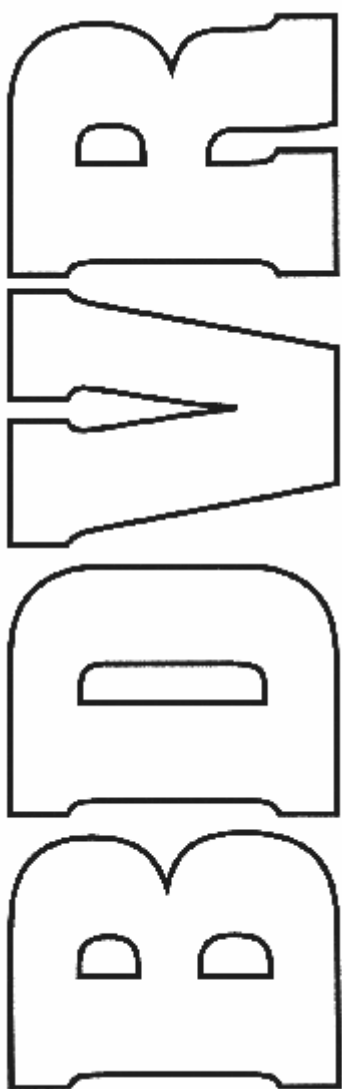


# BDVR

# Rundschreiben



## Inhalt

## Seite

Impressum.....	2
<b>Aus dem BDVR</b>	
Bericht aus dem Vorstand .....	3
<b>Verwaltungsgerichtstag</b>	
Fortbildungstagung in Berlin .....	4
<b>Aus den Landesverbänden</b>	
Bayern: Leserbrief an die Bayerische Staatszeitung .....	5
Berlin: Fusion der Fachobergerichte Berlins und Brandenburgs .....	5
Brandenburg: Neuwahl des Vorstandes .....	6
Bremen: Gedankensplitter zur Justizreformdiskussion .....	7
Mecklenburg-Vorpommern: „Rechtsanwälte und Verwaltungsrichter - ein unverbesserliches Verhältnis?“ .....	11
<b>Personalia</b>	
Neuer Präsident des Verwaltungsgerichts Kassel .....	14
Neuer Präsident des Verwaltungsgerichts Cottbus .....	14
Neuer Präsident des Verwaltungsgerichts Würzburg .....	15
Präsident des Verwaltungsgerichts Dessau tritt in den Ruhestand.....	15
<b>Gastbeitrag</b>	
Neuerungen im Ausländerrecht nach dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes (1. Teil) .....	16
<b>Justiz</b>	
Ehrenamtliche Richter und Verwaltungsgerichtsbarkeit - ein „Auslaufmodell“? .....	35
Ehrenamtliche Richter in der Sozialgerichtsbarkeit .....	38
Schöffen und Schöffinnen in der Strafgerichtsbarkeit .....	41
<b>Mediation</b>	
Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit .....	44
<b>Aus der Presse</b>	
Grenze für Richterhaftung .....	46

Herausgeber:

Bund Deutscher Verwaltungsrichter  
und Verwaltungsrichterinnen

Deutscher  
Verwaltungsgerichtstag e.V.  
Münster

**1 und 2**

**Januar  
Februar  
März  
April**

**2005**  
37. Jahrgang

# Impressum

## Herausgeber

Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen (BDVR)

Deutscher Verwaltungsgerichtstag e.V.

Vorsitzender:

ROVG Hans-Jörg Liebenroth-Leden

Aegidiikirchplatz 5

D 48143 Münster

## Namentlich gekennzeichnete Beiträge

stellen die Meinung der Autoren dar. Die Redaktion behält sich die Kürzung von Beiträgen vor. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen.

Die nächste Redaktionssitzung findet am 26. April 2005 statt.

## Internet und E-Mail

HomePage des BDVR: [www.bdvr.de](http://www.bdvr.de)

HomePage des Verwaltungsgerichtstags:

[www.verwaltungsgerichtstag.de](http://www.verwaltungsgerichtstag.de)

Anfragen und Anmeldungen zur E-MailListe für Mitglieder des BDVR per E-Mail an: [michel@bdvr.de](mailto:michel@bdvr.de)

Webmaster: Thomas Michel

## Verantwortliche Redakteure

Rainer P. Eckert, Patricia Evers, Rainer Hepp,

Adelheid Rabas-Bamberger, Harald Walther

## Manuskripte und Zuschriften

werden erbeten an:

VRVG Rainer Hepp

Verwaltungsgericht Darmstadt

Havelstraße 7

D 64295 Darmstadt

Postfach 11 14 50

D 64229 Darmstadt

Telefon: 0 61 51 / 12 58 99

Telefax: 0 61 51 / 12 60 49

[R.Hepp@VG-Darmstadt.Justiz.Hessen.de](mailto:R.Hepp@VG-Darmstadt.Justiz.Hessen.de)

Es wird gebeten, die Manuskripte im Format „Word-Text“ zu übersenden.

## Anzeigen-Preisliste

Zur Zeit gilt Anzeigen-Preisliste Nr. 4

## Sitz der Redaktion

Darmstadt

## Werbeanzeigen

werden erbeten an:

RVG Harald Walther

Verwaltungsgericht Wiesbaden

Mühlgasse 2

D 65183 Wiesbaden

Telefon: 06 11 / 32 - 31 25

Telefax: 06 11 / 32 - 31 11

[H.Walther@VG-Wiesbaden.Justiz.Hessen.de](mailto:H.Walther@VG-Wiesbaden.Justiz.Hessen.de)

## Bestellungen und Adressänderungen

werden erbeten an:

RinVG Adelheid Rabas-Bamberger

Verwaltungsgericht Darmstadt

Havelstraße 7

D 64295 Darmstadt

Postfach 11 14 50

D 64229 Darmstadt

Telefon: 0 61 51 / 12 64 74

Telefax: 0 61 51 / 12 60 49

[A.Rabas-Bamberger@VG-Darmstadt.Justiz.Hessen.de](mailto:A.Rabas-Bamberger@VG-Darmstadt.Justiz.Hessen.de)

## Satz, Layout und Druck

Reichert-Druck + Verlag

Quellenstraße 24

D 65321 Heidenrod-Mappershain

Das BDVR-Rundschreiben wird auf chlorfrei gebleichtem Papier gedruckt.

## Bericht aus dem Vorstand

Die neugewählten Vorstände des BDVR und des eingetragenen Vereins Deutscher Verwaltungsgerichtstag traten am 31. Januar und 1. Februar 2005 zu ihren konstituierenden Sitzungen in Freiburg im Breisgau zusammen. Der scheidende Vorsitzende Hans-Jörg Lieberoth-Leden (Münster / Mettmann) zog ein Resümee aus seiner mehrjährigen Tätigkeit, bekannte sich zu seiner Reformorientierung in der Rechtspolitik und gab den Vorstandsmitgliedern Ratschläge und Empfehlungen mit auf den Weg. Der neue Vorsitzende Dr. Christoph Heydemann (Berlin) dankte seinem Vorgänger für die erfolgreiche und aufopferungsvolle Tätigkeit und überreichte ihm, in Kenntnis seiner Vorlieben für die Lektüre von Biographien und für Reisen nach Frankreich, als Geschenk das zweibändige Werk über die Jugend und die Vollendung des Königs Henri Quatre aus der Feder Heinrich

Manns. Im Folgenden erwog der Vorstand eine Neuordnung der internen Aufgabenverteilung und legte einzelne Wahrnehmungszuständigkeiten fest. Die anschließende Planung für das Jahr 2005 war vornehmlich von der „Großen Justizreform“ bestimmt, die auf der Justizministerkonferenz am 29. und 30. Juni 2005 beschlossen werden soll. Der Vorstand wird das Thema in den Mittelpunkt seiner nächsten Sitzung am 11. und 12. April 2005 in Weimar rücken. Der Vorsitzende legte dar, mit welchen Persönlichkeiten aus dem politischen und ministeriellen Raum er erste Kontakte geknüpft habe oder noch knüpfen wolle. Der Vorstand erörterte Möglichkeiten einer Intensivierung der Zusammenarbeit mit den dem BDVR angehörenden Verwaltungsrichtervereinen und diskutierte über die Beziehungen zu anderen Vereinigungen, insbesondere zu weiteren Richterverbänden. Nach

Besprechung weiterer Tagesordnungspunkte informierte der Vorsitzende über den Stand der Vorbereitungen für die Fortbildungsveranstaltung am 21. und 22. April 2005. Eingerahmt war die Vorstandssitzung von Begegnungen mit dem gastgebenden Präsidenten des VG Freiburg, Herrn Michaelis nebst dem Sprengelvorsitzenden, Herrn Haller, und weiteren Freiburger Kolleginnen und Kollegen. Das „Konzerthaus“, ein neuer Mehrzweckbau, wurde besichtigt und einhellig als ansprechend wie auch geeignet befunden, Ort des Verwaltungsrichtertages 2010 zu sein. Der Vorstand besprach mit dem Freiburger „Ortsausschuss in Gründung“ das weitere Vorgehen; zunächst seien in Verhandlungen günstige Hallenmietkonditionen zu erzielen.

## Bundesfinanzhof und Bundesverwaltungsgericht eröffnen elektronischen Rechtsverkehr

Pressemitteilung des Bundesverwaltungsgerichts vom 3.12.2004

Ab sofort können bei dem Bundesfinanzhof und dem Bundesverwaltungsgericht rechtswirksam elektronische Dokumente eingereicht werden - schnell - sicher und zuverlässig. Verfahrensbeteiligte können Schriftsätze, Beweismittel und sonstige Dokumente über eine gesicherte Verbindung verschlüsselt direkt in ein elektronisches Postfach des Empfängergerichts einlegen; für den elektronischen Empfang von Dokumenten können sie sich selbst ein eigenes Postfach einrichten.

Bundesverwaltungsgericht und Bundesfinanzhof haben für den elektronischen Rechtsverkehr zusammen mit dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik in Abstimmung mit einem parallelen Pilotprojekt des Landes Nordrhein-Westfalen die Software „Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach“

(EGVP) konzipiert. Das „Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach“ nutzt die Basiskomponente Datensicherheit (virtuelle Poststelle) der eGovernment-Initiative Bund-Online 2005. Mit dem EGVP können elektronische Dokumente schnell und zuverlässig zwischen den Verfahrensbeteiligten (Bürgerinnen und Bürger, Rechtsanwälte, Steuerberater, Behörden) und den Gerichten über ein „elektronisches Postfach“ ausgetauscht werden.

Für die Nutzung des Postfaches muss das „Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach“ nur einmal auf dem Rechner installiert werden. Für qualifiziert zu signierende Schriftsätze wird dann nur noch eine Signaturkarte benötigt; mit dieser Signaturkarte wird die Authentizität des „unterschreibenden“ Absenders sichergestellt. Die Nutzer erhalten

nach einer elektronischen Übermittlung sofort eine signierte, elektronische Eingangsbestätigung des Gerichts. Das EGVP unterstützt viele Dateiformate und alle gängigen Signaturkarten.

Die Software für das „Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach“ kann lizenzkostenfrei mit allen Zusatzprogrammen über die Internetseiten des Bundesfinanzhofes und des Bundesverwaltungsgerichts oder direkt über den gemeinsamen Internetauftritt herunter geladen werden. Hier finden sich auch weitere Informationen u.a. zu den rechtlichen und technischen Einzelheiten des elektronischen Rechtsverkehrs sowie eine eingehende Beschreibung des EGVP.

# Verwaltungsgerichtstage V

## Fortbildungstagung in Berlin zum Thema: Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wettbewerb

Der Verein Deutscher Verwaltungsgerichtstag lädt ein zu einer Fortbildungstagung in Berlin zum Thema

### Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wettbewerb

Donnerstag, 21. April 2005

14:00 Uhr Bürgermeisterin und Senatorin für Justiz Karin Schubert:

Grußwort mit Anmerkungen zur Großen Justizreform

14:10 Uhr Privatdozent Dr. habil. Utz Schliesky, Erster Beigeordneter des Deutschen Landkreistages:

Referat: Die Verdrängung der Verwaltungsgerichtsbarkeit aus dem Verwaltungsrecht, dargestellt am Beispiel des öffentlichen Wirtschaftsrechts und des Kommunalrechts

16:00 Uhr Monika Nöhre, Präsidentin des Kammergerichts:

Referat: Verwaltungsgerichte und ordentliche Gerichte - Konkurrenten oder Partner?

18:00 Uhr Rechtsanwalt Prof. Dr. Wolfgang Ewer, Vizepräsident des Deutschen Anwaltvereins:

Referat: Kundenorientierung statt Esoterik - Anmerkungen zur Qualitätsdebatte der Verwaltungsgerichtsbarkeit

anschließend gemeinsames Essen im Restaurant (fakultativ).

Hinweis:

Mehrere der Staatlichen Museen zu Berlin sind donnerstags bis 22 Uhr geöffnet ([www.smb.museum](http://www.smb.museum)).

Freitag, 22. April 2005

9:00 Uhr Prof. Dr. Ulrich Ramsauer, Universität und VG Hamburg:

Referat: Die Rechtschutzstandards der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Prüfstand (Entsprechen Kammerprinzip, Untersuchungsgrundsatz, Instanzenzug sowie die Prüfungs- und Begründungskultur der Verwaltungsgerichte noch den Erfordernissen der Zeit?)

11:00 Uhr Jürgen Kipp, Präsident des OVG Berlin:

Referat: Welches Maß an Kundenorientierung können und sollten die Verwaltungsgerichte bieten?

14:00 Uhr Bundespräsidialamt:

Besuch und Einführung insbesondere in die Gesetzesprüfung (Gastgeber: ein Vertreter des Referats Verfassung und Recht)

Ende gegen 15:30 Uhr.

Die Tagung richtet sich an Mitglieder jeglichen Alters der Verwaltungsrichtervereine im BDVR / Deutscher Verwaltungsgerichtstag. Sie findet statt im Oberverwaltungsgericht Berlin (ehemaliges Bundesverwaltungsgericht) in der Hardenbergstraße 31 in Berlin, neben dem Bahnhof Zoo. Die Referate sollen nicht länger als 45 Minuten dauern, so dass für Diskussionen ausreichend Zeit zur Verfügung steht. Für Kaffeepausen wird gesorgt. Die Teilnehmerzahl ist auf 40 Personen begrenzt. Bei einer höheren Zahl von Anmeldungen werden die Plätze auf Teilnehmer aus möglichst vielen Gerichten verteilt. Die Absage der Tagung bei zu geringer Nachfrage und Programmänderungen bleiben vorbehalten.

Für die Fortbildungstagung selbst

und für den Besuch des Bundespräsidialamts wird kein Beitrag erhoben. Für das Abendessen und die Unterkunft müssten Sie selbst aufkommen. Es sind Zimmer im Vier-Sterne-Hotel Excelsior, Hardenbergstraße 14, 10623 Berlin, Telefon 030/3155-22, reserviert zum Vorzugspreis von 84.- Euro pro Nacht im Einzelzimmer, 107.- Euro im Doppelzimmer.

**Anmeldungen bis zum 30. März 2005** werden schriftlich erbeten an den Deutschen Verwaltungsgerichtstag e.V., z.Hd. Dr. Christoph Heydemann, Kirchstraße 7, 10557 Berlin (Email: [vorsitzender@bdvr.de](mailto:vorsitzender@bdvr.de)). Die Anmeldung soll die Heimatanschrift und das „Herkunftsgericht“ sowie möglichst eine Email-Adresse bzw. Fax-Nummer enthalten. Die Anmeldung ist für die Tagung verbindlich. Geben Sie bitte an, ob und für welche Nächte für Sie im genannten Hotel ein Einzelzimmer / Doppelzimmer verbindlich reserviert werden soll. Teilen Sie bitte weiter mit, ob Sie voraussichtlich am Abendessen am Donnerstag teilnehmen werden. Gleiches gilt für den Besuch des Bundespräsidialamts (wenn Sie daran teilnehmen wollen, geben Sie bitte Ihr Geburtsdatum in der Anmeldung an und denken an die Mitnahme eines Personalausweises).

*Dr. Christoph Heydemann*

Bayern

## Leserbrief des Vorsitzenden des Bayerischen Landesverbands A Graf v. Pappenheim an die Bayerische Staatszeitung

Auf der Titelseite der Bayerischen Staatszeitung vom 28. Januar 2005 fordert der Bayerische Finanzminister Falthäuser im Zuge der derzeit ins Auge gefassten sog. Großen Justizreform eine „Anwesenheitspflicht für Richter“. Vergleichend zieht er die Amtsausübung hoher Ministerialbeamter heran.

Der Beitrag fordert in mehrfacher Hinsicht Widerspruch heraus. Der – nicht unpolemische – Vergleich suggeriert ein Zerrbild der richterlichen Tätigkeit, das mit dem Arbeitsalltag in deutschen Gerichtsstuben nichts zu tun hat. Die Gerichte sind, was selbst der Verfasser des Beitrags einräumen muss, stark überlastet. Vor diesem Hintergrund frönen die Richter im Schutz fehlender Dienst- bzw. Präsenzzeiten keineswegs dem „dolce far niente“! Um das vorgegebene Arbeitspensum zu erledigen, ist oft langes „Nachsitzen“ im Büro und bei Ortsterminen oder Arbeit an Wo-

chenenden gefragt. Häufig müssen im Interesse effektiven Rechtsschutzes gerichtliche Entscheidungen auch an Wochenenden und Feiertagen unter erschwerten Umständen getroffen werden. Die Einführung – und dann auch Einhaltung? – fester Arbeitszeiten wäre in der Sache deshalb eher kontraproduktiv. Insofern ist es nicht ganz nachvollziehbar, wenn eine solche Forderung gerade von einem Länderfinanzminister kommt.

Die Bürgerinnen und Bürger erwarten von den Gerichten ausgewogene, durchdachte und nachvollziehbar begründete Entscheidungen, die geeignet sind, den Rechtsfrieden zu bewahren und Rechtssicherheit zu garantieren, und dies, womöglich in mehreren Instanzen, selbstverständlich auch am Abend, an Wochenenden und Feiertagen rund um die Uhr. Die vorhandene Organisationsform der rechtsprechenden Gewalt stellt

dies sicher. Dies gilt es zu verteidigen, nicht aber durch Aktionismus zu gefährden! Wer der Richterschaft mit populistischen Behauptungen eine von Dienstzeiten diktierte, an den Schreibtisch gefesselte Amtsausübung verordnen will, versucht, Beamte gegen Richter auszuspielen. Er riskiert, dass dort, wo bisher mit hohem Ethos und großem Einsatz hochqualifizierte Arbeit geleistet wird, Aufgaben künftig mit dem Schielen auf die Stechuhr erfüllt werden.

Sollen solche Richter ernsthaft das Ziel einer Großen Justizreform sein? Von dem Bild des aus guten Gründen persönlich und sachlich unabhängigen Richters, das sich die Väter des Grundgesetzes gemacht haben, ist eine derart „verbeamtete“ Richterschaft allemal meilenweit entfernt!

Berlin

## Fusion der Fachbergerichte Berlins und Brandenburgs

von VPräsVG Dr. Hans-Peter Rueß, Berliner Landesvorsitzender

Im BDVR-Rundschreiben 05/2004 hatte ich über die Situation der Berliner Verwaltungsgerichtsbarkeit nach der räumlichen Trennung von Verwaltungs- und Oberverwaltungsgericht und der Ratifizierung des Staatsvertrags über die Errichtung gemeinsamer Fachobergerichte der Länder Berlin und Brandenburg berichtet. Nunmehr befinden wir uns in der Phase der Umsetzung des Staatsvertrags, der den Fusionszeitpunkt für die Oberverwaltungs- und Landessozialgerichte auf den 1. Juli 2005 und für die Finanz- und Landesarbeitsgerichte auf den 1. Januar 2007 festsetzt. Die sich hierbei für die Oberverwaltungsgerichte stellenden logistischen Probleme (Umgang des OVG Frankfurt/Oder nach Berlin, Schaffung einer personellen

und sächlichen Infrastruktur, Geschäftsverteilung im künftigen Fusionsgericht) erscheinen dabei eher zweitrangig; Platz genug gibt es im ehemaligen Dienstgebäude des Bundesverwaltungsgerichts (davor des Preußischen Oberverwaltungsgerichts), nichtrichterliche Mitarbeiter könnten vom Landessozialgericht Berlin übernommen werden, und Sorgen um das Funktionieren der richterlichen Selbstverwaltung muss man sich auch nicht machen.

Kopfschmerzen bereitet aber Art. 9 Abs. 2 des Staatsvertrags. Dieser schreibt vor, dass zur Wahrung der Chancengleichheit zwischen den Berliner und Brandenburgischen Richtern nach Errichtung des gemeinsamen Fachobergerichts die Richter des jeweiligen Gerichtszweiges in

beiden Ländern neu beurteilt werden, wobei der Fachobergerichtspräsident durch Überbeurteilung der an den erstinstanzlichen Gerichten tätigen Richtern einen einheitlichen Beurteilungsmaßstab gewährleistet, sofern er diese nicht selbst beurteilt. Der zuständige Senator und der zuständige Minister sollen bis spätestens zur Errichtung eines gemeinsamen Fachobergerichts übereinstimmende Beurteilungsrichtlinien für den jeweiligen Gerichtszweig erlassen; falls dies nicht gelingt, erlässt sie der Fachobergerichtspräsident umgehend nach Errichtung des Gerichts im Einvernehmen mit dem zuständigen Senator und Minister. Die Ausgangslage stellt sich dabei wie folgt dar: In Brandenburg gelten noch aus Nordrhein-

Westfalen übernommene Beurteilungsrichtlinien von 1975; Versuche einer Neufassung sind offenbar am Widerstand der Richtervertretungen gescheitert. In Berlin sollen die Beurteilungsrichtlinien von 1994 im Zuge des Projekts Justizreform ([www.berlin.de/SenJust/Aktuelles/Justizreform/index.html](http://www.berlin.de/SenJust/Aktuelles/Justizreform/index.html)) von Grund auf neu gefasst werden. Der hierzu von einer Arbeitsgruppe erstellte Diskussionsentwurf, nachzulesen auf der soeben genannten Internetseite, ist in die Gespräche zwischen Berlin und Brandenburg eingebracht worden. Als schwierig erweist sich dabei, dass Berlin aus Gründen der Vergleichbarkeit der Beurteilungen *aller* Richter (mit dem Ziel, eine verstärkte Durchlässigkeit zwischen den Gerichtszweigen und Flexibilität der Richter zu erreichen) Richtlinien anstrebt, die für die *gesamte* Berliner Justiz gültig sind, was schon dort erheblichen Abstimmungsbedarf verursacht, während in Brandenburg eine diesbezügliche Diskussion - vor allem in der das Gros der Richter bildenden ordentlichen Gerichtsbarkeit - noch nicht einmal begonnen hat. Weiterhin sind Beurteilungsrichtlinien nach dem Brandenburger Richtergesetz mitbestimmungspflichtig. Ob angesichts dieser Sachlage bis

zum 1. Juli 2005 gemeinsame Beurteilungsrichtlinien zustande kommen werden, erscheint - optimistisch gesehen - offen. Wenn sie am 1. Juli 2005 vorliegen bzw. vom Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts erlassen werden, beginnt die eigentliche Arbeit erst. Es werden dann alle 200 Richterinnen und Richter der ersten Instanz zu beurteilen und überzubeurteilen sein. Welche Kapazität den damit befassten Richtern dann noch für die Rechtsprechungsaufgabe verbleibt, liegt auf der Hand.

In einer gemeinsamen Richterversammlung am 17. Januar 2005 haben sich die Verwaltungsrichtervereine Berlins und Brandenburgs mit dem Thema Gerichtsfusion befasst, nachdem die Berliner den Brandenburger Vorsitzenden Andreas Knuth zu seiner Ernennung zum Präsidenten des Verwaltungsgericht Cottbus beglückwünscht hatten. In der Veranstaltung wurden vor allem die Grundzüge des Berliner Diskussionsentwurfs der Beurteilungsrichtlinien diskutiert, die sich wie folgt zusammenfassen lassen: Veränderung der Notenskala (10 Notenstufen), Beurteilung der einzelnen Beurteilungsmerkmale auf einer Skala von 6 Ausprägungsgraden verbunden mit einer textlichen Begründung und Einfüh-

rung einer 25%-Quote für die oberen Notenstufen (5 % für Notenstufe 10, 20 % für die Notenstufen 7-9). Auf Kritik stieß vor allem die Quotierungsregelung. Diese werde den Verhältnissen der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht gerecht, da dort in aller Regel nur Richter eingesetzt würden, die im Spektrum aller besonders leistungsfähig seien.

Die beiden Richterverbände werden den Fusionsprozess aufmerksam und kritisch begleiten und an dieser Stelle weiter berichten.

Jahren beklagten Schwachstellen aufgreife, zu formulieren und umzusetzen. Von den umfangreichen Reformvorschlägen ging Frau Heister-

## Brandenburg

### Neuwahlen in Brandenburg

Die am 18. November 2004 in Potsdam durchgeführte Neuwahl des Vorstandes der Vereinigung der Verwaltungsrichterninnen und Verwaltungsrichter des Landes Brandenburg brachte folgende Ergebnisse:

Vorsitzender:

Andreas Knuth,  
seinerzeit Vizepräsident  
des VG Frankfurt (Oder)

Stellvertreter:

Kurt F. Hohndorf,  
Vizepräsident des VG Potsdam

Mitglieder:

Richterin am VG  
Dr. Gudrun Achenbach,  
VG Potsdam

Richter am VG  
Dr. Andreas Koch,  
VG Cottbus und

Richterin am OVG  
Claudia von Lampe,  
OVG für das Land Brandenburg

Wenn allseits über Reformen diskutiert wird, kann die Justiz nicht aus-

Bremen

## Cedankensplitter zur Justizreformdiskussion

von Ingo Kramer, Bremen, Stellvertretender Vorsitzender des Deutschen Verwaltungsrichtstag e. V.

gespart werden. Auch hier muss reformiert werden, sagt die Politik. Dabei hält man sich am besten nicht mit kleinen Schritten auf. Wenn schon Reform, dann bitte gleich die „Große Justizreform“. Deren Eckpunkte hat die Justizministerkonferenz am 25.11.2004 in Berlin festgelegt (abgedruckt im BDVR-Rundschreiben 06/2004, S. 202 ff.).

Reform ist derzeit „in“, sozusagen ein Trendbegriff. Ich werde den Verdacht aber nicht los, dass unter dieser Überschrift alles platziert werden kann, was irgendwie eine Veränderung des gerade bestehenden Zustands bewirken soll. Eine Reform einer früheren Reform liegt schon vor, wenn zum alten Zustand zurückgegangen wird. Die Verkürzung der Wochenarbeitszeit von 40 auf 38,5 Stunden war eine Arbeitszeitreform. Die Rückkehr von 38,5 auf 40 Stunden ist ebenfalls eine Arbeitszeitreform. Was bedeutet dann eigentlich Reform? Vorsichtshalber habe ich im Duden nachgeschaut. Das Wort kommt aus dem Lateinischen und bedeutet: *Umgestaltung; Verbesserung des Bestehenden; Neuordnung*. Umgestaltung und Neuordnung kann bei vielen sogenannten Reformvorhaben konzediert werden. Aber Verbesserung des Bestehenden? Da kommt doch mancher Reformadressat ins Grübeln.

Das Bestehende ist zu verbessern, wenn es nicht oder nur unbefriedigend funktioniert. Funktioniert die Justiz in Deutschland nicht? Hat unser in Jahrzehnten gewachsenes Gerichtswesen wirklich solche Mängel, dass es umgekrempt werden muss? Gibt es etwa deswegen einen Ansehensverlust der Richterschaft? Ich wage die Behauptung, dass die Politiker froh wären, wenn sie nur annähernd die gesellschaftliche Akzeptanz hätten, über die Richter in Deutschland generell verfügen. Die Akribie, mit der in Deutschland Recht gesprochen wird, ist nicht unbedingt als Standortnachteil zu erkennen. Und der qualitative Standard kann auch nicht so schlecht sein. Denn seit vielen Jahren haben die Justizverwaltungen die ange-

nehme Aufgabe, nur die allerbesten Bewerber aus dem reichlichen juristischen Personalangebot auswählen zu können. Wer diesen Ausleseprozess erfolgreich durchgestanden hat, wird mit Aushändigung der Ernennungsurkunde als Richter kein Trottel. Das Auswahlverfahren spricht vielmehr dafür, dass in den Gerichten fast ausschließlich hoch qualifizierte Juristen sitzen, die ihr Handwerk verstehen und auch den nötigen Blick für technische Innovationen und gesellschaftliche Realitäten haben. Außerdem: in vielen Staaten der ehemaligen Sowjetunion bzw. des früheren Ostblocks und auch anderswo wird das deutsche Gerichtswesen studiert und nach Möglichkeit angewandt. Die deutsche Justiz ist ein Exportschlager! Und im Inland soll sie nicht mehr richtig taugen?

Wenn man den Gründen für die jetzige Justizreformdebatte nachgeht, wird schnell klar, was der eigentliche Auslöser auf politischer Ebene ist. Hören wir der Justizministerkonferenz (Beschluss vom 25.11.2004) zu:

*„Dem verfassungsmäßigen Auftrag der Dritten Gewalt im Staate kann nur eine unabhängige und leistungsstarke Justiz gerecht werden. Dies gilt auch und in besonderem Maße in Zeiten, die durch wirtschaftliche Umbrüche, Sparzwänge der öffentlichen Haushalte und Einschnitte in die sozialen Sicherungssysteme geprägt sind.“*

Da haben wir es doch. Das fehlende Geld in den öffentlichen Haushalten ist die „Mutter aller Reformen“. Dieser Tatbestand ist uns mittlerweile so geläufig, dass kaum noch hinterfragt wird, warum eigentlich die öffentlichen Haushalte so knapp bei Kasse sind. Interessant sind in diesem Zusammenhang die Angaben des Statistischen Bundesamtes (Fachserie 18, Reihe S. 21 „Einnahmen und Ausgaben sowie Finanzierungssaldo des Staates“). Danach beliefen sich in der alten Bundesrepublik im Jahre 1977 die Steuereinnahmen auf 25,1 % des Bruttoinlandsprodukts. Im Jahre 2003 erreichten die Steuereinnahmen im wiedervereinigten

Deutschland nur noch 22,6 % des Bruttoinlandsproduktes. Während die Steuereinnahmen - relativ - sinken, steigen die Anforderungen an den Staat nicht zuletzt wegen der Vereinigungslasten. Seit mehr als zwei Jahrzehnten versuchen die unterschiedlichen Bundesregierungen aber nicht, die für die Finanzierung der öffentlichen Aufgaben unabdingbare Steuerquote zu erhöhen, sondern sie zu reduzieren. Dem dienen diverse Steuersenkungs- oder -abschaffungsgesetze (Einkommens-teuersenkung, niedriger Spitzensteuersatz, Vermögenssteueraufhebung usw.). Die Folgen sind bekannt. Bund, Länder und Kommunen ächzen unter der Finanzmittelknappheit und verschulden sich immer mehr, andererseits werden große Vermögen und international operierende Unternehmen durch die Steuerreformen - auch so ein „Reformvorhaben“ - begünstigt. Die mit der Politik der Steuergeschenke verbundene Hoffnung, das nicht mehr vom Staat per Versteuerung eingezogene Kapital würde in Investitionen und Arbeitsplätze finanziert und damit letztlich auch wieder zu einem Steuerwachstum führen, hat in Deutschland getrogen. Das vom Staat freigegebene Geld wurde gerne behalten. Arbeitsplätze und Investitionen wurden durch deutsche Unternehmen aber eher im Ausland geschaffen, wenn überhaupt. Im Subventionsrecht wird in ähnlichen Konstellationen vom Mitnahmeeffekt gesprochen: es wird mitgenommen, was man bekommen kann, ohne dass sich dadurch irgend-etwas an den betrieblichen Plänen ändert.

Im Ergebnis haben wir die jetzige Justizreformdebatte also auch einer verfehlten staatlichen Finanzpolitik - natürlich neben gewichtigen anderen Faktoren - zu verdanken. Das macht mich mißtrauisch, ob alle diskutierten Änderungen, die doch insgesamt wohl zu Ersparnissen führen sollen, wirklich im Interesse einer besseren und leistungsfähigeren Justiz erfolgen.

Schauen wir uns die einzelnen Punkte an, die Gegenstand der Justizministerbeschlüsse vom 25.11.2004 waren.

