

Die Erteilung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels in Härtefällen und aus humanitären Gründen

Ralph Göbel-Zimmerman

1. Vorbemerkung

Mit dem Aufenthaltsgesetz wurde der Aufenthalt aus humanitären Gründen neu geregelt und systematisiert. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers ist es, mit der gesetzlichen Regelung des § 25 AufenthG dem Missbrauch der „Duldung als „zweitklassiger Aufenthaltstitel“ durch die Ausländerbehörden entgegenzusteuern und in Zukunft sog. „Kettenduldungen“ zu verhindern.¹ So saßen viele Ausreisepflichtige und ihre Familien, deren Abschiebung durch die Duldung lediglich ausgesetzt war, oftmals jahrelang ohne sicheren Rechtsstatus quasi auf „gepackten Koffern“. Mit dem Damoklesschwert der jederzeitigen Abschiebung über dem Kopf, war eine normale Lebensplanung in der Regel unmöglich. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll im Aufenthaltsgesetz in Zukunft stärker zwischen denjenigen differenziert werden, die schutzbedürftig sind, weil ihnen die Ausreise unmöglich ist, und denjenigen, die zumutbare Mitwirkungshandlungen zur Beseitigung des Ausreisehindernisses unterlassen. Auf Vorschlag des Vermittlungsausschusses wurde mit § 60a Abs. 2 AufenthG eine eigenständige Regelung für die Aussetzung der Abschiebung, beschränkt auf Fälle der tatsächlichen und rechtlichen Unmöglichkeit der Abschiebung, eingefügt. Der bisher in den §§ 55, 56 und 56a AuslG 1990 verwandte Begriff „Duldung“ wird allerdings nur in der Überschrift verwandt. Die bisherige Regelung der Ermessensduldung nach § 55 Abs. 3 AufenthG wurde nicht übernommen. An deren Stelle sind die Bestimmungen zur Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 4 AufenthG getreten.²

Wie viele der zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des AufenthG schätzungsweise 227.000 Geduldeten werden zukünftig mit einem Aufenthaltstitel „beglückt“ und wer wird auf seiner Duldung „sitzen bleiben“? Werden einige in Zukunft „leer ausgehen“. Werden die neuen Instrumente zur Legalisierung des Aufenthalts aus humanitären Gründen und in besonderen Härtefällen nach § 23a und § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG der Intension des Gesetzgebers gerecht? Werden sie zugunsten der Betroffenen genutzt? Welche Fallstricke sind ausgelegt? Was tut die Ministerialbürokratie, um eine großzügige Handhabung der Regelungen durch die Ausländerbehörden bereits im Keim zu ersticken?

2. Verhältnis zwischen dem Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG und einer Aufenthaltsgewährung in Härtefällen nach § 23a AufenthG

¹ So auch die amtl. Begr., BT-Drs. 15/420, S.80; nach Aussage des Abg. *Dieter Wiefelspütz*, innenpolitischer Sprecher der SPD-Bundestagsfraktion, „ auf den diesjährigen Hohenheimer Tagen des Ausländerrechts am 28.-30.01.2005 habe unter allen Verhandlungspartnern des Zuwanderungskompromisses Einigkeit bestanden, das Problem der Kettenduldungen zu bewältigen.

² Vgl. *Funke-Kaiser*, GK-AufenthG, § 60 a Rdnr. 1-3.

Zuwanderungsrecht: Vom Provisorium zur Einwanderung?

20 Jahre Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht

28.-30.

Januar

2005

Stuttgart-Hohenheim

Die oberste Landesbehörde oder eine andere durch sie bestimmte Stelle darf auf Ersuchen einer *Härtefallkommission* anordnen, dass auch einem vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer in besonderen Härtefällen unabhängig von den Voraussetzungen des AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt oder verlängert wird. Damit wird erstmals eine eigene Rechtsgrundlage für eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund des Ersuchens einer Härtefallkommission normiert. Die Anwendbarkeit der Vorschrift setzt voraus, dass die jeweilige Landesregierung durch Rechtsverordnung die in § 23a Abs. 1 AufenthG genannte Stelle als Härtefallkommission bestimmt hat. Hierzu sind die Landesregierungen durch § 23a Abs. 2 AufenthG ermächtigt, aber nicht verpflichtet. Härtefallkommissionen wurden bislang eingerichtet durch entsprechende Rechtsverordnungen der Landesregierungen in Berlin, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen³, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein, Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern.⁴ Die „Petitionsausschusslösung“ wurde gewählt in Hamburg, Hessen und Niedersachsen.⁵ Verordnungsentwürfe liegen vor in Baden-Württemberg und Sachsen.⁶ Noch keine Entscheidung wurde getroffen in Bayern, Bremen und Sachsen.⁷ Es ist nur schwer zu prognostizieren, wie viele vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer von der Einrichtung der Härtefallkommissionen profitieren werden. Dies dürfte entscheidend davon abhängen, wie viele Fälle von den Kommissionen, die nur im Wege der Selbstbefassung – überwiegend auf Antrag eines Mitglieds – tätig werden können, überhaupt zur Beratung angenommen werden, welche mehr oder weniger strengen formellen (etwa Mindestquorum, Einrichtung eines Vorprüfungsausschusses etc.) oder materiellen Voraussetzungen an die Annahme eines Härtefalles geknüpft werden bzw. welche Ausschluss- bzw. Versagungsgründe⁸ vorgesehen sind und wie willig die Landesinnenministerien sein werden, dem Ersuchen der jeweiligen Härtefallkommission Folge zu leisten.

Sowohl § 23a Abs. 2 Satz 3, als auch § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG setzen die Feststellung voraus, dass *dringende humanitäre oder persönliche Gründe* die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen bzw. erfordern. § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ist aber von den Ausländerbehörden vorrangig zu prüfen und wird darüber hinaus besonders relevant in Ländern, in denen noch keine Härtefallkommissionen eingerichtet wurden. Hier könnte eine großzügige Anwendung des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG die schlimmsten Härten lindern. Die Arbeit einer Härtefallkommission kann und sollte eine Anwendung des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG aber nicht ersetzen. Ansonsten könnte die Gefahr bestehen, dass es sich die Ausländerbehörden zu leicht machen und die Betroffenen „kurzer Hand“ auf die jeweilige Härtefallkommission verweisen. Zudem hat § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG von vornherein einen weiteren Anwendungsbereich. Danach ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zusätzlich bei Vorliegen *eines erheblichen öffentlichen Interesses* möglich. § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG gewährt zudem dem Betroffenen einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung, knüpft nicht an das Vorhandensein einer

³ Zur Arbeit der Härtefallkommission Nordrhein-Westfalen, *Weber*, ZAR 2005,203.

⁴ Berlin VO v. 29.10.2004, Brandenburg VO v. 21.12.2004, Nordrhein-Westfalen VO v. 20.12.2004, Rh.-Pf. VO v. 14.12.2004, Saarland VO v. 25.11.2004, Sachsen-Anhalt VO v. 9.3.2005, Schleswig-Holstein VO v. 13.1.2005, Thüringen VO v. 21.12.2004, MV VO v. 23.11.2004.

⁵ Hamburg VO v. 11.1.2005, Hessen VO v. 22.2.2005, Nds. ErlLMI v. 17.11.2004.

⁶ Baden-Württemberg VO-Entwurf v. 8.3.2005, Sachsen VO-Entwurf v. 10.6.2005.

⁷ Vgl. die aktuelle Übersicht sämtlicher HFK von a.i. (Stand: 7.7.2005), *asyl-info* 7-8/2005, S. 20 ff.

⁸ Z.B. Aufenthalt entgegen einem Einreise- oder Aufenthaltsverbot, keine zielstaatsbezogenen Gründe, Ausreishindernisse selbst verschuldet, nicht zur Fahndung ausgeschrieben, keine Änderung der Sach- und Rechtslage, Termin für Rückführung steht fest, nicht vollziehbar ausreisepflichtig, keine Änderung der Sach- und Rechtslage, Ausweisung gem. §§ 53, 54 AufenthG bzw. bereits bei einer Verurteilung zu 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagesätzen in den letzten 3 Jahren oder Versagungsgrund des § 5 Abs. 4 AufenthG, wiederholter oder gröblicher Verstoß gegen Mitwirkungspflichten oder Aufenthaltsbeendigung vorsätzlich hinausgezögert oder behindert oder Täuschung über aufenthaltsrechtlich bedeutsame Umstände, Abschiebungstermin angekündigt oder Abschiebungshaft angeordnet.

Verpflichtungserklärung an, kann nicht generell ausgeschlossen werden, wenn der Ausländer Straftaten von erheblichem Gewicht begangen hat, und eröffnet eindeutig den Rechtsweg gegen eine ablehnende Entscheidung. Vorbildlich ist hier der Erlass von Rheinland-Pfalz vom 17.12.2004⁹, in dem unter Ziffer 4 bestimmt ist, dass "zuvor von den Ausländerbehörden sorgfältig zu prüfen ist, ob im Ermessenswege selbst ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen, insbesondere nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AufenthG, erteilt werden kann".

Problematisch ist auch der irreführende Hinweis des BMI unter Nr. 23a 0 der vorläufigen Anwendungshinweise des BMI -VAH-¹⁰, dass § 25 Abs. 4 AufenthG nur für Ausländer gelten soll, die *nicht vollziehbar* ausreisepflichtig sind (siehe unter 3.).

Der rheinland-pfälzische Erlass vom 17.12.2004 weist zu Recht darauf hin, dass der Wortlaut des § 23a AufenthG nichts für die Annahme einer Subsidiarität dieser Vorschrift gegenüber anderen Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes hergibt. Im Gegenteil ist es nach dem Wortlaut gerade unerheblich, ob der Ausländer die Ausreisepflicht auch ohne die Anwendung der Härtefallregelung abwenden könnte, solange er nur in dem Zeitpunkt, in dem er sich an eine Härtefallkommission wendet, vollziehbar ausreisepflichtig ist. Eine andere Frage ist allerdings, ob in solchen Fällen ein Härtefall vorliegen wird.

