

Geduldet in Deutschland – Teil 1: Aufenthaltsrechtliche Auswirkungen

Prof. Dr. Holger Hoffmann, Bielefeld*

I. »Duldung« als Rechtsstatus

Zunächst zur Klarstellung: Wer sich geduldet in Deutschland aufhält, besitzt keinen Aufenthaltstitel, auch kein »Aufenthaltsrecht zweiter Klasse«. Ein geduldeter Aufenthalt ist nicht rechtmäßig. Für die Praxis bedeutet das insbesondere, dass zahlreiche (sozial-) rechtliche Ansprüche oder solche auf Familienzusammenführung für geduldete Ausländer nicht zugänglich sind, weil solche Ansprüche voraussetzen, dass ein Aufenthaltstitel/Aufenthaltsrecht besteht.

Die Erteilung einer Duldung setzt i. d. R. eine (vollziehbare) Ausreisepflicht voraus, ebenso die Abschiebungsandrohung, und lässt beide unberührt.¹ Ist ein Ausländer/eine Ausländerin *noch nicht vollziehbar* ausreisepflichtig, kann keine Duldung erteilt werden. Nach ihrer rechtlichen Konzeption diente sie ursprünglich nur dazu, den als kurz (max. sechs Monate) gedachten Zwischenraum vom Beginn der Ausreiseverpflichtung bis zur tatsächlichen Ausreise oder Abschiebung rechtlich zu regeln. Tatsächlich hat es sich allerdings so entwickelt, dass die Mehrheit der heute in Deutschland geduldet lebenden Ausländer seit fünf oder mehr Jahren nur »geduldet« ist (»Kettenduldung«).

Die Duldung ist ein begünstigender Verwaltungsakt, der im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung ergeht und über den eine schriftliche (Duldungs-) *Bescheinigung* auszustellen ist (§ 60 a Abs. 4 AufenthG²). Inhaltlich bedeutet die Regelung jedoch nur, dass die Vollstreckung vorübergehend ausgesetzt wird. Wichtigste »begünstigende« Rechtsfolge ist, dass sich ein Ausländer nicht durch den weiteren Aufenthalt in Deutschland strafbar macht (§ 95 Abs. 1 Nr. 2).

Folge der Erteilung einer Duldung ist allerdings auch, dass während deren Geltungsdauer nicht unmittelbar abgeschoben werden darf. Wird z. B. während eines sechsmonatigen Duldungszeitraums eine Abschiebung möglich, weil dafür erforderliche Dokumente von der zuständigen Behörde des Herkunftsstaates erteilt werden, muss die Ausländerbehörde die Duldung zunächst widerrufen (§ 60 a Abs. 5 S. 2, §§ 48 und 49 VwVfG), wenn sie noch während des Geltungszeitraums der Duldung abschieben will. Gegen einen Verwaltungsakt, mit dem ein Widerruf ausgesprochen wird, sind Rechtsmittel möglich.

Eine Duldung bedeutet nicht nur den Aufschub einer vollziehbaren Ausreisepflichtung. Sie kann auch *Vorstufe zur Legalisierung eines humanitären Aufenthaltsrechts* sein, z. B. für die §§ 25 Abs. 3, 4 oder 5.

Eine Duldung kann sowohl auf Antrag, als auch von Amtes wegen erteilt werden. Zu unterscheiden sind die generelle Aussetzung einer Abschiebung mit nachfolgender Erteilung einer Duldung nach § 60 a Abs. 1 und eine individuell begründete Duldung nach § 60 a Abs. 2 und Abs. 2 a. Unter folgenden Voraussetzungen ist eine Duldung »von Amtes

wegen« zu erteilen: § 81 Abs. 3 S. 2 (nach verspäteter Beantragung eines Aufenthaltstitels), § 71 Abs. 5 S. 2 AsylVfG (Folgeantrag) und § 71 a Abs. 3 S. 1 AsylVfG (Asyl-Zweit Antrag).

1. Duldung nach § 60 a Abs. 1 AufenthG

Wenn das Innenministerium eines Bundeslandes (die »oberste Landesbehörde«) aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik angeordnet hat, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder für bestimmte Staaten für längstens sechs Monate ausgesetzt wird, ermöglicht § 60 a Abs. 1 Abschiebungsschutz ohne Rücksicht darauf, ob eine individuelle Gefährdungslage vorliegt. Das jeweilige Landesministerium hat damit einen weiten, im wesentlich politisch determinierten und daher nur sehr beschränkt gerichtlich überprüfbaren Entscheidungsspielraum. Gerichtlich überprüft werden könnte allenfalls, ob eine Anordnung nach § 60 a Abs. 1 willkürlich ist oder andere verfassungsrechtliche Gesichtspunkte verletzt. Es besteht jedoch weder ein Anspruch auf ermessenfehlerfreie Entscheidung noch darauf, beispielsweise im Rahmen eines Abschiebungsverfahrens die Rechtmäßigkeit des Unterlassens einer Anordnung nach § 60 a Abs. 1 durch die Landesregierung/den Landesminister zu überprüfen.³ Ebenfalls ist die oberste Landesbehörde frei darin zu entscheiden, welche Gruppen begünstigt werden sollen und nach welchen sachlichen Kriterien diese Begünstigung erfolgen soll (z. B. regionale Herkunft, ethnisch oder religiöse Zugehörigkeit, Aufenthaltsdauer etc.). Die Auswahl darf nur nicht »willkürlich« erfolgen. Soll eine generelle Aussetzungsregelung über sechs Monate hinaus dauern, muss Einvernehmen mit dem BMI hergestellt werden (§ 60 a Abs. 1 S. 1 a. E. und S. 2 i. V. m. § 23 Abs. 1 S. 3) – weswegen es derartige Regelungen z. Zt. nicht gibt.

