

Entsendung als Trainee für mehr als sechs Monate ein Indiz (unter mehreren) sein kann, wonach es am Fortbildungsgehalt der Tätigkeit fehlt und damit auch keine Weiterbildung vorliegt. Insoweit wäre zu empfehlen, Entsendungen per Änderung der internen Leitlinien gänzlich aus dem Anwendungsbereich des § 17 AufenthG zu exkludieren und sie vielmehr ebenfalls in § 18e AufenthG aufzunehmen sowie in Abweichung zum bisherigen § 17 BeschV grundsätzlich eine Vergleichbarkeitsprüfung bezüglich der Beschäftigungsbedingungen vorzusehen, die aktuell für Zeiträume bis zu drei Monaten nicht erfolgt. Im Übrigen sieht der aktuelle aufenthaltsrechtliche Rahmen keine Vorbeschäftigungszeiten für Trainees vor, was jedoch nach der ICT-Richtlinie zwingend vorgegeben ist.¹³⁴

5.5 Die Vorgaben der ICT-Richtlinie zur Mobilität und das Europäische Visumrecht

Äußerst interessant wird auch die Integration des Konzeptes der Binnenmobilität in das Europäische Visumrecht sein. Grund-

sätzlich vermögen die Aufenthaltstitel „ICT“ als Visumäquivalent zu fungieren nach Art. 21 I SDÜ, sofern der entsprechende Arbeitnehmer für kurzfristige Aufenthalte visumpflichtig ist. Allerdings lässt das Schengen-Recht nur kurzfristige Aufenthalte von 90 innerhalb von 180 Tagen kumulativ in Schengen-Staaten zu. Deshalb ist eine Bereichsausnahme für nationale Aufenthaltstitel „ICT“ erforderlich, die im Schengen-Recht aufgenommen werden muss. Dass ein Aufenthaltstitel „ICT“ auch die Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat als dem ausstellenden zulassen würde, konfliktiert mit dem Schengen-Recht hingegen nicht, da dieses sich indifferent zu Fragen der Erwerbstätigkeit verhält.¹³⁵

¹³⁴ Zu Recht kritisch dazu die BDA, a. a. O., S. 4 f., vor dem Hintergrund, dass Trainees meist direkt als Hochschulabsolventen angestellt werden und an internationalen Traineeprogrammen bereits mit dem Beginn der Tätigkeit partizipieren.

¹³⁵ Siehe dazu im Einzelnen Klaus, ZAR 2014, 148 (150) m. w. N.; Keicher, Das Europäische Visumrecht, 2012, 234.

Dr. Simon Sieweke, Bremen*

Die neuen Grenzen der Freizügigkeit für Nicht-EU-Bürger

Der Aufsatz nimmt die zum 1.1.2015 erfolgte Lockerung der Residenzpflicht durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern zum Anlass, die Grenzen der Freizügigkeit für Nicht-EU-Bürger darzustellen. Im Anschluss werden die Anforderungen an und der Rechtsschutz gegen Freizügigkeitsbeschränkungen sowie die Entbehrlichkeit der Zweiduldung erörtert.

1. Einleitung

Die Grenzen der Freizügigkeit für Nicht-EU-Bürger haben nicht nur in der gerichtlichen Praxis eine hohe Bedeutung gewonnen.¹ Sie sind im vergangenen Jahr Gegenstand eines wichtigen politischen Kompromisses gewesen. Im September 2014 haben sich Bundestag und Bundesrat darauf verständigt, die Balkanstaaten Serbien, Bosnien-Herzegowina und Mazedonien als sichere Drittstaaten einzustufen. Die Gegner dieser Änderung haben u. a. durchgesetzt, dass die sog. Residenzpflicht für Asylbewerber und Duldungsinhaber gelockert wird. Das ist durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern vom 23.12.2014 (BGBl. I 2349) mit Wirkung zum 1.1.2015 geschehen.

Eine Analyse des deutschen Systems der Freizügigkeitsbeschränkungen lohnt sich aus rechtspolitischer Sicht aber weiterhin. Innenminister *Thomas de Maizière* hat zuletzt im Oktober 2014 vorgeschlagen, auf europäischer Ebene wie innerhalb Deutschlands eine länderübergreifende Verteilung von Asyl-

bewerbern vorzunehmen. Dadurch sollen die südeuropäischen Länder entlastet werden.

