

Themenschwerpunkt aus dem Asylmagazin 12/2018, S.397–435

Nach dem Asylverfahren

Beiträge zur Rechtsstellung nach Schutzzuerkennung, zum Familiennachzug zu subsidiär Geschützten, zur Wohnsitzregelung in den Bundesländern sowie zu Perspektiven nach der Asylantragsablehnung

© Informationsverbund Asyl und Migration e.V., Dezember 2018. Vervielfältigung und Nachdruck sind nur mit Genehmigung der Autorinnen und Autoren sowie des Informationsverbunds Asyl und Migration gestattet.

Asylmagazin, Zeitschrift für Flüchtlings und Migrationsrecht

Das Asylmagazin liefert die wichtigsten Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration:

- Aktuelle Rechtsprechung und Länderinformationen,
- Beiträge zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen und Hinweise für die Beratungspraxis,
- Nachrichten, aktuelle Stellungnahmen und Literaturhinweise.

Das ASYLMAGAZIN erscheint im von Loeper Literaturverlag/Ariadne Buchdienst. Der Abonnement-Preis beträgt 62€ für regelmäßig neun Ausgaben pro Jahr. Ein Bestellformular und weitere Informationen zum Abonnement finden Sie unter

www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylmagazin/

Dokumente, die sich zur Veröffentlichung im ASYLMAGAZIN eignen, senden Sie bitte an den Informationsverbund Asyl und Migration.



In Kooperation mit



Im Asylmagazin 12/2018 finden Sie:

Nachrichten	393
Arbeitshilfen und Stellungnahmen	395
Themenschwerpunkt: Nach dem Asylverfahren	397
Johanna Mantel: Zur Rechtsstellung von Personen nach Schutzzuerkennung	397
Cana Mungan, Sebastian Muy und Daniel Weber: Der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten	406
Melina Lehrian: Zwei Jahre Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG	416
Wiebke Wildvang: Die Situation nach abgelehntem Asylantrag	424
Ländermaterialien.	436
Asylrecht, internationaler Schutz und nationale Abschiebungsverbote.	441
EuGH: Einzelfallprüfung auch beim Ausschluss vom subsidiären Schutz erforderlich	441
Asylverfahrens- und -prozessrecht	443
EuGH: Rechtsschutzbedürfnis für Aufstockung vom subsidiären zum Flüchtlingsschutz	443
BVerwG: Rechtsbehelfsbelehrung zu Abfassung der Klage in deutscher Sprache nicht unrichtig	444
Aufenthaltsrecht.	449
OVG Berlin-Brandenburg: Recht auf Elternnachzug auch bei eingetretener Volljährigkeit des Kindes	449
OVG Nordrhein-Westfalen: Pauschale Wohnsitzzuweisung für Schutzberechtigte ist rechtswidrig	450
Anmerkung von Claudius Voigt zum Urteil des OVG Nordrhein-Westfalen	454
Abschiebungshaft und Ingewahrsamnahme.	459
BGH: Keine Fluchtgefahr bei verzögerter Passvorlage und Vorbringen von Abschiebungshindernissen	459

Themenschwerpunkt: Nach dem Asylverfahren

Die letzten Jahre waren geprägt von gesetzlichen Neuregelungen und Änderungen behördlicher Entscheidungspraxis, die besonders auch die Situation von Personen nach Abschluss des Asylverfahrens betreffen. Dieser Themenschwerpunkt beschäftigt sich daher einerseits mit den Folgerechten nach Schutzgewährung und andererseits mit den aufenthaltsrechtlichen Perspektiven nach Ablehnung des Asylantrags. Dabei wird der Schwerpunkt auf aktuelle Entwicklungen gelegt.

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Johanna Mantel, Berlin*

Schutzberechtigt, aber ungleich behandelt

Zur Rechtsstellung von Personen nach Schutzzuerkennung

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Aktuelle Einschränkungen der Rechtsstellung von Schutzberechtigten
 - 1. Aufenthaltstitel
 - 2. Familiennachzug
 - 3. Freizügigkeit
 - 4. Aufenthaltsverfestigung
 - 5. Widerrufsprüfungen
- III. Ungleichbehandlung von international Schutzberechtigten
 - 1. Familiennachzug
 - 2. Aufenthaltsdauer und -verfestigung
- IV. Fazit

I. Einleitung

In Deutschland kam es in den letzten Jahren zu wesentlichen Änderungen bei der Rechtsstellung, die Personen innehaben, nachdem ihnen Schutz zuerkannt wurde. Dabei wurden noch bis ins Jahr 2015 die Folgerechte von Schutzberechtigten¹ entsprechend der europa- und menschenrechtlichen Vorgaben ausgeweitet und die Rechtsstellung vergleichbarer Schutzstatus untereinander angeglichen.

So wurde nach langjährigen Forderungen² im August 2015 eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten geschaffen und der Nachzug wurde wie bei anerkannten Flüchtlingen unter erleichterten Bedingungen ermöglicht. Auch die lange komplett unregelte Rechtsstellung von Resettlement-Flüchtlingen wurde nach Jahren, in denen auch UNHCR für Regelungen plädiert hatte, der von GFK-Flüchtlingen angeglichen.³

Im Herbst 2015 kam es aber zu einer Kehrtwende und im Rahmen von eilig herbeigeführten einschneidenden Gesetzesänderungen sowie durch eine zunehmend restriktive Behördenpraxis wurden auch die Rechte von Schutzberechtigten erheblich beschnitten.⁴ Dabei wurden von der Großen Koalition in »hektisch durchgepeitschten«⁵ Gesetzgebungsverfahren weitreichende »nicht genügend durchdachte«⁶ Änderungen im Asyl- und Aufenthaltsrecht beschlossen.⁷

* Johanna Mantel ist Rechtsreferentin beim Informationsverbund Asyl & Migration und Redakteurin des Asylmagazins. Zudem ist sie im Rahmen der Refugee Law Clinic Berlin als Lehrbeauftragte an der Humboldt-Universität tätig.

¹ Definition der Gruppen von Schutzberechtigten: Abschnitt II.

² Etwa UNHCR Stellungnahme zum Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung (BleibeRNeuG) von März 2015, S. 3, abrufbar auf unhcr.org/dach.

³ UNHCR Stellungnahme, a. a. O. (Fn. 2), S. 2; Angleichung durch das BleibeRNeuG, in Kraft getreten am 1.8.2015.

⁴ Gesetzgebungsmaterialien sowie Stellungnahmen abrufbar auf fluechtlingsrat-berlin.de unter »Recht & Rat/Asyl & Aufenthalt«.

⁵ Stellungnahme des Paritätischen Gesamtverbands zum Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

⁶ In Bezug auf die »praxisfremde gesetzgeberische Vorstellung« zur Ausbildungsduldung, VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 13.10.2016 – 11 S 1991/16 – asyl.net: M24317, Asylmagazin 12/2016.

⁷ Ausführlicher zur Kritik an der übereilten Gesetzgebung siehe Michael Kalkmann und Johanna Mantel, Asylmagazin 9/2017, S. 341 ff.

So wurde die kurz zuvor erst gesetzlich eingeführte erleichterte Familienzusammenführung zu subsidiär Schutzberechtigten im Frühjahr 2016 durch eine vielfach kritisierte Regelung abgelöst, die den Nachzug für betroffene Familien für knapp zweieinhalb Jahre komplett aussetzte und nunmehr dauerhaft einer Kontingentierung unterwirft (siehe hierzu Abschnitt II.2).

Anerkannte Flüchtlinge sind ebenfalls von einer restriktiveren Behördenpraxis sowie von gesetzgeberischen Verschärfungen betroffen. So kam es in den letzten Jahren auch bei dieser Gruppe von Schutzberechtigten zu erheblichen Verzögerungen beim Familiennachzug und durch eine wesentliche Änderung der Entscheidungspraxis zur Verhinderung des Nachzugs von Geschwistern zu unbegleiteten Minderjährigen (siehe hierzu Abschnitt II.2). Ähnlich starke Kritik wie die Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Geschützten rief die Einführung einer Wohnsitzverpflichtung für alle anerkannten Schutzberechtigten hervor (siehe hierzu Abschnitt II.3). Darüber hinaus wurde Flüchtlingen die Aufenthaltsverfestigung erheblich erschwert (siehe hierzu Abschnitt II.4).

Weitere, die Rechtsposition von Schutzberechtigten einschränkende Maßnahmen, sind darüber hinaus in Arbeit, so sollen nunmehr hunderttausende Bescheide auf mögliche Widerrufsgründe geprüft und diesbezüglich eine Mitwirkungspflicht eingeführt werden (siehe hierzu Abschnitt II.5).

Diese Änderungen bei der Rechtsstellung von Schutzberechtigten werden vor allem auch deshalb kritisiert, weil sie unter dem Eindruck des außerordentlichen und kurzfristigen Anstiegs der Zahlen von Schutzsuchenden im Jahr 2015, ohne Rückgriff auf empirische Daten, zu weitestgehend permanenten Einschränkungen führen.⁸

Dieser Beitrag soll einerseits unter besonderer Berücksichtigung der hier skizzierten jüngsten Einschränkungen einen Überblick geben über die Rechtsstellung von Schutzberechtigten. Darüber hinaus soll dargestellt werden, dass bei den beiden Formen des internationalen Schutzes die Gewährung unterschiedlicher Rechtspositionen – nämlich deutlich eingeschränkte Folgerechte für subsidiär Schutzberechtigte im Vergleich zu GFK-Flüchtlingen – sachlich nicht gerechtfertigt ist und unter europa- und menschenrechtlichen Gesichtspunkten eine Gleichbehandlung geboten ist.

⁸ So etwa in Bezug auf die erschwerte Aufenthaltsverfestigung: Michael Maier-Borst zu Gesetzesverschärfungen, Hohenheimer Horizonte, Festschrift für Klaus Barwig, 2018, S. 458.

II. Aktuelle Einschränkungen der Rechtsstellung von Schutzberechtigten

Um Gleichheiten und Unterschiede in der Gewährleistung von Folgerechten deutlich zu machen, wird in diesem Abschnitt anhand bestimmter Rechtspositionen, die in letzter Zeit beschränkt wurden, auf die Rechtsstellung der folgenden Gruppen von Schutzberechtigten eingegangen:⁹

- *International Schutzberechtigte:* Personen, die als Flüchtlinge im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK)¹⁰ anerkannt wurden und solche, denen subsidiärer Schutz nach der EU-Qualifikationsrichtlinie (QRL)¹¹ zuerkannt wurde.
- *Asylberechtigte:* Personen, denen nach Art. 16a GG das Grundrecht auf Asyl zuerkannt wurde. Da das Asylgrundrecht aufgrund massiver Einschränkungen durch den sogenannten Asylkompromiss 1993 in der Praxis kaum noch Bedeutung hat und Asylberechtigte und GFK-Flüchtlinge in ihren Rechtspositionen gleichgestellt sind, wird diese Gruppe im Folgenden grundsätzlich nicht gesondert aufgeführt.
- *National Schutzberechtigte:* Personen, bei denen entweder nach § 60 Abs. 5 AufenthG wegen drohender Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) oder nach § 60 Abs. 7 AufenthG wegen erheblicher konkreter Gefahren ein Abschiebungsverbot festgestellt wurde. Da diese Schutzformen ihre Rechtsgrundlagen im deutschen Recht haben, werden sie nationale Abschiebungsverbote genannt.¹²
- *Resettlement- und HAP-Flüchtlinge:* Personen, die im Rahmen eines Resettlement (RST) Programms der Bundesregierung oder im Rahmen der Humanitären Aufnahmeprogramme (HAP) des Bundes oder der Länder in Deutschland aufgenommen wurden.¹³ Bei den Aufnahmeprogrammen der Länder ist die Aufnahme gebunden an die Übernahme der Lebensunterhaltskosten der Betroffenen durch andere bereits in Deutschland lebende Personen durch die sogenannte

⁹ Im Einzelnen zu den Schutzformen: Kirsten Eichler, Leitfadens zum Flüchtlingsrecht, 2. Auflage, 2016, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen«. Nachfolgend genannte Gesetze, Verordnungen und Richtlinien abrufbar bei asyl.net unter »Recht/Gesetzestexte«.

¹⁰ Da die Flüchtlingseigenschaft ihren Ursprung in der GFK hat, werden diese Personen auch Konventionsflüchtlinge genannt. Auf EU-Ebene wurden die Vorgaben der GFK im Jahr 2004 in die neu erlassene QRL übernommen und 2007 für Deutschland in §§ 3 ff. AsylG umgesetzt.

¹¹ RL 2011/95/EU auch Anerkennungsrichtlinie genannt; der subsidiäre Schutz wurde auf EU-Ebene im Jahr 2004 in der Erstfassung der QRL 2004/83/EG geschaffen, in Deutschland aber erst 2013 bei Umsetzung der Neufassung der QRL 2011/95/EU in § 4 AsylG normiert und vorher teilweise als (europarechtliches) Abschiebungsverbot bezeichnet.

¹² Bis zur Übernahme des europarechtlichen subsidiären Schutzes ins AsylG 2013 wurden die Abschiebungsverbote des § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG häufig zusammengefasst als subsidiärer Schutz bezeichnet.

¹³ Angaben zu den laufenden Programmen: resettlement.de.

Verpflichtungserklärung (§ 68 AufenthG). RST- und HAP-Flüchtlinge werden bereits im Erstzufluchtsstaat für das Aufnahmeverfahren ausgewählt, reisen legal nach Deutschland und durchlaufen bei Ankunft kein Asylverfahren.¹⁴

1. Aufenthaltstitel

Während die Voraussetzungen für die verschiedenen Formen des Schutzes aus unterschiedlichen Quellen stammen und in diversen Rechtsakten geregelt sind, finden sich die Aufenthaltstitel, die nach Schutzzuerkennung erteilt werden, sämtlich im Aufenthaltsgesetz.

Asylberechtigte haben einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 AufenthG. Für Personen mit internationalem Schutz ist dieser Anspruch in § 25 Abs. 2 AufenthG geregelt. Dabei sieht Satz 1 in Alternative 1 die Erteilung bei anerkannten Flüchtlingen und in Alternative 2 bei subsidiär Schutzberechtigten vor. Auch RST-Flüchtlinge haben einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (§ 23 Abs. 4 S. 2 i. V. m. Abs. 2. S. 3 AufenthG). Bei HAP-Flüchtlingen ist zu unterscheiden: Diejenigen, die über ein Bundesprogramm aufgenommen wurden, haben einen Anspruch auf Titelerteilung nach § 23 Abs. 2. S. 3 AufenthG, während für diejenigen, die über ein Landesprogramm aufgenommen wurden, die Vorschrift des § 23 Abs. 1 AufenthG gilt. Personen mit nationalem Abschiebungsschutz »sollen« nach § 25 Abs. 3 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erhalten. Das heißt, dass ihnen im Regelfall ein Titel erteilt wird. Ausnahmen sind im Gesetz vorgesehen.¹⁵

GFK- und RST-Flüchtlinge erhalten den Titel zunächst für drei Jahre, HAP-Flüchtlinge regelmäßig für zwei Jahre, subsidiär und national Schutzberechtigte für ein Jahr.¹⁶ Eine Verlängerung erfolgt grundsätzlich bei allen Schutzberechtigten jeweils um zwei Jahre.¹⁷ Sämtliche Aufenthaltstitel werden erst auf Antrag von der zuständigen Ausländerbehörde erteilt und verlängert, auch bei RST- und HAP-Flüchtlingen, deren Aufnahme ansonsten komplett behördlich gesteuert wird.¹⁸

Die Aufenthaltstitel müssen grundsätzlich auch erteilt und verlängert werden, wenn die Betroffenen keinen Pass haben. In der Praxis kam es in den letzten Jahren jedoch

vermehrt vor, dass Schutzberechtigte unter Verweigerung einer Aufenthaltserlaubnis zur Passbeschaffung aufgefordert wurden.¹⁹ Diese Praxis ist beinahe ausnahmslos als rechtswidrig anzusehen.²⁰ Von der Passpflicht als allgemeine Erteilungsvoraussetzung wird bei international und national Schutzberechtigten nach § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG abgesehen.²¹ Auch bei RST-Flüchtlingen darf die Aufenthaltserlaubnis nicht von der Passvorlage abhängig gemacht werden, da ihnen die Passbeschaffung nach § 6 S. 4 AufenthV regelmäßig unzumutbar ist. Bei HAP-Flüchtlingen kann von der Passpflicht abgesehen werden (§ 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG). Da bei ihnen, wie bei RST-Flüchtlingen auch, schon vor Einreise die Identität und Passbeschaffungsmöglichkeit geprüft wurde und bei fehlendem Pass vorläufig von der Passpflicht abgesehen wird, dürfte die Titelerteilung oder -verlängerung in der Regel nicht davon abhängig gemacht werden, worauf auch das Bundesinnenministerium hinweist.²²

2. Familiennachzug

Für GFK-Flüchtlinge ist in § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG der sogenannte privilegierte Familiennachzug vorgesehen, der bei rechtzeitiger Antragstellung einen Rechtsanspruch auf Zusammenführung schafft, der nicht von allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen abhängig ist. Insbesondere müssen also keine Nachweise der Lebensunterhaltssicherung und des ausreichenden Wohnraums erbracht werden.²³ RST-Flüchtlinge wurden in dieser Hinsicht »angesichts der vergleichbaren Situation« gleichgestellt.²⁴ In der Praxis aber kommt es beim Nachzugsverfahren zu erheblichen Hürden, die vor allem auf restriktivem behördlichen Vorgehen beruhen.

So wird etwa für den Nachweis der familiären Verbindungen auf Vorlage von offiziellen Personenstandsdokumenten und für das Visumsverfahren auf Vorlage von Pässen bestanden. Da es für Flüchtlinge häufig unmöglich oder unzumutbar ist, diese Anforderungen zu erfüllen, sind hier flexible Lösungen notwendig, die die Glaubhaftmachung der familiären Beziehungen auf andere Weise ermöglichen.²⁵

Hinzu kommen erhebliche Probleme, die darauf beruhen, dass für die Beantragung des Familiennachzugs

¹⁴ Mehr zu den Programmen und zum Verfahrensablauf: Eva Lutter, Vanessa Zehnder und Elena Knežević, *Asylmagazin* 1-2/2018, S. 29 ff.

¹⁵ Einzelheiten zu den Ausnahmen, siehe Leitfaden des Flüchtlingsrats Niedersachsen, Abschnitt 13.1, abrufbar auf nds-fluerat.org/leitfaden.

¹⁶ GFK-Flüchtlinge: § 26 Abs. 1 S. 2 AufenthG; RST- und HAP-Flüchtlinge: jeweilige Aufnahmeanordnung; subsidiär und national Schutzberechtigte: § 26 Abs. 1 S. 3 und 4 AufenthG.

¹⁷ Hubert Heinhold zur Passpflicht, *Asylmagazin* 1-2/2018, S. 14; Nur für subsidiär Geschützte ausdrücklich geregelt: § 26 Abs. 1 S. 3 AufenthG; Abschiebungsschutzberechtigte: ein bis drei Jahre, Allgemeine Verwaltungsvorschrift, AVV AufenthG Nr. 26.1.2.

¹⁸ Siehe Lutter/Zehnder/Knežević, a. a. O. (Fn. 14), S. 34.

¹⁹ Heinhold zur Passpflicht, a. a. O. (Fn. 17), S. 7; Kerstin Becker und Nadja Saborowski zur Unzumutbarkeit der Passbeschaffung, *Asylmagazin* 1-2/2018, S. 16.

²⁰ So auch Heinhold zur Passpflicht, a. a. O. (Fn. 17), S. 13.

²¹ Dies gilt nach § 8 Abs. 1 AufenthG auch bei Verlängerung.

²² Ausführlich zu Mitwirkungspflichten nach RST und Aufnahme: Eva Lutter und Claire Deery, *Asylmagazin* 1-2/2018, S. 24. ff.

²³ Zu Voraussetzungen und Verfahren: familie.asyl.net/ausserhalb-europas/allgemeine-erteilungsvoraussetzungen/Privilegierung.

²⁴ Begründung BleibRNeuG, BT-Drs. 18/4097, S. 55, a. a. O. (Fn. 4).

²⁵ Ausführlich zu Problemen bei der Familienzusammenführung: UNHCR, *Asylmagazin* 4/2017, S. 132 ff.

eine persönliche Vorsprache der Familienangehörigen bei der zuständigen Auslandsvertretung verlangt wird, obwohl es hierfür keine gesetzliche Grundlage gibt.²⁶ Da die örtlichen Zuständigkeiten von deutschen Auslandsvertretungen sehr eingeschränkt sind, ist es Angehörigen in Erstaufnahmestaaten oft nur sehr verzögert oder gar nicht möglich, den Nachzug zu beantragen.²⁷ Darüber hinaus sind Termine für die persönliche Antragstellung oft nur mit sehr langen Vorlaufzeiten und teilweise kostenpflichtig zu bekommen.²⁸ Dazu kommen zum Teil lange Wartezeiten bis zur Visumserteilung.²⁹ Dadurch wird die Höchstbearbeitungszeit, die allgemein für die Verwaltung vorgesehen ist (vgl. § 75 S. 2 VwGO, der nach drei Monaten die Untätigkeitsklage ermöglicht) ohne ausreichenden Grund überschritten.³⁰ Und auch die europarechtlich spezifisch für den Familiennachzug vorgesehenen neun Monate Höchstbearbeitungszeit nach Art. 5 Abs. 4 FamZ-RL werden nicht eingehalten.³¹

Beim Nachzug zu unbegleiteten Minderjährigen vertreten die zuständigen Behörden weiterhin die Auffassung, dass der Nachzugsanspruch nur bis zur Volljährigkeit besteht, wodurch der Familiennachzug vielfach komplett vereitelt wird.³² Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH und des OVG Berlin-Brandenburg ist diese Auffassung allerdings unhaltbar.³³

Als gravierende Einschränkung beim Nachzug zu Flüchtlingen kam vor etwa zwei Jahren eine Änderung in der Entscheidungspraxis hinzu, die den Nachzug von Geschwistern zusammen mit den Eltern zu unbegleiteten Minderjährigen verhindert.³⁴ Dies liegt daran, dass zum Geschwisternachzug in Deutschland keine gesetzliche Regelung geschaffen wurde, obwohl auf diese Gesetzeslücke

häufig hingewiesen wurde.³⁵ Während früher in solchen Fällen von einer Härtelage ausgegangen wurde und von den Erteilungsvoraussetzungen der Lebensunterhaltssicherung und des ausreichenden Wohnraums abgesehen wurde, werden diese inzwischen gefordert, obwohl es für die betroffenen Minderjährigen in Deutschland nicht möglich ist, diese Voraussetzungen zu schaffen.³⁶ Das stellt Eltern vor die unmögliche Entscheidung, entweder Kinder im Konfliktgebiet zurückzulassen oder auf den Nachzug zu ihrem Kind in Deutschland zu verzichten.³⁷

Für subsidiär Schutzberechtigte wurde nach langjährigen Forderungen zunächst der Familiennachzug wie bei Flüchtlingen privilegiert, da im Gesetzgebungsverfahren großes Einvernehmen bestand, dass eine Gleichstellung geboten ist.³⁸ Durch das »Asylpaket II« aber wurde dieser Nachzugsanspruch im März 2016 für zwei Jahre³⁹ und im März 2018 um weitere viereinhalb Monate ausgesetzt.⁴⁰

Wurde im Gesetzgebungsverfahren noch darauf verwiesen, dass die Aussetzung des Familiennachzugs nur wenige Familien betreffe, änderte sich dies in der Folgezeit dramatisch durch die Entscheidungspraxis des BAMF: Viele Asylsuchende aus den zugangsstärksten Ländern Syrien, Eritrea, Irak und Afghanistan erhielten plötzlich und ohne, dass sich im Herkunftsland etwas geändert hätte, nur noch den subsidiären Schutz anstatt wie vorher (zum Teil durch obergerichtliche Rechtsprechung vorgegeben)⁴¹ den Flüchtlingsschutz.⁴² Inzwischen sind mehrere zehntausend Familien betroffen.⁴³ Aufgrund der Änderung der Entscheidungspraxis des BAMF ist ein Streit um den Schutzstatus von Asylsuchenden aus Syrien entbrannt, der inzwischen alle Ebenen der sowieso schon überlasteten Verwaltungsgerichtsbarkeit beschäftigt.⁴⁴

Im August 2018 wurde der Nachzugsanspruch ganz abgeschafft und es gilt nunmehr der neu eingeführte

²⁶ VG Berlin, Beschluss vom 28.6.2016 – 4 K 135.16 V – asyl.net: M24137, Asylmagazin 4/2017; Urteil vom 7.11.2017 – 36 K 92.17 V – asyl.net: M25744, Asylmagazin 3/2018; Tobias Behnke zum Familiennachzug zu syrischen Schutzberechtigten, InfAuslR 1/2017, S. 6.

²⁷ UNHCR zum Familiennachzug, a. a. O. (Fn. 25), S. 136.

²⁸ Behnke, a. a. O. (Fn. 26), S. 6.

²⁹ Ebenda.

³⁰ Ebenda; Einen zureichenden Grund allerdings bejahend: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 2.1.2017 – 3 M 122.16 – asyl.net: M24816.

³¹ EU-Famlienzusammenführungsrichtlinie 2003/86/EG (FamZ-RL); Behnke, a. a. O. (Fn. 26), S. 6.

³² Heike Winzenried zum Familiennachzug zu unbegleiteten Minderjährigen, Asylmagazin 10-11/2017, S. 372.

³³ EuGH, Urteil vom 12.04.2018 – C-550/16 A. und S. gg. die Niederlande – asyl.net: M26143, Asylmagazin 5/2018; OVG Berlin-Brandenburg, Beschlüsse vom 4.9.2018 – OVG 3 S 47.18, OVG 3 M 52.18 – asyl.net: M26617, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 449, und vom 27.4.2018 – OVG 3 S 23.18, OVG 3 M 22.18, OVG 3 M 23.18 – asyl.net: M26533; siehe Meldungen auf asyl.net vom 12.10. und 1.11.2018; Heiko Habbe zum Familiennachzug zu volljährig Gewordenen, Asylmagazin 5/2018, S. 149 ff.; Constantin Hruschka, Kein »aging out«, NVwZ 19/2018, S. 1451 ff.; BumF Hinweise zur Umsetzung des EuGH-Urteils, abrufbar auf b-umf.de.

³⁴ Pro Asyl, Pressemitteilung vom 31.3.2017: Familiennachzug zu unbegleiteten Minderjährigen; UNHCR zum Familiennachzug, a. a. O. (Fn. 25), S. 134 f.; Winzenried, a. a. O. (Fn. 32), S. 374.

³⁵ UNHCR zum Familiennachzug, a. a. O. (Fn. 25), S. 135.

³⁶ Auch die für Visaverfahren zuständigen VG Berlin und OVG Berlin-Brandenburg gingen früher von einem Härtefall aus, haben aber ihre Rechtsprechung geändert: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2016 – 3 S 98.16 – asyl.net: M24860, Asylmagazin 4/2017.

³⁷ UNHCR zum Familiennachzug, a. a. O. (Fn. 25), S. 135; Winzenried, a. a. O. (Fn. 32), S. 371.

³⁸ Änderung des § 29 Abs. 2 AufenthG durch das BleibeRNeuG; Gesetzesbegründung, a. a. O. (Fn. 24), S. 56; UNHCR Stellungnahme zum BleibeRNeuG, a. a. O. (Fn. 2); Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 447.

³⁹ Aussetzung vom 17.3.2016 bis zum 15.3.2018, Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, in Kraft getreten am 17.3.2016.

⁴⁰ Verlängerung bis zum 31.7.2018, Aussetzungsverlängerungsgesetz, in Kraft getreten am 16.3.2018.

⁴¹ Pauline Endres de Oliveira zum Schutz syrischer Flüchtlinge Asylmagazin 9/2014, S. 284 ff.

⁴² Pro Asyl, Pressemitteilung vom 14.7.2016: »Asylzahlen im Juni 2016« und Meldung vom 14.9.2016: »Immer weniger Flüchtlingsschutz«, abrufbar auf proasyl.de; Jochen Schwarz: Subsidiäre Flüchtlingspolitik, Asylmagazin 4/2017, S. 145 ff.

⁴³ Studie des IAB Forschungsinstituts der Bundesagentur für Arbeit, IAB-Forum 19.10.2017, abrufbar auf iab-forum.de.

⁴⁴ Meldung vom 24.2.2017 auf asyl.net: »Erste OVG Entscheidungen zum Schutzstatus von Asylsuchenden aus Syrien«.

§ 36a AufenthG. Demnach kann der Nachzug »aus humanitären Gründen« nach Ermessen gewährt werden, beschränkt auf 1000 Personen pro Monat.⁴⁵

Bereits die Aussetzung wurde als verfassungs-, europa- und völkerrechtswidrig kritisiert.⁴⁶ Das BVerfG lehnte es zumindest im Eilverfahren ab, die Verfassungsmäßigkeit zu beurteilen, was angesichts des Ablaufs der befristeten Aussetzung vielleicht dazu führen wird, dass es sich gar nicht mehr positioniert.⁴⁷ Aber auch die Neuregelung begegnet erheblichen grund- und menschenrechtlichen Bedenken:⁴⁸ Sie schließt zwar den Nachzug nicht aus, sieht aber ein kompliziertes, bürokratisches und dadurch langwieriges und intransparentes Verfahren vor, welches weiterhin zu langjährigen oder gar dauerhaften Trennungen von Familien führt.⁴⁹

3. Freizügigkeit

Die GFK gibt in Art. 26 vor, dass anerkannten Flüchtlingen ebenso Freizügigkeit im Aufnahmestaat gewährt wird wie anderen Nicht-Staatsangehörigen, die sich unter den gleichen Umständen rechtmäßig dort aufhalten. Die QRL bestätigt diese Freizügigkeit und garantiert sie auch für subsidiär Schutzberechtigte (Art. 33).

Bis vor etwa zwei Jahren wurde anerkannten Flüchtlingen Freizügigkeit gewährt. Subsidiär Geschützte wurden hingegen bei Sozialleistungsbezug regelmäßig mit einer Wohnsitzauflage belegt. Dies befand der EuGH für unzulässig. Laut seiner Rechtsprechung darf die Freizügigkeit von Schutzberechtigten nicht zum Zwecke der Lastenteilung bei Sozialleistungen eingeschränkt werden.⁵⁰ Für anerkannte Flüchtlinge hatte das BVerwG dies bereits festgestellt.⁵¹ Laut EuGH gebietet der Gleichbehandlungsgrundsatz jedenfalls, dass eine Wohnsitzauflage nur dann verfügt werden kann, wenn sie für alle rechtmäßig in Deutschland lebenden Drittstaatsangehörigen (Personen,

die nicht Staatsangehörige eines EU-Staats sind) gleichermaßen gilt. Um die Freizügigkeit nur für eine Personengruppe (hier: Schutzberechtigte) einschränken zu können, müsse nachgewiesen werden, dass sich ihre Situation objektiv von der Situation anderer Drittstaatsangehöriger unterscheidet.