2. Duldung nach § 60 a Abs. 2 AufenthG

Ein Anspruch auf Erteilung einer *individuellen Duldung* besteht, wenn die Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 60 a Abs. 2 S. 1). Voraussetzungen sind ein Duldungsgrund, die Nichterteilung einer Aufenthaltserlaubnis und das Vorliegen der vollziehbaren Ausreisepflicht.

Individuelle Duldungsgründe werden auch *Abschiebungshindernisse* genannt. Dabei wird zwischen *inlandsbezogenen* und *zielstaatsbezogenen* unterschieden. Für die Prüfung in-

* Dr. Holger Hoffmann ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre an der FH Bielefeld. Im ASYLMAGAZIN 12/2010 wird Teil 2 zu den arbeitserlaubnis- und sozialrechtlichen Auswirkungen der Duldung erscheinen.

¹ Funke-Kaiser, GK-AufenthG, Stand Mai 2010, Rn. 36.

² §§-Angaben im weiteren Text ohne Angabe des Gesetzes beziehen sich stets auf das AufenthG.

³ Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl., Rn. 26.

§ 60 a Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung)

(1) Die oberste Landesbehörde kann aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass die Abschiebung von Ausländern aus bestimmten Staaten oder von in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen allgemein oder in bestimmte Staaten für längstens sechs Monate ausgesetzt wird. Für einen Zeitraum von länger als sechs Monaten gilt § 23 Abs. 1.

(2) Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Abschiebung eines Ausländers ist auch auszusetzen, wenn seine vorübergehende Anwesenheit im Bundesgebiet für ein Strafverfahren wegen eines Verbrechens von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für sachgerecht erachtet wird, weil ohne seine Angaben die Erforschung des Sachverhalts erschwert wäre. Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.

(2a) Die Abschiebung eines Ausländers wird für eine Woche ausgesetzt, wenn seine Zurückschiebung oder Abschiebung gescheitert ist, Abschiebungshaft nicht angeordnet wird und die

Bundesrepublik Deutschland auf Grund einer Rechtsvorschrift, insbesondere des Artikels 6 Abs. 1 der Richtlinie 2003/110/EG des Rates vom 25. November 2003 über die Unterstützung bei der Durchbeförderung im Rahmen von Rückführungsmaßnahmen auf dem Luftweg (ABl. EU Nr. L 321 S. 26), zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist. Die Aussetzung darf nicht nach Satz 1 verlängert werden. Die Einreise des Ausländers ist zuzulassen.

(3) Die Ausreisepflicht eines Ausländers, dessen Abschiebung ausgesetzt ist, bleibt unberührt.

(4) Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.

(5) Die Aussetzung der Abschiebung erlischt mit der Ausreise des Ausländers. Sie wird widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Der Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert. Ist die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt, ist die durch Widerruf vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde.

landsbezogener Abschiebungshindernisse ist die Ausländerbehörde (ABH) zuständig, für die Prüfung *zielstaatsbezogener* das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF). An eine Entscheidung des BAMF über das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 60 Abs. 2–5, 7 ist die ABH gebunden. Nur wenn zuvor kein Asylantrag gestellt worden war, ist die ABH auch zuständig für die Überprüfung *zielstaatsbezogener* Abschiebungshindernisse nach § 60 Abs. 2–5, 7.

a) Inlandsbezogene Abschiebungshindernisse

Inlandsbezogene Abschiebungshindernisse sind solche, die einer Vollstreckung der Ausreisepflicht entgegenstehen, weil anderenfalls ein geschütztes Rechtsgut in Deutschland verletzt würde (Einwände gegen das *Wie* oder *Wann* der Abschiebung). Sie können sich auch aus Grundrechten ergeben (z. B. Art. 2, Art. 6 GG) oder aus der EMRK (z. B. Art. 8). In der Praxis am häufigsten sind Duldungen wegen des Rechts auf Wahrung des Ehe- und Familienlebens in Deutschland oder Fälle, in denen krankheitsbedingte Gefahren geltend gemacht werden, wenn diese sich allein als Folge der Abschiebung und nicht aus den spezifischen Verhältnissen im Zielstaat der Abschiebung ergeben (zu Einzelheiten: siehe unten).⁴

b) Zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse

Zielstaatsbezogene Abschiebungshindernisse liegen vor, wenn Gefahren bestehen, die im Zielstaat der Abschiebung drohen und sich dort konkretisieren. Das können auch krankheitsbedingte Gefahren sein, sofern im Zielstaat eine Verschlimmerung der Krankheit wegen unzureichender medi-

zinischer Behandlung droht.

