

## **Ein Jahr Zuwanderungsgesetz**

### **Stellungnahme zur Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes**

## Inhalt

Einleitung .....	3
Vorbemerkung: Unzureichende Datenlage .....	4
I. Aufenthaltsrecht .....	6
1. Abschaffung der Kettenduldungen? .....	6
1.1. Aufenthaltserlaubnis bei Abschiebungsverboten, § 25 Abs. 3 AufenthG .....	6
1.2. Aufenthaltserlaubnis zu vorübergehenden Zwecken, § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG .....	7
1.3. Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG .....	10
1.4. Aufenthaltserlaubnis bei Ausreisehindernis, § 25 Abs. 5 AufenthG .....	11
1.5. Ausschluss wegen offensichtlich unbegründeter Asylanträge, § 10 Abs. 3 AufenthG .....	17
2. Bleiberechtsregelung .....	18
3. Härtefallregelung, § 23a AufenthG .....	19
4. Übergangsvorschriften: Anrechnung von Zeiten .....	20
5. Arbeitsmarktzugang und „One-Stop-Government“ .....	21
6. Lagerunterbringung, Ausreisezentren .....	26
7. Ausschluss von Asylbewerbern, Geduldeten und Personen mit humanitärem Aufenthalt von den Leistungen des ALG II .....	27
II. Flüchtlingsrecht .....	28
1. Flüchtlingsbegriff .....	28
2. Geschlechtsspezifische Verfolgung .....	28
3. Nichtstaatliche Verfolgung .....	30
4. Widerrufsverfahren .....	31
5. Faires Asylverfahren .....	33
6. Dublin II-Verfahren .....	37
7. Subjektive Nachfluchtgründe, § 28 Abs. 2 AsylVfG .....	39

### Impressum:

PRO ASYL  
 Postfach 160624  
 60069 Frankfurt/M.  
 Telefon: 069/23 06 88  
 Fax: 069/23 06 50  
 e-mail: [proasyl@proasyl.de](mailto:proasyl@proasyl.de)  
 Internet: [www.proasyl.de](http://www.proasyl.de)

20. März 2006; öffentliche Fassung  
 Redaktion: Marei Pelzer, Bernd Mesovic

## Einleitung

Das Zuwanderungsgesetz ist am 1. Januar 2005 in Kraft getreten. Kern dieser Reform ist das neue Aufenthaltsgesetz, das das Ausländergesetz von 1990 ersetzt hat. Darüber hinaus wurden umfangreiche Änderungen verschiedener Gesetze, so z. B. des Asylverfahrensgesetzes, des Asylbewerberleistungsgesetzes und des Staatsangehörigkeitsgesetzes vorgenommen.

Im Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD vom 11. November 2005 ist eine Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes vereinbart worden. Es soll untersucht werden, ob die mit dem Zuwanderungsgesetz verfolgten Ziele erreicht worden sind und ob ggf. Verbesserungsbedarf besteht.

Das Bundesministerium des Innern hat neben anderen Nichtregierungsorganisationen und Verbänden, die sich mit der Anwendung des Zuwanderungsgesetzes befassen, PRO ASYL um eine Stellungnahme gebeten. Wir bedanken uns für die Gelegenheit, die Erfahrungen und Einschätzungen von PRO ASYL einbringen zu können.

PRO ASYL hat den Entstehungsprozess des Zuwanderungsgesetzes als auch dessen bisherige Umsetzung kontinuierlich begleitet. Besonders aufmerksam haben wir die Regelungen, die die Geduldeten betreffen, sowie die Veränderungen im Flüchtlingsrecht geprüft.

Bei den Verhandlungen um das Gesetz haben die beteiligten Politiker betont, dass Defizite des Ausländergesetzes behoben werden sollten. Unter anderem sollte die Abschaffung der Kettenduldungen und die Lösung von Härtefällen durch die Härtefallregelung erreicht werden. Der Flüchtlingsschutz sollte verbessert werden. Aus Sicht von PRO ASYL wurden diese Ziele bisher nicht oder nur unzureichend erreicht. Im humanitären Bereich und im Flüchtlingsrecht besteht auf unterschiedlichen Ebenen die Notwendigkeit zu Korrekturen. Dabei sind teilweise Gesetzesänderungen oder Überarbeitungen bestehender Verordnungen notwendig, teilweise ist eine Klarstellung in den vorläufigen Anwendungshinweisen zum Zuwanderungsgesetz bzw. den noch zu schaffenden Verwaltungsvorschriften erforderlich.

Insbesondere im Bereich der Kettenduldungen bedarf es einer baldigen gesetzlichen Regelung. Da in den nächsten Monaten das Aufenthaltsgesetz ohnehin geändert werden soll, besteht hierfür auch eine gute Gelegenheit. Derzeit wird ein Gesetz zur Umsetzung asyl- und aufenthaltsrechtlicher EU-Richtlinien vorbereitet. Da der Gesetzentwurf des BMI auch Regelungen vorsieht, die in keinem Zusammenhang mit den EU-Richtlinien stehen, wäre es konsequent, die notwendige Bleiberechtsregelung ebenfalls in das Gesetzesvorhaben zu integrieren.

PRO ASYL hat sich in der vorliegenden Analyse und Stellungnahme auf vielfältige Erfahrungen aus der Praxis gestützt. Eingeflossen sind hierbei insbesondere Erkenntnisse aus eigener bundesweiter Beratungspraxis in Zusammenarbeit mit den Landesflüchtlingsräten und dem Austausch mit kooperierenden Anwälten. Die Ausführungen beziehen sich deswegen auf einen breiten Erfahrungshorizont. Die Stellungnahme bezieht sich nicht auf das gesamte Zuwanderungsgesetz, sondern auf die für den Arbeitsbereich von PRO ASYL relevanten Teile. Zur Veranschaulichung der aus Sicht von PRO ASYL in der Praxis bestehenden Umsetzungsprobleme wurden die besonders wichtigen Fragen mit exemplarischen Fällen veranschaulicht.

## Vorbemerkung: Unzureichende Datenlage

Die Datenlage, die einer Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes zugrunde gelegt werden müsste, ist unzureichend und weist auf das Fortbestehen der bereits von der unabhängigen Kommission Zuwanderung kritisierten Unzulänglichkeiten in den Migrationsstatistiken hin. Die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Fraktion „Die Linke“ zur Situation von in der Bundesrepublik Deutschland geduldeten Personen (BT-Drucksache 16/307 vom 21.12.2005) gibt immerhin Auskunft über einige Daten zu den in Deutschland längerfristig ohne sicheren Aufenthaltsstatus lebenden Menschen. Sie enthält insbesondere tabellarische Übersichten zur Aufenthaltsdauer von Asylsuchenden und Geduldeten. Die entsprechende Aufschlüsselung ist geeignet, den Umfang des Problems der Ketenduldungen trotz langjähriger Aufenthaltsdauer darzustellen und den Handlungsbedarf zu verdeutlichen.

Bundesweit ergeben sich folgende Zahlen<sup>1</sup>:

### Geduldete:

über 11 Jahre in Deutschland 48.000

über 8 Jahre in Deutschland 72.000

über 5 Jahre in Deutschland 120.000

über 3 Jahre in Deutschland 157.000

über 2 Jahre in Deutschland 173.000

### Asylsuchende:

über 11 Jahre in Deutschland 5.000

über 8 Jahre in Deutschland 9.000

über 5 Jahre in Deutschland 19.000

über 3 Jahre in Deutschland 34.000

über 2 Jahre in Deutschland 42.000

Die Gesamtzahl der in Deutschland lebenden Geduldeten hat die Bundesregierung auf eine weitere Anfrage der Fraktion „Die Linke“ mitgeteilt (BT Drucksache 16/164). Demnach lebten Ende November 2005 insgesamt 192.141 Ausländer mit einer Duldung in Deutschland.

Unklarheiten bestehen jedoch hinsichtlich des Verhältnisses dieser Zahl zur Gesamtzahl der in Deutschland lebenden ausreisepflichtigen Ausländer, die das BMI derzeit mit knapp 300.000 angibt. Auf Nachfrage zu der festzustellenden Differenz von ca. 100.000 Personen erklärte der Leiter des Referates Rückführungen beim Bundesministerium des Innern, Ministerialrat Schürmann, bei einer Veranstaltung am 30. Januar 2006 in Berlin, die Geduldeten seien eben lediglich eine Teilmenge der ausreisepflichtigen Ausländer. Die übrigen Ausländer seien gerade „in Abschiebung begriffen“.

Diese Erklärung hält einer Plausibilitätsprüfung nicht stand. Bei etwa 30.000 Abschiebungen im Jahr sind möglicherweise etwa 3.000 Menschen jeweils „in Abschiebung begriffen“, weitere 3.000 könnten sich ohne Duldung in Abschiebehaft befinden und vielleicht weitere 3.000 ausreisepflichtige Ausländer ohne eine Duldung in Straf- oder Untersuchungshaft sein.

Wesentlich größer kann die Zahl der gerade „in Abschiebung begriffenen“ Ausländer kaum sein. Damit bleiben immer noch etwa 90.000 Ausländer, deren Status unklar ist. Zu prüfen wäre, wie viele von ihnen statt der ihnen eigentlich zustehenden Duldung in rechtswidriger Weise lediglich eine Grenzübertrittsbescheinigung besitzen.

Die Antwort der Bundesregierung auf die Anfrage der Bundestagsfraktion „Die Linke“ (BT Drucksache 16/307) enthält die Aussage, Daten zur Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes würden im Ausländerzentralregister nicht erfasst.

---

<sup>1</sup> Zahlen sind aufsummiert und gerundet, siehe Auswertung: Georg Classen, [http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Bleiberecht\\_0206.pdf](http://www.fluechtlingsinfo-berlin.de/fr/pdf/Bleiberecht_0206.pdf)

Gefragt nach der Zahl der Personen, die seit dem In-Kraft-Treten des Zuwanderungsgesetzes eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben, nachdem sie zuvor keinen Aufenthaltstitel oder eine Duldung besaßen und nach der Rechtsgrundlage, die jeweils zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis führte, sah sich die Bundesregierung zu einer Auskunft veranlasst, die überraschend ist: „Angaben zu den einzelnen Rechtsgrundlagen für die erteilten Aufenthaltserlaubnisse liegen der Bundesregierung ebenso wenig vor, wie Angaben zu der Frage, wie viele dieser Personen zuvor keinen Aufenthaltstitel oder eine Duldung besaßen.“

Wie aus dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, das seit 1. Januar 2005 auch das Ausländerzentralregister führt, zu hören war, wurden im AZR die erteilten Aufenthaltstitel lediglich getrennt nach „Niederlassungserlaubnis“ und „Aufenthaltserlaubnis“ erfasst, nicht jedoch auch nach den zugrundeliegenden Aufenthaltszwecken. Ebenso wenig wurde der Status vor Erteilung des Aufenthaltstitels erfasst.

Hier scheint die offizielle Lesart, das Zuwanderungsgesetz werde das Ausländerrecht vereinfachen und die Zahl der Aufenthaltstitel auf zwei reduzieren, bis hinein in die statistischen Erfassungsmerkmale zu wirken. Tatsächlich ergibt eine Differenzierung nach Zwecken ein Vielfaches an zu unterscheidenden Titeln. Aus dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge war zu hören, man werde ab 2006 die entsprechenden Daten erfassen und fehlende Daten rückwirkend nacherheben. Es mangle nicht an einer gesetzlichen Grundlage, sondern an einer funktionsfähigen Software.

### **Empfehlungen:**

- Dass die für eine quantitative Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes notwendigen Daten unvollständig sind, darf nicht zu Lasten der betroffenen Ausländer gehen. Aussagen darüber, dass die Umsetzung der humanitären Zielsetzungen des Zuwanderungsgesetzes bislang unzureichend geschehen ist, sind auch ohne eine endgültige Datenlage möglich.
- Die bestehenden Mängel bei der statistischen Erfassung müssen behoben werden.

# I. Aufenthaltsrecht

## 1. Abschaffung der Kettenduldungen?

Mit dem Zuwanderungsgesetz wurde das Aufenthaltsrecht grundlegend neu gestaltet. Ziel war es, das System der Aufenthaltstitel zu vereinfachen. Die Anzahl der Aufenthaltstitel wurde auf drei reduziert: Visum, Aufenthaltserlaubnis, Niederlassungserlaubnis. Daneben blieb die Aufenthaltsgestattung erhalten, die Asylantragstellern während des Asylverfahrens erteilt wird. Als Bescheinigung über die vorläufige Aussetzung der Abschiebung sieht das Gesetz nach wie vor die Duldung vor.

Während der Verhandlungen zum Zuwanderungsgesetz hat die Regierungskoalition, aber auch die Opposition, wiederholt herausgestellt, dass die Praxis der Dauerduldungen nicht länger hingenommen werden sollte. Darin waren sich die im Bundestag vertretenen Parteien einig.<sup>2</sup> Auch Bundesinnenminister Otto Schily stellte öffentlich fest: „Im humanitären Bereich werden Kettenduldungen abgeschafft.“<sup>3</sup>

### 1.1. Aufenthaltserlaubnis bei Abschiebungsverboten, § 25 Abs. 3 AufenthG

§ 25 Abs. 3 AufenthG regelt die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen an Personen, bei denen Abschiebungshindernisse nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG vorliegen. Der Betroffene *soll* eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Das Ermessen der Ausländerbehörden ist also zugunsten der Ausländer reduziert. Nur in Ausnahmefällen darf von der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden.

Im Vergleich zur Rechtslage vor In-Kraft-Treten des Zuwanderungsgesetzes, wonach ein Aufenthaltstitel nur nach Ermessen erteilt wurde, stellt dies eine rechtliche Verbesserung dar.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die umzusetzende EU-Qualifikationsrichtlinie einen Anspruch für die subsidiär Geschützten vorsieht<sup>4</sup>, so dass hier weiterhin ein Anpassungsbedarf besteht. Nach dem EU-Recht muss die Soll-Regelung in eine bindende Regelung geändert werden und die zu erteilende Aufenthaltserlaubnis muss mindestens ein Jahr gültig und verlängerbar sein.

#### Umstrittene Rechtsauslegung:

Viele Ausländerbehörden verweigern die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, weil kein Pass vorgelegt werden kann. Die Ausstellung der Aufenthaltserlaubnis wird oft mit dem Argument verweigert oder zumindest erheblich verzögert, die Ausländer würden ihrer Mitwirkungspflicht bei der Passbeschaffung nicht nachkommen. Argumentiert wird, dass § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG lex specialis gegenüber § 5 Abs. 3 AufenthG sei. Eine solche Auslegung widerspricht eindeutig dem Gesetz.<sup>5</sup> Denn gem. § 5 Abs. 3 AufenthG ist ausdrücklich geregelt, dass in den Fällen de § 25 Abs. 1 bis 3 AufenthG von der Passpflicht und weiteren Bedingungen abzusehen ist. Damit wurde normiert, dass die Passbeschaffungspflicht und die Pflicht zur Identitätsklärung nachrangig sind.

Sehr praxisrelevant ist weiterhin die Regelung von § 25 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 u. 2 AufenthG, wonach die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt wird, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumut-

<sup>2</sup> Beschlüsse der Parteien: „Duldungen, insbesondere Kettenduldungen stellen keinen Aufenthaltstitel dar. Sie sollten auf insgesamt maximal ein Jahr begrenzt werden.“ (SPD-Bundestagsfraktion 2001); „Der unwürdige Zustand langjähriger Kettenduldungen muss ein Ende haben.“ (Bündnis 90/Die Grünen, Parteitag, November 2003); „Im Unterschied zum geltenden Recht gilt das Prinzip der Durchlässigkeit...Damit wird die Möglichkeit eines flexiblen Umgangs mit langjährig in der Bundesrepublik Deutschland Aufhältigen eröffnet...“

(CDU-Bundesausschuss, Juni 2001); „Im Rahmen einer Altfallregelung sollten die Ermessenstatbestände daher in Anspruchstatbestände umgewandelt werden, sodass eine Aufenthaltsverfestigung nach mindestens zweijähriger 'Duldungszeit' beginnen kann.“ (FDP-Bundestagsfraktion, Juli 2001).

<sup>3</sup> ddp, 26. Mai 2004

<sup>4</sup> Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/83/ EG des Rates vom 29. April 2004

<sup>5</sup> Hubert Heinhold, Das Aufenthaltsgesetz, S. 79

bar ist oder der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten „verstößt“. Diese Ausnahmetatbestände werden von vielen Ausländerbehörden sehr extensiv so angewandt, dass regelmäßig die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis verweigert wird. Unabhängig von den Details der rechtlichen Auslegungsstreitigkeiten ist darauf hinzuweisen, dass diese Praxis aus rechtlichen Gründen künftig nicht haltbar sein wird. Die EU-Qualifikationsrichtlinie sieht vor, dass eine Ausnahme vom Anspruch auf einen Aufenthaltstitel nur dann gemacht werden darf, wenn zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Erteilung entgegenstehen.<sup>6</sup> Derartige Gründe stellen die Möglichkeit der Ausreise und die Verletzung von Mitwirkungspflichten nicht dar, so dass hier eine Rechtsanpassung vorgenommen werden muss.

### **Praktische Probleme bei der Umsetzung:**

Manche Ausländerbehörden verweigern - meist auf Weisung der Innenministerien – die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG, weil sie behaupten, dass demnächst die rechtsbegründenden Voraussetzungen nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG wegfallen würden. So sehen manche Weisungen vor, dass die Ausländerbehörden vor der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis beim Bundesamt nachfragen müssen, ob nicht die Feststellung von Abschiebungsverboten widerrufen werde bzw. werden könne. Andere verweigern die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, sobald ein Widerrufsverfahren eingeleitet worden ist. In Hinblick auf manche Länder (z.B. Afghanistan) wird oft behauptet, dass die Abschiebungshindernisse ohnehin keinen Bestand hätten, weshalb eine Ausnahme von der Soll-Regelung vorliege und deswegen keine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen sei.<sup>7</sup>

### **Empfehlungen:**

- Die Soll-Regelung des § 25 Abs. 3 AufenthG sollte in eine Anspruchsregelung umgewandelt werden.
- § 25 Abs. 3 S. 2 Alt. 1 u. 2 AufenthG muss gestrichen werden.
- Die vorläufigen Anwendungshinweise bzw. künftige Verwaltungsvorschriften sollten Klarstellungen enthalten, dass die Versagung der Aufenthaltserlaubnis wegen Passlosigkeit oder der bloßen Möglichkeit eines künftigen Widerrufsverfahrens des BAMF rechtlich nicht zulässig ist.

## **1.2. Aufenthaltserlaubnis zu vorübergehenden Zwecken, § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG**

Gem. § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG soll eine Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen die vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Das Ziel dieser Regelung ist es, Personen, denen bislang nach § 55 Abs. 3 AuslG eine Duldung erteilt werden konnte, einen Aufenthaltstitel zu erteilen.<sup>8</sup> Ein entsprechender Duldungsgrund ist in § 60a AufenthG nicht mehr vorgesehen.

Auslegungsbedürftig ist, wann „dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen“ im Sinne von § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG vorliegen.

