

München, den 26.10.16

**Mein Zeichen**  
-e

## **Stellungnahme zum IMS vom 01.09.2016**

Das IMS des Bayerischen Innenministeriums vom 01.09.2016 enthält zunächst eine Darstellung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis und zwar sowohl für Asylbewerber als auch für Geduldete. Im Zentrum steht jedoch die Neuregelung von § 60a II 4 AufenthG, die sog. „Ausbildungsduldung“. Das Bayerische Innenministerium interpretiert diese bundesgesetzliche Regelung und schreibt seine Auslegung den nachgeordneten Behörden, den Ausländerämtern, als verbindlich vor.

Der nachstehende Beitrag erläutert die Regelungen und hinterfragt sie kritisch. Er zeigt Fehlinterpretationen und Auslegungsspielräume auf und formuliert Kritik, die den politischen Diskurs befruchten soll.

### **A. Die Ausbildungsduldung, § 60a II 4 AufenthG**

Am 13.04.2016 verkündete der Koalitionsausschuss die „Eckpunkte Integrationsgesetz“ und versprach in Nr. 9: „Wir schaffen in Zusammenhang mit einer Berufsausbildung in einem zur Berufsausbildung berechtigten Betrieb Rechtssicherheit für Geduldete und Ausbildungsbetriebe.“ Hierzu wurde ein „Anspruch auf Erteilung der Duldung für die gesamte Dauer der Berufsausbildung und ... auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für zwei Jahre einer erworbenen

Qualifikation entsprechenden Beschäftigung im Anschluss an die erfolgreich absolvierte Ausbildung<sup>1</sup> eingeführt. Gleichzeitig wurde die bisherige Altersgrenze von 21 Jahren durch das Integrationsgesetz<sup>2</sup> ersatzlos gestrichen.

Schon die vorher gültige Gesetzesfassung kannte das Instrument der sog. „Ausbildungsduldung“. Während diese die Aufnahme einer qualifizierten Berufsausbildung (ohne nähere Beschreibung) nur als Regelbeispiel für einen dringenden persönlichen Grund im Sinne des Satzes 3 angeführt hatte<sup>3</sup> und mithin dem Rechtsanwender auf der Tatbestandsseite einen Beurteilungsspielraum eingeräumt hatte, ob die konkrete Berufsausbildung für das jeweilige Individuum tatsächlich einen dringenden persönlichen Grund darstellte und sodann bejahendenfalls immer noch eine Ermessensausübung verlangte, enthält die aktuelle Fassung eine bindende Entscheidung: Eine Duldung ist zu erteilen.

Fassung bis 05.08.2016	Fassung ab 06.08.2016
<sup>3</sup> Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.	<sup>3</sup> Einem Ausländer kann eine Duldung erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern.
<sup>4</sup> Dringende persönliche Gründe im Sinne von Satz 3 können insbesondere vorliegen, wenn der Ausländer eine qualifizierte Berufsausbildung in Deutschland vor Vollendung des 21. Lebensjahres aufnimmt oder aufgenommen hat und nicht aus einem sicheren Herkunftsstaat im Sinne von § 29a des Asylgesetzes stammt.	<sup>4</sup> Eine Duldung wegen dringender persönlicher Gründe im Sinne von Satz 3 ist zu erteilen, wenn der Ausländer eine qualifizierte Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf in Deutschland aufnimmt oder aufgenommen hat, die Voraussetzungen nach Absatz 6 nicht vorliegen und konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht bevorstehen.

Die Schaffung eines unbedingten Rechtsanspruchs stellt eine erhebliche Verbesserung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand dar und löst ein, was den

<sup>1</sup> Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/8615, S. 48

<sup>2</sup> Integrationsgesetz vom 31.07.2016, BGBl. I 2016 Nr. 39, 1939.

<sup>3</sup> *Bruns* in NK-AuslR, § 60a Rn. 31.

Arbeitgebern und den Auszubildenden versprochen worden war: Sicherheit und Planbarkeit. Die Ausbildungsduldung wird deshalb in der Literatur auch als „goldene Brücke für Geduldete“ gefeiert.<sup>4</sup> Auch der DGB lobte dies als „Schritt in die richtige Richtung“.<sup>5</sup>

## ***I. Regelungen des IMS***

Eine kritische Lektüre der 18 Seiten, die sich mit der Ausbildungsduldung befassen, vermittelt den Eindruck, dass das Bayerische Innenministerium alles andere als erfreut über die neue Regelung ist. Tatsächlich stellt sie einen „Spurwechsel“ von der Duldung hin zur Erwerbsmigration<sup>6</sup> dar, zumal sie „eine Legalisierung des unrechtmäßigen Aufenthalts nicht erst nach einem langjährigen Inhabaufenthalt zulässt, sondern ein subjektives Recht auf Legalisierung aus wirtschaftlichen Gründen direkt nach einem abgelehnten Asylantrag ermöglicht“.<sup>7</sup> Thym merkt an, dies könne man politisch wollen. Bayern will das ganz offenkundig nicht, weshalb es nun versucht, mithilfe des IMS die Regelung zu unterlaufen.

### **1. Einengende Interpretation des begünstigten Personenkreises**

Unter Nr. 3.5.1.1 führt das IMS aus, die Neuregelung bezwecke nicht die Privilegierung der illegalen Zuwanderung unter Umgehung des Asylverfahrens. Eine Duldungserteilung nach Satz 4 komme deshalb grundsätzlich nur in Betracht für vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer, die zuvor ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben. Dies hat für die Praxis erhebliche Auswirkungen.

#### **1.1 Nr. 3.5.1.1 a) Asylbewerber**

Zutreffend führt das IMS aus, dass Asylbewerber nicht vollziehbar ausreisepflichtig, im Besitz einer Aufenthaltsgestattung und nicht einer Duldung sind und damit nicht unter die Regelung fallen. Auch dass sog. Dublin-Fälle zunächst hiervon nicht begünstigt sind, da sie im Besitz einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG sind, ist

<sup>4</sup> von Harbou, „Das Integrationsgesetz“, NVwZ 2016, S. 1193, 1194.

<sup>5</sup> MIA Information, August 2016, herausgegeben vom DGB Bundesvorstand.

<sup>6</sup> Thym, ZAR 2016, 241, 251.

<sup>7</sup> Thym, a. a. O.

richtig. Die Ausführungen sind jedoch missverständlich. Zwar erlischt deren Aufenthaltsgestattung gemäß § 67 I Nr. 5 AsylG mit der Vollziehbarkeit der Abschiebungsandrohung nach § 34a AsylG mit Erlass der Abschiebungsanordnung (§ 34a II 4 AsylG), doch wird in der Regel dann keine Duldung erteilt, sondern eine Grenzübertrittsbescheinigung, bis geklärt ist, ob die Überstellung durchführbar ist oder nicht. Unterbleibt die Überstellung – etwa aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung oder wegen des Übergangs der Zuständigkeit auf Deutschland (z. B. gemäß Art. 21 I 3 oder Art. 23 III Dublin-III-VO) – und ist dann ein Asylverfahren nach deutschem Recht durchzuführen, ist der Aufenthalt des Asylbewerbers wieder gestattet. Aus diesem Asylverfahren kann dann aber durchaus wiederum eine Duldung und damit auch eine Ausbildungsduldung resultieren. Dies sei im Gegensatz zum IMS klargestellt.

