

Abhandlungen

Erkennen und Ermessensbindung im Ausländerrecht*

Von Privatdozent Dr. Christoph Gusy, Hagen

Verwaltungsbehördliches Ermessen ist ein durchgängiges Charakteristikum des Ausländerrechts. Kaum eine Bestimmung des Ausländergesetzes ist zwingender Natur. Begünstigende oder belastende Maßnahmen „können“, „dürfen“ oder „sollen“ durchgeführt werden. Angesichts derartiger Regelungen kann nicht überraschen, daß die Materie zu einem Paradigma ordnungsrechtlicher Ermessenslehre geworden ist. Dies gilt umso mehr, als sich die Zahl der in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Fremden seit der Schaffung der noch heute gültigen Rechtsgrundlagen im Jahre 1965 vervielfacht hat. Die soziale, ökonomische und politische Bedeutung des Ausländerrechts hat so sowohl für die Betroffenen als auch für die Bundesrepublik Deutschland eine neue Dimension erlangt.

Dabei wurde die Diskussion um das gesetzliche und administrative Instrumentarium zunächst überaus polemisch geführt. Der Streit um das „Ausländerrecht in Grenzen oder grenzenloses Ausländerrecht“¹ entzündete sich an politischen Grundsatzfragen und ließ neue Erkenntnisse der Rechtswissenschaft weitgehend außer Betracht. Während die einen selbstverständlich von einem „pflichtgemäßen, der Natur der Sache nach weiten Ermessen“ (Nr. 6 VV zu § 2 AuslG) ausgehen und dementsprechend postulieren, „daß den Ausländerbehörden ein möglichst weites Ermessensspielraum eingeräumt werden soll“², sprachen andere von einem Rückfall selbst hinter den „rechtsstaatlichen“ Standard der Ausländerpolizeiverordnung von 1937. Solche Behauptungen konnten Behörden und Gerichten keinerlei Hilfe bei der Entscheidung praktischer Fälle bieten. Vielmehr mußten sie sich punktuell an eine Materie herantasten, deren Standort zwischen verfassungsrechtlichen Vorgaben, verwaltungsrechtlichen Erkenntnissen und tatsächlichen oder vermeintlichen politischen Bedürfnissen weitgehend unklar blieb. Daraus resultiert ein Nachholbedarf an rechtswissenschaftlicher System- und Kategorienbildung: Die im Ausländerrecht gesammelten Erkenntnisse und Erfahrungen müssen im Lichte der allgemeinen Einsichten überprüft werden, können umgekehrt jedoch auch auf diese in weiterführender Weise zurückwirken.

I. Ermessensvorschriften und Ermessenspraxis

Das geltende Ausländerrecht kennt mehrere Typen von Ermessensvorschriften, deren wichtigste anhand der Praxis vorgestellt werden sollen.

1. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis

Nach § 2 Abs. 1 AuslG bedürfen Ausländer, die in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und sich darin aufhalten wollen, grundsätzlich einer Aufenthaltserlaubnis, sofern kein besonderer Ausnahmetatbestand eingreift (§ 2 Abs. 2–4 AuslG). Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist in das Ermessen der zuständigen Behörden gestellt: Die Aufenthaltserlaubnis darf erteilt werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigt (§ 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG). Der Wortlaut dieser Bestimmung kombiniert somit zwei Voraussetzungen miteinander:

- Die Abwesenheit entgegenstehender Belange der Bundesrepublik Deutschland und
- die pflichtgemäße Ermessensausübung der Behörden.

Konsequent verlangen Rechtsprechung und Literatur, daß zunächst festzustellen ist, ob Belange der Bundesrepublik Deutschland einer Einreise oder dem Aufenthalt des Antragstellers³ entgegenstehen. Ist dies nicht der Fall, so greift die Ermessensbestimmung ein: Bei Fehlen entgegenstehender Belange ist die Aufenthaltserlaubnis nicht zu erteilen, sondern sie „darf“ erteilt werden. Damit hat der Gesetzgeber selbst keine allgemeine Präferenzregel getroffen. Weder ist erkennbar, ob grundsätzlich eine Aufenthaltserlaubnis erteilt oder aber versagt werden soll. Der Begriff „darf“ wird mit dem Ausdruck „kann“ gleichgesetzt. Nach diesem Verständnis kann somit § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG im Falle der Abwesenheit entgegenstehender Belange der Bundesrepublik Deutschland sowohl die Erteilung wie auch die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis rechtfertigen.

In diesem Sinne ist es nur konsequent, wenn die Vertreter solcher Auffassungen davon ausgehen, daß bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis *ausschließlich öffentliche Belange berücksichtigt werden können und dürfen*⁴. Davon geht auch die amtliche Begründung zum Ausländergesetz aus, „nach der Ausländer in Übereinstimmung mit der internationalen Rechtsauffassung und Staatenpraxis keinen Rechtsanspruch auf die Gestattung von Einreise und Aufenthalt in einem fremden Staatsgebiet haben.“⁵ Rechtlich geschützte Belange des Antragstellers sind demgegenüber weder vorhanden noch zu berücksichtigen. Folglich ist auch keine Abwägung zwischen öffentlichen und privaten Belangen vorzunehmen, da private Interessen eben weder geschützt noch sonst beachtlich sind. Nicht die Rechte des Antragstellers, sondern die Belange des Staates prägen einseitig das Aufenthaltsrecht. Dem Ausländer steht weder ein Recht auf Einreise noch auf Aufenthalt zu, die Aufenthaltserlaubnis begründet jeglichen Status erst konstitutiv.

Die Besonderheit des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG besteht darin, daß er den wenig konkreten Begriff der entgegenstehenden „Belange“ mit der weiten Ermessensbestimmung koppelt. Sowohl jener unbestimmte Rechtsbegriff als auch die Ermessensausübung stehen zentraler Steuerung offen. Das gilt umso mehr, als konkrete Kriterien kaum erkennbar sind. Weder ist es bislang überzeugend gelungen, den Begriff der „Belange“ zu definieren oder zu umschreiben⁶, noch sind Kriterien für die Ermessensausübung ersichtlich. Hier kommt Verwaltungsvorschriften und Gerichtsentscheidungen eine hohe präjudizielle Bedeutung zu. Eine klare Abgrenzung des Ermessensrahmens läßt sich nicht vornehmen.⁷ Versagt werden kann die Aufenthaltserlaubnis etwa

* Frau M. Müller danke ich für klärende Gespräche und weiterführende Kritik.

1 H. J. Rose, JZ 1971, 721.

2 R. Schiedermeier, Handbuch des Ausländerrechts, 1968, § 2 Nr. 8.

3 Hierzu und den möglichen Präferenzregeln im Ermessensrecht O. Seewald, Jura 1980, 175 ff. m. w. N.

4 So Schiedermeier, aaO, (FN 2) § 2 Nr. 9 mit Überblick; in der Sache wohl auch Kloesel/Christ, AuslG, 1982, § 2 Nr. 4.

5 BT-Drucks. IV/3 013, S. 2.

6 S. etwa Nr. 4 VV zu § 2 AuslG, wo in S. 2 der Begriff der Belange in der Umschreibung erneut auftaucht.

7 Kanein, AuslG, 3. Aufl., 1980, § 2 B 3.

mit der Begründung, die Bundesrepublik Deutschland sei kein Einwanderungsland⁸, wobei Einwanderung der Zuzug von Ausländern in das Staatsgebiet zum Zwecke der Niederlassung ist. Auch eine Versagung aus arbeitsmarktpolitischen Gründen ist zulässig, und zwar selbst dann, wenn dem Antragsteller bereits eine Arbeitserlaubnis erteilt ist.⁹ Allgemein soll Staatsangehörigen außereuropäischer Staaten keine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erteilt werden.¹⁰ Auch Fahndungsunterlagen, deren Richtigkeit nicht feststellbar ist, stehen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegen¹¹. Umgekehrt steht die Tatsache, daß gegen den Ausländer einmal ein – inzwischen abgelaufenes – Ausreiseverbot erlassen worden ist, der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen¹². Gleiches soll gelten, wenn ein Ausweisungstatbestand erfüllt ist, die Ausweisung des Ausländers aber rechtsfehlerfrei noch nicht möglich wäre¹³. Auch die Stellung eines Einbürgerungsantrags darf nicht zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis führen¹⁴.

Die Beispiele zeigen, daß nachvollziehbare Kriterien für die Praxis bislang nicht vorhanden sind. Insoweit ist das Ermessen tatsächlich denkbar weit, Kriterien lassen sich Gesetz und Verwaltungsvorschrift offenbar kaum entnehmen.

2. Nebenbestimmungen zur Aufenthaltserlaubnis

§ 7 AuslG kennt drei Arten von Nebenbestimmungen zur Aufenthaltserlaubnis:

- die *räumliche Beschränkung* des Geltungsbereichs (§ 7 Abs. 1, 4 1. Alt. AuslG),
- die *zeitliche Befristung* der Aufenthaltserlaubnis (§ 7 Abs. 2, 4 2. Alt. AuslG),
- sonstige *Bedingungen und Auflagen* zur Aufenthaltserlaubnis (§ 7 Abs. 3, 4 3. Alt. AuslG)

Von diesen Ermächtigungen zur Beifügung von Nebenbestimmungen ist die Möglichkeit der räumlichen Beschränkung inzwischen außer Kraft getreten. Nach Art. 2 des Protokolls Nr. 4 zur *Europäischen Menschenrechtskonvention*¹⁵ hat jedermann, der sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen. Diese völkerrechtliche Vereinbarung ist durch das deutsche Zustimmungsgesetz in innerstaatliches Recht transformiert worden. Hier geht es als späteres Recht dem früheren § 7 Abs. 1, 4 1. Alt. AuslG vor¹⁶. Begründet die Aufenthaltserlaubnis den rechtmäßigen Aufenthalt des Ausländers, so begründet sie zugleich das Recht auf Art. 2 Abs. 1 des 4. Protokolls. Damit genießen auch Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland Freizügigkeit. Das ältere Ausländergesetz kann ihnen insoweit nicht entgegengehalten werden. Dies gilt ungeachtet der Schrankenbestimmungen des Art. 2 Abs. 3, 4 des 4. Zusatzprotokolls. Zwar schränkt dieser die Freizügigkeit für Ausländer ein. Damit treten allerdings die hier angeordneten Schranken an die Stelle des weiter gefaßten § 7 Abs. 1 AuslG. Die räumliche Bewegungsfreiheit für Ausländer ist demnach heute abschließend im 4. Zusatzprotokoll geregelt, für die Anwendung des Ausländergesetzes bleibt insofern kein Raum.

