

Recht darstellt, kann diese nationale Maßnahme zur spezifischen Begünstigung weiblicher Bewerber jedoch den Frauen bei einer Beförderung keinen absoluten und unbedingten Vorrang einräumen, sollen die Grenzen der in dieser Bestimmung vorgesehenen Ausnahme nicht überschritten werden (Urteil Kalanke, a. a. O., Randnrn. 21 und 22).

33. Im Gegensatz zu der Regelung, die Gegenstand des Urteils Kalanke war, überschreitet eine nationale Regelung, die wie im vorliegenden Fall eine Öffnungsklausel enthält, diese Grenzen nicht, wenn sie den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall garantiert, daß die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen. Solche Kriterien dürfen allerdings gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung haben.

34. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, auf der Grundlage einer Prüfung der Tragweite der streitigen Bestimmung in ihrer Anwendung durch den Beklagten festzustellen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

35. Dem vorlegenden Gericht ist daher zu antworten, daß Artikel 2 Absätze 1 und 4 der Richtlinie einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts in bezug auf Eignung, Befähigung und fachliche Leistung weibliche Bewerber in behördlichen Geschäftsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamte einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bevorzugt zu befördern sind, sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen, vorausgesetzt,

- diese Regelung garantiert den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall, daß die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen, und
- solche Kriterien haben gegenüber den weiblichen Bewerbern keine diskriminierende Wirkung.

Dorothee Frings

Die Neufassung des § 19 AuslG – Recht auf Trennung auch für ausländische Ehefrauen?

Das Ausländeraufenthaltsrecht ist von seinem Regelungsgehalt her ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Für nachgezogene Ehefrauen bedeutet dies, daß ihr Aufenthaltsrecht zunächst abhängig von dem des Ehemanns bleibt.

Vielfältige Gründe, insbesondere aber auch Gewalttätigkeiten von Ehemännern, führen oftmals bereits nach wenigen Ehejahren zu einem Zerbrechen der Lebensgemeinschaft. Eine besondere Problemgruppe stellen hierbei Frauen, die von ihren Ehemännern über Frauenhändler geholt wurden¹ oder aber gezielt in bestimmten Heimatstaaten ausgewählt wurden, weil man von ihnen eine größere Gefügigkeit und Verfügbarkeit erwartet als von deutschen Frauen.

Mit Ende der ehelichen Lebensgemeinschaft verliert die nachgezogene Ehefrau ihr Bleiberecht im Bundesgebiet. Entweder wird die bestehende Aufenthaltserlaubnis nachträglich befristet² oder die anstehende Verlängerung wird abgelehnt. Der Bestand der Ehe ist dabei für das Aufenthaltsrecht irrelevant.²

Blick zurück

Nach dem AuslG '65 (gültig bis zum 31.12.1990) blieb das Aufenthaltsrecht vom Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft abhängig bis es sich durch

1 Konkrete Zahlen über den Umfang lassen sich statistisch nicht ermitteln. In einem Bericht des Ministeriums für die Gleichstellung von Mann und Frau in NRW findet sich z.B. die Feststellung, daß 80 % aller Nicht-EG-Frauen, die in NRW einen deutschen Ehemann geheiratet haben, aus Ländern stammen, die von Frauenhandel betroffen sind (S. 25).

2 Anders ist dies allerdings im Europarecht. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 13.2.1985, NJW 1985, 68, betont, daß die Ehe als Institution unter staatlichem Schutz steht und in diese nicht durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen eingegriffen werden darf, auch wenn die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht. Dies führt zu dem paradoxen Ergebnis, daß ein Nicht-EU-Angehöriger, der im Bundesgebiet mit einem Staatsangehörigen eines anderen EU-Staates verheiratet ist, im Gegensatz zu dem deutschverheirateten Ausländer ein Bleiberecht hat, solange die Ehe besteht.

