungsvorschriften (VwV) zu § 2 Abs. 3 AufenthG zu untersuchen. Dort wird allgemein bestimmt, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer seinen Lebensunterhalt sichert. Diese Definition ist für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen zu verschiedenen Aufenthaltswegen, etwa auch für den Familiennachzug, wesentlich.

Verbesserungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Feststellung, dass der Lebensunterhalt auch bei der Inanspruchnahme von Kindergeld, Kinderzuschlag, Erziehungsgeld oder Elterngeld gesichert ist (Nr. 2.3.1.2 VwV-E2).
Das bedeutet u. E. nicht nur, dass diese Leistungen keine schädlichen Sozialleistungen sind, sondern dass sie zum berücksichtigungsfähigen Einkommen gehören, da im Folgenden ausgeführt wird, durch welche anderen Leistungen (hier: BAföG-Leistungen) der Lebensunterhalt *auch* gesichert sein kann. Zudem wird im Rahmen der Ausführungen zu der zu treffenden Prognoseentscheidung dargelegt, dass der absehbare Wegfall von Elterngeld und Erziehungsgeld zu berücksichtigen ist (Nr. 2.3.3 VwV-E2). Dies setzt aber voraus, dass diese Leistungen zuvor einkommenserhöhend wirkten.
- Festlegung, dass bei BAföG-Empfängern bestimmte Leistungen nach SGB II unschädlich sind (Nr. 2.3.1.2 VwV-E2), wie der Zuschuss zu den Unterkunftskosten, § 22 Abs. 7 SGB II.

⁶ Aktuelle Fassung mit redaktionellen Änderungen (Vorl. Nds. VwV), http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C48921719_L20.pdf.

- Klarstellung, dass BAföG generell – also auch bei Personen ohne Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Studiums (§ 16 AufenthG) – als Einkommen gilt, durch das der Lebensunterhalt gesichert werden kann (Nr. 2.3.4 VwV-E2). Damit werden Unklarheiten aus dem ersten Entwurf beseitigt⁷. Auch das sog. „Meister BAföG“ zählt nach dem 2. Entwurf zum Einkommen (Nr. 2.3.1.2 VwV-E2)⁸.

Verschlechterungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Klarstellung, dass es nur darauf ankommt, ob ein Anspruch auf eine schädliche Sozialleistung besteht, und dass es damit unerheblich ist, ob die Leistung tatsächlich in Anspruch genommen wird (Nr. 2.3.1.1 VwV-E2). Dies hat zur Folge, dass das Bestehen eines Anspruchs auf eine schädliche Sozialleistung dazu führt, dass der Lebensunterhalt nicht gesichert ist.
- Festlegung, dass Wohngeld eine schädliche Sozialleistung ist (Nr. 2.3.1.1.5 VwV-E2). Im 1. Entwurf wurde das Wohngeld nicht zu den schädlichen Sozialleistungen gezählt (Nr. 2.3.1.1. VwV-E1). Das hat auch zur Folge, dass oftmals kein Anspruch auf Kinderzuschlag besteht, da dieser in vielen Fällen die Geltendmachung des Wohngeldanspruchs voraussetzt⁹. Diese Änderung erfolgte auf Wunsch *Niedersachsens*¹⁰.
- Im Fall der Erwerbstätigkeit sind bei der Berechnung des verfügbaren Einkommens die sog. Erwerbstätigenfreibeträge nach §§ 11; 30 SGB II¹¹ abzuziehen (Nr. 2.3.3 VwV-E2). Diese Regelung geht auf eine Entscheidung des BVerwG¹² zum Familiennachzug zurück. Die Berücksichtigung der Erwerbstätigenfreibeträge hat zur Folge, dass zu dem Bedarf, den der Ausländer zur Sicherung seines Lebensunterhalts decken muss, neben Regelsatz und Unterkunftskosten auch die Freibeträge gehören, die je nach Einkommenshöhe zwischen 100 € und 310 € pro erwerbstätiger Person betragen¹³. Diese ausdrückliche Verpflichtung zur Berücksichtigung der Erwerbstätigenfreibeträge war im 1. Entwurf (Nr. 2.3.3 VwV-E1) nicht enthalten.

Hier ist aber zu berücksichtigen, dass bei der Erteilung von Aufenthaltstiteln nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG, d.h. Aufenthaltstiteln aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen auch vollständig von der Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung abgesehen werden kann, § 5 Abs. 3, S. 2 AufenthG (vgl. ergänzend Nr. 13).

Wesentliche Verbesserung gegenüber den Vorl. Nds. VwV:

- Nach diesen sind Elterngeld und Erziehungsgeld zwar keine schädlichen Leistungen, sie gehören aber nicht zum berücksichtigungsfähigen Einkommen¹⁴.

⁷ Im 1. Entwurf werden einerseits BAföG - Leistungen für Personen ohne Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AufenthG als schädliche Sozialleistung gesehen (Nr. 2.3.4 VwV-E1), andererseits wird allgemein ausgeführt, dass der Lebensunterhalt durch BAföG gesichert werden kann (Nr. 2.3.1.2 VwV-E1), siehe auch Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes, Nr. 3.

⁸ Umsetzung der Kritik in der Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes, Nr. 3.

⁹ Ohne Wohngeld wird oftmals trotz Kinderzuschlag das Fortbestehen der Bedürftigkeit nicht vermieden, was eine Anspruchs-voraussetzung für den Kinderzuschlag ist, § 6 a Abs.1, Nr. 4 BKGG.

¹⁰ Vgl. Stellungnahme der Härtefallkommission NRW zum 2. Entwurf: Kritik an der Schädlichkeit des Wohngeldes, hilfsweise sollte es dabei nur auf den tatsächlichen Bezug ankommen.

¹¹ Diese Beträge werden bei der Berechnung, ob ein ergänzender SGB II-Anspruch besteht, nicht berücksichtigt.

¹² BVerwG, Urt. v. 26.08.2008, Az.: 1 C 32.07: Die Entscheidung enthält allgemeine Ausführungen zur Frage der Lebensunterhaltssicherung nach § 2 Abs. 3 AufenthG.

¹³ Zur Kritik an der Berücksichtigung der Freibeträge vgl. Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes, Nr. 4; Stellungnahme der Kirchen, Nr. 2.3.1.1.1: Berücksichtigung der Freibeträge liefe der Intention des Gesetzgebers zuwider, die Betroffenen zu begünstigen; die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis würde mit Hinweis auf ein zu geringes Einkommen versagt, obwohl das Einkommen tatsächlich ausreicht, http://www.ekd.de/download/Entwurf_Allgemeiner_Verwaltungsvorschriften.pdf.

¹⁴ vgl. Vorl. Nds. VwV, Nr. 2.3.3.1.

