

## Aus der Beratungspraxis

### Aufenthaltsrechtliche Mitwirkungs- und Hinweispflichten

Prof. Dr. Holger Hoffmann, Bielefeld

Aufenthalts- und Asylverfahrensgesetz legen konkrete Mitwirkungspflichten für Ausländer fest, die deutlich über jene Pflichten hinausgehen, welche ohnehin nach den Verwaltungsverfahrensgesetzen des Bundes und der Länder in Verwaltungsverfahren zu beachten sind. Während im Asylverfahrensgesetz die Mitwirkungsvorschriften (insbesondere §§ 15, 16, 23, 25 AsylVfG) durch das Zuwanderungsgesetz nicht in der Substanz geändert wurden, gibt es beachtliche Änderungen bei den ausländerrechtlichen Regelungen, insbesondere bei § 82 AufenthG. Die Neuregelungen sollen im nachfolgenden Text erläutert werden.\* Zu den Mitwirkungspflichten des § 15 AsylVfG und der dort spezifischen Verpflichtung, bei der Beschaffung von Pass, Passersatz oder sonstigem Identitätspapier mitzuwirken, hat Theresa Wolff im ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 9 bereits einen umfassenden Überblick über die Rechtsprechung gegeben.

#### I. Geltungsbereich der Mitwirkungsverpflichtung

Die Mitwirkungsverpflichtungen des Aufenthaltsgesetzes gelten weder für Unionsbürger (§ 11 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU), noch für Staatsangehörige der EWR-Staaten (Norwegen, Liechtenstein, Schweiz) und deren jeweilige Familienangehörige (§ 12 FreizügG/EU, § 1 Abs. 2 AufenthG). Für türkische Staatsangehörige, die ihre aufenthaltsrechtliche Position aus dem Assoziationsratsbeschluss EWG/Türkei Nr. 1/80 ableiten, gelten wegen der so genannten »Stillhalteklauseln« des Assoziationsratsbeschlusses die Vorschriften nicht, wenn sie weitergehende Mitwirkungspflichten vorsehen als jene, die bereits zur Zeit des Inkrafttretens des Assoziationsratsbeschlusses 1980 im deutschen Ausländerrecht galten.

#### II. Inhalt und Umfang der gesetzlichen Mitwirkungs- und Hinweispflicht

##### 1. Mitwirkungsverpflichtung und Präklusion

Das Ausländergesetz von 1990 (AuslG) regelte in § 70 Abs. 1 die Obliegenheit eines Ausländers, seine Belange und für ihn günstige Umstände, soweit sie nicht offenkundig oder bekannt sind, unter Angabe nachprüfbarer Umstände unverzüglich geltend zu machen und die erforderlichen Nachweise über seine persönlichen Verhältnisse, sonstige erforderliche Bescheinigungen und Erlaubnisse sowie sonstige erforderliche Nachweise, die er erbringen kann, unverzüglich beizubringen. Hieran hat sich im Text des Aufenthaltsgesetzes nur insofern etwas geändert, als § 82 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht mehr von der »Obliegenheit«, sondern der

»Verpflichtung« des Ausländers spricht. Aus der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/420, S. 96) ist jedoch ersichtlich, dass mit dieser neuen Formulierung keine inhaltliche Verschärfung gegenüber dem früheren Rechtszustand beabsichtigt ist. Ebenfalls identisch ist im alten und neuen Recht die so genannte Präklusionsvorschrift: Gemäß § 82 Abs. 1 Satz 2 und 3 AufenthG kann die Ausländerbehörde für die Beibringung der Nachweise, Bescheinigungen etc. eine angemessene Frist setzen. Nach Ablauf der Frist geltend gemachte Umstände und beigebrachte Nachweise können unberücksichtigt bleiben.