die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis zu einem eigenständigen Aufenthaltsanspruch verfestigte. In einigen Bundesländern bestanden Erlasse, nach denen nach einer Bestandszeit der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet von fünf Jahren die Aufenthaltserlaubnis in der Regel verlängert wurde. Die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis und die nachträgliche Befristung der Aufenthaltserlaubnis war jedoch in das grundsätzlich weite Ermessen der Ausländerbehörde gestellt.³ In der Praxis hatte dies zur Folge, daß gerade Frauen, die von ihrem Ehemann mißhandelt worden waren oder Kinder erzogen, der weitere Aufenthalt erlaubt wurde, auch wenn die eheliche Lebensgemeinschaft deutlich vor Erreichung der 5-Jahres-Schwelle in die Brüche ging. Der Ausländerbehörde stand es frei, im Rahmen der Ermessensentscheidung über die Verlängerung des Aufenthalts alle Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die in einer Gesamtschau die Aufenthaltsbeendigung als unverhältnismäßige Maßnahme erscheinen ließen.

Mit dem AusG '90 wurde der § 19 eingeführt, der erstmals Rechtsansprüche auf ein eigenständiges Aufenthaltsrecht festlegte. Nachgezogene Frauen erhielten damit nach Ablauf von vier Jahren im Bundesgebiet gelebter ehelicher Gemeinschaft einen gesicherten Anspruch auf einen Fortbestand ihres Aufenthaltsrechts und sind nicht mehr von der ihnen günstigen Ausübung des Ermessens der Ausländerbehörde abhängig. Bei Vorliegen eines Härtefalls kann die eigenständige Aufenthaltserlaubnis auch bereits nach drei Jahren erteilt werden. So begrüßenswert die Festigung der Rechtsposition für nachgezogene Frauen war, so fiel sie doch zugleich hinter die Regelungen des alten Ausländergesetzes zurück. Eine Berücksichtigung der Belange und Notlagen der Frau vor Ablauf einer Bestandszeit von drei Jahren war bis zur Novellierung im Juli 1997 nicht möglich.

Der § 19 AusG enthielt noch eine weitere für Migrantinnen besonders bedeutsame Regelung. Die Formulierung „In den Fällen des Satzes 1 Nr. 2 ‚Härtefall‘ wird auch berücksichtigt, ob dem Ehegatten außerhalb des Bundesgebietes wegen der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft erhebliche Nachteile drohen“ wurde erstmals ein frauenspezifischer Tatbestand in das Ausländerrecht eingeführt. Es ist unbestritten,⁴ daß diese Regelung ausschließlich auf spezifische gesellschaftliche Nachteile von geschiedenen oder getrenntlebenden Frauen in ihren Herkunftsländern abzielte.

Die über die konkrete Regelung hinausgehende rechtspolitische Bedeutung liegt in der Anerkennung

der faktischen Benachteiligung von Frauen durch die Anwendung der allgemeinen Normen des Ausländergesetzes. Die rechtliche Konsequenz hieraus liegt in Ausnahmeregelungen, insbesondere Härtekláuseln, die die bindend formulierten Regelungen des Gesetzes öffnen, um geschlechtsbedingten Nachteilen entgegen zu wirken. Darauf wurde durch die Formulierung des § 19 Abs. 1 AusG erstmals der Blick gelenkt.

Bewährungsprobe in der Praxis

Die Unzulänglichkeiten der bisherigen Gestaltung des § 19 AusG wurden in der Praxis bald deutlich.

Inhaltlich stelle die Härteregelung des § 19 AusG auf Situationen ab, die gerade keinen Zusammenhang mit der Dauer des Aufenthalts aufweisen. Durch die unverzichtbare Voraussetzung einer dreijährigen Bestandszeit der ehelichen Lebensgemeinschaft konnten die grundrechtsrelevanten Beeinträchtigungen bei einer Trennung vor Ablauf von drei Jahren nicht erfaßt werden. Da sich die Aufenthaltsbeendigung für Frauen, die im Heimatland mit strafrechtlicher Verfolgung, Ausschluß aus dem Familienverband, Blutrache oder schwerster Diskriminierung zu rechnen hatten, als schlicht unvereinbar mit Art. 1 und Art. 2 GG zeigte, suchten Ausländerbehörden und Gerichte den Ausweg über die Anwendung des § 30 Abs. 2 AusG.⁵ Problematisch bleibt diese Lösung jedoch in gesetzessystematischer Hinsicht, da § 30 Abs. 2 AusG damit die Funktion einer allgemeinen Auffangnorm zugewiesen wird. Praktisch ist die Lösung für die betroffenen Frauen unbefriedigend, da ihnen damit eine wesentlich ungünstigere Aufenthaltsposition zugewiesen wird, die sie von einer Vielzahl sozialrechtlicher Ansprüche (Kindergeld, Erziehungsgeld, Unterhaltsvorschußleistungen u.a.) ausschließt und die Verfestigung ihres Aufenthaltsrechts nur noch unter erheblich erschwerten Bedingungen (§ 35 AusG) möglich macht.

