



Praxisprobleme der Legalisierung von Geduldeten

Von Rechtsanwalt Manuel Kabis,
Dortmund

Die Ausgangslage

Ausländer*innen, die kein Recht auf Aufenthalt haben, sind ausreisepflichtig. Findet eine freiwillige Ausreise nicht statt, ist eine Abschiebungsandrohung im Wege der Verwaltungsvollstreckung zu vollziehen. Stehen der Abschiebung tatsächliche oder rechtliche Hindernisse entgegen, ist der Aufenthalt zu dulden. Die Vorstellung, Abschiebungshindernisse seien vorübergehend, ist von der Lebenswirklichkeit überholt. Wegen der oft langjährigen Duldungen hat der Gesetzgeber die Regelungen der §§ 25a, b, 104c AufenthG eingefügt.

I. Verschlimmbesserungen des § 25a

Im Zuge der letzten Reform wurde die Voraufenthaltszeit bei der Aufenthaltserlaubnis für junge Ausländer*innen auf drei Jahre verkürzt, die Altersgrenze auf 27 Jahre angehoben. Zugleich jedoch fand eine Verschärfung der Norm statt: Anders als früher kann die Regelung nur in Anspruch nehmen, wer seit 12 Monaten im Besitz einer Duldung (oder ohne zeitliche Bindung im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104c) ist. Ein Übergang vom Asylverfahren in die Aufenthaltserlaubnis ist nicht mehr möglich. Soweit Minderjährige betroffen sind, deren Asylklage im Familienverbund läuft, ergibt es Sinn, Klagen für diesen Personenkreis zurückzunehmen bzw. gar nicht erst einzureichen. Wegen des Sorgerechts der Eltern besteht ein rechtliches Abschiebungsverbot, das Kind oder der Jugendliche erhält eine Duldung, die Restfamilie wartet das Asylverfahren ab, nach 12 Monaten eröffnen sich aufenthaltsrechtliche Perspektiven. Unbegleitete Minderjährige und Volljährige müssen versuchen, den Spagat vom Asylverfahren in die Ausbildungsduldung (demnächst: Aufenthaltserlaubnis) zu schaffen, oder sonstige Duldungsgründe nachweisen, die das erste Jahr der Erteilung der Duldung andauern.

Editorial

Das Ende der Unschuld? Neue Straftatbestände geplant

Was der Name „Gesetz zur Verbesserung der Rückführung“ (Referentenentwurf des BMI vom 24.10.2023) ebenso verbirgt wie die Gesetzesbegründung, ist die Einführung neuer Straftatbestände. Nach dem geplanten § 85 Abs. 2 AsylG sollen künftig Falschangaben im Asylverfahren vor dem BAMF oder dem VG in Bezug auf die Identität ebenso strafbar sein wie Falschangaben zur Erlangung eines Schutzstatus. In der Literatur besteht mit einer Ausnahme einhellig die Auffassung, dass falsche Angaben im Asylverfahren nicht dem Tatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG unterfallen (Kretschmer, ZAR 2021, 152; Kabis/Happe, ANA-ZAR 2021, 13, jeweils unter Bezugnahme auf BayObLG, U. v. 19.02.2020, 207 StRR 2415/19; a. A.: Freutsmiedel NSTz 2021, 78). Der Gesetzentwurf erfolgt in Reaktion auf diese Auseinandersetzung. Die Folgen wären erheblich, da insbesondere Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte schnell in den Verdacht der Beihilfe geraten werden, wenn sie in ihren Schriftsätzen die – später als unwahr qualifizierten – Angaben des Mandanten transportieren. Soll sich die Strafbarkeit der anwaltlichen Vertretung auf der subjektiven Seite beim Tatbestandsirrtum klären? Und: Wie sollen strafbare Falschangaben festgestellt werden? In Rechtskraft erwächst der Tenor eines verwaltungsgerichtlichen Urteils, nicht jedoch die Urteilsgründe. Da es um Bewertungsfragen geht, wird der Strafrichter / die Strafrichterin einen Schuldspruch nicht aus der Verlesung des Urteils herleiten können. Im Zweifel wird der Verwaltungsrichter / die Verwaltungsrichterin als Zeuge gehört werden müssen. Geändert werden soll auch die Schleuservorschrift des § 96 AufenthG. Eine vorsätzliche und rechtswidrige Vortat soll nicht mehr erforderlich sein, um so die Schleusung von Kindern strafbar zu machen. Limitierte Akzessorietät von Vortat und Schleusung? Mal eben weggewischt. BGH-Rechtsprechung zur Vorsatzbildung von Kindern und Jugendlichen? Erledigt. Bislang war zur Erfüllung des Schleusermerkmals „Handeln zugunsten mehrerer“ erforderlich, dass mehr als ein Geschleuster vorsätzlich (nicht: schuldhaft) handelte. Künftig trifft die Schleuserstrafbarkeit den Familienvater, der Frau und Kleinkinder illegal nach Deutschland bringt.

