

*Dr. Ralph Göbel-Zimmermann
Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Gießen und
Lehrbeauftragter*

***Die Bedeutung der Ermessensausübung und der
unbestimmten Rechtsbegriffe im Aufenthaltsgesetz
für das verwaltungsgerichtliche Verfahren
am Beispiel des § 25 AufenthG***

**Rede auf der Tagung
„Im Zweifel für den Flüchtling?“
am 20.9.2005 in Frankfurt am Main**

***1. Welche Bedeutung haben unbestimmte Rechtsbegriffe
und Ermessensvorschriften für das Handeln der
Ausländerbehörden?***

Ermessensspielräume und zahlreiche konkretisierungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe sind immer schon ein durchgängiges Charakteristikum des Ausländerrechts. Mal mehr, mal weniger. So

"können", "dürfen" oder "sollen" begünstigende oder belastende Maßnahmen durchgeführt werden.

Bereits unter der Geltung des Ausländergesetzes 1965 gab es zu den - damals noch überschaubaren - gesetzlichen Vorschriften eine Vielzahl von unterschiedlichen ermessenssteuernden und normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder. Diese führten mangels vollständiger bundeseinheitlicher Verwaltungsvorschriften zu einer äußerst divergierenden Verwaltungspraxis im Bundesgebiet. Als Beispiel seien nur die sog. „Wintersteinerlasse“ – benannt nach dem damaligen hessischen Innenminister – unter anderem zu den Voraussetzungen des Familiennachzugs und einer Ausweisung wegen Straffälligkeit erwähnt. Das Ausländergesetz 1990 sollte - nach dem Willen der damaligen konservativen Bundesregierung - diesen teilweise sozialliberalen „Wildwuchs“ eindämmen. In der Begründung des Ausländergesetzes 1990 ist ausgeführt, dass durch genauere und detailliertere Vorgaben die Ermessensspielräume der Verwaltung im Interesse der Rechts- und Erwartungssicherheit der Ausländer im Bundesgebiet und im Interesse einer einheitlichen Entscheidungsfindung eingegrenzt werden sollen. Diesen Ansprüchen wurde dieses Gesetz allerdings nur zum Teil gerecht.

Selbstverständlich bedeuten Ermessensspielräume nicht, dass die Verwaltung nach "Gutdünken" oder gar willkürlich entscheiden darf. Sie darf nicht, wie der Ausdruck suggeriert, mit dem Ermessen spielen. Sie hat vielmehr das Ermessen *pflichtgemäß* auszuüben.

Welche „Spielräume“ bestehen für die Verwaltung? Werden sie genutzt und vor allem in welche Richtung? Gilt das Motto im Zweifel für den Flüchtling, in dubio pro libertate, oder im Zweifel für die Abschiebung? Was sind die Kriterien für die Ermessensausübung?

2. Welchen Stellenwert haben Anwendungshinweise, Verwaltungsvorschriften und Erlasse der Länder im Aufenthaltsrecht?

Ermessensbindende Verwaltungsvorschriften, ministerielle Erlasse sowie normkonkretisierende und ermessenssteuernde Anwendungshinweise haben in der Verwaltungspraxis eine immense Bedeutung. Sie werden von Ausländerbehörden teilweise wie die Bibel gelesen und erhalten dadurch geradezu gesetzvertretende Funktion. Im Zweifel wird in der Verwaltungsvorschrift geblättert und weniger im Gesetz und noch weniger in Gesetzeskommentaren. So übersteigen die Anwendungshinweise und Verwaltungsvorschriften des Bundes und der Länder zu den unterschiedlichen Fragen des Zuwanderungsrechts bereits nach kurzer Lebensdauer quantitativ den Gesetzestext bei weitem. Dabei muss immer wieder betont werden, dass auch Verwaltungsrichtlinien die Behörde nicht der Verpflichtung zu einer eigenverantwortlichen Ermessensentscheidung auf der Grundlage des Gesetzes entheben.

