

## Beiträge zum Zuwanderungsgesetz

### Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 AufenthG

RA Hubert Heinhold, München

Entgegen der offiziellen Überschrift regelt § 25 AufenthG<sup>1</sup> nicht den »Aufenthalt aus humanitären Gründen« schlechthin, sondern nur die Aufenthaltsgewährung aus individuellen Gründen für die Ausländer, die bereits im Land sind. Er fasst die bisher im Ausländer- und Asylverfahrensgesetz verstreuten Regelungen (z. B. §§ 68 und 70 AsylVfG, § 41 Abs. 1 AsylVfG, §§ 53 und 55 Abs. 2 bis 4 AuslG) zusammen und sorgt damit für mehr Klarheit bei der Rechtsanwendung und mehr Transparenz für die Betroffenen. Ergänzt wird die Regelung durch § 23 a, die Härtefallregelung vermittelt einer Härtefallkommission.

#### I. Aufenthaltsrecht für Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge (§ 25 Abs. 1 und 2 AufenthG)

Nach § 25 Abs. 1 ist einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn er unanfechtbar als Asylberechtigter anerkannt ist. Das Gleiche bestimmt § 25 Abs. 2 für den Ausländer, bei dem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 (früher: § 51 Abs. 1 AuslG) festgestellt hat. Damit sind die Rechtsfolgen der Asylberechtigung und der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft die gleichen. Beide Personengruppen erhalten eine befristete Aufenthaltserlaubnis für längstens drei Jahre (§ 26 Abs. 1).

Für die Flüchtlinge im Sinne der GFK bedeutet dies eine Aufwertung ihres Status. Bisher erhielten sie eine Aufenthaltsbefugnis, die nach der gesetzlichen Systematik als zeitlich befristeter Aufenthalt definiert war und nur über § 35 AuslG zu einem Dauer-Aufenthalt führen konnte. Demgegenüber war der Status des Asylberechtigten vom Titel her auf eine unbefristete Dauer ausgelegt.

Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge haben Recht auf Erwerbstätigkeit (§ 25 Abs. 1 S. 4, § 25 Abs. 2 S. 2) und damit einen uneingeschränkten Zugang zu nichtselbstständiger Erwerbstätigkeit (ohne Vorrangsprinzip) und, im Gegensatz zur bisherigen Verwaltungspraxis, kraft Gesetzes (§ 2 Abs. 2 i. V. m. § 25 Abs. 1 S. 4) auf eine selbstständige Tätigkeit. Beide erhalten Kindergeld (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 EStG), Erziehungsgeld (§ 1 BErzGG) und Unterhaltsvorschuss (§ 1 UnterhVorschG) sowie BAföG (§ 8 Abs. 1 BAföG).

Der Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 nicht (vollständig) vorliegen. Nach § 5 Abs. 3 S. 1 ist vielmehr – zwingend – von der Anwendung von § 5 Abs. 1 und 2 abzusehen. Dies bedeutet, dass Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge eine Aufenthaltserlaubnis auch dann erhalten, wenn

- sie die Passpflicht nach § 3 nicht erfüllen,
- der Lebensunterhalt nicht gesichert ist,
- die Identität und, falls sie nicht zur Rückkehr in einen anderen Staat berechtigt sind, die Staatsangehörigkeit des Ausländers ungeklärt ist,
- ein Ausweisungsgrund vorliegt,
- sie nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist sind und
- bei einem Visumsantrag nicht die für die Erteilung maßgeblichen Angaben gemacht haben.

Der Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge scheidet nach § 25 Abs. 1 S. 2 nur daran, dass der Ausländer »aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen worden ist«. Diese Frage dürfte strittig sein. Eine Meinung verweist auf § 11 Abs. 1 S. 2, wonach einem Ausländer, der ausgewiesen, zurückgeschoben oder abgeschoben worden ist, auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eines Anspruchs nach diesem Gesetz kein Aufenthaltstitel erteilt werden darf, mithin auch nicht in den Fällen von § 25 Abs. 1 und 2. In der Tat ist § 11 nach seinem Wortlaut und seiner Funktion als allgemeine Regelung eindeutig und stützt diese Interpretation. Andererseits kann nicht übersehen werden, dass damit ein unauflöslicher Widerspruch besteht zu § 25 Abs. 1 S. 2, der den Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur verwehrt, wenn der Ausländer aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen worden ist. Der Umkehrschluss hierzu besagt, dass eine bereits erfolgte »einfache« Ausweisung die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht hindert. Auch ein laufendes Ausweisungsverfahren – rechtstechnisch gesprochen also das Vorliegen von Ausweisungsgründen – hindert die Erteilung nicht, wie schon § 5 Abs. 3 klarstellt. § 25 Abs. 1 S. 2 ist mithin *lex specialis* gegenüber § 11.

Damit könnte § 11 Abs. 1 S. 2 Geltung noch für die Fallkonstellation beanspruchen, dass ein Ausländer bereits vor der Anerkennung »zurückgeschoben oder abgeschoben« war. Eine reine Wortlautinterpretation führt zu einem Erteilungsverbot. Andererseits bestünde bei einer solchen Interpretation auch hier der Wertungswiderspruch zur Regelung des § 25 Abs. 1 S. 2. Denn eine Zurückweisung setzt ja keineswegs das Vorliegen schwerwiegender Ausweisungsgründe voraus – hierfür kann es schon genügen, dass der Ausländer im Fall eines Einreiseversuches nicht genügend Barmittel bei sich führt. Auch eine Abschiebung kann erfolgt sein, ohne dass eine Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen vorherging. Um einen solchen Widerspruch zu vermeiden, kann § 11 Abs. 1 S. 2 damit auch bei einer früheren Zurück- oder Abschiebung nur dann die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Asylberechtigten und GFK-Flüchtling verhindern, wenn ihr eine Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zugrunde lag. In allen anderen Fällen ist die Bestimmung nicht einschlägig oder zumindest nach § 11 Abs. 1 S. 3 die Wirkung der Zurück- und/oder Abschiebung zu befristen.

