

## Aus der Beratungspraxis

### Keine Chance mehr? Nach der Ablehnung als offensichtlich unbegründet

Rain Kerstin Müller, Köln

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat sich mit Urteil vom 16.12.2008<sup>1</sup> mit der Anwendung des § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG befasst, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in bestimmten Fällen ausschließt, wenn zuvor ein Asylantrag als offensichtlich unbegründet gem. § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt worden ist. Dieser Beitrag untersucht die Auswirkungen dieser Entscheidung.

#### I. Der Fall

Eine armenische Familie reiste 2003 in das Bundesgebiet ein und beantragte die Anerkennung als Asylberechtigte. Das Bundesamt lehnte den Antrag im Juli 2003 als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 AsylVfG ab, da die Angaben zum Reiseweg nicht nachvollziehbar seien und die Antragsteller sich der Personaldokumente entledigt hätten. Im April 2006 nahm die Familie die gegen die Ablehnung gerichtete Klage zurück. Bereits im Februar 2005 hatte sie die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen beantragt, da ein Familienmitglied unter gesundheitlichen Problemen leidet. Dem hielt die Ausländerbehörde entgegen, dass § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG der Erteilung entgegenstehe. Das VG Greifswald wies die Klage ab,<sup>2</sup> das OVG Mecklenburg-Vorpommern gab ihr statt, ließ aber die Revision zu.<sup>3</sup>

Das BVerwG entschied, dass der Familie zu Recht keine Aufenthaltserlaubnis erteilt worden sei. § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG stehe der Erteilung entgegen, selbst wenn der Bescheid des Bundesamtes vor Inkrafttreten dieser Regelung erlassen worden, aber noch nicht bestandskräftig sei. Ein Anspruch im Sinne des § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG, durch den diese Sperre überwunden werden kann, müsse ein strikter, sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebender Anspruch sein. Eine Ermessensreduzierung auf Null reiche nicht aus.

#### II. Die Folgen der Entscheidung

§ 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG sieht vor, dass bei vorangegangener Ablehnung eines Asylantrages als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 30 Abs. 3 AsylVfG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Inland, also ohne Ausreise, generell nicht möglich ist. Eine Erteilung des Aufenthaltstitels ohne Ausreise kommt gemäß § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG nur dann in Betracht, wenn

- ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht,
- der Ausländer die Voraussetzungen des § 25 Abs. 3 AufenthG erfüllt oder
- die Voraussetzungen des § 23 a AufenthG vorliegen, da diese Vorschrift ausdrücklich von den üblichen Erteilungs-

voraussetzungen befreit.<sup>4</sup>

So wie das BVerwG die Regelung interpretiert, hat sie zur Folge, dass unter anderem folgende Personenkreise keine Aussicht mehr auf einen Aufenthaltstitel haben, wenn die o. g. Ausnahmetatbestände nicht greifen:

- Kinder, deren Eltern ein abgeschlossenes negatives Asylverfahren und keinen Aufenthaltstitel aufweisen, bei denen aufgrund der Regelung des § 14 a Abs. 2 AsylVfG von Amts wegen ein Asylverfahren eingeleitet wurde und – da er nicht gemäß § 14 a Abs. 3 AsylVfG beschränkt wurde – der fingierte Asylantrag gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird,
- Personen, deren Asylantrag aufgrund einer vermuteten Identitätstäuschung als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 2 AsylVfG abgelehnt wurde, bei denen aber später nach Abschluss des Asylverfahrens eine Reiseunfähigkeit oder eine die Abschiebung verhindernde familiäre Bindung vorliegt,
- Personen, deren Asylantrag als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 30 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG wegen Widersprüchlichkeit abgelehnt wurde, die aber später unverschuldet keinen Pass oder Passersatzpapier erhalten oder die langfristig aufgrund faktischer Abschiebestopps oder mangels sicherer Transportwege nicht abgeschoben werden können.

Deutlich wird, dass § 10 Abs. 3 AufenthG damit einen wesentlichen Zweck des Zuwanderungsgesetzes – die Vermeidung von Kettenduldungen – konterkariert.

#### III. Analyse und Kritik

##### 1. Anwendung auf Altfälle

**Fall 1:** Der Asylantrag des nigerianischen Asylbewerbers Umeri wird am 25.10.2004 als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG abgelehnt. Hiergegen richtet sich seine Klage. Ein Eilantrag bleibt erfolglos. Mit Urteil vom 22.12.2004 wird die Klage abgewiesen, ein Rechtsmittel wird nicht eingelegt.

**Fall 2:** wie oben, hier wird die Klage allerdings erst am 23.2.2005 abgewiesen.

Zunächst einmal das Positive: Schon im Urteil vom 16.12.2008 äußert das BVerwG Bedenken, dass bei Asylanträgen, die vor dem 1.1.2005 rechtskräftig entschieden wurden, eine Anwendung des § 10 Abs. 3 AufenthG in Betracht kommt.<sup>5</sup> Mit Urteilen vom 25.8.2009 hat es nun auch

<sup>1</sup> BVerwG, Urteil vom 16.12.2008 - 1 C 37.07 - ASYLMAGAZIN 5/2009, S. 27.