Mit dem Integrationsgesetz wurde trotz dieser Rechtsprechung eine Regelung in § 12a AufenthG geschaffen, die alle Gruppen von Schutzberechtigten der Wohnsitzverpflichtung unterwirft.⁵² Dabei gilt vornehmlich die bundesgesetzlich festgelegte Verpflichtung für Betroffene, in dem Bundesland zu bleiben, in das sie für das Asylverfahren verteilt wurden (§ 12a Abs. 1 AufenthG). Angesichts der Tatsache, dass diese Verteilung auf die Bundesländer anhand des sogenannten Königsteiner Schlüssels erfolgt, der hauptsächlich auf die Wirtschaftskraft abstellt,⁵³ und dass die Wohnsitzverpflichtung bei Sozialleistungsbezug und automatisch ohne Prüfung der Integrationschancen im Einzelfall gilt, ist davon auszugehen, dass das Ziel einer »Lastenverteilung« für die gesetzgeberische Motivation ausschlaggebend war.⁵⁴ Das Argument des OVG Nordrhein-Westfalen in seiner Entscheidung zur Wohnsitzregelung,⁵⁵ wonach die Verteilung auch die Aufnahmefähigkeit der Bundesländer berücksichtigt, greift zu kurz. Laut EuGH kommt es darauf gar nicht an, sondern darauf, ob ein besonderer Integrationsbedarf von Betroffenen gegeben ist. Unter anderem aus diesem Grund wird diese Regelung als europa- und völkerrechtswidrig bewertet.⁵⁶

Auch die innerhalb der Bundesländer vorgesehene Zuweisung von Schutzsuchenden ist zumindest in der Praxis kritisch zu bewerten, da in mehreren Bundesländern trotz bundesgesetzlich vorgesehener Einzelfallprüfung die Zuweisung pauschal anhand von Quoten erfolgt.⁵⁷ Dies wurde etwa in Nordrhein-Westfalen vom dortigen OVG kürzlich als rechtswidrig verurteilt.⁵⁸ Darüber hinaus bewirken die unklaren Regelungen und unterschiedliche Umsetzung durch die Bundesländer Rechtsunsicherheit, die sich integrationshemmend auswirken kann.⁵⁹

Ob der Zwang zur Wohnsitznahme überhaupt integrationsfördernd sein kann, wurde auch schon zu Zeiten des

⁴⁵ Familiennachzugsneuregelungsgesetz, in Kraft getreten am 1.8.2018; asyl.net Meldung vom 19.6.2018; zur Neuregelung siehe Cana Mungan, Sebastian Muy und Daniel Weber, in diesem Heft ab S. 406.

⁴⁶ Zur Verfassungswidrigkeit: Helene Heuser, Asylmagazin 4/2017, S. 128, m. w. N.; zum Verstoß gegen die UN-Kinderrechtskonvention: Hendrik Cremer, Asylmagazin 3/2018, S. 65 ff.; zur Unionsrechtswidrigkeit siehe Jürgen Bast, ZAR 2/2018, S. 42.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 11.10.2017 – 2 BvR 1758/17 – asyl.net: M25554, Asylmagazin 12/2017; Anmerkung von Adriana Kessler und Sigrun Krause, Asylmagazin 12/2017, S. 461 ff.

⁴⁸ Bellinda Bartolucci und Marei Pelzer zur fortgesetzten Begrenzung des Familiennachzugs, ZAR 4/2018, S. 133 ff.

⁴⁹ Mungan/Muy/Weber, a. a. O. (Fn. 45), mit dem Hinweis, dass bisher das monatliche Kontingent noch nicht einmal ansatzweise ausgeschöpft wurde und dass der Normenkontrollrat bereits gewarnt hatte, dass die Neuregelung mit bestehenden Verwaltungsstrukturen nicht umsetzbar sei.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 1.3.2016 – C-443/14; C-444/14, Alo und Osso gg. Deutschland – asyl.net: M23635, Asylmagazin 3/2016; Marei Pelzer und Maximilian Pichl zur Wohnsitzauflage, ZAR 3/2016, S. 96 ff.

⁵¹ BVerwG, Urteil vom 15.1.2008 – 1 C 17.07 – asyl.net: M12986.

⁵² IntG, in Kraft getreten am 6.8.2016; Erste Bestandsaufnahme: Clara Schlottheuber und Sebastian Röder, Asylmagazin 11/2016, S. 364 ff.; Zur zwischenzeitlichen Umsetzung durch die Bundesländer: Melina Lehrian, in diesem Heft ab S. 416.

⁵³ Berücksichtigung von Steuereinnahmen zu 2/3 und der Bevölkerungszahl zu 1/3; siehe hierzu auch Kay Ruge, ZAR 3/2016, S. 93.

⁵⁴ Deutscher Anwaltverein (DAV), Stellungnahme zum IntG, 15.6.2016, S. 24, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

⁵⁵ OVG NRW, Urteil vom 4.9.2018 – 18 A 256/18 – asyl.net: M26621, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 450.

⁵⁶ Claudius Voigt, Anmerkung zum o.g. Urteil des OVG NRW, in diesem Heft ab S. 454; DAV, Stellungnahme, a. a. O. (Fn. 54), S. 17.

⁵⁷ Lehrian, a. a. O. (Fn. 52).

⁵⁸ OVG NRW, Urteil vom 4.9.2018, a. a. O. (Fn. 55).

⁵⁹ DAV Stellungnahme, a. a. O. (Fn. 54), S. 25; Lehrian, a. a. O. (Fn. 52), S. 423.

inzwischen aufgehobenen Wohnungszuweisungsgesetzes für Spätaussiedler infrage gestellt.⁶⁰ Zur früheren Wohnsitzauflage hat der UNHCR bereits 2007 die Auffassung vertreten, dass die Einschränkung der Wohnsitzfreiheit sowohl bei Flüchtlingen als auch bei subsidiär Schutzberechtigten mit Völker- und Europarecht unvereinbar sei.⁶¹

4. Aufenthaltsverfestigung

Eine Grundannahme bei der Gewährung von Flüchtlingschutz ist, dass Betroffene bei fortwährendem Schutzbedarf die Möglichkeit erhalten müssen, dauerhaft im Aufnahmeland zu bleiben.⁶² Dies geht auch aus Art. 34 GFK hervor, wonach die Vertragsstaaten die Eingliederung und Einbürgerung von Flüchtlingen »soweit wie möglich« erleichtern sollen.⁶³ Bis vor zwei Jahren konnten GFK-Flüchtlinge dementsprechend unabhängig von Integrationsleistungen nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erhalten, wenn keine Widerrufs- oder Rücknahmegründe gegeben waren. Die erleichterte Erlangung der Niederlassungserlaubnis für Flüchtlinge wurde 2015 noch auf RST-Flüchtlinge ausgeweitet, ein knappes Jahr später jedoch durch die Neuregelung des § 26 Abs. 3 AufenthG deutlich eingeschränkt.⁶⁴

Seit der Gesetzesverschärfung unterscheiden sich die Voraussetzungen für die Niederlassungserlaubnis für die »bessergestellten« Flüchtlinge von den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 AufenthG, der dieses dauerhafte Aufenthaltsrecht allgemein für Drittstaatsangehörige regelt, nur noch in wenigen Punkten:

- Der Nachweis von Rentenbeitragszahlungen über fünf Jahre ist nicht erforderlich;
- das erforderliche Niveau der Sprachkenntnisse ist geringer;
- der Lebensunterhalt muss nur »überwiegend« anstatt vollständig gesichert sein.

Außerdem ist für Flüchtlinge eine »fast-track« Niederlassungserlaubnis bei »herausragender Integration« nach drei Jahren möglich, die allerdings sehr hohe Hürden setzt (§ 26 Abs. 3 S. 3 AufenthG).

Demgegenüber unterliegen subsidiär und national Schutzberechtigte sowie HAP-Flüchtlinge für die Erlangung der Niederlassungserlaubnis den gleichen Voraussetzungen wie andere Drittstaatsangehörige. Bei eiliger Gesetzesänderung vermutlich übersehen wurde, dass

für alle Drittstaatsangehörigen die Regelung des § 9a AufenthG gilt: Sie können unter fast den gleichen Voraussetzungen wie anerkannte Flüchtlinge nach fünf Jahren die Daueraufenthaltserlaubnis-EU erlangen, die laut Gesetz der Niederlassungserlaubnis gleichgestellt ist. Lediglich das geforderte Sprachniveau ist etwas höher und der Lebensunterhalt muss vollständig (statt überwiegend) gesichert sein.

5. Widerrufsprüfungen

Die Schutzberechtigung besteht so lange fort wie die Voraussetzungen, die ursprünglich für die Schutzerteilung ausschlaggebend waren, weiterhin vorliegen. Für den Fall, dass die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind, gibt es verschiedene Möglichkeiten der Schutzbeendigung. So kann der Schutzstatus automatisch per Gesetz erlöschen. Dies gilt nur für die Asylberechtigung und die Flüchtlingsanerkennung (§ 72 AsylG), etwa wenn Betroffene freiwillig und absichtlich den Schutz des Herkunftsstaats tatsächlich wieder in Anspruch nehmen.⁶⁵

Die Schutzberechtigung kann auch durch behördliche Entscheidung, also Widerruf oder Rücknahme, wieder aberkannt werden (§§ 73 ff. AsylG). Bei Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen ist spätestens drei Jahre nach Anerkennung eine obligatorische Aufhebungsprüfung vom BAMF durchzuführen (sogenannte Regelwiderrufsprüfung nach § 73 Abs. 2a AsylG). Darüber hinaus ist bei allen Schutzstatus jederzeit auch ein anlassbezogener Widerruf möglich, etwa wenn sich die Verhältnisse im Herkunftsland derart geändert haben, dass Betroffenen dort keine Gefahr mehr droht. Im Rahmen der Prüfung hat das BAMF ein gesetzlich vorgeschriebenes Verfahren einzuhalten und muss den Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen.⁶⁶

Aufgrund der geringen Ergiebigkeit der Regelwiderrufsprüfung wurde in Zeiten, als das BAMF stark überlastet war, gefordert, diese nicht anlassbezogenen Prüfungen einzustellen.⁶⁷ Die vorhandenen Kapazitäten hätten vielmehr dafür eingesetzt werden können, um auch bei hohen Zugangszahlen von Asylsuchenden eine ebenso schnelle wie sorgfältige Bearbeitung der Asylanträge sicherzustellen, wie sie von Fachorganisationen gefordert wird.⁶⁸ Stattdessen wurden die Asylentscheidungen vom BAMF ab dem Jahr 2015 zunehmend unter bewusster Vernachlässigung der Qualität von häufig nicht ausreichend geschulten Mitarbeitenden und unter enormen

⁶⁰ DAV Stellungnahme, a. a. O. (Fn. 54), S. 23; BVerfG, Urteil vom 17.3.2004 – 1 BvR 1266/00 – asyl.net: M4827.

⁶¹ UNHCR-Stellungnahme zur Beschränkung der Wohnsitzfreiheit, Juli 2007, abrufbar auf nds-fluerat.org unter Aktuelles/15.8.2007.

⁶² In Bezug auf das Asylgrundrecht: Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 453.

⁶³ Ebenda.

⁶⁴ IntG, a. a. O. (Fn. 52).

⁶⁵ Siehe asyl.net »Themen/Asylrecht/Schutzbeendigung«; Heinhold zur Passpflicht, a. a. O. (Fn. 17), S. 8.

⁶⁶ Ausführlich zu Widerrufsprüfungen: Hubert Heinhold, *Asylmagazin* 6/2018, S. 197 ff.

⁶⁷ ProAsyl Stellungnahme zum Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz (Asylpaket I), 8.10.2015, Ausschuss-Drs. 18(4)411, S. 6, a. a. O. (Fn. 4).

⁶⁸ Memorandum für faire und sorgfältige Asylverfahren, November 2016, abrufbar auf asyl.net unter »Arbeitshilfen«.

Zeitdruck gefällt, um den Rückstau von Asylanträgen abzuarbeiten.⁶⁹ Dies führte zu zahlreichen fehlerhaften Bescheiden und einer Verlagerung der Verfahren auf die Verwaltungsgerichte als einzige Korrekturinstanz.⁷⁰

Anstatt aber die Forderung fachkundiger Organisationen zu erfüllen, (zumindest auch) ablehnende Bescheide zu überprüfen und eine interne Qualitätskontrolle zu etablieren,⁷¹ begann das BAMF damit, massiv Widerrufsprüfungen von positiven Bescheiden vorzunehmen.⁷² Ausschlaggebend hierfür waren der Fall »Franco A.« sowie der angebliche Bremer »BAMF-Skandal«.⁷³ Um die Bescheide anerkannter, insbesondere syrischer und irakischer Flüchtlinge zu überprüfen, führt das BAMF nun »vorgezogene Regelüberprüfungen« durch. Seit August 2017 wurden so rund 100.000 Überprüfungen vorgenommen, wovon bis September 2018 etwa 11.000 abgeschlossen wurden. Sowohl diese als auch die regulären Widerrufsprüfverfahren, die im ersten Halbjahr 2018 durchgeführt wurden, haben zusammen allerdings in nur 0,7% der Fälle zu Widerrufen geführt.⁷⁴ Bis Ende 2020 soll das BAMF knapp 800.000 Bescheide überprüfen. Dies wird laut BAMF-Leitung »sämtliche« Ressourcen des Amtes binden.⁷⁵

Im Rahmen dieser Überprüfungen wurden Schutzberechtigte zu »freiwilligen Gesprächen« eingeladen und zur Vorlage von Identitätsdokumenten aufgefordert, was zu großer Verunsicherung und Verwirrung bei den Betroffenen geführt hat.⁷⁶ In diesem Zusammenhang hat der Bundestag in bekannter Hektik ein neues Gesetz beschlossen, welches vorsieht, dass für Betroffene künftig im Rahmen von Widerrufs- und Rücknahmeverfahren eine Reihe von Verpflichtungen gelten, denen sie auch schon im Asylverfahren unterlagen.⁷⁷ Die darin vorgesehenen Vorschriften zur anlasslosen Widerrufsprüfung, Verlagerung der Beweislast vom Staat auf die Betroffenen und Möglichkeit der Aberkennung des Schutzes bei Mitwir-

kungspflichtverletzung werden als europarechtswidrig kritisiert.⁷⁸

III. Ungleichbehandlung von internationalen Schutzberechtigten

Auf Ebene der Europäischen Union wurde die grundlegende Entscheidung getroffen, dass die Rechtsstellung von Personen, die eine der beiden Varianten des internationalen Schutzes zuerkannt bekommen haben, angeglichen werden soll.⁷⁹ So sollte mit der QRL ein einheitlicher Status für alle Personen eingeführt werden, denen internationaler Schutz zuerkannt wurde.⁸⁰ Obwohl der subsidiäre Schutz zunächst gegenüber dem völkerrechtlichen Flüchtlingsschutz als nachrangig und temporär angesehen wurde, ist inzwischen auch im EU-Primärrecht anerkannt, dass der subsidiäre Schutz den GFK-Schutz ergänzt und auf Dauer angelegt ist, also komplementär ist.⁸¹

Die GFK vermittelt anerkannten Flüchtlingen nicht nur das Recht nicht zurückgeschoben zu werden (Re-foulement-Verbot nach Art. 33) sondern auch bestimmte Folgerechte. Für den subsidiären Schutz wurden zwar die Folgerechte nicht auf völkerrechtlicher Ebene geregelt, er basiert aber auch auf dem menschenrechtlichen Grundsatz der Nichtzurückweisung (insbesondere aus Art. 3 EMRK) welches eine Angleichung seiner Statusrechte an den Flüchtlingsstatus erfordert.⁸² Sehr deutlich wird dies in Erwägungsgrund 39 der QRL: Subsidiär Schutzberechtigte sollen »dieselben Rechte und Leistungen zu den selben Bedingungen« erhalten wie Flüchtlinge. Eine Ungleichbehandlung darf nur ausnahmsweise erfolgen, wenn sie »notwendig und sachlich gerechtfertigt« ist. Die QRL legt in Art. 20 Abs. 2 grundsätzlich fest, dass für beide Formen des internationalen Schutzes die gleichen Rechte gewährleistet werden müssen, außer wenn ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist. Bei Erweiterung des Daueraufenthaltsrechts-EU auf subsidiär Geschützte wurde die Gleichbehandlung dementsprechend betont.⁸³

Es entspricht auch der Rechtsprechung des EGMR, dass die Rechte von subsidiär Schutzberechtigten denen ange-

⁶⁹ Zu Qualitätsmängeln ausführlich siehe Johanna Mantel, *Neue Caritas Jahrbuch 2018*, S. 118 ff.

⁷⁰ Spiegel, Artikel vom 30.3.2017: »BAMF verschiebt alte Asylverfahren auf überlastete Verwaltungsgerichte«; zu den Herausforderungen, die durch den »durchgereichten Verfahrensberg« entstehen, siehe Uwe Berlit zum Asylprozessrecht, *InfAusLR 9/2018*, S. 311 f.

⁷¹ Gemeinsame Erklärung vom 30.5.2017: »Abschiebungen nach Afghanistan stoppen«, abrufbar auf diakonie.de.

⁷² Heinhold zu Widerrufsprüfungen, a. a. O. (Fn. 66), S. 192 f.

⁷³ Die Umstände der Flüchtlingsanerkennung des mutmaßlich rechtsextremen Bundeswehrosoldaten Franco A., der sich als Syrer ausgegeben hatte, stellten sich als Einzelfall heraus und die Überprüfung von Entscheidungen der Bremer BAMF-Außenstelle ergab nach den bislang veröffentlichten Ergebnissen nur wenige Verfahrensfehler.

⁷⁴ Nachrichten im *Asylmagazin 9/2018*: Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Linken (BT-Drs. 19/3451).

⁷⁵ Stellungnahme des BAMF-Präsidenten Sommer: Anhörung zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Asylgesetzes, 5.11.2018, abrufbar auf bundestag.de.

⁷⁶ Heinhold zu Widerrufsprüfungen, a. a. O. (Fn. 66), S. 192.

⁷⁷ Meldung auf asyl.net vom 9.11.2018: »Einführung einer Mitwirkungspflicht im Widerrufsverfahren«.

⁷⁸ Sachverständigenstellungnahmen von RA Thomas Oberhäuser, DAV, Ausschuss-Drs. 19(4)159 B und RAin Berenice Böhlo, RAV, Ausschuss-Drs. 19(4)159 D; abrufbar auf bundestag.de.

⁷⁹ Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 42; Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 451.

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 13.9.2018 – C-369/17 Ahmed gg. Ungarn – asyl.net: M26566, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 441; Anmerkung: Nula Frei, *Verfassungsblog*, 1.10.2018.

⁸¹ Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 43, UNHCR, *Complementary Forms of Protection*, 9.6.2000, EC/50/SC/CRP.18, abrufbar auf refworld.org; Nora Markard, *Kriegsflüchtlinge*, 2012, S. 307 ff.

⁸² Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 43 f.

⁸³ Erwägungsgrund 7 der RL 2011/51/EU zur Erweiterung der Daueraufenthaltsrichtlinie 2003/109/EG, siehe auch Abschnitt III.2.

glichen werden, die Flüchtlingen gewährleistet werden.⁸⁴ Laut EGMR ist eine Ungleichbehandlung von Personen allein auf Grundlage des Aufenthaltstitels diskriminierend im Sinne von Art. 14 EMRK, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt werden kann.⁸⁵ Aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes dürfen Unterscheidungen bei Statusrechten nach dem EGMR nur erfolgen, wenn sie einen legitimen Zwecken verfolgen und verhältnismäßig sind.⁸⁶

1. Familiennachzug

Das Recht auf Familieneinheit von Personen mit internationalem Schutz ist völkerrechtlich geschützt, auch wenn es für Flüchtlinge nicht ausdrücklich in die GFK aufgenommen wurde.⁸⁷ Die EU-Familienzusammenführungsrichtlinie sieht allgemein für Drittstaatsangehörige das Recht auf Familiennachzug vor, wenn sie einen mindestens für ein Jahr gültigen Aufenthaltstitel und Aussicht auf einen dauerhaften Aufenthalt haben (Art. 3 und 4 FamZ-RL). Dabei werden anerkannte Flüchtlinge privilegiert (Art. 9–12 FamZ-RL).

Zwar hat der EuGH kürzlich festgestellt, dass die FamZ-RL nicht auf subsidiär Schutzberechtigte anwendbar sei.⁸⁸ Dies ist jedoch wenig überzeugend. In Bezug auf die Anwendbarkeit der FamZ-RL stützt sich der EuGH hauptsächlich auf die Entstehungsgeschichte von deren Art. 3 Abs. 2 Bst. c, wonach keine Anwendung auf »subsidiäre Schutzformen« vorgesehen ist. Da der europarechtliche subsidiäre Schutz bei Erlass der FamZ-RL noch nicht existierte, wurde bisher davon ausgegangen, dass dieser nicht ausgeschlossen sei.⁸⁹ Der EuGH stellt dagegen darauf ab, dass der Ausschluss des europarechtlichen subsidiären Schutzes durchaus beabsichtigt gewesen sei, weil die EU-Kommission geplant habe, für diesen Status eigene Bestimmungen zur Familienzusammenführung vorzuschlagen (Rn. 30). Solche Regelungen wurden jedoch nie eingeführt. Vielmehr wurde für den europarechtlichen subsidiären Schutz bei seiner späteren Schaffung durch die QRL die Gleichbehandlung vorgesehen.⁹⁰

Wenn man der nunmehr ergangenen Entscheidung des EuGH folgt, würde dies bedeuten gesetzgeberischen Versäumnissen Vorrang vor menschenrechtlichen Vorgaben einzuräumen. Der Fokus auf die Entstehungsgeschichte der europarechtlichen Vorschriften ist aber zu kurz gefasst und lässt außer Acht, dass das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS) von Anfang an auf eine Vertiefung und Veränderung angelegt war.⁹¹

Der EuGH selbst betont in seinem aktuellen Urteil (Rn. 53), dass der

»[...] Lage von Flüchtlingen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden [muss,] da sie nicht damit rechnen können, in ihrem Herkunftsstaat ein normales Familienleben zu führen, sie womöglich während eines langen Zeitraums von ihrer Familie getrennt gewesen waren, bevor ihnen der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde, und die Erfüllung der in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie genannten materiellen Voraussetzungen für sie im Vergleich zu anderen Drittstaatsangehörigen eine größere Schwierigkeit darstellen kann.«

Genau diese Umstände treffen aber auch auf subsidiär Schutzberechtigte zu.⁹² Daher kann eine Ungleichbehandlung der beiden Formen des internationalen Schutzes nicht gerechtfertigt werden. Auch nach der Rechtsprechung des EGMR dürften Einschränkungen beim Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, die bei Flüchtlingen unzulässig wären, nicht begründbar sein.⁹³ Das Fehlen einer Regelung, die subsidiär Geschützten einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug vermittelt, stellt eine »planwidrige Regelungslücke« dar.⁹⁴ Solange gesetzliche Vorschriften fehlen, ist daher unter Berufung auf Grund- und Menschenrechte das Recht auf Familienzusammenführung für subsidiär Schutzberechtigte zu gewährleisten.⁹⁵ In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass sich der Gerichtshof zu der Frage, ob sich ein Rechtsanspruch auf Familienzusammenführung für subsidiär Geschützte anderweitig ergibt, nicht geäußert hat.

⁸⁴ UNHCR »Comments« zum Kommissionsvorschlag zur QRL-Neufassung (COM(2009)551, 21.10.2009), Juli 2010, S. 9, abrufbar auf unhcr.org/dach.

⁸⁵ EGMR, Urteile vom 25.10.2005 – 58453/00 Niedzwiecki gg. Deutschland und 59140/00 Okpisz gg. Deutschland – asyl.net: M8032.

⁸⁶ EGMR, Urteil vom 27.9.2011 – 56328/07 Bah gg. Vereinigtes Königreich; Urteil vom 6.11.2012 – 22341/09 Hode und Abdi gg. Vereinigtes Königreich – asyl.net: M21294.

⁸⁷ Etwa in Art. 8 EMRK und Art. 9, 10 und 22 UN-KRK; UNHCR zum Familiennachzug, a. a. O. (Fn. 25), S. 132; UNHCR zum Familienbegriff, *Asylmagazin* 4/2017, S. 138 f.

⁸⁸ EuGH, Urteil vom 7.11.2018 – C-380/17 K und B gg. Niederlande – asyl.net: M26724.

⁸⁹ Ausgeschlossen seien nur nationale subsidiäre Schutzformen: Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 45; Bartolucci/Pelzer, a. a. O. (Fn. 48), S. 135; Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 448.

⁹⁰ Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 448.

⁹¹ Zum parallelen Grundsatz der dynamischen Auslegung in Bezug auf die GFK: EGMR, Urteil vom 24.4.1978 – 5856/72 Tyrer gg. Vereinigtes Königreich; Nora Markard zum Einfluss der Menschenrechte auf den internationalen Schutz, *ZAR* 2/2015, S. 60.

⁹² Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 450.

⁹³ EGMR, Urteil vom 6.11.2012, a. a. O. (Fn. 86); Maier-Borst, a. a. O. (Fn. 8), S. 452, m. w. N.

⁹⁴ So auch schon Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 45.

⁹⁵ Ebenda; Bartolucci/Pelzer, a. a. O. (Fn. 48), S. 141; Mungan/Muy/Weber, a. a. O. (Fn. 45).

2. Aufenthaltsdauer und -verfestigung

Es gibt keinen sachlichen Grund für die Annahme, dass der Schutzbedarf subsidiär geschützter Personen von vornherein von geringerer Dauer wäre als der von Flüchtlingen.⁹⁶ Beide Varianten des internationalen Schutzes basieren darauf, dass eine Zurückschiebung so lange verboten ist (Non-Refoulement) wie die Gefahr im Herkunftsland fortbesteht.⁹⁷

Daher ist die unterschiedliche Gültigkeitsdauer von den zu erteilenden Aufenthaltstiteln nicht zu rechtfertigen.⁹⁸ Ein überzeugendes Prinzip ist hier ohnehin nicht erkennbar: So erhalten HAP-Flüchtlinge je nach Aufnahmeprogramm einen Titel mit einer Gültigkeitsdauer zwischen ein und drei Jahren, bei Abschiebungsschutzberechtigten beträgt die gesetzliche Mindestgültigkeit ein Jahr, bei subsidiär Geschützten beträgt sie aber ein Jahr und in der Praxis erhalten sie teilweise Titel für drei Jahre. Jedenfalls haben Schutzberechtigte einen Anspruch auf Verlängerung des Titels, solange ihre Schutzberechtigung fortbesteht.

Dementsprechend war die Erteilung der Niederlassungserlaubnis für Flüchtlinge nicht an Integrationsleistungen gekoppelt und es wurde gefordert, dass dies auch für subsidiär Geschützte gelten sollte.⁹⁹ Inzwischen wurde in Deutschland die Niederlassungserlaubnis aber auch für Flüchtlinge von Integrationsleistungen abhängig gemacht. Subsidiär Schutzberechtigte haben noch höhere Hürden zu überwinden, um die Niederlassungserlaubnis zu erlangen und werden in dieser Hinsicht gleich behandelt wie andere Drittstaatsangehörige, die etwa mit Visum zur Erwerbstätigkeit eingereist sind. Dies ist nicht sachgerecht, weil ihre Situation viel eher mit der von Flüchtlingen vergleichbar ist. Ebenso wie Flüchtlinge hatten sie normalerweise keine Gelegenheit, sich auf das Leben in Deutschland vorzubereiten und durch Einschränkungen während des Asylverfahrens ist es für sie ebenso schwierig wie für Flüchtlinge, die allgemeinen Voraussetzungen für die Niederlassungserlaubnis zu erfüllen.¹⁰⁰ Darüber hinaus ist festgestellt worden, dass sich die Aufenthaltsdauer von GFK-Flüchtlingen und subsidiär Geschützten tatsächlich nicht erkennbar unterscheidet.¹⁰¹

Angesichts der europarechtlich vorgesehenen und im AufenthG auch umgesetzten Möglichkeit, nach fünf Jahren die Daueraufenthaltserlaubnis-EU zu erlangen (s.o., Abschnitt II.4) werden die komplizierten nationalen Regelungen jedenfalls ad absurdum geführt. Da auf europä-

ischer Ebene das Ziel verfolgt wird die Folgerechte von international Schutzberechtigten anzugleichen, können beide Gruppen von Schutzberechtigten nämlich unter den gleichen Voraussetzungen das Daueraufenthaltsrecht erlangen.¹⁰²

IV. Fazit

Zahlreiche Änderungen in Gesetzgebung und behördlicher Praxis haben in den letzten Jahren zu teilweise erheblichen Einschränkungen grundlegender Rechte von schutzberechtigten Personen und ihren Familien geführt. Den Gesetzgebungsorganen, der Bundesregierung und auch ihren nachgeordneten Behörden scheint der politische Wille zu fehlen, Schutzberechtigten und ihren Familien die ihnen zustehenden Rechte zu gewährleisten.¹⁰³ Diese Rechte dürfen nun nicht weiter eingeschränkt, sondern müssen entsprechend des bestehenden Schutzbedarfs erweitert und angeglichen werden. Hier kann auch die Einzelfallarbeit von Beratungsstellen und Anwältinnen und Anwälten einen wichtigen Beitrag leisten.

So konnte durch rechtliche Unterstützung in Einzelfällen erfolgreich gegen die bundesweit anzutreffende Praxis der Ausländerbehörden vorgegangen werden, bei fehlendem Pass Aufenthaltstitel zu verweigern. Darüber hinaus konnte die Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege bewirken, dass das Bundesinnenministerium klarstellte, dass die Titelerteilung im Fall bestimmter Gruppen von Schutzberechtigten nicht von der Erfüllung der Passpflicht abhängig zu machen ist.¹⁰⁴

Auch bei den Hindernissen, die Familien von Schutzberechtigten bei der Zusammenführung in den Weg gelegt werden, sind es vielfach Beratungsstellen, die sich im Einzelfall einsetzen, um den Nachzug zu erreichen. Ferner arbeiten Flüchtlings- und Menschenrechtsorganisationen mit Anwältinnen und Anwälten zusammen, um das Recht von Schutzberechtigten auf Familieneinheit einzuklagen und höchstgerichtliche Entscheidungen in diesem Bereich zu bewirken.¹⁰⁵

Die menschenrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands, Schutzbedürftige nicht nur als solche anzuerkennen sondern ihnen auch aufgrund ihres Schutzbedarfs zustehende Rechte zu gewährleisten, müssen weiterhin thematisiert werden, um Gesetzgebungsorgane, Regierungen und Behörden zu einem Umlenken zu bewegen.