Ferner gewährt § 60 Abs. 2 S. 1 einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung, wenn die Abschiebung aus *tatsächlichen Gründen* unmöglich ist. Tatsächliche Gründe liegen vor, wenn aufgrund objektiver Umstände, die in der Person des Ausländers oder in äußeren Gegebenheiten liegen, die Ausreisepflicht nicht durchgesetzt werden kann (z. B. wegen mangelnder Transportfähigkeit oder weil ein aufnahmebereiter Staat nicht vorhanden ist).⁵ Die Rechtsprechung hat auch dann einen Anspruch auf Duldung wegen tatsächlicher Unmöglichkeit der Abschiebung bejaht, wenn zwar grundsätzlich (»technisch«) eine freiwillige Ausreise des Ausländers (auch unter Schwierigkeiten beim Reiseweg) möglich wäre, jedoch eine Abschiebung nicht durchgeführt werden kann, weil z. B. ein Herkunftsstaat voraussetzt, dass die (Wieder-)Einreise auf freiwilliger Basis erfolgt.⁶

Fehlt der Reisepass oder ein sonstiges Ausweispapier, begründet das allerdings noch nicht »automatisch« einen Duldungsanspruch wegen tatsächlicher Unmöglichkeit der Abschiebung. Zwar setzen insbesondere die Rückübernahmeabkommen Deutschlands mit anderen Staaten regelmäßig voraus, dass der Nachweis der Identität des abzuschiebenden Ausländers über Reisedokumente, Pässe o. Ä. geführt wird. Dabei handelt es sich jedoch lediglich um zwischenstaatlich geltende Voraussetzungen, aus denen noch kein individueller Duldungsanspruch folgt. Auch die Aufgabe einer Staatsangehörigkeit oder Staatenlosigkeit aus ande-

⁴ BVerwG vom 21.9.1999 – 9 C 8.99 –, NVWZ 2000, 206 [asyl.net, R9437]. HK-AuslR, Bruns, § 60 a, Rn. 14: zu weiteren Einzelheiten, insbesondere bei anerkannten Lebenspartnerschaften, Beistands- und Erziehungsgemeinschaften sowie nach Abgabe von Sorgerechtklärungen.

⁵ BVerwG, vom 29.6.1998 – 9 B 604/98 –.

⁶ BVerwG vom 25.9.1997, InfAuslR 1998, 12.

ren Gründen (z. B. weil der Staat aufgelöst wurde – ehem. UdSSR oder ehem. Jugoslawien) führt nicht zwangsläufig zu tatsächlicher Unmöglichkeit der Abschiebung.⁷ Regelmäßig enthalten »Rückübernahmeabkommen« die Klausel, dass auch Staatenlose, die nachweislich früher auf dem Territorium des aufnehmenden Staates gelebt haben, zurückzunehmen sind. Entscheidend ist daher jeweils im Einzelfall, ob objektive Fakten feststehen, die eine Abschiebung ausschließen (z. B. gescheiterter Abschiebungsversuch). Besteht mit einem anderen Staat ein Abkommen über die Abschiebung/Rückführung oder Rückübernahme, lässt sich ohne Durchführung des vertraglich vorgesehenen Verfahrens grundsätzlich nicht feststellen, ob eine Abschiebung aus tatsächlichen Gründen unmöglich ist.⁸

Ferner setzt die Erteilung einer Duldung voraus, dass keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (§ 60 a Abs. 2 S. 1). Obwohl rechtliche oder tatsächliche Abschiebungsverbote vorliegen, kann z. B. eine Aufenthaltserlaubnis verweigert werden, weil in den Fällen des § 25 Abs. 1–3 ein Ausschlussgrund nach § 25 Abs. 1 S. 2 vorliegt (Ausweisung aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit).

Ansprüche auf Erteilung einer individuellen Duldung bestehen in folgenden Fällen:

3. Duldung nach § 60 a Abs. 2 S. 2 AufenthG

Wenn eine vorübergehende Anwesenheit eines Ausländers/einer Ausländerin im Bundesgebiet von der Staatsanwaltschaft oder dem Strafgericht für ein Strafverfahren für sachgerecht erachtet wird, weil ohne die Angaben des/der Geduldeten die Erforschung des Sachverhaltes erschwert wäre. Insbesondere: Zeugen oder Mittäter für Vernehmungen z. B. in Strafverfahren wegen der Tatbestände Menschenraub, Kindesentziehung, Menschenhandel. Nach der EU-Opferschutzrichtlinie dürfen auch aussagebereite Zeuginnen von Strafverfahren (insbesondere Menschenhandel, Prostitution etc.) grundsätzlich nicht abgeschoben werden und müssen daher eine Duldung erhalten.