Der Gesetzgeber hat in der Begründung zu dieser Vorschrift beispielhaft ausgeführt, dass als dringende persönliche Gründe die Durchführung einer Operation, die im Herkunftsland nicht gewährleistet ist, die vorübergehende Betreuung eines schwerkranken Familienangehörigen oder der Abschluss der Schul- oder Berufsausbildung in Betracht kommen.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Art. 24 Abs. 2 Richtlinie 2004/83/ EG des Rates vom 29. April 2004

<sup>7</sup> Hubert Heinhold, Das Aufenthaltsgesetz, S. 80

<sup>8</sup> BT-Drs. 15/420, S. 79, 80

<sup>9</sup> BT-Drs. 15/420, S. 79, 80

Neben diesen Voraussetzungen muss der Ausländer auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gem. § 5 AufenthG erfüllen. Problematisch ist häufig die Bedingung der Lebensunterhaltssicherung. Wer etwa einen Schulabschluss machen will, erfüllt oftmals gerade nicht die Voraussetzung der Lebensunterhaltssicherung. Ebenso kann die Voraussetzung in der Regel nicht von demjenigen erfüllt werden, der kranke Angehörige pflegt.<sup>10</sup> Lösbar wären derartige Fälle über § 5 Abs. 3 2. HS AufenthG, wonach die Ausländerbehörde von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG absehen kann. Hierbei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung. Einschränkend wurde zudem geregelt, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 10 Abs. 3 AufenthG ausgeschlossen sein kann. Hiernach ist die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen, wenn der Ausländer zuvor vom Bundesamt im Asylverfahren nach § 30 Abs. 3 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde. Schließlich ist die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis selbst bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen nicht sicher. Liegen alle Voraussetzungen des § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG vor, so entscheidet die Ausländerbehörde im Ermessen („kann...erteilen“).

### **Umstrittene Rechtsauslegung:**

Jenseits der genannten Voraussetzungen, die zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG vorliegen müssen, ist der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG umstritten. Das Bundesinnenministerium hat mit seinen vorläufigen Anwendungshinweisen eine gravierende einschränkende Auslegung des Anwendungsbereichs vorgenommen. So soll die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG auf Ausländer beschränkt sein, die noch nicht vollziehbar ausreisepflichtig sind.<sup>11</sup> Folgt man dieser Meinung, so fällt die Mehrzahl der bislang Geduldeten aus dem Anwendungsbereich des § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG heraus, da der überwiegende Teil der Geduldeten in der Regel vollziehbar ausreisepflichtig ist. In der Konsequenz stellt dies sogar eine Verschärfung gegenüber der alten Rechtslage dar, da nun auch keine Duldung mehr vorgesehen ist (s.o.).

Gegen die Auffassung des BMI, § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG sei nur auf nicht vollziehbar Ausreisepflichtige anwendbar, werden erhebliche Einwände in Literatur<sup>12</sup> und Rechtsprechung<sup>13</sup> vorgebracht. Die einschränkende Auslegung sei mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar. Im übrigen stünden Wortlaut und Systematik der Norm gegen die einschränkende Auslegung.<sup>14</sup> Viele Ausländerbehörden und Gerichte schließen sich aber trotz dieser Einwände der Rechtsauffassung des BMI an.

Aber nicht nur die Frage, ob eine vollziehbare Ausreisepflicht des Antragstellers vorliegen darf, ist streitig. Umstritten ist auch die Praxis mancher Ausländerbehörden und Gerichte, eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG zu verweigern, wenn dem Antragsteller unterstellt wird, dass in Wirklichkeit ein Daueraufenthalt begründet werden soll.<sup>15</sup> Gegen diesen Vorwurf kann sich der betroffene Ausländer in der Praxis nur schwer wehren. Wie das unten aufgeführte Beispiel aus der Praxis zeigt, wird schon das Fehlen eines Passes oder die Verweigerung der freiwilligen Ausreise als Beleg dafür genommen, dass ein Daueraufenthalt angestrebt werden soll. Wenn derartig pauschale Schlussfolgerungen gezogen werden, dann wird der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG in der Praxis auf nahezu Null reduziert. Denn dann steht im Grunde fast jeder Geduldete unter Verdacht, einen Daueraufenthalt begründen zu wollen. Der Vorwurf, er habe längst freiwillig ausreisen können, wird gegenüber den Geduldeten fast immer erhoben und ist von diesen nur schwer zu entkräften.

<sup>10</sup> Heinhold, Asylmagazin 11/04, 7, 12

<sup>11</sup> Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz/EU, Stand: 22.12.2004; Nr. 25.4.1.1

<sup>12</sup> Stiegeler, Asylmagazin 12/2005, 4, 6; Hubert Heinhold, Das Aufenthaltsgesetz, S. 84 f.

<sup>13</sup> OVG Niedersachsen, Beschluss vom 27.6.2005 – 11 ME 96/05 – Asylmagazin 9/05, 32

<sup>14</sup> Stiegeler, Asylmagazin 12/2005, 4, 6

<sup>15</sup> OVG Niedersachsen a.a.O. 33, OVG Baden Württemberg, 6.4.2005, 11 S 2779/04

**Praktische Probleme bei der Umsetzung:**

Die Konzeption des § 25 Abs. 4 AufenthG, wonach zunächst kein Daueraufenthalt begründet werden soll, dient vielen Ausländerbehörden als Argument, die Anträge von vorneherein abzulehnen. Ein Aufenthaltstitel sei schon deswegen zu verweigern, weil der Zweck des Aufenthalts nicht innerhalb kurzer Zeit erreicht werden könne und deswegen eigentlich ein Daueraufenthalt beabsichtigt sei. 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 erhalten, wer einen Schwerkranken pflegen will, dessen Ende noch nicht absehbar ist, die Pflege aber dennoch vorübergehend notwendig ist.

Schließlich wirkt die Ausgestaltung der Regelung als Ermessensvorschrift als Hemmschuh für die Abschaffung der Kettenduldungen, denn die Ausländerbehörden nutzen ihr Ermessen oftmals nicht zugunsten der Dauergeduldeten. In vielen Ausländerbehörden ist die Entscheidungspraxis einseitig auf die Durchführung der Abschiebung statt die Ermöglichung des Bleiberechts orientiert.

**Exemplarischer Fall:**

Der **minderjährige Afghane A.** (17 Jahre) stellt im Dezember 2005 einen Antrag nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG. Neben anderen Gründen, die für seinen Verbleib in Deutschland sprechen würden, z.B. dass er minderjährig ist und in Afghanistan keine Verwandtschaft mehr hat, trägt er vor, dass er psychisch krank ist und sich deswegen in Behandlung befindet.

Die Ausländerbehörde lehnt seinen Antrag dennoch ab: "Als humanitärer Grund könnte die angegebene psychologische Behandlung des Betroffenen gewertet werden, deren Dringlichkeit möglicherweise klärungsbedürftig ist. Es spricht jedoch gegen die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 25 Abs. 4 AufenthG weiterhin, dass durch A. zur Überzeugung der Ausländerbehörde nachzuweisen ist, dass er nach Ablauf des vorübergehenden Aufenthaltes freiwillig ausreisen wird. Angesichts der mangelnden Mitwirkung bei der Passbeschaffung, der Nichterfüllung der Ausreisepflicht und aufgrund des Untertauchens ist erkennbar, dass eine freiwillige Ausreise zu keinem Zeitpunkt der Wunsch des Antragstellers war bzw. ist. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist auch nach § 25 Abs. 4 AufenthG und auch aus weiteren Vorschriften nicht ersichtlich."

**Empfehlungen:**

- Es muss gesetzlich klargestellt werden, dass die fehlende Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht keine Bedingung für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG ist.
- § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG muss so geändert werden, dass es sich um eine bindende Entscheidung und nicht mehr um eine Ermessensentscheidung handelt.
- In den Anwendungshinweisen bzw. Verwaltungsvorschriften zu § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG ist darauf hinzuweisen, dass an die Bedingung des vorübergehenden Zweckes des weiteren Aufenthalts nicht zu strenge Anforderungen zu stellen sind. So muss zum Beispiel auch dann, wenn ein krankes Familienmitglied gepflegt werden muss, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis möglich sein, wenn noch nicht absehbar ist, wie lange die Pflege notwendig sein wird.

### **1.3. Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG**

Gem. § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis verlängert werden, wenn durch besondere Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer zu einer außergewöhnlichen Härte führen würde. Der § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG stellt eine eigene Rechtsgrundlage – unabhängig von Satz 1 dar. Dies wurde u.a. in der Gesetzesbegründung klargestellt: „Satz 2 schafft eine Ausnahmemöglichkeit für Fälle, in denen bereits ein rechtmäßiger Aufenthalt besteht und das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. ... Es handelt sich hierbei um eine eigenständige Möglichkeit der Verlängerung, unabhängig von den Voraussetzungen nach Satz 1.“<sup>16</sup> § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG eröffnet zum Beispiel die Möglichkeit, Flüchtlingen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, nachdem ihre Aufenthaltserlaubnis aufgrund des Widerrufs der Flüchtlingseigenschaft (§ 60 Abs. 1 AufenthG) oder von sonstigen Abschiebungshindernissen (§ 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG) widerrufen worden ist. Dies gilt zumindest dann, wenn der mehrjährige Aufenthalt zur Integration in die hiesige Gesellschaft und zum Abreißen der Verbindungen ins Herkunftsland geführt hat.<sup>17</sup>

#### **Umstrittene Rechtsauslegung:**

Die Regelung des § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG knüpft an die Regelung des § 30 Abs. 2 AuslG (alt) an, indem auch sie einen rechtmäßigen Voraufenthalt voraussetzt. Ob weitere Parallelen bestehen, ist umstritten.

Teilweise wird § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG in der Rechtsprechung sehr restriktiv ausgelegt. So wird gefordert, dass sich der Ausländer in einer „exzeptionellen Sondersituation“ befindet.<sup>18</sup>

Dieser einschränkenden Auslegung wird in der Literatur widersprochen. Die Rechtsprechung verkennet, dass es sich bei § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG und § 30 Abs. 2 AuslG (alt) nur um teilweise identische Regelungen handelt. Nach der nun geltenden Regelung bedarf es nicht mehr des Nachweises dringender humanitärer Gründe. Außerdem könne bei § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG auch die Dauer des Voraufenthaltes berücksichtigt werden. Die Vorschrift habe also eine andere Struktur als die Vorgängerregelung.<sup>19</sup>

#### **Praktische Probleme bei der Umsetzung:**

In der Praxis ist festzustellen, dass von den Möglichkeiten des § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG nur sehr selten Gebrauch gemacht wird. Viele Ausländerbehörden prüfen entsprechende Anträge nicht einmal, sondern unterstellen, dass eigentlich ein Antrag nach § 25 Abs. 5 AufenthG gestellt werden sollte und treffen lediglich nach dieser Norm eine Entscheidung.

Obwohl § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG also durchaus Potentiale hätte, Betroffenen statt einer Duldung eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, realisieren sich diese Möglichkeiten in der Praxis nur selten.

#### **Empfehlung:**

- In den vorläufigen Anwendungshinweisen bzw. Verwaltungsvorschriften muss der restriktiven Anwendungspraxis entgegengewirkt werden, indem beispielhafte Fallkonstellationen, die zu einer Begünstigung des Ausländers führen können, dargestellt werden.

<sup>16</sup> Gesetzesbegründung ZuwG, vgl. Begr.Zu § 25 Abs. 6 (alt), BR-DrS. 22/03, S. 182

<sup>17</sup> Benassi, Informationsbrief 9/2005, 357; Stiegeler, Asylmagazin 12/2005, 4, 7

<sup>18</sup> OVG NRW, Beschluss vom 20.5.2005 – 18 B 123/05 – Asylmagazin 11/2005, 30)

<sup>19</sup> Stiegeler, Asylmagazin 12/2005, 4, 7

## 1.4. Aufenthaltserlaubnis bei Ausreisehindernis, § 25 Abs. 5 AufenthG

Bei der Normierung des § 25 Abs. 5 AufenthG wurde das Ziel verfolgt, Kettenduldungen abzuschaffen. Bezogen auf diese Intention stellt dies die zentrale Vorschrift des Zuwanderungsgesetzes dar. Von einigen Gerichten wird bestritten, dass mit der Regelung das gesetzgeberische Ziel der Abschaffung der Kettenduldungen verfolgt worden sei.<sup>20</sup> In der Gesetzesbegründung heißt es jedoch ausdrücklich: „Durch die Anwendung der Regelung soll sichergestellt werden, dass die Praxis der ‘Kettenduldungen’ beendet wird.“<sup>21</sup> Auch wenn die Ausformulierung der Regelung im Vermittlungsausschuss noch einmal verändert worden ist, ist diese Passage der Gesetzesbegründung nicht hinfällig geworden. Schließlich wurde nach Abschluss der Vermittlungsverhandlungen Ende Juni 2004 die Intention von Mitgliedern des Vermittlungsausschusses, insbesondere auch durch den damaligen Bundesinnenminister Otto Schily, weiterhin bestätigt.<sup>22</sup> Bei der Evaluierung des Zuwanderungsgesetzes stellt sich die Frage, ob dieses Ziel in der Praxis erreicht worden ist. Die Einschätzung, die sich für PRO ASYL aufgrund der bisherigen Praxiserfahrungen ergibt, soll nachfolgend dargestellt werden.

### Umstrittene Rechtsauslegung:

§ 25 Abs. 5 AufenthG sieht vor, dass einem Ausländer, der bereits vollziehbar ausreisepflichtig ist, gleichwohl eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, wenn seine Ausreise „aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist“. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt werden, wenn ein Ausreisehindernis vorliegt und die Abschiebung des Ausländers seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Eine Aufenthaltserlaubnis darf allerdings nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist.

Wie der Wortlaut des § 25 Abs. 5 AufenthG auszulegen ist, ist höchst umstritten. Noch bevor das Zuwanderungsgesetz am 1.1.2005 in Kraft getreten ist, hat das BMI am 22.12.2004 vorläufige Anwendungshinweise zum Gesetz herausgegeben und damit die Debatte um die Auslegung strittiger Regelungen von Anfang an geprägt.<sup>23</sup> PRO ASYL hat am 28.2.2005 in einer Stellungnahme<sup>24</sup> zu den vorläufigen Anwendungshinweisen die Sorge geäußert, dass insbesondere positive Intentionen des Gesetzgebers hinsichtlich des Umgangs mit Geduldeten durch eine zu restriktive Auslegung des Gesetzes konterkariert werden könnten. Es seien zum Beispiel zentrale Punkte der Gesetzesbegründung außer acht gelassen worden, die die Überwindung der Kettenduldungen intendieren, während restriktive Aspekte aufgegriffen wurden.<sup>25</sup>

Auch ein Jahr nach In-Kraft-Treten des Zuwanderungsgesetzes besteht nach wie vor große Uneinigkeit über die Auslegung des § 25 Abs. 5 AufenthG. Die verschiedenen Rechtsauffassungen führen zu gravierenden Unterschieden in der Entscheidungspraxis der verschiedenen Bundesländer. Es kommt sogar zu uneinheitlichen Entscheidungen innerhalb eines Bundeslandes, wenn verschiedene Ausländerbehörden unterschiedliche Maßstäbe anlegen.

Nachfolgend soll auf die einzelnen rechtlichen Streitpunkte in der Praxis eingegangen werden.

<sup>20</sup> OVG Niedersachsen, Beschluss v. 24.10.2005, Asylmagazin 12/2005, S. 17; VG Oldenburg, Urteil v. 14.9.2005 – 11 A 1820/04

<sup>21</sup> Gesetzesbegründung ZuwG, vgl. Begr.Zu § 25 Abs. 6 (alt), BR-DrS. 22/03, S. 182

<sup>22</sup> Vgl. z.B. Rede von Bundesinnenminister Otto Schily zum Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern am 9. Juli 2004 im Deutschen Bundesrat, [http://www.otto-schily.de/reden/reden\\_am.html](http://www.otto-schily.de/reden/reden_am.html)

<sup>23</sup> Vorläufige Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz und zum Freizügigkeitsgesetz/EU, Stand: 22.12.2004.

<sup>24</sup> <http://www.proasyl.de/de/archiv/stellungnahmen/stellungnahmen-2005/index.html>

<sup>25</sup> Vorläufigen Anwendungshinweis BMI, Nr. 25.5 ff.

### **Ausreisehindernis**

§ 25 Abs. 5 AufenthG sieht vor, dass ein rechtliches oder tatsächliches Ausreisehindernis gegeben sein muss. Im Gegensatz zur alten Rechtslage (§ 30 Abs. 3 AuslG) stellt das AufenthG nicht mehr auf die Unmöglichkeit der *Abschiebung* sondern auf die der *Ausreise* ab. PRO ASYL hat während des Gesetzgebungsverfahrens kritisiert, dass dies eine Verschärfung darstellt, weil der Umstand des Ausreisehindernisses häufiger angenommen wird als das des Abschiebungshindernisses.

In der Praxis zeigt sich nun, dass der Begriff des Ausreisehindernisses sehr umstritten ist.

Wann eine Ausreise möglich ist und dem Ausländer deswegen keine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wird sehr unterschiedlich bewertet, jedoch meist so, dass die Betroffenen keine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Der Begriff des Ausreisehindernisses leistet letztlich einer Anwendung durch die Ausländerbehörden Vorschub, die ein Ausreisehindernis in der Praxis nicht sehen wollen.

### **Zumutbarkeit der Ausreise**

Eine der zentralen Fragen bei der Auslegung von § 25 Abs. 5 AufenthG ist, ob die Ausreise nur objektiv unmöglich sein muss oder ob weitere Kriterien eine Rolle spielen. Der Gesetzgeber hat es versäumt, in den Wortlaut des § 25 Abs. 5 AufenthG eine Konkretisierung des Merkmals „Ausreisehindernis“ aufzunehmen. Die Gesetzesbegründung sieht jedoch vor, dass die „subjektive Möglichkeit – und damit implizit auch die Zumutbarkeit – der Ausreise“ zu prüfen ist.<sup>26</sup> Auf diese Weise sollte der unbestimmte Rechtsbegriff des Ausreisehindernisses näher konturiert werden. Dies ist auch notwendig, um zu vermeiden, dass es allein auf die faktische Möglichkeit der Ausreise ankommen soll. Denn theoretisch ist die „freiwillige Ausreise“ fast immer möglich. Stellt man allein auf die faktische Ausreisemöglichkeit ab, dann ist 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 vorläufigen Anwendungshinweise des BMI und die Erlasse der Länder sowie die Rechtsprechung divergieren hinsichtlich dieser Frage. Es entsteht ein äußerst uneinheitliches Bild, das im Folgenden zusammengefasst werden soll.

### **Bundesinnenministerium (BMI)**

Die vorläufigen Anwendungshinweise des BMI setzen die in der Gesetzesbegründung bezweckte Konkretisierung der Bestimmung des Ausreisehindernisses nur sehr unvollständig um. Dort heißt es lediglich: „*Ein Ausreisehindernis liegt nicht vor, wenn zwar eine Abschiebung nicht möglich ist,...,eine freiwillige Ausreise jedoch möglich und zumutbar ist*“<sup>27</sup> Hier kann der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Unzumutbarkeit der Ausreise eine Rolle spielt. In der Praxis reicht dieser sehr zurückhaltende Hinweis jedoch nicht aus, um die Anwendungspraxis zugunsten der Betroffenen zu beeinflussen. Er war nicht ausreichend, um eine Mehrheit der Bundesländer auf diesen Gedanken, der sich auf verfassungsrechtliche Erwägungen stützen kann, zu verpflichten. Das Zumutbarkeitskriterium wird lediglich in den Bundesländern tatsächlich berücksichtigt, in denen die Länder mit eigenen Erlassen verstärkt auf es hinweisen.