**Deregulierung.** Gerichtsverfassungen und Prozessordnungen sollen möglichst weitgehend vereinheitlicht werden. Dagegen ist nichts einzuwenden. Die Mitgliederversammlung des BDVR hatte bei der Diskussion über die Zusammenlegung der Fachgerichtsbarkeiten am 13.11.2003 eine einheitliche Prozessordnung für sinnvoll erachtet. Bereits jetzt gibt es zahlreiche Übereinstimmungen der verschiedenen fachgerichtlichen Prozessordnungen. Und die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozessordnung gelten nach § 173 VwGO weitgehend auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Eine Grenze für die Vereinheitlichung jedenfalls im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit gibt es dort, wo es um Strukturprinzipien der öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeit geht. Am hier bestehenden Amtsermittlungsgrundsatz darf nicht gerüttelt werden. Die ebenfalls unter Deregulierung diskutierte funktionale Zweigliedrigkeit ist eher für die ordentliche Gerichtsbarkeit zu untersuchen. Durch die Regelungen über die Zulassung der Berufung gibt es faktisch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit weitgehend nur das Verwaltungsgericht als einzige, nämlich erste und letzte Tatsacheninstanz. Es gibt keinen plausiblen Grund, hier Änderungen vorzunehmen. Höchst suspekt erscheint das Ansinnen der Justizminister, als deregulierend auch den flexiblen Einsatz von Richtern zu erörtern. Da wird die Büchse der Pandora schon einmal geöffnet. Es sollen Versetzungsmöglichkeiten für Richter durch Änderungen des Deutschen Richtergesetzes erleichtert werden, Richterstellen sollen landesgesetzlich zugeordnet werden können, nachgedacht wird über die Übertragung weiterer Richterämter oder auch die Kombination mehrerer Maßnahmen dieser Art. Hier findet Begriffsverwirrung statt. Woran sich die Justizminister erfreuen wollen, ist keine Deregulierung (laut Duden *Abbau von Vorschriften*), sondern eine Regulierung, wo bisher keine war. Die Unabhängigkeit des Richters ist in Gefahr, wenn seine Verwendung dem Zugriff der Justizverwaltung unterliegt. Hier sollte energisch Wider-

stand geleistet werden. Über den Einsatz als Richter haben die richterlichen Selbstverwaltungsgremien zu entscheiden, eine Versetzung oder eine Abordnung muss wie bisher im Regelfall seine Zustimmung finden. Sonst würde den Justizverwaltungen mit den Instrumenten der Versetzung und Abordnung usw. das Werkzeug geschaffen werden, Richter aus dem Verkehr zu ziehen, die wegen ihrer Rechtsprechung nicht goutiert sind. Wehret den Anfängen!

**Aufgabenübertragung / Auslagerung.** Ob die Übertragung von Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare, die „Privatisierung“ des Gerichtsvollzieherwesens und die Registerführung etwa durch Industrie- und Handelskammern vorteilhaft ist, sollte zunächst einmal die angesprochene ordentliche Gerichtsbarkeit kommentieren. Gegen die Förderung konsensualer Streitbeilegung spricht nichts. Soweit das außergesellschaftlich geschehen kann, entlastet dieses die Gerichte. Jeder Richter wird im Übrigen von sich aus - wo immer dies möglich ist - die Einigung der Parteien während eines Rechtsstreits herbeizuführen versuchen. Das vermeidet weiteren Streit, schafft Befriedung, führt zu einer einvernehmlichen Lösung und nützt auch dem Richter. Er braucht schließlich kein Urteil zu schreiben. Allerdings setzt das Recht gerade im Verwaltungsprozess hierfür Grenzen. Wo zwingendes Recht anzuwenden, die Rechtslage eindeutig und der Sachverhalt geklärt ist, kann kein Vergleich abgeschlossen werden. Das ergibt sich schon aus § 106 VwGO, wonach ein Vergleich nur möglich ist, soweit die Parteien über den Gegenstand des Vergleichs verfügen können. Über zwingendes Recht kann die Verwaltung gerade nicht verfügen. Das würde ihrer Bindung an das Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG widersprechen. Insofern werden sich auch für die außergerichtliche Mediation im Verwaltungsrecht Grenzen immer dann ergeben, wenn der Rechtsstaatsgrundsatz die strikte Befolgung des Gesetzes verlangt.

**Konzentration.** Dieser Schwerpunkt der Debatte auf der Justizministerkonferenz betrifft die ordentliche Gerichtsbarkeit. Es geht um effektivere Strafverfolgung durch Schwerpunktsetzungen, um Reduzierung der Rechtsmittelmöglichkeiten im Ord-

nungswidrigkeitenverfahren, die Steigerung der Attraktivität der Ziviljustiz, die Erweiterung der Möglichkeiten zu Gerichtsstandsvereinbarungen und die Reform der Verbraucherentscheidung. Verwaltungsrichter sind nicht betroffen und sollten daher mit Kommentaren zunächst zurückhaltend sein. Insofern ist aber die Diskussion in der ordentlichen Gerichtsbarkeit aufmerksam zu verfolgen.

**Qualitätssicherung.** „Die Justizminister und Justizministerinnen sprechen sich für aktive Führung und einen kommunikativen sowie kooperativen Führungsstil in der Justiz aus.“ Wer wollte dem nicht zustimmen? Inwieweit die beschriebenen Instrumente wie Zielvereinbarungen, Qualitätszirkel und Mitarbeitergespräche greifen, wird nicht zuletzt von der Kooperationsbereitschaft der jeweils beteiligten Personen abhängen. Aber es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Vorstellungen der Justizministerkonferenz hierzu vernünftig und vom BDVR zu unterstützen sind. Das gilt auch für die befürwortete Einbeziehung der Entscheider in die Personal- und Führungsverantwortung. Gut gemeint ist die Betonung der richterlichen Fortbildungspflicht. Ob allerdings die Einführung gesetzlich normierter Pflichtfortbildungen im Wege einer Änderung des Deutschen Richtergesetzes der Weisheit letzter Schluss ist, wage ich doch sehr zu bezweifeln. In der für das Niedersächsische Justizministerium im Juli 2004 erstellten Studie „Zukunftsfähige Justiz“ (Verfasser Eylmann/Kirchner/Knieper/Kramer/Mayen) wird vorgeschlagen, Richtern den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen von mindestens ein bis zwei Wochen pro Jahr zur Pflicht zu machen (S. 33). Die Richter wird es wahrscheinlich ganz überwiegend freuen, wenn sie sich jedes Jahr außerhalb des alltäglichen Arbeitsstresses bis zu zwei Wochen in Ruhe fortbilden können. Aber was bedeutet der Vorschlag in der Praxis? Es gibt knapp 21.000 Richter in Deutschland (davon 2.300 Verwaltungsrichter). Wenn jeder Richter zehn Werktagen im Jahr an Fortbildungsveranstaltungen teilnimmt, fallen pro Nase etwa 80 Stunden Zeit für Rechtsprechungstätigkeiten weg x 21.000 = 1.680.000 Arbeitsstunden. Ich kann mir nicht vorstellen, dass durch Neueinstellung von richterlichem



Personal hierfür Kompensationen erfolgen. Erwartet wird aber, dass die Zahl der Erledigungen trotzdem nicht absinkt. Vor diesem Hintergrund wäre eine Erklärung der Justizminister spannend, wie sie diesen gordischen Knoten durchschlagen wollen. Ich rate von gesetzlichen Pflichtlösungen ab. Wir Richter müssen uns ohnehin permanent fortbilden. Dazu zwingen uns schon die Gesetzgeber in Land, Bund und Europa mit der permanenten Flut von neuen Vorschriften, die die Gerichte anzuwenden haben. Die Justizminister sind gut beraten, es der eigenverantwortlichen Entscheidung des Richters zu überlassen, in welcher Weise er für sich die Fortbildung organisiert. Wichtig ist, dass für die Richterschaft ein ausreichendes, den Anforderungen der Praxis entsprechendes und attraktives Fortbildungskonzept offeriert wird. Ein überzeugendes Angebot lässt einen gesetzlichen Fortbildungszwang von vornherein obsolet werden. Eine abschließende Bemerkung: diverse Strategien zur Qualitätssicherung werden in mehreren Bundesländern erprobt. Bevor hier weitere Schritte in Betracht gezogen werden, sollten erst einmal alle Ergebnisse der bisherigen Qualitätsmanagementverfahren ausgewertet werden.

Die Justizministerkonferenz hat sich zunächst auf die von mir kursorisch angesprochenen Eckpunkte beschränkt. Auf der Agenda steht aber noch viel mehr. Stichwortartig sind zu nennen:

- Abkehr von der berufsübergreifenden Referendarausbildung, stattdessen spezielle Ausbildung nur für den Richterberuf einschließlich Richterexamen,
- Einstellung von Richtern nur nach vorheriger Berufserfahrung in einem anderen juristischen Beruf,
- Einführung einer Richterassistentenzeit vor Betrauung mit einem Richteramt,
- Juristische Quereinsteiger als Richter auf bestimmte Zeit,
- befristete Wahrnehmung von Führungsaufgaben (Präsidenten auf Zeit),
- Verlängerung der Lebensarbeitszeit für Richter,
- gesetzlich geregelte Anwesenheitspflicht für Richter,

- Zusammenführung von Gerichtsbarkeiten,
- obligatorischer Einzelrichter in der ersten Instanz,
- Wegfall der Mitwirkung ehrenamtlichen Richter,
- kein Zugang zu den Gerichten mehr bei Bagatellstreitigkeiten ohne rechtsgrundsätzliche Bedeutung,
- Erweiterung der Möglichkeiten zur Entscheidung im schriftlichen Verfahren ohne mündliche Verhandlung,
- Einführung strenger Präklusionsvorschriften,
- Einschränkung des Amtsermittlungsgrundsatzes, dafür erweiterte sanktionsbewehrte Mitwirkungspflichten der Parteien,
- Übertragung der Vollstreckung auf die Exekutive.

Die Stichworte sollen hier nicht im Einzelnen abgehandelt werden. Die Ansätze erscheinen in mancher Beziehung ohnehin nicht genügend reflektiert, teilweise auch nicht miteinander vereinbar.

Der BDVR hat sich zuletzt auf seiner Mitgliederversammlung in Darmstadt am 15.03.2004 für eine Zusammenführung von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Sozialgerichtsbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen ausgesprochen. Zuvor hatte er auf der vorangegangenen Mitgliederversammlung in Kassel am 13.11.2003 konstatiert, dass sich das bestehende System der verschiedenen Fachgerichtsbarkeiten durchaus bewährt habe, der Verband aber die Debatte um eine einheitliche Fachgerichtsbarkeit konstruktiv begleiten möchte. Im Ergebnis hatte der BDVR sich für eine Zusammenlegung der Fachgerichtsbarkeiten offen gezeigt, aber Mindestbedingungen hierfür verlangt. Dazu zählten das Kammerprinzip und die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter. Zu letzterem Thema läuft eine Debatte, die sich auch in dieser Ausgabe des BDVR-Rundschreibens niederschlägt.

Manches an den Änderungsvorschlägen ist sicherlich diskutier- und umsetzbar. Anderes hätte systemverändernden Charakter, für den es keine wirklich einleuchtende Begründung gibt.

Für äußerst problematisch halte ich

Gedanken zur Relativierung des Amtsermittlungsgrundsatzes. Dieser wird geradezu als Kardinalgrund für zu lange Verfahren bei den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten beklagt. In der erwähnten Studie „Zukunftsfähige Justiz“ heißt es hierzu (S. 41):

*„Der Amtsermittlungsgrundsatz, der den Richter verpflichtet, unabhängig vom Vortrag der Parteien den Sachverhalt von Amts wegen vollständig zu ermitteln, ist nach Überzeugung der Arbeitsgruppe einer der hauptverantwortlichen Gründe für die überlange Dauer speziell verwaltungsgerichtlicher und finanzgerichtlicher Verfahren. Der Amtsermittlungsgrundsatz führt dazu, daß bei nicht entscheidungsfreudigen Richtern die Skrupel verstärkt werden, ein Verfahren binnen angemessener Frist zu erledigen.“*

Hier scheint mir ein fundamentales Mißverständnis vorzuliegen. Der Untersuchungsgrundsatz ist eine Folge des Gesetzmäßigkeitsprinzips der Verwaltung und der Pflicht zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG. Das Amtsermittlungsprinzip dient in der öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeit dem Schutz des Bürgers. Die Verwaltung hat regelmäßig überlegenes Sach- und Fachwissen sowie die erforderliche juristische Kompetenz. Auf der anderen Seite steht der Bürger, der sich in der ersten Instanz selber vertreten kann. Teilweise geht es im Verwaltungs- oder Steuerrechtsstreit um hochkomplexe Fragen. Die Abschaffung oder Relativierung der Amtsermittlung kann daher nur zum Nachteil des Bürgers gereichen. Er würde zwar ein schnelleres Urteil erhalten. Sein Interesse dürfte aber primär darauf gerichtet sein, eine richtige Entscheidung zu bekommen. Wenn die Amtsermittlung durch Mitwirkungspflichten ersetzt oder beschränkt wird, müsste das Gericht unter Umständen trotz Kenntnis entscheidungserheblicher Umstände zugunsten des Bürgers ein Urteil zu seinen Lasten treffen, wenn diese Gesichtspunkte von ihm als der klagenden Partei nicht selber eingeführt werden. In Asylverfahren greifen die Gerichte auf umfangreiche Länderdokumentationen zur Beurteilung der Lage im Herkunftsland zurück. Das soll nicht mehr berücksichtigt werden, wenn sich der Asylkläger darauf mangels Kenntnis nicht

beruft? Vielfach haben die Gerichte Wissen aus Musterprozessen, das auch in anderen Verfahren berücksichtigt wird. Wenn das Gericht aus Erschließungsbeitragsverfahren Kenntnis hat, dass die Berechnung der städtischen Fremdkapitalkosten im erheblichen Umfang fehlerhaft erfolgt ist, soll dieses Wissen dem unkundigen Kläger vorenthalten bleiben, auch wenn dieser überhaupt keine Chance hat, konkreten Einblick in das kommunale Haushaltsgebaren zu bekommen? Und ist es wesentlich anders zu beurteilen, wenn das Gericht sich bei vorliegenden Anhaltspunkten in den Behördenakten solche Erkenntnisse erst im laufenden Verfahren im Wege der Amtsaufklärung verschafft, obwohl der Kläger insoweit gar nicht problembewusst ist? Hier droht die Axt an eine der Säulen des Rechtsstaats gelegt zu werden. Die Verwaltungsgerichte sind als Kontrollinstanz staatlicher Macht Garant für die Gesetzesbindung der Verwaltung. Sie können diese Aufgabe effektiv nur wahrnehmen, wenn es bei dem prinzipiell uneingeschränkten Amtsermittlungsgrundsatz bleibt. Dieses nützt auch der Verwaltung. Denn die Exekutive ist interessiert an Entscheidungen, die die nicht selten schwierigen Sach- und Rechtsfragen erschöpfend beantworten und damit auch eine verlässliche Grundlage für die Verwaltungspraxis darstellen. Ohne Amtsermittlungsgrundsatz bekommt die Verwaltung möglicherweise unterschiedliche Entscheidungen zur gleichen Thematik, abhängig von dem individuellen Vortrags- und Mitwirkungsvermögen. Und eine gut begründete Entscheidung ist im Er-

gebnis für die Beteiligten überzeugender und dem Rechtsfrieden dienlicher als ein richterlicher Schnellschuss. Das entbindet uns Richter selbstverständlich nicht von der Pflicht, auch für möglichst zügigen Rechtsschutz zu sorgen. Es ist aber klar, dass bei der personellen Unterausstattung, die für viele Verwaltungsgerichte nun seit Jahren Realität ist, den Erwartungen an möglichst umgehende Urteile nicht entsprochen werden kann. Dieses nun zum Anlass zu nehmen, den Amtsermittlungsgrundsatz zu relativieren und den skrupulösen Richter durch den - durch Amtsaufklärungspflichten nicht mehr gehemmten - oberflächlichen Schnellentscheider zu ersetzen, erscheint mir frivol.

Wenig halte ich auch von einer Beschränkung der gerichtlichen Zuständigkeit für Bagatellsachen, soweit es die öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten betreffen sollte. Sie wäre ohnehin nur durch eine Änderung des Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG möglich. Außerdem ist die Frage, was eine Bagatelle ist, sehr relativ. Für einen Sozialhilfeempfänger ist ein Streit um 50,00 Euro keine Kleinigkeit. Die öffentlich-rechtlichen Fachgerichte sind auch bisher schon mit solchen Verfahren klargekommen. Hier reicht eine Rechtsmittelbeschränkung völlig aus. Und die Vorstellung, den Gerichten blieben damit vielleicht Querulantenklagen erspart, halte ich für blanke Illusion. Denn prozessfreudige und zugleich mittellose Kläger lassen sich ohnehin nicht davon abhalten, den Weg zum Gericht zu suchen.

Der - unvollständige - Streifzug durch die derzeitige justizpolitische Dis-

kussionslandschaft soll alle Verwaltungsrichter dazu anregen, sich ebenfalls an der Debatte zu beteiligen. Auf vielfältige Meinungsäußerungen aus der Kollegenschaft sind auch die Richterverbände angewiesen. Der Vorstand des BDVR wird sich auf seiner Sitzung in Weimar am 11./12.04.2005 mit den Fragen der Justizreform inhaltlich weiter beschäftigen. Voraussichtlich am 29./30.06.2005 wird die Justizministerkonferenz konkrete Beschlüsse fassen. Es wäre hilfreich, wenn sich die Landesverbände des BDVR intensiv mit den aufgeworfenen Fragen zur Justizreform beschäftigen. Wenn dieser Beitrag einen Anstoß dazu geben kann, freut mich das.

Die reizvolle Aufgabe, der Frage nachzugehen, ob zwischen Rechtsanwälten und Verwaltungsrichtern ein „unverbesserliches Verhältnis“ herrscht, gibt Anlass zu einigen Vorüberlegungen:

Zunächst einmal dürfte unstrittig sein, dass zu einem Verhältnis immer zwei gehören. Nicht von ungefähr sprechen Ehepartner gerne von der „besseren Hälfte“, und es wäre wohl kein Zeichen von Klugheit, wenn ein Ehegatte von der „verbesserlichen Hälfte“ oder - schlimmer noch - von der „unverbesserlichen Hälfte“ spräche. Dies zeigt: Ein Verhältnis, an dem man selbst beteiligt ist, verbessert man am besten dadurch, dass man sich selbst verbessert. Und dazu wäre aus der Sicht eines Rechtsanwalts wohl Einiges zu sagen: Kolle-

Mecklenburg-Vorpommern

## „Rechtsanwälte und Verwaltungsrichter – ein unverbesserliches Verhältnis?“

von Dr. Raimund Körner, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Berlin

gen, die Verwaltungsstreitverfahren einleiten und dann urplötzlich für Monate oder gar endgültig auf Tauchstation gehen; Rechtsanwälte, die sich wenig oder keine Mühe machen, das Rechtsgebiet, auf dem sie sich bewegen, wenigstens ansatzweise zu durchdringen; Berater, die sich selbst dann noch blind auf den Amtsermittlungsgrundsatz verlassen, wenn es um Umstände geht, die nur ihr Mandant vortragen kann und muss. Dies wäre ein abendfüllendes Programm und ich kann Ihnen versichern, dieser Vortrag wird vielfach gehalten – aber eben auf Fortbildungsveranstaltungen für Rechtsanwälte. Ich bin mir sicher, ich würde mit diesem Vortrag hier bei Ihnen kollektives, wahrscheinlich sogar rhythmisches Kopfnicken ernten, aber deplaziert wäre dieser Vortrag dennoch.

Ich komme also nicht umhin, ein paar Bemerkungen darüber zu machen, ob die bessere Hälfte im Verhältnis zwischen Rechtsanwälten und Verwaltungsrichtern an der einen oder anderen Stelle vielleicht doch verbesserlich wäre. Der Gefahr, damit Ungebührliches über meinen heutigen Gastgeber zu sagen, entgehe ich mit dem Hinweis, dass alle Beispielsfälle, die ich im Folgenden erwähne, sich außerhalb der Landesgrenzen Mecklenburg-Vorpommerns zugetragen haben und Ähnlichkeiten mit hier ansässigen Verwaltungsgerichten rein zufälliger Natur sind.

### 1. Überlange Verfahrensdauer

Die zentrale Misere, um jetzt etwas deutlicher zu werden, ist und bleibt die überlange Verfahrensdauer in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ich bin mir bewusst, dass dieses Thema inzwischen auf keiner Fortbildungsveranstaltung der Verwaltungsgerichtsbarkeiten mehr fehlt, und manchmal hat man den Eindruck, die filigrane Behandlung der Erledigungsstatistiken ist ein Symptom dafür, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit weiß, dass hier der Schuh drückt. Ich bin mir aber auch sicher, dass bei vielen

Verwaltungsrichtern das Bewusstsein dafür fehlt, welche Auswirkungen die überlange Verfahrensdauer außerhalb des Gerichtssaales hat. Ich meine die Tatsache, dass es – drastisch formuliert – in Deutschland keinen funktionsfähigen Verpflichtungsschutz gibt, was zu einem Verhandlungszwang außerhalb der Gerichtssäle führt, der deutlich rechtsstaatswidrige Züge trägt. Ein Beispiel:

Ein Berliner Tiefbauunternehmen mit immerhin 600 Beschäftigten gerät in die Insolvenz. Der Insolvenzverwalter ist froh, einen Erwerbsinteressenten aus Nordrhein-Westfalen zu gewinnen, der dort im Straßenbau tätig ist und den Geschäftsbetrieb übernimmt, weil er sich davon eine Markterweiterung verspricht. Kein Straßenbau ohne Asphalt, der Erwerber vergewissert sich, dass zu dem Geschäftsbetrieb auch eine Asphaltmischanlage gehört. Dabei übersieht er freilich, dass die immissionschutzrechtliche Genehmigung für diese Asphaltmischanlage befristet war. Nach Übernahme des Geschäftsbetriebs und insbesondere der zahlreichen laufenden Baustellen wird dieser Umstand entdeckt und rechtzeitig, nämlich 6 Monate vor Ablauf der Befristung ein immissionschutzrechtlicher Genehmigungsantrag gestellt. Soweit ein alltäglicher Fall, was dann passiert, ist leider ebenso alltäglich:

Die zuständige Genehmigungsbehörde – in Berlin die Senatsverwaltung – weist den Antragsteller darauf hin, dass aus Sicht des Bezirks planungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit der Anlage bestünden. Der Rechtsanwalt sieht sich das Grundstück an, ein Bebauungsplan existiert nicht, das gesamte, im Zusammenhang bebaute Gebiet ist geprägt durch zwei stark emittierende Abfallbehandlungsanlagen, eine Lkw-Reparatur-Werkstatt und weitere industriegebietstypische Nutzungen, kurzum: wenn sich jemals eine Asphaltmischanlage nach

§ 34 BauGB eingefügt hat, dann hier. Den entsprechenden Hinweis nimmt die Senatsverwaltung durchaus zustimmend auf, weist aber darauf hin, dass man das fehlende Einvernehmen des Bezirks nicht ersetzen werde und der Antragsteller sich mit dem Bezirk ins Benehmen setzen solle. Auf der ersten Verhandlungsrunde mit dem Bezirk werden absurdeste Forderungen auf den „runden Tisch“ gelegt, vom Bau einer Umgehungsstraße bis zu objektiv wirkungslosen Lärmschutzwänden, Gehölz-Anpflanzungen und zur Renaturierung eines etwa 1 km entfernten Grabens, in dem die eine oder andere Unke gesichtet wurde. Der Geschäftsführer des Unternehmens weist den Rechtsanwalt darauf hin, dass ohne Asphaltmischanlage der gesamte Geschäftsbetrieb zum Erliegen komme, weil der Asphalt für die laufenden Baustellen dann von den Wettbewerbern erworben werden müsse, weil die aber kein Interesse daran haben, einen nordrhein-westfälischen Konkurrenten zu fördern. werde dies nur zu Preisen geschehen

Text 8

Neuer Präsident am VG Kassel

Der hessische Justizminister Dr. Christean Wagner hat den Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Gießen Dr. Johannes Rimmel mit Wirkung zum 20. Dezember 2004 zum neuen Präsidenten des Verwaltungsgerichts Kassel ernannt. Rimmel tritt die Nachfolge von Felizitas Fertig an, die mit Ablauf des Monats Mai 2004 in den Ruhestand verabschiedet wurde.

Dr. Johannes Rimmel wurde in Siegen geboren. Nach dem Abitur stu-

westfälischen Konkurrenten zu fördern, werde dies nur zu Preisen geschehen, bei denen man die Straße auch mit Marmor pflastern könne. Spätestens hier stellt der Geschäftsführer die Frage nach dem Rechtsschutz. Der Rechtsanwalt wird in etwa folgende Antwort geben:

Materiell-rechtlich sei der Antrag genehmigungsfähig; die Senatsverwaltung werde ihn gleichwohl ablehnen. Auf die Verpflichtungsklage sei mit einem Termin vor dem Verwaltungsgericht nicht vor Ablauf von 2, vielleicht 3 Jahren zu rechnen. Ob man einen Kammervorsitzenden unter Hinweis auf die schwierige Lage dazu bewegen könne, die Sache vorzuziehen, sei ungewiss. Vorläufiger Rechtsschutz scheitere am Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache. Die weitere Produktion von Asphalt über das Ende der Befristung hinaus sei nicht ratsam; selbst wenn man mit der Genehmigungsbehörde eine Duldung bis zur Entscheidung der Hauptsachenklage aushandeln könne, sei der weitere Betrieb nach Ablauf der Befristung strafbar. Es bleibe deshalb nur, vom Unternehmenskaufvertrag zurückzutreten, oder sich mit dem Bezirk zu einigen.

Diesen oder einen ähnlichen Fall, darauf gebe ich Ihnen mein Wort, schildert Ihnen jeder Fachanwalt für Verwaltungsrecht in Deutschland in einer erstaunlichen Variationsbreite. Auf den Hinweis, ein bestimmtes Anliegen einer Behörde sei vom geltenden Planungs- oder sonstigen Zulassungsrecht nicht gedeckt, gehört das spöttische Lächeln eines Behördenvertreters und der darauf folgende Satz: „Sie können ja klagen!“ inzwischen zum Alltag.

## 2. Effiziente Verfahrensgestaltung

Bemüht man sich um eine Lösung des Problems der überlangen Verfahrensdauer, so ist diese Lösung wohl nicht auf gesetzlicher Ebene zu suchen, wie das Trauerspiel der über uns hinweggegangenen VwGO-Novellen zeigt. Ich meine, die Ursachen liegen zu einem großen Teil in der völlig unterschiedlichen Herangehensweise bei ordentlichen Gerichtsbarkeit und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Zu den wenigen Vorzügen, die Rechtsanwälte gemeinhin haben, gehört es ja, dass sie sich jedenfalls in der Regel auch vor den ordentlichen Gerichten tummeln, dort lässt sich, wie ich meine, Ein-

ges lernen:

a) Zum Wesensmerkmal des Verwaltungsprozesses gehört es sicherlich, dass Rechtsfragen im Vordergrund stehen und der Sachverhalt sehr häufig unstreitig ist. Eine Nebenfolge dieses Umstandes ist es, dass die Beteiligten und ihre Interessen zwangsläufig in den Hintergrund treten. Folge ist eine Verabsolutierung der Rechtsfragen, die weitgehend losgelöst von den Interessen der Beteiligten ihre Eigendynamik entwickeln. Die inzwischen negative Publizität der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die als beteiligtenfern gilt, ist Ihnen bekannt. Folge des Umstandes, dass die Beteiligten und ihre Interessen in den Hintergrund treten, ist eine viel zu geringe Vergleichsquote, sind überlange Entscheidungsgründe und häufig schlicht unpraktikable Entscheidungen, zusammengefasst: eine Vernachlässigung der Befriedigungsfunktion jeglicher Gerichtsbarkeit.

Ein Positiv-Beispiel:

Ich war gerade ein knappes Jahr als Rechtsanwalt tätig, als ich die ehrenvolle und für einen so jungen Anwalt etwas groß geratene Aufgabe hatte, das Land Berlin in einem Revisionsverfahren vor dem 4. Senat des Bundesverwaltungsgerichts zu vertreten. Es ging um die sog. planungsrechtliche Vereinigungsbauast, die es, wie wir seit dieser Entscheidung wissen, nicht gibt, weil der bundesrechtliche Begriff des Baugrundstücks im Planungsrecht nicht durch das landesrechtliche Institut der Bauast derogiert werden darf. Dazu hatte ich mir viele (hoffentlich kluge) Gedanken gemacht und ging mit größtem Herzklopfen und einigen Schweißperlen auf der Stirn in die mündliche Verhandlung, die von dem damaligen Vorsitzenden Schlichter mit der an-mich gerichteten Frage eröffnet wurde: „Herr Rechtsanwalt, wir würden zunächst gerne einmal wissen, was die Baugenehmigungsbehörde eigentlich daran stört, dass hier durch Bauast zwei Grundstücke planungsrechtlich zu einem zusammengefasst werden sollen.“

Ich fing an, heftig mit den Armen zu rudern und redete über den bundesrechtlichen Begriff des Baugrundstücks im Planungsrecht, der landesrechtlich nicht verändert werden dürfe - darauf der Vorsitzende: „Nein, nein, das haben wir alles ge-

lesen, wir möchten zunächst gerne einmal wissen, warum Ihre Mandantin das eigentlich nicht zulassen will?“

Ich blieb die Antwort schuldig und, offen gestanden, weiß ich bis heute nicht, was eigentlich dagegen sprechen soll. Das Beispiel zeigt aber: Hier hatte ein Gericht sich die Mühe gemacht, zunächst einmal nach den Interessen der Beteiligten zu fragen, bevor es sich mit dogmatischen Fragen befassen wollte. Bemerkenswert erscheint mir, dass sich dies vor einem Revisionsgericht abspielte, und ich diese Erfahrung in vielen Tatsacheninstanzen in den Jahren danach nur äußerst selten wieder erleben durfte.

b) Die Interessen der Beteiligten nach einer Wartezeit von drei oder mehr Jahren zu erkunden, ist weitgehend aussichtslos. Ein früher Erörterungstermin sollte deshalb selbst auferlegte Pflicht sein!

Die Scheu vor einem frühen Erörterungstermin resultiert - wie ich aus Gesprächen mit Verwaltungsrichtern weiß -, in der Regel aus einem selbst auferlegten Zwang zur Gründlichkeit, die Erörterung soll erst erfolgen, wenn das 30-seitige Votum vor-, zwischen- und endberaten ist. Im Sinne der Befriedigungsfunktion hat ein früher Erörterungstermin aber auch bei vorläufiger Durchdringung des Sach- und Streitstandes Sinn und Nutzen.

Dazu ein Beispiel aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit:

In der Tagebausanierung in Brandenburg vergibt eine bundeseigene Gesellschaft beträchtliche Bauaufträge an private Sanierungsunternehmen, die aus den Restlöchern eine Seenplatte erschaffen. Den Aufträgen liegt ein hoch-komplexes Geflecht aus allgemeinen und zusätzlichen und besonderen Vertragsbedingungen zugrunde, die im Wesentlichen den Zweck haben, die öffentlichen Mittel im Rahmen des sog. zweiten Arbeitsmarktes an die Unternehmen durchzuleiten, andererseits aber dem Auftraggeber Einfluss auf die Auswahl und Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen zu sichern.