Der 3. Entwurf:

- Nach dem 3. Entwurf ist in einzelnen Ausnahmefällen die Inanspruchnahme von Leistungen nach SGB II und SGB XII nicht schädlich, da bei der Anwendung von § 2 Abs. 3 AufenthG die in Art. 6 GG vorgenommenen Wertungen und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen sind (Nr. 2.3.1.1 VwV-E3). Die Einfügung dieser Ausnahmeregelung bedeutet eine **Verbesserung**.
- Die Schädlichkeit von Wohngeld wurde im dritten Entwurf auf den tatsächlichen Bezug reduziert (Nr. 2.3.1.3 VwV-E3). Damit bleibt aber eine grundsätzliche **Verschlechterung** gegenüber dem ersten Entwurf bestehen.
- Nach dem 1. und 2. Entwurf setzt die Sicherung des Lebensunterhalts für eine Einzelperson grundsätzlich voraus, dass sie ihre Unterhaltungspflichten gegenüber ihren in Deutschland lebenden Familienmitgliedern erfüllt (Nr. 2.3.2 VwV-E1; Nr. 2.3.2 VwV-E2). Das bedeutet, dass neben dem eigenen Bedarf auch der der unterhaltsberechtigten Familienmitglieder eigenständig gesichert sein muss. Demgegenüber waren das BMJ und die Integrationsbeauftragte der Auffassung, dass auf diese Ausweitung verzichtet werden sollte. Der 3. Entwurf hält an der Berücksichtigung der Unterhaltungspflicht gegenüber den Familienmitgliedern fest. Bei der Begründung wird allerdings auf die im 2. Entwurf enthaltene Aussage, dass der Gesetzgeber von der Einbeziehung der Unterhaltungspflichten im Rahmen der Lebensunterhaltssicherung ausgegangen ist, verzichtet (Nr. 2.3.2 VwV-E3).

Empfehlungen:

- Die Frage, ob die mit der Schaffung der gesetzlichen Altfallregelung verbundene Intention, dem Bedürfnis der seit Jahren geduldeten und hier integrierten Ausländern nach einer dauerhaften Perspektive in Deutschland Rechnung zu tragen (Nr. 104a.0.1 VwV-E2), auch in Zeiten der Wirtschaftskrise verwirklicht werden kann, hängt wesentlich von der Frage ab, welche Anforderungen an die Lebensunterhaltssicherung gestellt werden. Wir empfehlen daher, zumindest die Schädlichkeit des Wohngeldbezugs zurückzunehmen.
- Um Rechtssicherheit zu schaffen und um verwaltungsgerichtliche Verfahren zu vermeiden, empfehlen wir, ausdrücklich klarzustellen, dass Kindergeld, Kinderzuschlag, Elterngeld und Erziehungsgeld zum berücksichtigungsfähigen Einkommen gehören.
- Bei der Frage der Einbeziehung der Unterhaltungspflicht empfehlen wir, auf die Ausweitung der Lebensunterhaltssicherung zu verzichten: Der Gesetzgeber kann nicht davon ausgegangen sein, dass die Unterhaltungspflichten Teil des eigenen, zu sichernden Lebensunterhalts sind, da das AufenthG an anderer Stelle (§ 9 a Abs. 2, Nr. 2 AufenthG) zwischen dem eigenen Lebensunterhalt und dem der Familienangehörigen unterscheidet. Zudem ist beim Familiennachzug die Berücksichtigung von Unterhaltungspflicht gegenüber Familienmitgliedern ausdrücklich geregelt, § 27 Abs. 3, S. 1 AufenthG, was überflüssig wäre, wenn sie Teil des eigenen Lebensunterhalts sind¹⁵. Außerdem führt die Ausweitung der Unterhaltungspflicht in machen Fällen dazu, dass Ehegatten bei einer Trennung aufenthaltsrechtlich besser stehen als bei der Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft, was im Hinblick auf den Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK u. E. problematisch sein dürfte.

¹⁵ Stellungnahme der Kirche Nr. 2.3.2 ff; Stellungnahme von ProAsyl Nr. 2.3:
http://www.proasyl.de/fileadmin/proasyl/fm_redakteure/Newsletter_Anhaenge/142/PRO_ASYL_Stellungnahme.pdf; Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes zum 1. Entwurf, Nr. 4.

2. Zu § 2 Abs. 4 AufenthG:

In § 2 Abs. 4 AufenthG wird definiert, was ausreichender Wohnraum ist.

Verbesserung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Die Feststellung im 1. Entwurf, dass das Wohnraumerfordernis bei einer Gemeinschaftsunterkunft nicht erfüllt ist, wurde im 2. Entwurf gestrichen (Nr. 2.4.0 VwV-E2).

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

Keine

Empfehlung:

Keine

3. Zu § 5 Abs. 3, S. 2 AufenthG

Nach § 5 Abs. 3, S. 2 AufenthG kann bei der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG, d.h. einem Aufenthaltstitel aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, von den Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG abgesehen werden kann. Auch die Aufenthaltserlaubnis auf Probe ist ein Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG (Nr. 104a.1.7.1 VwV-E2).

Verbesserungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Nach dem 1. und 2. Entwurf kann die Aufenthaltsgewährung u. a. aus humanitären Gründen in vielen Fällen nicht von der Einhaltung aller Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG, wie etwa der Erfüllung der Passpflicht, abhängig gemacht werden. Bei Ausländern, bei denen die Voraussetzungen für die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels vorliegen, besteht in der Regel nicht die Möglichkeit, den Aufenthalt zu beenden. Sie sollen nach dem AufenthG für die Dauer der humanitären Notlage die Möglichkeit für einen legalen Aufenthaltsstatus erhalten. Der 2. Entwurf streicht die Ergänzung des 1. Entwurfes, dass dies nicht mit einer Perspektive der Aufenthaltsverfestigung gleichzusetzen ist (Nr. 5.3.0.1 VwV-E1, Nr. 5.3.0.1 VwV-E2). Aufgrund dieser Erwägungen kann damit u. E. auch bei den von der gesetzlichen Altfallregelung grundsätzlich begünstigten Personen etwa von der Erfüllung der Passpflicht abgesehen werden.

4. Zu § 10 Abs. 3, S. 3 AufenthG

Wurde der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt, kann eine Aufenthaltserlaubnis vor der Ausreise - also auch eine Aufenthaltserlaubnis nach der gesetzlichen Altfallregelung - nur erteilt werden, wenn hierauf ein Anspruch besteht, § 10 Abs. 3, S. 2, 3 AufenthG. Nach beiden Entwürfen besteht im Fall einer Soll-Regelung kein Anspruch i. S. d.

§ 10 Abs. 3, S. 3 AufenthG¹⁶ (Nr. 10.3.3.1 VwV-E1; Nr. 10.3.3.1 VwV-E2), wobei dieser Punkt noch streitig ist¹⁷.

Der 3. Entwurf:

- Im dritten Entwurf wurde der Hinweis gestrichen, dass im Fall einer Soll-Regelung kein Anspruch besteht (Nr. 10.3.3.1 VwV-E3). Diese Streichung erfolgte auch bei den Vorschriften zur gesetzlichen Altfallregelung mit der Anmerkung, dass es eine anstehende Entscheidung des BVerwG zu dieser Frage gäbe (Nr. 104a.1.7.1 VwV-E3). Die Streichung hat zur Folge, dass nunmehr zumindest bis zu der erwarteten Entscheidung der BVerwG die Rechtsauffassung der einzelnen Ausländerbehörden maßgeblich sein wird. Damit ergibt sich in diesem Punkt eine **Verbesserung**.