## **1.2 Nr. 3.5.1.1. b) Ausländer, die ihren Asylantrag zurückgenommen haben**

Das IMS führt aus, in diesen Fällen komme die Erteilung einer Ausbildungsduldung

*„grundsätzlich ebenfalls nicht in Betracht“.*

Dem stehe zwar der Wortlaut nicht entgegen, doch stelle dies

*„nicht nur einen Missbrauch des Asylrechts, sondern auch eine Umgehung des Erfordernisses der Einreise mit dem erforderlichen Visum“*

dar. Zudem würde hierdurch auch das Aufenthaltsgesetz und damit auch die Pflicht zur Einholung eines Visums umgangen.

Dem kann nicht gefolgt werden. Dem Gesetzgeber war sowohl die Existenz der Visumpflicht als auch die Tatsache, dass § 17 AufenthG grundsätzlich die Einhaltung der Visumpflicht und die Prüfung der Voraussetzungen vor der Einreise verlangt, bekannt. Dennoch hat er sich entschieden, bei dem von § 60a II 4 AufenthG begünstigten Personenkreis diesen Grundsätzen keine Relevanz beizumessen und dennoch einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Duldung mit der Option einer Aufenthaltserlaubnis einzuräumen. Die Grundsatzentscheidung des Bundesgesetzgebers ist auch von Bayern zu beachten. Dem Gesetzgeber war dabei

auch bekannt – weil offenkundig –, dass gerade auch ehemalige Asylbewerber von dieser Regelung profitieren werden. Das Missbrauchsargument verfängt schon deshalb nicht, weil der negative Abschluss des Asylverfahrens ja geradezu regelmäßig – nach dem IMS sogar stets – Voraussetzung für eine Duldungserteilung sein soll. Dem Gesetzgeber war auch die zahlenmäßige Dimension bekannt. Beispielhaft sei hier nur auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales vom 06.07.2016<sup>8</sup> verwiesen, in dem zu dem Gesetzesentwurf einleitend ausgeführt wird, allein im letzten Jahr hätten 476.649 Menschen in Deutschland Asyl beantragt. 2016 würden voraussichtlich noch viele Menschen kommen, „um hier vorübergehend oder dauerhaft zu leben und Teil der deutschen Gesellschaft zu werden. Menschen, die eine gute Bleibeperspektive hätten, sollten nach den Worten der Fraktionen der CDU/CSU und SPD möglichst zügig in unsere Gesellschaft und in den Arbeitsmarkt integriert werden“.<sup>9</sup> Der Zugang zu einer Ausbildung und einem dauerhaften Aufenthalt nach einem erfolglosen Asylverfahren stellt also keine Umgehung der Regelungen des Aufenthaltsgesetzes dar, sondern ist Teil einer Neu-Orientierung im Spannungsfeld „zwischen Migrationssteuerung und Integrationsförderung“.<sup>10</sup> Dies gilt auch dann, wenn das Asylverfahren durch die Rücknahme eines Asylantrags beendet wird. Das Konstrukt des IMS, hierin liege ein „Missbrauch“ des Asylrechts ist weit hergeholt. Die nicht bereinigte Schutzquote beträgt knapp 50 %.<sup>11</sup> Selbst wenn ein Schutzanspruch verneint wird, zeigt ein Blick in die Herkunftsländerstatistik und in die Einzelfälle, dass meist existentielle Not zur Flucht und zum Asylantrag führt. Der Vorwurf eines Missbrauchs würde zudem voraussetzen, dass der Betreffende von vornherein die Absicht hatte, diese Regelung vorsätzlich auszunutzen, und mithin zumindest in Grundzügen die Kenntnis der Regelung voraussetzen, wenn sich der Betreffende aus Asien oder Afrika auf den Weg macht. Dies ist eine lebensfremde Fiktion.

Aber auch praktische Gesichtspunkte sprechen gegen die vorgesehene Einschränkung. Es ist widersinnig, einem Asylbewerber abzuverlangen, ein Asylverfahren fortzuführen und nicht durch Rücknahme zu beenden, wenn er erfahren hat, dass sein Asylverfahren voraussichtlich nicht zum Erfolg führen wird. Eine Rücknahme des Asylantrags liegt vielmehr dann im öffentlichen Interesse, um

---

<sup>8</sup> Drs. 18/9090

<sup>9</sup> BT-Drs. a. a. O., S. 2

<sup>10</sup> Thym, ZAR 2016, 251.

<sup>11</sup> Broschüre BAMF: „Aktuelle Zahlen zu Asyl“ Ausgabe September 2016, S. 10: 2015: 48,5 %, 2016 1-9: 42,6 %.

das BAMF und die Gerichte zu entlasten und so zu einer Beschleunigung der Verfahren beizutragen. Natürlich kann es auch bei dieser Fallkonstellation einen echten Missbrauch geben; etwa dann, wenn ein nur zur Abwendung einer Aufenthaltsbeendigung gestellter Asylantrag umgehend wieder zurückgenommen wird. Aber auch einem derartigen Einzelfall kann sachgerecht begegnet werden; er rechtfertigt nicht die generelle Regelung.

### **1.3 Nr. 3.5.6 Qualifizierte Berufsausbildung als unbegleitete Minderjährige eingereister Ausländer**

Das IMS führt aus (S. 32) auch unbegleitete minderjährige Flüchtlinge könnten nur eine Ausbildungsduldung erhalten, wenn sie zuvor ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben. Auf die Stellung von Asylanträgen sei hinzuwirken.

Diese Anweisung achtet das Kindeswohl gering und ist nicht praxisgerecht. Unbegleitete minderjährige Flüchtlinge sind nach der jetzigen Rechtslage nicht imstande, von sich aus einen Asylantrag zu stellen. Sie benötigen einen Vormund. Nur in Ausnahmefällen ist das Jugendamt nach einer vorläufigen Inobhutnahme bereit, sogleich einen Asylantrag anstelle des Vormunds einzureichen.<sup>12</sup> Die Bestellung eines Vormunds erfordert Zeit – regelmäßig Monate und manchmal mehr. Da die Amts- und Vereinsvormünder überlastet sind, benötigen sie nach einer Bestellung stets einige Wochen oder Monate, bis sie mit ihrem Mündel den Sachverhalt abklären konnten und dann entscheiden können, ob die Stellung eines Asylantrags sachgerecht ist, ob es Chancen auf ein sonstiges Aufenthaltsrecht gibt oder ob eine freiwillige Rückkehr zu empfehlen ist. Während dieser Zeit besuchen die Mündel die Schule und manche machen erstaunlich schnell große Fortschritte. Die Aufnahme einer Ausbildung während dieser Clearing-Phase<sup>13</sup> ist sicherlich eine Ausnahme – wenn die Voraussetzungen aber vorliegen, eine die zuzulassen nicht nur dem Kindeswohl, sondern auch dem öffentlichen Interesse entspricht. Das durch das IMS ausgesprochene Ausbildungsverbot für unbegleitete minderjährige Flüchtlinge vor dem Durchlaufen eines Asylverfahrens ist abzulehnen.

---

<sup>12</sup> Diese Zurückhaltung hat seinen Grund in der Tatsache, dass ein Asylantrag ins Blaue hinein unzulässig ist – in diesem Fall kann man in der Tat von einem Missbrauch sprechen. Der Antrag darf erst nach vollständiger Erforschung des Sachverhalts gestellt werden. Dies ist Aufgabe des Vormunds und nicht des Jugendamts bei einer vorläufigen Inobhutnahme.