Weil die im zweiten Arbeitsmarkt sehr häufigen Ausfallzeiten von Beschäftigten im Rahmen der Arbeitsförderung nicht finanziert werden, sehen die Vertragsbedingungen für diese Fälle eine „Personalkostenreduzierung“ vor, mit der eigentümlichen Folge, dass die vereinbarten Bauleistungen teilweise ohne Vergütung erbracht werden müssen. Kurzum: Es stellt sich die Frage der AGB-Rechtswidrigkeit dieser Vertragsbedingungen, was angesichts der Vielzahl der betroffenen Sanierungsunternehmen und der Höhe der eingesetzten Mittel nicht ohne Brisanz ist. Alle Parteien sind entschlossen, die Sache „mindestens“ zum BGH zu bringen. Nach einer der Klage stattgebenden Entscheidung des Landgerichts kommt es beim Kammergericht etwa drei Monate nach Berufungsbegründung und -erwiderung zu einem Erörterungstermin vor der Einzelrichterin, die offen erklärt, dass sie den Sach- und Streitstand keineswegs vollständig durchdrungen habe, aber die Sache trotzdem in diesem frühen Stadium erörtern wolle. Jedenfalls sei ihr aufgefallen, dass sich hinsichtlich der Entwicklung der einzelnen Vertragsbedingungen doch eine zeitliche Zäsur finden ließe, und ob auf der Basis dieser zeitlichen Zäsur nicht eine Vergleichsmöglichkeit bestehe. Dieser Gedanke war genial, weil er einerseits die bundeseigene Gesellschaft zum Teil vor Folgeansprüchen anderer Unternehmer schützt, andererseits aber reizvoll für das klagende Unternehmen, weil schnelles Geld allemal wichtiger ist als die Aussicht auf ein höchstrichterliches Urteil in drei Jahren. Der Vorschlag wird erörtert, die Parteien besprechen sich auf dem Flur, die Anwälte wechseln von einer Gruppe zur anderen, immer wenn es hakt, hilft die Einzelrichterin ein Stückchen weiter - nach 1 ½ Stunden kann der Vergleich protokolliert werden. Dieses für alle Seiten erfreuliche Ergebnis war nur in einem frühen Verfahrensstadium möglich, unschädlich war das offene Eingeständnis der Berichterstatterin, den Sach- und Streitstand keineswegs vollständig durchdrungen zu haben. Ich sehe nicht, warum eine solche Herangehensweise nicht auch in einer Vielzahl von Verwaltungsstreitverfahren möglich sein sollte. Die sich mehr und mehr verbreitende Einführung eines Gerichtsmediators ist ein Zeichen dafür, dass auch in

der Verwaltungsgerichtsbarkeit das Bewusstsein für die Notwendigkeit einer frühen Erörterung vorhanden ist, es wird aber eigenartig „abgespalten“. Nach den bisherigen Erfahrungen mit der verwaltungsgerichtlichen Mediation scheint dies noch nicht der Weisheit letzter Schluss zu sein. Auffällig für die Beteiligten einer verwaltungsrechtlichen Mediation ist es, dass der Mediator sich jeglicher juristischer Wertung enthält. Dies führt nach meinen bisherigen Erfahrungen zwangsläufig zu dem Punkt, an dem auf Behörden-seite die Frage auftaucht, ob ein bestimmter Vergleich denn überhaupt geschlossen werden darf, und ob nicht eine Vielzahl von Gleichbehandlungsansprüchen drohen. Über diesen Punkt kann der Mediator ohne rechtliche Würdigung nicht hinweghelfen. Wichtig ist die Durchdringung von juristischer Wertung, mag sie auch vorläufiger Natur sein, und Erörterung mit den Beteiligten.

c) Bei einem Vergleich mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit fällt die unterschiedliche Arbeitsweise besonders stark auf. Auch bei längerer Verfahrensdauer bleibt unverständlich, warum viele Berichterstatter der Verwaltungsgerichtsbarkeit die Verfahren während der „Liegezeit“ nicht fördern. Gerichtliche Hinweise, Vergleichsvorschläge (gerne auch telefonisch!), Hinweise auf die ständige Rechtsprechung der Kammer und eine sinnvolle Vorbereitung der mündlichen Verhandlung sind allemal arbeitsökonomischer als mehrjährige Formularschreiben „zur Kenntnis- und Stellungnahme“. Bis zu 90 % der Klagen im Verwaltungsprozess, so sagt man, sind ohne Erfolg. Dies ist doch häufig schon bei Eingang absehbar. Warum gleichwohl so selten der Hinweis erfolgt, dass die Kammer diesen Bebauungsplan ohne jene Satzung gerade in einem anderen Verfahren als wirksam beurteilt hat, bleibt unverständlich. Dies gilt erst recht für die Vielzahl von „Bagatellsachen“, die erkennbar ohne ausreichende rechtliche Vorprüfung zum Gegenstand einer verwaltungsgerichtlichen Klage gemacht wurden - bei Amtsgerichten ist schon bei Klageeingang der gerichtliche Hinweis die Regel, bei Verwaltungsgerichten die Ausnahme.

d) Eine Entlastung der Gerichte von einer Vielzahl unbegründeter Klagen

setzt eine Spezialisierung auf Seiten der Rechtsanwälte voraus. Vergleicht man die Zahl der auf das Verwaltungsrecht spezialisierten Kollegen etwa mit den Fachanwälten für Arbeitsrecht, für Familienrecht oder den Fachanwälten für Steuerrecht, so zeigt sich, dass die Fachanwälte für Verwaltungsrecht doch eine relativ kleine Schar sind. Hört man sich unter bisher nicht spezialisierten, aber durchaus fortbildungswilligen Kollegen um, so ergibt sich in der Regel der Grund, mit Verwaltungsrecht könne man einen Kanzleibetrieb nicht kostendeckend finanzieren. Dies führt zu der Erkenntnis, dass Spezialisierung auf Seiten der Rechtsanwälte eine angemessene Vergütung voraussetzt, wie selbst der Bundesgesetzgeber bei der Neufassung von § 116 Abs. 2 BRAGO im Jahre 1990 ausgeführt hat (partieller Ersatz von Pauschgebühren durch Wertgebühren im Sozialrecht, BT-Drs. 11/6715, S. 4):

„Die Änderung der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte bezweckt eine angemessene Vergütung für eine anwaltliche Tätigkeit im sozialgerichtlichen Verfahren. Die nach geltendem Recht zustehenden Gebühren sind zu niedrig. Dies behindert die im vielschichtigen und komplizierten Sozialrecht im Interesse der Bürger wünschenswerte Spezialisierung von Anwälten auf diesem Gebiet ...“.

Die Beispiele für nicht kostendeckende Gebührenregelungen im Verwaltungsrecht sind zahlreich. Die gerichtliche Überprüfung einer beamtenrechtlichen Umsetzung etwa wird vom Anwalt verlangen, dass er sich damit auseinandersetzt, ob eine amtsangemessene Beschäftigung vorliegt, er wird mit dem Mandanten Organigramm und Stellenplan der Behörde durchgehen, er wird den Verwaltungsvorgang prüfen und neben dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mindestens zwei Besprechungen mit dem Mandanten zu absolvieren haben. Knapp gerechnet werden dies 10 Stunden reine Arbeitszeit sein, beim hälftigen Auffangstreitwert ergibt dies ein Gebührenvolumen von 161 €. Da Rechtsanwälte Sekretariat, Miete, Technik finanzieren müssen, arbeiten sie mit einer Kostenquote von ca. 50 %. Dies bedeutet, dass bei Zugrundelegung des Auffangstreitwert-

tes der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung für 8,00 € die Stunde bearbeitet werden soll. Dies fördert die Spezialisierung der Rechtsanwälte nicht, und am Ende tut sich die Verwaltungsgerichtsbarkeit auch selbst damit keinen Gefallen.

### 3. Fazit

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit läuft deutlich Gefahr, durch eine übermäßige Beteiligtenferne und eine Vernachlässigung der Befriedungsfunktion jeglicher Gerichtsbarkeit an Akzeptanz zu verlieren. Dies zeigen die Diskussionen um die Berufungszulassung, aber auch Stellungnahmen im Rahmen des Rechtsweges bei neuen Rechtsgebieten (Vergaberecht, TEHG). Verwaltungsrichter sollten sich Rechtsanwälte zunutze machen bei dem Versuch, zu praktischen und praktikablen Verfahrensgestaltungen zu gelangen. Jeder Rechtsanwalt, der seinen Beruf ernst nimmt, wird einen entsprechenden Telefonanruf eines Verwaltungsrichters erfreut begrüßen!

Der hessische Justizminister Dr. Christian Wagner hat den **Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Gießen** Dr. Johannes Rimmel mit Wirkung zum 20. Dezember 2004 zum neuen Präsidenten des Verwaltungsgerichts Kassel ernannt. Rimmel tritt die Nachfolge von Felizitas

## Neuer Präsident am VC Kassel

Fertig an, die mit Ablauf des Monats Mai 2004 in den Ruhestand verabschiedet wurde.

Dr. Johannes Rimmel wurde in Siegen geboren. Nach dem Abitur studierte er Rechtswissenschaften in Marburg.

Das erste juristische Staatsexamen legte er im Jahr 1976 ab. Nach dem juristischen Vorbereitungsdienst in den Landgerichtsbezirken Limburg an der Lahn und Gießen bestand er 1979 die zweite juristische Staatsprüfung. Nach kurzer Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für öffentliches Recht der Philipps-Universität in Marburg wurde er im Jahr 1980 als Richter auf Probe bei den Amtsgerichten Marburg, Frankenberg und Biedenkopf sowie dem Landgericht Marburg eingesetzt. Im Jahr 1981 promovierte er in Marburg zum Thema: „Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht - Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen“. Im Jahr 1983 wurde er zum Richter auf Lebenszeit am Landgericht in Kassel ernannt. Im Jahr 1984 erfolgte eine Abordnung an das Verwaltungsgericht Darmstadt und im Jahr 1987 eine Versetzung an

das Verwaltungsgericht Gießen. Im Jahr 1990 bis 1991 wurde er an den Hessischen Verwaltungsgerichtshof abgeordnet und im Jahr 1991 als Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof ernannt. Im Jahr 2001 erfolgte eine Abordnung an das Hessische Ministerium der Justiz. Mit Wirkung zum 01. Juli 2003 wurde er zum Vizepräsidenten des Verwaltungsgerichts Gießen bestellt. Seit dem Jahr 2004 ist er stellvertretendes Mitglied des Hessischen Staatsgerichtshof. Daneben war Dr. Rimmel über viele Jahre als Kassenwart der Vereinigung Hessischer Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter tätig.

J

Text 17

Grenze für Richterhaftung

Wenn ein Gericht zu Unrecht den

## Justizministerin überreicht Ernennungsurkunde an neuen Präsidenten des Verwaltungsgerichts Cottbus

Am 20. 12. 2004 überreichte Justizministerin Beate Blechinger dem 48-jährigen Verwaltungsrichter **Andreas Knuth** die Urkunde über die Ernennung zum Präsidenten des Verwaltungsgerichts Cottbus.

Der gebürtige Berliner Knuth war seit Februar 1999 Vizepräsident und Pressesprecher des Verwaltungsgerichts Frankfurt (Oder). Er leitete dort eine Kammer für öffentliches Bau- und Umweltrecht. Die Beschäftigung mit dem öffentlichen Baurecht zieht sich als Konstante durch die Vita des Juristen, der seit Dezember 1987 Richter ist.

Seine Laufbahn markieren ebenso jahrelange wissenschaftliche Betätigung an der Freien Universität Berlin und am Bundesverwaltungsgericht wie verschiedene Praxisstationen an den Verwaltungsgerichten Berlin, Potsdam und Frankfurt (Oder). Seit 2000 gehört er zudem als Richter dem Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin an.

Andreas Knuth ist seit 2001 Vorsitzender der Vereinigung der Verwaltungsrichterinnen und Verwaltungsrichter des Landes Brandenburg und gehörte in den Jahren 2000 - 2001 dem Vorstand des Bundes Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterinnen an.

## Neuer Präsident am VG Würzburg

Im barocken Rahmen der Würzburger Residenz wurde am 1. Februar 2005 der bisherige Vorsitzende Richter am Verwaltungsgericht Ansbach, **Dr. Klaus Schiffczyk**, als neuer Präsident des Verwaltungsgerichts Würzburg ins Amt eingeführt.

Dr. Schiffczyk wurde am 19. September 1948 in Augsburg geboren. Nach Jurastudium und Promotion begann er seine Richterlaufbahn als Proberichter 1976 am Verwaltungsgericht Ansbach. Nach einer fast zweijährigen Verwaltungstätigkeit als Juristischer Staatsbeamter am Landratsamt Nürnberger Land kehrte er als Richter auf Lebenszeit 1979 an das Verwaltungsgericht Ansbach zurück. Ab Februar 1988 war er am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in München tätig. Im Dezember 1989 wurde er zum Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Ansbach ernannt.

Dr. Schiffczyk tritt die Nachfolge von **Dr. Herbert von Golitschek** an, der dieses Amt seit 1995 innehatte und in den Ruhestand verabschiedet wurde. Dr. von Golitschek ist Schriftleiter der Bayerischen Verwaltungsblätter, eine Aufgabe, die er auch im Ruhestand weiterführen wird.

Zugleich wurde der bisherige Vorsitzende Richter am Verwaltungsgericht Würzburg **Dr. Werner Heermann** zum Vizepräsidenten dieses Gerichts ernannt. Dr. Heermann ist als langjähriger Verbands-Vertrauensmann des Würzburger Verwaltungsgerichts Vorstandsmitglied des Bayerischen Landesverbandes. Er wurde 1945 in Haßfurt gebo-

ren. Nach Jurastudium und Promotion begann er seine Laufbahn 1974 an der Regierung von Unterfranken und wurde 1975 zum Richter auf Probe am Verwaltungsgericht Würzburg ernannt. 1976 wechselte er wieder in die Verwaltung, zunächst zum Landratsamt Würzburg, 1983 dann erneut an die Regierung von Unterfranken. 1986 kehrte er an das Verwaltungsgericht Würzburg zurück und wurde dort 1993 zum Vorsitzenden Richter ernannt.

Er folgt im Amt dem bereits Ende Oktober in den Ruhestand getretenen Vizepräsidenten **Dr. Gerhard Kreppel** nach.

Der Staatssekretär im Bayerischen Innenministerium, **Georg Schmid**, übergab die beiden Ernennungsurkunden und die Urkunde über den Eintritt in den Ruhestand bei einem musikalisch umrahmten Festakt im Fürstensaal der Würzburger Residenz. In seiner Ansprache betonte er unter anderem, wesentliche Aspekte der von den Länderjustizministern ins Auge gefassten großen Justizreform seien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit bereits vollzogen. Insbesondere sei die angestrebte faktische Zweigliedrigkeit des Instanzenzugs hier schon mit der Einführung der Zulassungsberufung durch das 6. VwGO-Änderungsgesetz eingeführt worden. Ein Anlass für weitergehende Reformen im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit sei deshalb nicht ersichtlich und berge nur die Gefahr der Verschlechterung des Erreichten.

Der Präsident des Verwaltungsgerichts Dessau, **Dr. Elmar Schlaf**, tritt

## Präsident des Verwaltungsgerichts Dessau tritt in den Ruhestand

zum Monatsende in den Ruhestand. Justizminister Curt Becker übergab dem 62-jährigen Juristen am Mittwoch in Dessau die Ruhestandsurkunde und würdigte den langjährigen Präsidenten des VG Dessau als erfahrenen und engagierten Behördenleiter. Dr. Schlaf leitet das Gericht seit Sommer 1994. Der Jurist habe die Leitung des Gerichts übernommen, als der Aufbau der Justiz in Sachsen-Anhalt und der Verwaltungsgerichtsbarkeit noch nicht abgeschlossen gewesen sei, sagte der Minister.

Der am 17. Januar 1942 in Dortmund geborene Jurist legte 1965 das Erste Juristische Staatsexamen ab. 1968 promovierte er an der Universität Münster, ein Jahr später folgte das Zweite Juristische Staatsexamen. Zunächst arbeitete Dr. Schlaf in Münster als Assessor bei der Pädagogischen Hochschule Westfalen-Lippe. 1970 wurde er zum Richter auf Probe, 1972 zum Richter am Verwaltungsgericht Münster ernannt. 1977 folgte seine Ernennung zum Richter am Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen. 1992 kam er nach Ostdeutschland, wo er zunächst beim damaligen Bezirksgericht Potsdam und später beim Verwaltungsgericht Frankfurt/Oder tätig war. 1993 arbeitete er beim Oberverwaltungsgericht des Landes Brandenburg. Im Sommer 1994 wurde er zum Präsidenten des Verwaltungsgerichts Dessau ernannt.

## Neuerungen im Ausländerrecht nach dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes (1. Teil)

RiVG Dr. Martin Fleuß, Düsseldorf

Mit dem Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und der Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) hat der Gesetzgeber das Ausländerrecht auf eine neue Grundlage gestellt<sup>1</sup>. Das neue Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz - AufenthG) ersetzt das im Juli 1990 verkündete und am 1. Januar 1991 in Kraft getretene Ausländergesetz. Das Gesetz über die allgemeine Freizügigkeit von Unionsbürgern (Freizügigkeitsgesetz/EU - FreizügG/EU) tritt an die Stelle des Gesetzes über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (AufenthG/EWG) vom 31. Januar 1980 und die Verordnung über die allgemeine Freizügigkeit von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union (FreizügV/EG) vom 17. Juli 1997. Der Durchführung der neuen gesetzlichen Bestimmungen dienen verschiedene Rechtsverordnungen, darunter als Bestandteil der Verordnung zur Durchführung des Zuwanderungsgesetzes die Aufenthaltsverordnung (AufenthV), des Weiteren die Verordnung über die Zulassung von neu einreisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung - BeschV), die Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Inland lebenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverfahrensverordnung - BeschVerfV) und die Verordnung über die Durchführung von Integrationskursen für Ausländer und Spätaussiedler (Integrationskursverordnung - IntV), die ihrerseits jeweils zahlreiche Neuerungen beinhalten. Zweck des Aufenthaltsgesetzes ist es ausweislich dessen § 1 Abs. 1, zum einen den Zuzug von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland zu steuern und zu begrenzen und zum anderen die Zuwanderung unter Berücksichtigung der Aufnahme- und Integrationsfä-

higkeit sowie der wirtschaftlichen und arbeitsmarktpolitischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen und zu gestalten. Zugleich dient es der Erfüllung der humanitären Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland. Das Aufenthaltsgesetz regelt die Einreise, den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Förderung der Integration von Ausländern.

### A. Die Einreise in die Bundesrepublik Deutschland

Die Einreise von Ausländern in die Bundesrepublik Deutschland ist ebenso wie ihr Aufenthalt im Bundesgebiet weiterhin grundsätzlich genehmigungsbedürftig. § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG statuiert wie bereits die Parallelbestimmungen in den Ausländergesetzen 1965 und 1990 ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger sind, wie § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG klarstellt, von der Genehmigungspflicht für Einreise und Aufenthalt freigestellt. Entsprechendes gilt für ihre Familienangehörigen, sofern sie ebenfalls einem EU-Mitgliedstaat angehören. Demgegenüber darf für Familienangehörige eines Drittstaates ein Visum verlangt werden. Den freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern gleichgestellt sind unverändert die Staatsangehörigen der dem Europäischen Wirtschaftsraum angehörenden Staaten.

Nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis grundsätzlich voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die Angaben zu dem beabsichtigten Aufenthaltswort im Visumsantrag gemacht hat. Ob ein Visum erforderlich ist, ergibt sich hinsichtlich kurzfristiger Aufenthalte aus europäischem Gemeinschaftsrecht, worauf § 6 Abs. 1 AufenthG hinweist. Für längerfristige

Aufenthalte regelt § 6 Abs. 4 AufenthG, dass hierfür grundsätzlich ein Visum erforderlich ist. Ausnahmen von der Visumpflicht sind auf der Grundlage des § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG insbesondere in der Aufenthaltsverordnung normiert. Dabei regelt § 39 AufenthV Fallgestaltungen, in denen ein Ausländer den Aufenthaltstitel nach der Einreise einholen kann. Die Norm ersetzt § 9 DVAusIG. Gemäß § 40 AufenthV können Staatsangehörige der in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 aufgeführten Staaten nach der Einreise eine Aufenthaltserlaubnis für einen weiteren Aufenthalt von längstens drei Monaten, der sich an einen Kurzaufenthalt anschließt, einholen, wenn ein Ausnahmefall im Sinne des Art. 20 Abs. 2 SDÜ vorliegt und der Ausländer im Bundesgebiet keine Erwerbstätigkeit mit Ausnahme der in § 17 Abs. 2 AufenthV genannten Tätigkeiten ausübt. In Fällen, in denen der Aufenthaltstitel grundsätzlich vom Ausland aus zu beantragen ist, kann in Einzelfällen, die anderenfalls zu grob unbilligen Ergebnissen führen würden, ein Absehen vom Visumverfahren gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG in Betracht kommen, so dass Härtefällen angemessen begegnet werden kann. Darüber hinaus sieht das Aufenthaltsgesetz vor, dass für bestimmte, etwa in den §§ 5 Abs. 3, 10 Abs. 3 AufenthG geregelte Fallgruppen vom Erfordernis des § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG abgesehen werden kann oder muss, so dass auch in diesen Fällen eine Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis ohne vorherige Ausreise möglich ist.

Unerlaubt eingereiste Ausländer, die weder um Asyl nachsuchen noch unmittelbar nach der Feststellung der unerlaubten Einreise in Abschiebungshaft genommen und aus der Haft abgeschoben oder zurückgeschoben werden können, werden gemäß § 15a Abs. 1 S. 1 AufenthG vor der Entscheidung über die Aussetzung der Abschiebung oder die



Erteilung eines Aufenthaltstitels auf die Länder verteilt. Sie haben gemäß § 15a Abs. 1 S. 2 AufenthG keinen Anspruch darauf, in ein bestimmtes Land oder an einen bestimmten Ort verteilt zu werden.

## B. Der rechtmäßige Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland

Gemäß § 4 Abs. 1 AufenthG bedürfen Ausländer für die Einreise und den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet grundsätzlich eines Aufenthaltstitels.

### I. Genehmigungspflicht und Befreiungen

§ 4 Abs. 1 AufenthG wird überlagert durch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen über die Freizügigkeit von Unionsbürgern, auf die das Aufenthaltsgesetz gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG keine Anwendung findet. Sonderregelungen gelten für Assoziationsberechtigte und völkerrechtliche Verträge. Einzelne Bestimmungen des nationalen Ausländerrechts beinhalten Befreiungen von der grundsätzlichen Genehmigungspflicht.

#### 1. Freizügigkeit auf Grund primären und sekundären Gemeinschaftsrechts

Die bisher im Aufenthaltsgesetz/EWG, der Freizügigkeitsverordnung/EG und dem Ausländergesetz geregelten Voraussetzungen des Aufenthaltes der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen werden im Freizügigkeitsgesetz/EU zusammengefasst und gebündelt. Das Aufenthaltsgesetz/EWG und die Freizügigkeitsverordnung/EG werden durch Artt. 15 Abs. 3 Nr. 2 und 8 ZuWG aufgehoben. Das Aufenthaltsrecht der erwerbstätigen und nichterwerbstätigen Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen wurde auch inhaltlich umgestaltet, indem die Regelungen der Aufenthaltsbeendigung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes präzisiert und ein über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben noch weiter als bisher hinausgehender Schutz vor Aufenthaltsbeendigung für einen erweiterten Personenkreis sichergestellt wird. Über den gegenwärtigen Stand des Ge-

meinschaftsrechts hinausgehend sah bereits das Aufenthaltsgesetz/EWG die Gewährung eines gegen Aufenthaltsbeendigung besonders geschützten Aufenthaltsstatus für Erwerbstätige, Verbleibeberechtigte und die jeweiligen Familienangehörigen vor. Durch das Freizügigkeitsgesetz/EU erhalten nunmehr auch nichterwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen über die §§ 2 Abs. 5 i.V.m. 6 Abs. 3 FreizügG/EU ein besonders geschütztes Aufenthaltsrecht.

Wer freizügigkeitsberechtigt ist, hat gemäß § 2 Abs. 1 FreizügG/EU Anspruch auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe des Freizügigkeitgesetzes/EU. Freizügigkeitsberechtigten wird gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU von Amts wegen eine deklaratorische Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt. Den Mitgliedstaaten ist es gestattet, Einreise und Aufenthalt von Unionsbürgern mit Anzeige- und Meldepflichten zu verbinden. Während § 2 Abs. 1 FreizügG/EU die wesentlichen Rechtsfolgen der in mehreren EWG-Richtlinien und -Verordnungen für die unterschiedlichen Personengruppen geregelten, gemeinschaftsrechtlichen Freizügigkeit wiedergibt, definiert § 2 Abs. 2 FreizügG/EU in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht diese Personengruppen und (ergänzt durch weitere Vorschriften des Gesetzes) die tatbestandlichen Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts. Gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 FreizügG/EU lassen vorübergehende Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalls das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU unberührt. Dies gilt gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU auch für die von der zuständigen Agentur für Arbeit bestätigten Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit eines Arbeitnehmers sowie für Zeiten der Einstellung einer selbständigen Tätigkeit infolge von Umständen, auf die der Selbständige keinen Einfluss hatte. § 2 Abs. 3 FreizügG/EU stellt klar, dass vorübergehende Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfalles sowie unfreiwillige Arbeitslosigkeit das Aufenthaltsrecht der Arbeitnehmer nicht beeinträchtigen. Dasselbe gilt für Unterbrechungen der Tätigkeit von Selbständigen, auf die diese keinen Einfluss haben.

Unionsbürger benötigen gemäß § 2 Abs. 4 S. 1 FreizügG/EU für die Einreise kein Visum. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, bedürfen gemäß § 2 Abs. 4 S. 2 FreizügG/EU für die Einreise eines Visums, sofern eine Rechtsvorschrift dies vorsieht. § 2 Abs. 4 FreizügG/EU ist im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen. Art. 5 Abs. 2 S. 1 RL 2004/38/EWG sieht vor, dass von Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzen, gemäß der VO (EG) Nr. 539/2001 oder gegebenenfalls den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften lediglich ein Einreisevisum zu fordern ist. Für die Zwecke dieser Richtlinie entbindet der Besitz einer gültigen Aufenthaltskarte im Sinne des Art. 10 RL 2004/38/EWG diese Familienangehörigen gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 2 RL 2004/38/EWG von der Visumpflicht. Gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 3 RL 2004/38/EWG treffen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen, um diesen Personen die Beschaffung der erforderlichen Visa zu erleichtern. Diese werden gemäß Art. 5 Abs. 2 S. 4 RL 2004/38/EWG so bald wie möglich nach einem beschleunigten Verfahren unentgeltlich erteilt. Für formalistische oder allein fremdenpolizeiliche Erwägungen ist in diesem Zusammenhang kein Raum<sup>2</sup>.

§ 2 Abs. 5 FreizügG/EU enthält im Unterschied zu § 2 Abs. 2 FreizügG/EU ein von den gemeinschaftsrechtlichen (Freizügigkeits-)Voraussetzungen losgelöstes Recht auf Einreise und Aufenthalt. Die Norm gewährt nach längerem, rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet einen gesteigerten Schutz vor Aufenthaltsbeendigung, der nach fünf Jahren nur noch aus besonders schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, nicht jedoch wegen nachträglichen Wegfalls der allgemeinen Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU durchbrochen wird. Kinder unter 16 Jahren erhalten ein von den gemeinschaftsrechtlichen Voraussetzungen unabhängiges Aufenthaltsrecht nur, wenn mindestens ein Erziehungsberechtigter sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Damit soll eine Betreuung durch die Familie sichergestellt werden.

Familienangehörige im Sinne des § 3 Abs. 1 FreizügG/EU sind gemäß § 3 Abs. 2 FreizügG/EU der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind, die Verwandten in aufsteigender und in absteigender Linie der in § 3 Abs. 1 FreizügG/EU genannten Personen oder ihrer Ehegatten, denen diese Personen oder ihre Ehegatten Unterhalt gewähren. § 3 Abs. 2 FreizügG/EU enthält die Legaldefinition der Familienangehörigen von Erwerbstätigen, Dienstleistungsempfängern und Verbleibeberechtigten. Die Freizügigkeit des drittstaatsangehörigen Ehegatten eines Unionsbürgers ist nicht von der Aufrechterhaltung einer tatsächlichen ehelichen Lebensgemeinschaft, wohl aber wie bislang vom Bestehen der Ehe abhängig<sup>3</sup>. Das Recht der Familienangehörigen nach § 3 Abs. 3 und 4 FreizügG/EU muss gemäß § 3 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU binnen zwei Jahren nach seinem Entstehen ausgeübt werden. Es wird gemäß § 3 Abs. 5 S. 2 FreizügG/EU nicht beeinträchtigt, wenn sie das Bundesgebiet während dieser Frist verlassen. § 3 Abs. 6 FreizügG/EU regelt das Recht auf Einreise und Aufenthalt der Lebenspartner (§ 1 Abs. 1 S. 1 LPartG) freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger, soweit diese Lebenspartner nicht selbst unmittelbar freizügigkeitsberechtigt sind. Der EuGH hat aus Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EWG) 1612/68 ein Aufenthaltsrecht für den nichtehelichen Lebenspartner eines freizügigkeitsberechtigten Arbeitnehmers hergeleitet, soweit das Recht des Aufnahmemitgliedstaates dem nichtehelichen Lebenspartner seiner eigenen Staatsangehörigen ein solches Recht einräumt<sup>4</sup>.

Nicht erwerbstätige Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die bei dem nicht erwerbstätigen Freizügigkeitsberechtigten ihre Wohnung nehmen, haben gemäß § 4 S. 1 FreizügG/EU das Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Der Kreis der Familienangehörigen wird dem Gemeinschaftsrecht folgend bei Studenten enger gezogen als bei den übrigen nichterwerbstätigen Freizügigkeitsberechtigten. Die Existenzmittel müssen ab dem Zeitpunkt der Einreise verfügbar sein. Bei gesteigertem Bedarf etwa wegen

Krankheit, Behinderung oder Pflegebedürftigkeit sind zusätzliche Existenzmittel nachzuweisen, um sicherzustellen, dass die Inanspruchnahme der Sozialhilfe ausgeschlossen wird. Der in § 8 Abs. 3 S. 1 FreizügV/EG als „Orientierungsmarke“ festgelegte so genannte „Bedarfseckwert“ für Alleinstandende und Haushaltsvorstände und die hieraus abgeleiteten Bedarfseckwerte für weitere Haushaltsangehörige (§ 8 Abs. 3 S. 2 ff. FreizügV/EG) wurden nicht übernommen.

Die Aufenthaltserlaubnispflicht für freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger wurde abgeschafft. Ihnen und ihren Familienangehörigen mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union wird gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU von Amts wegen eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt. Art. 11 Abs. 1 RL 2004/38/EWG sieht eine Gültigkeitsdauer der Aufenthaltskarte nach Art. 10 Abs. 1 RL 2004/38/EWG von fünf Jahren ab dem Zeitpunkt der Ausstellung oder alternativ eine Gültigkeit für die geplante Dauer des Aufenthalts vor, wenn dieser auf weniger als fünf Jahre konzipiert ist. Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, wird gemäß § 5 Abs. 2 FreizügG/EU von Amts wegen eine Aufenthaltserlaubnis-EU ausgestellt. Die zuständige Ausländerbehörde kann gemäß § 5 Abs. 3 S. 1 FreizügG/EU verlangen, dass die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU innerhalb angemessener Fristen glaubhaft gemacht werden. Für die Glaubhaftmachung erforderliche Angaben und Nachweise können gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU von der zuständigen Meldebehörde bei der meldebehördlichen Anmeldung entgegengenommen werden. Diese leitet die Angaben und Nachweise gemäß § 5 Abs. 3 S. 3 FreizügG/EU an die zuständige Ausländerbehörde weiter.

Der Fortbestand der Erteilungsvoraussetzungen kann gemäß § 5 Abs. 4 FreizügG/EU aus besonderem Anlass überprüft werden. Sind die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen, kann der Verlust des Rechts

nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU gemäß § 5 Abs. 5 S. 1 FreizügG/EU festgestellt und die Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht eingezogen und die Aufenthaltserlaubnis-EU widerrufen werden. § 3 Abs. 3 S. 2 FreizügG/EU gilt gemäß § 5 Abs. 5 S. 2 FreizügG/EU entsprechend. Im Übrigen kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU nur gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Artt. 39 Abs. 3, 46 Abs. 1 EGV) festgestellt und die Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht eingezogen und die Aufenthaltserlaubnis-EU widerrufen werden<sup>5</sup>. Aus den in § 6 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU genannten Gründen kann gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU auch die Einreise verweigert werden. Der Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt kann gemäß § 6 Abs. 3 FreizügG/EU nach ständigem rechtmäßigem Aufenthalt im Bundesgebiet von mehr als fünf Jahren Dauer nur noch aus besonders schwer wiegenden Gründen festgestellt werden.

