

# Ausländerrecht: AuslR

Kommentar

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Jan Bergmann, LL.M. eur., Vorsitzender Richter am Verwaltungsgerichtshof, und Dr. Klaus Dienelt, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht, Bearbeitet von den Herausgebern und Dr. Ina Bauer, Richterin am Verwaltungsgerichtshof, Franz-Wilhelm Dollinger, Richter am Bundesverwaltungsgericht, Dr. Isabel Röcker, Richterin am Verwaltungsgericht, Kai-Christian Samel, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht, Philipp Schäper, Dr. Wolfgang Schenk, Richter am Verwaltungsgerichtshof, Dr. Alexandra Sußmann, Regierungsvizepräsidentin beim Regierungspräsidium, Holger Winkelmann, Polizeirat, und Dr. Simone Wunderle, LL.M., Richterin, Begründet von Dr. Werner Kanein, Von der 5. bis zur 8. Auflage fortgeführt von Prof. Dr. Günter Renner

12. Auflage 2018. Buch. XLVIII, 2978 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 71197 8

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Recht > Öffentliches Recht > Verwaltungsrecht > Ausländerrecht, Asyl, Staatsangehörigkeit

Zu Inhalts- und Sachverzeichnis

schnell und portofrei erhältlich bei



Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

werden. Eine zusätzl Prüfungsverpflichtung kann aber entstehen, wenn es sich trotz Vorlage eines Passes um eine Fallgestaltung handelt, die Anlass zu Zweifeln an der Identität des Ausl bietet. Etwa weil der Ausl in seinem Asylverf völlig abw Angaben gemacht hatte u. wegen des Urkundswesens im Herkunftsland zweifelhaft ist, auf welcher Grundlage die Passeintragungen erfolgt sind<sup>77</sup>. Liegt ein Fall einer (nachgewiesenen) Täuschung über die Identität vor, kann auch ein Ausweisungsinteresse iSv § 54 II Nr 8 Buchst a, Nr 9 vorliegen<sup>78</sup>.

Die **Identität** kann also in aller Regel allein aufgrund des Passes oder Passersatzes **43** festgestellt werden. Anhand eines Vergleichs der dortigen Eintragungen mit der persönlichen Erscheinung des Passinh lässt sich entscheiden, ob diese auf ihn zutreffen u. damit dessen Identität hinreichend bestimmt ist. Zu Zweifeln an der Identität kommt es praktisch nur, wenn der Ausl einen gültigen Pass oder Passersatz nicht besitzt oder nicht vorlegen kann. Für die Identitätsfeststellung könne dann andere Dokumente wie zB Geburtsurkunde, Dienstausweis, Wehrpass oder Führerschein herangezogen werden. Probleme ergeben sich immer dann, wenn der Ausl über keinerlei Dokumente verfügt. IÜ findet § 49 Anwendung.

Die **StAng** bedarf der gesonderten Feststellung nur dann, wenn die Rückkehrberechtigung in einen anderen Staat unsicher ist. Da diese Berechtigung zu dem Mindestinhalt eines Passes oder Passersatzes zählt<sup>79</sup>, kann sich eine zusätzl Prüfung in aller Regel nur dann als notwendig erweisen, wenn ein atypischer Fall eine Ausnahme von der Passpflicht rechtfertigt. Staatenlose, die über keinen Reiseausweis eines anderen Staates mit EinreiseR (vgl Art 28 StlÜbk u. § 13 des Anh zum StlÜbk) verfügen, besitzen in aller Regel kein Passpapier, das ihnen ein derartiges EinreiseR bescheinigt. Bei ihnen erübrigen sich dann aber auch Ermittlungen über das Bestehen einer StAng.

Der späteren Klärung der Identität im Einbürgerungsverf steht nicht entgegen, dass **45** diese bereits regelmäßig gemäß § 5 I Nr 1a im aufr Erlaubnisverf zu prüfen ist. § 5 I Nr 1a gilt allein für die Ert eines AufTit, nicht für die Einbürgerung. Dieser Vorschrift ist auch keine ZustVerteilung zwischen Ausl- u. Einbürgerungsbeh zu entnehmen. Identitätsfeststellungen der AuslBeh haben daher auch keine Bindungswirkung für ein Einbürgerungsverf<sup>80</sup>.

## Deck-Shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

### 5. Ausweisungsinteresse (Nr 2)

Das Nichtbestehen eines Ausweisungsinteresses ist – wie der Vorgängerbegriff des **Ausweisungsgrundes** – ein sehr wichtiges u. zugleich in seiner Auslegung sehr unsicheres Kriterium. Anders als der bisher verwendete **Begriff** „Ausweisungsgrund“ bezeichnet § 5 I Nr 2 nunmehr ausdrücklich die ges **Ausweisungsinteressen** iSv § 54<sup>81</sup>. Der Ert einer NE steht das bloße Ausweisungsinteresse nicht entgegen, sondern nur die Gründe der öffentl Sicherheit oder Ordnung, die ein bestimmtes Gewicht haben. § 9 II Nr 4 verlangt insofern eine § 53 II vergleichbare Abwägung. Bemerkenswert ist aber, dass für das Recht auf Wiederkehr gemäß § 37 III zwischen dem Bestehen eines Ausweisungsinteresses (Nr 2), der erfolgten Ausweisung u. der Zulässigkeit der Ausweisung (Nr 1) unterschieden wird. Sowohl bei Anwendung von § 7 II Nr 1 AuslG 1990 als auch von § 5 I Nr 2 wurde „Ausweisungsgrund“ gleichgesetzt mit „**Ausweisungstatbestand**“<sup>82</sup>. Nach dem bisherigen u. neuen AusweisungsR gilt nichts anderes<sup>83</sup>. § 53 als Grundtatbestand der Ausweisung

<sup>77</sup> Vgl VG Bln, B. v. 18.2.2016 – VG 15 L 33.16 V; OVG BB, B. v. 9.9.2014 – OVG 7 N 109.14 – juris, Rn 3 f.

