

Ekkehard Hollmann

# Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes

Vortrag bei der Arbeitsgemeinschaft Pro Asyl am 2.12.2005



In Kooperation mit



## Asylverfahrensrecht (ohne Widerruf)

### Ausschluss selbstgeschaffener Nachfluchtgründe (§ 28 Abs. 2 AsylVfG)

Der mit dem Zuwanderungsgesetz neu geschaffene § 28 Abs. 2 AsylVfG sieht vor, dass selbstgeschaffene Nachfluchtgründe im Asylfolgeverfahren in der Regel nicht zur Feststellung der Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG führen können. Selbstgeschaffene Nachfluchtgründe sind in der Regel Verfolgungsgefahren durch exilpolitisches Engagement, aber etwa auch der Übertritt zu einer anderen Religionsgemeinschaft. Durch die Änderung soll der Anreiz genommen werden, auf Grund von selbstgeschaffenen Nachfluchtgründen ein Asylfolgeantrag zu stellen.<sup>1</sup>

Die Norm nimmt Bezug auf Abs. 1, ohne dass der Inhalt dieser Bezugnahme aus dem Wortlaut eindeutig zu bestimmen ist. Insofern gehen aber die Gerichte wohl einhellig davon aus, dass der Ausschluss der Nachfluchtgründe nicht greift, wenn der Entschluss zur entsprechenden Betätigung auf einer bereits im Herkunftsland erkennbar betätigten Überzeugung beruht oder wenn sich der Ausländer aufgrund seines Alters und Entwicklungsstandes noch keine feste Überzeugung hatte bilden können.<sup>2</sup> Das OVG NRW stellt in diesem Zusammenhang klar, dass es nicht darauf ankommt, ob die Art des Engagements von der Bundesrepublik politisch gebilligt wird.<sup>3</sup> Es widerspricht damit ausdrücklich einer zumindest missverständlichen Interpretation des BAMF.

Die Norm wird überwiegend auch auf Altfälle angewendet, in denen der subjektive Nachfluchtgrund bereits vor dem 1.1.2005 verwirklicht wurde.<sup>4</sup> Dem widerspricht aber das VG Gelsenkirchen.<sup>5</sup> Wenn der Nachfluchtgrund bereits vor dem 1.1.2005 verwirklicht ist, könne das Gesetz seinen Zweck, Anreize für die Schaffung von Nachfluchtgründen zu vermindern, nicht mehr erreichen.

Fraglich ist, inwieweit § 28 Abs. 2 AsylVfG mit der Genfer Flüchtlingskonvention vereinbar ist. Das hat das VG Stuttgart ausdrücklich abgelehnt.<sup>6</sup> Es argumentiert, dass das Zuwanderungsgesetz sich selbst widerspräche, wenn es auf der einen Seite in § 60 Abs. 1 AufenthG ausdrücklich auf die Genfer Flüchtlingskonvention Bezug nimmt, auf der anderen Seite aber die Anerkennung entgegen der Konvention in § 28 Abs. 2 AsylVfG ausschließt. Das sei ein Verstoß gegen Art. 33 Abs. 1 GFK. Hinzu komme, dass das Ziel von § 28 Abs. 2 AsylVfG, Anreize für das Schaffen von Bleibegründen zu nehmen, nicht erreicht werden könne, da auch bei Gewährung von subsidiärem Schutz eine Aufenthaltsverfestigung möglich sei. Im Ergebnis müsse immer dann eine Ausnahme von der Regel des § 28 Abs. 2 AsylVfG angenommen werden, wenn im konkreten Fall der Rechtsstatus nach der Genfer Flüchtlingskonvention zugestanden werden muss.

Dagegen meint das VG Neustadt a. d. W., dass kein Verstoß gegen die Genfer Flüchtlingskonvention vorliege, da das von Art. 33 Abs. 1 GFK geforderte Verbot der Abschie-

bung durch den Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2, 5 oder 7 AufenthG gewährleistet werde.<sup>7</sup>

Andere Gerichte thematisieren die Vereinbarkeit mit der Genfer Flüchtlingskonvention nicht ausdrücklich, scheinen aber Probleme mit § 28 Abs. 2 AsylVfG zu haben. So argumentiert das VG Lüneburg, dass die Norm als Ausnahmeregelung eng auszulegen sei.<sup>8</sup> Viele Gerichte versuchen offensichtlich, durch die Annahme eines Ausnahmefalles von der Regel des § 28 Abs. 2 AsylVfG die Anwendung der Norm im konkreten Fall zu vermeiden. So wurde ein Ausnahmefall bejaht, wenn der subjektive Nachfluchtgrund in einem Zusammenhang mit objektiven Gründen zu sehen ist, etwa eines verschärften Verfolgungsklimas im Heimatland, auch wenn diese objektiven Umstände allein nicht zur Anerkennung reichen würden.<sup>9</sup> Ein Ausnahmefall wurde auch dann angenommen, wenn bereits während des Erstverfahrens exilpolitisches Engagement vorlag, das erst danach ein Niveau erreichte, das eine Verfolgungsgefahr begründet.<sup>10</sup> Ausdrücklich auf die Genfer Flüchtlingskonvention Bezug nimmt das VG Mainz. Danach soll dann ein Ausnahmefall vorliegen, wenn im konkreten Fall eine Schutzlücke vorläge, weil im Einzelfall § 60 Abs. 2, 5 oder 7 AufenthG nicht eingreifen oder wegen einer regiden Praxis der Ausländerbehörden nicht mit einem Bleiberecht zu rechnen ist.<sup>11</sup>

Das VG Minden bejaht eine Ausnahme von der Regel des § 28 Abs. 2 AsylVfG, wenn sich der Ausländer nicht »asylunwürdig« verhalten hat, insbesondere wenn kein Fall einer »risikolosen Verfolgungprovokation« vorliegt. Das bejahte das Gericht im Fall einer ernstgemeinten Hinwendung eines Afghanen zum Christentum.<sup>12</sup>

Insgesamt lässt sich feststellen, dass vielen Gerichten der Widerspruch zur Genfer Flüchtlingskonvention bewusst zu sein scheint und dass sie versuchen, das Problem durch die Vermeidung der Anwendung von § 28 Abs. 2 AsylVfG im Einzelfall zu umgehen.

