

gen ausgesetzt zu sein, können beim BAFI einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens gemäß § 53 AuslG stellen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ist ein solcher Wiederaufgreifensantrag selbst dann möglich, wenn die Voraussetzungen eines Asylfolgeantrages gemäß § 71 AsylVfG in Verbindung mit § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG nicht vorliegen.<sup>18</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat argumentiert, dass der verbindliche Charakter einer Gerichtsentscheidung sich nach dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit richten müsse. Über dieses Ermessen zur Wiederaufnahme hinaus habe der Ausländer einen Anspruch auf erneute Überprüfung, wenn er mit einer schwerwiegenden Bedrohung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit konfrontiert würde, insbesondere einer schwerwiegenden Gefahr im Sinne der Rechtsprechung des Gerichts im Zusammenhang mit § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG.

Das BAFI kann somit auch ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren von sich aus hinsichtlich der Abschiebungshindernisse gemäß § 53 AuslG wiederaufgreifen ("Wiederaufgreifen im weiteren Sinne"), wenn nachgewiesen ist, dass die frühere Entscheidung nicht korrekt war. Wird das BAFI durch ein Petition auf das Vorliegen von Abschiebungshindernissen hingewiesen, so werden die Petenten häufig aufgefordert, formell einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens zu stellen. Ist das BAFI hierzu nicht bereit, kann auch der Petitionsausschuss, falls er davon überzeugt ist, dass eine schwerwiegende Gefahr bei Rückkehr der Petentin oder des Petenten in die Heimat droht, das BAFI um eine erneute Prüfung bitten. In den Fällen, in denen in der Petition jedoch lediglich das bereits mehrfach in verschiedenen Instanzen vorgetragene und überprüfte Vorbringen wiederholt wird, ist auch bei einer nochmaligen Prüfung kein anderes Ergebnis zu erwarten.

## V. Zusammenfassung

Nur die wenigsten Fälle, in denen der Petitionsausschuss um Hilfe gebeten wird, enthalten so deutliche gravierende Fehler des BAFI und geben Anlass zu einer positiven Beschlussempfehlung des Petitionsausschusses wie der oben beschriebene Fall. Wie bereits eingangs erwähnt, liegt dies häufig daran, dass Petitionen zu spät gestellt werden oder dass schlichtweg keine offensichtlichen Fehler des BAFI im Asylverfahren vorliegen, die Petenten aber Kritik am Gerichtsverfahren vortragen oder den Petitionsausschuss als letzte Instanz ansehen, der ihnen auch außerhalb der rechtlichen Grundlagen zu einem weiteren Verbleib im Bundesgebiet verhelfen kann. Nicht zu verkennen ist auch die Bedeutung, die die politische Zusammensetzung des Petitionsausschusses auf die Art der Entscheidung im Einzelfall hat. Aber auch wenn der Petitionsausschuss im Einzelfall nicht helfen kann, da sich kei-

ne Mehrheit findet oder eine Abhilfe rein rechtlich nicht möglich ist, haben Petitionen eine wichtige politische Bedeutung. Sie konfrontieren den einzelnen Abgeordneten mit den Auswirkungen der Asylgesetzgebung in der Praxis und können konkrete Hinweise für eine notwendige Gesetzesänderung geben.

## "Kann, darf, soll" – die Spielräume der Verwaltung

*RA Prof. Dr. Holger Hoffmann, Bremen*

### 1. Was kennzeichnet Ermessen, was "unbestimmte" Rechtsbegriffe?

Jede und jeder, die/der im Bereich des Ausländer- und Flüchtlingsrechts berät oder Kontakt mit diesem Rechtsbereich gehabt hat, kennt diese Verben, die für Ansprüche von Betroffenen alles und nichts bedeuten können: "kann", "darf", "soll", "ist befugt". Es sind Wörter, deren Verwendung in einem Paragraphen dem handelnden Beamten signalisiert: Er darf, muss aber nicht einem Antrag stattgeben. Der Antragsteller kann lediglich beanspruchen, dass der Mitarbeiter der Ausländerbehörde einen "Ermessensspielraum", den das Gesetz bei der Entscheidung über eine Rechtsfolge gewährt, ermessensfehlerfrei ausübt. Er muss die privaten Interessen des Antragstellers mit dem "öffentlichen Interesse" hinreichend detailliert abwägen, bevor die Rechtsfolge in Form eines Bescheides ergeht.