Die 372 Seiten starken „Vorläufigen Anwendungshinweise“ des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU sind allerdings mit Vorsicht zu genießen. Sie sind ungenau, teilweise zweideutig und übernehmen stellenweise

unreflektiert die bisherigen Regelungen der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz“ – VV-AuslG-. Allerdings reicht es allein nicht aus, entsprechende Textpassagen aus der alten VV-AuslG entsprechend den geänderten Hausnummern des Aufenthaltsgesetzes zu verschieben und redaktionell anzupassen. Immerhin ist in einigen Fassungen des Dokuments durch dunkel unterlegte Stellen kenntlich gemacht, dass es sich hierbei teilweise um den Text aus der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz handelt. Erstaunlich ist auch die Fußnote auf der ersten Seite der Internetfassung des Dokuments: „Copyright Bundesministerium des Innern 2004 – Nur für den Dienstgebrauch – Ungenehmigte Veröffentlichung verboten“. Was soll das bedeuten? Dürfen die Betroffenen oder ihre Rechtsanwälte nicht erfahren, was die Ausländerbehörden wie entscheiden sollen? Scheut man das Licht der Öffentlichkeit? Fürchtet man die Kontrolle? Wie ist das alles mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar? Oder wollen die Verfasser das Opus selbst gewinnbringend vermarkten? Sie werden sagen: Reine Polemik. Sie haben vollkommen Recht. Deshalb streichen Sie das soeben Gesagte aus dem Protokoll. Den wahren Grund liefert das Bundesinnenministerium selbst. Die VAH sollen nämlich nur „informellen Charakter“ haben und sind deshalb nicht zur Veröffentlichung bestimmt. Sie sollen „aufgrund der Erfahrungen mit dem neuen Recht in engem Dialog mit den Ländern weiterentwickelt“ werden. Auch ist beabsichtigt, ich zitiere, „auf der Grundlage der VAH und unter Berücksichtigung der Erfahrungen in der Praxis mit der Anwendung des neuen Rechts eine Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz zu erlassen. Die Erarbeitung solcher Vorschriften ist ein langwieriger Prozess, wie der Erlass der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz erst acht Jahre nach Verkündung des alten Gesetzes gezeigt hat. Dies gilt

hier umso mehr, als das Zuwanderungsgesetz einen politischen Kompromiss darstellt. Auch die Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz wird der Zustimmung des Bundesrates bedürfen.“

Fairerweise muss zur Ehrenrettung des BMI auch erwähnt werden, was Herr Pfaff bereits in seinem Beitrag erwähnt hat:

In verschiedenen Anwendungshinweisen versucht das BMI redaktionelle und inhaltliche Mängel eines Gesetzes, dass an zahlreichen Stellen im Eifer des Gefechtes mal wieder mit heißer Nadel gestrickt wurde, zugunsten der Betroffenen extensiv auszulegen. So hat Herr Pfaff bei seinen kritischen Anmerkungen leider nicht erwähnt, dass man durchaus mit guten Gründen die Meinung vertreten kann, dass bei einer sog. „Ermessensreduzierung auf Null“ auch die Voraussetzungen eines „Anspruchs“ im Sinne des Gesetzes erfüllt sein können. Dies dürfte allemal bei einer Soll-Vorschrift der Fall sein. Wichtig ist dies z.B. für die Erteilung eines Aufenthaltstitels – auch aus humanitären Gründe – wie im Falle abgelehnter Asylbewerber. In der unsinnigen Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG heißt es: „Sofern der Asylantrag nach § 30 Abs. 3 des Asylverfahrensgesetzes abgelehnt wurde, darf vor der Ausreise kein Aufenthaltstitel erteilt werden. Die Sätze 1 und 2 finden im Falle *eines Anspruchs* auf Erteilung eines Aufenthaltstitels keine Anwendung“.

Im Gegensatz zu den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften sind die Vorläufigen Anwendungshinweise nicht nur „vorläufig“, sondern auch lediglich unverbindliche Handreichungen und Erläuterungen für die rund 600 Ausländerbehörden, „Hinweise“ eben. Sie sind keine für die Länderbehörden bindenden Verwaltungsrichtlinien, auch wenn viele Ausländerbehörden dies oftmals nicht wahrhaben wollen. Für verbindliche Verwaltungsvorschriften hätte es gemäß Art. 84

Abs. 2 GG der weiteren Zustimmung des Bundesrates bedurft. Was dies bedeutet, haben uns die unter schmerzhaften Wehen geborene Staatsangehörigkeitsreform und der Zuwanderungskompromiss deutlich vor Augen geführt.