Die Befassung mit Freizügigkeitsbeschränkungen setzt eine vorherige Begriffsbestimmung voraus. Freizügigkeitsbeschränkungen sind zum einen Verbote, sich an bestimmten Orten im Bundesgebiet aufzuhalten. Zum anderen fallen auch Verpflichtungen darunter, sich an bestimmte Orte zu begeben. Unter Aufenthalt ist dabei sowohl der vorübergehende Aufenthalt, beispielsweise bei Ausflügen, als auch der längerfristige Aufenthalt bei Begründung eines Wohnsitzes zu verstehen.

Bei einer Analyse der gesetzlichen Vorschriften zur Beschränkung der Freizügigkeit von Nicht-EU-Bürgern fällt zunächst auf, dass diese über das Aufenthalts- und Asylverfahrensgesetz verteilt sind. Dies erschwert nicht nur das Auffinden der im Einzelfall maßgeblichen Norm. Es verdeckt, dass die Vorschriften größtenteils ein gemeinsames Ziel verfolgen und – jedenfalls bei verfassungskonformer Auslegung – inhaltliche Übereinstimmungen aufweisen.

* Der Autor ist Richter auf Probe am Verwaltungsgericht Bremen. Er dankt Herrn VPräsVG Bremen *Wollenweber* für die kritische Durchsicht des Manuskripts und erteilte Verbesserungsvorschläge.

¹ Dies wird am Beispiel der 4. Kammer des VG Bremen deutlich. Vom 15.10.2013 bis 15.10.2014 hatte die Kammer einen Eingang von ca. 250 Verfahren des Sachgebiets 600, d. h. Ausländerrecht ohne Asylrecht, zu verzeichnen. In knapp 20 Prozent der Verfahren waren Freizügigkeitsbeschränkungen Streitgegenstand: 36 Umverteilungsverfahren nach § 15a AufenthG, zwölf Verfahren bezüglich Wohnsitzauflagen für Inhaber von Aufenthaltserlaubnissen und ein Verfahren auf Erteilung einer Zweiduldung.

Nachfolgend wird zunächst ein Überblick über die gesetzlichen Freizügigkeitsbeschränkungen gegeben. Ausgangspunkt sind dabei die verschiedenen aufenthaltsrechtlichen Situationen, da sich der Anwendungsbereich der einschlägigen Vorschriften nach diesen richtet. Im Anschluss daran werden Thesen zu den rechtlichen Anforderungen an und zum Rechtsschutz gegen Freizügigkeitsbeschränkungen für Nicht-EU-Ausländer formuliert. Abschließend wird dargestellt, dass jedenfalls mit der Novellierung des Freizügigkeitsrechts das Rechtsinstitut der Zweitduldung entfallen ist.

2. Freizügigkeitsbeschränkungen im Überblick

2.1. Beschränkungen gegenüber Asylbewerbern

Den Überblick mit den Freizügigkeitsbeschränkungen gegenüber Asylbewerbern zu beginnen, hat einen guten Grund. Die Freizügigkeitsbeschränkungen haben in diesem Bereich ihren Ursprung. Mit dem Asylverfahrensgesetz von 1982 sind erstmals Regelungen über ein Verteilungsverfahren normiert worden. Grund dafür waren die zunehmenden finanziellen Belastungen infolge steigender Asylbewerberzahlen. Diese sollten gleichmäßig auf die Bundesländer verteilt werden.² Deutlich wird dies daran, dass sich damals wie heute die Aufnahmequote des jeweiligen Bundeslandes aus dem sogenannten „Königsteiner Schlüssel“ ergibt. Allerdings bedarf es für eine gleichmäßige Lastenverteilung keiner Beschränkung des vorübergehenden Aufenthalts. Soweit solche Beschränkungen im Gesetz vorgesehen sind, dienen sie insbesondere der Überwachung des Aufenthalts und sollen das Risiko eines „Abtauchens“ verringern.