4. Duldung nach § 60 a Abs. 2 S. 3 AufenthG

Für die Praxis von besonderer Bedeutung sind jene Fälle, in denen eine Duldung aus individuellen Gründen gemäß § 60 a Abs. 2 S. 3 nach Ermessen erteilt werden kann, wenn *dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen* die vorübergehende weitere Anwesenheit des Ausländers/der Ausländerin in Deutschland erfordern. Da diese Regelung nur als Ermessensvorschrift ausgestaltet ist, obliegt es letztlich der örtlich zuständigen Ausländerbehörde zu entscheiden, ob eine Duldung erteilt wird. Nach Ermessen kann die Duldung auch dann erteilt werden, wenn wichtige persönliche Belange eines Ausländers zu berücksichtigen sind, die aber noch nicht die Schwelle eines Abschiebungsverbots erreicht haben.⁹

Dringende persönliche Gründe im Sinne der Vorschrift liegen vor, wenn sich bei der erforderlichen Interessenabwä-

gung ergibt, dass dem privaten Interesse des Ausländers/der Ausländerin am vorübergehenden Aufenthalt in Deutschland ein deutlich höheres Gewicht zukommt als einer umgehenden Ausreise.¹⁰ Die Regelung zielt darauf ab, vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländern im Ermessenwege vorübergehenden Aufenthalt zu ermöglichen, sofern dieser zwar aus den im Gesetz genannten Gründen erforderlich ist, sich der Aufenthaltswitz jedoch (noch) nicht zu einem rechtlichen Abschiebungshindernis nach § 60 a Abs. 2 S. 1 verdichtet hat und tatsächliche Abschiebungshindernisse nicht vorliegen. Im Rahmen der Ermessensabwägung nach § 60 a Abs. 2 S. 3 sind z. B. das Wohl eines betroffenen Kindes und die Lebensunterhaltssicherung im Sinne des § 2 Abs. 3 zu berücksichtigen.¹¹

Dringende persönliche Gründe können z. B. sein:

- *Durchführung einer Operation oder Abschluss einer ärztlichen Behandlung*, die im Herkunftsland nicht oder nicht im ausreichenden Maße gewährleistet ist. Für die Beantwortung der Frage, ob eine »Unmöglichkeit« vorliegt, ist insbesondere bei Krankheiten darauf abzustellen, ob ein Abschiebungshindernis gemäß § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG begründet ist, weil die konkrete Gefahr besteht, dass sich die Krankheit wegen gänzlich fehlender oder mangelhafter oder unzureichender Behandlungsmöglichkeiten im Zielstaat erheblich und nicht nur geringfügig verschlimmern wird oder die Gefahr des Todes begründet wäre.¹² Ein Abschiebungsverbot, das unmittelbar aus der Verfassung herzuleiten ist, kann auch dann vorliegen, wenn beispielsweise die Abschiebung den *Abbruch einer lebenswichtigen medizinischen Behandlung* bedeuten würde.¹³

- *Gesundheits- oder Lebensgefahr durch den Abschiebungsvorgang* selbst. In diesem Fall kann eine Duldung im Ermessenwege erteilt werden (§ 60 a Abs. 2 S. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG). Ein zielstaatsbezogenes Abschiebungshindernis liegt in diesem Fall vor, wenn der/die Betroffene im Zuge der Abschiebung voraussichtlich eine gesundheitliche Beeinträchtigung erleiden würde, die zwar grundsätzlich zumutbar wäre, aber unmittelbar nach Eintreffen am Zielort eine Behandlung erforderlich machen würde, die – aus welchen Gründen auch immer – nicht sichergestellt ist und

⁷ VGH Baden-Württemberg vom 20.8.1992, NWWZ-RR 1993, 52; OVG Niedersachsen vom 27.12.1994 – 13 M 6040/94 – Juris.

⁸ Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl., Rn. 635 a. E. Ein fehlender Pass, ein fehlendes Rückreisedokument oder Staatenlosigkeit können jedoch zur Unmöglichkeit der Abschiebung führen, sofern das beabsichtigte Zielland sich deswegen nicht aufnahmebereit zeigt (HK-AuslR, Bruns, § 60 a, Rn. 10).

⁹ Frings-Tiebler-Marenda, Ausländerrecht für Studium und Beratung, S. 224 unter Hinweis auf die Entscheidung VGH Baden-Württemberg vom 13.9.2007 – 11 S 1964/07 – [ASYLMAGAZIN 11/2007, S. 30 f.].

¹⁰ OVG NRW vom 27.11.2007 – 17 B 1779/07 – Juris [asyl.net, M12144].

¹¹ BMI-Anwendungshinweise zum Richtlinienumsetzungsgesetz, Rn. 302.

¹² Zum Prognosemaßstab: BVerwG, Urteil vom 17.10.2006, NVWZ 2007, 712 [= ASYLMAGAZIN 1-2/2007, S. 33 ff.].

