

Erscheint in: *Informationsbrief Ausländerrecht 3/2020, S. 89 ff. Ausführlichere Vorab-Veröffentlichung mit freundlicher Genehmigung der Redaktion.*

Geflüchtete ohne Aufenthaltstitel – (Kein) Bleiberecht durch Arbeit?

Wolfgang Armbruster/Klaus Barwig/Dorothee Frings/Constanze Janda/Manfred Weidmann*

Als im Jahr 2015 eine große Zahl von Menschen in Deutschland internationalen Schutz suchte, wurde rasch diskutiert, ob sich das Potenzial der Geflüchteten nicht nutzen ließe, um dem Fachkräftemangel in der Bundesrepublik entgegenzuwirken. Dies stellte sich zwar bald als unrealistisch heraus, gleichwohl kam der Gesetzgeber zu der Einsicht, Menschen mit „sicherer Bleibeperspektive“ bereits im Asylverfahren die Ausübung einer Tätigkeit zu ermöglichen. Zudem wurde ausreisepflichtigen Personen, die eine Ausbildung aufnehmen, mit der 3+2-Regelung der Weg in den regulären Aufenthalt eröffnet.

Neben der Ausbildungsduldung wird ab 2020 mit der Beschäftigungsduldung ein weiterer Schritt zur Ermöglichung des Spurwechsels gegangen. Zugleich wird mit dem Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreise („Geordnete-Rückkehr-Gesetz“) Personen, deren Identität nicht geklärt ist, der Weg in den regulären Aufenthalt versperrt (§ 60b AufenthG).

Der vorliegende Beitrag zeigt am Beispiel der Erlasslage in Baden-Württemberg typische Problemlagen auf, die aus dem Zusammenwirken der unterschiedlichen Neuregelung mit ihren Übergangsfristen resultieren, und unterbreitet Vorschläge für deren Lösung.

A. Die Beschäftigungsduldung als neue Spielart der Aussetzung der Abschiebung

Obwohl die Ausreisepflicht lediglich vorübergehend nicht durchgesetzt wird, weist die Rechtsfigur der Duldung inzwischen eine große Bandbreite auf. Die bisherige „klassische“ Anspruchs-Duldung (§ 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG) wird erteilt, wenn die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. Die Ermessens-Duldung (§ 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG) kommt in Betracht, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen die vorübergehende weitere Anwesenheit der betreffenden Person im Bundesgebiet erfordern.

Mit dem Gesetz zur Neubestimmung des Bleiberechts und der Aufenthaltsbeendigung¹ wurde die Ausbildungsduldung eingeführt (bisher § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG, ab 2020 § 60c AufenthG). Die Aufnahme einer qualifizierten Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar gere-

gelten Ausbildungsberuf gilt seither als persönlicher Grund, der die Aussetzung der Abschiebung rechtfertigt. Ergänzt wurde diese Regelung durch das Integrationsgesetz:² seither kann nach Abschluss der Ausbildung eine auf zwei Jahre befristete Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Beschäftigung im Ausbildungsberuf erteilt werden (§ 18a Abs. 1a AufenthG), so genannte 3+2-Regelung. Die Beschäftigungsduldung³ ersetzt ab 2020 die bisher mögliche Erteilung einer Ermessensduldung mit Beschäftigungserlaubnis. Sie wird gemäß § 60d Abs. 1 AufenthG an Ausländer*innen erteilt, die vor dem 1. August 2018 in die Bundesrepublik eingereist sind. Voraussetzung ist jedoch, dass die Identität geklärt ist (Nr. 1), die Person seit mindestens zwölf Monaten geduldet ist (Nr. 2), seit mindestens 18 Monaten eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung im Umfang von mindestens 35 Wochenstunden ausübt (Nr. 3) und dadurch ihren Lebensunterhalt seit mindestens zwölf Monaten eigenständig sicherstellen kann (Nr. 4). Darüber hinaus sind hinreichende mündliche Kenntnisse der deutschen Sprache nachzuweisen (Nr. 6) und es darf noch keine Ausweisungsverfügung oder Abschiebungsandrohung ergangen sein (Nr. 8).⁴ In der Regel wird die Beschäftigungsduldung für die Dauer von 30 Monaten erteilt.

Im Hinblick auf die Identitätsklärung hat der Gesetzgeber ein zeitlich abgestuftes Modell vorgesehen; der maßgebliche Zeitpunkt richtet sich nach dem Datum der Einreise und dem Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses:

- Identitätsklärung bis zur Beantragung der Beschäftigungsduldung bei Einreise bis 31.12.2016 und am 1.1.2020 bestehendem Beschäftigungsverhältnis,
- Identitätsklärung bis 30.6.2020 bei Einreise bis 31.12.2016, wenn am 1.1.2020 kein Beschäftigungsverhältnis besteht,
- Identitätsklärung bis 30.6.2020 bei Einreise zwischen 1.1.2017 und 1.8.2018.

Hat die betreffende Person alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Identitätsklärung ergriffen, kann die Duldung auch unbeschadet dieser Vorgaben erteilt werden, § 60b Abs. 4 AufenthG. Dadurch, dass die Identität bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geklärt sein muss, die Beschäftigungsduldung aber eine gewisse Voraufenthalts- und Vorbeschäftigungszeit voraussetzt, entsteht ein Zeitfenster, innerhalb dessen die Aufenthaltsbeendigung zwangsweise durchgesetzt werden kann. Dass dies vom Gesetzgeber beabsichtigt war, ist aus den Gesetzesmaterialien nicht ersichtlich. Gleichwohl machen sich die Länder dieses Schnittstellen-

² vom 31. Juli 2016, BGBl. I S. 1939.