§ 24 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes (VwVfG) – weitgehend identische Vorschriften gelten in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der einzelnen Länder – enthält den so genannten Untersuchungsgrundsatz. Danach ermittelt die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen. Sie bestimmt Art und Umfang der Ermittlungen; an das Vorbringen und die Beweisanträge der Beteiligten ist sie nicht gebunden. Die Behörde hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen. Auch im ausländerrechtlichen Verfahren ist die Behörde grundsätzlich verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln und Art und Umfang dieser Ermittlungen zu bestimmen. Beruft sich im ausländerrechtlichen Verfahren der Antragsteller/die Antragstellerin jedoch auf Umstände, die aus seiner/ihrer Sicht »günstig« sind, genügt nicht die schlichte Behauptung gegenüber der Behörde, dass diese Umstände vorlägen. Vielmehr ist der Ausländer/die Ausländerin verpflichtet, günstige Umstände, welche der Behörde nicht ohnehin bekannt sind und deren mögliches Vorliegen sich auch nicht aufdrängen muss, mit nachprüfbaren Unterlagen zu untermauern (vgl. schon zum früheren Recht: GK-AuslR, § 70 AuslG, Rz. 60 ff.). Erst wenn dies geschehen ist, setzt eine Verpflichtung der Behörde zur weiteren Sachverhaltsermittlung ein (GK-AuslR, § 70 AuslG, Rz. 5; Renner, Ausländerrecht, Kommentar, § 70 AuslG, Rz. 4). Die Verpflichtung des Ausländers/der Ausländerin geht über eine schlichte Darlegungspflicht hinaus und fordert, dass nachprüfbar tatsächliche Umstände angegeben und Nachweise vorgelegt werden, deren Nachprüfung in Deutschland möglich sein muss. Eine gesetzliche Verpflichtung der Ausländerbehörde, Sachverhalte von Deutschland aus aufzuklären, welche die persönlichen Verhältnisse eines Ausländers im Ausland betreffen, besteht nicht. Selbstverständlich aber ist die Behörde verpflichtet, sobald ihr konkrete Anhaltspunkte vorliegen, ordnungsgemäß, unparteiisch und unter Beachtung aller verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften ihre Ermittlungen durchzuführen. § 82 Abs. 3 AufenthG erlegt ihr dazu ausdrücklich Hinweispflichten auf (vgl. unten 2.).

Es kann von einer »anlassbezogenen Mitwirkungsverpflichtung« gesprochen werden (Storr-Albrecht, Kommentar zum Ausländerrecht, § 82 AufenthG, Rz. 4 unter Bezug auf ein Urteil des OVG NRW, InfAuslR 2000, 279). Als »günstige Umstände« sind Details aus dem Lebensumfeld oder der Lebenssituation des jeweiligen Ausländers anzusehen. Da-

zu zählen insbesondere auch die (familiären) Verhältnisse im jeweiligen Heimatland oder eine behandlungsbedürftige und aktuell in Deutschland behandelte Erkrankung (obwohl es zynisch erscheint, dies als einen »günstigen Umstand für den Betroffenen« anzusehen). Als Nachweismittel geeignet sind beispielsweise Studienbescheinigungen, Arbeitsverträge, Gehaltsbescheinigungen, Steuerbescheide, ärztliche Atteste o. Ä.

Als der Ausländerbehörde bekannt können alle Umstände vorausgesetzt werden, die bereits in den Ausländerakten vermerkt sind. Auch sonstige Kenntnisse, z. B. auf das jeweilige Herkunftsland bezogene Informationen, die der Behörde bereits vorliegen, gehören zu den bekannten Umständen – auch dann, wenn die zuständige Sachbearbeiterin/der Sachbearbeiter sie noch nicht persönlich zur Kenntnis genommen hat. Befinden sich darüber hinaus z. B. im Ordnungsamt derselben Stadt oder desselben Landkreises sowohl das Ausländer- als auch das Einwohnermeldeamt, gelten auch alle dem Einwohnermeldeamt bekannten Tatsachen der Ausländerbehörde als bekannt.

Nicht bekannt sind der Behörde in der Regel Unterlagen, die im Besitz einer anderen Behörde oder eines anderen Amtes (z. B. Gesundheitsamt) sind. Derartige Informationen können ihr allenfalls mit Zustimmung des/der Betroffenen bekannt werden, indem beispielsweise eine Erklärung über die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht abgegeben wird.