Der den Gesetzentwurf durchziehende Raubbau am Rechtsstaat wäre schändlich.

Manuel Kabis

Ausschlussgründe

a) Identitätstäuschung

§ 25a kennt den Ausschlussgrund der eigenhändigen Identitätstäuschung. Die Identitätstäuschung durch Kinder und Jugendliche kann aber nicht kausal werden für die Unmöglichkeit der Abschiebung: Gemäß § 80 AufenthG sind sie nicht handlungsfähig. Erforderliche Mitwirkungshandlungen sind durch die Eltern vorzunehmen, § 80 Abs. 4. Handlungen der Eltern sind aber anhand des eindeutigen Wortlauts nicht zurechenbar. Der Ausschlussgrund setzt daher erst mit Eintritt der Volljährigkeit ein. Allerdings wird in der Literatur zu Recht vertreten, dass der Loyalitätskonflikt mit der Familie, die die Täuschung aufrecht erhält, zur Unzumutbarkeit der Selbstbeichtigung führt.

b) Straftaten und fehlende Aufenthaltszeiten

Anders als § 25b kennt § 25a keinen unbedingten Ausschluss wegen strafrechtlicher Verurteilungen. Allerdings können Straftaten nicht nur bei den allgemeinen Erteilungs Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 berücksichtigt werden, sondern auch bei der speziellen Integrationsprognose im Rahmen des § 25a Abs. 1 Nr. 4.

Für die Berechnung der Mindestaufenthaltszeit werden Zeiten der Duldung nach § 60b nicht mitgezählt; Ausnahme: Der Ausländer besitzt eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104c. Die Praxis zeigt, dass Ausländerbehörden in großem Umfang auch Minderjährige mit Duldungen nach § 60b sanktionieren, was wegen der fehlenden Handlungsfähigkeit Minder-

jähriger rechtswidrig ist (Klagefrist gegen §60b-Duldungen ist i. d. R. ein Jahr gem. § 58 Abs. 2 VwGO, da der Verwaltungsakt meist durch Aushändigung der Duldungsbescheinigung ohne Rechtsbehelfsbelehrung erfolgt).

Die Aufenthaltserlaubnis kann (Ermessensentscheidung) abweichend von § 10 Abs. 3 S. 2 (qualifizierte Ablehnung des Asylbegehrens) erteilt werden. Das OVG Sachsen-Anhalt musste den Ausländerbehörden ins Stammbuch schreiben, dass der Gesetzeszweck eine großzügige Handhabung des Ermessens gebietet (ANA-ZAR 4/2023 S.37).

II. § 25b und das Schweigen des Gesetzgebers

a. Kind ist nicht gleich Kind – oder doch?

§ 25b ermöglicht langjährig Geduldeten und Ausländer*innen mit Aufenthaltserlaubnis gem. § 104c den Übergang in einen geregelten Aufenthalt. Die Voraufenthaltszeiten wurden von 8 auf 6 Jahre und für Personen, die mit Kindern in häuslicher Gemeinschaft leben, auf 4 Jahre verkürzt. Bereits vor der Reform 2022/23 hatte der VGH Baden-Württemberg gemeint, Stief- und Enkelkinder begründeten nicht die Verkürzung der Aufenthaltszeit (BeckRS 2020, 18998). Der Gesetzgeber hat es versäumt, hier für Klarheit zu sorgen. Die Kritik der Literatur daran, dass eine *häusliche* Gemeinschaft erforderlich ist und die Ausübung des Umgangsrechts daher nicht ausreicht, hat der Gesetzgeber ignoriert.