§ 7 AuslG eröffnet einen noch weiter gezogenen Ermessensspielraum als § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG. Während die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis aufgrund der Kombination eines unbestimmten Rechtsbegriffs mit einer Ermessensvorschrift ergeht, sind für die Nebenbestimmungen *keinerlei tatbestandliche Umschreibungen erkennbar*. Die Voraussetzungen für ihre Beifügung sind im Gesetz nicht einmal andeutungsweise enthalten, sondern vielmehr ausschließlich den Ermessenserwägungen der zuständigen Behörden

überantwortet. Diese denkbar weiten Ermessensklauseln sind vom Innenausschuß des Bundestages in den Regierungsentwurf nachträglich eingefügt worden.¹⁷ Sie sind danach bewußt weit gewählt und stellen die Befugnis zu Einschränkungen der Aufenthaltserlaubnis ausschließlich in das pflichtgemäße Ermessen der zuständigen Ausländerbehörde. Die Verwaltungsvorschriften zu § 7 AuslG konkretisieren und typisieren den weitgefaßten Ermessensrahmen nach allgemeinen Kriterien. Insbesondere die „Verfestigungsklausel“ der Nr. 4 setzt der ständig wiederholten Befristung einer Ketten-Aufenthaltserlaubnis Grenzen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können sich die Betroffenen allerdings auf solches ermessenbindendes „Innenrecht“ nicht berufen¹⁸. Der vage Tatbestand gibt offenbar als Kontrollnorm wenig Anhaltspunkte. Rechtsprechung, welche einschränkende Grundsätze für die Ermessensausübung konkretisiert, ist kaum ersichtlich. Entscheidungen betonen zwar vielfach das Erfordernis des „pflichtgemäßen“ Ermessens, halten die jeweils angegriffenen Maßnahmen aber im Einzelfall für zulässig¹⁹. Umstritten ist in der Rechtsprechung, ob Niederlassungsverträge mit anderen Staaten das Ermessen nach § 7 AuslG binden können²⁰. Strittig ist auch, ob die Ausländerbehörden zur Regulierung des Arbeitsmarktes der Aufenthaltserlaubnis ein Verbot der Erwerbstätigkeit beifügen dürfen.²¹ Dabei ist immerhin erwägenswert, ob hier nicht die Ausländerbehörden in die Zuständigkeiten der Arbeitsverwaltung nach § 19 AFG eingreifen. Ein Übergriff in die Kompetenzen der Gewerbeaufsicht durch das Verbot der selbständigen Tätigkeit mit der Begründung, eine gewerberechtliche Erlaubnis werde nicht erteilt werden, ist hingegen als unzulässig angesehen worden²².

§ 7 AuslG kommt so seiner Auslegung und Handhabung nach einer Blankettklausel gleich. Als „fester Bestandteil des Sicherheitsrechts“²³ läßt er jedenfalls „nicht den Schattentatbestandlicher Umschreibung“ erkennen²⁴.

3. Die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung

Nach § 8 Abs. 1 AuslG kann Ausländern, die sich seit mindestens 5 Jahren rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzes aufhalten und sich in das wirtschaftliche und soziale Leben in der Bundesrepublik Deutschland eingefügt haben, die Erlaubnis zum Aufenthalt als Aufenthaltsberechtigung erteilt werden. Eine solche Berechtigung stellt eine speziellere, verstärkte Form der Aufenthaltserlaubnis dar. Sie begründet gleichfalls die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes und erweitert die Ermessensmöglichkeiten der zuständigen Stellen. Diese haben unter den Voraussetzungen des

8 HessVGH, VwRspr. 1966, 86; BayVGH, NJW 1970, 1012; 2177.

9 HessVGH ebd.; VGH Bad.-Württ., DÖV 1980, 845.

10 VGH Bad.-Württ. bei Kloesel/Christ, aaO (FN 4) § 2 Nr. 17.

11 BayVGH, BayVBl 1977, 181.

12 VG Sigmaringen, BWVBl 1968, 29.

13 OVG Koblenz, NJW 1977, 1805.

14 OVG Münster bei Kanein aaO (FN 7) § 2 B 2.

15 BGBl II, 1968, 423.

16 VG Berlin, NJW 1978, 68; C. Tomuschat, DÖV 1974, 764; F. Franz JR 1976, 188; Ch.

Gusy, DVBl 1979, 577; ders. Asylrecht und Asylverfahren in der Bundesrepublik

Deutschland, 1980, S. 288; dagegen A. Randelzhofer, BK, Art. 11 RdNr. 108; wenn

Randelzhofer geltend macht, die hier vorgenommene Auslegung beachte den Vor-

behalt des Art. 2 III, IV des Zusatzprotokolls nicht ausreichend, so ist demgegen-

über einzuwenden, daß sowohl Tatbestand wie Schranken des Art. 2 dem deut-

schischen AuslG als lex posterior vorgehen. Wenn dieselbe Materie nacheinander von

zwei inhaltlich verschiedenen Rechtsnormen geregelt wird, so geht die spätere der

früheren vor. Dieser allgemeine Satz der Methodenlehre gilt auch im Ausländer-

recht.

17 BT-Drucks. IV/3013, S. 4.

18 BVerwG, NJW 1979, 2059 f.; dagegen Gusy, GewA 1980, 324 ff. m. w. N.

19 Nachweise etwa bei Kloesel/Christ aaO (FN 4), § 7 Nr. 13 ff.

20 Überblick bei Kanein aaO (FN 7) § 7 Nr. 4.

21 Überblick bei Kloesel/Christ aaO (FN 4) § 7 Nr. 14.

22 VGH Bad.-Württ. bei Kloesel/Christ ebd., § 7 Nr. 18.

23 Schiedermaier aaO (FN 2) § 7 Nr. 9.

24 H. Rittstieg, JZ 1974, 261.

§ 8 Abs. 1 AuslG nicht mehr lediglich zwischen Erlaubnis und Versagung des Aufenthaltes zu entscheiden, sondern als dritte Möglichkeit die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung zu erwägen.

Die rechtstechnische Ausgestaltung der Aufenthaltsberechtigung verknüpft ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal mit einem unbestimmten Rechtsbegriff und einer Ermessensermächtigung. Dabei sind die Voraussetzungen – jedenfalls im Vergleich zu vielen anderen Bestimmungen des AuslG – in hohem Maße konkret oder konkretisierbar. Umso größere Bedeutung kommt der Ermessensausübung und ihrer Bindung zu.

Praktisch war das größte Problem stets die Frage, ob bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 AuslG eine (einfache) Aufenthaltserlaubnis oder aber eine (stärkere) Aufenthaltsberechtigung erteilt werden konnte. Das galt umso mehr, als die Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung in der Regel zu einem dauernden Verbleiben des Ausländers im Bundesgebiet führt. Da eine Ausweisung von Ausländern mit Aufenthaltsberechtigung nur unter den erschwerten Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 AuslG zulässig ist, setzt die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung eine besonders sorgfältige Prüfung voraus, ob das dauernde Verbleiben des Ausländers im Bundesgebiet erwünscht erscheint (Nr. 4 VV zu § 8 AuslG). Diese Zurückhaltung hat zeitweise zu einem *faktischen Leerlaufen des § 8 AuslG* geführt. Aufenthaltsberechtigungen wurden praktisch niemals erteilt. So werden als Prototypen von Ausländern, welchen Aufenthaltsberechtigungen zu erteilen sind, mit einem deutschen Ehegatten verheiratete Fremde, Asylberechtigte und – diesen gleichgestellte – Kontingentflüchtlinge, angesehen.²⁵ Dabei handelt es sich um Personengruppen, die ihr Aufenthaltsrecht und ihren Ausweisungsschutz bereits aus anderen Rechtsgründen als ihrer Aufenthaltsberechtigung herleiten können. Für sie kommt der Aufenthaltsberechtigung nur noch deklaratorische Bedeutung zu. Ermessensbegrenzende Rechtsprechung ist bislang nicht bekannt geworden. Ergänzend zu den Verwaltungsvorschriften zum AuslG sind die „*Grundsätze für die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung*“ in den Bundesländern durch eine besondere Verwaltungsvorschrift detailliert zusammengefaßt.²⁶ Hiernach soll die Aufenthaltsberechtigung nur erteilt werden, wenn die dauernde Niederlassung des Ausländers entweder zur Förderung deutscher öffentlicher Interessen angezeigt erscheint oder zumindest deutsche öffentliche Interessen nicht entgegenstehen (Nr. 3.1 der Grundsätze). Überwiegend maßgebend sind damit öffentliche Interessen, nicht hingegen private Belange des Fremden.

§ 8 Abs. 2 Satz 2 AuslG stellt bezüglich der Beifügung von Auflagen die Aufenthaltsberechtigungen den Aufenthaltserlaubnissen gleich. Auch hier ist lediglich eine Blankettbestimmung nach dem Vorbild des § 7 Abs. 3, 4 3. Alt. AuslG statuiert.

