

## Her mit den Aufenthaltsbefugnissen!

Zu den Voraussetzungen und zur rechtswidrigen Praxis der Verweigerung von Aufenthaltsbefugnissen gemäß § 30 III AuslG und § 30 IV AuslG in Bayern

In Bayern ist die Erteilung der Aufenthaltsbefugnis mit einem Lottogewinn vergleichbar. Wenn überhaupt, werden Aufenthaltsbefugnisse nur sehr zögerlich erteilt. Das Bayerische Innenministerium verbietet in seinen IMS vom 24.06.02 und 23.06.03 generell die Erst-Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen an afghanische Staatsangehörige. Vorher war durch IMS vom 17.07.98 die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen vom 2-jährigen Besitz einer Duldung abhängig gemacht und damit die Anwendung von § 30 III AuslG ausgeschlossen worden. Generell verlangt die bayerische Praxis vor Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis den Nachweis von ausreichendem Wohnraum und einer eigenen Lebensunterhaltssicherung. Erst dann wird in die Prüfung der sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen eingetreten.

Diese bayerische Praxis ist nicht gesetzeskonform. Sie mißachtet, daß der Gesetzgeber den Titel der Aufenthaltsbefugnis als Möglichkeit der vorübergehenden Legalisierung des Aufenthalts gerade deshalb eingeführt hat, weil er die Übung der Ausländerbehörden ändern wollte, die Duldung als zweitklassigen Aufenthaltstitel zu verwenden.

Darauf weist eine neuere Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, Urteil vom 17.12.02, InfAuslR 2003, 310 ff) hin.

### 1) BVerwG vom 17.12.02

Das Urteil des BVerwG befaßt sich mit der Aufenthaltsbefugnis nach § 70 I AsylVfG. Danach hat ein anerkannter Flüchtling im Sinne von § 51 I AuslG einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis, wenn seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht nur vorübergehend unmöglich ist. Die Aufenthaltsbefugnis darf einem Ausländer nicht allein deshalb versagt werden, „weil Zweifel an seiner Identität und Staatsangehörigkeit bestehen“. Sie kann „regelmäßig nur dann“ verweigert werden, „wenn sich die Möglichkeit einer Abschiebung in einen Drittstaat konkret abzeichnet“.

Die Ausländerbehörde hat also nicht nur zu untersuchen, ob überhaupt eine Abschiebung in einen Drittstaat möglich ist, sondern auch zu klären, „innerhalb welchen Zeitraums eine Abschiebung möglich ist“. Wenn eine im Einzelfall mögliche Abschiebung „nicht ohne Verzögerung durchgeführt werden“ kann oder „der erforderliche Zeitraum ungewiß“ ist oder sich Hindernisse ergeben, die zu einer erheblichen Verzögerung der Abschiebung führen, ist die Abschiebung „nicht nur vorübergehend unmöglich, mit der Folge, dass dem Ausländer bei Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen ist“. Lediglich der für die Durchführung einer Abschiebung üblicherweise erforderliche Zeitraum ist als „nur vorübergehen-

des“ Hindernis anzusehen.

Damit bezieht sich das BVerwG auf sein Urteil vom 25.09.97<sup>1</sup>, in dem es grundlegende Ausführungen zum Verhältnis zwischen Duldung und Aufenthaltsbefugnis gemacht hatte. Es hatte ausgeführt, dass es der Wille des Gesetzgebers sei, Ausländern, „denen aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen Aufenthalt gewährt wird“, statt der Duldung „einen formell legalen Aufenthaltsstatus in Form einer Aufenthaltsbefugnis“ zu gewähren. Beispiele einer solchen Aufenthaltsgewährung sind das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 51 I AuslG, ebenso aber auch das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG und in gleicher Weise nicht zu vertretende bzw. durch eine freiwillige Ausreise nicht überwindbare faktische Abschiebungshindernisse. Letzteres ergibt sich aus den grundlegenden Ausführungen des BVerwG zum Wesen und zur Funktion einer Duldung.