<sup>13</sup> während der der Jugendliche eine Duldung besitzt

Völlig unsinnig aber ist der Ausschluss von UMF von der Ausbildungsduldung, wenn ein gestellter Asylantrag zurückgenommen wurde. Der Vormund, der wegen der Anordnung des IMS (S. 32) einen Asylantrag ins Blaue hinein gestellt hat und nach der Prüfung des Sachverhalts erkennt, dass tatsächlich Asylgründe nicht vorhanden sind, handelt möglicherweise pflichtwidrig, wenn er diesen Antrag dann nicht zurücknimmt. Jedenfalls aber wird er in einen Konflikt gestürzt: Die Anordnung im IMS führt dazu, dass er aus Kindeswohlgründen den Asylantrag nicht zurücknehmen darf. Da er als Vormund eine amtswalterähnliche Stellung hat, ist er andererseits gehindert, missbräuchliche Anträge weiterzuverfolgen.

#### **1.4 Nr. 3.5.1.1 c) Ausländer, die die Geltungsdauer ihres Visums überschreiten oder nach visumsfreier Einreise nicht fristgerecht wieder ausreisen**

Bei sog. Visa-Overstayern soll eine Ausbildungsduldung wegen angeblichen Missbrauchs und Umgehung der Visumsvorschriften nicht in Betracht kommen. Dies ist in dieser Pauschalität nicht sachgerecht. Der Missbrauchsverdacht liegt bei dieser Fallkonstellation zwar näher als bei der Rücknahme des Asylantrags, doch gilt es auch hier, den Einzelfall zu betrachten. Insbesondere bei der Fallkonstellation, dass eine Duldung (auch) wegen einem Abschiebungshindernis nach § 60a II 1 AufenthG zu erteilen ist, gibt es keinen sachlichen Grund, warum nicht auch über § 60a II 4 AufenthG der Weg zu einer Ausbildungsduldung eröffnet sein soll.

#### **1.5 Nr. 3.5.1.1 d) Ausländer, die ohne Asylzusammenhang unerlaubt einreisen**

Auch hier kann nur im Einzelfall ein Missbrauch festgestellt werden. Liegen tatsächliche oder rechtliche Abschiebungshindernisse im Sinne von § 60a II 1 AufenthG vor, ist auch hier der Weg zu einer Ausbildungsduldung nach § 60a II 4 AufenthG eröffnet.

## 2. Bevorstehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung

Im Mittelpunkt des Versuchs, die neue gesetzliche Regelung auszuhebeln, steht die in letzter Minute eingefügte Ausnahme, dass ein Bleiberecht für Auszubildende nur bestehen soll, wenn „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht bevorstehen“.

Mit ausführlicher Begründungsexegese versucht das IMS diesen Halbsatz zu nutzen, um den Übergang von einem Asylverfahren in eine Duldung zu verhindern. Dies wird daraus abgeleitet, dass der Gesetzgeber bewusst die Formulierung des § 61 Ic Nr. 3 AufenthG übernommen habe. Dort sei der Wortlaut im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geändert worden. Ursprünglich habe er gelautet:

*„wenn die Ausländerbehörde konkrete Schritte zur Beendigung des Aufenthalts unternommen bzw. eingeleitet hat“,*

der dann in die Fassung

*„wenn konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung gegen den Ausländer bevorstehen“*

umformuliert worden sei.

### 2.1 Interpretation durch das IMS

Das IMS verfügt:

*„Konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung stehen somit immer schon dann bevor, wenn die Ausländerbehörde konkrete Schritte zur Beendigung des Aufenthalts des Ausländers unternommen oder auch nur eingeleitet hat. Wenn die Ausländerbehörde zur Vorbereitung einer Abschiebung (z. B. wegen Passlosigkeit) zunächst die Identität des Ausländers klären muss, stellt bereits die aktenkundige Vorladung des Ausländers zur Vorsprache bei der Ausländerbehörde zum Zweck der Aufforderung, bei der Auslandsvertretung seines Herkunftsstaates persönlich zu erscheinen und einen Pass oder ein Passersatzpapier zu beantragen, die erste konkrete Maßnahme im vorgenannten Sinn dar, mit der die Beendigung seines Aufenthalts des Ausländers eingeleitet wird.“*  
(S. 24 und 25)



Weiter verfügt das IMS:

*„Sobald die Ausreisepflicht eines Ausländers vollziehbar wird, hat die Ausländerbehörde konkrete Maßnahmen zur Vorbereitung der Aufenthaltsbeendigung unverzüglich in die Wege zu leiten und stets konsequent weiter zu betreiben (...). Jede dieser Maßnahme(n) ist nachweislich in der Ausländerakte zu dokumentieren.“ (S. 25)*

Folgt eine Ausländerbehörde diesen Anordnungen wortgetreu, hat sie, sobald sie Kenntnis von der (negativen) Beendigung des Asylverfahrens hat, den Ausländer vorzuladen, über die jetzt bestehende Passbeschaffungspflicht zu unterrichten und hat damit die Aufenthaltsbeendigung eingeleitet. Die Tür für eine Ausbildungsuldung ist damit versperrt.

## **2.2 Begründung dieser einengenden Interpretation**

### **2.2.1 Wortlautinterpretation**

Es erscheint schon fraglich, ob der geänderte Wortlaut tatsächlich einen substantiellen Unterschied markiert. Von der ersten Fassung mag man noch ableiten können, dass die Ausländerbehörde bereits aktiv gewesen sein muss, während bei der jetzigen Fassung es vom Wortlaut her genügen mag, dass die ausländerbehördlichen Maßnahmen „konkret bevorstehen“, also umgehend eintreten werden.

### **2.2.2 Vergleich mit § 61 Ic Nr. 3 AufenthG**

Diese Interpretation wird jedoch durch den Hinweis auf die angeblich bewusst gewählte Parallele der Formulierung in § 61 Ic Nr. 3 AufenthG relativiert, da auch dort diese Formulierung dahingehend verstanden wird, dass konkrete aufenthaltsbeendende Maßnahmen erst dann bevorstehen, „wenn die Ausländerbehörde konkrete Schritte zur Beendigung des Aufenthalts unternommen

bzw. eingeleitet hat“.<sup>14</sup> Auch die Kommentarliteratur zu § 61 I c Nr. 3 AufenthG sieht das so: „Damit sind aber bloße Anforderungen zur Erfüllung von Mitwirkungspflichten, etwa bei der Beschaffung von Passersatzdokumenten, nicht für die Begründung einer angeordneten räumlichen Beschränkung ausreichend. Auch die Beantragung von Passersatzdokumenten durch die Ausländerbehörde reicht hierfür nicht aus.“<sup>15</sup> Jedenfalls gebiete der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass der Erfolg dieser Maßnahmen „bereits absehbar sein“ muss. Nicht anders kommentiert Bauer<sup>16</sup> diesen Wortlaut, wenn er fordert, dies betreffe „den Fall der bevorstehenden Abschiebung“ und dann endet mit der Anmerkung, der praktische Nutzen dieser Formulierung sei zweifelhaft. Unzutreffend ist im übrigen die Behauptung, die damalige Wortlautänderung habe eine Verschärfung herbeiführen wollen. In der Begründung findet sich nur der karge Satz: „Es handelt sich um eine sprachliche Präzisierung.“<sup>17</sup>

### **2.2.3 Begründung des Änderungsantrags**

Aus der vom IMS angeführten Begründung des Änderungsantrags, der erst diesen Halbsatz in die gesetzliche Regelung einfügte, ergibt sich nichts anderes. Der Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vom 05.07.2016<sup>18</sup> begründet die Einfügung dieses Halbsatzes damit, dass durch die Duldungserteilung sich ein Vollzugshindernis für Abschiebungen auch dann ergeben könne, „wenn Abschiebungen bereits konkret vorbereitet werden“. So weit, so gut. Nachstehend werden Beispiele benannt: „z. B. wenn ein Pass(ersatz)papier beantragt worden ist oder die Abschiebungen terminiert sind oder ein Verfahren zur Dublin-Überstellung läuft“. Zwei Sätze weiter heißt es dann, „in den Fällen, in denen die Abschiebung, Zurückschiebung oder Überstellung absehbar ist“ solle der Durchsetzung der Ausreisepflicht Vorrang eingeräumt werden. Der Gesetzgeber ist also bei Übernahme dieser Einfügung – im Gegensatz zu dem IMS – davon ausgegangen, dass die Abschiebung „absehbar“ ist, dass bereits „ein Pass(ersatz)papier beantragt worden“ ist oder gar die Abschiebung „terminiert“ ist. Das IMS hingegen will dies ausdrücklich vorverlagern und behauptet, dass konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung

<sup>14</sup> dortige Gesetzesbegründung, BT-Drs. 18/3144, 9, 13.

