

13. September 2005

**Im Zweifel für den Flüchtling?**

**- Ermessensspielräume nutzen**

**Fachtagung im Zentrum Ökumene,  
Frankfurt am Main am 20.9.2005**

**Victor Pfaff:**

**Ermessensausübung und unbestimmte Rechtsbegriffe  
im AufenthG und AsylVfG**

## I. Einleitung

Das Zuwanderungsgesetz ist inkraft und mit ihm das Aufenthaltsgesetz. Manche Hoffnung hat es unter sich begraben. Aber, so die Erwartung: Was im Gesetzgebungsverfahren nicht erreicht werden konnte, das packen wir bei der Gesetzesanwendung mit Hilfe der Härteklausel an, wir beugen biegsame Begriffe, und Ermessensvorschriften gibt es schließlich auch.

Verbreitet ist die Vorstellung, eine Behörde könne im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens zugunsten eines Ausländers entscheiden, wenn sie nur wolle. Damit einher geht die Vorstellung, der Behörde sei bei der Auslegung bestimmter Begriffe Ermessen eingeräumt. Mit diesem Ansinnen wird nicht nur an die Ausländerbehörde, sondern auch an den Petitionsausschuß herangetreten. Daher rühren die unerfreulichen Gespräche und Konflikte an den Schreibtischen der Sachbearbeiter in den Ausländerbehörden. Was von der einen Seite als unmöglich erfüllbares Ansinnen erlebt wird, mißversteht die andere Seite, nämlich das Publikum, als Unwille und Bockigkeit und gelegentlich als Ausländerfeindlichkeit.

So ist es aber nicht. Die Arbeit derer hinter dem Tresen ist streng korsettiert. Der Spielraum, der der Verwaltung bei der Ausführung des Ausländergesetzes bleibt, ist klein und vielleicht kleiner denn je. Schon der Gesetzgeber des Ausländergesetzes 1990 hatte die Behörden straffer an die Kandare genommen. Der Gesetzgeber des Aufenthaltsgesetzes steht dem in nichts nach. Dieses zu verdeutlichen, geht

nicht ohne rechtskundlichen Unterricht. Es lohnt sich aber, ihm zu folgen, und zwar aus zwei Gründen:

- Erstens ist die Vorstellung, mit Hilfe der Ermessensnormen viel erreichen zu können, falsch. Die kalte Dusche am Anfang kann nicht schaden.

- Zweitens verspielt man mit dem Festhalten an falschen Auffassungen oft Gewinnmöglichkeiten. Häufiger als man denken mag, finden sich in gründlich erfragten Lebensumständen Zipfel, die, wenn an ihnen richtig gezogen wird, gelegentlich den Knoten lösen.

## II. Die Rangordnung der Normen

1. Die Normen, mit denen wir es tun haben, stehen in einer strengen Rangordnung. Das supranationale Recht - insbesondere die EMRK das Gemeinschaftsrecht - möchte ich nur beiläufig erwähnen. Und wann es Vorrang vor der Verfassung hat, kann umstritten sein. Von selbst versteht sich, daß das Verfassungsrecht Vorrang vor dem sogenannten einfachen Gesetz hat. Der Grundrechtskatalog bindet Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht (Art. 1 Abs. 3 GG). Wir werden später noch sehen, daß Ermessensausübung wesentlich mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wie er in Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist, zu tun hat.

2. Wir sind schon beim Gesetz angekommen, welches vom Bundestag oder vom Landtag in einem festgelegten Verfahren verabschiedet und im Gesetzblatt veröffentlicht wird. Gesetze unterscheiden sich nach Normin-

halt, Normadressat und Normaufbau. Es gibt programmatische Normen wie etwa § 1 Abs. 1 oder § 27 Abs. 1 AufenthG. Solche Bestimmungen erlangen Bedeutung nur in Verbindung mit anderen Normen, die im Verwaltungshandeln selbständig und unmittelbar anwendbar sind, haben aber große Bedeutung für die Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und für die Ermessensausübung. Sie geben die Zielrichtung vor und setzen Schranken. Andere Gesetzesnormen richten sich nach ihrem gesamten Inhalt oder mit einzelnen Tatbestandsmerkmalen nur an einen bestimmten Adressaten, zum Beispiel die Verwaltung. Der Einzelne kann sich dann auf die Bestimmung nicht zu seinen Gunsten berufen. Als Beispiel sei auf § 73 Abs. 1 S. 1 AsylVfG verwiesen, wonach ein Flüchtlingsstatus „unverzüglich“ zu widerrufen ist, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Der Flüchtling kann nicht zu seinen Gunsten geltendmachen, das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge hätte den Status schon längst widerrufen können und habe deshalb das Widerrufsrecht jetzt verwirkt (BVerwG, B. v. 27.6.97 - 9 B 280.97 - EZAR 214, Nr. 7).

Es gibt verschiedene Normtypen. Was gemeint ist, sei an drei beliebigen Beispielen erläutert:

- § 72 Abs. 1 AsylVfG legt fest: *„Die Anerkennung als Asylberechtigter und die Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen, erlöschen, wenn der Ausländer“* - ich zitiere nur die Nr. 1 - *„sich freiwillig durch Annahme oder Erneuerung eines Nationalpasses oder durch sons-*

*tige Handlungen erneut dem Schutz des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, unterstellt ..."*

- Als zweites Beispiel sei § 53 AufenthG genannt: *„Ein Ausländer wird ausgewiesen, wenn er ...“* – es folgen dann drei Ziffern mit bestimmten Tatbeständen.
  
- Und als drittes Beispiel § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG: *„Einem Ausländer kann für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.“*

Die Unterschiede springen ins Auge:

Im ersten Fall (Erlöschen des Flüchtlingsstatus') tritt eine Rechtsfolge ein, ohne daß eine Behörde einen Verwaltungsakt erlassen muß.