### Antragsfiktion bei Kindern (§ 14 a Abs. 2 AsylVfG)

§ 14 a AsylVfG sieht unter bestimmten Umständen vor, dass für Kinder von Asylsuchenden ein Asylantrag als gestellt gilt. In der Praxis umstritten ist insbesondere § 14 a Abs. 2 AsylVfG. Danach muss die nachträgliche Einreise oder Geburt eines Kindes nach der Asylantragstellung eines Elternteils beim Bundesamt angezeigt werden, wenn ein Elternteil eine Aufenthaltsgestattung besitzt oder sich nach Abschluss des Asylverfahrens ohne Aufenthaltstitel oder mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG im Bundesgebiet aufhält. Mit der Anzeige, die auch von der Ausländerbehörde vorgenommen wird, gilt ein Asylantrag als gestellt. Dadurch soll eine Verfahrensverzögerung durch sukzessive Asylanträge verhindert werden.<sup>13</sup>

Das VG Chemnitz stellte klar, dass § 14 a Abs. 2 AsylVfG jedenfalls dann nicht anwendbar ist, wenn ein Elternteil eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG besitzt. Das gilt entgegen dem Wortlaut der Norm auch dann, wenn der

andere Elternteil eine Aufenthaltsgestattung, Duldung oder Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG besitzt.<sup>14</sup>

Das Bundesamt wendet die Norm auch auf Kinder an, die vor dem 1.1.2005 eingereist oder im Bundesgebiet geboren worden sind. Einige Gerichte bestätigen dies und berufen sich dafür zumeist auf das Fehlen einer Übergangsregelung.<sup>15</sup> Andere lehnen die Anwendung ab und argumentieren zumeist ebenfalls mit dem Fehlen einer Übergangsregelung.<sup>16</sup> Interessant ist die Argumentation des VG Hannover. Dieses nimmt Bezug auf die Rechtsprechung des OVG NRW zum ebenfalls neu eingeführten § 73 Abs. 2 a AsylVfG. Das OVG NRW hatte dessen Anwendung auf Widerrufsentscheidungen, die bereits vor dem 1.1.2005 ergangen sind, als »geradezu treuwidrig« abgelehnt, da das Bundesamt keine Chance gehabt habe, der Norm genüge zu tun.<sup>17</sup> Das müsse nach Ansicht des VG Hannover für § 14 a Abs. 2 AsylVfG ebenfalls gelten.<sup>18</sup>

Einige Gerichte haben im Eilverfahren nach einer Ablehnung als offensichtlich unbegründet entschieden, dass die Anwendbarkeit zumindest zweifelhaft ist, so dass jedenfalls die Ablehnung als offensichtlich unbegründet nicht zulässig ist.<sup>19</sup>

Das VG Gießen hat entschieden, dass die Norm jedenfalls dann anwendbar ist, wenn die Anzeige der Einreise oder der Geburt nach dem 1.1.2005 erfolgte.<sup>20</sup>

Anders löste das VG Braunschweig einen Fall, in dem im gerichtlichen Verfahren nicht nur die Aufhebung des Ablehnungsbescheides, sondern die Anerkennung als Asylberechtigter verlangt worden war. Jedenfalls in der Klage auf Asylanerkennung sein ein Asylantrag zu sehen, so dass es auf die Frage der Anwendbarkeit von § 14 a Abs. 2 AsylVfG nicht mehr ankommen.<sup>21</sup>

<sup>1</sup> Gesetzesbegründung, BR-Ds. 22/03, S. 262.

<sup>2</sup> OVG NRW, U. v. 12.7.2005 - 8 A 780/04.A - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 26; VG Minden, U. v. 25.8.2005 - 9 K 2754/04.A - ASYLMAGAZIN 12/2005; VG Göttingen, U. v. 2.3.2005 - 4 A 38/03 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 37.

<sup>3</sup> OVG NRW, U. v. 12.7.2005 - 8 A 780/04.A - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 26.

<sup>4</sup> OVG NRW, U. v. 12.7.2005 - 8 A 780/04.A - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 26; VG Mainz, U. v. 27.4.2005 - 7 K 755/04.MZ - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 49.

<sup>5</sup> VG Gelsenkirchen, U. v. 4.2.2005 - 15a K 6358/02.A - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS).

<sup>6</sup> VG Stuttgart, U. v. 18.4.2005 - A 11 K 12040/03 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 29.

<sup>7</sup> VG Neustadt a. d. W.: U. v. 14.2.2005 - 3 K 2285/04.NW - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 30.

<sup>8</sup> VG Lüneburg, U. v. 11.5.2005 - 1 A 388/01 - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 40.

<sup>9</sup> VG Lüneburg, U. v. 11.5.2005 - 1 A 388/01 - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 40; VG Mainz, U. v. 4.5.2005 - 7 K 393/03.MZ - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 31 (LS).

<sup>10</sup> VG Magdeburg, U. v. 11.7.2005 - 9 A 272/04 MD - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 29.

<sup>11</sup> VG Mainz, U. v. 27.4.2005 - 7 K 755/04.MZ - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 49.

<sup>12</sup> VG Minden, U. v. 25.8.2005 - 9 K 2754/04.A - ASYLMAGAZIN 12/2005.

<sup>13</sup> Gesetzesbegründung, BR-Ds. 22/03, S. 257.

<sup>14</sup> VG Chemnitz, B. v. 22.9.2005 - A 2 K 661/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS).

<sup>15</sup> VG Hannover, B. v. 22.7.2005 - 12 B 4062/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 30 (LS); VG Karlsruhe, B. v. 27.6.2005 - A 4 K 10611/05 -

ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 31 (LS); VG Lüneburg, B. v. 21.6.2005 - 2 B 24/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 31 (LS); VG Gera, B. v. 16.6.2005 - 1 E 20074/05 Ge - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 31 (LS); VG Minden, B. v. 14.6.2005 - 11 L 359/05.A - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 31 (LS).

