

I. Probleme bei der Umsetzung der Altfallregelung (§ 104a AufenthG)

1. rechtliche Rahmenbedingungen

1.1. Voraussetzungen für die Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a Absatz 1 AufenthG (Soll-Bestimmung)

- Besitz eines gültigen Reisepasses
- Duldungsbesitz
- seit dem Stichtag am 01.07.99 / bei Zusammenleben mit minderjährigen Kindern seit 01.07.2001 ununterbrochener geduldeter, gestatteter oder aus humanitären Gründen erlaubter Aufenthalt in Deutschland
- ausreichender Wohnraum
- hinreichende mündliche Deutschkenntnisse gemäß Stufe A 2 GER bis spätestens 01.07.2008
- Nachweis des tatsächlichen Schulbesuchs der Kinder
- kein vorsätzliches Täuschen über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände und kein vorsätzliches Hinauszögern oder Behindern behördlicher Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung in der Vergangenheit
- keine extremistischen oder terroristischen Bezüge
- keine Strafverurteilungen zu über 50 Tagessätzen oder bei Ausländerstraf-taten zu über 90 Tagessätzen von sich oder einem in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienmitglied

Verlängert wird die erteilte Aufenthaltserlaubnis über den 31.12.2009 hinaus gemäß § 104a Abs. 5 S. 2 AufenthG als Aufenthaltserlaubnis gemäß **§ 23 Abs. 1 AufenthG** nur dann, wenn der Lebensunterhalt durch eigene – selbständige oder unselbständige – Erwerbstätigkeit gesichert wird, und zwar bis 31.12.2009 entweder

- seit Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis **überwiegend** oder
- seit 01.04.2009 **nicht nur vorübergehend vollständig**,

und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass **in Zukunft** der Lebensunterhalt überwiegend gesichert sein wird.

In **Härtefällen** kann bei der **Verlängerung** der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a Abs. 6 AufenthG von diesen Voraussetzungen hinsichtlich der Lebensunterhaltssicherung abgesehen werden bei (abschließende Aufzählung! ¹⁾):

- Auszubildenden in anerkannten Lehrberufen oder in staatlich geförderten Berufsvorbereitungsmaßnahmen;
- Familien mit Kindern, die nur vorübergehend auf Sozialhilfe angewiesen sind;
- Alleinerziehenden mit Kindern, die vorübergehend auf Sozialleistungen angewiesen sind und denen eine Arbeitsaufnahme nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 SGB II nicht zuzumuten ist (ein Kind ist unter 3 Jahre alt oder seine Betreuung in einer Tageseinrichtung oder auf sonstige Weise ist nicht sichergestellt);
- erwerbsunfähigen Personen, deren Lebensunterhalt einschließlich einer erforderlichen Betreuung und Pflege ohne Leistungen der öffentlichen Hand dauerhaft gesichert ist oder
- Personen, die spätestens am 31.12.2009 65 Jahre alt sind und die im Herkunftsland keine Familie, jedoch in Deutschland Kinder und Enkel mit dauerhaftem Aufenthalt oder deutscher Staatsangehörigkeit haben, wenn sichergestellt ist, dass sie keine Sozialleistungen in Anspruch nehmen.

1.2. Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a Absatz 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 AufenthG (Kann-Bestimmung)

- Besitz eines gültigen Reisepasses
- Duldungsbesitz
- seit dem Stichtag am 01.07.99 / bei Zusammenleben mit minderjährigen Kindern seit 01.07.2001 ununterbrochener geduldeter, gestatteter oder aus humanitären Gründen erlaubter Aufenthalt **der Eltern** in Deutschland
- Volljährigkeit
- Einreise als Minderjähriger
- Ledigkeit
- **Positive Prognose**, nach der es gewährleistet scheint, dass sich der Betroffene auf Grund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann.

¹ Funke-Kaiser, GK-AufenthG zu § 104a RN 88

1.3. Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 i.V.m. § 104b AufenthG (Kann-Bestimmung!)

- **Ausreise der Eltern**
- Besitz eines gültigen Reisepasses
- Duldungsbesitz
- Minderjährigkeit und mindestens 14 Jahre alt am 01.07.2007
- Sicherstellung der Personensorge
- Ledigkeit
- seit mindestens sechs Jahren rechtmäßiger oder geduldeter Aufenthalt
- Beherrschen der deutschen Sprache
- **Eingefügtsein in deutsche Lebensverhältnisse** auf Grund seiner bisherigen Schulausbildung und Lebensführung sowie positive **Prognose** hinsichtlich eines zukünftigen Einfügens in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland

2. In der Praxis auftretende Probleme

In der Praxis können insbesondere folgende Probleme bei der Umsetzung der Altfallregelung, die seit 28.08.2007 gilt, beobachtet werden:

a. Antragsfrist

Eine Antragsfrist bis 01.07.2008 ² ist inzwischen nicht mehr haltbar, allerdings gilt definitiv eine Antragsfrist bis spätestens **31.12.2009**, da die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG nur mit einer Gültigkeit bis 31.12.2009 erteilt wird.

² so etwa das BMI in seinen Hinweisen zum RL-UmsetzungsgG wegen des Erfordernisses des Nachweises ausreichender Deutschkenntnisse bis 01.07.2008

b. Knappes Verpassen des Stichtags am 01.07.1999 bzw. 01.07.2001

FALL der Eheleute BEH:

Die Eheleute BEH, Roma aus dem Kosovo, sind sozial und wirtschaftlich sehr gut integriert. Sie sind allerdings erst kurz nach dem 01.07.1999 eingereist und konnten trotz ihres großen Kinderwunsches und ärztlicher Interventionen keine Kinder bekommen, so dass sie den Stichtag knapp verpassen.

c. Vorangegangener Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt

Bei Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet kann gemäß § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis nur dann erteilt werden, wenn darauf ein Anspruch besteht. Insoweit ist problematisch, dass § 104a und § 104 b AufenthG nur eine Soll- bzw. Kann-Regelung enthalten.

Die Lösung dieses Problems ist bislang uneinheitlich, eine obergerichtliche Entscheidung steht noch aus. Teilweise wird vertreten, dass ein Anspruch im Sinne von § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG vorliege bei

- einer Ermessensreduzierung auf Null³
- oder nur bei einem gesetzlichen Anspruch⁴, wobei hier Regelansprüche (wie in § 104a Abs. 1 AufenthG) ausreichend seien⁵.

Das VG Frankfurt geht sogar davon aus, dass es der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 104a AufenthG versäumt habe, ausdrücklich klarzustellen, dass § 10 Abs. 3 AufenthG hierauf nicht anwendbar ist, da sonst kein Ausländer, dessen Asylverfahren – egal ob einfach oder als offensichtlich unbegründet – abgelehnt worden ist, in den Genuss der Altfallregelung komme und somit die Altfallregelung auf die Mehrzahl der Betroffenen gar nicht anwendbar wäre.⁶

d. Passlosigkeit

Ein großes Problem stellt die Unmöglichkeit vieler Betroffener dar, für sich bzw. für die gesamte Familie Reisepässe zu beschaffen, wobei die Ausländerbehörden sehr restriktiv sind bei der Ausstellung von Ersatzpässen in den Fällen, dass nachweislich trotz intensiver Bemühungen ein Heimatreisepass nicht beschafft werden kann.

³ Hailbronner, AuslR, Stand 2/2005, zu § 10 RN 16; Dienelt, ZAR 2005, 120 (122f); Marx, Ausländer- und Asylrecht, 2. A. 2005, RN 111

⁴ so wohl Discher, GK-AufenthG, zu § 10 RN 174 f

⁵ Discher, GK-AufenthG, zu § 10 RN 61

⁶ VG Frankfurt, U. v. 23.01.2008, 1 E 3668/07; a.A.: OVG Hamburg, B. v. 23.10.2007 – 3 Bs 246/07 – ,juris).

Den Betroffenen wird regelmäßig unterstellt, dass sie entweder nicht die notwendigen Anstrengungen unternommen hätten oder sie gar über ihre Identität täuschen würden.

Häufig werden Aufenthaltserlaubnisse erst dann erteilt, wenn für die gesamte Familie einschließlich aller Kinder, die nachregistriert werden müssen, Reisepässe vorliegen.

e. Unterbrechungen des Besitzes einer Duldung / Aufenthaltsgestattung / Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen

Vielfach haben die Betroffenen in ihrem „ausländerrechtlichen Verlauf“ Lücken, weil die Duldungen oder Aufenthaltserlaubnisse nicht rechtzeitig verlängert wurden.

Seit Inkrafttreten des AufenthG am 01.01.2005 gilt, dass

- die Duldung nicht formell durchgängig erteilt sein muss, sondern ein Anspruch auf Erteilung einer Duldung ausreichend ist;
- Unterbrechungen der Rechtmäßigkeit eines Aufenthalts bis zu einem Jahr außer Betracht bleiben können, § 85 AufenthG.