### II. Niederlassungserlaubnis für GFK-Flüchtlinge und Asylberechtigte nach § 26 Abs. 3 AufenthG

Nach § 26 Abs. 3 ist einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 besitzt, eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2 a AsylVfG mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für einen Widerruf oder eine Rücknahme nicht vorliegen.

Voraussetzungen sind lediglich der dreijährige Besitz der Aufenthaltserlaubnis und die Entscheidung des BAMF. Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 müssen nicht vorliegen (§ 5 Abs. 3), die allgemeinen Voraussetzungen von § 9 Abs. 2 sind durch die Spezialregelungen des § 26 Abs. 3 verdrängt.

In die Drei-Jahres-Frist ist die Zeit der Aufenthaltsfiktion nach § 25 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 2. Hs. einzurechnen. Dies ergibt sich zum einen aus der Gesetzesbegründung, die nicht auf den Besitz abstellt, sondern ausführt, dass den begünstigten Personen »nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird«, zum anderen daraus, dass der wesentliche Zweck der Aufenthaltsfiktion nach § 25 Abs. 1 S. 3 überhaupt nur darin, nämlich in der Anrechnung als Aufenthaltszeiten liegen kann. Denn rechtmäßig war der Aufenthalt des später anerkannten Asylbewerbers ja auch schon vorher; eine Aufenthaltsgestattung vermittelt einen rechtmäßigen Aufenthalt. Die ausdrücklich zugesprochene Aufenthaltsfiktion des § 25 Abs. 1 S. 3 gewinnt erst durch § 26 Abs. 3 ihren Sinn.

Fraglich ist, ob die Zeiten des vorangegangenen Asylverfahrens anzurechnen sind. Nach altem Recht hatte dies § 35 AuslG für die Berechnung der Zeiten beim Übergang von einer Aufenthaltsbefugnis zu einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis vorgesehen.

Dagegen sprechen könnte ein Umkehrschluss des § 26 Abs. 4 S. 3. Denn dort – in den Fällen, in denen »im Übr-

gen« einem Ausländer eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird – ist ausdrücklich die Anrechenbarkeit des Asylverfahrens bestimmt. Diese Argumentation verkennt jedoch, dass die Regelung in Absatz 4 eine Abweichung zu § 55 Abs. 3 AsylVfG vornimmt, der im Fall der Anerkennung als Asylberechtigter generell die Anrechnung der Zeiten der Aufenthaltsgestattung vorsieht. § 26 Abs. 4 S. 3 regelt mithin, dass bei der Niederlassungserlaubnis nach Absatz 4 die Aufenthaltszeiten eines vorangegangenen Asylverfahrens auch dann angerechnet werden, wenn das Asylverfahren negativ abgeschlossen worden ist. Die Wirkung dieser Anrechnungsbestimmung entfaltet sich daher vor allem in den Fällen des § 25 Abs. 3 bis 5. Umgekehrt ist damit aber klar, dass im Fall einer Anerkennung die Zeiten des Asylverfahrens auf die Drei-Jahres-Frist anzurechnen sind – und zwar schon unmittelbar gemäß § 55 Abs. 3 AsylVfG.

Offen bleibt lediglich die Frage, ob diese Anrechnung nur bei der Asylberechtigung oder auch bei der Zubilligung der Rechtsstellung nach der Genfer Flüchtlingskonvention eingreift. Letzteres ist m. E. aus dem Sinnzusammenhang zu bejahen. Denn der Gesetzgeber des Aufenthaltsgesetzes wollte eindeutig die Rechtsstellung der GFK-Flüchtlinge und der Asylberechtigten angleichen, so dass für eine Differenzierung bei der Frage der Anrechenbarkeit der Zeiten des Asylverfahrens kein Anlass besteht. § 55 Abs. 2 letzter Hs. AsylVfG ist daher so zu lesen, dass nicht nur bei einer unanfechtbaren Anerkennung als Asylberechtigter, sondern auch im Falle der unanfechtbaren Zubilligung von Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 1 die Zeiten der Aufenthaltsgestattung anzurechnen sind.

Gegen eine solche Interpretation spricht nicht der Wortlaut des § 73 Abs. 2 a AsylVfG, der die Prüfung der Einleitung eines Widerrufsverfahrens nach Ablauf von drei Jahren »nach Unanfechtbarkeit der Entscheidung« verlangt. Dieses Argument übersieht, dass es dort »spätestens« nach Ablauf

**§ 25 AufenthG Aufenthalt aus humanitären Gründen** (1) Einem Ausländer ist eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn er unanfechtbar als Asylberechtigter anerkannt ist. Dies gilt nicht, wenn der Ausländer aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen worden ist. Bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gilt der Aufenthalt als erlaubt. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. (2) Einem Ausländer ist eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 festgestellt hat. Absatz 1 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend. (3) Einem Ausländer soll eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 vorliegen. Die Aufenthaltserlaubnis wird nicht erteilt, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist, der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt oder schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Ausländer

- a) ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen hat, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen festzulegen,
- b) eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen hat,
- c) sich Handlungen zuschulden kommen ließ, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen, wie sie in der Präambel

und den Artikeln 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen verankert sind, zuwiderlaufen, oder

d) eine Gefahr für die Allgemeinheit oder eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellt.

(4) Einem Ausländer kann für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Eine Aufenthaltserlaubnis kann abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 verlängert werden, wenn auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebiets für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.

(5) Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann abweichend von § 11 Abs. 1 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Eine Aufenthaltserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Ein Verschulden des Ausländers liegt insbesondere vor, wenn er falsche Angaben macht oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt.

von drei Jahren heißt, so dass das BAMF seinerseits die Zeiten des Asylverfahrens gemäß § 55 Abs. 3 AsylVfG berücksichtigen kann, wenn es die Überprüfung nach § 73 Abs. 2 a AsylVfG vornimmt. Die Drei-Jahres-Fristen von § 26 Abs. 3 und § 73 Abs. 2 a AsylVfG stehen daher nicht im Widerspruch zueinander, sondern harmonisieren durchaus.

### III. Widerruf von Asylberechtigung und GFK-Flüchtlingseigenschaft

Nach § 52 Abs. 1 Nr. 4 kann der Aufenthaltstitel des Ausländers widerrufen werden, wenn »seine Anerkennung als Asylberechtigter oder seine Rechtsstellung als Flüchtling im Sinne der GFK unwirksam wird«. Nach Satz 2 gilt dies auch für den Aufenthaltstitel der mit dem Ausländer in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen, wenn diesen kein eigenständiger Anspruch auf einen Aufenthaltstitel zusteht.