³ Eingeführt durch das Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung vom 8. Juli 2019, BGBl. I S. 1021.

⁴ Die Ziffern 7 sowie 9-11 enthalten weitere Anforderungen, die sich auf die (geplante) Begehung von Straftaten beziehen.

* Die AutorInnen sind Mitglieder des Gesprächskreises Ausländer- und Asylrecht an der Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart.

¹ vom 27. Juli 2015, BGBl. I S. 1386.

problem zunutze und ordnen die Abschiebung von Beschäftigten an. Für die Unternehmen, die geflüchtete Menschen mit großem Aufwand ausgebildet und eingearbeitet haben, entsteht dadurch erheblicher wirtschaftlicher Schaden.

B. Die Duldung für Personen mit ungeklärter Identität als prekärer Status

Mit dem „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ wurde den unterschiedlichen Duldungsarten eine weitere Facette hinzugefügt, die als „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ bezeichnet ist. Diese wird nach § 60b Abs. 1 AufenthG erteilt, wenn eine Person durch Täuschung über ihre Identität oder Staatsangehörigkeit bzw. durch falsche Angaben ein Abschiebungshindernis herbeiführt. Gleiches gilt für Personen, die den gesteigerten Passbeschaffungspflichten nicht nachkommen.

§ 60b Abs. 2 AufenthG verpflichtet passlose Personen „alle [ihnen] unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zumutbaren Handlungen zur Beschaffung eines Passes oder Passersatzes selbst vorzunehmen“. Die zumutbaren Handlungen sind in § 60b Abs. 3 AufenthG definiert. Die Norm verweist auf §§ 6, 15 PassG (Nr. 1). Zumutbar ist unter anderem die persönliche Vorsprache bei den Behörden des Herkunftsstaates, die Teilnahme an Anhörungen, die Anfertigung von Lichtbildern oder die Abgabe von Fingerabdrücken (Nr. 2). Eine Ausnahme ist nur im Falle unzumutbarer Härten vorgesehen. Auch die Erklärung gegenüber den zuständigen Behörden, dass die Person zur freiwilligen Ausreise aus dem Bundesgebiet bereits ist, wird als zumutbar erachtet, wenn anderenfalls keine Reisedokumente ausgestellt werden (Nr. 3).

Die gesonderte Regelung erklärt sich aus den strikten Rechtsfolgen dieser Duldungsart: Zeiten einer Duldung nach § 60b AufenthG werden nicht als Vorduldungszeiten angerechnet, den Personen ist die Ausübung einer Erwerbstätigkeit untersagt und es gilt eine Wohnsitzauflage, § 60b Abs. 5 AufenthG.

Diese „Duldung light“ wird gemäß § 105 Abs. 2 AufenthG jedoch nicht an Personen erteilt, die sich in einem Ausbildungs- oder Beschäftigungsverhältnis befinden. Der Gesetzgeber will damit wird der Ausbildung bzw. Erwerbstätigkeit dieser Gruppe Rechnung tragen.⁵ Umgekehrt heißt dies, dass allen Personen, die bei Inkrafttreten der Neuregelung zum 1.1.2020 keine Beschäftigung ausüben, die Erwerbstätigkeit dauerhaft untersagt ist.

Auch Inhabern einer Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung oder Personen, die diese beantragt haben und die jeweiligen Erteilungsvoraussetzungen erfüllen, wird keine „Duldung light“ erteilt, § 105 Abs. 3 AufenthG. Zwar setzen beide Duldungsarten die Klärung der Identität voraus, jedoch sind die Anforderungen daran leichter zu erfüllen.

Ausweislich der Gesetzesbegründung⁶ genügen neben der Vorlage von Identitätsdokumenten auch „andere geeignete Mittel“, beispielsweise amtliche Dokumente aus dem Herkunftsstaat, vorzugsweise mit, aber auch ohne biometrische Merkmalen wie beispielsweise ein Führerschein, Personenstandsunterlagen, Geburtsurkunden, Meldebescheinigungen oder Schulzeugnisse. Vorausgesetzt wird lediglich, dass diese Papiere geeignet sind, um auf ihrer Basis einen Pass oder Passersatz zu beschaffen.

C. Gefährdung von Aufenthalt und Arbeitsverhältnissen durch die Neuregelung

Mit den Fristen zur Identitätsklärung und den erforderlichen Voraufenthalts- und Vorbeschäftigungszeiten begründet § 60d AufenthG einen unwürdigen Wettlauf zwischen Passbeschaffung einerseits als Abschiebe- und andererseits als Bleibevoraussetzung. Diese Konstruktion führt zwangsläufig dazu, dass die Betroffenen alles daran setzen müssen, die Passausstellung zwar zu betreiben, aber zugleich so lange zu verzögern, bis die 12-Monatsfrist der vorhergehenden Duldung (§ 60d Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) abgelaufen ist. Begünstigt werden damit die Geflüchteten aus Staaten, deren Konsulate zögerlich arbeiten, Hürden aufstellen oder die Passausstellungen auch ganz verweigern. Die Arbeitgeber*innen können nicht absehen, ob sie Mitarbeiter*innen von einem Tag auf den anderen verlieren werden.