¹³ VG Hamburg, EZAR 226, Nr. 10: für stationären Krankenhausaufenthalt; VGH Kassel, InfAuslR 1989, 323 und OVG Münster, NVWZ RR 1990, 330: bei einem Ausländer, der aus gesundheitlichen Gründen transportunfähig war.

infolge der fehlenden Behandlung eine erhebliche weitere Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes konkret zu besorgen ist.¹⁴ Reiseunfähigkeit liegt auch vor, wenn das ernsthafte Risiko besteht, dass sich unmittelbar durch die Abschiebung oder als deren unmittelbare Folge der Gesundheitszustand voraussichtlich wesentlich lebensbedrohlich verschlechtern wird. Das kann bei psychischen Erkrankungen der Fall sein. Die Ausländerbehörde ist verpflichtet, den damit verbundenen Tatsachenfragen nach § 24 Abs. 1 VwVfG nachzugehen. Der/die Betroffene kann zur Mitwirkung verpflichtet werden (§ 82). Problematisch sind in diesen Fällen insbesondere die Abgrenzungen bei Re-Traumatisierungen von Folter- und Vergewaltigungsopfern. Liegt eine entsprechende Konstellation vor, ist bereits der Abschiebungsvorgang unzulässig.¹⁵

- *Suiziddrohungen*, denen gewichtige und konkrete Anhaltspunkte tatsächlicher Art zugrunde liegen, sind stets ernst zu nehmen. Dann gebietet Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (Schutzpflicht) von einer Abschiebung abzusehen¹⁶, wenn z. B. im Rahmen einer Abschiebung ein ernsthaftes Risiko für einen Selbstmord besteht und keine hinreichenden Vorkehrungen getroffen werden können, dieses Risiko verlässlich auszuschließen.¹⁷

- die vorübergehende *Betreuung eines schwer erkrankten Familienangehörigen* nach Maßgabe des § 27 Abs. 1 AufenthG.

- *Abschluss einer Schul- oder Berufsausbildung*, sofern sich der Schüler bzw. Auszubildende bereits im letzten Schul- bzw. Ausbildungsjahr befindet.

- *Abschluss eines sonstigen Schuljahres*, wenn es bis dahin nur noch wenige Wochen dauert.

- *Altfallregelung*, wenn der Ausländer für Zwecke der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Altfallregelung in § 104a einen Antrag auf vorzeitige Tilgung einer Strafe bei der Registerbehörde gestellt hat, die eine hinreichende Erfolgsaussicht aufweist, die sonstigen Voraussetzungen der Altfallregelungen vorliegen und überwiegende gegenläufige öffentliche Interessen an der umgehenden Aufenthaltsbeendigung nicht bestehen,¹⁸

- *Schwangerschaft*: Einer nicht ehelichen schwangeren Ausländerin kann ein Aussetzungsanspruch und damit die Erteilung einer Duldung zustehen, wenn das Kind die deutsche Staatsangehörigkeit haben wird.¹⁹ Aus Art. 6 Abs. 4 GG folgt ferner ein vorübergehendes Abschiebungsverbot für eine schwangere Ausländerin wenige Wochen vor und nach der Niederkunft (»Mutterschutzfristen«²⁰), wenn sie aufgrund der Schwangerschaft bzw. Geburt nicht reisefähig ist.²¹

- *Beistand bei Schwangerschaft / Geburt durch ausländischen Ehemann*: Für einen angemessenen Zeitraum vor und nach der Geburt ist es auch dem ausländischen Ehemann unzumutbar, durch Ausreise oder Abschiebung die Familie zurückzulassen.²² Diese Grundsätze gelten auch für *Lebensgefährten*, die nicht miteinander verheiratet sind (z. B. wenn von der tatsächlichen Vaterschaft des ausreisepflichtigen Ausländers ausgegangen werden kann). Dem ausreisepflichtigen zukünftigen Vater ist eine Duldung zu erteilen, wenn eine

Wiedereinreise nach der erforderlichen Durchführung eines Visumsverfahrens in angemessener Zeit vor der Niederkunft nicht sichergestellt werden kann.

- *Beistand bei Schwangerschaft / Geburt durch ausländischen nicht-ehelichen Vater*: Ebenfalls ist eine Duldung zu erteilen, wenn der Beistand des nichtehelichen werdenden Vaters während der Schwangerschaft und Entbindung wegen erheblicher Gefahren für Mutter und Kind seinen vorübergehenden Aufenthalt im Bundesgebiet erfordert.²³ Das Grundrecht auf Schutz von Ehe und Familie aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG steht – wie auch Art. 8 ERMK – einer Abschiebung auch dann entgegen, wenn mit ihr schutzwürdige Bindungen im Bundesgebiet zerrissen werden.²⁴ Zu beachten ist, dass die Frage, wie gewichtig der aus Art. 6 folgende Schutz der Familie jeweils ist, von den Umständen des Einzelfalls abhängt, insbesondere von der Intensität der familiären Beziehungen, evtl. auch vom Alter des Kindes oder der Betreuungsbedürftigkeit einzelner Familienmitglieder.²⁵ Steht eine Geburt bevor, kommt Abschiebungsschutz in Betracht, wenn der ausländische Vater seine Vaterschaft wirksam anerkannt hat, er mit der Mutter in Verhältnissen lebt, welche eine gemeinsame Erziehung und Betreuung des Kindes sicher erwarten lassen sowie eine vorübergehende Ausreise zur Durchführung des Visumsverfahrens nicht zumutbar ist. Davon ist regelmäßig auszugehen, wenn mit einer Rückkehr des ausländischen Vaters vor dem Geburtstermin nicht gerechnet werden kann.²⁶

¹⁴ Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 122.

¹⁵ Funke-Kaiser, a. a. O., Rn. 123.