<sup>15</sup> Kessler in NK-AuslR, § 61, Rn. 26.

<sup>16</sup> in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, § 61 Rn. 8.

<sup>17</sup> BT-Drs. 18/3444 vom 03.12.2014, S. 6.

<sup>18</sup> Ausschuss-Drs. 18 (11) 696.

schon dann bevorstünden, wenn die Ausländerbehörde sie „auch nur eingeleitet“ hat, wobei schon die Vorladung zur Ausländerbehörde genügen soll.

## 2.3 Sinn und Zweck der Regelung

Ungeachtet der Wortlautinterpretation ergibt sich aus Sinn und Zweck der Regelung, dass die vom IMS gewählte Auslegung, dass konkrete Maßnahmen bereits dann bevorstehen würden und die Anwendung der Ausbildungsduldung ausschließen würden, wenn die Ausländerbehörde den Ausländer zur Vorsprache vorgeladen hat, um ihn auf seine Passbeschaffungspflicht hinzuweisen, überzogen ist. Der Hinweis auf eine bestehende Rechtspflicht<sup>19</sup> – die im Falle der Passbeschaffungspflicht erst mit der bestandskräftigen Ablehnung des Asylantrags entsteht<sup>20</sup> –, ist auch bei großzügiger Auslegung keine **konkrete** Maßnahme zur **Aufenthaltsbeendigung**. Gleiches gilt für die Aufforderung zur Passbeschaffung selbst, da diese zunächst nur der Erfüllung der gesetzlichen Passpflicht dient. Ob eine bei Bestandskraft des Ablehnungsbescheids routinemäßig erlassene Aufforderung zur Passbeschaffung tatsächlich der Aufenthaltsbeendigung dient, erschließt sich erst nach weiteren Schritten. Denn eine Aufforderung zur Passbeschaffung ist auch dann geboten, wenn das BAMF subsidiären Schutz nach § 4 AsylG gewährt oder ein Abschiebungsverbot nach § 60 V oder VII AufenthG festgestellt hat, obwohl dann eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 II bzw. III AufenthG die regelmäßige Folge ist. Die Aufforderung zur Passbeschaffung kann aber auch der Vergewisserung dienen, dass ein Duldungsgrund nach § 60a II 1 AufenthG besteht, weil nämlich der sog. Zielstaat eine Passausstellung und in Konsequenz eine Rückübernahme verweigert und damit aus tatsächlichen Gründen eine Abschiebung unmöglich ist. Nicht zuletzt ist die Aufforderung zur Passbeschaffung aber auch dann erforderlich und geboten, wenn eine Ausbildungsduldung nach § 60a II AufenthG erteilt werden soll: denn die Passpflicht des § 5 I Nr. 4 AufenthG wird hierdurch nicht suspendiert. Der Gesetzgeber hat die gebundene Ermessensentscheidung des alten Rechts durch einen Rechtsanspruch ersetzt, um sowohl den Ausbildungsbetrieben als auch den

<sup>19</sup> gemäß § 3 AufenthG

<sup>20</sup> weil vorher eine freiwillige Passbeschaffung gemäß § 72 I Nr. 1 AsylG zum Erlöschen des Flüchtlingsstatus führen würde und damit das Rechtsschutzbedürfnis für den Asylantrag entfallen ließe. Auch die in § 15 I Nr. 6 AsylG während des laufenden Asylverfahrens normierte Passbeschaffungspflicht greift regelmäßig erst nach dem Abschluss des Asylverfahrens ein, vgl. BayVGh vom 10.12.2001, 24 B 01.2059; Koch in NK-AusIR, § 15 AsylG, Rn. 19; Bergmann/Dienelt, § 15 AsylG, Rn. 11.

Auszubildenden Planungs- und Rechtssicherheit zu geben. Dieses Ziel wird vereitelt, wenn es der Ausländerbehörde anheimgegeben ist, nach dem bestandskräftigen Abschluss des Asylverfahrens (welches nach dem Willen des IMS stets durchzuführen ist) durch eine bloße Niederschrift über die Rechtspflichten die Ausbildung zu verhindern oder (in vielen Fällen) zu beenden. Wie auch bei § 61 I c Nr. 3 AufenthG soll die Formulierung vielmehr verhindern, dass bereits eingeleitete Maßnahmen zur tatsächlichen Aufenthaltsbeendigung durch eine Ausbildung rückgängig gemacht werden müssen, konkret also Buchungen storniert werden müssen oder bereits beschaffte Passersatzpapiere ungültig werden. Sieht man bloße Vorbereitungshandlungen wie die Aufforderung zur Passbeschaffung von Pass(ersatz)papieren oder gar die Belehrung über die nun bestehende Pass- und Ausreisepflicht als „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“ an, gibt es für die Betroffenen Auszubildenden und Betriebe keine Rechtssicherheit. Hinzu kommt ein weiterer Gesichtspunkt: Die Gesetzesänderung ist ein Kompromiss gegenüber der Forderung des Bundesrates, für Geduldete, die einen Ausbildungsplatz gefunden haben, einen neuen Aufenthaltstitel „Aufenthaltsgewährung für die Dauer einer Berufsausbildung“ in Anlehnung an den neuen § 25b AufenthG zu schaffen.<sup>21</sup> Die dortige Begründung führt aus:

*„Der Vorschlag ergänzt die Bemühungen um eine frühzeitige Arbeitsmarktintegration von Asylbewerbern und Geduldeten. Mit dem Gesetz zur Einstufung weiterer Staaten als sichere Herkunftsstaaten und zur Erleichterung des Arbeitsmarktzugangs für Asylbewerber und geduldete Ausländer vom 31.10.2014 wurde Asylsuchenden und Geduldeten ein deutlich früherer Zugang zum Arbeitsmarkt ermöglicht. Asylbewerber und Geduldete sollen durch die Verkürzung der Wartefrist die Möglichkeit erhalten, durch Aufnahme einer Beschäftigung ihren Lebensunterhalt selbst zu verdienen, anstatt auf Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz angewiesen zu sein.“<sup>22</sup>*

Statt einer Aufenthaltserlaubnis zur Berufsausbildung wurde dann nur die Ausbildungsduldung beschlossen. Das Ziel, eine frühzeitige Arbeitsmarktintegration von Asylbewerbern und Geduldeten zu erreichen, bleibt gleich. Es wird konterkariert, wenn eine während des Asylverfahrens begonnene Ausbildung beendet werden

---

<sup>21</sup> BT-Drs. 642/14 (Beschluss)

<sup>22</sup> BT-Drs. a. a. O., S. 5.

muss, nur weil die Ausländerbehörde nach Abschluss des Asylverfahrens einen Vermerk anbringt, dass nunmehr ein Pass zu beschaffen ist und damit die Regelung des § 60a II 4 AufenthG vereitelt.