⁹⁶ UNHCR Comments, a. a. O. (Fn. 84), S. 9.

⁹⁷ Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 44.

⁹⁸ Diese ist allerdings sowohl im AufenthG (s.o. I.1) als auch in der QRL in Art. 24 vorgesehen; Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 44.

⁹⁹ Siehe UNHCR Stellungnahme zum BleibeRNeuG, a. a. O. (Fn. 2), S. 2.

¹⁰⁰ Zur Vergleichbarkeit verschiedener Gruppen von Drittstaatsangehörigen, siehe EuGH, Urteil vom 1.3.2016, a. a. O. (Fn. 50).

¹⁰¹ Maier-Borst a. a. O. (Fn. 8), S. 451.

¹⁰² Maier-Borst a. a. O. (Fn. 8), S. 451; Bast, a. a. O. (Fn. 46), S. 44.

¹⁰³ Maier-Borst in Bezug auch auf andere europäische Regierungen, a. a. O. (Fn. 8), S. 444.

¹⁰⁴ Heinhold zur Passpflicht, a. a. O. (Fn. 17), S. 14.

¹⁰⁵ So etwa der Verein Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland (JUMEN) oder der Bundesfachverband unbegleitete minderjährige Flüchtlinge (BUMF).

Familientrennung auf Dauer?

Die Neuregelung zum Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten

Inhalt

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Inhalt der Neuregelung: § 36a AufenthG
 1. Geltungsbereich
 2. Humanitäre Gründe
 3. Integrationsaspekte
 4. Ausschlussgründe
 5. Sonstiges: Keine Antragsfrist
- III. Verfahrensablauf: Von der Terminbuchung bis zur Visaerteilung
 1. Beteiligte Behörden
 2. Terminvergabe
 3. Rolle der IOM
 4. Prüfung der humanitären Gründe und Integrationsaspekte
 5. Weiteres Verfahren
 6. Besonderheiten bei bevorstehender Volljährigkeit
- IV. Umsetzung und Praxiserfahrungen
- V. Menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung
 1. Verstoß gegen das Grundgesetz
 2. Verstoß gegen das EU-Recht
 3. Verstoß gegen das Völkerrecht
- VI. Fazit

I. Einleitung und Problemstellung

Am 1. August 2018 ist das »Familiennachzugsneuregelungsgesetz« in Kraft getreten.¹ Kernstück des Gesetzes ist die Neuregelung des Familiennachzugs zu Personen mit subsidiärem Schutzstatus durch den neu geschaffenen § 36a Aufenthaltsgesetz (AufenthG). Zuvor war der Familiennachzug trotz erheblicher Kritik für knapp zweieinhalb Jahre ausgesetzt. Nachdem subsidiär Schutzberechtigte im August 2015 zunächst anerkannten Flüchtlingen in Bezug auf den Familiennachzugsanspruch gleichgestellt worden waren und einen Rechtsanspruch auf Nach-

zug ihrer »Kernfamilien«-Angehörigen hatten,² wurde ihr Recht auf Familiennachzug im März 2016 mit dem »Asylpaket II« zunächst für zwei Jahre,³ und dann mit dem »Aussetzungsverlängerungsgesetz« um weitere viereinhalb Monate ausgesetzt.⁴ In dieser Zeit war der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten ausgeschlossen.

Um die gravierendsten Auswirkungen der Familientrennung in »Härtefällen« zu mildern, wurde im Gesetzgebungsverfahren⁵ auf die in solchen Fällen weiterhin mögliche humanitäre Aufnahme aus dem Ausland nach § 22 S.1 AufenthG⁶ verwiesen. Auch das Bundesverfassungsgericht stellte in Bezug auf die von ihm noch nicht geklärte Verfassungsmäßigkeit der Aussetzung fest, dass es maßgeblich darauf ankäme, inwieweit Härtefällen durch diese Regelung Rechnung getragen werden könne.⁷ Aufgrund sehr restriktiver Anwendung konnten jedoch nur wenige Familien von dieser Regelung profitieren: Seit Beginn der Aussetzung im März 2016 bis zum 5. November 2018 wurden nur 277 Visa nach § 22 S.1 AufenthG im Kontext des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten erteilt.⁸ Die große Mehrheit der betroffenen Familien wartete zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Gesetzes also schon mehr als zwei Jahre auf eine Möglichkeit des Familiennachzugs. Die Hoffnungen, die viele Betroffene in die am 1. August 2018 in Kraft getretene Neuregelung setzen, sind entsprechend groß.

* Cana Mungan ist Juristin und Beraterin im BBZ – Beratungs- und Betreuungszentrum für junge Flüchtlinge und Migrant_innen/KommMit – für Migranten und Flüchtlinge e.V. und bei der Refugee Law Clinic Berlin e.V. – Fokusgruppe Familienzusammenführung. Sebastian Muy ist Sozialarbeiter im BBZ – Beratungs- und Betreuungszentrum für junge Flüchtlinge und Migrant_innen/KommMit – für Migranten und Flüchtlinge e.V. in Berlin. Daniel Weber ist juristischer Mitarbeiter bei JUMEN e.V. in Berlin – Juristische Menschenrechtsarbeit in Deutschland.

¹ BGBl. [2018] Teil I Nr. 26, S. 1147; vgl. Michael Kalkmann, Das Familiennachzugsneuregelungsgesetz, Asylmagazin 7–8/2018, S. 232; siehe auch asyl.net, Meldung vom 19.6.2018: Hinweise des DRK zum »Familiennachzugsneuregelungsgesetz«.

² Sogenannter privilegierter Familiennachzug unter den in § 29 Abs. 2 S. 2 AufenthG genannten Voraussetzungen; Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung, BGBl. [2015] Teil I Nr. 32, S. 1386, in Kraft getreten am 1.8.2015.

³ Aussetzung vom 17.3.2016 bis zum 15.3.2018; Gesetz zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, BGBl. [2016] Teil I Nr. 12, S. 390.

⁴ Aussetzung bis zum 31.7.2018; Gesetz zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, BGBl. [2018] Teil I Nr. 9, S. 342; vgl. Hendrik Cremer zur Verlängerung der Aussetzung und Anwendung von § 22 AufenthG, Asylmagazin 3/2018, S. 65–70.

⁵ Gesetzgebungsmaterialien abrufbar auf fluechtlingsrat-berlin.de unter »Recht & Rat/Asyl & Aufenthalt«.

⁶ Vgl. Anna Schmitt/Sebastian Muy, »Aufnahme aus dem Ausland« beim Familiennachzug. Anwendung des § 22 Satz 1 AufenthG beim Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, in: Asylmagazin 6/2017, S. 217–222.

⁷ BVerfG, Beschluss vom 20.3.2018 – 2 BvR 1266/17 – Asylmagazin 5/2018, S. 179, asyl.net: M26135.

⁸ Vgl. BT-Drs. 19/5815, Antwort auf die schriftliche Frage der Abgeordneten Ulla Jelpke (Monat November 2018, Arbeits-Nr. 11/36), abrufbar unter: www.bundestag.de, S. 27.

Dieser Beitrag erörtert, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, um nach dem neuen § 36a AufenthG ein Visum erhalten zu können und wie das Verfahren (nach bisherigen Kenntnissen) ausgestaltet ist. Zudem werden erste Erfahrungen aus der Beratungspraxis dargestellt und die Regelung menschen- und verfassungsrechtlich bewertet, um Hinweise bzw. Handlungsempfehlungen für Betroffene sowie Beratende daraus abzuleiten. Grundsätzliches zu den Voraussetzungen, dem Verfahren und Vorgehen in der Praxis findet sich auch auf dem Infoportal familie.asyl.net, welches laufend aktualisiert wird.⁹

II. Inhalt der Neuregelung: § 36a AufenthG

II.1 Geltungsbereich

§ 36a Abs. 1 AufenthG legt zunächst fest, dass der Ehegattin bzw. dem Ehegatten sowie dem minderjährigen Kind einer Person mit subsidiärem Schutzstatus oder den Eltern einer unbegleiteten minderjährigen Person mit subsidiärem Schutzstatus aus humanitären Gründen ein Aufenthaltstitel erteilt werden kann. Auf »sonstige Familienangehörige« außerhalb der »Kernfamilie« ist § 36a AufenthG daher nicht anwendbar.¹⁰ Die Regelerteilungsvoraussetzungen der Sicherung des Lebensunterhaltes sowie ausreichenden Wohnraums finden keine Anwendung.¹¹

Ein Anspruch auf Familiennachzug wird für subsidiär Schutzberechtigte ausgeschlossen. Die Zahl der Visa, die nach § 36a AufenthG erteilt werden können, wird zudem auf maximal 1.000 pro Monat beschränkt. Dabei sind das Kindeswohl sowie, beim Vorliegen humanitärer Gründe, Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen. Neben dieser Neuregelung bleibt die Möglichkeit bestehen, dass Familienangehörige von subsidiär Schutzberechtigten bei Vorliegen dringender humanitärer Gründe in Einzelfällen ein Visum nach § 22 AufenthG oder mithilfe einer Verpflichtungserklärung im Rahmen eines Landesaufnahmeprogramms nach § 23 AufenthG¹² erhalten.

II.2 Humanitäre Gründe

§ 36a Abs. 2 S. 1 AufenthG zählt Regelbeispiele auf, die aber explizit keine abschließende Aufzählung von humanitären Gründen darstellen:¹³

1. Die Herstellung der familiären Lebensgemeinschaft ist seit »langer Zeit« nicht möglich.
2. Ein minderjähriges lediges Kind ist betroffen.
3. Leib, Leben oder Freiheit der den Nachzug begehrenden Familienangehörigen im Aufenthaltsstaat sind ernsthaft gefährdet.
4. Das schutzberechtigte oder ein den Nachzug begehrendes Familienmitglied ist schwerwiegend erkrankt, pflegebedürftig oder hat eine schwere Behinderung.

In der Gesetzesbegründung wird hierzu näher ausgeführt:¹⁴

Zu Nr. 1: Dauer der Trennung

Ein humanitärer Grund resultiere aus der Dauer der Trennung, da diese im Rahmen des Schutzgebots aus Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz (GG) zu berücksichtigen sei. Zeitlicher Anknüpfungspunkt für die Berechnung der Trennungszeit sei dabei in der Regel das Datum des Asylgesuchs¹⁵ des schutzberechtigten Familienmitglieds in Deutschland.¹⁶ Eine Vertreterin des Auswärtigen Amtes kündigte Ende Juni an, dass wahrscheinlich eine Trennungszeit von mindestens zwei Jahren einen humanitären Grund darstelle.¹⁷ Bei der Trennung von minderjährigen Kindern von ihren Eltern sei auch das kindliche Zeitempfinden zu berücksichtigen.¹⁸ Weiter sei es für die Beurteilung der Dauer der Trennung bedeutsam, dass die Familienzusammenführung in einem Drittstaat nicht möglich oder unzumutbar sei. Gründe für die Unzumutbarkeit lägen beispielsweise vor, wenn legale Einreisemöglichkeiten fehlten, die Bleibeperspektive im Drittstaat unsicher sei, der Erhalt einer Aufenthaltserlaubnis nicht zu erwarten sei, keine Möglichkeit der Erwerbstätigkeit bestehe oder wenn die Lebensumstände im Drittstaat einen weiteren Aufenthalt unzumutbar machten.¹⁹

⁹ Siehe familie.asyl.net unter »Außerhalb Europas/Sonderfall: subsidiär Schutzberechtigte«.

¹⁰ Der Nachzug sonstiger Familienangehöriger bestimmt sich nach den strengen Maßstäben des § 36 Abs. 2 AufenthG, die auf eine außergewöhnliche Härte abstellen, die aus der Trennung der Familieneinheit resultiert.

¹¹ Beides kann jedoch im Rahmen des Auswahlkriteriums der »Integrationsaspekte« eine Rolle spielen, siehe unten, Abschnitte II.3 und III.4.

¹² Informationen zu den aktuell laufenden Aufnahmeprogrammen siehe <https://resettlement.de/aktuelle-aufnahmen>.

¹³ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 4.6.2018, Bundestag Drucksache 19/2438, S. 22.

¹⁴ Ebd., S. 22-24.

¹⁵ Vgl. Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI), Rundschreiben an die Länder, Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, 13. Juli 2018, S. 3, 7.

¹⁶ BT-Drs. 19/2438, a. a. O. (Fn. 13), S. 22.

¹⁷ Wortbeitrag beim Berliner Symposium für Flüchtlingsschutz am 25. Juni 2018.

¹⁸ BT-Drs. 19/2438, a. a. O. (Fn. 13), S. 24.

¹⁹ Ebd., S. 22.

Zu Nr. 2: Minderjährige betroffen

Die Gesetzesbegründung beschränkt sich auf die Feststellung, dass sich die Minderjährigkeit nach deutschem Recht richte. Demnach ist also grundsätzlich vom Vorliegen eines humanitären Grundes auszugehen, wenn unbegleitete Minderjährige in Deutschland oder minderjährige Familienangehörige im Ausland von der Familientrennung betroffen sind. Kindeswohlinteressen seien bei der Prüfung, ob der Familiennachzug gewährt werde, von besonderer Relevanz. Dies gelte umso mehr, je jünger ein Kind ist. Eine besondere Schutzwürdigkeit sei für Kinder unter 14 Jahren anzunehmen. Bei der Prüfung schutzwürdiger Kindeswohlinteressen sei auch die Unterkunft-, Betreuungs- und Personensorgesituation zu berücksichtigen, sowohl bezogen auf Minderjährige in Deutschland als auch im Ausland.²⁰

Zu Nr. 3: Gefährdung von Familienangehörigen

Im Hinblick auf eine Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit von Familienangehörigen wird beispielhaft aufgeführt, dass diese sich aus drohender Gewalt, drohender Rekrutierung als Kindersoldat, drohendem Menschen- oder Kinderhandel oder drohender Zwangsheirat ergeben könne. Es solle sich dabei nicht allein um eine abstrakte Gefahr handeln.²¹

Zu Nr. 4: Erkrankung oder Behinderung eines Familienmitglieds

Eine Erkrankung, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung solle nicht nur vorübergehender Natur und nicht im Aufenthaltsstaat der Betroffenen behandelbar sein. Eine Krankheit sei dann schwerwiegend, wenn sie lebensbedrohlich sei oder die Lebensqualität nachhaltig beeinträchtige. Pflegebedürftig sei eine Person, die auf Dauer, voraussichtlich für mindestens sechs Monate, aufgrund gesundheitlich bedingter Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit der Hilfe durch andere bedarf. Maßstab für den Schweregrad der Beeinträchtigung seien die Kriterien aus § 14 Absatz 2 SGB XI.²²

Die Krankheit, Pflegebedürftigkeit oder Behinderung sei durch eine qualifizierte Bescheinigung glaubhaft zu machen. Hinsichtlich der Anforderungen an eine solche qualifizierte Bescheinigung verweist die Gesetzesbegründung²³ auf § 60a Abs. 2c S. 3 AufenthG, der eigentlich für inlandsbezogene Abschiebungshindernisse gilt. Demnach soll eine ärztliche Bescheinigung »insbesondere die tatsächlichen Umstände, auf deren Grundlage eine fachliche

Beurteilung erfolgt ist, die Methode der Tatsachenerhebung, die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den Schweregrad der Erkrankung sowie die Folgen, die sich nach ärztlicher Beurteilung aus der krankheitsbedingten Situation voraussichtlich ergeben, enthalten.«²⁴

Bei den Familienangehörigen im Ausland könnten jedoch auch anderweitige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren Krankheit, von Pflegebedürftigkeit oder einer Behinderung ausreichen.²⁵

II.3 Integrationsaspekte

Können im Einzelfall einer oder mehrere humanitäre Gründe geltend gemacht werden, sind für die Bestimmung der Begünstigten der monatlich 1.000 Visa laut Gesetzestext auch Integrationsaspekte besonders zu berücksichtigen. Bei subsidiär Schutzberechtigten seien nach der Gesetzesbegründung z.B. die eigenständige Sicherung des Lebensunterhalts und die Vorhaltung von Wohnraum auch für die nachziehenden Familienmitglieder, nachhaltige Bemühungen um Erwerbsarbeit, die Absolvierung einer Berufsausbildung sowie besondere Fortschritte beim Erlernen der deutschen Sprache oder gesellschaftliches Engagement sowie ehrenamtliche Tätigkeit positiv zu berücksichtigen. Bei den nachziehenden Familienangehörigen seien deutsche Sprachkenntnisse sowie »anderweitige Aspekte, die für eine positive Prognose einer gelingenden Integration sprechen«, positiv zu berücksichtigen. Auf der anderen Seite seien Straftaten der subsidiär Schutzberechtigten unterhalb der Schwelle der Ausschlussklausel in § 36a Abs. 3 Nr. 2 AufenthG negativ zu berücksichtigen.²⁶

II.4 Ausschlussgründe

§ 36a Abs. 3 AufenthG formuliert eine Reihe von Ausschlussgründen, die zur Versagung des Familiennachzugs führen: Erstens ist die Erteilung eines Visums nach § 36a AufenthG in der Regel ausgeschlossen, wenn die Ehe nicht bereits vor der Flucht geschlossen wurde.²⁷

Zweitens greift ein Ausschlussgrund bei Verurteilung der subsidiär schutzberechtigten Person wegen der Begehung erheblicher Straftaten. Danach führen insbesondere Straftaten, die mit Gewalt, unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit List

²⁰ Ebd., S. 23 f.

²¹ Ebd., S. 23.

²² Dabei stellten mindestens schwere Beeinträchtigungen der Selbstständigkeit oder der Fähigkeiten (Pflegegrad 3 oder höher) einen humanitären Grund dar, ebd., S. 23.

²³ So auch BMI, a. a. O. (Fn. 15), S. 3, mit Verweis zur Konkretisierung auf Allgemeine Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zur Duldungserteilung nach § 60a Aufenthaltsgesetz vom 30.5.2017, asyl.net: M25126, hier: S. 18–22.

²⁴ Weitere Hinweise hierzu siehe Auswärtiges Amt, »Aktuell: Informationen zur Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten ab dem 1. August 2018«, über IOM-Newsletter verschickt am 6.7.2018, S. 3 (Antwort auf Frage 7), abrufbar auf familie.asyl.net, a. a. O. (Fn. 9).

²⁵ BT-Drs. 19/2438, a. a. O. (Fn. 13), S. 23.

²⁶ Ebd., S. 24.

²⁷ Hingegen sind Kinder, die nach der Flucht zur Welt kamen, nicht von der Visumserteilung ausgeschlossen.

begangen wurden, sowie Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und gegen das Betäubungsmittelgesetz zum Ausschluss.

Drittens ist ein Familiennachzug ausgeschlossen, wenn die Ausreise der subsidiär schutzberechtigten Person zu erwarten ist, wenn etwa der Schutzstatus widerrufen oder zurückgenommen wird und die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnis nicht zu erwarten ist oder, viertens, wenn sie eine Grenzübertrittsbescheinigung beantragt hat.

Mit dem Familiennachzugsneuregelungsgesetz wurde zudem § 27 Abs. 3a AufenthG neu eingefügt, wonach der Familiennachzug unter anderem dann ausgeschlossen wird, wenn die in Deutschland lebende Referenzperson als »Gefährder« eingestuft ist. Dies umfasst auch die Familienzusammenführung mit subsidiär schutzberechtigten Personen.

II.5 Sonstiges: Keine Antragsfrist

Mit der Regelung des § 36a Abs. 4 AufenthG verdeutlicht der Gesetzgeber, dass an den Grundsätzen zur Volljährigkeit bei Eheschließung (§ 30 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG) und dem Verbot der Mehrehe (§ 30 Abs. 4 AufenthG) auch im Rahmen der Familienzusammenführung mit subsidiär schutzberechtigten Personen festzuhalten ist. Abs. 5 hingegen verweist auf Familiennachzugsnormen, die im Fall des § 36a keine Anwendung finden. Besondere Aufmerksamkeit gilt der Regelung, dass der Familiennachzug – anders als bei anerkannten Flüchtlingen – nicht an die Einhaltung der 3-Monatsfrist zur Antragstellung gemäß § 29 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 AufenthG gebunden ist. Eine fristwahrende Anzeige ist daher nicht erforderlich. Zur Begründung erläutert die Bundesregierung, dass humanitäre Gründe nicht an eine Frist gebunden werden könnten und subsidiär Schutzberechtigte zudem die Möglichkeit zur Prüfung haben sollten, ob ihre zunächst nur für ein Jahr erteilte Aufenthaltserlaubnis über diesen Zeitraum hinaus verlängert werde, um dann zu entscheiden, ob der Familiennachzug beantragt werden solle.²⁸

III. Verfahrensablauf: Von der Terminbuchung bis zur Visaerteilung

III.1 Beteiligte Behörden

Der Ablauf des Visumverfahrens nach § 36a AufenthG weicht von sonstigen Visaverfahren ab. Auf der ersten Stufe des Visumverfahrens hat die zuständige Auslandsvertretung (auslandsbezogene Sachverhalte) mit der jeweils zu beteiligenden Ausländerbehörde (inlandsbezogene

Sachverhalte) zu prüfen, ob Familienangehörige grundsätzlich nachzugsberechtigt sind.²⁹ Anders als bei anderen Nachzugsverfahren wird bei subsidiär Schutzberechtigten das Bundesverwaltungsamt (BVA) beteiligt. Die für das Familiennachzugsverfahren speziell neu eingerichtete Bestimmungsstelle beim Bundesverwaltungsamt hat die Auswahl der monatlich auf 1.000 begrenzten nachzugsberechtigten Personen zu treffen.³⁰

III.2 Terminvergabe

Wie beim Nachzug zu anerkannten Flüchtlingen auch, wird für die Antragstellung eine persönliche Vorsprache verlangt, obwohl diese gesetzlich nicht vorgesehen ist.³¹ Kurz vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung hat das Auswärtige Amt ein eigenes, zentrales Terminvergabesystem für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten eingerichtet. Es wird auf den Webseiten der einschlägigen Auslandsvertretungen verlinkt. Bei der Buchung muss die Auslandsvertretung ausgewählt werden, bei der der Antrag gestellt werden soll. Zuvor bereits vorgenommene Terminbuchungen behalten ihre Gültigkeit. Dabei hat jede Auslandsvertretung ihre eigene Warteliste für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten.

In einem Informationsblatt des Auswärtigen Amtes heißt es, nachzugswillige Familienangehörige könnten sich direkt mit der Internationalen Organisation für Migration (IOM) in Verbindung setzen, um sich bereits erfolgte Registrierungen bestätigen zu lassen und um zu klären, ob sie bereits über alle zur Antragstellung erforderlichen Unterlagen verfügen. Dringend erforderlich ist die Kontaktaufnahme mit IOM, wenn sich die Kontakt- oder Passdaten der den Nachzug begehrenden Person seit der Registrierung für einen Termin zur Vorsprache verändert hat, da nur so die Erreichbarkeit zur Terminvergabe sichergestellt werden kann.³²

Terminbuchungen werden chronologisch abgearbeitet. Ausnahmen – also vorgezogene Sondertermine – sind nur in besonders begründeten, dringenden humanitären oder medizinischen Notfällen möglich. Auch in Fällen, in denen unbegleitete minderjährige Schutzberechtigte in Deutschland demnächst volljährig werden, bemüht sich die Auslandsvertretung um eine zügige Terminvergabe.³³ Nach Angaben der IOM Libanon werden grundsätzlich alle unbegleiteten Minderjährigen – egal ob in Deutsch-

²⁸ BT-Drs. 19/2438, a. a. O. (Fn. 13), S. 25.

²⁹ Zur Konkretisierung von inlands- und auslandsbezogenen Sachverhalten siehe Abschnitt III.4 Prüfung der humanitären Gründe und Integrationsaspekte.

³⁰ BT-Drs. 19/2438, a. a. O. (Fn. 13), S. 5, 18; für eine Übersicht über den Verfahrensverlauf siehe außerdem BMI, a. a. O. (Fn. 15), Anlage 1.

³¹ VG Berlin, Beschluss vom 28.6.2016 – 4 K 135.16 V – asyl.net: M24137, Asylmagazin 4/2017; Tobias Behnke, Familiennachzug zum anerkannten syrischen Schutzberechtigten, InfAuslR 1/2017, S. 6.

³² Auswärtiges Amt, a. a. O. (Fn. 24), Seite 2 (Antwort auf Frage 3).

³³ Auswärtiges Amt, a. a. O. (Fn. 24), Seite 2 (Antwort auf Frage 4).

land oder im Ausland – bei der Terminvergabe außerhalb der chronologischen Reihenfolge priorisiert. Gewährleistet werden könne dies allerdings nur, wenn sich die Betroffenen nach der Terminbuchung an die IOM wenden.³⁴

Nach Angaben der IOM Libanon werden derzeit (Stand 23.11.2018) Terminbuchungen bei der Deutschen Botschaft Beirut bearbeitet, die vor April 2017 vorgenommen wurden. Personen, die erst sehr viel später einen Termin gebucht haben, werden also voraussichtlich noch lange auf einen Vorsprachetermin warten müssen – die konkreten Wartezeiten sind derzeit nicht bekannt.

Nach der erfolgten Terminbuchung ist zu empfehlen, einen von der/dem nachzugswilligen Ehegattin/Ehegatten oder, beim Kindernachzug, von beiden Elternteilen unterschriebenen formlosen Visumsantrag an die zuständige Auslandsvertretung zu faxen und/oder postalisch zu senden und die Sendebestätigung aufzuheben. Wenn nach unverhältnismäßig langer Zeit noch kein Termin vergeben wurde, kann eine Untätigkeitsklage in Betracht kommen, was im Einzelfall anwaltlich geprüft werden sollte. Sollte drei Monate nach erfolgter Vorsprache noch kein Visum erteilt worden sein, kann – unter Hinzuziehung anwaltlichen Rats – ebenfalls Untätigkeitsklage gegen das Auswärtige Amt erhoben werden.³⁵

III.3 Rolle der IOM

Die IOM wurde vom Auswärtigen Amt beauftragt, nachzugswillige Familienangehörige und die Auslandsvertretungen im Rahmen des »Family Assistance Programme« (kurz: FAP) in Beirut, Amman, Erbil, Istanbul, Kairo und neuerdings auch in Addis Abeba und Nairobi bei der Durchführung der Familiennachzugsverfahren zu unterstützen. Die Eröffnung von weiteren IOM-Servicezentren in Khartoum und in Kabul ist derzeit noch in Planung. In Berlin gibt es in den Räumen der Ausländerbehörde zudem eine Beratungsstelle der IOM, die einmal pro Woche eine Sprechstunde zum Familiennachzug anbietet. Die IOM kontaktiert Personen, die sich in der Vergangenheit für einen Vorsprachetermin zur Antragstellung registriert haben, informiert über die vorzulegenden Unterlagen und leitet bei Vollständigkeit der Unterlagen die Terminvergabe bei der Auslandsvertretung ein. In den Servicezentren nimmt die IOM auch die Visaanträge entgegen und führt eine Anhörung zur Erfassung der auslandsbezogenen Sachverhalte einschließlich der auslandsbezogenen humanitären Gründe durch. Das Auswärtige Amt empfiehlt nachzugswilligen Familienangehörigen, nach Möglichkeit die IOM-Familienunterstützungszentren zu besuchen.³⁶

³⁴ Auskunft des IOM Family Assistance Programme (FAP) Libanon am 23.11.2018.

³⁵ § 75 VwGO; hierzu ausführlicher siehe Behnke, a. a. O. (Fn. 31), S. 6 ff.

³⁶ Auswärtiges Amt, a. a. O. (Fn. 24), S. 8.

III.4 Prüfung der humanitären Gründe und Integrationsaspekte

Der Antrag auf Familiennachzug ist bei der jeweils zuständigen Auslandsvertretung zu stellen.³⁷ Dort werden die auslandsbezogenen Sachverhalte geprüft, insbesondere die Identität und Verwandtschaftsverhältnisse, der Zeitpunkt der Eheschließung, das Vorliegen von humanitären Gründen und Integrationsleistungen bei den nachziehenden Familienmitgliedern sowie die Unzumutbarkeit der Herstellung der Familieneinheit in einem Drittstaat.³⁸ Wenn die Auslandsvertretung nach dieser Prüfung grundsätzlich das Vorliegen der Nachzugsvoraussetzungen bejaht, leitet sie den Antrag zur weiteren Prüfung an die zuständige Ausländerbehörde weiter.

Anschließend erfolgt die Prüfung inlandsbezogener Sachverhalte durch die zuständige Ausländerbehörde.³⁹ Dort wird geprüft, wie sich die Dauer der Trennungszeit (gerechnet ab dem Datum des Asylgesuchs der in Deutschland schutzberechtigten Person, hilfsweise des Asylantrags beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge) bemisst.

Zweitens wird das Vorliegen von Versagungsgründen gemäß § 27 Abs. 3a AufenthG und von Ausschlussgründen gemäß § 36a Abs. 3 Nr. 2, 3 oder 4 AufenthG geprüft. Falls keine dieser Ausschlusskriterien vorliegen und das Verfahren auch nicht gemäß § 79 Abs. 3 AufenthG wegen eingeleiteten Straf- oder Widerrufsverfahren ausgesetzt werden muss, wird geprüft, ob inlandsbezogene humanitäre Gründe in Form einer schweren Krankheit oder Behinderung der subsidiär schutzberechtigten Person vorliegen.

Schließlich erfolgt die Prüfung von Integrationsaspekten, die das subsidiär schutzberechtigte Familienmitglied betreffen – sowohl positive (Sicherung des Lebensunterhaltes, Sprachkenntnisse, etc.) als auch negative (vor allem Straftaten unterhalb der Schwelle der Versagungstatbestände des § 36a Abs. 3 Nr. 2 AufenthG).

Weitergehende Recherchen zu Integrationsaspekten sollen durch die Ausländerbehörde »nur mit vertretbarem Aufwand« erfolgen.⁴⁰ Es ist den Betroffenen daher zu raten, Unterlagen, die z. B. erfolgreiche Integrationsbemühungen nachweisen, direkt bei der Antragstellung an der Auslandsvertretung mit einzureichen und ansonsten im laufenden Visumverfahren unaufgefordert an die Ausländerbehörde zu schicken.