Ausschließlich auf den Gesetzeswortlaut fixiert bestimmt Nr. 23a 1.3. VAH, dass nur von den im AufenthG festgelegten allgemeinen *Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen* für einen Aufenthaltstitel abgewichen werden könnte, nicht aber von *Versagungsgründen* nach § 5 Abs. 4 AufenthG oder *Erteilungsverboten* nach § 10 Abs. 3 Satz 2, § 11 Abs. 1 oder § 29 Abs. 3 AufenthG. Eine Anwendung der im Aufenthaltsgesetz enthaltenen *Versagungs- oder Ausschlussgründe* ist zwar *nach dem Wortlaut* des § 23a Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht ausgeschlossen. Doch sind Versagungs- und Ausschlussgründe stets auch negative Erteilungs-voraussetzungen (dies zeigt z.B. § 5 Abs. 4 AufenthG) und stehen somit der Anwendung des § 23a AufenthG nicht im Wege. Nach § 10 Abs. 3 AufenthG wären alle ehemaligen Asylbewerber, die gem. § 30 Abs. 3 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden sind, generell von der Härtefallregelung ausgeschlossen. Auch dass die Anwendung der Härtefallregelung in den Fällen § 11 Abs.1 AufenthG - also wenn ein Ausländer ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist - ausgeschlossen sein soll, ist nicht gerechtfertigt. Ein Ausschluss von der Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist in § 23a Abs. 1 Satz 3 AufenthG „in der Regel“ z.B. im Falle der Begehung *erheblicher Straftaten* (wohl sog. Katalogstraftaten z.B. nach § 100a StPO) vorgesehen. Diese Klarstellung wäre jedoch entbehrlich gewesen, wenn z.B. bereits jeder Ausweisungsgrund zum Ausschluss von der Härtefallregelung ausreichen würde. Die Einschränkung in den VAH widerspricht auch dem Sinn und Zweck des Verfahrens. So hebt der rheinland-pfälzische Erlass ausdrücklich hervor, dass die Bedeutung der Aufenthaltsgewährung nach § 23a AufenthG gerade darin liegt, dass auch besonders gelagerte Fallgestaltungen gelöst werden können, bei denen die Ausländerbehörden aus rechtlichen Gründen (z.B. wegen *den §§ 8, 10 oder 11* AufenthG) gehindert sind, selbst ein Bleiberecht aus humanitären Gründen zu erteilen.

Problematisch ist, dass nach den Vorläufigen Anwendungshinweisen der Ausschluss vom Familiennachzug nach § 29 Abs. 3 AufenthG auf die Härtefälle übertragen werden soll.¹¹ Die Vorschrift des § 23a AufenthG wird in § 29 Abs. 3 AufenthG aber gerade nicht zitiert.

⁹ Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums v. 17.12.2004 zum Vollzug des Aufenthaltsgesetzes –Az.: 19 300-7.3160-.

¹⁰ Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz/EU (Stand: 22.12.2004).

¹¹ Nr. 23a.1.3 VAH.

3. Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG

3.1 Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG

§ 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen. Bislang konnte nach § 30 Abs. 2 AuslG 1990 nur einem Ausländer, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhielt, lediglich aus dringenden humanitären Gründen unter weiteren einschränkenden Voraussetzungen eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden. In den sonstigen nunmehr in § 25 Abs. 4 AufenthG genannten Fällen (persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen) konnte lediglich eine Duldung nach § 55 Abs. 3 AuslG 1990 erteilt werden. Diese kam nur in Betracht, wenn noch nicht rechtskräftig über die Zulässigkeit der Abschiebung entschieden worden war. Auch sind die Sperren des § 30 Abs. 5 AuslG 1990 und des § 55 Abs. 4 AuslG 1990 entfallen, so dass nunmehr auch abgelehnte Asylbewerber in den Genuss eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen kommen können.

Mit einer großzügigen Anwendung des § 25 Abs. 4 AufenthG könnte dem Missbrauch der Duldung als Ersatzaufenthaltstitel und dem Unwesen der jahrelanger Kettenduldungen entgegengewirkt werden. In zahlreichen Härtefällen könnte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt – sei es aus Anlass einer Krankheit oder Schwangerschaft, zum Zwecke des Abschlusses eines Schuljahres, einer Berufsausbildung, der Entscheidung über eine Petition oder einen Antrag nach § 23a AufenthG – in Betracht kommen und somit eine generelle Altfall- bzw. Bleiberechtsregelung entbehrlich werden.

Eine generöse Handhabung der Vorschrift wird zusätzlich durch die VAH des BMI bereits im Keim erstickt. So findet sich unter Nr. 25.4.1.1 VAH der Anwendungshinweis, dass in Fällen, in denen der Ausländer *vollziehbar* ausreisepflichtig ist, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur in Härtefällen nach § 23a oder nach § 25 Abs. 5 AufenthG in Betracht kommen soll. Dies entspricht auch der nordrhein-westfälischen Erlasslage¹². Da die meisten der bislang Geduldeten in der Regel *vollziehbar ausreisepflichtig* sind, würde der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG bei dieser Auslegung gegen Null tendieren.

Die restriktive Interpretation soll sich nach Ansicht des BMI daraus ergeben, dass es sich bei § 23a und § 25 Abs. 5 AufenthG um Spezialbestimmungen handele, die ausdrücklich nur auf *vollziehbar* ausreisepflichtige Ausländer anzuwenden seien. Mit diesen Vorschriften habe der Gesetzgeber für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer spezielle und insoweit auch abschließende Regelungen treffen wollen.¹³

Gegen diese Auslegung dürfte bereits der Wortlaut sprechen, wonach gerade dies negativen Tatbestandsmerkmale der vollziehbaren Ausreisepflicht fehlen.¹⁴ Auch ergibt sich dies im Umkehrschluss aus § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG. Dort ist ausdrücklich eine zusätzliche Möglichkeit der Aufenthaltsverlängerung für Fälle vorgesehen, in denen bereits ein rechtmäßiger Aufenthalt besteht. Auch regelt § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG lediglich einen vorübergehenden Aufenthalt zu seiner Natur nach vorübergehendem Zweck und verfolgt damit eine andere Zielrichtung als § 25 Abs. 5 AufenthG.¹⁵ Dagegen

¹² Siehe auch Erlass des Innenministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen vom 28.02.2005 – AZ.: 15-39.05.01-2-.

¹³ So der Erlass des IM Nordrhein-Westfalen, Fn. 12.

¹⁴ So auch *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (358).

¹⁵ So VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 6.4.2005 –11 S 2729/04-, juris.

spricht auch, dass nach der amtlichen Begründung¹⁶ die Möglichkeit zur Gewährung einer Aufenthaltserlaubnis für Personen eröffnet werden soll, deren Abschiebung bislang nach § 55 Abs. 3 AuslG 1990 ausgesetzt werden konnte. Diese Vorschrift setzte aber voraus, dass der Ausländer *vollziehbar* ausreisepflichtig war. Eine entsprechende Möglichkeit der Duldung nach Ermessen ist allerdings in § 60a AufenthG nicht mehr vorgesehen. Insoweit dürfte für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer, insbesondere bei einer sich abzeichnenden restriktiven Praxis der Härtefallkommissionen, eine Schutzlücke entstehen. Auch in § 30 Abs. 2 AuslG 1990 wurde *ausdrücklich* ein *rechtmäßiger* Aufenthalt vorausgesetzt. Deshalb wird in dem rheinland-pfälzischen Erlass auch zu Recht darauf hingewiesen, dass durch die Vorschrift auch Personen die Aufenthaltsgewährung ermöglicht werden soll, „*die sich nicht rechtmäßig in Deutschland aufhalten*“.¹⁷ Auch das Niedersächsische Innenministerium vertritt diese Ansicht. So bestimmt Ziffer 25.4.1.0 der Vorläufigen Niedersächsischen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 31.3.2005: "Absatz 4 Satz 1 ermöglicht erstmals die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt auch an Ausländer, die sich nicht rechtmäßig in Deutschland aufhalten. Die Regelung gilt auch für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer, weil sie keine dahingehende Einschränkung enthält und auch in Absatz 5 keine dem § 55 Abs. 4 AuslG entsprechende Einschränkung („nur“) aufgenommen worden ist. Im Vermittlungsverfahren ist auf die beantragte Einführung der Wörter „der noch nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist“ in § 25 Abs. 4 Satz 1 verzichtet werden. Auch beziehen sich sowohl § 25 Abs. 5 als auch § 23a, die beide das Aufenthaltsrecht vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer regeln, nicht wie § 25 Abs. 4 Satz 1 auf einen lediglich vorübergehenden Aufenthalt". Mit dieser Begründung hat das OVG Niedersachsen die Norm auch auf einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer angewendet.¹⁸

Bei einer anderen Auslegung der Norm könnten die Betroffenen zukünftig weder eine Duldung, noch eine Aufenthaltserlaubnis bekommen und würden damit schlechter, als nach der alten Rechtslage gestellt werden. Dieses Ergebnis dürfte nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.

Eine Aufenthaltserlaubnis kann nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zum *vorübergehenden* Aufenthalt erteilt werden, *solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen* vorliegen.

Nach Nr. 25.4.1.2 VAH soll bei der Prüfung, ob *humanitäre Gründe* vorliegen, „auf die individuell-konkreten Umstände des Einzelfalles“ abgestellt werden. Nicht berücksichtigt werden könne damit insbesondere die Unmöglichkeit, im Ausland eine zur Bestreitung des Lebensunterhaltes erforderliche Arbeit zu finden. Der Ausländer müsse sich vielmehr aufgrund besonderer Umstände in einer auf seine Person bezogenen Sondersituation befinden, die sich deutlich von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet. Diese, wortwörtlich der Verwaltungsvorschrift zu § 30 Abs. 2 AuslG 1990 übernommene Formulierung¹⁹ könnte entgegengehalten werden, dass nach dieser Vorschrift die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis „aus dringenden humanitären Gründen“ zusätzlich voraussetzte, dass „aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine besondere Härte bedeuten würde“. Eine entsprechende Einschränkung findet sich indessen nur in § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG. Es ist somit fraglich, ob der Anwendungsbereich der humanitären Gründe nur auf besondere Einzelfälle reduziert werden kann und die allgemeinen Verhältnisse im Herkunftsland, wie z.B. Katastrophen-, Kriegs- oder Bürgerkriegsverhältnisse, nur im Rahmen der §§ 23 und 24 AufenthG zu berücksichtigen sind oder zu einer Duldung aufgrund eines Abschiebungsstopps nach § 60a Abs. 1 AufenthG führen können.