Empfehlung:

- Wir empfehlen, dass bis zu einer Klärung dieser Frage durch das BVerwG in den Fällen einer Soll-Regelung eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden sollte, da § 11 Abs. 3, S. 3 AufenthG dem Wortlaut nach gerade nicht auf das Bestehen eines **gesetzlichen** Anspruchs abstellt¹⁸. Bei der Kann-Regelung des § 104 b AufenthG wurde die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in diesen Fällen ausdrücklich ermöglicht. Daraus kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass eine Aufenthaltserlaubnis auf Probe (Soll-Regelung) wegen § 10 Abs. 3, S. 3 AufenthG ohnehin erteilt werden kann¹⁹.

5. Zu § 11 Abs. 1, S. 2 AufenthG

Nach § 11 Abs. 1, S. 2 AufenthG darf einem Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben wurde, kein Aufenthaltstitel erteilt werden. Von diesem Grundsatz macht das Gesetz in einigen Fällen Ausnahmen, §§ 25 Abs. 4a, S. 1; 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG.

Verbesserung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Der 2. Entwurf sieht vor, dass, wenn der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG, d.h. einem Aufenthaltstitel aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, nur § 11 Abs. 1 AufenthG entgegensteht und die Erteilungsvoraussetzungen des § 25 Abs. 5 AufenthG vorliegen, ein Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG auch auf einer anderen Rechtsgrundlage erteilt werden kann (Nr. 11.1.1 VwV-E2). Auch die Aufenthaltserlaubnis auf Probe ist ein Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG (Nr. 104a.1.7.1 VwV-E2)²⁰.

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

Keine

¹⁶ Zur Aufenthaltserlaubnis auf Probe, die eine Soll-Regelung darstellt: Nr. 104a.1.5.1 VwV-E1; Nr. 104a.1.7.1 VwV-E2.

¹⁷ Anderer Auffassung ist u. a. die Integrationsbeauftragte, Nr. 10.3.3.1 VwV-E2.

¹⁸ Vgl. Stellungnahme der Kirchen, S. 6.

¹⁹ Vgl. Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes, Nr. 18.

²⁰ Vgl. Stellungnahme der Kirchen S. 6, 9, 10 mit entsprechendem Änderungsvorschlag.

Der 3. Entwurf:

- Danach muss zur Aufhebung der Sperrwirkung des § 11 Abs. 1, S. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt worden sein (Nr. 11.1.1 VwV-E3). Damit ist das bloße Vorliegen der Erteilungsvoraussetzungen nicht mehr ausreichend, was eine (geringfügige) Verschlechterung darstellt.

Empfehlung:

- Um den unnötigen Aufbau bürokratischer Hürden zu vermeiden, empfehlen wir, es in diesem Punkt bei der Regelung des 2. Entwurfes zu belassen.

6. Zu § 25 Abs. 4, S. 2 AufenthG:

Die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ist nach § 25 Abs. 4, S. 2 AufenthG abweichend von den allgemeinen Verlängerungsregelungen, § 8 Abs. 1, 2 AufenthG, möglich, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.

Da diese Verlängerungsmöglichkeit u. E. auch für potentiell Begünstigte der gesetzlichen Altfallregelung interessant sein könnte, wenn sie ihren Lebensunterhalt bis 31.12.2009 nicht ausreichend sichern können und sich die Frage stellt, ob ihre Aufenthaltserlaubnis unabhängig von der gesetzlichen Altfallregelung verlängert werden kann, kommt der Frage, was eine außergewöhnliche Härte ist, besondere Bedeutung zu.

Verbesserung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Der 2. Entwurf hat die Feststellung, dass eine außergewöhnliche Härte in der Regel nicht allein wegen der Aufenthaltsdauer, der Integration, der Sprachkenntnisse sowie der Entfremdung vom Heimatland anzunehmen sei, gestrichen (Nr. 25.4.2.4.4 VwV-E1; Nr. 25.4.2.4.4 VwV-E2). Damit ist ein wesentlich breiterer Anwendungsbereich eröffnet und die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4, S. 2 AufenthG für Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe, die ihren Lebensunterhalt noch nicht ausreichend sichern konnten, grundsätzlich möglich.

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

Keine.

Der 3. Entwurf

- Nach dem 3. Entwurf kann wegen der Rechtsprechung des BVerwG bei der Frage, ob eine außergewöhnliche Härte vorliegt, bei in Deutschland aufgewachsenen Ausländern auch deren „Verwurzelung“ in Deutschland Bedeutung zukommen²¹. Hierzu gebe – lt. Entwurf – das BVerwG Kriterien vor, die eine restriktive Handhabung nahe legen würden. Zu berücksichtigen ist jedoch etwa, dass der Ausländer über eine Ausbildung zu einem Beruf verfügt, der vorwiegend in Deutschland ausgeübt werden kann. Bei der sozialen Integration sind Kontakte und Beziehungen außerhalb der Kernfamilie zu berücksichtigen (Nr. 25.4.2.4.1 VwV-E3). Trotz des Hinweises auf eine restriktive Handhabung stellt die Regelung, nach der die „Ver-

²¹ Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist die Verwurzelung wegen Art. 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG, Art. 8 EMRK und aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu beachten.

wurzelung“ zu berücksichtigen ist und wonach in diesem Zusammenhang auch grundrechtlich geschützte Belange tangiert sein können, u. E. eine **Verbesserung** dar.

Empfehlung:

Keine

7. Zu § 25 Abs. 5 AufenthG:

Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG kann unter bestimmten Voraussetzungen erteilt werden, wenn die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Für potentiell Begünstigte der gesetzlichen Altfallregelung kann u. E. ggf. auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf dieser Rechtsgrundlage in Betracht kommen (vgl. 6.).

Verbesserung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG darf nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert war. Im 2. Entwurf wurde die Formulierung, dass ein Verschulden im Fall der Stellung eines Asylfolgeantrags, um eine drohende Aufenthaltsbeendigung abzuwenden, vorliegt, gestrichen (Nr. 25.5.4.1 VwV-E1; Nr. 25.5.4.1 VwV-E2)²².

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

Keine.

