

Frankfurt am Main, 21. November 2008

## Stellungnahme

### **zum Entwurf „Allgemeine Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz, zum Freizügigkeitsgesetz/EU und zum Ausländerzentralregistergesetz“, Stand 13.10.2008**

Mit dem Zuwanderungsgesetz, das am 1. Januar 2005 in Kraft getreten ist, wurden für das Asyl- und Migrationsrecht umfassende neue Rechtsgrundlagen geschaffen. Das Ausländergesetz von 1990 wurde durch das Aufenthaltsgesetz ersetzt. Die restriktiven Ansätze der Vergangenheit wurden allerdings weitgehend fortgeschrieben: Der Anwerbestopp von 1973 wurde beibehalten, die Kettenduldungen sind auch heute noch in großem Umfang Realität und hinsichtlich des Flüchtlingsschutzes sind die EU-Richtlinien nur teilweise umgesetzt worden – die vollständige Anwendung der Genfer Flüchtlingskonvention ist in der Bundesrepublik Deutschland nach wie vor nicht in vollem Umfang gewährleistet.

Hieran können Verwaltungsvorschriften nichts ändern. Ihre Funktion beschränkt sich darauf, die Gesetzesbestimmungen auszulegen und zu konkretisieren und – soweit Ermessen vorhanden ist – , dieses zum Zweck einer einheitlichen Auslegung zu lenken. Der vom Bundesministerium des Innern vorgelegte Entwurf der Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz, zum Freizügigkeitsgesetz/EU und zum Ausländerzentralregistergesetz beachtet diese funktionelle Beschränkung nicht durchgehend. Teilweise enthält der Entwurf Regelungen, die mit der Gesetzesbegründung – also dem Willen des Gesetzgebers – oder dem Gesetzeswortlaut nicht übereinstimmen. Teilweise werden Auslegungen gewählt, die mit höherrangigem Recht – EU-Recht oder internationalen Konventionen – nicht konform gehen. Fast durchgehend wird eine restriktive Auslegung vorgezogen. Aus den Fehlern der jahrzehntelangen Desintegrationspolitik wurden kaum Konsequenzen gezogen.

PRO ASYL kommt der Aufforderung zu einer Stellungnahme zum Entwurf gern nach. Da die Frist für die Stellungnahme bis zum 21. November 2008 sehr kurz bemessen ist, ist eine umfassende kritische Würdigung leider nicht möglich. Wir behalten uns vor, ggf. zu einem späteren Zeitpunkt unsere Anmerkungen zu ergänzen.

## Inhaltsverzeichnis

Nr. 2.3 – Sicherung des Lebensunterhalts.....	3
Nr. 3.3.1.4 – Deutsche Passersatzpapiere für Ausländer .....	3
Nr. 5.3.2.1 – Ausnahmeregelungen .....	4
Nr. 7.1.2 ff. – Aufenthaltserlaubnis.....	6
Nr. 10.3 – Aufenthaltstitel bei Ablehnung oder Rücknahme des Asylantrags .....	6
Nr. 11.1 ff. – Einreise- und Aufenthaltsverbot nach Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung.....	7
Nr. 15.6 – Flughafentransitaufenthalt.....	7
Nr. 25.3 – Aufenthaltserlaubnis bei Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2 bis 7 .....	9
Nr. 25.3.2 – Ausschluss von der Aufenthaltserlaubnis wegen Wiedereinreisesperre .....	9
Nr. 25.3.3.3 – Bindungswirkung an BAMF-Entscheidungen trotz Widerrufsverfahren.....	9
Nr. 25.5 – Aufenthaltserlaubnis in Fällen, in denen eine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist.....	10
Nr. 25.5.1.7.3 – Schutz der Ehe und Familie sowie der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK .....	11
Nr. 26.1 ff. – Höchstgeltungsdauer der Aufenthaltserlaubnisse nach Kapitel 2 Abschnitt 5..	11
Nr. 26.3.4 – Erteilung einer Niederlassungserlaubnis an Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 oder 2 .....	12
Nr. 27.1a 1.1.0 – Ausdrücklicher Ausschlussgrund bei Scheinehe.....	12
Nr. 30 – Ehegattennachzug .....	14
Nr. 30.1.2.0 ff. – Sprachanforderungen .....	15
Nr. 30.1.4.1 – Ausnahme von Sprachanforderungen bei Rückkehrerfällen .....	15
Nr. 60 – Zu § 60 Verbot der Abschiebung .....	17
Nr. 60.0.4.8/ Nr. 60.2.1/ Nr. 60.2.2 – Diplomatische Zusicherungen.....	18
Nr. 60.5.2 – Abschiebungsschutz bei drohender Folter .....	19
Nr. 62.0.3.6 – Tatsachenfeststellung bei Abschiebungshaft .....	19
Nr. 62.0.5 – Abschiebungshaft .....	20
Nr. 62.2.1.6.2 und Nr. 62.2.1.6.3 – Passlosigkeit als Haftgrund .....	20
Nr. 62.2.2 – Voraussetzungen für die sog. „kleine Sicherungshaft“ .....	21
Nr. 62.3.3 – Fortbestehen der Haftgründe .....	22
Nr. 62.4 ff. – Vorläufiges Festnahmerecht durch Ausländerbehörden .....	22
Nr. 9214 i. V. m. Nr. 9a.2.1.5 – Niederlassungserlaubnis (keine entgegenstehenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) .....	23
Nr. 104a.0.3 – Altfallregelung .....	24

Im folgenden wird zu ausgewählten Verwaltungsvorschriften zum Aufenthaltsgesetz Stellung genommen:

### **VwV-E AufenthG Nr. 2.3 – Sicherung des Lebensunterhalts**

§ 2 AufenthG enthält „Begriffsbestimmungen“, also abstrakte Definitionen, die für das ganze Gesetz Gültigkeit beanspruchen. § 2 Abs. 3 definiert, unter welchen Voraussetzungen der Lebensunterhalt gesichert ist.

In VwV-E AufenthG Nr. 2.3.2 bis 2.3.2.3 ist ausgeführt, dass die Lebensunterhaltssicherung des Ausländers voraussetze, dass er auch seine Unterhaltungspflichten erfüllen könne. Damit wird der Auslegungsspielraum, der Verwaltungsvorschriften eingeräumt ist, in unzulässiger Weise überschritten. Dies ergibt sich schon daraus, dass es durchaus möglich erscheint, dass der Lebensunterhalt eines Ausländers, auf den die Begriffsbestimmung im konkreten Fall anzuwenden ist, u.U. gerade deshalb gesichert ist, weil er den ihm obliegenden Unterhaltungspflichten nicht nachkommt. Dass hieraus aufenthaltsrechtliche Konsequenzen gezogen werden können, ist eine andere Sache – nämlich der konkreten Gesetzesnormen – und hat mit der Definition des Begriffes nichts zu tun. Der Gesetzgeber selbst hat dies deutlich gemacht, indem er in einzelnen Bestimmungen nur darauf abstellt, dass „sein Lebensunterhalt“ (z.B. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) und in anderen Bestimmungen verlangt, dass „sein Lebensunterhalt und derjenigen Angehörigen, denen er Unterhalt zu leisten hat“ (§ 9a Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) gesichert sein muss. Die vom Gesetz vorgenommene Differenzierung wird durch die erweiternde Interpretation der VwV-E AufenthG missachtet.