Nach § 56 I 1 AsylVfG ist der Aufenthalt von Asylbewerbern grundsätzlich auf den Bezirk der Ausländerbehörde beschränkt, in dem die für die Aufnahme zuständige Aufnahmeeinrichtung liegt. Die Beschränkung ist nach dem Gesetzeswortlaut mit der Aufenthaltsgestattung verknüpft. Zum 31.10.2013 verfügten ca. 100.000 Personen über eine solche Gestattung.³ Asylbewerber können die für sie zuständige Aufnahmeeinrichtung und damit den Bereich des für sie rechtmäßigen Aufenthalts nicht frei wählen. Bevor ein Asylantrag gestellt werden kann, muss sich ein Asylbewerber nach § 22 I 1 AsylVfG bei einer Aufnahmeeinrichtung persönlich melden. Diese bestimmt die zuständige Aufnahmeeinrichtung. Maßgeblich dafür ist, ob die Aufnahmeeinrichtung bereits die Aufnahmequote nach dem Königsteiner Schlüssel erfüllt hat.

Die räumliche Beschränkung für Asylbewerber wird durch § 58 AsylVfG jedoch teilweise wieder aufgehoben. Die Vorschrift sieht die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen Verlassenserlaubnisse zu erteilen. Einige Bundesländer haben dazu Verwaltungsvorschriften erlassen. So ist Asylbewerbern nach den Berliner Verwaltungsvorschriften eine Generalerlaubnis zum vorübergehenden Aufenthalt in Brandenburg, nach den Hamburger Verwaltungsvorschriften sogar im gesamten Bundesgebiet zu gewähren.⁴ Eine solche Generalerlaubnis überschreitet zwar die Ermächtigung nach § 58 I AsylVfG. Danach darf eine Verlassenserlaubnis nach Ermessen erteilt werden. Das Ermessen ist jedoch dadurch beschränkt, dass

Generalerlaubnisse in § 58 VI AsylVfG ausdrücklich geregelt sind, der somit als speziellere Regelung vorgeht.

Solche Verwaltungsvorschriften sind allerdings mit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern weitgehend entbehrlich geworden. Nach dem neu eingefügten § 59a I AsylVfG erlischt die räumliche Beschränkung nach § 56 AsylVfG, wenn sich der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält. Damit ist auch der Wohnsitzwechsel erheblich erleichtert worden. Nach dem neu eingefügten § 60 I AsylVfG wird eine Wohnsitzauflage nur dann angeordnet, wenn der Lebensunterhalt des Ausländers nicht gesichert ist. Die Lebensunterhaltssicherung ist nach Maßgabe des § 2 III AufenthG zu prüfen.⁵ Fehlt es an der Sicherung des Lebensunterhalts, findet eine landesinterne Umverteilung nach § 50 AsylVfG statt. Auch kann eine länderübergreifende Umverteilung beantragt werden. In beiden Fällen ist bei der behördlichen Entscheidung einer durch Art. 6 GG geschützten Haushaltsgemeinschaft und anderen humanitären Gründen von vergleichbarem Gewicht Rechnung zu tragen (vgl. § 50 IV 5 und § 51 I AsylVfG).

Die Möglichkeit, Freizügigkeitsbeschränkungen für den vorübergehenden und langfristigen Aufenthalt anzuordnen, besteht des Weiteren nach dem neu eingefügten § 59b I AsylVfG zum einen gegenüber Personen, die wegen einer Straftat, die nicht nur von Ausländern verwirklicht werden kann, rechtskräftig verurteilt worden sind. Zum anderen kann eine Beschränkung gegenüber Personen erfolgen, bei denen Tatsachen die Annahme eines Verstoßes gegen das Betäubungsmittelgesetz rechtfertigen oder bei denen aufenthaltsbeendende Maßnahmen konkret bevorstehen. Tatsachen, die die Schlussfolgerung rechtfertigen, sind nach der Gesetzesbegründung solche, die verwertbar sind, dem betroffenen Ausländer vorgehalten und im Zweifelsfall auch belegt werden können. Hinreichender Tatverdacht sei nicht erforderlich.⁶ Hinsichtlich der Frage, wann aufenthaltsbeendende Maßnahmen konkret bevorstehen, führt die Gesetzesbegründung wenig konkret aus, die Ausländerbehörde müsse konkrete Schritte zur Beendigung des Aufenthalts unternommen haben.⁷

2.2. Beschränkungen gegenüber Ausländern ohne rechtmäßigen Aufenthalt

Die soeben dargestellten räumlichen Beschränkungen gelten nicht für ausländische Personen, die keinen Asylantrag gestellt haben. Aufgrund dessen war es ausländischen Personen früher möglich, vor der Erteilung einer Duldung oder Aufenthalts-

2 Vgl. BT-Drs. 9/875, S. 22 f.

3 BT-Drs. 18/137, S. 2.

4 Eine Übersicht, wie die Bundesländer von § 58 I, VI AsylVfG Gebrauch gemacht haben, bietet *Wendel*, Die neuen Formen der „Residenzpflicht“, Stand: 1.3.2014 (abrufbar unter http://www.residenzpflicht.info/wp-content/uploads/2013/02/Synopse_Residenzpflicht_Update_2014-03-01.pdf).