¹⁶ Funke-Kaiser, a. a. O., weist in Rn. 130 darauf hin, dass eine solche Schutzpflicht nicht dann besteht, wenn ein Suizidversuch nur nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden kann. Sofern mit konsequenter Überwachung vor und während des Abschiebungsvorgangs vorgebeugt werden könne und der Betroffene unmittelbar nach Ankunft den Heimatbehörden übergeben werden könne, sei die Gefahr des Suizids auszuschließen.

¹⁷ OVG NRW, vom 9.5.2007 – 19 B 352/07 – [ASYLMAGAZIN 10/2007, S. 30 ff.]; VGH Baden-Württemberg, vom 6.2.2008 – 11 S 2439/07 – Juris [ASYLMAGAZIN 4/2008, S. 27 ff.]; Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, Rn. 633 a. E.; HK-AuslR, Bruns, § 60 a, Rn. 10. a. E. und Rn. 12, insbesondere zum posttraumatischen Belastungssyndrom.

¹⁸ OVG NRW, a. a. O.

¹⁹ Funke-Kaiser, a. a. O., Rn. 147.

²⁰ Mutterschutzgesetz § 3 Abs. 1: sechs Wochen vor der Geburt; § 5 Abs. 1: acht Wochen nach der Geburt

²¹ Huber-Masuch, § 60 a, Rn. 8; Hailbronner, § 60 a, Rn. 42.

²² Funke-Kaiser, a. a. O., Rn. 148 m. w. N.

²³ Die vorstehenden Beispielfälle nennt Hailbronner, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl., Rn. 639 unter Bezugnahme auf die BMI-Anwendungshinweise zum Richtlinienumsetzungsgesetz.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 9.1.2009 – 2 BvR 1064/08 –, NVWZ 2009, 387 [asyl.net, M14859]: Umgangskontakte zwischen Vater und Kind; BVerfG, Beschluss vom 5.2.2009 – 11 S 3244/08 –, NVWZ 1995, 154 [asyl.net, M15124]: nichtehelicher ausländischer Vater; VGH Mannheim, NVWZ-RR 2009, 617: verwurzelter Ausländer, im Anschluss an EGMR, Urteil vom 23.6.2008 – 1638/03, Maslov II –, InfAuslR 2008, 333 [= ASYLMAGAZIN 9/2008, S. 32 ff.], vgl. auch Huber-Masuch, § 60 a, Rn. 9 m. w. N.

²⁵ Huber-Masuch, a. a. O., unter Bezug auf BVerfG, NVWZ-Beilage 1/2000, S. 25 f.

²⁶ OVG Hamburg, Beschluss vom 14.8.2008 – 4 Bs 84/08 –, NVWZ RR

- *Unmittelbar bevorstehende Heirat* mit einem/r Deutschen oder einem/r Ausländer/in, der eine Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis besitzt. Die grundrechtlich sowie ausdrücklich in Art. 12 EMRK geschützte Eheschließungsfreiheit hindert insbesondere die *Abschiebung des oder der Verlobten* eines deutschen Staatsangehörigen. Dies gilt auch dann, wenn der/die hier lebende Verlobte Ausländer ist, dessen Aufenthaltsstatus auch einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für den zukünftigen Ehegatten vermittelt.²⁷ Die bloße Heiratsabsicht genügt dafür allerdings nicht. Sie muss sich vielmehr hinreichend konkretisiert haben, d. h. eine Eheschließung muss unmittelbar bevorstehen. Dies ist in der Regel dann anzunehmen, wenn das Ehefähigkeitszeugnis bzw. die für die Befreiung vom Ehefähigkeitszeugnis erforderlichen Unterlagen beim Standesamt eingereicht sind.²⁸

- *Trennung des nichtehelichen bzw. geschiedenen Elternteils von seinem Kind* (bei Inhaberschaft des gemeinsamen Sorgerechts):²⁹ Insbesondere bei *kleinen Kindern* kann schon eine verhältnismäßig kurze Trennungszeit als unzumutbar lang gelten und damit die Schutzfunktion des Art. 6 Abs. 2 GG auslösen. In einem solchen Fall darf dann die in Deutschland gelebte familiäre Beziehung nicht unterbrochen werden, sofern nicht sicher gestellt ist, dass die jeweils zuständige deutsche Auslandsvertretung und die zuständige Ausländerbehörde ein Visumsverfahren mit besonderer Beschleunigung tatsächlich durchführen werden.³⁰

- *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft bzw. Lebenspartnerschaft*: Eine gleichgeschlechtliche Beziehung kann grundsätzlich in den Schutzbereich des Art. 8 EMRK fallen, insbesondere dann, wenn einer der Beteiligten über ein Aufenthaltsrecht in Deutschland verfügt oder die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Kann eine tatsächlich in Deutschland gelebte Gemeinschaft nicht in zumutbarer Weise in einem anderen Land gelebt werden (bei einem beteiligten deutschen Staatsangehörigen immer anzunehmen), wäre eine Trennung als unverhältnismäßig anzusehen im Hinblick auf Art. 8 EMRK und entsprechend eine Duldung zu erteilen.³¹

- *Durchführung eines Verfahrens auf Feststellung der Vaterschaft, Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche gegen Straftäter, Klärung des Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der »Altfallregelung«*³².

