

Aus der Beratungspraxis

Hinweise für Verlängerungsanträge bei Aufenthaltserlaubnissen nach § 104 a AufenthG

RAin Silke Schäfer, Göttingen

I. Erfordernis der Lebensunterhaltssicherung

Im Rahmen der gesetzlichen Altfallregelung haben nach Angaben der Bundesregierung bis Ende Juni 2009 über 35 000 Personen Aufenthaltserlaubnisse erhalten,¹ die gemäß § 104 a Abs. 5 S. 1 AufenthG zumeist mit einer Gültigkeit bis zum 31. Dezember 2009 ausgestellt wurden. Bei der Frage, ob die Aufenthaltserlaubnisse verlängert werden, kommt es in erster Linie auf den Nachweis an, ob der Lebensunterhalt eigenständig gesichert werden kann.

Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnisse sollte in der Regel unproblematisch möglich sein, wenn sie nach § 23 Abs. 1 AufenthG erteilt wurden. Dies betrifft zum einen Personen, die bei der Entscheidung über ihren Antrag ihren Lebensunterhalt bereits eigenständig sichern konnten (§ 104 a Abs. 1 S. 2 AufenthG). Auch wenn sich bei ihnen mittlerweile die Situation verändert hat und sie ihren Lebensunterhalt nicht mehr vollständig, sondern nur noch überwiegend eigenständig sichern, wird die Aufenthaltserlaubnis verlängert.²

Zum anderen konnten Personen, die als Minderjährige eingereist waren, unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG erhalten (§ 104 a Abs. 2 AufenthG). Bei dieser Gruppe wird der Titel verlängert, ohne dass es auf den Nachweis der Lebensunterhaltssicherung ankommt.

In der großen Mehrzahl der Fälle – laut Bundesregierung betrifft dies mehr als 28 000 Personen³ – wurde die Aufenthaltserlaubnis jedoch nach § 104 a Abs. 1 S. 3 AufenthG lediglich »auf Probe« erteilt. Die Verlängerung dieser Aufenthaltserlaubnisse setzt gemäß § 104 a Abs. 5 S. 2 AufenthG die eigenständige Sicherung des Lebensunterhalts nach zwei Alternativen voraus:⁴

- Entweder wird der Lebensunterhalt seit Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104 a AufenthG »überwiegend«, also zeitlich durchgängig (abgesehen von unerheblichen Unterbrechungen) zu mehr als 50 Prozent gesichert⁵
- oder der Lebensunterhalt wird seit 1.4.2009 vollständig gesichert.⁶

Bei beiden Alternativen müssen fundierte Tatsachen zur Prognose führen, dass der Lebensunterhalt in Zukunft überwiegend gesichert werden wird.

Im Rahmen der Prüfung, ob die Betroffenen ein ausreichendes Einkommen erzielen, ist zunächst der Bedarf ausgehend von der Warmmiete ohne Warmwasserkosten sowie der Regelsatzhöhe in § 20 f SGB II i. V. m. der Regelsatzverordnung gemäß § 28 SGB XII zu berechnen.

Seit 1.7.2009 gelten folgende Regelsätze:

- Haushaltsvorstand: 359,- €
- Ehegatte/Lebenspartner: 323,- €
- Kinder im Alter von 14 bis 25 Jahren: 287,- €
- Kinder im Alter von 7 bis 13 Jahren: 251,- €
- Kinder im Alter von 0 bis 6 Jahren: 215,- €

Dabei ist bei Alleinerziehenden und Behinderten noch der Mehrbedarf aus § 21 SGB II zu addieren.⁷

Der so ermittelten Regelsatzhöhe zuzüglich der Warmmiete ohne Warmwasserkosten sowie einer Unterhaltspflicht gegenüber in Deutschland lebenden Familienmitgliedern⁸ muss das Nettoeinkommen des Betroffenen entgegengesetzt werden unter Beachtung der richtigen Steuerklasse und der Kinderfreibeträge.

