

Frankfurt am Main, 28.2.2005

## Stellungnahme

### zu den vorläufigen Anwendungshinweisen des BMI zum Aufenthaltsgesetz\*

Am 1. Januar 2005 ist das Zuwanderungsgesetz in Kraft getreten. Bei den Verhandlungen um das Gesetz haben die führenden Innenpolitiker von Rot-Grün betont, dass Defizite des Ausländergesetzes von 1990 behoben werden sollten – unter anderem sollte die Abschaffung der Kettenduldungen, die Lösung von Härtefällen durch die Härtefallregelung und eine Verbesserung des Flüchtlingsschutzes erreicht werden.

Nun ist zu befürchten, dass diese Ansätze im Aufenthaltsgesetz nicht eingelöst werden. Die im Dezember 2004 vom Bundesinnenministerium herausgegebenen vorläufigen Anwendungshinweise konterkarieren positive Intentionen des Gesetzgebers.

#### 1. Abschaffung der Kettenduldungen (Anwendungshinweise zu § 25 Abs. 5 AufenthG)

Während der Verhandlungen zum Zuwanderungsgesetz hat die Regierungskoalition wiederholt herausgestellt, dass die Praxis der Dauerduldungen nicht länger hingenommen werden sollte. „Duldungen, insbesondere Kettenduldungen stellen keinen Aufenthaltstitel dar. Sie sollten auf insgesamt maximal ein Jahr begrenzt werden.“, heißt es in dem Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion von 2001. Auch Bündnis 90/Die Grünen haben auf dem Parteitag im November 2003 beschlossen: „Der unwürdige Zustand langjähriger Kettenduldungen muss ein Ende haben.“

Die gesetzliche Umsetzung dieser politischen Absicht sollte durch § 25 Abs. 5 AufenthG erreicht werden. PRO ASYL hatte die Regelung frühzeitig als unzureichend kritisiert.

Nun hat das Bundesinnenministerium vorläufige Anwendungshinweise zur Interpretation des § 25 Abs. 5 AufenthG herausgegeben. Diese Anwendungshinweise (Anwendungshinweis Nr. 25.5 ff.) lassen zentrale Punkte der Gesetzesbegründung außer acht. Während restriktive Aspekte aufgegriffen wurden, fehlen wichtige Passagen, die die Überwindung der Kettenduldungen intendieren.

Die Gesetzesbegründung sieht vor, dass die „subjektive Möglichkeit – und damit implizit auch die Zumutbarkeit – der Ausreise“ zu prüfen ist. Hiermit sollte der unbestimmte Rechtsbegriff des Ausreisehindernisses näher konturiert werden. Denn theoretisch ist die „freiwillige Ausreise“ fast immer möglich. Auf die faktische Ausreisemöglichkeit allein kann es jedoch nicht ankommen. Dann wäre der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 5 AufenthG nahezu auf Null reduziert. Genau dies wollte der Gesetzgeber aber nicht. Deshalb hat er in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht, dass es auch auf die *subjektive Möglichkeit* der Ausreise, also ihre Zumutbarkeit, ankommen muss. Die Anwendungshinweise spiegeln dies, wenn über-

---

\* Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz/EU, Stand: 22.12.2004. Zu finden unter: [www.fluechtlingsrat-berlin.de](http://www.fluechtlingsrat-berlin.de)

haupt, kaum wieder. Dort heißt es lediglich: „*Ein Ausreisehindernis liegt nicht vor, wenn zwar eine Abschiebung nicht möglich ist, (...), eine freiwillige Ausreise jedoch möglich und zumutbar ist*“ (Anwendungshinweis Nr. 25.5.1.2) Hier kann nur aus dem Umkehrschluss gefolgert werden, dass die Unzumutbarkeit der Ausreise eine Rolle spielt. In der Praxis reicht dieser Hinweis jedoch nicht aus. Den Ausländerbehörden, die sich an den vorläufigen Anwendungshinweisen orientieren, müssen deutliche Vorgaben gemacht werden, damit künftig Ketenduldungen verhindert werden können.