Während Ermessensausübung immer die Rechtsfolge-seite der jeweils einschlägigen Norm betrifft, definieren "unbestimmte Rechtsbegriffe" die Tatbestandsseite, also die Voraussetzungen für die Rechtsanwendung der jeweiligen Norm. Derartige unbestimmte Begriffe sind beispielsweise "besondere Härte", "gesicherter Lebensunterhalt", "zumutbare Anforderungen" oder – im Grundgesetz – "Würde des Menschen" (Art. 1 GG). Der Behördenmitarbeiter muss unbestimmte Rechtsbegriffe selbst auslegen. Seine Auslegung kann im Streitfall von der Widerspruchsbehörde oder dem Gericht kontrolliert werden.

Als wären diese beiden Probleme jeweils für sich genommen nicht schon kompliziert genug, finden sich im Ausländerrecht darüber hinaus noch zahlreiche Normen, bei denen auf Tatbestandsseite ein oder mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden und auf Rechtsfolgenseite Ermessen eröffnet ist, z. B. § 22 AuslG: Einem "sonstigen Familienangehörigen" eines Ausländers "kann" nach Maßgabe des § 17 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden (= Rechtsfolge), wenn es zur Vermeidung einer "außergewöhnlichen Härte" erforderlich ist. In diesem Fall ist also zunächst festzustellen, wer "sonstiger Familienangehöriger" ist und ob eine "außergewöhnliche Härte" vorliegt, bevor entschieden werden kann, ob eine

<sup>18</sup> BVerwG, Urteil vom 7. September 1999, NVwZ 2000, S. 204 = ASYLMAGAZIN 12/1999, S. 34; BVerwG, Urteil vom 21. März 2000, NVwZ 2000, S. 940 (10 S., R6920).

## Aus der Beratungspraxis

Aufenthaltserlaubnis im Rahmen der Ermessensausübung erteilt werden kann.

Ein weiteres Beispiel: Gemäß § 24 AuslG ist die Aufenthaltserlaubnis unbefristet zu verlängern, wenn die in der Bestimmung genannten Voraussetzungen vorliegen. Allerdings ist zu beachten, dass gerade in dieser Vorschrift wieder die einzelnen Voraussetzungen unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensbegriffe enthalten. So ist gemäß § 24 Abs. 1 Ziff. 4 AuslG für die unbefristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis erforderlich, dass der Antragsteller/die Antragstellerin sich "auf einfache Art" in deutscher Sprache mündlich verständigen kann.

Ähnlich § 24 Abs. 1 Ziff. 5 AuslG: Antragsteller müssen über "ausreichenden Wohnraum" im Sinne des § 17 Abs. 4 AuslG verfügen (ausreichender Wohnraum = unbestimmter Rechtsbegriff), um dann die Rechtsfolge zu erreichen, dass die Aufenthaltserlaubnis unbefristet zu verlängern ist.

Das Ausländergesetz verwendet häufig derartige Vorschriften, bei denen Ansprüche auf Erteilung von Aufenthaltsgenehmigungen entweder an Voraussetzungen gekoppelt werden, die ihrerseits von unbestimmten Rechtsbegriffen abhängen, oder bei denen zunächst der unbestimmte Rechtsbegriff interpretiert werden muss, um dann der Verwaltung das Ermessen für die Rechtsfolge zu eröffnen, ob die Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.

Ein Fehler bei der Ermessensausübung macht einen Bescheid/Verwaltungsakt rechtswidrig, aber nicht nichtig. Dies bedeutet, dass der Bescheid durch Widerspruch und/oder Klage angefochten werden muss, um zu einer geänderten Entscheidung zu gelangen. Ein Widerspruch empfiehlt sich in derartigen Fällen nicht zuletzt auch deswegen, weil die Widerspruchsbehörde gerade in Fällen der Ermessensausübung nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde überprüfen muss.