Im zweiten Fall (Ist-Ausweisung) muß zwar die Behörde für den Eintritt der Rechtsfolge eine Entscheidung treffen, nämlich einen Verwaltungsakt erlassen; die Rechtsfolge ist der Behörde aber zwingend vorgegeben, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen.

Nur im dritten Fall (Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt) ist der Behörde bei der Entscheidung Ermessen eingeräumt. Hauptsächlich dieser dritte Fall interessiert uns. Bevor wir uns aber näher mit dem Ermessen befassen, gehen wir die Normleiter vollends abwärts.

3. Unterhalb des Gesetzes existieren die Rechtsverordnungen. Im Interesse gesetzlicher Flexibilität darf der Gesetzgeber entweder die Regierung oder einen Minister ermächtigen, Einzelheiten durch Rechtsverordnung zu regeln. Die Erlaubnis hierfür ist dem Gesetzgeber in Art. 80 Abs. 1 GG erteilt. Die Ermächtigung ist begrenzt, und die Begrenzung muß im Gesetz selbst bestimmt werden. § 99 des Aufenthaltsgesetzes enthält eine solche Verordnungsermächtigung. Wir können das so stehenlassen, müssen nur wissen, daß auch in der Rechtsverordnung Vorschriften enthalten sind, die die Verwaltung entweder binden oder ihr ein Ermessen einräumen. Ein Beispiel für den letzteren Fall ist § 5 Abs. 1 AufenthV: *„Einem Ausländer, der nachweislich keinen Paß oder Paßersatz besitzt und ihn nicht auf zumutbare Weise erlangen kann, kann nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen ein Reiseausweis für Ausländer ausgestellt werden.“*

Verfassung, Gesetze, Rechtsverordnungen enthalten Normen, die Außenwirkung haben, auf die sich also der Betroffene, der Gesetzesunterworfenen, unmittelbar berufen kann oder die gegen ihn angewandt werden.
4. Es gibt aber auch Normen, denen nach herrschender Auffassung keine Außenwirkung zukommt, jedenfalls nicht unmittelbar. Es handelt sich um Normen, die - wir bleiben im Ausländerrecht - von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen werden. Die Rede ist von der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift. Der juristische Volksmund nennt sie: die Verwaltungsvorschriften. Hierzu bedarf es im Gesetz keiner Ermächtigung. Die Ermächtigung findet sich im

Grundgesetz selbst, nämlich in § 84 Abs. 2 GG. § 104 AuslG sah noch vor: „Der Bundesinnenminister erläßt mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften zu diesem Gesetz und den aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnungen.“ Das Aufenthaltsgesetz enthält keine entsprechende Bestimmung, was anfangs manche glauben machte, es werde zum Aufenthaltsgesetz keine Verwaltungsvorschriften geben. Das ist, wie wir wissen, ein Irrtum. Die Verwaltungsvorschriften zum Ausländergesetz gab es schon zum ersten Ausländergesetz aus dem Jahr 1965, aber auch zum Ausländergesetz von 1990, wenngleich mit 10jähriger Verspätung. Zum Aufenthaltsgesetz gibt es noch keine formgültige Verwaltungsvorschrift, sondern nur die Vorläufigen Anwendungshinweise des Bundesministers des Innern, die allerdings meines Wissens von einigen Bundesländern für verbindlich erklärt wurden und somit von den Ausländerbehörden zu beachten sind. (Ich werde im Verlauf des Vortrages über den Formmangel hinwegsehen und die VAH so behandeln, als hätte ihnen der Bundesrat zugestimmt.)

Unter den Verwaltungsvorschriften gibt es sowohl Gesetzesauslegende oder besser: normerläuternde oder normkonkretisierende einerseits wie andererseits ermessensbindende. Mit der normerläuternden Verwaltungsvorschrift wird häufig für die Behörden verpflichtend festgeschrieben, was höchststrichterliche Rechtsauffassung ist. Es handelt sich um geronnene Rechtsprechung. Ich möchte das an einem Beispiel aus der eigenen Praxis erläutern. Die VAH zu § 37 AufenthG (Wiederkehroption) enthält eine einzige Ziffer, die nicht grau unterlegt ist, nämlich die Ziffer

37.2.1.2. Sie wurde im Vergleich zur Verwaltungsvorschrift von 2000 neu eingefügt, nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 19. März 2002 - 1 C 19.01 - gegen die Stadt Frankfurt am Main die Frage so entschieden hatte, wie sie jetzt in der Verwaltungsvorschrift zu finden ist. Als Beispiel für eine normerläuternde Verwaltungsvorschrift sei die Nr. 25.5.0 erwähnt. Sie lautet: *„§ 25 Abs. 5 regelt die Aufenthaltsgewährung für die bislang in § 55 Abs. 4 AuslG genannten Fälle. Allerdings kommt es nach § 25 Abs. 5 auch darauf an, daß die Ausreisehindernisse nicht nur für einen kurzen überschaubaren Zeitraum bestehen. Zudem darf kein Ausschlußgrund nach Satz 3 vorliegen.“* Als Beispiel für eine ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift sei Ziffer 5.2.2 am Ende erwähnt. Es geht hier um die Ausnahme von der Einhaltung des Visumverfahrens. Es heißt in § 5 Abs. 2 S. 2: *„Hiervon“* - von der Einhaltung des Visumverfahrens - *„kann abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen.“* Es war früher schon umstritten, wie ein Fall zu beurteilen ist, wenn zwar nicht ein gesetzlicher Anspruch vorliegt, das Ermessen der Behörde im Einzelfall aber auf Null reduziert ist. Nun heißt es in der Verwaltungsvorschrift 5.2.2: *„Entsprechend ist in der Konsequenz auch zu entscheiden, wenn ein Aufenthaltstitel aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null erteilt werden muß, ohne daß ein Anspruch entstanden ist.“* Es handelt sich hier meines Erachtens nicht um eine neuinterpretierende Verwaltungsvorschrift. Denn was mit *„Anspruch“* in § 5 Abs. 2 S. 2 gemeint ist,