Im Folgenden werden verschiedene Fallkonstellationen vorgestellt; dabei ist zwischen Geduldeten und Asylsuchenden zu differenzieren.

I. Fallgruppen für Inhaber einer Duldung

Für Inhaber einer Duldung ist nicht nur nach dem Datum ihrer Einreise, sondern danach zu differenzieren, ob sie über einen Pass verfügen und ob sie aus einem sicheren Herkunftsland stammen.

1. Geduldete, die vor dem 1.8.2018 eingereist sind, nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, keinen Pass haben und in einem erlaubten Beschäftigungsverhältnis stehen.

Diese Personengruppe ist auch nach bisher geltendem Recht verpflichtet, ihre Identität zu klären bzw. an der Passbeschaffung mitzuwirken (vgl. § 60a Abs. 6 AufenthG). Aus Sicht der Ausländerbehörden haben die beschäftigten Geduldeten insofern alle Anforderungen erfüllt, da ihnen anderenfalls keine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden wäre, vgl. § 60a Abs. 6 AufenthG.

⁵ BT-Drs. 19/10047, S. 48.

⁶ BT-Drs. 19/8286, S. 15.

Rechtliche Vorgaben

Geduldeten in einem Beschäftigungs- oder Ausbildungsverhältnis wird bis zum 1. Juli 2020 keine „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ erteilt, § 105 Abs. 2 AufenthG. Gleiches gilt, wenn eine Beschäftigungsduldung erteilt oder beantragt wird, § 105 Abs. 3 AufenthG. Die Beschäftigungsduldung wird aber nur erteilt, wenn die Identität bis Ende Juni 2020 geklärt ist, und sei es durch Dokumente wie einen Führerschein oder eine Heiratsurkunde. Nur für Geduldete, die bis Ende 2016 eingereist sind und am 1. Januar 2020 schon in einem Beschäftigungsverhältnis stehen, genügt es, wenn ihre Identität bis zum Antrag auf die Beschäftigungsduldung geklärt ist. Die Übergangsfristen in § 60d Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sind vor allem deshalb bedeutsam, weil sie bis Mitte 2020 ein Arbeitsverbot für gegenwärtig Beschäftigte verhindern.

Jedoch werden die wenigsten Menschen bereits zu Beginn des Jahres 2020 alle Voraussetzungen des § 60d AufenthG erfüllt haben. Es besteht daher das Risiko, dass sie nach einer Passbeschaffung – sofern nicht andere Duldungsgründe vorliegen – abgeschoben werden, obwohl sie die Voraussetzungen für die Beschäftigungsduldung in absehbarer Zeit erfüllen könnten.

Beispiele

Mitarbeiter aus Guinea, seit Mai 2016 in Deutschland, seit August 2019 geduldet, weil die Passpapiere fehlen. Beschäftigt seit Dezember 2019, geringe Deutschkenntnisse.

Diese Person kann die Voraussetzungen der Beschäftigungsduldung - 12 Monate Duldung, 18 Monate Beschäftigung, mündliche Deutschkenntnisse A 2 - frühestens im Juni 2020 erfüllen. Gelingt es ihm erst im September 2020, einen Pass vorzulegen bzw. seine Identität anderweitig zu klären, so kann ihm auch dann noch die Beschäftigungsduldung erteilt werden. Gelingt es ihm nicht, den Pass vorzulegen oder die Identität abschließend nachzuweisen, kann eine Beschäftigungsduldung nach § 60d AufenthG gleichwohl erteilt werden, wenn er alle erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Identitätsklärung ergriffen hat, vgl. § 60d Abs. 4 AufenthG. Die Entscheidung ist in das Ermessen der Ausländerbehörde gestellt.

Ist dieser Mitarbeiter aber erst im Januar 2017 eingereist, so muss er die Identitätsklärung bzw. den Nachweis aller erforderlichen und zumutbaren Maßnahmen zur Identitätsklärung bis Ende Juni 2020 abgeschlossen haben. Gelingt dies nicht, besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsduldung. Sobald seine Identität geklärt ist, könnte der Mitarbeiter daher abgeschoben werden, bevor er im Juni 2020 die Voraussetzung der Beschäftigungsduldung erfüllt. Solange die Identität nicht geklärt ist, er aber an der ihm zumutbaren Klärung und Passbeschaffung mitwirkt, kann allerdings kein Arbeitsverbot ausgesprochen werden.

Ist dieser Mitarbeiter bereits im Mai 2016 eingereist, nimmt die Beschäftigung aber erst im Januar 2020 auf, muss er seine Identität ebenfalls bis Ende Juni 2020 geklärt haben, um im Juli 2021 eine Beschäftigungsduldung erhalten zu können. Bis dahin kann er allerdings nach Klärung der Identität jederzeit abgeschoben werden.

Lösung

Die Abschiebung ist jedoch nicht zwingend, denn das geltende Recht hält andere Möglichkeiten bereit, die eine Überbrückung der Voraufenthalts- und Vorbeschäftigungszeiten nach § 60d Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG ermöglichen. Den Betroffenen würde damit Zeit gegeben, sich um die Passbeschaffung zu bemühen, ohne ihre Abschiebung befürchten zu müssen.