Eine sachgerechte Auslegung sowohl des Gesetzeswortlauts, der „konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“ verlangt, und der Intention der gesetzlichen Regelung, ausbildungswilligen- und bereiten abgelehnten Asylbewerbern und ihren Arbeitgebern eine Sicherheit auf dem Ausbildungsmarkt zu geben und Asylbewerber möglichst frühzeitig in den Arbeitsmarkt zu integrieren, charakterisieren die diesbezüglichen Regelungen des IMS als sachwidrig und unverhältnismäßig.

## **2.4 Schnittstelle: Übergang vom Asylbewerberstatus zur Duldung**

Die enge Interpretation des Tatbestandsmerkmals, dass eine Ausbildungsduldung dann nicht erteilt werden darf, wenn konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung bevorstehen, hat vor allem Auswirkungen beim Übergang von der Aufenthaltsgestattung zur Duldung. Solange der Auszubildende noch eine Gestattung hat, stellt sich die Frage einer Aufenthaltsbeendigung und damit einer Beendigung des Ausbildungsverhältnisses nicht. Das Problem tritt erst mit dem Statuswechsel von einem Asylbewerber zu einem Geduldeten ein.

Das IMS verhindert in vielen Fällen einen fließenden Übergang. Es betont in den allgemeinen Ausführungen (Nr. 3.3 auf S. 13) den „Vorrang der Aufenthaltsbeendigung“ gegenüber „der Erteilung einer Duldung oder gar einer Beschäftigungserlaubnis“.

### **2.4.1 Beschäftigungserlaubnis**

Zutreffend ist die Aussage, dass zwischen der Erteilung einer Duldung und der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis zu unterscheiden ist.

Das Aufenthaltsgesetz bestimmt grundsätzlich, dass neben der Duldung nach § 4 III 3 AufenthG i. V. m. § 32 BeschV eine Beschäftigungserlaubnis zu erteilen ist, die im Ermessen der Ausländerbehörde steht. Nicht falsch ist, dass dies auch für die Ausbildungsduldung des § 60a II 4 AufenthG gilt, da dort nicht explizit die Erteilung

der Beschäftigungserlaubnis geregelt ist.<sup>23</sup> Richtig erkennt das IMS dann auch, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen von § 60a II 4 AufenthG das Ermessen bei der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis in der Regel zu Gunsten des Ausländers auf Null reduziert ist (IMS, S. 12, dritter Spiegelstrich). Fragwürdig sind jedoch die vom IMS von dieser „Regel“ vorgesehenen Ausnahmen (IMS, 3.1., S. 12, dritter Spiegelstrich).

Was genau das Ministerium darunter versteht, erschließt sich erst auf den zweiten Blick: Nr. 3.1 des IMS verweist auf Nr. 3.5.2 (S. 27). Dort wird wiederum auf Nr. 3.5.1.1 a) bis d) verwiesen (S. 16 bis 19). Die einengende Interpretation des begünstigten Personenkreises (oben unter I. 1. bereits kritisiert) soll also schon zur Versagung einer Beschäftigungserlaubnis führen können – was insofern relevant ist, als es sich hier um eine Ermessensregelung und nicht, wie bei der Frage der Erteilung einer Duldung, um einen Anspruch handelt.

## **2.4.2 Ausschluss der Duldung**

Selbst wenn es dann im Einzelfall gelingen sollte, die Behörde davon zu überzeugen, dass es im vorliegenden Fall sachgerecht ist, auch eine Beschäftigungserlaubnis zu erteilen, ist das „Kind oft schon in den Brunnen gefallen“. Denn nach der Weisungslage ist mit Abschluss des Asylverfahrens und der damit Kraft Gesetzes entstehenden Ausreiseverpflichtung die Ausländerbehörde verpflichtet, aufenthaltsbeendende Maßnahme einzuleiten – womit schon der Duldungsanspruch vernichtet ist – wofür – folgt man der Auslegung des IMS – schon die Aufforderung zur Passbeschaffung genügt. Ein nahtloser Übergang von der Aufenthaltsgestattung in die Ausbildungsduldung von § 60a II 4 AufenthG ist damit ausgeschlossen. Das auf diese Art und Weise entstehende Dilemma, dass eine als Asylbewerber bereits begonnene Ausbildung abgebrochen werden müsste, hat auch das IMS erkannt. Es nimmt dieses Ergebnis als angeblich gesetzlich gewollte Regelung hin (S. 34 ff) und sieht lediglich dann Raum für die Erteilung einer Duldung wegen eines dringenden persönlichen Grundes gemäß § 60a II 3 AufenthG „allenfalls für das letzte Berufsausbildungsjahr“ (S. 35). Mit der engstirnigen Interpretation des Tatbestandsmerkmals der bevorstehenden Aufenthaltsbeendigung reduziert das IMS damit den Anwendungsbereich der Ausbildungsduldung ganz erheblich. Die

---

<sup>23</sup> Wenn man nicht in § 60a VI AufenthG, der generell ein Beschäftigungsverbot für Geduldete ausspricht, eine abschließende Regelung sieht.

Ausbildungsduldung hat kein eigenständiges Gewicht mehr. Sie kommt nur dann zur Anwendung, wenn keine konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung bevorstehen, was wegen des „Vorrangs der Aufenthaltsbeendigung“ nur dann der Fall sein kann, wenn Duldungsgründe im Sinne von § 60a I AufenthG vorliegen. Mit anderen Worten: Es gibt keinen eigenständigen Anwendungsbereich.

Die vom IMS vorgenommene Trennung zwischen Duldungsanspruch und Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis verschärft die Situation noch und erweitert die Interventionsmöglichkeiten der Ausländerbehörde: selbst bei Bejahung des Duldungsanspruches kann die Beschäftigungserlaubnis nach Ermessen versagt werden (S. 27 des IMS).

### **3. Bewertung**

Das IMS vom 01.09.2016 hebt den Anwendungsbereich von § 60a II 4 AufenthG nahezu vollständig aus. Es gibt bei wortgetreuer Befolgung kaum einen Anwendungsbereich für die sog. Ausbildungsduldung. Der vom Bundesgesetzgeber eingeführte Rechtsanspruch ist obsolet. Dies geschieht durch folgende Maßnahmen.

- Die Durchführung eines Asylverfahrens ist obligatorisch.
- Während des Asylverfahrens kommt eine Ausbildungsduldung nicht in Betracht.
- Nach negativem Abschluss des Asylverfahrens hat die Ausländerbehörde unverzüglich konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung in die Wege zu leiten und zu dokumentieren. Eine solche ist bereits die Vorladung des Ausländers zur Vorsprache bei der Ausländerbehörde zum Zweck der Aufforderung, bei der Auslandsvertretung einen Pass zu beantragen.  
Damit ist im Regelfall die Ausbildungsduldung ausgeschlossen.
- Die Argumentation, auch bei der Ausbildungsduldung des § 60a II 4 AufenthG sei eine im Ermessen der Ausländerbehörde stehende Beschäftigungserlaubnis erforderlich (auch wenn das Ermessen im Regelfall zu Gunsten des Auszubildenden gebunden sei), eröffnet weitere Einschränkungen.