- *Verfahren vor Härtefallkommission*: Während eines laufenden Verfahrens vor der Härtefallkommission gemäß § 23 a besteht ein Abschiebungsverbot jedenfalls solange, bis entschieden ist, ob sich die Härtefallkommission der Sache annimmt.³³ Es ist nicht ausgeschlossen, durch eine Duldung nach Ermessen eine Abschiebung vorübergehend auszusetzen, jedenfalls dann, wenn nach einer vorläufigen Einschätzung erhebliche Aspekte dafür sprechen, dass ein Härtefall i. S. d. § 23 a vorliegt.³⁴

- *Petitionsverfahren*: Eine Petition gemäß Art. 17 GG führt i. d. R. zu keinem Duldungsanspruch während der gesamten Dauer des Petitionsverfahrens.³⁵ Die Petition ist kein Rechtsbehelf, dessen Einlegung zu konkreten verfahrensrechtlichen Konsequenzen führt. Ein (bestandskräftiger)

Verwaltungsakt, der mit der Petition angegriffen wird, könnte während der Bearbeitung des Petitionsverfahrens vollstreckt werden. Allerdings gebietet der verfahrensrechtliche Schutz aus Art. 17 GG, jedenfalls ein Zugang des Petitionsadressaten durch aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vereitelt oder in unzumutbarer Weise erschwert wird.³⁶ Ein *kurzfristiges rechtliches Abschiebungshindernis* im Sinne von § 60 a Abs. 2 ist daher zu bejahen zumindest für die Zeit, in der die Petition formuliert und eingelegt wird.³⁷

5. Duldung nach § 60 a Abs. 2 a AufenthG

Wenn die Abschiebung eines Ausländers für eine Woche ausgesetzt wird, weil seine Zurückschiebung oder Abschiebung gescheitert ist, Abschiebungshaft nicht angeordnet wird und Deutschland aufgrund von EU-Richtlinien zur Rückübernahme des/der Betroffenen verpflichtet ist, ist ebenfalls eine Duldung zu erteilen.

II. Dauer der Duldung

Das Aufenthaltsgesetz enthält keine Regelung dazu, wie lange die Duldung gilt. Theoretisch möglich – und vom Verfasser tatsächlich in der Praxis erlebt – ist es, dass eine Duldung nur für einen Tag ausgestellt wird, ebenso wie die Erteilung für ein Jahr. »Üblich« sind in der Verwaltungspraxis Fristen von drei oder sechs Monaten. Die jeweilige Befristung richtet sich danach, welches Hindernis einer Ausreise oder Abschiebung entgegensteht und wann mit dem Wegfall dieses Hindernisses gerechnet werden kann. Allerdings ist damit auch nicht gewiss, dass während des Geltungszeitraums einer Duldung keine Abschiebung erfolgt. Erst nach Ablauf des ersten Jahres nach Erteilung der Duldung muss die Abschiebung bei einem Widerruf der Duldung einen Monat vorher angekündigt werden (§ 60 a Abs. 5 S. 4). Ferner ist die Ankündigung der Abschiebung zu wiederholen, wenn die Aussetzung zuvor für mehr als ein Jahr erneuert wurde

2009, 133 [= ASYLMAGAZIN 12/2008, S. 42].

²⁷ Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 145 und VGH Mannheim, Beschluss vom 13.11.2001, NVWZ-Beilage I/2002, 55 und VGH Mannheim, Beschluss vom 9.2.2004, – 11 S 1131/03 –, EZAR 027 Nr. 2 [= ASYLMAGAZIN 6/2004, S. 31 f.].

²⁸ Bruns, HK-AuslR, § 60 a, Rn. 17, unter Hinweis auf die vorläufigen Ausführungshinweise zum Aufenthaltsgesetz Nr. 30.0.6.

²⁹ Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 153ff.

³⁰ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 9.3.2004 – 2 ME 662/04 – AuAS 204, 221 [asyl.net, M14892]; OVG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 6.2.2002 – 4 M 108/01 – InfAuslR 2002, 227; Funke-Kaiser, a. a. O., Rn. 134.

³¹ Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 194 m. w. N. und Hailbronner, Ausländerrecht, § 60 a AufenthG, Stand Juni 2009, Rn. 35.

³² Diese Beispiele werden genannt von Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rz. 651.

³³ Zu Einzelheiten vgl. Bruns, HK-AuslR, § 60 a, Rn. 22.

³⁴ Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 198.

³⁵ OVG Münster, Beschluss 24.2.2005 – 18 B 332/05 – Peck, RS 2009 [asyl.net, M6290], 31676; Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 196 m. w. N.

³⁶ Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a, Rn. 197 m. w. N.

³⁷ Funke-Kaiser, a. a. O.

(§ 6 a Abs. 5 S. 4, 2. Hs.).

Eine *Duldung erlischt* kraft Gesetzes mit der Ausreise (§ 60 a Abs. 5 S. 1). Sie muss widerrufen werden, wenn die Duldungsgründe entfallen (§ 60 a Abs. 5 S. 2). Ein Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen bzw. infolge Fristablaufs oder Widerrufs ohne erneute Abschiebungsandrohung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert (§ 60 a Abs. 5 S. 3).