b. Bekenntnisse des Gesetzgebers

Familienangehörigen „soll unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 S. 2 Nr. 2-5 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden“. Zu diesen Voraussetzungen gehört das Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung, zu den Familienangehörigen zählen minderjährige Kinder. Die Fachwelt rätselt: Verlangt das Gesetz ein Bekenntnis von Minderjährigen? Oder nur von solchen mit Verstandesreife, die den Inhalt des Bekenntnisses verstehen? Oder sind Kinder, die kein Bekenntnis abgeben können, ausgeschlossen? Oder ersetzt die Erklärung der Eltern diejenige des Kindes? Handelt es sich um Schlampelei des Gesetzgebers (ganz gewiss)? Der BGH setzt bei der Rechtswidrigkeit und Vorsätzlichkeit der illegalen Einreise geschleuster Kinder bei der konkreten und im Einzelfall aufzuklärenden Einsichtsfähigkeit des Kindes in sein Tun an. Hieran könnte man sich orientieren. Nur: Soll die Ausländerbehörde Kinder und Jugendliche vorladen und eine Bekenntnisprüfung abnehmen?

Praktische Probleme bei dem Bekenntnis zur Grundordnung gibt es sowohl bei § 104c als auch bei § 25b: Das Land NRW steht auf dem Standpunkt, die Ausländerbehörden sollten sich davon überzeugen, dass die Betroffenen den Inhalt des Bekenntnisses verstehen; sie sollten i. d. R. die Betroffenen zum Gespräch laden. Dazu das OVG NRW: Die Notwendigkeit, sich von der Ernsthaftigkeit des Bekenntnisses zu überzeugen, hindert nicht die schriftliche Eingabe des Bekennt-

nisses; ein Gespräch hierüber kann zu einem späteren Zeitpunkt stattfinden. Fragt der Betroffene lediglich an, ob er bei der Ausländerbehörde zwecks Abgabe des Bekenntnisses vorbeikommen soll, fehlt es an einem Tatbestandsmerkmal des § 104c (OVG NRW, B. v. 29.06.2023, 18 B 531/23). Daraus folgt: Es sollte immer ein schriftliches Bekenntnis eingereicht werden, auch wenn viele Ausländerbehörden in ihren Merkblättern darlegen, dass dieses nicht ausreiche.

c. Ausschlussgrund Identitätstäuschung

Zum Ausschlussgrund der Identitätstäuschung stellt das OVG Sachsen-Anhalt klar, dass die Täuschung andauern und kausal für die Nichtabschiebung sein muss. Vergangenen Täuschungen muss im Hinblick auf die Integrationsprognose des § 25b erhebliches Gewicht zukommen (ANA-ZAR 4/2023, S. 38). Die Kausalität entfällt etwa bei fehlenden Reiseverbindungen (Russische Föderation) oder Abschiebestopp-Erlassen (Iran), ebenso bei krankheitsbedingter Reiseunfähigkeit.