Die vereinzelte Forderung, dass das Bundesgebiet auch im Falle des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis zu keinem Zeitpunkt verlassen worden sein darf⁷, ist nicht haltbar.

Kurzfristige Auslandsaufenthalte etwa zu Urlaubs- oder Besuchszwecken, die subjektiv damals keine endgültige Ausreise darstellten, sind daher unschädlich.

Die Unterbrechungszeiten müssen allerdings herausgerechnet werden von der Gesamtaufenthaltszeit, da § 85 AufenthG keine Fiktionswirkung hinsichtlich von Aufenthaltszeiten hat.⁸

Für die Zeiten vor dem 01.01.2005, als es in § 55 Abs. 3 AuslG noch eine Ermessensduldung gab, es daher auf die formelle Erteilung einer Duldung ankam, sollte § 85 AufenthG entsprechend angewendet werden, um unbillige Ergebnisse zu verhindern.

Bei Abschiebungen oder freiwilligen Ausreisen muss nach der Wiedereinreise die Frist neu berechnet werden.

⁷ BayVGH B. v. 03.04.2008, 10 ZB 08.34, juris

⁸ GK-AufenthG, zu § 85 RN 13

f. Frühere Aufenthaltserlaubnis aus falschen Gründen (Ehe, Studium pp.)

Einige Betroffene, insbesondere gut integrierte junge Menschen, hatten während ihres langjährigen Aufenthalts in Deutschland für eine kurze Zeit eine nicht-humanitäre Aufenthaltserlaubnis zur Ausbildung bzw. zum Studium oder aufgrund einer Eheschließung, so dass sie nun von der Altfallregelung ausgeschlossen sind laut zahlreicher Entscheidungen von Ausländerbehörden.

FALL des Herrn EFF:

Herr EFF ist als Kind aus Mazedonien in die Bundesrepublik Deutschland eingereist und war durchgängig geduldet oder im Besitz eines humanitären Aufenthaltstitels mit Ausnahme eines Zeitraums von einem Jahr, als er deutsch verheiratet war. Herr EFF ist hervorragend integriert, hat eine Ausbildung abgeschlossen und arbeitet in seinem Ausbildungsberuf.

Da er sich jedoch nicht durchgängig nur humanitär erlaubt oder geduldet in Deutschland aufgehalten hat, hat die Ausländerbehörde der Stadt Göttingen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG abgelehnt und ihm die Abschiebung angedroht, was gerichtlich zumindest im Eilverfahren bestätigt worden ist.

Ein solches Vorgehen ist rechtswidrig und verstößt gegen Art. 3 GG, da die Betroffenen in aller Regel parallel neben dem Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels aus nicht humanitären Gründen zumindest einen Duldungsanspruch hatten – Prinzip der doppelten Deckung – und sie nicht schlechter behandelt werden dürfen als diejenigen, die durchweg nur eine Duldung besaßen.

Zum Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG darf allerdings kein Aufenthaltstitel besessen werden. Ebenso wenig darf zum Stichtag am 01.07.1999 bzw. 01.07.2001 keine gültige Aufenthaltserlaubnis aus nicht-humanitären Gründen, also auch kein Visum, vorliegen.⁹

Eine Ausnahme vom Erfordernis des Duldungsbesitzes kann nur dann in begrenzten Fällen angenommen werden, wenn keinerlei Aussicht auf Verlängerung des formell noch vorliegenden Aufenthaltstitels bestehen oder während eines noch laufenden Asylverfahrens eine Aufenthaltsgestattung vorliegt.¹⁰

g. Zu guter Aufenthalt, Niederlassungserlaubnis widerrufen

Viele sehr gut integrierte Familien, die sich langjährig in Deutschland aufhalten, sind von Abschiebung bedroht und haben keine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG erhalten, weil sie aufgrund einer früheren asylrechtlichen Anerkennung eine Niederlassungserlaubnis besessen haben, die allerdings vor Jahren mangels damaliger Lebensunterhaltssicherung widerrufen worden war.

⁹ vgl. Nds. OVG, B. v. 29.07.2008, 8 PA 46/08, juris; VGH B-W, B. v. 30.09.2008, 11 S 2088/08, juris

¹⁰ Funke Kaiser in GK-AufenthG, zu § 104a RN 8 ff

FALL der Familie GEH:

Familie GEH aus dem Kosovo hält sich seit weit über zehn Jahren in Deutschland auf, alle drei Kinder sind hier geboren. Die Familie ist sozial und wirtschaftlich gut integriert, nachdem Herr GEH über die Jahre hinweg alles versucht hat, um seinen Lebensunterhalt zu sichern, er u. a. auch zwei Mal selbständig war.

Aufgrund einer früheren Asylanerkennung war die Familie teilweise im Besitz von Niederlassungserlaubnissen, die allerdings vor Jahren widerrufen wurden nach asylrechtlichem Widerruf, weil damals der Lebensunterhalt nicht vollständig gesichert werden konnte.

Die Ausländerbehörde verweigert die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen gemäß § 104a AufenthG und betreibt die Abschiebung der Familie GEH, weil die Familie nicht zum begünstigten Personenkreis gehöre mangels durchgängig geduldeten oder erlaubten Aufenthalts aus humanitären Gründen.

Das niedersächsische OVG hat in diesem Fall entschieden ¹¹, dass eine Niederlassungserlaubnis keinen schutzwürdigen Voraufenthalt im Sinne des § 104a AufenthG begründe, da ein Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen, nicht aber nur irgendein Aufenthaltstitel, der ursprünglich aus humanitären Gründen erteilt worden sei, erforderlich sei.

Es entspreche auch Sinn und Zweck des § 104a AufenthG, dass ein Ausländer, der sich mit einer Niederlassungserlaubnis in Deutschland aufgehalten habe, nach deren Widerruf nicht durch § 104a AufenthG begünstigt werde. § 104a AufenthG solle den Betroffenen erstmals eine dauerhafte Perspektive in Deutschland eröffnen und ihnen keine zweite Chance zur Integration gewähren.

Die früher erteilte Niederlassungserlaubnis habe den Betroffenen jegliche Möglichkeit zur Integration, also zur Arbeitsaufnahme, eröffnet gehabt. Wären die Betroffenen damals integriert gewesen, hätte man auch ihre Niederlassungserlaubnis nicht widerrufen.

h. Straftaten und lange Tilgungsfristen

Selbst wenn ein Betroffener etwa im Rahmen jugendlicher Kleinkriminalität vor bis zu neun Jahren innerhalb von fünf Jahren zwei Mal einen Cent-Artikel gestohlen hat und hierfür zu einer geringen Geldstrafe verurteilt wurde, steht dies der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG entgegen, weil die Straftat noch nicht aus dem Bundeszentralregister getilgt ist.

Maßgeblich ist, ob im Bundeszentralregister Straftaten von insgesamt über 50 Tagessätzen – bzw. über 90 Tagessätzen bei Ausländerstrafaten – eingetragen sind.

¹¹ Nds. OVG, B. v. 20.11.2007, 8 ME 108/07

Die kürzeste Tilgungsfrist beträgt fünf Jahre, wobei diese sich bereits dann beim Begehen einer zweiten Straftat vor Tilgung der ersten auf zehn Jahre erhöht gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 2 Ziffer a i.V.m. Nr. 1 Ziffer a BZRG.

Anträge auf vorzeitige Tilgung aus dem Bundeszentralregister sind zwar möglich, jedoch langwierig und schwer zu gewinnen.

i. Bezüge zu terroristischen oder extremistischen Organisationen und vorhergegangene Asylverfahren

Viele Betroffene, insbesondere Kurden, haben unmittelbar nach ihrer Einreise in ihren Asylverfahren vorgetragen, für kurdische Organisationen, die später teilweise als verfassungsfeindlich eingestuft wurden, tätig gewesen zu sein, um ihre Asylanträge zu begründen.

Dies wird ihnen nunmehr bei der Beantragung von Aufenthaltserlaubnissen gemäß § 104a AufenthG vorgehalten mit der Folge, dass die Ausländerbehörden einen Ausschlussgrund wegen Bezügen zu Terrorismus annehmen.

FALL des Herrn IEH:

Herr IEH ist ein Kurde aus der Türkei, der nach seiner Einreise im Rahmen von Asylverfahren vorgetragen hatte, im Jahre 2001 an drei kurdischen Großveranstaltungen zur Unterstützung von Öcalan teilgenommen zu haben. Seitdem hat Herr IEH jegliche politischen Aktivitäten aufgegeben.

Während dieses exilpolitische Engagement in den Asylverfahren als sehr niedrigschwellig beurteilt worden war, lehnte der Landkreis Fulda über sieben Jahre nach diesen Veranstaltungen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG mit der Begründung ab, Herr IEH sei für die PKK und ihre Unterorganisationen tätig gewesen, derartige Aktivitäten könnten nicht ungeschehen gemacht werden, so dass nach wie vor ein Bezug zum Terrorismus vorliege.

