

Kettenduldungen abgeschafft?

Hubert Heinhold

In einem waren sich Politiker jeder Couleur einig: Das neue Zuwanderungsgesetz soll die Kettenduldungen abschaffen. Sie glauben auch, dass sie dies mit den Neu-Regelungen des humanitären Aufenthaltsrechts geschafft haben. Viele Praktiker bezweifeln dies.

Dies kommt nicht von ungefähr, hatte doch schon der Gesetzgeber des AuslG die Absicht gehabt, Kettenduldungen abzuschaffen. Die Verwaltungspraxis hat diesen gesetzgeberischen Willen über die Jahre ignoriert. Die Skepsis, dass ein neuerlicher Vorstoß ebenso im Sand verläuft, kommt daher nicht von ungefähr.

Der nachstehende Beitrag versucht abzuhandeln, inwieweit die jetzigen Regelungen den Spielraum der Verwaltung eingeengt haben und damit eine Abkehr von der bisherigen Praxis erzwingen.

1. Voraussetzungen einer Duldung

Nach § 55 II AuslG konnte eine Abschiebung ausgesetzt werden, solange die Abschiebung „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 53 VI oder § 54 ausgesetzt werden soll“. Nach § 55 III AufenthG konnte eine Duldung erteilt werden, solange der Ausländer nicht unanfechtbar ausreisepflichtig war oder wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen eine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. § 55 IV AuslG stellte schließlich klar, dass dann, wenn rechtskräftig entschieden war, dass die Abschiebung eines Ausländers zulässig sei, eine Duldung nur erteilt werden dürfe, wenn die Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist oder nach § 54 AuslG ausgesetzt werden sollte.

1.1 § 60a AufenthG, der jetzt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung regelt, ist demgegenüber enger. Sein Absatz 1 erlaubt die Erteilung einer Duldung – entsprechend dem früheren § 54 AuslG – wenn die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland die-DDDAbschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von Ausländergruppen allgemein ausgesetzt hat. Im Gegensatz zu § 54 AuslG, der bei solchen Gruppenregelungen die Aussetzung der Abschiebung auch für mehr als sechs Monate zuließ, sofern das Einvernehmen mit dem BMI hergestellt war (§ 54 S. 2 AuslG), ist nun eine Höchstgrenze von „längstens sechs Monaten“ in § 60a I 1 AufenthG festgeschrieben. Für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten ist nach Satz 2 § 23 I AufenthG anzuwenden – also eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

So erfreulich diese Regelung ist, so fraglich ist ihr Nutzen. Bislang scheiterten die bundeseinheitlichen Abschiebestopp-Regelungen zumeist an der Uneinheitlichkeit der Länder. Der bisherige Kompromiss, einzelnen Ländern über die 6-Monats-Frist hinaus die Aussetzung der Abschiebung bestimmter Gruppen zu gestatten, ist künftig nicht mehr möglich. Optimisten mögen glauben, dass deshalb mehr Aufenthaltserlaubnisse nach § 23

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

AufenthG erteilt werden. Realisten müssen wegen der vermutlich anhaltenden Divergenz der politischen Anschauungen und der politischen Interessen hingegen zu dem Schluss kommen, dass § 23 AufenthG künftig – wie auch die Vorgängerregelung von § 32 AuslG – ein Schattendasein führen wird. Wahrscheinlich wird jedes Bundesland nach Ablauf der 6-Monats-Frist von § 60a I AufenthG entsprechend seiner Einschätzung verfahren. Damit wird es zu divergierenden, individuellen Regelungen kommen, die entweder über § 60a II AufenthG zu Duldungen oder über § 25 AufenthG zu Aufenthaltserlaubnissen führen.

Auch wenn es daher zweifelhaft erscheint, dass § 60a I AufenthG i. V. m. § 23 AufenthG wesentlich zur Abschaffung von Kettenduldungen beitragen wird, kann immerhin festgehalten werden, dass die gesetzliche Systematik deutlich macht, dass Duldungen nicht über sechs Monate hinaus erteilt werden sollen, wenn nicht nur einzelne, sondern Ausländer aus bestimmten Staaten oder Ausländergruppen generell nicht abgeschoben werden können. Ein gewisser Druck auf die Länderpraxis mag von dieser Regelung ausgehen.

1.2 § 60a II AufenthG verfügt, dass die Abschiebung eines Ausländers auszusetzen ist, solange sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.

Damit sind zwei kumulative Voraussetzungen benannt:

- Einerseits muss die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich sein und
- keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden.

Ein Blick in den 5. Abschnitt des AufenthG, der den Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen regelt, zeigt, dass dort sowohl Ansprüche auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen normiert sind, als auch, dass die Ermessensbestimmungen zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis teilweise weit gefasst sind und die Voraussetzungen denen der Duldung ähnlich sind. Es ist daher nahe liegend, zunächst zu prüfen, ob nicht eine Aufenthaltserlaubnis vorgeschrieben oder bei richtiger Auslegung geboten ist, bevor die Frage beantwortet werden kann, ob es auch künftig dabei bleibt, dass nur Duldungen und damit eventuell auch Kettenduldungen erteilt werden.