<sup>2</sup> VG Greifswald, Urteil vom 21.4.2006 - 2 A 1242/06 -.

<sup>3</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 26.9.2007 - 2 L 173/06 -.

<sup>4</sup> GK-AufenthG, § 10 Rn. 147.

<sup>5</sup> A. A. BayVG, Urteil vom 6.3.2008 - 10 B 06.2961 -; VG Oldenburg, Urteil vom 27.5.2009 - 11 A 3408/07 - ASYLMAGAZIN 7-8/2009, S. 46; VG Oldenburg, Beschluss vom 23.3.2007 - 11 B 859/07 - (4 S., M10090); Wenger in: Storr u. a., Zuwanderungsrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 7 zu § 10; offen: VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 10.3.2009 - 11 S 2990/08 - (21 S., M15338), zweifelnd: OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.2.2006 - 2 M 114/06 - ASYLMAGAZIN 4/2006, S. 31; bejahend

ausdrücklich bestätigt, dass bei Ablehnungen, die vor dem 1.1.2005 bestandskräftig wurden, die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthG entfällt.<sup>6</sup> Dem ist zuzustimmen. Bis zum 31.12.2004 wurden Asylanträge als offensichtlich unbegründet abgelehnt, bei denen nach den Änderungen im materiellen Asylrecht (z. B. Relevanz nichtstaatlicher Verfolgung) ab 2005 nunmehr nicht einmal mehr eine Flüchtlingsanerkennung ausgeschlossen ist. In diesen Fällen kann von einem Missbrauch, den § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG sanktionieren soll,<sup>7</sup> nicht die Rede sein. Zudem war bei diesen Verfahren keine Möglichkeit gegeben, sich allein gegen das Offensichtlichkeitsurteil zu wehren.<sup>8</sup> Erst seit dem 1.1.2005 hat ein Asylbewerber im Rahmen eines asylrechtlichen Klageverfahrens einen Anspruch auf gerichtliche Überprüfung des auf § 30 Abs. 3 AsylVfG gestützten Offensichtlichkeitsausspruches.<sup>9</sup>

Das VG Oldenburg vertritt allerdings die Auffassung, dass bei den Altfällen ein zwingender Anspruch auf ein Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß §§ 51 Abs. 5, 48 VwVfG hinsichtlich des Offensichtlichkeitsurteils bestehe.<sup>10</sup> Es handele sich insoweit nicht um einen Asylfolgeantrag im Sinne des § 71 AsylVfG, weil der Ausländer keinen weiteren Asylantrag stelle, sondern lediglich eine Neubeurteilung des Offensichtlichkeitsurteils erstrebe, so dass die in dieser Vorschrift enthaltenen Beschränkungen nicht gelten würden. Das BVerwG stellt allerdings ausdrücklich darauf ab, dass die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung entscheidend sei. Der Betroffene kann daher nicht auf ein von ihm einzuleitendes Verwaltungsverfahren verwiesen werden. Vielmehr tritt in diesen Altfällen die Sperrwirkung nicht ein.

Allerdings löst nach Auffassung des BVerwG § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG die Sperre aus, wenn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Regelung der Bescheid des Bundesamtes noch nicht bestandskräftig war. Das Zuwanderungsgesetz enthalte insoweit keine Übergangsregelung. Zudem sei es Wille des Gesetzgebers, die Sanktionierung eines Missbrauches effektiv greifen zu lassen. Dies führt dazu, dass Herr Umeri – der zum damaligen Zeitpunkt noch nicht wissen konnte, dass das BVerwG im November 2006 feststellen würde, dass er sich auch gegen die Offensichtlichkeit wehren sollte – im Fall 2 allein aufgrund des langsameren Gerichtsverfahrens keine Aufenthaltserlaubnis erhalten könnte, sofern kein Ausnahmetatbestand greift.

Dieser Auffassung des BVerwG, auf am 1.1.2005 nicht bestandskräftige Verfahren sei § 10 Abs. 3 AufenthG anzuwenden, ist nicht zuzustimmen. Das BVerwG übersieht, dass mit § 10 Abs. 3 AufenthG die Regelung des § 14 Abs. 1 S. 2 AsylVfG korreliert. Demnach ist der Asylbewerber nunmehr vor der Antragstellung schriftlich und gegen Empfangsbestätigung darauf hinzuweisen, dass nach unanfechtbarer Ablehnung oder Rücknahme seines Asylantrages die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 10 Abs. 3 AufenthG Beschränkungen unterliegt. Diese Belehrungspflicht erfasst also auch die Regelung des § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG. Analog zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