<sup>78</sup> Vgl SächsOVG, B. v. 2.9.2016 – 3 B 168/16 – juris, Rn 9; § 54 Rn 72 mwN.

<sup>79</sup> S. § 3 Rn 2.

<sup>80</sup> BVerwG, U. v. 1.9.2011 – 5 C 27.10 – BVerwGE 140, 311, Rn 14.

<sup>81</sup> Vgl BayVGH, B. v. 29.8.2016 – 10 AS 16.1602 – juris, Rn 21.

<sup>82</sup> Näher zum früheren Recht *Renner*, AiD Rn 5/466–484.

<sup>83</sup> Vgl BVerwG, U. v. 10.12.2014 – 1 C 15.14 – juris, Rn 21; U. v. 16.11.2010 – 1 C 20.09 – juris, Rn 19.

## 1 AufenthG § 5

Erster Teil. Aufenthaltsgesetz

setzt allerdings voraus, dass der weitere Aufenth des Ausl eine Gefahr für die öffentl Sicherheit u. Ordnung darstellt oder sonstige erheblicher Interessen der BR Deutschland gefährdet sind<sup>84</sup>. Der Grundtatbestand wird durch den nicht abschließenden Katalog gemäß § 54 von als Ausweisungsinteressen bezeichneten Tatbeständen, die Anlass für eine Ausweisung sein können, konkretisiert.

- 47 Zu beachten ist allerdings, dass gemäß Art 9 des AufenthGÄndG 2015 das neu-bestimmte AusweisungsR gemäß Art 1 Nr 29 AufenthG anders als die übrigen Vorschriften erst **am 1.1.2016** in Kraft getreten ist. Bis dahin nahm § 5 I Nr 2 Bezug auf die (noch) nicht in Kraft befindliche Regelung des § 54 u. den bisher nicht im Ges enthaltenen Begriff des Ausweisungsinteresses. Dies führt allerdings nicht dazu, dass der Anwendungsbereich der RegelertVoraussetzung nach Abs 1 Nr 2 für diese Übergangszeit entfallen ist. Auch wenn es sich insofern wohl um ein Redaktionsversehen handelt, kann dieses allerdings nicht dadurch berichtigt werden, dass von einem vorzeitigen Inkrafttreten des AusweisungsR auszugehen wäre, sofern andere Vorschriften auf den Begriff des Ausweisungsinteresses Bezug nehmen. Dieses Ergebnis wäre schon mit dem Gebot der Normenklarheit unvereinbar. Der Begriff des Ausweisungsinteresse in § 5 ua Vorschriften (§§ 15 II Nr 1, 25b II Nr 2, 28 II 1, 31 III 1 Nr 1, 37 III Nr 2) kann jedoch im Wege der Auslegung auch an den bestehenden Normtext angebunden werden. Da der Begriff des Ausweisungsinteresses auf einen bestimmten **Ausweisungstatbestand** zielt, war in der Zwischenzeit eine Bezugnahme auf die Ausweisungstatbestände der §§ 53, 54, 55 I, II in der bis zum **31.12.2015** geltenden Fassung des AufenthG möglich u. geboten.
- 48 Die Ert eines AufTit kommt nur dann in Betracht, wenn ein Ausweisungsinteresse nicht vorliegt, also ein Ausweisungstatbestand nicht verwirklicht ist; ob die Ausweisung im Einzelfall rechtsfehlerfrei verfügt werden könnte, ist insoweit unerheblich<sup>85</sup>. Eine **hypothetische Ausweisungsprüfung** erfolgt nicht. Trotz des unterschiedlichen Gewichts der in § 54 genannten Ausweisungsinteressen wird für die RegelertVoraussetzung (zunächst) nicht weiter unterschieden oder gar eine Ausweisungsabwägung gemäß § 53 I, II getroffen.
- 49 Bei der Anwendung des § 5 I Nr 2 ist auch zu beachten, dass es nicht zu Wertungswidersprüchen in Fällen kommt, in denen eine Ausweisung verfügt u. ihre Wirkung (Einreise- u. AufVerbot gemäß § 11 I) befristet wurden u. die Frist abgelaufen ist. Steht die Ausweisung nach der Befristung des Einreise- u. AufVerbots der Ert der AE nicht mehr entgegen, so muss dieses Ergebnis auch für Fälle gelten, in denen aus vergleichbaren Gründen von einer Ausweisung abgesehen wurde. Andernfalls hätte das Bestehen eines Ausweisungsinteresses weitergehende Wirkungen, als die Ausweisung selbst. Anderes aber kann gelten, wenn die Ausweisung im Hinblick auf ein Untertauchen oder eine Ausreise des Ausl nicht verfügt wurde oder nicht bekanntgegeben werden konnte.
- 50 Die RegelertVoraussetzung des § 5 I Nr 2 ist als Tatbestandsmerkmal in vollem Umfang gerichtl überprüfbar<sup>86</sup>. Die Prüfung von Ausweisungsinteressen bei Ert einer AE dient dem Zweck, aktuell zu befürchtende Beeinträchtigungen der öffentl Sicherheit u. Ordnung oder sonstiger erheblicher Interessen der BR Deutschland iSv § 53 I abzuwenden; je gewichtiger ein Ausweisungsinteresse ist, umso weniger strenge Voraussetzungen sind an die Prüfung des weiteren Vorliegens einer Gefährdung zu stellen. Nachdem es um die Erlaubnis künftigen Aufenth geht, ist nicht die Störung der öffentl Sicherheit u. Ordnung in der Vergangenheit von Bedeutung, sondern nur eine solche in Gegenwart u. Zukunft. Eine **Gefährdungsprognose** ist daher grds bei jedem Ausweisungstatbestand anzustellen,

<sup>84</sup> BT-Drs 18/4097 S. 49; vgl auch § 53 Rn 12 ff.