Die Länder, die das Aufenthaltsgesetz in eigener Verantwortung ausführen müssen, haben mangels verbindlicher Vorgaben der Bundesregierung zudem jederzeit die Möglichkeit eigene Verwaltungsvorschriften oder Ausführungserlasse zu einzelnen Vorschriften zu erlassen. Dies hat z.B. das Innenministerium des Landes Niedersachsen mit der Vorläufigen Niedersächsischen Verwaltungsvorschrift zum Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet vom 31. März 2005 (Stand: 01.07.2005) getan. Im Gegensatz zu den Anwendungshinweisen des Bundes eine echte Verwaltungsvorschrift. Das Werk ist gewichtig. Es hat einen beachtlichen Umfang von 398 Seiten. Immerhin 26 Seiten mehr als die Bundesausgabe!! Ausführungserlasse gibt es zudem z.B. zu § 25 AufenthG u.a. in Hessen, Rheinland-Pfalz und NRW. Wenn aber die Länder ihr eigenes Süppchen kochen, wird dieses mit Sicherheit nicht zu einer gleichmäßigen Anwendung des Aufenthaltsgesetzes kommen und zu der wünschenswerten Erwartungssicherheit der Betroffenen in Bezug auf den Aufenthalt im Bundesgebiet führen.

Hieraus ergibt sich – nebenbei bemerkt - auch ein staatsrechtliches Problem im Verhältnis zwischen den drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative: Ermessensausübung ist ein Stück weit auch Entscheidungsdelegation. Während bei gebundenen Entscheidungen die Legislative vorentschieden hat, sind Ermessensentscheidungen nur in

groben Umrissen vorgezeichnet. Die Entscheidung trifft letztendlich die Verwaltung und diese unterliegt auch nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung.

Insoweit lobe ich mir die etwas seltsam anmutenden Vorbemerkungen zu den Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit zum Arbeitserlaubnisrecht. Ich zitiere:

„Die internen Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit dienen als Arbeitsanleitung und Auslegungshilfe für die Mitarbeiter der Arbeitsagentur. Es handelt sich bei diesen behördeninternen Hinweisen um kein Gesetz, die enthaltenen Auslegungen sind tendenziell restriktiv gefasst, können rechtlich falsch sein, und binden die Gerichte nicht. Sie müssen dementsprechend kritisch gelesen werden und dürfen nicht als „Gesetz“ missverstanden werden. Dennoch ist es für Antragsteller, Beratungsstellen und Anwälte wichtig zu wissen, nach welchen Grundsätzen die Behörden arbeiten.“ Gut zu wissen, dass es sich um kein Gesetz handelt und wir Richter nicht gebunden werden sollen. Dies wäre auch bei rechtlich falschen Bestimmungen fatal. Wieso die Durchführungsvorschriften zu allem Übel auch noch „tendenziell restriktiv gefasst“ sind, kann ich nur vermuten. Immerhin finde ich es fair, dass der warnende Hinweis erfolgt, dass alles kritisch gelesen werden muss.

3. Für die Überprüfung von Ermessensentscheidungen im Verwaltungsprozess besteht eine eingeschränkte Kontrolldichte.

Während bei unbestimmten Rechtsbegriffen der Behörde grundsätzlich kein gerichtlich nicht überprüfbarer Wertungs- oder

Beurteilungsspielraum zusteht, ist bei Ermessensentscheidungen der Umfang der Prüfung durch die Verwaltungsgerichte beschränkt. Bei Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen, die sich auf Verwaltungsakte beziehen, deren Erlass im Ermessen der Verwaltung stehen, ist abgesehen von den allgemeinen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen lediglich zu prüfen, ob die in § 114 Verwaltungsgerichtsordnung genannten Grenzen eingehalten wurden. Zu überprüfen ist durch das Verwaltungsgericht lediglich, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem *Zweck der Ermächtigung* nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist, sog. Ermessensüberschreitung und Ermessens Fehlgebrauch. Daneben gibt es noch die Ermessensunterschreitung bzw. den vollständigen Ermessensausfall.

Als *Zweck der Ermächtigung* ist dabei nicht nur der engere Zweck der isoliert betrachteten Vorschriften zu verstehen, in der die Ermächtigung der Behörde zum Handeln enthalten ist. Im Rahmen des primären Zwecks der Ermächtigung sind alle der Gesamtheit der Sätze des geschriebenen und ungeschriebenen Rechts - also auch z. B. des Verfassungs-, Völker- und Europarechts - zu entnehmenden Zwecke zu beachten.