In den vorangegangenen Vorläufigen Anwendungshinweisen des Bundesinnenministeriums (VAH) war demgegenüber eine sachgerechte – allgemeine – Auslegung vorgenommen worden. In den VAH Nr. 2.3.3.1 hieß es zutreffend: *„Leistungen für Familienangehörige sind nicht anzusetzen, da sich § 2 Abs. 3 lediglich auf den Lebensunterhalt des einzelnen Ausländers bezieht.“*

*PRO ASYL fordert deshalb, insoweit zu Formulierung der VAH zurückzukehren.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 3.3.1.4 – Deutsche Passersatzpapiere für Ausländer**

Es wird ausgeführt, dass Asylsuchende und Asylantragsteller, deren Pass in Verwahrung genommen wird, von der Nachweispflicht, dass kein Pass ausgestellt wird, nicht allein wegen der Geltendmachung des Asylbegehrens befreit seien.

Die Regelung ist teils unsinnig, teils unzutreffend. Sie liegt neben der Sache, wenn ein Pass zur Verwahrung genommen wurde, da in diesem Fall keine Passbeschaffungspflicht besteht.

Sie ist unzutreffend, wenn gefordert wird, dass der Betreffende sich trotz eines laufenden Asylverfahrens an seine Heimatbehörden – den potentiellen Verfolgerstaat – mit dem Ersuchen, einen Nationalpass auszustellen, wenden müsse.

Nach § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylVfG erlischt die Rechtsstellung eines Asylberechtigten oder Flüchtlings im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention, wenn er sich freiwillig durch Annahme eines Nationalpasses dem Schutz des Verfolgerstaates unterstellt hat. Gleiches folgt aus Art. 1 C Nr. 1 Genfer Flüchtlingskonvention. Die Annahme eines Nationalpasses gilt als Indiz für eine Schutzunterstellung und damit als Grund dafür, den Schutzstatus zu entziehen.

Daraus folgt: Solange ein Asylverfahren anhängig ist und eine negative Entscheidung nicht rechtskräftig – oder zumindest vollziehbar ist – gibt es keine Verpflichtung des Asylsuchenden, einen Heimatpass zu beschaffen. Und damit besteht auch keine Nachweispflicht für entsprechende Bemühungen.

*PRO ASYL fordert, den diesbezüglichen Passus ersatzlos zu streichen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 5.3.2.1 – Ausnahmeregelungen**

§ 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG bestimmt, dass in den Fällen eines humanitären Aufenthaltes ein Aufenthaltstitel ohne das Vorliegen der Voraussetzungen von Abs. 1 und 2 erteilt werden kann. Unter anderem ist es demnach möglich, von dem Erfordernis, den Lebensunterhalt sichern zu müssen, abzuweichen. Das Wort „kann“ zeigt an, dass die Behörde hierbei Ermessen hat.

Wie das Ermessen zu handhaben ist, wird in VwV-E AufenthG Nr. 5.3.2.1 näher bestimmt. Zu kritisieren ist, dass die Verwaltungsvorschrift die Ermessenshandhabung hinsichtlich des Erfordernisses der Lebensunterhaltssicherung zu restriktiv regelt.

So soll von der Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden können, wenn der Betroffene bereits seit einem Jahr in Deutschland aufhältlich ist, weil dann nach § 10 BeschVerfV auch mit einer Duldung eine Erwerbstätigkeit möglich sei. Damit wird nicht nur ignoriert, dass die Chancen, eine Arbeitsstelle mit einer Duldung zu

erhalten, weitaus geringer sind als mit einer Aufenthaltserlaubnis. Es wird vielmehr auch die Notlage der Menschen, bei denen ein Schutzanspruch bejaht wurde, ignoriert. Verkannt wird auch, dass bei diesem Personenkreis ein öffentliches Interesse an ihrer Integration besteht, weil sie auf nicht absehbare Zeit im Bundesgebiet verbleiben werden. Aus den Fehlern der Vergangenheit sollte zumindest die Lehre gezogen werden, dass bei diesem Personenkreis Integrationsbemühungen gefördert und nicht konterkariert werden sollten. Dies gilt nicht nur dann, wenn aufgrund der individuellen Situation (Ausbildung, Jugendliche) eine baldige Integration ohnedies zu erwarten ist, sondern erst recht, wenn sich die Integration voraussichtlich schwierig gestalten wird (hohes Alter, bildungsferne Schichten, Alleinerziehende, kinderreiche Familien, kranke Personen); gerade dann sollte seitens der Gesellschaft ein „good will“ gezeigt werden, um spätere Probleme zu vermeiden.

Die Neuregelung im Aufenthaltsgesetz verfolgte auch den Zweck, sog. Dauerduldungen künftig zu vermeiden („Der bislang verbreiteten Praxis, die Duldungen nicht als Instrument der Verwaltungsvollstreckung, sondern als ‘zweitklassigen Aufenthaltstitel’ – häufig in Form sog. Kettenduldungen – einzusetzen, wird ... entgegengetreten“; Gesetzesbegründung zu § 25 AufenthG, BT-Drs. 15/420, S. 79); die vorgesehene restriktive Ermessenshandhabung bei Fällen eines humanitären Aufenthalts ignoriert diesen Gesetzeszweck und verfolgt entgegengesetzte Ziele.

Ebenso missachtet wird, dass die Richtlinie 2004/83/EG des Rates, sog. Qualifikationsrichtlinie (künftig QRL) für subsidiär Schutzberechtigte nach Art. 15 ff. QRL in Art. 24 Abs. 2 einen Regelanspruch auf eine 1-jährige Aufenthaltserlaubnis vorschreibt, sofern nicht zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem entgegenstehen.

*PRO ASYL fordert, die Regelung dahingehend zu ändern, dass bei Personen, die einen Schutz nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG in Anspruch nehmen können, das Ermessen in der Regel dahingehend gebraucht wird, dass von den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG abgesehen wird und subsidiär Schutzberechtigten eine Aufenthaltserlaubnis stets erteilt wird, sofern nicht zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem entgegenstehen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 7.1.2 ff. – Aufenthaltserlaubnis**

Zutreffend führen die Verwaltungsvorschriften aus, dass das Aufenthaltsgesetz die Ertteilung nach Aufenthaltszwecken vorsieht. Sie gehen jedoch – wie auch ein Grossteil der bisherigen Verwaltungspraxis – davon aus, dass es einen maßgeblichen Aufenthaltszweck gebe, der nach dem „weitest gehenden Berechtigungsgehalt“ zu bestimmen sei. Dies ist unzutreffend und führt zu nicht gerechtfertigten Härten.

Das Gesetz geht davon aus, dass grundsätzlich mehrere Aufenthaltszwecke bei einer Person vorliegen können. Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss zu § 16 Abs. 2 AufenthG, der bestimmt, dass neben einer Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken in der Regel keine Aufenthaltserlaubnis für andere Aufenthaltszwecke erteilt werden soll. Wenn aber selbst hier im Ausnahmefall eine weitere Aufenthaltserlaubnis möglich ist, heißt dies, dass in allen andern Fällen erst recht eine mehrfach begründete Aufenthaltserlaubnis möglich ist.

Die gegenwärtige, überwiegende Verwaltungspraxis, die durch die unklaren Formulierungen in den Verwaltungsvorschriften begünstigt wird, verlangt, dass sich beispielsweise ein Mensch, der einen humanitären Aufenthaltstitel besitzt und deutsch verheiratet ist, zwischen einer Aufenthaltserlaubnis z.B. nach § 25 AufenthG und § 28 AufenthG entscheidet. Die Folge ist, dass Vergünstigungen, die der „nachrangige“ Titel gewährt, entfallen. Hierfür gibt es weder eine gesetzliche Grundlage noch einen sachlichen Grund, wenn beide Aufenthaltszwecke weiter fortbestehen.