Der 3. Entwurf:

- Nach den ersten beiden Entwürfen (Nr. 25.5.1.5 VwV-E1; Nr. 25.5.1.5 VwV-E2) kam es ausdrücklich nur auf die Unmöglichkeit, nicht auf die Zumutbarkeit der Ausreise an. Diese Frage war allerdings streitig geblieben, da teilweise²³ die Aufnahme der Zumutbarkeit z.B. wegen des Schutzes von Ehe und Familie, Art. 6 GG, Art. 8 EMRK, gefordert wurde. Der 3. Entwurf streicht daraufhin zwar einerseits die Ausführungen, dass es auf die Zumutbarkeit nicht ankommt, er enthält aber andererseits auch keine Regelung dahingehend, dass diese zu berücksichtigen sei. Vielmehr wird dargestellt, dass unter der rechtlichen Unmöglichkeit inlandsbezogene Ausreisehindernisse wie - unter bestimmten Voraussetzungen - Erkrankungen zu verstehen sind (vgl. Löschung nach Nr. 25.5.1.1 VwV-E3). Damit bleibt es den einzelnen Ausländerbehörden überlassen, ob sie die Unzumutbarkeit der Ausreise berücksichtigen. Dennoch liegt gegenüber den Vorentwürfen eine **Verbesserung** vor.
- Der 3. Entwurf streicht die in den ersten beiden Entwürfen (Nr. 25.5.1.5 VwV-E1; Nr. 25.5.1.5 VwV-E2) enthaltenen Ausführungen, dass aus dem langjährigen Aufenthalt in Deutschland und den hiesigen persönlichen Bindungen nicht auf die Unmöglichkeit der Ausreise geschlossen werden kann (vgl. Löschung nach Nr. 25.5.1.1 VwV-E3), was eine **Verbesserung** bedeutet.

²² Umsetzung der Anregung in den Stellungnahmen des Deutschen Caritasverbandes, Nr. 33 und der Kirchen, S. 13.

²³ So BW, HH, NRW und ST.

Empfehlung:

- Wir empfehlen, die Unzumutbarkeit ausdrücklich einzubeziehen, da nach der Gesetzesbegründung²⁴ „auch die subjektive Möglichkeit - und damit implizit auch die Zumutbarkeit - der Ausreise zu prüfen“ ist. Anderenfalls wäre § 25 Abs. 5 AufenthG kaum anwendbar²⁵. Auch nach der Rechtsprechung des BVerwG²⁶ ist die Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich, wenn ihr Hindernisse entgegenstehen, die die Ausreise ausschließen oder unzumutbar erscheinen lassen²⁷.

8. Zu den Vorbemerkungen zu § 104a AufenthG:

In § 104a AufenthG ist die gesetzliche Altfallregelung verankert, nach der langjährig in Deutschland mit einer Duldung lebende Personen unter bestimmten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten sollen bzw. können.

Verbesserungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Anträge aufgrund des Bleiberechtsbeschlusses der IMK vom 17.11.2006²⁸ können nach dem Günstigkeitsprinzip nach den entsprechenden Anordnungen der einzelnen Bundesländer oder nach der gesetzlichen Altfallregelung beschieden werden (Nr. 104a.0.2 VwV-E2).
- Der 2. Entwurf stellt fest, dass Anträgen auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der gesetzlichen Altfallregelung bis 31.12.2009 gestellt werden können (Nr. 104a.0.3 VwV-E2). Demgegenüber nannte der 1. Entwurf den 01.07.2008 als Fristende (Nr. 104a.0.3 VwV-E1).

Verschlechterungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach der gesetzlichen Altfallregelung, § 23 Abs. 1, S. 1 i. V. m. § 104a Abs. 1, S. 2 AufenthG setzt die Lebensunterhaltssicherung für eine Einzelperson voraus, dass diese ihre Unterhaltungspflicht gegenüber ihren in Deutschland lebenden Familienangehörigen erfüllt (Nr. 104a.0.4 und 104a.1.8 VwV-E2). Diese Ergänzung beruht u. a. auf dem Wunsch *Niedersachsens* (vgl. Nr. 1).
- Die Auslegungsregel, dass eine Aufenthaltserlaubnis auf Probe nicht erteilt werden soll, wenn keine Anhaltspunkte vorliegen, dass künftig die Inanspruchnahme von schädlichen Sozialleistungen entfällt, wurde auf den Wunsch *Niedersachsens* von den Verwaltungsvorschriften zu § 104a Abs. 6 Nr. 5 AufenthG (Nr. 104a.6.5.2 VwV-E1) an den Anfang zu § 104a AufenthG gestellt (Nr. 104a.0.5 VwV-E2)²⁹. Damit wird klargestellt, dass sie sich nicht nur auf Personen bezieht, die am 31.12.2009 das 65. Lebensjahr vollendet haben, sondern in allen Konstellationen gelten soll.

²⁴ BT-Drs. 15/420, S. 80.

²⁵ Stellungnahme von Pro Asyl, S. 10.

²⁶ BVerwG, Urt. V. 26.06.2006, Az. 1 C 14.05.

²⁷ Stellungnahme der Kirchen S. 11, Stellungnahme des Deutschen Caritasverbandes, Nr. 31.

²⁸ http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download_1152.pdf, S. 18 ff.

²⁹ Nach der Stellungnahme der Kirchen, S. 25 verstößt diese Vorschrift gegen den Wortlaut und gegen Sinn und Zweck der gesetzlichen Altfallregelung.

Der 3. Entwurf:

- Der 3. Entwurf verzichtet auf die Festlegung der Antragsfrist (Nr. 104a.0.3 VwV-E-3) und überlässt es den Ausländerbehörden, ob sie den 01.07.2008 zugrunde legen - bis zu diesem Zeitpunkt war der Nachweis der Sprachkenntnisse möglich, § 104a Abs. 1, S. 4 AufenthG - oder den 31.12.2009 - bis zu diesem Zeitpunkt wird die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG erteilt, § 104a Abs. 5, S. 1 AufenthG - annehmen. Dies stellt eine **Verschlechterung** dar.

Empfehlungen:

- Wir empfehlen, die Einbeziehung der Unterhaltsverpflichtung für die Gesamtfamilie zu streichen (vgl. Nr. 1).
- Wir empfehlen, die Auslegungsregel zu streichen, da sie aufgrund der zwangsläufig mit Unwägbarkeiten verbundenen Prognoseentscheidung einen Teil der Zielgruppe von vorneherein von der gesetzlichen Altfallregelung ausschließt.
- Wir empfehlen, die Antragsfrist ausdrücklich bis 31.12.2009 zu erweitern, da davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber, wenn er eine Frist für die Beantragung der Aufenthaltserlaubnis hätte setzen wollen, diese Frist ausdrücklich genannt hätte.

9. Zu § 104a Abs. 1 AufenthG

§ 104a Abs. 1, S. 1 AufenthG regelt die Voraussetzungen, unter denen Ausländern mit einer Duldung, die ihren Lebensunterhalt noch nicht eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern können, eine Aufenthaltserlaubnis auf Probe erteilt werden soll. Ist der Lebensunterhalt bereits jetzt gesichert, kann sofort eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, S. 1 i. V. m. § 104a Abs. 1, S. 2 AufenthG erteilt werden.

Verbesserungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Verbesserung bei den Voraufenthaltszeiten bei Kindern: das Erfordernis des sechsjährigen Voraufenthalt soll auch dann erfüllt sein, wenn erst nach dem 01.07.2007 minderjährige Kinder geboren werden bzw. eingereist sind. Bei Kindern, die bereits vor dem 01.07.2007 in Deutschland lebten, genügt es, dass sie zu diesem Zeitpunkt minderjährig waren (Nr. 104a 1.1 VwV-E2).
- Auslegungshinweise zum Ausschlussgrund „keine Bezüge zu bzw. keine Unterstützung von extremistischen oder terroristischen Organisationen“ in § 104a Abs. 1, Nr. 5 AufenthG, die zu einer eingeschränkten Anwendbarkeit dieses Ausschlussgrundes führen (Nr. 104a.1.6 VwV-E2).
- Feststellung, dass minderjährigen Kindern in den Fällen des § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylVfG (Ablehnung des Asylantrags von Kindern unter 16 Jahren unter bestimmten Voraussetzungen als offensichtlich unbegründet) eine Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 10 Abs. 3, S. 2 AufenthG (d.h. trotz der Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet) erteilt werden kann (Nr. 104a.1.9 VwV-E2).
- Nach dem 2. Entwurf ist es für die Anwendbarkeit der 6-jährigen Voraufenthaltsfrist ausreichend, wenn minderjährige Kinder mit ihren Verwandten in häuslicher Gemeinschaft leben und diese als Vormund oder Pfleger bestellt sind (Nr. 104a.1.9 VwV-E2). Es müssen nicht deren eigene Kinder sein (so Nr. 104a.1.7 VwV-E1).

Verschlechterungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Nachweis des Schulbesuchs durch Zeugnisse notwendig, wobei der Schulbesuch bei wiederholt unentschuldigtem Fehlen nicht nachgewiesen ist (Nr. 104a.1.4 VwV-E2). Der 1. Entwurf enthält demgegenüber zu der Frage des Schulbesuchs keine Erläuterungen. Diese Ergänzung beruht auf dem Wunsch *Niedersachsens*.
- Die Fallgruppen, in denen der Ausschlussgrund des vorsätzlichen Hinauszögerns oder des Behindertens von behördlichen Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung vorliegen kann, wurden auf Wunsch *Niedersachsens* erheblich erweitert (Nr. 104a.1.4.2.1 VwV-E1, Nr. 104a.1.45.2.1 VwV-E2): Nach dem 2. Entwurf liegt auch dann ein Ausschlussgrund vor, wenn der Ausländer nicht eigeninitiativ seinen Mitwirkungspflichten nachkommt. Dies gilt *jedenfalls* dann, wenn entsprechende Aufforderungen der Ausländerbehörde nicht beachtet werden. Diese unklare Formulierung lässt offen, ob auch ohne Aufforderung zu einer bestimmten Mitwirkungshandlung ein Ausschlussgrund angenommen werden kann, weil der Ausländer nicht eigeninitiativ tätig geworden ist. Ein Ausschlussgrund soll nach dem 2. Entwurf auch vorliegen, wenn der Ausländer in der Vergangenheit seine Bereitschaft zur freiwilligen Ausreise erklärt hat und doch nicht ausgereist ist.

Der 3. Entwurf:

- Nach dem 3. Entwurf reicht es aus, wenn der Schulbesuch in geeigneter Weise nachgewiesen wird. Auf die Feststellung, dass bei wiederholt unentschuldigtem Fehlen der Nachweis nicht erbracht ist, wird verzichtet (Nr. 104a.1.4 VwV-E3), was eine klare **Verbesserung** bedeutet.
- Die Fallgruppen für den Ausschlussgrund des vorsätzlichen Hinauszögerns oder des Behindertens werden im 3. Entwurf um die Fallgruppe des Unterlassens der Ausreise trotz der vorangegangenen Erklärung, freiwillig auszureisen, reduziert (Nr. 104a.1.5.2.1-E3). Auch dies ist als **Verbesserung** zu werten.
- Der Ausschlussgrund „keine Bezüge zu bzw. keine Unterstützung von extremistischen oder terroristischen Organisationen“ wird um die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen in der Vergangenheit stattgefunden Kontakte zu berücksichtigen (Nr. 104a.1.6 VwV-E3), erweitert, was eine **Verschlechterung** bedeutet.

Empfehlung:

- Wir empfehlen, zumindest³⁰ die auch nach dem 3. Entwurf fortbestehende Erweiterung der Ausschlussgründe rückgängig zu machen, da sie in deutlichem Widerspruch zu dem in den VwV eigens erwähnten Willen des Gesetzgebers steht, einen großzügigen Maßstab anzulegen, um das Problem der langjährig Geduldeten zu lösen (Nr. 104a.1.4 VwV-E1; Nr. 104a.1.45 VwV-E2)³¹.

³⁰ Aber auch der 1. Entwurf enthält etwa die Formulierung - dass ein Ausschlussgrund vorliegt, wenn die Abschiebung sonst durch das persönliche Verhalten verhindert wurde - die aufgrund ihres weiten Auslegungsspielraums in Widerspruch zu dem eingangs genannten anzulegenden großzügigen Maßstab stehen kann. Außerdem ist es u. E. äußerst problematisch, aus dem „Sitzen in Abschiebehaft“ auf ein vorsätzliches Herausögern oder Behindern behördlicher Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung zu schließen.

³¹ Die Verwendung eines großzügigen Maßstabs im 1. Entwurf war in der Stellungnahme der Kirchen ausdrücklich begrüßt worden, Nr. 104a.1.4 ff.

10. Zu § 104a Abs. 2 AufenthG

Nach § 104a Abs. 2 AufenthG kann Volljährigen, die als Minderjährige eingereist sind, unter bestimmten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, S. 1 AufenthG erteilt werden.

Verbesserungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Auch bei volljährigen Schülern (Gymnasium, Fachhochschule) ist ein Absehen von der Lebensunterhaltssicherung möglich, hierzu kann eine Prognoseentscheidung der Schule eingeholt werden (Nr. 104.a.2.1 VwV-E2). Diese Ergänzung beruht auf Wunsch u. a. von *Niedersachsen*.
- Feststellung, dass Studenten-BAföG als Einkommen gilt, was ebenfalls u. a. auf den Vorschlag *Niedersachsens* zurückgeht (Nr. 104.a.2.1 VwV-E2).

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

Keine.

Der 3. Entwurf:

- Im 3. Entwurf wird der Begriff „Fachhochschüler“ durch „Fachschüler“ ersetzt (Nr. 104a.2.1 VwV-E3). Da Fachhochschüler ohnehin zu den Studenten zählen, stellt dies eine klarstellende **Verbesserung** da.

Empfehlung:

keine

11. Zu § 104a Abs. 3 AufenthG

Nach § 104a Abs. 3 AufenthG kann bei Straftaten eines Familienmitglieds, die nach § 104a Abs. 1, Nr. 6 AufenthG einen Ausschlussgrund darstellen, auch den anderen Familienmitgliedern keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

Verbesserung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Eine besondere Härte, die dazu führt, dass trotz Straftaten von Familienangehörigen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, kann vorliegen, wenn die Ausreise aufgrund eigener Integrationsleistungen unzumutbar ist (Nr. 104a.3.2 VwV-E2)³². Nach dem 1. Entwurf liegt eine besondere Härte nur bei Vorliegen von Umständen vor, die auch ein dauerhaftes Abschiebungsverbot begründen (Nr. 104a.3.2 VwV-E1).