Außerdem fehlen in den vorläufigen Anwendungshinweisen Vorgaben zum Umgang mit geduldeten Minderjährigen. Die Gesetzesbegründung sieht ausdrücklich vor, dass bei Minderjährigen ein positiver Ermessensgebrauch erfolgen soll.<sup>28</sup> Minderjährige werden durch das Leben mit einer Duldung besonders stark in ihrer Entwicklung beschränkt, indem ihnen der Zugang zu Ausbildungsplätzen oder zu einem Studienplatz verwehrt wird. Zugleich sind Minderjährige besonders lern- und aufnahmefähig und werden in ihrer Sozialisation in Deutschland so sehr geprägt, dass ihnen kaum noch die Rückkehr

<sup>26</sup> Gesetzesbegründung, S. 182

<sup>27</sup> Vorläufiger Anwendungshinweis BMI Nr. 25.5.1.2

<sup>28</sup> Gesetzesbegründung S. 182

in die Gesellschaft ihres Herkunftslandes zugemutet werden kann, wenn sie längere Zeit geduldet worden sind.

### ***Nordrhein-Westfalen, Hessen und Niedersachsen***

Der Erlass des nordrhein-westfälischen Innenministeriums<sup>29</sup> schließt sich der restriktiven Auslegung der vorläufigen Anwendungshinweisen des BMI an. Auf die Zumutbarkeit der Ausreise soll es nur sehr eingeschränkt ankommen. „Unzumutbar kann eine Ausreise im Wesentlichen aus schwerwiegenden krankheitsbedingten Gründen sein.“<sup>30</sup> Nach dieser Auslegung des § 25 Abs. 5 AufenthG wird der Kreis der möglichen Begünstigten von vorneherein massiv eingeschränkt. Der Erlass macht deutlich, dass andere Gründe für die Unzumutbarkeit der Ausreise nicht in Betracht kommen: „Sonstige Gesichtspunkte, die zwar aus subjektiver Sicht die Ausreise unzumutbar erscheinen lassen können (z.B. lange Aufenthaltszeiten im Bundesgebiet, Gesichtspunkte „faktischer“ Integration aufgrund der Aufenthaltsdauer), aber nach den Regelungen des AufenthG nicht zu einem Aufenthaltsrecht führen, müssen dagegen unberücksichtigt bleiben.“<sup>31</sup>

Dieser Erlass hat die Anwendungspraxis in NRW gravierend verändert. Während vor Inkrafttreten des Erlasses am 28.2.2005 von verschiedenen Ausländerbehörden das neue Recht so interpretiert wurde, dass Geduldeten nach langjährigem Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wurde, hat sich dies mit Wirksamwerden des Erlasses grundlegend geändert. Seitdem bestehen in NRW kaum noch Erfolgsmöglichkeiten bei der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis des § 25 Abs. 5 AufenthG. In fast jedem denkbaren Fall wird eine freiwillige Ausreise für möglich erklärt. Diese wird sogar bei so genannten Problemstaaten, wie Somalia, angenommen, bei denen keine Reiseverbindungen bestehen bzw. für Somalier keine Möglichkeit existiert, sich einen Pass zu beschaffen. Die Anwendungspraxis in NRW erfüllt nicht annähernd die gesetzgeberischen Ziele, Kettenduldungen abzuschaffen. Die Praxis der Kettenduldungen wird hier ungebrochen fortgesetzt.

Ähnlich wie in NRW sieht die Praxis in Hessen und Niedersachsen<sup>32</sup> aus. Der einschlägige Erlass aus dem Hessischen Innenministerium<sup>33</sup> stellt 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 einige dieser Gruppen eine Abschiebung gar nicht, bei anderen nur nach Einzelfallprüfung zulässt.

Aber nicht nur in Hessen, auch in Bundesländern, in denen keine allgemeine Weisungslage existiert, verfahren die Ausländerbehörden entsprechend.

Das Abstellen auf die Möglichkeit der „freiwilligen Ausreise“ oder die „Passlosigkeit“ bedeutet für einen Großteil der Geduldeten den Ausschluss von einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

### ***Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern***

Auf der anderen Seite gehen manche Länder weniger restriktiv bei der Anwendung von § 25 Abs. 5 AufenthG vor. Insbesondere Rheinland-Pfalz<sup>34</sup>, Schleswig-Holstein<sup>35</sup> und Mecklenburg-Vorpommern<sup>36</sup> haben Erlasse herausgegeben, die die Auslegungsspielräume so ausfüllen, dass tatsächlich eine nennenswerte Zahl von Dauergeduldeten von der Regelung profitieren kann. Hier wird festgestellt, dass bei Personen mit langjährigem Aufenthalt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beach-

<sup>29</sup> „Erlass zu §§ 25 Abs. 4 und 5, 26 Abs. 4, und 102 Abs. 2 AufenthG“ des nordrhein-westfälischen Innenministeriums – 28.2.2005

<sup>30</sup> „Erlass zu §§ 25 Abs. 4 und 5, 26 Abs. 4, und 102 Abs. 2 AufenthG“ des nordrhein-westfälischen Innenministeriums – 28.2.2005

<sup>31</sup> „Erlass zu §§ 25 Abs. 4 und 5, 26 Abs. 4, und 102 Abs. 2 AufenthG“ des nordrhein-westfälischen Innenministeriums – 28.2.2005

<sup>32</sup> Niedersächsisches Innenministerium: „Vorläufige Niedersächsische Verwaltungsvorschriften (u.a. § 25) – 30.11.2005

<sup>33</sup> Erlass des hessischen Innenministeriums „Aufenthaltsrecht Anwendung von § 25 Abs. 5 AufenthG“ – 7.2.2005

<sup>34</sup> Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums „Aufenthalts-gewährung aus humanitären Gründen“ - 17.12.2004

<sup>35</sup> Erlass des schleswig-holsteinischen Innenministeriums „Anwendung des § 25 Abs. 4 und 5 AufenthG“ – 28.9.2005

<sup>36</sup> Erlass des mecklenburgischen Innenministeriums „Aufenthalts-gewährung aus humanitären Gründen“

ten ist. Exemplarisch soll hier der Erlass des rheinland-pfälzischen Innenministeriums vom 17.12.2004 dargestellt werden, an dem sich die Erlasse anderer Länder orientieren. Der Erlass stellt klar, dass die zwangsweise Durchsetzung der Ausreisepflicht insbesondere dann unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nicht mehr als verhältnismäßig angesehen werden kann, wenn folgende Fallkonstellationen gegeben sind:

- In 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 haben.
- Bei 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 (mehr) 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.

### **Berlin**

Der Berliner Innensenator hat gesonderte Erlasse hinsichtlich traumatisierter bosnischer Staatsangehöriger<sup>37</sup> und für staatenlose Palästinenser aus dem Libanon<sup>38</sup> herausgegeben. Mit diesen Erlassen wurde im Jahr 2005 einem Teil der Angehörigen der beiden Gruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Die Innenverwaltung Berlin hat mitgeteilt, dass bis Ende Januar 2006 von bosnischen Flüchtlingen 471 Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG gestellt wurden. 135 Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 3 AufenthG und 174 Aufenthaltserlaubnisse für Familienangehörige nach § 25 Abs. 5 AufenthG wurden erteilt. Bis Ende Januar 2006 wurden 3.140 Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 5 AufenthG von palästinensischen Flüchtlingen beantragt. 1.963 Zusicherungen (Aufenthaltserlaubnis wird erteilt wenn DDV vorliegt) und 412 Aufenthaltserlaubnisse wurden erteilt. In 31 Fällen lehnte die Ausländerbehörde ab, die restlichen Anträge sind offen.

### **Problematik der Passpflicht**

Zwar erfordert grundsätzlich 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 z.B. verstärkt diese restriktive Praxis mit seinem Erlass zu § 25 Abs. 5 AufenthG und verweist auf die Anwendungshinweise 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.“<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Erlass des Berliner Innensenats „Anwendbarkeit des § 25 AufenthG für traumatisierte bosnische Staatsangehörige, die nicht dem IMK-Beschluss vom 23./24.11. unterfallen“ – 8.11.2005

<sup>38</sup> Erlass des Berliner Innensenats „Anwendbarkeit des § 25 AufenthG für palästinensische Volkszugehörige ungeklärter Staatsangehörigkeit aus dem Libanon“ – 8.11.2005

<sup>39</sup> Erlass des hessischen Innenministeriums „Aufenthaltsrecht Anwendung von § 25 Abs. 5 AufenthG“ – 7.2.2005

Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass Ausländerbehörden unterstellen, der Ausländer habe nicht an der Passbeschaffung mitgewirkt, obwohl dies nicht der Fall ist. Die Ausländerbehörde nimmt das Nichtvorhandensein des Passes als Beleg für die mangelnde Mitwirkung des Ausländers. Deshalb wird den Betroffenen die Aufenthaltserlaubnis – und die Beschäftigungserlaubnis – versagt.

Die Frage der Mitwirkung bei der Passbeschaffung ist zwischen Ausländerbehörden und Ausländern vielfach umstritten. Die Anwendungshinweise lasten den Ausländern allein die Nachweispflicht auf. Hier wird ein Misstrauensgrundsatz verankert, der davon ausgeht, dass jeder Geduldete, der keinen Pass besitzt, seine Ausreisehindernisse selbst zu vertreten hat. Damit wird ein Großteil der Betroffenen von jeder Chance auf eine Aufenthaltserlaubnis von vorneherein ausgeschlossen.

### ***Soll-Regelung nach 18 Monaten***

Große praktische Unklarheiten bestehen im Umgang mit Satz 2 des § 25 Abs. 5 AufenthG. Hiernach soll eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Abschiebung seit achtzehn Monaten ausgesetzt ist. Umstritten ist, ob Satz 2 als Konkretisierung des Satzes 1 oder als eigenständige Regelung anzusehen ist. Fraglich ist also, ob auch nachdem 18 Monate lang eine Abschiebung unmöglich ist, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll, ohne dass rechtliche oder tatsächliche Ausreisehindernisse bestehen müssen. Das BMI geht in seinen vorläufigen Anwendungshinweisen davon aus, dass die Soll-Regelung nur Anwendung findet bei „Vorliegen der Voraussetzungen des Satzes 1“.<sup>40</sup> In der Literatur<sup>41</sup> wird kritisiert, dass diese Interpretation der Regelung einen Großteil der Praxisrelevanz nimmt. Es wird vertreten, dass aus der Entstehungsgeschichte der Norm auch eine andere Auslegung denkbar wäre. Argumentiert wird, dass während des Gesetzgebungsverfahrens aufgrund der Kritik an dem Kriterium des Ausreisehindernisses Satz 2 eingefügt wurde. Mit dem Merkmal der 18-monatigen Abschiebungsaussetzung hat man – im Vergleich zum Ausreisehindernis - ein objektiv bestimmbares Kriterium eingefügt. Damit sollte zumindest nach 1 ½ Jahren der Wechsel von der Kettenduldung in den Aufenthaltstitel erfolgen. Da diese Intention in der Praxis nicht hinreichend umgesetzt worden ist, muss diese gesetzgeberische Intention erneut aufgegriffen werden und klargestellt werden, dass Satz 2 als eigenständiger Tatbestand zu behandeln ist.

### **Exemplarische Fälle:**

**Der Antrag des seit 1991 geduldeten Rom Herr G. aus dem Kosovo** auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs.5 AufenthG vom 14.05.2005 wurde von der Ausländerbehörde der Stadt Bremen abgelehnt. Auch wenn seine Abschiebung als Angehöriger der Minderheit der Roma aus dem Kosovo nach dem aktuellen Erlass des Senators für Inneres und Sport aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei, so ist *“die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 25 Abs.5 grundsätzlich wegen der Möglichkeit der freiwilligen Ausreise ausgeschlossen.“*

**Die sechsköpfige Familie M. aus dem Kosovo** beantragt eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 5 Aufenthaltsgesetz. Ihren Lebensunterhalt bestreitet die Familie komplett aus der Erwerbstätigkeit des Vaters. Mit Schreiben vom 19. Januar 2005 lehnt die zuständige Ausländerbehörde den Antrag ab und verweist darin auf einen Erlass des Innenministeriums NRW aus dem Jahre 2002, wonach gegen eine freiwillige Rückkehr ethnischer Minderheiten in den Kosovo keine Bedenken bestehen. Allerdings wird zwangsweisen Rückführungen seitens UNMIK nicht zugestimmt. Trotzdem sind die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis – aus Sicht der Ausländerbehörde aufgrund der angeblich bestehenden Möglichkeit zur freiwilligen Ausreise – für Familie M. nicht gegeben.

<sup>40</sup> Vorläufige Anwendungshinweise Nr. 25.5.2

<sup>41</sup> Hubert Heinhold, Das Aufenthaltsrecht, S. 93

**Die Hochschullehrerin T. floh im Mai 1993 hochschwanger nach Deutschland.** Im Juni wurde ihre Tochter geboren. Ihr Asylantrag wurde abgelehnt. 2000 stellte sie einen Antrag nach der Altfallregelung von 1999, die einen besonderen Stichtag für Familien enthielt. Mutter und Tochter bekamen hiernach aber kein Aufenthaltsrecht. Denn Frau T. galt – trotz 7-jähriger Tochter – als „Einzelperson«. Alleinstehende mussten aber, um die Kriterien der Altfallregelung zu erfüllen, bereits 1991 eingereist sein, und nicht – wie Familien – 1993. Frau T. hatte also die Frist versäumt, weil ihre Tochter erst wenige Wochen nach der Einreise geboren wurde. Frau T. hat nach der Neuregelung des Zuwanderungsgesetzes eine Aufenthaltserlaubnis beantragt. Diese wurde abgelehnt, da nicht von einem dauerhaften Ausreisehindernis auszugehen ist.

**Der irakische Flüchtling Herr S. floh im Jahre 2001 nach Deutschland.** Er beantragte gemäß § 25 Abs. 5 eine Aufenthaltserlaubnis, da Abschiebungen in den Irak nicht durchgeführt werden. Die Erteilung wurde abgelehnt, da eine freiwillige Ausreise in den Irak möglich sei, auch wenn zur Zeit die Abschiebung unmöglich ist.

**Die alleinstehende Frau V. aus Afghanistan lebt seit 10 Jahren** in Deutschland. Frau V beantragte Anfang 2005 die Erteilung der AE gemäß § 25.5. Diese wurde aufgrund einer Weisung des sächsischen Innenministeriums abgelehnt mit der Begründung, dass grundsätzlich für Afghanen eine freiwillige Rückkehrmöglichkeit bestehe. (Alle anderen Familienangehörigen haben Abschiebungsschutz erhalten.)

Es überwiegt eine restriktive Auslegungspraxis, so dass für die meisten Geduldeten § 25 Abs. 5 AufenthG nicht einen Wechsel von der Kettenduldung in die Aufenthaltserlaubnis bedeutet. Für das Gros der Geduldeten wird das eigentliche Ziel, sie von ihren Kettenduldungen zu befreien, nicht erreicht.

### **Empfehlungen:**

- Es ist in § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG ausdrücklich ein Zumutbarkeits- bzw. Verhältnismäßigkeitskriterium in die Tatbestandsvoraussetzungen aufzunehmen.
- § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG ist als gesonderter Absatz zu regeln.
- Gesetzlich muss geregelt werden, dass § 10 Abs. 3 AufenthG auf § 25 Abs. 5 AufenthG nicht anwendbar ist. Vorzuziehen wäre die Alternative, § 10 Abs. 3 AufenthG insgesamt zu streichen.

### **1.5. Ausschluss wegen offensichtlich unbegründeter Asylanträge, § 10 Abs. 3 AufenthG**

Flüchtlinge, deren Asylantrag als „offensichtlich unbegründet“ (o.u.) nach § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt wurde, können keine Aufenthaltserlaubnis bekommen (§ 10 Abs. 3 AufenthG). Damit ist ein erheblicher Teil der heute Geduldeten von vornherein chancenlos. Der Anteil der o.u.-Flüchtlinge an allen abgelehnten Asylbewerbern betrug in den letzten Jahren gut die Hälfte. Man kann davon ausgehen, dass der größte Teil von ihnen nach Abs. 3 (z.B. wegen unsubstantiierten Vortrags) o.u. abgelehnt wurde und nur ein geringer Teil nach Abs. 2 (nur aus wirtschaftlichen Gründen geflohen, oder um einer allgemeinen Notlage oder Krieg zu entgehen). Mangels Statistiken ist eine genaue Analyse nicht möglich. Bislang ergibt sich aus dem Tenor der Bundesamtsentscheidungen lediglich die Ablehnung als offensichtlich unbegründet, nicht aber der Rechtsgrund.

In der Praxis kommt es zu verschiedenen Anwendungsproblemen. Eines besteht darin, dass auch bei ehemaligen Asylbewerbern, die als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden sind, der Ausschluss mit § 10 Abs. 3 AufenthG begründet wird, obwohl die Vorschrift des § 30 Abs. 3 AsylVfG zum Zeitpunkt der Bundesamtsentscheidung noch gar nicht existierte.

Weiterhin besteht die Problematik, dass der § 10 Abs. 3 AufenthG auch dann angewandt wird, wenn es zu einer o.u.-Ablehnung in Fällen von Asylanträgen gem. § 14a AsylVfG gekommen ist. Nach § 14a AsylVfG gilt bei Antragstellung der Eltern der Antrag auch für die Kinder unter 16 Jahren als mit gestellt. Diese Antragsfiktion wird von den Betroffenen zumeist nicht bewusst zur Kenntnis genommen. Auf die Möglichkeit, dass auf die Durchführung des Asylverfahrens für das Kind verzichtet werden kann, weist das Bundesamt meist nicht hin. Die Folge ist häufig, dass der Asylantrag des Kindes als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird. Dies hat wiederum die Konsequenz, dass dem Kind später wegen § 10 Abs. 3 AufenthG keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, selbst wenn die Eltern eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 erhalten. Besonders häufig ist diese Problematik bei Altfällen.

Außerdem ist in der Praxis zu beobachten, dass Ausländerbehörden Ausländern die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis unter Hinweis auf § 10 Abs. 3 AufenthG verweigern, wenn das Bundesamt hinsichtlich § 60 Abs. 1 AufenthG zwar eine o.u.-Ablehnung getroffen hat, gleichwohl aber eine Anerkennung wegen § 60 Abs. 7 AufenthG gewährt hat. Der Ausschluss von der Aufenthaltserlaubnis wegen o.u.-Ablehnung darf dann nicht erfolgen, wenn der Ausländer einen Anspruch auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis hat. Bei Anerkennung des § 60 Abs. 7 AufenthG „soll“ die Ausländerbehörde eine Aufenthaltserlaubnis erteilen, § 25 Abs. 3 AufenthG. Es ist schon inakzeptabel, dass die Ausländerbehörden hier die Soll-Regelung nicht ausreichen lassen. Erst Recht erscheint diese Praxis rechtswidrig, wenn man sich vor Augen führt, dass die EU-Qualifikationsrichtlinie, die bis zum 10. Oktober 2006 ins nationale Recht umzusetzen ist, ohnehin zwingend einen Anspruch auf Aufenthaltserlaubniserteilung für die Fälle des § 60 Abs. 7 vorsieht.

Die Vorschrift des § 10 Abs. 3 AufenthG hat sich als sehr problematische Regelung für die Praxis herausgestellt.<sup>42</sup> Insgesamt ist festzustellen, dass die Anknüpfung eines humanitären Aufenthaltstitels an die Voraussetzung, dass zuvor keine o.u.-Entscheidung ergangen ist, nicht sachgerecht ist. O.u.-Entscheidungen ergehen nicht notwendigerweise aufgrund eines von offizieller Seite als „Missbrauchstatbestand“ eingestuften Sachverhalts. Dieser „Missbrauchsverdacht“ stellt gleichwohl den gedanklichen Hintergrund der Regelung dar.