Weiterhin fehlen in den vorläufigen Anwendungshinweisen Vorgaben zum Umgang mit geduldeten Minderjährigen. Die Gesetzesbegründung sieht ausdrücklich vor, dass bei Minderjährigen ein positiver Ermessensgebrauch erfolgen soll (Gesetzesbegründung S. 182). Minderjährige werden durch das Leben mit einer Duldung besonders stark in ihrer Entwicklung beschränkt – insbesondere durch die Verwehrung des Zugangs zu Ausbildungsplätzen, zu einem Studienplatz oder durch die Angst vor der Abschiebung. Andererseits sind Minderjährige, besonders lern- und aufnahmefähig und werden durch den Aufenthalt in Deutschland so sehr geprägt, dass sie sich kaum noch in die Gesellschaft ihres Herkunftslandes integrieren können. Eine Ausreise ist dann oftmals unzumutbar und unverhältnismäßig.

Generell gilt bei Personen mit langjährigem Aufenthalt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten ist. Der Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004 sieht entsprechende Hinweise zu § 25 Abs. 5 AufenthG vor. Er sieht insbesondere in drei Fallkonstellationen die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht als nicht mehr als verhältnismäßig an:

“ ....

- *Bei besonders gelagerten Problemfällen, bei denen die Ausländerbehörden unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles im Ermessenswege über einen längeren Zeitraum erkennbar von der Durchsetzung der Ausreisepflicht abgesehen hat.*
- *Gleiches gilt für Fallgestaltungen bei denen durch eine überlange Verfahrensdauer, die vom Ausländer nicht zu vertreten ist, ein langjähriger Aufenthalt und eine vollständige Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik eingetreten ist.*
- *Eine Aufenthaltsbeendigung ist ferner als unverhältnismäßig anzusehen, wenn der Ausländer aufgrund seiner gesamten Entwicklung faktisch zu einem Inländer geworden ist und ihm wegen den Besonderheiten des Falles ein Leben im Staat seiner Staatsangehörigkeit, zu dem er keinen Bezug hat, nicht zuzumuten ist. Dies kann insbesondere bei Personen der Fall sein, die in der Bundesrepublik geboren sind oder als Minderjährige in die Bundesrepublik eingereist sind und ausschließlich hier die Schule besucht haben bzw. noch besuchen oder sich bereits in einer Ausbildung befinden ....“ (Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004)*

### **Weitere Probleme bei der Auslegung des § 25 Abs. 5 AufenthG**

Grundsätzlich verlangt § 3 AufenthG für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, dass der Ausländer einen Pass besitzt. Jedoch kann gem. § 5 Abs. 3 2. HS. im Falle eines humanitären Aufenthaltes hiervon abgesehen werden. Von dieser Möglichkeit machen die Ausländerbehörden jedoch kaum Gebrauch. Stattdessen wird die Nichterfüllung der Passpflicht als Argument genutzt, die Aufenthaltserlaubnis zu verweigern. Das Hessische Innenministerium verstärkt diese restriktive Praxis nun mit seinen Anwendungshinweisen zu § 25 Abs. 5 AufenthG und verweist auf die Anwendungshinweisen des BMI. „*Aus § 82 Abs. 1 i.V.m. Nr. 3.3.1.4 der vorläufigen Anwendungshinweise des BMI... ergibt sich, dass bei Passlosigkeit solange von der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise des Ausländers auszugehen ist, bis er durch geeignete Unterlagen nachweist, dass er alles zur Passbeschaffung Erforderliche unternommen, im Bedarfsfalle insbesondere eine Freiwilligkeitserklärung abgegeben hat und*

*ihm trotzdem kein zur Einreise in seinen Heimatstaat berechtigendes Dokument ausgestellt wird. (...) Bis zum Nachweis des Gegenteils ist also davon auszugehen, dass jeder Staat bei Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommt, eigenen Staatsangehörigen das Betreten des Staatsgebietes und den Aufenthalt darin zu ermöglichen.“* (Anwendungshinweise des Hessischen Innenministeriums vom 7.2.2005)  
 Die Ausländerbehörden unterstellen oftmals, der Ausländer habe nicht an der Passbeschaffung mitgewirkt, obwohl dies nachweislich nicht der Fall ist. Allein die Tatsache, dass kein Pass vorliegt, reicht für die Annahme aus, der Ausländer habe sein Ausreisehindernis selbst zu vertreten. Damit wird ein Großteil der Betroffenen von der Chance auf eine Aufenthaltserlaubnis von vorneherein ausgeschlossen.