Nach dem baden-württembergischen Vorgriffserlass⁷ ist eine Ermessensduldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG zu erteilen, wenn die Identitätsklärung abgeschlossen ist und gleichzeitig alle weiteren Voraussetzungen der Beschäftigungsduldung vorliegen. Damit ist es den Ausländerbehörden möglich, während der Übergangsfrist Abschiebemaßnahmen einzuleiten, sobald der Pass vorgelegt wird und auch nur eine Voraussetzung der Beschäftigungsduldung nicht erfüllt ist. Gleiches gilt nach der bayerischen⁸ wie auch der schleswig-holsteinischen⁹ Erlasslage.

Es ist aber mit dem geltenden Recht unproblematisch möglich, eine Duldung aus humanitären Gründen auch dann zu erteilen, wenn absehbar ist, dass die Voraussetzungen der Beschäftigungsduldung voraussichtlich bis zum 30. Juni 2020 erfüllt sein werden. Die Duldung kann in diesem Fall mit der Zusicherung verbunden werden, dass bis zu deren Ablauf keine Abschiebung erfolgt, selbst wenn der Pass bereits zu einem früheren Zeitpunkt vorgelegt werden kann, vgl. etwa § 38 bwLVwVfG. Der Wortlaut des § 60 Abs. 2 S. 3 AufenthG steht dem nicht entgegen.

2. Geduldete, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, nach dem 1.8.2018 eingereist sind, keinen Pass haben und in einem erlaubten Beschäftigungsverhältnis stehen.

⁷ Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration des Landes Baden-Württemberg, Erteilung von Ermessensduldungen im Vorgriff auf die Beschäftigungsduldung, vom 27.3.2019.

⁸ Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Vollzug des Ausländerrechts; Erteilung einer Ermessensduldung im Vorfeld der künftigen Beschäftigungsduldung vom 4.3.2019.

⁹ Ministerium für Inneres, ländliche Räume und Integration, Erteilung von Ermessensduldungen im Vorgriff auf die künftige Beschäftigungsduldung gemäß § 60d AufenthG-neu, vom 31.7.2019.

Da § 60b AufenthG aufgrund der Ausübung der Beschäftigung bis zum 1. Juli 2020 keine Anwendung findet, wird diesen Personen in dieser Zeit keine „Duldung light“ erteilt. Eine aktuell gültige Duldung nach § 60 a Abs. 2 AufenthG darf folglich nicht heruntergestuft werden. Gleichwohl gilt § 60 Abs. 6 AufenthG und die Pflicht zur zumutbaren Mitwirkung an der Identitätsklärung bzw. Passbeschaffung. Ab dem 1. Juli 2020, d. h. mit Anwendung des § 60 b, konkretisiert sich diese Pflicht zu einer besonderen Passbeschaffungspflicht. Sobald Passpapiere vorgelegt werden, ist eine Abschiebung möglich.

Mögliche Regelungen innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens

Der Zugang zur Beschäftigungsduldung ist ausgeschlossen. Der weitere Aufenthalt kann nur durch einen Wechsel in ein Ausbildungsverhältnis gesichert werden.

Für Personen, die nach einer anerkannten Ausbildung bereits eine qualifizierte Beschäftigung ausüben, kommt das erleichterte Visumsverfahren in Betracht, § 18a Abs. 1. Abs. 3 AufenthG. Die Ausländerbehörde kann eine Vorabzustimmung für ein im Herkunftsland einzuholendes Visum – die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bleibt erforderlich, erfolgt aber ohne Vorrangprüfung (§ 6 Abs. 2 BeschV) – erteilen und so die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses ermöglichen.

Im Einzelfall kann eine Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG erteilt werden, die aber nicht dauerhaft vor einer Abschiebung schützt.

3. Geduldete, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, vor dem 1.8.2018 eingereist sind, über einen Pass verfügen und in einem erlaubten Beschäftigungsverhältnis stehen.

Diese Personen können jederzeit abgeschoben werden. In der Regel dürften bei Mitarbeiter*innen, die bereits längere Zeit beschäftigt sind, jedoch weitere Abschiebehindernisse vorliegen. Ist dies nicht der Fall, könnte sich eine ungleiche Bewertung ergeben, wenn diese Personen voraussichtlich in der Übergangszeit bis Mitte 2020 die Voraussetzungen für die Erteilung der Beschäftigungsduldung erfüllen werden.

Die Lösung liegt auch hier in der Erteilung einer humanitären Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG zur Überbrückung, wenn die Voraussetzungen für die Beschäftigungsduldung voraussichtlich bis zum 30. Juni 2020 erfüllt sein werden.

4. Geduldete, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, nach dem 1.8.2018 eingereist, über einen Pass verfügen und in einem erlaubten Beschäftigungsverhältnis stehen.

Dieser Personenkreis hat wegen des Zeitpunkts der Einreise keinen Zugang zur Beschäftigungsduldung.

Ihnen kann, sofern sie in ein Ausbildungsverhältnis wechseln, eine Ausbildungsduldung erteilt werden. Für Menschen, die aufgrund ihrer Ausbildung eine qualifizierte Beschäftigung ausüben, kommt ebenfalls die Durchführung eines erleichterten Visumsverfahrens in Betracht.

5. Geduldete aus einem sicheren Herkunftsstaat, die vor dem 1.8.2018 eingereist sind und Ende 2019 in einem erlaubten Beschäftigungsverhältnis stehen.