---

<sup>42</sup> Siehe zum gesamten Fragenkomplex: Dienelt, ZAR 3-4/2005, 120 ff.

**Exemplarischer Fall:**

**Herr D. aus Sri Lanka lebt seit 1995** in Deutschland. Er ist zu 50 % schwerbehindert und psychisch krank. Aus diesem Grund kann er (seit 2004) seiner Arbeit in der Gärtnerei nicht mehr nachgehen und war mehrere Male wegen Suizidgefahr in stationärer Behandlung.

Der Antrag auf Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG wurde abgelehnt, obwohl laut Ausländerbehörde die Tatbestandsvoraussetzungen wegen der längerfristigen Reiseunfähigkeit erfüllt seien. Grund für die Ablehnung: § 10 Abs. 3 AufenthG.

**Empfehlung:**

- § 10 Abs. 3 AufenthG ist zu streichen. Zumindest ist gesetzlich auszuschließen, dass die Rechtsfolgen von § 10 Abs. 3 AufenthG eintreten, wenn eine Asylablehnung als offensichtlich unbegründet im Zusammenhang mit der Asylantragsfiktion gem. § 14a AsylVfG ergangen ist.

**2. Bleiberechtsregelung**

Von den knapp 193.000 Geduldeten leben 120.580 schon länger als 5 Jahre und 48.000 sogar länger als 10 Jahre in Deutschland. Anders als im Ausländergesetz von 1990 wurde im Zuwanderungsgesetz keine Altfallregelung verankert. Wer einsieht, dass Integration ein notwendiger und sinnvoller Bestandteil von Migrationspolitik ist, muss zuallererst diejenigen, die trotz Duldung bereits Mitglieder dieser Gesellschaft sind, aus ihrem weitgehend rechtlosen Zustand befreien und ihnen die Chance zu einem menschenwürdigen und gleichberechtigten Dasein eröffnen. Nach einem Jahr Erfahrung mit der Anwendung des neuen Aufenthaltsgesetzes hat sich jedoch herausgestellt, dass das Zuwanderungsgesetz in der jetzigen Fassung keine Lösung bringt.

Neben Korrekturen am Zuwanderungsgesetz, mit dem Ziel, künftige Kettenduldungen zu vermeiden, bedarf es einer unbürokratischen Bleiberechtsregelung für die so genannten Altfälle. Eine Bleiberechtsregelung kann gesetzlich verankert werden oder durch IMK-Beschluss erfolgen. Da die letzten Sitzungen der IMK ergebnislos verstrichen sind, spricht einiges für eine gesetzliche Regelung. Da in den nächsten Monaten das Aufenthaltsgesetz ohnehin geändert werden soll, besteht hierfür auch eine gute Gelegenheit. Derzeit wird ein Gesetz zur Umsetzung asyl- und aufenthaltsrechtlicher EU-Richtlinien vorbereitet. Da der Gesetzentwurf des BMI auch Regelungen vorsieht, die in keinem Zusammenhang mit den EU-Richtlinien stehen, wäre es konsequent, die notwendige Bleiberechtsregelung ebenfalls in das Gesetzesvorhaben zu integrieren.

Wichtig zu betonen ist, dass eine Bleiberechtsregelung erfüllbare Kriterien beinhalten muss. Wenn die Bedingungen für die Erteilung des Bleiberechts derart hoch gesteckt werden, dass sie kaum jemand unter den Dauergeduldeten erfüllen kann, dann würde lediglich in absehbarer Zeit erneut die Forderung nach einer solchen Regelung erhoben werden. Dies würde weder für die staatlichen Institutionen noch für die Betroffenen Rechtsfrieden bringen.

**Empfehlungen:**

- Eine Bleiberechtsregelung muss gesetzlich geregelt werden.

**Zu dem Kreis der Begünstigten sollten gehören:**

- Geduldete, sonstige Ausreisepflichtige sowie Asylbewerber, die sich seit mindestens fünf Jahren in Deutschland aufhalten,
- Familien, deren Kinder bei der Einreise minderjährig waren oder in Deutschland geboren wurden und die sich seit drei Jahren in Deutschland aufhalten,
- ältere, schwer kranke und behinderte Menschen, die sich seit drei Jahren in Deutschland aufhalten,
- unbegleitete Minderjährige, die sich seit zwei Jahren in Deutschland aufhalten,

- traumatisierte Menschen,
- Menschen, die als Opfer rassistischer Angriffe in Deutschland traumatisiert oder erheblich verletzt wurden.

#### **Vorläufiger Abschiebestopp nötig:**

- Bis die Bleiberechtsregelung in Kraft tritt muss für die Zwischenzeit ein Abschiebestopp für die Personengruppen erlassen werden, die Begünstigte einer Altfallregelung sein werden.

#### **Zu den Kriterien einer Bleiberechtsregelung:**

- Eine Bleiberechtsregelung darf nicht auf Staatsangehörige bestimmter Herkunftsländer beschränkt sein.
- Darüber hinaus darf das Vorliegen der eigenständigen Sicherung des Lebensunterhalts nicht zur Bedingung gemacht werden. Erst Recht darf nicht das Vorhandensein eines Beschäftigungsverhältnisses, womöglich seit mehreren Jahren, zur Bedingung gemacht werden.
- Stattdessen muss eine Aufenthaltserlaubnis „auf Probe“ auch ohne Arbeit ermöglicht werden („Schnuppererlaubnis“). Sinn einer solchen Regelung ist es, den Betroffenen es zu ermöglichen, sich frei von staatlichen Leistungen zu finanzieren. Unter den Bedingungen der Duldung ist dies oftmals objektiv gar nicht möglich, weil keine Arbeitserlaubnis erteilt wurde, da das Vorrangprinzip die Einstellung von Geduldeten verbietet und Arbeitgeber Duldungsinhaber oftmals nicht einstellen wollen etc. Eine „Schnupperbefugnis“ sah auch die Altfallregelung von 1996 vor, nach der eine Probeaufenthaltsbefugnis mit Arbeitserlaubnis für sechs Monate erteilt wurde. Die Bedingung, sofort einen Arbeitsplatz nachweisen zu müssen, wäre verfehlt, weil vielen Geduldeten der Zugang zum Arbeitsmarkt bekanntermaßen rechtlich bzw. faktisch verwehrt ist.
- Ein fehlender Pass, die illegale Einreise sowie ein zeitweilig illegaler Aufenthalt darf kein Ausschlussgrund sein.
- Der Ausschlussgrund wegen strafrechtlicher Verurteilungen zu mindestens 50 Tagessätzen – wie in der Afghanistan-Regelung der IMK 2005 vorgesehen – ist nicht sachgerecht. Erfasst werden geringfügige Straftaten weit unterhalb der Grenze zur Vorstrafe. Typischerweise wird es um ausländische Delikte gehen, insbesondere um die so genannte Residenzpflichtverletzung. Der Verstoß hiergegen ist nicht Ausdruck einer generell rechtsfeindlichen Haltung. Es handelt sich um Rechtsverstöße, die unmittelbar mit dem Status der Duldung im Zusammenhang stehen. Es wäre völlig ausreichend, entsprechend § 9 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG nur Fälle von mindestens 6 Monaten Freiheitsstrafe oder 180 Tagessätzen Geldstrafen zu erfassen.

### **3. Härtefallregelung, § 23a AufenthG**

Die Hoffnungen, die mit der Einführung von Härtefallkommissionen verbunden worden sind, sind enttäuscht worden. Nach einem Jahr ist es nicht gelungen, diese Kommissionen bundesweit zu etablieren. Bayern weigert sich noch immer, eine Kommission einzurichten. Auch in Hessen und Niedersachsen greift das Instrument so gut wie gar nicht. Dort wurden die Petitionsausschüsse der Landtage mit den Aufgaben der Härtefallkommission betraut - mit dem Ergebnis, dass jeweils nur einige wenige Fälle positiv entschieden wurden.

Etwas besser sieht es in Berlin aus: In ca. 300 Fällen wurde positiv entschieden und den Betroffenen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. In Nordrhein-Westfalen hat die Härtefallkommission von über 900 Anträgen bislang ca. 100 als Härtefälle eingestuft und die Ausländerbehörden um Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ersucht. In den meisten Bundesländern liegen die Erfolgsquoten allerdings im ein- bis zweistelligen Bereich.

Sehr problematisch ist, dass in der Praxis sich einige Ausländerbehörden weigern, trotz positiver Kommissionsempfehlungen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Bei der Anwendung der Härtefallregelung hat das BMI mit seinen vorläufigen Anwendungshinweisen negative Standards gesetzt. Der Anwendungshinweis Nr. 23a.1.3 sieht vor, dass der Ausschlussgrund

des § 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.

Nach anderer Ansicht widerspricht diese Einschränkung dem Wortlaut des § 23a AufenthG, der vorsieht, dass „abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll“. Die so unnötig gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes verschärfte Interpretation schafft Härten, wo sie solche lösen soll. Der Ausschluss von als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylbewerbern ist auch mit Blick auf die Betroffenen 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.

Auch bei Vorliegen der Erteilungsverbote gem. § 11 Abs.1 AufenthG soll die Anwendung der Härtefallregelung ausgeschlossen sein – also wenn ein Ausländer ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist (§ 11 Abs. 1). Weiterhin soll der Ausschluss vom Familiennachzug gem. § 29 Abs. 3 AufenthG auf die Härtefälle übertragen werden.<sup>43</sup>

Als sehr hinderlich für die Erfolgchancen nach der Härtefallregelung hat sich herausgestellt, dass einige Bundesländer die Lebensunterhaltssicherung oder Verpflichtungserklärungen als Bedingung für die Feststellung eines Härtefalls vorsehen.

#### **Exemplarischer Fall:**

**Baden-Württemberg:** Die beiden Geschwister G. flohen 1987 mit ihren Eltern aus der Türkei nach Deutschland. Im langjährigen Asylverfahren konnte für die Mutter ein Abschiebungshindernis erstritten werden. Deswegen haben mit ihr der Ehemann und die minderjährigen Kinder ein Aufenthaltsrecht.

Nach 19 jährigem Aufenthalt droht jedoch den volljährigen Geschwistern, die im Alter von 3 bzw. 6 Jahren eingereist waren, die Abschiebung. Sie sind trotz Kettenduldungen vollständig integriert und seit 2000 teilzeitbeschäftigt. Sie tragen ihren Teil dazu bei, dass die Familie unabhängig von Sozialhilfe leben kann. Der Antrag an die Härtefallkommission in Baden- Württemberg wurde ohne Begründung abgelehnt.

#### **Empfehlung:**

- Die Befristung der Geltungsdauer der Härtefallregelung bis zum 31.12.2009 gem. Art 15 Abs. 4 ZuwG ist aufzuheben. Trotz der sehr divergierenden Ergebnisse der Anwendungspraxis der Härtefallregelung ist ihr Bestand auf absehbare Zeit notwendig.
- Es ist gesetzlich klarzustellen, dass § 10 Abs. 3 AufenthG zumindest nicht auf § 23a AufenthG anwendbar ist.
- Praktiken der Bundesländer, die bei positiven Entscheidungen auf den gesicherten Lebensunterhalt abstellen, muss entgegengewirkt werden.

## **4. Übergangsvorschriften: Anrechnung von Zeiten**

Gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG wird für die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung vor dem

<sup>43</sup> BMI, Vorläufige Anwendungshinweise Nr. 23a.1.3.)

1.1.2005 angerechnet. Die Feststellung, dass Duldungszeiten angerechnet werden, ist durch den Gesetzeswortlaut nicht auf bestimmte Duldungen beschränkt. In den Anwendungshinweisen zu § 102 Abs. 2 AufenthG nimmt das BMI jedoch eine einschränkende Auslegung vor. Das BMI bezieht die Übergangsregelung nur auf die Personengruppen, die eine Duldung wegen des Vorliegens von Abschiebungshindernissen (§ 53 AuslG alte Fassung) oder eine Befugnis aufgrund ihrer Flüchtlingseigenschaft (§ 51 Abs. 1 AuslG alte Fassung) erhalten haben. Eine solche Einschränkung widerspricht dem Wortlaut der Vorschrift.

### **Empfehlung:**

- In den vorläufigen Anwendungshinweisen bzw. Verwaltungsvorschriften ist darauf hinzuweisen, dass gem. § 102 Abs. 2 AufenthG alle Duldungszeiten für die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG angerechnet werden.

## **5. Arbeitsmarktzugang und „One-Stop-Government“**

Eines der Ziele des Zuwanderungsgesetzes sollte es sein, den Zugang von Ausländern zum Arbeitsmarkt einfacher und transparenter zu regeln. Begleitet von bürokratiethoretischen Werbeargumenten (One-Stop Government) wurde die Errungenschaft in den Vordergrund gestellt, dass die Ausländerbehörden nunmehr nicht nur für die Erteilung der Aufenthaltstitel, sondern auch für die Erteilung der Beschäftigungserlaubnis zuständig sind. Der Wortlaut des Gesetzes ließ zunächst keine wesentlichen Verschlechterungen erwarten. Die Wirklichkeit sieht jedoch anders aus. Insbesondere für geduldete Ausländer hat sich die Umsetzung des Gesetzes und der Beschäftigungsverfahrensordnung als zusätzliches Problemfeld herausgestellt, in dem Beschäftigungsverhältnisse verhindert bzw. existierende vernichtet werden.

Zunächst blieb auf gesetzlicher Ebene das Problem erhalten, dass die Aufnahme einer Beschäftigung aufgrund der Vorrangprüfung versagt werden kann, § 39 Abs. 2 b) AufenthG. Nach dieser Regelung erteilen die Ausländerbehörden Geduldeten nur dann eine Beschäftigungserlaubnis, wenn deutsche Arbeitnehmer oder bevorrechtigte ausländische Arbeitnehmer (wie z.B. EU-Bürger) nicht zur Verfügung stehen (Vorrangprüfung). Diese Vorrangprüfung gilt nicht nur für Geduldete, sondern auch für Asylbewerber und bestimmte Personengruppen, die eine befristete Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen haben. Die Vorrangregelung führt gerade in Zeiten hoher Arbeitslosigkeit in den meisten Regionen zu einem faktischen Arbeitsverbot. Dies ist nicht hinnehmbar. Menschen dauerhaft von der Möglichkeit auszuschließen, eigenständig durch Arbeit die eigene Existenz zu sichern, verstößt gegen die Menschenwürde, wie in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung bereits festgestellt worden ist. Außerdem werden die öffentlichen Haushalte unnötig belastet.

Die am 1. Januar 2005 in Kraft getretene Beschäftigungsverfahrensordnung regelt den Arbeitsmarktzugang für bereits in Deutschland lebende Ausländer, auch den Arbeitsmarktzugang für Geduldete, für Ausländer mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen und den Übergang von einem nachrangigen zu einem gleichrangigen Zugang.

Die Arbeitsämter sind durch den Wechsel der Behördenzuständigkeit nicht mehr für die Vergabe der Arbeitserlaubnisse zuständig. Die Bundesagentur für Arbeit (BA) wird nur noch in einem internen Behördenverfahren beteiligt und muss in der Regel der Beschäftigungsaufnahme zustimmen.

Seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes am 1. Januar 2005 sind zahlreiche Fälle an PRO ASYL herangetragen worden, die belegen, dass sich die Möglichkeit der Arbeitsaufnahme insbesondere für Geduldete verschlechtert hat. Die regionalen Unterschiede in der Praxis sind nicht allein aus der regional unterschiedlichen Lage auf dem Arbeitsmarkt zu erklären. Manche Ausländerbehörden verbieten aufgrund der neuen Rechtslage nahezu allen Geduldeten in ihrem Bezirk die Arbeit, ohne dass eine ernsthafte Prüfung vorangegangen ist. Dies hat in vielen Fällen dazu geführt, dass sogar langjährig Beschäftigte ihre Arbeitsstelle verloren haben. Jugendliche können ihre Ausbildungsplätze nicht antreten, weil die behördliche Erlaubnis nicht erteilt wird.

Die dramatischen Fehlentwicklungen haben zwei Hauptursachen: Zum einen liegen die Ursachen in der Zuständigkeit der Ausländerbehörden, die ihre neuen Kompetenzen zur Gestaltung einer restriktiven Anwendungspraxis missbrauchen. Zum anderen sind sie in Mängeln der Verordnung selbst begründet.

Notwendig sind deswegen die Abschaffung des Vorrangprinzips, Korrekturen der Beschäftigungsverfahrensordnung und klare Vorgaben für die Ausländerbehörden.

### **Zu § 5 BeschVfV – Grundsatz**

In § 5 wird bestimmt, dass die BA abweichend von § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG nach den Vorschriften des Abschnitts 2 die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung erteilen kann.

Damit wird die Arbeitsmarktprüfung gem. § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG in bestimmten Fällen ausgeschlossen.

Zu kritisieren ist, dass sich der Ausschluss lediglich auf Nr. 1 bezieht. Denn nach § 39 Abs. 2 Satz 1 S. 1 letzter HS AufenthG prüft die BA, ob der Ausländer *nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird*. Was als Maßnahme gegen Lohndumping wirken soll, erweist sich in der Praxis als ein zu langwieriges Verfahren, das dazu führt, dass die Betroffenen die in Aussicht gestellten Arbeitsplätze verlieren. Dadurch wird der Zweck der Regelung verfehlt. Die Befreiung von der Vorrangprüfung ist also inkonsequent geregelt worden. Eigentlich sollten die in Abschnitt 2 genannten Gruppen privilegiert werden. Um dies auch in der Praxis zu erreichen, bedarf es einer gesetzlichen Änderung.

### **Zu § 6 BeschVfV – Fortsetzung eines Arbeitsverhältnisses**

§ 6 BeschVfV sieht vor, dass von einer Vorrangprüfung abgesehen werden kann, *wenn der Ausländer seine Beschäftigung nach Ablauf der Geltungsdauer der für mindestens ein Jahr erteilten Zustimmung bei dem selben Arbeitgeber fortsetzt*.

Die Durchführungsanordnungen der BA sehen vor, dass bei der Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu prüfen ist, ob die Arbeitsbedingungen des Ausländers nicht ungünstiger sind als die vergleichbarer Deutscher. Sofern die Tätigkeit zu anderen Arbeitsbedingungen fortgesetzt werden soll (z.B. Änderung der Arbeitszeit oder der Tätigkeitsmerkmale), ist eine erneute Vorrangprüfung erforderlich. Wechselt ein Arbeitnehmer zum Beispiel von der Tag- in die Nachtschicht könnte demnach bereits ein solcher Fall vorliegen

In der Praxis ist festzustellen, dass die Ausländerbehörden oft (langwierige) Zustimmungsverfahren bei der BA einleiten, obwohl es lediglich um die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses geht. Oftmals wird den Betroffenen in der Zeit während des Prüfverfahrens die Arbeit verboten. Das hat in vielen Fällen zur Folge, dass es zum Verlust des Arbeitsplatzes kommt.

In der Vergangenheit wurde bei derartigen Fallkonstellationen reibungslos die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht.

Es entspricht den Bedürfnissen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber, an bewährten Arbeitsverhältnissen festhalten zu können. Es macht keinen Sinn, bestehende Arbeitsverhältnisse durch bürokratische Prüfverfahren zunichte zu machen.