ist klar: es ist der gesetzliche Anspruch, nicht der Anspruch, der im Falle einer Ermessensreduktion auf Null entsteht. Also kann sich die Verwaltungsvorschrift nur auf die zweite Fallmöglichkeit beziehen, wenn es nämlich aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Die Verwaltungsvorschrift lenkt nun das Ermessen der Behörde im Falle der Ermessensreduktion auf Null dahin, so zu verfahren wie im Falle des gesetzlichen Anspruches. (Meines Erachtens ist die erfreuliche und für die Praxis erhebliche Verwaltungsvorschrift Ziffer 5.2.2 falsch eingeordnet; sie gehörte unter 5.2.3. Denn der Bundesminister des Innern ist nicht berechtigt, durch eine Verwaltungsvorschrift den Gesetzesinhalt zu verändern. Mit der Tatbestandsvoraussetzung „Anspruch“ ist eindeutig der gesetzliche Anspruch gemeint. [Dagegen spricht nicht die unterschiedliche Formulierung in § 10 Abs. 1 und Abs. 3 AufenthG. § 10 Abs 1 ist - unbedacht - wörtlich aus dem AuslG (§ 11 Abs. 1) übernommen.] Fehlt es an dieser Tatbestandsvoraussetzung, ist ein Ermessen gar nicht eröffnet. Deshalb muß das Problem über die Alternative „aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar“ gelöst werden.)

Es wurde schon erwähnt, daß die Verwaltungsvorschrift keine unmittelbare Außenwirkung hat. Das freilich muß man einschränken. Erstens ist es dem Normadressaten nicht untersagt, sich zu seinen Gunsten auf die Verwaltungsvorschrift zu berufen; kann man die Behörde mit einer Verwaltungsvorschrift widerlegen, dann bereitet das gelegentlich sattes Vergnügen. Denn die Behörde muß die Verwaltungsvorschrift beachten. Zwei-

tens wirkt eine ständige rechtmäßige Behördenpraxis auf der Grundlage der Verwaltungsvorschriften rechtsbindend auch nach außen, nämlich über den Grundsatz der Gleichbehandlung, wie er in Art. 3 Abs. 1, aber auch im Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich zum Ausdruck gekommen ist.

5. Zu den unmittelbar ebenfalls nur intern wirkenden Normen gehören schließlich die Erlasse der Fach- und Rechtsaufsicht, also des Innenministeriums und des Regierungspräsidiums. Mit dem Erlaß kann - allerdings nur im Rahmen des Gesetzes und auch nur im Rahmen der Verwaltungsvorschrift - weitergehend eine Norm erläutert, aber auch das behördliche Ermessen gelenkt und gebunden werden. Letzteres geschieht häufig bis ins kleinste Detail. Als Beispiel möchte ich an dieser Stelle den Afghanistan-Erlaß des Hessischen Ministers des Innern vom 22. August 2005 (Staatsanzeiger S. 3258) nennen. Aber selbst Erlasse räumen gelegentlich noch Raum für eine Ermessensausübung ein. So etwa heißt es im genannten Afghanistan-Erlaß: *„Von diesem Grundsatz“* - dem Erfordernis der wirtschaftlichen Integration - *„können Ausnahmen zugelassen werden.“*, und es folgen Ausnahmetatbestände. Ob es sich in einem solchen Fall aber wirklich um Ermessen handelt, werde ich später noch erörtern.

Wir sind jetzt die Leiter ganz herabgestiegen und befinden uns auf dem Boden folgender Tatsache: Ermessensspielraum ist der Behörde nur eingeräumt, soweit ihr Verwaltungshandeln auf der Rechtsfolgenseite nicht durch verfassungsrechtliche Vorgaben, durch Gesetz, Rechtsverord-

nung, Verwaltungsvorschriften und/oder erlaßrechtliche Regelungen gebunden ist.

### III. Normaufbau

#### 1. Tatbestandsvoraussetzungen

Wir haben schon gehört, die weitaus größere Aufmerksamkeit ist den Tatbestandsvoraussetzungen zu widmen. Dies zu übersehen, ist häufig Fehler anwaltlichen Handelns. Ein Beispiel: Nehmen wir an, bei einer Ausländerin wird während eines Besuchsaufenthaltes mit C-Visum eine Leberkrebserkrankung diagnostiziert. Sie wird sofort in stationäre Behandlung eingeliefert. Die Angehörigen beantragen im Hinblick auf das nur noch eine Woche gültige Visum eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG. Zweimal kommt in § 25 Abs. 4 das Wörtchen „kann“ vor. Also, so könnte man meinen, hängt es doch nur vom guten Willen des Bediensteten ab, die Erlaubnis zu erteilen. So einfach ist das aber nicht. Das Wörtchen „kann“ wirkt wie ein Dekolleté. Es zieht den Blick auf sich, lenkt aber von der Hauptsache ab. Beide Vorschriften in § 25 Abs. 4 haben ein Doppelgesicht: die Tatbestandsvoraussetzungen einerseits, Rechtsfolge andererseits. Das Ermessen findet sich erst auf der Rechtsfolgenseite. Die Behörde wird zunächst prüfen, ob überhaupt die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Denn solange das nicht der Fall ist, kommt eine Ermessensausübung nicht in Betracht. Sehen wir uns jetzt § 25 Abs. 4 S. 2 näher an: *„Eine Aufenthaltserlaubnis kann abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 verlängert werden, wenn aufgrund besonderer*

*Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.*" Die erste Frage also lautet: Hat Frau X eine Aufenthaltserlaubnis? § 4 Abs. 1 S. 2 gibt Aufschluß: Der Gesetzgeber unterscheidet zwischen den Titeln Visum, Aufenthaltserlaubnis und Niederlassungserlaubnis. Das Visum ist also keine Aufenthaltserlaubnis. Man könnte argumentieren, der Begriff Aufenthaltserlaubnis umfaßt hier auch das Visum, weil ja auch das Visum seinem Inhalt nach eine Aufenthaltserlaubnis ist. Nach der Begrifflichkeit des Ausländergesetzes von 1990 war das Visum ja auch eine Aufenthaltsgenehmigung. Die Argumentation mag einfallsreich sein, ist aber falsch. Das wird auch durch den Verweis auf § 8 klargestellt. Der Gesetzgeber hat nämlich zwischen Verlängerung des Visums und Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis deutlich unterschieden (§ 6 Abs. 3 S. 1; § 8 Abs. 1 und 2). Also stellen wir fest: Frau X hat keine Aufenthaltserlaubnis. Es fehlt an der Erfüllung einer Tatbestandsvoraussetzung. Der Bedienstete, so gutwillig er sein mag, kann ein Ermessen nicht ausüben. Jetzt also § 25 Abs. 4 S. 1: *„Einem Ausländer kann für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe ... seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern“*. Auch hier ist vor der Ermessensausübung die Tatbestandsseite zu prüfen. Die Vorschrift läßt die Erteilung, also nicht nur die Verlängerung, einer Aufenthaltserlaubnis zu, aber nur für einen **vorübergehenden** Aufenthalt. Ist absehbar, daß Reiseunfähigkeit auf unabsehbare Zeit vorliegt und bescheinigt der Arzt

das auch noch, vielleicht in der Meinung, etwas Gutes zu tun, sind wir auch bei § 25 Abs. 4 S. 1 schon am Ende mit der Prüfung, lange bevor das Ermessen eröffnet ist.

Unter den Tatbestandsvoraussetzungen finden sich bestimmte Rechtsbegriffe, die uns weniger Kopfzerbrechen bereiten, wie zum Beispiel „Ausländer“, „Paß“, „Kind“, „minderjährig“, „Wohnung“ etc. Problematisch sind die sogenannten unbestimmten Rechtsbegriffe. In manchen Vorschriften wimmelt es von unbestimmten Rechtsbegriffen, etwa in § 25 Abs. 4 und 5: „humanitär“, „dringend“, „persönliche Gründe“, „öffentliches Interesse“, „erheblich“, „Ausreisehindernis“, „unverschuldet“, „zumutbare Anforderungen“. Zunächst gilt es zu betonen: Unbestimmte Rechtsbegriffe haben mit Ermessen überhaupt nichts zu tun. Ermessen kann es, das wiederhole ich, nur auf der Rechtsfolgenseite einer Norm geben. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind solche, die entweder gezwungenermaßen oder absichtlich unbestimmt sind. Gezwungenermaßen, weil ein komplexes Phänomen im Gesetzestext nicht präziser beschrieben werden kann; freiwillig, weil der Behörde beim Verwaltungshandeln eine gewisse Flexibilität eingeräumt sein muß. Nehmen wir das Wort „vorübergehend“ in § 25 Abs. 4 S. 1: Es wäre unsinnig, um der Präzision willen zum Beispiel festzulegen: bis zu drei oder meinetwegen bis zu sechs Monaten. Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff wird, so Bull (Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., § 7 Rnr. 367), „*Entscheidbarkeit auch in unvorhergesehenen und atypischen Fällen gewährleistet*“.

Wie geht nun die Behörde mit unbestimmten Rechtsbegriffen um? Häufig hat der Gesetzgeber selbst durch Fälle oder Fallgruppen einen Typus geschaffen, der Maßstab ist. Als Beispiel sei genannt § 55 Abs. 2 oder § 37 Abs. 1 AufenthG. Der Bedienstete weiß aber auch, daß ihm diese Art des Nachdenkens meist schon abgenommen worden ist. Er schaut deshalb lieber gleich in den Verwaltungsvorschriften nach oder prüft, ob es einen Erlaß gibt, mit dessen Hilfe die Begriffe eingegrenzt oder ausgefüllt werden können. Als Beispiel sei hier genannt § 32 Abs. 2. Die Bestimmung sieht für ein minderjähriges Kind, welches das 16. Lebensjahr vollendet hat, einen Anspruch auf Nachzug vor, wenn - unter anderem - gewährleistet erscheint, daß es sich aufgrund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann. Dazu heißt es in der VAH unter Ziffer 32.2.5: *„Dies ist im allgemeinen bei Kindern anzunehmen, die in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem sonstigen in § 41 Abs. 1 S. 1 AufenthV genannten Staat aufgewachsen sind.“* Der Bedienstete weiß also, daß nach Auffassung des Bundesministers des Innern und des Bundesrates ein koreanisches Kind aufgrund seiner bisherigen Lebensverhältnisse sich leichter integriert als etwa ein iranisches Kind. Wenn allerdings das iranische Kind in Korea aufgewachsen ist, dann wiederum wird es sich im allgemeinen leicht einfügen - alles nach der Logik des BMI. (Nebenbei: Ich halte eine solche Festlegung für unsinnig. Erfahrungsgemäß sind koreanische Kinder sprachlich bei weitem nicht so leicht integrierbar

wie etwa iranische). Beispielhaft kann auch auf die Erlasse zu § 25 Abs. 4 und 5 verwiesen werden. Eine Behörde wird auch meist wissen, wie das zuständige Gericht in so und ähnlich gelagerten Fällen entschieden hat und wird sich danach richten.

Wie kann der Betroffene bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf die Behörde Einfluß nehmen? In erster Linie dadurch, daß er einen detaillierten und glaubwürdigen Sachvortrag liefert, der geeignet ist, der Anwendung eines Begriffs im Einzelfall eine bestimmte Richtung zu geben.