4. Die Erteilung der Arbeitserlaubnis

Nach § 19 AFG unterliegen Ausländer grundsätzlich einem Beschäftigungsverbot als Arbeitnehmer, sofern sie nicht im Besitz einer Arbeitserlaubnis sind. Die Erlaubnis wird von der Bundesanstalt für Arbeit erteilt. Dies gilt nicht für Angehörige von EG-Staaten, nur eingeschränkt für griechische²⁷ und türkische²⁸ Arbeitnehmer. Die aufgrund § 19 Abs. 4 AFG erlassene Arbeitserlaubnisverordnung unterscheidet die *allgemeine Arbeitserlaubnis* (§ 1) von der *besonderen Arbeitserlaubnis* (§ 2) für Asylberechtigte, Flüchtlinge, ausländische Ehegatten von Deutschen, die „zweite Ausländergeneration“ und Fremde, die seit mindestens fünf Jahren in der Bundesrepublik Deutschland arbeiten. Während diese

besondere Erlaubnis als gebundene Entscheidung ergeht, ist die allgemeine Arbeitserlaubnis in das Ermessen der Behörden gestellt. Hierzu kombiniert § 1 Abs. 1 Arbeitserlaubnisverordnung zwei Voraussetzungen:

- die „Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes“ als unbestimmten Rechtsbegriff
- das behördliche Ermessen.

Die Konkretisierung des § 1 Arbeitserlaubnis VO erfolgt in systematischer Anlehnung an § 19 Abs. 1 Satz 2 AFG. Danach wird die Erlaubnis „nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes unter Berücksichtigung der Verhältnisse des einzelnen Falles erteilt“. Hier ist kein Ermessen thematisiert. Daraus wird überwiegend ein Rechtsanspruch auch auf die allgemeine Arbeitserlaubnis hergeleitet.²⁹ Wird so ein Erteilungsermessen nicht anerkannt, entsteht lediglich das Auswahlermessen des § 1 Abs. 1 ArbeitserlaubnisVO. Danach ist zu prüfen, ob die Erlaubnis mit Beschränkung einer bestimmte berufliche Tätigkeit in einem bestimmten Betrieb (Nr. 1) oder ohne solche Beschränkung (Nr. 2) zu erteilen ist.³⁰ Ein solches Ermessen ist auch in § 19 Abs. 1 Satz 3 AFG vorgesehen.

Die Rechtsprechung hat einzelne Grundsätze bei der Ermessensbindung inzwischen konkretisiert. Ein ausländischer Arbeitnehmer, der bereits mit Arbeitserlaubnis eine Beschäftigung ausgeübt hat, hat einen Anspruch auf die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für die Fortsetzung seiner bisherigen Tätigkeit, wenn der Arbeitgeber aus sachlich gerechtfertigten betrieblichen Gründen gerade diesen Arbeitnehmer weiterbeschäftigen will.³¹ Das gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber im Falle der Entlassung des Ausländers wegen Nichtverlängerung oder Entzug der Arbeitserlaubnis keinen deutschen Arbeitnehmer an seiner Stelle einstellen würde.³² Im übrigen steht im Zentrum der Rechtsprechung die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes“, der – gerade in Zeiten wirtschaftlicher Rezession – hinreichend Steuerungsmöglichkeiten zuläßt, da die Vielschichtigkeit der Materie differenzierte Urteile und Bewertungen zuläßt.

Dementsprechend *kommt im Arbeitserlaubnisrecht dem behördlichen Ermessen eine gegenüber dem Ausländerrecht geringere Bedeutung zu.*

II. Probleme der Ermessensgewährung und -ausübung

Ermessensvorschriften begründen eine Vielzahl von praktischen Problemen im Verhältnis zwischen Legislative und Exekutive. Diese betreffen sowohl die Eröffnung des Ermessens als auch dessen Ausübung.

1. Kompetenzverschiebungen

Entscheidungen können rechtlich in einer unterschiedlichen Anzahl von Stufen determiniert sein. Die einfachste Form der Determination ist die gebundene Entscheidung: Wird ein Sachverhalt festgestellt, so muß eine bestimmte Entscheidung getroffen werden. Hier ist – idealtypisch beschrieben – die Entscheidungsbindung einstufig. Der Gesetzgeber schreibt vor, die Verwaltung führt diese Vorent-

²⁵ Kloesel/Christ aaO (FN 4) § 8 Nr. 5.

²⁶ Abgedruckt bei Kanein aaO (FN 7) zu § 8 AuslG.

²⁷ Runderlaß der Bundesanstalt v. 24. 11. 1980, Nr. 5751/6318.

²⁸ Runderlaß der Bundesanstalt v. 24. 11. 1980, Nr. 5751.

²⁹ BSGE 43, 163; 44, 85; weitere Nachweise bei Kanein aaO (FN 7) S. 334; dagegen LSG Hamburg NJW 1979, 511.

³⁰ Rittsteg, ZRP 1979, 16; M. Wollenschläger, SGB 1978, 363.

³¹ BSG, BB 1978, 1015.

³² LSG Mainz, SGB 1977, 318.

scheidung aus. Anders verhält es sich bei Ermessensentscheidungen. Hier zieht der Gesetzgeber nur den Ermessensrahmen, aus welchem sich zwar allgemeine Leitlinien, nicht aber die Verwaltungsentscheidung im konkreten Fall ergibt. Voraussetzung dafür ist, daß die anwendenden Instanzen den ihnen gezogenen Rahmen ausfüllen. Ermessenseinräumung und -ausfüllung stellen so eine *zweistufige rechtliche Determination* dar. Diejenigen Kriterien, mit welchen der Ermessensrahmen ausgefüllt werden kann und soll, sind in der Norm, die den Ermessensrahmen zieht, nicht geregelt. Vielmehr hat die Exekutive neben den gesetzlichen Maßstäben noch weitere, in der Ermessensnorm nicht enthaltene Determinanten heranzuziehen.

Damit stellt sich die Ermessenseinräumung als eine Form der Entscheidungsdelegation dar. Was für gebundene Entscheidungen von der Legislative vorentschieden ist, wird für Ermessensentscheidungen nur allgemein vorgezeichnet; die Entscheidung in der Sache trifft die Verwaltung. Dies gilt nicht nur – wie bei der einstufigen Determination – bezüglich der Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes, sondern – zumindest teilweise – auch für die Auswahl, Auslegung und Konkretisierung der dabei zu berücksichtigenden rechtlichen Entscheidungsmaßstäbe. Eine Verwaltung, auf welche durch Ermessenseinräumung Entscheidungskompetenzen delegiert sind, sucht und schafft sich ihre Entscheidungsmaßstäbe teilweise selbst.

Damit erlangt die Exekutive ein erhöhtes Maß an Entscheidungskompetenz und -verantwortung. Was die Legislative nicht entschieden, entscheidet nunmehr die anwendende Instanz. Dies gilt umso mehr, als im Rahmen des gesetzlich vorentschiedenen, aber eben nicht Entschiedenen der „eigenverantwortliche Gestaltungsbereich der Verwaltung“ beginnt. In Wahrnehmung solcher Eigenverantwortung und zur Programmierung und Koordinierung der vielfältigen Einzelentscheidungen finden sich vielfältige Mechanismen zur zentralen Steuerung der exekutiven Entscheidungspraxis. Hier ist der überkommene Bereich der Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung.³³ Klassisches Mittel hierzu ist die *Rechtsverordnung*, welche gemäß Artikel 80 GG allerdings lediglich insoweit zulässig ist, als dafür eine hinreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist. Solche finden sich im Ausländerrecht nur ganz vereinzelt (§ 2 Abs. 3, 4, § 3 Abs. 2, § 5 Abs. 2 AuslG). Wesentlich größere praktische Bedeutung erlangen hier die *Verwaltungsvorschriften*, welche nach § 51 AuslG im weitesten Umfang zulässig sind. Konsequenter nimmt die Praxis der Konkretisierung ausländerrechtlicher Ermessenstatbestände durch Verwaltungsvorschriften breiten Raum ein. Die wenigen Bestimmungen der einschlägigen Rechtsverordnung spielen daneben im Ermessensbereich praktisch keine Rolle.

Die Bedeutung solcher ermessensbindender Verwaltungsvorschriften ist umso größer, je weiter und unbestimmter die Ermessensermächtigungen sind. Daher kommt ihnen gerade im Ausländerrecht ganz erhebliche Bedeutung zu, da hier weitreichende Ermessensermächtigungen mit extrem weiten, unbestimmten Rechtsbegriffen verknüpft sind. Was der Gesetzgeber selbst nicht entschieden hat, indem er einen weiten Ermessensrahmen ließ, wird so – ganz oder teilweise – durch Verwaltungsvorschriften von der Exekutive geregelt. Insoweit nehmen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften geradezu *gesetzesvertretende Funktion* ein. Die Determination der Einzelentscheidung wird so von der zwei- zur mehrstufigen: Was das Gesetz vorentscheidet, wird durch gesetzesausführende Rechtsetzung konkretisiert und in diesem Rahmen im Einzelfall angewandt.

Kompetenzverschiebungen ergeben sich aus diesem Modell in zweifacher Hinsicht. Zunächst erfolgt die *Entschei-*

ungsverlagerung weg von der Legislative hin zur Exekutive. Dies geschieht einerseits durch die Einräumung weitreichender Normsetzungsbefugnisse zu Gunsten der Verwaltung, wie sie etwa in § 51 AuslG mit nahezu pauschalem Charakter zu finden sind. Dies wird ergänzt durch die Eröffnung von weit gespannten Ermessensrahmen im Einzelfall. Daneben erfolgen aber auch *Kompetenzverschiebungen im bundesstaatlichen Gefüge*. Unterfällt die Gesetzgebung im Ausländerrecht der Bundeszuständigkeit (Art. 74 Nr. 4 GG), so erfolgt seine Vollziehung durch Länder. Dabei ergeht eine Vielzahl von Anordnungen generell oder individuell, abstrakten oder konkreten Inhalts durch die obersten Landesbehörden an nachgeordnete Dienststellen. Auch solches „Landesrecht“ nimmt am gesetzvertretenden Charakter teil. Insoweit erfolgt eine Kompetenzabwanderung

- von der Legislative zur Exekutive und
- vom Bund zu den Ländern.