d. Unterbrochene Duldungszeiten

Streitig ist, welche Auswirkungen Unterbrechungen des geduldeten Aufenthalts auf die Zurechnungszeiten haben. Weitgehend Einigkeit besteht, dass nicht jede Unterbrechung schädlich ist. Bis zu 3 Monate jedenfalls soll eine Unterbrechung dauern dürfen (die Unterbrechungszeiten werden der 5-Jahres-Frist aber nicht zugerechnet). Das dürfte auch bei einem kurzzeitigen Aufenthalt im Schengen-Ausland gelten. Dafür spricht, dass gemäß § 50 Abs. 3 der Ausreisepflicht nicht genügt, wer ohne Einreisegenehmigung in einen anderen EU- oder Schengen-Staat reist. Wird die Ausreisepflicht nicht erfüllt, kann denklogisch die Duldung nicht nach § 60a Abs. 5 erlöschen. Streitig ist, ob eine Unterbrechung vorliegt, wenn der Betroffene eine Zeitlang für die Ausländerbehörde unerreichbar ist, ein gesetzlicher Duldungsgrund aber vorliegt. Der BGH hält einen strafrechtlich unerlaubten Aufenthalt für möglich, wenn die Ausländerbehörde den Duldungsanspruch mangels Kenntnis vom Aufenthaltsort des Betroffenen nicht erfüllen kann. Es spricht aber vieles dafür, auf die Frage abzustellen, ob der Duldungsgrund objektiv in dieser Zeit vorlag. Liegt das Abschiebungshindernis in fehlenden Reisepapieren, wird sich der Betroffene allerdings kaum darauf berufen können, seine Verletzung der Mitwirkungspflichten durch „Untertauchen“ sei hypothetisch unschädlich gewesen. Ein Rückgriff auf § 85 AufenthG im Wege der Analogie dürfte wegen der fehlenden Vergleichbarkeit der Sachverhalte und damit mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht kommen. Keine Unterbrechung liegt vor, wenn der Betroffene in der Zeit seiner Unerreichbarkeit im Besitz einer *Aufenthaltsgestattung* war: Wird das Asylverfahren nicht bestandskräftig negativ abgeschlossen, spielt eine vorübergehende Unerreichbarkeit des Betroffenen keine Rolle im Hinblick auf den deklaratorischen Charakter der Bescheinigung. Das gilt auch, wenn die

Gültigkeitsdauer der Gestattung zwischenzeitlich abläuft: Der Aufenthalt ist nämlich von Gesetzes wegen gestattet, die Bescheinigung nur deklaratorisch.

e. Nachweis der Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung

Viel Kummer in der Praxis macht der geforderte Nachweis der Grundkenntnisse der Rechts- und Gesellschaftsordnung. Nach den Allgemeinen Anwendungshinweisen des Bundesinnenministeriums vom 27.07.2015 zur Einführung des § 25b sollen diese nachgewiesen werden durch den bundeseinheitlichen Test „Leben in Deutschland“. Die Fragen dieses Test sind für die Einbürgerung konzipiert und übersteigen das ansonsten in der Vorschrift geforderte mündliche Sprachniveau A 2 deutlich. Einige Bundesländer bieten daher die Möglichkeit des Nachweises durch ein persönliches Gespräch bei der Ausländerbehörde. Andere wiederum haben einen Fragebogen erstellt, der nur die A 2-Niveau-Fragen des Tests enthält. In anderen Bundesländern wird aber keine andere Nachweismöglichkeit als das erfolgreiche Bestehen des Tests zugelassen. Hier ist gerade mit Hinblick auf die große Zahl der Fälle, die nach 18 Monaten von § 104c in § 25b übergehen sollen, ein bundeseinheitliches Vorgehen mit herabgesenkten Nachweisanforderungen geboten.

III. Rechtsschutzfragen

Anträge nach den §§ 25a, b und 104c lösen keine Fiktionswirkung aus. Bis zur Erteilung des Aufenthaltstitels bleibt die Ausreisepflicht vollziehbar. Eine Abschiebung darf gem. § 59 AufenthG nicht angekündigt werden. Gibt die Ausländerbehörde kein Stillhaltesignal und erscheint eine Abschiebung real möglich (Passvorlage bei § 25b, Identitätsklärung), muss einstweiliger Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO gesucht werden. Wegen des Ankündigungsverbots der Abschiebung wird ein Anordnungsgrund immer zu bejahen sein. Zudem gebietet Art. 19 Abs. 4 GG, mutmaßlich bestehende Ansprüche nicht durch Vollziehung von Vollstreckungsmaßnahmen zur Unzeit zu vereiteln.

Asylrecht und internationaler Schutz

Dublin-Verfahren

VG München: Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts bei drohender Familientrennung

Das VG München entschied im Eilverfahren, aus Art. 17 Abs. 1 Dublin-III-VO ergebe sich i. d. R. ein Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts, sofern andernfalls Familientrennung drohe. Vorgesehen war im entschiedenen Fall die Dublin-Überstellung nach Kroatien. Die Überstellungsfrist für die meisten Familienangehörigen war aber bereits