zur Zustellungsvorschrift des § 10 AsylVfG<sup>11</sup> ist davon auszugehen, dass diese Belehrungspflicht angesichts der weitreichenden Folgen der Regelung des § 10 Abs. 3 AufenthG verfassungsrechtlich geboten ist. Dies verlangt das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Recht auf ein faires Verfahren. Wurde der Asylantrag jedoch vor dem 1.1.2005 gestellt, ist in aller Regel keine Belehrung des Asylbewerbers erfolgt. Dennoch hat der Asylbewerber keine Möglichkeit mehr, durch z. B. Rücknahme des Asylantrages den Folgen des § 10 Abs. 3 AufenthG zu entgehen. Das BVerwG verweist zwar auf die Möglichkeit, in diesen Fällen das Offensichtlichkeitsurteil anzugreifen. Nicht selten wird es jedoch schwierig sein, allein die Offensichtlichkeit zu widerlegen, so dass die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 3 AufenthG dennoch eintreten. Demgegenüber hat eine Belehrung nach § 14 Abs. 1 S. 2 AsylVfG vor der Asylantragstellung zu erfolgen. Damit können z. B. durch Verzicht auf die Stellung des Asylantrages die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 3 AufenthG gänzlich vermieden werden. Fehlt daher die Belehrung, greifen die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 3 AufenthG nicht ein.<sup>12</sup>

### 2. Offensichtlichkeitsausspruch nach § 30 Abs. 3 AsylVfG

**Fall 3:** Der Asylantrag des Nigerianers Offor wird als offensichtlich unbegründet abgelehnt. Das Bundesamt zitiert in dem Bescheid die Vorschrift des § 30 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG, ohne in der Begründung auf diese Regelung einzugehen.

**Fall 4:** Wie oben, aber das Bundesamt geht auf die Voraussetzungen der Regelungen ein, verweist aber auch auf § 30 Abs. 2 AsylVfG.

**Fall 5:** Das Bundesamt lehnt den Asylantrag von Frau Nkumu als offensichtlich unbegründet gemäß § 29 a AsylVfG ab.

**Fall 6:** Das Bundesamt lehnt den Asylantrag von Herrn Nweke als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 1 AsylVfG ab. Aus der Begründung geht hervor, dass es der Ansicht ist, der Asylbewerber habe über seine Staatsangehörigkeit getäuscht. Als der Betroffene nunmehr bei der Ausländerbehörde einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis stellt, schreibt diese das Bundesamt an und bittet um Mitteilung, ob der Bescheid auch auf § 30 Abs. 3 Nr. 2 AsylVfG gestützt gewesen sei. Dies wird bejaht.

Das BVerwG stellt ausdrücklich fest, dass die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthG nur dann eintritt, wenn die offensichtliche Unbegründetheit des Asylantrages auf § 30 Abs. 3

GK-AufenthG, § 10 Rn. 194, HK-AuslR, § 10 AufenthG Rn. 10.

<sup>6</sup> 1 C 20.08, 1 C 30.08., bislang nicht veröffentlicht.

<sup>7</sup> GK-AufenthG, § 10 Rn. 136.

<sup>8</sup> So auch VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 20.1.2006 - 16 K 3298/05 -.

<sup>9</sup> BVerwG, Urteile vom 25.8.2009 - 1 C 20.08, 1 C 30.08 -, vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 21.11.2006 - 1 C 10.06 - ASYLMAGAZIN 3/2007, S. 28.

<sup>10</sup> VG Oldenburg, Urteil vom 27.5.2009 - 11 A 3408/07 - a. a. O.

<sup>11</sup> BVerfG, Beschluss vom 8.7.1996 - 2 BvR 96/95 -.

<sup>12</sup> So auch ohne Begründung Marx, AsylVfG, § 14 Rn. 34.

AsylVfG gestützt wird. Dies soll unabhängig davon gelten, ob dieses Offensichtlichkeitsurteil zu Recht erfolgte oder nicht. Die Regelung des § 10 Abs. 3 AufenthG greift demnach nicht, wenn der Asylantrag als offensichtlich unbegründet gemäß §§ 30 Abs. 1, 2, 4 oder 5 AsylVfG oder gemäß § 29 a AsylVfG abgelehnt wurde. Bei Frau Nkumu im Fall 5 tritt somit keine Sperrwirkung ein.

Aus Gründen der Rechtsklarheit ist zu verlangen, dass sich das Bundesamt in der Begründung ausdrücklich und eindeutig auf § 30 Abs. 3 AsylVfG bezieht.<sup>13</sup> Dabei reicht es nicht, die Norm nur zu erwähnen, ohne dass deutlich wird, weshalb sie einschlägig sein soll. Dies würde der Begründungspflicht des Bundesamtes gemäß § 31 Abs. 1 S. 1 AsylVfG, § 39 Abs. 1 S. 2 VwVfG widersprechen, wonach erkennbar sein muss, von welchen rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen die Behörde ausgegangen ist. Dabei muss auf den konkreten Fall abgestellt und der Betroffene in die Lage versetzt werden, eine Entscheidung über einen Rechtsbehelf zu treffen.<sup>14</sup> Ein Nachbessern nach Rechtskraft der Entscheidung kann nicht erfolgen,<sup>15</sup> denn so wird dem Asylbewerber die Möglichkeit genommen, das Offensichtlichkeitsurteil schon im Klageverfahren anzugreifen. Die Sperrwirkung tritt auch nicht dadurch ein, dass die Ausländerbehörde feststellt, dass die Voraussetzungen des § 30 Abs. 3 AsylVfG vorliegen.<sup>16</sup>