Das Rechtsinstrument der Duldung soll dem Umstand Rechnung tragen, dass die Ausreisepflicht eines Ausländers nicht in allen Fällen durchgesetzt werden kann und ihre Durchsetzung mitunter auf nicht absehbare Zeit unmöglich ist<sup>2</sup>. Die Duldung darf nicht mehr, wie früher, „zum Zweck langfristiger Aufenthaltsgewährung gleichsam als Vorstufe zu einer Aufenthaltserlaubnis erteilt“ werden und damit „die Funktion eines Aufenthaltstitels für Fälle faktischer Aufenthaltsgewährung“ übernehmen<sup>3</sup>, sondern ist auf ihre eigentliche vollstreckungsrechtliche Funktion zurückgeführt worden. Dabei geht das Gesetz davon aus, „dass die Unmöglichkeit der Abschiebung nur vorübergehend unmöglich ist, wenn sie im Einzelfall auch längere, nicht absehbare Zeit andauern kann“. Hierzu hat die Ausländerbehörde „nicht nur zu untersuchen, ob die Abschiebung des Ausländers überhaupt durchgeführt werden kann, sondern auch zu prüfen, innerhalb welchen Zeitraums dies möglich ist“<sup>4</sup>.

Ist aber die Duldung nur ein Instrument, das zeitweise die Abschiebung aussetzt und darf die Duldung nicht die Funktion eines Aufenthaltstitels für Fälle faktischer Aufenthaltsgewährung übernehmen, ist die Folge einer nicht nur vorübergehenden Unmöglichkeit der Aufenthaltsbeendigung regelmäßig die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis - sofern nicht die anspruchsausschließenden Voraussetzungen der § 30 III und IV AuslG eingreifen.

### 2) § 30 III AuslG: Möglichkeit der freiwilligen Ausreise und selbst zu vertretende Abschiebungshindernisse

Nach § 30 III AuslG kann einem Ausländer, der unanfechtbar ausreisepflichtig ist, eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 55 II AuslG vorliegen, weil seiner freiwilligen Ausreise und seiner Abschiebung Hindernisse entgegenstehen, die er nicht zu vertreten hat. Beruht die Duldung also auf Abschiebungshindernissen, die der Ausländer selbst geschaffen hat oder ist eine freiwillige Ausreise möglich und zumutbar, darf eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 III AuslG nicht erteilt werden. In diesem Fall ist die Duldung auch für einen längeren, nicht unübersehbaren Zeitraum das sachgerechte Ausweispapier. Ist beispielsweise der Ausländer aus freien Stücken aus seiner bisherigen Staatsangehörigkeit entlassen worden, ohne gleichzeitig eine neue Staatsangehörigkeit zu erwerben und ist deshalb die Abschiebung

unmöglich, hat der Ausländer das daraus folgende Abschiebungshindernis zu vertreten mit der Konsequenz, dass eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 III AuslG nicht in Betracht kommt.<sup>5</sup> Der Ausländer hat das negative, aber gleichwohl anspruchsbegründende Tatbestandsmerkmal, dass das Ausreise- und Abschiebungshindernis nicht von ihm zu vertreten ist, zu beweisen. Gelingt ihm dieser Beweis nicht, geht die Nicht-Erweislichkeit zu seinen Lasten. Die negativen, anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale des § 30 III AuslG greifen jedoch nicht (mehr) ein, wenn neben das selbstverschuldete Abschiebungshindernis ein weiteres, nicht zu vertretendes tritt. Droht beispielsweise dem aus seiner früheren Staatsbürgerschaft freiwillig Ausgeschiedenen in seiner Heimat Folter und Tod, ist ein Abschiebungshindernis nach § 53 AuslG festgestellt oder liegt eine Erkrankung vor, die im Heimatland nicht behandelt werden kann, kann (und muß im Regelfall) eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden. Darauf, ob eine freiwillige Ausreise möglich ist, kommt es dann nicht mehr an.