Aus der Praxis sind nur wenige Ausnahmefälle bekannt, in denen Geduldete aus einem sicheren Herkunftsland noch einer Beschäftigung nachgehen dürfen. Hintergrund ist die Regelung in § 60a Abs. 6 Nr. 3 AufenthG i.V.m. § 29a AsylG. Danach darf Unionsbürger*innen sowie Staatsangehörigen von Albanien, Bosnien und Herzegowina, Ghana, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Senegal und Serbien, die nach dem 31. August 2015 einen Asylantrag gestellt haben, der abgelehnt worden ist, die Erwerbstätigkeit nicht erlaubt werden. Das Beschäftigungsverbot gilt selbst in den Fällen, in denen eine Duldung aus humanitären Gründen erteilt worden ist.

Gehen Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten jedoch bereits erlaubterweise einer Beschäftigung nach, weil sie ihren Asylantrag vor dem 31. August 2015 gestellt haben, können sich weiterhin auf ihre Beschäftigungserlaubnis berufen: Der neue § 104 Abs. 6 AufenthG ordnet für diese Fälle die Fortgeltung des § 60a Abs. 6 AufenthG in der bis Ende 2019 geltenden Fassung an. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass bereits bestehende Erlaubnisse nicht nachträglich versagt werden können.¹⁰

Den Personen, die bereits 2019 in einem Beschäftigungsverhältnis gestanden haben, steht die Beschäftigungsduldung im gleichen Umfang offen wie Geduldeten aus anderen Herkunftsstaaten. Gleiches gilt für Geduldete, die bis Ende 2019 nach vierjährigem Aufenthalt eine Beschäftigungserlaubnis für jede Beschäftigung nach § 32 Abs. 2 Nr. 5 BeschV erhalten haben – selbst dann, wenn sie erst 2020 erstmals eine Beschäftigung aufnehmen. Damit sind auch sie zur Passbeschaffung bis Mitte 2020 verpflichtet. Dies birgt zumindest bei den Angehörigen der Balkanstaaten kaum Probleme, weil ihre Abschiebung auch ohne Pass durchgeführt werden kann (EU-Laissez-Passer). Im Übrigen gilt auch hier der Vorschlag, übergangsweise eine Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG zu erteilen, wenn die Erfüllung der Voraussetzungen der Beschäftigungsduldung absehbar ist.

¹⁰ BT-Drs. 19/8286, S. 19.

II. Fallgruppen für Asylsuchende

Inhaber*innen einer Aufenthaltsgestattung (§ 55 AsylG) kann nach Maßgabe des § 61 AsylG, § 32 Abs. 4 BeschV eine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden. Wird der Asylantrag abgelehnt, bietet die Ausübung einer Beschäftigung nicht ohne Weiteres Schutz vor der zwangsweisen Aufenthaltsbeendigung. Die Arbeitgeber*innen müssen befürchten, Mitarbeiter*innen wieder zu verlieren, die sie mit hohem Aufwand eingearbeitet haben - die Abschiebung verursacht für den Betrieb damit unter Umständen erheblichen wirtschaftlichen Schaden. Es ist daher geboten, diesen Menschen einen sicheren Übergang in die Beschäftigungsduldung zu ermöglichen - nicht zuletzt deshalb, da es sich hierbei oftmals um Personen handelt, deren Asylverfahren sich über vier Jahre hingezogen haben und die bereits mehrere Jahre in Beschäftigung sind.

1. Asylsuchende, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, vor dem 1.8.2018 eingereist, nicht über einen Pass verfügen und in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.

Nach Ablauf der Ausreisefrist kann jederzeit die Abschiebung erfolgen, § 58 Abs. 1 AufenthG. In vielen Fällen scheidet die zwangsweise Aufenthaltsbeendigung jedoch daran, dass weder Pass, noch Passersatz oder Laissez-Passer vorliegen. Bis zum Abschluss des Asylverfahrens besteht nach § 60b Abs. 2 S. 2 AufenthG zwar keine Verpflichtung zur Passbeschaffung). Um die Beschäftigungsduldung zu erhalten, muss aber die Identität geklärt sein.

Nach dem Ende des Asylverfahrens muss also zunächst eine Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG wegen eines tatsächlichen Abschiebehindernisses ausgestellt werden. Die Duldung darf erst dann mit dem Zusatz „Person mit ungeklärter Identität“ nach § 60b AufenthG versehen werden, wenn eine Person nach einem rechtlichen Hinweis über die konkret zu erfüllenden Mitwirkungspflichten (§ 60b Abs. 3 S. 2 AufenthG) entweder generell die Mitwirkung verweigert oder den Anforderungen nicht innerhalb der gesetzten Fristen nachkommt. Solange aber alle erforderlichen Mitwirkungshandlungen vorgenommen werden, bleibt es bei der Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG; damit wird auch die Beschäftigungserlaubnis verlängert.

Sobald der Pass vorgelegt wird, ist die Abschiebung möglich. Eine Beschäftigungsduldung kann in diesem Fall nur erteilt werden, wenn die Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG bereits seit mindestens 12 Monaten ausgestellt ist, d.h. wenn die Passbeschaffung besonders lange gedauert hat. Darüber hinaus kann die Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG verlängert werden, wenn andere Abschiebehindernisse vorliegen, etwa wenn das Asylverfahren eines Familienangehörigen noch nicht abgeschlossen ist, eine Erkrankung zu einem vorüberge-

henden Abschiebehindernis führt oder die Person als Zeugin in einem Strafverfahren auftreten soll.