Zum anderen wurde die Formulierung, „es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, dem Ehegatten den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen“ dahingehend ausgelegt, daß Vorgänge, die zur Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft geführt hätten, für die Frage der Rückkehr ohne Bedeutung seien, sondern lediglich aktuelle oder nach der Rückkehr zu erwartende Schwierigkeiten eine „besondere Härte“ i.S.d. § 19 Abs. 1 Nr. 2 AusG begründen

3 Kanein, Werner: Das Ausländergesetz, Kommentar, 1. Aufl. 1966, § 2 Anm. A 2.

4 Einzige Ausnahme: Bamberger, Wilhelm: Ausländerrecht und Asylverfahrensrecht, München 1995, Rdz. 134 f.

5 „Einem Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, kann aus dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden, wenn 1.) die Erteilung oder Verlängerung einer anderen Aufenthaltsgenehmigung ausgeschlossen ist und 2.) auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde; ...“, s. auch VGH BaWü v. 9.9.1992, InfAuslR 1993, 62.

könnten.⁶ Die Frage, welche Mißhandlungen oder Erniedrigungen die Frauen während der Zeit der ehelichen Gemeinschaft zu erdulden hatten, blieb damit für die Härtefallentscheidung irrelevant.

Die Neuregelung

Bereits 1994 brachte die Landesregierung von NRW eine Bundesratsinitiative zur Änderung des § 19 AuslG ein. Obwohl alle Parteien verkündeten es bestehe Reformbedarf, wurde die Sache auf die lange Bank geschoben. Erst im Juni 1997 konnte die Änderung im Zusammenhang mit Verschärfungen des Ausweisungsrechts den Bundestag passieren und wurde dann im Juli vom Bundesrat gebilligt.

Für den Regelfall bleibt es bei der Mindestdauer von vier Jahren ehelicher Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet.

Die Härteregelung des § 19 wurde in drei Punkten geändert:

- Die Bestandsfrist von drei Jahren entfällt. Voraussetzung ist lediglich, daß die eheliche Lebensgemeinschaft rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden hat. (Ausgeschlossen werden sollen dadurch Fälle, in denen die Ehegatten bei der erstmaligen Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht / oder nicht mehr zusammengelebt haben.)
- Die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis muß zur Vermeidung einer *außergewöhnlichen* Härte erforderlich sein. Der Begriff der außergewöhnlichen Härte erhält in Abs. 1 S. 2 eine Legaldefinition, die die bisherige Bezugnahme auf trennungsbedingte Nachteile im Heimatland ersetzt:

„Eine außergewöhnliche Härte im Sinne von Satz 1 Nr. 2 liegt vor, wenn dem Ehegatten wegen der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach Art und Schwere so erhebliche Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der bestehenden Rückkehrverpflichtung drohen, daß die Versagung der Aufenthaltserlaubnis als nicht vertretbar erscheinen würde; hierbei ist die Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet zu berücksichtigen.“

- Bei der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis kann die Inanspruchnahme von Sozialhilfe berücksichtigt werden. Nach der bisherigen Regelung blieb der Sozialhilfebezug im ersten Jahr nach der Trennung unberücksichtigt.