Vom Ermessen ebenfalls strikt zu trennen ist die Tatsache, daß der Behörde bei der Auslegung und Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe ein **Beurteilungsspielraum** zusteht. In der Rechtslehre gibt es keine Einigkeit, ob ein Beurteilungsspielraum bei der Auslegung oder nur bei der Anwendung zur Verfügung steht (für letztere Auffassung Bachof, JZ 1955, 97 f.). Jedenfalls ist, worauf mein Nachredner vermutlich noch eingehen wird, gerichtlich in vollem Umfang überprüfbar, ob die Behörde mit dem unbestimmten Rechtsbegriff und dem Beurteilungsspielraum rechtsfehlerfrei umgegangen ist.

## 2. Auf der Rechtsfolgenseite: Ermessen

Üblicherweise enthält eine Norm von Gesetzes- oder Verordnungsrang selbst schon den Ausspruch einer Rechtsfolge oder bildet die Grundlage, eine Rechtsfolge durch Verwaltungsakt herbeizuführen. Wir haben oben schon darauf hingewiesen: Die Rechtsfolge kann festge-

legt sein oder es kann bei ihrer Wahl Ermessen eingeräumt sein. Zur beispielhaften Verdeutlichung eine erfreulich kurze Vorschrift: § 41 AufenthG. Die Bundesagentur für Arbeit kann die Zustimmung zur Beschäftigung widerrufen, wenn der Ausländer zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen beschäftigt wird als ein vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer. Die Tatbestandsvoraussetzungen bestehen in den ungünstigeren Arbeitsbedingungen, auf der Rechtsfolgenseite steht die Widerrufsmöglichkeit.

*„Im Zweifel für den Flüchtling - Ermessensspielräume nutzen“* lautet das Tagungsthema hoffnungsfroh. Lassen wir einmal den Vordersatz weg und ersetzen das verführerische Wort *„Spielraum“* durch das häßlichere, aber treffendere Wort *„Betätigung“* oder *„Ausübung“*, dann bleibt ganz nüchtern übrig: das Ermessen ausüben. Was es mit dem Ermessen im Verwaltungshandeln auf sich hat, hat der Gesetzgeber in § 40 VwVfG normiert: *„Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.“* Die Bestimmung enthält keine Definition des Ermessens, erinnert nur an die Beachtung seiner Grenzen. Wenn in § 40 VwVfG von den gesetzlichen Grenzen die Rede ist, dann fallen darunter auch die Grenzen, die aufgrund eines Gesetzes zulässigerweise durch die Verwaltungsvorschrift gezogen sind. Juristen formulieren so: Das Ermessen ist gebunden durch Verwaltungsvorschriften und, das kann hier hinzugefügt werden, erlaßrechtliche Regelungen sowie gefestigte höchstrichterliche oder obergerichtliche Rechtsprechung. Für die wirklich eigene Ermessensaus-

übung bleibt der Behörde meist ein recht kümmerliches Restermessen. Zwar gibt es gelegentlich enorme Unterschiede in der Entscheidungspraxis. Zum Beispiel wollte kürzlich eine hessische Ausländerbehörde eine Einreise- und Aufenthaltssperre sofort befristen. Sie mußte aber das Einvernehmen einer anderen Ausländerbehörde einholen. Diese erteilte ihr Einvernehmen nur zur Festlegung einer fünfjährigen Sperre. Solche Unterschiede in der Verwaltungspraxis haben aber viel weniger mit Ermessen zu tun als mit der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Schauen wir in § 11 Abs. 1 S. 3, dann stellen wir im übrigen fest, daß die Vorschrift gar keine Ermessensvorschrift ist.

### 3. Ermessensausübung

Gibt es für die Behörde tatsächlich noch Raum, eigenständiges Ermessen auszuüben, was hat sie dann zu tun und wie kann sie beeinflusst werden? Die Behörde entscheidet über die zu treffende Maßnahme nach sachlichen Gesichtspunkten, wobei die öffentlichen Belange und die Interessen der betroffenen Person gegeneinander abgewogen werden. Das Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein hat in § 73 Abs. 1 diese Definition gewagt und hat dann mit zwei weiteren Absätzen auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hingewiesen: „(2) Die Maßnahme darf nicht zu einer Beeinträchtigung der einzelnen Person oder der Allgemeinheit führen, die zu dem beabsichtigten Erfolg in einem offenbaren Mißverhältnis steht. (3) Die Behörde hat unter mehreren zulässigen und geeigneten Maßnahmen tunlichst diejenigen anzuwenden, die die Allgemeinheit und die einzelne Person am wenigsten beeinträchtigen.“ Wir können also

so formulieren: Die Behörde hat alle entscheidungserheblichen Tatsachen und Gesichtspunkte unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen. Die betroffene Person sollte im Rahmen ihrer Mitwirkungspflichten gem. § 82 ausführlich und glaubhaft die für sie sprechenden tatsächlichen Umstände vortragen und nach Möglichkeit beweisen und sollte selbst zur Interessenabwägung argumentieren. Unterläßt es die Behörde, ihr bekannte Umstände in das Ermessen einzustellen, die für die Entscheidungsfindung von Bedeutung sein können, ist ihre Entscheidung fehlerhaft und rechtswidrig. Nicht selten macht die Behörde einen anderen Fehler, indem sie annimmt, zur Ermessensbetätigung überhaupt nicht berechtigt und verpflichtet zu sein. Das geschieht dann, wenn die Behörde irrtümlich annimmt, es fehle an der Erfüllung einer oder mehrerer Tatbestandsvoraussetzungen und deshalb sei sie - von ihrem fehlerhaften Standpunkt aus konsequent - zur Ermessensausübung nicht berechtigt. Man nennt das eine Ermessensunterschreitung.

Der Gesetzgeber hat die Behörde zur Transparenz ihres Verwaltungshandelns verpflichtet. Sie muß ihre Entscheidung schriftlich begründen und, soweit ihr Ermessen eingeräumt ist und sie es ausüben muß, die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen sie bei der Ausübung des Ermessens ausgegangen ist. Das ist in § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG ausdrücklich festgelegt.