Hinsichtlich der Frage, welche Einkünfte zur eigenständigen Lebensunterhaltssicherung gemäß § 2 Abs. 3 AufenthG zählen und welche schädliche Sozialleistungen darstellen, wird hier auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur Lebensunterhaltssicherung gemäß § 2 Abs. 3 AufenthG vom 26.8.2008⁹ sowie auf die darauf aufbauende Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG der Bundesregierung vom 27.7.2009 Bezug genommen.

Zum relevanten Einkommen zählt hierbei neben dem Erwerbseinkommen Folgendes:¹⁰

- Kindergeld¹¹
- Kinderzuschlag gemäß § 6 a BKGG
- Eltern- und Erziehungsgeld
- auf Beitragsleistungen beruhende öffentliche Mittel wie Arbeitslosengeld I und Leistungen aus der Kranken- oder

¹ Antwort der Bundesregierung vom 8.9.2009 auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Ds. 16/14023, sowie Antwort der Bundesregierung vom 24.9.2009 auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Ds. 16/4088.

² Vgl. Funke-Kaiser, GK-AufenthG, zu § 104 a RN 87.

³ Zum Stichtag 30. Juni 2009; Antworten der Bundesregierung vom 8.9.2009 und 24.9.2009, BT-Ds. 16/14023, a. a. O.

⁴ Die in Nordrhein-Westfalen aufgrund der Anwendungshinweise vom 16.10.2007 zunächst vorgesehene dritte Alternative in Form einer erforderlichen Lebensunterhaltssicherung von 15 Monaten und einem Tag in dem 30-Monatszeitraum vom 1.7.2007 bis zum 31.12.2009 wurde durch die neuen Anwendungshinweise des IM von NRW vom 30.9.2009 aufgegeben.

⁵ »Überwiegend« bezieht sich auf die Quantität und nicht auf den zeitlichen Faktor, vgl. Funke-Kaiser, GK-AufenthG, zu § 104 a, Rn. 86. Im Erlass des IM NRW vom 16.10.2007 war dies in Punkt 5.2. klargestellt worden.

⁶ Geringfügige Unterbrechungen sind hierbei unschädlich.

⁷ Etwa ein Zuschlag von 17 % der Regelleistung für werdende Mütter nach der 12. Schwangerschaftswoche (§ 21 Abs. 2 SGB II) und ein Zuschlag von 36 % der Regelleistung für Alleinerziehende, die mit einem Kind unter 7 oder mit mehreren Kindern unter 16 zusammenleben (§ 21 Abs. 3 Nr. 1 SGB II).

⁸ Nr. 2.3.2 der »Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz« der Bundesregierung vom 27.7.2009, BR-DrS. 669/09, nachfolgend zitiert als VV-AufenthG.

⁹ BVerwG, Urteil vom 26.8.2008 - 1 C 32.07 - ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 39. Vgl. zu den Auswirkungen dieser Entscheidung auch Claudius Voigt, »Lebensunterhalt, Sozialrecht und Erwerbstätigkeit – wichtige Änderungen«, ASYLMAGAZIN 1–2/2009, S. 5ff.

¹⁰ Nr. 2.3.1.4 VV-AufenthG vom 27.7.2009.

¹¹ Kindergeldbeträge seit Januar 2009: 164,- € jeweils für das erste und zweite Kind, 170,- € für das dritte Kind und 195,- € für jedes weitere Kind.

Aus der Beratungspraxis

Rentenversicherung

- Stipendien
- BAföG-Leistungen
- Bezug aufstockender Leistungen für BAföG-Empfänger gemäß § 7 Abs. 6 SGB II und § 22 Abs. 7 SGB II
- Leistungen nach dem Gesetz zur Förderung der beruflichen Aufstiegsförderung (AFBG)
- Leistungen zur Förderung der Berufsausbildung nach dem SGB III, viertes Kapitel, fünfter Abschnitt
- Zahlungen einer anderen Person über eine Verpflichtungserklärung nach den Umständen des Einzelfalles¹²
- Unterhaltsleistung durch Familienangehörige, die sich im Ausland oder rechtmäßig in Deutschland aufhalten.¹³

Schädlich ist dagegen der tatsächliche Bezug von Wohngeld¹⁴ sowie das bloße Bestehen eines Leistungsanspruches zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, dem SGB XII oder dem SGB VIII, dem AsylbLG, der Grundsicherung nach dem SGB XII oder der Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem SGB.¹⁵