### **3) § 30 IV AuslG: Weigerung, zumutbare Anforderung zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses zu erfüllen**

Aber auch dann, wenn das Abschiebungshindernis vom Ausländer zu vertreten ist oder eine freiwillige Ausreise (grundsätzlich) möglich ist, kann nach § 30 IV AuslG eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden, sofern nicht die dortigen Ausschlußgründe eingreifen. Die anspruchsbegründenden Voraussetzungen sind lediglich, dass der Ausländer seit mindestens 2 Jahren unanfechtbar ausreisepflichtig ist, eine Duldung besitzt und weiterhin Duldungsgründe vorliegen.

Die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 IV AuslG ist jedoch ausgeschlossen, wenn sich der Ausländer weigert, zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses zu erfüllen. Es obliegt dem ausreisepflichtigen Ausländer „alles in seiner Macht Stehende und ihm zumutbare dazu beizutragen, dass etwaige Abschiebungshindernisse überwunden werden“.<sup>6</sup> Was dem Ausländer an Bemühungen zuzumuten ist, ist eine Frage des Einzelfalls. Legt der Ausländer eine Bescheinigung vor, dass er keinen neuen Heimatpass erhalten kann und beruht dies darauf, dass er verlangte Identitätsnachweise nicht besitzt bzw. nicht beschaffen kann, kann dem Ausländer eine mangelnde Mitwirkung nicht vorgehalten werden. Vielmehr obliegt es in diesem Fall der Ausländerbehörde darzulegen, „welche konkreten Maßnahmen“ der Ausländer „noch hätte ergreifen sollen“, um seiner „angeblich noch nicht erfüllten Mitwirkungspflicht zu genügen“<sup>7</sup>.

In der Praxis wird oft strittig bleiben, welche Handlungen noch zumutbar sind, und oft unaufklärbar bleiben, ob die verlangten Handlungen zum angestrebten Erfolg geführt hätten. Bei einer non-liquet-Lage kommt es auf die Beweislast-Regeln an. Nach den allgemeinen Beweislast-Regeln hat derjenige, der einen Anspruch als Kläger geltend macht, das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen. Dies ist auch der Grund warum den Anspruchsteller auch die Beweislast im Hinblick auf das Nicht-Vorliegen der negativen, anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale

des § 30 III AuslG trifft.

Dass eine Aufenthaltsbefugnis nicht erteilt werden darf, wenn sich der Ausländer weigert, zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses zu erfüllen, ist hingegen eine anspruchsausschließende Bestimmung. Nach den allgemeinen Beweislast-Regeln „ist es Sache desjenigen, der sich als Beklagter eines Anspruchs erwehren will, etwaige anspruchsausschließende Tatsachen darzulegen und erforderlichenfalls (zu) beweisen. ... Dementsprechend obliegt es im Rahmen des § 30 IV AuslG der Ausländerbehörde, darzulegen und im Zweifel zu beweisen, welche ihm möglichen und zumutbaren Handlungen zur Ermöglichung seiner Ausreise der Ausländer konkret unterlassen oder verzögert hat und dass diese Handlungen nicht von vorneherein aussichtslos wären. ... Kann eine dahingehende Feststellung vom Gericht nicht getroffen werden, geht dies ... zu Lasten der Behörde.“<sup>8</sup>

Führt die Erfüllung dieser Obliegenheit nicht zum Erfolg, „steht ... einer Legalisierung des Aufenthalts gemäß § 30 IV AuslG kein Hindernis entgegen“. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass dem Ausländer „trotz unanfechtbarer Ausreisepflicht bereits längere Zeit nicht abgeschoben werden konnte und voraussichtlich auch nicht alsbald abgeschoben werden kann“.<sup>9</sup>

Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, ist das Ermessen aufgrund der gesetzlichen Entscheidung, einen nicht nur vorübergehenden Aufenthalt durch die Erteilung von Aufenthaltsbefugnissen zu regeln, zugunsten des Ausländers reduziert.

Die Erteilung der Aufenthaltsbefugnis führt nicht zu einer Verfestigung in dem Sinne, „dass es auf den Fortbestand der Abschiebungshindernisse nicht mehr ankäme“, vielmehr ist dies erst unter den in § 35 AuslG genannten Voraussetzungen der Fall.