Das BVerwG ist allerdings der Ansicht, es sei unerheblich, ob der Asylantrag neben § 30 Abs. 3 AsylVfG auch auf § 30 Abs. 2 AsylVfG gestützt werde.<sup>17</sup>

Bei Herrn Nweke im Fall 6 und Herrn Offor im Fall 3 würde somit die Sperrwirkung nicht eintreten, allerdings bei Herrn Offor im Fall 4.

**Fall 7:** Der Asylantrag von Frau Ouma wird abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Klage wird als offensichtlich unbegründet abgelehnt.

§ 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG erfasst nur Fälle, in denen der Asylantrag, nicht aber die Klage als offensichtlich unbegründet abgelehnt wird. Der Wortlaut der Regelung ist insoweit eindeutig.<sup>18</sup> Bei Frau Ouma tritt die Sperrwirkung somit nicht ein.

**Fall 8:** Der Asylantrag von Herr Sidibe wird als offensichtlich unbegründet abgelehnt. Im Eilverfahren obsiegt er, so dass die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet wird. Die Klage wird letztlich abgewiesen.

Diese Fallkonstellation macht deutlich, wie wenig durchdacht die Regelung des § 10 Abs. 3 AufenthG ist. Ordnet das Verwaltungsgericht im Eilverfahren gemäß § 36 AsylVfG die aufschiebende Wirkung der Klage an, ändert dies zunächst nichts an der Beurteilung des Asylantrages als offensichtlich unbegründet, sondern hat nur Auswirkungen auf die gesetzte Ausreisefrist (§ 37 Abs. 2 AsylVfG). Wird die Klage später (als einfach unbegründet) abgewiesen, bleibt das Offensichtlichkeitsurteil des Bescheides bestehen.<sup>19</sup> Obwohl somit das Verwaltungsgericht bei Herrn Sidibe festgestellt hatte, dass am Offensichtlichkeitsurteil Zweifel be-

standen, greift die Sperrwirkung. Dieser Fall zeigt, dass im Klageverfahren hilfsweise die Aufhebung des Bundesamtsbescheids beantragt werden sollte, soweit er den Asylantrag als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 30 Abs. 3 AsylVfG ablehnt. Zwar dürfte dieser Antrag im Allgemeinen als »Minus« bereits im üblichen Antrag auf Asylanerkennung und/oder Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft enthalten sein. Allerdings verhindert ein ausdrücklicher Antrag, dass das Verwaltungsgericht diese Entscheidung »vergisst«.

**Fall 9:** Der Asylantrag von Frau Asbeha wird als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylVfG, die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 2 AsylVfG abgelehnt.

Hier tendiert das BVerwG dazu, § 10 Abs. 3 AufenthG nicht anzuwenden. Dem ist zu folgen. Gemäß § 13 Abs. 1 AsylVfG enthält der Asylantrag regelmäßig sowohl den Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter als auch den Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Eine Ablehnung des Asylantrages als offensichtlich unbegründet darf nach § 30 Abs. 1 AsylVfG nur erfolgen, wenn sowohl die Voraussetzungen für eine Anerkennung als Asylberechtigter als auch die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG offensichtlich nicht vorliegen.<sup>20</sup> Daher ist auch eine Ablehnung »des Asylantrages« im Sinne des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG nur dann gegeben, wenn sowohl der Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter als auch der Antrag auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt worden sind.<sup>21</sup>

### 3. Keine Umgehung der Regelung durch Rücknahme des Asylantrages

Das BVerwG ist der Ansicht, der Asylbewerber könne die Folgen des § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG bei noch anhängigem Asylverfahren nicht durch die Rücknahme des Asylantrages umgehen. Entgegen dem Wortlaut der Regelung – insbesondere im Vergleich zu § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG – begründet es dies mit dem Zweck, den Missbrauch zu sanktionieren. Auch die Tatsache, dass bei der im Rahmen des Klagever-

<sup>13</sup> A. A. GK-AufenthG, § 10 Rn. 155.

<sup>14</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 39 Rn. 18 f.

<sup>15</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 31.1.2007 - 2 O 109/06 - (3 S., M10176); OVG Hamburg, Beschluss vom 2.7.2007 - 4 Bf 290/06 - ASYLMAGAZIN 9/2007, S. 34, a. A. BayVG, Urteil vom 6.3.2008 - 10 B 06.2961 - a. a. O.

<sup>16</sup> GK-AufenthG, § 10 Rn. 162.