Schlicht abwegig erscheint die neuerdings in einem Kommentar vertretene Auffassung (Storr-Albrecht a. a. O., § 82 AufenthG, Rz. 5), eine besondere Darlegungs- und Beweislast bestehe dafür, dass eine nichteheliche familiäre Lebensgemeinschaft tatsächlich gelebt werde. Weder gibt die Gesetzesbegründung Anhaltspunkte für eine solche Interpretation, noch handelt es sich bei einer derartigen familiären Beziehung um eine »vom allgemeinen Familienverständnis abweichende Konstellation« (so aber Storr-Albrecht a. a. O.), bei welcher erhöhte Anforderungen an die Glaubhaftmachung der gelebten familiären Gemeinschaft gestellt werden dürften, wenn ein Aufenthaltsrecht z. B. aus einem Umgangsrecht mit dem Kind abgeleitet wird.

Es muss dem/der Betroffenen zumutbar sein, Nachweise vorzulegen. Dies mag so sein, wenn es sich um Bescheinigungen der oben beschriebenen Art handelt. Geht es jedoch darum, dass beispielsweise bei Behörden des Herkunftslandes oder dessen Auslandsvertretung Unterlagen beschafft werden müssen, sich daraus aber ein Gefährdungspotential für den/die Betroffenen ergeben kann, ist bei der erforderlichen Ermessensausübung eine besonders kritische Würdigung der Frage erforderlich, ob es zumutbar ist, einen solchen (schriftlichen) Nachweis zu fordern.

Problematisch kann sein, ob auch finanzielle Erwägungen im Rahmen der Zumutbarkeit zu berücksichtigen sind, insbesondere falls Urkunden in größerem Umfang aus dem Herkunftsstaat zunächst gegen erhebliche Gebühren beschafft und anschließend in Deutschland übersetzt werden müssen. Es wird die Ansicht vertreten (so Hoffmann,

in: Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, § 82 AufenthG, Rz. 14), dass es genüge, wenn der Inhalt der Urkunden bezeichnet und sich aus dem Zusammenhang oder einer besonderen Darlegung die Erheblichkeit des Urkundeninhalts für das konkrete Verwaltungsverfahren ergebe. Läge diese Voraussetzung vor, müsste die Behörde, wenn sie eine Nachprüfung für erforderlich hielte, dass die Angaben zutreffen, die Urkunden gegebenenfalls von Amts wegen übersetzen lassen. Andererseits ist die Amtssprache Deutsch und die Behörde soll, wenn Urkunde, Belege oder sonstige Schriftstücke in einer fremden Sprache vorgelegt werden, die Vorlage einer Übersetzung verlangen. Wird die verlangte Übersetzung nicht unverzüglich vorgelegt, kann die Behörde auf Kosten der Beteiligten selbst eine Übersetzung beschaffen. In begründeten Fällen kann die Vorlage einer beglaubigten oder von einem öffentlich bestellten oder beidigten Dolmetscher oder Übersetzer angefertigter Übersetzung verlangt werden (§ 23 VwVfG).

Gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist der Ausländer verpflichtet, die Unterlagen und Nachweise unverzüglich beizubringen. Hier gilt die Legaldefinition des § 121 BGB: Unverzüglich bedeutet »ohne schuldhaftes Zögern«. Wann Zögern schuldhaft wird, ist abstrakt nicht zu definieren. Es hängt von den individuellen Möglichkeiten und Erkenntnisfähigkeiten des/der Verfahrensbeteiligten ab. Eine feste (gesetzliche) Frist besteht grundsätzlich nicht. Allerdings ist § 82 Abs. 1 Satz 2 und 3 AufenthG zu beachten: Setzt die Ausländerbehörde eine »angemessene Frist« und werden die Unterlagen nicht innerhalb dieser Frist eingereicht, können sie im weiteren Entscheidungsverfahren unberücksichtigt bleiben. Die Behörde muss aber über diese Folge einer Fristversäumnis ausdrücklich belehrt haben (§ 82 Abs. 3 Satz 2 AufenthG). Die Entscheidung über die Nichtberücksichtigung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Nicht ausgeschlossen ist jedoch die Berücksichtigung im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens. Problematisch ist dies allerdings in den Bundesländern, die ein Widerspruchsverfahren in ausländerrechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen haben (z. B. Niedersachsen). In diesem Falle bleibt nur die Möglichkeit, Klage zu erheben, damit im gerichtlichen Verfahren die bei der Behörde verspätet eingereichten Unterlagen noch berücksichtigt werden können. Dass damit ein erhebliches verfahrensrechtliches Kostenrisiko für die Beteiligten entsteht, ist offensichtlich.