- Steht hingegen fest, dass eine Abschiebung nicht möglich ist, kann sie auch nicht konkret vorbereitet werden – in diesem Fall ist eine Duldung ohnedies gemäß § 60a II 1 AufenthG zu erteilen, so dass § 60a II 4 AufenthG nicht mehr relevant ist.

Eine sachgerechte Interpretation der gesetzlichen Regelung gibt Folgendes zu bedenken:

- Es ist nicht stets erforderlich (wenn auch der Regelfall), ein Asylverfahren zu durchlaufen.
- Das Tatbestandsmerkmal, dass konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht bevorstehen dürfen, ist dahingehend auszulegen, dass seitens der Behörde bereits konkrete Maßnahmen zur Beendigung und nicht nur Vorbereitungshandlungen eingeleitet werden müssen und in absehbarer Zukunft auch erfolgreich sein müssen.
- Auch wenn § 60a II 4 AufenthG explizit nur die Erteilung einer Duldung regelt, ist aufgrund des Regelungszwecks – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen – stets eine Beschäftigungserlaubnis zu erteilen.
- Weil typischerweise der Beschäftigungsduldung ein Asylverfahren vorausgeht, ist dann, wenn ein Ausbildungsverhältnis bereits während der Zeit des Asylverfahrens aufgenommen wurde, von einem einheitlichen Vorgang auszugehen, so dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Ausbildungsduldung ein nahtloser Übergang gewährleistet ist.

## **B. Erteilung von Duldung und Beschäftigungserlaubnis bei Nicht-Vorliegen von § 60a II 4 AufenthG (Nr. 3.5.7 des IMS)**

Da der Anwendungsbereich der Ausbildungsduldung des § 60a II 4 AufenthG durch die Interpretationskünste des IMS gegen Null reduziert ist, ergibt sich für das IMS die Notwendigkeit einer Regelung, wenn die Voraussetzungen nicht vorliegen. Dies regelt das IMS auf den S. 33 bis 36.



## **1. Vorliegen von Ausschlussgründen**

Zunächst wird abgehandelt, was zu tun ist, wenn ein Ausschlussstatbestand vorliegt.

### **1.1 Ausschlussstatbestand von § 60a VI AufenthG (Nr. 3.5.7 a))**

Zutreffend ist zunächst die Aussage (3.5.7a)), dass bei Vorliegen eines der Ausschlussstatbestände von § 60a VI AufenthG die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ausnahmslos nicht erlaubt werden darf, auch wenn ein Duldungsgrund nach § 60a II 1 AufenthG vorliegt. Dies hat der Gesetzgeber so bestimmt, auch wenn dies kritikwürdig ist.

### **1.2. Ausschluss bei Straffälligkeit (Nr. 3.5.7 b))**

Sodann führt das IMS aus, dass dann, wenn eine Duldung nach § 60a II 4 AufenthG nicht erteilt werden kann, weil eine Straffälligkeit über der dortigen Bagatellgrenze (50 Tagessätze oder 90 Tagessätze wegen Straftaten nach dem Aufenthalts- oder Asylgesetz) vorliegt, eine Beschäftigungserlaubnis nicht erteilt werden darf. Das IMS ist insofern allerdings widersprüchlich, weil es auf der einen Seite auf das Erteilungsverbot nach § 60a II 4 AufenthG verweist und behauptet, hierbei handele es sich um eine gesetzgeberische Grundentscheidung, die nicht dadurch konterkariert werden dürfe, dass trotzdem Beschäftigungserlaubnisse bei Straftätern oberhalb der Bagatellgrenze erteilt würden, andererseits hervorhebt (an zwei Stellen), dass dies nur „grundsätzlich“ gelte. Nach allgemeinen Auslegungsregeln bedeutet jedoch die Einfügung von „grundsätzlich“, dass Ausnahmen möglich und zulässig sind. Richtigerweise kommt bei Überschreiten der Bagatellgrenze eine Duldungserteilung für eine Beschäftigung auf der Rechtsgrundlage von § 60a II 1, 2 oder 3 AufenthG durchaus in Betracht. Die Regelung in § 60a II 6 AufenthG, die apodiktisch bestimmt, dass eine Duldung nach Satz 4 nicht erteilt „wird“ bzw. „erlischt“, mag Ausstrahlungswirkung haben und bei der Ermessensabwägung zu bedenken sein, mehr aber nicht.

### **1.3. Duldung bei Einleiten der aufenthaltsbeendenden Maßnahmen? (Nr. 3.5.7 c)**

In Nr. 3.5.7 c) (S. 34 ff) regelt das IMS was zu geschehen hat, wenn die Duldungserteilung daran scheitert, dass die Ausländerbehörde bereits konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung ergriffen hat. Das IMS schreibt eine Differenzierung vor.

- Im ersten Spiegelstrich ist ausgeführt, dass wegen des behaupteten Vorrangs der Aufenthaltsbeendigung die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis eine Prognose verlange, ob in absehbarer Zeit die Abschiebung tatsächlich durchgeführt werden könne – je nachdem sei die Beschäftigungserlaubnis im Ermessenswege zu versagen oder auch nicht.

Dies hilft aber nicht weiter. Das Problem bei konkret bevorstehenden aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ist nicht die Beschäftigungserlaubnis – die offenbar entgegen den vorherigen Darlegungen im IMS ausnahmsweise dennoch erteilt werden können soll –, sondern dass dann schon/auch die Erteilung einer Duldung ausscheidet.

- Im nächsten Spiegelstrich führt das IMS aus, dass dann, wenn für die Ausländerbehörde erkennbar sei, dass trotz erfolgter Einleitung aufenthaltsbeendender Maßnahmen mit einer tatsächlichen Abschiebung in absehbarer Zukunft nicht gerechnet werden könne, die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis möglich sei. Voraussetzung sei aber, dass der Ausländer aus anderen Gründen als nach § 60a II 4 AufenthG die Voraussetzungen für eine Duldung erfülle.

Damit ist im Ergebnis aber nichts anderes gesagt, als dass, demjenigen, der geduldet wird, nach den allgemeinen Regeln auch eine Beschäftigung erlaubt werden soll.

- Im nächsten Absatz (S. 35 oben) führt das IMS dann aus, dass für die erstmalige Aufnahme einer Berufsausbildung nicht auf § 60a II 3 AufenthG („dringender persönlicher Grund“) zurückgegriffen werden kann, wenn die Voraussetzungen nach § 60a II 4 AufenthG nicht erfüllt sind. Letzteres sei eine Spezialvorschrift, die einen ersatzweisen Rückgriff auf Satz 3 nicht erlaube.

Dies ist zweifelhaft. Die oben dargestellte Historie zeigt auf, dass der Gesetzgeber im Gegenteil explizit davon ausgeht, dass die Aufnahme oder Fortsetzung einer qualifizierten Berufsausbildung in Deutschland ein dringlicher persönlicher Grund im Sinne von § 60a II 3 AufenthG sei kann; die bis 05.08.2016 geltende Regelung hatte dies exakt so formuliert. Dass nunmehr der Gesetzgeber in Satz 4 diese Ermessensregelung bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen (staatlich anerkannter oder vergleichbarer Ausbildungsberuf, keine Straftaten, kein Ausschlussgrund) zu einem Rechtsanspruch aufgewertet hat, besagt nicht, dass eine Ausbildung kein dringender persönlicher Grund mehr ist, wenn es an einem der Tatbestandsmerkmale für einen Rechtsanspruch nach Satz 4 fehlt Dies folgt nicht nur aus dem Werdegang der gesetzlichen Regelung, sondern auch daraus, dass Satz 3 auf einen dringenden **persönlichen Grund** abstellt, während der Ausschluss vom Rechtsanspruch wegen der bevorstehenden Aufenthaltsbeendigung ein öffentliches Interesse ist. Diese vermag zwar den Rechtsanspruch des § 60a II 4 AufenthG zu vereiteln, ob dies aber dem dringenden persönlichen Wunsch auf eine Berufsausbildung im Ermessensweg entgegensteht, kann nur nach einer individuellen Interessenabwägung entschieden werden. In diese kann unter anderem auch die Tatsache eingestellt werden, dass ein Rechtsanspruch bei höheren Strafen nicht gegeben ist.