<sup>17</sup> A. A. Dienelt, Der besondere Versagungsgrund des § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG bei als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylanträgen, ZAR 2005, 120, 121.

<sup>18</sup> Dienelt (a. a. O.), ZAR 2005, 120, 123; GK-AufenthG, § 10 Rn. 163; HK-AuslR, § 10 AufenthG Rn. 13.

<sup>19</sup> BVerwG, Urteil vom 21.11.2006 - 1 C 10.06 - a. a. O.; GK-AufenthG, § 10 Rn. 166.

<sup>20</sup> Renner, AuslR, § 30 AsylVfG Rn. 7.

<sup>21</sup> OVG Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 31.1.2007 - 2 O 109/06 - a. a. O.

fahrens erfolgten Rücknahme der Bescheid (teilweise) für gegenstandslos erklärt wird, soll daran nichts ändern.

Das überzeugt nicht. Das Asylverfahren unterliegt der Dispositionsmaxime. Es setzt einen Antrag des Asylbewerbers voraus. Nimmt dieser den Antrag zurück, ist das Bundesamt an einer Entscheidung zu Art. 16a GG und § 3 AsylVfG gehindert. Im Verwaltungsverfahren kommt es somit gar nicht zu einer im Rahmen des § 10 Abs. 3 AufenthG relevanten Entscheidung. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb im gerichtlichen Verfahren etwas anderes gelten soll. Gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG ist davon auszugehen, dass sich in diesem Fall der Bescheid erledigt hat.<sup>22</sup> Er kann daher in diesem Fall keine Tatbestandswirkungen mehr entfalten.

**Fall 10:** Für das Kind Miryam wird von Amts wegen ein Asylverfahren eingeleitet. Der Antrag wird als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 30 Abs. 3 Nr. 7 AsylVfG abgelehnt. Im Klageverfahren machen die Eltern geltend, es liege keine politische Verfolgung vor und verzichten auf die Weiterverfolgung des Asylbegehrens.

Fraglich ist, ob die weite Auslegung des BVerwG auch Fälle des – nachträglichen<sup>23</sup> – Verzichts nach 14 a Abs. 3 AsylVfG erfassen soll. Dagegen spricht zum einen der Wortlaut, der nur die Ablehnung des Asylantrages erfasst. Zum anderen gilt auch hier, dass der Bescheid durch den Verzicht gegenstandslos und damit – auch hinsichtlich seiner Rechtsfolgen – unwirksam geworden ist. Zudem haben die Eltern keinerlei Möglichkeit, der fingierten Asylantragstellung zu entgehen. Durch die Ausübung ihres Verzichts wollen sie gerade den sanktionierten Missbrauch umgehen.

### 4. Vorliegen eines Anspruchs im Sinne des § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG

Die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthG greift nicht, wenn ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vorliegt. Was unter einem Anspruch im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist, war seit dem Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes strittig.

#### a) Gesetzlicher Anspruch

**Fall 11:** Herr Umeri, dessen Asylantrag als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt wurde, heiratet die deutsche Staatsangehörige Frau Schmitz.

Unzweifelhaft ist der sog. gesetzliche Anspruch als Anspruch im Sinne des § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG anzusehen. Ein solcher ergibt sich unmittelbar aus der zugrunde liegenden Rechtsnorm. Oft findet sich der Wortlaut »ist zu erteilen« oder »wird erteilt«. In diesen Fällen muss die Ausländerbehörde bei Erfüllung aller Voraussetzungen zwingend den beantragten Titel ausstellen. Beispiele sind §§ 25 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 1, 30 Abs. 1, 32 Abs. 1 bis 3, 36 Abs. 1 AufenthG. Herr Umeri, bei dem die Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vorliegen, kann daher eine Aufent-

haltserlaubnis erhalten.

#### b) Regelanspruch

**Fall 12:** Bei Frau Ahmeti wird der Asylantrag gemäß § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt, aufgrund einer Erkrankung jedoch ein Abschiebungsverbot gemäß § 60 Abs. 7 AufenthG festgestellt.

**Fall 13:** Bei Herrn Issaka, der seit drei Jahren unverschuldet passlos ist, wurde der Asylantrag zuvor als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt.

**Fall 14:** Der Asylantrag von Herrn Ombala wurde als offensichtlich unbegründet abgelehnt. Inzwischen ist er mit einer Frau befreundet, die eine Niederlassungserlaubnis besitzt, derzeit aber kein eigenes Einkommen hat. Auch Herr Ombala arbeitet nicht. Beide haben ein Kind, das nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, für das Herr Ombala aber die Vaterschaft anerkannt und zu dem er eine enge Beziehung aufgebaut hat. Das Kind hat eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG, da ihm im Falle der Rückkehr in seine Heimat Beschneidung droht.

**Fall 15:** Herr Degene erfüllt die Voraussetzungen des § 104 a Abs. 1 AufenthG. Allerdings wurde sein Asylantrag nach dem 1.1.2005 gemäß § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt.