Das Aufenthaltsgesetz nennt in § 1 Abs. 1 Satz 1 bis 3 gleich am Anfang ausdrücklich die für die Anwendung des Gesetzes zu berücksichtigenden politischen Leitvorstellungen. Dabei ist festzustellen, dass die politische Absicht einerseits nach Satz 1 in der Zuwanderungsbegrenzung liegt, andererseits in Satz 2 die Ermöglichung und Gestaltung von Zuwanderung unterstrichen und schließlich in Satz 3 ausdrücklich die humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland betont werden. Eine

Rangfolge dieser divergierenden Interessen könnte allenfalls aus der Reihenfolge geschlossen werden. Ich gehe aber davon aus, dass die Zwecke von gleichem Gewicht sind. Dies könnte bedeuten, dass die Ausländerbehörden ihre Entscheidungen unter Berücksichtigung des in § 1 Aufenthaltsgesetz zum Ausdruck kommenden Willens des Gesetzgebers unter Bezugnahme auf jeweils einen dieser Zwecke beliebig begründen könnten. Als Leitplanke der Gesetzesanwendung ist allerdings auch die in der amtlichen Begründung des Gesetzentwurfs enthaltene und im Gesetzgebungsverfahren zum Ausdruck kommende Intension des Gesetzgebers zu beachten. Insoweit bestehen keine ungebremsten Regelungsbefugnisse für die Exekutive.

Bei dem Begriff der humanitären Verpflichtungen in § 1 Absatz 3, der dort nicht weiter definiert wird, ist zudem zu beachten, dass dieser weiter reicht als der Begriff der „humanitären Gründe“ in den §§ 22, 23 und 25 des Aufenthaltsgesetzes. Die humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland ergeben sich auch aus der Beachtung der Grund- und Menschenrechte, als auch aus völker- und europarechtlichen Pflichten.

Soweit das Gesetz nicht entgegensteht, sind bei der Beurteilung der Frage, ob die Behörde ermessensfehlerhaft gehandelt hat bzw. das Gleichheitsgebot aus Art. 3 GG verletzt hat, auch ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften zu berücksichtigen.

Richtlinien und sonstige normkonkretisierenden oder ermessenslenkenden Verwaltungsvorschriften binden die Gerichte nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar über die Verpflichtung der Behörden und Gerichte zur Beachtung des Art. 3 GG. Dabei ist zu beachten, dass bei der fehlerhaften Anwendung in einem anderen Fall gilt: Es gibt keine Gleichheit im Unrecht. Auch auf eine günstigere Praxis im Bezirk anderer

Ausländerbehörden oder anderer Bundesländer können Betroffene keinen Honig saugen.

Ermessenfehlerhaft kann es auch sein, wenn die Behörde "schematisch" und ohne Berücksichtigung der nach dem Zweck und der Wertung des Gesetzes zu berücksichtigenden besonderen Situation des Einzelfalles entscheidet.

Schranken des Ermessens ergeben sich z.B. aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem Sozialstaatsgebot, dem Gleichheitssatz bzw. Willkürverbot aus Art. 3 GG und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. des Übermaßverbots.

Das Gericht hat sich nicht nur auf die Frage zu beschränken, ob alle schutzwürdigen Belange des Klägers berücksichtigt wurden, sondern selbstverständlich alle für und gegen die Entscheidung sprechenden Gesichtspunkte, also auch die öffentlichen Interessen, in den Abwägungsvorgang einzustellen.

Bei Soll-Vorschriften liegt ein Ermessensfehler bereits dann vor, wenn die Behörde von der Regel abweicht, obwohl keine Umstände vorliegen, die den Fall als atypisch erscheinen lassen. Eine solche Soll-Regelung ist z.B. die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 bei Vorliegen eines Abschiebungsverbotes nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 oder nach § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist.

4. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und die Ermessensausübung am Beispiel des § 25 Aufenthaltsgesetz

In der zentralen Vorschrift des § 25 AufenthG für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen sind zahlreiche auslegungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale – wie dringende humanitäre Gründe, erhebliche öffentliche Interessen, außergewöhnliche Härte, Möglichkeit und Zumutbarkeit der Ausreise, zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Ausreisehindernisses, unverschuldet an der Ausreise gehindert - mit sowohl gebundenen, als auch Soll- und Kann-Vorschriften auf der Rechtsfolgenseite gekoppelt.

§ 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG ermöglicht erstmals die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen oder erheblichen öffentlichen Interessen. Bislang konnte in den nunmehr in § 25 Abs. 4 AufenthG genannten Fällen lediglich eine Duldung nach § 55 Abs. 3 AuslG 1990 und auch nur dann erteilt werden, wenn noch nicht rechtskräftig über die Zulässigkeit der Abschiebung entschieden worden war.