2. Maßstabsverschiebungen

Mit den Kompetenzen verschieben sich zugleich die Entscheidungsmaßstäbe. Das abstrakt-generelle Gesetz, welches gebundene Entscheidungen determiniert, bietet seinerseits ein vollständiges rechtliches Entscheidungsprogramm. Gleichmäßigkeit, Typisierung und Generalisierung sind die dabei notwendigen, aber auch regelmäßig anzutreffenden Determinierungsmuster.

Ermessensermächtigungen determinieren ihrerseits nicht vollständig. Sie verzichten gerade darauf, eine bestimmte Regelung für einen bestimmten Sachverhalt zwingend selbst vorzuschreiben. Sie eröffnen den Rekurs auf außer-gesetzliche Maßstäbe, etwa verfassungsrechtliche Erwägungen, allgemeine Rechtsprinzipien oder untergesetzliche Vorschriften. Deren Auswahl, Anwendung und Konkretisierung erfolgt anhand der tatsächlichen und rechtlichen Umstände des Einzelfalles. Das Verhältnis von entscheidungserheblichem Sachverhalt und Entscheidungsmaßstäben ist somit nicht das einer eindeutigen Anwendung, vielmehr schafft sich der Sachverhalt mit seinen Eigengesetzlichkeiten seine Bewertungsmaßstäbe teilweise selbst.

Der jeweilige „Fall“ beurteilt sich demnach nicht allein nach abstrakten, generellen und allgemeinen Kriterien. Vielmehr treten an deren Stelle die Entscheidungsbedürfnisse und -anforderungen des Einzelfalles. Nicht abstrakte Regelgerechtigkeit, sondern konkrete Einzelfallgerechtigkeit ist das oberste Kriterium jeder Entscheidung. Dabei sind alle beteiligten öffentlichen und privaten Belange gegeneinander abzuwägen, wobei solche Abwägungen nicht abstrakt und für alle Fälle vom Gesetzgeber, sondern konkret und für den Einzelfall durch die handelnde Behörde vorgenommen werden. Der Kompetenzübergang von der Legislative zur Exekutive ist so zugleich ein *Übergang von der Normgerechtigkeit zur Fallgerechtigkeit*.

Die Maßstabsverschiebung vollzieht sich somit

- von der Gesetzesanwendung hin zur einzelfalldirigierten Rechtsanwendung und
- von der Normgerechtigkeit zur Fallgerechtigkeit.

3. Verfahrensverschiebungen

Durch die Kompetenz- und Maßstabsverschiebungen wandelt sich auch die Bedeutung des *Verwaltungsverfahrens*. Hier wird nicht bloß der entscheidungserhebliche Sachver-

³³ Systematisierend W. Schmidt, Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung, 1969.

halt ermittelt und auf ihn das geltende Recht angewendet, sondern die rechtliche Entscheidungsgrundlage erst erarbeitet. Daraus ergeben sich Verfahrensanforderungen, deren Diskussion in der Verwaltungs- wie in der Rechtswissenschaft gerade erst begonnen hat.³⁴

Eindimensional determinierte, gebundene Verwaltungsentscheidungen ergehen in der Weise, daß die rechtlich erheblichen Tatsachen ermittelt und auf diese sodann die einschlägigen Vorschriften angewandt werden. Dabei kommt den Rechtsnormen eine doppelte Funktion zu: Sie umschreiben mit ihren Tatbestandsmerkmalen den entscheidungserheblichen Sachverhalt, fordern also einen bestimmten Informationsinput, welcher durch Aufklärungs- und Mitwirkungshandlungen beizubringen ist; zugleich begrenzen sie aber auch das relevante Informationsmaterial auf die gesetzlich vorausgesetzten Tatsachen. Dadurch erlangen sie *Selektionsfunktion* in der ansonsten überaus komplexen Wirklichkeit. Je weiter, offener und a priori unbestimmbarer die im Einzelfall anwendbaren Gesetzes- und Rechtsgrundlagen sind, desto unbestimmter wird zugleich die Wirklichkeit der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen. Damit wird ein konkreter Informationshorizont weder eröffnet noch begrenzt. Vielmehr sind diejenigen Tatsachen, welche entscheidungsrelevant werden können, immer weniger abzusehen. Rechtsentscheidung und Verwaltungsaufwand nehmen in erhöhtem Maße an der Komplexität der Wirklichkeit teil.

Damit wandelt sich zugleich das Verfahren von der Rechtsanwendung zu Rechtsverwirklichung. Der Verfahrensaspekt tritt gegenüber dem Entscheidungsaspekt in den Vordergrund. Nicht mehr das notwendig materielle Entscheidungsergebnis, sondern der Entscheidungsprozeß ist der zentrale Steuerungs- und Verteilungsmechanismus in der Exekutive. Die *Bedeutung des Verfahrens nimmt umso mehr zu, je weniger das Entscheidungsergebnis rechtlich determiniert ist*. Sind im Ausländerrecht hier kaum klare Konturen erkennbar, so überwiegt der Verfahrensaspekt fast notwendig den Entscheidungsaspekt. Schon frühzeitig ist so das Asyl- und Ausländerrecht zu einem Paradigma für Rechtsverwirklichung im Verfahren geworden.³⁵

Ist der Wirklichkeitsausschnitt, welcher im Verfahren Relevanz erlangen kann, damit potentiell unüberschaubar geworden, so erlangen hier Anhörungs-, Informations- und Mitwirkungsrechte besondere Bedeutung. Die notwendige Sachverhaltsaufklärung der Verwaltung hat sich auf alle Aspekte zu beziehen, welche im vorliegenden Fall die relevanten Gerechtigkeitsmaßstäbe im weitesten Sinne beeinflussen können. Nicht mehr nur einzelne, mehr oder weniger konkretisierbare Tatbestandsmerkmale determinieren hier den Verfahrensinput. Vielmehr ist die Einzelfallgerechtigkeit anhand einer theoretisch potentiell unbestimmten Anzahl von realen und rechtlichen Fakten zu ermitteln. Damit stellt sich in jedem Einzelfall die Abwägung zwischen Rechtsschutz und Effizienz, welche bei gebundenen Entscheidungen vom Gesetzgeber vorab bereits vorgenommen worden ist. Das potentiell stets unabgeschlossene Bemühen um Gerechtigkeit wird für die Behörde nicht mehr durch abstrakte Normen entlastet, sondern voll in ihre Kompetenz überantwortet.

Verfahrensverschiebungen treten somit auf

- vom Rechtsanwendungs- zum Rechtsfindungsverfahren und
- vom tatsächlich wie rechtlich limitierten zum potentiell unbegrenzten Abwägungsprozeß.

III. Verfassungsrechtliche Determinanten von Ermessensgewährung und -ausübung

Das Grundgesetz kann die vom Gesetzgeber bewußt nicht getroffene, sondern der Verwaltung überantwortete Entscheidung seinerseits niemals vollständig ersetzen. Es enthält als offene, lückenhafte Ordnung weder für jeden Ausschnitt der Wirklichkeit eigenständige Regelungen, noch sind seinen Bestimmungen für jeden „Anwendungsfall“ stets eindeutige, unbezweifelbare Entscheidungsmaßstäbe zu entnehmen. Dennoch determiniert es die Statuierung der Ermessensermächtigung ebenso wie die Ermessensausübung durch die Behörden.

1. Das Demokratieprinzip

Das demokratische Prinzip des Grundgesetzes wirkt auf das Ausländerrecht insbesondere durch den Vorbehalt des Gesetzes ein, wie er gegenwärtig in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verstanden wird. Danach ist das Parlament als unmittelbar durch Volkswahlen legitimiertes Staatsorgan ausschließlich dazu berufen, „wesentliche“ Fragen zu regeln.³⁶ Dieser *Wesentlichkeitsvorbehalt* weist zwei Dimensionen auf: Wesentliche Bereiche müssen von der Legislative geregelt werden. Zudem müssen in wesentlichen Bereichen sämtliche wesentlichen Angelegenheiten vom Parlament selbst durchnormiert sein.

Dementsprechend ist die Exekutive auf „unwesentliche“ Regelungen und die Vollziehung in Einzelfällen verwiesen. Der Bereich des Wesentlichen ist ihrem Zugriff verschlossen. Zugleich ist es dem Parlament verwehrt, pauschal eigene Aufgaben auf die Behörden abzuwälzen. Das Wesentliche ist dem Gesetzgeber und nur dem Gesetzgeber vorbehalten.

Verwaltungsbehördliches Ermessen kann und darf demnach legislative Entscheidungen nicht vertreten, sondern nur ausführen. Es kann niemals an die Stelle fehlender gesetzlicher Vorgaben treten. Insbesondere dürfen politische Leitentscheidungen, etwa die Grundsätze der deutschen Einwanderungs-, Einbürgerungs- und Niederlassungspolitik, nicht behördlicher Entscheidung offenbleiben. Solche Leitlinien, deren elementarer, prägender Charakter für die Bundesrepublik Deutschland anerkannt ist, dürfen vom Gesetzgeber nicht anderen überlassen werden. Gerade durch ihren grundsätzlichen Charakter erlangen sie „wesentliche“ Bedeutung. Dies schließt eine ausschließliche Handlungs- und Gestaltungskompetenz der Exekutive ebenso aus wie den Erlass inhaltsloser Blankettnormen, welche durch potentiell unbegrenztes Verwaltungsermessen auszufüllen wären.

Damit geraten Wesentlichkeitsvorbehalt als *Parlamentsvorbehalt* einerseits und das *Bedürfnis nach Reaktionsschnelligkeit* und Flexibilität des politischen Handlungsinstrumentariums andererseits in ein unauflösbares Spannungsverhältnis. Klassisches Mittel zu dessen Auflösung ist die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen durch die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen, wie sie Art. 80 Abs. 1 GG vorsieht. Solche arbeitsteilige Normsetzung setzt voraus, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung von der Legislative selbst bestimmt werden.