Gemäß § 7 Abs. 1 S. 1 FreizügG/EU sind Unionsbürger ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde unanfechtbar festgestellt hat, dass das Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Familienangehörige, die nicht Unionsbürger sind, sind nach § 7 Abs. 1 S. 2 FreizügG/EU ausreisepflichtig, wenn die Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis-EU unanfechtbar widerrufen oder zurückgenommen hat. In dem Bescheid soll gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 3 FreizügG/EU die Abschiebung angedroht und eine Ausreisefrist gesetzt werden. Außer in dringenden Fällen muss die Frist, falls eine Aufenthaltserlaubnis-EU oder eine Bescheinigung über das gemeinschaftsrechtliche Aufenthaltsrecht noch nicht ausgestellt ist, nach § 7 Abs. 1 S. 4 FreizügG/EU mindestens 15 Tage, in den übrigen Fällen mindestens einen Monat betragen. § 7 Abs. 1 FreizügG/EU knüpft die Ausreisepflicht an die unanfechtbare Feststellung des Wegfalles beziehungsweise des anfänglichen Fehlens der Freizügigkeitsberechtigung, die durch feststellenden Verwaltungsakt oder bei Familienangehörigen, die nicht Unionsbürger sind, durch bestandskräftigen Widerruf oder Rücknahme der

Aufenthaltserlaubnis-EU erfolgt. Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die ihr Freizügigkeitsrecht nach § 6 Abs. 1 oder 3 FreizügG/EU verloren haben, dürfen gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 FreizügG/EU nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten. Das Verbot nach § 7 Abs. 2 S. 1 FreizügG/EU wird gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 FreizügG/EU befristet. Die Frist beginnt gemäß § 7 Abs. 2 S. 3 FreizügG/EU mit der Ausreise. Das Wiedereinreiseverbot nach § 7 Abs. 2 FreizügG/EU tritt nur in den Fällen des § 6 Abs. 1 und 3 FreizügG/EU ein. Hat die Ausländerbehörde das Nichtbestehen oder den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU oder des Rechts nach § 2 Abs. 5 FreizügG/EU festgestellt, findet das Aufenthaltsgesetz gemäß § 11 Abs. 2 FreizügG/EU Anwendung, sofern dieses Gesetz keine besonderen Regelungen trifft.

Soweit nach Maßgabe des Vertrages vom 16. April 2003 über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien und der Slowakischen Republik zur Europäischen Union (BGBl. 2003 II S. 1408) abweichende Regelungen anwendbar sind, findet das Freizügigkeitsgesetz/EU gemäß § 13 FreizügG/EU Anwendung, wenn die Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit gemäß § 284 Abs. 1 SGB III genehmigt wurde. § 284 SGB III regelt die Arbeitsgenehmigungspflicht für die Staatsangehörigen der Beitrittsstaaten und die Voraussetzungen der Erteilung einer Arbeitserlaubnis- beziehungsweise Arbeitsberechtigung-EU. Zugleich werden darin die grundsätzliche Fortgeltung des Anwerbestoppes für Arbeitskräfte ohne qualifizierte Berufsausbildung sowie entsprechende Ausnahmen statuiert.

## 2. Assoziationsabkommen EWG/Türkei

Gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 AufenthG ist ein Ausländer, dem auf der Grundlage des Assoziationsabkommens EWG/Türkei ein Aufenthaltsrecht zusteht, verpflichtet, das Bestehen des Aufenthaltsrechts durch den Be-

sitz einer Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen. Die Aufenthaltserlaubnis wird gemäß § 4 Abs. 5 S. 2 AufenthG auf Antrag ausgestellt. Sie hat ob des gemeinschaftsrechtlich begründeten Aufenthaltsrechts lediglich deklaratorischen Charakter und unterliegt nicht den Voraussetzungen des § 5 AufenthG.

## 3. Befreiungen nach nationalem Ausländerrecht

Das deutsche Ausländerrecht stellt über das Gemeinschaftsrecht hinaus weitere Personengruppen von der grundsätzlichen Genehmigungsbedürftigkeit des Aufenthaltes frei. Gemäß den §§ 4 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 99 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG ist das Bundesministerium des Innern unter anderem berechtigt, zur Erleichterung des Aufenthalts von Ausländern insbesondere im Rahmen des grenzüberschreitenden Verkehrs und zum Zwecke der Vereinfachung eines kurzfristigen Aufenthaltes von Reisenden, Geschäftsleuten, Besuchern und Touristen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates Befreiungen von dem in § 4 Abs. 1 S. 1 AufenthG statuierten Erfordernis der Aufenthaltsgenehmigung vorzusehen. Dies entspricht § 3 Abs. 1 S. 2 AuslG. In den §§ 15 bis 30 AufenthV werden die Befreiungstatbestände der Durchführungsverordnung zum Ausländergesetz zusammengefasst und entsprechend der Systematik gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben angepasst. Gemäß § 15 AufenthV richtet sich die Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern für Kurzaufenthalte nach dem Recht der Europäischen Union, insbesondere dem Schengener Durchführungsübereinkommen und der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 in der jeweils geltenden Fassung in Verbindung mit den nachfolgenden Bestimmungen. Als Kurzaufenthalt gilt gemäß § 1 Abs. 2 AufenthV ein Aufenthalt im gemeinsamen Gebiet der Schengen-Staaten von höchstens drei Monaten innerhalb einer Frist von sechs Monaten von dem Tag der ersten Einreise an. Gemäß § 17 Abs. 1 AufenthV sind die Staatsangehörigen der in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 in der jeweils geltenden Fassung genannten Staaten für die Einreise und den Kurzaufent-

halt vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels nicht befreit, soweit sie im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit ausüben. Der Begriff der „Erwerbstätigkeit“ wird in § 2 Abs. 2 AufenthG definiert. Danach ist Erwerbstätigkeit die selbständige Tätigkeit und die Beschäftigung im Sinne von § 7 SGB IV. In § 17 Abs. 2 AufenthV wurden solche Fälle der Einreise zum Zwecke der Erwerbstätigkeit festgelegt, die weiterhin visumsfrei bleiben sollen. § 17 Abs. 1 AufenthV findet gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 AufenthV keine Anwendung, soweit der Ausländer im Bundesgebiet für die Dauer von bis zu drei Monaten innerhalb eines Zeitraums von zwölf Monaten lediglich Tätigkeiten selbständig oder unselbständig ausübt, die nach Maßgabe einer Rechtsverordnung nicht als Beschäftigung im Sinne des Aufenthaltsgesetzes gelten.

## II. Überblick über die verschiedenen Aufenthaltstitel

Der als sprachlich geläufiger gewertete Begriff des Aufenthaltstitels ersetzt den Begriff der Aufenthaltsgenehmigung. Die nach dem Ausländergesetz 1990 - einschließlich der Unterscheidung befristete / unbefristete Aufenthaltserlaubnis - vorgesehenen fünf Aufenthaltsgenehmigungen werden durch zwei Aufenthaltstitel, eine (befristete) Aufenthaltserlaubnis im Sinne des § 7 AufenthG und eine (unbefristete) Niederlassungserlaubnis im Sinne des § 9 AufenthG, ersetzt. Zusätzlich wird in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen das Visum in § 6 AufenthG als eigenständiger Aufenthaltstitel benannt. Aufenthaltstitel sind darüber hinaus die Aufenthaltserlaubnis-EU gemäß § 5 Abs. 2 FreizügG/EU und die Aufenthaltsgestattung nach den §§ 55, 56 AsylVfG, nicht hingegen die Bescheinigung über das gemeinschaftliche Aufenthaltsrecht gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU, die Betretenserlaubnis gemäß § 11 Abs. 2 AufenthG und die Bescheinigung über die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) gemäß § 60a Abs. 4 AufenthG.

Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 AufenthG berechtigt ein Aufenthaltstitel zur Aus-

übung einer Erwerbstätigkeit, sofern es nach diesem Gesetz bestimmt ist oder der Aufenthaltstitel die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausdrücklich erlaubt. Besteht ein gesetzlicher Anspruch auf Ausübung einer Erwerbstätigkeit, so berechtigt der Aufenthaltstitel unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 21 AufenthG auch zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Jeder Aufenthaltstitel muss eine Aussage darüber enthalten, ob er zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Soweit in den Fällen der §§ 9 Abs. 1, 16 Abs. 3, 22 S. 2 und 3, 25 Abs. 1 und 2, 28 Abs. 5, 29 Abs. 5, 31 Abs. 1, 35 Abs. 1, 37 Abs. 1 und 38 Abs. 4 AufenthG ein gesetzlicher Anspruch besteht, kommt dieser Aussage nur deklaratorische Bedeutung zu. Der Ausländer ist in diesem Fall unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 21 AufenthG auch zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt. Demgegenüber ist die Erlaubnis, eine Erwerbstätigkeit auszuüben, in den von §§ 17, 18, 22 S. 1, 23 Abs. 1, 23a, 24, 25 Abs. 3 und 4, 25 Abs. 5 AufenthG erfassten Fällen, in denen kein gesetzlicher Anspruch besteht und die Erwerbstätigkeit nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erlaubt ist, konstitutiver Bestandteil des Aufenthaltstitels. Einem Ausländer, der keine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung besitzt, kann die Ausübung einer solchen gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG nur erlaubt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind gemäß § 4 Abs. 2 S. 4 AufenthG in den Aufenthaltstitel zu übernehmen.

### III. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen und Versagungsgründe

#### 1. Allgemeine Erteilungsvoraussetzungen

§ 5 AufenthG enthält die grundlegenden Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels und

tritt insoweit an die Stelle der §§ 6 bis 9 AuslG.

Gemäß § 5 Abs. 1 AufenthG setzt die Erteilung eines Aufenthaltstitels in der Regel voraus, dass die Passpflicht nach § 3 AufenthG erfüllt wird und der Lebensunterhalt gesichert ist, die Identität und, falls keine Rückkehrberechtigung in einen anderen Staat besteht, die Staatsangehörigkeit des Ausländers geklärt ist, kein Ausweisungsgrund vorliegt und, soweit kein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels besteht, der Aufenthalt des Ausländers nicht aus einem sonstigen Grund Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt oder gefährdet. Die Norm findet Anwendung nicht nur auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, sondern auch auf die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis und eines Visums, soweit nicht etwa in den §§ 9, 28 AufenthG abweichende Regelungen getroffen werden. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG hält an dem Erfordernis der Sicherstellung des Lebensunterhaltes fest und dient damit der Verhinderung einer Inanspruchnahme öffentlicher Mittel. Gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 AufenthG ist der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert, wenn er ihn einschließlich ausreichenden Krankenversicherungsschutzes ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten kann. Nach § 2 Abs. 3 S. 2 AufenthG bleiben dabei das Kinder- und Erziehungsgeld sowie öffentliche Mittel außer Betracht, die auf Beitragsleistungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Gemäß § 2 Abs. 3 S. 3 AufenthG werden bei der Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug Beiträge der Familienangehörigen zum Haushaltseinkommen berücksichtigt. Nicht zu den in § 2 Abs. 3 S. 1 AufenthG genannten öffentlichen Mitteln zählen Kindergeld, Erziehungsgeld und öffentliche Mittel, die auf Beitragsleistungen beruhen oder die gewährt werden, um den Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen. Die Mittel für den Lebensunterhalt können aus eigener Erwerbstätigkeit, eigenem Vermögen und sonstigen eigenen Quellen, wie etwa Leistungen aus privaten Versicherungsverträgen, aus Unterhaltsleistungen von Familienangehörigen oder Dritten oder aus bestimmten

öffentlichen Mitteln stammen, die entweder bestimmungsgemäß den Unterhaltsbedarf während des Inlandsaufenthaltes befriedigen sollen oder auf eigenen Beitragszahlungen beruhen. Dabei muss die Eigenleistung den maßgeblichen Grund für die Leistungsgewährung abgeben. Der Lebensunterhalt kann auch mittels Erwerbseinkommens aus befristeten Arbeitsverhältnissen gesichert werden, sofern eine Zukunftsprognose etwa ergibt, dass sich aller Wahrscheinlichkeit nach weitere Arbeitsverhältnisse anschließen werden. Auch ein Minijob im Sinne einer geringfügig entlohnten Beschäftigung nach Maßgabe des § 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV mit einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt, das 400,00 EURO nicht übersteigt, ist zur Unterhaltssicherung gemäß § 2 Abs. 3 S. 1 AufenthG grundsätzlich geeignet<sup>6</sup>. Demgegenüber ist der Beschäftigungstyp der nicht berufsmäßigen kurzfristigen Beschäftigung im Sinne des § 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV, der nicht sozialversicherungspflichtige Saisontätigkeiten von bis zu zwei Monaten oder 50 Arbeitstagen im Jahr betrifft und dadurch eher einer vorübergehenden Aushilfstätigkeit ähnelt, nicht zur Sicherung des Lebensunterhalts geeignet<sup>7</sup>. Gleiches gilt für ein zeitlich befristetes Schuldversprechen<sup>8</sup>. Der Lebensunterhalt ist insbesondere nicht in der erforderlichen Weise gesichert, wenn er nur mit Leistungen aus dem Zweiten oder Zwölften Buch Sozialgesetzbuch<sup>9</sup> bestritten werden kann. Allerdings kann auch bei Bezug derartiger Leistungen ein Ausnahmefall anzunehmen sein, wenn diesem etwa eine langjährige Erwerbstätigkeit vorausgegangen ist, der Eintritt der Arbeitslosigkeit nicht verschuldet wurde oder die Versagung erhebliche soziale Folgen für die Familienangehörigen zeitigte. Allerdings müssen die individuellen Verhältnisse ungewöhnlich gelagert sein. Beiträge von Familienmitgliedern zum Haushaltseinkommen finden gemäß § 2 Abs. 3 S. 3 AufenthG bei der Prüfung der Aufenthaltsgewährung zum Zwecke der Herstellung beziehungsweise Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft Berücksichtigung. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels setzt gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG des Weiteren voraus, dass die Identität und, falls er nicht zur Rückkehr in einen anderen Staat be-

rechtigt ist, die Staatsangehörigkeit des Ausländers geklärt ist. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG steht das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes der Erteilung eines Aufenthaltstitels regelmäßig entgegen. Ein Ausweisungsgrund im Sinne der Norm liegt vor, wenn ein Tatbestandsmerkmal der §§ 53 bis 55 AufenthG verwirklicht ist. Ob eine Ausweisung rechts- und ermessensfehlerfrei verfügt werden könnte, ist wie schon unter der Geltung des Ausländergesetzes unerheblich. § 5 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG übernimmt den Versagungsgrund des § 7 Abs. 2 Nr. 3 AuslG. Zu den öffentlichen Interessen gehören die übergeordnete ausländerpolitische Grundentscheidung der Zuwanderungsbegrenzung und der Anwerbestopp für Erwerbstätigkeiten, für die eine qualifizierte Berufsausbildung nicht erforderlich ist. Unter den Interessen der Bundesrepublik Deutschland sind sämtliche wirtschaftlichen und sozialen sowie alle sonstigen staatlichen und gesellschaftlichen Interessen zu verstehen, die einen Bezug zum Aufenthalt von Ausländern aufweisen, wobei zu berücksichtigen ist, dass ausländerpolitische Zielsetzungen variieren können. Nicht jede Beeinträchtigung oder Gefährdung staatlicher Interessen vermag indes eine Regelversagung zu rechtfertigen; jene müssen vielmehr so gewichtig sein, dass die Versagung des Aufenthaltstitels in der Regel geboten ist, ohne dass noch eine Einzelfallprüfung gerechtfertigt erscheint.

Gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG setzt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder einer Niederlassungserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat. Gemäß § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG kann hiervon abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruches auf Erteilung erfüllt sind oder es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumverfahren nachzuholen. Auf einen Verstoß gegen die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 AufenthG kann die Ausländerbehörde die Ablehnung eines Aufenthaltstitels aus Gründen des Vertrauensschutzes nur bei dessen erstmaliger Beantragung stützen<sup>10</sup>. Die zwingende Erteilungsvor-

aussetzung des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG dient der Wahrung der mit dem Sichtvermerkszwang verfolgten Interessen der Steuerung des Zuzuges von Ausländern in das Bundesgebiet<sup>11</sup>. Ihr liegt die grundsätzliche Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, den durch eine illegale Einreise begründeten Aufenthalt nicht anschließend durch die Erteilung eines Aufenthaltstitels zu legalisieren. Maßgeblich sind insoweit die Verhältnisse im Zeitpunkt der Antragstellung. Ist die Visumpflicht nach der Einreise entfallen, ist § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG nicht anwendbar. Ob ein Ausländer bei der Einreise visumpflichtig ist, ist im Einzelnen in § 99 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. den Bestimmungen der Aufenthaltsverordnung geregelt. Das Einreise- und indirekt auch das Aufenthaltsrecht für Drittausländer für geplante Aufenthalte bis zu drei Monaten wird maßgeblich durch die VO (EG) 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 geprägt, die bereits eine weit gehende Verdrängung des Ausländergesetzes und der Durchführungsverordnung zum Ausländergesetz bewirkt hatte<sup>13</sup>. Positivstaatscheiden aus dem Anwendungsbeereich des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG nicht von vornherein aus. Die Befreiung vom Erfordernis des Aufenthaltstitels nach der EU-VisaVO erstreckt sich lediglich auf einen Kurzaufenthalt im Bundesgebiet ohne Aufnahme einer Erwerbstätigkeit. Entfällt eine dieser beiden Voraussetzungen, ist der sodann gestellte Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG abzulehnen. Ausländer, die bei oder nach der Einreise um Asyl nachsuchen, sind von der Anwendung des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG ebenfalls nicht ausgenommen, sind sie doch lediglich zur Durchführung des Asylverfahrens von dem Sichtvermerkszwang befreit<sup>14</sup>. Beantragen sie nach dem negativen Abschluss ihres Asylverfahrens die Erteilung eines Aufenthaltstitels, so unterliegen sie wie andere Ausländer auch dem Sichtvermerkszwang. Allerdings dürfen auch sie einen durch Eheschließung nach der Einreise erworbenen oder im Hinblick auf deutsche Familienangehörige zustehenden Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ohne vorherige Ausreise nach Maßgabe des § 39 Nr. 3 AufenthV geltend machen. Gemäß § 5

Abs. 2 S. 2 AuslG soll das staatliche Interesse an der Einhaltung der Sichtvermerksbestimmungen zurücktreten, wenn die Voraussetzungen eines Anspruches auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind. Letzteres ist der Fall, wenn der Erteilung außer dem Verbot des § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG sonst nichts mehr im Wege steht. Im Rahmen der nach § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG eröffneten Ermessensentscheidung hat die Ausländerbehörde den Zweck der Ausnahmemöglichkeit zu berücksichtigen, dem Antragsteller im Falle eines offensichtlichen Genehmigungsanspruches die Notwendigkeit der vorherigen Ausreise zu ersparen und hierdurch die Folgen seines Sichtvermerksverstoßes abzumildern. Macht die Behörde indes von der Ausnahmemöglichkeit keinen Gebrauch, kann der Ausländer hiergegen Rechtsschutz in Anspruch nehmen.

Gemäß § 5 Abs. 3, 1. Hs. AufenthG ist in den Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach den §§ 24, 25 Abs. 1 bis 3 und § 26 Abs. 3 AufenthG von der Anwendung des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG abzusehen; in den übrigen Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 kann gemäß § 5 Abs. 3, 2. Hs. AufenthG hiervon abgesehen werden. Im Fall des § 23 Abs. 2 AufenthG soll von der Einhaltung des Visumverfahrens nicht abgesehen werden, da insoweit ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Einhaltung eines geregelten Aufnahmeverfahrens besteht und sich der Ausländer nicht in einer Fluchtsituation befindet.

## 2. Versagungsgründe

Gemäß § 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG ist die Erteilung eines Aufenthaltstitels zu versagen, wenn einer der Ausweisungsgründe des § 54 Nr. 5<sup>15</sup> oder 5a AufenthG vorliegt. Ziel dieser beiden Tatbestände und des Versagungsgrundes des § 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG ist es, den Staat zu ermächtigen, interne und externe Sicherheitsgefahren effektiv abzuwehren<sup>16</sup>. Von § 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG können gemäß § 5 Abs. 4 S. 2 AufenthG in begründeten Einzelfällen Ausnahmen zugelassen werden, wenn sich der Ausländer gegenüber den zuständigen Behörden offenbart und glaubhaft von sei-

nem sicherheitsgefährdenden Handeln Abstand nimmt. Das Bundesministerium des Innern oder die von ihm bestimmte Stelle kann gemäß § 5 Abs. 4 S. 3 AufenthG in begründeten Einzelfällen vor der Einreise des Ausländers für den Grenzübertritt und einen anschließenden Aufenthalt von bis zu sechs Monaten Ausnahmen von § 5 Abs. 4 S. 1 AufenthG zulassen.

Das in § 11 Abs. 1 AufenthG statuierte Einreise- und Aufenthaltsverbot entspricht inhaltlich weitgehend § 8 Abs. 2 AuslG und der korrespondierenden Ausnahmeregelung des § 9 Abs. 3 AuslG. Im Unterschied zu diesen erstrecken sich die Sperrwirkungen nunmehr auch auf den Fall einer Zurückschiebung. Gemäß § 11 Abs. 1 S. 5 AufenthG erfolgt eine Befristung der Einreise- und Erteilungssperre nicht, wenn ein Ausländer wegen eines Verbrechens gegen den Frieden, eines Kriegsverbrechens oder eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit oder aufgrund einer Abschiebungsanordnung nach § 58a AufenthG aus dem Bundesgebiet abgeschoben wurde. Die oberste Landesbehörde kann gemäß § 11 Abs. 1 S. 6 AufenthG im Einzelfall Ausnahmen von § 11 Abs. 1 S. 5 AufenthG zulassen. Zuständig für den Erlass der Befristungsentscheidung nach § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG ist grundsätzlich die Ausländerbehörde. Gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 AufenthG kann dem Ausländer vor Ablauf der nach § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG festgelegten Frist außer in den Fällen des § 11 Abs. 1 S. 5 AufenthG ausnahmsweise erlaubt werden, das Bundesgebiet kurzfristig zu betreten, wenn zwingende Gründe seine Anwesenheit erfordern oder die Versagung der Erlaubnis eine unbillige Härte bedeuten würde. Im Falle des § 11 Abs. 1 S. 5 AufenthG gilt gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 AufenthG § 11 Abs. 1 S. 6 AufenthG entsprechend.

#### IV. Aufenthaltserlaubnis und Niederlassungserlaubnis

Die in § 7 Abs. 1 S. 1 AufenthG geregelte Aufenthaltserlaubnis ersetzt als befristeter Aufenthaltstitel die Aufenthaltsbewilligung, die Aufenthaltsbefugnis und die befristete Aufenthaltserlaubnis nach früherem

Recht. Sie wird nach § 7 Abs. 1 S. 2 AufenthG zu den in den nachfolgenden Abschnitten genannten Aufenthaltswegen erteilt. Gemäß § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG kann eine Aufenthaltserlaubnis in begründeten Fällen auch für einen von diesem Gesetz nicht vorgesehenen Aufenthaltsweg erteilt werden. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis richtet sich grundsätzlich nach den besonderen Erteilungsvorschriften der Abschnitte 3 bis 7 des Aufenthaltsgesetzes. § 7 Abs. 1 S. 3 AufenthG stellt klar, dass eine Aufenthaltserlaubnis auch außerhalb der vom Gesetz erfassten und speziell geregelten Aufenthaltswegen erteilt werden kann. Die Aufenthaltserlaubnis ist gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 AufenthG unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltswegs zu befristen. Gemäß § 8 Abs. 1 AufenthG finden auf die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis dieselben Vorschriften Anwendung wie auf die Erteilung. § 8 Abs. 1 AufenthG entspricht inhaltlich der Regelung in § 13 Abs. 1 AuslG. Die Aufenthaltserlaubnis kann gemäß § 8 Abs. 2 AufenthG in der Regel nicht verlängert werden, wenn die zuständige Behörde dies bei einem seiner Zweckbestimmung nach nur vorübergehenden Aufenthalt bei der Erteilung oder der zuletzt erfolgten Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen hat. § 8 Abs. 2 AufenthG eröffnet der zuständigen Behörde die Möglichkeit, die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis durch eine Nebenbestimmung auszuschließen. Auf diese Weise kann sie von Anfang an Klarheit über die Perspektive der Aufenthaltsdauer im Bundesgebiet schaffen. Die Rechtsfolge der Nichtverlängerbarkeit tritt kraft Gesetzes ein. Damit wird ein variables Instrumentarium für Bedarfsfälle eingeführt, um zu verhindern, dass sich der Ausländer durch Verlängerungen der Aufenthaltserlaubnis auf Vertrauensschutz berufen kann. Ein Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis entfaltet auch dann eine Fiktionswirkung nach Maßgabe des § 81 Abs. 4 AufenthG, wenn die Verlängerung zuvor gemäß § 8 Abs. 2 AufenthG ausgeschlossen wurde. Die Ausländerbehörde hat bei Vorliegen eines Regelfalles im Sinne des § 8 Abs. 2 AufenthG zu prüfen, ob das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles eine au-

Bergewöhnliche Härte bedeuten würde und daher die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG in Betracht kommt. Verletzt ein Ausländer seine Verpflichtung nach § 44a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG zur ordnungsgemäßen Teilnahme an einem Integrationskurs, so ist dies gemäß § 8 Abs. 3 S. 1 AufenthG bei der Entscheidung über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zu berücksichtigen<sup>17</sup>. Besteht kein Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, so kann die Verlängerung derselben gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 AufenthG abgelehnt werden. Bei den Entscheidungen nach § 8 Abs. 3 S. 1 und 2 AufenthG sind die Dauer des rechtmäßigen Aufenthaltes, schutzwürdige Bindungen des Ausländers an das Bundesgebiet und die Folgen für die rechtmäßig im Bundesgebiet lebenden Familienangehörigen des Ausländers zu berücksichtigen.

Die in § 9 Abs. 1 S. 1 AufenthG geregelte Niederlassungserlaubnis ersetzt die Aufenthaltsberechtigung und die unbefristete Aufenthaltserlaubnis nach dem Ausländergesetz. Sie berechtigt gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, ist zeitlich und räumlich unbeschränkt und darf nicht mit einer Nebenbestimmung versehen werden. § 47 AufenthG bleibt gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 AufenthG unberührt. Bei der Überleitung einer nach dem Ausländergesetz erteilten Aufenthaltserlaubnis in eine Niederlassungserlaubnis geht § 9 AufenthG § 102 AufenthG vor mit der Folge, dass andere als in den §§ 9 Abs. 1 S. 2 und 23 Abs. 2 S. 2 AufenthG zugelassenen Auflagen ihre Gültigkeit verlieren. Die Erteilung der Niederlassungserlaubnis erfolgt auf der Grundlage eines Rechtsanspruches gemäß § 9 Abs. 2 AufenthG beziehungsweise für privilegierte Personengruppen auch nach einer kürzeren Aufenthaltsdauer auf Grund Ermessens gemäß § 9 Abs. 3 AufenthG. § 9 Abs. 2 AufenthG regelt den Anspruch auf eine Niederlassungserlaubnis für Ausländer, die auf Grund der Dauer des Aufenthalts und ihrer persönlichen Lebensumstände in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland integriert sind. Dies wird durch die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 9 AufenthG sichergestellt. Sie

entsprechen im Wesentlichen den Voraussetzungen, die für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach den §§ 27 Abs. 2, 24 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 AuslG vorgesehen waren. Auf die fünfjährige Besitzzeit des § 9 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG finden Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis keine Anrechnung. Hiervon ist auszugehen, da eine § 102 Abs. 2 AufenthG entsprechende Überleitungsvorschrift nicht existiert und § 101 Abs. 2 AufenthG die Fortgeltung der „übrigen Aufenthaltsgenehmigungen“, zu denen auch die Aufenthaltserlaubnis zählt, nur nach Maßgabe des ihnen zugrunde liegenden Aufenthaltswertes anordnet. Demgegenüber sind studienbedingte Aufenthaltszeiten bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG anrechenbar, wenn anschließend eine Aufenthaltserlaubnis zu einem anderen, nicht studienbedingten Zweck erteilt worden ist. Dieser Zweck darf weder studienbezogen noch in der Arbeitsplatzsuche bestehen. Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis an einen Ausländer, dessen Aufenthalt auf der Grundlage des § 16 Abs. 4 AufenthG erlaubt ist, kommt daher nicht in Betracht. Auf die für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis erforderlichen Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis wird gemäß § 9 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AufenthG die Zeit des früheren Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis oder Niederlassungserlaubnis, wenn der Ausländer zum Zeitpunkt seiner Ausreise im Besitz einer Niederlassungserlaubnis war, abzüglich der Zeit der dazwischen liegenden Aufenthalte außerhalb des Bundesgebietes, die zum Erlöschen der Niederlassungserlaubnis führten, angerechnet; angerechnet werden höchstens vier Jahre. Gemäß § 9 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 AufenthG werden entsprechend der Regelung in § 44 Abs. 4 AuslG ferner höchstens sechs Monate für jeden Aufenthalt außerhalb des Bundesgebietes, der nicht zum Erlöschen der Aufenthaltserlaubnis führte, angerechnet. Auf Ausländer, die vor dem 1. Januar 2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder -befugnis waren, findet § 9 Abs. 2 Nr. 3 und 8 AufenthG gemäß § 104 Abs. 2 AufenthG keine Anwendung. Die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 und 8 AufenthG sind gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 AufenthG nachgewiesen, wenn ein

Integrationskurs erfolgreich abgeschlossen wurde. Von diesen Voraussetzungen wird gemäß § 9 Abs. 2 S. 3 AufenthG abgesehen, wenn der Ausländer sie wegen einer körperlichen, geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung nicht erfüllen kann. Im Übrigen kann gemäß § 9 Abs. 2 S. 4 AufenthG zur Vermeidung einer Härte von den Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 und 8 AufenthG abgesehen werden. Die bisherige Voraussetzung, sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständigen zu können, wird durch ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache in § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 AufenthG ersetzt, um dem Erfordernis der Sprachkenntnisse als wesentlicher Integrationsvoraussetzung und als Voraussetzung für die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben größere Bedeutung zu verschaffen. Ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG liegen vor, wenn sich der Ausländer im täglichen Leben einschließlich der üblichen Kontakte mit Behörden in seiner deutschen Umgebung sprachlich zurechtfinden vermag und mit ihm ein seinem Alter und Bildungsstand entsprechendes Gespräch geführt werden kann. Dazu gehört auch, dass der Ausländer einen deutschsprachigen Text des täglichen Lebens lesen, verstehen und die wesentlichen Inhalte mündlich wiedergeben kann (§ 3 Abs. 2 IntV). Bei Ausländern, die vor dem 1. Januar 2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis waren, wird gemäß § 104 Abs. 2 AufenthG nur verlangt, dass sie sich auf einfache Art in deutscher Sprache mündlich verständigen können. Hinzukommen müssen gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 8 AufenthG Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung und der Lebensverhältnisse im Bundesgebiet. Hierzu gehören insbesondere die grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats. Eine inhaltliche Konkretisierung der Anforderungen vermitteln die Lehrpläne des Orientierungskurses, der Bestandteil des Integrationskurses ist. Bei Ausländern, die vor dem 1. Januar 2005 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis oder Aufenthaltserlaubnis waren, findet § 9 Abs. 2 Nr. 8 AufenthG gemäß § 104 Abs. 2 AufenthG keine Anwendung. Bei Ehegatten, die in ehelicher Lebensgemeinschaft leben, genügt

es gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG, wenn die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 5 und 6 AufenthG durch einen Ehegatten erfüllt werden. Von der Voraussetzung nach § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AufenthG wird gemäß § 9 Abs. 3 S. 2 AufenthG abgesehen, wenn sich der Ausländer in einer Ausbildung befindet, die zu einem anerkannten schulischen oder beruflichen Bildungsabschluss führt. § 9 Abs. 3 S. 1 AufenthG gilt gemäß § 9 Abs. 3 S. 3 AufenthG in den Fällen des § 26 Abs. 4 AufenthG entsprechend.