Das VG Kassel hat allerdings mit Urteil vom 26.11.2008, 4 E 1652/07, entschieden, dass Herrn IEH eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden müsse, da keine aktuelle Gefahr mehr bestehe aufgrund der glaubhaften Abkehr von seinem früheren Engagement.

j. Sippenhaft

Gesetzlich klar geregelt ist, dass von einem Mitglied der zusammenlebenden Familie begangene Straftaten allen anderen Familienmitgliedern zugerechnet werden, was insbesondere für Ehefrauen und Kinder erhebliche Härten darstellen kann.

Besonders schmerzlich wird es, wenn erwachsene Kinder zwar ausziehen wollen, dies aber wegen des Sozialamts nicht dürfen:

FALL des Herrn JOTT:

Herr JOTT, ein hervorragend integrierter als Kind eingereister Roma aus dem Kosovo, der seine Fachhochschulreife macht, um anschließend zu studieren, lebt bei seinen Eltern, die wegen Strafverurteilungen keine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG erhalten können. Herr JOTT bezieht wie seine Eltern Sozialleistungen und ist unter 25 Jahre alt, so dass das Sozialamt seinem beabsichtigten Auszug nicht zustimmt.

Herr JOTT hat bereits alles versucht, um das Sozialamt zu einer Zustimmung zu bewegen – erfolglos. Die Ausländerbehörde der Stadt Göttingen weigert sich daher, ihm eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG zu erteilen, da die Strafverurteilungen seiner Eltern dem entgegenstehen aufgrund der häuslichen Lebensgemeinschaft.

Es gibt aber zahlreiche Bestrebungen in behördlichen oder gerichtlichen Entscheidungen, diese Art der „Sippenhaft“ auch auf andere Aspekte auszuweiten, wie etwa das Vorliegen ausreichender Deutschkenntnisse.

Begründet wird dies damit, dass es sich bei § 104a AufenthG nur um eine „Soll-Vorschrift“ handle, so dass ein Abweichen vom Regelfall vorliege, wenn nicht alle Familienmitglieder alle Voraussetzungen erfüllten.

Dem ist deutlich entgegenzutreten, da das Gesetz die Erstreckung von Versagungsgründen auf Familienmitglieder eindeutig auf Strafverurteilungen beschränkt.¹²

Ein weiteres Problem ist die Nichteinhaltung des Stichtags beim Ehepartner, wobei die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Rahmen des Familiennachzugs gemäß § 29 Abs. 3 S. 3 AufenthG ausgeschlossen ist und auch ein Familiennachzug zu Inhabern von Aufenthaltserlaubnissen gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG nur aus humanitären Gründen erfolgen kann gemäß § 29 Abs. 3 S. 1 AufenthG.

Regelmäßig erteilen Ausländerbehörden dem Ehepartner in solchen Fällen eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG.

Sinnvollerweise sollten im Rahmen der von § 104a AufenthG bezweckten familien-einheitlichen Betrachtung unter verfassungskonformer Auslegung im Lichte von Art. 6 Abs. 1 GG auch Ehegatten, die in ihrer Person den Stichtag verpassen, eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG erhalten.

¹² so u. a. auch VG Hannover, B. v. 30.05.2008, 11 B 2407/08; VGH B-W, B. v. 26.11.2007, 13 S 2438/07

k. Täuschung / Behindern aufenthaltsbeendender Maßnahmen

Den Versagungsgrund des

- „vorsätzlichen Täuschens über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände“ oder
- „vorsätzlichen Hinauszögerns oder Behinderns behördlicher Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“

dehnen einige Ausländerbehörde im Rahmen ihres sehr weiten Ermessen sehr aus.

Einige Fälle, in denen dieser Versagungsgrund zu Unrecht angenommen wurde, sind folgende:

- erhöhte Anforderungen an Mitwirkungshandlungen hinsichtlich der Passbeschaffung bei fehlender früherer Konkretisierung und Mithilfe durch die Ausländerbehörde bzw. bekannter Unmöglichkeit der Passbeschaffung;
- Roma, die bis ca. 2001 unmittelbar nach ihrer Einreise eine albanische Volkszugehörigkeit angegeben haben;
- eine den Betroffenen bislang nicht bekannte Aufklärung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit bei früherer Angabe einer Staatenlosigkeit;
- Bezug von Leistungen gemäß § 1, 3 AsylbLG (Gutscheine), woraus geschlossen wird, dass die Betroffenen ihren Aufenthalt rechtsmissbräuchlich herbeigeführt haben;
- Angabe des Geburts- statt Ehenamens bzw. andersherum, wenn die Ehe nicht standesamtlich erfolgt ist;
- Die Vorlage von Reisepässen erst nach Inkrafttreten der Bleiberechts- bzw. Altfallregelung;
- Abgabe des Heimatpasses beim Schlepper bei der Einreise;
- Der erfolglose Vortrag einer posttraumatischen Belastungsstörung in einem früheren Verfahren beim Bundesamt zur Feststellung eines Abschiebungsverbots gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG.

Zu beachten ist weiter, dass die Ausländerbehörde die Beweislast trägt für das Vorliegen des Versagungsgrundes.¹³

Häufig wird weder Vorsatz, noch Vollendung und Kausalität der Handlung oder Unterlassung für den weiteren Aufenthalt geprüft, was rechtswidrig ist. Es muss auch für jedes Familienmitglied eine individuelle Zurechenbarkeit geprüft werden.

¹³ Hess. VGH, B. v. 11.05.2007, 7 TG 651/07, juris

I. Deutschkenntnisse

Hinsichtlich der ausreichenden Deutschkenntnisse ist die Entscheidungspraxis selbst innerhalb derselben Behörde sehr uneinheitlich. Teilweise reicht es aus, wenn die Betroffenen seit längerer Zeit ohne Dolmetscher zur Duldungsverlängerung vorgeprochen haben und eine Verständigung gut möglich war, gelegentlich wird ein Zertifikat Deutsch A 2 gefordert und vereinzelt haben Ausländerbehörden eigene Deutschtests entwickelt, die weit über das Erfordernis nach Stufe A 2 des GER hinausgehen:

FALL der Familie ELL:

Familie ELL ist sehr gut sozial und wirtschaftlich integriert, sämtliche Voraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen liegen vor.

Die Ausländerbehörde der Stadt Zwickau ist jedoch der Ansicht, dass Frau ELL zu schlecht deutsch spreche, da sie die von der Ausländerbehörde vorgelegten mehrseitigen schriftlichen Deutschtests nach Auffassung der Ausländerbehörde nicht zur Zufriedenheit ausgefüllt habe.

Frau ELL hat unmittelbar nach „Nichtbestehen“ des am 30.06.2008 bei der Ausländerbehörde durchgeführten Deutschtests am 23.07.2008 ein Zertifikat Deutsch A 2 einer anerkannten Schule mit der Note „befriedigend“ vorgelegt.

Die Ausländerbehörde betreibt dennoch die Abschiebung der gesamten Familie, da zum Stichtag am 01.07.2008 bei Frau ELL keine ausreichenden Deutschkenntnisse vorgelegen hätten und trotz Vorlegens des Zertifikats der anerkannten Schule nicht davon auszugehen sei, dass Frau ELL kurze Zeit zuvor am 01.07.2008 auch ausreichende Deutschkenntnisse habe vorweisen können.

Diese fehlenden Deutschkenntnisse der Frau ELL seien auch den übrigen Familienmitgliedern zuzurechnen, so dass keiner eine Aufenthaltserlaubnis erhalten könne.

Inzwischen liegen bereits zwei für Familie ELL positive Eilbeschlüsse des VG Chemnitz vor¹⁴

m. Erfordernis einer positiven Prognose hinsichtlich einer Lebensunterhaltssicherung bereits bei Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis

In einigen Fällen haben Betroffene trotz Vorliegens sämtlicher Erteilungsvoraussetzungen keine Aufenthaltserlaubnis auf Probe erhalten mit dem Argument, sie hätten sich in der Vergangenheit zu wenig um Aufnahme einer Erwerbstätigkeit bemüht bzw. es sei nicht damit zu rechnen, dass sie ihren Lebensunterhalt langfristig sichern könnten.

¹⁴ VG Chemnitz, B. v. 18.08.2008, 5 L 292/08 und B. v. 13.03.2009, 5 L 73/09 (noch nicht rechtskräftig)

FALL der Familie EMM:

Bei der Familie EMM handelt es sich um Roma aus dem Kosovo. Frau EMM ist schwer psychisch krank infolge einer Traumatisierung. Da Frau EMM jedoch außerstande war, im Rahmen einer Begutachtung detaillierte Aussagen hierüber zu machen, scheiterte die Feststellung eines Abschiebungsverbots gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG.

Herr EMM muss Frau und Kinder – das jüngste Kind ist ein Jahr alt – betreuen. Herr EMM bemüht sich dennoch seit seiner Einreise um eine Arbeit, wobei er entweder keine Arbeitserlaubnis erhielt für Tätigkeiten außerhalb des ihm zugewiesenen Aufenthalts oder er keine Arbeitsstelle erhielt wegen seines Duldungsbesitzes.