In einigen Fällen – z. B. §§ 25 Abs. 3, 25 Abs. 5 S. 2, 104 a Abs. 1 AufenthG – findet sich in den Vorschriften des AufenthG die Formulierung »soll erteilt werden« oder »ist in der Regel zu erteilen, wenn...«. Es besteht somit ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Der Aufenthaltstitel ist zu erteilen, wenn keine Ausnahme gegeben ist. In diesen Fällen muss daher geprüft werden, ob ein atypischer Fall vorliegt. Ist dieser zu bejahen, erfolgt keine Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Es ist umstritten, ob solche Regelungen die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthG auslösen.

§ 25 Abs. 3 AufenthG stellt eine derartige Sollvorschrift dar. Mit dem 2. Änderungsgesetz zum Zuwanderungsgesetz erkannte der Gesetzgeber aber zumindest teilweise, dass § 10 Abs. 3 AufenthG zu unzumutbaren Härten führen kann, und ergänzte die Regelung des § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG. Soll daher die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG erfolgen, sieht § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG nunmehr ausdrücklich vor, dass die Sperrwirkung entfällt. Frau Ahmeti im Fall 12 würde daher eine Aufenthaltserlaubnis erhalten können.

Problematisch sind vor allem Fälle, in denen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 25 Abs. 5 S. 2, 104 a Abs. 1 AufenthG in Betracht kommt. Das BVerwG lässt eine Anwendung der Sperrklausel in seiner Entscheidung zwar offen, stellt aber fest, dass neben den Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG auch alle sonstigen zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sein müssten, um überhaupt die Sperrwirkung umgehen zu können. Dies erfasst insbesondere die Sicherung des Lebensunterhaltes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 Auf-

<sup>22</sup> Vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 43 Rn. 41.

<sup>23</sup> Zu dieser Möglichkeit vgl. HK-AuslR, § 14 a AsylVfG Rn. 11.

enthG, aber z. B. auch die Erfüllung der Passpflicht gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG.

Werden sowohl die besonderen als auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen erfüllt, ist aber davon auszugehen, dass bei Sollansprüchen die Sperrwirkung entfällt, wenn kein atypischer Fall vorliegt.<sup>24</sup> In diesem Fall ist das »soll« nämlich ein »muss«; Ermessen besteht insoweit nicht.<sup>25</sup> Dagegen spricht auch nicht, dass § 25 Abs. 3 AufenthG als einzige Soll-Vorschrift ausdrücklich Erwähnung findet. Diese Ergänzung sollte nur sicherstellen, dass kein Verstoß gegen die Qualifikationsrichtlinie erfolgt und auch ein subsidiär Schutzberechtigter richtliniengemäß eine Aufenthaltserlaubnis erhalten kann.<sup>26</sup> Deutlich wird dies insbesondere bei Fällen, die einen Familienbezug aufweisen.

Herr Degene im Fall 15 kann daher eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Dies gilt auch für Herrn Issaka (Fall 13) und Herrn Ombala (Fall 14), soweit die Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG vorliegen.

### c) Ermessensvorschriften

**Fall 16:** Herr Mohammed erfüllt grundsätzlich die Voraussetzungen des § 104a Abs. 2 AufenthG. Als seine Eltern für ihn jedoch früher einen Asylantrag gestellt hatten, wurde dieser – wie auch der Antrag der Eltern – als offensichtlich unbegründet gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG abgelehnt.

Eine Vielzahl von Regelungen stellt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in das Ermessen der Ausländerbehörde. Sie sind oft durch den Wortlaut »kann erteilt werden« gekennzeichnet. In diesen Fällen kann die Ausländerbehörde auch bei Erfüllung der in der Regelung genannten Voraussetzungen abwägen, was für und was gegen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis spricht. Dieser Abwägungsvorgang ist nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar. In diesen Fällen liegt daher grundsätzlich kein Anspruch im Sinne des § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG vor. Herr Mohammed wird daher eine Aufenthaltserlaubnis nicht erhalten können.

Eine Ausnahme wird nur für die Fälle diskutiert, in denen eine sog. Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Hierbei wird das Ermessen durch bestimmte Erwägungen so stark eingeschränkt, dass letztlich nur eine Entscheidung richtig bzw. rechtsfehlerfrei ist. Dies ergibt sich nicht aus der Norm selbst, sondern ist von den Ermessensgesichtspunkten, die von der Behörde zu berücksichtigen sind, abhängig.

Hier können wir den o. g. Fall von Herrn Ombala heranziehen, soweit er noch nicht die 18 Monate des § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG erfüllt. Er hat – zumindest nach bisher ganz überwiegender Auffassung – keinen gesetzlichen Anspruch nach § 36 Abs. 1 AufenthG, da das Kind hier zur Welt gekommen und nicht als unbegleiteter minderjähriger Flüchtling eingereist ist. In Betracht kommen somit nur § 36 Abs. 2 oder § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG, jeweils Ermessensregelungen. Aufgrund der Tatsache, dass hier eine familiäre Gemeinschaft besteht und – bei gleicher Staatsangehörigkeit – diese nur im Bundesgebiet gelebt werden könnte, da das Kind aufgrund seiner Flüchtlingsanerkennung nicht in die

Heimat einreisen darf, wäre hier von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen.