¹⁶ BT-Drs. 15/420, S. 79 f. zu Abs. 4 Satz 1.

¹⁷ Ziffer 3.2 des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004.

¹⁸ Beschluss vom 27.6.2005 -11 ME 96/05 -.

¹⁹ Nr. 30.2.4 AuslG-VwV.

Dringende *persönliche Gründe* sind u.a. die Durchführung einer Operation oder Abschluss einer ärztlichen Behandlung, die im Herkunftsland mangels personeller oder technischer Mittel nicht oder nicht in ausreichendem Maße durchgeführt werden kann, die *vorübergehende* Betreuung eines schwer kranken Familienangehörigen, der Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung oder eine unmittelbar bevorstehende Heirat mit einem Deutschen oder einem Ausländer, der einen Aufenthaltstitel besitzt²⁰. Daneben dürften dringende humanitäre oder persönliche Gründe unter Umständen auch bei Krankheit oder Schwangerschaft, beim Abschluss eines sonstigen Schuljahres, wenn dieses nur noch wenige Wochen dauert²¹, bei einer unmittelbar bevorstehenden Heirat mit einem Deutschen oder einem Ausländer mit einem Aufenthaltstitel²² oder zum Zwecke der Entscheidung über eine Petition vorliegen.

Im Gegensatz zu § 30 Abs. 2 AuslG 1990 kann mangels einer entsprechenden Einschränkung auch die Dauer des bisherigen Aufenthaltes des Ausländers und seiner Familienangehörigen im Bundesgebiet als dringender humanitärer Grund angesehen werden.

Ein erhebliches öffentliches Interesse kann dann vorliegen, wenn der Ausländer als Zeuge in einem Strafverfahren oder einem sonstigen Gerichts- oder Verwaltungsverfahren benötigt wird oder mit den deutschen Behörden bei der Ermittlung von Straftaten vorübergehend zusammenarbeitet.²³

Bei den dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen muss es sich um Umstände handeln, die ihrer Natur nach zumindest einen *vorübergehenden Aufenthalt* erfordern. *Vorübergehend* bedeutet, dass Umstände vorliegen müssen, die nicht voraussichtlich einen längeren Aufenthalt erfordern. Vielmehr muss die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet nur zu einem temporären Zweck erforderlich sein. Soweit ein zeitlich nicht absehbarer Aufenthalt im Bundesgebiet angestrebt wird, kann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 2 Abs. 4 Satz 1 AufenthG nicht erteilt werden²⁴, es sei denn, der Ausländer macht daneben weitere Gründe geltend, die einen vorübergehenden Aufenthaltzweck erkennen lassen.²⁵ Der Anwendungshinweis Nr. 25.4.1.1 VAH stellt fest, dass über § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kein Daueraufenthalt eröffnet werden soll. Einige Ausländerbehörden verweigern deswegen die Aufenthaltserlaubnis, weil der Zweck des Aufenthalts nicht innerhalb kurzer Zeit erreicht werden kann und damit eigentlich ein Daueraufenthalt bezweckt werde. Dass kein Daueraufenthaltsrecht angestrebt werden darf, entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung zu dem entsprechenden Tatbestandsmerkmal in § 55 Abs. 3 AuslG 1990.²⁶ Auch der Erlass des Innenministeriums von NRW vom 28.2.2005 zielt in die gleiche Richtung. Danach soll § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG nicht anwendbar sein, „wenn von vornherein erkennbar nicht lediglich ein nur vorübergehender, sondern ein dauerhafter Verbleib im Bundesgebiet angestrebt wird.“ Dementsprechend könnte eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG nur derjenige erhalten, der z.B. einen nahen Angehörigen pflegen will, der an einer tödlichen Krankheit im Endstadium leidet. Kein Aufenthaltsrecht würde dagegen erhalten, wer einen Angehörigen mit einer schweren Krankheit pflegen will, deren Ende noch nicht absehbar ist, die Pflege aber dennoch vorübergehend notwendig ist. „Bei Altfällen oder Härtefällen kann indessen

²⁰ Vgl. auch amtl. Begr. BT-Drs. 15/420, S. 80 zu § 25 Abs. 5 und Nr. 25.4.1.3 VAH sowie Nr. 55.3.2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz –AuslG-VwV- v. 28.06.2000.

²¹ Nr. 55.3.2.5 AuslG-VwV.

²² Nr. 55.3.2.2 AuslG-VwV.

²³ Amtl. Begr. - BT-Drs. 15/420, S. 79 f. zu § 25 Abs. 4 und Nr. 25.4.1.4 VAH.

²⁴ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Fn. 14.

²⁵ Vgl. OVG Niedersachsen., Beschl. v. 27.6.2005 -11 ME 96/05-, InfAuslR 2005, 381; VG Koblenz, Urt. v. 24.1.2005 -3 K 3819/03.KO-, Juris.

²⁶ Vgl. u.a. BVerwG, InfAuslR 1995, 4.

nicht pauschal eingewandt werden, es werde ein Daueraufenthalt bezweckt, sondern es ist stets zu prüfen, ob einzelne Umstände vorliegen, die für sich betrachtet, einen zeitlich befristeten Aufenthalt erfordern.“²⁷

3.2 Ermessensausübung zugunsten der Betroffenen?

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG steht allerdings die Erteilung des Aufenthaltstitels noch im Ermessen der Ausländerbehörde. Besonders lobenswert ist insoweit der Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004, da hierin nicht die ansonsten überwiegend tendenziell zu Lasten der Betroffenen restriktive Sichtweise der Innenministerien dominiert: So findet sich darin der beachtenswerte Anwendungshinweis an die Ausländerbehörden, dass *bei der Ermessensausübung* die möglichen Spielräume unter besonderer Berücksichtigung integrationspolitischer und humanitärer Gesichtspunkte soweit vertretbar zugunsten des Ausländers genutzt werden sollen²⁸. Ein Beispiel das Schule machen sollte. Zum Ermessensgebrauch im Rahmen des § 25 Abs. 4 AufenthG heißt es:

„Im Rahmen der Ermessensausübung sind die privaten Belange des Ausländers gegenüber dem öffentlichen Interesse an einer Rückführung abzuwägen. Insbesondere ist dem Kindeswohl Rechnung zu tragen. Die privaten Belange des Ausländers überwiegen, wenn nach der erstmaligen Erteilung eines Bleiberechts bei Personen mit langjährigem Aufenthalt und bestehender Integration entweder eine Verlängerung nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG nahe liegt oder mit der Möglichkeit der Aufenthaltsverfestigung nach § 26 Abs. 4 i.V.m. § 102 Abs. 2 AufenthG gerechnet werden kann“²⁹.

Entsprechende Anwendungshinweise sucht man leider in den VAH des BMI vergeblich.

3.3 Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG

Gem. § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG besteht eine *eigenständige* Möglichkeit der Verlängerung eines rechtmäßigen Aufenthalts abweichend von den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 und 2 AufenthG und unabhängig von der Grundlage des ursprünglichen Aufenthaltstitels, wenn das Verlassen des Bundesgebiets *aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls* für den Ausländer eine *außergewöhnliche Härte* bedeuten würde.³⁰ Die Verlängerung ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen dem Ausländer zuvor eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG für einen vorübergehenden Aufenthalt erteilt wurde, da nach dem Wortlaut jede *Aufenthaltserlaubnis* verlängert werden kann. Eine *außergewöhnliche Härte* liegt entsprechend der bisherigen Rechtsprechung dann vor, wenn sich der Ausländer in einer individuellen Sondersituation befindet, aufgrund derer ihn die Aufenthaltsbeendigung nach Art und Schwere des Eingriffs wesentlich härter treffen würde als andere Ausländer, die nach denselben

²⁷ Ziffer 3.2. des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004.

²⁸ So Ziffer 2 des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004.

²⁹ Ziffer 3.2. des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004.

³⁰ Siehe auch die amtl. Begr. BT-Drs. 15/420, S. 80 und Nr. 25.4.2.1 VAH; Lüke, ZAR 2004, 397 (398); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 20.5.2005 -18 B 1207/04-, InfAuslR 2005, 380 (381).

Vorschriften ausreisepflichtig sind.³¹ Da es auf die *besonderen Umstände des Einzelfalles* ankommt, ist klargestellt, dass allein die durch anhaltende Bürgerkriegsauseinandersetzungen geprägten Verhältnisse nicht schlechthin als außergewöhnliche Härte angesehen werden können.³²

Die Regelung entspricht § 30 Abs. 2 Nr. 2 AuslG 1990, allerdings ohne die Einschränkung, dass die *Dauer des bisherigen Aufenthalts* nicht als Härtefallbegründend angesehen werden konnte, wenn der Ausländer nicht mit einem weiteren Aufenthalt rechnen durfte. Eine Verlängerung ist somit auch bei einer nur vorübergehend erteilten Aufenthaltserlaubnis nach § 24 Abs. 4 Satz 1 AufenthG oder § 25 Abs. 5 AufenthG möglich. Da die Verlängerung abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 AufenthG 1990 erfolgen kann, kommt es weder darauf an, ob die ursprünglichen Erteilungsvoraussetzungen weiterhin vorliegen, noch wegen des seiner Zweckbestimmung nach nur vorübergehenden Aufenthalts die Verlängerung ausgeschlossen wurde. Damit könnte auf Härtefälle sehr viel flexibler als bisher reagiert werden. Verzichtet wurde auch auf die noch in § 30 Abs. 5 AuslG 1990 vorhandene Einschränkungen für anfechtbar abgelehnte Asylbewerber, die in der Vergangenheit oft der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegenstand.