Die Problematik eines Schutzes vor Demütigung ohne Akzeptanz der Handlungsfreiheit

Das Bemühen ist erkennbar, nach den Erfahrungen mit der bisherigen Härteklausele bei der Berücksichtigung von Belastungen nicht allein an drohende

Nachteile im Heimatland anzuknüpfen. Letztlich muß die gesetzliche Formulierung jedoch dogmatisch in der Schiefelage bleiben, solange nicht auf eine Kausalverknüpfung von Härtegesichtspunkten mit der bestehenden Rückkehrpflicht verzichtet wird. Notwendig und durch Art. 3 Abs. 2 GG geboten wäre hingegen eine Regelung, die das Aufenthaltsrecht von ausländischen Frauen nicht vom Grad ihrer Leidenfähigkeit abhängig macht. Widerspruchsfrei hätte dies nur durch einen Anspruch von Frauen erreicht werden können, die Trennung von ihren Ehemännern aufenthaltsrechtlich unschädlich vollziehen können. Der Gefahr des Mißbrauchs einer solchen Regelung könnte durch einen Regelantrag begegnet werden. Solange jedoch an der Bestandszeit als Regelfall festgehalten wird, bleibt nur die rückwirkende Betrachtung der Umstände, die zur Trennung geführt haben, um sie dann an den Kategorien des Härtebegriffs zu messen.

Die nunmehr eingefügte Legaldefinition darf daher nicht im Sinne einer strikten Kausalität zwischen Rückkehr und Härtegesichtspunkten verstanden werden, vorzunehmen ist vielmehr eine Gesamtbewertung der Lage der Frau, die sowohl die Gründe für die Trennung als auch die Folgen der Trennung einbezieht.

Daß dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ergibt ein Blick in die Gesetzesmaterialien. Hier wird ein Katalog von Umständen aufgeführt, die eine *außergewöhnliche Härte* begründen sollen. Gerade auf das von der Frau in der Vergangenheit erlittene Schicksal wird abgestellt, soweit danach die Härte immer dann gegeben sein soll

„wenn der nachgezogene Ehegatte wegen physischer oder psychischer Mißhandlung durch den Ausländer die eheliche Lebensgemeinschaft aufgehoben hat (z.B. wegen schwerer Körperverletzung, strafbarer Handlungen gegen die sexuelle Selbstbestimmung oder die persönliche Freiheit, Zwangsprostitution, Zwangsabtreibung)“.⁷

Über diese Wertung des Gesetzgebers darf sich die Behördenpraxis nicht hinwegsetzen. Hier scheint jedoch noch ein deutlicher Umdenkungsprozeß erforderlich.

So wurde in einer Entscheidung der Stadt Aachen von Ende August 1997 die Berücksichtigung schwerster ehebedingter psychosomatischer Beschwerden bei Ehefrau und Tochter abgelehnt und ausschließlich darauf abgestellt, daß der Heimatstaat als sicherer Heimatstaat i.S.d. § 29a AsylVerfG gilt. Die Frau hatte in diesem Fall eine eheliche Lebensgemeinschaft verlassen, in der ihr jeglicher Kontakt zu Freunden, das Erlernen der deutschen Sprache, eine berufliche Qualifikation untersagt wurden, in der

6 Hess VGH v. 26.4.1994, InfAuslR 1994, 313 f.; Kloesel/Christ/Häußler: Kommentar zum Ausländergesetz, § 19 AuslG Rdz. 17.

7 BT-Drs. 13/4948, S. 8.

ihre Briefe unterschlagen wurden und in der es immer wieder zu Gewaltanwendungen gegenüber der Frau und ihrer Tochter gekommen war. Die ablehnende Entscheidung der Stadt Aachen wurde vom Innenministerium Nordrhein-Westfalen und von der Härtefallkommission bestätigt.

Diese Entscheidung kontakariert die gesetzgeberischen Vorstellungen zur Anwendung des Härtebegriffs, die im Vermittlungsausschuß vor der Verabschiedung der Gesetzesänderung nochmals ausdrücklich bestätigt wurden. Ergänzend wurde dort auch betont, daß die Anwendung der Öffnungsklausel sich an einer Gesamtbewertung der Situation der Frau zu orientieren hat.