Die Vorschrift entspricht der bisherigen Regelung des § 43 Abs. 1 AuslG. Künftig können sich jedoch Probleme daraus ergeben, dass Flüchtlinge bereits nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erhalten können (§ 26 Abs. 3), während nach der allgemeinen Regelung des § 9 Abs. 2 Nr. 1 erst der fünfjährige Besitz einer Aufenthaltserlaubnis zu einer Verfestigung führt. Bei einem Widerruf der Asylberechtigung in dieser Zwischenzeit könnte also argumentiert werden, dass der Aufenthalt des früher Asylberechtigten schon deshalb zu widerrufen sei, weil er ja noch nicht einmal die zeitlichen Voraussetzungen für eine Verfestigung nach allgemeinem Recht erfüllt.

Andererseits hat das BVerwG zum bisherigen Recht ausgeführt, dass es nicht entscheidend darauf ankomme, ob der Betroffene die zeitlichen Voraussetzungen nach allgemeinem Recht für eine unbefristete Aufenthaltserlaubnis oder eine Aufenthaltsberechtigung schon erfüllt habe (BVerwG, Urteil vom 20.2.2003, InfAuslR 2003, 324 = ASYLMAGAZIN 7–8/2004, S. 43). Eine irreversible Aufenthaltsverfestigung trotz Wegfall der Asylberechtigung entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers. Vielmehr solle grundsätzlich der Wegfall der Asylberechtigung oder der Flüchtlingseigenschaft auch eine Beendigung des dauerhaft beruhenden Aufenthaltsrechts nach sich ziehen. Durch die Aufhebung der im AuslG 1990 vorgesehenen Erlöschensautomatik im Fall eines Widerrufs des Asylrechts habe der Gesetzgeber der Ausländerbehörde eine Ermessensentscheidung

hinsichtlich der Frage einer weiteren Aufenthaltsgewährung oder Aufenthaltbeendigung eingeräumt. Dabei müsse die Ausländerbehörde sämtliche Umstände des Einzelfalles berücksichtigen, wozu insbesondere die Dauer des rechtmäßigen Aufenthalts und die schutzwürdigen und persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen des Ausländers im Bundesgebiet zählten.

Diese Rechtsprechung dürfte auch weiterhin Gültigkeit besitzen. Der Differenz zwischen der Drei-Jahres-Frist gemäß § 26 Abs. 3 und der allgemeinen Verfestigungsdauer von fünf Jahren gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 kommt mithin keine entscheidende Bedeutung zu. Hieraus kann kein Anspruch auf einen weiteren Aufenthalt abgeleitet werden, noch kann umgekehrt der Widerruf der Aufenthaltserlaubnis allein auf die Tatsache gestützt werden, dass die Fünf-Jahres-Frist von § 9 Abs. 2 Nr. 1 nicht erfüllt ist. Entscheidend ist eine Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles. Aus der Tatsache, dass der Ausländer noch keine fünf Jahre im Bundesgebiet ist, folgt auch nicht zwingend eine mangelnde Integration. Denn die Tatsache, dass der Gesetzgeber in § 26 Abs. 3 AufenthG i. V. m. § 73 Abs. 2 a AsylVfG festgelegt hat, dass Asylberechtigten und GFK-Flüchtlingen schon nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden soll, wenn zu diesem Zeitpunkt die positive Statusentscheidung nicht widerrufen werden soll, macht deutlich, dass er davon ausgeht, dass bei diesem Personenkreis schon nach drei Jahren ein Maß an Integration erreicht ist, wie dies üblicherweise nach fünf Jahren der Fall ist. Dies ist auch sachgerecht, weil Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge sämtliche soziale Vergünstigungen erhalten und berechtigt sind, an einem Integrationskurs teilzunehmen (§ 44 Abs. 1 Nr. 1 c). Selbst wenn – was ohnedies mehr theoretischer Natur sein dürfte – nach dreieinhalb Jahren ein Widerruf der Asylberechtigung erfolgen sollte, käme daher dem Zeitfaktor kein entscheidendes Gewicht zu.

Entscheidend sind vielmehr die bisherigen Integrationsleistungen des Flüchtlings, wobei auch hier Besonderheiten zu beachten sind. Da nach § 5 Abs. 3 die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen, wie etwa die Lebensunterhaltssicherung, keine Voraussetzung für die Aufenthaltserlaubnis und die Niederlassungserlaubnis waren und zudem Flüchtlinge wegen der ihnen gewährten Teilnahme an Ausbildungsprogrammen oder Weiterbildungsmaßnahmen oftmals (noch) nicht (voll) im Erwerbsleben stehen, wäre es ermessensfehlerhaft, einen Widerruf der Aufenthaltserlaubnis allein da-

**§ 26 AufenthG Dauer des Aufenthalts** (1) Die Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt kann für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden, in den Fällen des § 25 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 jedoch für längstens sechs Monate, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat.

(2) Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind.

(3) Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 besitzt, ist eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2 a des Asylverfahrensgesetzes mitgeteilt hat, dass

die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme nicht vorliegen.

(4) Im Übrigen kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 6 gilt entsprechend. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens wird abweichend von § 55 Abs. 3 des Asylverfahrensgesetzes auf die Frist angerechnet. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, kann § 35 entsprechend angewandt werden.

rauf zu stützen, dass die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen von § 5 Abs. 1 und 2 bzw. § 9 Abs. 2 Nr. 2 bis 9 nicht vorliegen. Es wäre treuwidrig, vom Flüchtling zu verlangen, dass er jetzt sämtliche Voraussetzungen erfüllt, nachdem man ihn vorher jahrelang hiervon freigestellt hatte. Die Überlegungen – nämlich, dass Flüchtlinge der besonderen Obhut und Fürsorge des deutschen Staats bedürfen –, die zur Freistellung von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen geführt haben, kann man nicht von einem Tag auf den anderen beiseite schieben. In diesem Fall ist zumindest eine Übergangsfrist zur Schaffung dieser allgemeinen Voraussetzungen einzuräumen, wobei sich diese Frist an § 31 Abs. 4 orientieren kann.