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

Keine.

³² Teilweise Umsetzung der in der Stellungnahme der Kirchen enthaltenen Anregung, S. 25.

Der 3. Entwurf:

- Nach den ersten beiden Entwürfen kam auch in den Fällen, in denen der Ehegatte aufgrund der besonderen Härte ein eigenes Aufenthaltsrecht erhält, für die Kinder des Ausländers nur die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 b AufenthG in Betracht, der die Ausreise der Eltern voraussetzt (Nr. 104a.3.2 VwV-E1; Nr. 104a.3.2 VwV-E2), wobei dieser Punkt streitig geblieben war³³. Der 3. Entwurf ändert dies dahingehend ab, dass bei den Kindern die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG in Betracht kommt (Nr. 104a.3.2 VwV-E3), was eine **Verbesserung** beinhaltet. Hier besteht allerdings noch ein Prüfvorbehalt des BMI, der ein Leerlaufen des § 104a Abs. 3 AufenthG befürchtet.

Empfehlung:

- Wir empfehlen, daran festzuhalten, dass den Kindern in diesen Fällen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG erteilt wird.

12. Zu § 104a Abs. 5 AufenthG

In § 104a Abs. 5 AufenthG wird geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Aufenthaltserlaubnis auf Probe als Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1, S. 1 AufenthG verlängert wird.

Verbesserung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Beide Entwürfe sehen vor, dass eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach §§ 8 Abs. 1, 26 Abs. 1 AufenthG nicht möglich ist, wenn die Voraussetzungen für eine Verlängerung nach § 104a Abs. 5 AufenthG nicht vorliegen, da dieser lex specialis ist. Der 2. Entwurf hat den Zusatz, dass dies auch für die Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG gilt, gestrichen (Nr. 104a.5.4 VwV-E1, Nr. 104a.5.4 VwV-E2).

Verschlechterungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Die Aufenthaltserlaubnis auf Probe soll u. a. verlängert werden, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers bis zum 31.12.2009 überwiegend eigenständig durch Erwerbstätigkeit gesichert war, § 104a Abs. 5, S. 2, 1. Alt. AufenthG. Der 2. Entwurf bewirkt hier für die potentiell Bleibeberechtigten eine Verschlechterung, da in diesem bestimmte Voraussetzungen an den Zeitraum gestellt werden, in dem die Unterhaltssicherung erfolgt gewesen sein muss: Nach dem 1. Entwurf musste im Zeitraum der Laufzeit der Aufenthaltserlaubnis auf Probe das Einkommen aus Erwerbstätigkeit die ergänzenden schädlichen Sozialleistungen überstiegen haben (Nr. 104a.5.3 VwV-E1, „überwiegend“ wird materiell verstanden). Demgegenüber regelt der 2. Entwurf, dass die Ausländerbehörde alternativ verlangen kann, „dass entweder im überwiegenden Teil des zu betrachtenden Zeitraums der Lebensunterhalt vollständig ohne öffentliche Mittel gesichert war, oder dass im gesamten Zeitraum trotz möglichen zusätzlichen Bezugs öffentlicher Mittel jedenfalls das Einkommen aus Erwerbstätigkeit insgesamt überwog“ (Nr. 104a.5.3 VwV-E2). Damit wird in der 1. Alternative „überwiegend“ zeitlich verstanden, wobei

³³ a.A. By und NRW .

der zu betrachtende Zeitraum wie beim 1. Entwurf der Zeitraum der Laufzeit der Aufenthaltserlaubnis auf Probe ist. Die zweite Alternative fasst „überwiegend“ wiederum materiell auf; es stellt sich allerdings die Frage, was unter dem „gesamten Zeitraum“ zu verstehen ist. Zum einen könnte gemeint sein, dass in jedem Monat der Laufzeit der Aufenthaltserlaubnis auf Probe das Erwerbseinkommen überwiegen muss. Zum anderen könnte mit dem „gesamten Zeitraum“ auch der Geltungszeitraum der gesetzlichen Altfallregelung gemeint sein. In beiden Fällen werden jedoch zusätzliche Anforderungen an den Zeitraum gestellt.

Zudem stellt sich die Frage, wie die Formulierung „die Ausländerbehörde kann alternativ verlangen“ zu verstehen ist. Wäre es ausreichend, dass eine der beiden Alternativen erfüllt ist, wäre die Ausländerbehörde wohl nicht ausdrücklich genannt worden. Daher ist anzunehmen, dass sich jede Ausländerbehörde entscheiden kann, welche Alternative sie in ihrem Zuständigkeitsbereich erfüllt sehen möchte, da eine Entscheidung im Einzelfall gegen Art. 3 GG verstoßen würde.

- Der 2. Entwurf ergänzt auf Betreiben *Niedersachsens*, dass bei der Prognoseentscheidung im Hinblick auf die künftige Lebensunterhaltssicherung kein ergänzender Bezug von schädlichen Sozialleistungen absehbar sein darf (Nr. 104a.5.3 VwV-E2).

Der 3. Entwurf:

- Im 3. Entwurf wird die Formulierung, dass die Ausländerbehörde alternativ verlangen kann, dass der Lebensunterhalt entweder nach der einen oder nach der anderen Betrachtungsweise gesichert sein muss, dahingehend geändert, dass eine der beiden Alternative erfüllt sein muss (Nr. 104a.5.3 VwV-E3). Dies stelle eine **Verbesserung** dar.
- Hinsichtlich der Frage, ob und ab wann bei sehr spät gestellten Anträgen der Lebensunterhalt spätestens gesichert sein muss, besteht nach dem 3. Entwurf noch Besprechungsbedarf (Nr. 104a.5.3, Fn. 3 VwV-E3).
- Bei der Prognoseentscheidung verzichtet der 3. Entwurf auf die Festlegung, dass für die Zukunft kein schädlicher Sozialleistungsbezug absehbar sein darf, und streicht den Zusatz, dass Ausnahmen von der vollständigen Lebensunterhaltssicherung nur im Rahmen des § 104a Abs. 6 AufenthG möglich sind. Stattdessen soll für die Zukunft der gleiche Maßstab wie für die Vergangenheit angelegt werden. Liegen Anhaltspunkte vor, dass auch künftig Sozialleistungen bezogen werden, ist entscheidend, dass im Laufe der Zeit eine vollständige Lebensunterhaltssicherung gelingen kann (Nr. 104a.5.3, Fn. 3 VwV-E3). Das bedeutet eine **Verbesserung**. Außerdem verzichtet der 3. Entwurf auf die Regelung, dass – wenn der Lebensunterhalt in der Vergangenheit zwar gesichert, der Ausländer aber am 31.12.2009 nicht erwerbstätig war – eine Prognoseentscheidung unter Berücksichtigung der beruflichen Qualifikation, der bisherigen Beschäftigung und einer ggf. ergangenen Eingliederungsvereinbarung nach SGB II zu treffen war (Nr. 104a.5.3 VwV-E3), was dazu führt, dass die Auswahl der Kriterien für die Prognoseentscheidung in diesen Fällen der einzelnen Ausländerbehörde überlassen bleibt.
- Auch nach dem 3. Entwurf kann die Aufenthaltserlaubnis auf Probe, § 104a Abs. 1, S. 1 AufenthG, wenn die Voraussetzungen für eine Verlängerung nach § 104a Abs. 5 AufenthG nicht vorliegen, nicht nach § 8 Abs. 1 AufenthG oder § 26 Abs. 1 AufenthG verlängert werden (Nr. 104a.5.4 VwV-E3). Hier wünscht nun BW die Streichung „der nach § 104a Abs. 1, S. 1 AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnis“. Das BMI ist dagegen, da sonst – entgegen der erreichten Einigung – der Eindruck entstehen könnte, dass die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1, S. 2 AufenthG