5 BT-Drs. 18/3144, S. 15.

6 BT-Drs. 18/3444, S. 6.

7 BT-Drs. 18/3144, S. 15.

erlaubnis ihren Wohnsitz frei zu wählen und damit die Zuständigkeit der Ausländerbehörde des gewünschten Wohnsitzes zu begründen. Im Zuge der Konflikte im ehemaligen Jugoslawien reisten Mitte der 1990er-Jahre ca. 350.000 Menschen aus Bosnien-Herzegowina in die Bundesrepublik Deutschland ein. Sie stellten größtenteils keinen Asylantrag. Die Verteilung dieser Personen auf die Bundesländer war sehr unterschiedlich. Nach dem Königsteiner Schlüssel lag die Aufnahmequote von Berlin im Jahr 1995 bei 500 Prozent, von Mecklenburg-Vorpommern dagegen nur bei zehn Prozent.⁸ Die damit verbundene unterschiedliche Lastenverteilung wurde überwiegend als unangemessen angesehen.

Ergebnis dessen ist das im Jahr 2004 nach langer politischer Diskussion für illegal eingereiste Ausländer eingeführte Umverteilungsverfahren nach § 15a AufenthG. Dieses ist zweistufig aufgebaut. Zunächst muss die Ausländerbehörde entscheiden, ob eine Verteilung des vorsprechenden Ausländers erfolgen soll. Davon ist nach § 15a I 6 AufenthG abzusehen, wenn eine durch Art. 6 GG geschützte Haushaltsgemeinschaft oder sonstige zwingende Gründe der Verteilung entgegenstehen. Bejaht die Ausländerbehörde solche Gründe, ist das Umverteilungsverfahren abgeschlossen. Sie entscheidet dann über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Duldung.

Andernfalls folgt die zweite Stufe des Umverteilungsverfahrens. Der betroffene Ausländer hat bei der Behörde, die die Verteilung veranlasst, vorzusprechen. Dabei handelt es sich ebenfalls um eine Landesbehörde. Diese schaltet nach § 15a III AufenthG das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge als zentrale Verteilungsstelle ein. Das Bundesamt prüft, ob das Bundesland die ihm nach dem Königsteiner Schlüssel obliegende Quote überschritten hat. Ist das der Fall, verpflichtet die Landesbehörde nach § 15a IV 1 AufenthG den Ausländer, sich zu der Aufnahmeeinrichtung des vom Bundesamt bestimmten Bundeslandes zu begeben. Unerlaubt eingereiste Ausländer haben – genauso wie Asylbewerber – keinen Anspruch auf Einhaltung des Verteilungsschlüssels,⁹ da dieser allein öffentlichen Interessen dient. Daher ist eine Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit der Auskunft des Bundesamts im gerichtlichen Verfahren nicht möglich.

Über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis oder Duldung ist nach § 15a I 1 AufenthG erst nach Abschluss des Umverteilungsverfahrens zu entscheiden. Dauert ein Umverteilungsverfahren bereits längere Zeit an und ist ein zeitnaher Abschluss des Verfahrens nicht absehbar, schließt § 15a I 1 AufenthG die Erteilung einer Duldung indes nicht mehr aus.¹⁰ Duldungsinhaber unterliegen der Freizügigkeitsbeschränkung nach § 61 I AufenthG. Danach ist der Aufenthalt auf das Gebiet des Bundeslandes der zuständigen Ausländerbehörde beschränkt. Zum 31.12.2013 waren ca. 95.000 Personen von dieser Beschränkung betroffen. Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern hat allerdings wie bei Asylbewerbern zu einer weitgehenden Aufhebung der Freizügigkeitsbeschränkungen geführt. Nach dem neu eingefügten § 61 Ib AufenthG erlischt die räumliche Beschränkung, wenn sich der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im