## 2. Behördliche Hinweispflichten

Die gesetzliche Überschrift des § 82 AufenthG lautet »Mithilfe des Ausländers«. In Hinblick auf Abs. 3 der Vorschrift ist die Formulierung deutlich verunglückt: Dieser Absatz erlegt nicht dem Ausländer, sondern der Behörde Pflichten auf. Er übernimmt zunächst aus dem früheren Recht die behördliche Verpflichtung zu einem Hinweis auf die Folgen einer Fristversäumnis. Darüber hinaus enthält dieser Absatz aber eine Neuregelung dergestalt, dass eine Verpflichtung der Behörde eingeführt wird, Ausländer

nicht nur auf ihre Mitwirkungs- und aufenthaltsrechtlichen Pflichten hinzuweisen, sondern auch auf ihre Rechte (so auch BT-Ds.15/24, S. 96).

Zwar bestimmen bereits die Verfahrensgesetze von Bund und Ländern (für den Bund: § 25 VwVfG), dass die Behördenmitarbeiter in Verwaltungsverfahren zu beraten und Auskunft zu erteilen haben. Diese gesetzliche Verpflichtung ist selbstverständlich auch von Behördenmitarbeitern in ausländerrechtlichen Verfahren zu beachten. Sie ist jedoch begrenzt auf Beratung und Auskunft zur Durchführung eines bereits in Gang befindlichen Verfahrens. Ausdrückliche Hinweispflichten auf weitere verfahrensrechtliche Möglichkeiten, also beispielsweise die, einen Antrag zu stellen oder Beratung über die Konsequenzen bestimmter verfahrensrechtlicher Schritte, ist damit nicht unmittelbar verbunden. Weiter gehen die Beratungspflichten im Sozialrecht (§ 14 S. 1 SGB I: »Jeder hat Anspruch auf Beratung über seine Rechte und Pflichten nach diesem Gesetzbuch.« Dies ist verbindlich für alle Sozialleistungsbereiche des SGB. Eine fehlerhafte Beratung im sozialrechtlichen Bereich wird von der Rechtsprechung als so gravierend angesehen, dass ein sozialrechtlicher »Herstellungsanspruch« angenommen wird. Danach muss der falsch oder nicht Beratene so gestellt werden, als sei der Beratungsfehler nicht erfolgt (ständige Rechtsprechung des Bundessozialgerichts seit Urteil vom 29.10.1991 - 13/5 RJ 38/89 -). Eine so weitgehende Beratungspflicht, die im Falle eines Beratungsfehlers auch sanktioniert werden könnte, ist im ausländerrechtlichen Verfahren bisher in keiner gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt worden. Hier setzt möglicherweise die jetzt in das Aufenthaltsgesetz aufgenommene Hinweispflicht einen neuen Akzent.

Die Hinweispflicht nach § 82 Abs. 3 AufenthG trägt dem Umstand Rechnung, dass die Adressaten des Ausländergesetzes häufig aus sprachlichen und sozialen Gründen mangelnde Vertrautheit mit der deutschen Behördenorganisation sowie der Komplexität der Rechtsmaterie Schwierigkeiten haben, ihre Rechte und Pflichten zu überschauen. Dies gilt für alle Rechte und Pflichten nach dem Gesetz, wenngleich ausdrücklich nur (»insbesondere«) die Teilnahme am Integrationskurs (§ 44 a AufenthG), die ausweisrechtlichen Pflichten (§ 48 AufenthG), Angaben zur Identität (§ 49 Abs. 1 AufenthG) und die Duldungspflicht bei Maßnahmen zur Identitätsfeststellung (§ 49 Abs. 8 AufenthG) sowie die Pflicht zur Beantragung eines Aufenthaltstitels (§ 81 AufenthG) genannt werden. Darüber hinaus ist hinzuweisen auf die Passpflicht (§ 3 AufenthG), die Pflichten des gesetzlichen Vertreters minderjähriger, unter 16-jähriger Ausländer (§ 80 Abs. 4 AufenthG), sowie die allgemeine Pflicht zum Besitz eines Aufenthaltstitels, die aus § 4 AufenthG folgt.