34 R. Wahl, VVDStRL 41, 153 ff.; J. Pletzker, ebd., S. 194 ff.; R. Scholz, VVDStRL 34, 145 ff.; E. Schmidt-Aßmann ebd., S. 221 ff.

35 Zu grundrechtlichen Aspekten s. Gusy aaO (FN 16) S. 235 ff. m. w. N.; ders. Asylrecht, 1981, RdNr. 196 ff.; zur Verfahrensausgestaltung ders., AWR-Bulletin 1979, 103 ff.; ders., JA 1981, 84.

36 Hierzu näher K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, 1977, S. 635 ff.; II, 1981, S. 568 ff.; Battis/Gusy, Einführung in das Staatsrecht, 1981, S. 125 ff.

In diesem Rahmen, der in der Praxis weite Gestaltungsfreiräume läßt³⁷, ist die Exekutive zu eigener Gestaltung ermächtigt. Gerade dieser vom Grundgesetz vorgezeichnete Weg ist jedoch im Ausländerrecht kaum beschritten worden. Die wenigen Verordnungsermächtigungen betreffen die relevanten Bereiche grundsätzlicher Regelungen im Einwanderungs- oder Niederlassungsrecht kaum. Vielmehr beziehen sie sich überwiegend auf Detailfragen im Visumsverkehr.

Stattdessen haben die Verwaltungsvorschriften des Bundes – und teilweise der Länder – jene Bedeutung erlangt, die sonst Rechtsverordnungen zukommt. Verwaltungsvorschriften sind durch das GG nicht für unzulässig erklärt worden, sondern etwa in Art. 84 Abs. 2, 85 Abs. 2, 86 GG ausdrücklich erwähnt. Hier stehen sie jedoch in sachlich untrennbarem Zusammenhang mit der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung bei der Behördeneinrichtung, Zuständigkeitsordnung und Verfahrensregelung, welche allgemein den Gegenstand der genannten Artikel bilden. Nicht eingeschlossen von derartigen Ermächtigungen sind *inhaltliche Ausfüllungen materieller Gesetzesbegriffe*, welche unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisieren oder die Ermessensausübung inhaltlich binden. Vielmehr sind insoweit Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften funktionell und wirkungsmäßig äquivalent: Verwaltungsinthener Adressat und verwaltungsexterne Wirkung der Verwaltungsvorschriften fallen auseinander. Inwieweit eine derartig pauschale Umgehung der Bestimmungen des Art. 80 Abs. 1 GG durch Verwaltungsvorschriften zulässig ist, ist bislang kaum erörtert.³⁸ Hier wird der Legislative die Möglichkeit eröffnet, sich „wesentlicher“ Belange pauschal zu entledigen, indem diese der Exekutive überantwortet werden. Damit erlangt der Gesetzesvorbehalt insoweit unmittelbar Relevanz.

2. Die Grundrechte

Ausländer sind Grundrechtsträger, soweit die jeweiligen Rechte nicht ausdrücklich Deutschen vorbehalten sind. Dieser Satz ist vom Bundesverfassungsgericht stets vertreten worden.³⁹ Soweit sich die Garantien eines Grundrechts nur auf Deutsche erstrecken, genießen Ausländer den subsidiären Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG. Die entgegenstehende Meinung in der Literatur⁴⁰ ist vom Bundesverfassungsgericht stets zurückgewiesen worden. Konsequentermaßen genießen Ausländer aus Art. 2 Abs. 1 GG diejenigen Rechte, welchen Deutschen in Art. 11 Abs. 1 GG verbürgt sind: das *Recht auf Einreise und das Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet*.⁴¹

Zugleich gelten insoweit die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG, insbesondere der Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Einschränkungsmöglichkeiten weit gezogen. Soweit der Gesetzgeber sich an den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips orientiert, liegt es in seiner politischen Gestaltungsfreiheit, ob und inwieweit er jene Rechte der Ausländer einschränkt. Insbesondere ist es danach zulässig, einwanderungspolitische Gesichtspunkte sowohl dem Zuzug wie der endgültigen Ansiedlung von Ausländern entgegenzuhalten. Der Aufenthalt von Ausländern kann danach in mancher Hinsicht Interessen der Bundesrepublik Deutschland berühren. Ihr Aufenthalt im Inland beeinflußt zwangsläufig das Wirtschafts- und Sozialgefüge und stellt staatliche und andere Stellen in wichtigen Bereichen vor bisweilen nur schwer zu lösende Aufgaben.

Damit erhebt sich in hohem Maße die Frage nach den Abwägungsfaktoren zwischen Grundrechten einerseits und Einschränkungsermächtigungen andererseits. Soweit hier nicht spezielle Grundrechtsbestimmungen einschlägig

sind⁴² – etwa das Asylrecht oder der Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 GG⁴³ –, werden hier allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze wirksam. Dies gilt insbesondere für die Forderung nach einer Beachtung der zwingenden Gebote der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere des Gleichheitssatzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zudem ist dem Vertrauensschutz besondere Berücksichtigung einzuräumen. Dementsprechend wird die konkrete Abwägung im Einzelfall weitgehend dem pflichtgemäßen Ermessen der Behörden überantwortet⁴⁴, welche im Einzelfall die richtige und damit verfassungsmäßige Entscheidung zu finden haben.

Konsequentermaßen erlangt damit das ausländerbehördliche Verfahren besondere Relevanz bei der Verwirklichung der Grundrechte.⁴⁴ Ausstrahlungswirkungen sowohl der Freiheits- und Gleichheitsrechte als auch der staatlichen Belange sind ebenso zu berücksichtigen wie die genannten Abwägungsfaktoren, welche unter Berücksichtigung der grundgesetzlichen wie einfachrechtlichen Direktiven gegeneinander abzuwägen sind. Sind die Abwägungsfaktoren derart unbestimmt, ist aber umgekehrt das Abwägungsergebnis unmittelbar grundrechtsrelevant, ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen.⁴⁵ Dessen „Flucht in die Generalklauseln“ und blankettähnliche Ermessenstatbestände ist somit auch unter dem Aspekt der Grundrechte verfassungsrechtlich zu würdigen.

3. Das Bestimmtheitsgebot

Das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot ist die Ausprägung zweier, sich teilweise überschneidender Verfassungsnormen. Einerseits ist es notwendige Konsequenz des Demokratieprinzips, welches untersagt, daß der Gesetzgeber sich „wesentlicher“ Aufgaben pauschal entledigt. Zur Erfüllung dieser Aufgaben genügen nicht irgendwelche, sondern nur hinreichend bestimmte legislative Entscheidungen. Zudem bedürfen Eingriffe in Grundrechte stets einer gesetzlichen Ermächtigung. Hier müssen gesetzgebendes Parlament, vollziehende Verwaltung und Betroffene erkennen können, welche Pflichten auf sie zukommen. Dies erfordert hinreichende Bestimmtheit der Gesetze.⁴⁶

Elementare Voraussetzung ist dabei zunächst, daß Gesetze das Verhalten der Exekutive überhaupt inhaltlich determinieren. Findet sich lediglich eine pauschale Handlungsermächtigung, sind hingegen keinerlei Kriterien für die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einzelner Handlungen erkennbar, so hat die Legislative die relevanten „wesentlichen“ Entscheidungen nicht selbst getroffen, sie bleibt den Behörden überlassen. Ein solches *Blankettgesetz* stellt nichts anderes als eine Delegation legislativer Handlungsbefugnisse an die Verwaltung dar. Zwar ist ein „wesentlicher“ Bereich „geregelt“, aber eben das Wesentliche in ihm bleibt offen: Hierzu zählt nicht nur, *ob* gehandelt werden darf, sondern zumindest auch die Grundsätze, *wie* gehandelt werden darf oder muß.

37 Zur restriktiven Auslegung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht s. *Leibholz/Rilck*, 6. Aufl., 1979 ff., Art. 80 RdNr. 7.

38 Dazu mit Literaturbericht *Gusy*, *GewA* 1980, 324 ff.

39 BVerfGE 35, 399; 38, 57; 49, 180 f.

40 *Menger*, *VerwA* 1974, 332; *Tomuschat*, *DÖV* 1974, 761 m. w. N.; *J. Schwabe*, *NJW* 1974, 1044; *F. Schnapp*, *DÖV* 1973, 593 f.; wie hier *Zulsee*, *DÖV* 1973, 363; *ders.* *DVBl* 1974, 345; *Pietzcker*, *JZ* 1975, 437; *Rittstieg*, *JZ* 1974, 261; *Scholz*, *AÖR* 1975, 118 f.; *Gusy* *aaO* (FN 16), S. 280 ff. m. w. N.

41 BVerfGE 49, 181 ff.; Sonderrechte der politisch Verfolgten nach Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG bleiben hier außer Betracht.

42 BVerfGE ebd., S. 183 f.

43 Dazu auch BVerfGE 51, 392 ff.

44 BVerfGE 49, 184 ff.

45 BVerfGE 47, 79.

46 Hierzu und zum Folgenden *Gusy*, *DVBl* 1979, 575 ff. m. w. N.

Zudem müssen die Gesetze jene Voraussetzungen zumindest annähernd erkennen lassen, unter welchen ein Grundrechtseingriff zulässig ist. Der Tatbestand muß demnach hinreichend bestimmt sein. Ein pauschaler Verweis auf „öffentliche Interessen“ oder das „Gemeinwohl“ genügt nicht. *Mindestbedingung einer Tatbestandsbestimmtheit ist, daß die anwendbaren Normen überhaupt einen Tatbestand aufweisen.* Fehlt dieser völlig, so sind keinerlei Kriterien erkennbar, nach welchen die Norm noch bestimmt sein könnte.