2. Die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen aus individuellen Gründen nach Abschnitt 5 des AufenthG

Die zentrale Vorschrift ist dabei § 25 AufenthG.

2.1 § 25 I und II AufenthG begründen einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn der Ausländer als Asylberechtigter anerkannt ist oder das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 I AufenthG (früher § 51 I AuslG) festgestellt hat.

Da dieser Personenkreis auch nach dem AuslG einen Rechtsanspruch auf einen legalen Aufenthalt in Form einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis (beim Asylberechtigten gemäß § 68 I AsylVfG) – bzw. bei Vorliegen von § 51 I AuslG einer Aufenthaltsbefugnis (§ 70 I AsylVfG) vorgesehen hatte, sind diese Bestimmungen für die Frage, ob Kettenduldungen künftig vermieden werden, nicht einschlägig.

2.2 Anders verhält es sich jedoch bei § 25 III AufenthG. Danach soll einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60 II, III, V oder VII AufenthG vorliegen. Das der Verwaltung eingeräumte Ermessen ist im Sinne einer Regel gebunden.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Ob Abschiebungshindernisse im Sinne von § 60 II, III, V oder VII AufenthG vorliegen, ist grundsätzlich von der Ausländerbehörde zu prüfen. Bei Abschiebungshindernissen nach § 60 VII AufenthG schreibt § 62 II AufenthG die vorherige Beteiligung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (BAMF) vor. Ist jedoch – jemals – ein Asylantrag gestellt worden, ist für die Entscheidung ausschließlich das BAMF zuständig (§ 5 AsylVfG). Diese ausschließliche Zuständigkeit bezieht sich nach der Rechtsprechung jedoch nur auf „zielstaatsbezogene“ Abschiebungshindernisse.¹ Für sog. „inlandsbezogene Abschiebungshindernisse“ ist hingegen die Ausländerbehörde zuständig.

Die Abschiebungshindernisse von § 60 II, III und VII AufenthG sind nach der gesetzlichen Definition von vornherein zielstaatsbezogen. Anderes ist dies bei § 60 V AufenthG, der eine Abschiebung verbietet, soweit sich aus der Anwendung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten ergibt, dass die Abschiebung unzulässig ist. Zwar ist auch ein Großteil der sich daraus ergebenden Abschiebungsverbote, insbesondere ein solches aus Art. 3 EMRK (= Verbot der menschenrechtswidrigen Behandlung) zielstaatsbezogen, gleichwohl kann insbesondere aus Art. 8 EMRK (Schutz der Ehe und Familie und der Privatheit) ein inlandsbezogenes Abschiebungshindernis resultieren.² Da Art. 8 EMRK im Hinblick auf das Gebot der Achtung des Familienlebens teilweise weiter reicht als Art. 6 GG³ und das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens einer Abschiebung entgegenstehen kann⁴ und zudem bei Anwendung von Art. 8 EMRK i. V. m. § 25 III AufenthG die Rechtsfolgen günstiger sind als bei Anwendung von Art. 6 GG i. V. m. § 25 V AufenthG⁵, ist bei Vorliegen eines derartigen Abschiebungshindernisses zunächst § 25 III AufenthG zu prüfen.

2.2.1 Demgegenüber sah das frühere Recht bei Vorliegen der (wortidentischen) Abschiebungshindernisse von § 53 I, II, IV und VI AuslG als zwingende Rechtsfolge lediglich die Erteilung einer Duldung vor (§ 55 II AuslG). Sofern Abschiebungshindernisse nach § 53 VI S. 1 AuslG (entspricht § 60 VII AufenthG) festgestellt wurden, war die zwingende Rechtsfolge nach § 41 I AsylVfG, dass die Abschiebung für drei Monate unzulässig war und die Ausländerbehörde danach über die weitere „Erteilung einer Duldung“ nach Ermessen entscheiden musste (§ 41 II S. 2 AsylVfG a. F.). Eine Aufenthaltsbefugnis war gesetzlich nicht vorgesehen. Sie konnte nach Ermessen der Ausländerbehörden nach § 30 III und IV AuslG erteilt werden. Die Praxis in den einzelnen Bundesländern war höchst unterschiedlich. Manche Bundesländer erteilten nach Feststellung eines förmlichen Abschiebungshindernisses gemäß § 53 AuslG Aufenthaltsbefugnisse, bei manchen blieb es über Jahre hinweg bei Duldungen, bei manchen konnte man sich nach einem gewissen Zeitablauf von einer Duldung zu einer Aufenthaltsbefugnis hochdienen. Die jetzt eingeführte Regel-Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bringt daher für die einen keine Verbesserung und trägt deshalb dort nichts zur Reduzierung von Kettenduldungen bei. In anderen Bundesländern, wie etwa in Bayern, wird diese neue Regelung die Anzahl geduldeter Personen deutlich reduzieren.

¹ BVerwG vom 11.11.97, BVerwGE 105, 322

² BVerwG vom 11.11.98, BVerwGE 105, 322 – für die Achtung des Familienlebens im Bundesgebiet nach Art. 8 EMRK

³ Familienbeziehungen bestehen nach der Rechtsprechung des EGMR zu allen nahen Verwandten, also auch zu Geschwistern und zwischen Großeltern und Enkeln (EGMR vom 13.06.79, Serie A, Band 31, S. 21 Nr. 45 – Marckx / Belgien).

