

## **Die IMK-Anschlussregelung zum §104a**

### **Hinweise für die Beratung**

von Timmo Scherenberg, Hessischer Flüchtlingsrat  
Stand 08.12.2009

Auf der Innenministerkonferenz in Bremen ist – wie lange vorher angekündigt – eine Einigung über den Umgang mit der sogenannten Altfallregelung (§104a AufenthG) getroffen worden. Es handelt sich beim Ergebnis um einen Kompromiss par excellence, alle haben versucht möglichst viele Forderungen darin unterzubringen und am Ende entstehen dann in der Praxis mehr Fragen als Antworten.

Zusätzlich zum Kompromisscharakter der Regelung kam erschwerend hinzu, dass die IMK, die als einziges Instrument für die AE-Erteilung an Gruppen den §23 Abs.1 AufenthG hat, eine Anschlussregelung an die gesetzliche Altfallregelung finden musste, da es zeitlich nicht anders zu bewerkstelligen gewesen wäre (die Altfallregelung läuft Ende des Monats aus). Eigentlich jedoch wäre es Aufgabe des Gesetzgebers und nicht der IMK gewesen, hier eine Lösung zu finden. Eines der Hauptprobleme des §104a, der Ausschluss der Fiktionswirkung, wurde überhaupt nicht gelöst (siehe Abschnitt „Problem Fiktionswirkung“). Doch nun zur Regelung im Einzelnen:

#### **Neue Möglichkeiten der Verlängerung**

Es gibt durch die Anschlussregelung jetzt einige neue Möglichkeiten, die AE nach §104a als AE nach §23 Abs. 1 verlängert zu bekommen. Grundsätzlich sollte beachtet werden, dass dadurch die in §104a Abs. 5 & 6 genannten Verlängerungskriterien nicht hinfällig werden, diese müssen zuerst geprüft werden. Die nachfolgenden Regelungen kommen für diejenigen Personen in Betracht, die die gesetzlichen Verlängerungskriterien des §104a nicht erfüllen (hierzu unbedingt die Ausführungen in den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AufenthG beachten!). Auch gelten die Ausschlussgründe des §104a weiterhin fort (hier relevant v.a. die Grenzen für Straftaten, der regelmäßige Schulbesuch und die Passpflicht.)

#### **Arbeitnehmer/innen mit mindestens Halbtagsbeschäftigung**

Die Möglichkeiten eins und zwei richten sich an Arbeitnehmer/innen, die die Kriterien der Lebensunterhaltssicherung aus dem §104a Abs.5 nicht erfüllen, allerdings zumindest teilweise erwerbstätig sind. Sie stellen somit eine Aufweichung v.a. der Regelung des §104a Abs. 5 S.2 2. HS (seit dem 01.04. LU vollständig gesichert) dar.

Es wird eine AE nach §23 Abs.1 für zwei Jahre erteilt an (Ist-Regelung):

- Personen, die am 31.12.2009 mindestens für die letzten sechs Monate zumindest eine Halbtagsbeschäftigung nachweisen oder
- Personen, die bis zum 31.01.2010 für die kommenden sechs Monate eine Halbtagsbeschäftigung glaubhaft nachweisen können.

Einerseits bleibt hier unklar, wie genau die Halbtagsbeschäftigung definiert ist, ob diese bei einem Arbeitgeber stattfinden muss oder z.B. auch mehrere 400€-Jobs ausreichen. Zusätzlich stellt sich natürlich sofort die Frage, was bekommen denn diese Personen für einen Titel in der Zeit vom 01.01.2010 bis zum 31.01.2010 (siehe Abschnitt Fiktionswirkung)? Denkbar ist hier auch für die Personen, die vorerst nur die AE nach §23 Abs. 1 „auf Probe“ (s.u.) verlängert bekommen haben, in diese Regelung bis zum 31.01. hineinzuwachsen. Prinzipiell gilt jedoch, dass die Ausländerbehörde hier kein Ermessen ausüben kann, sondern die Betroffenen Anspruch auf Erteilung haben, sofern sie die Halbtagsbeschäftigung nachweisen.

Die Verlängerung der AE für diesen Personenkreis nach den zwei Jahren richtet sich, da nichts anderes angegeben ist, nach §8 Abs. 1 (Auf die Verlängerung der AE finden dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Erteilung).

### **Junge Erwachsene mit Schulabschluss/Ausbildung**

Die nächste Möglichkeit richtet sich an hier integrierte Jugendliche / junge Erwachsene. Es wird eine AE nach §23 Abs.1 für zwei Jahre erteilt an (Ist-Regelung):

- Personen, die zwischen dem 01.07.2007 und dem 31.12.2009 entweder ihre Schul- oder Berufsausbildung mit einem Abschluss erfolgreich beendet haben oder sich derzeit in einer Berufsausbildung befinden und bei denen deshalb erwartet werden kann, dass sie sich in unsere Gesellschaft erfolgreich integrieren und sie zukünftig ihren Lebensunterhalt selbstständig sichern werden.