Daran wird deutlich: Die "sprachlichen" Spielräume richtig einzuordnen und auszulegen gehört zu den schwierigeren Aufgaben sowohl der Behördenmitarbeiter, als auch der Berater. Im folgenden Text sollen deswegen Einzelheiten, welche das Handlungs- und Entscheidungsprogramm auf diesem Spielfeld bestimmen, näher erläutert werden.

### 2. "Kann-Vorschriften"

Juristen bezeichnen Ermessensnormen auch als "Kann-Vorschriften". Dies weist darauf hin, dass sich in der ganz überwiegenden Zahl der Normen als "Signal" für die gesetzliche Forderung, "Ermessen auszuüben", das Verb "kann" findet (z. B. § 20 Abs. 4 AuslG: Im übrigen kann dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers nach Maßgabe des § 17 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden..., oder § 55 Abs. 3 AuslG: Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, solange er nicht unanfechtbar ausreisepflichtig ist..., oder § 57 Abs. 2 Satz 2 AuslG: Der Ausländer kann für die Dauer von längstens zwei Wo-

chen in Sicherungshaft genommen werden...). Die Möglichkeit, Ermessen auszuüben, bedeutet, dass die behördliche Handlungsweise bei Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen nicht zwingend festgelegt ist.

Dagegen ist die Bindung der zuständigen Behörde an eine Rechtsvorschrift dann am stärksten, wenn die Vorschrift die Verwaltung zu einem bestimmten Verhalten gegenüber dem Antragsteller verpflichtet. Der Antragsteller hat dann einen subjektiv-öffentlichrechtlichen Anspruch darauf, dass die Behörde entsprechend der Norm handelt. Die Behörde ist in ihrer Entscheidung "gebunden". Sprachliches Kennzeichen dafür sind Verben wie "ist", "hat" oder "darf nicht" (z. B. § 70 Abs. 1 AsylVfG: Dem Ausländer ist eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen, wenn..., oder § 55 Abs. 2 AuslG: Einem Ausländer wird eine Duldung erteilt, solange seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist..., oder § 61 Abs. 1 AsylVfG: Für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen, darf der Ausländer keine Erwerbstätigkeit ausüben.).

Räumt die Norm jedoch dem Entscheidungsträger Ermessen ein, gilt das Opportunitätsprinzip, d. h. dem Sachbearbeiter bleibt ein "Spielraum" für mehrere mögliche Entscheidungen, um im Einzelfall zweckmäßig handeln zu können. Es können also unterschiedliche Entscheidungen ergehen, die dennoch alle als "richtig" Geltung beanspruchen können.

Zur Verdeutlichung ein Blick in § 47 AuslG: § 47 Abs. 1 AuslG bestimmt bei "besonderer Gefährlichkeit" die Voraussetzungen für die "Muss-Ausweisung": Bei Vorliegen eines der dort genannten Ausweisungsgründe ist der Ausländer zwingend auszuweisen. Behördenmitarbeiter haben dann kein Ermessen. § 47 Abs. 2 AuslG benennt die Voraussetzungen für eine "Regel-Ausweisung": Der Ausländer wird grundsätzlich ausgewiesen, es sei denn, es liegen besondere atypische Umstände des Einzelfalls vor. Demgegenüber regeln § 45 und § 46 AuslG die "Kann-Ausweisung": Über sie wird unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls nach pflichtgemäßem Ermessen entschieden.

Im letztgenannten Fall darf das Verwaltungsgericht bei einer Überprüfung der behördlichen Entscheidung nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Ausländerbehörde setzen. Vielmehr bestimmt § 114 VwGO: "Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Verwaltungsgericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsaktes rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist."

Eine im Ermessen stehende Entscheidung ist rechtswidrig, wenn ein Ermessenfehler vorliegt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Behörde die gesetzlichen Grenzen ihres Ermessens überschreitet, d. h. eine im Gesetz nicht zugelassene Rechtsfolge wählt. Grenzen des Er-

messens können sich ergeben aus der Formulierung der Norm oder aus anderen Rechtsvorschriften, vor allem aus den Grundrechten (Rechtsstaatsprinzip, allgemeine Handlungsfreiheit etc.) und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit: Jede unverhältnismäßige Maßnahme stellt eine unzulässige Rechtsfolge dar und überschreitet daher die gesetzlichen Grenzen des Ermessens.