Auch unter diesem Aspekt weist das Ausländergesetz erhebliche Defizite auf. Dies gilt zunächst deshalb, weil erhebliche Ermessensfreiräume eröffnet sind, ohne daß inhaltliche Kriterien für die Ermessensausübung genannt werden. In § 7 AuslG fehlt sogar jeglicher Tatbestand. Unter demselben Aspekt muß sich aber auch das Tatbestandsmerkmal der „Belange der Bundesrepublik Deutschland“ befragen lassen.

IV. Wege zu einer verfassungskonformen Steuerung der Ausländerpolitik

In Rechtsprechung und Literatur sind die verfassungsrechtlichen Probleme des Ausländergesetzes längst erkannt. Ihnen wird auf überaus unterschiedliche Weise begegnet.

1. Restriktive Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Einschränkende, möglichst enge Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe im Ausländerrecht ist das traditionelle Mittel, mit dem verfassungsrechtlichen Einwänden gegen das Ausländergesetz begegnet wird. Am deutlichsten zeigt sich diese Tendenz bezüglich des – ohne jeden Tatbestand völlig unbestimmten – § 7 AuslG. Hierzu wurde schon stets darauf hingewiesen, daß die Vorschrift ihre erforderliche Bestimmtheit aus dem systematischen Zusammenhang des Ausländergesetzes, insbesondere der §§ 2, 5, 10 AuslG erfahre.⁴⁷

Das den Behörden zustehende Ermessen sei keineswegs frei, „sachfremde“ Erwägungen dürften es nicht bestimmen. Es gebe somit durchaus Gründe, die die Entscheidung der Ausländerbehörde nicht tragen würden, wenn sie ohne Zusammenhang mit dem Aufenthalt des Ausländers sei, mithin „nichtausländerrechtliche Gründe“ darstellten.⁴⁸ Solche allgemeinen Umschreibungen lassen allerdings noch offen, welche Gründe ausländerrechtlicher Art und damit zulässig sind und welche nicht.

Dem versucht insbesondere das Bundesverfassungsgericht durch eine *systematische Auslegung* unterschiedlicher Vorschriften des Ausländergesetzes zu begegnen.⁴⁹ Danach enthält zwar § 7 AuslG seinerseits keine tatbestandliche Umschreibung; im übrigen zeigt das Ausländerrecht jedoch, daß der aufenthaltsrechtliche Status von Fremden lediglich unter der Voraussetzung beschränkt werden kann und soll, wenn „Belange der Bundesrepublik Deutschland“ entgegenstehen. Diese Formel findet sich in § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG. Sieht das Gericht demnach die „Belange“ als allgemeines, das Fremdenrecht prägendes öffentliches Interesse, so kommt ihm danach auch in § 7 AuslG Bedeutung zu, selbst wenn hier jenes Tatbestandsmerkmal gerade fehlt. Damit verschiebt sich die Bestimmtheitsproblematik vom fehlenden Tatbestand auf den offenen Tatbestand der „Belange der Bundesrepublik Deutschland“. Dieser Begriff wird sodann seinerseits systematisch anhand der „erheblichen Belange“ konkretisiert, der sich in §§ 6 Abs. 2, 10 Nr. 11 AuslG findet. Der „erhebliche Belang“ erhält danach seine Prägung insbesondere durch den Kanon der Nr. 1–10 des § 10 AuslG, die exemplarisch sol-

che „erheblichen Belange“ aufzählen und für welche Nr. 11 sodann eine Auffangnorm darstellt. Abzustellen ist bei deren Konkretisierung auf „vergleichbar schwere“ und „gleichermaßen prägende Bedeutung für das Fremdenrecht“. So war das Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Belange“ auch bereits frühzeitig für verfassungskonform erklärt worden.⁵⁰

Solche systematischen Operationen, welche letztlich die „erheblichen Belange“ in alle anderen Bestimmungen des Fremdenrechts hineinragen, stehen allerdings der vom Gesetzgeber intendierten Systematik des Gesetzes diametral entgegen.⁵¹ Danach sollte das Handlungsinstrumentarium eben nicht einheitlich, sondern gerade differenziert ausgestaltet sein. § 7 AuslG sollte die Behörden freier stellen als § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG; und dieser sollte weitere Steuerungsmöglichkeiten eröffnen als etwa § 10 Nr. 11 AuslG.

2. Verwaltungsvorschriften

Die Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder zu den unterschiedlichsten Detailfragen im Ausländerrecht überwiegen quantitativ den Gesetzestext bei weitem. Dabei erfüllen sie zwei Aufgaben⁵²: Einerseits setzen sie die aktuellen Grundentscheidungen der Einwanderungs- und Niederlassungspolitik in Rechtsnormen um, indem sie bei stabiler Gesetzeslage zeitlich wechselnde praktische Regelungsbedürfnisse befriedigen. Insoweit kommt ihnen gesetzvertretende Bedeutung zu. Andererseits setzen sie einen äußeren Ermessensrahmen, indem etwa die aus Art. 6 Abs. 1 GG oder dem grundgesetzlichen Vertrauensschutzprinzip hergeleiteten Maßstäbe für die Rechtsstellung der Ausländer konkretisiert werden. (Nr. 3a, 4, 4a VV zu § 7 AuslG). Die Literatur zum Ausländerrecht hat die hohe Bedeutung der Verwaltungsvorschriften für die Ermessensausübung schon dadurch anerkannt, daß bisweilen nach einleitenden Bemerkungen zum Gesetzestext sogleich die Verwaltungsvorschriften kommentiert werden.⁵³

Unzulässig ist es, wenn „wesentliche“ Regelungen nicht mehr durch das Gesetz, sondern durch Verwaltungsvorschriften getroffen werden. „Wesentlichkeit“ bedeutet hier insbesondere: Wesentlichkeit bei der Grundrechtsverwirklichung. Dementsprechend können die *Grundsätze deutscher Einwanderungs- und Niederlassungspolitik nur insoweit in Verwaltungsvorschriften konkretisiert werden, als sie nicht grundrechtsbeschränkend* oder aus sonstigen Gründen „wesentlich“ sind. Unter diesem Aspekt fällt das Fehlen von gesetzlichen Bestimmungen, welche die Familieneinheit betreffen, unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 1 GG besonders ins Gewicht. Die Grundrechtsverwirklichung ist hier weder durch Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch durch Verwaltungsvorschriften zu ersetzen, insoweit ist vielmehr der Gesetzgeber gefordert. Dies gilt weniger im Ausweisungsrecht als vielmehr für das Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen deutscher und solcher Ausländer, welche bereits in der Bundesrepublik Deutschland leben. Ähnliches gilt für den Vertrauensschutz, welcher im Ausländerrecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Verfassungsrang genießt. Die Grundentscheidungen über die daraus resultierenden Anforderungen an die Verlängerung befristeter Aufenthaltserlaubnisse und die Erteilung unbefristeter Aufenthaltserlaubnisse sind durch die Legislative ge-

47 OVG Münster in *Schüler/Wirtz*, Rechtsprechung zum Ausländerrecht, 1971, § 6 Nr. 2; BVerwGE 49, 43.

48 *Kloessel*, DÖV 1970, 816.

49 BVerfGE 49, 180 ff.; zustimmend O. *Kimminich*, Der Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 70 ff., kritisch A. *Weber*, DÖV 1979, 370 f.; *Gusy*, aaO (FN 46).

50 BVerfGE 35, 400 f.

51 BT-Drucks. IV/3013, S. 4; S. 5; IV/868, S. 2; *Gusy*, aaO (FN 46) S. 577.

52 *Kanein*, aaO (FN 7) zu § 51.

53 Besonders deutlich bei *Kloessel/Christ*, aaO (FN 4) zu § 7, 10 ff.

setzunglich zu regeln. *Gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften im Wesentlichkeitsbereich sind stets unzulässig.*

Die ermessensreduzierende Wirkung der Verwaltungsvorschriften verleiht diesen eine neue rechtliche Dimension. Sie sind nur noch ihrem Adressaten, nicht mehr ihrer Wirkung nach „Innenrecht“. Sie sind Rechtsverordnungen funktionell wegen ihrer Wirkung vergleichbar. Soll hier keine Umgehung der grundgesetzlichen Anforderungen an den Verordnungserlaß zur Regel werden, sind die rechtsstaatlichen Anforderungen an solche außenwirksame Verwaltungsvorschriften näher zu bestimmen.⁵⁴ Dies gilt insbesondere hinsichtlich der erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen und der Verkündung.

3. Verfahrensgarantien

Grundrechte im Verwaltungsverfahren haben in Rechtsprechung und Literatur prägende Bedeutung erlangt.⁵⁵ Im Ausländerrecht ist diese Problematik insbesondere vom Asylrecht her erschlossen worden, jedoch auch im Aufenthaltsrecht von Bedeutung.

Dies gilt zumindest insoweit, als die entscheidenden Behörden verpflichtet sind, sämtliche verfassungsrechtlichen Implikationen ihrer Entscheidungen zu berücksichtigen. Insbesondere haben sie dazu das Rechtsstaatsprinzip, das Übermaßverbot und den Vertrauensschutz zu erwägen.⁵⁶ Weiter sind sämtliche Tatsachen zu ermitteln, welche hier von Bedeutung sein können. Die These, daß im Einwanderungs- und Niederlassungsrecht nur staatliche Belange maßgebend seien, läßt sich angesichts der insoweit eindeutigen Grundrechte und ihrer Konkretisierung durch das Bundesverfassungsrecht nicht länger aufrechterhalten.

Hierdurch erlangen die Verwaltungsentscheidungen der Ausländerbehörden einen zusätzlichen Grad an Komplexität. Angesichts der denkbar weiten Gesetzestatbestände, welche durch Verfassung und Verwaltungsvorschriften erst konkretisierbar gemacht werden müssen, um sodann konkrete Ermessensrichtlinien abzuwerfen, wird hier das Verfahren im Einzelfall in hohem Maße überfordert. Administrative Belastungen und längere Verfahrensdauer haben sicherlich auch hierin ihren Grund.