Zu begrüßen ist der Hinweis unter Nr. 25.4.2.2 VAH, dass die speziellen Härteregelnungen in anderen Vorschriften des AufenthG (§ 32 Abs. 4, § 36, § 37 Abs. 2 AufenthG) der Annahme einer außergewöhnlichen Härte dann nicht entgegen stehen, „wenn die Aufenthaltsbeendigung als regelmäßige Folge des Ablaufs bisheriger anderer Aufenthaltstitel unvertretbar wäre und dadurch konkret-individuelle Belange des Ausländers in erheblicher Weise beeinträchtigt würden“.³³

4. Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG

Eine Aufenthaltserlaubnis *kann* einem *vollziehbar ausreisepflichtigen* Ausländer nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG auch erteilt werden, wenn die *Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen* Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der *Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit* nicht zu rechnen ist. Nach der amtlichen Begründung³⁴ soll durch die Anwendung der Regelung sichergestellt werden, dass die Praxis der „Kettenduldungen“ beendet wird.

Entscheidend ist, ob das Ausreisehindernis nicht nur vorübergehender Natur ist, dass heißt nicht nur für einen kurzen überschaubaren Zeitraum besteht.³⁵ Im Zeitpunkt der Entscheidung ist somit zu prognostizieren, ob das Ausreisehindernis in absehbarer Zeit noch bestehen wird. Dies könnte dann nicht der Fall sein, wenn aufgrund der aktuellen politischen Entwicklung im Herkunftsstaat mit einem baldigen Wegfall eines

³¹ Vgl. zu § 30 Abs. 2 AuslG 1990 VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 3.11.1993 –11 S 881/93- und Hess.VGH, Beschl. v. 26.1.1994 –13 TH 1373/93-, InfAuslR 1994 –225 (229); OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 8.7.2004 -18 B 1144/04-, juris.

³² Vgl. Hess.VGH, Beschl. v. 26.1.1994 –13 TH 1373/93 -, InfAuslR 1994, 225 (229) zu § 30 Abs. 2 AuslG und Nr. 25.4.2.4 VAH.

³³ Bisher war umstritten, ob die allgemeine Härtefallregelung des § 32 Abs. 2 AuslG 1990 dann nicht zur Anwendung hätte kommen dürften, wenn dadurch die speziellen Härteregelnungen des Ausländergesetzes (vg. §§ 16 Abs. 2, 20 Abs. 4 Nr. 2, 22 AuslG 1990, jetzt § 37 Abs. 2, 32 Abs. 4, 36 AufenthG) unterlaufen worden wären.

³⁴ BT-Drs. 15/420 zu § 25 Abs. 6 AufenthG, S. 80.

³⁵ So auch Nr. 25.5.0 VAH.

Ausreishindernisses gerechnet werden kann oder im Fall der Passlosigkeit Rückübernahmeverhandlungen mit dem Herkunftsstaat aufgenommen worden sind.³⁶

Das Hessische Innenministerium hat in seinem Erlass vom 7.2.2005³⁷ bereits Eingangs „die Geschützte in Stellung gebracht.“ So werden die Ausländerbehörden unmissverständlich zur restriktiven Praxis angewiesen: „Entgegen anders lautender Hinweise handelt es sich nicht um eine verkappte Altfallregelung, sondern es geht darum, in Fällen der tatsächlichen Unmöglichkeit der Ausreise nicht nur eine Duldung erteilen zu können, sondern auch nach Satz 1 der Vorschrift zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis kommen zu können.“

Die Erlasslage der Länder der Länder weist auch hier eine enorme Bandbreite auf. So hebt der Erlass von Rheinland-Pfalz hervor, dass es Ziel des § 25 Abs. 5 AufenthG sei, „Kettenduldungen“ abzuschaffen und Personen, die unverschuldet an der Ausreise gehindert sind, in ein Bleiberecht zu überführen. Nach dem Willen des Gesetzgebers³⁸ soll ein *positiver Ermessensgebrauch* jedenfalls für Minderjährige und für seit längerem in Deutschland sich aufhaltende Ausländer geboten sein.

Bei der Ermessensentscheidung sind sämtliche individuellen und familiären Gründe gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Beendigung des Aufenthalts abzuwägen. Zugunsten des Ausländers ist die gesetzgeberische Intention, den Aufenthalt langjährig Geduldeter zu legalisieren und der Praxis der Kettenduldungen einen Riegel vorzuschieben, zu berücksichtigen.

Es reicht, dass der Ausländer *vollziehbar* ausreisepflichtig (vgl. § 50 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 2 AufenthG) ist. Es ist nicht mehr (wie bisher nach § 30 Abs. 3 AuslG 1990) erforderlich, dass der Ausländer auch *unanfechtbar* ausreisepflichtig ist.³⁹ Danach musste die Ausreisepflicht an einen Verwaltungsakt anknüpfen, weil nur dieser anfechtbar ist und daher auch unanfechtbar werden kann⁴⁰. Der Begriff der Ausreise umfasst sowohl die zwangsweise Rückführung als auch die freiwillige Rückkehr. *Kein* Ausreisehindernis liegt nach der amtlichen Begründung⁴¹ vor, wenn zwar eine Abschiebung nicht möglich ist, z.B. weil eine Begleitung durch Sicherheitsbeamte nicht durchführbar ist, eine freiwillige Ausreise aber möglich und zumutbar ist. Eine freiwillige Ausreise ist dann nicht möglich, wenn ihr dieselben rechtlichen oder humanitären Gründe entgegenstehen, die bereits zur Aussetzung der Abschiebung geführt haben. Ein in der Praxis weit verbreitetes Verständnis des Begriffs, das lediglich auf die technische Möglichkeit der Ausreise abstellt, findet in der Begründung des Aufenthaltsgesetzes keine Grundlage. Bei der Frage, ob eine Ausreisemöglichkeit besteht, ist nach dem Willen des Gesetzgebers auch die *subjektive* Möglichkeit und damit implizit auch die *Zumutbarkeit* der Ausreise zu prüfen⁴², da die Regelung ansonsten leer laufen würde. Theoretisch wäre eine freiwillige Ausreise fast immer *objektiv möglich*. Selbst bei Schwerkranken werden Krankentransporte z.B. durch Rettungsdienste aus dem Ausland durchgeführt. Zumutbar ist eine freiwillige Ausreise somit nur dann, wenn der Ausländer auf legalem Wege, mit vertretbarem Aufwand und ohne finanzielle Sonderopfer (auch nicht durch Zahlung von Bestechungsgeldern) in den Zielstaat gelangen kann.⁴³

³⁶ Siehe Nr. 25.5.1.5.

³⁷ Erlass des Hessischen Ministeriums des Innern und für Sport zur Anwendung von § 25 Abs. 5 AufenthG v. 7.2.2005 –Az.: II 423 d -.

³⁸ Vgl. BT-Drs. 15/420, S. 80 zu § 25 Abs. 6-E – jetzt § 25 Abs. 5 AufenthG-.

³⁹ Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 3.6.1997 –1 C 7.96-, InfAuslR 1997, 391 (393)..

⁴⁰ Vgl. BVerwGE 108, 21 (25) = NVwZ 1998, 664.

⁴¹ BT-Drs. 15/420, S. 80 zu § 25 AufenthG .

⁴² Amtl. Begr. BT-Drs. 15/420, S. 80 zu § 25 Abs. 4 und Nr. 25.5.1.2 bis 25.5.1.4 VAH; VG Saarland, Urt. v. 2.3.2005 –10 K 173/04-.

⁴³ So auch *Heinhold*, in: *Barwig/Davy (Hrsg.)*, Auf dem Weg zur Rechtsgleichheit, S. 209.

Anders sieht es die hessische Erlasslage, die den Begriff der Unmöglichkeit als objektives Tatbestandsmerkmal ohne subjektives Element versteht.

Der Hess.VGH hat dieser Ansicht bereits widersprochen und zu Recht unter Hinweis auf die amtliche Begründung entschieden, dass ein Ausreisehindernis im Sinne des § 25 Abs. 5 AufenthG auch vorliegen kann, wenn die Ausreise *subjektiv unmöglich* und damit *unzumutbar* ist.⁴⁴

Ein Ausreisehindernis kann etwa dann angenommen werden, wenn der Ausländer aufgrund seiner im Bundesgebiet bestehenden familiären oder sonstigen schützenswerten persönlichen Bindungen eine Ausreise nicht zumutbar ist⁴⁵ oder schwerwiegende krankheitsbedingte Gründe vorliegen.

Nach dem Erlass des Innenministeriums NRW sollen „z.B. lange Aufenthaltszeiten im Bundesgebiet, Gesichtspunkte „faktischer“ Integration aufgrund der Aufenthaltsdauer oder zielstaatsbezogene Gesichtspunkte, die im Rahmen des § 25 Abs. 3 i.V.m. § 60 Abs. 7 AufenthG zu berücksichtigen bzw. in einem vorangegangenen Asylverfahren mit Bindungswirkung für die Ausländerbehörden bereits durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zu prüfen gewesen seien, nicht berücksichtigt werden. *Rechtliche* Ausreisehindernisse sind alle rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen, wozu auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Teil des Rechtsstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 3 GG gehört (vgl. unten).

Rechtliche Ausreisehindernisse sind auch die von der Ausländerbehörde in eigener Entscheidungskompetenz zu prüfenden *inlandsbezogenen Abschiebungsverbote*, soweit diese nicht bereits durch die speziellere Norm des § 25 Abs. 3 AufenthG abgedeckt werden⁴⁶. Hinsichtlich einer schweren Krankheit wird dies durch die hessische Erlasslage in Frage gestellt, da das Hessische Innenministerium der Auffassung ist, dass diese „von § 60 Abs. 7 AufenthG als heimatbezogenes Abschiebungshindernis“ erfasst sein soll.

Zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse fallen in die ausschließliche Entscheidungskompetenz des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge. Die Ausländerbehörden sind dementsprechend - wie bereits im Rahmen des § 30 Abs. 3 AuslG 1990 - zu einer eigenen Prüfung dieser Fragen nicht befugt. Liegt eine negative Statusfeststellung zu § 53 Abs. 2 bis 6 AuslG 1990 (nunmehr § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG) vor, ist die Ausländerbehörde an diese Feststellung gem. § 42 Satz 1 AsylVfG auch nach dem 1.1.2005 gebunden.⁴⁷ Die Bindungswirkung hinsichtlich eines Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 AuslG 1990 (jetzt Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG) entfiel nach dem aufgehobenen § 41 AsylVfG a.F. nach Ablauf von drei Monaten. § 72 Abs. 2 AufenthG stellt allerdings nunmehr klar, dass die Ausländerbehörde über das Vorliegen eines zielstaatsbezogenen Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 7 AufenthG nur nach vorheriger Beteiligung des Bundesamtes entscheiden darf. Im Falle einer Bindungswirkung kann jedenfalls aus einem *entsprechenden Sachverhalt* auch kein Ausreisehindernis hergeleitet werden.⁴⁸

Zwar knüpft § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG nicht mehr - wie § 30 Abs. 3 AuslG - kumulativ an das Vorliegen von Abschiebungs- und Ausreisehindernissen, sondern nur noch an die Unmöglichkeit der Ausreise an. Diese Änderung ist jedoch für die Frage des Bestehens und des Umfangs der Bindungswirkung einer Entscheidung des Bundesamtes zu

⁴⁴ Beschl. v. 1.6.2005 -3 TG 1273/05 - , Asylmagazin 9/2005, 33.

⁴⁵ Vgl. auch BVerfG, NVwZ 1997, 479 und BVerwGE 106, 13 zu § 30 Abs. 3 AuslG.

⁴⁶ Z.B. aus Art. 1, 2 GG u.a. bei schwerer Krankheit, Suizid, einer posttraumatischen Belastungsstörung oder Schwangerschaft - vgl. BT-Drs. 15/420, S. 80 zu § 25 AufenthG-; vgl. auch Nr. 25.5.1.2 bis 25.5.1.4 VAH und Erlass des Innenministeriums Nordrhein-Westfalen v. 28.2.2005; Benassi, InfAusIR 2005, 357 (360).

⁴⁷ VGH Baden-Württemberg, , Fn. 14 unter Hinweis auf die Urt. v. 21.6.2004 - 11 S 770/04 -, InfAusIR 2004, 429 und v. 6.10.2004 - 11 S 1448/03 -.

⁴⁸ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 14.3 2005 -18 E 195/05- und Beschl. v. 15.2.2005 - 18 A 4080/03-

zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernissen unerheblich.⁴⁹ Ein Ausreisehindernis liegt indessen erst dann vor, wenn auch die freiwillige Ausreise nicht zuzumuten ist.

Dementsprechend dürften im Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthG überwiegend inlandsbezogene Vollstreckungshindernisse zu berücksichtigen sein, die sich aus dem Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK bzw. aus Art. 1 Abs. 1 und 2 GG sowie dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ergeben.⁵⁰

Tatsächliche Ausreisehindernisse liegen insbesondere vor bei Reiseunfähigkeit, fehlenden Ausweisdokumenten oder unterbrochenen Verkehrsverbindungen in das Herkunftsland. Bei bereits länger bestehenden tatsächlichen Gründen bedarf es regelmäßig einer besonderen Begründung der Ausländerbehörde, wann nunmehr mit dem Wegfall gerechnet werden kann.

Hinsichtlich des Vorliegens eines Ausreisehindernisses liegt die Darlegungs- und Beweislast bei dem betroffenen Ausländer.

Wenn keine rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit vorliegt, kommt eventuell – soweit in den Ländererlassen geregelt – eine Aufenthaltsgewährung in Härtefällen nach § 23a AufenthG in Betracht.

Die Aufenthaltserlaubnis *soll* erteilt werden, wenn die *Abschiebung seit* 18 Monaten *ausgesetzt* ist. Diese Bestimmung wurde nachträglich am Ende des Vermittlungsausschussverfahrens eingefügt.

Durch die missglückte systematische Stellung ist umstritten, ob zusätzlich die Voraussetzungen nach Satz 1 und Satz 3 vorliegen müssen. Dies wird in dem hessischen Erlass angenommen, da der langjährige Aufenthalt allein kein Kriterium darstelle. Auch Nr. 25.5.2 VAH geht jedenfalls von dem kumulativen Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 aus. Der VGH BW ist der Ansicht, dass § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG systematisch an den Tatbestand des § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG anknüpfe und nur die dort vorgesehene Rechtsfolge („kann“) im Sinne eines „soll“ modifiziere, sofern das zusätzliche Tatbestandsmerkmal „Aussetzung der Abschiebung seit 18 Monaten“ erfüllt sei.⁵¹ Dagegen spricht allerdings bereits der abweichende Wortlaut. Während § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG auf die Unmöglichkeit der *Ausreise* abstellt, geht Satz 2 entsprechend § 30 Abs. 4 AusIG 1990 allein von einer 18-monatigen Aussetzung der *Abschiebung* aus. Allerdings muss zugestanden werden, dass der Begriff der Ausreise sowohl die freiwillige Rückkehr, als auch die zwangsweise Rückführung umfasst. Neben der grammatikalischen Interpretation sprechen aber auch Sinn und Zweck der Regelung sowie ihre Entstehungsgeschichte dafür, von einem selbständigen Anspruchsgrundlage nach Satz 2 auszugehen. Durch die Vorschrift sollte erreicht werden, „Kettenduldungen“ über einen zu langen Zeitraum zu verhindern und langjährig Geduldeten die Chance auf Legalisierung ihres Aufenthalts einzuräumen.⁵² Die Formulierung „*soll erteilt werden*“ bedeutet jedenfalls, dass eine Aufenthaltserlaubnis in diesen Fällen *regelmäßig* in Betracht kommt, es sei denn, es liegt ein *atypischer Ausnahmefall* vor, der sich so sehr von dem gesetzlichen Regelatbestand unterscheidet, dass er das ausschlaggebende Gewicht des gesetzlichen Regelerteilungsgrundes beseitigt. Dies ist anhand des Zwecks des Regelatbestandes, also der Intention des Gesetzgebers, der Praxis von „*Kettenduldungen*“ entgegenzuwirken und den Aufenthalt jahrelang geduldeter Flüchtlinge zu legalisieren, zu ermitteln. Die Beurteilung, ob der Regelerteilungsgrund eingreift, erfordert eine rechtlich gebundene Entscheidung, die einer uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliegt.

Die Vorschrift findet auch Anwendung auf Fälle, in denen *nach dem Ausländergesetz* die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt worden ist, denn nach § 102 Abs. 1 AufenthG

⁴⁹ VGH Baden-Württemberg, Fn. 14.

⁵⁰ Vgl. hierzu auch *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (360).

⁵¹ VGH Baden-Württemberg, Fn. 14.

⁵² Vgl. oben unter 1.

bleiben Aussetzungen der Abschiebungen zunächst wirksam. Die Regelung gilt somit auch für Personen, die bei Inkrafttreten des AufenthG am 1.1.2005 bereits seit 18 Monaten (ununterbrochen) im Besitz einer Duldung sind. Nach der rheinland-pfälzischen Erlasslage soll die Überführung von langjährigen Duldungsinhabern in ein Bleiberecht nach § 25 Abs. 5 AufenthG insbesondere bei solchen Fallgestaltungen in Betracht kommen, bei denen eine zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls *nicht mehr als verhältnismäßig* angesehen werden kann.

Fälle, in denen die Aufenthaltsbeendigung unverhältnismäßig wäre, sollen danach vorliegen „bei besonders gelagerten Problemfällen, bei denen die Ausländerbehörden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls im Ermessenswege über einen längeren Zeitraum erkennbar von der Durchsetzung der Ausreisepflicht abgesehen hat“ und durch überlange Verfahrensdauer, die von dem Ausländer nicht zu vertreten ist, ein langjähriger Aufenthalt und eine vollständige Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik eingetreten ist. „Eine Aufenthaltsbeendigung ist ferner als unverhältnismäßig anzusehen, wenn der Ausländer aufgrund seiner gesamten Entwicklung faktisch zu einem Inländer geworden ist und ihm wegen den Besonderheiten des Falles ein Leben im Staat seiner Staatsangehörigkeit, zu dem er keinen Bezug hat, nicht zuzumuten ist. Dies kann insbesondere bei Personen der Fall sein, die in der Bundesrepublik geboren sind oder als Minderjährige eingereist sind und ausschließlich hier die Schule besucht haben bzw. noch besuchen oder sich bereits in einer Ausbildung befinden“.⁵³

Zwar ist der Ansicht des rheinland-pfälzischen Innenministeriums im Ergebnis zuzustimmen, allerdings sollte das Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht erst im Rahmen des Ermessen, sondern bereits bei der Beurteilung der rechtlichen Unmöglichkeit der Ausreise berücksichtigt werden. So hat das VG Stuttgart⁵⁴ zu Recht darauf hingewiesen, dass eine abgeschlossene Integration eines fast 15-jährigen im Bundesgebiet geborenen und aufgewachsenen Ausländers im Hinblick auf das Schutzgut des "Privatlebens" in Art. 8 Abs. 1 EMRK als rechtliches Abschiebungshindernis gem. Art. 8 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen sei. Bei einer erfolgreichen Integration sei die Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Vorschriften als unverhältnismäßig i.S.d. Art. 8 Abs. 2 EMRK anzusehen. Damit sei von einem rechtlichen Ausreisehindernis auszugehen. Für den Betroffenen wäre es deshalb nicht zumutbar, sein Privatleben i.S.d. Art. 8 Abs. 1 EMRK aufzugeben. Das VG weist auf die Entscheidung des EuGH in der Sache Siosjeva gg. Lettland v. 10.6.2005⁵⁵ hin. Hinsichtlich einer Ausländerin, die einen Großteil ihres Lebens in Lettland verbracht hat, bedürfe die Verweigerung eines weiteren Aufenthalts einer besonderen Rechtfertigung. Die verantwortlichen Behörden hätten es versäumt einen gerechten Ausgleich zwischen dem legitimen Ziel der Aufrechterhaltung der Ordnung und dem Interesse der Betroffenen am Schutz ihrer durch Art. 8 EMRK garantierten Rechte vorzunehmen. Der Eingriff sei somit in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig. Schließlich betont das VG Stuttgart, dass sich das Volk von Baden-Württemberg nach Art. 2 Abs. 2 der Landesverfassung zum „unveräußerlichen Menschenrecht auf Heimat“ bekenne. Auch in anderen Zusammenhängen hat das Bundesverfassungsgericht immer den hohen Stellenwert der Verhältnismäßigkeit der Mittel betont. So hat es in seinem Beschluss v. 5.2.2003⁵⁶ darauf hingewiesen, dass die Folgen staatlich verschuldeter Verzögerung von Strafverfolgungsbehörden bei der Verhältnismäßigkeit ebenso zu berücksichtigen sei wie die Umstände, die den Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot begründet haben. Deshalb sei in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob die eingesetzten Mittel der Strafverfolgung und der Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkungen für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zum dadurch erreichbaren

⁵³ Ziffer 3.4 des Erlasses des rheinland-pfälzischen Innenministeriums v. 17.12.2004.