In seltenen Ausnahmefällen soll jedoch unter Beachtung der in Artikel 6 GG vorgenommenen Wertungen sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes die Inanspruchnahme einzelner Hilfen nach dem SGB II oder XII unschädlich sein, etwa bei Studierenden aufgrund einer Schwangerschaft.¹⁶

Zu beachten sind weiter die abschließenden Härtefallgründe in § 104 a Abs. 6 AufenthG, wobei auf das Erfordernis einer Lebensunterhaltssicherung hier nur in Ziffern 1.) bis 3.) verzichtet werden kann bei Auszubildenden in anerkannten Lehrberufen oder staatlich geförderten Berufsvorbereitungsmaßnahmen, bei vorübergehend auf ergänzende Sozialhilfe angewiesene Familien mit Kindern und Allein Erziehenden mit Kindern.

Vom ermittelten Nettogehalt jedes Familienmitglieds muss dann allerdings nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts¹⁷ noch die Pauschale in Höhe von 100,- € gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 SGB II abgezogen werden sowie die Erwerbstätigenfreibeträge von 10 bis 20 % des Bruttoeinkommens gemäß § 30 SGB II.¹⁸

Für die komplizierten Berechnungen gibt es zahlreiche Rechenhilfen im Internet.¹⁹

Auch bei einer dann berechneten unzureichenden Lebensunterhaltssicherung sollte in jedem Fall die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 i. V. m. § 104 a AufenthG beantragt werden, um im Fall einer Verlängerung der Frist für die Lebensunterhaltssicherung dem »Rückfall« in die Duldung vorzubeugen. Eine solche Fristverlängerung wird besonders von Nichtregierungsorganisationen, Verbänden und Kirchen gefordert.²⁰ Berichten zufolge soll sich nun die Innenministerkonferenz Anfang Dezember 2009 erneut mit dieser Frage beschäftigen.²¹

II. Beratungsalternativen

Im Vorfeld sollten jedoch von kompetenten Beratungsstellen oder im Ausländerrecht erfahrenen Rechtsanwälten sämtliche in Betracht kommenden sonstigen Aufent-

haltssicherungsmöglichkeiten, die angesichts der Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104 a AufenthG auf Wunsch der Betroffenen vielfach nicht weiter verfolgt wurden, umfassend geprüft werden.

1. Ausländerrechtliche Aufenthaltssicherung

Bei der Prüfung von neben § 104 a AufenthG bestehenden ausländerrechtlichen Aufenthaltssicherungsmöglichkeiten sollten die verschiedenen Aufenthaltsw Zwecke sorgfältig geprüft werden, um alle Möglichkeiten ausschöpfen zu können.

Neben der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen – darunter auch die bestehende Beistandsgemeinschaft mit kranken Familienangehörigen – kommen hierbei insbesondere Aufenthaltstitel, die eine besondere Integration voraussetzen, in Betracht:

a) § 25 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 EMRK

Vorrangig in Betracht kommen wird bei den Betroffenen, die den Lebensunterhalt noch nicht vollständig sichern können, die Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 EMRK, wobei hier die bundesdeutsche Rechtsprechung teilweise sehr restriktiv ist und häufig insbesondere eine nachhaltige wirtschaftliche und berufliche Integration gefordert wird, teilweise sogar ein rechtmäßiger Voraufenthalt.

Dahingegen ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des EGMR sowie des BVerfG der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK im Sinne des »Schutzes des Privatlebens und des Familienlebens« weit zu fassen.²²

Das Bundesverwaltungsgericht führt insoweit etwa in seinem Urteil vom 29. September 1998²³ zu Art. 8 Abs. 2 EMRK Folgendes aus:²⁴

¹² Nr. 2.3.1. VV-AufenthG vom 27.7.2009.

¹³ Nr. 2.3.4.1. VV-AufenthG vom 27.7.2009.

¹⁴ Nr. 2.3.1.3 VV-AufenthG vom 27.7.2009.

¹⁵ Nr. 2.3.1.2 VV-AufenthG vom 27.7.2009.