### **Zu § 7 BeschVfV – Härtefallregelung**

Nach § 7 BeschVfV kann ohne Vorrangprüfung die Zustimmung zur Beschäftigung erteilt werden, *wenn deren Versagung unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles eine besondere Härte bedeuten würde*.

Zwar ist es positiv, dass die Durchführungsanordnungen der BA bei traumatisierten Ausländern einen Härtefall annehmen, wenn die Beschäftigung Bestandteil der Therapie ist. Nicht akzeptabel ist aber, dass die Familienangehörige der Traumatisierten von dieser Härtefallregelung nicht erfasst sein sollen. Traumatisierte benötigen ein stabiles Umfeld der Gesamtfamilien, wozu die Arbeitsaufnahme auch des Ehegatten einen wesentlichen Beitrag leisten kann.

**Zu § 8 BeschVfV – Ausbildung und Beschäftigung von im Jugendalter eingereisten Ausländern**

Der Anwendungsbereich von § 8 BeschVfV wurde auf Jugendliche, die eine Aufenthaltserlaubnis haben, beschränkt. Jugendliche mit einer Duldung, die in Deutschland einen Schulabschluss gemacht oder eine Ausbildung gemacht haben, sind nicht von der Vorrangprüfung befreit. Der Ausschluss geduldeter Jugendlicher beruht auf der Annahme, das Zuwanderungsgesetz würde die Kettenduldungen abschaffen. Dies hat sich in der Praxis bislang nicht bewahrheitet. Vielmehr ist zu beobachten, dass jugendliche Geduldete genauso restriktiven Entscheidungen seitens der Ausländerbehörde wie Erwachsene unterliegen.

Die Anwendung der Vorrangprüfung führt dazu, dass die geduldeten Jugendlichen Ausbildungsplätze nicht antreten können. Es gibt darüber hinaus Fälle, in denen die Jugendlichen aus bestehenden Ausbildungsverhältnissen ausscheiden müssen. Grund ist, dass die Beschäftigungserlaubnis jeweils nur für die Dauer der Geltung der Duldung erteilt wird. Das Prüfverfahren dauert so lange, dass es zu Unterbrechungszeiten kommt, in denen ihnen die Ausbildungsfortsetzung nicht erlaubt ist. Im Ergebnis führt dies zum Abbruch der Ausbildung. Hier besteht dringender Handlungsbedarf.

**Zu § 9 BeschVfV – Beschäftigung bei Vorbeschäftigungszeiten oder längerfristigen Voraufenthalt**

Nach § 9 BeschVfV sollen Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis besitzen und drei Jahre rechtmäßig versicherungspflichtig beschäftigt waren oder sich vier Jahre ununterbrochen im Bundesgebiet aufgehalten haben, einen gleichrangigen Arbeitsmarktzugang haben.

Problematisch an dieser Bestimmung ist, dass lediglich die Vorrangprüfung gem. § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG entfallen soll. Wie in § 5 BeschVfV bezieht sich der Ausschluss vom Wortlaut her lediglich auf Nr. 1 und nicht auch auf S. 1 letzter HS des § 39 Abs. 2 AufenthG. (s.o.). Dies ist an dieser Stelle zudem in sich widersprüchlich. Denn gem. § 9 Abs. 4 BeschVfV muss die Zustimmung ohne Beschränkungen gem. § 13 erteilt werden.

In der Praxis leiten die Ausländerbehörden zum Teil ein langwieriges Zustimmungsverfahren bei der BA ein. Teilweise reagiert die BA mit Unverständnis, da sie davon ausgeht, dass die Zustimmung in den Fällen des § 9 immer zu erteilen ist. Andernorts werden jedoch längere Prüfverfahren durchgeführt, so dass die Betroffenen die in Aussicht gestellten Arbeitsplätze verlieren.

**Zu § 11 BeschVfV - Versagen der Erlaubnis**

§ 11 BeschVfV hat in der Praxis gravierende negative Konsequenzen für die Beschäftigungsverhältnisse der Geduldeten.

§ 11 BeschVfV lautet: *„Geduldeten Ausländern darf die Ausübung einer Beschäftigung nicht erlaubt werden, wenn sie sich in das Inland begeben haben, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erlangen oder wenn bei diesen Ausländern aus ihnen zu vertretenen Gründen aufenthaltsbedingende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Zu vertreten hat ein Ausländer die Gründe insbesondere, wenn er das Abschiebungshindernis durch Täuschung über seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit oder durch falsche Angaben herbeiführt.“*

Nachdem in den ersten Monaten 2005 große Praxisprobleme bei der Anwendung von § 11 BeschVfV auftraten, hat das BMI durch Schreiben vom 18. März 2005 an die Landesinnenminister klargestellt, dass durch diese Vorschrift keine rechtliche Verschärfung im Vergleich zur alten Rechtslage eingeführt worden sei.<sup>44</sup> Insbesondere wurde betont, dass die Beschäftigung denjenigen Ausländern nach Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erlaubt werden kann, die zwar freiwillig ausreisen könnten, aber nicht abgeschoben werden können. Hierüber bestand zuvor in der Praxis Unklarheit. Da dieser Ansatz zur Begründung eines Ausschlusses gem. § 11 BeschVfV jedoch nur bei einem kleinen Teil

<sup>44</sup> Schreiben v. 18.3.2005, Dr. Gerold Lehnguth Ministerialdirektor, Leiter der Abteilung Migration, Flüchtlinge, Integration und Europäische Harmonisierung; siehe: <http://www.proasyl.info/texte/mappe/2005/99/7.pdf>

der Fälle entscheidend war, blieben trotz der Klarstellung durch das BMI-Schreiben viele Problemlagen in der Praxis bestehen.

Die zunehmenden Arbeitsverbote gegenüber Geduldeten haben folgende Ursachen:

- Quantitativ geringere Bedeutung hat in der Praxis der Versagungsgrund, dass sich der Ausländer ins Inland begeben hat, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen. Nach altem Recht wurde die Arbeitsaufnahme nur dann versagt, wenn die Sozialämter den Tatbestand des § 1 a AsylbLG festgestellt hatten. Nun stellen immerhin einige Ausländerbehörden auf mangelhafter Tatsachengrundlage diesen Tatbestand selbständig fest. Das Arbeitsverbot wird auch dann verhängt, wenn die Bundesagentur für Arbeit ihre Zustimmung zur Arbeitsaufnahme bereits gegeben hat. Der bedingte Vorsatz, Leistungen nach dem AsylbLG erlangen zu wollen, ist in der Regel für den Entschluss zur Einreise nicht von prägender Bedeutung gewesen, so dass die Rechtsprechung darauf gestützte Arbeitsverbote offenbar korrigiert. In gewissem Umfang gibt es dennoch eine rechtswidrige Verwaltungspraxis.
- Sehr häufig wird ein Arbeitsverbot mit der Begründung erteilt, dass der Antragsteller es selbst zu vertreten habe, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden könnten. Die zwingend zu beachtende Einschränkungen werden in der Praxis häufig umgangen, weswegen relativ umfangreiche Rechtsprechung vorliegt. Zum einen gehört zum Tatbestand ein konkretes Verhalten, das die Abschiebung verhindert. Auf die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise kommt es hier nicht an. Zum anderen muss das Verhalten des Ausländers auch ursächlich für die Unmöglichkeit der Abschiebung im konkreten Zeitpunkt sein. Im Fall eines bestehenden Abschiebungsstopps kann das Verhalten des Ausländers nicht ursächlich sein.
- Nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde von Ausländerbehörden inflationär die Argumentation benutzt, der Antragsteller habe Mitwirkungspflichten verletzt und auf diesem Wege seine Abschiebung verhindert, etwa über verweigerter oder unzureichender Mitwirkung bei der Beschaffung von Passersatzpapieren.

Außer acht gelassen wurden gleich mehrere rechtliche Schranken:

Die Aufforderung zu Mitwirkungshandlungen muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein. Wenn klar ist, dass Identitätsdokumente nicht beschafft werden können, deren Vorlage die Botschaft etwa verlangt, dann hat dies die Behörde nach der Rechtsprechung zu berücksichtigen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Mitwirkungshandlung möglich ist bzw. die Ausstellung von Dokumenten durch die Auslandsvertretung beschleunigen würde, liegt bei der Behörde. In der Praxis wird allerdings häufig allein das Nichtvorliegen des Passes als Beleg dafür angesehen, dass Mitwirkungspflichten nicht erfüllt sind. PRO ASYL hat bereits frühzeitig Fälle belegt, dass Ausländerbehörden ihre Behauptung, der Ausländer wirke nicht an der Passbeschaffung mit, aufrecht erhalten, obwohl sie gegenüber der Ausländerbehörde ihre Bemühungen nachgewiesen hatten.

### ***Konsequenzen***

Die Konsequenzen der Arbeitsverbote für Geduldete sind dramatisch. Geduldete werden teilweise aus Arbeitsverhältnissen entlassen, die über Jahre bestanden.

Geduldeten erhalten weder Arbeitslosengeld noch Arbeitslosengeld II. Sie haben lediglich Ansprüche auf die um 35 % abgesenkten Leistungen nach dem AsylbLG. Personen, die über Jahre aus eigener Kraft ihre Existenz gesichert haben, werden also gezwungen, von Sozialleistungen auf dem untersten Niveau zu leben. Gleichzeitig werden so für die Kommunen Kosten produziert, da diese die Leistungen nach dem AsylbLG zu tragen haben. Dies ist weder im Interesse der Geduldeten noch dem der Kommunen.

Infolgedessen müssen die Geduldeten in manchen Bundesländern generell (Bayern) oder im Einzelfall in Sammelunterkünften umziehen. In anderen zahlen die Sozialämter keine Mietzuschüsse für die Privatwohnungen, so dass die Betroffenen ihre Wohnung aufgeben müssen und in einer Sammelunterkunft wohnen müssen. Sodann droht in manchen Kommunen die Leistungsgewährung in Form von

Sachleistungen – das heißt Essensgutscheine oder Lebensmittelpakete. Faktische Integration wird durch erzwungene Abhängigkeit zunichte gemacht.

Konsequenz des neuen § 11 BeschVfV und seiner restriktiven Anwendung durch die Ausländerbehörden ist eine soziale Abwärtsspirale für die Betroffenen, die zur völligen sozialen Verelendung führt. § 11 BeschVfV ist auch schon deswegen entbehrlich, da die Ausländerbehörden ohnehin Ermessen bei der Entscheidung über den Arbeitsmarktzugang von Geduldeten haben (§ 10 BeschVfV).

### **Exemplarische Fälle:**

**Der staatenlose Libanese A.** ist seit Jahren in Deutschland geduldet, da er die für eine Ausreise notwendigen Reisepapiere von der libanesischen Botschaft trotz seiner Bemühungen nicht bekommt. Er arbeitet als Filialleiter in einer Bäckerei in Freiburg und hatte bislang keine Probleme mit der Verlängerung seiner Arbeitserlaubnis. Anfang 2005 erteilt ihm das Regierungspräsidium überraschend ein Arbeitsverbot, da die Behörde der Meinung ist, Herr A. habe sein Ausreisehindernis selbst zu vertreten. Wenn Mahmoud A. nun seine Arbeit verliert und abhängig von Sozialleistungen wird, wäre seine anhängige Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erfolglos.

**Die Minderjährige T. aus Eritrea** flüchtete 1991 als unbegleitete Minderjährige nach Deutschland. Seit dem Abschluss ihres Asylverfahrens ist die heute Neunzehnjährige nur „geduldet“. Nach ihrem Schulabschluss machte sie eine Ausbildung zur Zahnarzhelferin und befindet sich seitdem durchgehend in Beschäftigungsverhältnissen. Seit über zwei Jahren ist sie als Pflegehelferin in einem Altenheim tätig. Als T. am 5. Januar 2005 ihre Duldung bei der zuständigen Ausländerbehörde verlängern lässt, enthält diese plötzlich die Auflage, dass eine Erwerbstätigkeit nicht gestattet sei. Solange das neuerdings erforderliche interne Zustimmungsverfahren bezüglich der Arbeitsaufnahme zwischen der Ausländerbehörde und der Agentur für Arbeit läuft, darf T. nicht arbeiten. Sollte es bei dem Arbeitsverbot bleiben, wird sie ihre Stelle als Altenpflegerin verlieren und öffentliche Leistungen nach § 3 Asylbewerberleistungsgesetz beziehen müssen. Eine Chance auf eine Aufenthaltserlaubnis hätte sie dann nicht mehr.

**Familie K. aus der Demokratischen Republik Kongo** lebt seit Abschluss ihres Asylverfahrens jahrelang nur geduldet in Deutschland. Ausreisen kann sie nicht, weil ihre Botschaft ihr keine Reisepässe ausstellt. Den Lebensunterhalt bestreitet Familie K. aus eigener Erwerbstätigkeit. Als Herr K. im Januar 2005 wie gewohnt seine Arbeitserlaubnis verlängern lassen will, wird ihm dies von der Ausländerbehörde Münster mit der Begründung verweigert, die Familie wirke bei der Passbeschaffung nicht mit und habe somit das „bestehende Abschiebungshindernis“ selbst zu vertreten. Wenn Herr K. keine Arbeitserlaubnis mehr vorweisen kann, wird ihn die Firma, bei der er seit langem angestellt ist, entlassen müssen – gegen ihren Willen.

**Empfehlungen:**

- Die Vorrangprüfung ist abzuschaffen.
- § 5 BeschVfV muss so geändert werden, dass das Verfahren nach § 39 Abs. 2 AufenthG insgesamt nicht zur Anwendung kommt.
- § 6 BeschVfV muss korrigiert werden. Sind Ausländer bei demselben Arbeitgeber beschäftigt, muss ihnen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses ohne eine erneute Prüfung der Vorrangigkeit und der vergleichbaren Arbeitsbedingungen erlaubt werden. Zumindest muss gesichert werden, dass bis zum Abschluss einer erneuten Überprüfung die Zustimmung fortgilt. Die Ein-Jahresfrist ist zu streichen. Die Kann-Regelung ist in eine Soll-Regelung umzuwandeln.
- § 7 BeschVfV ist auch auf die Familienangehörige von Traumatisierten anzuwenden.
- In § 8 BeschVfV müssen auch Jugendliche mit Duldung erfasst werden, so dass sie unter den genannten Voraussetzungen von der Vorrangprüfung befreit sind. Außerdem muss geregelt werden, dass die Zustimmung ohne die in § 13 BeschVfV genannten Beschränkungen erteilt wird.
- In § 9 BeschVfV bedarf es einer Klarstellung in der Verordnung, dass das Verfahren nach § 39 Abs. 2 AufenthG insgesamt nicht zur Anwendung kommen soll.

**6. Lagerunterbringung, Ausreisezentren**

§ 61 Abs. 2 AufenthG sieht vor, dass die Länder Ausreiseeinrichtungen für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer schaffen können. Dort soll durch Betreuung und Beratung die Bereitschaft zur freiwilligen Ausreise gefördert und die Erreichbarkeit für Behörden und Gericht sowie die Durchführung der Ausreise gesichert werden.

Festzustellen ist, dass weiterhin viele Bundesländer von der Möglichkeit, Ausreiseeinrichtungen zu schaffen, keinen Gebrauch machen. Dies hat unterschiedliche, z.T. nicht in der breiten Öffentlichkeit diskutierte Gründe. Zum einen ist die Bilanz der Ausreisezentren im Hinblick auf ihre vorgeblichen Ziele, Förderung der Rückkehrbereitschaft, Passbeschaffung, Ausreise- oder Abschiebung, dürftig. Nur ein relativ kleiner Teil der dort Eingewiesenen ist freiwillig ausgewandert oder wurde abgeschoben. Die Ausreiseeinrichtungen haben nicht erst seit Inkraft-Treten des Zuwanderungsgesetzes einen Illegalisierungsprozess in Gang gesetzt, dessen Ziel es ist, die Betroffenen aus dem Leistungsbezug und aus der Wahrnehmung im öffentlichen Raum zu vertreiben.

Offenbar vor dem Hintergrund solcher Absichten werden in Bilanzen der Ausreisezentren Unterge-tauchte in die Erfolgsquote hineingerechnet.

Durch den drastischen Rückgang der Asylneuantragsstellerzahlen sind auch die Ausreiseeinrichtungen wesentlich geringer belegt. Der dort betriebene Aufwand dürfte sich um so weniger lohnen.

Die Unterauslastung von Ausreisezentren, Erstaufnahmeeinrichtungen in den Bundesländern und anderer zentralisierter Unterkünfte führt zu fragwürdigen Versuchen, durch neue Nutzungsformen für die Unterkünfte zum Nachteil der Untergebrachten mehr Lagerunterbringung durchzusetzen, obwohl durch die zurückgehenden Flüchtlingszahlen das Gegenteil möglich und geboten wäre.

So hat die Erstaufnahmeeinrichtung Nostorf/Horst zunächst nur als Erstunterbringung für alle Flüchtlinge im Lande Mecklenburg-Vorpommern für den Zeitraum bis zu drei Monaten gedient. Offensichtlich veranlasst durch die dauerhafte Unterbelegung hat die Landesregierung Mecklenburg-Vorpommerns im Juni 2005 einen Teil der Unterkunft in eine sog. Landesgemeinschaftsunterkunft (LGU) umgewandelt. Asylsuchende werden dort bis zu 12 Monaten untergebracht, wenn ihr Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, sie nicht gegen die Ablehnung des Asylantrags geklagt haben, keinen regulären Aufenthaltsstatus besitzen oder als Kriegs- oder Bürgerkriegsflüchtlinge nur vorübergehenden Schutz erhalten haben. Unter dem beschönigenden Begriff der Landesgemeinschaftsunterkunft werden so Menschen zentralisiert untergebracht, deren baldige Abschiebung vorgesehen ist.

Ähnliche Modelle finden sich in Eisenhüttenstadt, Halberstadt und Hamburg, wo ebenfalls die zentrale Aufnahmestelle und das Ausreisezentrum auf einem Gelände liegen. Die Rechtfertigung der Lagerun-

terbringung durch die Erhöhung der Anzahl der dort Untergebrachten ist offenbar noch nicht das Ende der nach wie vor auf Lagerunterbringung fixierten Politik, die sich des Zuwanderungsgesetzes bedient und darüber hinaus geht. Hamburg und auch offenbar andere Bundesländer betreiben die Auslagerung von Menschen, für die sie unterbringungsverpflichtet sind, in Kooperation mit anderen Bundesländern, die unterbelegte Erstaufnahmeunterkünfte haben. Da sich die entsprechenden Einrichtungen zumeist weit ab von Beratungs- und sonstiger Infrastruktur befinden, verschärft sich die soziale Lage der Betroffenen.

### **Empfehlungen:**

- Sofortige Auflösung der Ausreiseeinrichtungen für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer in den Bundesländern.
- Streichung von § 61 Abs. 2 AufenthG.

## **7. Ausschluss von Asylbewerbern, Geduldeten und Personen mit humanitärem Aufenthalt von den Leistungen des ALG II**

Mit Einführung des Arbeitslosengelds II (ALG II) und spätestens mit der am 17.2.2006 beschlossenen Änderung des Sozialgesetzbuches II werden diejenigen vom Arbeitslosengeld II generell ausgeschlossen werden, die gem. § 1 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) leistungsberechtigt sind. Vom generellen Ausschluss sind unter anderem folgende Personengruppen betroffen: Asylbewerber, Geduldete nach § 60a AufenthG, Personen, die eine Aufenthaltserlaubnis nach §§ 23, 25 Abs. 4 oder 4 AufenthG besitzen.