Die Regelung des § 31 ist m. E. geeignet, generell eine Orientierung für die Ermessenshandhabung bei der Frage, ob ein Widerruf der Aufenthaltserlaubnis zu erfolgen hat, zu geben. Denn wenn der Gesetzgeber bei einer maßgeblichen Änderung der persönlichen Verhältnisse – und hierzu zählt das Scheitern einer Ehe – schon nach zwei Jahren das Verlassen des Bundesgebiets für nicht mehr zumutbar hält, gilt Entsprechendes auch für Flüchtlinge. Diese halten sich ebenso wie Ehegatten in Wahrnehmung von Grundrechten im Bundesgebiet auf. Es wäre ein Wertungswiderspruch einerseits bei Ehegatten generell nach zwei Jahren eine Rückkehr für unzumutbar zu erklären – wie dies § 31 tut –, andererseits bei Flüchtlingen den Zeitfaktor gering zu achten und ihnen noch nach vielen Jahren die Rückkehr anzuhängen. Wenn auch der Gesetzgeber dieses Problem nicht durch Fristen wie bei § 31 gelöst hat, ist m. E. die jetzige Neuregelung, dass nach drei Jahren eine Überprüfung des Fortbestands der Schutzbedürftigkeit erfolgen soll und dass dann, wenn diese Schutzbedürftigkeit fortbesteht, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden muss (§ 26 Abs. 3), ein entscheidendes und für den Regelfall erhebliches Indiz für eine endgültige Integration. Nur in Ausnahmefällen – etwa bei Straftaten oder sonstiger offenkundiger Nicht-Integration – kann nach einer Feststellung ge-

mäß § 73 Abs. 2 a AsylVfG, § 26 Abs. 3 ein späterer Widerruf zu einem Verlust der Niederlassungserlaubnis führen.

### IV. Die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthaltG

Nach § 25 Abs. 3 soll einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 vorliegen. Diese entsprechen den Abschiebungshindernissen nach § 53 Abs. 1 bis 4 und 6 AuslG, wobei § 60 Abs. 7 als »Soll«-Vorschrift ausgestaltet ist. Liegt ein zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 vor, hat die Ausländerbehörde gemäß § 72 Abs. 2 das BAMF zu beteiligen, wenn dieses nicht schon vorher eine entsprechende Feststellung getroffen hatte.

Das Ermessen der Ausländerbehörde ist also zugunsten der Ausländer reduziert. Nur in Ausnahmefällen darf von der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgesehen werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt nicht schon deshalb vor, weil der Ausländer seine Passpflicht nicht erfüllt, sein Lebensunterhalt nicht gesichert oder seine Identität ungeklärt ist, weil ein Ausweisungsgrund besteht oder bei der Einreise die Visumsbestimmungen nicht beachtet wurden. Denn § 5 Abs. 3 bestimmt ausdrücklich, dass in den Fällen des § 25 Abs. 1 bis 3 von diesen und weiteren Voraussetzungen abzusehen ist. Gleiches gilt für nicht ausreichenden Wohnraum. Ausreichender Wohnraum ist weder eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung nach § 5 noch eine spezielle bei der Gewährung eines humanitären Aufenthalts nach dem fünften Abschnitt, sondern nur eine Voraussetzung bei der Niederlassungserlaubnis nach § 9 Nr. 9 sowie beim Familiennachzug zu Ausländern nach § 29 Abs. 1 Nr. 2. Das Nicht-Vorliegen dieser allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen ändert also nichts am Soll-Charakter der Bestimmung!

§ 10 Abs. 3 S. 2 kann der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegenstehen. Danach darf vor der Ausreise kein

**§ 73 AsylVfG Widerruf und Rücknahme** (1) Die Anerkennung als Asylberechtigter und die Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen, sind unverzüglich zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen für sie nicht mehr vorliegen. In den Fällen des § 26 ist die Anerkennung als Asylberechtigter ferner zu widerrufen, wenn die Anerkennung des Asylberechtigten, von dem die Anerkennung abgeleitet worden ist, erlischt, widerrufen oder zurückgenommen wird und der Ausländer aus anderen Gründen nicht als Asylberechtigter anerkannt werden könnte. Von einem Widerruf ist abzusehen, wenn sich der Ausländer auf zwingende, auf früheren Verfolgungen beruhende Gründe berufen kann, um die Rückkehr in den Staat abzulehnen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, oder in dem er als Staatenloser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

(2) Die Anerkennung als Asylberechtigter ist zurückzunehmen, wenn sie auf Grund unrichtiger Angaben oder infolge Verschweigens wesentlicher Tatsachen erteilt worden ist und der Ausländer auch aus anderen Gründen nicht anerkannt werden könnte. Satz 1 findet auf die Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen, entsprechende Anwendung.

(2a) Die Prüfung, ob die Voraussetzungen für einen Widerruf nach Absatz 1 oder eine Rücknahme nach Absatz 2 vorliegen, hat spätestens nach Ablauf von drei Jahren nach Unanfechtbarkeit der Entscheidung zu erfolgen. Das Ergebnis ist der Ausländerbehörde mit-

zuteilen. Ist nach der Prüfung ein Widerruf oder eine Rücknahme nicht erfolgt, so steht eine spätere Entscheidung nach Absatz 1 oder Absatz 2 im Ermessen. Bis zur Bestandskraft des Widerrufs oder der Rücknahme entfällt für Einbürgerungsverfahren die Verbindlichkeit der Entscheidung über den Asylantrag.

(3) Die Entscheidung, ob die Voraussetzungen des § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen, ist zurückzunehmen, wenn sie fehlerhaft ist, und zu widerrufen, wenn die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen.

(4) Über Widerruf und Rücknahme entscheidet der Leiter des Bundesamtes oder ein von ihm beauftragter Bediensteter. Dem Ausländer ist die beabsichtigte Entscheidung schriftlich mitzuteilen und Gelegenheit zur Äußerung zu geben. Ihm kann aufgegeben werden, sich innerhalb eines Monats schriftlich zu äußern. Hat sich der Ausländer innerhalb dieser Frist nicht geäußert, ist nach Aktenlage zu entscheiden; der Ausländer ist auf diese Rechtsfolge hinzuweisen.