Die Ausländerbehörde des Landkreises Goslar versagte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe mit der Begründung, es sei nicht davon auszugehen, dass er die Voraussetzungen für eine Verlängerung erfüllen könne mangels Lebensunterhaltssicherung.

Ein weiterer Grund war, dass Frau EMM über ihre Erkrankung getäuscht habe, da ja kein Abschiebungsverbot festgestellt worden sei.

Im obigen Fall hat das niedersächsische Obergericht die Berufung gegen das positive Urteil des VG Braunschweig zugelassen.

Das niedersächsische OVG¹⁵ geht davon aus, dass es unter Bezugnahme auf die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 16/5065, S. 203, anerkannt sei, dass nach dem Sinn und Zweck von § 104a AufenthG ausnahmsweise keine Aufenthaltserlaubnis auf Probe zu erteilen sei, wenn „bereits bei Erteilung feststeht, dass eine Verlängerung nicht erfolgen kann“.¹⁶

Ein hinreichender Grund für ein Abweichen von dem im Regelfall ermessensbindenden „Soll“ in § 104a AufenthG liege zumindest dann vor, wenn in der Vergangenheit keinerlei Bemühungen gezeigt worden seien, den Lebensunterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit zu sichern, und auch keine begründeten Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass künftig die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel entfallen werde.

Insoweit seien die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles zu prüfen. Hierbei sei es im vorliegenden Fall zweifelhaft, ob der Kläger aufgrund der Versorgung seiner Kinder überhaupt die Zeit habe, einer Arbeit nachzugehen. Darüber hinaus habe er keine in Deutschland anerkannte Berufsausbildung, so dass es angesichts der derzeitigen Wirtschaftslage nur schwer vorstellbar sei, dass er bis Jahresende eine Erwerbstätigkeit aufnehmen könne, die den Lebensunterhalt für sich und seine Familie sichern könne.

¹⁵ Berufungszulassungsbeschluss vom 17.12.2008, 8 LA 76/08

¹⁶ hierauf berufen sich auch andere Gerichte, so VG Oldenburg, U. v. 26.11.2008, 11 A 1233/08

n. Keine Ausreisebereitschaft der Eltern bei § 104b AufenthG

Aufenthaltserlaubnisse gemäß § 104b AufenthG werden äußerst selten erteilt, weil die Eltern nicht ohne ihre Kinder ausreisen wollen.

Gesetzlich ausreichend wäre zwar auch eine Abschiebung der Eltern, wobei hier in der Regel jedoch auch das minderjährige Kind wird mitabgeschoben werden, da vor der Ausreise der Eltern die Voraussetzungen von § 104b AufenthG nicht vorliegen.

o. Keine Fiktionswirkung, § 81 Abs. 4 AufenthG gemäß § 104a Abs. 5 S. 5 AufenthG nicht anwendbar

Da § 104a AufenthG keine Fiktionswirkung entfaltet, entsteht ein illegaler Aufenthalt, wenn die Aufenthaltserlaubnisse nicht rechtzeitig verlängert werden, was zu einer Strafbarkeit gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG führt.

Es muss daher dafür Sorge getragen werden, dass die Ausländerbehörden unmittelbar mit der Stellung des Verlängerungsantrags eine **verfahrenssichernde Duldung** ausstellen, die ab Ablauf der Aufenthaltserlaubnis gilt.

Soweit Ausländerbehörden sich weigern werden, solche Duldungen auszustellen bzw. die Aufenthaltserlaubnisse rechtzeitig vor Ablauf am 31.12.2009 zu verlängern, werden Eilanträge gemäß § 123 VwGO gestellt werden müssen.

p. Verlängerung: Fehlende Lebensunterhaltssicherung

Ein Hauptproblem bei der Altfallregelung stellt jedoch derzeit das Problem der Lebensunterhaltssicherung als Voraussetzung für die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis über den 31.12.2009 hinaus als Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG dar.

Angesichts der aktuellen Wirtschaftskrise, die vor allem Arbeitsplätze für schlecht ausgebildete Personen wegfallen lässt, sowie angesichts der sehr restriktiven Rechtsprechung des BVerwG zur Frage der Lebensunterhaltssicherung¹⁷ wird es gerade für Betroffene mit Kindern nahezu unmöglich sein, ihren Lebensunterhalt rechtzeitig und ausreichend sichern zu können.

Darüber hinaus muss ja hinsichtlich einer zukünftigen überwiegenden Lebensunterhaltssicherung eine positive Prognose getroffen werden können, was angesichts der Wirtschaftskrise allgemein schwer möglich sein wird.

¹⁷ BVerwG, U. v. 26.08.2008, 1 C 32.07

Im Rahmen der Prüfung, ob die Betroffenen ein ausreichendes Einkommen erzielen, ist zunächst der Bedarf ausgehend von der Warmmiete ohne Warmwasserkosten sowie der der Regelsatzhöhe in § 20 f SGB II i.V.m. der Regelsatzverordnung gemäß § 28 SGB XII, die ab 01.07.2009 auch noch steigen wird, zu berechnen:

	Bisherige Regelsätze	Regelsätze ab 01.07.2009
Haushaltsvorstand	351.- €	359.- €
Ehegatte / Lebenspartner	316.- €	323.- €
Kinder 14 – 25	281.- €	287.- €
Kinder 7 – 13 Jahre		251.- €
Kinder 0 – 13 Jahre	211.- €	
Kinder 0 – 6 Jahre		215.- €

Bei Alleinerziehenden und Behinderten ist noch der Mehrbedarf aus § 21 SGB II zu addieren.

Der Regelsatzhöhe nebst Mietkosten muss das Nettoeinkommen des Betroffenen entgegengesetzt werden unter Beachtung der richtigen Steuerklasse und der Kinderfreibeträge zuzüglich der Kindergeldbeträge¹⁸.

Auch BAföG-Leistungen, Eltern- und Erziehungsgeld werden zu den Einnahmen hinzugerechnet, ebenso der Kinderzuschlag gemäß § 6a BKKG, der nach wohl herrschender Meinung unschädlich ist.

Vom Nettogehalt jedes Familienmitglieds muss dann allerdings nach der Rechtsprechung des BVerwG noch die Pauschale in Höhe von 100.- € gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 SGB II abgezogen werden sowie die Erwerbstätigenfreibeträge von 10 – 20 % des Bruttoeinkommens gemäß § 30 SGB II¹⁹.

Für die komplizierten Berechnungen gibt es zahlreiche Rechenhilfen im Internet.²⁰

Nicht bezogen werden darf Unterhaltsvorschuss (!!), Wohngeld neben sonstigen Formen von nicht-beitragsabhängigen Sozialleistungen.

Abschließend muss dann geprüft werden, ob ein Fall vorliegt, in dem der Lebensunterhalt nur seit Ersterteilung überwiegend (50 % + 1 Cent) gesichert werden muss, wenn die Betroffenen bereits bei Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104a AufenthG gearbeitet hatten, oder ob andernfalls der Lebensunterhalt seit 01.04.2009 vollständig gesichert werden muss.

¹⁸ Kindergeldbeträge seit Januar 2009: 164.- € jeweils für das erste und zweite Kind, 170.- € für das dritte Kind und 195.- € für jedes weitere Kind

¹⁹ 20 % des Brutto-Einkommens betragen für das Gehalt von 100.- bis 800.- €, zuzüglich 10 % des Brutto-Einkommens für das Gehalt von 801.- bis 1.200.- € bzw. bis 1.500.- € bei Zusammenleben mit mindestens einem minderjährigen Kind

²⁰ wie z. B.: www.nettolohn.de; www.bmfsfj.de/Kinderzuschlagrechner; www.elterngeldrechner.de

3. Ermessensspielräume

- a. Vielfach zu beobachten ist, dass die Ausländerbehörden im Rahmen der „Soll-Regelung“ des § 104a AufenthG ihr gebundenes Ermessen dahingehend ausüben, dass sie versuchen, zusätzliche Ausschlussgründe zu finden.

Ein Beispiel hierfür ist das Erfordernis des Nachweises früherer – zumeist von Anfang an aussichtsloser – Bemühungen um die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit oder das Zurechnen fehlender Deutschkenntnisse für Familienmitglieder.