Eine andere Art von Ermessensfehler ist es, wenn die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen nicht ausgeübt hat ("Ermessensunterschreitung" oder "Ermessensnichtgebrauch"): Ist der Behörde Ermessen eingeräumt, ist sie verpflichtet, von dieser Möglichkeit auch Gebrauch zu machen. § 40 VwVfG bestimmt: Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie es entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.

In der Praxis ist es hingegen nicht selten, dass bei der Sachbearbeitung übersehen wird, dass die anzuwendende Norm Ermessensausübung fordert. Unterbleibt sie, ist die Entscheidung ebenso rechtswidrig, als hätte die Behörde die Grenzen des Ermessens überschritten. Ein solcher Nichtgebrauch von Ermessen kann beispielsweise darauf beruhen, dass die Behörde irrtümlicherweise angenommen hat, die Entscheidung sei "gebunden", d. h. es gäbe keinen Ermessensspielraum (z. B. weil angenommen wurde, rechtswidrige Verwaltungsakte müssten stets aufgehoben werden, obgleich nach § 48 VwVfG es grundsätzlich im Ermessen der Behörde liegt, ob sie den Verwaltungsakt wieder aufheben will).

Der dritte mögliche Ermessensfehler wird als "Ermessensfehlgebrauch" bezeichnet. Dies dürfte in der Praxis die wichtigste Fallgruppe von Ermessensfehlern sein. Gemeint ist damit, dass die Behörde bei der Entscheidung nicht entsprechend dem Zweck der Ermächtigungsnorm handelt. Der gedankliche Weg, auf dem der Sachbearbeiter zu seiner Entscheidung gelangt ist, ist fehlerhaft, die behördliche Entscheidung auf Erwägungen gestützt, die mit dem Zweck der Rechtsvorschrift und allgemeinen Grundsätzen, die bei der Entscheidung zu berücksichtigen sind, nicht vereinbar sind. Dabei kann es sich um "sachfremde Erwägungen" handeln, aber auch um "strukturelle Mängel" in der Begründung.

Gemäß § 39 Abs. 1 Satz 3 VwVfG soll die Begründung von Ermessensentscheidungen auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist. Die Begründung darf nicht unlogisch sein und keine widersprüchlichen Äußerungen enthalten. Sie darf keine wesentlichen Gesichtspunkte außer Acht lassen, d. h. sie muss alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Abwägungsgesichtspunkte enthalten, sonst kommt es aufgrund unvollständiger oder unzutreffender Tatsachenermittlung der Behörde zu Ermessensfehlgebrauch.

Letztlich kann auch der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 GG als "Ermessensfehlgebrauch" angesehen werden. Gerade im Bereich des Aus-

ländergesetzes soll ein solcher Verstoß gegen Art. 3 GG dadurch vermieden werden, dass eine möglichst einheitliche Ermessensausübung gewährleistet wird durch die "Allgemeine Verwaltungsvorschrift" zum Ausländergesetz vom 7. Juni 2000 (AuslG-VwV). Diese Verwaltungsvorschriften sind für alle Mitarbeiter der jeweiligen Behörden bindend. Sie sind allerdings nur "Innenrecht". Die Verwaltungsgerichte können im Falle einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung zwar den Inhalt der Verwaltungsvorschriften berücksichtigen. Letztlich ist eine Verwaltungsvorschrift jedoch keine "Rechtsquelle mit Außenwirkung", sondern gilt nur verwaltungsintern. Konsequenz: Eine behördliche Entscheidung kann (im Innenverhältnis) die Verwaltungsvorschrift zwar beachtet haben, jedoch dennoch im "Außenverhältnis" rechtswidrig sein und deswegen vom Verwaltungsgericht aufgehoben werden. Weicht allerdings die Behörde ohne zureichenden Grund von der Verwaltungsvorschrift zu Lasten des Betroffenen ab, liegt darin regelmäßig ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG, der zur Aufhebung der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht führt.