³⁷ In einigen Ländern wurde diese Zuständigkeit jedoch de facto an die IOM übertragen, siehe oben. Dort erfasst die IOM alle relevanten Sachverhalte in Form eines Fragebogens und leitet diese Informationen dann zur weiteren Bearbeitung an die Auslandsvertretung weiter.

³⁸ Siehe Erfahrungsberichte und Hinweise der Initiative Familienleben für Alle, Informationen zum Familiennachzug für Menschen mit subsidiärem Schutz, 21.8.2018, abrufbar unter www.familienlebenfueralle.net, S. 2.

³⁹ BMI, a. a. O. (Fn. 15).

⁴⁰ Ebd., S. 3.

III.5 Weiteres Verfahren

Sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 36a AufenthG aus Sicht der Ausländerbehörde erfüllt, erteilt sie ihre Zustimmung zur Visumserteilung gemäß § 31 AufenthV und übersendet die erhobenen Informationen an das Bundesverwaltungsamt (Stelle S I 4). Dieses stellt die Prüfungsergebnisse der Sicherheits- und Ausländerbehörde zusammen und übermittelt sie in einem automatisierten Verfahren an die zuständige Auslandsvertretung, die nun ihrerseits die Voraussetzungen für die Visaerteilung prüft und erteilungsreife Anträge an das BVA zurückschickt. Die Bestimmungsstelle des BVA trifft schließlich die Auswahlentscheidung der monatlich 1.000 nachzugsberechtigten Familienangehörigen. Die Auslandsvertretung erteilt auf dieser Grundlage die Visa. Anträge, bei denen die Erteilungsvoraussetzungen grundsätzlich vorliegen, die aber in einem Monat nicht berücksichtigt werden, verbleiben beim BVA und werden in die Prüfung des nächsten Monats wieder miteinbezogen.⁴¹

III.6 Besonderheiten bei bevorstehender Volljährigkeit

Bei zeitnah drohendem Eintritt der Volljährigkeit ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Fall des Kindernachzugs zu den schutzberechtigten Eltern bzw. einem Elternteil handelt oder der Nachzug zu einer in Deutschland lebenden, unbegleiteten minderjährigen Person erfolgen soll.

Beim Kindernachzug ist entscheidend, dass vor Erreichen der Volljährigkeit ein formloser, schriftlicher Visaantrag zum Zweck des Familiennachzugs bei der zuständigen Auslandsvertretung gestellt wird. Nach Angaben des Auswärtigen Amtes wird die Auslandsvertretung den Eingang des Antrags bestätigen. Diese Bestätigung sollte bei förmlicher Antragstellung durch Vorsprache bei der Auslandsvertretung vorgelegt werden. Dann gehe die spätere Volljährigkeit des nachziehenden Kindes nicht zu dessen Lasten.⁴²

Anders verhält es sich beim Nachzug zu einer minderjährigen Person in Deutschland. In diesem Fall kommt es nach derzeitiger – umstrittener – Auffassung des Auswärtigen Amtes nicht auf den Zeitpunkt der Antragstellung an; eine Nachzugsmöglichkeit bestehe nur, solange das unbegleitete Kind in Deutschland noch minderjährig ist.⁴³ Das

Auswärtige Amt empfiehlt in diesem Fall, bei der Beantragung eines Termins auf die in Kürze eintretende Volljährigkeit des in Deutschland lebenden, unbegleiteten minderjährigen Kindes hinzuweisen (z. B. per Fax und/oder E-Mail an die Auslandsvertretung bzw. die IOM). Die Auslandsvertretung bemühe sich dann um eine zügige Terminvergabe.⁴⁴ Ist dies nicht der Fall, kann ein gerichtliches Eilverfahren nach Einholung fachkundigen anwaltlichen Rats empfehlenswert sein.

IV. Umsetzung und Praxiserfahrungen

Das Verfahren nach der Neuregelung begann schleppend: Die deutschen Auslandsvertretungen wiesen erst mit Inkrafttreten des Gesetzes Anfang August 2018 den Familienangehörigen von subsidiär Schutzberechtigten Vorsprachetermine zu. Bis zum 17. September wurden zunächst nur 112 Visa nach § 36a AufenthG erteilt. Während die Auslandsvertretungen 1.390 Anträge bearbeiteten, wurden nur 145 Anträge von den Ausländerbehörden an das Bundesverwaltungsamt weitergeleitet. Davon ermittelte das BVA 143 nachzugsberechtigte Personen.⁴⁵ Bis Ende November wurden insgesamt 4.647 Anträge von den Auslandsvertretungen geprüft, davon wurden 1.866 von den Ausländerbehörden an das Bundesverwaltungsamt zur Auswahlentscheidung weitergeleitet, welches wiederum 1.860 Anträge an die Auslandsvertretungen zur Visaerteilung weiterleitete. Daraufhin wurden bisher in den ersten vier Monaten 1.385 Visa erteilt (697 davon im November).⁴⁶ Die restlichen Anträge wurden von den jeweiligen Behörden noch nicht bearbeitet. Daher ist eine weitere Übertragung der Kontingente notwendig.

Das Bundesinnenministerium erklärte, bis zum 31. Dezember 2018 könnten nicht ausgeschöpfte Monatskontingente auf den Folgemonat übertragen werden, sodass bis Jahresende insgesamt 5000 Visa nach § 36a AufenthG erteilt werden könnten. Ab Januar 2019 allerdings würden monatlich nicht ausgeschöpfte Kontingentplätze verfallen.⁴⁷ Die oben genannten Zahlen zeigen, dass sich die Verfahren insbesondere bei den Ausländerbehörden, ferner aber auch bei den Auslandsvertretungen stauen. Es steht zu befürchten, dass wegen nicht rechtzeitig bearbei-

⁴¹ Ebd., S. 3

⁴² Vgl. Auswärtiges Amt, a. a. O. (Fn. 24), S. 4 (Antwort auf Frage 10).

⁴³ Dies ist vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils vom 12.4.2018 – C-550/16 A. und S. gg. die Niederlande – Asylmagazin 5/2018, S. 176 ff. – asyl.net: M26143 fragwürdig. Ob diese Entscheidung in Deutschland anzuwenden und auf subsidiär Schutzberechtigte übertragbar ist, wird gerichtlich zu klären sein; siehe asyl.net, Meldung vom 1.11.2018: Zur Umsetzung der EuGH-Entscheidung »A. und S.« zum Elternnachzug.

⁴⁴ Vgl. Auswärtiges Amt, a. a. O. (Fn. 24), Seite 4 (Antwort auf Frage 10).

⁴⁵ Plenarprotokoll 19/51, Stenografischer Bericht der 51. Sitzung des Deutschen Bundestages vom 26. September 2018, abrufbar unter www.bundestag.de, S. 5384.

⁴⁶ Auskunft des Bundesinnenministeriums am 28.11.2018 im Innenausschuss. Das BMI deutete zudem an, dass im Januar erteilte Visa, die auf Anträgen aus dem Jahr 2018 beruhen, nicht auf das Kontingent für den Januar angerechnet werden könnten.

⁴⁷ Vgl. Deutscher Bundestag, Bundestag beschließt neue Regelung für den Familiennachzug, Meldung vom 15.6.2018, <https://dbtg.tv/fvid/7245948>.

teter Anträge die vorgesehenen Kontingente nicht ausgeschöpft werden.

Es zeichnet sich ab, dass die Abarbeitung der Warteliste weiterhin streng chronologisch erfolgt. Ausnahmen hiervon sind nur in besonders begründeten, dringenden humanitären oder medizinischen Notfällen und im Fall von unbegleiteten Minderjährigen vorgesehen. Es bleibt fraglich, ob die rein chronologische Abarbeitung eine gerechtere Vorgehensweise darstellt als eine stärkere Berücksichtigung besonderer humanitärer Situationen. Das Verfahren bevorzugt derzeit praktisch die Personen, die in Orten mit guten Beratungsangeboten leben und die sich frühzeitig – bereits 2016 – auf die Terminliste haben eintragen können. Mit fortschreitender Zeit nimmt die Chance auf Zusammenführung mit der Familie in Deutschland immer stärker ab.

Die Verfahrensabläufe und die Verfahrensgeschwindigkeit variieren erheblich von Fall zu Fall und hängen einerseits davon ab, in welcher Auslandsvertretung der Visumsantrag gestellt wurde, und andererseits, welche Ausländerbehörde im Inland die weitergehende Prüfung vorzunehmen hat. So kam es bei vergleichbaren Sachverhalten bereits zu Unterschieden bei der Bearbeitungszeit von zwei bis drei Monaten. Dies wird sich in den nächsten Monaten noch verstärken.

Offizielle schriftliche Informationen existieren bislang nur auf Deutsch – die Schutzberechtigten in Deutschland sind daher darauf angewiesen, sich von Juristinnen und Juristen oder in Beratungsstellen über das Verfahren informieren zu lassen. Und auch die Familienangehörigen im Ausland haben längst nicht immer die Möglichkeit, sich von der IOM beraten zu lassen.

Irritation erzeugte ebenso die neu eingeführte Praxis, dass lediglich vollständige Visaanträge entgegengenommen werden. Eine Nachreichung von Dokumenten, wie sie bei Nachzugsverfahren sonst üblich ist und die ihre gesetzliche Grundlage in § 82 Abs. 1 S. 1 bis S. 3 AufenthG findet, ist derzeit ausgeschlossen. Die Betroffenen können im Falle unvollständiger Antragsunterlagen keinen Visumsantrag stellen.⁴⁸

V. Menschenrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung

Die weitere Begrenzung des Familiennachzugs greift in Grundrechte der Betroffenen ein und ist nur dann verfassungskonform, wenn sie gerechtfertigt werden kann. Die Einschränkung des Rechts auf Familie kann auch eine

Verletzung von Menschenrechten darstellen. In vielen Fällen wird daher der Ermessensspielraum der Behörde reduziert und diese verpflichtet sein, den Familiennachzug zu gewähren. Die zahlenmäßige Begrenzung des Familiennachzugs, wodurch die individuellen Belange des Einzelfalls nicht mehr berücksichtigt werden können, stellt eine Verletzung der einschlägigen Rechte der Betroffenen dar.⁴⁹

V.1 Verstoß gegen das Grundgesetz

Die Beschränkung des Familiennachzugs berührt das Recht der Betroffenen auf familiäres Zusammenleben (Art. 6 GG). Danach sind familiäre Belange bei behördlichen Ermessensentscheidungen besonders zu berücksichtigen. Folglich muss die Beeinträchtigung in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen. Zweifelhaft ist jedoch bereits, ob die Maßnahme eines eingeschränkten Familiennachzugs dem erklärten Ziel einer »allgemeinen Zuwanderungssteuerung im Interesse der Aufnahme- und Integrationsysteme« überhaupt zuträglich ist,⁵⁰ da die weitere Trennung der Familien eine Integration der in Deutschland lebenden schutzberechtigten Familienangehörigen hindert.⁵¹ Zudem fällt die Zahl der Anträge auf Familiennachzug auch insgesamt deutlich niedriger aus als erwartet. Angesichts der derzeit vorliegenden rund 44.800 Terminanfragen zeichnet sich ab, dass der Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten allenfalls einen marginalen Anteil an der Zuwanderung nach Deutschland haben wird.⁵² Dass das Interesse an der Zuwanderungssteuerung die Deckelung des Familiennachzugs und damit den Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen rechtfertigt, lässt sich vor diesem Hintergrund nicht mehr überzeugend vertreten.

Bei einer mehrjährigen Trennung der Familien werden einwanderungspolitische Belange in der Regel hinter den familiären Interessen zurücktreten müssen, insbesondere dann wenn die Familieneinheit nicht im Ausland gelebt werden kann.⁵³ Das Bundesverfassungsgericht hat bereits 1987 entschieden, dass eine dreijährige Ehebestandszeit als Voraussetzung des Ehegattennachzugs Art. 6 GG verletzt.⁵⁴ Sind Minderjährige beteiligt, ist das Kindeswohl

⁴⁸ Nach Auskunft der IOM im Libanon können sie sich jedoch direkt an die IOM wenden, sobald die Antragsunterlagen vollständig sind, und erhalten dann einen neuen Vorsprachetermin (Auskunft des IOM Family Assistance Programme (FAP) Libanon am 23.11.2018).

⁴⁹ Vgl. zur vorherigen Regelung Helene Heuser, Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten – Ein Verstoß gegen das Grundgesetz?, *Asylmagazin* 4/2017, S. 125–131.

⁵⁰ BT-Drs. 18/7538, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung beschleunigter Asylverfahren, online abrufbar unter www.bundestag.de, S. 1 f.

⁵¹ Vgl. zur Aussetzung: Adriana Kessler und Sigrun Krause, Kinderrechtliche Aspekte zum Thema »Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten nach § 104 Abs. 13 AufenthG«, *Schriftenreihe des Deutschen Kinderhilfswerkes e. V.* – Heft 2, 2018, S. 17.

⁵² Siehe unten Abschnitt VI, besonders Fn. 82–84.

⁵³ Kessler/Krause, a. a. O. (Fn. 51), S. 20; siehe auch Heuser, a. a. O. (Fn. 49).

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 12.5.1987 – 2 BvR 1226/83, 2 BvR 101/84, 2 BvR 313/84.

besonders zu berücksichtigen (s. u.). Da die Trennung in der Regel nicht eigenverantwortlich herbeigeführt wurde und eine Rückkehr regelmäßig unzumutbar wäre, ist eine verfassungskonforme Auslegung notwendig, wodurch das behördliche Ermessen reduziert und der Familiennachzug zu gewähren ist.

Die Beschränkung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten stellt zudem eine Ungleichbehandlung gegenüber anerkannten Flüchtlingen entgegen Art. 3 GG dar.⁵⁵ Beide Schutzformen gewährleisten den Schutz vor schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen, solange die Gefahr, bzw. Verfolgungsgefahr im Herkunftsland fort dauert.⁵⁶ Angesichts der einheitlichen internationalen Schutzstatus und des vergleichbaren Schutzbedarfs der beiden Formen des internationalen Schutzes ist eine besondere Begründung für eine unterschiedliche Behandlung erforderlich.⁵⁷ Eine Rechtfertigung für die ungleiche Behandlung ist nicht ersichtlich.

Darüber hinaus verstößt die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten gegen das Bestimmtheitsgebot. Der Gesetzgeber hat keine Vorgaben zu der durch das Bundesverwaltungsamt zu treffenden Auswahlentscheidung der monatlich 1.000 Begünstigten getroffen. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot erfordert jedoch, dass staatliches Handeln für Betroffene vorhersehbar und nachvollziehbar ist. Eine Auswahlentscheidung muss demzufolge nach Kriterien erfolgen, die zuvor durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber festgelegt worden sind.⁵⁸ Auch nach dem Vorbehalt des Gesetzes obliegt es dem Gesetzgeber, für die Grundrechtsverwirklichung maßgebliche Regelungen selbst zu treffen und nicht der Exekutive zu überlassen. Dem genügt die Neuregelung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten in Abwesenheit jeglicher Vorgabe zur Vergabe der Kontingenzplätze nicht.⁵⁹

V.2 Verstoß gegen das EU-Recht

Neben dem Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art. 7 Grundrechtecharta (GR-Charta) ergibt sich aus dem unionsrechtlichen Diskriminierungsverbot nach Art. 21 GR-Charta, dass Unterscheidungen allein aufgrund des Aufenthaltsstatus begründet und verhältnismäßig sein müssen.⁶⁰ Die Schutzformen des subsidiären und des Flüchtlingsschutzes sind jedoch inzwischen durch die

Qualifikationsrichtlinie in der einheitlichen Schutzkategorie des internationalen Schutzes zusammengefasst.⁶¹ Damit soll dem vergleichbaren Schutzbedarf Rechnung getragen werden, womit eine Unterscheidung besonderer Begründung bedarf, die nicht ersichtlich ist.

Umstritten ist die Anwendbarkeit der Familienzusammenführungsrichtlinie (FZF-RL, Richtlinie 2003/86/EG) auf subsidiär Schutzberechtigte. Aus der Richtlinie ergibt sich ein subjektives Recht auf Familiennachzug für Angehörige von Schutzberechtigten, die einen Aufenthaltstitel mit einer mindestens einjährigen Gültigkeitsdauer besitzen und Aussicht auf einen dauerhaften Aufenthalt haben.⁶² Der Nachzug ist spätestens nach einem zweijährigen rechtmäßigen Aufenthalt zu gewähren.⁶³

Die Richtlinie sieht vor, dass sie auf »subsidiäre Schutzformen« nicht anwendbar ist.⁶⁴ Bisher wurde davon ausgegangen, dass hiermit nicht der subsidiäre Schutz gemeint sein konnte, weil dieser erst später mit der Qualifikationsrichtlinie eingeführt wurde.⁶⁵ Demnach würde sich der Ausschluss lediglich auf Schutzformen beziehen, die sich aus völkerrechtlichen Verpflichtungen (z. B. Non-Refoulement-Gebot,⁶⁶ EMRK) oder nationalen Vorschriften (z. B. Abschiebungsschutz) ergeben.⁶⁷ Dies sieht der EuGH in einer aktuellen Entscheidung nun anders.⁶⁸ Der europarechtliche Schutz sollte danach ebenfalls von der FZF-RL ausgenommen werden, da diese entsprechende eigene Bestimmungen enthalte. Diese Ausführungen sind angesichts der menschenrechtlichen Vorgaben, die eine Gleichbehandlung verlangen, aber nicht überzeugend.⁶⁹ Vielmehr sieht auch die spätere Qualifikationsrichtlinie die Gleichbehandlung von Personen mit subsidiärem bzw. Flüchtlingsschutz vor.

Bei der Kernfamilie von Schutzberechtigten ist demnach der Nachzugsanspruch im nationalen Recht durch unionsrechtskonforme Auslegung des § 36a AufenthG zu berücksichtigen, sodass die Behörden den Familiennach-

⁵⁵ So auch Heuser, a. a. O. (Fn. 49), S. 128, mit weiteren Nachweisen.

⁵⁶ Jürgen Bast, Vom subsidiären Schutz zum europäischen Flüchtlingsbegriff, ZAR 2/2018, S. 44.

⁵⁷ EuGH, Urteil vom 13.9.2018 – C-369/17 Ahmed gg. Ungarn – asyl.net: M26566; ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 441.

⁵⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 19.12.2017 – 1 BvL 3/14.

⁵⁹ So entschied der Österreichische Verfassungsgerichtshof zu einer vergleichbaren Regelung, Entscheidung vom 8.10.2003, G 119/03.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 1.3.2016 – C-443/14 und C-444/14, Alo und Osso –, Asylmagazin 3/2016, S. 82 ff., asyl.net: M23635.

⁶¹ Art. 2 Bst. a Qualifikationsrichtlinie (Richtlinie 2011/95/EU); EuGH, Urteil vom 13.9.2018, a. a. O. (Fn. 57).

⁶² Art. 4 i. V. m. 3, 10 FZF-RL; zum subjektiven Recht EuGH, Urteil vom 4.3.2010 – C-578/08 Chakroun – Asylmagazin 2010, S. 167 ff., asyl.net: M16714, Rn. 41.

⁶³ Art. 8 FZF-RL.

⁶⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. c FZF-RL.

⁶⁵ Ähnlich Bast, a. a. O. (Fn. 56), S. 45.

⁶⁶ Grundsatz der Nichtzurückweisung nach der Genfer Flüchtlingskonvention.

⁶⁷ Bellinda Bartolucci und Marei Pelzer, Fortgesetzte Begrenzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten im Lichte höherer Rangigen Rechts, ZAR 2018, 133, 135; Bast, a. a. O. (Fn. 56), S. 45; Michael Maier-Borst, Zu Verschärfungen in der deutschen Ausländer- und Flüchtlingspolitik, in: Stephan Beichel-Benedetti und Contanze Janda, Hrsg. Hohenheimer Horizonte, Festschrift für Klaus Barwig, Baden-Baden 2018, S. 448.

⁶⁸ EuGH, Urteil vom 7.11.2018 – C-380/17, K und B gg. die Niederlande – asyl.net: M26724.

⁶⁹ Erwägungsgrund 39 der Richtlinie 2011/95/EU, ebenso Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2011/51/EU. Siehe ausführlich Johanna Mantel, Rechtsstellung nach Schutzuerkennung, in diesem Heft ab S. 397.

zug gewähren müssen. Steht dem das Erreichen des Kontingents entgegen, kann dieses nicht angewandt werden.

V.3 Verstoß gegen das Völkerrecht

Die in völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Gewährleistungen sowie Entscheidungen internationaler Gerichte wie der des EGMR sind als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten, hier insbesondere von Art. 6 GG heranzuziehen und haben jedenfalls für den deutschen Gesetzgeber sowie für die deutschen Gerichte und Behörden eine faktische Orientierungs- und Leitfunktion über den konkret entschiedenen Fall hinaus.⁷⁰

Zunächst ist das in Art. 8 EMRK verbürgte Recht auf Familienleben verletzt, wenn der Familiennachzug nicht ermöglicht wird, obwohl die Familieneinheit nicht in einem anderen Land gelebt werden kann.⁷¹ Der Familiennachzug bleibt auch das einzige Mittel, um die Familieneinheit herzustellen, wenn dies im Ausland nicht zumutbar ist.⁷² Dies wird angesichts des bereits anerkannten Schutzstatus in der Regel nicht der Fall sein. Da die Familientrennung regelmäßig nicht eigenverantwortlich herbeigeführt wurde, ist der Familiennachzug zur Vermeidung einer Verletzung von Art. 8 EMRK zu ermöglichen.

Die Kontingentlösung verstößt zudem gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK. Eine Differenzierung zwischen subsidiär Schutzberechtigten und anerkannten Flüchtlingen allein aufgrund des Aufenthaltsstatus stellt jedenfalls keine ausreichende Begründung dar. Zwar sind die Rechte, die sich aus dem jeweiligen Schutzstatus ergeben, noch nicht vollkommen angeglichen.⁷³ Allerdings stellen sie die beiden Formen des einheitlichen internationalen Schutzes dar, die nur ungleich behandelt werden dürfen, wenn eine entsprechende Rechtfertigung hierfür besteht.⁷⁴ Dabei besteht jedoch mit dem Verbot der Rückführung in das Herkunftsland (Non-Refoulement-Gebot) ein grundsätzlich vergleichbarer – nicht nur vorübergehender – Schutzbedarf. Danach entbehrt eine Schlechterstellung von subsidiär Schutzberechtigten einer hinreichenden Begründung.

Für den Familiennachzug von besonderer Bedeutung ist weiterhin die UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK). Nach deren Art. 3 Abs. 1 ist Deutschland dazu verpflichtet, bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, dem Kindeswohl als vorrangigem Gesichtspunkt Berücksichtigung zu

schenken. Zwar vermittelt das »Kindeswohlprinzip« keinen unmittelbaren Anspruch auf einen voraussetzungslosen Kinder- oder Elternnachzug,⁷⁵ muss jedoch bei allen aufenthaltsrechtlichen Maßnahmen vorrangig berücksichtigt und bei allen Rechtsanwendungen durchgesetzt werden.⁷⁶

Nach Art. 10 UN-KRK sind die Anträge insbesondere beim Nachzug zu unbegleiteten Minderjährigen »wohlwollend, human und beschleunigt« zu bearbeiten. Der UN-Kinderrechtsausschuss, der die Einhaltung der Konventionsverpflichtungen durch die Vertragsstaaten überwacht, betont hierbei, dass die Verpflichtung aus Art. 10 Abs. 1 UN-KRK gerade auch in Bezug auf unbegleitete ausländische Minderjährige zu beachten ist.⁷⁷ Hierbei müssen die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die Integrationsleistungen des Kindes im Aufnahmestaat berücksichtigt werden.

Zudem darf es nach Art. 9 UN-KRK nicht zur Trennung anderer Kinder von ihren Eltern kommen, da gemäß Art. 18 KRK anzuerkennen ist, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung der Kinder verantwortlich sind. Zwar sieht § 36a AufenthG den dem Elternnachzug zum unbegleiteten Minderjährigen parallel verlaufenden Nachzug minderjähriger Geschwisterkinder explizit nicht vor. Zumindest einige Ausländerbehörden haben ihre Entscheidungspraxis dahingehend verändert, dass bei zeitgleichem Nachzug beider Elternteile zum unbegleiteten Minderjährigen die weiteren Geschwisterkinder bei vorrangiger und vorwirkender Anwendung von § 32 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG mit nachziehen dürfen, ohne dass der Nachweis der Lebensunterhaltssicherung und des ausreichenden Wohnraums erbracht werden muss.⁷⁸

Ein Verweis auf die Familienzusammenführung im Herkunfts- oder einem Drittstaat ist unzulässig, wenn ein »vernünftigerweise absehbares Risiko« dafür besteht, dass eine solche Rückkehr zu Verstößen gegen die grundlegenden Menschenrechte führen würde. Ein solches Risiko ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der stammberechtigten Person ein internationaler Schutzstatus zugesprochen wurde oder die Verpflichtungen des Zurückweisungsverbots nach Art. 3 des Übereinkommens gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe sowie Art. 6 und 7 des Interna-

⁷⁰ BVerfG, Urteil vom 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, Rn. 89.

⁷¹ EGMR, Urteil vom 10.7.2014 – 2260/10 Tanda-Muzinga gg. Frankreich –, InfAuslR 2014, S. 407 ff.

⁷² Vgl. Bartolucci/Pelzer, a. a. O. (Fn. 67), S. 136; EGMR, Urteil vom 21.12.2001 – 31465/96 Sen gg. Niederlande – Rn. 40.

⁷³ Zu den Unterschieden siehe Bast, a. a. O. (Fn. 56), S. 44.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 13.9.2018, a. a. O. (Fn. 57).

⁷⁵ Vgl. Stefanie Schmah, Kinderrechtskonvention, Kommentar, 2017, Art. 3, Rn. 21.

⁷⁶ Gemeinsame allgemeine Erklärung Nr. 3 (2017) des UN-Wanderarbeitnehmerrechts-Ausschusses und Nr. 22 des UN-Kinderrechtsausschusses, Abschnitt D, Rn. 41.

⁷⁷ UN-Kinderrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 6, CRC/GC/2005/6, 01.09.2005, S. 83.

⁷⁸ Vgl. etwa Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin (VAB), 32.1.3, S. 291. Argumentiert wird, dass eine andere Verfahrensweise zu einer Benachteiligung von Familien mit Kindern im Vergleich zu kinderlosen Paaren führen würde, welches so vom Gesetzgeber nicht gewollt war.

tionalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte dem entgegenstünden. Das Interesse eines Staates an der Migrationskontrolle oder der Kosteneinsparung kann in der Regel das Interesse des Kindes an einer Familienzusammenführung nicht überwiegen.⁷⁹

Diese Auffassung vertritt auch das schwedische Berufungsgericht für Migration, das am 13. November 2018 über den Familiennachzug zu einem unbegleiteten Minderjährigen aus Syrien, dem der subsidiäre Schutz zuerkannt worden war, zu entscheiden hatte. Seinen Eltern und einem Geschwisterkind war der Familiennachzug aufgrund einer gesetzlichen Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten bis Juni 2019 verwehrt. Das Gericht entschied, dass der Eingriff in das Recht auf Familienleben nicht durch das staatliche Interesse an der Einwanderungssteuerung gerechtfertigt werden könne.⁸⁰

VI. Fazit

Der Normenkontrollrat warnte in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Familiennachzugsneuregelungsgesetzes, dass mit der Einführung des neuen § 36a AufenthG nicht nur eine weitere Ausdifferenzierung und Verkomplizierung des Ausländer- und Aufenthaltsrechts einhergehe, sondern die Regelung auch die Mitarbeitenden in den Ausländerbehörden und Auslandsvertretungen vor wachsende Herausforderungen stelle. Es bestehe die Gefahr der strukturellen Überforderung bei der Rechtsanwendung und einer zunehmenden Fehleranfälligkeit des Systems. Es sei schon jetzt absehbar, dass die gesetzlichen Vorgaben in den bestehenden Strukturen nicht ohne Weiteres administriert werden können.⁸¹

Eine einheitliche, effektive und transparente Verwaltungspraxis ist angesichts der Beteiligung der unterschiedlichen Behörden nicht absehbar. Die äußerst komplexen Verfahrensabläufe stellen die Behörden nicht nur vor einen enormen Koordinations- und Kostenaufwand, sondern führen im Ergebnis zu behördlichen Entscheidungen, denen materiellrechtliche und prozessuale Fehler anhaften. Das intransparente und uneinheitliche Verfahren drängt die Betroffenen immer weiter zum passiven Stillhalten und Warten ohne Aussicht.

Nach einer Studie von Oktober 2017 dürften es ca. 50.000 bis 60.000 Familienangehörige von in Deutschland subsidiär Schutzberechtigten im Ausland geben, die potenziell in den Geltungsbereich von § 36a AufenthG fal-

len.⁸² Die Bundesregierung teilte am 13. November 2018 mit, dass mittlerweile 44.763 Terminanfragen für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten in Deutschland eingegangen seien.⁸³

Das bedeutet zum einen, dass die Zahl der Familienangehörigen subsidiär Schutzberechtigter weit unter den »mehreren Hunderttausenden« liegen, die im Vorfeld der Neuregelung beispielsweise vom Bundesinnenminister zur Legitimation der weiteren Beschränkung angeführt wurden.⁸⁴

Zum anderen bedeutet dies, dass die meisten betroffenen Familien – nach bereits mehrjähriger Familientrennung – weiterhin sehr lange, zum Teil weitere drei bis vier Jahre, warten müssen, bis sie an der Reihe sind und Visa erteilt werden, obwohl bei der weit überwiegenden Mehrheit humanitäre Gründe im Sinne der Regelung vorliegen werden. Hierdurch werden, wie gezeigt wurde, Grund- und Menschenrechte verletzt. Der UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte kritisierte kürzlich vor diesem Hintergrund die Restriktionen des Familiennachzugs durch Aussetzung und Kontingentierung und empfahl der deutschen Bundesregierung, subsidiär Schutzberechtigten die Familienzusammenführung zu ermöglichen.⁸⁵

Eine kürzlich erschienene DIW-Studie macht zudem darauf aufmerksam, dass sich die fehlende Möglichkeit des Familiennachzugs deutlich negativ auf die Lebenszufriedenheit der Geflüchteten und in der Folge auch auf ihre Integrations- und Teilhabemöglichkeiten in der Aufnahmegesellschaft auswirkt.⁸⁶ Neben der Unterstützung der Geflüchteten bei der Bewältigung des Antragsverfahrens bedarf es daher auch weiterhin erheblicher politischer und juristischer Bemühungen, um den Rechten der Betroffenen zur Durchsetzung zu verhelfen.