⁵⁴ Urt. v. 11.10.2005 -11 K 5363/03-.

⁵⁵ InfAuslR 2005, 349 m. Anm. v. Gutmann.

⁵⁶ -2 BvR 327/02 u.a.-

Rechtsgüterschutz stehen. Was bei der Bestrafung Recht ist, sollte bei der Aufenthaltsbeendigung billig sein!

Nach § 25 Abs. 5 Satz 3 AufenthG *darf* die Aufenthaltserlaubnis im übrigen nur erteilt werden, wenn der Ausländer *unverschuldet* an der Ausreise gehindert ist. Diese Einschränkung gilt aufgrund ihres systematischen Standort sowohl die Erteilung nach § 25 Abs. 5 Satz 1 als auch nach Satz 2. Ein *Verschulden* setzt ein den Ausländer *subjektiv zurechenbares*, also *vorwerfbares Verhalten* voraus. Vorwerfbar ist das Verhalten regelmäßig dann, wenn der Ausländer durch ein in seinem freien Willen stehendes Verhalten seine freiwillige Ausreise oder zwangsweise Rückführung verhindert oder wesentlich verzögert. Mit anderen Worten muss der Ausländer alle ihm möglichen, zumutbaren und von vorneherein nicht aussichtslosen Handlungen zur Ermöglichung einer Ausreise unterlassen oder verzögert haben. Kann eine dahin gehende Feststellung auch durch das Gericht nicht getroffen werden, geht dies zu Lasten der Ausländerbehörde. Ein vorwerfbares Verhalten ist z.B. anzunehmen, bei einer aus freien Stücken beantragten und entsprechend gewährten Entlassung aus einer bestehenden Staatsangehörigkeit ohne gleichzeitigen Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit. Eine Ausnahme hiervon gilt nur dann, wenn dem Ausländer die weitere Aufrechterhaltung der Staatsangehörigkeit seines Heimatstaates aus besonderen Gründen nicht zumutbar ist. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn er durch diesen Staat schwere Verfolgung erlitten hat und deswegen seine Bindung zu dem Staat unheilbar zerstört ist.⁵⁷

Ein *Verschulden* liegt nach § 25 Abs. 5 Satz 4 AufenthG *insbesondere* vor, wenn der Ausländer falsche Angaben -bezogen auf das Ausreisehindernis- macht oder über seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit täuscht oder *zumutbare Anforderungen* zur *Beseitigung* des *Ausreisehindernisses* nicht erfüllt. Im Gegensatz zu § 30 Abs. 4 AuslG 1990, der darauf abstellte, dass der ausreisepflichtige Ausländer sich weigerte, die zumutbaren Anforderungen zur Beseitigung des *Abschiebungshindernisses* zu erfüllen⁵⁸, kommt es nach § 25 Abs. 5 Satz 4 AufenthG wesentlich auf die *Ausreisehindernisse* an. Dem Ausländer obliegt es deshalb, alles in seiner Macht stehende und ihm Zumutbare dazu beizutragen, dass etwaige Ausreisehindernisse überwunden werden. Was *zumutbar* ist, ist eine Frage, die nicht generell beantwortet werden kann. Entscheidend ist, ob unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles dem Betroffenen persönlich die Mitwirkungshandlung zumutbar ist.

Nach der bisherigen Rechtsprechung zu den Mitwirkungspflichten im Rahmen des § 1a AsylbLG und § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG sollen dem Ausländer sämtliche Tat- und Rechtshandlungen zumutbar sein, die zur Beschaffung eines fehlenden Identitätsdokuments notwendig sind und nur von ihm persönlich vorgenommen werden können, wie vor allem die Herstellung von Passfotos, das Ausfüllen von Antragsformularen sowie die persönliche Vorsprache bei diplomatischen oder konsularischen Auslandsvertretungen bei Antragstellung und Abholung, sofern dies die jeweilige Vertretung verlangt⁵⁹. Nach Nr. 25.5.3 VAH sollen zumutbar sein z.B. die Mitwirkung bei der Beschaffung von Heimreisedokumenten durch Zeichnung einer sog. Freiwilligkeitserklärung oder durch Vorlage der für das Heimreisedokument erforderlichen Fotos.

Auch nach Auffassung des Hess.VGH⁶⁰ muss der Betroffene nach § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG bei der Beschaffung aller für die Heimreise notwendigen Dokumente mithelfen.

⁵⁷ So BVerwGE 108, 21 = NVwZ 1999, 664 = InfAuslR 1999, 106 zu § 30 Abs. 3 AuslG 1990 zur Aufgabe der rumänischen Staatsangehörigkeit.

⁵⁸ Vgl. hierzu u.a. BVerwG, InfAuslR 1999, 110.

⁵⁹ Vgl. Hess.VGH, Beschl. v. 7.11.2000 –1 TZ 2288/00- m.w.N.; VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 6.10.1998 –A 9 S 856/98-, InfAuslR 1999, 287; OVG Niedersachsen, Beschl. v. 27.6.2005 -11 ME 96/05-, InfAuslR 2005, 381; OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 9.2.1999 -1 B 105.98-, DVBl. 1999, 1222; VG Chemnitz, Beschl. v. 4.8.1999 – 4 K 1446/99-, InfAuslR 2000, 146; vgl. auch AK-AsylbLG, § 1a Rdnr. 106.

⁶⁰ Hess.VGH, Beschl. v. 28.1.2005 –9 UZ 1412/04-.

„Dazu gehörten auch andere Dokumente als Passersatzpapiere, soweit sie – wie hier vom iranischen Staat vor der Ausstellung von Passersatzpapieren verlangte Erklärung der Freiwilligkeit der Rückkehr - von den zuständigen Behörden für notwendig angesehen würden.“ So legt der iranische Staat sein Staatsangehörigkeitsrecht so aus, dass seine Staatsbürger gegen ihren Willen nicht zur Wiedereinreise gezwungen werden können. In Gegensatz zum KG Berlin⁶¹ sieht auch das OVG Niedersachsen⁶² darin kein völkerrechtswidriges Verhalten. Diese Mitwirkungshandlung sei den Betroffenen auch zumutbar.“ Dies ist allerdings fraglich, da dem Betroffenen damit verdeckt angesonnen wird, er könne jederzeit freiwillig in den Iran zurückkehren. Selbst wenn er die Erklärung zunächst „pro Forma“ wahrheitswidrig gegenüber dem Konsulat abgegeben haben sollte, bestünde die Gefahr, dass ihm diese Erklärung später vorgehalten wird. Das Hessische Innenministerium hat auf die Entscheidung des Hess.VGH prompt reagiert und unter Bezugnahme auf diesen Beschluss die Ausländerbehörden durch Erlass vom 7.2.2005 darauf hingewiesen, dass bei Passlosigkeit solange von der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise des Ausländers auszugehen sei, bis er durch geeignete Unterlagen nachweist, dass er alles zur Passbeschaffung Erforderliche unternommen, also auch die Freiwilligkeitserklärung abgegeben hat. Soweit allerdings einige Ausländerbehörden von den Betroffenen verlangen, *ihnen gegenüber* eine schriftliche Erklärung zu unterzeichnen, dass sie einverstanden sind, ggf. freiwillig auszureisen, gibt es für eine solche Mitwirkungspflicht weder in § 15 AsylVfG, noch im Aufenthaltsgesetz eine gesetzliche Grundlage.

Auch im übrigen wird in zahlreichen Fällen vollziehbar Ausreisepflichtigen vorgeworfen, dass sie nicht alle geeigneten und zumutbaren Anstrengungen unternommen hätten, um die Voraussetzungen für die Ausreise zu schaffen. Dies bedeutet z.B. für äthiopische Staatsangehörige, dass Ausländerbehörden von Ihnen verlangen, dass sie die für die Erteilung des erforderlichen Nationalpasses durch das Generalkonsulat erforderliche Geburtsurkunde in Äthiopien beschaffen und hierzu notfalls auch Mittelspersonen oder Vertrauensanwälte in Äthiopien beauftragen, die hierfür mindestens 300.-- bis 500.-- € kassieren, ohne den Erfolg garantieren zu können, da Geburten vielfach nicht registriert werden. Ähnliches gilt für die Erteilung eines Nationalpasses an eritreische Staatsangehörige, soweit ihre Staatsangehörigkeit jedenfalls nicht durch im Bundesgebiet lebende eritreische Zeugen bestätigt werden kann. Auch bei afghanischen Staatsangehörigen und Staatsangehörigen aus dem Kosovo – auch bei Minderheiten (Roma, Serben, Ashkali, Ägypter)- geht das Hessische Innenministerium unter Hinweis auf die Innenministerkonferenz von einer freiwilligen *Ausreise* aus⁶³.