Von den Rechten, auf die hingewiesen werden soll, benennt das Gesetz ausdrücklich nur den Hinweis auf die Möglichkeit, einen Antrag auf Befristung der Sperrwirkung gemäß § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG zu stellen. Ferner ist auf die Folgen einer Fristversäumnis hinzuweisen. Aus der Absicht des Gesetzgebers ergibt sich jedoch, dass die Aus-

länderbehörde beispielsweise auf die Möglichkeit hinweisen soll, einen »besseren« Aufenthaltstitel zu erlangen, eine mögliche Genehmigung von Erwerbstätigkeit, die Möglichkeit des Familiennachzugs, das Recht auf Wiederkehr, den Anspruch auf Teilnahme am Integrationskurs oder die Möglichkeit, einen Ausweisersatz zu erlangen. Insgesamt ist diese Vorschrift dahin zu verstehen, dass jeweils anlassbezogen von der Sachbearbeiterin/dem Sachbearbeiter der Ausländerbehörde alle wesentlichen Rechte und Pflichten nach dem Aufenthaltsgesetz hinsichtlich derer jeweiligen Voraussetzungen und Folgen erläutert werden.

Was geschieht, wenn derartige Hinweise unterbleiben? Unmittelbar im Gesetz ist eine besondere Rechtsfolge für einen solchen Pflichtenverstoß nicht vorgesehen. Ist der Behörde bei der ausländerrechtlichen Entscheidung Ermessen eingeräumt, ist der Pflichtverstoß der Behörde bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen, so dass das Ermessen regelmäßig zugunsten des/der Betroffenen auszuüben ist.

Sehr streitig ist indessen, was geschieht, wenn im Rahmen der ausländerbehördlichen Entscheidung kein Ermessensspielraum eingeräumt ist. In einzelnen Fällen hat die Rechtsprechung entschieden, dass bestimmte gesetzlich vorgesehene Rechtsfolgen nicht eintreten dürfen, sofern fehlerhaftes oder rechtswidriges Behördenverhalten Ursache für die negativen Konsequenzen für die Betroffenen war (z. B. Verzögerung der Ausweisungsentscheidung, um Minderjährigenschutz zu umgehen (BVerwG, Urteil vom 3.6.1997, InfAusLR 1997, 390); rechtswidrige Abschiebung trotz Anspruch nach Alt- oder Härtefallregelung (VG Sigmaringen, Beschluss vom 5.11.2002 - 8 K 760/02); rechtswidrige Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug (VG Stuttgart, Beschluss vom 23.12.1999 - 16 K 4772/99 - InfAusLR 2000, 120)). Zu beachten bleibt, dass dies bislang Einzelfallentscheidungen sind. Für die Beratungspraxis kann jedoch empfohlen werden, jedenfalls wenn sich nach dem Zeitablauf oder aus behördlichen Schriftstücken nachweisen lässt, dass ein gebotener, aber unterbliebener Hinweis Ursache für eine nachteilige Entscheidung geworden ist, dies unter Berufung auf die umfassende Hinweispflicht des § 82 Abs. 3 AufenthG geltend zu machen. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass der Ausländer einem rechtzeitig und richtig erteiltem Hinweis gefolgt wäre. Er ist dann so zu stellen, als hätte er aufgrund eines zutreffenden behördlichen Hinweises entsprechend zutreffend gehandelt.

### 3. Anordnung des persönlichen Erscheinens

§ 82 Abs. 4 AufenthG entspricht im Wesentlichen § 70 Abs. 4 AuslG 1990. Er wurde allerdings erweitert um die behördliche Befugnis zur Anordnung des persönlichen Erscheinens zu einer ärztlichen Untersuchung zwecks Feststellung der Reisefähigkeit. Voraussetzung dafür ist, dass die persönliche Anwesenheit auch erforderlich ist.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass eine solche Anordnung nicht schriftlich erfolgen muss (Vorläufige An-

wendungshinweise des BMI, 82.4.1; Storr-Albrecht a. a. O., § 82 AufenthG, Rz. 13). Das ist jedoch nicht überzeugend. Denn die Anordnung des persönlichen Erscheinens ist ein Verwaltungsakt gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 VwVfG. Da es sich bei derartigen Anordnungen in aller Regel nicht um Maßnahmen handelt, die als »wegen Gefahr im Verzuge« sofort vollzogen werden müssen, ist nach den Ordnungsbehördengesetzen der Länder ein schriftlicher Verwaltungsakt, der mit Begründung und Rechtsmittelbelehrung versehen ist, erforderlich.