### **Wer ist betroffen?**

In Deutschland leben 200.000 Menschen, die nur im Besitz einer Duldung sind. Von diesen sind ca. 150.000 Menschen schon länger als fünf Jahre geduldet.

Betroffen von der restriktiven Auslegung der neuen Regelungen werden zum Beispiel die Geduldeten sein, die aus Afghanistan und aus dem Kosovo stammen. Die Anwendungshinweise aus dem Hessischen Innenministerium stellen z.B. zu Staatsangehörigen aus Afghanistan und dem Kosovo fest, dass diese freiwillig ausreisen können. Selbst bei Minderheiten (Roma, Serben, Ashkali, Ägypter) sei die freiwillige Ausreise möglich – obwohl UNMIK für diese Gruppen eine Abschiebung ausdrücklich nicht zulässt.

Aber nicht nur in Hessen, sondern auch in Bundesländern, in denen keine allgemeine Weisungslage existiert, verfahren die Ausländerbehörden entsprechend. PRO ASYL liegen aus fast allen Bundesländern negative Berichte vor.

Das Abstellen auf die Möglichkeit der „freiwilligen Ausreise“ oder die „Passlosigkeit“ bedeutet für fast alle Geduldeten den Ausschluss von einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Mit der vom BMI vorgegebenen Auslegung von § 25 Abs. 5 AufenthG werden die Kettenduldungen nicht abgeschafft.

## **2. Aufenthaltserlaubnis zum vorübergehenden Aufenthalt /Härtefallregelung (Anwendungshinweise zu § 25 Abs. 4 AufenthG)**

### **Aufenthaltserlaubnis zum vorübergehenden Aufenthalt, § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG**

§ 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG soll die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt in den Fällen ermöglichen, in denen bisher nach § 55 Abs. 3 AuslG eine Duldung erteilt werden konnte. Ein entsprechender Duldungsgrund ist in § 60a AufenthG nicht mehr vorgesehen. Dies macht aber nur Sinn, wenn die Betroffenen stattdessen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG erhalten.

Die Anwendungshinweise zu § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG sehen jedoch eine derart gravierende Einschränkung vor, dass zu befürchten ist, dass künftig weder eine Duldung noch eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden wird. Im Anwendungshinweis Nr. 25.4.1.1 wird die Anwendbarkeit auf Ausländer beschränkt, die noch *nicht vollziehbar* ausreisepflichtig sind. Da die Mehrzahl der bislang Geduldeten jedoch in der Regel vollziehbar ausreisepflichtig ist, würde der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG gegen Null tendieren. Da nun noch nicht einmal eine Duldung vorgesehen ist, stehen die Betroffenen sogar noch schlechter da als bisher.

Weiterhin stellt der Anwendungshinweis Nr. 25.4.1.1 fest, dass über § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG kein Daueraufenthalt eröffnet werden soll. Diese Formulierung dient manchen Ausländerbehörden als Argument, schon deswegen die Aufenthaltserlaubnis zu verweigern, weil der Zweck des Aufenthalts nicht innerhalb kurzer Zeit erreicht werden kann und deswegen

eigentlich ein Daueraufenthalt bezweckt werde. Nach dieser Logik kann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG nur erhalten, wer z.B. einen nahen Angehörigen pflegen will, der an einer tödlichen Krankheit im Endstadium leidet. Kein Aufenthaltsrecht würde dagegen erhalten, wer jemand mit einer schweren Krankheit pflegen will, deren Ende noch nicht absehbar ist, die Pflege aber dennoch vorübergehend notwendig ist.