¹⁶ Nr. 2.3.1.1. VV-AufenthG vom 27.7.2009.

¹⁷ BVerwG, Urteil vom 26.8.2008, a. a. O.

¹⁸ 20 % des Brutto-Einkommens für das Gehalt von 100,- bis 800,- € (entspricht maximal 140,- €), zuzüglich 10 % des Brutto-Einkommens für das Gehalt von 801,- bis 1.200,- € (entspricht maximal 40 €) bzw. bis 1.500,- € bei Zusammenleben mit mindestens einem minderjährigen Kind (also zusätzlich maximal 30 €). Vgl. auch die tabellarische Übersicht bei Claudius Voigt, a. a. O., wobei aber zu beachten ist, dass hier die vor dem 1.7.2009 geltenden Regelsätze zugrunde gelegt wurden.

¹⁹ Z. B.: www.bmfsfj.de/Kinderzuschlagrechner, www.elterngeldrechner.de.

²⁰ Vgl. etwa die Stellungnahmen bei www.aktion-bleiberecht.de.

²¹ »Verlängerung der Bleiberechtsregelung«, www.swr.de vom 14.10.2009.

²² Vgl. EGMR, Urteil vom 18.10.2006 - Nr. 46410/99 - (Üner); BVerfG, Beschluss vom 10.5.2007 - 2 BvR 304/07 -, ASYLMAGAZIN 7-8/2007, S. 44; BVerfG, Beschluss vom 10.8.2007 - 2 BvR 535/06 -, ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 27.

²³ BVerwG, Urteil vom 29.9.1998 - 1 C 8/96 -.

²⁴ Vgl. auch BVerwG, Urteil vom 27.06.2006 - 1 C 14.05 -, ASYLMAGAZIN 10/2006, S. 28; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 18.04.2007 - 11

»Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommt danach etwa bei Ausländern in Betracht, die aufgrund ihrer gesamten Entwicklung faktisch zu Inländern geworden sind und denen wegen der Besonderheiten des Falles ein Leben im Staat ihrer Staatsangehörigkeit, zu dem sie keinen Bezug haben, nicht zuzumuten ist.«

Nach der Rechtsprechung des EGMR hat gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK jedermann Anspruch auf Achtung seines Privatlebens. Ob im Einzelfall ein durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Privatleben besteht, hängt davon ab, ob sich ein Ausländer auf zureichend intensive persönliche Bindungen im Aufenthaltsstaat berufen kann:²⁵

»Unbeschadet dessen mag es durchaus vorkommen, dass von den Staaten getroffene Entscheidungen auf dem Gebiet des Aufenthaltsrechts unter gewissen Umständen einen Eingriff in das Recht auf Privat- und Familienleben der davon Betroffenen bewirken können, und zwar vor allem dann, wenn sie im Aufenthaltsstaat über intensive persönliche und familiäre Bindungen verfügen.«

Es ist daher detailliert am Einzelfall unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) darzulegen und nachzuweisen, weshalb es sich beim Betroffenen um einen »faktischen Inländer« bzw. »in der Bundesrepublik Deutschland Verwurzelten« gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 EMRK handelt und eine Aufenthaltsbeendigung unverhältnismäßig wäre.

Dargelegt werden müssen im Rahmen der Antragstellung u. a. Aufenthaltszeiten, Deutschkenntnisse, die schulische, berufliche und wirtschaftliche Integration sowie die kulturelle und soziale Verwurzelung.

Über die Dauer des Aufenthalts hinaus müssen nach der Rechtsprechung des EGMR zur Begründung eines Schutzanspruchs gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK weitere Umstände hinzukommen, und zwar »vor allem [...] starke persönliche, soziale und wirtschaftliche Kontakte zum Aufnahme-
staat«.²⁶

Beachtliche Umstände, die derartige Bindungen begründen können, sind nach der Rechtsprechung des EGMR u. a. Folgende:

- die Geburt des Ausländers oder seiner Kinder im Aufenthaltsstaat oder die Einreise als Kind²⁷
- Schul- oder Berufsausbildung im Aufenthaltsstaat²⁸
- Persönliche und soziale Kontakte im Aufenthaltsstaat²⁹
- familiäre Bindungen im Aufenthaltsstaat³⁰
- sowie Kenntnis der Sprache des Aufenthaltsstaates sowie fehlende Beziehungen zum Herkunftsstaat und fehlende Kenntnisse der Sprache des Herkunftsstaats.³¹

Die Auffassung einiger deutscher Obergerichte, dass ein durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschütztes Privatleben regelmäßig die Sicherung des Lebensunterhalts oder die dauerhafte Eingliederung in das Berufsleben voraussetze,³² verstößt gegen die Rechtsprechung des EGMR.