⁴ Vgl. EGMR vom 22.04.04, InfAuslR 2004, S. 374

⁵ Art. 25 III AufenthG enthält einen Regelanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, während § 25 V AufenthG zunächst nur ein Ermessen einräumt; bei § 25 V AufenthG ist ein Familiennachzug ausgeschlossen, § 29 III 2 AufenthG. Auch in sozialrechtlicher Hinsicht gewährt § 25 III AufenthG mehr Rechte als § 25 V AufenthG.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

2.2.2 Gleichwohl ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis trotz der grundsätzlichen Regel des Satzes 1 nicht zwangsläufig. Satz 2 von § 25 III normiert nämlich Erteilungsverbote.

2.2.2.1 So wird die Aufenthaltsbefugnis nicht erteilt, wenn die **Ausreise** in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist.

Zunächst ist auf die unterschiedliche Begrifflichkeit hinzuweisen. Die Tatbestandsvoraussetzung von § 25 III 1 AufenthG verweist auf § 60 II ff AufenthG, der **Abschiebungsverbote** normiert. Das Gesetz differenziert also zwischen der Möglichkeit der Abschiebung und der Unmöglichkeit der Ausreise. Der erste Begriff knüpft an die Möglichkeit des Staates an, jemanden, gegebenenfalls gegen seinen Willen, außer Landes zu bringen, der zweite hingegen fragt nach der Fähigkeit des Individuums, selbst ausreisen zu können. In vielen Fällen mag beides unmöglich sein, zwingend aber ist dies nicht. So kann es beispielsweise sein, dass der Heimatstaat des Ausländers sich grundsätzlich weigert, an Abschiebungen seiner Staatsbürger durch die Ausstellung von Pässen oder Heimreisepapieren mitzuwirken, so dass eine Abschiebung scheitert, im Falle einer freiwilligen Ausreiseabsicht aber problemlos Pässe erteilt. Manche Staaten verlangen eine „Freiwilligkeitserklärung“, bevor sie zur Rückübernahme bereit sind. Dies eröffnet der Verwaltung gewaltige Beurteilungsspielräume, gegebenenfalls eine Aufenthaltserlaubnis zu verweigern. Da diese Spielräume vor allem bei § 25 V AufenthG eine bedeutende Rolle spielen, wird nachstehend näher darauf eingegangen. Bei § 25 III AufenthG spielt diese Unterscheidung keine allzu große Rolle, weil nämlich regelmäßig dann, wenn ein förmliches Abschiebungshindernis festgestellt ist, davon auszugehen ist, dass auch eine freiwillige Ausreise nicht möglich ist. Nur dann, wenn ein aufnahmebereiter Drittstaat existiert, ist diese Unterscheidung praxisrelevant.

Hiervon gehen auch die Vorläufigen Anwendungshinweise des BMI⁶ aus. In Nr. 25.3.2.1 S. 2 der Vorläufigen Anwendungshinweise heißt es, dass ein anderer Staat „ein Drittstaat“ ist, „in dem der betroffenen Person die genannten Gefahren nicht drohen“. Eine Ausreise in diesen Drittstaat sei dann möglich, „wenn die betroffene Person in den Drittstaat einreisen und sich – zumindest vorübergehend“ aufhalten darf. Als Beispielfälle nennen Nr. 25.3.2.3 der Vorläufigen Anwendungshinweise Ausländer, die in dem Drittstaat einen Aufenthaltstitel haben oder dort lange gelebt haben, deren Ehepartner oder nahe Verwandte Drittstaatsangehörige sind oder die einer Volksgruppe angehören, der im Drittstaat regelmäßig Einreise und Aufenthalt ermöglicht wird. Die Darlegungs- und Beweislast treffe die Ausländerbehörde. Die Regelung knüpft damit an die frühere Bestimmung von § 70 AsylVfG an, der dem Flüchtling im Sinne von § 51 I AuslG einen Rechtsanspruch auf Aufenthaltsbefugnis dann zubilligte, wenn die Abschiebung unmöglich war, was die Prüfung, ob nicht ein aufnahmebereiter, sicherer Drittstaat existiere, verlangte.⁷ Wenn ein aufnahmebereiter Drittstaat nicht existiert, hat mithin diese Einschränkung keine praktische Bedeutung, wobei jedoch den Anwendungshinweisen des BMI insoweit zu widersprechen ist, als die bloße Einreisemöglichkeit in einen Drittstaat für einen vorübergehenden Aufenthalt nicht genügt, um den Aufenthaltsanspruch aus § 25 III AufenthG zu beseitigen. Der vorübergehende Aufenthalt in einem Drittstaat ist beispielsweise schon dann möglich, wenn der betreffende Staatsangehörige aufgrund entsprechender Abkommen mit dem Heimatstaat sichtvermerksfrei in den Drittstaat einreisen darf. Die bloße Möglichkeit in einen Drittstaat besuchsweise einzureisen, bedeutet jedoch nicht, dass der Betroffene dort bleiben kann. Dies wird spätestens dann deutlich, wenn man sich vor Augen hält, dass ein Schengen-Visum den vorübergehenden Aufenthalt des Inhabers in jedem Schengen-Staat gestattet, einen Daueraufenthalt aber gleichwohl ausschließt. Ein Afrikaner, der mit einem Schengen-Visum nach Spanien gereist ist, kann kein Aufenthaltsrecht für die