Duldung aus humanitären Gründen

Die Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG wegen eines tatsächlichen Abschiebehindernisses wird für sechs Monate ausgestellt. Die Betroffenen werden über ihre Mitwirkungspflichten konkret belehrt und aufgefordert, bis zum Ablauf der Duldung einen Pass vorzulegen oder konkret nachzuweisen, warum die Bemühungen bislang nicht erfolgreich waren. Gleichzeitig erhalten sie die Zusage, dass bei Erfüllung der Pflichten die Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG aus humanitären Gründen verlängert wird, um den Übergang in die Beschäftigungsduldung zu ermöglichen. Wer die Mitwirkungspflichten nicht erfüllt, erhält nach Ablauf der ersten Duldung für sechs Monate nur noch eine Duldung nach § 60b AufenthG und unterliegt damit einem vollständigen Arbeitsverbot.

Ausbildungsduldung

Personen, die bis Ende 2016 in das Bundesgebiet eingereist sind und eine Ausbildung aufnehmen, haben bis zum 2.10.2020 einen Anspruch auf Erteilung der Ausbildungsduldung, solange noch keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen eingeleitet wurden. Dabei gilt die neue dreimonatige Wartefrist nach § 60c Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht, § 104 Abs. 17 AufenthG.

2. Asylsuchende, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, nach dem 1.8.2018 eingereist sind, nicht über einen Pass verfügen und in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.

Die Zahl derjenigen, die nach dem Stichtag eingereist sind, aber bei rechtskräftigem negativen Abschluss ihres Asylverfahrens bereits über einen längeren Zeitraum in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehen, wird im Laufe des kommenden Jahres zunehmen.

Der Weg in die Beschäftigungsduldung ist durch den Stichtag 1.8.2018 gesperrt. Nach negativer Beendigung des Asylverfahrens kann wiederum eine Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG wegen eines tatsächlichen Abschiebehindernisses erteilt werden. Werden die erforderlichen und zumutbaren Mitwirkungshandlungen nicht erbracht, wird lediglich die „Duldung light“ nach § 60b AufenthG mit einem Arbeitsverbot erteilt. Sobald aber die Passpapiere vorliegen, kann die Abschiebung erfolgen, wenn nicht sonstige Abschiebehindernisse oder besondere Gründe für eine humanitäre Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG vorliegen. Für diesen Personenkreis sind generelle Regelungen zur Sicherung ihres Aufenthalts und zur Aufrechterhaltung des Beschäftigungsverhältnisses weder gewollt noch möglich. Im Einzelfall sind folgende Auswege aus der prekären Lage denkbar.

Ausbildungsduldung

Nimmt die betroffene Person ein Ausbildungsverhältnis auf, bevor die Asylentscheidung rechtskräftig wird, wird nach § 60c Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Ausbildungsduldung erteilt. Auch die Aufnahme einer Assistenz- oder Helferausbildung genügt, wenn diese anschlussfähig an eine qualifizierte Ausbildung ist und sich auf Tätigkeiten bezieht, für die die Bundesagentur für Arbeit einen Engpass festgestellt hat. Die Betriebe verlieren hierdurch allerdings wertvolle Arbeitskräfte, insbesondere, wenn sie selbst keine entsprechenden Ausbildungen anbieten können.

Nach Eintritt der Rechtskraft der ablehnenden Asylentscheidung kann für drei Monate die Duldung zur Beschaffung der Passpapiere erteilt werden. Kann in diesem Zeitraum ein Ausbildungsvertrag abgeschlossen werden - dabei reicht es, wenn die Ausbildung bis zu sieben Monaten später beginnt, § 60c Abs. 3 AufenthG - besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Ausbildungsduldung. Allerdings dürfen keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen eingeleitet worden sein.

Aufenthaltserlaubnis

Der Übergang in Bleiberechtsaufenthaltserlaubnisse nach §§ 25a, 25b AufenthG scheidet regelmäßig an der kurzen Aufenthaltsdauer, es sei denn ein Mitglied der Kernfamilie lebt bereits wesentlich länger in Deutschland. Hier sei auf die nordrhein-westfälische Praxis verwiesen: Auf Erlass des Integrationsministers kann von der vollständigen Erfüllung der Aufenthaltsdauer abgesehen werden, wenn die betreffende Person besondere, über die Regelanforderungen hinausgehende Integrationsleistungen erbringt. Dazu zählen beispielsweise ehrenamtliches Engagement oder die Ausübung einer Beschäftigung seit mindestens einem Jahr.¹¹

Fachkräftezuwanderung

Für Personen mit einer Berufsausbildung und der entsprechenden Anerkennung kann eine Vorabzustimmung für ein im Herkunftsland einzuholendes Visum – die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit bleibt erforderlich, ohne Vorrangprüfung (§ 6 Abs. 2 BeschV – erteilt werden und so die Kontinuität des Arbeitsverhältnisses ermöglicht werden.

3. Asylsuchende, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, vor dem 1.8.2018 eingereist sind, über einen Pass verfügen und in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.

Ein Teil der Asylsuchenden ist mit einem Pass eingereist, gleich ob mit Visum, visumsfrei oder durch unerlaubten Grenzübertritt. Die Pässe sind für die Dauer des Verfahrens beim BAMF hinterlegt. Die Erteilung einer „Duldung light“ droht ihnen daher nicht. In Hinblick auf die Stichtagsregelung stünde ihnen auch der Weg in die Beschäftigungsduldung offen. Durch die Vorlage des Passes nach Einreise entsteht nun aber ein erheblicher Nachteil gegenüber Personen, die keine Passdokumente vorzuweisen haben. Sie können nach dem Abschluss des Asylverfahrens sofort abgeschoben werden, es sei denn es besteht ein anderweitiges Abschiebehindernis.