<sup>16</sup> VG Chemnitz, B. v. 22.9.2005 - A 2 K 661/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS); VG Hannover, B. v. 16.9.2005 - 6 B 5284/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 28; VG Gelsenkirchen, B. v. 8.8.2005 - 1a L 991/05.A - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS); VG Braunschweig, U. v. 8.7.2005 - 6 A 151/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 30 (LS); VG Saarland, B. v. 20.6.2005 - 12 F 25/05.A - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 32 (LS); VG Düsseldorf, B. v. 20.6.2005 - 20 L 1113/05.A - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 32 (LS); VG Karlsruhe, U. v. 7.6.2005 - A 11 K 10380/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 30 (LS); VG Münster, B. v. 31.5.2005 - 3 L 371/05.A - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 52 (LS); VG Stade, B. v. 3.5.2005 - 2 B 805/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 32 (LS); VG Braunschweig, B. v. 30.3.2005 - 5 B 260/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 41 (LS); VG Göttingen, B. v. 17.3.2005 - 3 B 272/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 41 (LS).

<sup>17</sup> OVG NRW, B. v. 14.4.2005 - 13 A 654/05.A - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 42.

<sup>18</sup> VG Hannover, B. v. 16.9.2005 - 6 B 5284/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 28.

<sup>19</sup> VG Sigmaringen, B. v. 24.8.2005 - A 2 K 10577/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 30 (LS); VG Lüneburg, B. v. 1.8.2005 - 4 B 31/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 30 (LS); VG Oldenburg, B. v. 22.6.2005 - 11 B 2465/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 31 (LS).

<sup>20</sup> VG Gießen, B. v. 17.8.2005 - 8 G 1802/05.A - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 30 (LS).

<sup>21</sup> VG Braunschweig, U. v. 21.6.2005 - 1 A 113/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 31 (LS).

## Aufenthaltsrecht

### Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

Durch das Zuwanderungsgesetz wurde eine Legaldefinition der Sicherung des Lebensunterhalts eingeführt (§ 2 Abs. 3 AufenthG). Danach kann der Lebensunterhalt unter anderem auch durch Kindergeld gesichert werden. Trotz dieser ausdrücklichen Regelung, die eigentlich nicht missverständlich ist, war eine Entscheidung des OVG Bremens notwendig, um auch die zuständige Ausländerbehörde davon zu überzeugen.<sup>1</sup>

Geändert hat sich auch die Rechtsprechung zur Höhe des notwendigen Lebensunterhalts. Dieser bestimmt sich anhand der Regelsätze nach SGB II oder SGB XII zzgl. Kosten für Unterkunft, Heizung, Kranken- und Pflegeversicherung. Früher wurde noch ein Zuschlag von 20 % aufgeschlagen, um nicht in den Regelsätzen enthaltene Ausgaben abzudecken. Da dieser Sonderbedarf nun pauschal in den Regelsätzen enthalten ist, ist der Zuschlag nicht mehr erforderlich.<sup>2</sup> Mittel von Familienangehörigen werden nur berücksichtigt, soweit sie mit dem Stammberechtigten in einer familiären Lebensgemeinschaft leben oder leben möchten.<sup>3</sup>

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 AufenthG setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder einer Niederlassungserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und aller für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumsantrag gemacht hat. Davon kann allerdings nach S. 2 im Ermessen abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf einen Aufenthaltstitel erfüllt werden oder wenn das nachholen des Visumsverfahren unzumutbar wäre. Diese Ausnahme hat abgelehnte Asylbewerber große praktische Bedeutung, da diese fast immer ohne das erforderliche Visum eingereist sind. Das VG Freiburg hat entschieden, dass § 3 Abs. 2 S. 2 AufenthG auch dann anwendbar ist, wenn zwar die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Ermessen der Ausländerbehörde steht, dieses Ermessen aber durch eine »Ermessensreduzierung auf Null« zu einem Anspruch erstarkt ist.<sup>4</sup> Das Gericht folgt damit den vorläufigen Anwendungshinweisen des Bundesinnenministeriums.<sup>5</sup>

### Aufenthalt von Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen (§ 25 Abs. 1 und 2 AufenthG)

Zu § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG, die verhältnismäßig eindeutig formuliert sind, liegen nur wenige Entscheidungen vor. Praktische Probleme treten immer dann auf, wenn die Asyl- oder Anerkennung oder die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus widerrufen worden ist, der Widerruf aber noch nicht unanfechtbar ist. Das VG Bremen entschied dazu mit überzeugenden Gründen, dass die Aufenthaltserlaubnis trotz des Widerrufs gemäß § 26 Abs. 2 AufenthG zu verlängern ist, solange die Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung anhängig sind.<sup>6</sup>

### Aufenthalt bei subsidiärem Schutz (§ 25 Abs. 3 AufenthG)

Durch § 25 Abs. 3 AufenthG wurde der aufenthaltsrechtliche Status von Personen mit subsidiärem Schutz (Abschiebungshindernisse nach § 60 Abs. 2, 3, 5 und 7 AufenthG) neu geregelt. Die Regelung lässt den Ausländerbehörden weniger Spielräume als das Ausländergesetz. Ebenso wie bei § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG treten aber dann Probleme auf, wenn ein Widerruf der Feststellung des Abschiebungshindernisses vorliegt. Hierzu entschied das VG Sigmaringen, dass die Ausländerbehörde auch an die widerrufenen Feststellung durch das Bundesamt gebunden ist, solange Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung anhängig sind.<sup>7</sup> Der Widerruf der Feststellung der Abschiebungshindernisse begründet auch keinen Ausnahmefall, der ein Absehen vom Regelanspruch des § 25 Abs. 3 AufenthG rechtfertigt.<sup>8</sup>

Eine lesenswerte Entscheidung hat der VGH Bad.-Württ. zur Frage der Pass- und der Ausweispflicht getroffen. Er stellte klar, dass die Verletzung der Passpflicht nach der klaren Regelung des § 5 Abs. 3 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG nicht entgegen steht. Soweit § 25 Abs. 3 AufenthG davon spreche, dass die Verletzung von Mitwirkungspflichten der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegen stünden, bezöge sich dieses nur auf Mitwirkungspflichten im Zusammenhang mit einer Ausreisemöglichkeit in einen anderen Staat, nicht auf die allgemeinen Mitwirkungspflichten. Die Verletzung der Ausweispflicht nach § 48 AufenthG stehe der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen.<sup>9</sup> Die Entscheidung ist sehr instruktiv bezüglich des Verhältnisses von Aufenthaltstitel, Passpflicht und Ausweispflicht.