(5) Mitteilungen oder Entscheidungen des Bundesamtes, die eine Frist in Lauf setzen, sind dem Ausländer zuzustellen.

(6) Im Falle der Unanfechtbarkeit des Widerrufs oder der Rücknahme der Anerkennung als Asylberechtigter und der Feststellung, daß die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes vorliegen, gilt § 72 Abs. 2 entsprechend.

Aufenthaltstitel erteilt werden, sofern der Asylantrag nach § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt wurde. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nicht jede offensichtlich-unbegründet-Entscheidung, sondern nur eine ausdrücklich nach Absatz 3 bezeichnete die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sperrt. Dann ist auf Satz 3 hinzuweisen, wonach die Sätze 1 und 2 im Fall eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels keine Anwendung finden. Es sind nicht nur die Fälle eines Rechtsanspruchs gemeint, sondern auch die Fälle, in denen ein Anspruch aufgrund einer Ermessensreduzierung auf Null besteht. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass im Aufenthaltsgesetz eine § 6 AuslG, der den Anspruch auf Aufenthaltsgenehmigung definiert hatte, entsprechende Regelung fehlt, zum anderen aber auch aus der Absicht des Gesetzgebers Kettenduldungen abzuschaffen. Das würde vereitelt, wenn selbst bei einer Ermessensreduzierung auf Null die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen unzulässig wäre.

Anders als bei § 25 Abs. 1 und 2 kommt dem Erteilungsverbot des § 11 Abs. 1 S. 2 jedoch Gewicht zu, da es an einer Regelung fehlt, wonach nur die Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis verhindert. Einem ausgewiesenen, zurück- oder abgeschobenen Ausländer darf damit auch nach § 25 Abs. 3 grundsätzlich keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Allerdings ist die Befristungsregelung des Satzes 3 zu beachten. Wenn ein Ausreisehindernis vorliegt, ist das Regel-Gebot, die Wirkungen zu befristen, dahingehend verdichtet, dass die Befristung ab sofort ausgesprochen wird. In den Fällen einer Zurückschiebung bzw. Abschiebung und vor der letzten Ausreise erfolgten Ausweisung ist dies unproblematisch; wenn die Ausweisung jedoch während der aktuellen Aufenthaltszeit erfolgt ist, steht § 11 Abs. 1 S. 4, der eine Ausreise verlangt, einer Befristung entgegen. Beim nicht nur vorübergehenden Ausreisehindernis wäre die Konsequenz eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Kettenduldung. Deshalb ist in diesen Fällen entweder – gegen den Wortlaut – eine Befristung auch ohne vorherige Ausreise vorzunehmen oder eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 zu erteilen und erst nach diesem Zwischenschritt zu einer Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 3 überzugehen.

Probleme kann die Regelung von § 25 Abs. 3 S. 2 bringen, wonach eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt wird – die Erteilung also verboten ist –, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist oder der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten »verstößt«. Es kommt also nicht – wie bisher – darauf an, ob es möglich ist, den Ausländer in einen anderen Staat abzuschicken, sondern darauf, ob eine Ausreisemöglichkeit existiert, die der Ausländer zumutbarerweise in Anspruch nehmen könnte.

Aus der gesetzlichen Systematik ergibt sich, dass bei Bejahung eines Abschiebungshindernisses grundsätzlich davon auszugehen ist, dass auch eine freiwillige Ausreise unzumutbar ist. Denn mit der Entscheidung des Bundesamtes

steht fest, dass dem Ausländer Folter, eine menschenrechtswidrige Behandlung oder eine Gefahr für Leib und Leben im Zielstaat droht. Nur dann, wenn das vom Bundesamt festgestellte Abschiebungsverbot nur darin besteht, dass der Ausländer im Falle einer Abschiebung von den Heimatbehörden »in Empfang« genommen wird und dann der Folter oder einer menschenrechtswidrigen Behandlung zugeführt wird und dies bei einer selbstorganisierten, freiwilligen Ausreise nicht der Fall wäre, kann die Bundesamtsentscheidung in Frage gestellt werden. Allerdings ist hierbei auch zu prüfen, ob nicht – wenn die Einreisekontrolle umgangen werden kann – die festgestellte Gefahr später aufflammt, wenn nämlich der Heimatstaat nach einiger Zeit feststellt – wovon man ausgehen muss –, dass der Betroffene wieder im Land ist. Wenn dann, etwa aufgrund eines langen Auslandsaufenthalts, früherer Aktivitäten oder anderer Umstände die Möglichkeit einer Gefahr besteht, ist auch bei dieser Fallkonstellation die freiwillige Ausreise unzumutbar. Grundsätzlich bleibt mithin festzuhalten, dass bei Vorliegen von Abschiebungshindernissen im Regelfall auch eine freiwillige Ausreise unzumutbar ist.

Damit bleibt als wesentlicher Anwendungsbereich der Bestimmung, dass eine Ausreisemöglichkeit in einen Drittstaat besteht. Da – wenn überhaupt – nur wenige Staaten bereit sind, Gebietsfremde auf ihrem Territorium aufzunehmen, ist auch diese Möglichkeit eher die Ausnahme. Sie trifft in der PrDies ergibt sich zum einen daraus, dass im Aufenthaltsgesetz eine § 6 AuslG, der den Anspruch auf Aufenthaltsgenehmigung definiert hatte, entsprechende Regelung fehlt, zum anderen aber auch aus der Absicht des Gesetzgebers Kettenduldungen abzuschaffen. Das würde vereitelt, wenn selbst bei einer Ermessensreduzierung auf Null die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen unzulässig wäre. axis wohl nur dann zu, wenn der Betroffene mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, wenn eine enge familiäre Verbindung – insbesondere eine Ehe – zu einem Staatsangehörigen des Drittstaats besteht oder der Betroffene früher im Drittstaat einen längeren legalen Aufenthalt hatte. Hierbei genügt es jedoch nicht, dass seitens der Ausländerbehörde behauptet wird, dass Einreise und Aufenthalt in diesen Drittstaat möglich sind. Erforderlich ist vielmehr die zweifelsfreie Gewissheit hierüber. Denn die Schutzbedürftigkeit des Betroffenen steht aufgrund der Zubilligung von Abschiebungsverboten fest. Die regelmäßige Rechtsfolge dieser Schutzbedürftigkeit (»soll«) ist die Erteilung eines Aufenthaltsrechts in Deutschland. Soll hiervon abgesehen werden, ist die Ausländerbehörde beweispflichtig dafür, dass der Betroffene dieses Schutzes nicht bedarf, weil er ihn in einem Drittstaat erhalten kann. Dabei ist weiter zu beachten, dass es nicht genügt, dass der Ausländer die Möglichkeit hat, ein Besuchsvisum zu erhalten oder visumsfrei einzureisen. Voraussetzung ist vielmehr, dass der Ausländer eine konkrete und zumutbare Möglichkeit hat, im Drittstaat einen dauerhaften und gesicherten Aufenthalt zu erhalten, so dass auch die Gefahr einer Kettenabschiebung in den Heimatstaat ausgeschlossen ist.