Positiv ist zu bemerken, dass auf den rückwirkenden Schulabschluss Bezug genommen wird, auch sind im Unterschied zu den AVwV nicht nur Oberstufen von Gymnasien erfasst, sondern jegliche Schulabschlüsse. Eine Lebensunterhaltssicherung zum jetzigen Zeitpunkt ist nicht erforderlich. Ermessen haben die Ausländerbehörden auch keines, da die IMK davon ausgeht, dass wegen des erfolgreichen Schulabschlusses automatisch davon ausgegangen werden kann, dass der Lebensunterhalt in Zukunft gesichert sein wird. Die Regelung für diejenigen, die sich noch in Berufsausbildung befinden, wird wohl eher selten zur Anwendung kommen, da diese ohnehin von der Härtefallregelung im §104a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 erfasst werden. Bemerkenswert hier ist aber die Tatsache, dass nicht mehr von einer überwiegenden Sicherung des Lebensunterhaltes in der Zukunft die Rede ist, sondern von einer zukünftigen selbstständigen Lebensunterhaltssicherung.

Allerdings fehlen auch hier (wie schon in den AVwV) wieder diejenigen, die sich derzeit noch in Schulausbildung unterhalb der Oberstufe des Gymnasiums befinden, also z.B. diejenigen, die grade den Realschulabschluss nachmachen. Für diese sollte versucht werden, im Einzelfall eine Lösung zu finden.

Auch hier richtet sich die Verlängerung der AE für diesen Personenkreis nach den zwei Jahren, da nichts anderes angegeben ist, nach §8 Abs. 1 (Auf die Verlängerung der AE finden dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Erteilung). Allerdings ist mit der Erteilung die Erwartung verbunden, dass der Lebensunterhalt in Zukunft gesichert werden kann, wer sich also in den kommenden zwei Jahren trotz Schulabschlusses gar nicht bemüht, könnte bei der Verlängerung Probleme bekommen. Die AE kann jedoch theoretisch auch ohne vollständige Sicherung des Lebensunterhaltes verlängert werden, entscheidend ist hier eher die weitere Prognose.

## **Verlängerung als AE „auf Probe“**

Die letzte Möglichkeit der Verlängerung kann als die Regelung für Opfer der Wirtschaftskrise beschrieben werden.

- Personen, die keines der übrigen Verlängerungskriterien erfüllen, können eine AE nach §23 Abs. 1 „auf Probe“ für zwei Jahre bekommen, sofern sie nachweisen, dass sie sich um die Sicherung des Lebensunterhalts für sich und etwaige Familienangehörige durch eigene Erwerbstätigkeit bemüht haben, und wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass der Lebensunterhalt nach diesen zwei Jahren eigenständig durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gesichert sein wird.

Im Gegensatz zu den vorangegangenen Möglichkeiten handelt es sich bei dieser Regelung um eine Kann-Regelung, d.h. die Ausländerbehörde hat einen Ermessensspielraum. Dieser kann sowohl bei der Beurteilung des Bemühens als auch bei der Einschätzung darüber, ob der Lebensunterhalt in zwei Jahren vollständig(!) gesichert sein wird, ausgeübt werden. Wie der Nachweis des sich um Arbeit Bemühens aussehen soll, wird in der Anschlussregelung nicht konkretisiert. Hier können sicherlich jegliche Qualifizierungsmaßnahmen, Praktika, geringfügige Beschäftigungen, die den Lebensunterhalt nicht ausreichend decken, Bewerbungen, Teilnahme an Maßnahmen der ESF-Projekte etc. angeführt werden. Möglich ist auch die Argumentation, dass das Bemühen dann ausreichend war, wenn von der ArGe keine Sanktionen nach §31 SGB II verhängt wurden.

Da die Aufenthaltserlaubnis explizit „auf Probe“ erteilt wird, kommt hier eine Verlängerung nach §8 Abs.1 nicht in Betracht. Vielmehr bedarf es hier einer erneuten (dann hoffentlich endgültigen) Regelung, entweder durch den Bundesgesetzgeber oder durch die IMK 2011. Die vollständige Sicherung des Lebensunterhaltes nach Ablauf der zwei Jahre steht bislang nur als Prognosekriterium für die Erteilung in der Regelung, nicht jedoch als Verlängerungskriterium. Da weiterhin unklar ist, wie eine endgültige Regelung aussehen könnte, sollte in der Beratung auch in den kommenden zwei Jahren immer mitgeprüft werden, ob der Wechsel in eine andere Aufenthaltserlaubnis möglich und von Vorteil ist.