### **Aufenthaltserlaubnis in Härtefällen, § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG**

§ 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG ist nach seiner Konzeption her eine Härtefallregelung, die Fallkonstellationen lösen könnte, ohne dass die Ausnahmeregelung gem. § 23a AufenthG in Anspruch genommen werden muss. Die darin liegende Chance, Kettenduldungen zu überwinden, greifen die Anwendungshinweise des BMI nicht auf. Sie nehmen auch hier eine restriktive Auslegung vor.

### **3. Härtefallregelung (Anwendungshinweise zu § 23a AufenthG)**

Der Anwendungshinweis Nr. 23a.1.3 sieht vor, dass § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG auch auf die Härtefallregelung anwendbar sein soll. Demnach wären alle ehemaligen Asylbewerber, die gem. § 30 Abs. 3 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden sind, generell von der Härtefallregelung ausgeschlossen. Der Ausschluss von als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylbewerbern ist in der Sache nicht gerechtfertigt. Unter den so Abgelehnten befinden sich z.B. viele minderjährige Asylbewerber, die i.d.R. strukturell mit den Anforderungen des Asylverfahrens überfordert sind und im Ergebnis häufig als offensichtlich unbegründet abgelehnt werden. Sie von der Härtefallregelung auszuschließen, ist unangemessen.

Der Anwendungshinweise Nr. 23a.1.3. sieht zudem vor, dass bei Vorliegen der Erteilungsverbote gem. § 11. Abs.1 die Anwendung der Härtefallregelung ausgeschlossen sein soll – also wenn ein Ausländer ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist. Weiterhin soll der Ausschluss vom Familiennachzug gem. § 29 Abs. 3 AufenthG auf die Härtefälle übertragen werden. (Anwendungshinweise Nr. 23a.1.3.)

Diese Einschränkungen hat der Gesetzgeber nicht gewollt. Gem. § 23a AufenthG kann „abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden“. Einen Ausschluss von dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber in § 23a AufenthG, etwa im Falle von schweren Straftaten, definiert. Dieser Klarstellung bedürfte es jedoch nicht, wenn z.B. schon jeder Ausweisungsgrund zum Ausschluss von der Härtefallregelung ausreichen würde.

### **4. Angleichung der Rechtsstellung von Asylberechtigten und GFK-Flüchtlingen (Anwendungshinweise zu § 26 Abs. 3 AufenthG)**

In § 26 Abs. 3 AufenthG wird geregelt, dass anerkannten Flüchtlingen, die drei Jahre eine Aufenthaltserlaubnis besitzen, eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird. Der Anwendungshinweis Nr.26.3.2 sieht vor, dass Befugniszeiten nicht angerechnet werden sollen. D.h. anerkannte GFK-Flüchtlinge (Anerkennung nach § 51 Abs. 1 AuslG alt/§ 60 Abs. 1 AufenthG neu), die seit mindestens drei Jahren anerkannt sind und nur eine Befugnis hatten, sollen nun drei weitere Jahre abwarten, bevor sie eine Niederlassungserlaubnis beantragen können.

Diese Auslegung steht den Intentionen des Gesetzgebers entgegen. Der Gesetzgeber wollte die Angleichung der Rechte der Asylberechtigten und der GFK-Flüchtlinge. Beide sollen nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erhalten. Es ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum die jetzt gesetzlich verfügte Gleichstellung nicht sofort greifen soll.

Das Argument, dass es sich bei der Aufenthaltsbefugnis nicht um eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne des neuen Aufenthaltsgesetzes handelt, überzeugt nicht. Auch bei anderen Vorschriften stellen die Anwendungshinweise nicht auf die neuen Begrifflichkeiten, sondern auf den Zweck der bisherigen Aufenthaltstitel ab. So soll z.B. gem. Anwendungshinweis Nr. 9.2.1.2 zu § 9 Abs. 2 AufenthG bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nicht alle Zeiten einer Aufenthaltserlaubnis berücksichtigt werden, obwohl das Gesetz nur den fünfjährigen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis vorsieht. Es sollen nur die Zeiten bestimmter Aufenthaltserlaubnisse angerechnet werden.