*PRO ASYL fordert, klarzustellen, dass ein Aufenthaltstitel auch auf mehreren Aufenthaltszwecken beruhen kann und dass diese Aufenthaltszwecke auch in der Aufenthaltserlaubnis angeführt werden.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 10.3 – Aufenthaltstitel bei Ablehnung oder Rücknahme des Asylantrags**

Das Gesetz bestimmt, dass ein Aufenthaltstitel nach unanfechtbarer Ablehnung oder Rücknahme des Asylantrags vor der Ausreise nur nach Maßgabe des 5. Abschnitts erteilt werden darf. Eine Beschränkung auf einzelne Paragraphen ist nicht vorgesehen. Die VwV-E AufenthG erwecken demgegenüber den Eindruck, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in diesem Fall nur gem. §§ 23, 104a AufenthG bzw bei positiver

Entscheidung der Härtefallkommission in Frage kommt.

*PRO ASYL fordert eine Klarstellung der Formulierung.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 11.1 ff. – Einreise- und Aufenthaltsverbot nach Ausweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung**

Die VwV-E AufenthG Nr. 11.1 ff. sehen Ausnahmen von der Sperrwirkung nur bei §§ 25 Abs. 4a, 5 sowie 25 Abs. 1 und 2 AufenthG vor.

Die Qualifikationsrichtlinie enthält in Art. 24 Abs. 3 einen Rechtsanspruch auf eine einjährige Aufenthaltserlaubnis für subsidiär Schutzberechtigte, der nur unter dem Vorbehalt zwingender Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung steht. Nicht jede Ausweisung und schon gar nicht eine Abschiebung allein erfüllt diese Voraussetzung einer gesteigerten Gefahrenprognose. Das zwingende und vorrangige EU-Recht verdrängt entgegenstehendes nationales Recht und gebietet, dass – sofern nicht zwingende Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung entgegenstehen – den subsidiär Schutzberechtigten eine Aufenthaltserlaubnis trotz vorangegangener Ausweisung und Abschiebung erteilt wird.

Rechtstechnisch könnte dies auch dadurch geschehen, dass in diesen Fällen die Wirkung der Ausweisung und Abschiebung nachträglich befristet wird. In den hierzu ergangenen Regelungen VwV-E AufenthG Nr. 11.1.3 ff. findet sich zu dieser Frage nichts.

*PRO ASYL fordert klarzustellen, dass die Sperrwirkung des § 11 AufenthG bei subsidiär Schutzberechtigten im Sinne der Qualifikationsrichtlinie nicht eingreift, sofern nicht zwingende Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dem entgegenstehen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 15.6 – Flughafentransitaufenthalt**

In VwV-E AufenthG Nr. 15.6.2 ist vorgesehen, dass der Transitaufenthalt im Sinne des § 15 Abs. 6 S. 1 AufenthG bis zu 30 Tage nach der Ankunft des Ausländers am Flughafen bzw. – soweit das Datum der Ankunft nicht feststeht – ab Kenntnis der Grenzbehörden von der Ankunft keiner richterlichen Anordnung bedürfe.

In VwV-E AufenthG Nr. 15.6.3 heißt es weiter, sobald absehbar sei, dass die Zurückweisung nicht innerhalb von 30 Tagen vollzogen werden könne, solle die richterliche

Anordnung unverzüglich herbeigeführt werden.

Gegen die Möglichkeit des Festhaltens im Flughafentransit ohne richterliche Anordnung wurden im Gesetzgebungsverfahren erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht (vgl. Stellungnahme des Deutschen Instituts für Menschenrechte), die PRO ASYL weiter teilt. Die nun gefundenen Konkretisierungen durch die Verwaltungsvorschriften bestätigen die Einschätzung einer Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes des Richtervorbehalts gem. Art. 104 Abs. 2 GG, wonach Freiheitsentziehungen zwingend von einem Richter anzuordnen sind.

In Nr. 15.6.3 wird für die Notwendigkeit einer richterlichen Anordnung darauf abgestellt, dass absehbar ist, dass die Zurückweisung nicht innerhalb der 30 Tage vollzogen werden kann. Aus Sicht des Bundesinnenministeriums scheint also eine Freiheitsentziehung erst dann zu beginnen, wenn eine solche Prognosemöglichkeit besteht. Dies vermag nicht zu überzeugen. Das Festhalten im Flughafentransit hängt in seinen Wirkungen und der tatsächlichen Ausgestaltung nicht davon ab, ob die Bundespolizei von einem umgehenden oder späteren Vollzug der Zurückweisung ausgeht. Wenn, wie nach diesseitiger Auffassung, das Festhalten eine Freiheitsentziehung darstellt, ist es das am ersten Tage ebenso wie am 29. Tage und hängt insbesondere nicht von der subjektiven Einschätzung der Polizei ab. Es ist daher nach Art 104 Abs. 2 GG eine unverzügliche richterliche Überprüfung geboten.

In der Praxis besteht zudem das Problem, dass nicht nur ohne Beachtung des Richtervorbehalts 30 Tage inhaftiert wird. Erschwerend kommt hinzu, dass diese 30 Tage aufgeschlagen werden auf die bestehende Höchstfrist von 6 Monaten (bzw. bis zu 18 Monaten) einer anschließenden Abschiebungshaft. Damit verlängert sich die bei der Abschiebungshaft normalerweise bestehende Höchstfrist um 30 Tage. Es ist nicht hinnehmbar, dass die ohnehin sehr lange Inhaftierungsmöglichkeit nochmals verlängert wird.

*PRO ASYL fordert, dass die Verwaltungsvorschriften eine verfassungskonforme Auslegung von § 15 Abs. 6 AufenthG in dem Sinne vorsehen, dass die Anordnung des Aufenthalts im Flughafentransit in jedem Fall einer sofortigen richterlichen Überprüfung bedarf.*



### **VwV-E AufenthG Nr. 25.3 – Aufenthaltserlaubnis bei Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2 bis 7**

In VwV-E AufenthG Nr. 25.3 wird nicht hinreichend klargestellt, dass bei richtlinienkonformer Auslegung ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht, wenn es sich um einen subsidiär Schutzberechtigten im Sinne der Qualifikationsrichtlinie handelt (Art. 24 Abs. 2 QRL). So lange der Gesetzeswortlaut in § 25 Abs. 3 noch eine Soll-Regelung vorsieht, ist in der Verwaltungsvorschrift eine eindeutige Klarstellung vorzunehmen, dass die Aufenthaltserlaubnis erteilt werden muss, sofern nicht der Ausschlussgrund des Vorliegens zwingender Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben ist. Die Bemerkungen in VwV-E AufenthG Nr. 25.3.2 zur „richtlinienkonformen Auslegung“ sind unvollständig und missverständlich und reichen deswegen zur Umsetzung der Qualifikationsrichtlinie nicht aus.

*PRO ASYL fordert, Art. 24 Abs. 2 Qualifikationsrichtlinie umzusetzen, welcher vorsieht, dass ein Aufenthaltstitel ausgestellt wird, der mindestens ein Jahr gültig ist.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 25.3.2 – Ausschluss von der Aufenthaltserlaubnis wegen Wiedereinreisesperre**

In VwV-E AufenthG Nr. 25.3.2 ist vorgesehen, dass keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden darf, wenn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 vorliegt. Dieser Ausschluss ist mit der Qualifikationsrichtlinie, die einen entsprechenden Ausschluss für subsidiär Schutzberechtigte im Sinne der QRL nicht vorsieht, unvereinbar. Auf die Ausführungen zu VwV-E AufenthG Nr. 11.1 ff. wird verwiesen.