⁶ Vorläufige Anwendungshinweise des BMI zum AufenthG und zum Freizügigkeitsgesetz/EU vom 22.12.04

⁷ Renner, AuslR, § 70, Rn 3

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Bundesrepublik Deutschland beanspruchen, auch wenn das Schengen-Visum den Besuch des Oktoberfestes in München erlaubt. Nach der Ratio der Bestimmungen des § 60 II – VII AufenthG, die Betroffenen vor schwerwiegenden Gefahren an Leib, Leben und menschenrechtswidrige Behandlung zu schützen, genügt damit der Verweis auf die bloße Möglichkeit eines Besuchsaufenthalts im Drittstaat nicht. Verlangt ist vielmehr zumindest ein gesicherter Aufenthalt im Drittstaat in der Weise, dass der Ausländer vor Abschiebung in den Herkunftsstaat sicher ist und im Drittstaat die Mindestvoraussetzungen einer menschenwürdigen Existenz finden kann. Die zur externen Fluchtalternative im Asylrecht entwickelten Kriterien können entsprechend herangezogen werden⁸

2.2.2.2 Eine Aufenthaltserlaubnis wird schließlich nicht erteilt, wenn der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt.

Die Formulierung ist unklar.

Nach den Anwendungshinweisen Nr. 2.25.3.3.1 soll die Ausschlussklausel eingreifen bei einem Verstoß gegen die ausweisrechtlichen Mitwirkungspflichten, mangelnder Mitwirkung an den Pflichten bei der Feststellung und Sicherung der Identität und der Beschaffung gültiger Heimreisepapiere. Dem ist zu widersprechen.

Wenn, wie bei § 25 III AufenthG, Abschiebungshindernisse vorliegen, gibt es keine Mitwirkungspflicht zur Beschaffung von Heimreisepapieren im Hinblick auf den Verfolgerstaat. Eine mangelnde Mitwirkung an der Sicherung der Identität ist schon deshalb unschädlich, weil § 5 III S. 1 ausdrücklich bestimmt, dass auch im Fall der Erteilung des Aufenthaltstitels nach § 25 III von der Anwendung der Absätze 1 und 2 abzusehen ist. Ein Verstoß gegen die in § 5 I Nr. 1a AufenthG enthaltene Verpflichtung, an der Identitätsklärung mitzuwirken, kann damit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegenstehen. Die Klärung der Identität ist keine Voraussetzung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III und kann damit auch nicht über die Hintertür der Verletzung der Mitwirkungspflichten als solche eingeführt werden. Von einer Verletzung einer „entsprechenden Mitwirkungspflicht“ kann daher nur dann gesprochen werden, wenn sich die Mitwirkungspflicht gerade auf den Drittstaat bezieht. Betroffen von dem Versagungsgrund ist also derjenige, der ein Aufenthaltsrecht in einem Drittstaat besaß und die Mitwirkung an der Abklärung, ob das frühere Aufenthaltsrecht auch heute noch aktuell ist, verweigert, oder derjenige, dessen Ehepartner im Drittstaat lebt und der sich weigert, einen Antrag auf Familiennachzug in einen Drittstaat zu stellen, obwohl dieser Erfolg versprechend ist.⁹

2.2.2.3 Ein Versagungsgrund liegt schließlich dann vor, wenn schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Ausländer die Tatbestandsmerkmale von § 25 IIIa bis d AufenthG erfüllt hat. Es ist hier nicht der Platz, die dort genannten Voraussetzungen im Einzelnen darzustellen und gegeneinander abzugrenzen. Festgehalten sei jedoch, dass nicht der bloße Verdacht einer der dort genannten Handlungen oder Taten genügt, sondern dass „schwerwiegende Gründe“ stets auf Tatsachen gegründet und belegt sein müssen, damit diese Ausschlussklausel eingreift.

Erwähnt sei jedoch, dass die Existenz von § 25 IIIc AufenthG, also der Ausschlussgrund einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“, die auch in Nr. 25.3.5 der Vorläufigen Hinweise des BMI wiedergegebene Auffassung widerlegt, dass § 11 AufenthG stets und immer der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus § 25 III AufenthG entgegensteht. Zwar enthält § 11

⁸ Vgl. BVerwG vom 15.12.87, 9 C 285.86, EZAR 205, Nr. 6; BVerwG vom 07.10.75, 1 C 46.69, EZAR 134, Nr. 1