Das Erfordernis, seit mindestens 12 Monaten in Besitz einer Duldung zu sein (§ 60b Abs. 1 S. 2 AufenthG) stellt für diesen Personenkreis das größte Hindernis zur Erlangung einer Beschäftigungsduldung da. Im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben kann diese Hürde nur durch eine humanitäre Duldung nach § 60a Abs. 2 Satz 3 AufenthG überwunden werden, um damit dem besonderen Bedarf der Wirtschaft und dem Gemeinschaftsinteresse am Erhalt von dringend benötigten Arbeitskräften Rechnung zu tragen. Die Duldung könnte etwa davon abhängig gemacht werden, dass der Betrieb oder die Einrichtung den besonderen Bedarf, besondere Kenntnisse und Fähigkeiten oder die Qualifizierung durch Weiterbildungen oder betriebliche Maßnahmen bestätigt. Es bleibt also insoweit bei einer Einzelfallentscheidung, die jedoch die Bedürfnisse der regionalen Wirtschaft und den Bedarf im Gesundheits- und Pflegesektor berücksichtigt.

Als Alternative kommt auch hier der Übergang in eine Ausbildung in Betracht.

4. Asylsuchende, die nicht aus einem sicheren Herkunftsland stammen, nach dem 1.8.2018 eingereist sind, über einen Pass verfügen und in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.

Weil diesen Personen aufgrund der Stichtagsregelung für die Einreise generell der Zugang zur Beschäftigungsduldung versperrt ist, bleibt ihnen nur der Weg in die Ausbildungsduldung, der jedoch für die Arbeitgeber*innen nachteilig ist, wenn sie nicht selbst einen Ausbildungsplatz anbieten können. Die Ausbildung muss zwingend vor dem rechtskräftigen Ende des Asylverfahrens aufgenommen werden, um die Abschiebung zu vermeiden, § 60c Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

Personen, die über eine qualifizierte Ausbildung verfügen, können nach Maßgabe des Fachkräfteeinwanderungsgesetzes erneut einwandern.

¹¹ Ministerium für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen, Erlass zur Aufenthaltsgewährung bei gut integrierten Ausländern, Anwendungshinweise zu § 25b AufenthG, vom 25. März 2019, S. 3, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/Dokument/MMV17-1879>.

5. Asylsuchende, die aus einem sicheren Herkunftsland stammen und in einem Beschäftigungsverhältnis stehen.

Nach § 47 Abs. 1a AsylG sind Asylsuchende aus den „sicheren Herkunftsstaaten“ während des gesamten Asylverfahrens (und im Falle der Ablehnung des Asylantrages in bestimmten Fällen bis zur Ausreise) verpflichtet, in Aufnahmeeinrichtungen zu wohnen. § 61 Abs. 1 AsylG verbietet in diesen Fällen die Aufnahme einer Beschäftigung.

Eine Übergangsregelung für Personen, die bereit bei Inkrafttreten dieser Norm erlaubt einer Beschäftigung nachgegangen sind, existiert nicht. Lediglich Personen, die bereits seit mehr als sechs Monaten eine Duldung besitzen (zur Durchführung eines Eilverfahrens oder wenn der Aufenthalt während eines Hauptsacheverfahrens trotz vollziehbarer Ausreisepflicht aus anderen Gründen geduldet wird), kann eine Beschäftigung nach Ermessen erlaubt werden.

Der Aufenthalt und damit die Kontinuität des Beschäftigungsverhältnisses können in diesen Fällen ausschließlich im Rahmen des § 26 BeschV, nach Maßgabe des Fachkräftezuwanderungsgesetzes oder im Rahmen der sog. Westbalkanregelung ermöglicht werden.

Kann die betreffende Person bereits seit 24 Monaten ihren Lebensunterhalt durch eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung während eines laufenden Asylverfahrens sichern, kann die Ausländerbehörde eine Vorabzustimmung zur Visumserteilung durch ein deutsches Konsulat im Herkunftsstaat erteilen. Übt eine Person mit einer anerkannten beruflichen Ausbildung eine Beschäftigung aus, besteht ab 1.3.2020 die Möglichkeit eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18a AufenthG zu erteilen; für Personen mit einer anerkannten akademischen Ausbildung kommt die Aufenthaltserlaubnis nach § 18b AufenthG in Betracht. Die Ausländerbehörde kann – mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit – eine Vorabzustimmung für die Visumserteilung des deutschen Konsulats im Herkunftsland erteilen. Hat die beschäftigte Person ihre Ausbildung im Ausland absolviert und wurde diese nur teilweise anerkannt, kann sie ab dem 1.3.2020 eine Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke einer (betrieblichen) Anpassungsmaßnahme nach § 16d AufenthG erhalten. Die Ausländerbehörde kann – mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit – eine Vorabzustimmung für die Visumserteilung des deutschen Konsulats im Herkunftsland erteilen. Unabdingbare Voraussetzung hierzu ist allerdings eine angemessene Personalausstattung der deutschen Auslandsvertretungen.

Fazit

Mit dem neuen Rechtsinstitut der Beschäftigungsduldung ist zumindest ein erster, kleiner Schritt in die richtige Richtung gegangen, auch wenn die Beschäftigten damit weiterhin im Status der Ausreisepflicht gehalten werden. Erst nach der

30monatigen Duldungsfrist kommt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25b Abs. 6 AufenthG in Betracht.