Eine Aufenthaltserlaubnis darf schließlich auch dann nicht erteilt werden, wenn der Ausländer »wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt«. Die Verwendung des Präsens (»verstößt«) macht deutlich, dass es bei der Regelung nicht um die Sanktionierung eines früheren Vorgehens geht, sondern die Bestimmung nur die Konsequenz aus einem aktuellen Verhalten ziehen will. Wenn der Ausländer seine frühere Verweigerungshaltung beendet hat und nun mitwirkt, kann sein früheres Verhalten nicht zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis führen.

Relevant sind nur wiederholte und gröbliche Verstöße gegen solche Mitwirkungspflichten, die Auswirkungen auf die Ausreisemöglichkeit haben. Ein einmaliger und nicht schwerwiegender Verstoß gegen eine Mitwirkungspflicht führt nicht zum Verbot der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, selbst wenn seine Folge ist, dass auch eine freiwillige Ausreise gegenwärtig und in absehbarer Zukunft unmöglich oder unzumutbar geworden ist. Insgesamt bietet die Vorschrift einen relativ großen Interpretationsspielraum. Die Eckpunkte sind dabei zum einen die Überlegung, dass anhaltendes renitentes Verhalten nicht durch eine Aufenthaltserlaubnis belohnt werden soll, zum anderen aber auch der Grundsatz, dass der Gesetzgeber Kettenduldungen abschaffen wollte. Beide Aspekte sind bei der Entscheidung zu bedenken.

### V. Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG

§ 25 Abs. 4 S. 1 ermöglicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt an Ausländer, auch wenn sie sich nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten und vollziehbar ausreisepflichtig sind. Voraussetzung ist das Vorliegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe oder erheblicher öffentlicher Interessen, die seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. Die Begriffe »dringende humanitäre oder persönliche Gründe« oder »erhebliche öffentliche Interessen« sind einer weiten Auslegung zugänglich; hinzutreten muss jedoch als weitere Voraussetzung, dass die vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet »erforderlich« ist. Denkbare Fallkonstellationen sind etwa der Abschluss einer erforderlichen ärztlichen Behandlung, eines Schuljahres oder einer Berufsausbildung, die Betreuung schwerkranker Angehöriger etc. Da die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis in diesen Fällen zur Folge hat, dass eine früher erlassene Abschiebungsandrohung gegenstandslos wird und später nicht mehr vollstreckt werden kann, mithin gegebenenfalls später eine neue Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung erlassen werden muss (gegen die dann gerichtlicher Rechtsschutz möglich ist), ist damit zu rechnen, dass von § 25 Abs. 4 S. 1 nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden wird.

Gemäß § 5 Abs. 3 2. Hs. kann von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 abgesehen

werden. Bei der diesbezüglichen Ermessensausübung wird dem Grund des beabsichtigten Aufenthalts entscheidendes Gewicht zukommen. Wer etwa einen Schulabschluss machen will, wird oftmals die Voraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung nicht erfüllen können, so dass die Bejahung dringender persönlicher Gründe schon regelmäßig den Verzicht auf die Lebensunterhaltssicherung impliziert; bei demjenigen, bei dem feststeht, dass er einen schwerkranken Angehörigen pflegen wird, kommt früheren Ausweisungsgründen oder einem Visumsverstoß kein entscheidendes Gewicht mehr zu.

§ 10 Abs. 3 S. 2, § 11 Abs. 1 S. 2 und § 5 Abs. 4 können der Erteilung entgegenstehen. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen.

Die Rechtsfolge der Bejahung von § 25 Abs. 4 S. 1 ist nach § 26 Abs. 1 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis »für längstens sechs Monate«, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens 18 Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Die Erteilung eines längeren Aufenthalts nach dieser Bestimmung ist also nur dann möglich, wenn der Ausländer bereits vorher eine Aufenthaltserlaubnis hatte oder wenn sich eine wiederholte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 zu 18 Monaten addiert hat.

### VI. Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG

§ 25 Abs. 4 S. 2 ist der bisherigen Regelung des § 30 Abs. 2 AuslG nachgebildet und ist so etwas wie eine »Verfestigungsregelung«. Die Bestimmung ermöglicht die Verlängerung und damit auch die Verfestigung des Aufenthalts, ohne dass die Erteilungsvoraussetzungen weiterhin vorliegen müssten (»abweichend von § 8 Abs. 1 und 2«). Voraussetzung ist, dass aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls das Verlassen des Bundesgebiets für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. Zur Auslegung dieses Begriffs kann die bisherige Rechtsprechung herangezogen werden.

Der Anwendungsbereich beschränkt sich dabei nicht auf die Fälle, in denen zuvor eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 für einen vorübergehenden Aufenthalt erteilt worden ist. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut, der von »einer Aufenthaltserlaubnis« spricht und nicht von der nach Satz 1, zum anderen aber auch daraus, dass die Bestimmung den früheren § 30 Abs. 2 AuslG ersetzt. Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 2 kommt beispielsweise auch dann in Betracht, wenn Studenten das Studium abgebrochen haben und die Aufenthaltserlaubnis nach § 8 i. V. m. § 16 nicht mehr verlängert werden kann oder wenn die ursprünglichen humanitären Gründe – etwa ein Abschiebungsverbot – weggefallen sind, sofern die Voraussetzung einer außergewöhnlichen Härte aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles bejaht werden kann.