Bundesgebiet aufhält. Freizügigkeitsbeschränkungen können aber nach dem neu eingefügten § 61 Ic AufenthG unter denselben Voraussetzungen wie nach § 59b I AsylVfG gegenüber Asylbewerbern angeordnet werden, also gegenüber Straftätern, bei Hinweisen auf Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz oder bei konkret bevorstehenden aufenthaltsbeendenden Maßnahmen. Außerdem unterliegen Duldungsinhaber, die ihren Lebensunterhalt nicht selbst sichern, einer Wohnsitzauflage. Diese entsteht nach § 61 Id 1 AufenthG kraft Gesetzes.¹¹ Die Ausländerbehörde ist nach Ermessen berechtigt, diese Auflage zu ändern, wobei eine nach Art. 6 GG geschützte Lebensgemeinschaft und sonstige humanitäre Gründe von vergleichbarem Gewicht zu berücksichtigen sind (§ 61 Id 3 AufenthG). § 61 Id 4 AufenthG, wonach der Ausländer den durch die Wohnsitzauflage festgelegten Ort ohne Erlaubnis vorübergehend verlassen kann, dient lediglich der Klarstellung, dass die Wohnsitzauflage nur den längerfristigen Aufenthalt beschränkt.¹² Im Gegensatz dazu ermöglicht § 61 Ic AufenthG Beschränkungen sowohl des vorübergehenden als auch des längerfristigen Aufenthalts.

2.3. Beschränkungen für Inhaber von Aufenthaltstiteln

Nicht-EU-Ausländer, die sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhalten, unterliegen grundsätzlich keinen Freizügigkeitsbeschränkungen. Allerdings sieht das Gesetz die Möglichkeit vor, gegenüber Inhabern von Aufenthaltserlaubnissen und Visa im Einzelfall nach Ermessen räumliche Beschränkungen als Auflagen zu erlassen (§ 12 II AufenthG). Gleiches gilt nach § 12 IV AufenthG für Ausländer, die für einen rechtmäßigen Aufenthalt keines Aufenthaltstitels bedürfen.

3. Gemeinsame Anforderungen an Freizügigkeitsbeschränkungen

Die soeben dargestellten Freizügigkeitsbeschränkungen weisen trotz vieler Detailunterschiede große Übereinstimmungen auf. Grund dafür ist die erste These dieses Aufsatzes: Alle Freizügigkeitsbeschränkungen müssen gemeinsame rechtliche Anforderungen erfüllen.

Erste gemeinsame Anforderung ist, dass Freizügigkeitsbeschränkungen dem grundrechtlichen Gesetzesvorbehalt unterliegen. Sie bedürfen also einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Zwar greifen die Freizügigkeitsbeschränkungen nicht in das Grundrecht der Freizügigkeit ein. Das steht nach dem Wortlaut von Art. 11 I GG nur deutschen Staatsangehörigen zu. Funktion dieses Grundrechts ist es allerdings nicht, Ausländer zu diskriminieren, sondern Deutsche zu privilegieren. Die Freizügigkeit von Nicht-EU-Ausländern fällt daher in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit

8 Vgl. Berliner Zeitung v. 15.12.1995: Streit um die Verteilung der Flüchtlinge geht weiter.

9 OVG Bremen, Beschl. v. 7.1.2014 – 1 B 290/13 m. w. N.

10 VG Bremen, Beschl. v. 22.8.2014 – 4 V 949/14.

11 BT-Drs. 18/3144, S. 13.

12 BT-Drs. 18/3144, S. 13.

von Art. 2 I GG.¹³ Das führt aber nicht zu einer Gleichstellung von Nicht-EU-Ausländern und Deutschen. Denn Art. 11 II GG normiert einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, während die allgemeine Handlungsfreiheit durch jedes verfassungskonforme Gesetz eingeschränkt werden darf.