Die Ausreisepflicht eines Ausländers, der sich geduldet in Deutschland aufhält, bleibt unberührt, d. h. wenn es ihm möglich ist oder er der Verpflichtung nachkommen will, kann er dies jederzeit tun. Eine Rückkehr nach Deutschland ist dann allerdings nicht mehr mit der »alten« Duldung möglich, selbst wenn diese ursprünglich über den Rückkehrzeitpunkt hinaus gegolten hätte. Erforderlich ist dann entweder ein Visumverfahren, sofern ein Aufenthaltstitel erteilt werden soll, oder eine neue Duldung.

III. Räumliche Beschränkung des geduldeten Aufenthalts

Gemäß § 61 Abs. 1 ist der Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen geduldeten Ausländers räumlich auf das Gebiet des Bundeslandes beschränkt, in dem er sich bisher aufgehalten hat. Im Aufenthaltsgesetz ist die Umverteilung Geduldeter in andere Bundesländer nicht geregelt. Will die Ausländerin/der Ausländer seinen Aufenthaltsort oder Wohnsitz dauerhaft in ein anderes Bundesland verlegen, muss das aufnehmende Land erneut eine Duldung erteilen. Parallel dazu muss das »abgebende« Bundesland die dort erteilte Duldung unter die auflösende Bedingung stellen, dass sie bei Verlassen des Landes erlischt.³⁸ Eine solche Aufhebung der Beschränkung kommt in der Verwaltungspraxis insbesondere dann in Betracht, wenn beispielsweise Ehepartner oder Eltern minderjähriger Kinder anderenfalls voneinander getrennt leben würden und eine solche Trennung auch vorübergehend nicht zuzumuten ist.³⁹

In der Verwaltungspraxis ist es darüber hinaus üblich, eine Duldung durch eine entsprechende Nebenbestimmung auf das Gebiet räumlich zu beschränken, für das die Ausländerbehörde örtlich zuständig ist, von der die Duldung erteilt wurde.

Gründe für die Erteilung einer Duldung für einen anderen Aufenthaltsbezirk oder ein anderes Bundesland können z. B. sein: Zusammenführung der Kernfamilie (Ehegatten, minderjährige Kinder), Unterstützung kranker, behinderter oder pflegebedürftiger Angehöriger, Schutz vor häuslicher Gewalt oder drohender Zwangsverheiratung.⁴⁰ Voraussetzung ist in jedem Falle, dass der/die Geduldete auf ein Leben an dem gewünschten anderen Ort angewiesen ist und nicht vorrangig, dass er/sie an dem Ort der bisherigen Zuweisung nicht mehr leben kann.⁴¹ Die Ausländerbehörde ist jedenfalls dann verpflichtet, eine Duldung für einen anderen Aufenthaltsbezirk auszustellen, wenn anderenfalls durch strikte Einhaltung einer räumlichen Beschränkung Grundrechte verletzt würden.⁴²

IV. Familienzusammenführung

Geduldete Flüchtlinge können Familienangehörige nicht im Wege der Familienzusammenführung nach Deutschland kommen lassen. Zwar gilt auch für sie der Schutz von Ehe und Familie gem. Art. 6 GG und Art. 8 EMRK. Jedoch erfasst dies nach allgemeinem Verständnis das Zusammenleben einer schon bestehenden familiären Lebensgemeinschaft, aber kein Recht auf Familiennachzug.

V. Einbürgerung

Inhaber einer Duldung können nicht eingebürgert werden, weil eine der Voraussetzungen für die Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit der Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist.

³⁸ Huber-Masuch, *AufenthG*, § 61 Rn. 3 unter Hinweis auf Funke-Kaiser, a. a. O., § 61 Rn. 18; das Verfahren ist allerdings streitig. Von einigen Gerichten wird auch vertreten, dass ein Antrag allein bei der Ausländerbehörde des neuen Aufenthaltsortes den Anforderungen genügt: OVG Münster, Beschluss vom 29.11.2005 – 19 B 2364/03 –, *InfAusLR* 2006, 64 [ASYLMAGAZIN 1-2/2006, S. 33 ff.]; VG Göttingen, Beschluss vom 25.6.2007 – 2 B 81/07 – *Juris* [asyl.net, M10797].

³⁹ Huber-Masuch, a. a. O. und OVG Bremen, Beschluss vom 19.1.2006 – 1 A 290/05 –, *InfAusLR* 2007, 71 [asyl.net, M11067].

⁴⁰ Frings, *Sozialrecht für Zuwanderer*, Rn. 652.

⁴¹ VGH Baden-Württemberg vom 9.7.2002 – 11 L 2240/01 – [asyl.net, M3105], OVG Niedersachsen vom 17.10.2002 – 8 ME 142/02 – [asyl.net, M2913]; Frings-Tiebler-Marenda, S. 255.

⁴² Frings-Tiebler-Marenda, S. 255, Hailbronner, *Asyl- und Ausländerrecht*, 2. Aufl., § 56 Rn. 8.