*PRO ASYL fordert eine Klarstellung auch an dieser Stelle.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 25.3.3.3 – Bindungswirkung an BAMF-Entscheidungen trotz Widerrufsverfahren**

VwV-E AufenthG Nr. 25.3.3.3 stellt fest, dass die Bindungswirkung nach § 42 AsylVfG fortbesteht, selbst wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in Fällen des § 60 Abs. 5 oder Abs. 7 Satz 1 ein Widerrufsverfahren eingeleitet hat. Folge davon ist, dass eine Aufenthaltserlaubnis auch dann verlängert werden muss, wenn das Widerrufsverfahren im Gange ist.

Zu rügen ist, dass die VwV-E AufenthG nicht darlegen, dass die Bindungswirkung des

§ 42 AsylVfG auch für die übrigen Abschiebungsschutztatbestände gem. § 60 Abs. 2, 3 und 7 Satz 2 AufenthG fortbesteht. Der gegenteilige, rechtlich unzutreffende Eindruck wird so erweckt.

*PRO ASYL fordert, klarzustellen, dass die Bindungswirkung der BAMF-Entscheidungen sich auf alle Tatbestände des § 60 Abs. 2 bis 7 erstreckt.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 25.5 – Aufenthaltserlaubnis in Fällen, in denen eine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist**

In VwV-E AufenthG Nr. 25.5.1.5 wird festgestellt, dass es auf die rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit der Ausreise ankomme, nicht aber auf die Unzumutbarkeit, sei es aus im Herkunftsland oder in Deutschland begründeten Umständen.

Dagegen sieht die Gesetzesbegründung vor, dass die „subjektive Möglichkeit – und damit implizit auch die Zumutbarkeit – der Ausreise“ zu prüfen ist. Hiermit sollte der unbestimmte Rechtsbegriff des Ausreisehindernisses näher konturiert werden. Denn theoretisch ist die „freiwillige Ausreise“ fast immer möglich. Auf die faktische Ausreisemöglichkeit allein kann es jedoch nicht ankommen, weil der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 5 AufenthG dann nahezu auf Null reduziert wäre.

Dies wollte der Gesetzgeber nicht. Er hat in der Gesetzesbegründung deutlich gemacht, dass es auch auf die *subjektive Möglichkeit* der Ausreise, also ihre Zumutbarkeit, ankommen muss (BT-Drs. 15/420, S. 80).

Dass nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur auf objektive Kriterien abzustellen ist, sondern auch Zumutbarkeitserwägungen anzustellen sind, ergibt sich auch daraus, dass die Gesetzesbegründung ausdrücklich vorsieht, dass bei Minderjährigen ein positiver Ermessensgebrauch erfolgen soll (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/420, S. 80).

Minderjährige werden durch das Leben mit einer Duldung besonders stark in ihrer Entwicklung beschränkt – insbesondere durch die Verwehrung des Zugangs zu Ausbildungsplätzen, zu einem Studienplatz oder durch die Angst vor der Abschiebung. Andererseits sind Minderjährige besonders lern- und aufnahmefähig und werden durch den Aufenthalt in Deutschland so sehr geprägt, dass sie sich kaum noch in die Gesellschaft ihres Herkunftslandes integrieren können. Eine Ausreise ist ihnen oftmals unzumutbar, eine Rückführung wäre unverhältnismäßig.

In den VwV-E AufenthG fehlen solche Darlegungen und Regelungen zugunsten unbe-

gleiteter (ehemaliger) Minderjähriger.

*PRO ASYL fordert, in den Verwaltungsvorschriften entsprechenden Klarstellungen vorzunehmen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 25.5.1.7.3 – Schutz der Ehe und Familie sowie der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK**

VwV-E AufenthG Nr. 25.5.1.7.3 behauptet, dass sich aus Art. 8 EMRK kein rechtliches Ausreisehindernis i.S.d. § 25 Abs. 5 AufenthG ergeben könne. Im weiteren werden verschiedene Urteile des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zitiert, in denen er sich mit dem Recht auf Privat- und Familienleben gem. Art. 8 EMRK befasst hat. Sie werden durch die VwV-E AufenthG sämtlich als nicht einschlägig eingestuft. Dies trifft so nicht zu.

Die – nicht durchgehend verallgemeinerungsfähige, weil einzelfallbezogene – Rechtsprechung des EGMR hat im Gegenteil die überwiegende obergerichtliche Rechtsprechung veranlasst, auch aus Art. 8 EMRK ein Abschiebungsverbot abzuleiten, aus dem sich nicht nur einen Duldungsanspruch gem. § 60a AufenthG ergibt, sondern das im Einzelfall zu einem Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG führen kann.

Gleiches gilt für die Behauptung, aus Art 6 GG (Schutz der Familie) könne sich kein rechtliches Abschiebungshindernis ergeben. Dies ist schlicht falsch, was schon daraus folgt, dass später ausgeführt wird, Art 6 GG könne durch Erteilung einer Duldung gem. § 60a Abs. 2 AufenthG Rechnung getragen werden. Die Voraussetzungen von § 60a Abs. 2 AufenthG sind mit der hier verlangten identisch: das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses aus rechtlichen Gründen.

*PRO ASYL fordert, die unzutreffenden Darlegungen der VwV-E AufenthG Nr. 25.5.1.7.3 ersatzlos zu streichen, zumindest aber klarzustellen, dass sich aus Art 8 EMRK und Art. 6 GG ein rechtliches Ausreisehindernis gem. § 25 Abs. 5 ergeben kann.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 26.1 ff. – Höchstgeltungsdauer der Aufenthaltserlaubnisse nach Kapitel 2 Abschnitt 5**

Die VwV-E AufenthG regeln die Dauer einzelner zu erteilender Aufenthaltserlaubnisse bzw. die Höchstdauer, enthalten jedoch keine Regelung, wie lange eine Aufenthaltser-

laubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt werden soll.

Dies erscheint erforderlich, weil die Bestimmung von Art. 24 Abs. 2 QRL, der in den Fällen subsidiären Schutzes i.S.d. QRL eine Mindestdauer von einem Jahr vorschreibt, in der Anwendungspraxis nicht immer bekannt ist.

*PRO ASYL fordert, in den Anwendungshinweisen klarzustellen, dass eine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG in den Fällen von Art. 24 Abs. 2 QRL stets für die Dauer eines Jahres erteilt werden muss.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 26.3.4 – Erteilung einer Niederlassungserlaubnis an Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 1 oder 2**

Die VwV-E AufenthG verlangt, dass der Ausländer während des gesamten 3-Jahreszeitraums im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs.1 oder 2 gewesen sein müsse.

Diese Auslegung ignoriert § 55 Abs. 3 AsylVfG, der die Anrechenbarkeit der Zeiten des Asylverfahrens vorschreibt, sofern dem Antrag durch Gewährung von Asyl oder des Status nach der Genfer Flüchtlingskonvention Erfolg beschieden war. Sie ignoriert die Gesetzesbegründung, die ausdrücklich davon spricht, dass „nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird.“

*PRO ASYL fordert, die VwV-E AufenthG dahingehend zu ändern, dass die Zeiten des Asylverfahrens gem. § 55 Abs. 3 AsylVfG anzurechnen sind.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 27.1a 1.1.0 – Ausdrücklicher Ausschlussgrund bei Scheinehe**

VwV-E AufenthG Nr. 27.1a 1.1.0 ff. verweist darauf, dass im Falle einer Scheinehe ein Ausschlussgrund für den Ehegattennachzug besteht. § 27 Abs. 1a lässt den Familiennachzug dann nicht zu, wenn die Ehe ausschließlich zu dem Zweck geschlossen oder begründet wurde, dem Nachziehenden die Einreise in das und den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.