Zweite Anforderung an alle Freizügigkeitsbeschränkungen ist, dass sie mit höherrangigem Recht vereinbar sind. Als solches ist zunächst das Europarecht zu benennen. Das BVerwG hat jüngst dem EuGH die Frage vorgelegt, ob Wohnsitzauflagen gegenüber subsidiär Schutzberechtigten mit der EU-Flüchtlingsschutzrichtlinie (Richtlinie 2011/95/EU) vereinbar sind.¹⁴ Des Weiteren muss eine Freizügigkeitsbeschränkung dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Das ist zu verneinen, wenn völkerrechtliche Verträge solche Beschränkungen verbieten. Das BVerwG hat ein Verbot für Wohnsitzbeschränkungen gegenüber Flüchtlingen aus der Genfer Flüchtlingskonvention bejaht.¹⁵ Fehlt es an einem solchen ausdrücklichen Verbot, hat eine Einzelfallabwägung zu erfolgen. Das Ziel, durch Freizügigkeitsbeschränkungen eine gleichmäßige Verteilung der finanziellen Belastungen auf die Bundesländer zu erreichen, ist dabei als legitim anerkannt. Trotzdem können die Interessen des betroffenen Ausländers, vor allem wenn der Schutz von Ehe und Familie betroffen ist, schwerer wiegen.

4. Rechtsschutz gegen Freizügigkeitsbeschränkungen

Wie dargelegt, wird durch Freizügigkeitsbeschränkungen in das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit eingegriffen. Deshalb ist die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG einschlägig. Die zweite These ist daher eigentlich trivial: Gegen Freizügigkeitsbeschränkungen besteht immer gerichtlicher Rechtsschutz. Diese Rechtsschutzgarantie umfasst die gerichtliche Prüfung, ob die Freizügigkeitsbeschränkung die rechtlichen Anforderungen erfüllt.

Die These ist nicht unumstritten. Wie bereits erläutert, wird bei einem Asylbewerber, der sich bei einer Aufnahmeeinrichtung meldet, zunächst geprüft, ob die Aufnahmeeinrichtung ihre Aufnahmequote bereits erfüllt hat. Ist das der Fall, wird der Asylbewerber an eine andere Aufnahmeeinrichtung umverteilt. Erst dann kann er seinen Asylantrag stellen. Das Asylverfahrensgesetz sieht ein Absehen von einer Umverteilung aus persönlichen Gründen nicht vor (vgl. §§ 46 I 2 und 55 I 2 AsylVfG). Infolgedessen wird in der Kommentierung von *Renner* vertreten, dass keine inhaltliche Prüfung der Umverteilungsentscheidung durch die Gerichte möglich ist. Die Anrufung der Gerichte sei von vornherein zwecklos.¹⁶ Ein solches Verständnis des Asylverfahrensgesetzes würde aber gegen die verfassungsrechtlich geschützten Grundrechte verstoßen.¹⁷ Die Bindung der öffentlichen Gewalt an die Grundrechte besteht nach Art. 1 III GG bei allen Maßnahmen der Verwaltung. Dabei ist es unerheblich, ob einfachrechtliche Regelungen subjektiv-öffentliche Rechte einräumen.¹⁸ Die somit bestehende Regelungslücke des Asylverfahrensgesetzes ist durch eine analoge Anwendung des § 15a AufenthG zu schließen.

5. Entbehrlichkeit der Zweitduldung

Die dritte These betrifft ein exemplarisches Beispiel für die Unklarheiten der früheren gesetzlichen Normierung des Freizügigkeitsrechts, die durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern zumindest teilweise ausgeräumt worden sind. Es geht um das Rechtsinstitut der sog. Zweitduldung. Zunächst die These, dann die Begründung: Die Zweitduldung ist tot!