<sup>85</sup> OVG NRW, B. v. 16.8.2016 – 18 B 754.16 – juris, Rn 11; BayVGH, B. v. 16.3.2016 – 10 ZB 14.2634 – juris, Rn 6; OVG HH, B. v. 17.12.2015 – 4 Bf 137/13 – juris, Rn 42; VGH BW, B. v. 25.8.2015 – 11 S 1500/15 – juris, Rn 9.

<sup>86</sup> OVG Bremen, B. v. 27.10.2009 – 1 B 224/09 – juris, Rn 25 ff.

u. zwar nicht erst bei der Frage, ob eine von der Regel des § 5 I Nr 2 abw **Atypik** besteht<sup>87</sup>.

Das Ausweisungsinteresse muss **aktuell** bestehen, darf also nicht „verbraucht“ sein<sup>88</sup>. Nicht die Verwirklichung eines Ausweisungstatbestands ist hinderlich, sondern das Bestehen einer Gefahr für die öffentl Sicherheit im Zeitpunkt der Entscheidung über Ert oder Verlängerung des AufTit<sup>89</sup>; nicht die Störung der öffentl Sicherheit u. Ordnung in der Vergangenheit steht dem Aufenth in Deutschland entgegen, sondern die ihr gegenwärtig drohenden Beeinträchtigungen. Dem Aufenth soll ein Ausweisungsinteresse, das noch nicht zur Ausweisung geführt hat, auch nur dann idR entgegenstehen, wenn eine Gefährdung (noch) besteht. Aus diesem Grunde können Verurteilungen, die aus formellen Gründen **nicht mehr** gegen den Ausl **verwertet** werden, nicht herangezogen werden. Getilgte oder tilgungsreife Verurteilungen unterliegen einem Verwertungsverbot (§ 51 I BZRG)<sup>90</sup>. Ebenso wenig darf auf Eintragungen nach § 17 BZRG u. auf Jugendstrafen zurückgegriffen werden, wenn der Strafmakel für beseitigt erklärt ist (§ 41 III BZRG). Die Ausnahme der Sicherheitsgefährdung (§ 52 I Nr 1 BZRG) greift nicht allg ein, allenfalls im Zusammenhang mit Abs 4.

Die Frage, ob ein Ausnahmefall anzunehmen ist, ist erst zu beantworten, wenn feststeht, dass eine Gefährdung durch den Ausl nach wie vor zu befürchten ist (**Wiederholungsgefahr**). Ob ein Ausnahmefall vorliegt, ist aufgrund einer umfassenden Abwägung aller in Betracht kommenden öffentl u. privaten Interessen zu entscheiden. Ergibt die Abwägung, dass eine (fortbestehende) Gefährdung der öffentl Sicherheit (Wiederholungsgefahr) hinzunehmen ist, liegt ein Ausnahmefall vor<sup>91</sup>.

In Bezug auf Straftaten sind für eine Abweichung von der ansonsten ausschlaggebenden RegeltVoraussetzung insb die Dauer des straffreien Aufenth im Verhältnis zur Gesamtdauer des Aufenth sowie ggf der Grad der Entfernung vom Heimatland zu berücksichtigen<sup>92</sup>. Allein die wirtschafatl Integration genügt nicht<sup>93</sup>. Die Dauer des (rechtmäßigen) Aufenth im Bundesgebiet ist damit ein gewichtiges, aber nicht das allein entscheidende Kriterium zur Bestimmung eines Ausnahmefalls. Vielmehr muss der Ausl die ihm durch einen langen Aufenth gegebene Gelegenheit auch genutzt haben, sich wirtschafatl u. sozial so zu integrieren, dass eine Verfestigung seiner Lebensverhältnisse im Bundesgebiet eingetreten ist u. ihn eine Beendigung des Aufenth bes hart treffen würde<sup>94</sup>.

Eine **Ausnahmeregelung** enthält auch § 27 III 2. Danach ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Verwirklichung eines Ausweisungstatbestands nach dessen Art, Aktualität u. Gewicht die Versagung der Familienzusammenführung bzw der weiteren Wahrung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu rechtfertigen vermag<sup>95</sup>. Bei der beh Ermessensausübung ist das durch die Verwirklichung des Ausweisungstatbestandes hervorgerufene öffentl Interesse an einer AufVersagung mit dem individuellen, grundrechtl geschützten Interesse des den Nachzug begehrenden Angeh iVm dem ebenfalls grundrechtl geschützten Interesse des Stammberechtigten abzuwägen. Die AuslBeh bzw die AusVertr haben hierbei das bes Gewicht, das Ehe u. Familie verfassungsrechtl wie auch konventionsrechtl beizumessen ist, zu beachten, u. die Folgen der Versagung des Aufenth für den Nachziehenden, insb aber

<sup>87</sup> VHG BW, U. v. 19.4.2017 – 11 S 1967.16 – juris, Rn 26; an der bis zur Vorauf unter Hinw auf OVG SA, B. v. 22.6.2009 – 2 M 86/09 – juris, Rn 32; BayVGH, B. v. 16.7.2008 – 19 CS 08.1436, 19 CS 08.1205 – juris, Rn 7 vertretenen Rechtsauffassung wird nicht mehr festgehalten.

<sup>88</sup> BVerwG, U. v. 15.3.2005 – 1 C 26.03 – juris, Rn 21.

<sup>89</sup> Ähnlich *Hailbronner*, § 5 AufenthG Rn 22; Nr 5.1.2.2 VAH.

<sup>90</sup> BVerwG, U. v. 27.1.2009 – 1 C 40.07 – juris, Rn 16.

<sup>91</sup> BayVGH, B. v. 31.8.2016 – 10 CS 16.649 – juris, Rn 7; BayVGH, B. v. 29.8.2016 – 10 AS 16.1602 – juris, Rn 24 mwN.