#### V. Die verschiedenen Aufenthaltswerte

##### 1. Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung und Weiterbildung

Gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 AufenthG kann einem Ausländer zum Zweck der Studienbewerbung und des Studiums an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule oder vergleichbaren Ausbildungseinrichtung einschließlich der studienvorbereitenden Maßnahmen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Die Geltungsdauer bei der Ersterteilung der Aufenthaltserlaubnis bei studienvorbereitenden Maßnahmen soll gemäß § 16 Abs. 1 S. 2, 1 Hs. AufenthG zwei Jahre nicht überschreiten<sup>18</sup>; im Falle des Studiums wird sie gemäß § 16 Abs. 1 S. 2, 2. Hs. AufenthG für zwei Jahre erteilt und kann um jeweils bis zu weiteren zwei Jahren verlängert werden, wenn der Aufenthaltswert noch nicht erreicht ist und in einem angemessenen Zeitraum noch erreicht werden kann. Die Aufenthaltsdauer als Studienbewerber darf gemäß § 16 Abs. 1 S. 3 AufenthG höchstens neun Monate betragen. § 16 Abs. 1 AufenthG beinhaltet die Erteilungsnorm für Studienbewerber und Studenten einschließlich der studienvorbereitenden Maßnahmen. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke eines Schulbesuches oder der Aufnahme eines Studiums, einschließlich der Absolvierung hierfür erforderlicher Sprachkurse, Studienkollege, Praktika sowie hiermit verbundener Graduierung und Promotion ist in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt<sup>19</sup>. Sofern aus entwicklungspolitischen Gründen

nach Abschluss des Studiums die Rückkehr des Absolventen in sein Heimatland gewollt ist, kann nach § 8 Abs. 2 AufenthG die Verlängerungsmöglichkeit der Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen werden. Gemäß § 16 Abs. 2 S. 1 AufenthG soll während des Aufenthalts nach § 16 Abs. 1 AufenthG in der Regel keine Aufenthaltserlaubnis für einen anderen Aufenthaltswert erteilt oder verlängert werden, sofern nicht ein gesetzlicher Anspruch besteht. Durch § 16 Abs. 2 S. 1 AufenthG wird der Wechsel des Aufenthaltswertes im Grundsatz ausgeschlossen. Es soll sichergestellt werden, dass nur Studien-, und keine anderen Aufenthaltswerte verfolgt werden. Inhaltlich ist die Vorschrift an die geltende Regelung des § 28 Abs. 2 AuslG angelehnt. Der Zweck wird geändert, wenn eine andere Ausbildung, ein anderer Arbeitsplatz oder eine andere Studienrichtung gewählt werden. Ausnahmen sind in atypischen Fallgestaltungen denkbar. Gemäß § 16 Abs. 3 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung, die insgesamt 90 Tage oder 180 halbe Tage im Jahr nicht überschreiten darf, sowie zur Ausübung studentischer Nebentätigkeiten. Die Möglichkeit, bis zu drei Monaten im Jahr arbeitsgenehmigungsfrei zu arbeiten, bleibt erhalten, wird aber an die gegenwärtige Praxis der Zulassung von 90 Tagen Arbeit neben dem Studium angepasst. Neu ermöglicht wird künftig die Ausübung studentischer Nebentätigkeiten ohne zeitliche Einschränkung. Die Erlaubnis zu diesen Tätigkeiten ist kraft Gesetzes von der Aufenthaltserlaubnis mit erfasst. Eine separate Genehmigung der Agentur für Arbeit ist nicht erforderlich. Die Tätigkeiten dürfen jedoch den Zweck "Studium" nicht gefährden. Nach erfolgreichem Abschluss des Studiums kann die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 16 Abs. 4 AufenthG um bis zu einem Jahr zur Suche eines diesem Abschluss angemessenen Arbeitsplatzes, sofern er nach den Bestimmungen der §§ 18 bis 21 AufenthG von Ausländern besetzt werden darf, verlängert werden, sofern die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG weiterhin vorliegen. § 16 Abs. 4 AufenthG eröffnet neben den Möglichkeiten eines sich anschließenden Aufenthalts zum Zweck der Ausübung einer studien-

fachbezogenen Erwerbstätigkeit nach Maßgabe der §§ 18 bis 21 AufenthG die Option, dem Studienabsolventen durch eine befristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausreichend Zeit für die Arbeitsplatzsuche einzuräumen. Auf diese Weise hat er die Möglichkeit, einen seiner Qualifikation angemessenen Arbeitsplatz zu finden. Die ausreichende Lebensunterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG muss innerhalb des Jahreszeitraumes gewährleistet sein. Insoweit dürfte § 16 Abs. 3 AufenthG hinsichtlich der Ausübung einer Erwerbstätigkeit entsprechende Anwendung finden. Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 9 AufenthG ist für den durch § 16 Abs. 4 AufenthG gewährleisteten Jahreszeitraum nach Sinn und Zweck der Norm ausgeschlossen. Gemäß § 16 Abs. 5 S. 1 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zur Teilnahme an Sprachkursen, die nicht der Studienvorbereitung dienen, und in Ausnahmefällen für den Schulbesuch erteilt werden. § 16 Abs. 2 AufenthG gilt gemäß § 16 Abs. 5 S. 2 AufenthG entsprechend.

Gemäß § 17 S. 1 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der betrieblichen Aus- und Weiterbildung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Aus- und Weiterbildung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind gemäß § 17 S. 2 AufenthG in die Aufenthaltserlaubnis zu übernehmen. § 16 Abs. 2 AufenthG gilt gemäß § 17 S. 3 AufenthG entsprechend.

## 2. Aufenthalt zum Zwecke der Ausübung einer Erwerbstätigkeit

Das vormalige doppelte Genehmigungsverfahren für die Aufenthaltsgenehmigung (Ausländerbehörde) einerseits und die Arbeitsgenehmigung (Agentur für Arbeit) andererseits wird durch das so genannte „one-step-government-Verfahren“ er-

setzt. Eine ausdrückliche Beantragung einer Arbeitsgenehmigung ist nicht mehr vorgesehen. Mit der Aufhebung der §§ 285 f. SGB III ist die Möglichkeit der Erteilung von Arbeitserlaubnissen und Arbeitsberechtigungen entfallen. Stattdessen hat die Ausländerbehörde mit der Entscheidung über eine Aufenthaltserlaubnis auch zu entscheiden, ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit nach den Vorgaben des Aufenthaltsgesetzes und der dazu erlassenen Verordnungen nach § 42 AufenthG erlaubt wird<sup>20</sup>. Bei der Entscheidung über die Erwerbstätigkeit ist die Arbeitsverwaltung im Rahmen eines Zustimmungsverfahrens zu beteiligen, soweit der Aufenthaltstitel nicht bereits aufgrund gesetzlicher Anordnung zur zustimmungsfreien Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt. Die Zustimmungserteilung ist als verwaltungsinterner Mitwirkungsakt ausgestaltet<sup>21</sup>, der nicht isoliert anfechtbar ist.

Gemäß § 39 Abs. 1 S. 1 AufenthG kann ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden, soweit durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist. Die Zustimmung kann gemäß § 39 Abs. 1 S. 2 AufenthG erteilt werden, wenn dies in zwischenstaatlichen Vereinbarungen, durch ein Gesetz oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist. Gemäß § 39 Abs. 2 S. 1 AufenthG kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 AufenthG zustimmen, wenn 1. a) sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben (globale Prüfung) und b) für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen (Einzelfallprüfung) oder 2. sie durch Prüfung nach § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) und b) AufenthG für einzelne Berufsgruppen oder für einzel-



ne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortlich ist, und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Für die Beschäftigung stehen gemäß § 39 Abs. 2 S. 2 AufenthG deutsche Arbeitnehmer und diesen gleichgestellte Ausländer auch dann zur Verfügung, wenn sie nur mit Förderung der Agentur für Arbeit vermittelt werden können. Der Arbeitgeber, bei dem ein Ausländer beschäftigt werden soll, der dafür eine Zustimmung benötigt, hat der Bundesagentur für Arbeit gemäß § 39 Abs. 2 S. 3 AufenthG Auskunft über Arbeitsentgelt, Arbeitszeiten und sonstige Arbeitsbedingungen zu erteilen. § 39 Abs. 2 AufenthG beinhaltet die für die Arbeitsmarktzulassung von Ausländern allgemein geltende Arbeitsmarkt- und Vorrangprüfung. Dabei wird unterschieden zwischen einer allgemeinen Arbeitsmarkt- und Vorrangprüfung in § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG, wie sie in Teilen der Rechtslage unter § 285 Abs. 1 S. 1 SGB III a. F. entspricht, und der Arbeitsmarktbeurteilung durch den Verwaltungsausschuss in § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG, der gleichzeitig die Vorrangprüfung beinhaltet. § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG fasst die bisherige Arbeitsmarktprüfung allgemeiner mit Bezug auf die Region. In § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. b) AufenthG bleibt die auch europarechtlich notwendige individuelle Vorrangprüfung erhalten. Alternativ zu § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) AufenthG kann nach § 39 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG der Verwaltungsausschuss der Agentur für Arbeit (Arbeitgeber, Arbeitnehmer, Kommunalbehörden) feststellen, dass die Besetzung offener Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch in der Region und in einzelnen Berufen verantwortlich ist. Die Zulassung von Ausländern darf nicht zu Lohndumping führen. Deshalb muss der Ausländer zu gleichen Arbeitsbedingungen wie vergleichbare inländische Arbeitnehmer beschäftigt werden. Gemäß § 39 Abs. 3 AufenthG gilt § 39 Abs. 2 AufenthG auch, wenn bei Aufenthalt zu anderen Zwecken der Abschnitte 3, 5, 6 oder 7 eine Zustimmung der Bundesagentur für Ar-

beit zur Ausübung einer Beschäftigung erforderlich ist. Gemäß § 39 Abs. 4 AufenthG kann die Zustimmung die Dauer und die berufliche Tätigkeit festlegen sowie die Beschäftigung auf bestimmte Betriebe oder Bezirke beschränken. Diese Regelung entspricht inhaltlich § 285 Abs. 5 SGB III a. F. Gemäß § 39 Abs. 5 AufenthG kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 19 AufenthG zustimmen, wenn sich durch die Beschäftigung des Ausländers nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt nicht ergeben. Nach § 39 Abs. 6 AufenthG kann Staatsangehörigen derjenigen Staaten, die nach dem Vertrag vom 16. April 2003 über den Beitritt der Tschechischen Republik, der Republik Estland, der Republik Zypern, der Republik Lettland, der Republik Litauen, der Republik Ungarn, der Republik Malta, der Republik Polen, der Republik Slowenien zur Europäischen Union<sup>22</sup> der Europäischen Union beigetreten sind, von der Bundesagentur für Arbeit eine Beschäftigung, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, unter den Voraussetzungen des § 39 Abs. 2 AufenthG erlaubt werden, soweit nach Maßgabe dieses Vertrages von den Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaft abweichende Regelungen Anwendung finden. Ihnen ist Vorrang gegenüber dem Zweck der Beschäftigung einreisenden Staatsangehörigen aus Drittstaaten zu gewähren. Für nicht qualifizierte Beschäftigungen gilt § 39 Abs. 1 AufenthG<sup>23</sup>.

Gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 AufenthG orientiert sich die Zulassung ausländischer Beschäftigter an den Erfordernissen des Wirtschaftsstandortes Deutschland unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt und dem Erfordernis, die Arbeitslosigkeit wirksam zu bekämpfen. Gemäß § 18 Abs. 2 S. 1 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis ausschließlich zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für

Arbeit zulässig ist. Beschränkungen bei der Erteilung der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit sind gemäß § 18 Abs. 2 S. 2 AufenthG in den Aufenthaltstitel, mithin sowohl in die Aufenthaltserlaubnis als gegebenenfalls auch in das Visum, zu übernehmen. Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, einem Ausländer im Ermessenswege zur Ausübung einer Beschäftigung im Sinne des § 2 Abs. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Die Aufenthaltserlaubnis beinhaltet gleichzeitig die Berechtigung zur Ausübung der jeweils erlaubten Erwerbstätigkeit im Sinne des § 4 Abs. 2 S. 1 AufenthG. § 18 Abs. 2 S. 1 AufenthG gilt für jede Beschäftigung im Bundesgebiet. Sie schreibt im Grundsatz fest, dass für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Aufnahme einer Beschäftigung die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erforderlich ist. Die Beurteilung einer Beschäftigungsmöglichkeit oder -notwendigkeit für einen Ausländer obliegt ausschließlich der Arbeitsverwaltung. Dies wird durch das Erfordernis der Zustimmung sichergestellt. Die Ausländerbehörde hat die allgemeinen ausländerrechtlichen Voraussetzungen zu prüfen und gegebenenfalls allgemeine Migrationsgesichtspunkte im Rahmen ihres Ermessens zu bewerten. Ist die Ausländerbehörde nach den allgemeinen ausländerrechtlichen Erwägungen bereit, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, hat sie die erforderliche Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit einzuholen. Liegt die Zustimmung der Arbeitsverwaltung vor, so ist das Ermessen der Ausländerbehörde im Weiteren intendiert. Sie sollte nunmehr die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur noch versagen, wenn zwischenzeitlich eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung nach § 5 AufenthG entfallen ist. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis kann ohne die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erfolgen, sofern dies durch Rechtsverordnung vorgesehen ist. Nach § 18 Abs. 2 S. 2 AufenthG ist Ausländerbehörde bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis an die mit der Zustimmung verbundenen Vorgaben der Bundesagentur für Arbeit gebunden. Ist die Zustimmung zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im Rahmen des Visumverfahrens zu prüfen, so sind der Auslandsvertretung etwaige Be-

schränkungen der Beschäftigung oder im Falle der Zustimmungsversagung die Versagungsgründe als Begründung zur Verweigerung der Zustimmung zur Visumserteilung zu übermitteln. Gemäß § 18 Abs. 3 AufenthG darf eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 Abs. 2 AufenthG, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, nur erteilt werden, wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist oder wenn aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG die Erteilung der Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis für diese Beschäftigung zulässig ist. Damit gilt im Bereich der Geringqualifizierten der Anwerbestopp im Sinne eines Zuwanderungsstopps<sup>24</sup> fort. Ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 Abs. 2 AufenthG, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, darf gemäß § 18 Abs. 4 S. 1 AufenthG nur für eine Beschäftigung in einer Berufsgruppe erteilt werden, die durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG zugelassen ist. Im begründeten Einzelfall kann eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 Abs. 4 S. 2 AufenthG für eine Beschäftigung erteilt werden, wenn an dieser ein öffentliches, insbesondere ein regionales, wirtschaftliches oder arbeitsmarktpolitisches Interesse besteht. Die Regelung erfasst entsprechend § 8 AAV nur qualifizierte, nicht hingegen nicht qualifizierte Berufe. Das Anknüpfen an regionale Begebenheiten stellt eine Modifizierung des bundesweit ausgerichteten Vorrangprinzips dar. Ein Aufenthaltstitel nach den §§ 18 Abs. 2 und 19 AufenthG darf nur erteilt werden, wenn ein konkretes Arbeitsplatzangebot vorliegt.

Gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 AufenthG kann einem hoch qualifizierten Ausländer in besonderen Fällen eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Niederlassungserlaubnis ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG erteilt werden kann, und die

Annahme gerechtfertigt ist, dass die Integration in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland ohne staatliche Hilfe gewährleistet ist. Die genaue Einordnung, welche Personen als hochqualifizierte Arbeitskräfte einzuordnen sind, erfolgt durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit auf der Grundlage von § 42 Abs. 1 AufenthG. Die Ausländerbehörde hat vor der Erteilung der Niederlassungserlaubnis eine Prognoseentscheidung über die Integrationsfähigkeit des Betroffenen zu treffen, um von Anfang an erkennbare Schwierigkeiten bei der Eingliederung in die Gesellschaftsordnung zu vermeiden. Die Landesregierung kann gemäß § 19 Abs. 1 S. 2 AufenthG bestimmen, dass die Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach § 19 Abs. 1 S. 1 AufenthG der Zustimmung der obersten Landesbehörde oder einer von ihr bestimmten Stelle bedarf. Gemäß § 19 Abs. 2 AufenthG sind hoch qualifiziert nach § 19 Abs. 1 AufenthG insbesondere Wissenschaftler mit besonderen fachlichen Kenntnissen, Lehrpersonen in herausgehobener Funktion oder wissenschaftliche Mitarbeiter in herausgehobener Funktion oder Spezialisten und leitende Angestellte mit besonderer Berufserfahrung, die ein Gehalt in Höhe von mindestens dem Doppelten der Beitragsbemessungsgrenze der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten. § 19 Abs. 2 AufenthG normiert zur Eingrenzung des Begriffs „hochqualifizierte Personen“ Regelbeispiele und ist daher nicht abschließend.

§ 21 AufenthG regelt die Zuwanderung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erteilt werden, wenn ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder ein besonderes regionales Bedürfnis besteht, die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder durch eine Kreditzusage gesichert ist. Die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 AufenthG sind gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 AufenthG in der Regel gegeben, wenn mindestens eine Million Euro

investiert und zehn Arbeitsplätze geschaffen werden. Im Übrigen richtet sich die Beurteilung der Voraussetzungen nach § 21 Abs. 1 S. 1 AufenthG gemäß § 21 Abs. 1 S. 3 AufenthG insbesondere nach der Tragfähigkeit der zu Grunde liegenden Geschäftsidee, den unternehmerischen Erfahrungen des Ausländers, der Höhe des Kapitaleinsatzes, den Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation und dem Beitrag für Innovation und Forschung. Bei der Prüfung sind die für den Ort der geplanten Tätigkeit fachkundigen Körperschaften, die zuständigen Gewerbebehörden, die öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen und die für die Berufszulassung zuständigen Behörden gemäß § 21 Abs. 1 S. 4 AufenthG zu beteiligen. Die Grunderteilungsnorm des § 21 Abs. 1 AufenthG ist grundsätzlich an keine Tatbestandsmerkmale gebunden. Begünstigt sind nicht nur Unternehmensgründer oder Einzelunternehmer, sondern auch Geschäftsführer und gesetzliche Vertreter von Personen- und Kapitalgesellschaften. Sind die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 S. 2 AufenthG nachgewiesen, braucht die Ausländerbehörde nicht weiter zu prüfen, ob die allgemeinen Anforderungen des § 21 Abs. 1 S. 1 AufenthG vorliegen. Eine Zulassung unterhalb der Grenze des § 21 Abs. 1 S. 2 AufenthG ist im Ausnahmefall möglich, wenn die in § 21 Abs. 1 S. 1 AufenthG auf andere Weise erfüllt werden. Desgleichen ist es möglich, den Antrag auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles trotz Erfüllung der Anforderungen des § 21 Abs. 1 S. 2 AufenthG abzulehnen. § 21 Abs. 1 S. 3 AufenthG legt hinsichtlich beabsichtigter Unternehmensgründungen beziehungsweise für die Umsetzung von Geschäftsideen Mindestvoraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis fest. Gemäß § 21 Abs. 1 S. 4 AufenthG sind zur Beurteilung der Geschäftsidee und zur Vorbereitung der Entscheidung der Ausländerbehörde die regionalen Gewerbebehörden sowie die öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen wie die Industrie- und Handelskammer oder die Handwerkskammer zu beteiligen. Im Rahmen der Ermessensausübung wird zu berücksichtigen sein, ob der Ausländer die Gewähr bietet, sich als Selbständiger in das Wirtschaftsleben einzugliedern. Soweit im aufenthalts-

rechtlichen Verfahren fachspezifische öffentliche Interessen, örtliche Bedürfnisse und berufliche Qualifikationen zu berücksichtigen sind, sind die zuständigen Institutionen und Verbände als sachverständige Stellen zu beteiligen. Die Entscheidung über die gewerberechtliche oder sonstige berufliche Zulassung obliegt demgegenüber den dafür zuständigen Behörden. Ausländer, die älter als 45 Jahre sind, sollen die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 21 Abs. 3 AufenthG nur erhalten, wenn sie bei Antragstellung über eine angemessene Altersversorgung verfügen. Die Aufenthaltserlaubnis wird gemäß § 21 Abs. 4 S. 1 AufenthG auf längstens drei Jahre befristet. Nach drei Jahren kann gemäß § 21 Abs. 4 S. 2 AufenthG abweichend von § 9 Abs. 2 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn der Ausländer die geplante Tätigkeit erfolgreich verwirklicht hat und der Lebensunterhalt gesichert ist. Die Zuwanderung Selbständiger ist wie die Zuwanderung qualifizierter Arbeitnehmer nach dem Auswahlverfahren auf Dauer angelegt. Dennoch erhalten Selbständige die Niederlassungserlaubnis nicht sofort, sondern gemäß § 21 Abs. 4 S. 1 und 2 AufenthG erst nach drei Jahren.

### 3. Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen

Gemäß § 22 S. 1 AufenthG kann einem Ausländer für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder dringenden humanitären Gründen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Eine Aufenthaltserlaubnis ist gemäß § 22 S. 2 AufenthG zu erteilen, wenn das Bundesministerium des Innern oder die von ihm bestimmte Stelle zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland die Aufnahme erklärt hat. Im Falle des § 22 S. 2 AufenthG berechtigt die Aufenthaltserlaubnis gemäß § 22 S. 3 AufenthG zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit. § 22 AufenthG regelt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für Personen, die sich zum Zeitpunkt der Aufenthaltsgewährung noch nicht im Bundesgebiet aufhalten. Die Regelung betrifft Einzelfälle und fasst die Regelungen der §§ 30 Abs. 1 und 33 AuslG zusammen<sup>25</sup>. § 22 S. 2 Auf-

enthG verpflichtet zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, wenn der Bund die Aufnahme zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland erklärt hat. Die Vorschrift ist insbesondere der Wahrung des außenpolitischen Handlungsspielraums zu dienen bestimmt.

Gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 AufenthG kann die oberste Landesbehörde aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anordnen, dass Ausländern aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmten Ausländergruppen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Die Anordnung kann gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 AufenthG unter der Maßgabe erfolgen, dass eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird. Zur Wahrung der Bundeseinheitlichkeit bedarf die Anordnung gemäß § 23 Abs. 1 S. 3 AufenthG des Einvernehmens mit dem Bundesministerium des Innern. Die Regelung des § 23 Abs. 1 AufenthG entspricht weitgehend der des § 32 AuslG<sup>26</sup>. Sie soll es der obersten Landesbehörde ermöglichen, unter weit gehender Wahrung der Bundeseinheitlichkeit für bestimmte Ausländergruppen die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltsbefugnissen aus völkerrechtlichen, oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland anzuordnen, um dadurch gruppentypischen Belangen von Ausländern aufenthaltsrechtlich angemessen Rechnung zu tragen und eine Prüfung in jedem Einzelfall nach Maßgabe des § 22 AufenthG durch die Ausländerbehörde im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsanwendung entbehrlich zu machen<sup>27</sup>.

Gemäß § 23 Abs. 2 S. 1 AufenthG kann die Anordnung bei besonders gelagerten politischen Interessen der Bundesrepublik Deutschland vorsehen, dass den betroffenen Personen eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird. In diesen Fällen kann gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 AufenthG abweichend von § 9 Abs. 1 AufenthG eine wohnsitzbeschränkende Auflage erteilt werden. § 23 Abs. 2 AufenthG tritt an die Stelle des aufgehobenen Gesetzes über Maßnahmen für im Rahmen humanitäre Hilfsaktionen

aufgenommene Flüchtlinge (Kontingenzflüchtlingsgesetz). Hierdurch bleibt die Möglichkeit zur Gewährung eines Daueraufenthaltsrechts in besonders gelagerten Fällen, beispielsweise bei der Aufnahme jüdischer Immigranten aus der ehemaligen Sowjetunion, erhalten.

Gemäß § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG darf die oberste Landesbehörde anordnen, dass einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von den in diesem Gesetz festgelegten Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen für einen Aufenthaltstitel eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn eine von der Landesregierung durch Rechtsverordnung<sup>28</sup> eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht (Härtefallersuchen)<sup>29</sup>. § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG gestattet ungeachtet seines eindeutigen Wortlautes mit Blick auf die ihm zugrunde liegende Intention der Schaffung einer allgemeinen Härtefallregelung nicht nur ein Abweichen von den Erteilungs- und Verlängerungsvoraussetzungen, sondern auch von sonstigen Ausschlussgründen wie etwa § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG<sup>30</sup> oder § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG<sup>31</sup>. Allerdings steht es den Landesregierungen frei, in der Rechtsverordnung Ausschlussgründe zu normieren<sup>32</sup>. Das Härtefallersuchen ist als Verwaltungsinternum ausgestaltet, das nicht justiziabel und damit einer Klage nicht zugänglich ist<sup>33</sup>. Im Rahmen der Beurteilung der Erfolgsaussichten einer gegen die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG gerichteten Klage ist zu berücksichtigen, dass der Ausländerbehörde ein weites Ermessen eingeräumt ist. Sie braucht die Einschätzung der Härtefallkommission nicht zu teilen, sondern kann sie im Rahmen eines Abwägungsvorganges mit sachgerechten Erwägungen verwerfen. Ein gegen eine ablehnende Entscheidung der Ausländerbehörde erhobener Rechtsbehelf hat wegen der vollziehbaren Ausreisepflicht des Ausländers keine aufschiebende Wirkung<sup>34</sup>. Die Anordnung kann im Einzelfall unter Berücksichtigung des Umstandes erfolgen, ob der Lebensunterhalt des Ausländers gesichert ist oder eine Verpflichtungserklärung nach § 68 AufenthG abgegeben wird. Die Annahme eines Härtefalles ist gemäß § 23a Abs. 1 S. 2 AufenthG in

der Regel ausgeschlossen, wenn der Ausländer Straftaten von erheblichem Gewicht begangen hat. Die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung steht gemäß § 23a Abs. 1 S. 3 AufenthG ausschließlich im öffentlichen Interesse und begründet keine eigenen Rechte des Ausländers. Die Landesregierungen werden gemäß § 23a Abs. 2 S. 1 AufenthG ermächtigt, durch Rechtsverordnung eine Härtefallkommission nach § 23a Abs. 1 AufenthG einzurichten, das Verfahren, Ausschlussgründe und qualifizierte Anforderungen an eine Verpflichtungserklärung nach § 23a Abs. 1 S. 2 AufenthG einschließlich vom Verpflichtungsgeber zu erfüllender Voraussetzungen zu bestimmen sowie die Anordnungsbefugnis nach § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG auf andere Stellen zu übertragen<sup>35</sup>. Die Härtefallkommissionen werden gemäß § 23a Abs. 2 S. 2 AufenthG ausschließlich im Wege der Selbstbefassung tätig. Dritte können gemäß § 23a Abs. 2 S. 3 AufenthG nicht verlangen, dass sich eine Härtefallkommission mit einem bestimmten Einzelfall befasst oder eine bestimmte Entscheidung trifft. Die Entscheidung für ein Härtefallersuchen setzt gemäß § 23a Abs. 2 S. 4 AufenthG voraus, dass nach den Feststellungen der Härtefallkommission dringende humanitäre oder persönliche Gründe die weitere Anwesenheit des Ausländers im Bundesgebiet rechtfertigen<sup>36</sup>. Verzieht ein sozialhilfebedürftiger Ausländer, dem eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23a Abs. 1 AufenthG erteilt wurde, in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Leistungsträgers, ist der Träger der Sozialhilfe, in dessen Zuständigkeitsbereich eine Ausländerbehörde die Aufenthaltserlaubnis erteilt hat, gemäß § 23a Abs. 3 S. 1 AufenthG längstens für die Dauer von drei Jahren ab Erteilung der Aufenthaltserlaubnis dem nunmehr zuständigen örtlichen Träger der Sozialhilfe zur Kostenerstattung verpflichtet. Dies gilt gemäß § 23a Abs. 3 S. 2 AufenthG entsprechend für die § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II genannten Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts. Ein Familiennachzug zu Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG hat keine gesonderte Regelung erfahren. Insofern finden daher die allgemeinen Regelungen der §§ 29 Abs. 1, 27, 5 Abs. 1 AufenthG, nicht jedoch § 29

Abs. 3 S. 1 AufenthG Anwendung.

§ 24 AufenthG setzt die wesentlichen Bestimmungen der Richtlinie 01/55/EG des Rates vom 20. Juli 2001 über Mindestnormen für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen und über Maßnahmen zur Förderung einer ausgewogenen Verteilung der mit der Aufnahme dieser Personen und den Folgen dieser Aufnahme verbundenen Belastungen auf die Mitgliedsstaaten<sup>37</sup> in nationales Recht um. Die Regelung ersetzt als zentrale Regelung zur Aufnahme dieses Personenkreises den bisherigen § 32a AuslG. Gemäß § 24 Abs. 1 AufenthG wird einem Ausländer, dem auf Grund eines Beschlusses des Rates der Europäischen Union gemäß der Richtlinie 01/55/EG vorübergehender Schutz gewährt wird und der seine Bereitschaft erklärt hat, im Bundesgebiet aufgenommen zu werden, für die nach den Artt. 4 und 6 der Richtlinie bemessene Dauer des vorübergehenden Schutzes eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. § 24 Abs. 1 AufenthG setzt das in Art. 25 der Richtlinie postulierte Prinzip der doppelten Freiwilligkeit um: Der jeweilige Mitgliedsstaat und die betroffenen Personen müssen ihre Bereitschaft zur Aufnahme erklärt haben. Zuvor wird die nach Konsultationen mit den Bundesländern durch die Bundesregierung festgelegte Aufnahmekapazität dem Rat und der Kommission mitgeteilt. Nach Art. 4 der Richtlinie beträgt die Dauer des vorübergehenden Schutzes ein Jahr. Der vorübergehende Schutz verlängert sich zweimal automatisch um jeweils sechs Monate, sofern der Rat keinen Beschluss zu seiner Beendigung fasst. Der Rat kann im Anschluss mit qualifizierter Mehrheit den vorübergehenden Schutz nochmals um bis zu einem Jahr verlängern. Die Aufenthaltserlaubnis ist entsprechend diesen Fristen zu erteilen. Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge ist nach § 75 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auch Kontaktstelle für die Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten. Die Gewährung von vorübergehendem Schutz ist gemäß § 24 Abs. 2, 1. Hs. AufenthG ausgeschlossen, wenn eine der Voraussetzungen des § 60 Abs. 8 AufenthG vorliegt; die Aufenthaltserlaubnis ist in diesem Fall gemäß § 24

Abs. 2, 2. Hs. AufenthG zu versagen. Die auf Grund eines Beschlusses nach Absatz 1 aufgenommenen Personen werden gemäß § 24 Abs. 3 S. 1 AufenthG auf die Länder verteilt. Die Länder können gemäß § 24 Abs. 3 S. 2 AufenthG Kontingente für die Aufnahme zum vorübergehenden Schutz und die Verteilung vereinbaren. Die Verteilung auf die Länder erfolgt nach § 24 Abs. 3 S. 3 AufenthG durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Solange die Länder für die Verteilung keinen abweichenden Schlüssel vereinbart haben, gilt gemäß § 24 Abs. 3 S. 4 AufenthG der für die Verteilung von Asylbewerbern festgelegte Schlüssel. Die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle erlässt gemäß § 24 Abs. 4 S. 1 AufenthG eine Zuweisungsentscheidung. Die Landesregierungen werden nach § 24 Abs. 4 S. 2 AufenthG ermächtigt, die Verteilung innerhalb der Länder durch Rechtsverordnung zu regeln, sie können die Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf andere Stellen übertragen. Ein Widerspruch gegen die Zuweisungsentscheidung findet gemäß § 24 Abs. 4 S. 3 AufenthG nicht statt. Die Klage hat gemäß § 24 Abs. 4 S. 4 AufenthG keine aufschiebende Wirkung. Der Ausländer hat nach § 24 Abs. 5 S. 1 AufenthG keinen Anspruch darauf, sich in einem bestimmten Land oder an einem bestimmten Ort aufzuhalten. Er hat seine Wohnung und seinen gewöhnlichen Aufenthalt gemäß § 24 Abs. 5 S. 2 AufenthG an dem Ort zu nehmen, dem er nach § 24 Abs. 3 und 4 AufenthG zugewiesen wurde. Die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit darf gemäß § 24 Abs. 6 S. 1 AufenthG nicht ausgeschlossen werden. Für die Ausübung einer Beschäftigung gilt gemäß § 26 Abs. 4 S. 2 AufenthG § 4 Abs. 2 AufenthG.

Gemäß § 25 Abs. 1 S. 1 AufenthG ist einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn er unanfechtbar als Asylberechtigter anerkannt ist. Dies gilt gemäß § 25 Abs. 1 S. 2 AufenthG nicht, wenn der Ausländer aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen worden ist. Bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis gilt der Aufenthalt gemäß § 25 Abs. 1 S. 3 AufenthG als erlaubt. Die Aufenthaltserlaubnis berechtigt gemäß § 25 Abs. 1 S. 4 AufenthG zur

Ausübung einer Erwerbstätigkeit. § 25 Abs. 1 AufenthG regelt die Aufenthaltsgewährung für die bislang in § 70 AsylVfG und § 51 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 3 AuslG geregelten Fälle.