Das BVerwG vertritt nun in seinem Urteil vom 16.12.2008 die Auffassung, dass eine Ermessensreduzierung auf Null für die Durchbrechung der Sperrfrist nicht ausreichend sei. Der Ausländer wird auf das Visumverfahren verwiesen. Er hat in dieser Situation dauerhaft keine Möglichkeit, seinen Aufenthalt zu legalisieren. Gerade in Fällen des § 25 Abs. 5 AufenthG geht diese Argumentation jedoch fehl. Letztlich wird damit die Sanktionierung von Missbrauch höher bewertet als das Recht auf Familie. Diese Einschätzung kollidiert mit völker- und europarechtlichen Vorgaben.

So sieht die Familienzusammenführungsrichtlinie derartige Einschränkungsmöglichkeiten nicht vor. Demnach darf die Familienzusammenführung allenfalls versagt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 6 (Gründe der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit) oder 16 (keine familiären Bindungen mehr, Missbrauch) vorliegen bzw. die des Art. 7 nicht gegeben sind (Lebensunterhalt, Wohnraum, Krankenversicherung). Liegen diese Bedingungen und die Voraussetzungen des Art. 4 der Richtlinie vor, ist ein Familiennachzug zu gewähren und gemäß Art. 13 Abs. 2 der Richtlinie ein Aufenthaltstitel zu erteilen. Selbst wenn z. B. der Lebensunterhalt nicht gesichert sein sollte, sieht Art. 17 der Richtlinie vor, dass eine einzelfallbezogene Abwägung zu erfolgen hat.

Auch Art. 8 EMRK steht einer rigiden Anwendung des § 10 Abs. 3 S. 3 AufenthG entgegen. So kann insbesondere bei einer starken sozialen und familiären Verwurzelung die anhaltende Weigerung, ein Aufenthaltsrecht zu gewähren, eine unverhältnismäßige Verletzung der Rechte aus Art. 8 Abs. 1 EMRK darstellen.<sup>27</sup> Die Staaten sind insoweit nicht nur verpflichtet, Art. 8 EMRK im Rahmen einer Ausweisung und Abschiebung zu beachten, sondern müssen auch sicherstellen, dass die Rechte aus Art. 8 EMRK tatsächlich ausgeübt werden können. Eine Verletzung ist daher auch durch eine lange Zeit der Instabilität und rechtlichen Unsicherheit möglich.<sup>28</sup>

### IV. Fazit

Mit dem Urteil des BVerwG besteht die Gefahr, dass die Kettenduldung – die schon de facto entgegen dem erklärten Willen des Gesetzgebers weiter Bestand hatte – auch de jure wieder Einzug in das Aufenthaltsrecht erhält. Die Ausländerbehörden beginnen bereits mit einer schematischen An-

<sup>24</sup> GK-AufenthG, § 10 Rn. 43; HK-AuslR, § 10 AufenthG Rn. 5, 15; OVG Hamburg, Beschluss vom 11.7.2008 - 17 K 1907/07 -; VGH Hessen, Beschluss vom 10.7.2006 - 9 UZ 831/06 - ASYLMAGAZIN 7-8/2006, S. 46; VG Stuttgart, Urteil vom 8.8.2007 - 2 K 3070/07 - (11 S., M12084); a. A. BayVG, Beschluss vom 15.1.2009 - 19 C 08.2281 - (3 S., M15012), OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 26.9.2007 - 2 L 173/06 - a. a. O.; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 8.12.2008 - 13 DA 145/08 -.

<sup>25</sup> BVerwG, Urteil vom 24.1.1995 - 1 C 2.94 -.

<sup>26</sup> Begr. BT-Drs. 16/5065, S. 164.

<sup>27</sup> EGMR, Urteil vom 16.6.2006 - 60654/00 (Sisojeva I).

<sup>28</sup> EGMR, Urteil vom 22.6.2006 - 59643/00 (Kaftailova).

wendung des § 10 Abs. 3 AufenthG den Zugang zu einem Aufenthaltsrecht zu verneinen. In der Praxis gilt es daher, eine Entscheidung als offensichtlich unbegründet zu vermeiden. Folgendes sollte daher schon im Asylverfahren berücksichtigt werden:

- Einmal mehr ist davon abzuraten, vorschnell die Stellung eines Asylantrages zu empfehlen.
- Wird der Asylantrag als offensichtlich unbegründet im Sinne des § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt, muss im Klageverfahren hilfsweise beantragt werden, den Bescheid insoweit aufzuheben, als sich die Ablehnung auf § 30 Abs. 3 AsylVfG stützt.
- Bei Kindern, bei denen von Amts wegen gemäß § 14 a AsylVfG das Asylverfahren eingeleitet wird, sollte bei Ausichtslosigkeit der Verzicht gemäß § 14 a Abs. 3 AsylVfG erklärt werden. Abschiebungsverbote gemäß § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG können in diesem Fall dennoch weiterverfolgt werden (§ 32 S. 1 AsylVfG). Dieser Verzicht ist auch noch im Klageverfahren möglich.<sup>29</sup>