V. Einzelfragen der Ermessensausübung

Die dargestellten Grundsätze sollen nunmehr an einigen exemplarischen Einzelfragen des Aufenthalts- und Arbeitsverlaufsrechts konkretisiert werden.

1. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis

Unstreitiger Ausgangspunkt der Auslegung des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG hat gegenwärtig die Einsicht zu sein, daß das ursprüngliche Verständnis dieser Bestimmung heute nicht mehr aufrechtzuerhalten ist. Sollte ursprünglich die Fremdenzulassung ausschließlich im öffentlichen Interesse erfolgen, so ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß insoweit auch die grundrechtlich geschützten Belange des Ausländers zu berücksichtigen sind.⁵⁷ Der Sache nach ist die Rechtsprechung schon immer so verfahren: Andernfalls hätten Klagen gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis schon wegen fehlender Klagebefugnis als unzulässig abgewiesen werden müssen. Dabei ist heute unstreitig, daß eben nicht nur „privilegierte“ Fremde, also Asylberechtigte oder ausländische Ehegatten Deutscher grundrechtlich geschützte Positionen geltend machen können, sondern daß *jeder Antragsteller einen Mindestschutz aus Art. 2 Abs. 1 GG genießt.*

Diese Voraussetzung hat unmittelbare Auswirkung auf die Ermessensausübung. Dürfen Grundrechte nur zur Verfolgung eines konkreten öffentlichen Zwecks eingeschränkt werden, so muß auch im Ausländerrecht zur Versagung oder Beschränkung von Erlaubnissen, auf welche ein grundrechtlicher Anspruch besteht, ein entgegenstehender Belang herangezogen werden können. Das Ermessen soll in derartigen Fällen Einzelfallgerechtigkeit dadurch herstellen, daß die konkret kollidierenden privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander abgewogen werden. Eine solche Abwägung ist jedoch nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG nicht möglich: Stellen danach „Belange der Bundesrepublik Deutschland“ einen zwingenden Versagungsgrund dar, so könnte das Ermessen lediglich ausgeübt werden, wenn keinerlei entgegenstehender öffentlicher Belang erkennbar ist. In einem solchen Fall entfällt jedoch gerade die Möglichkeit, kollidierende Interessen abzuwägen. Das Ermessen könnte nur noch die berücksichtigungsfähigen privaten Belange des Antragstellers einbeziehen. Damit müßte – da entgegenstehende öffentliche Interessen bereits verneint worden sind – eine Aufenthaltserlaubnis stets erteilt werden, für ein Ermessen wäre kein Raum. Folglich wäre danach die Entscheidung gebunden.⁵⁸

Aber auch ein solches Verständnis würde dem normativen Gehalt des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG nicht gerecht. Dies gilt insbesondere dann, wenn in der Rechtsprechung und Literatur darauf abgestellt wird, daß die Einreise oder Niederlassung von Ausländern stets entgegenstehende öffentliche Belange der Bundesrepublik Deutschland tangiert.⁵⁹ Derartige Anschauungen prägen etwa die These vom „Nichteinwanderungsland“. Angesichts solcher Auslegung könnte niemals eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden; und zwar nicht wegen entgegenstehender Ermessenserwägungen, sondern aus zwingenden gesetzlichen Gründen. Andererseits wären in einem solchen Fall die grundrechtlich geschützten Interessen der Fremden überhaupt nicht berücksichtigt. Dies wäre umso gravierender, wenn die individuellen Belange schwerer, die öffentlichen hingegen leichter wiegen würden. Da auch eine solche – verfassungswidrige – Auslegung weder dem Konzept des Grundgesetzes noch dem des Ausländergesetzes entspricht, müssen in jede Einzelfallentscheidung sowohl die Belange des Fremden wie auch diejenigen der Bundesrepublik Deutschland einbezogen werden. Die Ermöglichung einer solchen Abwägung ist nach dem hier dargestellten neueren Verständnis der Sinn und Zweck der Ermessenseinräumung: § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG stellt den gesetzlichen Auftrag an die entscheidungsbefugten Behörden dar, im Einzelfall die kollidierenden öffentlichen und privaten Belange gegeneinander abzuwägen. Die Aufenthaltserlaubnis ist zu erteilen, wenn die privaten Interessen die öffentlichen überwiegen; und sie ist zu versagen, wenn die öffentlichen Belange schwerer wiegen als die individuellen.⁶⁰

Damit ist das Problem der Unbestimmtheit der „Belange der Bundesrepublik Deutschland“ nicht gelöst. Berücksichtigungsfähige „Belange“ sind solche, welche im Einzelfall die Grundrechte des Antragstellers überwiegen. Diese Einschränkung, nach welcher eben nicht jede entfernte Gefährdung eines noch so geringen öffentlichen Belanges die Aufenthaltserlaubnis ausschließen kann und soll, mag den

54 Ansätze dazu bei Gusy, aaO (FN 18); ders., DVBl. 1979, 720 ff.

55 Dazu die Beiträge von Wahl und Pietzcker, aaO (FN 34); H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, m. w. N.

56 Dazu BVerfGE, aaO (FN 44).

57 BVerfGE, aaO (FN 41); BVerwGE 56, 257 ff.; zum folgenden eingehend F. Schnapp, NJW 1983, 973 ff.

58 So für das Baurecht BVerwGE 18, 247, 25, 162; für das Ausländerrecht Rittstieg, JZ 1971, 114 f.

59 Überblick bei Kanein, aaO (FN 7), § 2 B 2.

60 Der Sache nach schon BVerwGE 56, 258 f.; Kimminich, aaO (FN 49), S. 59 ff.

Umstand rechtfertigen, daß dieses Tatbestandsmerkmal an denjenigen der „erheblichen Belange“ in § 10 Nr. 11 AuslG konkretisiert wird.

Besondere Probleme wirft hierzu in jüngerer Zeit der *Familiennachzug* für Angehörige von Ausländern auf, welche in der Bundesrepublik Deutschland ein Aufenthalts- und Niederlassungsrecht besitzen. Die damit verknüpften Probleme sind höchststrichterlich noch wenig geklärt. Zu Recht wird hier Art. 6 GG angewendet, wenn auch nur als Abwägungsfaktor für die Erteilung oder Versagung von Aufenthaltserlaubnissen.⁶¹ Insbesondere verleiht Art. 6 GG unmittelbar weder ein Einreise- noch ein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet. Dementsprechend hat das Bundesverfassungsgericht auch nicht festgestellt, daß die Ausweisung von Familienangehörigen aus dem Bundesgebiet einen „Eingriff“ in Art. 6 GG darstellt. Ebensowenig hat es die Zulässigkeit solcher Eingriffe an den Schranken des Art. 6 GG gemessen. Vielmehr werden Einreise- und Niederlassungsrechte für Deutsche lediglich durch Art. 11 GG, für Ausländer durch § 2 Abs. 1 GG begründet. Bei der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen ist jedoch Art. 6 GG als Abwägungsfaktor heranzuziehen. Ob und in welchem Umfang dies geschieht, ist gesetzlicher Regelung durchaus zugänglich, wenn sich solche Gesetze an den Anforderungen des Art. 6 GG orientieren. Solange solche gesetzlichen Grundlagen aber fehlen, kann durch Heranziehung von Verwaltungsvorschriften kein Grundrechtsschutz verkürzt werden. Hier sind fehlende Steuerungsmöglichkeiten durch den Mangel gesetzlicher Grundlagen begründet.

Die genannten Erwägungen zu § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG können jedoch nur zur Anwendung kommen, soweit das Ausländergesetz seinerseits anwendbar ist. Entgegen der Praxis ist dieses Gesetz unanwendbar, soweit der Regelungsbereich des Ausländeraufenthaltsgesetzes/EG reicht. Insoweit geht das Aufenthaltsgesetz als Spezialgesetz vor. Daher ist in solchen Fällen der Aufenthalt stets nach den Maßstäben des Aufenthaltsgesetzes zu gestatten oder zu versagen; subsidiär daneben oder darüber hinaus kommt eine Anwendung des Ausländergesetzes nicht in Betracht.

2. Nebenbestimmungen zur Aufenthaltserlaubnis

Die vielfach vertretene These, nach welcher das Bundesverfassungsgericht § 7 AuslG pauschal für „verfassungsgemäß“ erklärt habe⁶², läßt sich aus Tenor und Gründen der bislang ergangenen Urteile und Beschlüsse nicht bestätigen. Sind die räumlichen Einschränkungsmöglichkeiten außer Kraft getreten⁶³, so hat sich das Bundesverfassungsgericht bislang ausschließlich mit der Zulässigkeit der Befristung befaßt und diese lediglich wegen ihres systematischen Zusammenhanges mit der Neuerteilung der bei Fristablauf erforderlichen weiteren Aufenthaltserlaubnis für verfassungsmäßig erklärt. Insbesondere die sonstigen Nebenbestimmungen des § 7 Abs. 5 AuslG sind bislang nicht Gegenstand verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung gewesen.

Die Praxis fast ständiger Befristung von Aufenthaltserlaubnissen wirft die Frage nach der Zulässigkeit von „*Kettenverwaltungsakten*“ auf.⁶⁴ Dabei ist es letztlich eine Frage der Terminologie, ob das Befristungsrecht erlischt oder die Verlängerungspflicht entsteht. Hier setzt der grundrechtliche Vertrauensschutz ein, den das Bundesverfassungsgericht im Aufenthaltsrecht vielfach betont hat.