Zweck der Anordnung ist allein das persönliche Erscheinen bei einer der in § 82 Abs. 4 Satz 1 AufenthG genannten Stellen. Eine Aussagepflicht dort besteht jedoch nicht. Die Vorschrift enthält ebensowenig eine Pflicht zu sonstiger Mitwirkung, etwa im Rahmen einer ärztlichen Untersuchung oder anlässlich der Vorsprache bei einer Botschaft. Allerdings ergibt sich eine spezielle Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Passbeschaffung aus § 48 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sowie aus § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG. Wie schon im Beitrag von Wolff (ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 9) ausgeführt, endet die Mitwirkungspflicht nach § 15 Abs. 2 Nr. 5 AsylVfG grundsätzlich nicht nach erfolglosem Ende eines Asylverfahrens (vgl. zu einer besonderen Fallkonstellation: VG Stuttgart, Urteil vom 7.7.2005 - A 5 K 10487/05 - 8 S., M6884). Jedoch kann die Beschaffung von Reisedokumenten bei der diplomatischen Vertretung des Herkunftsstaates unzumutbar sein, sofern gerade durch eine solche Vorsprache ein besonderes Gefährdungspotential entsteht (zu den Einzelheiten vgl. Wolff, a. a. O.). Die Aufforderung zur Vorsprache bei der diplomatischen Vertretung ist ein untaugliches Mittel (und deswegen noch nicht erforderlich), wenn dem Betroffenen nicht zuvor zunächst aufgegeben wurde, weiter erforderliche Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, wie etwa schriftlich die Ausstellung eines Passes oder Passersatzes zu beantragen und geeignete Unterlagen dazu vorzulegen. Eine allgemeine Verpflichtung zur »Vorsprache zwecks Passbeschaffung« bei der Botschaft des Herkunftsstaates besteht nicht (so auch Wolff, a. a. O.).

Für die Beratungspraxis erscheint die in der Rechtsprechung geführte Auseinandersetzung (vgl. VG Stuttgart, a. a. O.) darüber, ob nach rechtskräftigem Abschluss eines Asylverfahrens § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG oder § 48 Abs. 3 i. V. m. § 82 Abs. 4 AufenthG zutreffende Rechtsgrundlage für die Anordnung der Vorsprache bei der Botschaft des Herkunftsstaates ist, letztlich gleichgültig: Die Vorschriften des AsylVfG und des AufenthG haben die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen und stellen keine unterschiedlichen Anforderungen an die behördliche Ermessensausübung hinsichtlich der Frage, ob eine Verpflichtung zur Vorsprache bei der Botschaft des Heimatstaates besteht (Wolff, a. a. O., mit Nachweisen aus der Rechtsprechung). Nicht unerheblich unterschiedliche Auswirkungen bestehen aber hinsichtlich der weiteren Rechtsschutzmechanismen: Wird die asylverfahrensrechtliche Vorschrift zugrunde gelegt, besteht keine Möglichkeit, ein Widerspruchsverfahren durch-

zuführen, weil dies durch das Asylverfahrensgesetz ausgeschlossen ist (§ 11 AsylVfG). Gilt die ausländerrechtliche Grundlage, besteht diese Möglichkeit zumindest in den Bundesländern, in denen noch ein Widerspruchsverfahren im Bereich des Ausländerrechts existiert. Vorläufiger Rechtsschutz gegen eine entsprechende behördliche Anordnung zum persönlichen Erscheinen ist über § 80 Abs. 5 VwGO zu erreichen (vgl. Wolff, a. a. O.).