<sup>92</sup> OVG SA, B. v. 13.7.2006 – 2 O 230/06 – juris, Rn 8; *Bäuerle* in: GK – AufenthG II – § 5 Rn 113.

<sup>93</sup> Vgl BayVGH, B. v. 5.3.2007 – 24 CS 07.207 – juris.

<sup>94</sup> Vgl OVG HH, B. v. 5.5.1995 – BsV 350/94 – juris.

<sup>95</sup> OVG BB, U. v. 27.8.2009 – 11 B 1.09 – juris, Rn 44.

## 1 AufenthG § 5

Erster Teil. Aufenthaltsgesetz

für seine von ihm abhängigen Familienangeh in die Ermessensabwägung einzustellen<sup>96</sup>. Da § 27 III 2 eine Privilegierung ist, muss zunächst das Vorliegen einer Atypik geprüft werden. Liegt eine Atypik vor, so besteht ein Anspruch auf Ert der AE; für eine Ermessensprüfung ist kein Raum.

- 55 **Für die Ert einer NE für Familienangeh von Dt verschärft § 28 II 1 die RegelertVoraussetzung des § 5 I Nr 2, weil das Bestehen eines Ausweisungsinteresses – ungeachtet der Frage einer atypischen Fallgestaltung – der Ert der NE entgegensteht<sup>97</sup>.**
- 56 **Die RegelertVoraussetzung des Nichtvorliegens von Ausweisungsinteressen wird im Fall der unerlaubten Einreise nicht von § 5 II 2 als lex specialis verdrängt<sup>98</sup>.** Denn ein Verstoß gegen die Anforderungen, die in § 5 II 1 genannt sind, begründet nicht notwendigerweise immer auch einen Ausweisungsinteresse<sup>99</sup>. Nicht jede Einreise ohne das „erforderliche“ Visum iSv § 5 II 1 Nr 1 ist auch schon eine unerlaubte Einreise iSv § 14 I Nr 2. Welches Visum iSv § 5 II 1 Nr 1 erforderlich ist, bestimmt sich nach dem AufZweck, der mit der beantragten AE verfolgt wird. Wer mit einem Besuchsvizum einreist, obwohl er einen Daueraufenth (zB zum Zweck des Familiennachzugs) anstrebt, verstößt zwar gegen § 5 II 1 Nr 1, reist aber nicht unerlaubt iSv § 14 I Nr 2 ein u. begründet damit grds auch kein Ausweisungsinteresse. Ein Verstoß gegen das Erfordernis des § 5 II 1 Nr 2 AufenthG stellt nur bei entspr vorheriger Belehrung einen Ausweisungstatbestand dar (§ 54 II Nr 8a). Nach Ausreise zur Nachholung des erforderlichen Visumsverf kann dieser Ausweisungstatbestand nicht mehr entgegengehalten werden<sup>100</sup>.
- 57 Die **Sonderregelung in § 9 II 1 Nr 4** verdrängt, soweit es bei der NE um Ausweisungsinteressen geht, die sich auf Straftaten des Ausl beziehen, die RegelertVoraussetzung des § 5 I Nr 2<sup>101</sup>. Danach ist die NE zu erteilen, wenn Gründe der öffentl Sicherheit oder Ordnung unter Berücksichtigung der Schwere oder der Art des Verstoßes gegen die öffentl Sicherheit oder Ordnung oder der vom Ausl ausgehenden Gefahr unter Berücksichtigung der Dauer des bisherigen Aufenth u. dem Bestehen von Bindungen im Bundesgebiet nicht entgegenstehen. Diese Regelung macht deutlich, dass die Ert einer NE bei Straftaten des Ausl nicht (regelmäßig) schon wegen Bestehen eines Ausweisungsinteresses ausscheiden soll, sondern darüber aufgrund einer umfassenden Abwägung der in der Regelung genannten Rechtsgüter entschieden werden soll<sup>102</sup>. § 9 II 1 Nr 4 ist zeitgleich mit u. bewusst parallel zu der Regelung in § 9a II 1 Nr 5 (Erl zum DauerAuf-EU) in das AufenthG aufgenommen worden. Diese Parallelität ginge verloren, wenn man bei der NE – anders als bei der Erl zum DauerAuf-EU – zusätzl zu der in § 9 vorgesehenen Abwägung regelmäßig das Nichtbestehen eines **Ausweisungsinteresses** gemäß § 5 I Nr 2 fordern würde<sup>103</sup>.
- 58 Um zu vermeiden, dass bei einem ungeklärten Sachverhalt die Ert eines AufTit solange aufgeschoben wird, bis ein Strafver oder anderes Verwaltungsverf abgeschlossen wurde (vgl § 79 II 1 Nr 1), ist mit dem RLUmsG 2007 die Möglichkeit aufgenommen worden, dass die AuslBeh sich die Ausweisung vorbehält (§ 5 III 3). Hierdurch wird vermieden, dass das Ausweisungsinteresse nicht durch Ert des AufTit als verbraucht angesehen wird, weil die AuslBeh den Sachverhalt nicht zum Anlass genommen hat, den AufTit nach § 5 I Nr 2 zu versagen.
- 59 Eine Gefährdungsprognose ist grds bei jedem Ausweisungstatbestand also Ausweisungsinteresse iSv § 54 anzustellen. Sie scheidet aber aus Gründen des **Vertrauensschutzes** aus,

<sup>96</sup> OVG BB, U. v. 27.8.2009 – 11 B 1.09 – juris, Rn 44.

<sup>97</sup> BVerwG, U. v. 16.8.2011 – 1 C 12.10 – juris, Rn 13.

<sup>98</sup> BVerwG, U. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09 – juris, Rn 25; OVG HH, B. v. 9.5.2012 – 4 Bs 15/12 – juris, Rn 10.

<sup>99</sup> Für den Ausweisungsgrund OVG HH, B. v. 9.5.2012 – 4 Bs 15/12 – juris, Rn 10.