- b. Kein Ermessen haben die Ausländerbehörden grundsätzlich beim Vorliegen von Ausschlussgründen wie Straftaten sowie beim Stichtag von § 104a AufenthG.
- c. Da im Rahmen der Lebensunterhaltssicherung eine Prognoseentscheidung zu treffen ist, könnten die Ausländerbehörden zumindest bei „überwiegender Sicherung“ des Lebensunterhalts die Aufenthaltserlaubnis über den 31.12.2009 hinaus verlängern, auch wenn die Aufenthaltserlaubnis nur kurze Zeit vor dem 01.04.2009 erteilt worden war.
- d. Im Rahmen der für als Minderjährige eingereiste oder minderjährigen Betroffenen erforderlichen Prognoseentscheidung hinsichtlich eines Einfügens in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland werden jedoch häufig Strafverurteilungen sogar unter 50 Tagessätzen gegen die Betroffenen verwendet.
- e. Ein weites Ermessen kommt den Ausländerbehörden auch bei der Einschätzung der Deutschkenntnisse und der Einschätzung hinsichtlich einer Verzögerung bei Aufenthaltsbeendigung oder Täuschung hinsichtlich aufenthaltsrechtlich relevanter Umstände zu.
- f. Bei der Einschätzung, ob der Betroffene Bezüge zu Terrorismus oder Extremismus aufweist, sind die Landesämter für Verfassungsschutz die Entscheidungsträger, teilweise auch gegen die Einschätzung der Ausländerbehörden.
- g. Problematisch ist allgemein ein verstärktes und nachhaltiges „Einmischen“ der Innenminister, so dass sich einige Ausländerbehörden teilweise nicht mehr in der Lage sehen, eigenständige Ermessensentscheidungen ohne Rückfragen zu treffen.

Die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des BMI zum AufenthG wurden bislang noch nicht verabschiedet, ein 3. Entwurf liegt seit 13.05.2009 vor.²¹

²¹ vgl. Dr. Barbara Weiser / Norbert Grehl-Schmitt, Caritasverband Osnabrück, „Stellungnahme zum Entwurf der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz vom 02.03.2009, soweit sie die gesetzliche Altfallregelung betreffen, Stand: 22.05.2009“

4. Änderungsbedarf

Ein erheblicher Änderungsbedarf besteht zum jetzigen Zeitpunkt insbesondere hinsichtlich der Lebensunterhaltssicherung.

Es sind zahlreiche Gesetzesinitiativen und Vorschläge eingebracht worden von den Grünen, den Linken, SPD-Mitgliedern, Pro Asyl, den Kirchen und auch dem Ausschuss für Asyl- und Ausländerrecht des DAV.

Bislang wurde meist vorgeschlagen, die Frist für die Lebensunterhaltssicherung vom 01.04.2009 um bis zu zwei Jahre zu verlängern bzw. zusätzlich die Anrechnung der Freibeträge im SGB II zu streichen.

Inzwischen wird jedoch mehrfach gefordert, anstelle einer Fristverlängerung eine Änderung dahingehend zu veranlassen unmittelbar nach der Bundestagswahl, dass der Nachweis nachhaltiger Erwerbsbemühungen ausreichen soll.

II. Möglichkeiten einer anderweitigen Aufenthaltssicherung für Geduldete

1. 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 f ARB 1/80 bzw. § 18a Abs. 1 Nr. 1 a, b oder c AufenthG.

Geduldete, die über einen Reisepass verfügen, könnten eine Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken erhalten, soweit ihr Lebensunterhalt – ggf. über BAföG-Leistungen – gesichert ist.

2. § 25 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 8 Abs. 1 EMRK

Vorrangig in Betracht kommen wird bei vollziehbar ausreisepflichtigen Geduldeten allerdings § 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.

Es ist detailliert am Einzelfall unter Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) darzulegen, 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.

Das Bundesverwaltungsgericht führt insoweit etwa in seinem Urteil vom 29.09.1998 – 1 C 8/96 – zu Art. 8 Abs. 2 EMRK Folgendes aus:

*„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.“*²²

Gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK hat jedermann u. a. 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, vgl. EGMR, U. v. 16.6.2005 – 60654/00 – „Sisojeva“:

„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.“

Der Schutzbereich des Art. 8 Abs. 1 EMRK im Sinne des „Schutzes des Privatlebens und des Familienlebens“ ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des EGMR sowie des BVerfG weit zu fassen.²³

Dargelegt werden müssen Aufenthaltszeiten, Deutschkenntnissen, schulische, berufliche und wirtschaftliche Integration sowie die kulturelle und soziale Verwurzelung.

Über die Dauer des Aufenthalts 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 Aufnahmestaat“, EGMR, U. v. 16.6.2005, 60654/00, „Sisojeva“.

²² vgl. auch BVerwG, U. v. 27.06.2006, 1 C 14.05, VGH B-W, U. v. 18.04.2007, 11 S 1035/06; OVG NRW, B. v. 08.12.2006, 18 A 2644/06; OVG Nds., B. v. 17.11.2006, 10 ME 222/06; Hess. VGH, B. v. 15.02.2006, 7 TG 106/06.

²³ vgl. EGMR, U. v. 18.10.2006, Rechtssache Üner, Beschwerde Nr. 46410/99; BVerfG, B. v. 10.05.2007, 2 BvR 304/07, InfAuslR 2007, 275 (277); BVerfG, B. v. 10.08.2007, 2 BvR 535/06.

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 Kind,

vgl. EGMR, Urteil vom 16.6.2005, „Sisojeva“; EGMR, Urteil vom 15.7.2003, Kammer IV – 52206/99 – „Mokrani“; EGMR, U. v. 10.7.2003, Kammer III – 53441/99 – „Benhebbba“; EGMR, U.v. 6.2.2003, Kammer III – 36757/97 – „Jakupovic“; EGMR „Ezzhoudi“ – zitiert von Constanze Weber in InfAuslR 2001, 480; EGMR, U. v. 30.11.1999 – 34374/97 – „Baghli“,

- Schul- oder Berufsausbildung im Aufenthaltsstaat,

vgl. EGMR, Urteil vom 10.7.2003, Kammer III – 53441/99 – „Benhebbba“; EGMR „Ezzhoudi“ – zitiert von Constanze Weber in InfAuslR 2001, 480; EGMR, Urteil vom 30.11.1999 – 34374/97 – „Baghli“,

- Persönliche und soziale Kontakte im Aufenthaltsstaat,

vgl. etwa EGMR, Urteil vom 16.6.2005 – 60654/00 – „Sisojeva“; EGMR, Urteil vom 15.7.2003, Kammer IV – 52206/99 – „Mokrani“; EGMR, Urteil vom 10.7.2003, Kammer III – 53441/99 – „Benhebbba“,

- familiäre Bindungen im Aufenthaltsstaat,

vgl. Urteil vom 15.7.2003, Kammer IV – 52206/99 – „Mokrani“; EGMR, Urteil vom 6.2.2003, Kammer III – 36757/97 – „Jakupovic“; EGMR, Urteil vom 31.12.2002 – 37295/97 – „Yildiz“,

- sowie Sprachkenntnis der Sprache des Aufenthaltsstaates sowie fehlende Beziehungen zum Herkunftsstaat und fehlende Sprachkenntnisse hinsichtlich der Sprache des Herkunftsstaats,

vgl. OVG Rheinland-Pfalz, B. v. 24.02.2006 – 7 B 10020/06.OVG; VG Stuttgart, U. v. 22.11.2005 – 12 K 2469/04; EGMR, U.v. 6.2.2003, Kammer III, 36757/97, „Jakupovic“; EGMR, U. v. 31.10.2002, 37295/97, „Yildiz“; EGMR, U. v. 11.7.2002, 56811/00, „Amrollahi“; EGMR, U.v. 13.12.2001, 47-160/99, „Ezzoudi“, zitiert von Constanze Weber in InfAuslR 2001, 480; EGMR, U. v. 30.11.1999, 34374/97, „Baghli“.

3. § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG

Eine in der Rechtsprechung noch wenig ausgeformte und wenig beachtete Möglichkeit einer Aufenthaltssicherung stellt § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG dar für **nicht vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer**, wenn 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 BVerwG²⁴ 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 dem zitierten Urteil hohe Anforderungen an eine solche Verwurzelung, worauf sich dann auch der 3. Entwurf der BMI VwV-AufenthG vom 13.05.2009 bezieht.

Es kommt laut BVerwG hierbei im Rahmen einer vorzunehmenden **Gesamtbewertung** auf

- das Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG;
- die formelle und materielle Rechtmäßigkeit eines Voraufenthalts (keine Täuschung, auch nicht durch die Eltern);
- die Dauer des Aufenthalts;
- Prägung in Deutschland;
- Berufsausbildung, möglicherweise für einen Beruf, der nur oder bevorzugt in Deutschland ausgeübt werden kann;
- Berufstätigkeit und Lebensunterhaltssicherung auch in der Vergangenheit;
- Soziale Integration auch außerhalb der Kernfamilie;
- Beurteilung von Strafverurteilungen – unter der Grenze in § 104 a AufenthG –

an.

²⁴ BVerwG, U. v. 27.01.2009, 1 C 40.07

BVerwG, U. v. 27.01.2009, 1 C 40.07

Urteilsgründe:

„(...) 8. In Betracht kommt jedoch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG. (...) Nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 AufenthG, also unabhängig vom Wegfall der Erteilungsvoraussetzungen verlängert werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles das Verlassen des Bundesgebiets für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen der früheren Regelung in § 30 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990. Insofern kann an die Rechtsprechung des Senats zu dieser Regelung angeknüpft werden (so bereits Beschluss vom 8. Februar 2007 BVerwG 1 B 69.06 Buchholz 402.242 § 25 AufenthG Nr. 7).