auch nur nach § 104a Abs. 5 AufenthG verlängert werden kann (Nr. 104a.5.4 VwV-E3, Fn. 5).

Wichtige Verbesserung gegenüber Vorl. Nds. VwV:

- Auch wenn die Auslegung von „überwiegend eigenständig“ im 2. Entwurf ungünstiger ist als im 1. Entwurf, enthält auch dieser gegenüber den Vorläufigen Niedersächsischen Verwaltungsvorschriften eine erhebliche Erleichterung, da diese „überwiegend“ zeitlich verstehen und etwa verlangen, dass der Lebensunterhalt in einem Zeitraum von 15 Monaten vollständig eigenständig gesichert gewesen sein muss³⁴.

Empfehlungen:

- Wenn die Intention der gesetzlichen Altfallregelung, die Schaffung einer dauerhaften Bleibeperspektive, nicht zum Scheitern verurteilt werden soll (vgl. Empfehlungen zu 1.), empfehlen wir **dringend**, die Anforderungen an die Lebensunterhaltssicherung nicht weiter zu verschärfen und zumindest³⁵ zu den Regelungen des 1. Entwurfs zurückzukehren. Im Rahmen des § 2 Abs. 3 AufenthG sind im Fall der Erwerbstätigkeit bei der Berechnung des verfügbaren Einkommens die sog. Erwerbstätigenfreibeträge nach §§ 11; 30 SGB II zu berücksichtigen (vgl. Nr. 1). Um zusätzliche Hürden für potentiell Bleibeberechtigte abzubauen, empfehlen wir, ergänzende Sozialleistungen in dieser Höhe als unschädlich zu betrachten.
- Um auch Personen, denen die Aufenthaltserlaubnis auf Probe erst zu einem späten Zeitpunkt erteilt wird, eine realistische Chance zur Integration in den Arbeitsmarkt einzuräumen, empfehlen wir auch aus diesem Grund hier auf den Nachweis der Lebensunterhaltssicherung zu verzichten³⁶.
- Die Regelung, dass im Rahmen der Prognoseentscheidung entscheidend sein soll, dass im Laufe der Zeit eine vollständige Lebensunterhaltssicherung gelingen kann, ist u. E. aufgrund des Wortlauts des § 104a Abs. 5, S. 3 AufenthG, der eine „überwiegende Sicherung in der Zukunft“ voraussetzt, problematisch. Wir empfehlen daher **dringend**, diese zusätzliche Anforderung zu streichen.
- Im Rahmen der Verwaltungsvorschriften zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis auf Probe führen beide Entwürfe aus, dass Leistungen nach SGB II schädliche Sozialleistungen sind (Nr. 104a.5.3 VwV-E2, Nr. 104a.5.3 VwV-E2). Diese Formulierung lässt befürchten, dass hiermit nicht nur - wie in den Verwaltungsvorschriften zu § 2 AufenthG - die Leistungen nach SGB II zur Sicherung des Lebensunterhalts gemeint sind (Nr. 2.3.1.1.1 VwV-E2), sondern sämtliche Leistungen nach SGB II, also auch etwaige Serviceleistungen der SGBII-Träger, umfasst sind. Letzteres würde dazu führen, dass potentiell Bleibeberechtigte die Instrumente zur Integration in den Arbeitsmarkt, zu denen sie Zugang haben, nicht nutzen können. Wir empfehlen, klarzustellen, dass unter schädlichen Leistungen nach SGB II nur die SGB II - Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts zu verstehen sind. Anderenfalls könnten z.B. die Nutzung von Angeboten aus ESF-Bundes- oder Landesrichtlinien zur Unterstützung der Arbeitsmarktintegration potentiell Bleibeberechtigter oder von Dienstleistungen der SGB II-Träger als schädliche Leistung gesehen werden.

³⁴ Vorl. Nds. VwV 104a.5.2.1.

³⁵ Um der Intention der gesetzlichen Altfallregelung gerecht zu werden, muss die Lebensunterhaltssicherung durch den Nachweis einer Integrations(vor-)leistung ersetzt werden. Entsprechende Gesetzesänderungen sind unverzüglich umzusetzen.

³⁶ Vgl. hierzu auch Fn. 35

13. Zu § 104a Abs. 6 AufenthG:

Bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis auf Probe werden in bestimmten Fällen Ausnahmen von der Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung durch Erwerbstätigkeit gemacht:

Verbesserungen gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Der 2. Entwurf stellt klar, dass nicht nur bei Auszubildenden, sondern auch bei Schülern an Oberstufen der allgemeinbildenden Schulen und bei Studenten an (Fach-)Hochschulen unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen gemacht werden können, § 104a Abs. 6, Nr. 1 AufenthG (Nr. 104a.6.1 VwV-E2).
- Klarstellung auf Wunsch *Niedersachsens*, dass Auszubildende bei der Unterhaltsberechnung der Gesamtfamilie nicht berücksichtigt werden (Nr. 104a.6.1 VwV-E2).

Verschlechterung gegenüber dem 1. Entwurf der VwV zum AufenthG:

- Feststellung, dass Ausnahmen von der Lebensunterhaltssicherung nur gemacht werden, wenn die Regelausbildungsdauer nicht um mehr als ein Jahr überschritten wird (Nr. 104a.6.1 VwV-E2).