<sup>100</sup> BVerwG, U. v. 16.11.2010 – 1 C 17.09 – juris, Rn 28.

<sup>101</sup> BVerwG, U. v. 16.11.2010 – 1 C 21.09 – juris, Rn 12f.

<sup>102</sup> BVerwG, U. v. 16.11.2010 – 1 C 21.09 – juris, Rn 13.

<sup>103</sup> BVerwG, U. v. 16.11.2010 – 1 C 21.09 – juris, Rn 13.

wenn die AuslBeh die Verwirklichung des Ausweisungstatbestands trotz Kenntnis nicht zum Anlass für aufenthbeendende Maßnahmen genommen hat. „Ausweisungsgründe sind nicht unsterblich“<sup>104</sup>. Gleches gilt für das Ausweisungsinteresse nach neuem Recht. Hat die AuslBeh sie geprüft u. für unbeachtlich gehalten, ist sie daran auch bei Entscheidungen über Ert u. Verlängerung gebunden. Damit ist sie nicht gezwungen, auf ihre Berücksichtigung für immer zu verzichten. Sie muss nur jew nach Bekanntwerden entscheiden, ob sie aufenthbeendende Maßnahmen ergreifen will oder nicht, u. sie kann sich ggf auf eine Abmahnung oder Verwarnung beschränken u. damit die spätere Verwertbarkeit erhalten. Feste zeitliche Grenzen bestehen nicht, es kommt auf Art u. Gewicht des Ausweisungsinteresses an.

Die allg ErtVoraussetzungen des § 5 müssen idR erfüllt sein. Das Nichtbestehen eines Ausweisungsinteresses gehört zwar zu den grundlegenden Bedingungen für jede Zulassung zum Staatsgebiet, gerade weil hierfür aber die objektive Erfüllung eines Ausweisungstatbestands genügt, eröffnet das Ges für den Familiennachzug gemäß § 27 III 2 u. für humanitäre AufTit gemäß § 5 III, die Möglichkeit, von dem Hindernis des Bestehens eines Ausweisungsinteresses abzusehen. Damit wird verhindert, dass infolge einer abstrakten ges Bewertung die letztlich entscheidenden individuellen Verhältnisse unberücksichtigt bleiben, insb für familiäre Aufenth wird die notwendige Berücksichtigung der Bedeutung von Art 6 GG u. Art 8 EMRK im Einzelfall ermöglicht<sup>105</sup>.

Für **Nachzugsfälle**, die unter die **FamZuRL** fallen, ist zu beachten, dass das Ausweisungsinteresse die gemeinschaftsrechtl Anforderungen der Art 6 u. 17 FamZuRL genügen muss<sup>106</sup>. Art 6 I FamZuRL enthält eine Regelung, nach der die Mitgliedstaaten einen Antrag auf Einreise u. Aufenth eines Familienangeh aus Gründen der öffentl Ordnung, der öffentl Sicherheit oder öffentl Gesundheit ablehnen können. Abs 2 der Bestimmung sieht unter den gleichen Voraussetzungen die Möglichkeit der Mitgliedstaaten vor, den AufTit eines Familienangeh zu entziehen oder dessen Verlängerung abzulehnen. Bei dieser Bestimmung handelt es sich selbst nicht um eine Rechtsgrundlage, auf die eine Ablehnungsentscheidung gestützt werden kann, sondern um die Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen für eine im nat Recht des jew Mitgliedstaates enthaltene Ermächtigungsnorm. Insoweit ist aufgrund des Gesetzesvorbehalts das nat Recht bei der Entscheidung über die Ablehnung, die Entziehung oder Ablehnung der Verlängerung eines AufTit heranzuziehen u. zu beachten.

## 6. Interessen der Bundesrepublik Deutschland (Nr 3)

Die Beeinträchtigung sonstiger Interessen (Abs 1 Nr 3) ist nur außerhalb von Rechtsansprüchen schädlich. Das sind außerhalb des AufenthG zB Ansprüche aus § 12 III HAG oder Art 6 u. 7 ARB 1/80<sup>107</sup>.

Ein Anspruch liegt wie bei vergleichbaren Formulierungen im AufenthG nur bei einem strikten Rechtsanspruch auf Ert eines AufTit vor. Ein solcher Rechtsanspruch besteht nur dann, wenn alle zwingenden u. regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind u. die Beh kein Ermessen mehr auszuüben hat<sup>108</sup>. Ein **Regelanspruch ist ein Anspruch** iSd RegelertVoraussetzung, wenn kein atypischer Fall vorliegt<sup>109</sup>. Ansprüche aufgrund von Sollvorschriften stellen keinen ges Anspruch dar<sup>110</sup>, da es ihnen an einer abschließenden abstrakt-generellen, die Verwaltung bindenden Entscheidung des Gesetzgebers fehlt<sup>111</sup>.

<sup>104</sup> Pfaff, ZAR 2003, 308.

<sup>105</sup> Zur Anwendung beim Zuzug zu Dt vgl § 28 Rn 7.

<sup>106</sup> Zu Art 17 FamZuRL s. oben u. zum Ausweisungsschutz bei § 27.

<sup>107</sup> Zu Art 6 OVG NW, B. v. 3.6.1998 – 18 B 3137/96 – juris, Rn 15.

<sup>108</sup> BVerwG, U. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris, Rn 21; U. v. 16.11.2010 1 C 17.09 – juris, Rn 24; U. v. 10.12.2014 – 1 C 15/14 – juris, Rn 15.

<sup>109</sup> Ausdrücklich offengelassen BVerwG, U. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris, Rn 24.

<sup>110</sup> Vgl zu § 10 III BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 20.

<sup>111</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 21; U. v. 12.7.2016 – 1 C 23.15 – juris, Rn 21.