#### 4. Das „intendierte“ Ermessen

Der Ermessensspielraum, welcher der Behörde bleibt, ist klein. Dazu kommt aber noch, daß der Gesetzgeber

häufig nur der Form nach, nicht aber wirklich Ermessen eingeräumt hat. Die Rechtsprechung nennt das „*intendiertes Ermessen*“ (BVerwG, Urteil vom 16.6.1997 - 3 C 22/96 -, NJW 1998, 2233). Wovon die Rede ist, soll an zwei Beispielen verdeutlicht werden. Erinnern wir uns an § 35 Abs. 1 AuslG. Nach dieser Vorschrift konnte eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn bestimmte Voraussetzungen, aber auch keine Regelversagungsgründe nach § 7 Abs. 2 AuslG vorlagen. Von dieser Kann-Bestimmung wurde durchweg zugunsten des Ausländers Gebrauch gemacht, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt waren. Eine Ermessensabwägung hat dann nicht mehr stattgefunden. Es gibt zahlreiche Bestimmungen, in denen dies so ist. Sind alle tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt, wird vom Ermessen, von seltenen Ausnahmen abgesehen, nur in einer Richtung Gebrauch gemacht. Das umgekehrte Beispiel finden wir in § 48 VwVfG. Danach kann ein rechtswidrig erlassener Verwaltungsakt zurückgenommen werden. Erfahrungsgemäß nimmt die Behörde den Verwaltungsakt zurück, das heißt, sie nutzt ihren Ermessensspielraum in einer Richtung, die angeblich vom Gesetzgeber vorgegeben ist. Jedenfalls ist das die Erfahrung in der ausländerrechtlichen Praxis.

IV. *„Im Zweifel für den Flüchtling - Ermessensspielraum nutzen“*

1. Wenden wir das Gehörte auf das Tagungsthema an, dann stellen wir zunächst fest, daß es im Recht der Flüchtlingsanerkennung und im Recht des Widerrufs kein Ermessen gibt (ausgenommen § 72 Abs. 2 a S. 3 AsylVfG). Weder Art. 16 a Abs. 1 GG noch Art. 1 A Nr.

2 GFK noch § 60 Abs. 1 AufenthG sind Ermessensnormen. Dasselbe gilt für die Vorschriften des § 60 Abs. 2 - 7 AufenthG. In allen diesen Fällen gilt: Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen vor, ist anzuerkennen oder ist Abschiebungsschutz zu gewähren; liegen sie nicht mehr vor, ist zu widerrufen. „Im Zweifel für ...“ könnte also nur auf einen Beurteilungsspielraum bei der Anwendung der Rechtsbegriffe hindeuten. Was heißt eigentlich „Im Zweifel für den Angeklagten“ im Flüchtlingsrecht? UNHCR hat im Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft dazu folgendes ausgeführt:

*„ 203. Auch wenn der Antragsteller echt bemüht war, sein Vorbringen zu substantiieren und zu unterbauen, kann es doch vorkommen, daß nicht alle seine Erklärungen zu beweisen sind. Wie schon im vorigen dargelegt (Abs. 196), wird es einen Flüchtling kaum möglich sein, seinen Fall in allen Einzelheiten ‚zu beweisen‘; wäre das eine absolute Voraussetzung, so würde wohl die Mehrzahl der Flüchtlinge nicht als solche anerkannt werden. Es wird daher häufig notwendig sein, gemäß dem Grundsatz ‚Im Zweifel für den Angeklagten‘ zugunsten des Antragstellers zu verfahren. 204. Nach diesem Grundsatz sollte jedoch nur vorgegangen werden, wenn alle verfügbaren Beweismittel eingeholt und geprüft wurden, und wenn sich der Prüfer von der generellen Glaubwürdigkeit des Antragstellers überzeugt hat. Die Erklärungen des Antragstellers müssen sinnvoll und plausibel sein und dürfen nicht allgemein bekannten Tatsachen widersprechen.“*

Demgegenüber verlangt unsere Rechtsprechung, daß für eine Asyl- oder Flüchtlingsanerkennung dem Asylsuchenden bei verständiger Würdigung der Gesamtumstände Verfolgung mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit droht (BVerwGE 70, 169, 171; BVerfGE 76, 143, 167). Die Staatenpraxis geht mit UNHCR heute vom Maßstab des *reasonable possible* oder der *reasonable chance*, also der ernsthaften Möglichkeit der Verfolgung aus - ein Maßstab, dem auch das Bundesverwaltungsgericht gefolgt ist (BVerwGE 89, 162, 169 f.; Marx, *Ausländer- und Asylrecht*, 2. Aufl., S. 694 f.).

2. Aber vielleicht ist bei der Formulierung des Tagungsthemas weniger an das Flüchtlingsanerkennungsrecht gedacht worden. Ich wende mich deshalb § 25 Abs. 5 AufenthG zu. Um die Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung ist Streit, sogar Bund-Länder-Streit entstanden. Der Streit entzündet sich aber nicht an der Ermessensausübung, sondern an der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen, insbesondere des Merkmals *„Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich“*.

Nehmen wir zunächst zur Kenntnis, was wir aus der Gesetzesbegründung erfahren können (BT-Drs. 15/420 [80] zu Abs. 5): *„Abs. 6 regelt die Aufenthaltsgewährung für die bislang in § 55 Abs. 4 AuslG genannten Fälle. Durch die Anwendung der Regelung soll sichergestellt werden, daß die Praxis der ‚Kettenduldung‘ beendet wird. Ein positiver Ermessensgebrauch wird jedenfalls für Minderjährige und für seit längerem in Deutschland sich aufhaltende Ausländer geboten sein.“* Ich halte diesen Teil der Gesetzesbegründung für ein Ärgernis. Zunächst trifft es nicht zu, daß die *„Praxis*

*der Kettenduldung*" beendet werden soll, auch nicht durch die „Anwendung der Regelung“ des § 25 Abs. 5. Im Gegenteil, der Gesetzgeber hat für bestimmte Ausländer gerade zementiert, daß sie unter keinen Umständen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten können, sondern unbefristet lediglich geduldet werden und dann auch dem uneingeschränkten Verbot der Erwerbstätigkeit unterliegen (§ 11 BeschVerfV). Die Formulierung in der Gesetzesbegründung hat zu dem weit verbreiteten Irrtum geführt, mit dem Aufenthaltsgesetz sei die Kettenduldung abgeschafft. Dann halte ich für schädlich den Hinweis auf den „positiven Ermessensgebrauch“, denn am Ermessensgebrauch entzündet sich der Streit überhaupt nicht. Wir werden noch sehen: Kommt man tatsächlich zur Ermessensausübung, dann wird daran die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in den seltensten Fällen scheitern.