§ 26 Abs. 2 steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Absatz 4 Satz 2 nicht entgegen. Nach dieser Bestim-

mung darf die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Entweder begreift man § 25 Abs. 4 S. 2 als *lex specialis* oder man sieht im Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte einen »sonstigen, einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden« Grund. Letzteres dürfte in den Fällen des § 26 vorzuziehen sein, da auch die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 2 zunächst nur befristet erteilt wird und es daher durchaus möglich ist, dass bei einer Verlängerung eine ursprünglich bejahte »außergewöhnliche Härte« verneint wird. Erst mit der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis tritt auch bei Absatz 4 Satz 2 eine vollständige Unabhängigkeit vom Erteilungsgrund ein.

Von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen kann nach § 5 Abs. 3 abgesehen werden, § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 3 S. 2 und § 11 Abs. 2 sind jedoch zu beachten.

## VII. Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthaltG

§ 25 Abs. 5 erlaubt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen nicht nur vorübergehenden Aufenthalt auch an den Ausländer, der »vollziehbar ausreisepflichtig« ist, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Es genügt also nicht mehr, wenn eine Abschiebung nicht möglich ist. Nicht die Unfähigkeit des Staates, den Ausländer außer Landes zu bringen, sondern die Tatsache, dass es dem Individuum unmöglich ist auszureisen, soll das entscheidende Kriterium sein. Nicht mehr verlangt ist, dass der Ausländer »unanfechtbar« ausreisepflichtig ist.

Entgegen dem Wortlaut, der verlangt, dass die Ausreise »aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist«, spielen dabei Zumutbarkeitsabwägungen eine entscheidende Rolle. Eine Unmöglichkeit einer Ausreise aus rechtlichen Gründen liegt im Wortsinn nämlich nur dann vor, wenn ein Ausreiseverbot nach § 46 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 und 2 PassG vorliegt – eine Fallkonstellation, die in der Praxis kaum vorkommt. Gleiches gilt für die Unmöglichkeit einer Ausreise aus tatsächlichen Gründen. Selbst wenn jemand bewusstlos oder schwer krank ist, kann der Betroffene – mit Hilfe von Dritten, insbesondere von Hilfsorganisationen – immer noch ausreisen bzw. »ausgereist werden«.

Nicht unmöglich – im Wortsinne – ist eine Ausreise auch dann, wenn ein aufnahmebereiter Drittstaat nicht existiert oder der Heimatstaat den Betroffenen nicht einreisen lassen will. Denn dies hindert ihn nicht unbedingt an der Ausreise aus Deutschland, sondern bestenfalls am legalen Transit oder an der Einreise im Zielstaat. Es entspricht allgemeiner Erfahrung, dass viele Menschen es immer wieder schaffen, illegal und ohne Papiere mehrere Grenzen zu überschreiten und in den Zielstaat zu gelangen. Eine am Wortlaut orientierte Interpretation würde damit den Anwendungsbereich sehr einschränken und die Regelung praktisch aushebeln.

Erforderlich ist statt dessen eine am Regelungszweck orientierte Interpretation der Norm. Sie will denjenigen die Aufenthaltserlaubnis verweigern, die die zumutbare Möglichkeit haben, ein bestehendes Ausreisehindernis zu beseitigen, dies aber nicht tun. Entscheidend ist – und dies hält auch die Gesetzesbegründung fest –, ob eine Ausreise zumutbar ist bzw. die Ausreisemöglichkeit von zumutbaren Voraussetzungen abhängt. Die Gesetzesbegründung formuliert, dass bei der Frage, ob eine Ausreisemöglichkeit besteht, »... auch die subjektive Möglichkeit – und damit implizit auch die Zumutbarkeit – der Ausreise zu prüfen« ist. Die Frage der Zumutbarkeit ist das entscheidende Kriterium. Zumutbar ist eine freiwillige Ausreise dann, wenn der Ausländer auf legalem Weg und ohne besondere finanzielle Sonderopfer in den Zielstaat gelangen kann. Wenn beispielsweise Bestechungsgelder gezahlt werden müssen, um einen Heimatpass oder ein Transitvisum zu erhalten, liegt ein Fall der Unzumutbarkeit vor. Gleiches gilt, wenn Pass oder Papiere nur um den Preis der Gefährdung von Familienangehörigen im Heimatstaat erlangt werden können. Zumutbar ist hingegen die wahrheitsgemäße Ausfüllung von Formularen und Beantwortung von Fragen, um einen Pass oder Heimreisedokumente zu erhalten. Zumutbar ist es auch, den Ausländer auf eine bestimmte Reisemöglichkeit zu verweisen – etwa auf den Landweg, wenn keine Flugverbindungen bestehen. Wenn jedoch die erforderlichen Transitzpapiere von den Nachbarstaaten nicht erlangt werden können, ist auch dieser Weg unzumutbar.

Wenn aber beispielsweise ein Staat generell erklärt hat, dass er eine bestimmte Personengruppe nicht mehr zurücknimmt oder dass er Angehörigen eines bestimmten Staates kein Transitvisum erteilt, ist das Verlangen, sich gleichwohl um Heimreisedokumente oder ein Transitvisum zu bemühen, selbst dann unzumutbar, wenn die Ausländerbehörde vortragen kann, dass in Einzelfällen trotz der generellen Aussage entsprechende Papiere ausgestellt wurden. Denn die Tatsache, dass der Staat oder einzelne seiner Beamten Regeln übertreten, beseitigt nicht die Regel als solche. Diese belegt aber die Unmöglichkeit der freiwilligen Ausreise bzw. die Unzumutbarkeit eines weiteren Bemühens. Zumindest tritt in diesem Fall eine Umkehr der Beweislast ein: Die Ausländerbehörde hat zu beweisen, dass der konkreten Person entgegen der öffentlichen Erklärungen das begehrte Papier ausgestellt werden wird.