Ein besonderer Fall liegt vor, wenn nur eine Entscheidung der Verwaltung möglich ist, die nicht ermessensfehlerhaft ist. Juristen sprechen dann von einer "Ermessensreduzierung auf Null". Das Recht des Betroffenen auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung erstarkt in diesen Fällen zu einem Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung.

Gerade zum Bereich des Ausländerrechts sind die Verwaltungsvorschriften sehr umfangreich, weil der Versuch unternommen wurde, möglichst jeden denkbaren ausländerrechtlichen Sachverhalt zu erfassen. Die Erstellung der Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz von 1991 hat deswegen fast 10 Jahre gedauert. Sie trat erst zum Oktober 2000 in Kraft.

Allen, die im Ausländerrecht und im Flüchtlingsrecht arbeiten, ist im Übrigen die Bedeutung von Verwaltungsvorschriften, die aufgrund von § 32 oder § 54 AuslG erlassen wurden, bekannt: Auf dieser rechtlichen Grundlage "kann" die oberste Landesbehörde, d. h. in der Regel das Ministerium, aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen ... anordnen ..., dass eine Aufenthaltsbefugnis erteilt wird... . Gemäß § 54 AuslG kann die oberste Landesbehörde die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen für die Dauer von sechs Monaten aussetzen (§ 54 Satz 1 AuslG). Diese beiden Normen bilden die Rechtsgrundlagen für alle Altfall-, Härtefall- oder sonstigen Erlassregelungen, mit denen "Bleiberechte" gewährt werden.

All dies ist letztlich "Ermessensausübung" – allerdings nicht auf der Ebene des einzelnen Beamten, sondern in diesem Falle auf der politischen Ebene der obersten Landesbehörde, d. h. der verantwortlichen Ministerien und Senatoren, die zudem noch das Prinzip der "Bundeseinheitlichkeit" der Entscheidungen beachten müssen.

### 3. "Soll-Vorschriften"

Eine besondere Rolle im Rahmen von Ermessensvorschriften spielen die "Soll-Vorschriften" und die "Regelbeispiele". So heißt es beispielsweise in § 8 Abs. 2 Satz 3 AuslG: Nach einer Ausweisung und Abschiebung werden die Wirkungen der Ausweisungsverfügungen "auf Antrag in der Regel befristet", oder in § 47 Abs. 3 S. 1 AuslG: Ein Ausländer, der nach § 48 Abs. 1 AuslG erhöhten Ausweisungsschutz genießt, wird "in der Regel" ausgewiesen. Das Gleiche gilt für die sog. Regelausweisung gem. § 47 Abs. 2 AuslG: Zwar muss die Ausländerbehörde bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen ausweisen, sie darf es aber nicht, wenn gewichtige atypische Umstände gegen die Ausweisung sprechen.

Noch komplizierter wird es, wenn zunächst ein klarer Rechtsanspruch im Gesetz formuliert zu sein scheint wie beispielsweise in § 23 AuslG: Wenn der deutsche Staatsangehörige seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, ist die Aufenthaltserlaubnis des ausländischen Ehegatten oder des ausländischen minderjährigen Kindes zu erteilen. Dann macht allerdings § 23 Abs. 2 Satz 1 AuslG gleich wieder eine Einschränkung: Diese Aufenthaltserlaubnis wird "in der Regel" für drei Jahre erteilt – offenbar besteht für die Behörde also auch die Möglichkeit, von der Regel abzuweichen.

Daraus folgt: Verwendet das Gesetz die Formulierung "soll" oder "in der Regel" bedeutet dies eine Anweisung an den Sachbearbeiter, grundsätzlich den Anspruch zu gewähren. Lediglich in atypischen Ausnahmefällen darf davon abgewichen werden. Es obliegt der Behörde, durch entsprechenden Tatsachenvortrag nachzuweisen, dass ein solcher atypischer Einzelfall vorliegt, der den "Regelfall" ausnahmsweise ausschließt. Im Falle des Regelanspruchs auf Wiedereinreise gemäß § 8 Abs. 3 Satz 2 AuslG könnte ein solcher atypischer Fall darin gesehen werden, dass der Rechtsverstoß, dessentwegen ausgewiesen wurde, besonders schwerwiegend war.