## 1 AufenthG § 5

Erster Teil. Aufenthaltsgesetz

Zwar ist die AuslBeh rechtl zwingend u. verpflichtet sie, grds so zu verfahren, wie es im Ges bestimmt ist. Im Regelfall bedeutet das „Soll“ also ein „Muss“. Dh, dass die Ert des AufTit nicht im Ermessen der AuslBeh steht, sondern dass er erteilt werden muss, wenn keine bes atypischen Umstände dafür sprechen, hiervon ausnahmsweise abzusehen<sup>112</sup>. Anders als bei einer Anspruchsnorm, bei der die tatbestandlichen Voraussetzungen sowohl positiv als auch negativ abschließend bestimmt sind, kann nur aufgrund einer wertenden Betrachtung aller Umstände des Einzelfalles beurteilt u. festgestellt werden, ob ein Ausnahmefall vorliegt; die möglichen Versagungsgründe sind hiernach gerade nicht in abschließender Weise durch den Gesetzgeber vollumfänglich ausformuliert<sup>113</sup>.

- 64 Ein Anspruch aufgrund einer Vorschrift, die der Beh ein Ermessen einräumt, genügt auch dann nicht, wenn das **Ermessen „auf Null“** reduziert ist, eine fehlerfreie Versagung also ausscheidet, die AuslBeh den AufTit also erteilen muss. Insofern besteht kein Unterschied zur gängigen Praxis unter den AuslG 1965 u. 1990. Das BVerwG hat diese Auslegung für die unterschiedlichen Formulierungen in §§ 9 I Nr 2, 11 I u. 28 III AuslG ausdrücklich bestätigt<sup>114</sup> u. auch auf die neue Rechtslage übertragen<sup>115</sup>. Aus der Entstehungsgeschichte des AufenthG ist nichts dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese allseits anerkannte Rechtslage ändern wollte<sup>116</sup>. Daher handelt es sich um keinen Rechtsanspruch, wenn einem Ausl ein AufTit nur deswegen zu erteilen ist, weil das der AuslBeh eingeräumte Ermessen „auf Null geschrumpft“ ist.
- 65 Unter **Interessen** der BR Deutschland sind alle wirtschaftl, gesellschaftl u. arbeitsmarktpolitischen sowie sonstige staatl oder öffentl – auch soziale u. kulturelle – Interessen zu verstehen, die durch den Aufenth von Ausl betroffen werden. § 5 I Nr 3 hat den zuvor geltenden Versagungsgrund des § 7 II Nr 3 AuslG1990 übernommen. Der schon in dieser Regelung enthaltene Begriff der „Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ war inhaltlich identisch mit dem in § 2 I 2 AuslG1965 normierten Begriff „Belange der Bundesrepublik“; auf die Generalklausel als Grds sollte weiterhin nicht verzichtet werden<sup>117</sup>. Der in § 2 I 2 AuslG1965 enthaltende Begriff „Belange“ wurde weit ausgelegt<sup>118</sup>. § 7 II Nr 3 AuslG1990 enthielt sogar – wie nunmehr auch § 5 I Nr 3 – insoweit eine strengere Regelung als § 2 I 2 AuslG1965, als schon eine Gefährdung der Interessen (bzw Belange) der BR Deutschland ausreichte; es war nicht mehr erforderlich, dass die Anwesenheit des Ausl Belange des Staates beeinträchtigte<sup>119</sup>. Dabei brauchte es sich nicht um Belange von „erheblichem“ Gewicht zu handeln wie bei dem (früheren) Ausweisungstatbestand des § 10 I Nr 11 AuslG 1965.
- 66 Die öffentl Interessen können formelhaft mit den Grundzielen des AufenthG umschrieben werden, wie sie in § 1 I zum Ausdruck gebracht sind. Nach dem Willen des Gesetzgebers<sup>120</sup> gehören zu den öffentl Interessen im Gegensatz zum AuslG1990 nicht mehr eine übergeordnete auslpolitische einseitige Grundentscheidung der Zuwanderungsbegrenzung. Stattdessen ist Ziel der Anwendung der auslr Instrumentarien eine flexible u. bedarfsorientierte Zuwanderungssteuerung. Dabei können je nach bestehender Zuwanderungs- u. Integrations situation sowohl Interessen der Zuwanderungsbegrenzung als auch der gezielten Zuwanderung bestimmter Zuwanderergruppen<sup>121</sup> im Vordergrund stehen. Um die notwendige Flexibilität zu erhalten, erfolgt mit der Regelung abgesehen von dem Interesse

<sup>112</sup> Offengelassen für § 25 V 2 BVerwG, B. v. 16.2.2012 – 1 B 22.11 – juris, Rn 4.

<sup>113</sup> BVerwG, U. v. 17.12.2015 – 1 C 31.14 – juris, Rn 21.

<sup>114</sup> BVerwG, U. v. 17.3.2004 – 1 C 11.03 – juris, Rn 12; U. v. 18.6.1996 – 1 C 17/95 – BVerwGE 101, 265.

<sup>115</sup> BVerwG, U. v. 10.12.2014 – 1 C 15.14 – juris, Rn 15.

<sup>116</sup> Vgl va BT-Drs 15/420 S. 70, so auch BVerwG, U. v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris zu § 10 III 3.

<sup>117</sup> Amtl Begr zum AuslG1990, BT-Drs 11/6321 S. 56.

<sup>118</sup> BVerwG, U. v. 27.9.1978 – 1 C 79.76 – BVerwGE 56, 246, 248; U. v. 30.1.1979 – 1 C 56.77 – BVerwGE 57, 252, 254.

<sup>119</sup> OVG BB, B. v. 11.12.2009 – OVG 11 N 48.08 – juris, Rn 7.

<sup>120</sup> Vgl Amtl Begr zum AufenthG, BT-Drs 15/420, zu § 5 S. 70.