Soweit der EGMR überhaupt auf den Umstand der Arbeitsaufnahme abstellt, erfolgt dies ausschließlich im Hin-

blick auf die soziologische Dimension eines Arbeitsverhältnisses³³ und eben nicht im Hinblick auf die wirtschaftlichen Dimension der Arbeitstätigkeit bzw. zur Höhe des Einkommens oder zur Frage der Lebensunterhaltssicherung. Die wirtschaftliche Belastung eines Aufnahme-
staates wird allenfalls im Kontext des Art. 8 Abs. 2 EMRK betrachtet. Die Sicherung des Lebensunterhalts ist daher für die Annahme eines Privatlebens i. S. d. Art. 8 Abs. 1 EMRK irrelevant.

Darüber hinaus kann gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG von der Voraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts abgesehen werden, wobei nach der Gesetzesbegründung zu § 5 Abs. 3 AufenthG bei humanitären Aufenthaltstiteln typischerweise nicht die Erfüllung aller Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG verlangt werden kann.

Es kommt wesentlich darauf an, dass die Betroffenen umfangreiche Nachweise hinsichtlich ihrer schulischen, beruflichen und sozialen Integration zur Vorbereitung einer Antragstellung vorlegen.

Insoweit bietet sich als Ansatzpunkt folgende Checkliste an:

- Einreise nach Deutschland mit Aufenthaltsdauer
- Auflistung der in Deutschland lebenden Verwandten mit deutscher Staatsangehörigkeit bzw. gesichertem Aufenthalt
- Geburtsdaten und -orte der Kinder
- Schulzeugnisse, Ausbildungsnachweise und Arbeitsnachweise
- Darlegung der sozialen Kontakte und Aktivitäten in Deutschland wie Vereinsmitgliedschaften, Kursteilnahmen, freundschaftliche Bindungen, kirchliche und soziale Aktivitäten

S 1035/06 - (14 S., M11009); OVG NRW, Beschluss vom 8.12.2006 - 18 A 2644/06 - (6 S., M9570); OVG Niedersachsen, Beschluss vom 17.11.2006 - 10 ME 222/06 -, (6 S., M9664); Hess. VGH, Beschluss vom 15.02.2006 - 7 TG 106/06 -, ASYLMAGAZIN 4/2006, S. 32.

²⁵ EGMR, Urteil vom 16.6.2005 - 60654/00 - (Sisojeva).

²⁶ EGMR, Urteil vom 16.6.2005 - 60654/00 - (Sisojeva).

²⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 16.6.2005, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 15.7.2003, Kammer IV - 52206/99 - (Mokrani); EGMR, Urteil vom 10.7.2003, Kammer III - 53441/99 - (Benhebbba); EGMR, Urteil vom 6.2.2003, Kammer III - 36757/97 - (Jakupovic); EGMR, Urteil vom 13.12.2001 - 47-160/99 - (Ezzoudi), zitiert von Constanze Weber in InfAuslR 2001, 480; EGMR, Urteil vom 30.11.1999 - 34374/97 - (Baghli), NVwZ 2000, 1401.

²⁸ Vgl. EGMR, Urteil vom 10.7.2003, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 13.12.2001, zitiert von Constanze Weber, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 30.11.1999, a. a. O.

²⁹ Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 16.6.2005, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 15.7.2003, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 10.7.2003, a. a. O.

³⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 15.7.2003, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 6.2.2003, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 31.12.2002 - 37295/97 - (Yildiz).