Soweit ersichtlich hat sich noch kein Gericht mit den Widersprüchen zwischen § 25 Abs. 3 AufenthG und der Qualifikationsrichtlinie auseinander gesetzt.

### Vorübergehender Aufenthalt (§ 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG)

Eine Reihe von Entscheidungen beziehen sich auf § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG. Die Regelung entspricht der früheren »Ermessensduldung« nach § 55 Abs. 3 AufenthG, führt aber nicht zur Duldung, sondern zur vorübergehenden Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Eine grundlegende Entscheidung dazu hat das OVG Niedersachsen getroffen.<sup>10</sup> Es stellt zunächst klar, dass die Norm auch bei vollziehbarer Ausreisepflicht des Ausländers anwendbar ist. Es betont außerdem, dass das Ausreisehindernis vorübergehend sein muss. Im Zeitpunkt der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis müsse die Ausländerbehörde mit Wegfall des Ausreisehindernisses rechnen und Ausländer müsse seine Bereitschaft zur freiwilligen Ausreise glaubhaft machen. Falle das Ausreisehindernis wider Erwarten nicht weg, sei die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nur

nach § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG bei einer außergewöhnlicher Härte möglich.

Ein dringender persönlicher Grund für den vorübergehenden Aufenthalt wurde im Abschluss einer Schulausbildung gesehen.<sup>11</sup> Das Schüler normalerweise nicht in der Lage sind, ihren Lebensunterhalt aus eigenen Mitteln sicherzustellen, sei nach § 5 Abs. 3 2. Hs. AufenthG von der Sicherung des Lebensunterhalts regelmäßig abzusehen.<sup>12</sup>

### **Außergewöhnliche Härte (§ 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG)**

In einer ungewöhnlichen Entscheidung hat sich das OVG NRW mit § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG auseinander gesetzt. Danach kann eine Aufenthaltserlaubnis verlängert werden, auch wenn eigentlich die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen, wenn das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. Dieses bejahete das OVG NRW für einen Ausländer, der mit 7 Jahren nach Deutschland gekommen ist und eine Aufenthaltsbefugnis aufgrund einer Altfallregelung erhalten hat und dessen ganze Familie in Deutschland lebt.<sup>13</sup>

### **Ausreisehindernis (§ 25 Abs. 5 AufenthG)**

§ 25 Abs. 5 AufenthG gilt als wichtigste Norm für das Vorhaben des Gesetzgebers, die so genannten Kettenduldungen abzuschaffen. In der Rechtsprechung hat sich bislang noch keine klare Linie herausgebildet. Insbesondere die auf dem ersten Blick unverständliche Formulierung »rechtliche Ausreisehindernisse« bereitet auch der Rechtsprechung Schwierigkeiten.

Die Rechtsprechung lehnt es überwiegend ab, zielstaatsbezogene Umstände bei der Bestimmung von Ausreisehindernissen i. S. d. § 25 Abs. 5 AufenthG zu berücksichtigen, da diese in § 25 Abs. 1–3 AufenthG abschließend geregelt seien.<sup>14</sup> Zielstaatsbezogene Abschiebungshindernissen seien jedenfalls bei abgelehnten Asylbewerbern unerheblich, da die Ausländerbehörde an den ablehnenden Bescheid des Bundesamtes gebunden sei.<sup>15</sup>

Einige Gerichte gehen davon aus, dass auch die Unzumutbarkeit der Ausreise ein rechtliches Ausreisehindernis begründen kann.<sup>16</sup> Das OVG Niedersachsen widerspricht dem.<sup>17</sup> Etwas anderes ergäbe sich auch nicht aus dem Ziel des Gesetzgebers, die so genannte Kettenduldung abzuschaffen. Die Abschaffung der Duldung sei gerade nicht Gesetz geworden. Noch deutlicher wird das VG Oldenburg. Eine »zweifelsfreie gesetzgeberische Intention, dass in vielen Fällen, in denen Ausländer langjährig geduldet wurden, nunmehr ein Aufenthaltstitel zu erteilen wäre«, lasse sich nicht erkennen. Soweit einzelne Parlamentarier eine andere Zielrichtung vor Augen gehabt hätten, hätte dies einer eindeutigen gesetzlichen Bestimmung bedurft.<sup>18</sup>

Eine abstrakte Definition, unter welchen Umständen die Ausreise unzumutbar ist, versucht das VG Braunschweig.

Danach ist die Ausreise Unzumutbar, wenn das private Interesse am Verbleib im Bundesgebiet das öffentliche Interesse am Verlassen des Bundesgebietes überwiegt. Das sei insbesondere der Fall, wenn ein allgemeiner Abschiebungsstopp verhängt sei, im konkreten Fall bei Roma aus dem Kosovo.<sup>19</sup> Auf diesem Wege flossen also indirekt zielstaatsbezogene Umstände in die Beurteilung mit ein. Dem hat das OVG Niedersachsen allerdings ausdrücklich widersprochen.<sup>20</sup> Rechtliche Unmöglichkeit kann sich nach der Rechtsprechung des VG Braunschweig außerdem aus Art. 6 GG ergeben oder wenn die Abschiebung als solches zu einer Verschlimmerung einer Krankheit führen würde.<sup>21</sup>

Mehrere Gerichte entschieden, dass allein ein langjähriger Aufenthalt die Ausreise nicht unzumutbar mache.<sup>22</sup> Dem widerspricht das VG Stuttgart. Es entschied im Anschluss an eine Entscheidung zur Aufenthaltsbefugnis<sup>23</sup> und unter Berufung auf eine neue Entscheidung des EGMR<sup>24</sup>, dass die Abschiebung von Kindern und Jugendlichen, die in Deutschland aufgewachsen und gut integriert sind, gegen Art. 8 EMRK verstoße.<sup>25</sup> Ergänzend bezog es sich auf das Recht aus Heimat in Art. 2 Abs. 2 der bad.-württ. Landesverfassung und auf den Schutz des Kindeswohls aus der UN-Kinderschutzkonvention als Bestandteil des Völkerrechts. Dem widerspricht wiederum das VG Oldenburg. Während des Aufenthalts ohne Aufenthaltsrecht könne kein schutzwürdiges Vertrauen entstehen.<sup>26</sup>