⁹ Die Stellung von von vornherein erfolglosen Anträgen kann dem Betroffenen nicht angesonnen werden. Wenn beispielsweise nach dem jeweiligen Landesrecht ein Familiennachzug nur dann möglich ist, wenn der Lebensunterhalt durch den im Drittstaat lebenden Ehepartner gesichert ist, und dieser mittellos ist, ist das Ansinnen, dass der hier Lebende gleichwohl einen Antrag auf Familiennachzug stellen soll, unzumutbar und bloßer Formalismus. Auch Deutschland behält es sich schließlich vor, den Zuzug von Ausländern nach eigenen Regeln zu gestalten und kann nicht erwarten, dass der Drittstaat über seine gesetzlichen Vorgaben hinwegsieht.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

I AufenthG ein zwingendes Erteilungsverbot für eine Aufenthaltserlaubnis, sofern ein Ausländer „ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist“. Diese allgemeine Regel wird jedoch, jedenfalls in Bezug auf Straftaten, durch die spezialgesetzliche Regelung des § 25 IIIb AufenthG relativiert. Wenn danach nur Straftaten von erheblicher Bedeutung einen Nicht-Erteilungsgrund darstellen, kann eine vorher ergangene Ausweisung wegen einer geringfügigen Straftat nicht zu einem Erteilungsverbot für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III AufenthG führen. Die Vorschrift macht vielmehr klar, dass allenfalls schwerwiegende Straftaten im Sinne von § 53 AufenthG, möglicherweise auch noch von § 54 AufenthG zum Versagen einer Aufenthaltserlaubnis führen. Da es ein Wertungswiderspruch wäre, wenn Straftaten von nicht erheblicher Bedeutung bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 IIIb AufenthG unschädlich sind, gleichgewichtige Ausweisungsgründe nach § 55 II Nr. 1 und Nr. 3 - 8 AufenthG hingegen schädlich, folgt hieraus weiter, dass auch andere, vergleichbar geringfügige Ausweisungsgründe unbeachtlich sein müssen. Es wäre nicht einzusehen, wenn etwa ein Verstoß „gegen eine für die Ausübung der Gewerbsunzucht geltende Rechtsvorschrift“ gemäß § 55 II Nr. 3 AufenthG, der üblicherweise mit Geldbußen nach dem OWiG geahndet wird und zu einer Ausweisung geführt hat, der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III AufenthG entgegenstehen sollte, während eine ähnliche Verurteilung nach dem StGB zu einer Strafe unbeachtlich bliebe, weil sie den Schweregrad einer „Straftat von erheblicher Bedeutung“ nicht erlangt hat.

Aus § 25 IIIb AufenthG folgt meines Erachtens, dass Ausweisungen nach § 11 I AufenthG nur dann die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 III AufenthG verhindern können, wenn sie auf Straftaten von erheblicher Bedeutung gründen.

2.2.2.4 Allein der von mir dargelegte Argumentationsaufwand macht deutlich, in welchem Umfang die Vorschrift des § 25 III AufenthG einer restriktiven Auslegung zugänglich ist. Wenn man, wie die Anwendungshinweise, die Mitwirkungspflicht weit fasst und die Versagungsgründe oder Erteilungsverbote eng interpretiert, kann auch der Regelanspruch des § 25 III AufenthG weitgehend ausgehebelt werden. Die Folge wäre, dass Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 III AufenthG die Ausnahme blieben und die Betroffenen auf Duldungen nach § 60a AufenthG angewiesen wären. Kettenduldungen wären das unausweichliche Ergebnis einer solchen – nicht notwendigen aber möglichen – Verwaltungspraxis.

2.2.3 § 25 IV S. 1 AufenthG erlaubt im Ermessenswege die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bei einem vorübergehenden Aufenthalt. Die Voraussetzungen und die Einzelheiten dieser Vorschrift hat der Parallelbeitrag dargelegt.¹⁰ Hier genüge der Hinweis, dass diese Regelung weitgehend identisch mit der früheren Regelung von § 55 III 2. Hs. AuslG ist. Während aber nach dem alten Recht die Rechtsfolge nur die Erteilung einer Duldung war, ist nun – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen – eine Aufenthaltserlaubnis die vorgesehene Rechtsfolge. Eine liberale Verwaltungspraxis müsste bei derartigen humanitären Abschiebungshindernissen zur Verringerung der Duldungen und damit zur Verhinderung von Kettenduldungen führen. Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit der ausländerrechtlichen Praxis bin ich jedoch insoweit sehr skeptisch. Ich fürchte, dass manche Ausländerbehörden die Hürden für die Annahme dringender humanitärer oder persönlicher Gründe eher höher schrauben werden, um die bisherige Praxis zur Versagung von Aufenthaltserlaubnissen fortführen zu können. Gleichwohl: Das Gesetz gibt die Möglichkeit, in diesem Bereich die Kettenduldungen abzuschaffen.

2.2.4 § 25 IV 2 AufenthG enthält eine eigenständige Regelung, um bei Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Bezüglich der

¹⁰ Beitrag Rainer M. Hofmann ...