Mit einer großzügigen Anwendung des § 25 Abs. 4 AufenthG könnte dem Missbrauch der Duldung als Pseudoaufenthaltstitel und dem Unwesen der vielfach jahrelangen Kettenduldungen entgegengewirkt werden. Damit könnte der unerträgliche Zustand für die Betroffenen und ihre Familien beendet werden, dass über ihren Köpfen permanent das Damoklesschwert der Abschiebung schwebt und damit eine

längerfristige Lebensperspektive im Bundesgebiet eröffnet werden könnte.

Eine generöse Handhabung der Vorschrift wird allerdings 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. 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. Das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen hat sich deshalb in seinem Beschluss vom 27.6.2005 – Az.: 11 ME 96/05- (abgedruckt in: Asylmagazin 9/2005, S. 32) der plausiblen Begründung des niedersächsischen Innenministerium in seinem Erlass vom 8. Januar 2005 angeschlossen. Darin wird unter anderem darauf hingewiesen, dass in § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG keine dahingehende Einschränkung enthalten sei. Auch im Vermittlungsausschuss sei trotz eines entsprechenden Antrags keine entsprechende Einschränkung aufgenommen worden. Zudem würden sich sowohl § 25 Abs. 5 als auch § 23a AufenthG, die beide das Aufenthaltsrecht vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer regeln, nicht wie § 25 Abs. 4 Satz 1 auf einen lediglich vorübergehenden Aufenthalt beziehen.

Hinsichtlich der Ermessensausübung ist besonders lobenswert der Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004, da hierin nicht die ansonsten überwiegend tendenziell zu Lasten der

Betroffenen vorherrschende 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 sollen. Ein Beispiel das Schule machen sollte. Zum Ermessensgebrauch im Rahmen des § 25 Abs. 4 AufenthG heißt es: „Im Rahmen der Ermessenausübung 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“.

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

Auch das OVG Niedersachsen hat in dem bereits erwähnten Beschluss vom 27.6.2005 hervorgehoben, dass im Rahmen der Ermessensausübung nach § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG auch Gesichtspunkte wie die Dauer des Voraufenthalts, der Grund der Ausreisepflicht und die Folgen einer alsbaldigen Abschiebung für den Ausländer und die Öffentlichkeit zu berücksichtigen seien.

Eine Aufenthaltserlaubnis *kann* auch einem *vollziehbar ausreisepflichtigen* Ausländer nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG 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 amtliche Begründung soll durch die Anwendung der Regelung sicher gestellt werden, dass die Praxis der „Kettenduldungen“ beendet wird. Dem Missbrauch von Duldungen als „Pseudoaufenthaltstitel“ oder „Aufenthaltsrecht zweiter Klasse“ sollte ein Riegel vorgeschoben werden.

Das Hessische Innenministerium hat dagegen in seinem Erlass vom 7.2.2005 bereits eingangs „die Geschützte in Stellung gebracht.“ So werden die Ausländerbehörden unmissverständlich zur restriktiven Praxis vergattert: „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 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 Gesetzgebers 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.

Der Begriff der Ausreise umfasst sowohl die zwangsweise Rückführung als auch die freiwillige Rückkehr. *Kein* Ausreisehindernis liegt nach der amtlichen Begründung 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.

Auch 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 prüfen, da die Regelung ansonsten leer laufen würde.

Theoretisch wäre eine freiwillige Ausreise fast immer *objektiv möglich*.

Selbst bei Schwerverletzten 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.

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

In seinem Beschluss vom 1.6.2005 - Az.: 3 TG 1273/05 – (abgedruckt in: Asylmagazin 9/2005, S. 33) hat der 3. Senat des Hessischen Verwaltungsgerichtshof 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.

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 Ziffer 25.5.2 VAH geht jedenfalls von dem kumulativen Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1 aus. Der VGH Mannheim 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. 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 AuslG 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 und „Aussetzung der Abschiebung“ eine Umschreibung des Begriffs der Duldung ist. Neben der grammatikalischen Interpretation sprechen aber überwiegend 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.

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 Regeltatbestand unterscheidet, dass er das ausschlaggebende Gewicht des gesetzlichen Regelerteilungsgrundes beseitigt. Dies ist anhand des Zwecks des Regeltatbestandes, 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.

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 Ausländerbehörde 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 soll ferner als unverhältnismäßig anzusehen sein, „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“.

Die Aufenthaltserlaubnis *darf nur* erteilt werden, wenn der Ausländer *unverschuldet* an der Ausreise gehindert ist. 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.