Tatsächliche Unmöglichkeit der Ausreise wurde unter anderem angenommen, wenn kein aufnahmebereiter Staat gegeben ist. Im konkreten Fall ging es um staatenlose Kurden aus Syrien.<sup>27</sup>

Dagegen wurde – mit Ausnahme der oben erwähnten Entscheidung des VG Braunschweig – die Annahme von tatsächlichen oder rechtlichen Ausreisehindernisse für Roma oder Ashkali aus dem Kosovo abgelehnt.<sup>28</sup>

Das VG Oldenburg stellt klar, dass § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG lediglich die Rechtsfolge verändert, nicht die Voraussetzungen von Satz 1 aufhebt.<sup>29</sup>

Mit dem Problem der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen beschäftigte sich das VG Osnabrück. Danach kann von dem Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen – im konkreten Fall ging es um die Sicherung des Lebensunterhalts – abgesehen werden, wenn ein dauerhaftes Ausreisehindernis vorliegt.<sup>30</sup> Das VG Stuttgart geht davon aus, dass jedenfalls nach einer Aussetzung der Abschiebung für mindestens 18 Monate die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen regelmäßig zurücktreten.<sup>31</sup>

Das VG Osnabrück beschäftigte sich zudem mit der Ermessensausübung bei § 25 Abs. 5 AufenthG. Dabei seien alle öffentlichen und private Belange gegeneinander abzuwägen. Der Sozialhilfebezug spreche nicht gegen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn der Ausländer aufgrund seines Aufenthaltsstatus nicht in der Lage war, eine Erwerbstätigkeit auszuüben.<sup>32</sup> Da § 25 Abs. 5 AufenthG regelmäßig Ausländer mit einer Duldung betrifft, hat diese Entscheidung große Bedeutung.

Einen auf den ersten Blick ungewöhnlichen Anwendungsbereich von § 25 Abs. 5 AufenthG haben Entscheidungen der VG Stuttgart und Sigmaringen eröffnet. Danach ist § 25 Abs. 5 AufenthG bei ausgewiesenen Ausländern anwendbar, die nicht ausreisen können.<sup>33</sup> Das betrifft insbesondere Asylberechtigte und anerkannte Flüchtlinge. Ohne die Anwendung von § 25 Abs. 5 AufenthG müssten diese wegen des Einreise- und Aufenthaltsverbot des § 11 Abs. 1 AufenthG dauerhaft mit Duldungen leben.

### Niederlassungserlaubnis (§ 26 Abs. 4 AufenthG)

§ 26 Abs. 4 AufenthG betrifft die Verfestigung des Aufenthalts aus humanitären Gründen. Hierzu hat das OVG NRW klargestellt, dass die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nur dann in Betracht kommt, wenn die Voraussetzungen der Aufenthaltserlaubnis nach § 22–25 AufenthG weiter vorliegen.<sup>34</sup> Das VG Düsseldorf stellte fest, dass § 26 Abs. 4 AufenthG den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis voraussetzt.<sup>35</sup> Die direkte Erteilung einer Niederlassungserlaubnis unter Anrechnung der Zeiten des Asylverfahrens oder von Duldungszeiten vor dem 1.1.2005 ist danach nicht möglich.

### Familieneinheit

Eine der rechtspolitisch fragwürdigsten Normen des Aufenthaltsgesetzes ist § 29 Abs. 3 S. 2 AufenthG. Danach ist der Familiennachzug zu Ausländern, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 oder 5 AufenthG besitzen, ausgeschlossen. Bislang liegen zwar noch keine Entscheidungen vor, die sich mit der Frage der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK auseinandersetzen. Aber das VGH Baden-Württemberg hat in einem anderen Zusammenhang durchblicken lassen, dass zumindest Zweifel daran bestehen. Die Entscheidung betraf die Erteilung einer Duldung an den Ehemann einer schwer kranken Frau, die voraussichtlich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erhalten würde. Der VGH argumentierte, dass dem Ehemann die Ausreise unter anderem deshalb nicht zuzumuten ist, weil er wegen § 29 Abs. 3 S. 2 AufenthG nicht damit rechnen kann, auf dem Wege des Ehegattennachzuges zurückzukehren. Die Abschiebung führe daher zu einer dauerhaften Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft und verstoße gegen Art. 6 GG und Art. 8 EMRK.<sup>36</sup>

### Härtefallregelung (§ 23 a AufenthG)

Mit § 23 a AufenthG hat der Gesetzgeber ein Härtefallverfahren geschaffen. Die Regelung ist geprägt von dem Bemühen des Gesetzgebers, jegliche Form von gerichtlichen Rechtsschutz auszuschließen. Dem sind das OVG NRW und das OVG und VG Schleswig-Holstein gefolgt.<sup>37</sup>

## Erwerbstätigkeit

Große praktische Probleme durch das Zuwanderungsgesetz sind bei der Erwerbstätigkeit von Ausländern mit geduldetem Aufenthalt entstanden. Das war deshalb überraschend, weil das Zuwanderungsgesetz in dieser Frage keine inhaltliche Änderung mit sich gebracht hat, sondern lediglich eine Änderung der Zuständigkeit. Dieses führte aber zu einer deutlich verschärften Anwendungspraxis, die sich auch auf die Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte auswirkte.

Mehrere Gerichte stellten klar, dass Rechtsschutz auf dem Wege der Verpflichtungsklage bzw. eines Antrags auf einstweilige Anordnung zu suchen sei.<sup>38</sup> Das war in der Praxis deshalb unklar, weil viele Ausländerbehörden nach wie vor den Zusatz »Erwerbstätigkeit nicht gestattet.« in die Duldung stempelten. Diese wird aber überwiegend lediglich als Wiedergabe der Rechtslage gesehen.<sup>39</sup> Das VG Braunschweig hat dagegen den Zusatz wegen seiner abschreckenden Wirkung für anfechtbar gehalten.<sup>40</sup> Ein vorbeugendes Verbot der Erwerbstätigkeit sei unzulässig.