Soweit das IMS schließlich ausführt, eine Duldung nach § 60a II 3 AufenthG sei wegen des Wortlauts nur bei einer „vorübergehenden Anwesenheit“ möglich, und fortfährt, eine vorübergehende Anwesenheit sei nur für das letzte Berufsausbildungsjahr zu bejahen, nicht aber für längere Zeiträume, ist dies keineswegs zwingend und auch einer politischen/gesellschaftlichen Bewertung zugänglich. Letztlich tut dies auch das IMS, wenn es im nächsten Absatz (S. 35 zweiter Absatz) die Erteilung einer Duldung für jeweils ein Jahr auf der Grundlage von § 60a II 1 AufenthG für die ersten zwei Jahre und im dritten Jahr auf der Rechtsgrundlage des § 60a II 3 AufenthG vorgibt. Diese Auslegungen helfen im Einzelfall sicherlich dem betroffenen Auszubildenden und Arbeitgeber, wären aber bei einer sachgerechten Interpretation der bundesgesetzlichen Regelung überflüssig. Letztlich zeigt sich hier, um was es dem Bayerischen Innenministerium geht: Den Betroffenen soll kein Rechtsanspruch eingeräumt werden, vielmehr soll er – und der Ausbildungsbetrieb – von der „Großzügigkeit“ der Behörden von Jahr zu Jahr abhängen. Dies kann man als Ausfluss eines obrigkeitsstaatlichen Denkens ansehen.

- Entsprechendes gilt für die im nächsten Spiegelstrich (S. 35 bis 36) geregelten Fälle der Ausländer, die schon als Asylbewerber eine Berufsausbildung begonnen hatten. Ihnen soll, sofern der Asylantrag nur als „schlicht“ unbegründet – also nicht als offensichtlich unbegründet – abgelehnt wurde, die Beschäftigungserlaubnis „im Ermessenswege“ verlängert werden, obwohl das IMS das Vorliegen der Voraussetzungen von § 60a II 4 AufenthG aufgrund der einengenden Interpretation vorher verneint hat. Auch hier eröffnet das IMS eine pragmatische Lösung, wenn auch nur „im Ermessenswege“ und in der Praxis nach entsprechender Fürsprache des Arbeitgebers. Dies soll sogar „ausnahmsweise“ für Ausländer, die aus sicheren Herkunftsstaaten stammen oder für solche Ausländer, deren Asylantrag aus sonstigen Gründen als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde, gelten.

## **1.4 Bewertung**

Das IMS verfährt in diesen Bereichen wie ein autoritärer Vater aus dem vorletzten Jahrhundert mit einem unmündigen Kind: Von dir aus darfst du gar nichts, aber ich kann dir alles erlauben – wenn ich will.

Der rigiden Verweigerung eines Rechtsanspruchs des § 60a II 4 AufenthG steht die Erlaubnis zu einer relativ großzügigen Interpretation der Ermessensvorschriften gegenüber.

## **C. Sonstige Regelungen**

Das IMS enthält noch allgemeine Regelungen.

### **1. Beschäftigung von Asylbewerben (Nr. 2)**

In Nr. 2 ist die Beschäftigung und Berufsausbildung von Asylbewerbern allgemein und im wesentlichen zutreffend geregelt.

### **1.1 ARE (Nr. 2.1)**

Ein Widerspruch ist insoweit angebracht, als auf S. 7 angeführt ist, die beiden Ankunfts- und Rückführungseinrichtungen (ARE) in Ingolstadt/Manching und Bamberg seien Aufnahmeeinrichtungen und zudem besondere Aufnahmeeinrichtungen nach § 30a AsylG, weshalb eine Beschäftigung dort lebender Betroffener grundsätzlich ausgeschlossen ist. Hier gilt es zu differenzieren: In die beiden Einrichtungen wurden und werden auch Asylbewerber dezentral verteilt oder wurden rückverlegt und ebenso Personen, deren Asylverfahren bereits beendet ist. Im Fall einer derartigen Rückverlegung greift das Erwerbsverbot von § 61 AsylG nicht ein. Denn dieses gilt für die Dauer der Pflicht, in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen (§ 61 I AsylG). Diese Pflicht endet nach § 48 I Nr. 1 AsylG mit der Verpflichtung, an einem anderen Ort Wohnung zu nehmen und lebt in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung nicht wieder auf, wenn eine Rückverlegung stattfindet. Eine solche Rückführung erfolgt dann auch nicht in die ARE als „Aufnahmeeinrichtung“ (die ja am Beginn eines Asylverfahrens steht), sondern in eine „Ausreiseeinrichtung“, als welche die ARE auch funktionieren. Für diese ist ein Beschäftigungsverbot nicht generell vorgeschrieben; hier bedarf es einer Einzelfallentscheidung.

Ob die ARE darüber hinaus die Voraussetzungen einer Aufnahmeeinrichtung im Sinne von § 30a I AsylG erfüllen, erscheint bei Lektüre des Gesetzeswortlauts höchst zweifelhaft.

### **1.2 Sichere Herkunftsstaaten (Nr. 2.2.1)**

Unter Nr. 2.2.1 führt das IMS zutreffend aus, dass Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten einem absoluten Beschäftigungsverbot unterliegen. Nicht geteilt wird jedoch die Auffassung, dass dies auch für diejenigen gilt, die ihren Asylantrag vor dem im Gesetz genannten Stichtag (31.08.2015) gestellt haben. Auch wenn man als Regelungsinhalt von § 61 II AsylG primär die Erwerbstätigkeit sieht und diese rein arbeitsrechtlich interpretieren will – wie das IMS und Teile der Rechtsprechung –, kann nicht geleugnet werden, dass es sich um eine Bestimmung handelt, die nicht in einem/einer speziellen arbeitsrechtlichen Gesetz/Verordnung (wie etwa der Beschäftigungsverordnung) verortet ist, sondern in der allgemeinen Regelung des Asylgesetzes. Ebenso ist offenkundig, dass dort nicht zwischen der

ausländerrechtlichen und der beschäftigungsrechtlichen Regelung differenziert wird, so dass viel dafür spricht, dass damit auch eine ausländerrechtliche Entscheidung über eine „Aufenthaltserlaubnis“ oder ein „Aufenthaltsverbot“ vorgegeben ist. Bedenkt man zudem, dass schon der EuGH zutreffend den Rechtsgrundsatz aufgestellt hat, dass aus einem beschäftigungsrechtlichen Anspruch zwangsläufig ein Aufenthaltsrecht folgt,<sup>24</sup> folgt daraus erst recht, dass bei bestehendem Aufenthaltsrecht eine Untersagung der Erwerbstätigkeit aus ausländerrechtlichen Gründen nicht in Betracht kommt. Den erwähnten „grundsätzlichen migrationspolitischen Erwägungen“ hat der Gesetzgeber durch eine Stichtagsregelung bereits abschließend Rechnung getragen.