Nicht erforderlich, sondern rechtswidrig erscheint die vielfach von Ausländerbehörden angewandte Praxis, Ausländern, die mutmaßlich aus (West-)Afrika stammen, zu persönlichem Erscheinen bei verschiedenen Botschaften zu verpflichten. Es ist Aufgabe der Ausländerbehörde, konkrete Anhaltspunkte dafür herauszuarbeiten, dass ein Ausländer eine bestimmte Staatsangehörigkeit tatsächlich hat und anschließend zu verpflichten, bei der diplomatischen Vertretung dieses Staates vorzusprechen. Alles andere ist nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig (vgl. GK-AuslR, § 82 AufenthG, Rz. 69).

Die Pflicht, zur ärztlichen Untersuchung zur Überprüfung der Reisefähigkeit zu erscheinen, wurde neu in das Aufenthaltsgesetz eingeführt. Der Wortlaut der Vorschrift ist ganz offensichtlich missglückt. Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/420, S. 96f.) erläutert, was gemeint ist: Ein Ausländer/eine Ausländerin dürfe verpflichtet werden, bei einer ärztlichen Untersuchung zur Frage seiner/ihrer Reisefähigkeit anwesend zu sein. Ausdrücklich geht es nur um die Reisefähigkeit und nicht darum, ob andere inlandsbezogene Abschiebungshindernisse oder ob zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse vorliegen. Es muss daher sicher feststehen, dass eine persönliche Anwesenheit bei der ärztlichen Untersuchung die geeignete und erforderliche Maßnahme ist, um die Reisefähigkeit festzustellen, auch wenn der Ausländer/die Ausländerin nicht bereit ist, sich ärztlich untersuchen oder medizinische Handlungen an sich vornehmen zu lassen. Im Übrigen hat auch dann die Behörde noch ihr Ermessen auszuüben, ob sie den Betroffenen zu persönlichem Erscheinen verpflichten will. Hier wird sich im Einzelfall wiederum die Frage nach der Zumutbarkeit stellen: Kann z. B. einem sehr betagten, einem gebrechlichen oder einem intellektuell unterdurchschnittlich begabten Ausländer zugemutet werden, allein zur diplomatischen Vertretung seines vermutlichen Herkunftsstaates nach Berlin zu reisen? Wird eine solche Reise das von der Behörde gewünschte Ergebnis mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nach sich ziehen?

Sind die oben genannten Voraussetzungen erfüllt und ist die von der Ausländerbehörde getroffene Anordnung zum persönlichen Erscheinen vollziehbar, kann die Behörde sie erforderlichenfalls zwangsweise durchsetzen. Dabei sind allerdings die Bestimmungen des jeweiligen Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Landes zu beachten. Insbesondere muss das Zwangsmittel zuvor mit Fristsetzung angedroht werden, was aber mit der Anordnung zum persönlichen Erscheinen verbunden werden kann. Der Ausländer kann

dann zu einer der im Gesetz bezeichneten Stellen gebracht werden. Dort angekommen, ist die Zwangsmaßnahme sofort zu beenden.

Beinhaltet die Maßnahme zugleich eine Freiheitsentziehung, gilt gemäß § 82 Abs. 4 Satz 3 AufenthG der Richtervorbehalt. § 82 Abs. 4 Satz 3 AufenthG verweist insoweit auf bestimmte Regelungen des Bundespolizeigesetzes (BPolG). Gemäß § 40 BPolG muss eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeigeführt werden, es sei denn, die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung würde voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen, als zur Durchführung der Maßnahme notwendig wäre. Zuständig ist das Amtsgericht des Bezirks, in dem die Person festgehalten wird (§ 40 Abs. 2 BPolG). Die festgehaltene Person ist nach § 42 Abs. 1 Satz 1 BPolG zu entlassen,

- sobald der Grund für die Maßnahme weggefallen ist,
- wenn die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung für unzulässig erklärt wird,
- in jedem Falle spätestens bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen, wenn nicht vorher die Fortdauer der Freiheitsentziehung durch richterliche Entscheidung angeordnet ist.

In der Entscheidung ist die höchstzulässige Dauer der Freiheitsentziehung zu bestimmen; sie darf nicht mehr als vier Tage betragen (§ 42 Abs. 1 BPolG). Da bereits das Festhalten gemäß § 40 Abs. 1 BPolG den Richtervorbehalt auslöst und eine zwangsweise Vorführung eines Ausländers bei der diplomatischen Vertretung eines mutmaßlichen Herkunftsstaates immer mit einem »Festhalten« verbunden ist, erscheint die Annahme vertretbar, dass jedes derartige Festhalten bereits den Richtervorbehalt des § 40 Abs. 1 BPolG auslöst. Anderenfalls würden sich die Mitarbeiter der Ausländerbehörde der Gefahr aussetzen, sich wegen Freiheitsberaubung strafbar zu machen (OLG Hamm, Beschluss vom 1.7.2004 - 3 WS 185/04 - 15 S., M6452).