In den Verwaltungsvorschriften wird die so genannte „Scheinehe“ von der echten Ehe dadurch abgegrenzt, dass der Wille zu einer ehelichen Lebensgemeinschaft vorhanden

sein muss. Eine eheliche Lebensgemeinschaft wird wie folgt definiert: Sie ist anzunehmen, „wenn die Ehepartner erkennbar in einer dauerhaften, durch enge Verbundenheit und gegenseitigen Beistand geprägten Beziehung zusammenleben oder zusammenleben wollen. Vorausgesetzt ist somit eine Verbindung zwischen den Eheleuten, deren Intensität über die einer Beziehung zwischen Freunden in einer reinen Begegnungsgemeinschaft hinausgeht.“

Dieser Versuch der generalisierenden Charakterisierung einer ehelichen Lebensgemeinschaft wird den sozialen Realitäten nicht gerecht. In der heutigen Lebenswirklichkeit differenzieren sich private Beziehungsvorstellungen und gelebte Beziehungen immer weiter aus. Auch die Ehe wird sehr unterschiedlich gelebt. So ist z.B. aufgrund der Anforderungen auf dem Arbeitsmarkt, die zunehmend auch örtliche Flexibilität erfordern, die räumliche Trennung von Eheleuten, manchmal über Wochen, nicht unüblich. Eine sog. Wochenendehe ist in manchen Bundesländern fast zur Regel geworden. Daher ist schon das Zusammenleben, das in der oben genannten Definition vorausgesetzt ist, kein zwingendes Charakteristikum einer modernen Ehe. Diese Einschränkung entspricht auch nicht der Rechtsprechung. Zwar geht auch diese davon aus, dass ein Zusammenleben der Eheleute den Regelfall bildet, gleichwohl ist die allgemeine Definition – zurecht – weiter: Sie geht von einer „in welcher Form auch immer“ zu führenden „ehelichen Lebensgemeinschaft“ (BVerwGE 98, 280 ff) aus und verlangt eine auf gegenseitiger Verbundenheit und Achtung beruhende Partnerschaft oder persönliche Beziehung, die über eine bloße Beistandsgemeinschaft hinausgeht. Nur eine solche weite Definition wird sowohl der gesellschaftlichen Realität, den vielfältigen Lebensformen – auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften sind vom Gesetz gleichgestellt –, aner kennenswerten Motivationslagen (auch die sog. Versorgungsehen und Josephsehen sind grundrechtlich geschützt) gerecht und ermöglicht die gebotene differenzierende Betrachtungsweise.

Die vom Gesetz geächtete „Scheinehe“ verlangt einen „Missbrauch“ des Instituts der Ehe (EuGH vom 23.09.03 – Rs. C 109/01 (Akrich)).

*PRO ASYL fordert, die Verwaltungsvorschriften dahingehend klarzustellen, dass eine Scheinehe nach der Rechtsprechung nur in Missbrauchsfällen vorliegt und ein Zusammenleben keine notwendige Voraussetzung für das Bestehen einer schützenswerten ehelichen Lebensgemeinschaft darstellt.*

**VwV-E AufenthG Nr. 30 – Ehegattennachzug**

In VwV-E AufenthG Nr. 30.1.3.2 geht es um die Möglichkeit des Ehegattennachzugs zu einem Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, dessen Ehe bei Erteilung der Aufenthaltserlaubnis bereits bestand und dessen Dauer seines Aufenthalts im Bundesgebiet voraussichtlich noch über ein Jahr betragen wird (§ 30 Abs. 1 e). Ausgeführt wird, dass hier auch der Ehegattennachzug möglich sein sollte, wenn die Ehegatten nach einer Eheschließung erstmals in Deutschland Gelegenheit haben, die eheliche Lebensgemeinschaft zu leben. Weiter heißt es: „Diese Fallgestaltung wird gerade auch bei Ehen zwischen Qualifizierten vorliegen, die bisher auf Grund ihres Arbeitsplatzes nicht an einem Ort leben konnten, also Personen für die das Bundesgebiet attraktiv sein soll.“ Begründet wird dies damit, dass Ehegatten, die sich wegen eines auf längere Dauer angelegten rechtmäßigen Aufenthalts in Deutschland entschieden haben, ihre familiäre Lebensgemeinschaft hier zu leben, nicht zugemutet werden soll, „noch länger als ein Jahr voneinander getrennt zu leben“.

Hierzu ist festzustellen, dass das Grundgesetz und die Menschenrechte für alle gleich gelten und ein höherer Grundrechtsschutz für „Qualifizierte“ nicht existiert. Privilegierungen aufgrund des sozialen Standes sind in einer demokratischen Gesellschaft unerträglich. Es ist deswegen mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbar, wenn das Bundesinnenministerium hier eine soziale Auswahl der nachzugsberechtigten Ehegatten anordnet.

Richtig an den Ausführungen ist allerdings, dass aus dem Gebot des Schutzes der Ehe und Familie durch den Staat folgt, dass jedenfalls eine einjährige Trennung – generell! – niemandem zugemutet werden kann. Diese zutreffende Erkenntnis sollte zu einer entsprechend großzügigen und beschleunigten Praxis beim Familiennachzug führen und das Bundesinnenministerium insbesondere anhalten, auf eine Änderung der gesetzlichen Regelung des § 29 Abs. 3 AufenthG hinzuwirken, der den Familiennachzug zu den Menschen mit humanitären Aufenthalt in der Regel frühestens nach 7 Jahren ermöglicht, wenn nämlich die Voraussetzungen von § 26 Abs. 4 erfüllt sind.

*PRO ASYL schlägt vor, die entsprechenden Passagen zu streichen und fordert, die Regelungen zum Familiennachzug für Menschen mit humanitärem Aufenthalt zu überprüfen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 30.1.2.0 ff. – Sprachanforderungen**

Die Fragwürdigkeit der Anforderung eines Sprachtestes vor der Einreise wurde bereits anlässlich der Gesetzesnovelle von vielen Seiten kritisiert. Die jetzt vorliegenden Erfahrungen bestätigen die Berechtigung dieser Kritik, insbesondere beim Ehegattennachzug zu Flüchtlingen (bei erst späterer formell wirksamer Heirat) und Menschen mit subsidiärem Schutz oder Bleiberecht. Viele dieser Menschen kommen aus Staaten mit einem vergleichbar geringen Bildungsstand und gehören selbst oft Minderheiten und in Folge der damit verbundenen Diskriminierungen bildungsfernen Schichten aus oft entlegenen Landesteilen an. Der Erwerb der verlangten Sprachkenntnisse ist den Ehegatten oft praktisch nicht möglich, weil die nächsten Bildungseinrichtungen ein paar Hundert Kilometer entfernt sind, weil die gesellschaftliche, ökonomische oder politische Lage die Reise in die entfernte Stadt verhindert oder bildungsferne Menschen es nie gelernt haben, allein für sich selbst zu lernen. Nicht selten geht es um ältere Menschen mit nur einigen Jahren Grundschule, für die Deutsch nicht ohne weiteres erlernbar ist – jedenfalls nicht in einer nicht deutschsprachigen Umgebung.

Die strikte Regelung des Gesetzes bietet nur wenige Lösungsansätze, die die VwV-E AufenthG jedoch nicht nutzen. VwV-E AufenthG Nr. 30.1.4.2.2 legen die Härtefallregelung bei Vorliegen von körperlicher, geistiger oder seelischer Krankheit oder Behinderung eng aus.