### **1.3 Asylbewerber aus sonstigen Herkunftsstaaten (Nr. 2.2.2)**

Das IMS führt unter 2.2.2 aus, im übrigen stehe die Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis im Ermessen der Ausländerbehörde und führt hierzu verschiedene Kriterien, die für und gegen eine Beschäftigungserlaubnis sprechen, an. Damit wird der Eindruck erweckt, es stünde im freien Ermessen der Ausländerbehörde, eine Beschäftigungserlaubnis zu erteilen oder zu versagen. Damit wird das gesellschaftliche/politische Interesse an einer „frühzeitigen Arbeitsmarktintegration von Asylbewerbern und Geduldeten“<sup>25</sup> ignoriert. Da dies nicht nur der Verringerung des Leistungsbezugs,<sup>26</sup> sondern auch dem gesellschaftlichen Interesse an der Förderung der Integration dient, ist es von Gewicht. Es wäre daher geboten gewesen, die Ausländerbehörden darauf hinzuweisen, dass die Aufnahme einer Beschäftigung gefördert und ermöglicht werden soll, sofern nicht gewichtige Gründe dagegenstehen.

Zu kritisieren ist, dass die Ablehnung eines Asylantrags durch das BAMF als Ablehnungskriterium angeführt wird. Dies widerspricht dem Grundsatz, dass stets eine Einzelfallentscheidung zu treffen ist, so dass statistische Werte nicht geeignet sind. Zudem erfahren viele Entscheidungen durch die Rechtsprechung eine Korrektur. Da die Klageverfahren oft Jahre dauern, ist das Kriterium der Anerkennungswahrscheinlichkeit aufgrund des Herkunftslandes kontraproduktiv: Die

<sup>24</sup> Rechtsprechung des EuGH zu ARB 1/80, z. B. vom 20.09.1990, C-192/89 (Sevince) oder vom 15.12.1992, C-237/91 (Kus).

<sup>25</sup> BT-Drs. 642/14, S. 5

<sup>26</sup> BT-Drs. a. a. O.

Menschen sind dennoch hier und sollten integriert werden. Aus den vorgenannten Gründen ist auch der für eine Beschäftigungserlaubnis angegebene Gesichtspunkt einer hohen Anerkennungswahrscheinlichkeit fragwürdig. Denn dies dürfte nicht wenige Ausländerbehörden dazu veranlassen, hieraus den Umkehrschluss zu ziehen, dass bei einer niedrigen Anerkennungsquote die Beschäftigungserlaubnis zu versagen sei.

## **2. Beschäftigung von Geduldeten (Nr. 3)**

Unter Nr. 3.1 bis 3.4 macht das IMS allgemeine Ausführungen zur Beschäftigung von Geduldeten. Es weist darauf hin, dass zwischen der Erteilung der Duldung und der Beschäftigungserlaubnis zu differenzieren sei (Nr. 3.1) und dass die zusätzlich erforderliche Beschäftigungserlaubnis nach § 4 III 3 AufenthG i. V. m. § 32 BeschV im Ermessen der Ausländerbehörde stehe. Unter Nr. 3.2 wird darauf hingewiesen, dass § 60a VI AufenthG absolute Erwerbstätigkeitsverbote normiere. Das IMS legt Wert darauf, hierzu festzuhalten, Satz 2 von § 60 VI AufenthG enthalte nicht abschließende Regelbeispiele für selbst zu vertretende Abschiebungshindernisse an. Es wird der fragwürdige Grundsatz aufgestellt, dass dann, wenn Ausländer aus Staaten kämen, in die eine Abschiebung grundsätzlich möglich sei, die Nicht-Vollziehbarkeit aufenthaltsbeendender Maßnahmen „daher auch dann selbst zu vertreten (haben), wenn sie keinen Nationalpass oder anerkannten ausländischen Passersatz vorlegen und bei der Beschaffung von Heimreisepapieren nicht mitwirken“. Diese pauschale Vorgabe wird in vielen Fällen zur Versagung der Beschäftigungserlaubnis durch die Ausländerbehörde führen, obwohl es oftmals trotz Bemühens nicht möglich ist, Passersatzpapiere zu erhalten. Die Aufbürdung der Beweislast in diesen Fällen entspricht der folgenden Aussage unter Nr. 3.3, die Aufenthaltsbeendigung von vollziehbar Ausreisepflichtigen sei „grundsätzlich immer vorrangig gegenüber der Erteilung einer Duldung oder gar einer Beschäftigungserlaubnis“. Die Aussage kann so nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr hat sich sowohl in der Gesellschaft als auch in der Politik mittlerweile die Erkenntnis durchgesetzt, dass die Aufenthaltsbeendigung von in den Arbeitsmarkt integrierten – oder integrierbaren – Ausländern nicht stets vorrangig ist. Der mittlerweile etablierte Grundsatz, Asylbewerber möglichst frühzeitig in den Arbeitsmarkt zu integrieren und die daraus resultierende Konsequenz, dass es weder im gesellschaftlichen Interesse geschweige denn im Interesse des Arbeitgebers oder des Arbeitnehmers ist, eine

aufgenommene Erwerbstätigkeit stets und immer zu beenden, muss zu einer Einzelfallprüfung führen. Auch wenn der Gesetzgeber diese Zielsetzung bislang lediglich bei der Ausbildungsduldung in einen Anspruch gegossen hat, ermöglicht § 60a II 3 AufenthG die weitere Anwesenheit im Bundesgebiet (zunächst zumindest vorübergehend) dulden, was wiederum Grund für die Verlängerung einer bereits erteilten Beschäftigungserlaubnis sein kann.

Das IMS hat in den unter 3.4.2 aufgelisteten Kriterien, die für und gegen die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis an Geduldete sprechen, diesem Gesichtspunkt nicht Rechnung getragen. Wenn es als Kriterium für die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis im letzten Spiegelstrich anführt, die Aufnahme einer qualifizierten Beschäftigung statt einer lediglich gering qualifizierten Tätigkeit spreche für die Erteilung, sind dies erste Ansätze einer arbeitsmarktwirtschaftlichen Sichtweise. Sie sollte um die individuellen Aspekte einer erbrachten Integrationsleistung durch Beschäftigung ergänzt werden.

## **D. Schlussbemerkung**

Das IMS versucht, den vom Bundesgesetzgeber in § 60a II 4 AufenthG verankerten Rechtsanspruch auszuhebeln und statt dessen eine Ermessensregelung zu etablieren. Vertrauensschutzgesichtspunkten und betrieblichen Interessen wird im Rahmen dieser Ermessenshandhabung ein vergleichbar großer Spielraum eingeräumt. Im Gegensatz hierzu stehen die Vorgaben zur Auslegung des § 60a II 4 AufenthG. Hierdurch wird nicht nur bei den betroffenen Auszubildenden, sondern auch bei den Betrieben eine Verunsicherung bewirkt; dass diese statt dessen „Planungssicherheit“ benötigen, ist dem Bayerischen Innenministerium bekannt. Unter Nr. 6 wird deshalb abschließend den Ausländerbehörden aufgegeben, mit den Betrieben Kontakt aufzunehmen und sie werden „gebeten“, für eine individuelle Beratung über die aufenthaltsrechtliche Situation eines Bewerbers „zur Verfügung zu stehen“. Besser wäre es, das Bayerische Innenministerium würde den Betrieben – und den Auszubildenden – die erforderliche Planungssicherheit durch eine sinn- und zweckgemäße Auslegung der bundesgesetzlichen Regelung entsprechend den Absichten der Großen Koalition und der Bundesratsmehrheit geben.

(Hubert Heinhold)  
Rechtsanwalt