Einem Ausländer ist eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 S. 1 AufenthG zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge unanfechtbar das Vorliegen der Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG festgestellt hat. § 25 Abs. 1 S. 2 bis 4 AufenthG gilt gemäß § 25 Abs. 2 S. 2 AufenthG entsprechend. In § 25 Abs. 2 AufenthG wird die Aufenthaltsgewährung für die bislang in § 51 Abs. 1, 2 Nr. 2 und Abs. 3 AuslG genannten Fälle geregelt. Die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist durch § 25 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 AufenthG gesperrt.

Einem Ausländer soll gemäß § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Voraussetzungen für die Aussetzung der Abschiebung nach § 60 Abs. 2, 3, 5 oder 7 AufenthG vorliegen<sup>38</sup>. Über das Vorliegen eines zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernisses im Sinne der Sollvorschrift des § 60 Abs. 7 AufenthG darf die Ausländerbehörde gemäß § 72 Abs. 2 AufenthG nur nach vorheriger Beteiligung des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge entscheiden. Die Aufenthaltserlaubnis wird gemäß § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG nicht erteilt, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist, der Ausländer wiederholt oder gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt oder schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Ausländer ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen hat, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen festzulegen, eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen hat, sich Handlungen zuschulden kommen ließ, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen, wie sie in der Präambel und den Artt. 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen verankert sind, zuwiderlaufen, oder ei-

ne Gefahr für die Allgemeinheit oder eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellt. § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG regelt die Aufenthaltsgewährung für bislang in § 53 AuslG genannte Fälle. Die Norm bindet das Ermessen im Sinne einer Soll-Regelung. Die Versagung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bedarf damit einer besonderen Begründung<sup>39</sup>. Die Ausländerbehörde trägt die Feststellungslast für das Bestehen einer Möglichkeit der Ausreise<sup>40</sup>. Die Befristung der Geltungsdauer einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG hat sich an dem Grund für die Aussetzung der Abschiebung zu orientieren. Eine Ausschöpfung der in § 26 Abs. 1 AufenthG geregelten maximalen Geltungsdauer von drei Jahren bietet sich in Fallgestaltungen an, in denen nicht mit einem vorherigen Wegfall dieses Grundes gerechnet werden kann. § 11 Abs. 1 AufenthG steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 25 Abs. 3 AufenthG entgegen.

Einem Ausländer kann für einen vorübergehenden Aufenthalt eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG erteilt werden, solange dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern. § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG ermöglicht damit die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für einen vorübergehenden Aufenthalt an Ausländer, die sich nicht rechtmäßig in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Dazu zählen auch vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer. Die Norm regelt die Aufenthaltsgewährung für die bislang in § 55 Abs. 3 AuslG geregelten Fälle der Gewährung einer Duldung. Von der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG kann abgesehen werden. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ist in den Fällen der §§ 10 Abs. 3 S. 2 und 11 Abs. 1 AufenthG ausgeschlossen. Im Rahmen der Ermessensausübung ist das Vorliegen der Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG zu berücksichtigen. Der Ausländer hat überdies zur Überzeugung der Ausländerbehörde nachzuweisen, dass er nach Ablauf der Aufenthaltserlaubnis freiwillig ausreisen wird. Bei der Ausübung des Ermessens ist

die Dauer des Voraufenthaltes, die Art des Aufenthaltstitels, den Grund für die Ausreisepflicht sowie die Folgen einer alsbaldigen Abschiebung für den Ausländer und die Öffentlichkeit zu berücksichtigen. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis lässt eine bereits erteilte Abschiebungsandrohung gegenstandslos werden.

Eine Aufenthaltserlaubnis kann gemäß § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG abweichend von § 8 Abs. 1 und 2 AufenthG verlängert werden, wenn auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalles das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG schafft eine Ausnahmemöglichkeit für Fälle, in denen das Verlassen des Bundesgebietes für den Ausländer eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde. Die Regelung entspricht inhaltlich § 30 Abs. 2 AuslG. Dessen Anwendungsbereich wird auf die Fälle erweitert, in denen zuvor eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 S. 1 AufenthG für einen vorübergehenden Aufenthalt erteilt worden ist<sup>41</sup>. Eine solche außergewöhnliche Härte wird nur anzunehmen sein, wenn die Beendigung des Aufenthaltes gänzlich unvermeidbar<sup>42</sup>, die weitere Aufenthaltsgewährung als unabweisbares Gebot der Menschlichkeit erscheint<sup>43</sup>. Insoweit ist auf die individuell-konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen. § 11 Abs. 1 AufenthG steht auch der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Maßgabe des § 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG entgegen.

Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann gemäß § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG abweichend von § 11 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Die Aufenthaltserlaubnis soll gemäß § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG erteilt werden, wenn die Abschiebung seit achtzehn Monaten ausgesetzt ist. Eine Aufenthaltserlaubnis darf gemäß § 25 Abs. 5 S. 3 AufenthG nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Ein Verschulden des Ausländers liegt gemäß § 25 Abs. 5 S. 4 AufenthG insbesondere vor, wenn er falsche Angaben macht

oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht, oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung des Ausreisehindernisses nicht erfüllt. § 25 Abs. 5 AufenthG regelt die Aufenthaltsgewährung für die bislang in § 30 Abs. 3 und 4 AuslG und § 55 Abs. 2 AuslG geregelten Fälle<sup>44</sup> mit dem Unterschied, dass die Ausreisepflicht des Ausländers nicht mehr unanfechtbar, sondern nur vollziehbar sein muss. Angeknüpft wird ferner nicht mehr an die Unmöglichkeit der Abschiebung, sondern diejenige einer Ausreise. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis kommt nach Maßgabe des § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG nur in Betracht, wenn einer freiwilligen Ausreise des Ausländers Hindernisse entgegenstehen<sup>45</sup>. Die Ausländerbehörde trägt im Rahmen des § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG die materielle Beweislast dafür, dass und gegebenenfalls welche konkrete und nicht von vornherein aussichtslosen Handlungen der Ausländer zur Beseitigung des Ausreisehindernisses gegenwärtig noch unternehmen kann<sup>46</sup>. Gemäß § 25 Abs. 5 S. 2 AufenthG soll der Erteilung von Duldungen für die Dauer von achtzehn Monaten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nachfolgen. Während die Feststellungslast hinsichtlich des Vorliegens eines Ausreisehindernisses auf den Ausländer entfällt, trägt die Ausländerbehörde die Feststellungslast für das in § 25 Abs. 3 und 4 AufenthG normierte Vertretenmüssen<sup>47</sup>. § 25 Abs. 5 S. 4 AufenthG knüpft durch die Verwendung des Präsens an ein aktuelles Verhalten des Ausländers an. Verhalten in der Vergangenheit führt allein nicht zur Versagung der Erteilung des Aufenthaltsrechts<sup>48</sup>. § 10 Abs. 3 S. 2 AufenthG steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 S. 1 AufenthG entgegen<sup>49</sup>.

Gemäß § 26 Abs. 1 AufenthG kann die Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes für jeweils längstens drei Jahre erteilt und verlängert werden, in den Fällen des § 25 Abs. 4 S. 1 und Abs. 5 AufenthG jedoch für längstens sechs Monate, solange sich der Ausländer noch nicht mindestens achtzehn Monate rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Die Befristung der Aufenthaltserlaubnis auf drei Jahre korrespondiert mit der in § 73 Abs. 3a AsylVfG geregelten Frist

zur Überprüfung der Voraussetzungen der Anerkennungsentscheidung. Erfolgt die Rücknahme oder der Widerruf der Anerkennung als Asylberechtigter, darf die Aufenthaltserlaubnis nicht verlängert werden. Da ein eingelegter Rechtsbehelf in diesen Fällen gemäß § 75 AsylVfG aufschiebende Wirkung entfaltet, ist dem Ausländer für die Dauer des Rechtsbehelfsverfahrens eine Duldung gemäß § 60a Abs. 2 AufenthG zu erteilen. Die Aufenthaltserlaubnis darf gemäß § 26 Abs. 2 AufenthG nicht verlängert werden, wenn das Ausreisehindernis oder die sonstigen einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Die Norm entspricht im Wesentlichen § 34 Abs. 2 AuslG. Allerdings entfällt die Möglichkeit einer Verlängerung des Aufenthaltsrechts im Ermensenswege. Einem Ausländer, der seit drei Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG besitzt, ist gemäß § 26 Abs. 3 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen, wenn das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge gemäß § 73 Abs. 2a AsylVfG mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für den Widerruf oder die Rücknahme nicht vorliegen<sup>50</sup>. Im Übrigen kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach diesem Abschnitt besitzt, gemäß § 26 Abs. 4 S. 1 AufenthG eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 S. 2 bis 6 AufenthG gilt gemäß § 26 Abs. 4 S. 2 AufenthG entsprechend<sup>51</sup>. Gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG wird die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis oder einer Duldung vor dem 1. Januar 2005 auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 S. 1 AufenthG angerechnet. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens wird gemäß § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG abweichend von § 55 Abs. 3 AsylVfG auf die Frist angerechnet. § 26 Abs. 4 AufenthG ersetzt § 35 Abs. 1 AuslG. Voraussetzung für die Erlangung einer Niederlassungserlaubnis nach Maßgabe des § 26 Abs. 4 S. 1 AufenthG ist der ununterbrochene siebenjährige Besitz einer Aufenthaltserlaubnis. Die Wartezeit wird von acht Jahren auf sieben Jahre verkürzt. § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG entspricht es, die Aufent-

haltszeit im Rahmen des Asylverfahrens beginnend ab der Asylantragstellung im Sinne des § 14 AsylVfG bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit der Ablehnung des Asylantrages im Sinne des § 67 Abs. 1 Nr. 3 AsylVfG anzurechnen. Die Aufenthaltszeit des anrechenbaren Asylverfahrens muss der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangehen. Das Anrechnungsgebot des § 26 Abs. 4 S. 3 AufenthG erfordert weder eine unmittelbare zeitliche Anknüpfung an ein Asylverfahren noch, dass das Asylverfahren einen erfolgreichen Abschluss gefunden hat. Dagegen können Zeiten eines geduldeten Aufenthaltes nach Abschluss des Asylverfahrens und vor der Erteilung des Aufenthaltstitels sowie Aufenthaltszeiten während früherer Asylverfahren keine Anrechnung finden<sup>52</sup>. Jugendlichen, die eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhalten haben, zur Schule gehen oder sich in einer Ausbildung befinden und fünf Jahre geduldet waren, kann eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, sobald sie sechzehn Jahre alt werden. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres in die Bundesrepublik Deutschland eingereist sind, kann § 35 AufenthG gemäß § 26 Abs. 4 S. 4 AufenthG entsprechend angewandt werden. Auch insoweit dürfte § 102 Abs. 2 AufenthG nach Sinn und Zweck der Norm Anwendung finden<sup>53</sup>. Für in der Bundesrepublik Deutschland geborene Kinder ist § 26 Abs. 4 AufenthG im Erst-Recht-Schluss entsprechend anzuwenden. Die Erteilung der Niederlassungserlaubnis steht im Ermessen der Ausländerbehörde. Diese hat bei ihrer Ermessensausübung insbesondere zu berücksichtigen, ob nicht nach einer weiteren befristeten Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis mit der Beendigung des Abschiebungshindernisses zu rechnen ist beziehungsweise ob die zugrunde liegenden völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Erwägungen trotz des langen Aufenthalts eine Verfestigung ausnahmsweise nicht zu tragen vermögen. Des Weiteren erscheint es sachgerecht, die Aufenthaltsperspektive der Eltern eines Kindes in die Ermessensabwägung einzubeziehen.

Teil 2 folgt in Heft 3/2005

<sup>1</sup>Vgl. zum Ganzen auch die Gesetzesentwürfe der Bundesregierung aus November 2001 (BR-Drs. 921/01) und Januar 2003 (BR-Drs. 22/03); ferner Nds. Ministerium für Inneres und Sport - Informations- und Schulungsmaterial zum Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) (Stand: Oktober 2004).

<sup>2</sup>EuGH, Urt. v. 27. September 2001 - Rs. C-63/99 (Gloszcuk) -, Rz. 58, u. 25. Juli 2002 - Rs. C-459/99 (MRAX) -, EZAR 814 Nr. 8. Vgl. hierzu auch Hamb. OVG, Beschl. v. 29. September 2003 - 1 Bs 461/03 -, InfAusIR 2004, 57-59, demzufolge der Antrag eines illegal eingereisten, einem Drittstaat angehörenden Ehegatten eines Unionsbürgers trotz vorausgegangener Abschiebung aufschiebende Wirkung entfaltet, wenn die Voraussetzungen für die Gestattung des Familiennachzuges vorliegen; ferner IM NRW, Erlass v. 26. Mai 2003 - 14/43.63 -, vgl. auch Weh - Menschenrechtliche Anforderungen an das deutsche Ausländerrecht, Refe-

rat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>3</sup>Vgl. hierzu und zu den Artt. 12 f. RL 2004/38/EG Hailbronner - Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 (263), m.w.N.

<sup>4</sup>EuGH, Urt. v. 17. April 1986 - Rs. 59/85 (Florence Reed) -.

<sup>5</sup>Eine Ermächtigungsgrundlage für die Ausweisung von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates der EU besteht nicht mehr. Vgl. zur Problematik der Ausweisung von Unionsbürgern unter der Geltung des Ausländergesetzes grundlegend EuGH, Urt. v. 29. April 2004 - C-482/01 u. C-493/01 (Orfano-poulos u. Olivieri ./ Land Baden-Württemberg) -, DVBl. 2004, 876 (877, 881); OVG NRW, Beschl. v. 16. August 2004 - 18 A 24/03 -; Hess. VGH, Beschl. v. 12. Mai 2004 - 12 TG 597/04 -, EZAR 034 Nr. 16; VG Düsseldorf, Beschl. v. 26. Juli 2004 - 8 L 4579/03 -; Beichel - Das deutsche Ausweisungsrecht auf dem Prüfstand, InfAusIR 2002, 457-462. Zu den Auswirkungen des Art. 28 der Richtlinie 2004/38/EG v. 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, demzufolge eine Ausweisung eines Unionsbürgers nach einem Aufenthalt von wenigstens zehn Jahren nur noch aus zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit erfolgen darf, Gutmann - Das Ende einer Dekade richterlichen Unwissens - Die europarechtliche Korrektur der deutschen Ausweisungspraxis, InfAusIR 2004, 265 (268).

<sup>6</sup>OVG Berlin, Beschl. v. 4. März 2004 - 2 S 14.04 -, EZAR 020 Nr. 22.

<sup>7</sup>OVG Berlin, Urt. v. 24. September 2002 - 8 B 3.02 -, InfAusIR 2003, 138.

<sup>8</sup>OVG Berlin, Beschl. v. 12. Februar 2004 - 2 S 2.04 -.

<sup>9</sup>OVG NRW, Beschl. v. 17. Januar 1995 - 18 B 2911/93 -; vgl. Ziff. 15. der Niederschrift über die Besprechung der Ausländerreferenten des Bundes und der Länder vom 23. bis 25. September 2003 in Wolfsburg.

<sup>10</sup>Sächs. OVG, Beschl. v. 8. Januar 2004 - 3 Bs 113/02 -, InfAusIR 2004, 197 (199).

<sup>11</sup>Zur Vereinbarkeit der Sichtvermerksvorschriften mit Art. 6 GG BVerwG, Beschl. v. 18. Dezember 1995 - 1 B 152.95 -; OVG NRW, Beschl. v. 10. September 1996 - 18 B 3554/95 -.

<sup>12</sup>ABl. EG L 81/1 v. 21. März 2001 (EU-VisaVO). Zu den nationalen Ausnahmen gem. den Artt. 3 u. 4 EU-VisaVO Schreiben d. BMI v. 10. Januar 2002 - A2-125110/0 -.

<sup>13</sup>Vgl. zum Ganzen umfassend Westphal/Stoppa - Einreise und Aufenthalt von Drittstaaten nach der neuen Visumverordnung Nr. 539/2001, InfAusIR 2001, 309-312; Westphal/Stoppa - Einreise und Aufenthalt von Positivstaaten zum Zweck der Erwerbstätigkeit unter Berücksichtigung der EU-VisaVO, ZAR 2002, 315-320.

<sup>14</sup>BVerwG, Urt. v. 9. Dezember 1997 - 1 C 16.96 -, EZAR 020 Nr. 10, S. 2; OVG NRW, Beschl. v. 15. Oktober 1991 - 17 B 2633/91 -, InfAusIR 1992, 93; Bay. VG Regensburg, Gerichtsbescheid v. 17. Januar 1997 - RO 2 K 96.0069 -, InfAusIR 1997, 114 (115).

<sup>15</sup>Hierzu und zu weiteren Auswirkungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes Rundschreiben des Bundesverwaltungsamtes v. Juni 2002 - III5-20.A112 - sowie Marx - Zu den ausländer- und asyl-echtlichen Bestimmungen des Terrorismusbekämpfungsgesetzes, ZAR 2002, 127-135.

<sup>16</sup>BT-Drs. 14/7386, S. 54; Schmahl - Internationaler Terrorismus aus der Sicht des deutschen Ausländerrechts, ZAR 2004, 217 (219).

<sup>17</sup>In Bezug auf assoziationsrechtlich privilegierte Ausländer kritisch Gutmann - Assoziationsrechtliche Schranken gesetzgeberischer Gestaltungsbefugnis im Ausländerrecht, ZAR 2003, 60 (64).

<sup>18</sup>Vgl. in diesem Zusammenhang auch VGH BW, Beschl. v. 19. März 2003 - 13 S 2578/02 -, der im Falle einer Überschreitung des Zwei-Jahres-Zeitraumes grundsätzlich die Erwartung einer Erreichbarkeit des Aufenthaltszwecks in einem angemessenen Zeitraum nicht gerechtfertigt sieht.

<sup>19</sup>Vgl. hierzu umfassend Renner - Einreise und Aufenthalt ausländischer Studenten, ZAR 2001, 52-59.

<sup>20</sup>Zur abweichenden Rechtslage unter dem Regelbereich des § 1

AAV OVG NRW, Urt. v. 25. Juni 1997 - 17 A 4432/94 - u. Beschl. v. 14. April 2004 - 18 B 1601/03 -.

<sup>21</sup>In diesem Sinne auch Beneicke - Das Zuwanderungsgesetz, NordÖR 2002, 339 (340).

<sup>22</sup>BGBI. 2003 II, 1408.

<sup>23</sup>Vgl. um Ganzen IM NRW, Erlasse v. 16. April 2004 - 15-05.17-2 (EU-Osterweiterung) -, 23. Mai 2003 - 14/43.162 (EU-Erweiterung) -, 31. März 2004 - 15-05.17-2- (EU-Osterweiterung) -, 28. Mai 2004 u. 2. Juni 2004 - jeweils 15-05.17-2- (EU-Osterweiterung) - sowie grundlegend Fehrenbacher - Die Freizügigkeitsregelungen im Rahmen der EU-Erweiterung und ihre ausländerrechtlichen Folgen, ZAR 2004, 22-26, u. Fehrenbacher - Übergangsregelungen bei der EU-Erweiterung und deren Auswirkungen im Ausländerrecht, ZAR 2004, 240-246.

<sup>24</sup>Renner - Vom Ausländerrecht zum Zuwanderungsrecht, ZAR 2004, 266 (268).

<sup>25</sup>Zu Einzelheiten vgl. Lüke - Humanitäre Bleiberechte außerhalb des Flüchtlingsschutzes im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes, ZAR 2004, 397 (399 f.).

<sup>26</sup>Vgl. hierzu Lüke - Humanitäre Bleiberechte außerhalb des Flüchtlingsschutzes im Rahmen des Aufenthaltsgesetzes, ZAR 2004, 397 (400-402).

<sup>27</sup>BVerwG, Urt. v. 19. März 1996 - 1 C 34.93 -, InfAusIR 1996, 392 (393 f.).

<sup>28</sup>Vgl. insoweit Verordnung des Landes Nordrhein-Westfalen zur Einrichtung einer Härtefallkommission nach § 23a des Aufenthaltsgesetzes und zur Regelung des Verfahrens (Härtefallkommissionsverordnung - HFKVO NRW -). Vgl. hierzu auch Bericht des Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen v. 14. Oktober 2004 - 4725 -,

<sup>29</sup>Zur Vereinbarkeit der Norm mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen kritisch Schönenbroicher - Rechtsstaat auf Abwegen? Die neue „Härtefallklausel“ des Ausländerrechts, ZAR 2004, 351-358.

<sup>30</sup>In diesem Sinne auch Heinhold - Aufenthaltsrecht, Duldung, „Bescheinigung“ und Härtefallregelung - weiter wie gehabt?!, Referat im

Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>31</sup>A.A. Middelbeck - Neuregelungen im Aufenthaltsgesetz über die Aufenthaltsgewährung aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, über die Aussetzung von Abschiebungen und über die Härtefallklausel, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>32</sup>Vgl. hierzu etwa § 5 HFKVO NRW.

<sup>33</sup>Middelbeck - Neuregelungen im Aufenthaltsgesetz über die Aufenthaltsgewährung aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, über die Aussetzung von Abschiebungen und über die Härtefallklausel, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>34</sup>Vgl. auch Heinhold - Aufenthaltsrecht, Duldung, „Bescheinigung“ und Härtefallregelung - weiter wie gehabt?!, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>35</sup>Vgl. etwa § 7 Abs. 1 HFKVO NRW.

<sup>36</sup>Vgl. hierzu Middelbeck - Neuregelungen im Aufenthaltsgesetz über die Aufenthaltsgewährung aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, über die Aussetzung von Abschiebungen und über die Härtefallklausel, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003, sowie nachfolgende Ausführungen zu § 25 Abs. 4 AufenthG.

<sup>37</sup>ABl. EG L 212/12 v. 7. August 2001.

<sup>38</sup>Vgl. hierzu Marx - Verfestigung des Aufenthaltsrechts im Übergangsprozess zwischen Ausländergesetz 1990 und Aufenthaltsgesetz 2004, ZAR 2004, 403 (405 f.).

<sup>39</sup>Heinhold - Aufenthaltsrecht, Duldung, „Bescheinigung“ und Härtefallregelung - weiter wie gehabt?!, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>40</sup>Duchrow - Die flüchtlingsrechtlichen Profile des Zuwanderungsgesetzes, ZAR 2002, 269 (276).

<sup>41</sup>Middelbeck - Neuregelungen im Aufenthaltsgesetz über die Aufenthaltsgewährung aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen, über die Aussetzung von



Abschiebungen und über die Härtefallklausel, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>42</sup>Hess. VGH, Urt. v. 21. September 1994 - 10 UE 548/94 -, NVwZ-RR 1995, 163 (165); Sächs. OVG, Entscheidung v. 17. Oktober 1995 - 3 S 283/95 -.

<sup>43</sup>OVG NRW, Urt. v. 10. September 1997 - 17 A 7547/95 -; Renner - Ausländerrecht in Deutschland (München 1998), § 35, Rn. 484, S. 544.

<sup>44</sup>Vgl. zu Einzelheiten auch Marx - Verfestigung des Aufenthaltsrechts im Übergangsprozess zwischen Ausländergesetz 1990 und Aufenthaltsgesetz 2004, ZAR 2004, 403 (406-409).

<sup>45</sup>BVerwG, Urt. v. 25. September 1997 - 1 C 3.97 -, InfAusIR 1998, 12 (14). Vgl. ferner VGH BW, Beschl. v. 24. Juli 1995 - 6 S 1712/95 - u. Urt. v. 7. März 1996 - 13 S 1443/95 -, NVwZ-Beil. 1996, 50 (51).

<sup>46</sup>VG Hannover, Urt. v. 21. Juli 2003 - 6 A 3718/00 -, NVwZ-Beil. 2003, 112.

<sup>47</sup>A.A. Heinhold - Aufenthaltsrecht,

Duldung, „Bescheinigung“ und Härtefallregelung - weiter wie gehabt?!, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>48</sup>Heinhold - Aufenthaltsrecht, Duldung, „Bescheinigung“ und Härtefallregelung - weiter wie gehabt?!, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

<sup>49</sup>Duchrow - Die flüchtlingsrechtlichen Profile des Zuwanderungsgesetzes, ZAR 2002, 269 (277).

<sup>50</sup>Vgl. zu § 101 Abs. 1 AufenthG und § 26 Abs. 3 AufenthG Marx - Verfestigung des Aufenthaltsrechts im Übergangsprozess zwischen Ausländergesetz 1990 und Aufenthaltsgesetz 2004, ZAR 2004, 403 f.

<sup>51</sup>Zum Ganzen auch Marx - Verfestigung des Aufenthaltsrechts im Übergangsprozess zwischen Ausländergesetz 1990 und Aufenthaltsgesetz 2004, ZAR 2004, 403 (404 f.).

<sup>52</sup>BVerwG, Urt. v. 15. Juli 1997 - 1 C 15.96 -, InfAusIR 1998, 10-12; IM NRW, Erlass v. 15. Juli 2004 - 15-39.06.02 -.

<sup>53</sup>Offen lassend Middelbeck - Übergangsregelungen des Aufenthaltsge-

setzes sowie Regelungen zur Fortgeltung bisheriger Aufenthaltsrechte, Referat im Rahmen der Hohenheimer Tage zum Ausländerrecht 2003.

**Anzeige**

# Ehrenamtliche Richter und Verwaltungsgerichtsbarkeit - ein „Auslaufmodell“?

von Ri'in am VG Susanne Walter, Hamburg

„... Herr D. hatte sich den Morgen anders vorgestellt. Statt zum Verwaltungsgericht zu fahren und dort an einer Sitzung der 11. Kammer teilnehmen zu müssen, weil ein anderer Richter ausgefallen war, hatte er mit seiner Frau einen Ausflug in das Umland geplant. Für den 63-jährigen früheren Kaufmann war es aber klar, dass er seine Freizeit auch kurzfristig in den Dienst einer guten Sache, eines Ehrenamtes, stellen mußte. Und er freute sich auch ein wenig auf die interessante Abwechslung in seinem Rentneralltag, die Paragraphendickicht, alte Bebauungspläne, nicht mehr ganz neue Akten, schwer zu verstehende Vorträge von Richtern, die ihre Entscheidung ohnehin schon getroffen hatten, und eine bunte Mischung von Beteiligten und Anwälten, die in Kürze den Gerichtssaal bevölkern würden, versprachen...“

Ist dies der Alltag in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit oder eher der Trailer zu einer neuen „Gerichts-Doku-Soap“, die endlich auch den ehrenamtlichen Richter als beobachtens- und schützenswerte Spezies entdeckt hat? Wird dieses Phänomen bald der Vergangenheit angehören? Die Gefahr könnte bestehen: Zum einen, weil für viele Richter der Kommentar eines Kollegen Alltag ist: „Ehrenamtliche Richter? - Schon lange keinen mehr gesehen!“ Zum anderen, weil die Komplexität der rechtlichen Regelungen bei vielen Beteiligten wie Berufsrichtern und Anwälten das Gefühl hat entstehen lassen, man sei froh, wenn man selbst annähernd Sinn und Zweck einer Vorschrift verstanden habe - wie sollte das der nicht vorgebildete Bürger oder die Bürgerin? Schließlich ließen sich aus Sicht des Gesetzgebers durch die Abschaffung ehrenamtlicher Richter Beschleunigungseffekte bis hin zu Personalkosteneinsparungen erzielen.

Mein Plädoyer: Ehrenamtliche Rich-

ter sind weder „Ladenhüter“ noch „Auslaufmodell“; sie sind Repräsentanten der Zivilgesellschaft, die immer gefragt sind!

Nur die Gerichtsbarkeiten der Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit bedürfen der Ergänzung der Richterbank durch Laienrichter, die nicht - wie etwa der Handels-, Arbeits-, Finanz- oder der Sozialrichter - wegen besonderer Sachkunde, sondern als Vertreter des Volkes schlechthin tätig sind. Für diese interessante Gemeinsamkeit lässt sich auf den ersten Blick keine Erklärung finden.

Schaut man in das Grundgesetz, so muss man feststellen, dass das Verfassungsrecht eine ausdrückliche institutionelle Garantie für die Bürgerbeteiligung an der Rechtspflege durch ehrenamtliche Richter ohne juristische Vorbildung nicht enthält. Art. 92 GG verankert nur das Richtermonopol. Damit geht die Präferenz für den vorgebildeten Richter einher. Nicht nur die Masse des Rechts- und Streitstoffs, mit dem die Richterin oder der Richter umgehen muss, erfordert eine systematische Prüfung und Forschung; Gesetze und damit die ihnen zu entnehmenden Rechtsnormen selbst sind so gefaßt, dass zumindest in der Regel nur Juristen sie (richtig) anwenden können. Das Institut des Laienrichters gehört aber zum vorkonstitutionellen Gesamtbild der rechtsprechenden Gewalt, wie es die Väter und Mütter des Grundgesetzes zu Grunde gelegt und übernommen haben<sup>1</sup>. Dass das Grundgesetz über die Beteiligung von Laienrichtern schweigt, lässt nur den Schluss zu, dass die Bürgerbeteiligung sich aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG rechtfertigt<sup>2</sup>. War das Mißtrauen gegenüber der Justiz und den Berufsrichtern ursprünglich ausschlaggebend für den „Siegeszug“ der Schwurgerichte, der bis 1974 andauerte, dann aber einer Schöffenbesetzung mit 2 Personen wich, steigerte sich parallel dazu die Ergänzung der Richterbank in den anderen Zweigen der Rechts-

pflege. Zunächst beschränkte sich die Laienbeteiligung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf die unteren, organisatorisch mit der Verwaltung verbundenen Verwaltungsgerichte, während die Verwaltungsgerichtshöfe und Oberverwaltungsgerichte nur mit Berufsrichtern besetzt waren. Nach dem 2. Weltkrieg wurde die Verwaltungsgerichtsbarkeit zu einer echten Gerichtsbarkeit ausgebaut, wobei für die Landesgesetzgeber die Laienbeteiligung optional war. Somit vollzog sich der Schritt vom Beamtenrichter, der auch im konstitutionellen Staat im Namen des Monarchen Recht sprach und von ihm bezahlt wurde, hin zum unabhängigen Berufsrichter. Mag zunächst die Vorstellung, der Berufsrichter sei gegen „äußere Vorgänge geschützt, nicht aber gegen die Suggestion, welche die dreifache Eigenschaft als Jurist, Staatsbeamter und Angehöriger einer bestimmten Gesellschaftsschicht auszuüben geeignet sei“<sup>3</sup>, vorgeherrscht haben, die dem Laienrichter die Rolle des präsenten Öffentlichkeit zuwies, die in der Verhandlung ständig - zumal in politischen Prozessen - über den fairen Verlauf des Verfahrens wachte und bei der Urteilsfindung Menschlichkeit garantiert, hat sich diese Funktion gewandelt. Richter sprechen Recht im Namen des Volkes, sie sind nicht mehr sozial von der Gesellschaft abgehoben, sondern kommen aus allen sozialen Schichten; der Beruf ist auch Frauen zugänglich<sup>4</sup>. Das einstmals postulierte Kontrollprinzip scheitert heute daran, dass ehrenamtliche Richter wegen des Beratungsgeheimnisses, dem sie unterliegen, möglicherweise kaum in der Lage sein dürften, die Kontrollfunktion in Bezug auf die Fairness des Verfahrens effektiv wahrzunehmen. Diese wird inzwischen wirkungsvoller durch die „vierte Gewalt“, die Medien, ausgeübt. Nicht weggefallen ist die Demokratiefunktion in Form der Partizipation. „Bürgerbeteiligung“, die moderne Vorstellung von der Partizipa-

tion, durchzieht große Bereiche des (öffentlichen) Rechts, mag auch eine ganzheitliche Konzeption für die Bürgerbeteiligung an der rechtsprechenden Gewalt fehlen<sup>5</sup>.

Wenn diese, wie sich an der Einführung von Regelungen wie § 6 VwGO zeigt, immer mehr der Effektivität, sprich: der Beschleunigung der Prozesse, die ein ebenso berechtigtes Anliegen der Zivilgesellschaft ist, „geopfert“ wird, läuft die Funktion der Bürgerbeteiligung immer mehr leer. Jede(r) von uns kennt aus eigener Anschauung die Bandbreite, innerhalb derer von der Möglichkeit, Verfahren auf den Einzelrichter zu übertragen, Gebrauch gemacht wird: sie reicht von etwa 100 % - 50%. Man mag den Eindruck gewinnen, das „richterliche Establishment“ habe sich durchgesetzt<sup>6</sup>.