*PRO ASYL fordert, die Härtefallregelung von § 30 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 Aufenthaltsgesetz weit auszulegen und hierbei insb. die gesellschaftliche und politische Realität im Heimatstaat sowie die ökonomischen Verhältnisse des Nachzugswilligen in die Betrachtung einzubeziehen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 30.1.4.1 – Ausnahme von Sprachanforderungen bei Rückkehrerfällen**

Mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz 2008 wurde der Ehegattennachzug zu Ausländern und Deutschen vom Bestehen deutscher Sprachkenntnisse vor der Einreise abhängig gemacht (§ 30 Abs. 1 Nr. 2, § 28 Abs. 1 Nr. 5). Von diesen Anforderungen sind unter anderem die Ehegatten von Hochqualifizierten und von Selbständigen ausgenommen (§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1).

Die Verwaltungsvorschriften schlagen nun eine analoge Anwendung dieser Regelung vor, wenn ein gewöhnlich im Ausland aufhältiger Deutscher mit seinem ausländischen Ehegatten seinen dauerhaften Aufenthalt in Deutschland begründen möchte.

Weiterhin sei in diesen Rückkehrerfällen regelmäßig der Ausnahmetatbestand des § 30 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 gegeben (erkennbar geringer Integrationsbedarf), sofern der Deutsche die deutsche Sprache beherrsche (Sprachniveau der Stufe C 1 GER). Weiter wird ausgeführt: „Hintergrund ist das gesamtpolitische Interesse an der Rückkehr von zu- meist hoch- und höherqualifizierten Deutschen aus dem Ausland nach Deutschland“.

Das Bundesinnenministerium schafft damit Regelungen, die im Ausland lebende Deutsche besser stellt als Deutsche, die sich bereits im Bundesgebiet aufhalten. Das lässt sich mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG nicht vereinbaren.

Wiederum wird eine Grundrechtswahrnehmung vom sozialen Status, hier der Bildung, abhängig gemacht. Denn im Ausland lebenden Deutschen, die aufgrund des langen Auslandsaufenthalts und/oder geringer Bildung Deutsch soweit verlernt haben, dass sie nicht mehr das verlangte Sprachniveau besitzen, wird der Ehegattennachzug nicht genauso ohne weiteres eingeräumt.

Auch in der Sache ist die gefundene eigenmächtige Weiterentwicklung des Gesetzes – wie bereits erwähnt – höchst problematisch: Die im Ausland lebenden gebildeten Deutschen sollen zur Rückkehr bewogen werden und deswegen bevorzugt werden. In Deutschland lebende Deutsche oder im Ausland lebende Deutsche mit geringen Deutschkenntnissen hingegen können ihre ausländischen Ehegatten nur nachziehen lassen, wenn Deutschkenntnisse nachgewiesen sind. Ihnen wird also im Zweifel die Trennung von ihren Ehegatten zugemutet. Dies stellt eine willkürliche Benachteiligung dieser Gruppen dar.

Damit wird das Viel-Klassen-System im Familiennachzugsrecht um eine weitere willkürliche Differenzierung ausgebaut.

*PRO ASYL fordert, dass die Ausnahme vom Nachweis der Sprachkenntnisse wegen erkennbar geringen Integrationsbedarf (§ 30 Abs. 1 S. 3 Nr. 3) für alle Personen anzunehmen ist, bei denen ein Familiennachzug zu sog. Rückkehrfällen stattfinden soll, fer-*



*ner dann, wenn der Deutsche die deutsche Sprache im Sprachniveau C 1 GER beherrscht.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 60 – Zu § 60 Verbot der Abschiebung**

Das AufenthG hat die sehr umfassenden Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie nicht im Detail umgesetzt, sondern sich mit einer teilweisen Umsetzung im Gesetzestext und einer Verweisung im übrigen begnügt. Dementsprechend wäre zu wünschen und zu erwarten gewesen, dass die Verwaltungsvorschriften ins Detail gehen, also die andere Systematik und die relevanten Begriffe der Verfolgungshandlung, der Verfolgungsgründe, des Urhebers der Verfolgung und der Zurechenbarkeit darlegen.

Weit gefehlt, die VwV-E AufenthG enthalten nur eine äußerst knappe und in Teilen unzutreffende Darlegung.

So definiert Art. 9 der Qualifikationsrichtlinie zum Beispiel ausführlich, wann eine Verfolgungshandlung gegeben ist. Äußerst verkürzt und in Widerspruch zur Qualifikationsrichtlinie sieht Nr. 60.1.2 vor, dass relevant als Verfolgungshandlung nur die Bedrohung des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit oder der Freiheit sei. Dies ist falsch. Art. 9 Abs. 1a der Qualifikationsrichtlinie sieht vor, dass als Verfolgungshandlung eine schwerwiegende Verletzung von grundlegenden Menschenrechten gilt. Nach Art. 9 Abs. 1b QRL kann eine Verfolgungshandlung auch bei Kumulierung unterschiedlicher, für sich genommen geringerer Menschenrechtsverletzungen vorliegen.

Die Verwaltungsvorschriften in ihrer jetzigen Fassung sind nicht dazu geeignet, das europäische Flüchtlingsrecht in seiner menschenrechtlichen Ausrichtung für den Rechtsanwender deutlich zu machen.

*PRO ASYL fordert, dass die Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie zur Definition der Schutzbedürftigkeit, die nicht ausdrücklich per Gesetze umgesetzt worden sind, in den Verwaltungsvorschriften dargestellt und erläutert werden, damit die europarechtlich verlangte Umsetzung auf diese Weise sichergestellt ist.*

## **VwV-E AufenthG Nr. 60.0.4.8/ VwV-E AufenthG Nr. 60.2.1/ VwV-E AufenthG Nr. 60.2.2 – Diplomatische Zusicherungen**

Das Bundesinnenministerium hält eine diplomatische Zusicherung des Verfolgerstaates für geeignet, eine festgestellte Rückkehrgefährdung bei bestehender Gefahr der Folter oder unmenschlichen Behandlung oder Bestrafung zu beseitigen. Es müsse lediglich gewährleistet sein, „dass sich der Zielstaat an die Zusicherung hält.“

Diese Voraussetzung dürfte praktisch nie vorliegen, so dass die entsprechende Formulierung geeignet ist, falsche Erwartungen bzw. Ängste zu schüren. Die Große Kammer des EGMR hat in der Entscheidung vom 28.2.2008 (Saadi vs. Italien) betont, dass diesbezügliche Behauptungen des Verfolgerstaates dann nicht glaubhaft sind, wenn verlässliche Quellen über von den Behörden geübte oder geduldete entgegenstehende Praktiken, die gegen die EMRK verstoßen, berichten. Selbst eine diplomatische Zusicherung müsse in ihrer praktischen Anwendung eine ausreichende Garantie (sic!) gewährleisten, dass der Betreffende vor einer menschenrechtswidrigen Behandlung geschützt sei. Das Instrument der diplomatischen Zusicherung ist daher gegenüber Staaten, die Folter ausüben, grundsätzlich ungeeignet, da die verlangte Garantie nie erbracht werden kann. Der diesbezügliche Passus kann daher nur der Aushebelung des Flüchtlings- und subsidiären Schutzes dienen. Dem widersetzt sich PRO ASYL. Diplomatische Zusicherungen schützen nicht vor Folter und anderen Menschenrechtsverletzungen. Human Rights Watch stellt hierzu zutreffend fest:

„Wenn Regierungen diplomatische Zusicherung anbieten, so haben sie in der Vergangenheit und in der Gegenwart Folter angewendet, was von den meisten Entsendestaaten zugegeben wird. Diese Regierungen verleugnen regelmäßig den Einsatz von Folter und untersuchen entsprechende Anschuldigungen nicht. Wenn Regierungen fortdauernd gegen das internationale Folterverbot verstoßen, so werden sie bei einem Einzelfall ihre Versprechen kaum einhalten.“

([http://www.hrw.org/german/backgrounder/2006/ecaqna1106/index.htm#\\_Toc152577996](http://www.hrw.org/german/backgrounder/2006/ecaqna1106/index.htm#_Toc152577996))

*PRO ASYL fordert, aus den Verwaltungsvorschriften den Hinweis auf diplomatische Zusicherung ersatzlos zu streichen.*

**VwV-E AufenthG Nr. 60.5.2 – Abschiebungsschutz bei drohender Folter**

Im Bereich des Abschiebungsschutzes auf Grundlage der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sieht VwV-E AufenthG Nr. 60.5.2 vor, dass die drohende Folter, unmenschliche oder erniedrigende Strafe oder Behandlung vom Staat ausgehen oder ihm zurechenbar sein muss. Vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wurde festgestellt, dass der Schutz aus Art. 3 EMRK sich auch auf Gefährdungen bezieht, die von nichtstaatlichen Akteuren ausgeht( z.B. Ahmed, H.L.R. vs. Frankreich). Die in Deutschland vorherrschende Rechtsprechung und die VwV-E AufenthG widersprechen damit der für die Anwendung und Auslegung von Art. 3 EMRK ausschließlich maßgeblichen Rechtsprechung des EGMR.

*PRO ASYL fordert die Passage, die eine vom Staat ausgehende oder ihm zurechenbare Foltergefahr verlangt, zu streichen.*

**VwV-E AufenthG Nr. 62.0.3.6 – Tatsachenfeststellung bei Abschiebungshaft**

VwV-E AufenthG Nr. 62.0.3.6 stellt klar, dass der Haftantrag so rechtzeitig zu stellen ist, dass die mündliche Anhörung des Ausländers vor der zu treffenden Entscheidung des Haftrichters durchgeführt werden kann. Es geht also darum, sicherzustellen, dass der Haftentscheidung eine verlässliche Tatsachenfeststellung zugrunde gelegt werden kann. Der Richter darf sich bei der Anordnung von Freiheitsentziehungen nicht auf die Prüfung der Plausibilität der vorgetragenen Gründe beschränken, sondern muss eigenverantwortlich die Tatsachen feststellen, die eine Freiheitsentziehung bzw. ihre Fortsetzung rechtfertigen (BVerfG, InfAuslR 1996, 198). Dies verlangt regelmäßig die Beziehung der Ausländerakten (BVerfG v. 10.12.2007, NVwZ 2008, 304; v. 02.07.2008, 2 BvR 1073/06). Nur so kann den „hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die eigenständige richterliche Aufklärung und Feststellung der relevanten Tatsachen“ (BVerfG a. a. O.) Genüge getan werden.

*PRO ASYL fordert, in den Verwaltungsvorschriften sicherzustellen, dass der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 GG praktisch wirksam wird und insbesondere klarzustellen, dass dem Gericht die vollständigen Akten vorzulegen sind.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 62.0.5 – Abschiebungshaft**

VwV-E AufenthG Nr. 62.0.5 sieht vor, dass nur Minderjährige unter 16 Jahre grundsätzlich nicht in Abschiebungshaft genommen werden sollen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass Minderjährige ab 16 Jahre nach den Vorgaben dieser Verwaltungsvorschrift ohne weiteres in Abschiebungshaft genommen werden können. Dies verstößt gegen verfassungsrechtliche Vorgaben der OLG-Rechtsprechung. Demnach verlangt die Anordnung der Sicherung der Abschiebung durch Haft bei minderjährigen Ausländern wegen der Schwere des Eingriffs einer besonders sorgfältigen Prüfung und ist nur ausnahmsweise zulässig. Die Voraussetzungen für Haft sind nicht gegeben, wenn die Ausländerbehörde nicht darlegt, warum mildere Mittel als Haft, wie z. B. die Unterbringung in einer Jugendeinrichtung (OLG München, OLG-Report 2005, 393), zur Sicherung der zwangsweisen Ausreise nicht in Frage kommen (OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.8.2004, Az. 20 W 124/06). Die Ordnungsbehörde muss die Unmöglichkeit, weniger einschneidende Maßnahmen zu ergreifen, in ihrem Haftantrag ausführlich darlegen (OLG Frankfurt, Beschluss v. 15.5.2006, Az. 20 W 245/04).

*PRO ASYL fordert, in den Verwaltungsvorschriften entweder ein völliges Absehen der Inhaftnahme von Minderjährigen vorzugeben oder zumindest die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu implementieren.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 62.2.1.6.2 und Nr. 62.2.1.6.3 – Passlosigkeit als Haftgrund**

Die Verwaltungsvorschriften sehen vor, dass mangelnde Mitwirkung bei der Beschaffung von Heimreisedokumenten einen Haftgrund darstellen kann. Ist der Betroffene bereits in Sicherungshaft und bemüht er sich nicht um Heimreisedokumente, dann ordnen die Verwaltungsvorschriften sogar zwingend an, dass aus diesem Grunde die Verlängerung der Haft beantragt wird.

Letzteres führt im Ergebnis zur Beugehaft, die nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung unzulässig ist. Von einem „Betreiben der Abschiebung“ kann nämlich dann nicht mehr die Rede sein, wenn die Ausländerbehörde lediglich abwartet, ob der Ausländer unter dem Druck der Sicherungshaft künftig bei der Passersatzbeschaffung mitwirken wird. Dann ist eine unzulässige Beugehaft gegeben (LG Paderborn, Beschluss vom 14. 9.2001, 2 T 34/01; InfAuslR 10/2001, 450; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss

vom 21.12.1998, 2 W 238/98). Ebenso hat auch das OLG Hamburg festgestellt: "Die Sicherungshaft mutiert erst dann zur Beugehaft, wenn die Abschiebung des Betroffenen zuletzt nur noch von seinem Belieben abhängt, einerseits, weil er die zur Erlangung der Heimreisedokumente erforderlichen Angaben oder Erklärungen verweigert und andererseits die Ausländerbehörde bereits sämtliche Ermittlungsansätze erfolglos ausgeschöpft hat." (Beschluss v. 24.11.2003, 4Z BR 71/03, siehe [www.asyl.net](http://www.asyl.net), M4597).

*PRO ASYL fordert, dass in den Verwaltungsvorschriften die Hinweise auf die fehlende Mitwirkung bei der Beschaffung der Heimreisedokumente so geändert werden, dass klargestellt wird, dass dies allein keinen Haftgrund darstellt und dass Beugehaft unzulässig ist.*

#### **VwV-E AufenthG Nr. 62.2.2 – Voraussetzungen für die sog. „kleine Sicherungshaft“**

In VwV-E AufenthG Nr. 62.2.2 wird festgestellt, dass es für die so genannte „kleine Sicherungshaft“, die für zwei Wochen angeordnet wird, nicht ausschlaggebend sei, ob Anzeichen vorlägen, dass sich der Ausländer der Abschiebung entziehen will. Dies steht im Widerspruch zur obergerichtlichen Rechtsprechung. Das OLG Hamburg hat durch Beschluss vom 3.2.2004 festgestellt, dass auch im Rahmen der „kleinen Sicherungshaft“ es Voraussetzung einer Haftanordnung sei, „die Annahme einer wesentlichen Erschwerung oder Vereitelung der Abschiebung aufgrund konkreter Umstände im zu beurteilenden Einzelfall, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit begründen, gerade diese Betroffene würde sich ohne die Inhaftierung der Abschiebung entziehen.“ (OLG Hamburg 3.2.2005 bei Melchior, Abschiebungshaft, Anhang). Das Bundesverfassungsgericht hat zur Sicherungshaft des § 52 Abs. 2 AuslG (jetzt § 62 Abs. 2 S. 1 AufenthG) ausgeführt, dass allein die Erfüllung der tatbestandlichen Merkmale der Nr. 1 bis 5 nicht zwingend die Rechtsfolge der Sicherungshaft auslöse, sondern stets der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten sei. Dies gilt entsprechend auch für die kleine Sicherungshaft.