³¹ Vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 24.2.2006 - 7 B 10020/06.OVG -, ASYLMAGAZIN 4/2006, S. 28; VG Stuttgart, Urteil vom 22.11.2005 - 12 K 2469/04 -, ASYLMAGAZIN 1-2/2006, S. 41; EGMR, Urteil vom 6.2.2003, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 31.10.2002, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 11.7.2002 - 56811/00 - (Amrollahi); EGMR, Urteil vom 13.12.2001, zitiert von Constanze Weber, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 30.11.1999, a. a. O.

³² Vgl. etwa VGH Hessen, Urteil vom 7.7.2006 - 7 UE 509/06 - (38 S., M8465).

³³ Vgl. EGMR, Urteil vom 30.11.1999, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 31.10.2002, a. a. O.; EGMR, Urteil vom 16.6.2005, a. a. O.

Aus der Beratungspraxis

- weitgehender Ausschluss von Straftaten
- in der Familie gesprochene Sprachen und gelebte Kultur unter Darstellung der Integration in die deutschen Verhältnisse und Verlust von engen Beziehungen zum Herkunftsstaat.

b) § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG

Während § 25 Abs. 5 AufenthG die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht voraussetzt, stellt § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG eine in der Rechtsprechung noch wenig ausgeformte und wenig beachtete Möglichkeit einer Aufenthaltssicherung für nicht vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer dar.

Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG ist, dass aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles das Verlassen der Bundesrepublik Deutschland für den Betroffenen eine »außergewöhnliche Härte« bedeuten würde.

Eine »außergewöhnliche Härte« liegt laut restriktiver Rechtsprechung des BVerwG³⁴ vor, wenn die Beendigung des Aufenthalts für den Ausländer mit Nachteilen verbunden sind, die ihn deutlich härter treffen als andere Ausländer in einer vergleichbaren Situation mit der Folge, dass eine Aufenthaltsbeendigung für ihn unzumutbar ist.

Bei der Vergleichsbetrachtung ist die Verwurzelung des Ausländers in der Bundesrepublik Deutschland wegen Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK ebenso wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Das BVerwG stellt allerdings in seinem Urteil vom 27.1.2009 hohe Anforderungen an eine solche besondere Verwurzelung:³⁵

- das Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG
- die formelle und materielle Rechtmäßigkeit eines Voraufenthalts (Ausschluss einer Täuschung der Behörden durch Betroffenen und ggf. auch seine Eltern)
- die Dauer des Aufenthalts
- die in Deutschland erfolgte Prägung
- die in Deutschland erfolgte Berufsausbildung, wobei dieser Beruf sogar möglicherweise nur oder bevorzugt in Deutschland ausgeübt werden kann
- die Berufstätigkeit und Lebensunterhaltssicherung auch in der Vergangenheit
- die soziale Integration auch außerhalb der Kernfamilie
- die Beurteilung von Strafverurteilungen

In der Praxis werden diese Voraussetzungen daher nur in wenigen Einzelfällen erfüllt werden können, wobei umfangreiche Darlegungen zur Verwurzelung und zum Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte erforderlich sind.

c) Studium oder Arbeitsaufnahme

Türkische Staatsangehörige, die unter das Assoziationsrecht fallen, oder in Deutschland ausgebildete geduldete Hochschulabsolventen oder Fachkräfte könnten eine Aufenthaltserlaubnis erhalten gemäß Art. 6 ARB 1/80 bzw. § 18 a Abs. 1

Nr. 1 a, b oder c AufenthG.³⁶

Ebenso in Betracht kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Studiums oder der Aus- oder Weiterbildung nach §§ 16 und 17 AufenthG oder zur Arbeitsaufnahme (§§ 18-21 AufenthG, § 27 BeschV).

2. Asylrechtliche Aufenthaltssicherung

Abhängig vom Herkunftsland sowie vom Einzelschicksal kommt in einigen Fällen ein Asylantrag in Betracht, wobei das Verfahren zur Verlängerung bzw. Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis parallel dazu weiterbetrieben werden könnte. Zu beachten sind dabei aber die möglichen Auswirkungen eines Asylantrags auf bestehende Aufenthaltstitel sowie die Weiterleitung an eine Aufnahmeeinrichtung und evtl. anschließende Umverteilung.