Zur Begründung bedarf es einer Erläuterung der Ursprünge der Zweitduldung. Das Aufenthaltsgesetz hat zu keiner Zeit die Erteilung einer zweiten Duldung vorgesehen. Gleichzeitig ist der Aufenthalt eines Duldungsinhabers nach der bis zum 31.12.2014 geltenden Fassung des § 61 AufenthG grundsätzlich nur im Gebiet des Bundeslandes erlaubt gewesen, in dem sich die die Duldung erteilende Ausländerbehörde befunden hat. Eine Änderung dieser Beschränkung ist nach § 61 I 3 und 4 AufenthG a. F. nur unter engen Voraussetzungen möglich gewesen. Dabei ist bis zum 31.12.2014 nicht eindeutig geregelt gewesen, welche Behörde zuständig ist, wenn ein Duldungsinhaber seinen Wohnsitz in ein anderes Bundesland verlegen möchte. Nach § 3 I Nr. 3a VwVfG ist die Behörde örtlich zuständig, in deren Bezirk die Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Den gewöhnlichen Aufenthalt hat jemand dort, wo er sich voraussichtlich nicht nur vorübergehend aufhalten wird. Dies kann nicht die Behörde des Zuzugsortes sein, selbst wenn der Duldungsinhaber dort bereits faktisch wohnt. Denn nach der überwiegenden Rechtsprechung kann ein Ausländer nur dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründen, wo er sich mit behördlicher Billigung ausländerrechtlich aufhalten darf. Ist der Aufenthalt eines Ausländers räumlich beschränkt, hat der Ausländer dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt.¹⁹ Trotzdem wurde in der Vergangenheit eine Zuständigkeit der Behörde des Zuzugsortes für die Erteilung einer Zweitduldung bejaht.²⁰ Das ist eine Duldung, die es ermöglicht, den gewöhnlichen Aufenthalt am Zuzugsort zu begründen. Begründet wurde die Zuständigkeit mit dem Inhalt der erstrebten behördlichen Entscheidung. Die bisher zuständige Ausländerbehörde sei nicht berechtigt, eine Duldung für den Zuständigkeitsbereich einer anderen Ausländerbehörde zu erteilen.

Bereits nach der Einfügung des nunmehrigen § 61 I 3 AufenthG im Jahr 2011 durch das Gesetz zur Umsetzung aufenthaltsrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union und zur Anpassung nationaler Rechtsvorschriften an den EU-Visakodex vom 22.11.2011 (BGBl. I S. 2258) ist dieser Rechtspre-

13 *Gusy*, in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG I, 2010, Art. 11, Rn. 46; *Merten*, in ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. IV, 2011, § 94, Rn. 16.

14 BVerwG, Beschl. v. 19.8.2014 – 1 C 3/14.

15 BVerwG, Urt. v. 15.1.2008 – 1 C 17/07.

16 *Renner/Bergmann/Dienelt*, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 46 AsylVfG, Rn. 7 f.

17 VerfGH Berlin, Beschl. v. 18.10.2013 – 115/13, 115 A/13; VG Schwerin, Beschl. v. 18.4.2013 – 3 B 693/12; VG Bremen, Beschl. v. 5.8.2014 – 4 V 837/14.

18 VerfGH Berlin, Beschl. v. 18.10.2013 – 115/13, 115 A/13; VG Bremen, Beschl. v. 5.8.2014 – 4 V 837/14.

19 OVG Bremen, Beschl. v. 30.10.2007 – 1 B 138/07; OVG Hamburg, Beschl. v. 27.8.2012 – 5 Bs 178/12.

chung teilweise die Grundlage entzogen worden. Danach kann eine auswärtige Behörde eine erteilte Duldung auf den Bereich des Zuzugsortes ausweiten. Nach § 61 I 2 AufenthG ist dies zum Zwecke der Ausübung einer Erwerbstätigkeit und zu Ausbildungszwecken möglich, nach Satz 3 zum Zwecke der Familienzusammenführung. Einer Zweitduldung bedarf es für diese Fallgruppen nicht mehr, so dass insoweit die Argumentation in der früheren Rechtsprechung nicht mehr greift.²¹

Auch wenn der Duldungsinhaber andere Umstände geltend macht, besteht seit 1.1.2015 keine Zuständigkeit der Behörde des Zuzugsortes mehr. Zwar erfasst § 61 I AufenthG nicht alle Fallgruppen, nach denen bislang eine Zweitduldung erteilt werden musste. Nach der bisherigen Rechtsprechung hat ein Ausländer einen Anspruch auf Erteilung einer Zweitduldung gehabt, wenn seine Belange den Aufenthalt im Zuständigkeitsbereich der angerufenen Ausländerbehörde kraft höherrangigen Rechts unabweisbar machten.²² Nach dem neu eingefügten § 61 Ib AufenthG erlischt die räumliche Beschränkung des § 61 I 1 AufenthG auch hinsichtlich des längerfristigen Aufenthalts, wenn sich der Ausländer seit drei Monaten ununterbrochen erlaubt, geduldet oder gestattet im Bundesgebiet aufhält. Eine Wohnsitzauflage entsteht nur bei fehlender Lebensunterhaltssicherung (§ 61 Id 1 AufenthG). Die nach § 3 I Nr. 3a VwVfG zuständige Ausländerbehörde kann zudem nach § 61 Id 1 AufenthG eine solche Auflage nach Ermessen ändern. In den Fällen, in denen die Rechtsprechung bislang einen Anspruch auf Erteilung einer Zweitduldung angesehen hat, ist dabei von einer Ermessensreduzierung auf Null auszugehen.