<sup>121</sup> Etwa Hochqualifizierter iSd HQRLUmsG vgl BT-Drs 17/8682.

an Zuwanderungssteuerung, keine übergeordnete Festlegung. Der Begriff der Interessen der BR Deutschland umfasst hiernach unter Berücksichtigung dieser Neuorientierung der Auslpolitik in einem weiten Sinne sämtliche öffentl Interessen<sup>122</sup>. Gemeint sind nicht nur Interessen des Bundes, sondern auch solche der Länder u. Kommunen. In jedem Fall müssen diese Interessen so gewichtig sein, dass sie auch bei bloßer Gefährdung einen AufTit zwingend ausschließen<sup>123</sup>, soweit kein Rechtsanspruch besteht. In § 1 I ist nicht zuletzt durch den Begriff der „Aufnahmefähigkeit“ der grds Wille zur Aufrechterhaltung des Anwerbestopps betont. Es bleibt insofern abzuwarten, welche Entwicklungen sich an die erste Öffnung für eine qualifizierte Zuwanderung anschließen, u. ob die Interessen etwa durch ein Zuwanderungs- oder EinwanderungsG neu definiert werden.

Die Norm erfüllt eine **Auffangfunktion**, weshalb eine Eingrenzung ihres Anwendungsbereichs, sofern etwa Ausweisungsgründe aktuell nicht vorliegen, fernliegt<sup>124</sup>. Erforderlich ist eine Beeinträchtigung oder Gefährdung von Interessen, nicht aber, wie gemäß § 53 I für die Ausweisung, die Gefährdung erhebliche öffentl Interessen. Eine Gefährdung öffentl Interessen ist anzunehmen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Aufenth des betr Ausl im Bundesgebiet öffentl Interessen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit beeinträchtigen wird<sup>125</sup>. Auch insofern hat die AuslBeh unter Berücksichtigung des bisherigen Werdegangs des Ausl eine Prognoseentscheidung zu treffen.

Wie schon nach § 7 II Nr 3 AuslG1990 reicht bereits die **Gefährdung** aus. Die damit verbundene Ausweitung erfordert freilich eine Begrenzung dahin, dass nicht jede abstrakte Gefahr ausreicht, sondern im Einzelfall eine bevorstehende oder zumindest drohende Beeinträchtigung festgestellt werden muss. Da der Katalog der Ausweisungsinteressen gemäß § 54 bereits zahlreiche Interessenbereiche erschöpfend behandelt, kann der Anwendungsbereich von Abs 1 Nr 3 (neben Nr 2) nur gering sein. Dabei ist auch zu bedenken, dass mit dieser Bestimmung, anders als durch die Negativschanke des § 2 I AuslG 1965, kein absolutes Hindernis für einen AufTit errichtet ist, sondern nur für den Regelfall.

Zu den vorgehenden öffentl Interessen gehört zwar auch die Einhaltung von Verpflichtungen aus vr **Verträgen**, zumal diese im Zuge der europ Einigung u. weltweiter Zusammenarbeit auf dem Felde der Migration zunehmend an Bedeutung gewinnen. Dies ist bei Ausübung des Ermessens auch zu gewichten. Diese vr Verpflichtung ist aber nicht als so gewichtig anzusehen, dass sie der Anwendung von Ermessensbestimmungen idR zwingend entgegensteht.

Von der Zuwanderung von Studierwilligen u. Hochqualifizierten abgesehen, sprechen nach der Gesamtanlage des AufenthG weiterhin öffentl Interessen grds gegen die **Einwanderung** von Ausl außerhalb der EU-Staaten. Trotz erfolgter Einwanderung in der Vergangenheit u. trotz Erleichterungen für die AufVerfestigung, wie zuletzt durch das AufenthGÄndG 2015, bis hin zur Einbürgерung sowie entspr Verlautbarungen einzelner Repräsentanten<sup>126</sup>, versteht sich die BR nach der Gesetzeslage weiterhin nicht als Einwanderungsland<sup>127</sup>. Dieser Grds kann aber nicht Ausl entgegengehalten werden, die ges AufVerfestigungen in Anspruch nehmen<sup>128</sup>. Es liegt allerdings im öffentl Interesse, die Einhaltung der Einreise- u. AufVorschriften zu sichern u. dem Hineinwachsen in einen vom Ges nicht vorgesehenen Daueraufenth vorzubeugen<sup>129</sup>.

Zu den geschützten Interessen gehört das im AuffR niedergelegte öffentl Interesse an einer geregelten Zuwanderung; es steht demnach der Err eines AufTit für einen vorübergehenden Aufenth entgegen, wenn begründete Zweifel an der **Möglichkeit oder Bereit-**

<sup>122</sup> OVG BB, B. v. 11.12.2009 – OVG 11 N 48.08 – juris, Rn 7 mwN.

<sup>123</sup> Näher Reinher, AiD Rn 5/497–516.

<sup>124</sup> OVG BB, B. v. 11.12.2009 – OVG 11 N 48.08 – juris, Rn 7.

<sup>125</sup> OVG BB, B. v. 11.12.2009 – OVG 11 N 48.08 – juris, Rn 8.

<sup>126</sup> Vgl nur Merkel: „Deutschland ist ein Einwanderungsland“, FAZ-Net v. 26.7.2015.

<sup>127</sup> Vgl § 1.

<sup>128</sup> Vgl HessVGH, B. v. 12.8.1991 – 12 UE 3862/87 – EZAR 025 Nr 1; OVG SH, B. v. 26.7.1991 – 4 M 98/91 – InfAuslR 1992, 132.

<sup>129</sup> Ähnlich Hailbronner, § 5 AufenthG Rn 37.

## 1 AufenthG § 5

Erster Teil. Aufenthaltsgesetz

**schaft zur Rückkehr in den Heimatstaat** nach dem Ablauf des befristeten rechtmäßigen Aufenth bestehen oder die erforderliche Rückkehrberechtigung fehlt<sup>130</sup>. Dies gilt nicht nur für die Ert eines Visums<sup>131</sup>, sondern für die Gewährung aller lediglich für einen vorübergehenden Aufenth bestimmt AufTit<sup>132</sup>.