Die Betroffenen werden auf die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz verwiesen. Dies bedeutet eine weitreichende soziale Benachteiligung für die Betroffenen. Denn die Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz liegen gut 35 % unter dem Niveau des ALG II. Darüber hinaus können die Behörden statt Bargeld die Ausgabe von Sachleistungen anordnen.

Der Ausschluss in diesem Fall stößt auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Da hier die ALG II-Leistungen im Anschluss an eine Beschäftigung, also aufgrund eigener Beitragsleistungen zu gewähren sein würden, stellt der Ausschluss einen Eingriff in Eigentumspositionen dar, die nach Art. 14 GG geschützt sind. Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt und damit verfassungsrechtlich unzulässig.

Ein weiterer Kritikpunkt am Ausschluss vom ALG II ist, dass dies auch Folgen für die Wiedereingliederungschancen in den Arbeitsmarkt hat. Wer keinen Anspruch auf ALG II hat, bekommt auch keine Fördermaßnahmen zur Arbeitsmarktintegration nach dem Sozialgesetzbuch III. Das hat zur Folge, dass die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt der Betroffenen ungleich schwieriger wird. Staatliche Fördermaßnahmen zur schnellen Rückkehr auf den Arbeitsmarkt werden nicht angeboten. Dies stellt eine Diskriminierung einer ohnehin schon benachteiligten Personengruppe dar.

### **Empfehlung:**

- Der Ausschluss von ausländischen Staatsangehörigen, die unter den Anwendungsbereich des AsylbLG fallen, vom Anspruch auf Arbeitslosengeld II ist rückgängig zu machen. Mindestens muss gewährleistet werden, dass für diejenigen ein Anspruch auf Arbeitslosengeld II besteht, die zuvor beschäftigt waren.

## II. Flüchtlingsrecht

### 1. Flüchtlingsbegriff

Mit dem § 60 Abs.1 AufenthG wurde eine neue Rechtsgrundlage geschaffen, wonach festgestellt wird, wer Flüchtling im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) ist.<sup>45</sup> Erstmals wird gesetzlich direkt Bezug auf die GFK genommen, womit der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt hat, dass die GFK über den § 60 Abs. 1 AufenthG zur Anwendung kommen soll. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die GFK in § 60 Abs. 1 AufenthG sind also die Schutzwirkungen der GFK umfassend einzubeziehen.

§ 60 Abs. 1 AufenthG dient aber nicht nur der innerstaatlichen Umsetzung der GFK, sondern berücksichtigt bereits in Teilen die EU-Qualifikationsrichtlinie.<sup>46</sup> So wurde der Wortlaut zur Anerkennung von nichtstaatlicher Verfolgung aus der Richtlinie übernommen. Die Qualifikationsrichtlinie dient u.a. der gemeinschaftsrechtlichen Harmonisierung der materiellen Voraussetzungen für die Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft und des ergänzenden Schutzes. Die Richtlinie muss bis zum 10. Oktober 2006 ins nationale Recht umgesetzt werden – andernfalls droht ein Vertragsverletzungsverfahren.<sup>47</sup> Da § 60 Abs. 1 AufenthG bereits eine Teilumsetzung der Qualifikationsrichtlinie darstellt, hat schon zum jetzigen Zeitpunkt eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung dieser Vorschrift zu erfolgen. Die GFK als Grundlage des Flüchtlingsschutzes wird nicht nur durch die Qualifikationsrichtlinie sondern sogar durch das Primärrecht der Europäischen Union, und zwar Art. 63 des EG-Vertrages, gestützt. Dort ist geregelt, dass der Rat „in Übereinstimmung mit dem Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 und dem Protokoll vom 31. Januar 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sowie einschlägigen anderen Verträgen Asylmaßnahmen“ beschließt. Dies bedeutet, dass das Gemeinschaftsrecht, das dem deutschen Flüchtlingsrecht vorgeht, mit der GFK im Einklang stehen muss. Damit hat sich der Geltungsanspruch der GFK für die deutsche Rechtspraxis mehrfach verfestigt, obgleich festzustellen bleibt, dass auch in der Vergangenheit die Bundesrepublik Deutschland zur vollständigen Umsetzung der GFK völkerrechtlich verpflichtet war.

### 2. Geschlechtsspezifische Verfolgung

§ 60 Abs. 1 AufenthG sieht vor: „Eine Verfolgung wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe kann auch dann vorliegen, wenn die Bedrohung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder der Freiheit allein an das Geschlecht anknüpft.“ Damit passt sich das deutsche Rechtssystem der Staatenpraxis anderer Aufnahmestaaten von Flüchtlingen wie beispielsweise Kanada, Großbritannien, Australien und die USA an.

Auch wenn bereits vor der Änderung durch das Zuwanderungsgesetz Verfolgung wegen des Geschlechts von der Rechtsprechung<sup>48</sup> unter dem Merkmal „soziale Gruppe“ geprüft werden konnte, kam es zu gravierenden Schutzlücken. Menschenrechtsverletzungen, die Flüchtlingsfrauen erfahren und im Asylverfahren vorgebracht hatten, wurden bagatellisiert oder aber als nicht asylrelevant eingestuft.

Ging eine Misshandlung etwa von Familienmitgliedern aus, widersprach dies der Vorstellung von „politischer Verfolgung“, die nur vom Staat ausgehen könne. Selbst in Haft erfahrene Vergewaltigungen wurden als „Amtswalterexzess“ und damit als dem Staat nicht zurechenbar interpretiert.

Die mit dem Zuwanderungsgesetz erfolgte ausdrückliche Anerkennung von geschlechtsspezifischer und nichtstaatlicher Verfolgung hat einige Schutzlücken, die bisher bestanden, geschlossen. Allerdings besteht noch keine bundesweit einheitlichen Anpassung der Entscheidungspraxis an die erfolgte Rechtsänderung. Einige Gerichte, aber vor allem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, versu-

<sup>45</sup> Bisherige Rechtsgrundlage: § 51 AuslG

<sup>46</sup> Richtlinie 2004/83/EG

<sup>47</sup> Zur Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie und 10 weiterer Richtlinien liegt ein Referentenentwurf aus dem BMI vom 3.1.2006 vor.

<sup>48</sup> BVerwG, Urteil v. 25.07.2000, 9 C 28.99

chen, die Entscheidung des Gesetzgebers für einen verbesserten Schutz für Flüchtlingsfrauen zu umgehen.

Das Bundesamt hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass geschlechtsspezifische Verfolgung nur dann anzunehmen sei, wenn *alle* Frauen eines Staates, einer Ethnie etc. von der Verfolgung betroffen seien. Denn nur dann sei das gesetzliche Merkmal der „sozialen Gruppe“ gegeben.<sup>49</sup> Diese Ansicht des Bundesamtes, nur bei 100-prozentiger Betroffenheit aller Frauen den Flüchtlingsstatus zu gewähren, widerspricht nicht nur der Genfer Flüchtlingskonvention, sondern ist zudem lebensfremd und höhlt insgesamt den Flüchtlingsschutz für verfolgte Frauen aus.

Auch in Fällen drohender ‘Ehrenmorde’ kommt es noch immer zu bagatellisierenden Entscheidungen durch die Rechtsprechung und das Bundesamt. Drohende Verfolgung wegen Ehebruchs – selbst wenn die Verfolgung vom Staat ausgeht – wird in der Praxis oftmals noch nicht als asylrelevant gewertet. Ein anderes Problem stellt die Tendenz dar, dass weibliche Antragstellerinnen nur noch vor dem Hintergrund der Kategorie geschlechtsspezifische Verfolgung beurteilt werden. Andere Gründe, aus denen die Antragstellerin verfolgt sein könnte, werden teilweise gar nicht mehr geprüft – z.B. aus Gründen der Religion, politische Überzeugung etc. So positiv eine sensiblere Prüfung von Fällen geschlechtsspezifischer Verfolgung ist, sollte dies nicht dazu führen, dass Verfolgung aufgrund anderer Merkmale nicht mehr geprüft wird.

### **Exemplarische Fälle:**

Im Fall einer **Algerierin**, die schwanger und unverheiratet schlimmste Gewalt ihrer strenggläubigen männlichen Familienangehörigen befürchtete, lehnte das Bundesamt den Asylantrag mit dem schlichten Hinweis ab, der algerische Staat sei bei Übergriffen nichtstaatlicher Kräfte, wie z.B. von Familienangehörigen, schutzwillig und schutzfähig.

Anders hat indes das Verwaltungsgericht Dresden die Situation in Algerien beurteilt. Das Gericht ist der Auffassung, dass es keinen staatlichen Schutz für Frauen in solchen Fällen gebe (VG Dresden, 14.3.3005).

In Fällen drohender **Zwangsverheiratung** bleiben einige Verwaltungsgerichte noch der alten Rechtslage verhaftet. Stoisch wird zum Beispiel behauptet, dass auch nach der neuen Rechtslage „politische Verfolgung“ vorausgesetzt werde. Der Flüchtlingsbegriff der GFK und der des Grundgesetzes seien deckungsgleich, wird da behauptet. Die hier vorgebrachten Probleme würden ausschließlich in der „persönlichen Sphäre des Familienclans“ liegen.

Das Bundesamt lehnt Asylanträge wegen drohender Zwangsverheiratung mit der Begründung ab, nicht alle Mitglieder der „sozialen Gruppe“ seien betroffen. So wurde einer jungen Kosovarin der Schutzstatus nach der Genfer Flüchtlingskonvention verweigert, weil nicht alle Frauen im Kosovo unterschiedslos von Zwangsverheiratung betroffen seien.

Diese Auslegung des Bundesamtes nur bei 100%er Betroffenheit aller Frauen eine Verfolgung anzunehmen widerspricht nicht nur der GFK, sondern ist zudem lebensfremd und höhlt insgesamt den Flüchtlingsschutz für verfolgte Frauen aus.

Das Verwaltungsgericht Saarland lehnte zum Beispiel den Asylantrag einer Iranerin ab, der wegen **Ehebruchs** Misshandlungen durch ihren Ehemann einerseits und Strafverfolgung durch iranische Strafverfolgungsbehörden andererseits drohten: „Dass die Klägerin von ihrem Mann verprügelt worden ist und dass sie an einer sexuellen Traumatisierung leidet ist nicht asylrelevant“, stellt das Gericht mit Hinweis auf die fehlende „politische“ Verfolgung fest. Zur drohenden Strafverfolgung meint das Gericht: „Die Verfolgung knüpft nicht allein an das Geschlecht an – Anknüpfungspunkt ist vielmehr der Ehebruch an sich.“

<sup>49</sup> BAMF, Nichtstaatliche und geschlechtsspezifische Verfolgung - Information - April 2005

**Empfehlung:**

- Durch Verwaltungsvorschrift ist klarzustellen, dass der Begriff der „bestimmten sozialen Gruppe“ nicht voraussetzt, dass die Gruppe zu 100 Prozent verfolgt wird.

**3. Nichtstaatliche Verfolgung**

In § 60 Abs. 1 S. AufenthG wird ausdrücklich anerkannt, dass Verfolgung vom Staat, von Parteien oder Organisationen, die den Staat oder wesentliche Teile des Staatsgebiets beherrschen oder nichtstaatliche Akteure, sofern die zuvor genannten Akteure einschließlich internationaler Organisationen erwiesenermaßen nicht in der Lage oder nicht willens sind, Schutz vor der Verfolgung zu bieten. Dies gilt unabhängig davon, ob in dem Land eine staatliche Herrschaftsmacht vorhanden ist oder nicht, es sei denn, es besteht eine innerstaatliche Fluchtlalternative. Damit hat sich Deutschland der überwiegenden Staatenpraxis, vorzufinden in den meisten Ländern West-Europas, Australien, Neuseeland, Großbritannien, USA, angeschlossen, wonach nichtstaatliche Verfolgung zum Schutzanspruch führt, wenn der Staat unfähig oder unwillig ist, Schutz vor der Verfolgung zu bieten.

**Praktische Probleme bei der Umsetzung:**

In der Praxis wird die durch § 60 Abs. 1 AufenthG erfolgte Anerkennung von nichtstaatlicher Verfolgung noch nicht einheitlich umgesetzt. Eine ganze Reihe von Gerichten wenden die neue Rechtslage richtig an und stellen fest, dass die s.g. „Zurechnungslehre“ aufgegeben worden ist.<sup>50</sup>

Andere Gerichte zeigen bei der Auslegung des Begriffs „nichtstaatliche Verfolgung“ Unsicherheit. Sie sehen nichtstaatliche Verfolgung nur dann als asylbegründend an, wenn der nichtstaatliche Akteur der Verfolgung die Qualität eines staatlichen Verfolgers aufweist. Sie schließen damit nichtstaatliche Verfolgung aus dem familiären Umfeld explizit aus. Auf diese Weise werden zum Beispiel Personen, denen Rachakte durch Familienmitglieder drohen, schutzlos gestellt.

Das VG Regensburg<sup>51</sup> legt den Begriff der nichtstaatlichen Verfolgung einengend wie folgt aus: „Eine Verfolgung durch Privatpersonen aus dem Familienkreis wegen Blutrache oder wegen Ehrendelikte[n] fällt nicht unter den Begriff Verfolgung durch ›nichtstaatlichen Akteuren‹ im Sinne des § 60 Abs. 1 Satz 4 Buchst. c) AufenthG. Was unter Akteure zu verstehen ist, ergibt eine systematische Auslegung der Vorschrift. Die Verfolgung durch nichtstaatliche Akteure sollte einer Verfolgung durch die in Buchst. a) und b) genannten Akteure (s. § 60 Abs. 1 Satz 4 Buchst. c) AufenthG) gleichgestellt werden, also einer Verfolgung durch den Staat oder durch Parteien oder Organisationen, die den Staat oder wesentliche Teile des Staatsgebietes beherrschen. Daraus kann entnommen werden, dass eine Verfolgung durch ›nichtstaatliche Akteure‹ im Sinne des § 60 Abs. 1 Satz 4 Buchst. c) AufenthG nur vorliegt, wenn eine Verfolgung von Gruppen ausgeht, die dem Staat oder den Parteien oder Organisationen ähnlich sind, nicht aber wenn es sich um Verfolgungen durch Familienmitglieder handelt. (...)“ Hier wird offensichtlich an der Zurechnungslehre festgehalten. Dies ist mit der neuen Rechtslage nicht vereinbar.

**Empfehlung:**

- Es muss gesetzlich, aber zumindest durch Weisung, klargestellt werden, dass eine Verfolgung durch Privatpersonen auch eine Verfolgung i.S.v. § 60 Abs. 1 AufenthG sein kann, wenn ein Angriff auf die geschützten Rechtsgüter vorliegt und Schutz nicht erlangt werden kann.

<sup>50</sup> VG Karlsruhe, 10.3.2005, A 2 K 12193/03; VG Stuttgart 17.1.2005, A 10 10587/04; Hessischer VGH, 23.3.2005, 3 UE 3457/04.A.; VG Köln, 3.3.2005, 16 K 586/01.A.

<sup>51</sup> VG Regensburg, 17.1.2005

#### 4. Widerrufsverfahren

Erst seit wenigen Jahren spielen Widerrufe als Massenphänomen in der deutschen Asylpraxis eine Rolle. Die Zahl der Widerrufe ist in den letzten Jahren drastisch angestiegen. Während 1998 gegenüber 577 Flüchtlingen ein Widerruf ergangen ist, waren es im Jahr 2003 bereits über 8.000. Im Jahr 2004 hat sich die Zahl beinahe verdoppelt: Fast 15.000 Flüchtlingen haben ihren Flüchtlingsstatus verloren. Zählt man die Widerrufe nach § 53 Ausländergesetz hinzu, waren es sogar fast 17.000. Im Jahr 2005 waren die Zahlen wieder leicht rückläufig – ca. 11.000 Personen haben ihren Schutzstatus verloren.

Die Massenverfahren werden bislang vor allem gegenüber Flüchtlingen aus dem Kosovo und dem Irak durchgeführt. Im Jahr 2004 wurde für beide Gruppen ca. 7.000 Mal der Flüchtlingsstatus widerrufen. Bei den Kosovo-Flüchtlingen kamen rund 1.300 Widerrufe des Abschiebungsschutzes nach § 53 AuslG hinzu. Im Jahr 2005 hat sich dieser Trend für irakische Flüchtlinge mit ca. 7.000 Widerrufen ungebrochen fortgesetzt. Deutlich zurück gingen die Widerrufe gegenüber kosovarischen Flüchtlingen. Flüchtlinge aus der Türkei sind mit über 500 Widerrufe im Jahr 2005 die drittgrößte Betroffenengruppe. Afghanischen Flüchtlingen wurde im selben Zeitraum 270 Mal der Schutzstatus entzogen. Ist der Flüchtlingsstatus entzogen, droht auch der Verlust des Aufenthaltsrechtes und die Abschiebung.

#### Widerrufsstatistik nach Herkunftsländern 2004 und 2005 (absolute Zahlen der Widerrufe und Rücknahmen<sup>52</sup>)

Jahr Herkunftsland	Widerrufe/Rücknahmen 2004 (Art. 16a GG, §§ 51 I, 53 AuslG/ 60 I, II-VII AufenthG 2004 2005)	Widerrufe/Rücknahmen 2005 (Art. 16a GG, §§ 51 I, 53 AuslG/ 60 I, II-VII AufenthG 2004 2005)
	Serbien/Motenegro (Kosovo)	8.560
Irak	6.892	7.189
Afghanistan	170	272
Türkei	135	514
<b>Gesamt: alle Her- kunftsländer</b>	<b>16.831</b>	<b>11.181</b>

Quelle: BAMF, Grafik: PRO ASYL

War die bisherige Widerrufspraxis schon sehr problematisch, wurde durch das Zuwanderungsgesetz die Rechtsgrundlage für eine Ausweitung und Institutionalisierung des Widerrufs geschaffen (§ 73 Abs. 2a AsylVfG). Zudem hat der Gesetzgeber die Aufenthaltsverfestigung (Niederlassungserlaubnis) vom Ausgang des Widerrufsverfahrens abhängig gemacht (§ 26 Abs. 3 AufenthG). Das neue Recht sieht für Asylberechtigte und Konventionsflüchtlinge zunächst eine befristete Aufenthaltserlaubnis vor (§ 25 Abs. 2 AufenthG). Erst drei Jahre nach der Anerkennung sollen sie einen unbefristete Niederlassungserlaubnis erhalten. Damit allerdings dieser Daueraufenthalt erlaubt werden kann, muss zuvor das Bundesamt mitgeteilt haben, dass das Schutzbedürfnis des Flüchtlings fortbesteht und die Voraussetzungen für einen Widerruf nicht vorliegen (§ 26 Abs. 3 AufenthG). Die Beteiligung des Bundesamtes am aufenthaltsrechtlichen Verfahren wurde also gesetzlich institutionalisiert.

<sup>52</sup> Statistisch werden die Zahlen der Widerrufe und der Rücknahmen zusammen erhoben. Da die Zahl der Rücknahmen des Flüchtlingsstatus jedoch im Vergleich zu den Widerrufen verschwindend gering ist, handelt es sich bei den hier genannten Zahlen ganz überwiegend um Widerrufe.

Es ist zu befürchten, dass diese neuen gesetzlichen Vorgaben stärker noch als bisher zu einer routinemäßigen und schematischen Anwendung der Widerrufsverfahren führen werden.

Die Praxis der Widerrufsverfahren ist aus völkerrechtlicher Sicht inakzeptabel.