Verschiedene Personengruppen haben seit ihrer Einreise in die Bundesrepublik Deutschland bislang kein Asyl beantragt, so dass Asylersuchen beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge oder Anträge auf Feststellung eines Abschiebungsverbots gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG bei der Ausländerbehörde gestellt werden können.

Bei denjenigen, die bereits erfolglos ein Asylverfahren durchlaufen haben, können dagegen Asylfolge- bzw. Wiederaufgreifensanträge beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gestellt werden.

III. Umgang mit der fehlenden Fiktionswirkung in § 104 a Abs. 5 S. 5 AufenthG

Im Aufenthaltsrecht gilt im Regelfall, dass der bestehende Aufenthaltstitel bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über seine Verlängerung fortgilt (§ 81 Abs. 4 AufenthG). Diese sog. Fiktionswirkung findet gemäß § 104 a Abs. 5 S. 5 AufenthG bei Verlängerungsanträgen für die Aufenthaltserlaubnisse »auf Probe« keine Anwendung. Ob dieser Ausschluss auch für die Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen gem. § 23 Abs. 1 S. 1 AufenthG gilt, ist umstritten. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs, die keinerlei nachvollziehbare Gründe für die fehlende Fiktionswirkung enthält, soll die Bestimmung für »alle aufgrund des § 104 a erteilten und verlängerten Aufenthaltstitel gelten.«³⁷ In Nordrhein-Westfalen wurde demgegenüber durch einen Erlass klargestellt, dass in den Fällen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 AufenthG bei Vorliegen eines Verlängerungsantrags die Fiktionswirkung eintritt.³⁸ Es ist noch nicht absehbar, ob sich andere Bundesländer diesem Vorgehen anschließen werden.

³⁴ BVerwG, Urteil vom 27.1.2009 - 1 C 40.07 - (16 S., M15385).

³⁵ BVerwG, Urteil vom 27.1.2009, a. a. O.

³⁶ Vgl. zum § 18 a AufenthG den Beitrag von Klaus Peter Stiegeler in diesem Heft, S. 8.

³⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 23.4.2007, BT-Ds. 16/5065, S. 203.

³⁸ Erlass NRW v. 30.9.2009: http://www.emhosting.de/kunden/fluechtlingsrat-nrw.de/system/upload/download_1999.pdf.

Wird die bis 31.12.2009 gemäß § 104 a AufenthG bzw. § 23 Abs. 1 AufenthG erteilte Aufenthaltserlaubnis nicht vor Ablauf als Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 AufenthG verlängert, führt dies dazu, dass mangels Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis oder Duldung³⁹ eine Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG eintreten kann mit einer Strafandrohung bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe – verbunden mit der konkreten Gefahr einer jederzeit drohenden Aufenthaltsbeendigung.

Darüber hinaus erlischt die gemäß § 104 a Abs. 4 S. 2 AufenthG in der Aufenthaltserlaubnis enthaltene Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, so dass eine Weiterbeschäftigung über den 31.12.2009 hinaus illegal werden kann und im Falle der nicht-rechtzeitigen Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis der Verlust des Arbeitsplatzes droht.

Insoweit können die Betroffenen auch nicht auf eine sog. »faktische Duldung« nebst Beschäftigungserlaubnis verwiesen werden. Sie haben einen Anspruch darauf, dass bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde über den gestellten Verlängerungsantrag zumindest eine Duldung nebst Beschäftigungserlaubnis erteilt wird.

Um dem dargestellten Problem zu begegnen, muss zunächst sichergestellt werden, dass die Anträge auf Verlängerung der gemäß § 104 a AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnisse rechtzeitig – frühzeitig vor Ablauf der Aufenthaltserlaubnisse – gestellt werden, um den Ausländerbehörden die Möglichkeit einer rechtzeitigen Verlängerung zu eröffnen.

Verlängerungsanträge sollten vorsorglich auch dann gestellt werden, wenn nach derzeitiger Gesetzeslage eine ausreichende Lebensunterhaltssicherung nicht vorliegt – in der Hoffnung, dass es eine Fristverlängerung für die Lebensunterhaltssicherung geben wird.