19 Die Vorschrift setzt nicht nur eine besondere Härte, sondern eine außergewöhnliche Härte voraus. Hierfür gelten naturgemäß hohe Anforderungen. Die Beendigung des Aufenthalts in Deutschland muss für den Ausländer mit Nachteilen verbunden sein, die ihn deutlich härter treffen als andere Ausländer in einer vergleichbaren Situation. Die Beendigung des Aufenthalts muss für den Ausländer bei dieser Vergleichsbetrachtung unzumutbar sein (vgl. etwa Urteil des Senats vom 19. September 2000 BVerwG 1 C 14.00 Buchholz 402.240 § 6 AuslG Nr. 16 sowie Beschluss vom 8. Februar 2007 BVerwG 1 B 69.06 a.a.O.).

In einem anderen aufenthaltsrechtlichen Zusammenhang hat der Senat eine außergewöhnliche Härte angenommen, wenn die mit der Versagung der Aufenthaltserlaubnis eintretenden Schwierigkeiten nach ihrer Art und Schwere so ungewöhnlich und groß sind, dass die Ablehnung der Erlaubnis schlechthin unvertretbar ist (Beschluss vom 25. Juni 1997 BVerwG 1 B 236.96 Buchholz 402.240 § 22 AuslG Nr. 4 zu der früheren Familiennachzugsregelung in § 22 AuslG 1990). Die Kommentarliteratur sieht eine außergewöhnliche Härte im Sinne des § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG erst bei einer exceptionellen Ausnahmesituation als gegeben an (Hailbronner, Kommentar zum Ausländerrecht, § 25 AufenthG Rn. 92; Burr, in: Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, § 25 Rn. 93; jeweils m.w.N.).

20 Bei der Beurteilung, ob die Beendigung des Aufenthalts eines in Deutschland aufgewachsenen Ausländers eine außergewöhnliche Härte darstellt, kommt auch dem Umstand Bedeutung zu, inwieweit der Ausländer in Deutschland verwurzelt ist. Das Ausmaß der Verwurzelung bzw. die für den Ausländer mit einer „Entwurzelung“ verbundenen Folgen sind unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG sowie der Regelung des Art. 8 EMRK zu ermitteln, zu gewichten und mit den Gründen, die für eine Aufenthaltsbeendigung sprechen, abzuwägen. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Diese Würdigung unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls ist in erster Linie eine tatrichterliche Aufgabe. (...) Bei der Beurteilung, ob eine außergewöhnliche Härte im Sinne des § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG vorliegt, wird das Berufungsgericht Folgendes zu beachten haben:

21 (...) Im Vordergrund steht das Recht des Klägers auf Achtung seines Privatlebens. Dieses Recht umfasst, auch soweit es keinen familiären Bezug hat, die Summe der persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für das Privatleben eines jeden Menschen konstitutiv sind und denen angesichts der zentralen Bedeutung dieser Bindungen für die Entfaltung der Persönlichkeit eines Menschen bei fortschreitender Dauer des Aufenthalts wachsende Bedeutung zukommt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 10. Mai 2007 2 BvR 304/07 InfAuslR 2007, 275 <277> und vom 10. August 2007 2 BvR 535/06 InfAuslR 2007, 443 <446>; jeweils m.w.N.).

22 Von erheblichem Gewicht ist vorliegend die Dauer des Aufenthalts. Der Kläger ist mit sechs Jahren nach Deutschland gekommen und hält sich seit 1985 durchgehend hier auf. Er hat hier die gesamte Schulzeit verbracht und die Schule mit dem Hauptschul-Abschluss beendet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts spricht der Kläger fließend Deutsch (UA S. 35). Er ist in Deutschland entscheidend geprägt worden.

Einschränkend muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Legitimität des Aufenthalts über viele Jahre belastet gewesen ist. Zwar weist der Aufenthaltsstatus des Klägers in formeller Hinsicht keine Lücken oder sonstige Mängel auf. Materiellrechtlich muss sich der Kläger aber entgegenhalten lassen, dass sein Aufenthaltsrecht in Deutschland durch eine bewusste Täuschung seiner Eltern begründet worden ist. (...)

23 Was die berufliche Verwurzelung des Klägers in Deutschland betrifft, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Kläger nach wie vor berufstätig und dadurch in der Lage ist, den Lebensunterhalt für sich und seine Familie dauerhaft zu sichern. Beim Ausmaß der beruflichen Integration ist zu berücksichtigen, dass der Kläger über Jahre öffentliche Sozialleistungen bezogen hat. Das Berufungsgericht wird außerdem festzustellen haben, ob der Kläger eine Berufsausbildung absolviert hat und ihn diese Ausbildung gegebenenfalls für eine Berufstätigkeit qualifiziert, die nur oder bevorzugt in Deutschland ausgeübt werden kann.

24 Bei der sozialen Integration des Klägers hat das Berufungsgericht das Ausmaß sozialer Bindungen bzw. Kontakte des Klägers außerhalb der Kernfamilie bisher nicht ermittelt.

Zu Unrecht ist das Berufungsgericht, wie ausgeführt, von drei strafgerichtlichen Verurteilungen des Klägers ausgegangen. Es bleibt seine Verurteilung wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen das Fleischhygienegesetz. Diese Verurteilung ist unter dem Aspekt der Integration zu bewerten. Sie hat im Rahmen des § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG allerdings wohl nicht die dominierende Bedeutung wie im Rahmen des § 104a AufenthG. Schließlich ist vom Berufungsgericht zu klären, ob für den Kläger ein Zusammenleben mit seiner Familie im Libanon oder in der Türkei möglich und zumutbar ist. Alle diese Umstände sind im Wege einer Gesamtbewertung zu gewichten und im Hinblick auf das Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte gemäß § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG zu beurteilen.

25 Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG setzt weiter in der Regel voraus, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 AufenthG vorliegen.

Auch dies wird das Berufungsgericht zu prüfen haben. Dabei ist davon auszugehen, dass die Verurteilung des Klägers einen Ausweisungsgrund im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG darstellt, solange sie im Bundeszentralregister nicht getilgt ist. Allerdings kann von einer Regelerteilungsvoraussetzung, sofern sie nicht bereits wegen Vorliegens eines Ausnahmefalls entbehrlich ist, im Rahmen des Ermessens abgesehen werden (§ 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG).

Dies müsste die Beklagte im Falle einer hier ohnehin nur in Betracht kommenden Verpflichtung zur erneuten Bescheidung bei Ausübung ihres Ermessens, das ihr sowohl im Rahmen von § 25 Abs. 4 Satz 2 als auch im Rahmen von § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG eröffnet ist, prüfen. Auch in diesem Zusammenhang sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 2 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG sowie die Regelung des Art. 8 EMRK von Bedeutung.“

III. Anhänge

1. Deutschkenntnisse Stufe A 2 nach dem GER

(Gemeinsamer Europäischen Referenzrahmen (Empfehlungen des Ministerkomitees des Europarates an die Mitgliedstaaten Nr. R (98) 6 vom 17. März 1998 zum Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmen für Sprachen)

A2: Kann Sätze und häufig gebrauchte Ausdrücke verstehen, die mit Bereichen von ganz unmittelbarer Bedeutung zusammenhängen (z. B. Informationen zur Person und zur Familie, Einkaufen, Arbeit, nähere Umgebung). Kann sich in einfachen, routinemäßigen Situationen verständigen, in denen es um einen einfachen und direkten Austausch von Informationen über vertraute und geläufige Dinge geht. Kann mit einfachen Mitteln die eigene Herkunft und Ausbildung, die direkte Umgebung und Dinge im Zusammenhang mit unmittelbaren Bedürfnissen beschreiben.