Für diese „AE nach §23 Abs. 1 auf Probe“ wird in der Anschlussregelung sowohl der Familiennachzug als auch die Aufenthaltsverfestigung zu einer Niederlassungserlaubnis ausgeschlossen. Ich halte dies für rechtlich äußerst fragwürdig, da für AE nach §23 Abs. 1 beides laut Gesetz möglich ist (sofern man die erforderlichen Voraussetzungen erfüllt) und m.E. auch nicht als Nebenbestimmung ausgeschlossen werden kann. Ob sich ein Einlassen auf einen Rechtsstreit lohnt, muss sorgfältig im Einzelfall geprüft werden, im Großteil der Fälle wird es ja vorerst daran scheitern, dass die allgemeinen Voraussetzungen sowohl für Familiennachzug als auch für die Niederlassungserlaubnis nicht erfüllt werden.

### **Problem Fiktionswirkung:**

Gemäß §104a Abs. 5 S. 5 ist die Fiktionswirkung für nach §104a erteilte Aufenthaltserlaubnisse ausgeschlossen. Zwar gibt es durch den IMK-Beschluss über die in §104a Abs. 5 und 6 genannten weitere Verlängerungsmöglichkeiten, diese sind jedoch alle an Voraussetzungen geknüpft, die erst geprüft werden müssen. Zusätzlich haben die neuen Verlängerungsmöglichkeiten auch noch

unterschiedliche Rechtsfolgen, auch für die weitere Verlängerung, weswegen es durchaus bedeutsam sein kann, nach welchem Kriterium man eine AE nach §23 Abs. 1 erhält. Dadurch wird das Problem des Ausschlusses der Fiktionswirkung sogar noch verschärft, da mehr Verlängerungsmöglichkeiten in der gleichen Zeit geprüft werden müssen.

Am Ausschluss der Fiktionswirkung konnten die Innenminister sowieso nichts ändern, eine solche Änderung bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten. Es ist m.E. auch rechtlich nicht möglich, aus dem Dilemma des Ausschlusses der Fiktionswirkung herauszukommen, indem man sagt, es gäbe jetzt neue Möglichkeiten der Verlängerung, die Fiktion sei lediglich für die alten ausgeschlossen gewesen. Da es nach dem 31.12.2009 keine AE nach §104a mehr geben kann, bei der Fiktionswirkung jedoch der alte Aufenthaltstitel fortwirkt, können auch durch den Beschluss der Innenministerkonferenz in den Fällen, in denen am 01.01.2010 nicht über den Verlängerungsantrag entschieden ist, keine Fiktionsbescheinigungen erteilt werden.

Dies führt zu dem Problem, dass diese Zeiten nicht für die Niederlassungserlaubnis angerechnet werden können (siehe Auszug aus den AVwV). Nach meinem Dafürhalten wären die Unterbrechungen allerdings nicht als „schädlich“ anzusehen, zumindest in den Fällen, in denen die Betroffenen die Anträge rechtzeitig gestellt haben und die erforderlichen Unterlagen beigebracht haben. Sollten allerdings Anträge sehr kurz vor dem 31.12.2009 gestellt werden oder wesentliche Unterlagen für die Beurteilung der Verlängerungskriterien fehlen, ist es durchaus denkbar dass die Unterbrechung später als „schädlich“ eingestuft werden könnte.

Auszug aus den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AufenthG (AVwV, RN 26.4.8):

Der Ausländer muss grundsätzlich ununterbrochen im Besitz eines anrechenbaren humanitären Aufenthaltstitels gewesen sein. Zeiten des Besitzes einer Duldung nach §60a sind nicht anrechenbar und führen darüber hinaus dazu, dass die vor der Erteilung dieser Duldung erreichten anrechenbaren Zeiten nicht mehr angerechnet werden können („schädliche Unterbrechung“). Unterbrechungen des rechtmäßigen Aufenthaltes, die der Ausländer nicht zu vertreten hat, sollen nach Maßgabe des §85 außer Betracht bleiben, sie sind damit unschädlich, aber nicht anrechenbar.

Zusätzlich entstehen durch einen potentiellen Rückfall in die Duldung natürlich auch noch weitere Probleme wie Anspruch auf Leistungen nach §3 AsylbLG, da die 48 Monate noch nicht voll sind (die Verlängerung von 36 auf 48 Monate wurde zeitgleich mit der Bleiberechtsregelung eingeführt), Residenzpflicht, schwierigere Arbeitssuche etc.

Aus diesem Grund sollte mit den Ausländerbehörden verhandelt werden, grundsätzlich großzügig vorübergehende AE nach §25 Abs.4 S.1 oder 2 in den Fällen zu erteilen, in denen die Prüfung, welches Verlängerungskriterium angewandt werden soll, andauert. Begründet werden kann dies damit, dass es den Betroffenen wohl keinesfalls zuzurechnen sein kann, dass auf der IMK ein Kompromiss gefunden wurde, der die Arbeitsbelastung der Ausländerbehörden noch weiter erhöht, indem noch weitere zu prüfende Verlängerungskriterien geschaffen werden.