Eine Zweitduldung ist zuletzt nicht erforderlich, um einen Wohnsitzwechsel vor dem zeitlichen Eintritt des § 61 Ib AufenthG zu ermöglichen. Soweit nach § 61 I 2 und 3 AufenthG ein Wohnsitzwechsel nicht möglich ist, kann der begrenzte Zeitraum bis zum Eintritt des § 61 Ib AufenthG durch die Erteilung einer Verlassenserlaubnis nach § 12 V AufenthG überbrückt werden.

6. Fazit

Freizügigkeitsbeschränkungen für Nicht-EU-Bürger unterliegen vergleichbaren gesetzlichen Anforderungen und einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle. Dies wird jedoch im Gesetzestext nicht immer deutlich. Die Rechtsanwendung ist in der Vergangenheit durch eine zersplitterte und bruchstückhafte gesetzliche Normierung erschwert worden. Das Rechtsinstitut der Zweitduldung ist dafür ein gutes Beispiel. Das Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung von asylsuchenden und geduldeten Ausländern hat diesen Mangel durch eine verstärkte Angleichung der gesetzlichen Regelungen zu Freizügigkeitsbeschränkungen immerhin teilweise behoben.

20 OVG Bremen, Beschl. v. 4.5.2008 – 1 B 163/08; Beschl. v. 4.7.2011 – 1 A 291/10.

21 OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 12.6.2013 – OVG 3 S 32.13; VG Oldenburg, Beschl. v. 26.11.2012 – 11 B 4964/12; VG Bremen, Urt. v. 11.4.2014 – 4 K 460/13; ähnlich OVG Hamburg, Beschl. v. 27.8.2012 – 5 Bs 178/12.

22 Vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 4.6.2008 – 1 B 163/08.

*Esteban Piñeiro, Basel**

Von der Überfremdungsabwehr zur Ermöglichung des Zusammenlebens. Über die politische Verwaltung Einheimischer (Ausländer) in der Schweiz

Wie kam es, dass die Ausländer nicht mehr überfremdungslogisch, sondern gemäß dem staatlichen Programm der Ausländerintegration regiert werden sollten? Der vorliegende Beitrag kommt zum Schluss, dass nicht das politische Ziel einer Humanisierung des Ausländeraufenthalts dieser Reformbewegung die entscheidende Richtung gab, sondern eine Krise der offiziellen Ausländerpolitik.

1. Kritik der offiziellen Schweizer Ausländerpolitik

Zwei Volksinitiativen beherrschen die migrationspolitische Agenda der Schweiz. Am 9.2.2014 nahm das Schweizer Stimmvolk die „Masseneinwanderungsinitiative“ der rechtskonservativen Schweizerischen Volkspartei (SVP) knapp an. Damit entbrannte eine vitale Debatte darüber, wie das Volksbegehren umgesetzt werden könnte, ohne die guten Beziehungen zur EU

aufs Spiel zu setzen. Auch wenn die Initiative nicht die Aufkündigung der gegenwärtig noch geltenden Personenfreizügigkeit (FZA) für Staatsbürger aus dem EU-Raum verlangte, so wurde damit doch das liberale Zuwanderungssystem zwischen der Schweiz und den EU-Ländern massiv in Frage gestellt. Am 30.11.2014 kommt bereits die nächste Initiative vors Volk, die eine rigorose Begrenzung der Zuwanderung fordert. Die Eco-pop-Initiative der Vereinigung Umwelt und Bevölkerung will die Nettozuwanderung pro Jahr in die Schweiz auf insgesamt 0,2 Prozent der Bevölkerung einschränken. Während sich die

* *Esteban Piñeiro*, Dr. phil. des., ist Soziologe und Dozent an der Hochschule für Soziale Arbeit, Fachhochschule Nordwestschweiz FHNW. Dort forscht er am Institut Sozialplanung und Stadtentwicklung mit den Schwerpunkten Migration und Integrationspolitik, öffentliche Verwaltung und kulturelle Diversität sowie Soziale Arbeit als Profession, E-Mail: esteban.pineiro@fhnw.ch.