Auch im ausländerrechtlichen Verfahren muss sorgfältig geprüft werden, ob die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 AufenthG ausgeschlossen werden kann:

- Das Datum der Bestandskraft und der konkrete Inhalt des Bescheides des Bundesamtes sind zu kontrollieren.
- Es ist zu prüfen, ob der Asylbewerber damals über die Rechtsfolgen des § 10 Abs. 3 AufenthG belehrt worden ist.
- Es ist zu untersuchen, ob ggf. ein (isoliertes) Wiederaufgreifen des Verfahrens im Hinblick auf § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG in Betracht kommt, um so die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG und damit eine ausdrücklich geregelte Ausnahme von der Sperrfrist zu erreichen.
- Liegt eine familiäre Lebensgemeinschaft vor, ist auf Art. 8 EMRK und die Familienzusammenführungs-RL Bezug zu nehmen,
- Ggf. ist auf § 5 Abs. 2 S. 2 2. Alt. AufenthG hinzuweisen, wonach ein Visumverfahren dann entbehrlich sein kann, wenn dessen Durchführung aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist.

Zu hoffen ist, dass dem Gesetzgeber bewusst wird, dass durch die Regelung ein Aufenthalt zweiter Klasse geschaffen wurde, der mit europa- und völkerrechtlichen Vorgaben kollidiert. Er sollte daher ausdrücklich klarstellen, dass – neben § 25 Abs. 3 AufenthG – wenigstens die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG weiterhin in Betracht kommt, ohne dass die Sperrwirkung eingreift.

<sup>29</sup> Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.11.2006 - 1 C 10.06 - a. a. O.

## Ländermaterialien

### Hinweis zu Dokumenten des Auswärtigen Amtes

Für die Bestellung der Lageberichte und Stellungnahmen des Auswärtigen Amtes – Bestellnummern sind mit A kenntlich gemacht – gelten folgende Regelungen:

Dokumente des AA können bezogen werden von Ausländern, die im Rahmen eines asyl- oder ausländerrechtlichen Verfahrens um rechtlichen oder humanitären Abschiebungsschutz nachsuchen oder nachsuchen wollen, sowie von deren Rechtsanwältinnen oder Beratern. Die Bestellung erfolgt bei unserem Materialversand IBIS e. V. zu den üblichen Bedingungen (s. Bestellformular). Voraussetzung hierfür ist die Glaubhaftmachung, dass der Lagebericht für ein laufendes oder beabsichtigtes Verfahren benötigt wird.

Diese Glaubhaftmachung kann im Regelfall dadurch geschehen, dass bei der Bestellung die Kopie eines Dokuments aus einem relevanten laufenden asyl- oder ausländerrechtlichen Verfahren bzw. ein entsprechender Antrag oder Antragsentwurf vorgelegt wird. Aus den vorgelegten Papieren muss deutlich werden, dass in dem Verfahren Umstände geltend gemacht werden, zu denen im Lagebericht oder in der Stellungnahme Aussagen enthalten sind.

## Afghanistan

### Rechtsprechung:

**VGH Bad.-Württ.:** Extreme Gefahrenlage i. S. d. verfassungskonformen Auslegung des § 60 Abs. 7 AufenthG für beruflich nicht besonders qualifizierte Personen, die in Kabul ohne Rückhalt und Unterstützung durch Familie oder Bekannte sind und dort weder über Grundbesitz noch über nennenswerte Ersparnisse verfügen.

Urteil vom 14.5.2009 - A 11 S 610/08 - (25 S., M15903)

**VG Kassel:** In Kabul herrscht kein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt gem. § 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG (vgl. zur selben Entscheidung S. 24).

Urteil vom 1.7.2009 - 3 K 206/09.KS.A - (11 S., M16027)

**VG Minden:** Keine hinreichende Sicherheit vor erneuter Verfolgung von Hazara, insbesondere in der Provinz Wardak; keine ausreichende Lebensgrundlage für Rückkehrer in Kabul.

Urteil vom 22.6.2009 - 9 K 2972/08.A - (7 S., M15914)

**VG Minden:** Im Raum Kabul herrscht kein innerstaatlicher bewaffneter Konflikt i. S. d. § 60 Abs. 7 S. 2 AufenthG; extreme allgemeine Gefahrenlage i. S. d. der verfassungskonformen Auslegung des § 60 Abs. 7 AufenthG für Rückkehrer nach Kabul, die dort nicht über soziale oder familiäre Netzwerke und Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse verfügen.

Urteil vom 22.6.2009 - 9 K 1329/08.A - (10 S., M15913)