Inwieweit sonstige Nebenbestimmungen beigelegt werden dürfen, ist wegen der vollständigen Unbestimmtheit des § 7 Abs. 3 AuslG kaum geklärt. Bedingungen und Auflagen dürfen sicherlich nicht in weiterem Umfang beigelegt werden,

als dies § 36 VwVfG zuläßt. Läßt sich bereits hieraus ein Mindestmaß an Konkretisierung herleiten, so ist die Ausländerbehörde im übrigen sicherlich nicht befugt, in die Zuständigkeiten anderer Stellen überzugreifen. Ist dies bezüglich der Gewerbeaufsicht bereits geklärt⁶⁵, so gilt dies in gleicher Weise auch für die Arbeitsverwaltung. Zwar betont § 19 Abs. 2 AFG in Übereinstimmung mit § 5 ArbeitserlaubnisVO „den Vorrang des Ausländerrechts vor dem Arbeitserlaubnisrecht“. Dies bedeutet allerdings keineswegs, daß damit die Aufgaben der Arbeitsverwaltung auf die Ausländerbehörden übergingen. Vielmehr dürfen die Ausländerbehörden lediglich ausländerrechtliche Belange berücksichtigen. Arbeitsmarktpolitische Gesichtspunkte, wie sie das AFG der Arbeitsverwaltung überantwortet, dürfen nicht zum Gegenstand ausländerbehördlicher Entscheidungen gemacht werden. Der Vorrang des Ausländerrechts vor dem Arbeitserlaubnisrecht wahrt die grundsätzliche Kompetenzdifferenzierung zwischen den Behörden. Hier endet das Ermessen der Exekutive.

3. Die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung

Die Aufenthaltsberechtigung nach § 8 AuslG verstärkt und sichert das Aufenthaltsrecht von Ausländern, die sich seit mindestens 5 Jahren rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten und sich in das wirtschaftliche und soziale Leben in der Bundesrepublik Deutschland eingefügt haben. Eine solche verstärkende Wirkung kommt ihnen in mehrfacher Hinsicht zu. Sie ist räumlich und zeitlich unbeschränkt und kann nicht mit Bedingungen versehen werden (§ 8 Absatz 2 Satz 1 AuslG). Zudem ist die Ausweisung ihnen gegenüber nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig (§ 11 Abs. 1 AuslG). Daraus folgt, daß, wer als Inhaber einer Aufenthaltsberechtigung im wesentlichen seine gesetzlichen Pflichten erfüllt, nicht mehr gegen seinen Willen die Bundesrepublik Deutschland verlassen muß.

Der Gesetzgeber verfolgt mit der Schaffung der Aufenthaltsberechtigung den Zweck, dem langdauernden Aufenthalt einer langfristigen Beschäftigung oder wirtschaftlichen Betätigung in der Bundesrepublik Deutschland und der daraus notwendig erwachsenden „gewissen Verbundenheit mit diesem Staat“, welche ihren Ausdruck auch in persönlichen und menschlichen Beziehungen zu Deutschen finde, Rechnung zu tragen.⁶⁶ Demnach soll die Aufenthaltsberechtigung dasjenige Instrumentarium darstellen, mit welchem die Verwaltung dem Vertrauensschutz für Ausländer Rechnung tragen soll. In diesem Sinne begreift auch das Bundesverfassungsgericht solche Berechtigungen: *Sie verwirklichen, konkretisieren und begrenzen das verfassungsrechtlich geschützte Vertrauen der Antragsteller.*⁶⁷ Die Entstehung eines solchen Vertrauens wird nach dieser Rechtsprechung nicht erst durch die Aufenthaltsberechtigung konstitutiv begründet, vielmehr reicht dafür die wiederholte Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis allein bereits aus. Der in § 8 AuslG vorausgesetzte „rechtmäßige Aufenthalt“ verfestigt sich entsprechend Art. 2 Abs. 1 GG zu einer geschützten Rechtsposition des Fremden.

Dem hat die Ermessensausübung bei der Erteilung solcher Berechtigungen Rechnung zu tragen. Ist nach „mindestens 5 Jahren“ der Vertrauensschutz entstanden, so ist regelmäßig die Aufenthaltsberechtigung, nicht hingegen die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Nur wenn ganz besondere, das

61 BVerfGE 51, 395 ff.; s. jüngst auch BVerwG, VBIBW 1984, 405 ff., 411 ff. (U. v. 18. 9. 1984, 1 A 4.83; U. v. 18. 9. 1984, 1 A 60.83).

62 etwa bei Kloessel/Christ, aaO (FN 4) § 7 Nr. 1.

63 S. o. 12.

64 Dazu M. Köpfer, DVBl. 1972, 371 ff.

65 S. o. 14.

66 BT-Drucks. IV/868, S. 131.

67 BVerfGE 49, 185.

grundrechtlich geschützte Vertrauen überwiegende Interessen zwingend der Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung entgegenstehen, kann die Aufenthaltserlaubnis in Betracht kommen. Zugleich enthält § 8 AuslG aber auch die Abwägungsfaktoren für das Aufenthaltsrecht solcher Fremder, die zwar die Voraussetzungen der Aufenthaltsberechtigung erfüllen, aber nicht im Besitz einer solchen Berechtigung sind. Insbesondere eine Befristung der Aufenthaltserlaubnis ist unter diesen Voraussetzungen jedenfalls dann unzulässig, wenn der Aufenthalt nicht einem konkreten, zeitlich gebundenen Zweck dient. Aufenthaltserlaubnisse als Kettenverwaltungsakte sind unzulässig, wenn der Antragsteller die Voraussetzungen des § 8 AuslG erfüllt. In gleicher Weise ist die Ausweisung bei erteilter Aufenthaltserlaubnis nur entsprechend § 11 Abs. 1 AuslG zulässig.

Insofern erscheint bei längerem Aufenthalt das Ermessen der Behörden in hohem Maße gebunden. Dies gilt umso mehr, als sich zu diesem Zeitpunkt der grundrechtliche Vertrauensschutz bereits wesentlich verstärkt hat. Öffentliche Belange, welche diesen überwiegen können, müssen bereits von erheblichem Gewicht sein. Nicht alle Tatbestände des § 10 AuslG können dem weiteren Aufenthalt entgegengehalten werden, sondern nur solche, welche die qualifizierten Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 AuslG erfüllen. Für eine Ermessensentscheidung bleibt so nur noch selten Raum. Bei zunehmender Durchschnittsdauer des Aufenthalts der in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Ausländer wird so die Aufenthaltsberechtigung an quantitativer Bedeutung ständig zunehmen. Die faktische Außerkraftsetzung des § 8 AuslG durch entgegenstehende Verwaltungspraxis ist unzulässig.⁶⁸

Wurden bislang als Prototypen der potentiellen Inhaber von Aufenthaltsberechtigungen überwiegend „privilegierte“ Ausländer – insbesondere Asylberechtigte und ausländische Ehegatten Deutscher – genannt, so ist entsprechend der neueren verfassungs- und ausländerrechtlichen Erkenntnissen dieser Personenkreis auf solche Fremde auszuweiten, welche ein verfassungsrechtlich geschütztes Vertrauen auf die Fortdauer ihres Aufenthaltes im Bundesgebiet besitzen.

4. Die Arbeitserlaubnis

Arbeitserlaubnisse können lediglich an Fremde erteilt werden, welche aus Staaten stammen, die nicht Mitglieder der

EG sind. EG-Angehörige sind von diesem Erfordernis unmittelbar kraft Europarechts befreit.⁶⁹ Daß auch im Arbeitserlaubnisrecht der grundrechtliche Vertrauensschutz im vollen Umfang Anwendung findet, ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt.⁷⁰

Dies gilt zunächst dann, wenn der Antragsteller bereits zuvor im Besitz einer Arbeitserlaubnis war. Hier entsteht – jedenfalls durch mehrfache Verlängerung – ein Vertrauensschutz auf den weiteren Fortbestand seiner Rechtsstellung. Voraussetzungen und Grenzen solcher Vertrauensstatbestände sind in § 2 ArbeitserlaubnisVO umschrieben.

Dies gilt aber auch dann, wenn der Fremde sich bereits seit langer Zeit im Bundesgebiet aufgehalten hat, ohne im Besitz einer Arbeitserlaubnis zu sein, wenn er diese erstmals beantragt. Nebenbestimmungen zur Aufenthaltserlaubnis, welche die Aufnahme einer Beschäftigung verbieten, sind in einem solchen Falle unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes nur in eingeschränktem Umfang zulässig.⁷⁰ Bestehen solche Nebenbestimmungen nicht, so entsteht ein Vertrauensstatbestand: *Belange des Arbeitsmarktes müssen schwer wiegen, wenn sie der erstmaligen Erteilung einer Arbeitserlaubnis entgegengehalten werden sollen.*

Auch im Arbeitserlaubnisrecht gilt somit, daß private und öffentliche Belange gegeneinander abgewogen werden müssen. Der Vertrauensschutz des Antragstellers resultiert daraus, daß Ausländer auch im Schutzbereich der den Deutschen gemäß Art. 12 Abs. 1 GG vorbehaltenen Berufsfreiheit den subsidiären Grundrechtsschutz des Art. 2 Abs. 1 GG genießen. Regelmäßig wird rechtlich geschütztem Vertrauen nur das Argument entgegengesetzt werden können, daß die konkrete Tätigkeit von deutschen Arbeitnehmern konkret ausgeübt werden kann. Nicht zulässig ist insbesondere der Verweis auf die allgemeine Arbeitsmarktlage und die Tatsache, daß alle Arbeiten von deutschen Arbeitslosen ausgeführt werden könnten. Insofern wird der grundrechtliche Vertrauensschutz im Arbeitserlaubnisrecht nicht von abstrakten, sondern lediglich von konkreten Belangen deutscher Arbeitnehmer überwogen.

⁶⁸ Ansatzweise auch *Kimminich*, aaO (FN 49), S. 79 ff.

⁶⁹ S. aber Griechenland-Runderlaß, der Bundesanstalt für Arbeit, aaO (FN 27).

⁷⁰ BVerwGE 56, 260 ff.