Wichtige Verbesserungen gegenüber den Vorl. Nds. VwV:

- Beide Entwürfe enthalten wesentlich großzügigere Ausnahmeregelungen für Familien mit Kindern, bei denen nach dem Gesetzeswortlaut der vorübergehende, ergänzende Sozialleistungsbezug unproblematisch ist, § 104a Abs. 6, Nr. 2 AufenthG: Zum einen muss nach den Entwürfen das Einkommen nur vollständig den Bedarf der Eltern und nicht den der Kinder decken (Nr. 104a.6.2 VwV-E1; Nr. 104a.6.2 VwV-E2), wohingegen die Vorl. Nds. VwV bestimmte unschädliche Beträge für bestimmte Kinder festlegen³⁷. Zum anderen verzichten die Entwürfe ausdrücklich auf eine Definition von „vorübergehend“ (Nr. 104a.6.2 VwV-E1; Nr. 104a.6.2 VwV-E2), während nach den Vorl. Nds. VwV „vorübergehend“ im Regelfall nicht länger als 6 Monate sein darf³⁸.
- Nach den Entwürfen können Alleinerziehende, § 104a Abs. 6, Nr. 3 AufenthG in einem bestimmten Zeitraum vollständig auf Sozialleistungen angewiesen sein (Nr. 104a.6.3 VwV-E1; Nr. 104a.6.3 VwV-E2); nach dem Wortlaut der Vorl. Nds. VwV dürfen Alleinerziehende nur in dem Umfang wie vollständige Familien schädliche Sozialleistungen beziehen³⁹.

Der 3. Entwurf:

- Der 3. Entwurf stellt klar, dass die Eltern, die aufgrund der Ausnahmeregelung des § 104a Abs. 6, Nr. 2 AufenthG nicht den überwiegenden Bedarf der Gesamtfamilie sichern müssen, ihren eigenen Bedarf überwiegend, d.h. entsprechend der Regelungen des § 104a Abs. 5 AufenthG und nicht etwa vollständig sichern müssen. Diese Klarstellung stellt eine **Verbesserung** dar (Nr. 104a.6.2 VwV-E3).

³⁷ Vorl. Nds. VwV, 104a.6.2.

³⁸ Vorl. Nds. VwV, 104a.6.2.; da Niedersachsen die Aufnahme der Definition von „vorübergehend“ als in der Regel nicht länger als 6 Monate wünscht, ist diese Punkt noch streitig (Nr. 104a.6.2 VwV-E2).

³⁹ Vorl. Nds. VwV, 104a.6.3.

- Zur Dauer des ergänzenden Sozialleistungsbezugs kann nach dem 3. Entwurf keine feste zeitliche Grenze festgelegt werden (Nr. 104a.6.2 VwV-E3). Da dieser Punkt zuvor streitig geblieben war, stellt der endgültige Verzicht auf die Festlegung einer bestimmten Zeitspanne eine **Verbesserung** dar.

Empfehlungen:

- Wir begrüßen, dass auch zugunsten von Schülern und Studenten Ausnahmen von der Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung gemacht werden können und empfehlen aber eine ausdrückliche Klarstellung, dass diese Ausnahme allen Schülern bzw. Auszubildenden, die einen anerkannten Schul- oder Ausbildungsabschluss anstreben, zugute kommt.
- Wir empfehlen, auf die Einschränkung zu verzichten, dass eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Lebensunterhaltssicherung nicht gemacht werden kann, wenn die Regelausbildungsdauer um mehr als ein Jahr überschritten wird, da bei einer festen Zeitgrenze die verschiedenen persönlichen Lebenssituationen (Krankheit etc.) nicht ausreichend berücksichtigt werden können.

14. Zu § 104 b AufenthG

Nach § 104b AufenthG kann einem minderjährigen Kind im Fall der Ausreise der Eltern oder des allein personensorgeberechtigten Elternteils - denen keine Aufenthaltserlaubnis nach der gesetzlichen Altfallregelung erteilt oder deren Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert wird - unter bestimmten Voraussetzungen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Die Integrationsbeauftragte befürwortet die Aufnahme eines Verweises in die VwV, dass bei der Unzumutbarkeit der Ausreise der Eltern die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu prüfen ist (Nr. 104b.1 VwV-E2).

Empfehlung:

- Da die in § 104b AufenthG enthaltene Regelung die Trennung personensorgeberechtigter Eltern von ihren minderjährigen Kindern aufenthaltsrechtlich belohnt, ist sie u. E. im Hinblick auf Art 6 GG, Art. 8 EMRK mindestens problematisch. Der Vorschlag der Integrationsbeauftragten zeigt einen Weg auf, bei dem eine Trennung vermieden und den minderjährigen Kindern trotzdem ein Aufenthaltsrecht eingeräumt werden kann. Wir empfehlen **dringend**, diesen Vorschlag aufzunehmen und die extensive Anwendung dieser Möglichkeit vorzuschreiben.

15. Fazit:

Es bleibt festzuhalten, dass die Erläuterungen und Auslegungsanweisungen im 2. Entwurf im Kontext einer großzügigen Umsetzung der gesetzlichen Altfallregelung weit hinter dem 1. Entwurf zurückbleiben. Ein wesentlicher Teil der für die potentiell Bleibeberechtigten nachteiligen Regelungen wurde dabei auf Initiative der Landesregierung Niedersachsens eingebracht.

In Teilen bleiben die Verwaltungsvorschriften unpräzise und eröffnen **Auslegungsspiel-**

räume, die einer bundeseinheitlichen Umsetzung der gesetzlichen Altfallregelung entgegenstehen und befürchten lassen, dass die Vorschriften – wie bisher – nach Gusto der jeweiligen landespolitischen Präferenzen angewendet werden.

Der 3. Entwurf führt an einigen Stellen – im positiven Sinne – Klarheit herbei und verbessert Details; er lässt aber mehrere, nicht unwesentliche Punkte offen, was zur Folge hat, dass die Entscheidungen den einzelnen Ausländerbehörde überlassen bleiben.

Die nach wie vor **hohen Vorgaben zur Lebensunterhaltssicherung** erschweren also weiterhin die ohnehin hochgesteckten Erwartungen an die Menschen, die durch die gesetzliche Altfallregelung begünstigt werden sollten. Insbesondere für Menschen in besonderen Lebenslagen, wie ältere, kranke und behinderte Menschen, Alleinerziehende und größere Familien, sind die (Ausnahme-)Regelungen unzureichend. Wirtschaftskrise, Lohndumping und Stellenabbau einerseits, Folgen einer erzwungenen Langzeitarbeitslosigkeit andererseits dürfen nach dem Regelwerk nicht berücksichtigt werden.

So sehr bundeseinheitliche Verwaltungsvorschriften zum AufenthG sinnvoll erscheinen, für die gesetzliche Altfallregelung muss als paralleler Baustein eine gesetzliche Nachbesserung erfolgen. Eine Fristverlängerung für den Nachweis der Lebensunterhaltssicherung kann dabei nur ein Anfang sein. Wesentlich wird vielmehr ein Umdenken im Hinblick auf die Bleiberechtsvoraussetzung der Lebensunterhaltssicherung als solche sein. Nicht mehr oder weniger Einkommensnachweise, sondern ein Mehr oder Weniger an Integrations(vor-)leistungen sollten dabei die Grundlage für einen dauerhaften Aufenthalt von langjährig geduldeten MigrantInnen sein. Die Gesamtschau der Ergebnisse – konkret: die große Zahl derjenigen, die an den hohen Hürden der Lebensunterhaltssicherung scheitern werden – wird das alsbald zeigen.