2. Link zur Aktion Bleiberecht der Kirchen mit politischen Forderungen und Hintergrundinformationen: www.aktion-bleiberecht.de

3. Regelsätze nach dem SGB II ab 01.07.2009:

Haushaltsvorstand / alleinstehende Personen:	359.- €
Zusammenlebende Ehegatten / Lebenspartner	323.- €
Kinder ab 14. Lebensjahr bis zum 25. Lebensjahr	287.- €
Kinder ab 7. Lebensjahr bis zum 13. Lebensjahr	251.- €
Kinder bis zum 6. Lebensjahr	215.- €

§ 11 SGB II: zu berücksichtigendes Einkommen:

„(2) Vom Einkommen sind abzusetzen

1. auf das Einkommen entrichtete Steuern,
2. Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung einschließlich der Beiträge zur Arbeitsförderung,
3. Beiträge zu öffentlichen oder privaten Versicherungen oder ähnlichen Einrichtungen, soweit diese Beiträge gesetzlich vorgeschrieben oder nach Grund und Höhe angemessen sind; hierzu gehören Beiträge
 - a) zur Vorsorge für den Fall der Krankheit und der Pflegebedürftigkeit für Personen, die in der gesetzlichen Krankenversicherung nicht versicherungspflichtig sind,
 - b) zur Altersvorsorge von Personen, die von der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung befreit sind, soweit die Beiträge nicht nach § 26 bezuschusst werden,

-
4. geförderte Altersvorsorgebeiträge nach § 82 des Einkommensteuergesetzes, soweit sie den Mindesteigenbeitrag nach § 86 des Einkommensteuergesetzes nicht überschreiten,
 5. die mit der Erzielung des Einkommens verbundenen notwendigen Ausgaben,
 6. **für Erwerbstätige ferner ein Betrag nach § 30,**
 7. Aufwendungen zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltsverpflichtungen bis zu dem in einem Unterhaltstitel oder in einer notariell beurkundeten Unterhaltsvereinbarung festgelegten Betrag,
 8. bei erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, deren Einkommen nach dem Vierten Abschnitt des Bundesausbildungsförderungsgesetzes oder § 71 oder § 108 des Dritten Buches bei der Berechnung der Leistungen der Ausbildungsförderung für mindestens ein Kind berücksichtigt wird, der nach den Vorschriften der Ausbildungsförderung berücksichtigte Betrag.

Bei erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, die erwerbstätig sind, ist an Stelle der Beträge nach Satz 1 Nr. 3 bis 5 ein Betrag von insgesamt 100 Euro monatlich abzusetzen. Beträgt das monatliche Einkommen mehr als 400 Euro, gilt Satz 2 nicht, wenn der erwerbsfähige Hilfebedürftige nachweist, dass die Summe der Beträge nach Satz 1 Nr. 3 bis 5 den Betrag von 100 Euro übersteigt.“

§ 30 SGB II: Freibeträge bei Erwerbstätigkeit:

„Bei erwerbsfähigen Hilfebedürftigen, die erwerbstätig sind, ist von dem monatlichen Einkommen aus Erwerbstätigkeit ein weiterer Betrag abzusetzen. Dieser beläuft sich

1. für den Teil des monatlichen Einkommens, das 100 Euro übersteigt und nicht mehr als 800 Euro beträgt, auf 20 vom Hundert und
2. für den Teil des monatlichen Einkommens, das 800 Euro übersteigt und nicht mehr als 1.200 Euro beträgt, auf 10 vom Hundert.

An Stelle des Betrages von 1.200 Euro tritt für erwerbsfähige Hilfebedürftige, die entweder mit mindestens einem minderjährigen Kind in Bedarfsgemeinschaft leben oder die mindestens ein minderjähriges Kind haben, ein Betrag von 1.500 Euro.“

Urteil des BVerwG zur Lebensunterhaltssicherung gemäß § 2 Abs. 3 AufenthG, BVerwG, U. v. 26.08.2008, 1 C 32.07

Leitsätze:

1. Die Berechnung des zur Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne von § 2 Abs. 3 AufenthG notwendigen Bedarfs und des erforderlichen Einkommens richtet sich bei erwerbsfähigen Ausländern nach den entsprechenden Bestimmungen des Zweiten Buchs des Sozialgesetzbuchs SGB II über die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts.
2. Bei erwerbsfähigen Ausländern sind bei der Ermittlung des zur Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne von § 2 Abs. 3 AufenthG erforderlichen Einkommens von dem Erwerbseinkommen sämtliche in § 11 Abs. 2 SGB II angeführten Beträge abzuziehen. Dies gilt auch für den Freibetrag bei Erwerbstätigkeit nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i.V.m. § 30 SGB II und die Pauschale nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II.

Urteilsgründe:

„(...) 19 Nach der gesetzlichen Definition in § 2 Abs. 3 AufenthG ist der Lebensunterhalt eines Ausländers gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann.

Dabei bleiben das Kindergeld, der Kinderzuschlag und das Erziehungsgeld oder Elterngeld sowie öffentliche Mittel außer Betracht, die auf Beitragsleistungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.

(...) Die Feststellung der Sicherung des Lebensunterhalts erfordert demnach einen Vergleich des voraussichtlichen Unterhaltsbedarfs mit den tatsächlich zur Verfügung stehenden Mitteln.

Die Ermittlung des Unterhaltsbedarfs (...) richtet sich seit der Änderung des Rechts der Sozial- und Arbeitslosenhilfe vom 1. Januar 2005 an bei erwerbsfähigen Ausländern nach den entsprechenden Bestimmungen des Zweiten Buchs des Sozialgesetzbuchs SGB II. Dies gilt grundsätzlich auch für die Berechnung des zur Verfügung stehenden Einkommens, das nach den Regelungen in § 11 SGB II zu ermitteln ist.

Danach sind von dem nach § 11 Abs. 1 SGB II zu ermittelnden Bruttoeinkommen die in § 11 Abs. 2 SGB II genannten Beträge abzuziehen. Hierzu gehören auch der Freibetrag bei Erwerbstätigkeit gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i.V.m. § 30 SGB II und die Pauschale von 100 €, die nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II an die Stelle der Beträge nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bis 5 tritt.

20 Der Senat folgt damit nicht der von der Revision und auch in der Rechtsprechung und im Schrifttum vertretenen Auffassung, wonach der Freibetrag bei Erwerbstätigkeit nach § 30 SGB II und die Pauschale nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II bei der Einkommensermittlung im Rahmen von § 2 Abs. 3 AufenthG deshalb nicht abzusetzen seien, weil sie einem anderen Zweck als dem der Existenzsicherung dienen. Es handele sich um arbeitsmarktpolitische Maßnahmen zur Verbesserung der Hinzuverdienstmöglichkeiten nach dem SGB II, mit denen nicht bezweckt gewesen sei, nachteilige Auswirkungen im Bereich des Ausländerrechts herbeizuführen und insbesondere die Voraussetzungen für den Familiennachzug oder die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis zu verschärfen. Die Höhe dieser Abzugsbeträge sei im Vergleich zur bisherigen Rechtslage so erheblich, dass sie trotz voller Erwerbstätigkeit häufig nicht zusätzlich erwirtschaftet werden könnten.

Es handle sich zudem um fiktive Abzugsbeträge, die die tatsächlich zur Deckung des Lebensunterhalts zur Verfügung stehenden Mittel nicht minderten. Der Gefahr, dass die deutschen Sozialsysteme durch eine Nachzugsgenehmigung in derartigen Fällen belastet würden, könne dadurch begegnet werden, dass der Ausländer nach § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG ausgewiesen oder die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis wegen Vorliegens eines Ausweisungsgrundes nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abgelehnt werden könne, wenn er nach seiner Einreise tatsächlich ergänzende Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehme (vgl. VG Berlin, Urteil vom 23. September 2005 25 A 329/02 InfAuslR 2006, 21; VGH Kassel, Beschluss vom 14. März 2006 9 TG 512/06 AuAS 2006, 146 allerdings nur bezüglich des Erwerbstätigenfreibetrags; VG Lüneburg, Urteil vom 18. Januar 2007 6 A 353/05 InfAuslR 2007, 241, im Ergebnis ebenso OVG Lüneburg, Urteil vom 29. November 2006 11 LB 127/06 juris; VG Berlin, Urteil vom 1. Dezember 2005 29 V 20.05 juris; Funke-Kaiser, in: GK-Aufenthaltsgesetz II, Stand: Januar 2008, § 2 Rn. 46; im Ergebnis ebenso Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: April 2008, § 2 AufenthG Rn. 25 ff.; vgl. zum Meinungsstand auch den Siebten Bericht über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, BTDrucks 16/7600 S. 108 f.).

21 Diese Argumentation überzeugt nicht. **Die maßgebliche Bestimmung des § 2 Abs. 3 AufenthG ist vielmehr in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen dahingehend auszulegen, dass sämtliche in § 11 Abs. 2 SGB II genannten Beträge bei der Ermittlung des Einkommens abzusetzen sind, weil der Lebensunterhalt dann nicht gesichert ist, wenn ein Anspruch auf (aufstockende) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II besteht.**

Dies lässt sich zwar nicht schon aus dem Wortlaut der Vorschrift herleiten. Denn die Formulierung, der Ausländer müsse seinen Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten „können“, lässt auch eine Interpretation im Sinne der Auffassung der Revision zu.

Es ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift in Verbindung mit den Gesetzesmaterialien und der systematischen Stellung im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes. Der Sinn und Zweck der Regelung besteht, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, darin, neue Belastungen für die öffentlichen Haushalte zu vermeiden. Die Lebensunterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 3 AufenthG wird in der Begründung des Gesetzentwurfs als eine der Erteilungsvoraussetzungen von grundlegendem staatlichen Interesse und als wichtigste Voraussetzung, um die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel zu verhindern, bezeichnet (BTDrucks 15/420 S. 70). Dies spricht dafür, dass im Falle eines voraussichtlichen Anspruchs auf öffentliche Mittel sofern sie nicht ausdrücklich nach § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG außer Betracht zu bleiben haben der Lebensunterhalt nicht als gesichert angesehen werden kann, da dann auch eine Inanspruchnahme dieser Mittel zu erwarten oder jedenfalls nicht auszuschließen ist.