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

Einzelheiten verweise ich auch hier auf den Parallelbeitrag¹¹. Die Vorgängerregelung dieser Bestimmung war § 30 II AuslG. Sie führte bislang ein Schattendasein. Von der Möglichkeit, nach dieser Bestimmung eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen, wurde kaum Gebrauch gemacht. Setzt sich diese Praxis fort, wird es auch hier bei Kettenduldungen bleiben. Folgt die Verwaltung dem Willen des Gesetzgebers, Kettenduldungen abzuschaffen, kann § 25 IV 2 AufenthG eine Härtefallregelung darstellen, die viele Problemfälle löst und die Berufung auf die Ausnahmevorschrift des § 23a AufenthG – Anrufung einer Härtefallkommission – überflüssig macht.

2.2.5 Von größter Praxisrelevanz für die Fragestellung, ob das AufenthG künftig Kettenduldungen vermeiden wird, ist die Bestimmung des § 25 V AufenthG. Danach kann einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von § 11 I AufenthG, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.

2.2.5.1 Tatbestandsvoraussetzung ist also zunächst, dass die Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Wie schon oben dargelegt, wird nicht auf die Unmöglichkeit der Abschiebung, sondern auf die Unmöglichkeit der Ausreise abgestellt.

2.2.5.2 Aus rechtlichen Gründen ist eine Ausreise zunächst dann unmöglich, wenn rechtliche Abschiebungshindernisse bestehen. Rechtlich unmöglich ist die Ausreise dann, wenn Abschiebungshindernisse nach § 60 II - VII AufenthG vorliegen und nicht ausnahmsweise eine Ausreise in einen Drittstaat in Frage kommt. Hierzu verweise ich auf die obigen Ausführungen. Insoweit überschneidet sich der Anwendungsbereich des § 25 V AufenthG mit dem des § 25 III AufenthG. Da die Rechtsstellung nach § 25 III AufenthG insbesondere im Hinblick auf sozialrechtliche Folgen und den Familiennachzug deutlich besser ist¹², ist insoweit § 25 III AufenthG vorrangig.

Praxisbedeutung hat § 25 V AufenthG im Hinblick auf rechtliche Abschiebungshindernisse damit nur noch dann, wenn es sich um inlandsbezogene Abschiebungshindernisse, die vom Bundesamt nicht geprüft werden oder um grundrechtsunmittelbare Abschiebungshindernisse, etwa aus Art. 6 GG (Schutz der Ehe und Familie), handelt. Nach der bisherigen Praxis dürften die Hauptanwendungsfälle mithin die Fallkonstellationen sein, in denen eine Abschiebung nicht in Frage kommt, weil anlässlich der Abschiebung Suizidalität droht, eine erforderliche Behandlung in Deutschland abgeschlossen werden muss oder sonstige inlandsbezogene, verfassungsunmittelbare Abschiebungshindernisse bestehen. Relevant ist eine Verletzung von Art. 1 I GG, Art. 2 I GG und von Art. 6 GG. Da jedoch, wie schon dargelegt, die Rüge einer Verletzung von Art. 8 EMRK zur Anwendung von § 25 III AufenthG und damit zu besseren Rechtsfolgen führt, dürfte das Abschiebungshindernis aus Art. 6 GG nur noch von geringer Praxisrelevanz sein.

Auch die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der alle staatliche Gewalt bindet, sofern sie subjektive Rechte des Bürgers in irgendeiner Weise beeinträchtigt, kann zur Anwendung von § 25 V AufenthG führen. Hierauf weisen die Vollzugshinweise des Innenministeriums von Rheinland-Pfalz zu §§ 25 und 26 AufenthG¹³ zutreffend hin. Dort ist ausdrücklich bestimmt, dass die Überführung von langfristigen Duldungsinhabern in ein Bleiberecht nach § 25 V AufenthG insbesondere bei solchen Fallgestaltungen in Betracht kommt, „bei denen eine zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht mehr als verhältnismäßig angesehen

¹¹ Beitrag Rainer M. Hofmann ...

¹² Nach § 29 III S. 2 wird in den Fällen des § 25 IV und V ein Familiennachzug nicht gewährt – ich halte dies für verfassungswidrig;

¹³ Schreibens des Ministeriums des Inneren und für Sport des Landes Rheinland-Pfalz vom 17.12.04 an die Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion Trier

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

werden kann“. Als Beispielfälle sind genannt besonders gelagerte Problemfälle, bei denen die Ausländerbehörde bereits über einen längeren Zeitraum erkennbar von der Durchsetzung der Ausreisepflicht abgesehen hat und keine Änderung der maßgeblichen Umstände zu erwarten ist, bei Fallgestaltungen, bei denen durch eine lange Verfahrensdauer, die vom Ausländer nicht zu vertreten ist, ein langjähriger Aufenthalt und eine vollständige Integration eingetreten sind und schließlich die Fallkonstellation, dass „der Ausländer aufgrund seiner gesamten Entwicklung faktisch zu einem Inländer geworden ist und ihm wegen der Besonderheiten des Falles ein Leben im Staat seiner Staatsangehörigkeit, zu dem er keinen Bezug hat, nicht zuzumuten ist“.

2.2.5.3 Als Beispiele für tatsächliche Ausreisehindernisse benennen die Vorläufigen Anwendungshinweise „Fälle der Reiseunfähigkeit, unverschuldete Passlosigkeit und unterbrochene oder fehlende Verkehrsverbindungen“ (Nr. 25.4.1.4).