⁷⁹ Vgl. Schmahl, a. a. O. (Fn. 75), Art. 10, Rn. 9; Cremer, ausführlich zu den Vorgaben der KRK, a. a. O. (Fn. 4), S. 65–70.

⁸⁰ Migrationsöverdomstolen (Berufungsgericht für Migration, Schweden), Entscheidung vom 13.11.2018 – MIG 2018:20 (UM5407-18) – im schwedischen Original abrufbar unter <https://bit.ly/2K5kX9v>.

⁸¹ BT-Drs. 19/2438, a. a. O. (Fn. 13) S. 34f.

⁸² Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB), IAB-Forum 19.10.2017, https://is.gd/iab_studie2017.

⁸³ Vgl. BT-Drs. 19/5815, a. a. O. (Fn. 8), S. 27.

⁸⁴ Vgl. merkur.de, CSU warnt vor Hunderttausenden durch Familiennachzug – das ist wirklich dran, Meldung vom 17.11.2017, abrufbar unter https://is.gd/merkur_famnz171117.

⁸⁵ United Nations, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Concluding observations on the sixth periodic report of Germany, 12.10.2018, abrufbar unter www.ohchr.org.

⁸⁶ Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung (DIW), Studie zur Familienstruktur und zum Wohlbefinden von Geflüchteten, 17.10.2018, abrufbar unter www.diw.de.

Zwei Jahre Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG

Ein Überblick zur Umsetzung der Regelung in den einzelnen Bundesländern

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Regelungsgehalt des § 12a AufenthG
- III. Umsetzung in den Bundesländern
- IV. Länderübergreifende Vereinbarungen
- V. Fazit

I. Einleitung

Vor mehr als zwei Jahren wurde die Wohnsitzregelung nach § 12a Aufenthaltsgesetz (AufenthG) durch das Integrationsgesetz¹ eingeführt. Damit wurde die Möglichkeit geschaffen, schutzberechtigten Personen² die Wohnsitznahme in einem bestimmten Bundesland und sogar an einem bestimmten Ort vorzugeben.

Zuvor galt in Bezug auf Schutzberechtigte³ lediglich die allgemeine Regelung des § 12 Abs. 2 AufenthG, wonach Aufenthaltstitel unter anderem mit Auflagen versehen werden können, die den Wohnsitz beschränken.⁴ Die bundeseinheitliche Praxis, bei leistungsbeziehenden subsidiär Schutzberechtigten regelmäßig Wohnsitzauflagen zu verfügen,⁵ wurde vom EuGH als europarechtswid-

rig verurteilt.⁶ Laut EuGH verstößt die Wohnsitzauflage zum Zweck der Verteilung der Lasten für Sozialleistungen gegen EU-Recht. Subsidiär Schutzberechtigte dürften nicht anders behandelt werden als andere rechtmäßig in Deutschland lebende Personen, die keine EU-Staatsangehörigkeit haben. Nur wenn sich die Situation von subsidiär Schutzberechtigten im Hinblick auf das Ziel der Wohnsitzauflage von anderen Drittstaatsangehörigen unterscheidet, sei die Beschränkung ihrer Freizügigkeit zulässig.

Die Bundesregierung plante schon vor der EuGH-Entscheidung eine Wohnsitzregelung für alle anerkannten Schutzberechtigten.⁷ Diese Regelung wurde schließlich mit einer Reihe weiterer einschneidender Gesetzesänderungen in dem seit Herbst 2015 im Asyl- und Aufenthaltsrecht üblich gewordenen Eilverfahren beschlossen.⁸ Laut der Gesetzesbegründung verfolgt die neue Regelung, die sämtliche Gruppen von Schutzberechtigten betrifft, den Zweck, »die Integration der betroffenen Personen [zu] fördern und integrationshemmenden Segregationstendenzen entgegen[zu]wirken«⁹.

Mit der Einführung der Wohnsitzregelung einher ging eine neue Zuständigkeitsregelung in § 36 Zweites Buch Sozialgesetzbuch (SGB II), nach der lediglich die Behörde des Ortes, an dem der Wohnsitz zu nehmen ist, für die Gewährung von Sozialleistungen zuständig ist. Nimmt eine Person entgegen einer Verpflichtung ihren Wohnsitz an einem anderen Ort, so darf die dortige Behörde in der Regel nur eine Reisebeihilfe zu dem ursprünglich zugewiesenen Wohnort erbringen.¹⁰ Dies soll der effizienten Durchsetzung der Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG dienen.¹¹

* Melina Lehrian ist als Online-Redakteurin beim Informationsverbund Asyl und Migration (asyl.net) tätig.

¹ In Kraft getreten am 6.8.2016, Integrationsgesetz vom 31.7.16, BGBl. I (2016), S. 1939; vgl. Mantel/Lehrian, »Neuerungen durch das Integrationsgesetz«, Asylmagazin 9/2016, S. 290–294.

² In diesem Beitrag wird zur Vereinfachung von »Schutzberechtigten« bzw. »anerkannten« Personen gesprochen. Dies umfasst Personen, denen internationaler Schutz oder Asyl gewährt wurde, ebenso wie Personen, für die ein Abschiebungsverbot festgestellt wurde, sowie Personen, die aus humanitären Gründen, entweder individuell nach § 22 AufenthG oder aufgrund von Aufnahmeprogrammen nach § 23 AufenthG, aufgenommen wurden (siehe Abschnitt II).

³ Asylsuchende unterliegen für die Dauer des Asylverfahrens der Wohnsitzauflage nach § 60 AsylG und für Geduldete gilt sie nach § 61 Abs. 1d AufenthG bei Sozialleistungsbezug, siehe asyl.net unter »Themen: Asylverfahren/Pflichten und Aufenthaltsrecht/Sonstiger Aufenthalt/Duldung«.

⁴ Nach den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Bundesinnenministeriums zum AufenthG vom 26.10.2009 (AVV AufenthG) können diese Auflagen nur bei sogenannten humanitären Aufenthaltstiteln gemacht werden (Kapitel 2 Abschnitt 5 AufenthG), wenn die Betroffenen Sozialleistungen beziehen, Rn. 12.2.5.2 AVV AufenthG, abrufbar auf asyl.net unter »Recht/Gesetze/Weisungen«.

⁵ Hierzu im Einzelnen Pelzer/Pichl, »Wohnsitzauflage und Residenzpflicht: Aktuelle Einschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen«, ZAR 3/2016, S. 96 ff.

⁶ EuGH, Urteil vom 1.3.2016 – C-443/14; C-444/14, Alo und Osso gg. Deutschland –, Asylmagazin 3/2016, S. 82 ff., asyl.net: M23635; asyl.net Meldung vom 1.3.2016: Verwirrung um Urteil des EuGH zur Europarechtswidrigkeit von Wohnsitzauflagen; Pelzer/Pichl (a. a. O., Fn. 5), S. 98.

⁷ Pelzer/Pichl, a. a. O. (Fn. 5), S. 96.

⁸ Allgemein zur Kritik an der im Migrationsrecht vorherrschenden gesetzgeberischen Hektik, siehe Kalkmann/Mantel, »Neuerungen durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht«, Asylmagazin 9/2017, S. 341, mit weiteren Nachweisen.

⁹ BT-Drs. 18/8615, S. 3; Gesetzgebungsmaterialien abrufbar bei fluechtlingsrat-berlin.de unter »Recht & Rat/Asyl & Aufenthalt«.

¹⁰ Vgl. § 23 Abs. 5 SGB XII.

¹¹ Zu den sozialrechtlichen Auswirkungen vgl. die Arbeitshilfe von Frings/Steffen, »Die neuen Wohnsitzauflagen und die sozialrecht-

Bereits im Vorfeld sowie im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte die neue Wohnsitzverpflichtung erhebliche Kritik erfahren. Zum einen gab es Bedenken, ob eine solche Regelung tatsächlich integrationsfördernd sein könne. Zum anderen wurde die Vereinbarkeit der Einschränkungen des Freizügigkeitsrechts mit europa- und völkerrechtlichen Vorgaben angezweifelt.¹² Insbesondere in Hinblick auf das angesprochene EuGH-Urteil stellte sich die Frage, ob die neue Regelung letztlich nicht wieder nur dem Lastenausgleich diene.¹³

Daneben wurde problematisiert, dass die Regelung gemäß § 12a Abs. 7 AufenthG auch rückwirkend für Personen gilt, die nach dem 1. Januar 2016 anerkannt wurden (dazu mehr unter IV).¹⁴

Gewarnt wurde darüber hinaus in Anbetracht fehlender bundeseinheitlicher Vorgaben vor einer divergierenden Anwendungspraxis durch die Länder.¹⁵

Laut der Gesetzesbegründung sollten mit der Neuregelung des § 12a AufenthG verschiedene Regelungsansätze bereitgestellt werden (Absätze 2–4), deren Auswahl und Umsetzung jedoch den Landesregierungen zustehen sollte.¹⁶ Begründet wurde dies damit, dass die konkrete Integration auf Ebene der lokalen Gebietskörperschaften stattfinden, sodass den Ländern ein entsprechender Spielraum verbleiben müsse, um örtliche und regionale Bedingungen angemessen zu berücksichtigen.¹⁷

Dieser Beitrag versucht, einen Überblick über die Umsetzung und Anwendung der Wohnsitzverpflichtung gemäß § 12a AufenthG in den einzelnen Bundesländern zu geben. Insbesondere soll untersucht werden, ob die Länder eigene Regelungen zur Konkretisierung des § 12a AufenthG erlassen haben und inwiefern sie von den verschiedenen Verpflichtungsmöglichkeiten tatsächlich Gebrauch machen. Neben einer Auswertung verfügbarer Weisungen und Erlasse liegen diesem Beitrag Auskünfte von Landesregierungen und von Flüchtlingsräten zugrunde, die im Oktober und November 2018 von der Autorin eingeholt wurden.

lichen Auswirkungen«, z. B. abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen/Arbeitshilfen zum Sozialrecht«.

¹² Insbesondere Art. 23 und 26 Genfer Flüchtlingskonvention (GFK), Art. 33 Qualifikationsrichtlinie (QRL), Art. 45 Charta der Grundrechte (GRC), Art. 12 Abs. 1 UN-Zivilpakt, Art. 2 Zusatzprotokoll Nr. 4 zur EMRK; vgl. hierzu auch die Arbeitshilfe des Paritätischen Gesamtverbands, »Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG auch für anerkannte Flüchtlinge: Praxistipps und Hintergründe«, abrufbar bei asyl.net über »Publikationen/Arbeitshilfen zum Aufenthaltsrecht«; Marx, Handbuch Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht, § 5 Rn. 12.

¹³ Vgl. hierzu Deutscher Anwaltverein (DAV), Stellungnahme vom 15.6.2016 zum Integrationsgesetz, S. 24, abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

¹⁴ Ausführlich dazu die Arbeitshilfe von Frings/Steffen, (a. a. O., Fn. 11), S. 4 ff.

¹⁵ Vgl. Arbeitshilfe des Paritätischen Gesamtverbands (a. a. O., Fn. 12), S. 1.

¹⁶ BT-Drs. 18/8615, a. a. O. (Fn. 9), S. 44.

¹⁷ Ebd.

II. Regelungsgehalt des § 12a AufenthG

Die Wohnsitzregelung gemäß § 12a AufenthG gilt für Personen, die seit dem 1. Januar 2016

- entweder als Asylberechtigte gemäß Art. 16a GG, als Flüchtlinge im Sinne des § 3 AsylG oder als subsidiär Schutzberechtigte nach § 4 AsylG anerkannt sind
- oder erstmalig eine Aufenthaltserlaubnis bei individueller humanitärer Aufnahme nach § 22 AufenthG oder im Rahmen von Resettlement oder humanitären Aufnahmeprogrammen nach § 23 AufenthG oder bei festgestellten nationalen Abschiebungsverboten nach § 25 Abs. 3 AufenthG erhalten haben.

Die Vorschrift gilt nicht für unbegleitete minderjährige Geflüchtete.¹⁸

Der Regelungsgehalt des § 12a AufenthG lässt sich anhand der einzelnen Absätze darstellen. So enthält Absatz 1 Satz 1 zunächst die *zwingende allgemeine Verpflichtung*, für einen Zeitraum von drei Jahren ab Anerkennung (bzw. Erteilung der Aufenthaltserlaubnis) den Wohnsitz in dem *Bundesland* zu nehmen, in dem das Asyl- oder Aufnahmeverfahren durchgeführt wurde. Diese Verpflichtung gilt per Gesetz »automatisch«, das heißt, sie muss nicht erst behördlich angeordnet werden.

Davon lässt Satz 2 eine gesetzliche Ausnahme für die Fälle zu, in denen entweder die betroffene Person selbst, ihre Ehepartnerin oder ihr Ehepartner oder ein minderjähriges Kind einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung mit einem Umfang von mindestens 15 Stunden wöchentlich¹⁹, einer Berufsausbildung oder einem Studium nachgeht. Ein Beschäftigungsverhältnis muss nachhaltig und ernsthaft sein.²⁰ Auch umfasst ist die Teilnahme an berufsorientierenden, berufs- und studienvorbereitenden Maßnahmen sowie der Besuch eines Studienkollegs.²¹ Nach länderübergreifendem Verständnis greift der Ausschluss nur, wenn die Beschäftigung, Ausbildung oder das Studium bereits zum Zeitpunkt der Anerkennung bestand; ansonsten findet Absatz 5 Anwendung, wonach an anderen Orten verfügbare Arbeitsstellen oder Ausbildungs-/Studienplätze Berücksichtigung finden.²²

Absatz 2 legt darüber hinaus fest, dass Schutzberechtigte, die in einer Aufnahmeeinrichtung oder einer anderen vorübergehenden Unterkunft wohnen, innerhalb von sechs Monaten nach Anerkennung verpflichtet wer-

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Die Beschäftigung muss den monatlichen durchschnittlichen Bedarf nach §§ 20 und 22 SGB II für eine Einzelperson decken.

²⁰ Anwendungshinweise des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Anlage 2 zum Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 8.11.2016, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M24381.

²¹ BT-Drs. 18/8615, a. a. O. (Fn. 9), S. 44.

²² Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein, a. a. O. (Fn. 20), S. 2 ff.

den können, ihren Wohnsitz für maximal drei Jahre²³ an einem *bestimmten Ort innerhalb des Bundeslandes* zu nehmen. Diese Regelung soll nach dem Gesetzeswortlaut der Versorgung mit angemessenem Wohnraum dienen und nur dann greifen, wenn die Wohnsitzzuweisung der »Förderung [der] nachhaltigen Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland nicht entgegensteht«. Die sechsmonatige Zuweisungsfrist kann im Einzelfall um sechs weitere Monate verlängert werden. Bei Absatz 2 handelt es sich um eine »Kann-Regelung«, sodass entsprechende Wohnsitzverpflichtungen nicht zwingend gesetzlich vorgeschrieben sind, sondern ein Ermessensspielraum für Landesbehörden besteht.²⁴

Absatz 3 dagegen eröffnet die Möglichkeit, Schutzberechtigten – ebenfalls innerhalb von sechs Monaten nach Anerkennung – gerade aus integrationspolitischen Gründen einen Wohnsitz *innerhalb eines bestimmten Ortes im Bundesland* zuzuweisen. Integrationspolitische Gründe in diesem Sinne liegen laut Gesetzestext vor, wenn dadurch die Versorgung mit angemessenem Wohnraum, der Erwerb von Deutschkenntnissen sowie die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erleichtert werden können. Hierbei handelt es sich ebenfalls nicht um eine gesetzliche Verpflichtung, sondern wiederum um eine »Kann-Regelung«.

Aus Absatz 4 ergibt sich, dass Schutzberechtigte zur Vermeidung von sozialer und gesellschaftlicher Ausgrenzung verpflichtet werden können, ihren Wohnsitz gerade nicht an einem bestimmten Ort zu nehmen (sogenannte *negative Wohnsitzregelung* oder *Zuzugssperre*). Dies bietet sich laut Gesetz insbesondere dann an, wenn zu erwarten ist, dass die Personen dort nicht Deutsch als wesentliche Verkehrssprache nutzen werden. Die Situation des dortigen Ausbildungs- oder Arbeitsmarktes ist in die Erwägung miteinzustellen. Auch dies stellt eine »Kann-Regelung« dar.

Absatz 5 enthält Vorgaben zur Aufhebung bestehender Wohnsitzverpflichtungen nach den Absätzen 1 bis 4. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn nachgewiesen werden kann, dass an einem anderen Ort eine Beschäftigung, eine Ausbildung oder ein Studienplatz zur Verfügung stehen, enge Familienangehörige an einem anderen Ort leben oder ein bestimmter Härtefall vorliegt. Bei Aufhebungen aufgrund von Härtefällen muss anschließend eine Zuweisung nach Absatz 3 oder 4 erfolgen, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen.²⁵ Jedoch ist hiernach auch eine Verpflichtung gemäß Absatz 3 auf das gesamte Bundesland möglich für die Länder, die von der landesinternen Verteilung keinen Gebrauch machen.²⁶

Gemäß Absatz 6 gilt die Wohnsitzverpflichtung ebenso für Familienangehörige, die im Rahmen des Familiennachzuges nach Deutschland kommen.

Absatz 7 gibt den zeitlichen Anwendungsbereich der Regelung vor. Danach gelten die vorherigen Absätze nur für Personen, deren Anerkennung nach dem 1. Januar 2016 erfolgte.

Laut Absatz 8 entfalten Rechtsbehelfe gegen die nach den Absätzen 2 bis 4 möglichen Verpflichtungen keine aufschiebende Wirkung.

Mit Absatz 9 wird den Ländern die Möglichkeit eröffnet, mithilfe von Rechtsverordnungen oder anderen landesrechtlichen Regelungen bestimmte Aspekte der Wohnsitzverpflichtungen aus den Absätzen 2 bis 5 näher zu regeln. Dies kann zum Beispiel das landesinterne Verteilungsverfahren betreffen (§ 12a Abs. 9 Nr. 1 AufenthG). Unabhängig hiervon können die Länder die Details auch in Erlassen oder Verwaltungsvorschriften regeln, mit denen das Ermessen der Ausländerbehörden gelenkt wird.

III. Umsetzung in den Bundesländern

1. Baden-Württemberg

Das Innenministerium Baden-Württemberg hat zur Gewährleistung einer landeseinheitlichen Anwendung des § 12a AufenthG am 5. September 2016 Anwendungshinweise erlassen.²⁷ Darin werden die Ausländerbehörden angewiesen, von der Möglichkeit, Zuweisungen nach Absatz 2 und 3 vorzunehmen, Gebrauch zu machen, um eine gerechte Verteilung innerhalb des Landes zu gewährleisten.²⁸ Die genaue Verteilung richtet sich nach dem Flüchtlingsaufnahmegesetz des Landes (FlüAG) und der dazugehörigen Durchführungsverordnung (DVO FlüAG).²⁹ Daraus ergibt sich ein Verteilungsschlüssel, der sich maßgeblich an dem Bevölkerungsanteil der einzelnen Stadt- oder Landkreise bzw. Gemeinden an der Gesamtbevölkerung des Landes orientiert. Von der Möglichkeit einer Zuzugssperre nach Absatz 4 AufenthG machen die Behörden in Baden-Württemberg nach Vorgabe des Innenministeriums dagegen keinen Gebrauch.³⁰

²³ Auch hier gilt die 3-Jahres-Frist ab Anerkennung bzw. Aufnahme, da es sich um die Frist »nach Absatz 1« handelt.

²⁴ Ausführlich zu dieser Regelung siehe Claudius Voigt, Anmerkung zur Entscheidung des OVG NRW, in diesem Heft ab S. 454.

²⁵ Vgl. Funke-Kaiser in Fritz/Vormeier: Gemeinschaftskommentar zum AufenthG, Stand: September 2018, § 12a, Rn. 56.

²⁶ Vgl. Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein, a. a. O. (Fn. 20), S. 4.

²⁷ Anwendungshinweise des Innenministeriums Baden-Württemberg zu § 12a AufenthG vom 7.9.2016, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26775.

²⁸ Ebd., S. 4.

²⁹ Beides abrufbar auf der Homepage des Flüchtlingsrats Baden-Württemberg.

³⁰ Vgl. Anwendungshinweise des Innenministeriums Baden-Württemberg, a. a. O. (Fn. 27), S. 9.

2. Bayern

Das Land Bayern hat auf Grundlage von § 12a Abs. 9 AufenthG eine Verordnung erlassen, die am 1. September 2016 in Kraft trat und unter anderem die Verteilung sowie die entsprechenden Zuständigkeiten regelt.³¹ Danach erfolgt in Bayern zunächst eine Verteilung der betroffenen Personen auf die Regierungsbezirke nach einer in der Verordnung bestimmten Quote.³² In einem zweiten Schritt treffen dann die jeweiligen Bezirksregierungen Zuweisungsentscheidungen im Sinne des § 12a Abs. 2 und 3 AufenthG auf die Landkreise oder kreisfreien Gemeinden, ebenfalls am Maßstab einer bestimmten Quote.³³ Keinen Gebrauch macht Bayern von der negativen Wohnsitzverpflichtung nach Absatz 4.³⁴

3. Berlin

Berlin hat keinen Gebrauch von der Verordnungsermächtigung i. S. d. § 12a Abs. 9 AufenthG gemacht.³⁵ Auch ergehen keine weiteren landesinternen Zuweisungsentscheidungen durch die Ausländerbehörden aufgrund der Absätze 2 bis 4, etwa auf bestimmte Stadtbezirke.³⁶ Demnach können zugewiesene anerkannte Schutzberechtigte ihren Wohnsitz grundsätzlich im gesamten Bundesland nehmen.³⁷

4. Brandenburg

Brandenburg hat ebenfalls keine Regelung auf Grundlage des § 12 Abs. 9 AufenthG getroffen.³⁸ Jedoch haben die Landkreise und kreisfreien Städte seit Inkrafttreten des § 12a AufenthG die Möglichkeit, Wohnsitzverpflichtungen nach den Absätzen 2 bis 4 in eigener Verantwortung zu erteilen.³⁹ Hinsichtlich eines für Cottbus verhängten

Aufnahmestopps für Asylsuchende stand es Anfang 2018 zur Debatte, auch die Wohnsitznahme für Anerkannte über die Zuzugssperre des § 12a Abs. 4 AufenthG einzuschränken.⁴⁰ Allerdings konnte sich die Stadt Cottbus diesbezüglich nicht durchsetzen, da sich das Land grundsätzlich gegen negative Wohnsitzregelungen ausspricht.⁴¹

5. Bremen

Auch Bremen hat als Stadtstaat von der Ermächtigung in § 12a Abs. 9 AufenthG keinen Gebrauch gemacht.⁴² Es ergehen keine weitergehenden Wohnsitzzuweisungen innerhalb des Landes nach den Absätzen 2 bis 4, sodass es in Bremen bei der freien Ortswahl innerhalb des Bundeslandes für anerkannte Schutzberechtigte bleibt.⁴³

6. Hamburg

Der Stadtstaat Hamburg hat ebenfalls keine Verordnung oder sonstige landesrechtliche Regelung i. S. d. § 12a Abs. 9 AufenthG erlassen.⁴⁴ Es erfolgt keine landesinterne Wohnsitzzuweisung nach den Absätzen 2 bis 4.⁴⁵

7. Hessen

Hessen hat keine Regelung i. S. d. Absatz 9 erlassen, jedoch die Vorgaben des § 12a AufenthG per Erlass vom 24. August 2017 näher bestimmt.⁴⁶ Daraus ergibt sich, dass Schutzberechtigte unverzüglich nach Anerkennung einem bestimmten Landkreis oder einer bestimmten kreisfreien Stadt entweder nach Absatz 2 oder nach Absatz 3 zugewiesen werden müssen. Bei Personen, die sich im Zeitpunkt der Anerkennung noch in einer Erstaufnahmeeinrichtung befinden, erfolgt ein gestuftes Verfahren.⁴⁷ Danach benennt das Regierungspräsidium zunächst eine Gebietskörperschaft⁴⁸, für die auf sechs Monate befristet

³¹ Verordnung zur Durchführung des Asylgesetzes, des Asylbewerberleistungsgesetzes, des Aufnahmegesetzes und des § 12a des Aufenthaltsgesetzes (DVAsyl) vom 16.8.16, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26774.

³² Vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 DVAsyl.

³³ Vgl. § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i. V. m. § 3 Abs. 2 DVAsyl.

³⁴ Auskunft des Innenministeriums Bayern vom 25.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

³⁵ Auskunft des Innensenats Berlin vom 29.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

³⁶ Ebd.; Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin, S. 106 ff., abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26780.

³⁷ Vgl. aber ebd., S. 107: Bei Aufhebungen gemäß § 12a Abs. 5 S. 1 Nr. 2 prüft die Ausländerbehörde, ob gemäß S. 2 eine Nebenbestimmung i. S. d. Abs. 3 oder 4 in Betracht kommt; allerdings werden die Vorschriften zugunsten der Betroffenen ausgelegt.

³⁸ Auskunft des Innenministeriums Brandenburg vom 22.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

³⁹ Ebd., vgl. auch Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage Nr. 3769 der Fraktion Die Linke vom 29.8.18 (Drs. 6/9439), abrufbar unter kleinanfragen.de.

⁴⁰ Vgl. Policy Paper von Nona Renner, »Die Wohnsitzauflage als Mittel deutscher Integrationspolitik? Das Beispiel Sachsen«, S. 4, abrufbar auf der Homepage von MIDEM unter »Publikationen«.

⁴¹ Auskunft des Flüchtlingsrats Brandenburg vom 27.11.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁴² Auskunft des Innensenats Bremen vom 19.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁴³ Ebd.

⁴⁴ Auskunft des Innensenats Hamburg vom 26.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁴⁵ Ebd., vgl. auch Antwort des Hamburger Senats auf eine kleine Anfrage der Linken vom 9.6.17, Drs. 21/9316, S. 1, abrufbar unter www.kleinanfragen.de.

⁴⁶ Erlass der Landesregierung Hessen vom 24.8.17, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M25387.

⁴⁷ Ebd., S. 3 ff.

⁴⁸ In entsprechender Anwendung der Aufnahmequote nach § 2 Abs. 1 Landesaufnahmegesetz i. V. m. der Durchführungsverordnung.

unter Vorbehalt eine Verpflichtung nach Absatz 2 ergeht; in einem zweiten Schritt erfolgt durch die Ausländerbehörde eine Verpflichtung nach Absatz 3.⁴⁹ Negative Wohnsitzverpflichtungen gemäß § 12a Abs. 4 AufenthG ergehen in Hessen nicht.⁵⁰

8. Mecklenburg-Vorpommern

In Mecklenburg-Vorpommern besteht bisher keine Verordnung oder sonstige Regelung i. S. d. § 12a Abs. 9 AufenthG. Die Ausländerbehörden sind zwar direkt auf der Grundlage von Absatz 2 bis 4 befugt, innerhalb des Landes entsprechende Wohnsitzverpflichtungen zu erlassen, sie machen davon allerdings keinen Gebrauch.⁵¹ Daher können in Mecklenburg-Vorpommern anerkannte Schutzberechtigte derzeit im Rahmen des § 12a Abs. 1 AufenthG grundsätzlich im gesamten Bundesland ihren Wohnsitz nehmen.

9. Niedersachsen

Niedersachsen hat keine Rechtsverordnung i. S. d. § 12a Abs. 9 AufenthG erlassen, allerdings ergingen mehrere Erlasse an die Ausländerbehörden.⁵² Mit dem ersten Erlass vom 10. August 2016 konkretisierte die Landesregierung die Umsetzung der Absätze 1 und 5; zu diesem Zeitpunkt war ausdrücklich noch nicht entschieden, ob von den Verpflichtungen nach Absätzen 2 und 3 Gebrauch gemacht werden sollte.⁵³ Per Erlass vom 20. September 2016 teilte die Landesregierung dann ihre Entscheidung mit, dass von den in § 12a Abs. 2 bis 4 AufenthG genannten Wohnsitzverpflichtungen in Niedersachsen kein Gebrauch zu machen ist.⁵⁴ Daneben ergingen weitere Erlasse zum Umgang mit den sogenannten Rückwirkungsfällen (dazu mehr unter IV.).⁵⁵ In Bezug auf Absatz 4 wurde die Praxis im Jahr 2017 durch weitere Erlasse bezüglich einiger Städte modifiziert:⁵⁶ So darf nun im Regelfall kein Wohnsitz mehr in den Gebieten der Städte Delmenhorst, Salzgitter und Wilhelmshaven genommen werden.

⁴⁹ Erlass der Landesregierung Hessen, a. a. O. (Fn. 46), S. 3 ff.

⁵⁰ Ebd., S. 6.

⁵¹ Auskunft des Innenministeriums Mecklenburg-Vorpommern vom 24.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁵² Auskunft des Innenministeriums Niedersachsen vom 23.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁵³ Erlass der Landesregierung Niedersachsen vom 10.8.16, S. 2, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M24171.

⁵⁴ Erlass der Landesregierung Niedersachsen vom 20.9.16, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26776.

⁵⁵ Erlass der Landesregierung Niedersachsen vom 7.11.16, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M24366.

⁵⁶ Erlasse vom 9.10.17 und 14.11.17, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M25544 und M25660.

10. Nordrhein-Westfalen

Das Bundesland Nordrhein-Westfalen hat mit der Ausländer-Wohnsitzregelungsverordnung (AWoV) von der Verordnungsermächtigung des § 12a Abs. 9 AufenthG Gebrauch gemacht.⁵⁷ Diese trat am 29. November 2016 in Kraft. Sie enthält einen grundsätzlichen Verteilungsmechanismus nach einem Integrationsschlüssel, der den Einwohneranteil einer Gemeinde an der Gesamtbevölkerung, den Flächenanteil der Gemeinde an der Gesamtfläche und den Anteil an arbeitslos gemeldeten Personen an der Gemeindebevölkerung berücksichtigt.⁵⁸ Die entsprechenden Zuweisungsentscheidungen nach den Absätzen 2 und 3 ergehen zentral durch die Bezirksregierung Arnsberg.⁵⁹ Negative Wohnsitzzuweisungen hinsichtlich eines bestimmten Ortes i. S. d. Abs. 4 gibt es dagegen nicht.⁶⁰

Von der grundsätzlichen Verteilung nach dem Integrationsschlüssel sind in der Verordnung zudem Ausnahmen vorgesehen. So bestimmt unter anderem § 5 Abs. 4 AWoV, dass bei Personen, die zum Zeitpunkt ihrer Anerkennung bereits ihren Wohnsitz in einer bestimmten Gemeinde außerhalb einer Landeseinrichtung genommen haben, eine generelle Zuweisung in diese Gemeinde erfolgen soll. Ebendiese Regelung war kürzlich Gegenstand eines Verfahrens vor dem Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW).⁶¹ Das OVG entschied, dass die Regelung rechtswidrig sei, weil sie den von § 12a Abs. 9 AufenthG gesetzten Rahmen überschreite. Die nordrhein-westfälische Regelung des § 5 Abs. 4 AWoV enge den Spielraum für die Prognose, welche die Behörden in Hinblick auf die Integrationsaussichten der Betroffenen anzustellen hätten, in unzulässiger Weise ein. Zugleich modifiziere die Landesregelung auf Rechtsfolgenseite die durch das Bundesgesetz vorgesehene Kann-Entscheidung in eine Soll-Entscheidung, was ebenfalls nicht von Abs. 9 gedeckt sei.⁶² Daneben drückte das OVG rechtliche Bedenken an § 5 Abs. 7 S. 3 und AWoV aus, nach dem es bei einer Zuweisung nach § 5 Abs. 4 AWoV weder einer vorherigen Anhörung der Betroffenen noch einer Begründung der Entscheidung bedarf.⁶³

Zur Klarstellung ist darauf hinzuweisen, dass das OVG NRW mit dieser Entscheidung lediglich die Umsetzung des § 12a AufenthG in der Rechtsverordnung des Landes für rechtswidrig erklärt hat, keineswegs aber den § 12a AufenthG an sich. Vielmehr betont das Gericht auch mit

⁵⁷ Abrufbar unter recht.nrw.de.