Hart, härter, am härtesten

Problematisch ist auch der Versuch des Gesetzgebers, die Anforderungen an einen Härtefall dadurch zu qualifizieren, daß die „besondere“ Härte zu einer „außergewöhnlichen“ Härte gesteigert wird. Dieses Kriterium soll nach der Gesetzesbegründung nur dann erfüllt sein, „wenn das drohende Schicksal einer Person im Zusammenhang mit der bestehenden Rückkehrverpflichtung eine andere Entscheidung als nicht vertretbar erscheinen läßt“.⁸

Härteklauseln sind jedoch Dispensermächtigungen zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit. Der Gesetzgeber hat eine Dispensermächtigung zu erteilen, wenn Verstöße gegen das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Übermaßverbot vorhersehbar sind.⁹ Für die Auslegung von Härteklauseln nimmt das Bundesverfassungsgericht immer wieder Bezug auf die Grundrechte¹⁰ und auf die verfassungsmäßigen Staatszielbestimmungen¹¹. Die Auslegung der Härteklauseln hat insbesondere auch dem von Art. 3 GG angestrebten Ziel der materiellen Gleichbehandlung Rechnung zu tragen.¹²

Eines der wichtigsten Grundrechte und weiter eine Staatszielbestimmung, die ausländische Frauen in gleichem Maße wie deutsche Frauen für sich in Anspruch nehmen können, ist in Art. 3 Abs. 2 GG¹³ enthalten. Die Förderpflicht des Staates ist Auslegungsgrundsatz bei der Anwendung der Härteklauseln des Ausländerrechts.

8 BT-Drs. 13/4948, S. 8.

9 Brohm, Ermessen und Beurteilungsspielraum im Grundrechtsbereich, JZ 1995, 369 (373); Pernice, Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1991.

10 z.B. BVerfG, NJW 1976, 101.

11 BVerfGE 41, 193 (203); BVerfGE 41, 126 (188).

12 BVerfGE 43, 291 (378); BVerfGE 70, 230 (241).

13 „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“

14 BVerfGE 13, 97 (120 f.); BVerfGE 65, 116 (125 ff.).

Der erheblichen Benachteiligung, von der ausländische Frauen dadurch betroffen sind, daß ihr abhängiges Aufenthaltsrecht sie zum Erleiden von Demütigungen zwingt, muß durch die Auslegung der Härteklausel des § 19 AuslG entgegengewirkt werden. Eine Auslegung, die die Mißachtung der Rechte von Frauen unbeachtet läßt, verstößt gegen die Gleichberechtigung der Geschlechter und gegen das Gebot der „Beseitigung bestehender Nachteile“.

Die Härteklausel muß stets dann Anwendung finden, wenn ansonsten die Aufenthaltsbeendigung in einer Gesamtsicht zur Benachteiligung der Frau, verglichen mit der „normalen“ Situation des Mannes, führen würde.

Die Verschärfung des Härtemaßstabs durch den Zusatz „außergewöhnlich“ verliert damit weitgehend ihren Sinn. Es kann nicht darum gehen, ob eine Maßnahme besonders intensiv unverhältnismäßig ist oder in besonderem Ausmaß unzulässig in Grundrechtspositionen der Betroffenen eingreift. Die Anwendung ist zwingend, wenn sie erforderlich ist, um Grundrechtseingriffe, die sich nicht aus dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen lassen, zu verhindern.

In anderem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht auch betont, daß die verfassungskonforme Auslegung von Härteklauseln es gebieten kann, diese nicht als enge Ausnahmen zu begreifen, sondern als ein Mittel zum Ausgleich von im Gesetz enthaltenen Unstimmigkeiten.¹⁴

Zur Vermeidung von grundrechtswidrigen Entscheidungen, insbesondere, um dem Gebot der Gleichberechtigung der Geschlechter ausreichend Rechnung zu tragen, darf die Härteklausel nicht als Ausnahmeregelung für gänzlich singuläre Einzelfälle verstanden werden. Sie muß in ihrer Auslegung geeignet sein, Frauen im Vorfeld der Trennung die Gewißheit zu vermitteln, daß sie nicht dazu verdammt sind, in einer menschenunwürdigen Abhängigkeitssituation zu verharren.

Nur dann kann die Änderung des § 19 AuslG auch zu einer Veränderung der Rechtskultur führen und klarstellen, daß unsere Gesellschaft es sich nicht länger leisten will, eine Sklavenhaltermentalität gegenüber ausländischen Frauen normativ abzusichern.