Eine differenzierende Auffassung zur Frage des statthaften Rechtsmittels vertritt das VG Karlsruhe. Danach ist bei der erstmaligen Erteilung einer Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit die Verpflichtungsklage bzw. ein Antrag auf einstweilige Anordnung das richtige Rechtsmittel. Wenn es dagegen um die Änderung oder Aufhebung einer Nebenbestimmung, die die Ausübung einer Erwerbstätigkeit betrifft, sei die Anfechtungsklage bzw. ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft.<sup>41</sup>

Eine einstweilige Anordnung setzt einen Anordnungsgrund, also Eilbedürftigkeit, voraus. Daran fehlt es nach einer Entscheidung des VGH Bad.-Württ. in der Regel. Etwas Anderes könne aber etwa dann gelten, wenn der Ausländer Gefahr liefe, seine Stelle zu verlieren, oder wenn nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens nicht mehr zu erwarten sei, dass der Ausländer eine Stelle findet.<sup>42</sup> Mehrere Verwaltungsgerichte haben die Eilbedürftigkeit ebenfalls jedenfalls für den Fall bejaht, in dem der Verlust der Arbeitsstelle drohte.<sup>43</sup>

Inhaltlich setzt die Erlaubnis einer Erwerbstätigkeit eine Wartefrist von einem Jahr voraus (§ 10 BeschVerfV). Dazu entschied das VG Münster, dass diese nur bei der erstmaligen Erteilung einer Erlaubnis erfüllt werden muss.<sup>44</sup> Zur wichtigen Frage, ob Zeiten des Asylverfahrens bei der Wartefrist mitzählen, liegen – soweit ersichtlich – noch keine Entscheidungen vor.<sup>45</sup>

Große praktische Bedeutung hat der Ausschlussgrund des § 11 BeschVerfV. Danach ist die Erlaubnis zu verweigern, insbesondere wenn aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus vom Ausländer zu vertretenen Gründen nicht vollzogen werden können. Die Beweislast dafür trägt die Ausländerbehörde.<sup>46</sup> Der VGH Hessen bejahte den Ausschlussgrund bei einem Iraner, der sich weigerte, bei der Auslandsvertretung eine Freiwilligkeitserklärung abzugeben.<sup>47</sup> Der VGH Bad.-Württ. stellte aber klar, dass das Verhalten für die fehlende Möglichkeit der Aufenthaltsbeendigung ursächlich

sein muss. Daran fehle es, wenn der Ausländer aufgrund eines allgemeinen Abschiebungsstopps – im konkreten Fall: Irak – mit hoher Wahrscheinlichkeit ohnehin nicht abgeschoben werden könne.<sup>48</sup>

Der VGH Bad.-Württ. hat sich mit der Frage der Ermessensausübung bei § 10 BeschVerfV beschäftigt. Er führte aus, dass das Unterlassen von unzumutbaren Mitwirkungshandlungen nicht im Rahmen der Ermessensausübung gegen die Erlaubnis der Erwerbstätigkeit spricht. Darüber hinaus ergebe sich aber auch § 11 BeschVerfV kein Berücksichtigungsverbot. Insbesondere könne mangelnde Mitwirkung bei der Passbeschaffung auch dann gegen die Erlaubnis der Erwerbstätigkeit sprechen, wenn sie mangels Ursächlichkeit für das Abschiebungshindernis nicht den Ausschlussgrund des § 11 BeschVerfV erfüllt.<sup>49</sup>

- <sup>1</sup> OVG Bremen, B. v. 4.8.2005 - 1 A 171/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 35 (LS).
- <sup>2</sup> OVG Berlin, B. v. 10.3.2005 - 2 M 70.04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 34 (LS).
- <sup>3</sup> VG Berlin, U. v. 13.5.2005 - 28 V 63.04 - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS).
- <sup>4</sup> VG Freiburg, U. v. 12.4.2005 - 8 K 1275/03 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 33.
- <sup>5</sup> Bundesinnenministerium, Vorläufige Anwendungshinweise zum AufenthaltG, 5.2.2.
- <sup>6</sup> VG Bremen, B. v. 2.6.2005 - 4 V 465/05 - ASYLMAGAZIN 7–8/2005, S. 53.
- <sup>7</sup> VG Sigmaringen, U. v. 14.6.2005 - 7 K 1166/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 32; die Bindung an einen Bundesamtsbescheid bejahend auch VG Oldenburg, U. v. 14.9.2005 - 11 A 1820/04 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>8</sup> VG Sigmaringen, U. v. 14.6.2005 - 7 K 1166/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 32.
- <sup>9</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 30.5.2005 - 13 S 1310/04 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 33.
- <sup>10</sup> OVG Niedersachsen, B. v. 27.6.2005 - 11 ME 96/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 32.
- <sup>11</sup> VG Bremen, B. v. 18.1.2005 - 4 V 2519/04 - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 40 (LS).
- <sup>12</sup> OVG Niedersachsen, B. v. 27.6.2005 - 11 ME 96/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 32.
- <sup>13</sup> OVG NRW, B. v. 20.5.2005 - 18 B 1207/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 30.
- <sup>14</sup> OVG Niedersachsen, B. v. 24.10.2005 - 8 LA 123/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005; VG Oldenburg, U. v. 14.9.2005 - 11 A 1820/04 - ASYLMAGAZIN 12/2005; so wohl auch VG Braunschweig, U. v. 29.6.2005 - 6 A 171/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 17.
- <sup>15</sup> VG Oldenburg, U. v. 11.5.2005 - 11 A 2574/03 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 34 (LS).
- <sup>16</sup> VGH Hessen, B. v. 1.6.2005 - 3 TG 1273/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 33; VG Stuttgart, U. v. 11.10.2005 - 11 K 5363/03 - ASYLMAGAZIN 12/2005; VG Braunschweig, U. v. 29.6.2005 - 6 A 171/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 17; VG Saarland, U. v. 2.3.2005 - 10 K 173/04 - ASYLMAGAZIN 7–8/2005, S. 55 (LS).
- <sup>17</sup> OVG Niedersachsen, B. v. 24.10.2005 - 8 LA 123/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>18</sup> VG Oldenburg, U. v. 14.9.2005 - 11 A 1820/04 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>19</sup> VG Braunschweig, U. v. 29.6.2005 - 6 A 171/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 17.
- <sup>20</sup> OVG Niedersachsen, B. v. 24.10.2005 - 8 LA 123/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>21</sup> VG Braunschweig, U. v. 29.6.2005 - 6 A 171/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 17.
- <sup>22</sup> VG Oldenburg, U. v. 11.5.2005 - 11 A 2574/03 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 34 (LS); VG Saarland, U. v. 2.3.2005 - 10 K 173/04 - ASYLMAGAZIN 7–8/2005, S. 55 (LS).
- <sup>23</sup> VG Stuttgart, U. v. 24.5.2004 - 11 K 4809/03 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 44.
- <sup>24</sup> EGMR, U. v. 16.6.2005 - 60654 - Sisojeva gg. Lettland, InfAuslR 2005, 349.