Das Regelbeispiel der Nichterfüllung zumutbarer Anforderungen zur „*Beseitigung*“ des Ausreisehindernisses spricht dafür, dass es nicht entscheidend auf ein Verschulden hinsichtlich *der Schaffung* des Ausreisehindernisses ankommt. Deshalb ist ein vorheriges Vernichten oder Weggeben des Passes an einen Schlepper dann unbeachtlich, wenn der Betroffene aktuell an der Beschaffung von Ersatzdokumenten mitwirkt, auch wenn der Heimatstaat ihm trotz dieser Bemühungen keine Dokumente ausstellt.

Das Verschulden muss zudem *kausal* sein. Dies ist z.B. nicht mehr der Fall bei einem zusätzlichen inlandsbezogenen Vollstreckungshindernis aus gesundheitlichen Gründen. Da die Ausreisehindernisse ausschließlich in den Verantwortungsbereich des Ausländers

⁶¹ KG Berlin, Beschl. v. 25.10.1999 –22 W 8380/99-, InfAusIR 2000, 229; siehe auch OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.7.1999 –20 W 306/99-, NVwZ-Beil. 1999, 8, das der Auffassung ist, dass dem Gesetz grundsätzlich keine Pflicht zur Abgabe einer Freiwilligkeitserklärung zu entnehmen sei.

⁶² OVG Niedersachsen, Ur. v. 11.12.2002 - 4 LB 471/02-, NVwZ-Beil. 2003, 54; zwar lässt der Hess.VGH dahingestellt, ob es sich tatsächlich um ein völkerrechtswidriges Verhalten handelt, meint aber, dass die Entscheidung des KG Berlin deshalb nicht einschlägig sei, weil sie offenbar durch die Besonderheiten des Rechts der Abschiebungshaft geprägt sei.

⁶³ vgl. Erlass des Hessischen Innenministeriums v. 7.2.2005 zu § 25 Abs. 5 AufenthG

fallen müssen, reicht es nicht aus, dass der Betroffene nur eine der die Ausreise hindernden Ursachen gesetzt hat.

5. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Während In den Fällen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 24, 25 Abs. 1 bis 3 und 26 Abs. 3 AufenthG von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG (Passpflicht nach § 3 AufenthG, Sicherung des Lebensunterhalts, Identität und Staatsangehörigkeit geklärt, kein Ausweisungsgrund, nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist) abzusehen ist, kann in den übrigen Fällen des humanitären Aufenthalts (§§ 23, 23a, 25 Abs. 4 und 5 AufenthG) von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG abgesehen werde (§ 5 Abs. 3 AufenthG). In der Vergangenheit standen die allgemeinen Erteilungsgründe regelmäßig auch der Erteilung eines humanitären Aufenthaltsrechts entgegen. Nach dem Willen des Gesetzgebers kann „in den Fällen der Aufenthaltsgewährung aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen“ die Erteilung eines Aufenthaltstitels typischerweise nicht von der Einhaltung aller Voraussetzungen des § 5 AufenthG abhängig gemacht werden. § 5 Abs. 3 AufenthG trifft deshalb für diese Fälle eine zusammenfassende Sonderregelung.⁶⁴

Da keine Vorgaben für die Ausübung dieses Ermessens gemacht werden, besteht die Gefahr, dass einige Ausländerbehörden den Betroffenen weiterhin nur eine Duldung nach § 60a AufenthG erteilen werden. Zu berücksichtigen ist zu Gunsten der Betroffenen, dass es sich bei den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG (u.a. Erfüllung der Passpflicht, Sicherung des Lebensunterhalts, kein Ausweisungsgrund) nur um *Regelversagungsgründe* handelt⁶⁵ und zudem von der Anwendung nach Ermessen abgesehen werden kann.

Bei vorliegender Mittellosigkeit ist im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, dass es mangels realistischer Perspektiven für eine Aufenthaltsbeendigung nicht um eine Entscheidung für oder gegen den weiteren Aufenthalt geht und deshalb jedenfalls dann, wenn zumutbare Anstrengungen zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit dargelegt werden, dem öffentlichen Interesse nicht der Vorrang eingeräumt werden kann.⁶⁶ Im Rahmen der Ermessensausübung ist dem Grund des beabsichtigten Aufenthalts ein wesentliches Gewicht beizumessen. Wer etwa einen Schulabschluss machen will, wird oftmals seinen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Mitteln sichern können, so dass ein Abgehen von den Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nahe liegt.⁶⁷ Im Rahmen der Ermessensausübung nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG sind auch Gesichtspunkte wie die Dauer des Voraufenthalts, der Grund für die Ausreisepflicht und die Folgen einer alsbaldigen Abschiebung für den Ausländer und die Öffentlichkeit zu berücksichtigen.⁶⁸

Von der Möglichkeit des Absehens von der Passpflicht nach § 3 AufenthG machen die Ausländerbehörden kaum Gebrauch. Gefördert wird diese Praxis durch die bereits oben erwähnte hessische Erlasslage. Danach soll sich aus den Mitwirkungspflichten nach § 82 Abs. 1 AufenthG i.V.m. Nr. 3.3.1.4 VAH ergeben, dass bei Passlosigkeit solange von der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise des Ausländers auszugehen sei, bis er durch geeignete Unterlagen nachweist, dass er alles zur Passbeschaffung Erforderliche

⁶⁴ So die amtl. Begr., BT-Drs. 15/420, S. 70 zu § 25 Abs. 3 AufenthG.

⁶⁵ Zur Abweichung von der Regel vgl. u.a. Nr. 5.0.2 VAH.

⁶⁶ VGH BW, InfAusIR 1999, 133 (135).

⁶⁷ Vgl. *Heinhold*, Asylmagazin 11/2004, 7 (12); BT-Drs. 15/420, S. 70; OVG Niedersachsen, InfAusIR 2005, 381 (384).

⁶⁸ OVG Niedersachsen., Beschl. v. 27.6.2005, InfAusIR 2005, 381 (384).

unternommen hat. Diese Praxis negiert, dass § 5 Abs. 1 und 3 AufenthG lex specialis gegenüber der allgemeinen Passpflicht nach § 3 AufenthG und den allgemeinen ausweisrechtlichen Vorschriften nach § 48 AufenthG ist. Deshalb steht auch nicht ohne weiteres ein Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m § 95 Abs. 1 Nr. 1, § 48 Abs. 2 und § 3 Abs. 1 AufenthG nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG der Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen entgegen.

Zusätzlich zu beachten, dass eine Einreise mit dem erforderlichen Visum i.S.v. §§ 6 und 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zwar grundsätzlich Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels ist (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG). Gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG *kann* die Ausländerbehörde hiervon jedoch ebenso wie von den Voraussetzungen der erforderlichen Vollständigkeit der Angaben im Visumsantrag (§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG) nicht nur in den Fällen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels absehen, sondern auch dann, wenn es dem Betroffenen aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen. Dies dürfte regelmäßig bei Annahme der speziellen Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 oder 5 AufenthG der Fall sein.

Zu beachten ist, dass die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis allerdings in den Fällen des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, also wenn der Asylantrag nach § 30 Abs. 3 AsylVfG (nicht nach § 30 Abs. 1 AsylVfG!), als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf diese Rechtsfolge dürfte im asylgerichtlichen Verfahren regelmäßig ein berechtigtes Interesse an der isolierten Feststellung bestehen, dass der Asylantrag jedenfalls nicht als offensichtlich unbegründet nach § 30 Abs. 3 AsylVfG hätte abgelehnt werden dürfen.

Mit Ausnahme der Erteilung nach § 25 Abs. 5 AufenthG, bei der ausdrücklich von den Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 AufenthG suspendiert wird, sind ansonsten auch die Einreise- und Aufenthaltsverbote nach § 11 Abs. 1 AufenthG zu berücksichtigen.

6. Dauer und Verfestigung des Aufenthalts (§ 26 AufenthG)

Die Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen kann für jeweils längstens 3 Jahre erteilt und verlängert werden (§ 26 Abs. 1 AufenthG). In den Fällen des § 25 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 AufenthG, wird die Aufenthaltserlaubnis *längstens* für 6 Monate erteilt, solange sich der Ausländer noch nicht 18 Monate *rechtmäßig* im Bundesgebiet aufgehalten hat.

In den Fällen des § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG kann einem Ausländer, „*der seit 7 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden*“. Eine Klarstellung in den Anwendungshinweisen wäre angebracht, um Missverständnissen entgegenzuwirken, die dadurch entstehen können, dass § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG auf den Besitz einer „Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt“ Bezug nimmt. Daraus könnte geschlossen werden, dass es auf die Erteilung nach dem neuen Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes ankommt (also erst ab dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1.1.2005) und der Betroffene im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis und nicht lediglich einer Aufenthaltsbefugnis oder Duldung sein musste. Der 17. Senat folgert aus der Verwendung des Präsens den aktuellen Besitz eines Aufenthaltstitels.⁶⁹ Demgegenüber geht der Anwendungshinweis unter Nr. 102.1.2 VAH davon aus, dass nach Ablauf einer nach dem Ausländergesetz erteilten Duldung entschieden werden müsse, ob nach § 25 Abs. 3 bis 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis bzw. unter Anrechnung der Duldungszeiten nach § 26 Abs. 4 AufenthG sogleich eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden könnte oder die Duldung weiter nach § 60a

⁶⁹ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 12.1.2005 -17 B 62/05-

AufenthG zu verlängern sei. Im Hinblick auf die Gesetzesbegründung und praktische Bedürfnisse dürften überwiegende Gründe für die Rechtsauffassung des BMI sprechen.⁷⁰ Fraglich ist, ob der Betroffene auch *ununterbrochen* im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung gewesen sein muss („seit“). Insoweit können allerdings Unterbrechungen des rechtmäßigen und wegen § 102 Abs. 2 AufenthG entsprechend auch des geduldeten Aufenthalts bis zu einem Jahr außer Betracht bleiben (§ 85 AufenthG).