Das BMI stellt also, wenn es zulasten des Ausländers geht, auf den früheren Zweck des Aufenthalts ab. Würde der Ausländer jedoch profitieren, soll es nicht auf den Zweck des Aufenthalts (Flüchtlingsanerkennung) ankommen.

Eine stimmige Auslegung der neuen Rechtslage muss die Zeiten, in denen anerkannte GFK-Flüchtlinge ein Aufenthaltsrecht hatten, auf die Zeiten für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis anrechnen.

### **5. GFK-konforme und europarechtskonforme Auslegung des § 60 Abs. 1 AufenthG (Anwendungshinweise zu § 60 Abs. 1 AufenthG)**

Die Anwendungshinweise zu § 60 Abs. 1 AufenthG sind aus flüchtlingsrechtlicher Sicht unzureichend. Es fehlen weitgehend Hinweise auf eine GFK-konforme und europarechtskonforme Auslegung, obwohl der § 60 Abs. 1 AufenthG die innerstaatliche Umsetzung sowohl der GFK als auch der so genannten EU-Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004) gewährleisten soll. Anwendungshinweis Nr. 60.1.3 und Nr. 60.1.4 beschränken sich in der Auslegung der neuen Rechtslage auf die Feststellung, dass nun geschlechtsspezifische und nichtstaatliche Verfolgung berücksichtigt werden kann. Darüber hinaus werden keine konkreten Auslegungshinweise gegeben.

Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die GFK in § 60 Abs. 1 AufenthG sind jedoch die Schutzwirkungen der GFK umfassend einzubeziehen. Ein erster Schritt wäre, die entsprechenden flüchtlingsrechtlichen Vorgaben aus der EU-Qualifikationsrichtlinie durch eine europarechtskonforme Auslegung des § 60 Abs. 1 AufenthG umzusetzen, so lange keine ausdrücklichen Regelungen existieren. Die vorläufigen Anwendungshinweise sehen hierzu indes nichts Konkretes vor.

UNHCR hat in seinen Anregungen vom 23.12.2004 zur Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes darauf hingewiesen, dass die Auslegung des Flüchtlingsbegriffes in Deutschland nicht hinter den in der EU-Qualifikationsrichtlinie festgelegten Mindestnormen zurückbleiben sollte. Eine Stärkung des Flüchtlingsschutzes müsse z.B. in folgenden Bereichen erfolgen:

- Verfolgung aufgrund von Religionsausübung im öffentlichen Bereich;
- Ausweitung der Definition der Verfolgung aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe;
- Verfolgung aufgrund der politischen Überzeugung (Militär-/Wehrdienstverweigerung)
- Anerkennung bei Kumulierung unterschiedlicher Verfolgungsmaßnahmen.

Die vorläufigen Anwendungshinweise gehen auf all diese Aspekte nicht ein. Angesichts der z.Zt. extrem niedrigen Anerkennungsquoten des BAMF steht eine Stärkung des Flüchtlingsschutzes umso mehr auf der Tagesordnung.

## **6. Beachtung internationaler Verpflichtungen aus der EMRK (Anwendungshinweise zu § 60 Abs. 5 AufenthG)**

Im Bereich des Abschiebungsschutzes auf Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sieht der Anwendungshinweis Nr. Nr. 60.5.1. vor, dass die drohende Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung vom *Staat* ausgehen oder ihm zurechenbar sein muss. Vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde festgestellt, dass der Schutz aus Art. 3 EMRK sich auch auf Gefährdungen bezieht, die von nichtstaatlichen Akteuren ausgeht. Der in Deutschland vorherrschenden Rechtsprechung, die der des EGMR widerspricht, wird durch die BMI-Interpretation weiter Vorschub geleistet. Dies widerspricht nicht nur der EGMR-Rechtsprechung, sondern auch der EU-Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004). Aus menschenrechtlicher Sicht ist dies besonders problematisch.

gez. Marei Pelzer  
Referentin