Über die Frage, welche Handlung noch zumutbar oder schon unzumutbar ist, wird man im Einzelfall trefflich streiten können. Wie oft ein Ausländer bei der Botschaft vorsprechen muss, lässt sich ebenso wenig abstrakt beantworten, wie die Frage, welche Antworten er verweigern darf.

Da die Zumutbarkeit das entscheidende Kriterium ist, wird im Regelfall eine freiwillige Ausreise dann unzumutbar und damit unmöglich sein, wenn Abschiebungshindernisse vorliegen (siehe Ausführungen zu § 25 Abs. 3 unter V.). Den Ausnahmefall hat die Ausländerbehörde darzulegen und im Zweifel zu beweisen.

Die weitere Voraussetzung, dass mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist, verlangt eine Prognose-Entscheidung. Dabei geht der Gesetzgeber von der Erwartung aus, dass die Ausreisehindernisse fort dauern. Nur wenn mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit zu rechnen ist, also die gesetzliche Annahme widerlegt wird, kann eine Aufenthaltserlaubnis verweigert werden. Die Prognoseentscheidung sollte sich dabei auf einen Zeitraum von sechs Monaten erstrecken – den Zeitraum, den der Gesetzgeber als Höchstdauer für eine Duldung vorsieht (§ 60 a Abs. 1).

Satz 2 reduziert das Ermessen der Ausländerbehörde, wenn die Abschiebung bereits seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Dann »soll« eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Diese Soll-Bestimmung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass während dieser 18 Monate (angeblich) eine freiwillige Ausreise möglich war. Es genügt, dass es objektiv nicht gelang, den Ausländer abzuschicken.

Satz 3 schränkt diese Bestimmung jedoch dahingehend ein, dass eine Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden darf, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Er enthält also ein Erteilungsverbot, wenn der Ausländer das aktuelle Ausreisehindernis verschuldet hat. Verschulden liegt nach Satz 4 insbesondere vor, wenn der Ausländer falsche Angaben macht, über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt. Zu beachten ist dabei, dass der Gesetzgeber auch hier den Präsenz verwendet. Es wird also nicht früheres Handeln bestraft. Entscheidend ist vielmehr das aktuelle Verhalten des Ausländers, also ob er jetzt falsche Angaben macht, jetzt über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder jetzt zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Ausreisehindernisses nicht erfüllt. Die Auslegung wird durch den letzten Halbsatz von Absatz 5 Satz 4 bekräftigt, der ausdrücklich darauf abstellt, dass der Ausländer »zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt«. Dies setzt voraus, dass im Nachhinein durch Mitwirkungshandlungen Ausreisehindernisse beseitigt werden können, ohne dass dem Ausländer ein aktueller Verschuldensvorwurf gemacht werden kann.

Die Beweislast trifft bei Satz 3 und 4 nicht den Ausländer. Es handelt sich hierbei um Ausschlussstatbestände, deren Voraussetzungen die Ausländerbehörde darlegen und gegebenenfalls beweisen muss. Die in diesen Fällen stets gegebene Unsicherheit, ob die jetzt erfolgten Angaben der Wahrheit entsprechen, geht zulasten der Ausländerbehörde.

Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 kann abweichend von § 11 Abs. 1 erteilt werden. Eine frühere Ausweisung, Zurück- oder Abschiebung hindern nicht. Von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 kann nach § 5 Abs. 3 abgesehen werden. Wie oben dargelegt, ist hier eine Ermessensausübung erforderlich.

Das Erteilungsverbot des § 5 Abs. 4 mit seinen Ausnahmemöglichkeiten gilt auch hier. § 10 Abs. 3 i. V. m. § 30

AsylVfG steht der Erteilung ebenfalls entgegen, sofern nicht das Ermessen auf Null reduziert ist.

### VIII. Die Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG nach sieben Jahren

§ 26 Abs. 4 ist eine Ermessensregelung, die es den Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach Abschnitt 5 (also aus humanitären Gründen) ermöglicht, eine Niederlassungserlaubnis zu erhalten, sofern die in § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Dies ist eine generelle Regelung, die nicht nur für Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge gilt, sondern auch für alle anderen Personen, die aus humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben.

Verlangt werden grundsätzlich die Sicherung des Lebensunterhalts, der Nachweis von 60 Pflichtbeiträgen zur gesetzlichen Rentenversicherung, Straffreiheit bis zur Grenze von Jugend- oder Freiheitsstrafe von maximal sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen, ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache, Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet sowie ausreichender Wohnraum und der Besitz der erforderlichen Erlaubnisse für die Erwerbstätigkeit. Durch den Verweis auf § 9 Abs. 2 S. 2 bis 5 ist klargestellt, dass ausreichende Sprachkenntnisse und Kenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung durch den Abschluss eines Integrationskurses nachgewiesen werden können. Wichtig ist, dass von diesen Voraussetzungen und der Anforderung der Lebensunterhaltssicherung abgesehen ist, wenn der Ausländer sie wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen kann.

In zeitlicher Hinsicht verlangt Absatz 4 Satz 1, dass der Ausländer seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Die Zeiten des Asylverfahrens sind generell anzurechnen, wie § 26 Abs. 4 S. 2 bestimmt. Die Aufenthaltsfiktion des § 25 Abs. 1 S. 3 ist ebenfalls anzurechnen, wie schon vorstehend jeweils dargelegt. Die Duldungszeiten hingegen sind – im Gegensatz zu § 35 AuslG – auch nicht mehr teilweise anrechenbar. Dies gilt jedoch nicht für Altfälle, also jene Personen, die sich bereits vor dem 1.1.2005 im Bundesgebiet aufgehalten haben. Nach § 102 Abs. 2 sind bei ihnen die Duldungszeiten generell anzurechnen, ohne dass es auf den Grund der Duldung ankäme.

§ 26 Abs. 4 S. 4 enthält eine Sonderregelung für Kinder, die vor dem 18. Lebensjahr nach Deutschland eingereist sind. Sie erhalten in entsprechender Anwendung von § 35 eine Niederlassungserlaubnis bereits dann, wenn sie seit fünf Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen sind, über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen und ihr Lebensunterhalt gesichert ist oder sie sich in der schulischen oder beruflichen Ausbildung befinden.