#### 4. Mitwirkungspflicht bei § 25 Abs. 5 Satz 5 AufenthG?

§ 25 Abs. 5 AufenthG macht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen bei einem bereits vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer davon abhängig, dass er unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Verschulden liegt insbesondere dann vor, wenn »zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt werden«, d. h. die vom Gesetz grundsätzlich geforderte Bereitschaft zur Mitwirkung bei der Beseitigung des Hindernisses fehlt.

Anders als bei § 82 erlegt § 25 Abs. 5 Satz 4 AufenthG jedoch gerade keine formelle Mitwirkungsverpflichtung auf. Vielmehr wird die negative Folge, dass keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, an den Umstand geknüpft, dass die Ausländerin/der Ausländer nicht bereit ist, »zumutbare Anforderungen« zu erfüllen und insoweit mitzuwirken. Insofern bleibt ein Moment der Freiwilligkeit, wenngleich im prakti-

schen Vollzug es häufig auf dieselbe tatsächliche Handlung hinauslaufen wird: beispielsweise einen Antrag auf Rückkehr bei der diplomatischen Vertretung des Herkunftsstaates zu stellen oder Pass-, Passersatz oder sonstige Identitätspapiere zu beantragen und zu diesem Zweck eventuell auch persönlich bei der diplomatischen Vertretung vorzusprechen. Dennoch bleibt es ein Unterschied, ob diese Handlung in Ausführung einer behördlich angeordneten Mitwirkungsverpflichtung (§ 82 AufenthG, § 15 Abs. 2 AsylVfG) erfolgt oder aus eigenem Antrieb mit dem Ziel, eine Vergünstigung (Aufenthaltsurlaubnis aus humanitären Gründen) zu erlangen.

### III. Schlussbemerkung

Wie oben dargelegt, hat die gesetzliche Neuregelung in § 82 AufenthG in Teilbereichen zu Änderungen geführt. Zu begrüßen ist, dass ausdrücklich die behördliche Verpflichtung festgeschrieben wurde, den Ausländer auf seine wesentlichen Rechte und Pflichten nach dem Aufenthaltsgesetz hinzuweisen. Dies mag auch als Zeichen dafür gesehen werden, dass der Gesetzgeber sich vom Gedanken einer »Kundentreue« bei der behördlichen Sachbearbeitung hat leiten lassen und nicht ausschließlich von Maßstäben des Gefahrenabwehrrechts. Abzuwarten bleibt, wie Behördenmitarbeiter mit dieser Verpflichtung umgehen werden und wie die Rechtsprechung sich zu der Frage entwickeln wird, was bei Verstößen gegen die Hinweispflichten zu geschehen hat.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass die Mitwirkungsverpflichtungen im Aufenthaltsgesetz keineswegs gelockert wurden. Ob im Hinblick auf die verunglückte sprachliche Fassung insbesondere des Absatzes 4 der Vorschrift Änderungsbedarf besteht, mag geprüft werden. Wichtiger erscheint, dass gerade in diesem Bereich der Verpflichtungen das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Maßstab für die zumutbaren Verpflichtungen zur Mitwirkung uneingeschränkt während jedes Verfahrensabschnitts beachtet werden muss. Bei der Bestimmung des Umfangs einer Mitwirkungspflicht kann unter Beachtung dieses Maßstabes Fehlentwicklungen, die aus behördlichem Übereifer oder vermeintlichem »effektiven Verwaltungshandeln« entstehen, entgegengewirkt werden.

\* Für zahlreiche Anregungen zur Interpretation insbesondere des § 82 AufenthG danke ich Rainer M. Hofmann, der im Rahmen des demnächst erscheinenden Kommentars Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, die Vorschrift sehr ausführlich und kenntnisreich aus anwaltlicher Sicht kommentiert hat.