### **4) Regelversagungsgründe (§ 7 AuslG; insbesondere Sozialhilfebezug, nicht ausreichender Wohnraum), besondere Versagungsgründe (§ 8 AuslG)**

Häufig wird eine Aufenthaltsbefugnis deshalb verweigert, weil der Ausländer nicht über ausreichenden Wohnraum oder eine ausreichende Lebensunterhaltssicherung verfügt, weil Ausweisungsgründe vorliegen oder die besonderen Versagungsgründe des § 8 AuslG (insbesondere Passlosigkeit) eingreifen. Diesen Gesichtspunkten wird oft zu großes Gewicht beigemessen.

Schon die allgemeine Beschreibung der Aufenthaltsbefugnis als Auffangtatbestand<sup>10</sup>, aber auch die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zum AuslG (Ziffern 30.1.4, 30.3.8, 30.4.5) machen deutlich, dass den Regelversagungsgründen bei der Aufenthaltsbefugnis geringeres Gewicht als bei einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltsberechtigung zukommt. Die Aussage der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften in Ziffer 30.2.6.3, daß dann, wenn ein außergewöhnlicher Härtefall vorliege, der zu einer von den Regelversagungsgründen abweichenden Entscheidung führe, diese Gründe im Ermessensbereich des § 7 I AuslG nicht mehr von ausschlaggebendem Gewicht seien, und dass

die für die Erteilung sprechenden Umstände auch in Fällen wirtschaftlicher Unterstützungsbedürftigkeit das öffentliche Interesse an der Versagung der Aufenthaltsbefugnis überwiegen, lassen sich auch auf § 30 III und IV übertragen. Die vom VGH BW in seiner Entscheidung vom 24.09.97<sup>11</sup> angestellten Erwägungen greifen bei der Mehrzahl ehemaliger Asylbewerber und einer Vielzahl anderer geduldeter Personen ein. Die dortigen Kläger - ehemalige Asylbewerber - waren in einer kommunalen Unterkunft untergebracht mit der Auflage „Wohnsitznahme nur in G. gestattet“ und hatten deshalb keine Möglichkeit, eine Wohnung auf dem freien Wohnungsmarkt anzumieten. Der Sozialhilfebezug war nötig, weil die Mutter wegen der vielen Kinder infolge der Versorgung der großen Familie nicht in der Lage war, einer entgeltlichen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Der VGH berücksichtigte weiter, daß infolge der mangelnden Deutschkenntnisse und der nicht vorhandenen Berufsausbildung bzw. unzureichenden beruflichen Qualifikation es der Familie nicht möglich sein werde, sich vom Sozialhilfebezug bzw. dem Bezug von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz unabhängig zu machen.

Regelmäßig sind auch die in Bayern geduldeten Personen durch Auflagen an einer privaten Wohnsitznahme und einer Erwerbstätigkeit gehindert, oftmals wegen einer Vielzahl von Kindern, ihres Alters oder aufgrund von Erkrankungen auf (ergänzende) Sozialhilfe angewiesen bzw. aufgrund mangelnder Deutschkenntnisse (die wiederum durch die Verweigerung von Sprachkursen durch die deutschen Behörden mit verursacht sind) an einer Erwerbstätigkeit gehindert. Oft auch verhindert die Tatsache, dass Duldungen nur kurzfristig erteilt und verlängert werden, die Aufnahme einer qualifizierten Tätigkeit und ermöglicht lediglich gering bezahlte Beschäftigungen und erzwingt so einen ergänzenden Sozialhilfebezug. In einer Großzahl der Fälle wird daher ein Ausnahmefall von den Regelversagungsgründen zu bejahen sein mit der Konsequenz, dass nunmehr eine offene Ermessensabwägung stattzufinden hat. Für die besonderen Versagungsgründe des § 8 I AuslG (Einreise ohne erforderliches oder mit einem falschen Visum, Paßlosigkeit und ungeklärte Identität) gilt Entsprechendes. Das Gesetz erlaubt bei § 30 III und IV AuslG ausdrücklich, hiervon abzusehen. Anders ist es mit den besonderen Versagungsgründen des § 8 II AuslG (Ausweisung oder frühere Abschiebung). Liegen diese Versagungsgründe vor, kann nur nach § 30 IV AuslG eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden.