Ein Kernproblem in der gegenwärtigen Widerrufspraxis besteht darin, dass das Bundesamt und viele Verwaltungsgerichte die völkerrechtlichen Anforderungen nicht hinreichend beachten. Nach der GFK müssen folgende Kriterien erfüllt sein:

- (1) Eine **grundlegende Veränderungen** im Herkunftsland, aufgrund derer man annehmen kann, dass dem Betroffenen im Falle der Rückkehr in seinen Herkunftsstaat unter keinem Gesichtspunkt mehr Verfolgung droht;
- (2) die derartigen Veränderungen müssen **dauerhaft und stabil** sein und
- (3) **tatsächlicher effektiver Schutz** muss im Herkunftsland garantiert sein.

Diese Kriterien werden durch das Bundesamt regelmäßig völlig unzureichend geprüft. Das Amt begnügt sich damit, undifferenziert auf Veränderungen im Herkunftsland abzustellen.

### **Exemplarische Fälle:**

**Der Iraker Herr M. floh im Jahr 1997** nach Deutschland und erhielt eine Anerkennung als Flüchtling gemäß § 51 AuslG. Ende des Jahres 2005 wurde sein Asyl widerrufen, da sich durch die Militärintervention der Alliierten die Situation im Irak grundlegend verändert habe. Hoffnungen, dass Herr M. über andere Vorschriften des AufenthG einen Schutzstatus erhält, haben sich nicht erfüllt. Das Bundesamt stellte gleichzeitig mit dem Widerruf fest, dass ihm auch kein Abschiebungsschutz gemäß § 60 Abs. 2-7 AufenthG zusteht.

**Herr J. floh im Jahre 2001 aus dem Irak und** wurde als Flüchtling nach § 51 Abs. 1 AuslG anerkannt. Seitdem erhielt er eine Aufenthaltsbefugnis, die im Jahre 2005 in eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs.2 umgewandelt wurde. Im Dezember wurde sein Asyl und gleichzeitig die Aufenthaltserlaubnis widerrufen. Mit dem Hinweis auf die hessische Erlasslage, wonach Iraker freiwillig ausreisen können, wurde Herr J. lediglich noch eine halbjährige Duldung erteilt. Da er erst mit 31 Jahren nach Deutschland floh, geht das Bundesamt davon aus, dass eine Reintegration im Irak ohne außergewöhnliche Schwierigkeiten gelingen wird.

**Frau A. ist im Jahr 2001 aus dem Irak** nach Deutschland geflohen. Als Christin lebte sie in Bagdad und war dort massiven Verfolgungen ausgesetzt. Im November 2001 wurde sie als Flüchtling nach § 51 Abs. 1 AuslG anerkannt. Im September 2004 hat das Bundesamt den Flüchtlingsstatus von Frau A. widerrufen.

Das Bundesamt stützt seinen Widerruf darauf, dass sich die politische Situation im Irak durch den Sturz des Saddam-Husseini-Regimes grundsätzlich verändert habe. Dass Frau A. als Christin weiterhin massiven Gefahren im Irak ausgesetzt ist, lässt das Bundesamt nicht gelten. Angesichts der andauernden Berichte über Anschläge und Übergriffe auf Christen im Irak ist das Ergebnis, zu dem das Bundesamt kommt, schwer nachvollziehbar (s. UNHCR Position, Oktober 2005).

In dem Beschluss wird nicht auf die Frage eingegangen, ob Frau A. als Frau im Irak besonderen Gefahren ausgesetzt ist. Anstatt sich mit den möglichen Gefährdungen für Frau A. auseinander zu setzen, verwendet das Bundesamt lediglich Textbausteine.

Ferner werden die weiteren Anforderungen aus Art. 1 C (5) GFK für die Beendigung des Flüchtlingsstatus, die grundlegende und dauerhafte Veränderung der Umstände im Herkunftsland und die Wiederherstellung effektiven staatlichen Schutzes, durch das Bundesamt erst gar nicht geprüft. Eine Auseinandersetzung mit der individuellen Situation von Frau A. ist nicht statt. Dabei hätte z.B. die Frage gestellt werden müssen, ob das Überleben von Frau A. überhaupt bei einer Rückkehr gesichert wäre. Dies ist für eine alleinstehende Christin im Irak sehr zweifelhaft – zumal die Familienangehörigen von Frau A. alle geflüchtet sind und sich im Ausland aufhalten.

**Empfehlungen:**

Es bedarf dringender gesetzlicher Änderungen:

- Zumindest ist der Wortlaut des § 73 AsylVfG der Formulierung der GFK und der EU-Qualifikationsrichtlinie anzupassen. Die Auslegung der der Regelung zugrundeliegenden GFK-Bestimmung durch den UNHCR ist klarstellend in § 73 AsylVfG aufzunehmen.
- Die Erteilung der Niederlassungserlaubnis sollte nicht mit Fragen des Asyl-Widerrufs verknüpft werden. § 26 Abs. 3 AufenthG ist wie folgt zu ändern: „Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 besitzt, ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen.“

**5. Faires Asylverfahren**

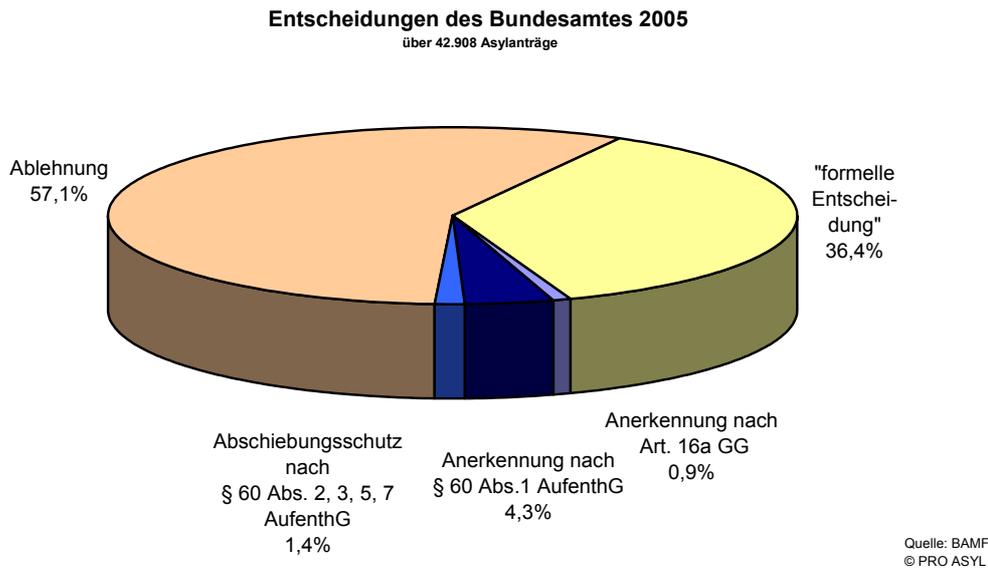
Wer im Rahmen einer Evaluierung der flüchtlingsrechtlichen Bestimmungen des Zuwanderungsgesetzes den Rahmen weiter steckt, wird die Frage stellen müssen, ob das Asylverfahren in Deutschland so gestaltet ist, dass Schutzbedürftige den Schutz erhalten, den sie benötigen. Die Anhörungs- und Entscheidungspraxis des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge ist in vieler Hinsicht problematisch. Die Probleme liegen z.T. im administrativen Bereich. Steuerungs- und Kontrollfunktionen werden größtenteils einseitig interpretiert. Kontrolliert wird kaum jemals, ob eine Entscheidung dem Schutzbedürfnis der Asylantragsteller Rechnung trägt, sondern vielmehr, ob generelle Vorgaben des Bundesamtes abgearbeitet worden sind. Die Verfahrenssteuerung erschöpft sich darin, die jeweils restriktivste Rechtsprechung „fruchtbar zu machen“. Dem gemäß befinden sich die Anerkennungsquoten inzwischen auf einem Dauertiefstand – auch im Vergleich mit den meisten EU-Staaten. Ein breites Bündnis aus Wohlfahrtsorganisationen, Richter- und Anwaltsvereinigungen und Menschenrechtsorganisationen hat im ersten Halbjahr 2005 den Zustand des deutschen Asylverfahrens evaluiert und die Erkenntnisse in einem Memorandum veröffentlicht<sup>53</sup>. Ergebnis der Untersuchungen war, dass die asylrechtliche Praxis der Tatsachenfeststellung großen Anlass zur Sorge gibt. Die Art und Weise, wie Asylbegehren behandelt werden, entspricht weder verfassungs- noch völkerrechtlichen Vorgaben.

**Zentrale Aussagen des Memorandums sind:**

Obwohl zu den zehn stärksten Herkunftsländern zwischen 1999 und 2005 Staaten mit einer hohen Repressionsdichte wie die Türkei, der Irak, Syrien, die Russische Föderation (Tschetschenien) und Afghanistan gehörten, betrug 2005 die Anerkennungsquote im Verwaltungsverfahren für Asylberechtigte lediglich 0,9 Prozent und für Konventionsflüchtlinge 4,3 Prozent. Über die Zahl der Asylanerkennungen hinaus erhielten 1,4 Prozent der Asylsuchenden menschenrechtlichen Abschiebungsschutz, vor allem weil Leib und Leben in Gefahr sind, Todesstrafe oder Folter drohen.

---

<sup>53</sup> Memorandum zur derzeitigen Situation des Asylverfahrens, Hrsg. Pro Asyl u.a., [www.proasyl.de](http://www.proasyl.de)



Die niedrigen Anerkennungsquoten vermitteln der Öffentlichkeit den Eindruck, als kämen nahezu überhaupt keine schutzbedürftigen Personen mehr nach Deutschland. Der erforderliche gesellschaftliche Konsens für die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland droht zu zerbrechen, wenn sich im öffentlichen Bewusstsein die Anschauung verfestigen sollte, dass in der Bundesrepublik Deutschland Schutz suchende Personen nicht schutzbedürftig sind. Wie die niedrigen Anerkennungsquoten nach dem Ende des Kalten Krieges verdeutlichen, sind es wohl eher internationale politische und strategische Faktoren und nicht primär die Glaubhaftigkeit der geschilderten Fluchtgründe, die ursächlich für die Höhe der Anerkennungsquoten im Asylverfahren sind. Aktuellen Quoten können darüber hinaus nur mittelbar Aussagen über die Schutzbedürftigkeit der Asylantragsteller entnommen werden, weil die Art und Weise der Feststellung der Fluchtgründe hierbei ausgeblendet wurden.

Das Asylverfahren ist zum „Ort eines verdichteten Misstrauens“ geworden. Das staatliche Interesse an einer Abschiebung der Flüchtlinge überlagert das Prüfungsverfahren bis in die in der Anhörung gestellten Fragen hinein.

Die persönliche Anhörung ist das Herzstück des Asylverfahrens. Das Bundesamt erweckt den Eindruck, dass es kein wirkliches Interesse an einer gerechten Entscheidung hat, weil in der Praxis die persönliche Anhörung und die Abfassung des Bescheides häufig von zwei verschiedenen Beamten vorgenommen werden. Standardisierte Handlungsanleitungen der Amtsleitung führen zu Abstumpfung und Gleichgültigkeit bei den Einzelentscheidern.

Die Qualität der Entscheidungsfindung beim Bundesamt ist mangelhaft. Statt sich mit individuellen Fluchtgründen auseinander zu setzen, werden zunehmend Textbausteine verwendet. Die persönliche Anhörung des Asylsuchenden wird darauf zugeschnitten.

PRO ASYL kritisiert, dass eine effektive Qualitätskontrolle der Bundesamtsentscheidungen innerhalb des Amtes nicht stattfindet. Debatten, die von Seiten verschiedener Organisationen mit der fachlichen Führungsebene des Bundesamtes geführt wurden, blieben – trotz positiver Absichtserklärungen – weitgehend folgenlos. Es gelingt dem Bundesamt nicht, Kontrollmechanismen so zu organisieren, dass selbst ganz offensichtlich fehlerhafte Entscheidungen korrigiert werden, bevor der Bescheid das Haus verlässt. Eine Prüfung, ob die handwerkliche Seite des Bescheides stimmt, findet offenbar nicht statt, sonst wäre es nicht erklärlich, dass Bescheide verschickt werden, in denen Textbausteine enthalten sind, die sich offenbar nicht auf den konkreten Fall beziehen, dass im Resümee des Sachverhaltes wesentliche Angaben, die der Antragsteller gemacht hat, nicht mehr zu finden sind, dass Widersprüche nicht vorgehalten werden oder Vorhalte unzureichend protokolliert werden und dass sich dann Ent-

scheidungen auf Sachverhalte stützen, deren Widersprüchlichkeit dem Antragsteller nicht vorgehalten worden ist. Es ist skandalös, dass das Bundesamt offenbar der Auffassung ist, die Evaluierung der Qualität seiner Entscheidungen hätte vor den Verwaltungsgerichten stattzufinden. Die Tatsachenermittlung hat bei der Behörde zu geschehen, die allerdings von Amts wegen fast nie die erforderlichen Beweise erhebt. Besonders verletzliche Flüchtlingsgruppen sind von der fehlerhaften Anhörungspraxis und der mangelhaften Verfahrensorganisation des Bundesamtes besonders betroffen.

Im Zuge der Aufgabenerweiterung des Bundesamtes – nun auch zuständig für Migration – ist der bisherige Kernbereich der Arbeit vernachlässigt worden, so dass sich die strukturellen Defizite im Asylverfahren ohne Gegenmaßnahmen verfestigt haben.

Asylsuchende sind in Deutschland in vieler Hinsicht, gerade auch im Statusfeststellungsverfahren, bloßes Objekt des Verwaltungshandelns. Verfahrensgerechtigkeit hieße, sie fair in den Prozess der Tatsachenfeststellung einzubeziehen. Bislang wird ihnen aber nicht einmal der Zugang zu unabhängigen Beratungssystemen ermöglicht. Die Chancen der Asylsuchenden, in Deutschland ein faires und ergebnisoffenes Verfahren zu erhalten, sind gering.

### **Exemplarische Fälle: Mangelhafte Bescheidkontrolle**

#### ***Vorbemerkung:***

Es ist für keine Nichtregierungsorganisation möglich, Bescheide zu einem bestimmten Herkunftsland flächendeckend zu überprüfen. PRO ASYL erhält jedoch ständig Entscheidungen des Bundesamtes von Rechtsanwälten, Flüchtlingsunterstützern, Beratungsstellen usw., die einen Einblick in Probleme der Anhörungs- und Entscheidungspraxis gewähren. In den vergangenen Jahren mussten wir die Erfahrung machen, dass das Bundesamt dazu neigte, kritisierte Fälle als bedauerliche Einzelfälle in einer qualifizierten Amtspraxis darzustellen. Dem widerspricht, dass immer wieder solche Fälle auftauchen, auch in jüngster Zeit. Unsere Kritik zielt primär darauf, dass ein effektives Kontrollsystem im Bundesamt selbst in der Lage sein muss, mangelhafte Entscheidungen zu korrigieren, ohne dass es einer Intervention von Außen bedarf.

**Fall 1:** Der Asylantragsteller ist irakischer Staatangehöriger arabischer Volks- und christlicher Religionszugehörigkeit. Auf seinen Folgeantrag hin wird die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens abgelehnt. Im Bescheid des Bundesamtes werden über drei Seiten hinweg Quellen genannt, die belegen, dass die Anschläge auf Christen in den letzten Jahren drastisch zugenommen haben. Einige der Opfer von Mordanschlägen seien wahrscheinlich nicht primär wegen ihrer christlichen Glaubenszugehörigkeit ermordet worden, sondern z.B. wegen einer Einstellung bei den Koalitionsstreitkräften, weil sie als Friseur westlich erscheinende Frisuren angeboten hätten, Alkohol oder CDs verkauft hätten. Korrekterweise wird auch darauf hingewiesen, dass es Fälle gibt, in denen Morde und Morddrohungen lediglich aufgrund des christlichen Glaubens der Opfer verübt wurden. Nach der korrekten Wiedergabe der Quellenlage allerdings kommt der Entscheider zu einer merkwürdigen Theorie: „Nach alledem ist eine Verfolgung allein aufgrund der Zugehörigkeit zur christlichen Religionsgruppe nicht gegeben. Zum einen haben die berichteten Verfolgungen nicht eine derartige Dichte erreicht, dass jeder Christ allein wegen seiner Religionszugehörigkeit mit politischer Verfolgung von Seiten Dritter zu rechnen hätte.“ (Eine hundertprozentige Betroffenheit steht bei der Entscheidung nach der GFK allerdings nicht zur Debatte.)

Auch sei dem Bericht von amnesty international zu entnehmen, „dass häufig nicht allein die Zugehörigkeit zur christlichen Glaubensrichtung ausschlaggebend für einen Anschlag ist. Vielmehr kommen noch zusätzliche Beweggründe hinzu, die letztlich einen solchen Übergriff auslösen. Daher könnte allenfalls kumulativ die christliche Religionszugehörigkeit eine Gefahr darstellen, wenn auch andere Merkmale dazukommen.“

Dem Antragsteller wird also zugemutet, sich mit den Motiven seiner potenziellen Verfolger, die Anschläge gegen Christen verüben, dahingehend zu beschäftigen, welche Motive diese für einen Anschlag außerdem noch haben könnten und für sich selbst festzustellen, welche Merkmale er noch ver-

wirklicht, die kumulativ zur christlichen Religionszugehörigkeit hinzukommend eine Gefahr darstellen.

Es liegt auf der Hand, dass der Entscheider das anzuwendende Prüfungsschema weder korrekt angewendet, noch überhaupt verstanden hat. Der Bescheid verließ allerdings – offenbar wieder einmal ohne jede effektive Kontrolle – am 17. Januar 2006 die Bundesamtsaußenstelle in Lebach.

**Fall 2:** In Entscheidungen des Bundesamtes zu Fällen tschetschenischer Asylantragsteller werden deutlich geschilderte Foldersachverhalte nicht selten bagatellisiert und zu Beeinträchtigungen umdefiniert. Ein minderjähriger Tschetschene gab in seiner Anhörung zu Protokoll, er sei auf der Erde liegend geschlagen und getreten, danach mit Strom gefoltert worden. In der Entscheidung des Bundesamtes vom 12. Oktober 2005 (Außenstelle Halberstadt) heißt es daraufhin allerdings: „Auch wenn das aufgezeigte Verhalten der russischen Behörden während der Inhaftierung des Antragstellers eine zweifellos entwürdigende und eindeutig zu missbilligende Behandlung durch föderale Kräfte darstellt, zeigt sich insgesamt nicht, dass eine über die Heimatregion des Antragstellers hinausgehende Gefahrensituation besteht. Eine direkte Verfolgungsabsicht der russischen Behörden gegen die Person des Antragstellers könne nicht abgeleitet werden.“ Vielmehr sei zu unterstellen, dass die russischen Behörden lediglich eine Zeugenaussagen gegen (...) benötigt haben. Erfolgte Zeugenaussagen werden auf diese Weise dargestellt als eine besondere Form der verschärften Ermittlungen. An anderer Stelle heißt es im Bescheid: „Vor diesem Hintergrund müssen die Beeinträchtigungen, die der Antragsteller in Tschetschenien hinzunehmen hatte, als Auswirkung der kriegesischen Situation in Tschetschenien gewertet werden.“ Folter als Beeinträchtigung? Welches Menschenrechtsverständnis liegt hier vor?