Die Entscheidung der Behörde, ob ein atypischer Fall vorliegt oder nicht, ist gerichtlich voll überprüfbar. Die Behörde hat also kein Ermessen im Sinne des § 114 VwGO.

### 4. Unbestimmte Rechtsbegriffe mit Beurteilungsspielraum

Wie oben schon gesagt, sind unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt durch sprachliche Unschärfe, besonders häufig bei den verwendeten Adjektiven. Was eine "besondere Härte" im Sinne von § 19 Abs. 1 Ziff. 2 AuslG ist und was diese unterscheidet von der "außergewöhnlichen Härte" in § 22 Satz 1 AuslG, liegt nicht eben auf der Hand, sondern bedarf interpretatorischer Bemühungen und einer Auslegung im Einzelfall. Der jeweilige Rechtsanwender muss also definieren, welche konkrete Ausprägung der un-

bestimmte Rechtsbegriff in dem von ihm zu beurteilenden Fall haben soll.

Bezüglich der Voraussetzungen für die Rechtsanwendung gilt das oben bereits zur einheitlichen Verwaltungspraxis Gesagte: Die Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz soll eine möglichst einheitliche Rechtsanwendung dadurch erreichen, dass Begriffe detailliert interpretiert werden, um sie für die Verwaltungspraxis "handhabbar" zu machen. So wird beispielsweise die "außergewöhnliche Härte" im Sinne des § 22 AuslG so interpretiert, dass die Umstände als "außergewöhnlich" gelten können, wenn entweder der im Bundesgebiet lebende oder der nachzugswillige Familienangehörige auf die familiäre Lebenshilfe unmittelbar angewiesen ist und diese sich ausschließlich im Bundesgebiet erbringen lässt infolge einer besonderen Betreuungsbedürftigkeit (Verwaltungsvorschrift zu § 22 Ziff. 2.1.2.2).

In ähnlicher Weise werden alle unbestimmten Begriffe in der Verwaltungsvorschrift definiert, so dass die handelnden Mitarbeiter der Ausländerbehörden Anhaltspunkte dafür erhalten, wie ein "Beurteilungsspielraum" von ihnen auszufüllen ist.

Wesentlich erscheint als "Merkposten": Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Gesetz eröffnet keine Auswahl zwischen mehreren Alternativen, sondern weist dem Sachbearbeiter persönlich die Aufgabe zu, den Inhalt des verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffs selbst auszulegen und auf diese Weise das Gesetz in der konkreten Situation "passend" anzuwenden. Ob dieser Interpretationsakt zutreffend erfolgt ist, kann vom Verwaltungsgericht im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens im vollen Umfange überprüft werden.

Dies macht gerade den Unterschied zur Ermessensprüfung aus: Dort hat der entscheidende Sachbearbeiter die Wahl zwischen mehreren Alternativen, die alle als "vertretbar" bei der Ermessenausübung geltend können. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf zu prüfen, ob die Ermessensgrenzen eingehalten wurden oder Ermessensfehler gemacht wurden, wie sie oben beschrieben worden sind.

### 5. Schlussbemerkung

Als in den Jahren 1988 ff. die Ablösung des "alten Ausländergesetzes" von 1965 diskutiert wurde, war eine der Leitlinien der Diskussion, dass die weiten Ermessensspielräume des früheren Rechts durch möglichst konkrete Fassungen der Normen, Einengung der Ermessensspielräume und Verminderung der unbestimmten Rechtsbegriffe bestimmt werden sollte. Etwas überspitzt könnte man die Dogmatik des Ausländerrechts seit der preußischen Polizeiverordnung von 1932 bis heute als "Kampf um Verminderung von Ermessens- und Beurteilungsspielräumen" beschreiben. Dementsprechend wurde bei Inkrafttreten des Ausländergesetzes von 1990 von allen Seiten gelobt, dass jedenfalls in einigen Bereichen eine Er-

teilung von Aufenthaltsgenehmigungen klarere Rechtsansprüche definiert worden waren, als dies noch im Ausländergesetz von 1965 der Fall war.