Weiter heißt es in der Begründung des Gesetzes: *„Bei der Frage, ob eine Ausreisemöglichkeit besteht, ist auch die subjektive Möglichkeit - und damit implizit auch die Zumutbarkeit - der Ausreise zu prüfen.“* Ich halte auch diese Hinweise rechtlich für bedenklich, jedenfalls für rechtsdogmatisch angreifbar.

Nachdem die Gesetzesbegründung sich so eingelassen hat, wundert es nicht, daß auch die VAH des BMI das Merkmal „zumutbar“ ins Spiel bringt (Nr. 25.5.1.2): *„... Ein Ausreisehindernis liegt nicht vor, wenn zwar eine Abschiebung nicht möglich ist, ..., eine freiwillige Ausreise jedoch möglich und zumutbar ist. Dieser Ansatz ist bereits in § 30 Abs. 3, 4 AuslG enthalten, wobei nunmehr an die Vollziehbarkeit und*

*nicht mehr an die Unanfechtbarkeit der Ausreisepflicht angeknüpft wird."*

Darauf baut auch der Erlaß des rheinland-pfälzischen Innenministers vom 17.12.2004 auf: *„Nach der Gesetzesbegründung ist bei der Frage, ob eine Ausreisemöglichkeit besteht, ferner auch die subjektive Möglichkeit und damit implizit auch die Zumutbarkeit der freiwilligen Ausreise zu berücksichtigen.“* Es wird dann auf die Ermessensausübung hingewiesen.

Gegen diese Auslegung hat harsch das Hessische Innenministerium reagiert. Im Erlaß vom 7.2.2005 heißt es: *„Entgegen anderslautender Hinweise handelt es sich nicht um eine verkappte Altfallregelung ...“*, und: *„... der Begriff der Unmöglichkeit (ist) in Abs. 5 S. 1 als objektives Tatbestandsmerkmal ohne subjektives Element zu sehen. Insoweit kommt es, anders als in Nr. 25.5.1.2 der Vorläufigen Anwendungshinweise des BMI enthalten, nur auf die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise, nicht aber darauf an, ob diese - subjektiv - zumutbar ist. Von einem bereits in § 30 Abs. 3, 4 AuslG enthaltenen Ansatz kann insoweit keine Rede sein.“*

Wer hat recht? Die Gesetzesbegründung, der BMI mit seinem Vorläufigen Anwendungshinweis und das Land Rheinland-Pfalz - oder das Land Hessen? Sicherlich enthält § 25 Abs. 5 keine *„verkappte Altfallregelung“*. Sicherlich ist es nicht überzeugend, wenn der Begriff *„unmöglich“* einfach ergänzt wird durch *„unzumutbar“*. Die Juristen sind sich einig, daß die Gesetzesauslegung sich nicht vom Gesetzestext entfernen

darf. Wegen der Bindung von Exekutive und Rechtsprechung an das Gesetz hat von allen Auslegungsarten die semantische oder, wie man auch sagt, grammatische Auslegung den Vorrang, also diejenige, die mit der strikten Wortinterpretation beginnt. Es ist der Lebendigkeit der Sprache zu verdanken, daß diese Auslegungsart häufig nicht aus der Ungewißheit führt. Wenn aber der Wortsinn eindeutig ist, haben andere Auslegungsarten wie die historische, die nach dem gesetzgeberischen Willen fragt, oder die systematische, die den Sinn aus dem Normenzusammenhang zu erschließen sucht, zurückzutreten.

Trotzdem - oder besser: gerade deswegen - kann ich mich nicht in allen Teilen der Auffassung anschließen, die mit dem hessischen Erlaß kundgetan wird. Der Gesetzgeber spricht in § 25 Abs. 5 nicht nur von „*Unmöglichkeit der Ausreise*“, sondern von der *Unmöglichkeit der Ausreise aus rechtlichen Gründen*. Natürlich wird das nicht übersehen. Sowohl in der Gesetzesbegründung wie im hessischen Erlaß wird auf die Artt. 1 und 2 GG verwiesen. „*Rechtliche Gründe*“ sind aber nicht nur Rechtspositionen, auf die sich der Einzelne als Träger von Grundrechten berufen kann. Rechtliche Gründe sind auch die objektiven verfassungsrechtlichen Grundsätze, wie sie in Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip) zum Ausdruck kommen.

Damit sind wir beim Grundsatz der Verhältnismäßigkeit angekommen. Ihn hat die Rechtsprechung aus dem Rechtsstaatsgebot entwickelt. Unangefochten gilt heute, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit potentiell in alle Rechtsverhältnisse zwischen Staat und