Andererseits hat die Bedeutung der Judikative seit der Gründung der Bundesrepublik zugenommen mit der Folge, dass die Nachfrage nach juristischen Entscheidungen hoch ist, da bislang die sogenannte „Streitkultur“ in der Gesellschaft einen höheren Stellenwert genießt als die Kultur des Ausgleichs zum Zwecke der Streitvermeidung. Die juristische Kontrolle ist nahezu lückenlos. Nicht nur das Bundesverfassungsgericht, sondern auch die obersten Bundesgerichte, Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe kontrollieren nicht nur, sondern treffen - oft aufgefordert durch die politischen Akteure - Entscheidungen, die eigentlich den gewählten Parlamentariern obliegen, für diese aber zu schwierig oder zu heikel zu sein scheinen. Umgekehrt lässt sich aber keineswegs feststellen, dass mit dem Umfang und der Bedeutung der Justiz ihr Ansehen im Volk proportional gestiegen wäre. Die allgemeine Verechtlichung aller Lebensbereiche, oft vom Bürger selbst gefordert, hat zu einer Normenvielfalt geführt, die in ihrer Qualität und Quantität selbst vom Fachmann kaum noch erfasst werden kann. Die durch die Prozessordnung ermöglichten schriftlichen Verfahren vermeiden den Kontakt zwischen Bürger und Gericht; schriftlich niedergelegte Entscheidungen von Richtern dürften in der Regel noch schwerer verständlich sein als in der mündlichen Verhandlung erörterte. Umso wichtiger ist es, nach Wegen zu suchen, die das

Vertrauen der Bürger in die Justiz stärken. Denn diese unterliegt keiner demokratischen Kontrolle; ihr „Kapital“ ist aber das Vertrauen der Gesellschaft und die Hoffnung, dass sie deren Werte und die Wertentscheidung des Gesetzgebers in Einklang bringen kann. Laienrichter erhalten Einblicke in die Arbeitsweise von Juristinnen und Juristen und können ihre dort gewonnenen Erfahrungen als Multiplikatoren verbreiten. Schon allein durch ihre Anwesenheit, mehr noch durch (hinter-) fragende Teilnahme können sie darauf hinwirken, dass gerichtliche Verfahren verständlicher und für den juristischen Laien plausibler verhandelt und entschieden werden. So zwingt die Tatsache, dass eine Gewerbeuntersagung oder die begehrte Baugenehmigung vor Beginn der mündlichen Verhandlung einem Laien sowohl in Bezug auf die Tatsachen als auch in Bezug auf den Inhalt der Rechtsvorschriften verständlich erklärt werden muss, jede(n) Richter(in) dazu, eine „andere Sprache“ zu wählen, was im Übrigen auch den Sinn für eine „reduzierte Komplexität“ im Rahmen der Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung mit (nicht immer anwaltlich vertretenen Parteien) schult. Im Vordergrund stehen bei dem Vertrautmachen der ehrenamtlichen Richter nicht komplizierte Auslegungsfragen bei dem Verständnis der gesetzlichen Grundlage, Analogiebildungen, Relevanz von Vorlagen an den EuGH oder das BVerfG, sondern der Sinn für die Bedeutung von Rechtsnormen gleich welcher Materie für den Bürger und/oder die Gesellschaft. Wenn ehrenamtliche Richter die Berufsrichter dazu anhalten, ihre eigenen Überlegungen für Laien verständlicher auszudrücken, helfen sie in besonderer Weise, Justiz bürgernäher und menschlicher zu machen. Dass sich bei einem solchen Unterfangen dem Richter oder der Richterin oft selbst noch deutlicher gesetzgeberische Unzulänglichkeiten oder „aus dem Bauch heraus“ als „ungerecht“ empfundene Wertungen aufdrängen und damit sowohl eine Vermittlung des Spannungsfeldes zwischen Justiz, Exekutive und Legislative als auch das Aufzeigen von Wertungsspielräumen bei allen Akteuren notwendig wird, ist ein gewollter Nebeneffekt. Laienrichter, die loyal, aber kritisch mitarbeiten (und solche gibt

es - genauso wie es Berufsrichter gibt, die dies nicht tun), können erreichen, dass Richterinnen und Richter die Plausibilität ihrer Gedankengänge kontrollieren; in juristischen Berufen ist die spezifische Gefahr der „Betriebsblindheit“ nicht weniger groß als in anderen Berufen. Diese Plausibilitätskontrolle ist zuweilen, wie die Justizgeschichte lehrt, zum Schaden der Justiz unter anderen historischen Umständen unterblieben<sup>7</sup>.

Das häufig angeführte und zuweilen von jedem selbst erlebte Gegenargument, die von der Rechtsprechung zu beurteilenden Lebenssachverhalte seien so kompliziert geworden, dass nicht qualifiziert ausgebildete Richter überfordert würden, kann in manchen Bereichen nicht von der Hand gewiesen werden. Die Regelung des § 6 VwGO ermöglicht allerdings nur in rechtlich und tatsächlich einfachen Fällen eine Rechtsprechung ohne Bürgerbeteiligung. Die zahlreichen Prüfungsschritte und ineinander verwobenen Rechtsgebiete bei der Erörterung eines Erschließungsbeitragsfalles, eines Planfeststellungsverfahrens oder eines Krankenhausfinanzierungsverfahrens stellen aber hohe Anforderungen an die Abstraktionsfähigkeit aller am Verfahren Beteiligter (auch der Berufsrichter). Gerade diese Fälle, die der Kammer oder dem Senat vorbehalten sind, werfen zudem oft grundsätzliche Fragestellungen auf, denen nicht selten (polarisierende) gesellschafts- und rechtspolitische Wertvorstellungen zu Grunde liegen. Diesen ist jeder Bürger in seinen beruflichen und/oder gesellschaftlichen Zusammenhängen ausgesetzt. Ehrenamtliche Richter bringen diese (Lebens-) Erfahrungen mit, sei es als Hausmann, Kauffrau, Krankenpfleger, Bürokauffrau oder als Chefredakteur eines großen Wochenmagazins und bringen sie neben dem „gesunden Menschenverstand“ ein. Notwendig ist ein Offensein der Berufsrichter für diese Wertungen, die oft „näher an den Tatsachen“ und ungefiltert stattfinden. Das „Abfragen“ dieser Erfahrungen und der (Gerechtigkeits-) Empfindungen durch verständliche Einführung in den Streitstoff, offene, wenn auch „gelenkte“ Beratungsdiskussionen und Gewährung des Fragerechts in der mündlichen Verhandlung rundet Vorverständnis und Wertung des Berufsrichters ab. Daneben

bilden die Reaktionen ehrenamtlicher Richter seismographisch auch die (Vor-) Urteile, Empfindungen und Wertungen „unverbildeter“ Bürger bezogen auf gesellschaftliche Phänomene in Bereichen z.B. des Ausländer-, des Staatsangehörigkeits-, des Umweltrechts und des Demonstrationsrechts ab, die von Berufsrichtern die Reflexion des eigenen Standpunktes (der als Urteilsspruch „im Namen des Volkes“ Verbreitung finden soll), auch zuweilen zu den Eingriffsmöglichkeiten des Staates und zu den gesetzgeberischen Unzulänglichkeiten, verlangen. Vielleicht liegt hierin der Grund dafür, dass in der Verwaltungs- und Strafgerichtsbarkeit „echte Laien“ am Richtertisch sitzen.

Gegen das Argument, dass Laienrichter nur Zeit kosteten und im Verfolgen der Streitgespräche unter Juristen überfordert seien, muss eingewandt werden, dass auch Fachleute (ganz gleich, auf welcher Ebene) sich immer wieder irren. Die Gesetzgebung ist schließlich auch nicht nur Fachleuten anvertraut, sondern den vom Volk gewählten Abgeordneten. Die Mitwirkung von ehrenamtlichen Richtern an der Rechtspflege ist darüber hinaus Teil der „Rechtserziehung“, der Formung eines „Rechtsbewußtseins“ der Bürger, eines Phänomens, dessen Verschwinden in der Gesellschaft zuweilen beklagt wird. Dies gilt natürlich im Bereich der Strafverfolgung ganz besonders, hat aber auch seine Anwendungsbereiche in dem Verhältnis Bürger - Staat. Der Nachteil des höheren Zeitauf-

wandes, der unzweifelhaft mit einer Beteiligung ehrenamtlicher Richter und Richterinnen einher geht, wird kompensiert durch Vorteile, die Richter selbst bei genauer Betrachtung aus der Mitwirkung gewinnen können: soll ein Bürger das Urteil akzeptieren, so ist es gut, wenn zuvor andere Bürger überzeugt werden müssen. Das stets verlangte Bestreben, die Verbindung zwischen Gesellschaft und Justiz zu stärken, kann von der „Plausibilitätskontrolle“ durch unverbildete Dritte nur profitieren.

<sup>1</sup>Vgl. Herzog, in *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 92 Rnr. 86*

<sup>2</sup>Wassermann, in: *AK-GG, Art. 92, Rnr. 44*

<sup>3</sup>Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft, 1929, S. 134*

<sup>4</sup>Vgl. zur Beteiligung von Frauen in der Rechtspflege: Schubert, Karin, in: *Ehrenamtliche Richter - Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?, 1999, S. 216; Dt. Juristinnenbund, Juristinnen in Deutschland, 2003*

<sup>5</sup>Wassermann, in: *GK-GG, Art. 92 Rnr. 45*

<sup>6</sup>Eylmann, Horst, in: *Ehrenamtliche Richter, a.a.O., S. 35*

<sup>7</sup>Vgl. Kramer, Helmut, in: *Ehrenamtliche Richter, a.a.O., S. 198; Müller, Ingo, in: Ehrenamtliche Richter, a.a.O., S. 202*

# Ehrenamtliche Richter in der Sozialgerichtsbarkeit

von VRiLSG Dr. Martin Estelmann, Chemnitz

## Die gesetzlichen Grundlagen

Will man über Sinn und Notwendigkeit ehrenamtlicher Richter in der Sozialgerichtsbarkeit reflektieren, tut man gut daran, sich zunächst des Gerichtsverfassungsrechts zu vergewissern, das den positivrechtlichen Rahmen abgibt.

§ 3 SGG bestimmt lapidar: Die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit werden mit Berufsrichtern und ehrenamtlichen Richtern besetzt. § 12 Abs. 1 Satz 1 SGG regelt, dass jede Kammer eines Sozialgerichts mit einem Berufsrichter als Vorsitzendem und zwei ehrenamtlichen Richtern als Beisitzern bei mündlichen Verhandlungen zu besetzen ist. Im Falle der Landessozialgerichte und des Bundessozialgerichts bestehen die Senate aus drei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern (§§ 33, 40 SGG). In den §§ 13 ff. SGG sind für die Sozialgerichte und Landessozialgerichte und in den §§ 45 ff. SGG für das Bundessozialgericht sodann die Einzelheiten über die Rechtsstellung der ehrenamtlichen Richter näher geregelt. Der Leser des § 12 SGG sieht sich mit einem relativ komplizierten System konfrontiert, das nicht schlechthin den ehrenamtlichen Richter als deutschen Staatsbürger kennt, sondern zusätzlich danach differenziert, ob er Versicherter (einschließlich der Arbeitslosen, Rentner aus eigener Versicherung und befahrenen Schifffahrtskundigen) oder Arbeitgeber (einschließlich der Arbeitgeber von nur saisonal beschäftigten Arbeitnehmern, der Mitglieder der Vertretungsorgane von juristischen Personen und Personengesellschaften, der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst nach näherer Anordnung der zuständigen obersten Bundes- oder Landesbehörde, der leitenden Angestellten, Prokuristen und Generalbevollmächtigten und bestimmter Mitglieder und Angestellter von Arbeitgeberverbänden) ist. Diese Aufteilung in Arbeitnehmer und Arbeitgeber gilt für Angelegenheiten der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung. Besondere Regelungen finden sich darüber hinaus in § 12 Abs. 4 SGG für

schadigungsrechts sowie des Rechts der Teilhabe (Behindertenrecht nach dem SGB IX). Dort setzen sich die ehrenamtlichen Richter einerseits aus der Gruppe der mit diesem Recht vertrauten Personen (Bedienstete der öffentlichen Verwaltung mit einschlägigen Kenntnissen ohne Versorgungsverwaltung) und andererseits aus der Gruppe der Versorgungsberechtigten und Versicherten zusammen. Eigene Regelungen gibt es auch für Streitigkeiten aus dem Recht der Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) und aus dem Recht der Sozialhilfe (SGB XII). Schließlich - last not least - gibt es besondere Besetzungen in Rechtsstreitigkeiten des Vertragsarztrechts (§ 12 Abs. 3 SGG). Nach § 12 Abs. 3 Satz 1 SGG sind ehrenamtliche Richter zum einen aus dem Bereich der Krankenkassen und zum anderen aus dem Bereich der Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Psychotherapeuten zu nehmen, wenn es sich um „Angelegenheiten des Vertragsarztrechts“ handelt. Nach § 12 Abs. 3 Satz 2 SGG sind hingegen ehrenamtliche Richter nur aus dem letztgenannten Personenkreis zu nehmen, wenn es sich um „Angelegenheiten der Vertragsärzte, Vertragszahnärzte und Psychotherapeuten“ handelt. Vereinfachend kann man sagen, dass dies dann der Fall ist, wenn an der Verwaltungsentscheidung kein Gremium mitwirkt, an dem die Krankenkassen personell beteiligt sind.

## Legitimation der Beschränkung des Zugangs zum Amt des ehrenamtlichen Richters

Dieser eher kursorische Überblick über die Möglichkeiten, die Kammern und Senate der Sozialgerichtsbarkeit mit ehrenamtlichen Richtern zu besetzen, belegt nachhaltig, dass diesem System der Gedanke einer korporatistischen, schiedsgerichtsähnlichen Gerichtsbarkeit zugrunde liegt. Vor der Schaffung der Sozialgerichtsbarkeit - das SGG stammt vom 3.9.1953 (BGBl I S. 1239) - waren große Teile der heutigen Zuständigkeiten der Sozialgerichtsbarkeit in der Hand von gerichtsähnlich organisierten Spruchkörpern der Sozialver-

waltung, die insbesondere bei den Obergesundheitsämtern und dem Reichsversicherungsamt angesiedelt waren. Diese waren nicht nur mit Mitgliedern der Behörde, sondern auch mit Vertretern von Versicherten und Arbeitgebern besetzt (wie dies auch heute noch für die Widerspruchsausschüsse der Sozialversicherungsträger gilt). Da die Staatsgewalt, und damit auch die rechtssprechende Gewalt vom ganzen Volk ausgeht, ist die Mitwirkung bestimmter Personengruppen als Laien an der Rechtsprechung und damit der Ausschluss anderer Personengruppen von der Rechtsprechungstätigkeit in besonderer Weise begründungsbedürftig. Denn es geht gerade nicht um „Rechtsprechung“ innerhalb der mittelbaren Selbstverwaltung in Gestalt unabhängiger Widerspruchsausschüsse. Diese Art des Partizipationsrechts kann sich letztlich nur aus einer gesteigerten Betroffenheit und größeren Sachkunde ergeben, die deutlich über der Betroffenheit und Sachkunde des durchschnittlichen Staatsbürgers liegt. Klammert man einmal das Vertragsarztrecht aus, handelt es sich sowohl bei der gesteigerten Betroffenheit als auch bei der größeren Sachkunde weitgehend um Fiktionen.

## Zur besonderen Betroffenheit der zum Amt des ehrenamtlichen Richters zugelassenen Personengruppen

Eine gesteigerte Betroffenheit ist z.B. im Falle der Pflegeversicherung offenkundig nicht gegeben. Sie ist als Volksversicherung (unterteilt in die soziale Pflegeversicherung und die private Pflege-Pflichtversicherung) ausgestaltet und erfasst mehr als 98 % der Bevölkerung in Deutschland. Die gesetzliche Krankenversicherung erfasst weiterhin mehr als 90 % der Bevölkerung in Deutschland. Aufgrund des SGB II werden zudem nunmehr alle erwerbsfähigen Hilfebedürftigen (einschließlich der Familienversicherten) in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert, also auch die bislang nicht versicherungspflichtigen erwerbsfähigen Sozialhilfeempfänger. Die Zahl der aktuell in der gesetzli-

chen Rentenversicherung beitragspflichtig Versicherten ist zwar geringer. Aber viele Personen, die heute, d.h. aktuell, nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert sind, haben die Mindestanwartschaft von fünf Beitragsjahren (allgemeine Wartezeit) erfüllt oder können diese noch erfüllen. Es sei hier nur an die Kindererziehungszeiten erinnert. Wer niemals einen Bezug zur gesetzlichen Krankenversicherung und zur gesetzlichen Rentenversicherung gehabt hat, kann diesen allein dadurch herstellen, dass er einer geringfügigen Beschäftigung nachgeht. Die gesetzliche Unfallversicherung betrifft nicht nur Arbeitnehmer und vergleichbare Personengruppen, sondern auch jedermann im Rahmen der so genannten unechten Unfallversicherung (z.B. den Nothelfer o). Auch werden Kindergartenkinder, Schüler und Studenten erfasst und viele Unternehmer, die nicht schon kraft Gesetzes oder kraft Satzung versichert sind, haben die Möglichkeit sich freiwillig zu versichern (z.B. Rechtsanwälte, Ärzte etc.). Schwerbehinderter kann jeder sein bzw. jederzeit infolge Krankheit oder Unfall werden. Entsprechend gilt dies natürlich auch für die Opfer einer Gewalttat, die vom Schutz des Opferentschädigungsgesetzes erfasst werden. Die Grundsicherung für Arbeitssuchende betrifft nicht nur arbeitslose Arbeitnehmer, sondern alle erwerbsfähigen Personen (einschließlich der nicht erwerbsfähigen Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft), die hilfebedürftig sind. In dieser Lage kann grundsätzlich jeder kommen. Entsprechend gilt dies für die Sozialhilfe, die alle anderen Hilfebedürftigen erfasst. Selbst die Arbeitsförderung nach dem SGB III betrifft zwar überwiegend, aber doch nicht allein solche Personen, die in der Arbeitslosenversicherung versichert sind. Es sei hier nur auf die Berufsberatung hingewiesen. Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass es bei typisierender Betrachtung für nahezu alle Zuständigkeiten der Sozialgerichtsbarkeit - mit Ausnahme des Vertragsarztrechts und vielleicht noch mit Ausnahme des Arbeitsförderungsrechts nach dem SGB III - keinen Grund gibt, allein wegen einer besonderen Betroffenheit den Zugang zur ehrenamtlichen Richtertätigkeit zu begrenzen.

Soweit es - wie in den klassischen Sozialversicherungszweigen - um die grundsätzliche Unterteilung in Versicherte und Arbeitgeber geht, zeigt schon die gesetzliche Aufzählung von Personengruppen, die als Arbeitgebervertreter gelten (§ 16 Abs. 4 SGG), dass es sich in der Mehrzahl der Fälle um Fiktionen handelt. Ob es etwa gerechtfertigt ist, im öffentlichen Dienst Beschäftigte, insbesondere auch und gerade Beamte, als Arbeitgebervertreter einzuordnen, dürfte doch sehr fraglich sein. Entscheidend dürfte aber sein, dass dieser Dichotomie unausgesprochen der Gegensatz von Arbeit und Kapital dem Gesetzgebers des Jahres 1953 als Orientierungspunkt vorgeschwebt hat. Dieser Gegensatz findet sich aber weder in der rechtlichen Ausgestaltung, noch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise, noch in der Rechtspraxis wieder. Dass es nicht allein um die Kategorien von Leistungsbezieher und Beitragszahler geht, folgt schon daraus, dass rechtstechnisch auch der Arbeitnehmer - abgesehen von der gesetzlichen Unfallversicherung - Beitragszahler ist und wirtschaftlich betrachtet auch der Arbeitgeberbeitrag durch die Tätigkeit des Arbeitnehmers erwirtschaftet werden muss. Es kann kein Zweifel bestehen, dass der Arbeitgeberbeitrag als Rechnungsposten vom Arbeitgeber bei der Kalkulation des Arbeitsentgelts eingestellt wird. Ein Arbeitsplatz, der seine Kosten (nebst einem unternehmerischen Gewinn) nicht erwirtschaftet, wird wegrationalisiert oder ins Ausland verlagert. Hiernach müssten in den klassischen Sozialversicherungszweigen eigentlich, will man nicht einer überholten paternalistischen Vorstellung von der Stellung des Arbeitgebers anhängen, allein die Versicherten die ehrenamtlichen Richter stellen. Aber selbst wenn man dies anders sieht, kommt hinzu, dass sich die Dichotomie von Arbeitnehmer (von seiner Hände Arbeit lebend; besonders schutzwürdig, möglichst viel Sozialleistungen) und Arbeitgeber (Kapitalist; möglichst wenig Sozialleistungen) in der mündlichen Verhandlung und in der Urteilsberatung nicht abbildet. Es ist meine persönliche Erfahrung und auch - soweit ersichtlich - die Erfahrung meiner Kolleginnen und Kollegen, dass für die Entscheidungsfindung die Zugehörigkeit der ehrenamtlichen Richter zu den Ver-

sicherten oder den Arbeitgebern keine Rolle spielt. Regelmäßig wissen die Berufsrichter nicht, welcher Gruppe die ehrenamtlichen Richter zugeordnet sind und es interessiert sie auch nicht, weil es keine Rolle spielt.

#### Zur größeren Sachkunde

Die größere Sachkunde der ehrenamtlichen Richter in der Sozialgerichtsbarkeit im Vergleich zum „Jedermann-Staatsbürger“ existiert nahezu nicht. Eine Ausnahme mag vielleicht hier die Gruppe der Vertragsärzte bilden. Die anderen ehrenamtlichen Richter argumentieren durchweg aus der Jedermann-Perspektive. Es gibt engagierte und weniger engagierte ehrenamtliche Richter, sie mögen mit einer größeren oder einer geringeren Auffassungsgabe ausgestattet sein; alles in allem findet man als Berufsrichter die zu erwartende ganz normale Verteilung vor. In aller Regel aber haben die ehrenamtlichen Richter keine Rechtskenntnisse, was man von ihnen auch nicht erwarten kann. Nebenbei bemerkt, nichts schlimmer als ein ehrenamtlicher Richter mit angelesenen, unverdauten rechtlichen Informationen und einem damit kontrastierenden, umgekehrt proportional ausgeprägten Selbstvertrauen in die eigenen Rechtskenntnisse. Die ehrenamtlichen Richter haben zumeist auch keine sozialrechtsspezifischen Tatsachenkenntnisse. Ehrenamtliche Richter sind insbesondere selten in der Lage, medizinische Sachverhalte und medizinische Gutachten eigenständig, und sei es auch nur im Sinne einer Plausibilitätsprüfung, eigenständig zu bewerten. Dieser Bereich prägt aber ganz erheblich die Praxis der beiden Tatsacheninstanzen. Aber selbst wenn die ehrenamtlichen Richter dazu in der Lage wären, wäre es gar nicht möglich, dem ehrenamtlichen Richter in der mündlichen Verhandlung all die Informationen zu vermitteln, die er benötigen würde, um sich ein unabhängiges Bild vom Sachverhalt zu machen. Der Sozialgerichtsprozess ist weitgehend durch seine Schriftlichkeit mit entsprechender Informationsdichte geprägt. In der zweiten Instanz gibt es zwar regelmäßig schon ein Votum (Bericht und rechtliche Stellungnahme), wobei die Praxis unterschiedlich ist. Zum Teil wird

der Bericht (mit oder auch ohne Stellungnahme) den ehrenamtlichen Richtern übersandt, zum Teil auch erst am Morgen der mündlichen Verhandlung zugänglich gemacht. Aber auch der Bericht stellt schon auf der Sachverhaltsebene unvermeidbar immer eine Interpretation des Rechtsstreits durch den Berichtstatter dar. Ehrenamtliche Richter sind fast immer darauf angewiesen, dass die Berufsrichter den Teil des Sachverhalts vermitteln, den diese als relevant ansehen.

## Zur Berechtigung von „Jedermann-Laienrichtern“

Ergibt sich hiernach, dass es zum überwiegenden Teil keinen sachlichen Grund und zum geringeren Teil (Vertragsarztrecht, Arbeitsförderungsrecht) zwar einen sachlichen, aber keinen zwingenden Grund gibt, einen anderen als den Staatsbürger als ehrenamtlichen Richter vorzusehen, wirft das dargestellte Informationsgefälle hinsichtlich Rechtskenntnis und Sachverhalt die Frage auf, ob es in einer ausdifferenzierten, komplexen und (nicht selten auch unnötig) komplizierten Rechtskultur überhaupt sinnvoll ist, Laienrichter einzusetzen. Der Gesetzgeber selbst eröffnet dem Berufsrichter erhebliche Spielräume, ehrenamtliche Richter an der Entscheidungsfindung nicht zu beteiligen. In der ersten Instanz sind insbesondere der Gerichtsbescheid und der Erörterungstermin (oftmals eine Art Klagerücknahmeerzwingungstermin) Mittel, um ohne ehrenamtliche Richter zu entscheiden. Um nicht missverstanden zu werden: Diese prozessualen Möglichkeiten werden nicht gewählt, um die Mitwirkung ehrenamtlicher Richter zu vermeiden, sondern weil mündliche Verhandlungen als zu zeitaufwendig angesehen werden. Die Beschlussverfahren spielen bislang eine untergeordnete Rolle. Ob sich durch das SGB II und das SGB XII hieran etwas ändern wird, bleibt abzuwarten. Wenn es zur mündlichen Verhandlung kommt, darf nicht übersehen werden, dass vor der Urteilsberatung der Vorsitzende maßgeblich die mündliche Verhandlung leitet und regelmäßig versuchen wird, eine unstreitige Erledigung (zumeist eine Klagerücknahme) zu erreichen, was bei 400 - 600 Rechtsstreiten im Bestand und häufig mehr als 30 Neueingänge je Kammer (d.h.

je Berufsrichter) in der ersten Instanz gut nachzuvollziehen ist. Vom Fragerecht machen die ehrenamtlichen Richter in der mündlichen Verhandlung zumeist nur geringen Gebrauch. Die ehrenamtlichen Richter kommen daher typischerweise nur in einer Minderheit aller Rechtsstreitigkeiten, nämlich bei der Urteilsberatung, im wahrsten Sinne zu Wort. In der zweiten Instanz kommt hinzu, dass sowohl die Rechts- als häufig auch die Tatsachenfragen in der Vorberatung am Vortag der mündlichen Verhandlung von den drei Berufsrichtern „vorläufig abschließend“ beraten werden, wenn nicht ohnehin die Beteiligten sich freiwillig auf den Einzelrichter des Senats verständigt haben, der auch in mündlicher Verhandlung immer ohne ehrenamtliche Richter entscheidet, oder eine Entscheidung durch urteilsgleichen Beschluss ergeht.

Letztlich gibt es nur eine ernsthafte rechtspolitische Begründung für die Beteiligung von ehrenamtlichen Richtern: In der mündlichen Verhandlung ist dem - in der Sozialgerichtsbarkeit häufig nicht anwaltlich vertretenen - Kläger (fast immer ein Sozialleistungsempfänger) schnell klar, dass er nur wenig Möglichkeiten hat, auf die ihm vom Vorsitzenden im Rechtsgespräch nicht selten als „Vor-Entscheidung“ dargelegte Rechtsauffassung Einfluss zu nehmen. Die Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter an der Urteilsberatung bietet aber ungeachtet des Informationsgefälles und der unterschiedlichen Motivation und intellektuellen Befähigung der ehrenamtlichen Richter eine gewisse Gewähr dafür, dass der Berufsrichter seinen ehrenamtlichen Richtern in für Laien einfachen und verständlichen Worten die tragenden Gründe der Entscheidung plausibel vermitteln muss. Die Konsentierung des Entscheidungsvorschlags durch die ehrenamtlichen Richter erhöht daher die Legitimation des Urteils gerade dann, wenn der Kläger, der eine Sozialleistung begehrt bzw. nicht zurückerstatten will, den Rechtsstreit verliert. Der unterlegene Kläger kann nicht an der Erkenntnis vorbeigehen, dass auch Laien aus ihrem Blickwinkel die Entscheidung des Berufsrichters für gut nachvollziehbar angesehen haben und diese mittragen. In diesem Sinne

handelt es sich bei Urteilen wirklich um solche, die im Namen des Volkes verkündet werden. Die Beteiligung ehrenamtlicher Richter eröffnet damit die Möglichkeit, dass die Berufsrichter bei ihren Urteilen - ohne die Gesetzesbindung aufzugeben - auch dem common sense Rechnung tragen, der etwas völlig anders ist als das „gesunde Volksempfinden“ unseligen Angedenkens. Richtig verstanden haben die ehrenamtlichen Richter die Funktion der Selbstvergewisserung des Berufsrichters mit Blick auf sein Vorverständnis, das - wie wir spätestens seit Esser wissen - einen nicht unerheblichen Einfluss auf die richterliche Meinungsbildung hat. Es bleibt aber dann die Frage im Raum stehen, warum die Zivilgerichtsbarkeit in nur geringem Umfang eine Beteiligung von ehrenamtlichen Richtern kennt.



# Schöffen und Schöffinnen in der Strafgerichtsbarkeit

Margarete Koppers, Vorsitzende Richterin am Landgericht

"Wenn du Geschworener bist, vergiss dies nicht: - echte Geschworenengerichte gibt es nicht mehr. Der Herr Emminger aus Bayern hat sie zerstört, um den Einfluss der 'Laien' zu brechen. Nun sitzt ihr also mit Berufsrichtern zusammen im Beratungszimmer. Sieh im Richter zweierlei: den Mann, der in der Maschinerie der juristischen Logik mehr Erfahrung hat als du - und den Fehlenden aus Routine. Der Richter kennt die Schliche und das Bild der Verbrecher besser als du - das ist sein Vorteil; er ist abgestumpft und meist in den engen Anschauungen seiner kleinen Beamtenkaste gefangen - das ist sein Nachteil. Du bist dazu da, um diesen Nachteil zu korrigieren."

*Aus dem Merkblatt für Geschworene von Kurt Tucholsky, 1929<sup>1</sup>*

Schöffinnen und Schöffen sind die durch Wahl zum ehrenamtlichen Richter in der Strafjustiz bestimmten "Laien". Sie sollen im Ehrenamt als Vertreter des Volkes dazu beitragen, das Vertrauen in die Justiz zu erhalten. Die gesetzlichen Grundlagen finden sich in §§ 31, 77 Abs. 1 GVG, § 2 JGG, Art. 97 Abs. 1 GG, §§ 45 Abs. 1 S. 1, 45a DRiG. Schöffinnen und Schöffen werden in den Eingangsinstanzen von Land- und Amtsgericht mit Ausnahme des Strafrichters sowie in der Berufungsinstanz tätig.

Die Notwendigkeit ihres Einsatzes ist seit jeher umstritten und die Argumente haben sich kaum verändert. Von den Gegnern werden Vorbehalte gegen die intellektuellen Qualitäten der Schöffinnen und Schöffen zum Ausdruck gebracht, oft verbunden mit der Behauptung des Unvermögens zur Entscheidung von Rechtsfragen, hoher Emotionalität, insbesondere bei der Strafzumessung, und einer starken Anfälligkeit für parteipolitische oder mediale Beeinflussungsversuche; die Möglichkeiten eines gleichberechtigten Austauschs zwischen Juristen und Laien wird überwiegend skeptisch eingeschätzt und der angesichts steigender Fall- und sinkender Personalzahlen nicht mehr zu rechtfertigende erhöhte

Zeitaufwand für die Verhandlungen unter Mitwirkung von Laienrichtern beklagt.

Befürworter wie ich<sup>2</sup> werben mit Argumenten wie dem Vertrauen der Bevölkerung in die Strafrechtspflege durch die Gewähr plausibler erscheinender Entscheidungen, einem Vertrautwerden der Bürger mit dem Strafrecht, dem Durchbrechen von Berufsrichter-Routine, der Erforderlichkeit einer Realitäts- und Plausibilitätskontrolle durch die Laienrichterinnen und Laienrichter.

## 1. Aktenkenntnis

Im Strafprozess ist es den Schöffinnen und Schöffen nach bisherigem Recht verwehrt, sich durch Aktenstudium auf die Verhandlung vorzubereiten. Sind sie daher als Gesprächspartner nicht von Wert, weil sie nicht fundiert Stellung beziehen können und in ihren Vorkenntnissen hinter den Berufsrichterinnen und Berufsrichtern zurückstehen?