⁵⁸ Vgl. § 2 AWoV, abrufbar s.o.

⁵⁹ Vgl. § 8 Abs. 2 AWoV, abrufbar s.o.

⁶⁰ Auskunft des Integrationsministeriums Nordrhein-Westfalen vom 23.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁶¹ OVG NRW, Urteil vom 4.9.2018 – 18 A 256/18 – asyl.net: M26621, ausführlich zitiert in diesem Heft ab S. 450; siehe hierzu auch die Anmerkung von Claudius Voigt, a. a. O. (Fn. 24).

⁶² OVG NRW, Urteil vom 4.9.2018, a. a. O. (Fn. 61), S. 4 ff.

⁶³ Ebd., S. 8.

Blick auf den Fall, über den es zu entscheiden hatte, dass der Kläger einer Wohnsitzzuweisung nach § 12a Abs. 1 AufenthG unterliegen dürfte. Es spreche Vieles dafür, dass die Regelung des § 12a Abs. 1 AufenthG mit europa- und völkerrechtlichen Bestimmungen sowie mit dem Grundgesetz vereinbar sei.⁶⁴

11. Rheinland-Pfalz

Die Landesregierung Rheinland-Pfalz hat keine Verordnung zur näheren Ausgestaltung des § 12a AufenthG im Bundesland erlassen. Die Regelungen der Absätze 2 und 3 finden grundsätzlich keine Anwendung.⁶⁵ Laut einem Rundschreiben vom 18. November 2016 steht es jedoch in begründeten Einzelfällen im Ermessen der Ausländerbehörden, entsprechende Beschränkungen zu erlassen.⁶⁶ Daneben hat die Landesregierung Anfang dieses Jahres von Absatz 4 Gebrauch gemacht und die Ausländerbehörden per Rundschreiben angewiesen, ab dem 26. März 2018 anerkannten Schutzberechtigten die Wohnsitznahme in Pirmasens zu untersagen.⁶⁷

12. Saarland

Das Saarland hat per Änderungsverordnung zur Saarländischen Aufenthaltsverordnung vom 22.11.2016 von Absatz 9 Gebrauch gemacht.⁶⁸ Danach ergehen Verteilungsentscheidungen nach Absatz 2 und 3 AufenthG durch das Landesverwaltungsamt.⁶⁹ An welchen Ort die Zuweisung erfolgt, ergibt sich ebenfalls aus der Aufenthaltsverordnung.⁷⁰ Sie enthält einen Verteilungsschlüssel zur Aufnahme und Unterbringung in den Landkreisen und der Landeshauptstadt Saarbrücken. Diese weisen die ihnen zugewiesenen Personen wiederum den Gemeinden zu. Ob auch von der Regelung des Absatzes 4 Gebrauch gemacht wird, ist nicht bekannt. Weder im Landesaufnahmegesetz noch in der Aufenthaltsverordnung finden sich Angaben hierzu. Mangels Regelung ist daher eher davon auszugehen, dass keine entsprechenden Verpflichtungen ergehen.

⁶⁴ Anderer Ansicht Claudius Voigt, a. a. O. (Fn. 24).

⁶⁵ Auskunft des Integrationsministeriums Rheinland-Pfalz vom 23.10.18 auf Anfrage der Redaktion.

⁶⁶ Rundschreiben des Integrationsministeriums Rheinland-Pfalz vom 18.11.16, S. 3, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26777.

⁶⁷ Rundschreiben des Integrationsministeriums Rheinland-Pfalz vom 20.3.18, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26779.

⁶⁸ Änderungsverordnung vom 22.11.16 (Amtsbl. I S. 1072).

⁶⁹ § 2 Abs. 1 Nr. 5a Saarländische Aufenthaltsverordnung.

⁷⁰ § 2 Abs. 2 Saarländische Aufenthaltsverordnung.

13. Sachsen

Die Landesregierung Sachsens hat die Vorgaben aus § 12a AufenthG per Erlass vom 16. Februar 2018 konkretisiert.⁷¹ Darin werden die Ausländerbehörden ausdrücklich angewiesen, Zuweisungsentscheidungen gemäß § 12a Abs. 2 und 3 AufenthG zu treffen.⁷² Die Verteilung orientiert sich letztlich an dem Verteilungsschlüssel des Sächsischen Flüchtlingsaufnahmegesetzes, dem der Anteil des jeweiligen Landkreises oder der kreisfreien Stadt an der Gesamtbevölkerung Sachsens zugrunde liegt.⁷³ Darüber hinaus steht es den Landkreisen frei, die Wohnsitzverpflichtung räumlich noch weiter einzugrenzen, etwa auf einen bestimmten Ort innerhalb des Kreises. Auch die Erteilung negativer Wohnsitzverpflichtungen nach Absatz 4 soll möglich sein.⁷⁴

14. Sachsen-Anhalt

Sachsen-Anhalt hat die landeseinheitliche Ausgestaltung des § 12a AufenthG ebenfalls mit einem Erlass geregelt, der Mitte Februar 2017 in Kraft trat.⁷⁵ Aus diesem ergibt sich die Verteilung anerkannter Schutzberechtigter auf die Landkreise und kreisfreien Städte nach einem bestimmten Schlüssel. Kriterien dafür sind der Einwohneranteil der Landkreise an der Gesamtbevölkerung, der Anteil der arbeitslos gemeldeten Personen sowie das Verhältnis von Berufsausbildungsstellen zu Bewerbern.⁷⁶ Unterhalb der Kreisebene haben darüber hinaus die Ausländerbehörden die Möglichkeit, die Wohnsitzverpflichtung weiter einzugrenzen und einen bestimmten Ort i. S. d. Absätze 2 und 3 zu bestimmen. Ob und wie sie davon Gebrauch machen, liegt in ihrem eigenen Ermessen.⁷⁷ Durch die Landesregierung vorgegeben ist jedoch, dass keine Zuzugsverbote gemäß § 12a Abs. 4 AufenthG für bestimmte Orte ausgesprochen werden sollen.⁷⁸

⁷¹ Erlass des Innenministeriums Sachsen vom 16.2.18, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M26106.

⁷² Vgl. Ebd. S. 3 ff.

⁷³ § 6 Sächsisches Flüchtlingsaufnahmegesetz, abrufbar bei revosax.sachsen.de; vgl. zum genauen Vorgehen insbesondere Erlass des Innenministeriums Sachsen, a. a. O. (Fn. 71), S. 4 ff.

⁷⁴ Vgl. Erlass des Innenministeriums Sachsen, a. a. O. (Fn. 71), S. 6.

⁷⁵ Vgl. Pressemitteilung des Innenministeriums Sachsen-Anhalt vom 17.1.17, abrufbar unter presse.sachsen-anhalt.de.

⁷⁶ Erlass des Innenministeriums Sachsen-Anhalt vom 17.1.17; nicht öffentlich, liegt der Redaktion aber vor.

⁷⁷ Vgl. Pressemitteilung des Innenministeriums Sachsen-Anhalt, a. a. O., (Fn. 75).

⁷⁸ Leitlinien für einen Integrationsschlüssel für Sachsen-Anhalt vom 15.12.16; nicht öffentlich, liegen der Redaktion aber vor.

15. Schleswig-Holstein

Auch in Schleswig-Holstein erging keine Rechtsverordnung i.S.d. § 12a Abs. 9 AufenthG zur Bestimmung der näheren Ausgestaltung, sondern am 8. November 2016 wurde ein Erlass zur Gewährleistung eines einheitlichen Vorgehens herausgegeben.⁷⁹ In dem Bundesland werden grundsätzlich keine landesinternen Wohnsitzzuweisungen auf kommunaler Ebene nach den Absätzen 2 bis 3 über die gesetzliche Verpflichtung nach Absatz 1 hinaus vorgenommen. Auch von der Möglichkeit negativer Wohnsitzverpflichtungen wird kein Gebrauch gemacht.⁸⁰ Daher bleibt es dabei, dass anerkannte Schutzsuchende innerhalb Schleswig-Holsteins ihren Wohnort frei wählen dürfen.

16. Thüringen

Thüringen hat von der Verordnungsermächtigung in § 12a Abs. 9 AufenthG ebenfalls bislang keinen Gebrauch gemacht. Zwar wurde das Thema immer wieder aufgrund der ungleichen Verteilung in den Städten politisch aufgegriffen und es war unklar, ob eine Verpflichtung auch auf kommunaler Ebene im Sinne der Absätze 2 bis 4 erfolgen soll.⁸¹ Die Regierungsparteien konnten sich jedoch stattdessen vorerst auf einen neuen »dynamischen Integrationsschlüssel«⁸² einigen, der nicht bei der Verteilung anerkannter Schutzberechtigter, sondern bei Asylsuchenden ansetzt und nicht mehr – wie bisher – nur die Einwohnerzahl berücksichtigt, sondern darüber hinaus weitere integrationspolitische Aspekte.⁸³

IV. Länderübergreifende Vereinbarungen

Aufgrund teilweise fehlender Vorgaben von Seiten des Bundes wurde in bestimmten Bereichen recht schnell die Notwendigkeit länderübergreifender Vereinbarungen deutlich. Dies betraf insbesondere Fälle mit länderübergreifendem Bezug, bei denen entweder gemäß § 12a Abs. 1 S. 2 AufenthG eine Wohnsitzzuweisung gar nicht

erst ergehen durfte oder aber gemäß Absatz 5 im Nachhinein wieder aufgehoben werden musste.

In diesem Zusammenhang war zunächst zu klären, welchem Bundesland die Prüfung der Voraussetzungen obliegt, ob im Einzelfall wegen Absatz 1 Satz 2 oder Absatz 5 ein Umzug in Betracht kommt. Die Länder einigten sich in dieser Frage zunächst darauf, dass die Ausländerbehörde am bisherigen Wohnort die Voraussetzungen prüft und anschließend die Zustimmung der Behörde im Ziel-Bundesland einholt.⁸⁴ Erfolgt innerhalb von zwei Wochen keine Rückmeldung, so soll dies als Zustimmung zu werten sein.⁸⁵ Eine Ablehnung der Zustimmung durch die Ziel-Behörde muss sachlich begründet werden.

Darüber hinaus war eine länderübergreifende Vereinbarung in Hinblick auf die sogenannten Rückwirkungsfälle notwendig. Dies meint Fälle, in denen Personen im Zeitraum zwischen dem 1. Januar 2016 und dem Inkrafttreten des § 12a AufenthG anerkannt wurden und bereits in ein anderes Bundesland umgezogen waren. Da nach Absatz 7 aber die Wohnsitzregelung für alle Personen gilt, die ab dem 1. Januar 2016 anerkannt wurden, müssten diese Personen nun eigentlich in das Bundesland ihres Asylverfahrens zurückziehen. Da dies integrationspolitisch wenig sinnvoll erscheint, haben sich Bund und Länder darauf geeinigt, in solchen Fällen ohne Einzelfallprüfung von einem Härtefall nach § 12a Abs. 5 Nr. 2 Bst. c AufenthG auszugehen.⁸⁶ Besonderheiten gelten lediglich für das Land Nordrhein-Westfalen; dort wird aufgrund des großen Andranges zuziehender Personen weiterhin eine Einzelfallprüfung vorgenommen.⁸⁷ Ein Härtefall wird in der Regel jedoch angenommen, wenn es sich um Familien mit kleinen oder schulpflichtigen Kindern handelt oder bereits ein Integrationskurs besucht wird.⁸⁸ Nicht als Härtefälle eingestufte Personen werden in andere Bundesländer zurückgeschickt.

V. Fazit

Mehr als zwei Jahre nach Inkrafttreten des § 12a AufenthG lässt sich festhalten, dass die Umsetzung und Ausgestaltung der neuen Wohnsitzregelung zwischen den Bundesländern stark variieren. Während in manchen Ländern eine hohe Regelungsdichte herrscht und anerkannte Schutzberechtigte nach Verteilungsschlüsseln bis auf die Gemeinden zugeteilt werden, machen andere Bundesländer gar keinen Gebrauch von den Verpflichtungs-

⁷⁹ Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 8.11.2016, a. a. O. (Fn. 20).

⁸⁰ Auskunft des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 30.10.2018 auf Anfrage der Redaktion.

⁸¹ Vgl. Übersicht des Deutschen Städte- und Gemeindebunds vom 9.11.2016, S. 4, abrufbar auf der Homepage über »Schwerpunkt Asyl & Flüchtlinge«.

⁸² In der Thüringer Flüchtlingsverteilungsverordnung, abrufbar über landesrecht.thueringen.de

⁸³ Vgl. Medieninformation 11/2017 des Migrationsministeriums Thüringen, abrufbar auf der Homepage des Ministeriums über »Medieninformationen«; Martin Debes, »Land will Flüchtlinge gerechter verteilen«, Thüringer Allgemeine vom 15.3.2017.

⁸⁴ Vgl. Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 8.11.16, a. a. O. (Fn. 20), S. 3.

⁸⁵ Bei Postversand Verlängerung um drei weitere Tage.

⁸⁶ Erlass des Innenministeriums Schleswig-Holstein vom 8.11.16, a. a. O. (Fn. 20), S. 4.

⁸⁷ Runderlass des Integrationsministeriums NRW vom 28.9.2016, abrufbar bei asyl.net in der Entscheidungsdatenbank: M24284.

⁸⁸ Ebd.

möglichkeiten nach § 12a Abs. 2 bis 4 AufenthG. Einige Landesregierungen reagierten sehr schnell mit landesinternen Ausgestaltungen, sei es per Rechtsverordnung oder Erlass, in anderen zog sich die politische und rechtliche Entscheidungsfindung länger hin. Der Bedarf nach länderübergreifenden Vereinbarungen zeigt zudem, dass die übereilt geschaffene bundesrechtliche Regelung nicht hinreichend durchdacht war.

Von der Ermächtigung aus § 12a Abs. 9 AufenthG, Verordnungen oder andere landesrechtliche Regelungen zu erlassen, haben nur einige Bundesländer Gebrauch gemacht.⁸⁹ Die meisten Länder haben hingegen zur konkreten Ausgestaltung der Vorgaben des § 12a AufenthG auf ermessenslenkende Vorschriften wie Erlasse und vorläufige Anwendungshinweise zurückgegriffen. Hierbei bleibt insbesondere in Hinblick auf das erwähnte Urteil des OVG NRW vom 4. September 2018 (siehe dazu III. 10.) die Frage nach der Zulässigkeit von Regelungen außerhalb der ausdrücklichen Verordnungsermächtigung sowie nach der tatsächlichen Rechtmäßigkeit der entsprechenden landesinternen Ausgestaltungen offen.⁹⁰

Während die Landesregierungen die Wohnsitzregelung weitestgehend positiv betrachten, den integrationsfördernden Charakter und insbesondere die erleichterte Versorgung mit angemessenem Wohnraum betonen,⁹¹ haben die Betroffenen oftmals darunter zu leiden. Neben der offensichtlichen Einschränkung in der Wohnortwahl berichten etwa Beratungsstellen, dass individuelle Belange – vor allem von besonders schutzbedürftigen Personen – trotz etwaiger Anhörungspflichten bei Zuweisungsentscheidungen nicht ausreichend berücksichtigt werden.⁹² Zudem wurde im Gesetzgebungsverfahren aus guten Gründen angezweifelt, ob die Verpflichtung, drei Jahre lang an einem bestimmten Wohnort zu leben, überhaupt irgendeine integrationsfördernde Wirkung haben kann.⁹³ Angesichts der stark variierenden Umsetzung in den Bundesländern ist bereits fraglich, ob sich ein entsprechender Effekt überhaupt nachweisen ließe. Auch zeigt die Auswertung der Anwendung der Wohnsitzregelung, dass sie mit einem hohen verwaltungstechnischen Aufwand von verschiedenen Behörden verbunden ist. Ob sich dieser angesichts des wohl nicht nachweisbaren, bzw. von Beratungsstellen eher als integrationshemmend wahrgenommenen Effekts auszahlt, darf bezweifelt werden.

Daneben bleibt weiterhin fraglich, ob die Wohnsitzverpflichtung gemäß § 12a Abs. 1 AufenthG überhaupt europa- und völkerrechtlichen Vorgaben entspricht. So hatten noch vor ihrer Einführung sowohl der EuGH⁹⁴ als auch das BVerwG⁹⁵ deutlich gemacht, dass eine Wohnsitzverpflichtung für Schutzberechtigte allein aus Gründen des Lastenausgleichs zwischen den Bundesländern rechtswidrig sei. Für die vor zwei Jahren gesetzlich neu eingeführte Wohnsitzverpflichtung ist dies bisher noch nicht höchstgerichtlich geprüft worden.

Was die Umsetzung durch die Länder betrifft, lässt sich auch hier feststellen, dass zweifelhaft ist, ob die Vorgaben höherrangigen Rechts im Einzelfall angewandt werden. Schon der Grundsatz des § 12a Abs. 2 AufenthG, dass die Zuweisung der Integration nicht entgegenstehen darf, dürfte angesichts der europarechtlichen Vorgaben, dass eine Wohnsitzverpflichtung nur bei gerechtfertigter Förderung der Integration zulässig ist, jedoch zu kurz gefasst sein.⁹⁶ In NRW hat sich etwa gezeigt, dass der Wohnort pauschal und ohne Einzelfallprüfung zugewiesen wurde, was bereits den Vorgaben der Bundesgesetzgebung nicht entspricht.⁹⁷ Und auch in anderen Bundesländern erfolgen vergleichbare Zuweisungen pauschal anhand von Quoten. Ein solches Vorgehen legt jedoch wiederum den Schluss nahe, dass die Lastenverteilung deutlichen Vorrang vor Einzelfallentscheidungen genießt und die Regelung damit weniger der Integration dient als vielmehr eine integrationshemmende Wirkung hat.

⁸⁹ Bayern, NRW, Saarland.

⁹⁰ OVG NRW, Urteil vom 4.9.2018, a. a. O. (Fn. 61), insb. S. 6 ff.; siehe auch Anmerkung von Claudius Voigt, a. a. O. (Fn. 24).

⁹¹ Vgl. Anwendungshinweise des Innenministeriums Baden-Württemberg, a. a. O. (Fn. 27), S. 3; Erlass des Innenministeriums Sachsen, a. a. O. (Fn. 71) S. 2.

⁹² Etwa Flüchtlingsrat Sachsen-Anhalt auf Anfrage der Redaktion.

⁹³ Siehe hierzu etwa Deutscher Caritasverband, Stellungnahme vom 10.6.2016 zum Integrationsgesetz, S. 6 ff., abrufbar auf asyl.net unter »Publikationen/Stellungnahmen«.

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 1.3.2016, a. a. O. (Fn. 6); hierzu im Einzelnen Pelzer/Pichl, a. a. O. (Fn. 5), S. 96.

⁹⁵ BVerwG, Urteil vom 15.1.2008 – 1 C 17.07 – asyl.net: M12986.

⁹⁶ So auch Schlothuber/Röder, »Die neue Wohnsitzregelung nach § 12a AufenthG – Eine erste Bestandsaufnahme«, *Asylmagazin* 11/2016, S. 368.

⁹⁷ OVG NRW, Urteil vom 4.9.2018, a. a. O. (Fn. 61); siehe hierzu Anmerkung von Claudius Voigt, a. a. O. (Fn. 24).

Die Situation nach abgelehntem Asylantrag

Rechtliche Möglichkeiten des weiteren Aufenthalts

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Die Aufenthaltserlaubnis wegen langfristiger Abschiebungshindernisse
 - 1. Voraussetzungen
 - 2. Rechtsfolge – Anspruch oder Ermessen?
- III. Die Duldung wegen Unmöglichkeit der Abschiebung
 - 1. Rechtliche Abschiebungshindernisse
 - 2. Tatsächliche Abschiebungshindernisse
- IV. Die Ermessensduldung
- V. Die Ausbildungsduldung
 - 1. Erteilungsvoraussetzungen
 - 2. Ausschlussgründe
 - 3. Arbeitserlaubnis
 - 4. Rechtsfolgen
 - 5. Wechsel in die Erwerbstätigkeit nach Abschluss der Ausbildung
- VI. Die Aufenthaltserlaubnis wegen nachhaltiger Integration
 - 1. Bleiberecht für Jugendliche
 - 2. Bleiberecht für Erwachsene
- VII. Fazit

I. Einleitung

Nach negativem Abschluss des Asylverfahrens kommt es häufig dazu, dass die betroffenen Personen nicht ausreisen (können) und sich daher die Frage nach den rechtlichen Optionen für den weiteren Aufenthalt in Deutschland stellt. Während in der politischen Diskussion häufig der Vorwurf zu hören ist, dass die Ausreise in dieser Situation nur mit vorgeschobenen Argumenten verzögert oder verhindert wird, gibt es tatsächlich vielfältige – und gesetzlich definierte – Gründe, warum ein vorübergehender oder auch ein längerfristiger Aufenthalt in Deutschland infrage kommen kann.

Der Beitrag greift nur beispielhaft einige der Möglichkeiten auf, die aus Sicht der Verfasserin in der Praxis am häufigsten vorkommen, und erhebt damit keinen Anspruch auf Vollständigkeit.¹ Da er einen Überblick zum Thema bieten soll, wird zudem auf Detailfragen und

juristisch strittige Punkte kurz verwiesen, diese werden aber nicht an allen Stellen vertiefend diskutiert.

Der Gesetzgeber hat dem Umstand, dass die bestehende und vollziehbare Ausreisepflicht behördlich nicht durchsetzbar ist, mit der Duldung und den sogenannten humanitären Aufenthaltsrechten Rechnung getragen.

Die folgenden Ausführungen betreffen Fälle, in denen das Asylverfahren insgesamt abgeschlossen ist. Dies ist nicht der Fall, wenn auch nur gegen einen Teil eines BAMF-Bescheids geklagt wird – wenn etwa das BAMF lediglich das Vorliegen von Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 5 oder 7 AufenthG festgestellt hat. Im Fall einer sogenannten Upgrade-Klage mit dem Ziel, Flüchtlings- oder subsidiären Schutz zu erhalten, wird der Bescheid nur teilweise bestandskräftig, die Aufenthaltsgestattung erlischt aber nicht und das Asylverfahren läuft weiter.

Der Vollständigkeit halber sei auch darauf hingewiesen, dass die Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 25 Abs. 4 AufenthG (Aufenthaltstitel wegen dringender humanitärer oder persönlicher Gründe oder erheblicher öffentlicher Interessen) nach abgelehntem Asylantrag keine Option darstellt, da hier Tatbestandsvoraussetzung ist, dass die betreffende Person gerade nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist. Für Personen nach erfolglosem Asylverfahren kommen daher zur Aufenthaltssicherung vor allem die nachfolgend erläuterten Optionen infrage.

II. Die Aufenthaltserlaubnis wegen langfristiger Abschiebungshindernisse

Eine der zentralen Vorschriften beim Aufenthalt aus humanitären Gründen ist § 25 Abs. 5 AufenthG, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Ausreise vorsieht, wenn diese langfristig besteht. Die Vorschrift wurde ursprünglich geschaffen, um das Institut der Duldung, insbesondere Kettenduldungen, vollständig abzuschaffen. Dass dies – wie bei der Vorgängervorschrift in § 30 Abs. 3 und 4 AuslG auch – bisher nicht ausreichend gelungen ist, zeigen die Zahlen der aktuell geduldeten Menschen.² Am 30. Juni 2018 waren 173.915 Personen im Besitz einer aufenthaltsrechtlichen

* Die Autorin ist Rechtsanwältin in Berlin mit den Tätigkeitsschwerpunkten Ausländer- und Asylrecht sowie Familienrecht und außerdem nebenberuflich bei der Berliner Initiative gegen Gewalt an Frauen e. V. (BIG e. V.) als Juristin beschäftigt.

¹ In diesem Beitrag nicht behandelt werden etwa § 23 AufenthG (Aufenthaltsgewährung durch die obersten Landesbehörden), die Härtefallregelung des § 23a AufenthG sowie der besondere Abschiebungsschutz für unbegleitete Minderjährige (§ 58 Abs. 1 a AufenthG).

² Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 19/3860 vom 17.8.2018, S. 37.

Duldung. Mehr als 57.500 dieser Personen hielten sich schon über drei Jahre in Deutschland auf. Rechtspolitisch wurde das gesetzgeberische Versagen bei der Abschaffung der Kettenduldungen dadurch eingestanden, dass nachträglich Altfall- und Bleiberechtsregelungen (§§ 104a, 104b, 25a und 25b AufenthG) für geduldete Personen geschaffen wurden. Besonders die sogenannten stichtagsunabhängigen Bleiberechtsregelungen der §§ 25a und 25b AufenthG werden aktuell aber noch unzureichend angewandt (siehe hierzu auch Abschnitt VI).

Auch mit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG gehen die Ausländerbehörden trotz Vorliegens der nachstehend genannten Gründe sehr zurückhaltend um und neigen nach wie vor zu oft dazu, den betroffenen Personen eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG zu erteilen. Ungeachtet dessen und auch um die Vorschrift aus ihrem Schattendasein zu erlösen, sollte in der Praxis immer auch die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG beantragt werden.

Die Grundvoraussetzung, dass die betreffenden Personen vollziehbar ausreisepflichtig sind, liegt bei negativem Abschluss des Asylverfahrens regelmäßig vor.

Für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG ist weitere Voraussetzung, dass die Durchsetzung der Ausreisepflicht aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. In der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG wird der Begriff der Ausreise dahingehend definiert, dass es im Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthG nicht allein darauf ankommt, dass die Abschiebung unmöglich ist, sondern auch die freiwillige Ausreise der betreffenden Person unmöglich sein muss.³

1. Voraussetzungen

a. Rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise

Die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise kann sich aus den Grundrechten, aus Völkervertragsrecht oder auch aus einfachem Gesetzesrecht ergeben.

• *Familiäre Beziehungen zu Kindern:* Das Recht auf familiäre Lebensgemeinschaft stellt in der Praxis einen der am häufigsten vorkommenden Gründe für die rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung und die Unzumutbarkeit einer freiwilligen Ausreise dar.

Eine familiäre Beistands- und Erziehungsgemeinschaft besteht zunächst immer dann, wenn minderjährige Kinder mit ihren Eltern zusammenleben. Dies gilt unabhän-

gig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht oder ob das minderjährige Kind ehelich oder nichtehelich ist.

Leben Eltern voneinander getrennt, so ist im jeweiligen Einzelfall zu prüfen, ob zwischen dem den Aufenthalt begehrenden Elternteil und dem minderjährigen Kind eine Beziehung besteht, die über eine bloße Begegnungsgemeinschaft hinausgeht. Hierzu muss regelmäßig ausführlich im Antrag vorgetragen werden. Es muss nachgewiesen werden, dass der Elternteil intensiv am Leben des Kindes teilnimmt. Dazu gehören beispielsweise gemeinsame Urlaube, Übernachtungen bei dem Elternteil, Begleitung zu Arztterminen, Interesse an dem schulischen Werdegang des Kindes. Als nicht ausreichend wird es regelmäßig angesehen, wenn die Beziehung zwischen dem Elternteil und dem Kind über bloße Treffen nicht hinausgeht.

Übt der den Aufenthalt begehrende Elternteil das *Sorgerecht* für das Kind gemeinsam mit dem anderen Elternteil aus, so stellt dies ein Indiz dafür dar, dass eine Beistandsgemeinschaft gegeben ist. Allerdings verbietet sich hier eine rein quantitative Betrachtungsweise. Das heißt, dass es nicht allein darauf ankommt, dass eine Vielfalt von sorgerechtlichen Aktivitäten übernommen wird, sondern dass auch die intensive Ausübung derselben in nur einem Teilbereich, wie beispielsweise schulische Angelegenheiten des Kindes, ausreichen kann.

Ein bestehendes *Umgangsrecht* des nicht sorgerechtigten Elternteils kann ebenfalls ein Ausreisehindernis begründen. Gemäß § 1684 Abs. 1 S. 1 BGB hat neben dem umgangsbegehrenden Elternteil auch das Kind einen Anspruch auf Umgang mit jedem Elternteil. Dieser Rechtsanspruch des Kindes führt dazu, dass allein der Umgang zwischen ihm und seinem Elternteil, wenn er praktiziert wird, gemäß Art. 6 GG zu schützen ist. Auf konkret erbrachte Erziehungsleistungen kann es dann an dieser Stelle nicht mehr ankommen.

Zu berücksichtigen ist bei diesen Fallkonstellationen, dass es maßgeblich auf das Kindeswohl ankommt. Es muss daher in der Beratung auch ermittelt und herausgearbeitet werden, welche Folgen eine nicht nur vorübergehende Trennung des Kindes von einem Elternteil hat. Herangezogen werden können und sollten an dieser Stelle Berichte des zuständigen Jugendamtes, Stellungnahmen von Kinderärztinnen/Kinderärzten und Psychologinnen/Psychologen, wie auch schriftliche Äußerungen von Erzieherinnen/Erziehern in Kindergärten und Lehrerinnen/Lehrern in Schulen. Auch Erklärungen von Personen aus dem Bekannten- und Freundeskreis können hier hilfreich sein.⁴

Es kommt in der Praxis oft vor, dass die betroffenen Personen nicht um ihre diesbezüglichen Rechte – aber auch ihre Pflichten – wissen. Häufig fehlt eine konkrete

³ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG vom 26.10.2009, Nr. 25.5.1.1 i. V. m. Nr. 25.3.5.2 AVV, abrufbar auf asyl.net unter »Gesetzestexte/Weisungen«.