dem Einzelnen hineinwirkt. Er mildert Härten und erlaubt ausnahmsweise, weil er Verfassungsrang hat, sogar die Durchbrechung der Einzelregelung des einfachen Gesetzes. Nicht jede öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die sich aus einem Gesetz ergibt, ist so bedeutend, daß ihre Durchsetzung es rechtfertigt, dem Betroffenen schwere Nachteile zuzufügen (Bull, a.a.O., S. 116). Schauen wir näher hin, stellen wir fest, daß auch der hessische Erlaß den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgreift: „Die Frage der Verhältnismäßigkeit der Aufenthaltsbeendigung bzw. der Unzumutbarkeit der Ausreise, wie dies teilweise dargestellt wird, ist daher keine Frage der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 AufenthG, weil der Begriff der Unmöglichkeit in Abs. 5 S. 1 als objektives Tatbestandsmerkmal ohne subjektives Element zu verstehen ist.“ Ich teile die Auffassung, daß § 25 Abs. 5 „ohne subjektives Element“ zu verstehen sei. Im hessischen Erlaß ist aber insoweit ein Fehler unterlaufen, als die „Frage der Verhältnismäßigkeit“ ein „subjektives Element“ genannt wird. Das ist nicht richtig. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist ein objektiver Grundsatz von Verfassungsrang und hat mit subjektiver Zumutbarkeit zunächst einmal nichts zu tun. Dagegen spricht nicht, daß im Einzelfall eine Maßnahme, die als subjektiv unzumutbar erscheint, sich zugleich als ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erweist. Aber es gilt auch umgekehrt: Nicht jede als subjektiv unzumutbar erlebte staatliche Anordnung stellt sich als ein Verstoß gegen grundlegende verfassungsrechtliche Grundsätze dar.

Man muß also bei der Auslegung und Anwendung des § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anwenden. Die Rechtsprechung hat das auch in anderen Fällen gemacht, in denen wir es mit einem eindeutigen Gesetzes- oder Verordnungstext zu tun haben. Ich erinnere an § 53 AufenthG (Ist-Ausweisung). Das Bundesverwaltungsgericht hat darauf hingewiesen, daß Härten durch Duldung gemildert werden können (BVerwG, NVwZ 1994, 584). Ich erinnere etwa an die Rechtsprechung des BVerfG zur Unverhältnismäßigkeit, in bestimmten Situationen das Visumverfahren nachzuholen (der Gesetzgeber des Aufenthaltsgesetzes hat hieraus erfreulicherweise die Konsequenzen gezogen).

Es gilt also, wie in vielen anderen gesetzlichen Fallkonstellationen auch, eine Kasuistik zu entwickeln, wann die Anordnung einer Aufenthaltsbeendigung unverhältnismäßig ist. Kommt man zu diesem Ergebnis, dann ist auch festzustellen, daß die Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. Dabei kann, worauf der rheinland-pfälzische Erlaß zu recht hinweist, eine überlange Verfahrensdauer eine maßgebliche Bedeutung haben. Auch im Strafrecht kann eine überlange Verfahrensdauer dazu führen, daß der Staat seinen Strafausspruch ganz oder teilweise verwirkt. Ein anderer, wichtigerer Gesichtspunkt, der allerdings mit dem soeben genannten häufig verknüpft wird, ist die Rücksichtnahme auf hier geborene und/oder hier wesentlich geprägte Kinder. Das läßt sich verfassungsrechtlich gut begründen. Der Gesetzgeber verlangt in mehreren Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes, auf das Kindeswohl in besonderem Maße Rücksicht zu nehmen. Ich verweise beispielhaft auf § 31 Abs. 2 S. 2,

2. Halbsatz. Danach kann eine Aufenthaltsbeendigung trotz Unterschreitung der 2-Jahresgrenze unterbleiben, wenn schutzwürdige Belange des Kindeswohles dafür sprechen. Handelt es sich um Kinder, die hier aufgewachsen sind, spricht im übrigen nicht nur ein privates, sondern auch ein öffentliches Interesse für eine besonders sorgfältige Prüfung, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet ist. Denn eine Gesellschaft, die unter Vergreisung leidet, mag im Einzelfall grundlegenden gesellschaftspolitischen Interessen zuwiderhandeln, wenn sie integrierte Kinder des Landes verweist. In diesen Fällen dürfte auch § 25 Abs. 5 S. 3 keine Hürde darstellen. Denn Kindern kann ein Verschulden nicht angelastet werden. Es wäre auch unzulässig, sie rechtlich als Anhängsel der Eltern zu behandeln. Kinder sind aus eigener Person Grundrechtsträger. Man kann sie nicht wie Gepäckstücke verfrachten.

Das Thema bedarf unter dem hier genannten rechtlichen Gesichtspunkt der Vertiefung und Ausfächerung. Dabei wird zu beachten sein, daß es bei § 25 Abs. 5 nicht unmittelbar um die Aufenthaltsbeendigung geht. Jedoch bedeutet das Vorenthalten einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift die Perpetuierung der Verlassenspflicht bei Aufrechterhaltung zahlreicher sozialer Einschränkungen, von denen Kinder in ihrer Entwicklung unmittelbar betroffen sind (Arbeitslosigkeit der Eltern, Aufenthaltsbeschränkung etc.).

Ich komme bei § 25 Abs. 5 zu folgendem Ergebnis: Eine strikt an verfassungsrechtlichen Rechtspositionen und Grundsätzen orientierte Auslegung des Merkmals „aus

*rechtlichen Gründen unmöglich*" führt bei Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit in Einzelfällen dazu, daß eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Im Ergebnis, nicht in allen Teilen seiner Begründung, stimme ich daher dem rheinland-pfälzischen Erlaß vom 17.12.2004 zu, während ich es für nicht vertretbar halte, wenn im hessischen Erlaß vom 7.2.2005 die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als subjektives Element bezeichnet wird und so die Gefahr besteht, daß die Ausländerbehörde bei der Anwendung der Tatbestandsmerkmale Verfassungsrecht nicht beachtet. Gelangt man im Einzelfall dazu, daß die Tatbestandsmerkmale des § 25 Abs. 5 S. 1 erfüllt sind und die Ausschlußgründe des Satzes 3 nicht entgegenstehen, dann wird die Ermessensausübung kein Kopfzerbrechen mehr bereiten. Ich meine, wir haben es auch hier mit einem sogenannten intendierten Ermessen zu tun. Die Ausländerbehörde wird nicht zögern, die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn sie der Auffassung ist, daß die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.