Dies setzte voraus, dass Aktenkenntnis notwendige Bedingung für eine sachgerechte Wahrnehmung der Aufklärungspflicht ist und das Ergebnis des Prozesses hiervon abhängt. Außer Acht gelassen werden dabei jedoch die oft fehlende Aktenkenntnis von - überarbeiteten (?) - Berufsrichtern und der Umstand, dass im Strafprozess "aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung" (§ 261 StPO) entschieden werden soll. Hierin liegt schon die erste Aufgabe der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter als Kontrollinstanz: Werden in der Beratung Umstände erörtert, die ihnen unbekannt sind, so ist dies ein untrügliches Indiz dafür, dass ein - revisionsrechtlich relevanter - Verstoß gegen § 261 StPO vorliegt.

Verweisen möchte ich in diesem Zusammenhang auf eine sicherlich nur in Ansätzen übertragbare, dennoch beeindruckende empirische Untersuchung von Weißmann<sup>3</sup>. In dieser Studie wurde Berufsrichtern die Aufgabe gestellt, eine echte Hauptverhandlung, an der sie im Übrigen nicht mitwirkten, zu beobachten und nach deren Abschluss ein Urteil zu verfassen. Die sog. Passivrichter

kannten zu Beginn der Verhandlung lediglich den Anklagesatz. Ihre Entscheidungen (die Passivurteile) unterschieden sich in Tenor und Gründen nur unwesentlich von den in den jeweiligen Strafsachen ergangenen echten Urteilen (den Aktivurteilen). Nur bei gut einem Viertel aller Urteils-paare stimmten Aktiv- und Passivrichter im Schuldspruch nicht überein. Passivurteile würdigten hingegen die Zeugenaussagen intensiver, behandelten ausführlicher die Widersprüche zwischen der Einlassung des Angeklagten und anderen Beweisergebnissen und enthielten umfassendere Erwägungen zu spezial- und generalpräventiven Strafzumessungsgesichtspunkten als die nicht abgekürzten Aktivurteile.

Die Studie legt den Schluss nahe, dass fehlende Aktenkenntnis weder stets zu ungenügender Erfassung des Verhandlungsgeschehens führt noch zwangsläufig das Votum beeinflusst. Es gibt natürlich Ausnahmen, wozu ich große Verfahren vor den Wirtschaftsstrafkammern zählen möchte, wengleich es auch hier wesentlich auf die Kommunikationsfähigkeit der Kolleginnen und Kollegen mit den Schöffinnen und Schöffen ankommt.

## 2. Rechtskenntnisse

Sind Schöffinnen und Schöffen mangels der erforderlichen Rechtskenntnisse nicht geeignet und in der Lage, sachgerecht auf die Entscheidungsfindung Einfluss zu nehmen? Auch diese Frage beantwortete ich mit einem klaren Nein. Der Einfluss von Rechtskenntnissen auf die Urteilsfindung wird schon dadurch in Frage gestellt, dass das Normensystem gerade im Strafrecht nicht hinreichend differenziert ist, um überhaupt richterliche Entscheidungen weitgehend determinieren zu können. Zudem wird von den Kritikern vorausgesetzt, Juristen seien nicht nur imstande, sondern auch willens, die als exakt unterstellten gesetzlichen Vorgaben im Einzelfall umzusetzen.

Meiner Erfahrung nach sind es in der Regel nicht mangelnde Rechtskenntnisse, die zu Differenzen zwischen den Sachverhaltsfeststellungen oder den Strafzumessungsvorschlägen der

Laien einerseits und der Berufsrichterinnen und Berufsrichter andererseits führen. Vielmehr weichen die Voten der Laien eher selten von denen der Berufsrichter ab. Zudem gibt es immer wieder auch Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Berufsrichter, die bei der Anwendung derselben Gesetze auf dieselbe Strafsache nicht selten zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen.

Ich sehe in der mangelnden juristischen Vorkenntnis der Schöffinnen und Schöffen vielmehr ein weiteres positives Element: Ihre Meinung ist ein wertvolles Korrektiv allzu juristischer und allzu formaler Einstellung und stellt eine Realitätskontrolle für die juristische Argumentation dar. Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, sind aber wiederum die Berufsrichter in ihrer Kommunikationsfähigkeit mit den ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern gefordert.

### 3. Forensische und kriminalistische Erfahrung

Gleiches gilt für den Mangel der Schöffinnen und Schöffen an forensischer und kriminalistischer Erfahrung. Hiernach müsste der erfahrene Richter in der Hauptverhandlung andere Informationen suchen, dieselben Informationen in anderer Weise verarbeiten oder andere Strafmaße bevorzugen als der nicht ständig tätige Richter.

Gelangen zwei erfahrene Strafrichter bei der Beurteilung desselben Sachverhalts zu unterschiedlichen Ergebnissen, so hat auch die forensische Praxis wenigstens einen der beiden nicht vor einem Fehler bewahrt. Die Ursachen mögen vielschichtig sein (unzureichende Aufklärung, Folge vorschneller Festlegung, fehlerhafte Anwendung des Wissens, z.B. bei Beurteilung der Schuldfähigkeit oder bei Würdigung von Sach- und Sachverständigenbeweisen). Schon die Erfahrung als Vorsitzende einer Berufungskammer, die über die Urteile von Strafrichtern als Einzelrichter und von Schöffengerichten zu entscheiden hatte, hat mir gezeigt, wie gering die Wahrscheinlichkeit dafür ist, dass die Mitwirkung der Schöffen die Zahl kriminalistischer Fehler erhöht.

Im Rahmen der Strafzumessung habe ich tatsächlich die größten Abwei-

chungen in den Voten von Laien und Berufsrichtern festgestellt. Doch lässt sich wohl nicht nachweisen, dass diese Divergenzen mit der unterschiedlichen forensischen Erfahrung zusammenhängen, sondern eher mit dem unterschiedlichen Strafbefürdnis. Selbst Juristen, innerhalb derselben Kammer, desselben Gerichts, insbesondere aber aus unterschiedlichen Regionen bewerten und sanktionieren vergleichbare Taten unterschiedlich.

Auch hier sehe ich einen Vorteil der Beteiligung von Laien: Sie spiegeln das Rechtsverständnis der Allgemeinen Bevölkerung und ihr Strafempfinden wieder und wir Berufsrichter werden so gezwungen, aus unserem "Elfenbeinturm" herauszutreten und unser Blickfeld zu erweitern. Das soll gewiss nicht heißen, wir müssten einem Schöffen wie Dr. Ramm, der mit seiner großformatigen Anzeige im Tagesspiegel vor Antritt seiner Schöffentätigkeit im Januar 2005 für härteres Strafen eingetreten ist und die Strafjustiz pauschal der Unfähigkeit bezichtigt hat, mehr Gehör verschaffen. Ich habe keine Zweifel daran, dass die Arbeit in einem richterlichen Gremium diesen Schöffen einer besseren Einsicht zuführen wird, spätestens dann, wenn ihm erstmalig seine Verantwortung für die möglicherweise langjährige Inhaftierung eines konkreten Menschen bewusst wird. Dieses Bewusstmachen von Verantwortung für menschliche Schicksale ist unsere Aufgabe.

### 4. Emotionalität und Suggestibilität

Mit der Behauptung einer erhöhten Emotionalität von Schöffen wird unterstellt, dass Schöffen stärker als Berufsrichter zu emotionaler Erörterung neigen und auf diese Weise Einfluss auf das Ergebnis nehmen, zum anderen aber auch, dass es Juristen schwer fällt, insbesondere wenn sie in der Minderheit sind, den Stil der Beratung zu prägen. Beides entspricht nicht meiner Erfahrung, wenngleich es durchaus "Ausreißer" gibt.

Jeder Strafrichter fürchtet unkontrollierte Ausbrüche von Schöffinnen - wie den Weinkampf bei der Inaugenscheinnahme von kinderpornografischen Bildern aus dem Internet oder heftiges Schluchzen bei der Einlassung einer alten Frau, die nach

jahrelangem Ehemartyrium ihren Mann erstochen hat - oder Schöffen - Wutanfälle über die offensichtlichen Lügen des Angeklagten oder Entlastungszeugen, ausländerfeindliche Bemerkungen in Verfahren gegen türkische Drogenhändler - in der Hauptverhandlung, die ein Befangenhheitsgesuch und damit möglicherweise das Scheitern des Prozesses zur Folge haben.

Die geschilderten Beispiele sind zwar real, stellen aber die absolute Ausnahme dar. Es lassen sich im Übrigen ebenso viele Beispiele für Entgleisungen von Berufsrichtern anführen.

Ich habe auch Beratungen erlebt, in denen Schöffen mit irrationalen Argumenten zumeist hohe Strafen befürworteten. Als Negativbeispiel ist mir ein Schöffe aus meiner Tätigkeit als Vorsitzende einer ausschließlich für Betäubungsmitteldelikte zuständigen Abteilung beim Amtsgericht in Erinnerung, der, selbst offenkundig alkoholabhängig, ohne jedes Argument stets für die Verhängung von Höchststrafen bei den Drogenabhängigen eintrat<sup>4</sup>. Gerade in diesem Kriminalitätsbereich habe ich aber nicht weniger Irrationalität meiner berufsrichterlichen Kollegen erlebt.

Problematischer sehe ich die Frage der Suggestibilität von Laienrichterinnen und Laienrichtern, allerdings weniger durch Medien und Umwelt denn durch die Berufsrichter. Da Schöffen weder das Recht kennen noch die juristische Fachterminologie beherrschen, sind sie oftmals nicht in der Lage, die Richtigkeit der Interpretation durch die Berufsrichter zu überprüfen. Die gerichtliche Entscheidung wird meiner Erfahrung nach maßgeblich von den berufsrichterlichen Urteilspräferenzen determiniert. Dies gilt nahezu ausnahmslos dann, wenn die Berufsrichter - wie in der großen Strafkammer - in der Mehrheit oder jedenfalls in gleicher Anzahl wie die Schöffen an der Urteilsfindung beteiligt sind; in diesen Konstellationen habe ich es nie erlebt, dass sich Schöffinnen oder Schöffen mit ihrer abweichenden Auffassung durchgesetzt haben. Andere Erfahrungen habe ich allerdings beim Schöffengericht und in der - kleinen - Berufungskammer gemacht. Hier gab es gelegentlich Fälle, in denen die Schöffen mich - nach langem und zähem Ringen - im

Ergebnis überstimmt oder aber aufgrund ihrer abweichenden Einschätzung der Beweislage eine Fortsetzung der Hauptverhandlung mit weiterer Beweiserhebung erzwungen haben.

Die Regel ist jedoch der passive oder/und bereitwillig den Berufsrichtern folgende Laienrichter. Es ist Aufgabe der Berufsrichterinnen und Berufsrichter schon in den Schöffen-schulungen zu Beginn jeder Wahlperiode aber auch in den Beratungen, durch die Art der Kommunikation dazu beizutragen, dass aus diesen "stummen Gerichtszeugen" gleichberechtigte und verantwortungsbewusste Richter werden. Hier sind mutige, unbequeme Schöffen und konfliktbereite und -fähige Berufsrichterinnen und Berufsrichter gefragt.

##### 5. Resümee

Meiner Einschätzung nach hängt die Qualität der Schöffenbeteiligung zwar auch von den intellektuellen, insbesondere den Konzentrationsfähigkeiten der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter, von ihrer Motivation und ihrem Interesse ab, sie wird aber wesentlich beeinflusst von der Art der Verhandlungs- und Beratungsleitung durch die Vorsitzenden, Berichterstatte-rinnen und Berichterstatte-r. Der Zeitfaktor spielt dabei eine wesentliche Rolle. Wer nur im Sinn hat, rechtzeitig zur Mittagspause mit der Sitzung fertig zu sein, um mit den Kollegen in der Kantine zu sitzen, wird sich kaum die Mühe machen, Schöffinnen und Schöffen als gleichberechtigte Partner bei der Urteilsfindung zu behandeln.

Berufsrichterinnen und Berufsrichter sollten es hingegen als ihre Verpflichtung ansehen und sie sollten durch mutige Schöffinnen und Schöffen dazu gezwungen werden, ihren Entscheidungsvorschlag den ehrenamtlichen Richtern verständlich zu machen, ihn zu rechtfertigen und anhand der von den Laien erhobenen Einwände zu überdenken. Nur dann ist eine sinnvolle Zusammenarbeit zwischen ehrenamtlichen und Berufsrichterinnen und Richtern gewährleistet.

<sup>1</sup>Zitiert aus: *Politische Justiz*, S. 58 <59 ff.>.

<sup>2</sup>Die folgenden Ausführungen basieren nicht auf statistischen Auswertungen, sondern auf meinen nunmehr über 16 Jahren Berufstätigkeit, u.a. beim Amtsgericht in Strafsachen als Einzelrichterin, Schöffengerichtsvorsitzende und Beisitzerin im erweiterten Schöffengericht ebenso wie auf der Tätigkeit beim Landgericht als Beisitzerin in Schwurgerichtskammern und Vorsitzende einer - kleinen - Berufungswie zwei allgemeinen großen Strafkammern.

<sup>3</sup>Die Stellung des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung. Die Entwicklung einer Verfahrensordnung zum Wechselverhör mit einer empirischen Studie über den "Passivrichter", Göttingen 1982. Für ehrenamtliche Richter gibt es wohl lediglich die Studie von Schiffmann (Die Bedeutung der ehrenamtlichen Richter bei den Gerichten der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Ein Blick in die Vergangenheit und Gegenwart sowie eine empirische Untersuchung in den Ländern Baden-Württemberg, Bremen, Niedersachsen und Rheinland-Pfalz, Berlin 1974), die allerdings generalisierend und ohne Bezug zu konkreten Verfahren einen ungefähren Aufschluss über die Bedeutung der Aktenkenntnis für die Sachaufklärung durch Laienrichter gibt.

<sup>4</sup>Wir haben das Problem durch Abstimmung gelöst. Derselbe Schöffe hat allerdings meinen Nachfolger, der versuchte, ihn von seiner liberaleren Einstellung zu überzeugen, tätlich angegriffen, was dann zu seinem Ausschluss als Schöffe geführt hat.

## Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Projektwerkstatt an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer

Vorsitzender Richter am VG Rainer Hepp, Darmstadt

Mediation ist ungeachtet fortbestehender Bedenken (Hartmann, NJW 2005, Heft 5, Editorial) weiter Thema in der Justiz und auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die bei einzelnen Gerichten verschiedener Länder in den letzten Jahre begonnenen Aktivitäten (Walther, BDVR-Rundschreiben 2004, 26) schreiten weiter voran.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hessen hat sich durch ein von Staatsminister Dr. Christean Wagner eröffnetes Modellprojekt seit 1. Mai 2004 der gerichtsnahen Mediation angenommen. Die ersten Schritte des Vorhabens wurden im vergangenen Wintersemester 2004/05 in einer Projekt-Arbeitsgemeinschaft an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (DHV Speyer) unter der Leitung von Richter am VG Dipl.-Verw. Harald Walther, Wiesbaden, in Kooperation mit Univ.-Prof. Dr. Rainer Pitschas, Dipl.-Verw., Lehrstuhl für Entwicklungspolitik, Verwaltungswissenschaft und öffentliches Recht an der DHV Speyer, wissenschaftlich begleitet. Die Arbeitsergebnisse wurden am 27. Januar 2005 in einer ganztägigen Projekt-Werkstatt vorgestellt und diskutiert (zum Programm vgl. BDVR-Rundschreiben 2004, 217). Der für diesen Bericht zeichnende hat auf Einladung der Hochschule als Mitglied des Bundesvorstandes des BDVR an der mit über 80 Teilnehmern gut besuchten Veranstaltung teilgenommen.

Nach der Begrüßung durch den Rektor der DHV Speyer, Univ.-Prof. Dr. Rudolf Fisch, in der dieser auf die vielfältigen interdisziplinären Aktivitäten der Hochschule im Bereich der nach § 5a Abs. 3 DRiG zu vermittelnden Schlüsselqualifikationen und die damit einhergehende „Speyerer Mediationsinitiative“ hinwies, erläuterte Walther in seiner Einführung kurz den Wandel der staatlichen Institutionen hin zu einem verstärkt festzustellenden konsensualen und kooperativen Handeln mit dem Bürger.

Über das „New Public Management“ in der öffentlichen Verwaltung ist auch die Justiz weiter Adressat des petitums zur Ökonomisierung der Rechtsprechungsfunktion. Nachdem Beschleunigungsnovellen und die Suche nach Binnenreserven ausgereizt scheinen, werden nunmehr auch im öffentlichen Sektor alternative Modelle der Streitbeilegung diskutiert. Walther wies auf einen sich ausbreitenden Markt für Mediation hin, der auch die Justiz ergreife. Er leitete das Wort über an Pitschas, der mit seinem Vortrag „Verwaltungsrechtsschutz durch Gerichtsmediatoren?“ die aus Sicht des Wissenschaftlers gebotenen kritischen Fragen stellte, etwa ob verfassungsrechtliche Vorbehalte den Weg der Mediation durch Richter der Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht versperrten. Sein Ausgangspunkt ist die Funktion der Rechtsprechung zur Streitschlichtung durch autoritativen Richterspruch in einem effektiven und effizienten Rechtsschutzfahren. Von Bedeutung sei weiter der funktionale Zusammenhang zwischen Verfahren und Rechtsschutz. Pitschas arbeitete weiter die Schwierigkeiten einer Einordnung der Mediation zwischen Rechtsprechung und Gerichtsverwaltung heraus. Die Zuweisung zur Rechtsprechung scheidet aus, da Mediation als konsensuale Streitbeilegung nicht der Streitschlichtung durch autoritativen Richterspruch entspreche. Wegen des dezisiven Charakters der Mediation komme aber auch nicht in Betracht, diese der gerichtsverwaltenden Tätigkeit zuzuordnen. Er hob ein Verbot der Rechtsprechung ohne Recht, aber auch der Schlichtung ohne Rechtsprechung hervor. Pitschas räumte der Einführung des Güterichters größere Erfolgsaussichten ein, da die Mediation durch den funktionalen Wechselbezug von Verwaltungsgerichtsbarkeit und Verwaltungsverfahren eingeschränkt werde. In der anschließenden Diskussion war der Wettstreit zwischen Mediation und den Instituten des Verwaltungsprozesses (Erörterungstermin, mündliche Verhandlung, Vergleichsge-

spräch) Gegenstand. Vorsitzender Richter am VG Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff, seit 1.10.2003 hauptamtlicher Gerichtsmediator des Verwaltungsgerichts Berlin (BDVR-Rdschr. 2003, 182) hielt lediglich 10% der Fälle für eine Mediation geeignet und verwies ansonsten auf den gerichtlichen Vergleich. Nicht Mediation und Rechtsprechung seien ein Gegensatzpaar, meinte Richter am VG Peter Knorr, Freiburg (vgl. dazu auch [www.vgfreiburg.de](http://www.vgfreiburg.de)). Er vertrat einen erweiterten Rechtsprechungsbegriff und erfasste damit die gerichtsnahen Mediation unter Art. 92 Abs. 1 GG.

Der Präsident des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs Kassel, Wolfgang Reimers, trug sodann seine und des Gerichtszweigs „Erwartungen an das Hessische Modellprojekt“ vor. Nach Schilderung der Genesis des Projekts hob er das Engagement der Mediatoren hervor, die die neue Aufgabe ohne Freistellung zusätzlich zu den Belastungen des Dezernats bewältigten. Das Modellprojekt werde grundsätzlich sehr positiv aufgenommen. Außerdem habe die Praxis gezeigt, dass - mit Ausnahme der Asylverfahren - sich quasi jedes Rechtsgebiet als Anwendungsfeld bewährt habe. Einen Exkurs widmete er dem aktuellen Vorschlag Bayerns zur Einführung eines Güterichters durch den Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der gütlichen Beilegung im Zivilprozess (BR-Drs. 747/04), dessen Anwendung auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Anschluss kontrovers diskutiert wurde. Reimers begrüßte insbesondere die Bereitschaft zur wissenschaftlichen Begleitung des Modellprojekts durch Univ.-Prof. Dr. Rainer Pitschas und Richter am VG Dipl.-Verw. Harald Walther, die bereits ein Konzept für die Zusammenarbeit der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer vorgelegt haben.

Zu Beginn des 2. Teils der Projekt-

werkstatt begrüßte Walther auch die Teilnehmer des am Forschungsinstitut für die öffentliche Verwaltung (FÖV) bei der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer (dazu Walther, BDVR-Rdschr. 2004, 216) durch die Initiatoren Univ.-Prof. Dr. Rainer Pitschas und Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Direktor des FÖV, eingerichteten Arbeitskreises „Rechtssprechungsmanagement in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und gerichtsvbundene Mediation“. Der Arbeitskreis war in Speyer zu seiner 2. Sitzung zusammen gekommen und hat die Entwicklung wissenschaftlich konsistenter und praktisch verwertbarer Anregungen für die Verbindung von Verwaltungsrechtssprechung und Mediation im Rahmen der großen Justizreform zum Gegenstand (demnächst Schoppa, NVwZ 2005, Heft 4).

Im weiteren Verlauf präsentierten die Teilnehmer ihre in der Projekt-AG erarbeiteten Vorträge. Rechtsreferendarin Jeannette Schönhauser begann mit grundsätzlichen Erwägungen zur Problematik der „Entstaatlichung von Rechtsschutz“ sowie „Wettbewerbsrechtlichen Aspekten der Mediation“. Die Rechtsreferendarinnen Anna Ruhs und Claudia Kern wandten sich darauf Möglichkeiten der „Implementation der Mediation in den öffentlichen Sektor“ und dem Verhältnis „VwGO und Mediation“ zu. Hierbei wurden zum einen die Frage der optimalen Verortung der Mediation in Verwaltungs-, Widerspruchs- oder gerichtlichem Verfahren erörtert und zudem die bereits in der VwGO enthaltenen mediativen Elemente herausgearbeitet. Mediation als Teil der Konzepte „Qualitätsmanagement“ und „Controlling“ schilderten Rechtsreferendar Marcus Hirschfelder und Rechtsreferendar Dipl.-Finw. Björn Büscher. Abhängig von der Zuordnung zu Rechtsprechung oder Gerichtsverwaltung wurden hier mögliche Potentiale für etwaige Ressourcen im Gerichtszweig untersucht. Mit seinen Ausführungen über „Mediation und Richteramt“ und darin enthaltenen Abgrenzungen zwischen Gerichtsverwaltung und Rechtsprechung schloss Rechtsreferendar Sven Mohr die Reihe der ersten Vorträge ab.

Die „Berichte aus der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit“ von des Rechtsreferendaren Thomas Falkenstein, Martin Gerbracht und Sabine Reichenbach erläuterten die Praxis des Modellprojekts:

Hinsichtlich der Rekrutierung und Schulung der Gerichtsmediatoren ist Hessen ein "Self-Made-Projekt". Koordinator des hessischen Modellprojekts ist Richter am Hess. VGH Dr. Günter-Richard Apell. Gegenwärtig sind insgesamt 12 Mediatoren tätig (VGH Kassel: 2, VG Kassel: 1, VG Frankfurt: 3, VG Darmstadt, VG Wiesbaden und Gießen: je 2). Auch von Einsätzen der Gerichtsmediatoren an anderem Verwaltungsgericht wird berichtet - ein Gerichtsmediator des VG Wiesbaden hat beim VG Darmstadt Mediationen durchgeführt. Die Gerichtsmediatoren beim VGH und VG Kassel helfen gegenseitig aus. Im Hinblick auf die Freiwilligkeit als herausgehobenes Element der Mediation bestehen aus Sicht der Beteiligten gegen den Einsatz eines richterlichen Mediators bei einem anderen Gericht keine Bedenken. Selbst eine Verwendung eines Gerichtsmediators eines Verwaltungsgerichts in der Sozialgerichtsbarkeit, soweit dort noch keine vergleichbaren Strukturen existieren, ist - gerade wegen der Aufgabenverlagerung der Sozialhilfestreitigkeiten - gut denkbar. Gerichtsmediation erweist sich nach den in der Projekt-AG gewonnenen Erkenntnissen auch als probates Mittel für einen flexiblen, gerichtsübergreifenden ggf. auch gerichtszweigübergreifenden Personaleinsatz.

Weitestgehend konnten in Hessen persönliche Interessen bei der Auswahl für die "Besetzung" der Stellen Berücksichtigung finden. Problematisch mag sich allenfalls die Bestimmung eines Mediators bzw. einer Mediatorin durch Los darstellen, ebenso wie sich nunmehr abzeichnende Probleme wegen des zur Jahresmitte bevorstehenden Wechsels einer Gerichtsmediatorin in die Sozialgerichtsbarkeit. Bei der Schulung der Mediatoren hat Hessen sinnvoller Weise sog. "Crash-Kursen" den Vorrang vor einer kostenintensiven Ausbildung etwa an der Fernuniversität Hagen gewährt; eine im Hinblick darauf, dass z. B. im US-amerikanischen Multi-Door-Court-

House-Modell bei Amtsgerichten (Magistrate Courts) ehrenamtliche Mediatoren mit einer nur 40-stündigen Ausbildung auskommen, durchaus vertretbare Entscheidung. Durch mehrere Wochenendschulungen bei bereits ausgebildeten Richtermediatoren in Niedersachsen bzw. weitere Schulungen bei Mediatoren und Kommunikationstrainern sind die Kollegen an ihre neue Aufgabe effizient und kostengünstig herangeführt worden. Befragungen im Rahmen der Projekt-AG haben ergeben, dass die genossene Ausbildung ausnahmslos inhaltlich sehr begrüßt wird. Ein "mehr" an Wissensvermittlung wäre sinnvoll, indes muss im Hinblick auf die Kosten schon der gegenwärtige Zustand als positiv konstatiert werden.

In Hessen wird Mediation als Teil der Gerichtsverwaltung im Sinne von § 4 Abs. 2 Nr. 1 DRiG qualifiziert. Für seinen Gerichtszweig hat der Präsident des Hessischen Verwaltungsgerichtshofes eine Dienstanweisung zur verwaltungsmäßigen Durchführung der Mediationsverfahren erlassen, die die Abwicklung des Schriftverkehrs unter einem einheitlichen Briefkopf und einer fortlaufenden Geschäftsnummer sowie die Bestimmung einer zentralen Mediationsgeschäftsstelle bei jedem Verwaltungsgericht ebenso erfasst wie Regelungen über die Aktenführung und die Erstellung einer Statistik.

Die ersten Mediationsergebnisse sind in beiden Instanzen positiv. Neben vereinzelten Co-Mediationen bei Verfahren mit einer Vielzahl von Beteiligten ist insbesondere bemerkenswert, dass allein beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof 40 Verfahren erfasst und über 20 erfolgreich zu Ende geführt wurden. Für das Erkennen von Anwendungsfeldern der Mediation ist in diesem Zusammenhang bedeutsam, dass offenkundig Raum für Konsens auch nach einer erstinstanzlichen Entscheidung besteht. In dem Modellprojekt sollen derartige Konstellationen auf ihre Besonderheiten untersucht und in Erfahrung gebracht werden, welche Gründe für das Interesse an einer obergerichtlichen Mediation vorliegen (siehe Tabelle unten).

Aus der Statistik geht hervor, dass auch Verfahren erfasst werden, deren Mediationseignung zunächst bejaht wird, in denen sodann aber mindestens einer der Beteiligten seine Zustimmung zur Mediation verweigert hat. Aussagen, aus welchen Gründen die Zustimmung nicht erfolgt ist bzw. nach welchen Kriterien im Einzelfall Verfahren in die Mediation gegeben werden, sind bislang nicht evaluiert worden. Somit ist der aussagekräftige Wert allein jener der 127 mediierten Verfahren; ein für das noch junge Projekt beachtliches Zwischenergebnis. Dies umso mehr vor dem Hintergrund, als die Mediatoren weder für die Bewältigung der notwendigen Ausbildung noch für die zusätzlich zum Dezeranat anfallenden Mediationen eine Entlastung durch Justizverwaltung oder Präsidium erfahren. Auch der hohe Wert von nahezu 90% erfolgreicher Mediationen spricht auf den ersten Blick für die Qualität des Streitbeilegungsmodells.

Die unter insgesamt 25 Befragten vier Präsidenten, acht Mediatoren, zehn unbeteiligte Richter und drei Beteiligte (einen Behördenvertreter und zwei Rechtsanwälte) ermittelte „grundsätzliche Haltung zur Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit“ ergab, dass insgesamt 52% grundsätzlich positiv, 28% gespalten und die restlichen 20% gegenüber der Mediation negativ eingestellt seien.

Mit einem Streitgespräch über das „Pro und Contra der Mediation“ setzten Assessorin Maren Heinecke und Rechtsreferendarin Anja Büttner Impulse für die sich anschließende Abschlussdiskussion. Hier brachten Gerichtsmediatoren aus 1. und 2. Instanz, Richterin am VG Sybille Grünewald-Germann, Wiesbaden, und Richter am Hess. VGH Dr. Günther-Richard Apell, Kassel, ihre Erfah-

rungen ein. Thomas Rust, Jurist im Rechtsamt einer Kreisverwaltung, brach eine Lanze für die frühere Anwendung der Mediation bereits im Verwaltungsverfahren und hob das Erfordernis eines sich wandelnden Verhältnisses zwischen Bürger und Staat hin zu einem mehr konsensualen Miteinander hervor. Die positiven Aspekte der Mediation im öffentlichen Recht aus Anwaltssicht unterstrich RA und Anwaltsmediator Dr. Mathias Schäfer, Limburg. Die von Rechtsreferendar Sven Mohr souverän geleitete Runde auf dem Podium schloss Univ.-Prof. Dr. Rainer Pitschas, Speyer, mit einer Vertiefung seiner kritischen Erwägungen zu Beginn der Veranstaltung.

In seinem die Projektwerkstatt schließenden Ausblick fasste Walther die ersten Ergebnisse des Tages kurz zusammen und hob das Erfordernis einer intensiven Fortsetzung des Modellprojekts ebenso hervor wie künftige Zusammenarbeit der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit mit der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer zur wissenschaftlichen Begleitforschung des Modellprojekts. Der Unterstützung des hessischen Ministeriums der Justiz kann sich das Modellprojekt dabei wohl sicher sein. In der Pressemeldung Nr. 22 vom 11. Februar 2005 zur kürzlich erfolgten Amtseinführung des neuen Präsidenten des Verwaltungsgerichts Kassel wurde die besondere Bedeutung der gerichtsnahen Mediation in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit als zukunftssträchtiges Institut der Streitbeilegung von Staatsminister Dr. Wagner hervorgehoben. Die beachtlichen Erfolge, die Zufriedenheit der Beteiligten und nicht zuletzt die vorerwähnte motivatorische Unterstützung durch die Spitze des Ressorts dürften für die Projektbeteiligten Ansporn zu weiterem En-

gagement sein. Man darf auf die weitere Entwicklung gespannt sein.

## Grenze für Richterhaftung

Wenn ein Gericht zu Unrecht den Erlass einer einstweiligen Anordnung ablehnt, kann der Betroffene gleichwohl keinen Schadensersatz wegen einer Amtspflichtverletzung verlangen. Das „Spruchrichterprivileg“ in § 839 Absatz 2 Bürgerliches Gesetzbuch erfasse auch diesen Fall, heißt es in einem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 9. Dezember 2004 (III ZR 200/04). Nach dieser Vorschrift ergibt sich ein Amtshafungsanspruch im Zusammenhang mit einem Urteil nur dann, wenn die Amtspflichtverletzung des Richters in einer Straftat besteht. Als „Urteil“ in diesem Sinne sind nach Meinung des BGH auch Entscheidungen über einstweilige Anordnungen im Verwaltungsverfahren sowie Arreste und einstweilige Verfügungen im Zivilprozess zu verstehen. Dies gelte - anders als bisher vom BGH vertreten - unabhängig davon, ob der Entscheidung eine mündliche Verhandlung vorausgegangen sei.

FAZ, 26.1.05

Erfasster Zeitraum: ab 01.05.04	bis 31.10.04	bis 31.12.2004
Erfasste Mediationsverfahren	135	170
Fehlende Zustimmung der Beteiligten	25	43
Verfahren in der Mediation	110	127
Noch anhängig	63	47
Abgeschlossene Verfahren	47	80
Erlidigung bzw. Klagerücknahme	38	70
Erfolgreiche Verfahren	9	10

**Anzeige**

**Umschlagseite 3**

**Anzeige**

**Umschlagseite 4**