Die Anforderungen an die Beschäftigungsduldung sind so konstruiert, dass sie nicht allen Beschäftigten den Weg in den gesicherten Aufenthalt ermöglichen, da in der Übergangsphase zwischen Passbeschaffung und Erfüllung der Voraufenthalts- und Vorbeschäftigungszeiten die Abschiebung jederzeit möglich ist. Eine angemessene Lösung sollte rechtstreues Verhalten jedoch honorieren und zugleich dem Interesse der Wirtschaft wie auch der öffentlichen Hand an der Sicherung der Fachkräfteausbildung Rechnung tragen. So wäre es denkbar, Arbeitnehmer*innen, die sich am Ende des Asylverfahrens bereits seit mindestens zwölf Monaten in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis (35 bzw. 20 Stunden) befinden, den Zugang zu einer Beschäftigungsduldung zu eröffnen, wenn sie alle erforderlichen und zumutbaren Mitwirkungshandlungen erbringen und die übrigen Voraussetzungen erfüllen können. Das Land Baden-Württemberg hatte bereits versucht, im Bundesrat eine solche Anrechnungsmöglichkeit für Zeiträume der Aufenthaltsgestattung im Rahmen des § 60b AufenthG zu erreichen. Eine solche Anrechnungsmöglichkeit würde 99% der Fälle lösen, in denen eine Beschäftigungsduldung nicht zustande kam oder kommt.

Auf Basis der geltenden Rechtslage bietet die humanitäre Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG einen Ausweg. Dies entspricht bereits der Erlasslage in Nordrhein-Westfalen.¹² Dabei können durchaus auch die Interessen eines regionalen Wirtschaftsraums berücksichtigt werden, da insofern erhebliche öffentliche Interessen berührt sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn das Beschäftigungsverhältnis unbefristet ist und Arbeitgeber*innen ein besonderes betriebliches Interesse an der Weiterbildung der betroffenen Person darlegen kann. Voraussetzung bleibt allerdings, dass kein Beschäftigungsverbot nach § 60a Abs. 6 AufenthG vorliegt (Täuschungshandlungen, Verweigerung der Mitwirkung). Wird ein Antrag auf Beschäftigungsduldung gestellt, sollten die Ausländerbehörden zumindest wohlwollend berücksichtigen, dass auch die Voraussetzungen der Duldung aus humanitären Gründen erfüllt sein können, sodass diese zur Überbrückung bis zur Erteilung einer Beschäftigungsduldung genutzt werden kann. Das Tatbestandsmerkmal „erhebliche öffentliche Interessen“ eröffnet insofern die Möglichkeit, die Belange der betroffenen Unternehmen zu berücksichtigen.

Im Dezember 2019 hat sich der baden-württembergische Koalitionsausschuss darauf verständigt, erneut eine Bundesratsinitiative zu starten, welche die Anrechnung der Aufenthaltszeiten im

¹² Ministerium für Kinder, Familie, Flüchtlinge und Integration des Landes Nordrhein-Westfalen, Beschäftigungsduldung nach dem künftigen § 60d AufenthG, vom 31.7.2019.

Asylverfahren für die Erteilung der Beschäftigungsduldung ermöglicht. Es ist zu hoffen, dass dieser Initiative baldiger Erfolg beschieden ist. Geboten ist nicht nur, § 60d Abs. 1 Nr. 2 AufenthG so auszugestalten, dass ein mindestens zwölfmonatiger gestatteter oder geduldeter Aufenthalt vorliegen muss. Darüber hinaus ist es wünschenswert, § 60d Abs. 1 Nr. 1 AufenthG dahin zu ändern, dass die Identität innerhalb eines verlängerten Zeitraums - etwa binnen eines Jahres nach Inkrafttreten der Neuregelung - geklärt sein muss. Auf diese Weise wird es möglich, alle Voraussetzungen für die Beschäftigungsduldung zu einem einheitlichen Zeitpunkt zu erfüllen, sodass die Übergangsfrist entfällt, in der Abschiebungen möglich sind. Da die „Duldung light“ (§ 60b AufenthG) gemäß § 105 Abs. 2 AufenthG erst ab dem 1.7.2020 auf geduldete Ausländer Anwendung findet und bei derzeit beschäftigten Inhaber*innen einer Duldung kein Beschäftigungsverbot nach § 60a Abs. 6 AufenthG vorliegt, ist diese Lösung auch integrationspolitisch angezeigt.

Bis zu einer Änderung der Rechtslage sollten die Ausländerbehörden bei Anträgen auf Erteilung der Beschäftigungsduldung übergangsweise die Ermessensduldung erteilen. Darüber hinaus eröffnet § 38 LVwVfG die Möglichkeit, über eine Zusicherung der Ausländerbehörde, bei Erfüllung der Voraussetzungen auch eine Beschäftigungsduldung zu erteilen, den Unternehmen bereits im Vorfeld Rechts- und Planungssicherheit zu geben. Für Streitige Fragen könnten die Landesregierungen eine Clearingstelle einrichten, der neben Vertreter*innen des Innen-, Sozial- und Integrations- sowie Wirtschaftsministeriums auch solche aus Wirtschaftsverbänden und besonders sachkundige Einzelpersonlichkeiten angehören sollten.