- <sup>25</sup> VG Stuttgart, U. v. 11.10.2005 - 11 K 5363/03 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>26</sup> VG Oldenburg, U. v. 14.9.2005 - 11 A 1820/04 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>27</sup> VG Osnabrück, U. v. 19.9.2005 - 5 A 736/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 31.
- <sup>28</sup> OVG Niedersachsen, B. v. 24.10.2005 - 8 LA 123/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005; VG Oldenburg, U. v. 14.9.2005 - 11 A 1820/04 - ASYLMAGAZIN 12/2005; VG Osnabrück, U. v. 5.4.2005 - 5 A 595/04 - ASYLMAGAZIN 7–8/2005, S. 31 (LS); VG Saarland, U. v. 2.3.2005 - 10 K 173/04 - ASYLMAGAZIN 7–8/2005, S. 55 (LS).
- <sup>29</sup> VG Oldenburg, U. v. 14.9.2005 - 11 A 1820/04 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>30</sup> VG Osnabrück, U. v. 19.9.2005 - 5 A 736/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 31.
- <sup>31</sup> VG Stuttgart, U. v. 11.10.2005 - 11 K 5363/03 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>32</sup> VG Osnabrück, U. v. 19.9.2005 - 5 A 736/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 31.
- <sup>33</sup> VG Stuttgart, U. v. 2.6.2005 - 12 K 1791/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 34 (LS); VG Sigmaringen, U. v. 22.2.2005 - 4 K 16/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 35 (LS).
- <sup>34</sup> OVG NRW, B. v. 12.1.2005 - 18 B 60/05 - ASYLMAGAZIN 4/2005, S. 41 (LS).
- <sup>35</sup> VG Düsseldorf, B. v. 7.1.2005 - 24 L 13/05 - ASYLMAGAZIN 4/2005, S. 42 (LS).
- <sup>36</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 9.3.2005 - 13 S 1815/04 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 42.
- <sup>37</sup> OVG NRW, B. v. 26.9.2005 - 18 B 1476/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 33 (LS); OVG Schleswig-Holstein, B. v. 27.7.2005 - 4 MB 72/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 34 (LS); VG Schleswig-Holstein, B. v. 21.6.2005 - 2 B 68/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 34.
- <sup>38</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005; OVG NRW, B. v. 22.4.2005 - 18 B 574/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005; VG Karlsruhe, B. v. 2.8.2005 - 6 K 1458/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 34 (LS); VG Karlsruhe, B. v. 14.4.2005 - 10 K 493/05 - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 35 (LS); VG Münster, B. v. 31.3.2005 - 8 L 189/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43; VG Hannover, B. v. 14.3.2005 - 2 B 1087/05 ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 44.
- <sup>39</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005; OVG NRW, B. v. 22.4.2005 - 18 B 574/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>40</sup> VG Braunschweig, B. v. 6.4.2005 - 6 B 113/05 - ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 35.
- <sup>41</sup> VG Karlsruhe, B. v. 2.8.2005 - 6 K 1458/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 34.
- <sup>42</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>43</sup> VG Münster, B. v. 31.3.2005 - 8 L 189/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43; VG Hannover, B. v. 14.3.2005 - 2 B 1087/05 ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 44.
- <sup>44</sup> VG Münster, B. v. 31.3.2005 - 8 L 189/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43; offen gelassen VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>45</sup> offen gelassen VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>46</sup> VG Sigmaringen, U. v. 14.6.2005 - 4 K 468/05 - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 35; VG Münster, B. v. 31.3.2005 - 8 L 189/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43.
- <sup>47</sup> VGH Hessen, B. v. 28.1.2005 - 9 UZ 1412/04 - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 34.
- <sup>48</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.
- <sup>49</sup> VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - ASYLMAGAZIN 12/2005.

## Sozialrecht

### Asylbewerberleistungsgesetz

Durch das Zuwanderungsgesetz wurde § 2 AsylbLG neu gefasst. Danach haben Leistungsberechtigte nach dem Asylbewerberleistungsgesetz Anspruch auf Leistungen entsprechend dem Sozialgesetzbuch XII, wenn sie insgesamt 36 Monate Leistungen nach § 3 AsylbLG bezogen haben und die Dauer des Aufenthalts nicht rechtsmissbräuchlich beeinflusst haben.

Das LSG NRW stellte klar, dass die Wartefrist nicht mit dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes neu erfüllt werden muss.<sup>1</sup> Wer also bereits nach der alten Rechtslagen Leistungen nach § 2 AsylbLG bezog, erhält diese auch weiterhin.

Mehrere Gerichte entschieden, dass allein die Verweigerung der freiwilligen Ausreise keine rechtsmissbräuchliche Verlängerung des Aufenthalts darstelle.<sup>2</sup> Diese Rechtsprechung ist von großer Bedeutung, da die Behörden etwa beim Kosovo und bei Afghanistan von der Möglichkeit der freiwilligen Rückkehr ausgehen.