Nach einer Entscheidung des Hessischen Verwaltungsgerichtshof muss der Betroffene nach § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG bei der Beschaffung aller für die Heimreise notwendigen Dokumente mithelfen. Dazu gehörten auch andere Dokumente als Passersatzpapiere, soweit sie – wie hier die vom iranischen Staat vor der Ausstellung von Passersatzpapieren verlangte Erklärung der Freiwilligkeit der Rückkehr - von den zuständigen Behörden für notwendig angesehen würden. Diese Mitwirkungshandlung sei den Betroffenen auch zumutbar. Das Hessische Innenministerium hat 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.

In den Fällen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 24, 25 Abs. 1 bis 3 und 26 Abs. 3 AufenthG ist 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 (§ 5 Abs. 3 AufenthG).

In den übrigen Fällen des humanitären Aufenthalts (§§ 23, 23a, 25 Abs. 4 und 5 AufenthG) kann von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG abgesehen werden. 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* handelt. Auch ist bei der Ermessensausübung dem Grund des beabsichtigten Aufenthalts ein wesentliches Gewicht beizumessen. So hat das OVG Niedersachsen in seiner bereits zitierten Entscheidung zutreffend darauf hingewiesen, dass derjenige, der etwa einen Schulabschluss machen will, den Lebensunterhalt oftmals nicht aus eigenen Mitteln sichern können, sodass ein Abgehen von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nahe liegen

dürfte. Auch wird in der Gesetzesbegründung darauf hingewiesen, dass die Erteilung eines Aufenthalts in derartigen Fällen typischerweise nicht von der Einhaltung der Voraussetzungen des § 5 AufenthG abhängig gemacht werden kann.

5. Ich fasse zusammen:

Ermessensvorschriften prägen auch weiterhin in starkem Maße das Aufenthaltsrecht. Zwischen der durchaus begrüßenswerten Flexibilität hinsichtlich der Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles und damit der Einzelfallgerechtigkeit besteht die Gefahr der Herausbildung einer bedenklichen Entscheidungsdivergenz nach Ort, Zeit und politischer Couleur.

Ergänzungen oder Modifizierungen der Vorläufigen Anwendungshinweise sind angezeigt, um Fehlentwicklungen vorzubeugen und eine bundeseinheitliche Praxis zu garantieren. Die Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesinnenministeriums werden in der Praxis von den Ausländerbehörden überwiegend wie bindende Verwaltungsvorschriften angewendet. Der Glaube an die Weisheit und Unfehlbarkeit der Ministerialbürokratie scheint manchmal unendlich zu sein. Ob aufgrund der VAH und der Erlasslage in den Ländern zukünftig Kettenduldungen überwunden werden können, muss angesichts der sich abzeichnenden tendenziell restriktiven Handhabung der §§ 25 Abs. 4 und 5 AufenthG bezweifelt werden. Ein Lichtblick ist die Erlasslage in Rheinland-Pfalz, wo die Spielräume des Gesetzes im Sinne des Gesetzgebers ausnahmsweise einmal zu Gunsten der Betroffenen ausgeschöpft werden. Die „gesetzestechnisch „verunglückten“ Regelungen des § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG erfordern

einen hohen Prüfungs- und Begründungsauswand der kaum im angemessenen Verhältnis zum „Output“ steht. Auch das Verfahren vor den Härtefallkommissionen der Länder nach § 23a AufenthG wird aufgrund der zahlreichen Zugangshürden sowie weiterer Haken und Ösen verbleibende Härten des Gesetzes nicht in dem gebotenen Maße auffangen können. Die in den Verordnungen der Länder normierten komplizierten und restriktiven Ausschluss- und Versagungsgründe engen die durch Gesetz eingeräumten Spielräume unnötig ein und werden der humanitären Intension des § 23a AufenthG nicht gerecht. Im übrigen kann ein Härtefallkommissionsverfahren kein Ersatz für eine sorgfältige Prüfung des Einzelfalles durch die Ausländerbehörde und ein rechtsförmliches Verfahren mit der Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes sein. Nach den bisherigen Erfahrungen bieten die Vorschriften zum humanitären Aufenthalt keinen Ersatz für eine Altfall- bzw. Bleiberechtsregelung für langjährig Geduldete und ihre Familien. Mit einem Schlussstrich unter die Vergangenheit hätte man auch endlich unvorbelastet den von der Bundesregierung propagierten Paradigmenwechsel in der Migrationspolitik einläuten können. Lassen sie uns gemeinsam davon träumen.