*PRO ASYL fordert, dass in den Verwaltungsvorschriften festgestellt wird, dass die Anordnung der „kleinen Sicherungshaft“ nur dann zulässig ist, wenn Umstände vorliegen,*

*die die Annahme rechtfertigen, dass sich der Betroffene der Abschiebung entziehen würde und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 62.3.3 – Fortbestehen der Haftgründe**

In VwV-E AufenthG Nr. 62.3.3 stellt das Bundesinnenministerium richtig fest, dass die Ausländerbehörde den Vollzug der Abschiebungshaft unverzüglich auszusetzen hat und deren Aufhebung zu beantragen hat, wenn die für deren Anordnung maßgebenden Gründe entfallen sind. Zur praktischen Sicherstellung dieser gesetzlichen Pflicht wird dann allerdings lediglich vorgegeben, dass in regelmäßigen Abständen, und zwar „innerhalb von drei Monaten mindestens einmal“, zu prüfen sei, ob die Haftgründe fortbestehen. Diese Vorgabe erweckt den Eindruck, als genüge eine regelmäßige Prüfung alle drei Monate. Tatsächlich ist die Ausländerbehörde als „Herrin des Verfahrens“ verpflichtet, laufend zu überprüfen, ob die Haftgründe noch vorliegen und organisatorisch zu gewährleisten, dass bei Wegfall der Haftvoraussetzungen eine Entlassung erfolgt (OLG Köln v. 4.5.2005 bei Melchior, Abschiebungshaft, Anhang).

*PRO ASYL fordert, in den Verwaltungsvorschriften klarzustellen, dass eine laufende Kontrolle des Fortbestehens der Haftgründe organisatorisch sichergestellt wird und im Falle des Wegfalls der Haftgründe eine Freilassung erfolgt.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 62.4 ff. – Vorläufiges Festnahmerecht durch Ausländerbehörden**

Die Verwaltungsvorschriften Nr. 62.4 ff. machen die verfassungsrechtlichen Maßstäbe gem. Art. 104 Abs. 2 GG nicht deutlich. Die problematische Rechtsänderung durch das Richtlinienumsetzungsgesetz bedarf dringend der verfassungskonformen Auslegung. Denn jede Freiheitsentziehung setzt grundsätzlich eine vorherige richterliche Anordnung voraus. Eine nachträgliche richterliche Entscheidung genügt nur, wenn der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, sofern der Festnahme die richterliche Entscheidung vorgehen müsste (BVerfGE 22, 311, 317). Art. 104 Abs. 2 S. 2 GG fordert, dann die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen.

Die unter Nr. 62.4.2.1-4 aufgezeigten Fallbeispiele einer angeblich zulässigen sog. Spontanfestnahme sind fragwürdig. In der Praxis werden zum Beispiel Duldungsinhaber festgenommen, wenn sie zur Verlängerung der Duldung bei der Ausländerbehörde vorsprechen, nachdem ihre Duldung bereits abgelaufen war. Ohne richterliche Anordnung ist eine solche Maßnahme verfassungswidrig (BVerfGE 105, 239 = InfAuslR 2002, 406). Die Verwaltungsvorschriften stellen nicht sicher, dass diese bedenkliche Praxis eingestellt wird.

*PRO ASYL fordert, dass die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts klarstellend in die Verwaltungsvorschriften aufgenommen werden.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 9214 i. V. m. Nr. 9a.2.1.5 – Niederlassungserlaubnis (keine entgegenstehenden Gründe der öffentlichen Sicherheit und Ordnung)**

Durch das Zuwanderungsgesetz wurde die frühere Regelung in § 9 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG, die Höchststrafen festgelegt hatte, die die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis hinderten, durch eine allgemeine Klausel ersetzt, wonach Gründe der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung nicht entgegenstehen dürften. Die Gesetzesbegründung erklärte diese Änderung damit, dass damit Unsicherheiten im Verhältnis zu § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entstanden seien und teilweise die Schwelle als zu hoch kritisiert worden sei. Die Neufassung sähe „anstelle eines starren Kriteriums“ eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers und den Ordnungsbelangen vor und gleiche diese Bestimmung der Regelung in § 9a Abs. 1 Nr. 5 AufenthG (Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG) an.

Die jetzt vorliegenden VwV-E AufenthG konterkarieren die Absicht des Gesetzgebers. Nr. 9.2.1.4 verweist zur Interpretation auf Nr. 9a.2.1.5. Dort ist zwar allgemein ausgeführt, dass eine Abwägung stattfinden müsse, im letzten Absatz von Nr. 9a.2.1.5.2.1 heißt es jedoch, dass eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung angenommen werden könne, wenn der Ausländer in den letzten 3 Jahren wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Jugendstrafe von mindestens 6 Monaten oder einer Freiheitsstrafe von mindestens 3 Monaten oder einer Geldstrafe von mindestens 90 Tagesstrafen verurteilt worden sei oder wenn die Verhängung einer Jugendstrafe ausgesetzt sei. Da die VwV-E AufenthG für die Anwender bindend sind, führen sie damit wieder eine „starre Regelung“ ein, die der Gesetzgeber gerade vermeiden wollte. Noch dazu

haben sie die Höchstgrenzen deutlich herabgesetzt, die Freiheitsstrafe auf jetzt nur noch mindestens 3 Monate (statt 6 Monate im früheren Gesetzestext) oder höchstens 90 Tagessätze (statt 180 Tagessätze).

*PRO ASYL fordert, den letzten Absatz von Nr. 9a.2.1.5.1 zu streichen, zumindest aber zu den früheren Höchststrafen zurückzukehren und klarzustellen, dass es sich hierbei nur um Regelbeispiele handelt, die Ausnahmen zulassen.*

### **VwV-E AufenthG Nr. 104a.0.3 – Altfallregelung**

VwV-E AufenthG Nr. 104a.0.3 sieht vor, dass der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Altfallregelung spätestens bis zum 1. Juli 2008 gestellt sein musste.

Diese Auffassung – dass eine Antragsfrist vorgegeben sei – lässt sich dem Wortlaut des § 104a nicht entnehmen. Dieser sieht lediglich vor, dass die erforderlichen Deutschkenntnisse bis zu diesem Stichtag nachgewiesen werden müssen. Daraus folgt nicht automatisch, dass bis dahin auch ein Antrag auf Aufenthaltserlaubnis vorliegen muss. Es ist denkbar, dass der Ausländerbehörde die Deutschkenntnisse im Rahmen eines anderen ausländerrechtlichen Verfahren fristgerecht nachgewiesen wurden, der Antrag nach der Altfallregelung sich allerdings erst zu einem späteren Zeitpunkt als sinnvoll erweist.

*PRO ASYL fordert deswegen, dass in den Verwaltungsvorschriften Hinweise auf Antragsfristen, die im Gesetz keine Stütze finden, gestrichen werden.*