Andere Gerichte gehen davon aus, dass jedenfalls dann kein Rechtsmissbrauch vorliegt, wenn die Rückkehr unzumutbar ist.<sup>3</sup> In eine ähnliche Richtung geht das OVG Bremen, das dann keinen Rechtsmissbrauch sieht, wenn vertretbare Gründe für Verbleiben in Deutschland bestehen, was insbesondere bei Bedenken gegen Rückkehr der Fall sei.<sup>4</sup> Die Rückkehr in den Irak wurde wegen der damit verbundenen Gefahren vom SG Dessau für unzumutbar gehalten.<sup>5</sup> Dagegen ist die Zumutbarkeit der Rückkehr von Ashkali in das Kosovo umstritten.<sup>6</sup>

Der Rechtsmissbrauch wurde bejaht bei Vernichtung des Passes<sup>7</sup>, falsche Angaben zur Identität<sup>8</sup> oder mangelnder Mitwirkung bei der Passbeschaffung<sup>9</sup>. Im zweiten Fall ist es aber nach dem SG Hildesheim erforderlich, dass die Ausländerbehörde auf die konkret vorzunehmende Mitwirkungshandlung hingewiesen hat.<sup>10</sup> Der in der Praxis zu beobachtende pauschale Vorwurf der mangelnden Mitwirkung genügt also nicht für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs.

Beendet der Ausländer sein rechtsmissbräuchliches Verhalten, beginnt nach einer Entscheidung des LSG Thüringen die Wartefrist von 36 Monaten von vorn zu laufen.<sup>11</sup>

Eilrechtsschutz ist auf dem Wege der einstweiligen Anordnung zu suchen. Dazu hat das OVG Bremen entschieden, dass die Eilbedürftigkeit bei Geltendmachung eines Anspruchs nach § 2 AsylbLG regelmäßig vorliegt.<sup>12</sup> Das LSG NRW sieht ebenfalls die Eilbedürftigkeit immer dann als gegeben an, wenn Leistungen im Streit sind, die

unter den Leistungen nach SGB XII liegen.<sup>13</sup> Dagegen ist das SG Dortmund der Ansicht, dass Einbedürftigkeit nur dann gegeben sei, wenn dem Antragsteller weniger als 70 % des Regelsatzes nach SGB XII bleiben.<sup>14</sup>

### SGB II

Auf dem ersten Blick unklar ist die Frage, ob Ausländer, die nicht dem Asylbewerberleistungsgesetz unterfallen und die nur mit Zustimmung der Bundesagentur eine Erwerbstätigkeit ausüben, Leistungen nach dem SGB II beziehen können. Das bejaht das SG Dessau. Nach § 8 Abs. 2 SGB II genüge es, wenn dem Ausländer die Erwerbstätigkeit erlaubt werden könne.<sup>15</sup>

Nach § 28 Abs. 1 SGB II erhalten nicht erwerbsfähige Angehörige von Leistungsberechtigten nach dem SGB II Sozialgeld. Das gilt nach Auffassung des SG Dessau auch für ausländische Familienangehörige, unabhängig davon, ob sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben.<sup>16</sup>

<sup>1</sup> LSG NRW, B. v. 14.9.2005 - L 12 B 5/05 AY ER - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 36 (LS).

<sup>2</sup> SG Schleswig, B. v. 22.9.2005 - S 10 AY 128/05 ER - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS); SG Duisburg, B. v. 19.7.2005 - S 17 AY 13/05 ER - ASYLMAGAZIN 10/2005, S. 36 (LS); SG Hildesheim, B. v. 28.2.2005 - S 34 AY 2/05 ER - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 47; SG Lüneburg, B. v. 7.2.2005 - S 26 AY 2/05 ER - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 41; SG Hannover, B. v. 20.1.2005 - S 51 AY 1/05 ER - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 41.

<sup>3</sup> SG Dessau, B. v. 3.6.2005 - S 7 AY 2/05 ER - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 19; SG Braunschweig, B. v. 25.1.2005 - S 20 AY 2/05 ER - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 41; VG Sigmaringen, B. v. 24.1.2005 - 5 K 2193/04 - ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 39 (LS).

<sup>4</sup> OVG Bremen, B. v. 6.9.2005 - S 3 B 199/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 35.

<sup>5</sup> SG Dessau, B. v. 3.6.2005 - S 7 AY 2/05 ER - ASYLMAGAZIN 9/2005, S. 19.

<sup>6</sup> verneinend: VG Sigmaringen, B. v. 24.1.2005 - 5 K 2193/04 - ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 39 (LS); bejahend OVG Bremen, B. v. 6.9.2005 - S 3 B 199/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 35; SG Braunschweig, B. v. 25.1.2005 - S 20 AY 2/05 ER - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 41.

<sup>7</sup> VG Osnabrück, B. v. 20.5.2005 - S 16 AY 6/05 ER - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 56.

<sup>8</sup> LSG Thüringen, B. v. 11.7.2005 - L 8 AY 379/05 ER - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 35 (LS).

<sup>9</sup> SG Hildesheim, B. v. 25.5.2005 - S 24 AY 8/05 ER - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 56 (LS).

<sup>10</sup> SG Hildesheim, B. v. 25.5.2005 - S 24 AY 8/05 ER - ASYLMAGAZIN 7-8/2005, S. 56 (LS).

<sup>11</sup> LSG Thüringen, B. v. 11.7.2005 - L 8 AY 379/05 ER - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 35 (LS).

<sup>12</sup> OVG Bremen, B. v. 6.9.2005 - S 3 B 199/05 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 35.

<sup>13</sup> LSG NRW, B. v. 28.10.2005 - L 9 B 13/05 AY ER - ASYLMAGAZIN 12/2005.

<sup>14</sup> SG Dortmund, B. v. 8.9.2005 - S 35 SO 252/05 ER - ASYLMAGAZIN 12/2005 (LS).

<sup>15</sup> SG Dessau, B. v. 21.7.2005 - S 9 AS 386/05 ER - ASYLMAGAZIN 12/2005.

<sup>16</sup> SG Dessau, B. v. 15.7.2005 - S 9 AS 396/05 ER - ASYLMAGAZIN 12/2005.