Ob die Leistungen tatsächlich in Anspruch genommen werden, ist nach dem gesetzgeberischen Regelungsmodell unerheblich. Dies wird u.a. auch durch die Begründung des Gesetzentwurfs zu § 27 Abs. 3 AufenthG bestätigt, in der zu dem vergleichbaren Erfordernis des Angewiesenseins auf Leistungen nach dem Zweiten und Zwölften Buch des Sozialgesetzbuchs ausgeführt wird, es komme wie im bisherigen Recht „nur auf das Bestehen eines Anspruchs auf Sozialhilfe, d.h. das Vorliegen der Voraussetzungen, nicht auf die tatsächliche Inanspruchnahme an“ (BTDrucks 15/420 S. 81).

22 Dass die hier in Rede stehenden öffentlichen Leistungen des (ergänzenden) Arbeitslosengeldes II (für die Mutter der Klägerin) und des Sozialgeldes (für die Klägerin) nach dem SGB II beitragsunabhängig sind und auch sonst nicht zu den nach § 2 Abs. 3 Satz 2 AufenthG unschädlichen Leistungen gehören, ist unstrittig. Das Arbeitslosengeld II wird ebenso wie das Sozialgeld vom Gesetzgeber ausdrücklich als Leistung zur Sicherung des Lebensunterhalts bezeichnet (vgl. die Überschrift von Kapitel 3 Abschnitt 2 SGB II). Diese Leistungen nach dem SGB II werden auch im Aufenthaltsgesetz mehrfach den Leistungen der Sozialhilfe nach dem SGB XII gleichgesetzt (vgl. etwa § 27 Abs. 3, § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 AufenthG), ohne dass zwischen verschiedenen Leistungen oder Teilleistungen der Lebensunterhaltssicherung nach dem SGB II differenziert wird. Der in erster Linie aus arbeitsmarkt- bzw. beschäftigungspolitischen Gründen in dieser Höhe gewährte Freibetrag nach § 30 i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 SGB II, der in Kapitel 3 Abschnitt 2 (Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts) Unterabschnitt 3 (Anreize und Sanktionen) geregelt ist, ändert nichts daran, dass das Arbeitslosengeld II selbst eine einheitliche Leistung zur Lebensunterhaltssicherung darstellt. Der von der Gegenmeinung angeführte Gesichtspunkt, dass der Gesetzgeber mit der Verbesserung der Leistungen nach dem SGB II nicht die Nachzugsvoraussetzungen für Ausländer verschärfen wollte, spricht deshalb nicht gegen die Anrechnung der Abzugsbeträge. Wenn der Gesetzgeber zusätzliche Belastungen für öffentliche Haushalte vermeiden will, nimmt er es auch in seinen Willen auf, dass sich die Nachzugsvoraussetzungen bei steigenden Sozialleistungen für den Lebensunterhalt zwangsläufig verschärfen.

23 Soweit die Gegenmeinung argumentiert, trotz des Bestehens eines rechnerischen Anspruchs auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II könne ein Nachzug zugelassen werden, weil eine Belastung der öffentlichen Haushalte auch dadurch wirksam vermieden werden könne, dass im Falle der tatsächlichen Inanspruchnahme dieser Leistungen der Aufenthalt des Ausländers nachträglich beendet werden könne, kann der Senat dem nicht folgen.

Eine spätere Aufenthaltsbeendigung, sei es durch Ausweisung oder durch Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis, dürfte bei unveränderten wirtschaftlichen Verhältnissen des Ausländers rechtlich kaum möglich sein. Hierzu hat das Berufungsgericht bereits zutreffend ausgeführt, dass es noch ungeachtet der Frage, ob der Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG überhaupt Leistungen nach dem SGB II, und nicht nur Leistungen nach dem SGB XII erfasst (verneinend u.a. Hailbronner, a.a.O. § 55 Rn. 80 mit Hinweisen auf das Gesetzgebungsverfahren) ermessensfehlerhaft wäre, einen Ausländer in Kenntnis seiner finanziellen Verhältnisse einreisen zu lassen, um ihn dann bei Inanspruchnahme ihm zustehender Leistungen auszuweisen. Entsprechendes gilt für die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bei unveränderten finanziellen Verhältnissen (so auch Hailbronner, a.a.O. § 2 Rn. 27). Im Falle des Kindernachzugs kommt bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis noch hinzu, dass nach § 34 Abs. 1 AufenthG die einem Kind erteilte Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 (Lebensunterhaltssicherung) und § 29 Abs. 1 Nr. 2 (ausreichender Wohnraum) zu verlängern ist, so dass eine Ablehnung der Verlängerung wegen fehlender Lebensunterhaltssicherung nicht mehr in Betracht kommt.

In der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 34 AufenthG heißt es hierzu, der hohe Stellenwert der familiären Lebensgemeinschaft gebiete es, an die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ebenso wie bei nachgezogenen Ehegatten einen weiteren Maßstab als bei der Erteilung anzulegen (BTDrucks 15/420 S. 83). Ob unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck dieser Regelung dann noch auf § 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 55 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 6 AufenthG wegen des Bezugs von Leistungen nach dem SGB II zurückgegriffen werden könnte, erscheint zweifelhaft, ganz abgesehen von dem oben bereits angesprochenen Problem der Reichweite von § 55 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG. Im Übrigen vernachlässigt die Gegenmeinung dabei auch, dass § 2 Abs. 3 AufenthG in gleicher Weise u.a. auch für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG von Bedeutung ist und dabei weder eine nachträgliche Korrektur über ein Verlängerungsverfahren noch angesichts des besonderen Ausweisungsschutzes nach § 56 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Ausweisung wegen Sozialleistungsbezugs in Betracht kommt. Die nachträgliche Ausweisung oder Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis ist damit nach der gesetzgeberischen Konzeption kein geeigneter Weg, um der Gefahr neu entstehender Belastungen für öffentliche Haushalte wirksam zu begegnen. Vielmehr entspricht es dem Willen des Gesetzgebers, bei der (erstmaligen) Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis hinsichtlich der Sicherung des Lebensunterhalts einen strengen Maßstab anzulegen (...).“

4. Tilgungsfrist von Straftaten gemäß § 46 BZRG

(1) Die Tilgungsfrist beträgt

1. fünf Jahre bei Verurteilungen
 - a) zu Geldstrafe von nicht mehr als neunzig Tagessätzen, wenn keine Freiheitsstrafe, kein Strafarrrest und keine Jugendstrafe im Register eingetragen ist,
 - b) zu Freiheitsstrafe oder Strafarrrest von nicht mehr als drei Monaten, wenn im Register keine weitere Strafe eingetragen ist,
 - c) zu Jugendstrafe von nicht mehr als einem Jahr,
 - d) zu Jugendstrafe von nicht mehr als zwei Jahren, wenn die Vollstreckung der Strafe oder eines Strafrestes gerichtlich oder im Gnadenweg zur Bewährung ausgesetzt worden ist,
 - e) zu Jugendstrafe von mehr als zwei Jahren, wenn ein Strafrest nach Ablauf der Bewährungszeit gerichtlich oder im Gnadenweg erlassen worden ist,
 - f) zu Jugendstrafe, wenn der Strafmakel gerichtlich oder im Gnadenweg als beseitigt erklärt worden ist,
 - g) durch welche eine Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 des Strafgesetzbuchs) mit Ausnahme der Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis für immer und des Berufsverbots für immer, eine Nebenstrafe oder eine Nebenfolge allein oder in Verbindung miteinander oder in Verbindung mit Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmitteln angeordnet worden ist,
2. zehn Jahre bei Verurteilungen zu
 - a) Geldstrafe und Freiheitsstrafe oder Strafarrrest von nicht mehr als drei Monaten, wenn die Voraussetzungen der Nummer 1 Buchstaben a und b nicht vorliegen,
 - b) Freiheitsstrafe oder Strafarrrest von mehr als drei Monaten, aber nicht mehr als einem Jahr, wenn die Vollstreckung der Strafe oder eines Strafrestes gerichtlich oder im Gnadenweg zur Bewährung ausgesetzt worden und im Register nicht außerdem Freiheitsstrafe, Strafarrrest oder Jugendstrafe eingetragen ist,
 - c) Jugendstrafe von mehr als einem Jahr, außer in den Fällen der Nummer 1 Buchstaben d bis f,
3. zwanzig Jahre bei Verurteilungen wegen einer Straftat nach den §§ 174 bis 180 oder 182 des Strafgesetzbuches zu einer Freiheitsstrafe oder Jugendstrafe von mehr als einem Jahr,
4. fünfzehn Jahre in allen übrigen Fällen. (...)