Schon diese Beispielfälle machen deutlich, dass der Begriff der „tatsächlichen“ Ausreisehindernisse nicht eng ausgelegt werden darf. Denn auch dann, wenn jemand reiseunfähig ist, ist seine Ausreise aus objektiver Sicht nicht unmöglich. Tagtäglich nämlich werden kranke und bewusstlose deutsche Touristen mithilfe des ADAC ins Bundesgebiet verbracht. Bei einer strengen Wortinterpretation sind sie (mithilfe Dritter) reisefähig. Das Beispiel macht deutlich, dass der Begriff der Reiseunfähigkeit nicht objektiv ist, sondern einer Auslegung bedarf. Der Regelungszweck der Norm ist, demjenigen eine Aufenthaltserlaubnis zu verweigern, der die zumutbare Möglichkeit hat, ein bestehendes Ausreisehindernis zu beseitigen, dies aber nicht tut. Entscheidend ist daher, ob die Ausreisemöglichkeit von zumutbaren Voraussetzungen abhängt. Die Gesetzesbegründung formuliert dementsprechend auch, dass bei der Frage, ob eine Ausreisemöglichkeit besteht, „auch die subjektive Möglichkeit – und damit implizit auch die Zumutbarkeit – der Ausreise zu prüfen“¹⁴ ist. Die Frage der Zumutbarkeit ist damit das entscheidende Kriterium. Zumutbar ist eine freiwillige Ausreise dann, wenn der Ausländer auf legalem Wege und ohne finanzielle Sonderopfer in den Zielstaat gelangen kann. Wenn beispielsweise Bestechungsgelder gezahlt werden müssen, um einen Heimatpass oder ein Transitvisum zu erhalten, liegt ein Fall der Unzumutbarkeit vor. Gleiches gilt, wenn ein Pass oder Passersatzpapiere nur um den Preis der Gefährdung von Familienangehörigen im Heimatstaat erlangt werden können. Zumutbar sind andererseits das wahrheitsgemäße Ausfüllen von Formularen und die Beantwortung von Fragen, um auf diese Weise zu einem Pass oder zu Heimreisedokumenten zu gelangen. Zumutbar ist es auch, den Ausländer auf eine bestimmte Reisemöglichkeit zu verweisen, etwa auf den Landweg, wenn keine Flugverbindungen bestehen. Wenn jedoch die erforderlichen Papiere nicht erlangt werden können, ist auch dieser Weg unzumutbar. Hat beispielsweise ein Staat generell erklärt, dass er eine bestimmte Personengruppe nicht mehr zurücknimmt, oder dass er Angehörigen eines bestimmten Staates kein Transitvisum erteilt, ist das Verlangen, sich gleichwohl Heimreisedokumente oder auch ein Transitvisum zu besorgen, selbst dann unzumutbar, wenn die Ausländerbehörde vortragen kann, dass im Einzelfall trotz der generellen Erklärung entsprechende Papiere ausgestellt wurden. Denn die Tatsache, dass der Staat oder einzelne seiner Beamten Regeln übertreten, beseitigt nicht die Regel als solche. Diese aber belegt dann die Unzumutbarkeit eines weiteren Bemühens und damit die Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise. Zumindest tritt in diesem Falle eine Umkehr der Beweislast ein: Die Ausländerbehörde hat zu beweisen, dass der konkreten Person entgegen der öffentlichen Erklärungen des Transitstaats oder des Heimatstaates das begehrte Papiere ausnahmsweise ausgestellt werden wird.

Ist aber die Zumutbarkeit das entscheidende Kriterium, folgt hieraus, dass im Regelfalle eine freiwillige Ausreise dann unzumutbar und damit unmöglich im Rechtssinne ist, wenn Abschiebungshindernisse vorliegen. Den Ausnahmefall hat die Ausländerbehörde darzulegen und im Zweifel auch zu beweisen.

¹⁴ BTDs. 15/420, S. 80

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

2.2.5.4 § 25 V 2 AufenthG enthält die Bestimmung, dass die Aufenthaltserlaubnis dann erteilt werden soll, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Im Gegensatz zu Satz 1 wird hier nicht auf die Unmöglichkeit der Ausreise abgestellt, sondern auf die Unmöglichkeit der Abschiebung seit 18 Monaten.

Dies ist meines Erachtens für die Auslegung von entscheidendem Gewicht. Die Bestimmung des Satzes 2 wurde erst am Ende des Vermittlungsverfahrens nachträglich eingefügt. Gerade diese Bestimmung sollte dazu dienen, Kettenduldungen zu vermeiden; bewusst wurde deshalb, in einer gewissen Entsprechung zu § 30 IV AuslG, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zuließ, wenn ein Ausländer „seit mindestens 2 Jahren unanfechtbar ausreisepflichtig“ war, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis dann vorgesehen, wenn die **Abschiebung** (und nicht die Ausreise!) seit 18 Monaten ausgesetzt ist.