⁴ Eine gute und umfassende Darstellung findet sich bei Funke-Kaiser, in: Fritz/Vormeier, Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (GK-AufenthG), Luchterhand, Stand November 2018, § 60a, Rn. 179 ff.

Kenntnis darüber, dass unabhängig vom Sorgerecht immer ein Recht auf Umgang mit dem Kind besteht, es sei denn, das Kindeswohl ist gefährdet. Auch ist die rechtliche Möglichkeit, bei nichtehelichen Kindern das gemeinsame Sorgerecht – auch gegen den Willen der Mutter – erstreiten zu können, oft nicht bekannt. Es sollte daher immer auch der Kontakt zu familienrechtlich orientierten Beratungsangeboten gesucht und vermittelt werden.

• *Der Schutz der Ehe:* Der Schutz von Ehe und Familie nach Artikel 6 GG spielt im Rahmen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG dann eine Rolle, wenn die Grundrechte der betreffenden Person nicht im Wege der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung nach §§ 27 ff. AufenthG gewahrt werden können. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ein Einreise- und Aufenthaltsverbot gemäß § 11 AufenthG besteht oder aber auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gemäß § 5 AufenthG nicht vorliegen (z. B.: Einreise erfolgte ohne erforderliches Visum oder ein Ausweisungsgrund liegt vor). Art. 6 Abs. 1 GG gewährt zwar keinen unmittelbaren Anspruch auf einen rechtmäßigen Aufenthalt. Die Ausländerbehörde ist jedoch verpflichtet, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen die familiären Bindungen der den Aufenthalt begehrenden Person zu denen sich im Bundesgebiet berechtigterweise aufhaltenden Personen zu würdigen. Die Schutzwirkungen des Art. 6 Abs. 1 GG entstehen nicht erst durch formal-rechtliche Bindungen, sondern die tatsächliche Verbundenheit zwischen den einzelnen Familienangehörigen ist hier entscheidend. Art. 6 Abs. 1 GG schützt damit die eheliche Lebensgemeinschaft und die familiäre Gemeinschaft mit minderjährigen Kindern wie auch anerkannte Lebenspartnerschaften.

• *Krankheit:* Eine körperliche oder psychische Erkrankung kann gemäß Art. 1 und Art. 2 GG als inlandsbezogenes Ausreisehindernis die Unmöglichkeit der Ausreise begründen. Hierbei ist zu differenzieren: Entweder besteht bereits krankheitsbedingt keine Transportfähigkeit oder durch den Transport entsteht erstmals eine Lebens- oder Gesundheitsgefährdung (Reiseunfähigkeit im engeren Sinn) oder es besteht eine ernsthafte Gefahr, dass sich der Gesundheitszustand der betreffenden Person durch die Abschiebung als solche, also unabhängig von den spezifischen Verhältnissen im Herkunftsland, wesentlich oder sogar lebensbedrohlich verschlechtert und hiergegen keine Vorkehrungen getroffen werden können (Reiseunfähigkeit im weiteren Sinn).⁵ Gesundheitsgefährdungen, die erst wegen der spezifischen Situation im Heimatland drohen und die nicht ausreichend behandelt werden können, fallen in der Regel nicht unter den Anwendungsbereich

des § 25 Abs. 5 AufenthG, sondern können zu einem Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG führen.

b. Tatsächliche Unmöglichkeit der Ausreise

Von einer tatsächlichen Unmöglichkeit der Ausreise ist dann auszugehen, wenn diese aus objektiven äußeren (z. B. keine Flugverbindung) oder subjektiven in der betroffenen Person liegenden Gründen (Reiseunfähigkeit) scheitert, die nicht oder nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand beseitigt werden können.⁶ Einer der häufigsten Gründe für die tatsächliche Unmöglichkeit einer Abschiebung (und nicht möglichen und zumutbaren freiwilligen Ausreise) ist, dass die betreffende Person für einen nicht absehbaren Zeitraum nicht im Besitz eines gültigen Passes ist und eine Aufenthaltsbeendigung auch nicht durch die Erteilung eines Ausweisersatzes möglich wird. Anderes gilt dann, wenn abzusehen ist, dass eine Abschiebung auch ohne gültige Passdokumente erfolgen kann und diese auch alsbald durchgeführt wird.

c. Kein absehbarer Wegfall des Ausreisehindernisses

Wenn in absehbarer Zeit mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses gerechnet werden kann, darf die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werden. Diesbezüglich ist eine Prognose anzustellen. Bezüglich des für den Begriff »absehbar« maßgeblichen Zeitraums verweist die AVV AufenthG auf § 26 Abs. 1 S. 1 AufenthG, der vorsieht, dass eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG zunächst für 6 Monate erteilt wird.⁷

d. Unverschuldetes Ausreisehindernis

Die Aufenthaltserlaubnis darf laut § 25 Abs. 5 S. 3 AufenthG nur erteilt werden, wenn die betroffene Person unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Dabei kommt es nicht auf vergangenes Verschulden an, sondern ob die betroffene Person aktuell noch die Durchsetzung der Ausreisepflicht beispielsweise durch falsche Angaben zur Identität verhindert.

Insbesondere bei der tatsächlichen Unmöglichkeit der Ausreise mangels hinreichender Heimreisedokumente verlangen die Behörden in Bezug auf die Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung ein hohes Engagement, das regelmäßig über die Vorsprache bei der Heimatbotschaft hinausgeht. So werden die betreffenden Personen nicht selten gedrängt, Kontakt zu etwaig im Heimatland verbliebenen Familienangehörigen oder den Behörden dort zu suchen, um die Übersendung fehlender Identitäts-

⁵ Zum Nachweis von Erkrankungen siehe Nina Hager, »Atteste bei gesundheitlichen Abschiebungshindernissen – Wer darf was?«, Asylmagazin 9/2017, S. 335–340.

⁶ GK-AufenthG, Funke-Kaiser, a. a. O. (Fn. 4), § 60a, Rn. 258.

⁷ AVV AufenthG, a. a. O. (Fn. 3), Nr. 25.5.1.4.

oder Staatsangehörigkeitsnachweise zu erreichen. Lässt sich an dieser Stelle aus Sicht der Behörde nicht belegen, dass man alles in der eigenen Sphäre Liegende getan hat, um die Ausstellung von Heimreisedokumenten zu ermöglichen, wird die Aufenthaltserlaubnis häufig nicht erteilt.

Allerdings ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Ausländerbehörde der betroffenen Person mitteilen muss, welche konkreten Handlungen von ihr verlangt werden.⁸ Außerdem findet die Pflicht zur Mitwirkung bei der Passbeschaffung ihre Grenze in der Zumutbarkeit.⁹ Wenn die Passbeschaffung unzumutbar ist, hat die betroffene Person das Ausreisehindernis nicht zu vertreten.

2. Rechtsfolge – Anspruch oder Ermessen ?

Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG steht zunächst im Ermessen der Ausländerbehörde und wird, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist, zu einem Regelanspruch, vgl. § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG.

Von dem Vorliegen der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen gemäß § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG, also Lebensunterhaltssicherung und Erfüllung der Passpflicht, kann wie bei anderen humanitären Aufenthaltstiteln auch gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG abgesehen werden. Das Ermessen der Ausländerbehörde bei der Titelerteilung ist auf Null reduziert, wenn der Lebensunterhalt gesichert werden kann oder auch zumutbare Anstrengungen zur Sicherung desselben, wie auch Bemühungen um die Ausstellung eines Heimreisedokuments nachgewiesen werden können.¹⁰

Falls ein Aufenthaltsverbot gemäß § 11 AufenthG besteht, muss ein Antrag auf Befristung der Wirkung gemäß § 11 Abs. 4 AufenthG gestellt werden, um es zu beseitigen. § 11 Abs. 4 S. 2 AufenthG sieht einen Regelanspruch auf Aufhebung der Wirkung vor, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG vorliegen.

• *Spezialfall: Aufenthalt aus familiären Gründen:* Wird die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen beantragt, haben die Ausländerbehörden die familiären Belange der betreffenden Personen gegen die

»einwanderungspolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland« abzuwägen. Letztere werden regelmäßig so interpretiert, dass die Aufenthaltsbeendigung von Personen anzustreben sei, welche sich unrechtmäßig in Deutschland aufhalten. An dieser Stelle werden die Antragstellenden nicht selten darauf verwiesen, dass die familiäre Lebensgemeinschaft auch im Ausland hergestellt werden könnte, jedenfalls dann, wenn kein Familienmitglied die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Es sei also zu prüfen, inwieweit es für die Familie zumutbar sein kann, gemeinsam mit der den Aufenthaltstitel beantragenden Person Deutschland zu verlassen, um gemeinsam in einem Drittland zu leben. Allein wenn die familiäre Lebensgemeinschaft nur in Deutschland gelebt werden kann, weil einem beteiligten Familienmitglied die Ausreise nicht zugemutet werden kann, träten die einwanderungspolitischen Interessen der Bundesrepublik zurück.¹¹

In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass es Eheleuten, Eltern oder Kindern, bei denen Abschiebungsverbote festgestellt wurden (die also eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 3 AufenthG besitzen), regelmäßig nicht zugemutet werden kann, ihren Status hier aufzugeben. Auch kann die erteilte Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG aus Gründen der Verwurzelung (Art. 8 EMRK: Recht auf Privatleben, Stichwort »faktischer Inländer«) einer gemeinsamen Ausreise entgegenstehen. Auch eine dem Kind erteilte Niederlassungserlaubnis aufgrund einer Schutzberechtigung kann den Eltern einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Art. 6 GG vermitteln, wenn das sogenannte Familienasyl nach § 26 AsylG, aus welchen Gründen auch immer, nicht greift. Das Gleiche gilt in den Fällen, in denen einem Ehegatten aus gesundheitlichen Gründen eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wurde. Auch hier kann es der Schutz aus Art. 6 GG gebieten, dem anderen Ehegatten ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.¹²

Ansonsten gilt es festzustellen, ob mit der Trennung, beispielsweise um im Heimatland ein Visum für den Familiennachzug nach den Bestimmungen der §§ 27ff. AufenthG einzuholen, eine dauerhafte/nicht absehbare oder nur eine zeitweilige Trennung der Familienmitglieder voneinander verbunden ist. Im ersten Fall ist, gerade bezüglich der Unterbrechung von Umgangskontakten zwischen Kleinkindern und ihren Elternteilen, davon auszugehen, dass diese grundsätzlich nicht zumutbar sind, weil damit in jedem Fall das Kindeswohl gefährdet ist. Bei kleineren Kindern können nämlich auch bereits bei kürzeren Trennungen Entfremdungserscheinungen auftreten, die zu einem Bindungsabbruch führen können, der grundsätzlich nie dem Kindeswohl entspricht.¹³ Bei dau-

⁸ Hörich/Putzar-Sattler: Mitwirkungspflichten im Ausländerrecht, Rechtsgutachten zu den Voraussetzungen von Sanktionen bei Nichtmitwirkung, November 2017, abrufbar auf asyl.net unter »Arbeitshilfen«.

⁹ Ausführlich hierzu siehe Becker/Saborowski: »Die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung«, *Asylmagazin* 1–2/2018, S. 19 ff.

¹⁰ AVV AufenthG, a. a. O. (Fn. 3), Nr. 5.3.2.1: Bei der Ermessensentscheidung, ob von der Lebensunterhaltssicherung abgesehen werden kann, ist eine Prognose darüber anzustellen, ob Lebensunterhalt zukünftig gesichert werden kann. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass das Ermessen diesbezüglich auf Null reduziert ist, wenn der Lebensunterhalt gesichert ist.

¹¹ GK-AufenthG, a. a. O. (Fn. 4), 2012, § 25, Rn. 140 m. w. N.

¹² Ebd.

¹³ Ebd., § 25, Rn. 136 m. w. N.

erhaften oder auch zeitlich nicht absehbaren Trennungen wird man feststellen müssen, dass diese grundsätzlich nicht zuzumuten sind.

Tendenzen in der Rechtsprechung,¹⁴ auch deutschen Kindern zuzumuten, gemeinsam mit ihren ausländischen Eltern den Lebensmittelpunkt aus Deutschland in den gemeinsamen Heimatstaat der Eltern zum Zwecke der Herstellung der Familiengemeinschaft zu verlegen, sind verfassungsrechtlich in höchstem Maße bedenklich. Derartige Entscheidungen sind nicht nur im Lichte des Rechts auf Familie aus Art. 6 Abs. 1 und des Elternrechts aus Abs. 2 GG zu betrachten. Entscheidungen, die deutsche Staatsangehörige zwingen, zur Herstellung der Familieneinheit ins Ausland zu ziehen, betreffen auch immer ihr Grundrecht auf Freizügigkeit gemäß Art. 11 GG, also das Recht, sich überall in Deutschland niederzulassen. Dieses Recht kann naturgemäß von den Betroffenen nicht wahrgenommen werden, wenn ihnen unmittelbar oder mittelbar auferlegt wird, Wohnsitz und Lebensmittelpunkt ins Ausland zu verlegen. Die Ausländerbehörde darf daher nicht verlangen, dass deutsche Staatsangehörige das Land verlassen. Somit kommt die Herstellung der Familieneinheit außerhalb Deutschlands in diesen Fallkonstellationen nicht infrage.¹⁵

III. Die Duldung wegen Unmöglichkeit der Abschiebung

Für die Erteilung einer Duldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG ist Voraussetzung, dass die Abschiebung, also die zwangsweise Rückführung der betreffenden Person, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. Darauf, ob das Vorliegen der dazu führenden Gründe verschuldet ist oder nicht, kommt es nicht an. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis muss ausgeschlossen sein. Bei Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzungen besteht ein Anspruch auf Erteilung der Duldung.

1. Rechtliche Abschiebungshindernisse

Rechtliche Abschiebungshindernisse können sich aus den in Abschnitt I.1.a. genannten Gründen ergeben (familiäre Beziehungen, Erkrankung¹⁶), die zugleich auch ein rechtliches Ausreisehindernis darstellen können. Hinzu treten die nachstehend genannten Gründe.

¹⁴ BVerwG, Urteil vom 30.7.2013 – 1 C 15/12 – zu Patchwork-Familie.

¹⁵ GK-AufenthG, a. a. O. (Fn. 4), 2015, § 60a, Rn. 187 f.

¹⁶ Zu Anforderungen an den Nachweis von Erkrankungen siehe Hager, »Die gesetzlichen Neuregelungen zu Abschiebungshindernissen aus gesundheitlichen Gründen« in: Asylmagazin 6/2016, S. 160–166; dies., in: Asylmagazin 9/2017, a. a. O. (Fn. 5).

a. Beabsichtigte Eheschließung

Beabsichtigte Eheschließungen können zu einem Abschiebungshindernis aus rechtlichen Gründen führen. Allein das Verlöbnis mit einem/r deutschen Verlobten begründet aber noch nicht den Schutz der Ehe des Art. 6 Abs. 1 GG. Steht allerdings die Eheschließung mit einem/einer deutschen Staatsangehörigen unmittelbar bevor, so folgt aus Art. 6 Abs. 1 GG – der das Recht einschließt, die Ehe vor einem deutschen Standesamt schließen zu dürfen – ein zwingendes, aber auch immer nur vorübergehendes Verbot der Abschiebung. Unmittelbar bevor steht die Eheschließung dann, wenn sämtliche für die Eheschließung erforderlichen Dokumente vorliegen und man sagen kann, dass die Verlobten alles in ihrer Macht stehende getan haben, um eine zeitnahe Eheschließung zu ermöglichen. In jedem Fall steht die Eheschließung unmittelbar bevor, wenn ein Termin zur Schließung der Ehe beim Standesamt zeitnah feststeht.

Auf beabsichtigte Eheschließungen zwischen nicht-deutschen Staatsangehörigen sind diese Grundsätze nicht ohne Weiteres anwendbar. Besitzt aber einer der Ehepartner ein gesichertes Aufenthaltsrecht, dann kann der Verweis auf eine Eheschließungsmöglichkeit im gemeinsamen Heimatland, sofern ein solches existent ist, unverhältnismäßig erscheinen. Dies kann bei erheblichen Reisekosten der Fall sein oder wenn die Eheschließung unmittelbar bevorsteht.¹⁷

b. Schutz während und nach der Schwangerschaft

Schwangere Frauen können sich wegen der Regelungen in §§ 3 und 6 MuSchG (Mutterschutzgesetz) ebenfalls auf ein Abschiebungshindernis berufen. Danach besteht für werdende Mütter sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Entbindung ein Beschäftigungsverbot. Diese gesetzgeberische Wertung beruht auf dem Umstand, dass in dieser Zeit erhebliche physische oder psychische Belastungen Gefahren für Mütter und Kinder bedeuten können. Aus diesem Grund gilt in diesen Zeiten auch ein Abschiebungshindernis.¹⁸

Darüber hinaus ergibt sich aus § 81 Abs. 2 S. 2 AufenthG, dass innerhalb von sechs Monaten nach der Geburt nicht abgeschoben werden darf. Nach dieser Regelung muss für ein im Bundesgebiet geborenes Kind ein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten nach der Geburt gestellt werden. Solange dieser Zeitraum nicht abgelaufen ist, kann der Aufenthalt des Kindes auch nicht beendet werden.¹⁹ Eine Abschiebung der Mutter ohne das Neugeborene kommt

¹⁷ GK-AufenthG, a. a. O. (Fn. 4), 2015, Funke-Kaiser, § 60a, Rn. 168.

¹⁸ Ebd., § 60a, Rn. 169.

¹⁹ Dies hatte das BVerwG schon zur wortgleichen Formulierung im alten Ausländergesetz entschieden, BVerwG, Urteil vom 1.2.2000 – 1 C

wiederum nicht infrage, sodass auch für sie ein Abschiebungsverbot besteht.

c. Verfahrensduldung

Laufende Verfahren vor einer der Härtefallkommissionen der Länder, dem Petitionsausschuss des Bundes oder der Länder oder auch vor den Gerichten können ein rechtliches Abschiebungshindernis begründen, wenn anderenfalls das Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht gewahrt ist. So werden bei Befassung einer Härtefallkommission mit einem Fall die Rechte der betreffenden Person verletzt, wenn gleichwohl die Abschiebung erfolgt. Das Verfahren würde damit unterlaufen. Auch anhängige familiengerichtliche Verfahren zur Klärung von Sorge- und Umgangsrecht können ein rechtliches Abschiebungshindernis begründen, wenn feststeht, dass die betreffende Person das Verfahren nicht vom Ausland aus betreiben kann.

2. Tatsächliche Abschiebungshindernisse

Tatsächliche Abschiebungshindernisse sind solche rein faktischer Natur, wie z. B. fehlende Reiseverbindungen. Es kommt an dieser Stelle nicht darauf an, ob die Ursache für die Unmöglichkeit auf einem vorwerfbaren und zu-rechenbaren Verhalten der betroffenen Person beruht. Ist die Abschiebung nach diesen Grundsätzen nicht möglich, so darf die Ausländerbehörde den Anspruch auf Erteilung einer Duldung nicht vereiteln, indem sie laufend Grenzübertrittsbescheinigungen für kurze Zeiträume erteilt. Einer der häufigsten Gründe für die tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung ist die Passlosigkeit. Insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen (Abschnitt II.1.b. und d.).

IV. Die Ermessensduldung

§ 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG regelt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung im Wege des Ermessens. Die Duldung *kann* demnach aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen erteilt werden. Dies sind alle die Gründe, die noch nicht das Gewicht erreicht haben, um zur Erteilung einer Duldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG zu führen.

Infrage kommt beispielsweise die Erteilung einer Duldung bis zum Abschluss einer ärztlichen Behandlung, auch wenn die Durchführung derselben im Heimatland nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Auch ärztliche

Behandlungen, die im Heimatland nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand durchgeführt werden können, können eine Duldung nach dieser Vorschrift rechtfertigen.²⁰ Eine Duldung kann ferner auch dann erteilt werden, wenn feststeht, dass durch die Erkrankung zwar noch keine Transportunfähigkeit besteht oder aber auch die Abschiebung selbst nicht zu unmittelbaren Gefahren für Leib und Leben führt, aber der Heilungsprozess doch erschwert und behindert wird.

Auch für kurz bevorstehende Schul- oder Berufsabschlüsse oder einer Ausbildung vorgelagerte Qualifizierungsmaßnahmen (siehe unten Abschnitt V.) kann eine Ermessensduldung erteilt werden. Der Tod von nahen Angehörigen und damit verbundene Aufgaben (wie Organisation des Begräbnisses, Haushaltsauflösung, Erb-rechtsauseinandersetzungen) können auch hierunter subsumiert werden. Nicht hierunter fallen wird die bloße Absicht, eine Person mit deutscher Staatsangehörigkeit zu heiraten, ohne dass sich diese Absicht zeitlich weiter konkretisiert hätte. Bei zeitlicher Konkretisierung besteht aber ein dringender persönlicher Grund, der die Erteilung einer Duldung rechtfertigt.

V. Die Ausbildungsduldung

Seit Neuregelung der sogenannten Ausbildungsduldung durch das Integrationsgesetz ab August 2016 ist diese die in der Praxis derzeit am häufigsten diskutierte Art der Duldung. § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG statuiert einen Duldungsanspruch. Obwohl es die gesetzgeberische Intention war, durch die Schaffung dieser Regelung mehr Rechtssicherheit für Auszubildende und Betriebe zu schaffen, gestaltet sich die Erteilung der Ausbildungsduldung in der Praxis oft schwierig. Grund hierfür ist die Formulierung der einschlägigen Vorschriften, die viele unbestimmte Rechtsbegriffe enthalten, die durch das Bundesministerium des Innern (BMI), unterschiedliche Ländererlasse und die Rechtsprechung mehr oder weniger restriktiv ausgelegt werden.

So hat das BMI Anwendungshinweise zu § 60a AufenthG veröffentlicht, die sich insbesondere mit den Voraussetzungen für die Ausbildungsduldung beschäftigen.²¹ Diese sind allerdings für die Länder nicht verbindlich, da es sich nicht um eine Verwaltungsvorschrift handelt. Anders verhält es sich da, wo Länder die Anwendungshinweise oder einzelne Passagen aus ihnen in Form eines Ländererlasses für die Landesbehörden für verbindlich erklärt haben. Zudem lenken die Ländererlasse zu den vielen sich bei der Ausbildungsduldung stellenden

14.099 – vgl. Hofmann, in: Hofmann, Nomos-Kommentar zum Ausländerrecht (NK-AuslR), 2. Auflage 2016, § 81, Rn. 33.

²⁰ Bergmann/Dienelt, Kommentar zum Ausländerrecht, 12. Auflage, 2018, § 60a Rn. 36 m. w. N.

²¹ Bundesministerium des Innern, Anwendungshinweise zu § 60a AufenthG vom 30.5.2017, asyl.net: M25126.

Rechtsfragen das Ermessen der jeweilig zuständigen Ausländerbehörden.

In der Praxis empfiehlt sich daher immer zu prüfen, ob und was das jeweils zuständige Bundesland in entsprechenden Erlassen verfügt hat.²² Zudem ist aber auch die im jeweiligen Bundesland zur Ausbildungsduldung ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen. Eine ausführliche Arbeitshilfe, die im Einzelnen auf die Voraussetzungen der Ausbildungsduldung eingeht, ist vom Paritätischen Gesamtverband veröffentlicht worden.²³

In diesem Beitrag soll an dieser Stelle lediglich ein Überblick über die Ausbildungsduldung gegeben werden.

1. Erteilungsvoraussetzungen

In § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG wird als Regelbeispiel für einen dringenden persönlichen Grund im Sinne des § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG (Ermessensduldung) die Aufnahme bzw. Fortsetzung einer Berufsausbildung genannt. Satz 4 statuiert anders als die Vorgängerregelung einen Anspruch unabhängig von Alter und Herkunftsland, wenn eine qualifizierte schulische oder betriebliche Berufsausbildung in Deutschland aufgenommen werden soll oder bereits während des laufenden Asylverfahrens aufgenommen wurde, wobei dies – im Falle der betrieblichen Ausbildung – aufenthaltsrechtlich erlaubt geschehen sein muss (§ 60a Abs. 6 AufenthG). Es handelt sich hierbei um einen eigenständigen Duldungstatbestand, der im Falle des erfolgreichen Absolvierens der Ausbildung die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18a AufenthG ermöglicht.

Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen:

• *Aufnahme einer Ausbildung:* Die Berufsausbildung ist nicht nur dann »aufgenommen«, wenn die betroffene Person einen Ausbildungsvertrag abgeschlossen und sich in der Ausbildungsstätte eingefunden hat, sondern auch dann, wenn aufgrund eines abgeschlossenen Ausbildungsvertrages erwartet werden kann, dass die Ausbildung demnächst begonnen wird oder entsprechende Zusagen des Ausbildungsbetriebes vorliegen.²⁴ Zwischen dem tatsächlichen Ausbildungsbeginn und der Erteilung der Ausbildungsduldung muss ein enger sachlicher und

zeitlicher Zusammenhang bestehen. Die Erlasslage in den Ländern und die Rechtsprechung sind sehr unterschiedlich: Teilweise wird auf einen Zeitraum von wenigen Wochen bis zu sechs Monaten, teilweise aber auch auf längere nicht festgelegte Zeiträume, die von Vorlaufzeiten bei Ausbildungen abhängen, abgestellt.²⁵ Diesbezüglich besteht allerdings für die Ausländerbehörde grundsätzlich die Möglichkeit, eine Ermessensduldung zu erteilen, sollte der Ausbildungsbeginn in weiterer Zukunft liegen.²⁶

• *Nachweis des Ausbildungsverhältnisses:* Zudem wird diskutiert, ob der Abschluss des Lehrvertrages als ausreichend anzusehen ist oder ob die Eintragung in das Berufsausbildungsverzeichnis (sogenannte Lehrlingsrolle) hinzutreten muss. Nach der Gesetzesbegründung soll letzteres erforderlich sein, weil anderenfalls nicht feststünde, ob Ausbildungsbetrieb und auszubildende Person die rechtlichen Voraussetzungen für die Durchführung der Ausbildung erfüllen.²⁷ Um aber das gesetzgeberische Ziel zu erreichen, Betrieben und Auszubildenden Rechtssicherheit zu verschaffen, sehen mehrere Bundesländer vor, dass ein wirksamer Ausbildungsvertrag ausreichend ist.²⁸ Der VGH Baden-Württemberg lässt auch schon einen mündlichen Vertragsabschluss genügen, mit dem Verweis darauf, dass Ausländerbehörden selbst oder im Wege der Amtshilfe die rechtlichen Voraussetzungen prüfen könnten.²⁹ In der Praxis wird vielfach auch ein »Zugum-Zug« Verfahren angewandt, bei dem der Betrieb die Ausbildung und die Behörde die Duldung zusichert.³⁰

• *Qualifizierte Berufsausbildung:* Bezüglich des Vorliegens einer qualifizierten Berufsausbildung kann man sich an den Vorgaben des § 6 Abs. 1 BeschV orientieren. Es muss sich um einen staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf handeln und die Ausbildungsdauer muss mindestens zwei Jahre betragen. Auch schulische Ausbildungen sind erfasst. Bezüglich der Dauer der Ausbildung kommt es auf die generelle Dauer und nicht die individuelle Vereinbarung im Ausbildungsvertrag an, die beispielsweise wegen der Anrechnung von berufsqualifizierenden Maßnahmen kürzer sein kann.³¹

Ausbildungen zu Helferberufen vermitteln keinen Anspruch auf die Erteilung einer Ausbildungsduldung. In Betracht kommt aber die Erteilung einer Ermessensduldung gemäß § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG (»erhebliche

²² Die Erlasse der Bundesländer zur Ausbildungsduldung sind in der Entscheidungsdatenbank auf asyl.net mit den Schlagworten: »Erlass, Ausbildungsduldung« auffindbar; eine gute Übersicht über die Erlasslage ist zudem abrufbar auf www.saechsischer-fluechtlingsrat.de unter »Informieren/Publikationen: Übersicht zur 3+2 Regelung und Tabelle des IvAF-Netzwerks«.

²³ Arbeitshilfe des Paritätischen Gesamtverbands zur Ausbildungsduldung mit hilfreichen Praxistipps und Hintergründen (Stand: August 2018), abrufbar auf asyl.net unter Arbeitshilfen zum Aufenthaltsrecht.

²⁴ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.10.16 – 11 S 1991/16 –, asyl.net: M24317 (Asylmagazin 12/2016), InfAuslR 2016,15; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 9.12.2016, 8 ME 184/16, asyl.net: M25224, InfAuslR 2017, 116.

²⁵ Siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 9 f.

²⁶ BMI-Anwendungshinweise zur Duldung, a. a. O. (Fn. 21), S. 12; in manchen Ländern »soll« in diesen Fällen die Ermessensduldung erteilt werden, siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 10.

²⁷ BT-Drs. 18/9090 vom 6.7.2016, S. 26.

²⁸ Siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 10.

²⁹ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.10.16, a. a. O. (Fn. 24).

³⁰ Siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 10.

³¹ Vgl. § 6 Abs. 1 BeschV i. V. m. Rn. 6.0.1. Fachliche Weisung der Bundesagentur für Arbeit zu § 6 BeschV vom 20.6.2016, asyl.net: M26764.

öffentliche Interessen«).³² Da auch berufsqualifizierende Maßnahmen gemäß § 54a SGB III keine qualifizierte Berufsausbildung darstellen, können diese auch nicht zu einem Duldungsanspruch führen. Aber auch hier kommt die Erteilung einer Ermessensduldung in Betracht.³³ Die Ausländerbehörde muss im Rahmen ihres auszuübenden Ermessens abwägen, ob die öffentlichen und persönlichen Interessen an einem Verbleib in Deutschland das Interesse an der Durchsetzung der Ausreisepflicht überwiegen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Maßnahme bereits begonnen wurde, kann ein Abbruch derselben regelmäßig nicht im öffentlichen Interesse liegen, da die Maßnahmen aus Mitteln der Bundesagentur für Arbeit finanziert werden.

2. Ausschlussgründe

a. Aufenthaltsbeendende Maßnahmen

Die Erteilung der Ausbildungsduldung ist ausgeschlossen, wenn gemäß § 60a Abs. 2 S. 4 letzter Hs. AufenthG konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung bevorstehen. In der Gesetzesbegründung werden hierfür beispielhaft die beantragte Ausstellung von Passersatzpapieren, eine bereits terminierte Abschiebung und ein laufendes Verfahren zur Dublin-Überstellung aufgezählt.³⁴

Dabei kommt es aber immer darauf an, dass aufgrund dieser Maßnahmen die Abschiebung in absehbarer Zeit auch stattfinden kann. Ist diese weiterhin nicht zeitnah realisierbar, stehen auch keine konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung bevor.³⁵ Wurde ausdrücklich eine Ermessensduldung z. B. für das Durchlaufen einer Helferausbildung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG erteilt, lässt sich argumentieren, dass die Ausländerbehörde damit zu erkennen gegeben hat, vorerst von Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung absehen zu wollen und damit konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht vorliegen.