Missverständlich ist das Verhältnis zu § 5 Abs. 3 AufenthG. Während nach dieser Vorschrift in den Fällen des § 25 Abs. 4 AufenthG von der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) und des Fehlens eines Ausweisungsgrundes (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) abgesehen werden *kann*, geht § 26 Abs. 4 AufenthG davon aus, dass für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis die entsprechenden Voraussetzungen nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG –von engen Ausnahmefällen abgesehen (§ 9 Abs. 2 Satz 2 und 4 AufenthG)– vorliegen müssen. Insoweit ist allerdings § 26 Abs. 3 AufenthG wegen der weitergehenden Gewährung eines Daueraufenthaltsrechts *lex specialis*.

Zu einer weiteren, von dem Gesetzeswortlaut nicht zu rechtfertigenden restriktiven Auslegung trägt der Erlass des IM NRW vom 28.2.2005 bei.⁷¹ Danach sollen nur solche Duldungen im Rahmen des § 26 Abs. 4 AufenthG angerechnet werden, „die auf der *objektiven Unmöglichkeit* der freiwilligen Ausreise beruhen.“ Es sollen demnach nur diejenigen begünstigt werden, die auch vor Inkrafttreten des Gesetzes unverschuldet an der Ausreise gehindert waren. Dies schließt das IM NRW aus der amtlichen Begründung. Darin heißt es: *„Um die Ausländer nicht zu benachteiligen, die nach dem Aufenthaltsgesetz eine Aufenthaltserlaubnis bekommen, jedoch nach dem Ausländergesetz – zum Teil seit vielen Jahren – lediglich eine Duldung erhielten, werden nach Absatz 2 wie bei der Berücksichtigung der Dauer eines Asylverfahrens (§ 26 Abs. 4 Satz 2) die Zeiten der Duldung vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes angerechnet. Auch die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis wird auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis angerechnet.“* Daraus sei abzuleiten, dass nur solche Aufenthalte zu berücksichtigen seien, „die auf den in Kapitel 2 Abschnitt 5 genannten völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen beruhen und die nach neuem Recht zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis führen.“ Eine Besserstellung derjenigen, die aufgrund ihres eigenen Verhaltens weder nach altem noch nach neuem Recht einen Aufenthaltstitel bekommen konnten bzw. können, sei dagegen nicht beabsichtigt gewesen. Diese Interpretation des Gesetzes stellt den Willen des Gesetzgebers auf den Kopf. Aus der amtlichen Begründung⁷² ergibt sich, dass der Gesetzgeber überwiegend die langjährig Geduldeten im Blick hatte. Eine Differenzierung nach dem Grund der Duldung spiegeln sich auch nicht im Wortlaut der Vorschrift wieder. Dies räumt auch das IM NRW ein, will allerdings im Falle einer solchen Auslegung die vermeindliche gesetzgeberische Absicht der Verhinderung einer Aufenthaltsverfestigung im Rahmen des durch § 26 Abs. 4 AufenthG eröffneten Ermessens Rechnung tragen.

Diejenigen, die vor dem 1.1.2005 im Besitz einer *Aufenthaltsgenehmigung* waren, können auch nach § 9 AufenthG bereits nach 5 Jahren eine Niederlassungserlaubnis erhalten. Insoweit gilt, abweichend von § 9 Abs. 2 Nr. 3, 7 und 8 AufenthG, die herabgestufte Sprachkompetenz und es entfällt der Nachweis der Kenntnisse über die deutsche Rechts- und Gesellschaftsordnung sowie der Altersvorsorge (vgl. § 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 AufenthG).

Bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 9 AufenthG sollen nach Ansicht des BMI Zeiten einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis, die früher einer Verfestigung nicht zugänglich waren, insbesondere wenn sie ausschließlich zu Studienzwecken erteilt wurde, nicht als Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis

⁷⁰ So auch *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (364).

⁷¹ Kritisch insoweit auch *Benassi*, InfAuslR 2005, 357 (364).

⁷² BT-Drs. 15/420, S. 100 zu § 102 AufenthG.

nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG angerechnet werden (Nrn. 9.2.1.1 f. VAH). Dies ergebe sich u.a. im Umkehrschluss aus § 102 Abs. 2 AufenthG, der u.a. die Anrechnung von Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis nach dem Ausländergesetz für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG ausdrücklich anordnet. „Einer solchen Regelung hätte es nicht bedurft, wenn diese Zeiten ohnehin rückwirkend als Zeiten einer Aufenthaltserlaubnis nach neuem Recht gelten würden“ (Nr. 9.2.1.1 VAH). Diese Auslegung ist bedenklich, da § 101 Abs. 2 AufenthG ausdrücklich bestimmt, dass Aufenthaltsbewilligungen und –befugnisse mit Wirkung ab dem 1.1.2005 als Aufenthaltserlaubnisse nach neuem Recht „fortgelten“. Fraglich ist auch, ob hinsichtlich der Kenntnisse der deutschen Sprache und der Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung nach § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 und 8 AufenthG auch auf ehemals Geduldete § 104 Abs. 2 AufenthG analog anzuwenden ist. Insoweit könnte eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Da die weitergehenden Anforderungen an die Aufenthaltsverfestigung – wie z.B. die ausreichenden Kenntnisse der deutschen Sprache – einher gehen mit dem neu geschaffenen Integrationsangebot nach § 43 AufenthG, an dem die in § 104 Abs. 2 AufenthG angesprochenen Personen noch nicht partizipieren konnten, sollte diesen kein Rechtsnachteil erwachsen⁷³. Dies gilt allerdings in gleichem Maße für ehemalige Duldungsinhaber, so dass auch bei diesen bei der Erteilung der Niederlassungserlaubnis nur erforderlich ist, dass sie sich auf *einfache Art* in deutscher Sprache mündlich verständigen können.

Kinder (auch bereits volljährige) mit einem humanitären Aufenthaltsrecht, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres –meist als unbegleitete Minderjährige- *eingereist* sind, können unter den Voraussetzungen des § 35 AufenthG, wie Kinder, die eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung besitzen, ein *eigenständiges* Aufenthaltsrecht erhalten (§ 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG und Nr. 26.4.4 VAH). Die Regelung ist erst Recht analog auch auf in Deutschland geborene Kinder anzuwenden. In Verbindung mit § 104 Abs. 2 AufenthG bedeutet dies, dass einem minderjährigen Ausländer mit einer über den 31.12.2004 hinaus gültigen Aufenthaltsbefugnis sofort eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden kann, wenn er sich im Zeitpunkt der Vollendung des 16. Lebensjahres seit 5 Jahren erlaubt oder geduldet in der BR Deutschland aufgehalten hat.⁷⁴

7. Ausblick

Ergänzungen oder Modifizierungen der vorläufigen Anwendungshinweise sind angezeigt, um Fehlentwicklungen und Fehldeutungen durch – zum Teil erheblich von einander abweichende – Ländererlasse vorzubeugen. Die Anwendungshinweise werden leider in der Praxis von den Ausländerbehörden unkritisch überwiegend wie bindende Verwaltungsvorschriften angewendet.

Ob aufgrund der VAH und der Erlasslage in den Ländern zukünftig entsprechend der gesetzgeberischen Intention „Kettenduldungen“ überwunden werden können, muss angesichts der sich abzeichnenden tendenziell restriktiven Auslegung der §§ 25 Abs. 4 und 5 AufenthG durch die Innenministerien und Ausländerbehörden bezweifelt werden. § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG erfordert einen hohen Prüfungs- und Begründungsaufwand, der kaum im angemessenen Verhältnis zum „Output“ steht. Das „Zweite Reparaturgesetz“ zum Zuwanderungsgesetz, mit dem die zum Teil noch nicht oder unvollständig erfolgte

⁷³ Vgl. BT-Drs. 15/420, S. 100 zu § 104 Abs. 3 AufenthG; so auch Marx, ZAR 2005, 403 (405).

⁷⁴ Vgl. insoweit auch Ziffer 11.3.2. des Informations- und Schulungsmaterials des niedersächsischen Innenministeriums vom November 2004.

Umsetzung europäischer Richtlinien erfolgen soll, sollte zum Anlass genommen werden, auch die Mängel des § 25 AufenthG zu „reparieren“. Ein Lichtblick im Dunkel der Innenadministration ist die Erlasslage in Rheinland-Pfalz, wo die gesetzlichen Spielräume im Sinne des Gesetzgebers zu Gunsten der Betroffenen ausgeschöpft werden. Auch das Verfahren vor den Härtefallkommissionen der Länder nach § 23a AufenthG wird aufgrund zahlreicher Zugangshürden sowie komplizierter und restriktiver Ausnahme- und Versagungsgründe verbleibende Härten des Aufenthaltsgesetzes nicht im gebotenen Maße auffangen können. Nach den bisherigen Erfahrungen bieten die gesetzlichen Vorschriften zum humanitären Aufenthalt jedenfalls keine ernsthafte Alternative für eine Altfall- bzw. Bleiberechtsregelung für langjährig Geduldete und ihre Familien. Es ist zu bedauern, dass auf der Innenministerkonferenz (IMK) vom 9.12.2005 in Karlsruhe keine Einigung über eine Bleiberechtsregelung für Flüchtlinge mit langjährigem Aufenthalt zustande kam. Zwar traten einige Innenminister dafür ein, dass es zur Vermeidung von Härtefällen notwendig sei, wirtschaftlich und sozial integrierte Ausländer, deren Kinder in Deutschland aufgewachsen oder sogar geboren sind, ein Aufenthaltsrecht einzuräumen. Sie konnten sich damit allerdings insgesamt nicht durchsetzen. In ihrem Beschluss verweist die IMK darauf, dass im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11. November 2005 eine Evaluation des Zuwanderungsgesetzes vorgesehen sei, in der auch die Prüfung der humanitären Regelungen ausdrücklich angesprochen sei. Diese Evaluierung sollte möglichst bald durchgeführt werden, um eventuell zusammen mit den Vorschriften des „Richtlinienanpassungsgesetzes“ die notwendigen gesetzlichen Regelungen zur Legalisierung der langjährig Geduldeten zu beschließen. Damit dieses Ziel in der Zwischenzeit nicht durch eventuelle Abschiebungen vereitelt wird, sollten die Länder durch entsprechende Erlasse nach § 60a Abs. 1 AufenthG Abschiebungen bis zu 6 Monaten aussetzen.