Die Differenzierung zwischen Satz 1, der auf die Ausreiseverpflichtung abstellt, zu Satz 2, der auf die Unmöglichkeit der Abschiebung abstellt, ist vom Gesetzgeber gewollt und nicht zufällig. Er wollte damit bewusst im Interesse der Vermeidung von Kettenduldungen eine Aufenthaltserlaubnis ermöglichen, auch wenn die Voraussetzungen des Satzes 1 nicht vorliegen. Mit anderen Worten: Satz 2 hat, entsprechend der früheren Vorschrift des § 30 IV AuslG, den Inhalt, dass selbst dann, wenn eine freiwillige Ausreise möglich ist, spätestens nach 18 Monaten eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll, wenn und weil die Abschiebung dauerhaft scheiterte. Der Konfliktfall, dass eine Aufenthaltserlaubnis nach Satz 1 an der vorhandenen Ausreisemöglichkeit scheitert, gleichwohl aber eine Abschiebung längere Zeit unmöglich ist, ist durch Satz 2 zugunsten des Ausländers gelöst. Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, dann, wenn der Staat über einen Zeitraum von 18 Monaten vergeblich versucht hat, den Ausländer abzuschieben, ihm einen legalen Aufenthalt im Interesse der Vermeidung von Kettenduldungen einzuräumen.

Die Regelung des Satzes 3, wonach eine Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden darf, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist, greift damit für die Fallkonstellation des Satzes 2 nicht ein. Dies ergibt sich aus dem historischen Kontext. Satz 3 bezog sich ursprünglich auf Satz 1 (weil Satz 2 fehlte). Weiter bliebe für die Anordnung des Satzes 2, wonach eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll, wenn die **Abschiebung** seit 18 Monaten ausgesetzt ist, kein relevanter Anwendungsbereich übrig, wenn die Voraussetzung des Satzes 1 daneben vorliegen müsste. Die Vorläufigen Anwendungshinweise des BMI widersprechen der hier vorgenommenen Auslegung, sind aber nicht eindeutig. Einerseits halten sie in Nr. 25.5.2 fest, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 des § 25 V AufenthG vorliegen müssen (es also auf die Möglichkeit einer freiwilligen Ausreise ankommt), andererseits verweisen sie darauf, dass die Regelung auch bei Altfällen, bei denen die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt worden ist, Anwendung findet, was darauf hindeutet, dass es auf die freiwillige Ausreisemöglichkeit nicht entscheidend ankommt.

2.2.5.5 Nach § 25 V 3 AufenthG darf eine Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Satz 4 definiert, wann ein Verschulden vorliegt.

Es stellt sich die Frage nach der Funktion dieser Regelung. Sie kann dahingehend interpretiert werden, dass die Voraussetzungen des Satzes 1 weiter eingeschränkt werden, sie kann aber auch dahingehend verstanden werden, dass der Begriff der rechtlichen oder tatsächlichen Unmöglichkeit erläutert wird. Bei der ersteren Interpretation würde der Anwendungsbereich – insbesondere, wenn man beim Begriff der Unmöglichkeit die Zumutbarkeit der Ausreise nicht berücksichtigt – weiter eingengt, die zweite Interpretation würde über das Kriterium der Schuld, die Vorwerfbarkeit impliziert, das Zumutbarkeitskriterium einführen oder bekräftigen. Für die letzte Interpretation spricht die

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30. Januar 2005 Stuttgart-Hohenheim

personale Formulierung („der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist“), die im Gegensatz zu dem sachlichen Begriff einer „Unmöglichkeit der Ausreise“ steht.

2.2.5.6 Legt man die in § 25 V AufenthG verwendeten Begriffe der Unmöglichkeit der Ausreise und des Verschuldens in diesem Sinne aus und berücksichtigt man den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – bei dem auch das Maß der Integration, die bisherige Aufenthaltsdauer, die Situation im potentiellen Zielstaat eine Rolle spielen – ermöglicht § 25 V AufenthG trotz der einschränkenden Klauseln die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auch an die so genannten Problemfälle und damit die Vermeidung von Kettenduldungen. Eine restriktive Auslegung des verwirrenden Normenkomplexes von § 25 V AufenthG führt zur Beibehaltung der bisherigen Praxis. Die Folge wird dann die Erteilung von Kettenduldungen sein.

3. Das Ergebnis ist mithin zwiespältig: Das geltende Gesetz ermöglicht – mehr als das alte AuslG – Kettenduldungen zu vermeiden. Erforderlich ist jedoch eine Auslegung der Normen im Sinne der gesetzgeberischen Absichten. Wird hingegen die bisherige Praxis fortgesetzt, werden nicht nur die Altfälle ungelöst bleiben, sondern neue Fälle von Kettenduldungen geschaffen. Um den wohl vorhandenen Willen, mit der bisherigen Praxis zu brechen, deutlich zu machen, ist nach wie vor eine Altfallregelung wünschenswert. Würde sich entweder der Gesetzgeber oder die Innenministerkonferenz dazu entschließen können, durch eine Altfallregelung die bisherigen, mehr als 200.000 Duldungsfälle großzügig zu regeln, hätte dies Signalwirkung. Hierdurch würde ein Zeichen gesetzt, dass der Gesetzgeber seine Absicht, Kettenduldungen zu beseitigen, ernst nimmt. Gleichzeitig wären viele Problemfälle gelöst.