Dass es dann 10 Jahre gedauert hat, bis die Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz von 1999 vorlag, zeigt, wie schwierig es für die Praxis ist, mit den immer noch im Gesetz verwendeten "weiten" unbestimmten Rechtsbegriffen und den Ermessensspielräumen umzugehen. Die Erfahrung der Praxis lehrt bedauerlicherweise, dass dabei in der ausländerbehördlichen Praxis schnell vergessen wird, dass Ermessen auch zugunsten von Ausländern auszuüben ist und unbestimmte Rechtsbegriffe zugunsten von Ausländern ausgelegt werden dürfen und eigentlich sogar sollten.

Die "Stärke" und Chance der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensnormen liegt gerade darin, dass den individuellen Belangen des Einzelnen Rechnung getragen werden kann und eine für sie oder ihn zweckmäßige und an den Grundprinzipien der Verhältnismäßigkeit und der allgemeinen Handlungsfreiheit orientierte Entscheidung ermöglicht werden soll.

Leider scheint es jedoch im "Massengeschäft" der Ausländerbehörden häufig schwierig zu sein, wenigstens die Inhalte der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Ausländergesetz den entscheidenden Sachbearbeitern so zu vermitteln, dass sie diese tatsächlich berücksichtigen. Bedauerlicherweise ist nicht selten zu beobachten, dass Ausländerbehörden die ihnen obliegende Abwägung und den damit verbundenen gedanklichen Aufwand scheuen oder für überobligationsmäßig schwierig erachten. Ähnliches gilt für die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe im Ausländergesetz.

Gerade weil dies so ist, kann Beratung in diesem Bereich von hohem Nutzen sein: Erfahrene Berater können feststellen, ob Ermessen in fehlerfreier Weise ausgeübt wurde, ob die Ermessensgrenzen beachtet wurden und ob alle Belange, die bei einer Abwägung zu berücksichtigen waren, auch tatsächlich berücksichtigt und zutreffend ge-

wichtet wurden. Ähnliches gilt im Bereich der unbestimmten Rechtsbegriffe: Es erfordert Kenntnis der Verwaltungsvorschriften und der Rechtsprechung, aber auch praktische Erfahrung, beurteilen zu können, ob eine Lebenssituation vorliegt, in der eine "besondere" oder sogar eine "außergewöhnliche" Härte angenommen werden kann.

Aus anwaltlicher Sicht hat leider eine Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung aus jüngerer Zeit einen Nachteil für Widerspruchsführer und Kläger gebracht: Gemäß § 114 Satz 2 VwGO kann die Verwaltungsbehörde ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des angegriffenen Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen. Im Widerspruchsverfahren kann sie dies ohnehin tun. Dies bedeutet, dass eine zu Anfang zunächst nicht ausreichend mit Ermessenserwägungen begründete Entscheidung im weiteren Verlauf des Verfahrens "nachgebessert" werden kann und so den erhofften Erfolg des Rechtsmittels verhindert.

Gerade im Bereich der Flüchtlings- und Ausländerberatung sollten sozial engagierte Laien, Sozialarbeiter und alle sonstigen Helfer ein insofern korrektes Anwenden der "Spielräume" bei den Behörden ausdrücklich einfordern. Dies ist insbesondere dann relativ einfach zu bewerkstelligen, wenn vor einer Ablehnung eine schriftliche Anhörung im Verfahren erfolgt (§ 28 VwVfG): Es besteht dann die Möglichkeit, innerhalb einer Frist, die in der Regel 14 Tage beträgt, zu den Erwägungen, die die Behörde ihrer ablehnenden Entscheidung zugrunde legen will, nochmals Stellung zu nehmen und insbesondere die privaten Belange, die möglicherweise im Antrag selbst noch nicht hinreichend deutlich vorgetragen wurden, zu ergänzen und umfassend zu erläutern. Auf diese Weise kann für den Rechtsschutz der Betroffenen innerhalb eines überschaubaren Zeitraums oft mehr erreicht werden, als durch langwierige widerspruchs- oder verwaltungsgerichtliche Verfahren.