Dies klingt komplizierter als es ist. Man muß nur die beiden Vorschriften des § 30 III AuslG und § 30 IV AuslG jeweils getrennt prüfen. Liegen die dort genannten Tatbestandsvoraussetzungen vor und greift der Ausschlußgrund bei § 30 IV nicht ein, ist eine Ermessensentscheidung zu treffen. Hierbei kommt der gesetzlichen Entscheidung, daß ein nicht nur vorübergehender Aufenthalt nicht durch Duldungen, sondern durch Aufenthaltsbefugnisse geregelt werden soll, ein großes, in vielen Fällen sogar entscheidendes Gewicht zu. Jedenfalls dann, wenn die gegen die Legalisierung des Aufenthalts sprechenden Umstände nicht allzu gewichtig sind und nicht verschuldet sind, wird das Ermessen in vielen Fällen auf Null reduziert sein und dem Ausländer eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen sein. Ein solches Ergebnis liegt auch im wohlverstandenen öffentlichen Interesse, weil nur durch die Einräumung eines

legalen Aufenthalts eine Konsolidierung und eine Unabhängigkeit von Sozialhilfe möglich ist.

## 5) Bayerische Verwaltungspraxis

Die bayerische Verwaltungspraxis wird den gesetzlichen Vorgaben, wie sie in der Rechtsprechung, vor allem des BVerwG, konkretisiert sind, nicht gerecht. In einer Vielzahl von Fällen müßten statt einer Duldung Aufenthaltsbefugnisse erteilt werden. Da Abschiebungen von Afghanen und Irakern, zumal wenn Abschiebungshindernisse festgestellt sind, derzeit nicht konkret absehbar sind und ein Sozialhilfebezug meist nicht selbstverschuldet ist, sondern durch die Umstände, etwa viele Kinder, mangelnde Deutschkenntnisse, kurzfristige Duldungen oder gar ein Verbot der Erwerbstätigkeit, bedingt sind, kommt dem kein großes Gewicht zu. Der Mangel an Wohnraum ist schon deshalb kein Versagungsgrund, weil das Bayerische Aufnahmegesetz alle geduldeten Personen zwangsweise in Gemeinschaftsunterkünfte einweist.

Ähnliches gilt bei vielen Menschen, bei denen eine Abschiebung aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist. Nur bei den wenigen, die das Abschiebungshindernis selbst zu vertreten haben und bei denen eine freiwillige Ausreise möglich ist oder die Versagungsgründe des § 30 IV AuslG eingreifen, kann es bei der gegenwärtigen Praxis bleiben. Für die übrigen gilt: „Her mit den Aufenthaltsbefugnissen!“

Hubert Heinhold, Rechtsanwalt

### Fußnoten

- <sup>1</sup> BVerwGE 105, 232 ff
- <sup>2</sup> BVerwG vom 25.09.97, BVerwGE 105, 232, 235
- <sup>3</sup> BVerwG a. a. O.
- <sup>4</sup> BVerwG a. a. O.
- <sup>5</sup> BVerwG vom 24.11.98, InfAuslR 1999, 106 ff; BVerwG vom 16.12.98, InfAuslR 1999, 110 ff
- <sup>6</sup> BVerwG vom 16.12.98, InfAuslR 1999, 110 ff
- <sup>7</sup> VGH BW vom 24.09.97, EZAR 017 Nr. 13
- <sup>8</sup> VG Hannover vom 21.07.03, Asylmagazin 2003, 44
- <sup>9</sup> BVerwG a. a. O.
- <sup>10</sup> so ausdrücklich im Gesetzestext von § 30 I AuslG, aber auch in Bezug auf § 30 III AuslG: BVerwG vom 09.12.97, InfAuslR 1998, 276 (278)
- <sup>11</sup> EZAR 017 Nr. 13

Hubert Heinhold - Rechtsanwalt

Rottmannstraße 11 a - 80333 München

Tel: 089/542 75 00 - Fax: 089/54 27 50 11

E-Mail: heinhold@waechter-kollegen.de