**Fall 3:** Ein junger Tschetschene, in Dagestan lebend, berichtet über Bedrängnisse durch radikale Islamisten, aber auch durch ständige Inhaftierung von staatlicher Seite. Er schildert ausweislich des Protokolls, bei einer Inhaftierung kopfüber an den Füßen aufgehängt worden zu sein. Bei einer weiteren dreitägigen Inhaftierung sei er fünfzehn Stunden im Freien an einem Rohr festgebunden und heftig geschlagen worden. Auch diesem Asylantragsteller wird im Bescheid des Bundesamtes (Außenstelle Lübeck) vom 21. Oktober 2005 bagatellisierend entgegengehalten, es handle sich bei den „persönlich erlittenen Beeinträchtigungen“ um „eine zweifellos entwürdigende und eindeutig zu missbilligende Behandlung durch föderale Kräfte“.

Es bedarf keiner besonderen juristischen Kenntnisse, um als Entscheider des Bundesamtes die international gebräuchlichen Definitionen für Folter und erniedrigende Behandlung zu kennen. Es bedarf keiner besonders qualifizierten Kontrolleure, um dafür zu sorgen, dass solche die Folter bagatellisierenden Bescheide in Zeiten von Guantánamo und Abu Ghraib nicht in die Ausgangspost des Bundesamtes gelangen.

### **Empfehlungen:**

Es besteht eine nicht aufschiebbare Notwendigkeit, das deutsche Asylsystem grundlegend im Sinne des internationalen Flüchtlingsschutzes umzugestalten. Notwendig ist eine offene und umfassende Auseinandersetzung in Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit mit den strukturellen Fehlentwicklungen sowie auch den dafür maßgebenden Rahmenbedingungen.

Als sofortige Maßnahmen wird empfohlen, folgende Änderungen im Bundesamt zu veranlassen:

- Den Asylsuchenden sollte vor der persönlichen Anhörung ausreichend Gelegenheit gegeben werden, sich über ihre Mitwirkungsrechte und -pflichten durch unabhängige und rechtskundige Personen und Organisationen bzw. durch einen Bevollmächtigten ihrer Wahl beraten zu lassen.
- Rechtzeitig vor der Durchführung der persönlichen Anhörung sollte den Antragstellern zu deren Durchführung und Vorbereitung ein Fragebogen ausgehändigt werden, der in einer ihnen verständlichen Sprache die wesentlichen Fragen der Darlegungslast behandelt und die Asylantragsteller in

die Lage versetzt, die aus Sicht des Bundesamtes entscheidungserheblichen Fragen vor der Durchführung der Anhörung schriftlich detailliert und erschöpfend zu behandeln.

- Die Aufklärung des Reiseweges darf nicht zu Beginn der Anhörung erfolgen. Vielmehr ist sicherzustellen, dass die Ermittlung der Fluchtgründe im Zentrum des Asylverfahrens steht und die Aufklärung des Reiseweges erst im Anschluss an die Asylbefragung durchgeführt wird
- Das Bundesamt hat durch interne effektive Vorkehrungen sicherzustellen, dass die Belehrung der Asylantragsteller nicht nur zu Beginn der Anhörung in genereller Form, sondern darüber hinaus insbesondere auch jeweils sachbezogen im Zusammenhang mit der Ermittlung der einzelnen Sachverhaltselemente entsprechend der verfahrensrechtlichen Fürsorgepflicht erfolgt.
- Das Bundesamt sollte bedeutend stärker als bisher von Amts wegen oder auf Antrag die erforderlichen Beweise erheben.
- Das Bundesamt hat durch interne effektive Vorkehrungen und insbesondere mit Hilfe der Bescheidkontrolle sicherzustellen, dass ablehnende Begründungen nur auf Sachverhaltselemente gestützt werden, die in der persönlichen Anhörung zur Sprache gekommen sind und auf deren unzulängliche oder widersprüchliche Darlegung die Antragsteller ausdrücklich durch Vorhalt hingewiesen worden sind. (Die Zahl der noch anhängigen Asylverfahren beim Bundesamt hat inzwischen eine Größenordnung erreicht (Ende 2005 unter 10.000), die es möglich macht, jeden einzelnen Bescheid anhand des Anhörungsprotokolls durch eine zweite Person nach sachlichen Kriterien überprüfen zu lassen. Die Kriterien für eine solche Qualitätskontrolle sind in einer Dienstanweisung festzuhalten. Die durchgeführte Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung der Qualitätskriterien ist schriftlich im Detail festzuhalten.)
- Werden während der persönlichen Anhörung oder im weiteren Verlauf des Verfahrens Anzeichen bekannt, die auf eine *Traumatisierung* oder erhebliche psychische Belastung des oder der Asylsuchenden wegen erlittener Folterbehandlung oder sexueller Gewalt hinweisen, so sollte auf Antrag oder von Amts wegen das Verfahren ausgesetzt und Gelegenheit gegeben werden, zur therapeutischen Behandlung und zu Beweis Zwecken fachärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Ergeben sich derartige Anzeichen während des anhängigen Verwaltungsstreitverfahrens, so sollte das Bundesamt von Amts wegen das Verfahren mit dem Ziel der Klaglosstellung erneut aufgreifen. In allen Fällen sollte den betroffenen Personen bereits während des Asylverfahrens eine Aufenthaltserlaubnis mit der Möglichkeit des erleichterten Zugangs zum Arbeitsmarkt erteilt werden.
- Im *Flughafenverfahren* sollten diese Vorschläge entsprechend umgesetzt werden. Insbesondere erscheint es dringend geboten, dass die asylrechtskundige unabhängige Beratung nicht erst wie derzeit nach der Bekanntgabe des ablehnenden Verwaltungsbescheids, sondern vor der persönlichen Anhörung durch das Bundesamt erfolgt sowie dem Asylsuchenden von Amts wegen während der Anhörung ein kostenloser Rechtsbeistand beigeordnet wird. Durch geeignete gesetzgeberische Maßnahmen sollte Vorsorge getroffen werden, dass Asylsuchenden, die schlüssig auf erlittene Folterungen oder sexuelle Gewalt hinweisen, unverzüglich die Einreise zur Durchführung des Asylverfahrens gestattet wird. Darüber hinaus sollte gesetzlich geregelt werden, dass protokollierte Angaben des Asylsuchenden beim Bundesgrenzschutz vom Bundesamt nicht zu seinen Lasten gewertet werden sowie das Verwaltungsgericht im Eilrechtsschutzverfahren den Asylsuchenden persönlich anhören muss, wenn es den begehrten Eilrechtsschutz versagen will.

## 6. Dublin II-Verfahren

Rund 20% der Asylanträge, die in Deutschland gestellt werden, werden gar nicht zur Prüfung angenommen, sondern auf der Grundlage der „Dublin II-Verordnung“<sup>54</sup> entschieden. Die Dublin II-

---

<sup>54</sup> EG Verordnung Nr. 343/2003

Verordnung<sup>55</sup> regelt die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für Behandlung von Asylverfahren. Die Feststellung der Unzuständigkeit bedeutet, dass der Asylantrag in der Sache gar nicht mehr geprüft wird. In der Praxis heißt das: Viele Flüchtlinge werden ohne materielle Asylprüfung in Staaten zurückgeschoben, weil sie durch diese auf ihrem Weg nach Deutschland durchgereist sind.

In der Tendenz verlagert sich die Flüchtlingsaufnahme so immer mehr an die südlichen und östlichen Ränder der Europäischen Union. In den osteuropäischen EU-Staaten erhalten die Zurückgeschobenen nicht immer ein faires Verfahren, bisweilen nicht einmal die notwendige Grundversorgung. Abschiebungen von Flüchtlingen weiter in Nicht-EU-Staaten und schließlich zurück in das Herkunftsland ohne wirkliche Asylprüfung sind schon heute Praxis.

Unabhängig von der generellen Kritik am Dublin II-System ist die deutsche Praxis darüber hinaus problematisch. Die Praxis des Bundesamtes hinsichtlich des Selbsteintrittsrechts, das nach Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung vorgesehen ist, ist problematisch. Nach Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung kann jeder Dublin-Staat freiwillig die Zuständigkeit für einen Asylantrag übernehmen; weitere inhaltliche Kriterien enthält diese Vorschrift nicht. In der Praxis wird hiervon allerdings so gut wie nie Gebrauch gemacht.

Dies führt dazu, dass selbst besonders dramatischen Einzelfällen – etwa bei schweren Krankheiten oder Traumatisierungen – kein Verbleib in Deutschland ermöglicht wird. Lediglich in wenigen Ausnahmefällen, zumeist nur auf Druck von Flüchtlingsinitiativen, hat das Bundesamt die Zuständigkeit für ein Asylverfahren an sich gezogen. Auch ist es in verschiedenen Fällen zur Familientrennung gekommen, obwohl die Dublin II-Verordnung die Einheit der Familie vorsieht. Auch werden unbegleitete minderjährige Flüchtlinge in andere EU-Staaten überstellt, obwohl u.U. sogar andere Familienangehörige als die Eltern in Deutschland leben.

Besonders bedenklich ist auch, dass die deutsche Praxis gegen die Dublin II-Verordnung selbst verstößt, da die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise in den zuständigen Mitgliedstaat anstelle der Abschiebung faktisch nicht existiert. Sie ist aber nach der Dublin II-Verordnung dem Asylsuchenden zwingend zu ermöglichen.

Das Dublin II-System ist unsolidarisch. Es verweist die Verantwortlichkeit für den Flüchtlingsschutz an die EU-Staaten an den EU-Außengrenzen.

Auf EU-Ebene wird das Dublin II-System derzeit evaluiert. Der europäische Dachverband der Flüchtlingsorganisationen ECRE hat eine Studie in Auftrag gegeben, die sich umfassend mit den Problemen bei der Anwendung der Dublin II-Verordnung befasst.<sup>56</sup>

### **Exemplarische Fälle:**

Im Oktober 2003 flieht der **17-jährige Zenawi E. aus Eritrea** nach Deutschland. Beim Bundesamt äußert der Jugendliche seine Bitte um Asyl und gibt gleichzeitig an, dass sein Vater sich in Deutschland aufhalte. Doch das Bundesamt fühlt sich für den 17-Jährigen unzuständig. Italien soll den Asylantrag bearbeiten, da der Jugendliche über italienisches Territorium nach Deutschland gelangt ist. Dabei übergeht das Bundesamt Artikel 6 der Dublin II-Verordnung. Danach wäre Deutschland für den Asylantrag zuständig, weil Zenawi noch minderjährig ist und sein Vater rechtmäßig in Deutschland lebt. Auch humanitäre Gründe, aufgrund derer das Bundesamt freiwillig die eigene Zuständigkeit für das Asylverfahren erklären kann, will das Bundesamt nicht sehen. Acht Monate vergehen, in denen Zenawi ein erwachsener Asylbewerber in einem Flüchtlingslager untergebracht ist, während der Vater sich um ein Verbleib seines Sohnes in Deutschland bemüht. Als dann die Abschiebung dennoch vollzogen werden soll, springt der Jugendliche vor lauter Angst aus dem Fenster. Dabei verletzt er sich so

<sup>55</sup> Diese Verordnung wurde am 18. Februar 2003 beschlossen und kommt seit dem 1. September 2003 in allen EU-Staaten (außer Dänemark) und in den zwei Nicht-EU-Staaten Norwegen und Island zur praktischen Anwendung. Seit 1. Mai 2004 gilt diese Verordnung auch in den zehn neuen EU-Mitgliedsstaaten. Demnächst werden auch die Schweiz und Dänemark an Dublin II teilnehmen

<sup>56</sup> ECRE, Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe, [www.ecre.org](http://www.ecre.org)

schwer, dass er mehrere Wochen im Krankenhaus verbringt. Trümmerbrüche und offene Wunden drohen zum Verlust eines Beines zu führen. Die Abschiebung des Jungen wird dennoch vollzogen. Ab August 2004 lebt Zenawi in einem italienischen Flüchtlingslager. Während dessen verschlechtert sich seine gesundheitliche und psychische Situation zusehends. Nach einem Vaterschaftstest und einem Antrag auf Familienzusammenführung erhält Zenawi schließlich doch noch die Einreisegenehmigung nach Deutschland, kurz danach endlich auch eine Aufenthaltserlaubnis. Hätte das Bundesamt sofort seine Zuständigkeit anerkannt, wäre dem Jungen einiges erspart geblieben.

**Der kurdische Oppositionelle Mehmet A.** flieht im Herbst 2002 nach jahrelangen Verfolgungserfahrungen aus der Türkei nach Griechenland und stellt dort einen Asylantrag. Als dieser abgelehnt wird, erhebt Herr A. Klage. Als er die Nachricht erhält, dass andere Kurden in die Türkei abgeschoben wurden, reist er aus Angst vor der Abschiebung im Sommer 2004 nach Deutschland. Obwohl Herr A. in seiner Anhörung alle erlittenen Verfolgungen glaubhaft vorbringt, wird sein Asylantrag in der Sache nicht behandelt. Das Bundesamt erklärt sich aufgrund der Dublin II-Verordnung für nicht zuständig. Mehmet A. wird zurück nach Griechenland gebracht. Dort wird er umgehend inhaftiert. Es droht die unmittelbare Abschiebung in die Türkei, weil er dort nicht mehr als Asylbewerber galt. PRO ASYL hat sich mit dem griechischen Flüchtlingsrat in Athen in Verbindung gesetzt. Dieser interveniert bei den zuständigen Behörden und leitet ein Klageverfahren ein. In letzter Minute wird dadurch die Abschiebung verhindert. Bis zur Entscheidung über eine Wiederaufnahme des Asylverfahrens ist Mehmet A. vorübergehend geschützt.

### **Empfehlungen:**

- Auf EU-Ebene muss sich Deutschland für die grundsätzliche Veränderung des Zuständigkeitssystems einsetzen. Die Dublin II-Verordnung muss durch ein solidarischen Zuständigkeitssystems ersetzt werden. Denkbar wäre, dass sich die Zuständigkeit nach dem Ort der Antragstellung richtet und dass gleichzeitig finanzielle Ausgleichszahlungen vorgesehen werden.
- Im exekutiven Bereich muss folgendes erreicht werden:  
Das Bundesamt sollte großzügig die Möglichkeiten der Dublin II-Verordnung nutzen und von dem eingeräumten Recht Gebrauch machen, Asylverfahren abweichend von der Zuständigkeit im Rahmen des *Selbsteintrittsrechtes* zu behandeln (Art. 3 Abs. 2 Dublin II-Verordnung). Es sollte insbesondere auf Rücküberstellungen verzichtet werden, wenn begründete medizinische oder psychologische Stellungnahmen über eine Traumatisierung oder andere psychische Erkrankung des Asylsuchenden vorgelegt werden. Außerdem sollte bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen ein Verbleib in Deutschland über das Selbsteintrittsrecht ermöglicht werden, insbesondere wenn zwar nicht die Eltern aber andere Familienangehörige in Deutschland aufhältig sind.
- Gesetzgeberisch ist zu regeln:  
Eilrechtsschutz muss ermöglicht werden.  
Es ist gesetzlich zu verankern, dass der Asylsuchende die Möglichkeit hat, freiwillig in den für ihn als zuständig festgestellten EU-Staat auszureisen.

## **7. Subjektive Nachfluchtgründe, § 28 Abs. 2 AsylVfG**

Mit dem Zuwanderungsgesetz wurde eingeführt, dass gem. § 28 Abs. 2 AsylVfG im Asylfolgeverfahren so genannte selbstgeschaffene Nachfluchtgründe nicht mehr berücksichtigt werden sollen. Mit dieser Änderung wurde eine problematische Einschränkung des Flüchtlingsschutzes vorgenommen, wonach insbesondere Exilaktivitäten unberücksichtigt bleiben könnten. Der Ausschluss von dem Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention stellt eine sehr weitreichende Beschränkung des Flüchtlingsschutzes dar, der mit dem Refoulementverbot der GFK nicht vereinbar ist. Die GFK differenziert nicht danach, ob die Verfolgung durch eigenes Handeln „provoziert“ oder wo und wann sie entstanden ist, sondern fragt nur nach der Schutzbedürftigkeit des Flüchtlings.

**Umstrittene Rechtsauslegung:**

Die Rechtsprechung geht mit dieser Neuregelung bislang sehr unterschiedlich um. Das VG Stuttgart stellt die Unvereinbarkeit der Regelung mit der GFK, das VG Neustadt die Vereinbarkeit mit der GFK fest. Teilweise bestehen in der Rechtsprechung ernsthafte Zweifel an der Vereinbarkeit des Nichtbeachtung von subjektiven Nachfluchtgründen im Asylfolgeverfahren mit der GFK.

**Praktische Probleme bei der Umsetzung:**

Es ist unstrittig, dass es Fälle gibt, die belegen, dass Menschen nur wegen ihrer Exilaktivitäten nach ihrer Rückkehr misshandelt oder verfolgt wurden. Aufgrund der Neuregelung des § 28 Abs. 2 AsylVfG besteht unter Flüchtlingen eine große Verunsicherung. Obwohl für viele Flüchtlinge ein politisches Engagement zum Selbstverständnis gehört und im Exil bewusst gelebt wird, müssen sie nun damit rechnen, dass sie trotz Gefährdung in den Verfolgerstaat abgeschoben können. Dies führt auch zu einer indirekten Beschränkung der politischen Freiheitsrechte – wie Meinungsfreiheit und Demonstrationenfreiheit – der betroffenen Flüchtlinge.

**Empfehlung:**

- § 28 Abs. 2 AsylVfG ist ersatzlos zu streichen.

**8. Asylantragsfiktion gem. § 14a AsylVfG bei Altfällen**

Mit § 14a AsylVfG wurde eine fiktive Asylantragstellung für ledige Kinder unter 16 Jahren eingeführt. Neben vieler strittiger Rechtsfragen hat sich in der Praxis insbesondere ein Rechtsstreit darüber entwickelt, wie weit der personelle Anwendungsbereich von 14a AsylVfG zu fassen ist. Teilweise wendet das Bundesamt die Vorschrift auch auf Kinder an, die vor dem 1. Januar 2005 eingereist sind oder im Bundesgebiet geboren wurden. Nach anderer Ansicht<sup>57</sup> wird eingewandt, dass die Ausdehnung der Anwendung auf Altfälle schon gegen den Wortlaut verstoße. Denn dieser konstruiert eine Anzeigepflicht „unverzüglich“ nach der Einreise oder der Geburt des Kindes und als Rechtsfolge, dass ab diesem Zeitpunkt ein Asylantrag für das Kind als gestellt gilt. Damit würden bei einer Rückbeziehung den Eltern Pflichten auferlegt, die diese nicht erfüllen konnten. Wenn die Einreise des Kindes zum Beispiel im Jahr 2000 erfolgte, hätten die Eltern schon im Jahr 2000 die Anzeige vornehmen müssen. Dies war objektiv aber unmöglich.

Eine eindeutige Klärung dieser Fragen konnte in der Praxis bislang nicht erreicht werden. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Kinder, die vor dem 1. Januar 2005 eingereist sind oder im Bundesgebiet geboren wurden, ist jedoch auch wegen der Auswirkungen, die bereits oben beschrieben wurden (potentieller Ausschluss von der Aufenthaltserlaubnis wegen § 10 Abs. 3 AufenthG), nicht hinnehmbar.

**Empfehlung:**

- Es ist klarzustellen, dass § 14a AsylVfG zumindest auf Kinder, die vor dem 1. Januar 2005 eingereist sind oder im Bundesgebiet geboren wurden, nicht anzuwenden ist.

---

<sup>57</sup> Hubert Heinhold, Das Aufenthaltsgesetz, S. 192 f.