Mit dem Verlängerungsantrag hinsichtlich der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG i. V. m. § 104 a AufenthG sollten unbedingt die Anträge auf Erteilung

1. einer Duldung mit Gültigkeit ab 1.1.2010 sowie
2. einer Beschäftigungserlaubnis mit Gültigkeit ab 1.1.2010 verbunden werden.

Es gilt zu vermeiden, dass die Betroffenen schlechter gestellt werden als vor Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104 a AufenthG und sie zumindest bis zum Abschluss des Verfahrens zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis im Besitz einer Duldung nebst Beschäftigungserlaubnis mit Gültigkeit ab Ablauf der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104 a AufenthG sind.

Funke-Kaiser geht insoweit sogar von einer »Verpflichtung der Ausländerbehörde« aus, den Betroffenen zeitgleich mit dem Eingang des Verlängerungsantrags eine mit Ablauf des Titels gültig werdende Duldung zu erteilen, sofern über den Antrag nicht sogleich oder jedenfalls bis zu dessen Ablauf entschieden werden kann.⁴⁰

Angesichts der akuten Abschiebungsgefahr ab 1.1.2010 sowie der Strafbarkeit des fehlenden Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis oder Duldung sollte keinesfalls bis zum

31.12.2009 auf eine Entscheidung über die mögliche Verlängerung gewartet werden.

Vielmehr ist es dringend angezeigt, im Falle der nicht-rechtzeitigen Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis vor dem 31.12.2009 Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO zu stellen, um bis zu einer Entscheidung der Ausländerbehörde sowohl den weiteren Aufenthalt als auch die Weiterbeschäftigung der Betroffenen vorläufig sichern zu können, sollten bis dahin noch keine Duldung nebst Beschäftigungserlaubnis erteilt worden sein.

Einstweiliger Rechtsschutz zur Erteilung einer Duldung nebst Beschäftigungserlaubnis gemäß § 123 VwGO setzt in materieller Hinsicht voraus, dass neben dem offensichtlich vorliegenden Anordnungsgrund der drohenden Illegalität des Aufenthalts und der Arbeit verbunden mit einer Abschiebungsgefahr auch ein Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht wird.

Detailliert glaubhaft gemacht werden muss daher insbesondere, dass die Voraussetzungen für die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG i. V. m. § 104 a AufenthG tatsächlich vorliegen oder dass aufgrund einer anderen Rechtsgrundlage die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfüllt sind.

IV. Zusammenfassung

Nach alledem ist es zur Verhinderung erheblicher Rechtsnachteile für die Betroffenen insbesondere erforderlich, dass neben der sorgfältigen Überprüfung sonstiger Aufenthaltssicherungsmöglichkeiten folgende Maßnahmen ergriffen werden:

1. Rechtzeitige Stellung von Verlängerungsanträgen gemäß § 23 Abs. 1 i. V. m. § 104 a AufenthG, und zwar angesichts einer erforderlichen Gesetzesänderung zur Fristverlängerung vorsorglich auch dann, wenn eine ausreichende Lebensunterhaltssicherung noch nicht nachgewiesen werden kann;
2. Sicherstellung einer rechtzeitigen Entscheidung der Ausländerbehörde unter gleichzeitiger Beantragung einer Duldung und Beschäftigungserlaubnis mit Gültigkeit ab 1.1.2010;
3. hilfsweise gleichzeitige Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis nach sämtlichen im konkreten Fall in Betracht kommenden alternativen Rechtsgrundlagen sowie
4. Stellung eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO, sofern nicht rechtzeitig vor 31.12.2009 eine Duldung mit Beschäftigungserlaubnis erteilt wurde oder die Aufenthaltserlaubnis verlängert wurde.

³⁹ Im o.g. Erlass aus NRW wurde immerhin klargestellt, dass auch bei Nichtbestehen der Fiktionswirkung (also auch bei den Aufenthaltserlaubnissen »auf Probe«) eine Duldung zu erteilen ist, wenn der Verlängerungsantrag vorliegt; Erlass NRW v. 30.9.2009, a. a. O.

⁴⁰ Funke-Kaiser, GK-AufenthG, zu § 104 a RN 85.