- 72 An der Möglichkeit u. der Bereitschaft des Ausl zur **Rückkehr** nach Beendigung eines befristeten Aufenth besteht ein erhebliches öffentl Interesse, weil sonst die ges Ziele der Steuerung u. Begrenzung nicht zu erreichen sind. Daher sprechen begründete Zweifel am Rückkehrwillen oder der Rückkehrfähigkeit von vornherein gegen einen AufTit<sup>133</sup>. Bes im Visumverf nimmt dieses Kriterium eine wichtige Rolle ein<sup>134</sup>. Auch insoweit ist der Ausl darlegungspflichtig (§ 82 I)<sup>135</sup> u. hat die seine Rückkehrbereitschaft u. -fähigkeit stützenden Tatsachen schlüssig vorzutragen u. erforderlichenfalls durch geeignete Unterlagen zu belegen<sup>136</sup>. Für ihn streitet nicht der Grds „in dubio pro libertate“, weil eine allg Einreisefreiheit nicht gewährleistet ist, sondern nur die Zulassung zum Staatsgebiet nach den einschlägigen innerstaatl Regeln. Andere Grds gelten auch nicht aufgrund des Schengen-Normenbestands, insb des SDÜ u. des Visakodex.
- 73 Auch die Inanspruchnahme von **Rückkehrhilfe** begründet ein öffentl Interesse an der Verhinderung eines erneuten Daueraufenth<sup>137</sup>. Unvorhergesehene Umstände können allerdings eine Ausnahme rechtfertigen, wenn sie – etwa mit Blick auf Art 6 I GG – einen erneuten Aufenth im Bundesgebiet erfordern.
- 74 **Entwicklungshilfepolitik** war früher im Rahmen des Ermessens ein maßgeblicher Aspekt<sup>138</sup>. Angesichts des weltweiten „Wettbewerbs um die besten Köpfe“<sup>139</sup> haben Bedenken gegen einen „Brain Drain“ zugunsten der westlichen Industriestaaten allmählich an Gewicht verloren. Entwicklungshilfebelange verlangten schon früher bei Studenten nicht unabdingbar die Rückkehr nach Abschluss der Ausbildung. Die Einhaltung entwicklungs- u. bildungspolitischer Ziele bildete keinen Belang iSd § 2 I AuslG 1965 u. begründet daher ebenso wenig ein öffentl Interesse iSd Abs 1 Nr 3. Zudem greifen jetzt die zweckspezifischen Regeln der §§ 16 V u. 16b III, 17 III, 17a IV, 18a – 18c, 19, 19a, 20 VII, 21 ein, die den Verbleib eines erfolgreichen Absolventen einer Ausbildung in Deutschland ungeachtet der StAng u. Herkunft zum Zwecke der Erwerbstätigkeit gerade erleichtern sollen.
- 75 Öffentl Interessen können beeinträchtigt oder gefährdet sein, wenn die **öffentl Gesundheit** berührt ist. Dafür genügt die Feststellung oder der begründete Verdacht einer meldepflichtigen übertragbaren Krankheit (§§ 6, 7 InfektionsschutzG [IfSG]), eines Ausscheiders oder Ansteckungsverdächtigen iSd § 2 Nr 6 u. 7 IfSG. Bei einem begründeten Verdacht kann die Vorlage eines Gesundheitszeugnisses verlangt werden. Eine HIV-Infektion gehört lediglich zu den anonym gemäß § 7 III Nr 2 IfSG meldepflichtigen Krankheiten, insofern ist auch zweifelhaft, ob die öffentl Gesundheit gefährdet ist, wenn Vorsorge gegen eine Übertragung getroffen wird<sup>140</sup>. IÜ können HIV-Infektion u. AIDS-Erkrankung ein tatsächl dauerhaftes Abschiebungshindernis iSv § 25 V begründen<sup>141</sup>. Bei der Ert einer AE nach dieser Vorschrift kann wiederum gemäß § 5 III 2 von den RegelertVoraussetzungen abge-

<sup>130</sup> NdsOVG, U. v. 28.6.2012 – 11 LB 301/11 – juris Rn 47 unter Hinw auf OVG BB, B. v. 14.9.2007 – 2 N 38.07 – juris Rn 5 ff.

<sup>131</sup> Vgl Art 32 Ib Visakodex (VO (EG) Nr 810/2009) v. 13.7.2009, ABl. 243/1.

<sup>132</sup> NdsOVG, U. v. 28.6.2012 – 11 LB 301/11 – juris, Rn 47.

<sup>133</sup> Haibronner, § 5 AufenthG Rn 36 mwN.

<sup>134</sup> Teipel, ZAR 1995, 162 mwN; näher § 6.

<sup>135</sup> § 82 Rn 8.

<sup>136</sup> Vgl dazu Art 14 Id Visakodex (VO (EG) Nr 810/2009) v. 13.7.2009, ABl. L 243/1.

<sup>137</sup> Zum früheren Recht OVG RP, B. v. 26.2.1991 – 13 B 10 161/91 – NVwZ-RR 1991, 430; BVerwG, B. v. 30.1.1986 – 1 A 80.85 – juris, Rn 4.

<sup>138</sup> Zum früheren Recht BVerwG, U. v. 4.10.1988 – 1 C 1.88 – juris, Rn 22, 37 – EZAR 104 Nr 11; VGH BW, U. v. 8.3.1989 – 11 S 3112/88 – EZAR 100 Nr 25.

<sup>139</sup> Bericht der Unabhängigen Kommission „Zuwanderung“ Zuwanderung gestalten Integration fördern v. 4.7.2001 (Zuwanderungsbericht), S. 26.

<sup>140</sup> Vgl zur Ausweisung BayVGH, B. v. 19.5.1989 – 10 CS 89.1202 – EZAR 124 Nr 10.

<sup>141</sup> Vgl zB VG Würzburg, U. v. 17.1.2011 – W 7 K 10.425 – juris.