Letztendlich verhält es sich aber auch an dieser Stelle so, dass die Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals in den Ländererlassen und in der Rechtsprechung uneinheitlich erfolgt. Zum Teil werden bereits Maßnahmen wie Informationsgespräche zu einer freiwilligen Ausreise angesichts der vollziehbaren Ausreisepflicht als ausreichend angesehen,³⁶ zum Teil bedarf es konkreter faktischer Maßnahmen wie z. B. einer Flugbuchung.³⁷ Es empfiehlt

sich daher, so bald wie möglich den Ausbildungsvertrag der Ausländerbehörde vorzulegen und die Duldung zu beantragen, um zu verhindern, dass hier behördlicherseits Fakten geschaffen werden. Je nachdem wie weit die Bemühungen der Behörde bezüglich einer möglichen Durchsetzung der Ausreisepflicht gediehen sind, sollte gegebenenfalls ein Eilantrag beim Verwaltungsgericht gestellt werden.

Der maßgebliche Zeitpunkt, wann konkrete aufenthaltsbeendende Maßnahmen vorliegen müssen, wird im Zeitpunkt der Beantragung der Ausbildungsduldung gesehen. Beginnt die Ausländerbehörde erst nach der Stellung des Antrags mit der Einleitung entsprechender Maßnahmen, stehen diese der Erteilung der Duldung nicht entgegen. Anderenfalls bestünde die Möglichkeit, auch nach Aufnahme einer Ausbildung mit der Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen den Anspruch auf Erteilung einer Ausbildungsduldung jederzeit wieder entfallen lassen zu können.³⁸

b. Strafrechtliche Verurteilung

Weitere Ausschlussgründe ergeben sich aus § 60a Abs. 2 S. 6 AufenthG, nämlich die Verurteilung wegen einer im Bundesgebiet begangenen vorsätzlichen Straftat. Hier bleiben allerdings Geldstrafen von insgesamt 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem AufenthG oder AsylG nur von Ausländerinnen und Ausländern begangen werden können, außer Betracht.

c. Beschäftigungsverbot

Ausgeschlossen ist die Erteilung einer Ausbildungsduldung bei betrieblichen Ausbildungen, wenn die Voraussetzungen des § 60a Abs. 6 AufenthG vorliegen.³⁹ Ungeachtet der oben dargelegten Tatbestandsvoraussetzungen, besteht für Geduldete nach dieser Vorschrift ein zeitlich unbegrenztes, absolutes Arbeitsverbot unter den nachfolgend genannten Voraussetzungen:

- *Stichtagsregelung bei Staatsangehörigen sicherer Herkunftsstaaten:* Die Betroffenen stammen aus einem sogenannten sicheren Herkunftsstaat und haben nach dem Stichtag 31. August 2015 einen Asylantrag gestellt, der abgelehnt worden ist. Dies betrifft Staatsangehörige sicherer Herkunftsstaaten (gemäß Anlage zu § 29a AsylG derzeit Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal, Serbien).

³² Siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 8.

³³ BMI-Anwendungshinweise, a. a. O. (Fn. 21) und überwiegende Mehrheit der Ländererlasse; siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 8.

³⁴ BT-Drs. 18/9090 vom 6.7.2016, S. 25.

³⁵ GK-AufenthG, a. a. O. (Fn. 4), 2017, § 60a Rn. 288.3.

³⁶ Vgl. Erlass Bayern vom 1.9.2016, asyl.net: M26574, S. 24 f.

³⁷ Vgl. Erlass Hamburg vom 9.3.2017, asyl.net: M24961, S. 2.

³⁸ VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.10.2016, a. a. O. (Fn. 24); OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.11.16 – OVG 12 S 61.16 –, asyl.net: M24431, juris; VG Freiburg, Beschluss vom 11.10.2016 – 4 K 3553/16 –, asyl.net: M24548, InfAuslR 2017, S. 18.

³⁹ Siehe Verweis in § 60a Abs. 2 S. 4 Hs. 2 AufenthG.

Personen aus sicheren Herkunftsstaaten, die vor diesem Stichtag einen Asylantrag gestellt haben, der negativ entschieden wurde, fallen nicht unter diese Regelung. Auch betrifft der Ausschluss nicht die Staatsangehörigen sicherer Herkunftsstaaten, die keinen Asylantrag gestellt haben.⁴⁰

In der Beratung ist zu überlegen, ob ein Asylantrag, der nach dem Stichtag gestellt wurde, zurückgenommen wird, da im Fall der Ablehnung das Arbeitsverbot greift und damit die Erteilung der Ausbildungsduldung ausgeschlossen ist. Auch bei Asylanträgen, die vor dem Stichtag gestellt worden sind, sollte diese Überlegung angestellt werden. Zwar hindert die Ablehnung in diesen Fällen wie oben beschrieben nicht die Erteilung der Ausbildungsduldung. Allerdings kann die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung daran scheitern, dass nach § 11 Abs. 7 AufenthG wegen der Ablehnung des Asylantrags ein Einreise- und Aufenthaltsverbot greift. Eine solche Einreisesperre müsste dann erst wieder gemäß § 11 Abs. 4 AufenthG nachträglich beseitigt werden.

• *Selbstverschuldetes Abschiebungshindernis:* Die Betroffenen haben es selbst zu vertreten, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Dies wird in der Praxis häufig dann angenommen, wenn keine ausreichenden Bemühungen bei der Passbeschaffung vorliegen oder die Identität verschleiert wird. Es reicht aber nicht aus, dass die betreffenden Personen nicht im Besitz eines Nationalpasses oder anderer Identitätspapiere sind. Vielfach verweigern die Ausländerbehörden die Erteilung der Ausbildungsduldung, weil kein Pass vorliegt. Dies steht mit dem Gesetzeswortlaut nicht im Einklang. Hier geht es vielmehr darum, ob die betreffenden Personen bei der Identitätsklärung oder Passbeschaffung mitgewirkt haben.

Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass die Ausländerbehörde der betroffenen Person mitteilen muss, welche konkreten Handlungen von ihr verlangt werden.⁴¹

Außerdem muss die mangelnde Bereitschaft zur Mitwirkung auch ursächlich für die Nicht-Durchsetzbarkeit der Ausreisepflicht sein. Häufig verhält es sich so, dass weitere Duldungsgründe neben der Passlosigkeit vorliegen, wie beispielsweise bei unbegleiteten minderjährigen Flüchtlingen (vgl. § 58 Abs. 1a AufenthG) oder bei den oben dargelegten familiären Gründen. In diesen Fällen ist die fehlende Mitwirkung an der Passbeschaffung nicht

allein entscheidend dafür, dass die Ausreise nicht möglich ist. Daher greift das Beschäftigungsverbot nicht.⁴²

• *Einreise zur Erlangung von Sozialleistungen:* Die Betroffenen sind eingereist, um Leistungen nach dem AsylbLG in Anspruch zu nehmen. Dies wird so definiert, dass der beabsichtigte Leistungsbezug prägend für den Entschluss zur Einreise nach Deutschland war, er also die wesentliche Motivation darstellte. Dieser Ausschlussgrund dürfte in der Praxis kaum relevant sein, da der Nachweis der diesbezüglichen Motivation der Ausländerbehörde kaum gelingen dürfte, wenn – wie üblich im Asylverfahren – weitere Gründe für den Einreiseentschluss (Furcht vor Gefahren u. Ä.) genannt wurden.⁴³

3. Arbeitserlaubnis

In diesem Kontext ist auch die Regelung des § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG zu beachten, der die Erteilung einer Erlaubnis zur Beschäftigung an Personen regelt, die keinen Aufenthaltstitel zum Zwecke der Erwerbstätigkeit besitzen. Die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis erfolgt im Wege des Ermessens (vgl. § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG i. V. m. § 32 BeschV). In den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen auch geduldete Personen. Auch im Bereich der Ausbildungsduldung kommt diese Regelung zum Tragen, da § 60a Abs. 2 S. 4 AufenthG die Erteilung der Beschäftigungserlaubnis nicht regelt.⁴⁴

Das BMI ist der Ansicht, dass die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis grundsätzlich in Betracht kommt, wenn kein Beschäftigungsverbot gemäß § 60a Abs. 6 AufenthG vorliegt.⁴⁵ Im Rahmen des Ermessens seien aber weitere Gesichtspunkte des Einzelfalles zu prüfen.⁴⁶ Positiv zu werten seien etwa eine lange Aufenthaltsdauer im Bundesgebiet, die tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung in absehbarer Zeit, die geklärte Identität sowie gute Kenntnisse der deutschen Sprache. Negativ fielen etwa eine kurze Aufenthaltsdauer, geringe Deutschkenntnisse, bevorstehende aufenthaltsbeendende Maßnahmen und Straftaten ins Gewicht. Die Erwähnung der beiden letzten Punkte wird damit begründet, dass mit diesen Voraussetzungen auch die Erteilung einer Ausbildungsduldung ausgeschlossen sei.

Erst wenn die Beschäftigungserlaubnis zur Aufnahme einer Berufsausbildung erteilt ist, kann laut BMI in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Voraussetzung für die Erteilung einer Duldung, wie oben geschildert, vorlie-

⁴⁰ OVG Hamburg, Beschluss vom 25.9.2017 – 1 Bs 179/17 –, asyl.net: M25775, anwaltsdatenbank.net; VGH Hessen, Beschluss vom 15.2.2018 – 3 B 2137/17; 3 D 2138/17 – Asylmagazin 6/2018, S. 220 ff., asyl.net: M26056.

⁴¹ Hörich/Putzar-Sattler: Mitwirkungspflichten, a. a. O. (Fn. 8); OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.11.2016, a. a. O. (Fn. 38; Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 15.

⁴² So auch mehrere Ländererlasse, siehe Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 15.

⁴³ So auch Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 14.

⁴⁴ Siehe auch VGH Hessen, Beschluss vom 15.2.2018, a. a. O. (Fn. 40).

⁴⁵ Rundschreiben des BMI vom 1.11.2016 – M3-20010/5#18 –, asyl.net: M24358.

⁴⁶ So auch VG Karlsruhe, Beschluss vom 13.9.2017 – 7 K 11634/17 –, asyl.net: M25650, JurionRS 2017, 27094.

gen.⁴⁷ Dies ist jedoch umstritten. Es wird vertreten, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Ausbildungsduldung das Ermessen in § 4 Abs. 3 AufenthG bezüglich der Erteilung der Beschäftigungserlaubnis auf Null reduziert ist, sodass es auf die seitens des BMI dargelegten Kriterien nicht mehr ankommt. Diese Auffassung wird nicht nur von einem Großteil der Bundesländer vorgebracht,⁴⁸ sondern auch von einigen Obergerichten.⁴⁹

4. Rechtsfolgen

Wenn alle Voraussetzungen und keine der genannten Ausschlussgründe vorliegen, ist die Ausbildungsduldung für die im Ausbildungsvertrag bestimmte Ausbildungsdauer zu erteilen. Dies ergibt sich so aus § 60a Abs. 2 S. 5 AufenthG. Tendenzen der Ausländerbehörden, die Duldung für kürzere Zeiträume zu erteilen, sind vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Dies wird auch durch die Gesetzesbegründung gestützt, in der ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Vorschrift Geduldeten und ausbildenden Betrieben für die Zeit der Ausbildung und für einen begrenzten Zeitraum danach mehr Rechtssicherheit als bisher verschaffen will.

Aus § 60a Abs. 2 S. 7 AufenthG ergibt sich dann auch eine Verpflichtung für den Ausbildungsbetrieb, der Ausländerbehörde unverzüglich (in der Regel innerhalb einer Woche) mitzuteilen, wenn die Ausbildung nicht mehr betrieben oder wenn sie abgebrochen wird. In diesen Fällen erlischt die erteilte Ausbildungsduldung. Sollte das Ausbildungsverhältnis vorzeitig enden oder abgebrochen werden, kann einmalig eine weitere Duldung für sechs Monate zum Zweck der Suche nach einer weiteren Ausbildungsstelle erteilt werden, vgl. § 60a Abs. 2 S. 10 AufenthG.

In der Beratungspraxis mehren sich die Anfragen von sich noch im Asylverfahren befindenden Personen, ob das Asylverfahren beendet werden sollte, um in den Genuss einer Ausbildungsduldung zu kommen. Hier muss grundsätzlich geprüft werden, ob die Beendigung des Asylverfahrens eine sinnvolle Alternative zur Erteilung einer Ausbildungsduldung darstellt. Zumeist dürfte das Asylverfahren weiterzuführen sein. Grundsätzlich kann auch während des laufenden Asylverfahrens mit einer Berufsausbildung begonnen werden, auch wenn im Falle der fortbestehenden sozialrechtlichen Hilfebedürftigkeit – z. B. bei geringen Lehrlingsgehältern oder bei schulischen

Ausbildungen – regelmäßig Probleme mit dem Anspruch auf Leistungen nach dem AsylbLG entstehen.⁵⁰

5. Wechsel in die Erwerbstätigkeit nach Abschluss der Ausbildung

Nach § 60a Abs. 2 S. 11 AufenthG wird die Duldung nach erfolgreichem Abschluss der Ausbildung für sechs Monate verlängert, um eine Erwerbstätigkeit zu suchen, die der erworbenen Qualifikation entspricht, sollte im Ausbildungsbetrieb eine Weiterbeschäftigung nicht möglich sein. Eine weitere Verlängerung der Duldung zur Arbeitsplatzsuche ist ausgeschlossen.

Mit dem erfolgreichen Abschluss der Berufsausbildung im Rahmen eines geduldeten Aufenthaltes ist damit dann auch die Möglichkeit eröffnet, gemäß § 18a AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis für qualifizierte Geduldete zum Zweck der Beschäftigung zu erhalten, sofern die in § 18a Abs. 1 Nr. 2–7 AufenthG genannten Voraussetzungen, wie etwa ausreichender Wohnraum, ausreichende Sprachkenntnisse, keine Verurteilung wegen bestimmter Straftaten, vorliegen.

Hier dürfte der Versuch einiger Ausländerbehörden, auch zeitlich lange zurückliegende Täuschungen und Verzögerungen nach § 18a Abs. 1 Nr. 4 oder 5 AufenthG gegen die Betroffenen zu wenden, bei Ausbildungsduldungsfällen nicht durchgreifen, weil diese bereits nach § 60a Abs. 6 Nr. 2 AufenthG geahndet hätten werden müssen und damit »verbraucht« sein dürften. Problematisch kann allerdings werden, dass § 18a Abs. 3 AufenthG nur eine eng gefasste Abweichungsmöglichkeit im Verhältnis zu den Erteilungsvoraussetzungen des § 10 Abs. 3 AufenthG vorsieht: Möglich ist demnach nur die Abweichung von § 10 Abs. 3 S. 1 AufenthG (keine Erteilung eines Aufenthaltstitels nach vorheriger Ablehnung oder Rücknahme eines Asylantrags), nicht jedoch die Abweichung von § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG (kein Aufenthaltstitel ohne vorherige Ausreise bei Ablehnung des Asylantrages als »offensichtlich unbegründet«). Hier sind gesetzgeberische Nachbesserungen notwendig, die (wie an anderer Stelle im Gesetz, nämlich in den §§ 25b Abs. 4 und 25b Abs. 5 S. 2 AufenthG), auch eine Abweichung von § 10 Abs. 3 S. 2 ermöglichen.

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Niedersachsen, asyl.net: M24756; Schleswig-Holstein, asyl.net: M24726; Sachsen, asyl.net: M24681; Rheinland-Pfalz, asyl.net: M24769; alle zusammengefasst in Asylmagazin 3/2017, S. 120; Hessen, asyl.net: M26572; NRW, asyl.net: M26253.

⁴⁹ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7.12.2017 – OVG 3 S 72.17 – anwaltsdatenbank.net; OVG Hamburg, Beschluss vom 25.9.2017, a. a. O. (Fn. 40).

⁵⁰ Siehe hierzu ausführlich David Werdermann, »Die Schließung des Ausbildungsförderungs-Lochs«, Asylmagazin 7–8/2018, S. 233–242; Arbeitshilfe »Sicherung des Lebensunterhalts während einer Ausbildung für junge Menschen mit Aufenthaltsgestattung oder Duldung«, Paritätischer Gesamtverband (Mai 2018), abrufbar auf asyl.net unter »Arbeitshilfen zum Sozialrecht«; siehe auch Arbeitshilfe Ausbildungsduldung, a. a. O. (Fn. 23), S. 26 ff.

VI. Die Aufenthaltserlaubnis wegen nachhaltiger Integration

Wie eingangs erwähnt wurden gesetzliche Bleiberechtsregelungen für geduldete Personen geschaffen, um ihnen bei gelungener Integration die Perspektive zu bieten, aus dem lang andauernden Duldungsstatus – sogenannten Kettenduldungen – in einen gesicherten Aufenthalt zu wechseln.⁵¹ Im Unterschied zu früheren Altfallregelungen sind die sogenannten Bleiberechte der §§ 25a und 25b AufenthG stichtagsunabhängig und im letzteren Fall auch altersunabhängig.⁵² Allerdings werden die Regelungen behördlicherseits, entgegen der gesetzgeberischen Intention, Duldungen zu vermeiden, sehr restriktiv entsprechend der Auslegungen des BMI angewandt.⁵³

Auch zu den Bleiberechten wurde vom Paritätischen Gesamtverband eine Arbeitshilfe veröffentlicht, die ausführlich auf die einzelnen Voraussetzungen eingeht.⁵⁴ An dieser Stelle soll lediglich eine Übersicht über die Voraussetzungen und zentralen Rechtsfragen gegeben werden.

1. Bleiberecht für Jugendliche

Die Vorschrift des § 25a AufenthG soll gut integrierten Jugendlichen und Heranwachsenden ein Aufenthaltsrecht gewähren, welches unabhängig vom Aufenthaltsstatus ihrer Eltern und auch unabhängig von einem bestimmten Stichtag erworben werden kann. Sie ermöglicht dem Personenkreis der 14- bis 21-Jährigen, eine humanitäre Aufenthaltserlaubnis zu erhalten, wenn diese sich seit vier Jahren ununterbrochen erlaubt, gestattet oder geduldet im Bundesgebiet aufhalten und hier in der Regel einen vierjährigen erfolgreichen Schulbesuch absolviert oder einen anerkannten Berufsabschluss erworben haben. Die Altersgrenze von 21 Jahren sollte vom Gesetzgeber überdacht werden, weil sie willkürlich erscheint und insbesondere die in einem höherem Lebensalter (z. B. mit 17 Jahren) eingereisten Heranwachsenden oft von der Regelung ausschließt, auch wenn der Integrationsprozess positiv verlaufen ist.

Neben der Altersgrenze bestehen die wichtigsten Voraussetzungen darin, dass eine positive Integrationsprognose vorliegen muss und die Aussetzung der Abschiebung nicht durch eigene falsche Angaben oder aufgrund einer eigenen Täuschung über die Identität bedingt ist.

Bei beruflicher oder schulischer Ausbildung wird keine Lebensunterhaltssicherung verlangt und nach § 25a Abs. 4 AufenthG kommt die bereits erwähnte Erteilungssperre nach § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG nicht zur Anwendung.

Für eine positive Integrationsprognose ist ein erfolgreicher Schulbesuch oder Berufsabschluss eigentlich schon Indiz genug. Sollten Straftaten vorliegen, heißt das nicht automatisch, dass die Prognose negativ und deswegen der Antrag auf Erteilung der humanitären Aufenthaltserlaubnis abzulehnen ist.⁵⁵ Stattdessen ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen, die dann wiederum zu einer positiven Prognose führen kann, weil es sich um Bagatelldelicten gehandelt hat, die Verurteilung lange zurückliegt und seitdem keine weiteren Straftaten begangen wurden und weil weitere Integrationsbemühungen angestellt worden sind.

Sollte über die Identität getäuscht worden sein, so muss dies bei Antragstellung durch Richtigstellung und Vorlage eines Passes geheilt werden. Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis muss ein Pass vorgelegt werden, sodass jedenfalls bei der Passbeschaffung die Identität offenbart wird. An dieser Stelle muss immer auch bedacht werden, ob die Offenbarung der Identitätstäuschung für Eltern und Geschwister Folgen hat und wenn ja, welche.

§ 25a Abs. 2 AufenthG ermöglicht auch den Eltern und Geschwistern die Erlangung einer Aufenthaltserlaubnis im Wege des Ermessens, wenn nicht die Abschiebung aufgrund von falschen Angaben oder einer Identitätstäuschung ausgesetzt ist oder mangels zumutbarer Bemühungen zur Beseitigung des Ausreisehindernisses verhindert oder verzögert wird. Die Familienangehörigen müssen den Lebensunterhalt selbst sichern können und die Passpflicht erfüllen. Bei Vorliegen von rechtskräftigen Verurteilungen zu 50 Tagesätzen oder 90 Tagessätzen bei Straftaten nach dem AufenthG oder AsylG ist die Erteilung ausgeschlossen.

Bei dem Ausschlussstatbestand der selbstverschuldeten Abschiebungshindernisse ist der Gesetzeswortlaut im Präsens formuliert. Damit dürfen Sachverhalte aus der Vergangenheit keine Berücksichtigung finden.⁵⁶ Dies wird aber in der Rechtsprechung auch teilweise anders gesehen.⁵⁷ So wird von einigen Gerichten argumentiert, dass die vom Versagungsgrund nicht erfassten, in der Vergangenheit liegenden Sachverhalte jedenfalls eine negative Integrationsprognose erlauben, wenn sie nach Art und Dauer bedeutsam sind.

Sollte die Lebensunterhaltssicherung nicht möglich sein, sollte geprüft werden, ob hierfür Härtegründe vorliegen, wie z. B. Krankheit, Betreuung von Kleinkindern etc., vgl. § 25a Abs. 4 AufenthG.

⁵¹ Röder, »Die neuen Bleiberechte bei gelungener Integration«, Asylmagazin 4-5/2016, S. 108.

⁵² Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung vom 27. Juli 2015 (BGBl. I S. 1386).

⁵³ Allgemeine Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zur Einfügung des § 25b Aufenthaltsgesetz, asyl.net: M26754, BGBl. I, S. 1386.

⁵⁴ Paritätischer Gesamtverband, Hg. Die Bleiberechtsregelungen gemäß §§ 25a und b AufenthG und ihre Anwendung, Mai 2018, abrufbar auf asyl.net unter »Arbeitshilfen zum Aufenthaltsrecht«.

⁵⁵ Fränkel, in: NK-AuslR, a. a. O. (Fn. 19), § 25a, Rn. 8.

⁵⁶ So auch Röder, a. a. O. (Fn. 51), S. 113 m. w. N.; Arbeitshilfe Bleiberechtsregelungen, a. a. O. (Fn. 54), S. 12.

⁵⁷ OVG NRW, Beschluss vom 21.7.2015 – 18 B 486/14 – zu § 25b AufenthG, asyl.net: M23135.

Wenn die Voraussetzungen für Eltern und Geschwister nicht erfüllt sind, soll diesen jedenfalls eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2b AufenthG erteilt werden, wobei sich hier auch grundsätzlich die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG wegen eines rechtlichen Ausreisehindernisses jedenfalls bis zur Volljährigkeit des Kindes eröffnet.

2. Bleiberecht für Erwachsene

Auch § 25b AufenthG stellt eine Bleiberechtsregelung dar, die unabhängig von einem Stichtag den Wechsel von der Duldung in die Aufenthaltserlaubnis ermöglichen soll. Diese Regelung gilt für Personen, die sich »nachhaltig in die Lebensverhältnisse in Deutschland integriert« haben.

Die hierzu in § 25b AufenthG genannten Voraussetzungen sollen »regelmäßig« vorliegen. Dies ist so zu verstehen, dass die Erteilung des Aufenthaltstitels auch dann infrage kommt, wenn nicht alle Voraussetzungen lückenlos erfüllt sind.⁵⁸

Die Aufenthaltserlaubnis soll nach dem Gesetz erteilt werden, wenn die betreffenden Personen

- sich acht Jahre (oder sechs Jahre, wenn ein minderjähriges Kind mit im Haushalt lebt) ununterbrochen geduldet, erlaubt oder gestattet im Bundesgebiet aufhalten,
- sich zur freiheitlich demokratischen Grundordnung bekennen,
- über Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet verfügen,
- hinreichende Deutschkenntnisse⁵⁹ haben und
- wenn der Lebensunterhalt überwiegend gesichert ist oder dies aufgrund einer positiven Prognose zu erwarten ist,
- schulpflichtige Kinder die Schule nachweislich besuchen und
- die Passpflicht erfüllt ist.

Die Aufenthaltserlaubnis darf nicht erteilt werden, wenn die Abschiebung aufgrund eigener falscher Angaben oder Identitätstäuschung ausgesetzt ist oder wenn ein Ausweisungsinteresse gemäß § 54 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr. 1 und 2 AufenthG besteht.

Auch hier muss der Antrag unbedingt mit den richtigen Angaben zur Identität gestellt werden. Gegebenenfalls bereits erfasste falsche Angaben sind zu korrigieren, da auch hier die Passpflicht greift und spätestens bei Vorlage des Passes die Identität offenbart wird. Dies kann dann auch zu einer Ablehnung des Antrages führen.

Eine überwiegende Lebensunterhaltssicherung setzt nach der Gesetzesbegründung voraus, dass mehr als 50 % der Mittel nachgewiesen werden müssen, die benötigt werden, um den persönlichen Bedarf zu decken.⁶⁰ Hierbei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere die Voraufenthaltszeiten an dieser Stelle erhebliche Integrationshemmnisse mit sich gebracht haben. Geduldete Personen finden sehr viel schwerer eine Beschäftigung, mit der sie ihren Lebensunterhalt vollständig sichern können. Dieser Umstand muss in die Prognoseentscheidung mit einfließen.

§ 25b Abs. 1 Nr. 3 AufenthG trägt dem Rechnung und lässt es alternativ zu, dass im Rahmen einer Prognoseentscheidung festgestellt wird, dass aufgrund der bisherigen Schul-, Ausbildungs- und Einkommens- sowie der familiären Lebenssituation erwartet werden kann, dass der Lebensunterhalt zukünftig gesichert werden wird. In besonderen Lebenslagen, die gesetzlich genannt sind (§ 25b Abs. 3 AufenthG), kann von der Lebensunterhaltssicherung ganz abgesehen werden.⁶¹

Die Anforderungen an die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25b AufenthG sind somit sehr hoch und insbesondere in Bezug auf die geforderte Lebensunterhaltssicherung für die meisten Personen, die oft über Jahre hinweg keinerlei Zugang zu Integrationsmaßnahmen hatten, kaum zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat hier offenbar übersehen, dass der von ihm in den Blick genommene Personenkreis oftmals aufgrund jahrelanger Duldungszeiten und dem damit häufig verbundenen restriktiven Zugang zum Arbeitsmarkt keine Möglichkeit hatte, eine gut bezahlte Beschäftigung zu finden, und damit auch keine günstige Beschäftigungsprognose vorweisen kann.

Positiv ist, dass in besonderen Lebenslagen (Krankheit, Alter, Behinderung) von einer Sicherung des Lebensunterhaltes abgesehen werden kann, vgl. § 25b Abs. 3 AufenthG.

VII. Fazit

Die negative Beendigung des Asylverfahrens hat, wie auch eine erfolgte Ausweisung, nicht zwingend eine Ausreise oder gar Abschiebung zur Folge, wofür – anders, als es in der politischen Diskussion häufig suggeriert wird – in vielen Fällen die Betroffenen nicht verantwortlich sind. Dies hat der Gesetzgeber auch mit verschiedenen Möglichkeiten der Aufenthaltssicherung anerkannt. In der Beratung gilt es, rechtzeitig die erforderlichen Weichen für einen weiteren rechtmäßigen Aufenthalt zu stellen.

⁵⁸ So auch Röder, a. a. O. (Fn. 51), S. 108.

⁵⁹ Dies entspricht dem Niveau A2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen (GER).

⁶⁰ Anwendungshinweise BMI § 25 b AufenthG, asyl.net: M26754.

⁶¹ So auch Röder, a. a. O. (Fn. 51), S. 111.

Unsere Angebote

ASYLMAGAZIN – Zeitschrift für Flüchtlings- und Migrationsrecht Aktuelle Hintergrundinformationen zu den rechtlichen Fragen rund um die Themen Flucht und Migration: Das Asylnmagazin bietet Beiträge aus der Beratungspraxis und zu aktuellen rechtlichen Entwicklungen, Rechtsprechung, Länderinformationen, Nachrichten sowie Hinweise auf Arbeitshilfen und Stellungnahmen.

Das Asylnmagazin erscheint neunmal im Jahr und kann zum Preis von 62 € jährlich abonniert werden. Der Preis für ein zweites Abonnement beträgt 55 € jährlich. Weitere Informationen und ein Bestellformular finden Sie unter www.asyl.net und beim Verlag:

Von Loeper Literaturverlag im Ariadne Buchdienst
Daimlerstr. 23, 76185 Karlsruhe
E-Mail: bestellservice@ariadne.de
Internet: <https://www.ariadne.de/engagiert/zeitschrift-asylnmagazin/>

www.asyl.net Die Internetseite mit einer Rechtsprechungsdatenbank zum Flüchtlings- und Migrationsrecht sowie sachverwandten Rechtsgebieten, ausgewählter Rechtsprechung und Länderinformationen, Beiträgen aus dem ASYLMAGAZIN, Adressen, Gesetzestexten, Terminen, Arbeitsmitteln und Stellungnahmen. Nachrichten und Informationen über aktuelle Rechtsprechung können Sie zusätzlich über einen Newsletter erhalten.

familie.asyl.net Das Informationsportal zum Familiennachzug zu Asylsuchenden und schutzberechtigten Personen.

adressen.asyl.net Bundesweite Datenbank mit Beratungsangeboten.

www.fluechtlingshelfer.info Die Internetseite mit Informationen für die ehrenamtliche Unterstützung von Flüchtlingen: Arbeitshilfen, Projekte, Links und Adressen.

www.ecoi.net Internetdatenbank mit den wichtigsten internationalen Informationen zu Herkunftsländern.

Dokumenten- und Broschürenversand Dokumente, die im ASYLMAGAZIN und bei www.asyl.net mit einer Bestellnummer genannt werden, können bei IBIS e.V. in Oldenburg bezogen werden (Bestellformular im ASYLMAGAZIN).

