

Themenschwerpunkt Integration in den Arbeitsmarkt

In Ergänzung zu der neu erschienenen Publikation »Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktzugangs von Geflüchteten« befasst sich ein Themenschwerpunkt in dieser und der kommenden Ausgabe des Asylmagazins mit weiteren Fragen des Zugangs zur Beschäftigung. Den Auftakt bildet der nachfolgende Beitrag, der die Situation von geduldeten Personen in den Mittelpunkt stellt.

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Barbara Weiser, Osnabrück*

Was tun bei Arbeitsverboten für Geduldete?

Rechtliche Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktzugangs für Personen mit einer Duldung

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Voraussetzungen für ein Arbeitsverbot
 - 1. Die Regelungen im Aufenthalts- und Asylgesetz
 - 2. Möglichkeit und Zumutbarkeit der einzelnen Mitwirkungshandlungen
 - 3. Kausalität
 - 4. Behördliche Hinweispflicht
 - 5. Glaubhaftmachung, Darlegungs- und Beweislast
- III. Behördliche Ermessensentscheidung
- IV. Verfahrensfragen
- V. Fazit

I. Einleitung

Mit der Einführung der »Duldung für Personen mit ungeklärter Identität« (§ 60b AufenthG) im Sommer 2019 hat die Gesetzgebung eine große Gruppe geduldeter Personen vom Zugang zum Arbeitsmarkt ausgeschlossen. Seitdem sind Anwält*innen ebenso wie Beratungsstellen in verstärktem Maße mit der Frage konfrontiert, ob die verhängten Arbeitsverbote rechtmäßig sind. In jüngster Zeit betrifft dies in besonderer Weise Klient*innen aus Afghanistan, bei denen zu prüfen ist, ob die seit der Machtübernahme der Taliban eingetretene Situation Auswirkungen auf ihren Aufenthaltsstatus und ihren Arbeitsmarktzugang hat.

Besonders befasst mit diesen Fragen sind auch die rund 300 Teilprojekte, die mit Förderung durch die ESF-Integrationsrichtlinie Bund im Handlungsschwerpunkt

»Integration von Asylbewerberinnen, Asylbewerbern und Flüchtlingen« (IvAF) Beratung zur Integration in Arbeit, Ausbildung oder zur (Wieder-)Aufnahme einer Schulausbildung anbieten.¹ Ratsuchende aus Afghanistan berichten jetzt, dass die von der Ausländerbehörde verlangte Beschaffung einer Tazkira oder eines Reisepasses nicht mehr möglich sei, weil die afghanische Botschaft keine Pässe mehr ausstelle bzw. die Familienmitglieder in Afghanistan gegenwärtig überhaupt keine Möglichkeiten hätten, sie bei der Beschaffung von Dokumenten zu unterstützen.² Diese Situation kann unmittelbare Auswirkungen für den Arbeitsmarktzugang haben und ist auch darüber hinaus von zentraler Bedeutung, weil die verschiedenen Möglichkeiten der Aufenthaltssicherung – die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung ebenso wie die Bleiberechtsregelungen (§§ 25a, 25b AufenthG) – vielfach die Ausübung einer Beschäftigung voraussetzen.

Daher soll in diesem Beitrag auf die rechtlichen Rahmenbedingungen von Arbeitsverboten eingegangen werden. Zunächst werden die Voraussetzungen für die Auflegung von Arbeitsverboten vor allem wegen fehlender Mitwirkung bei der Passbeschaffung (§ 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG) dargestellt. Häufig führt die Verletzung dieser Mitwirkungspflichten zur Ausstellung einer Duldung für Personen mit ungeklärter Identität nach § 60b AufenthG (vgl. II). Erörtert werden in diesem Zusammenhang vor allem die Zumutbarkeit von Mitwirkungshandlungen, die Fragen der Kausalität zwischen der unterlassenen Mit-

* Dr. Barbara Weiser ist als Juristin beim Caritasverband für die Diözese Osnabrück e. V. tätig.

¹ Vgl. »ESF-Integrationsrichtlinie Bund« vom 21.10.2014, abrufbar bei www.esf.de unter »ESF 2014–2020/ESF-Förderprogramme«.

² Siehe hierzu auch Hinweise und Musterschreiben zur Unmöglichkeit der Passbeschaffung afghanischer Staatsangehöriger, abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen/Arbeitshilfen zum Aufenthaltsrecht«.

wirkung und der Unmöglichkeit der Abschiebung, die Hinweispflicht der Ausländerbehörden und die Glaubhaftmachung der Mitwirkung. Sodann wird auf die Frage eingegangen, ob und inwieweit die fehlende Mitwirkung oder nicht geklärte Identität bei der Ermessensentscheidung über die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis für Geduldete berücksichtigt werden dürfen (vgl. III). Schließlich werden einige Verfahrensfragen hinsichtlich des Vorgehens bei einem Arbeitsverbot bzw. bei einer Duldung für Personen mit ungeklärter Identität aufgegriffen (vgl. IV).

Der Beitrag beschränkt sich damit auf die Prüfungen, die die Ausländerbehörde bei der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis für Geduldete vornimmt und legt den Schwerpunkt auf das Thema »Mitwirkungspflichten«. Auf andere Aspekte des Verfahrens bei der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis (wie die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit) sowie auf Frage des Arbeitsmarktzugangs von Asylsuchenden mit einer Aufenthaltsgestattung kann hier nicht eingegangen werden.³

II. Voraussetzungen für ein Arbeitsverbot

1. Die Regelungen im Aufenthalts- und Asylgesetz

Personen mit einer Duldung dürfen nicht arbeiten, wenn ein temporäres oder ein permanentes Arbeitsverbot vorliegt.

Ein *temporäres Arbeitsverbot* besteht bei Geduldeten, die in einer Erstaufnahmeeinrichtung wohnen, wenn sie noch nicht seit sechs Monaten eine Duldung nach § 60a AufenthG besitzen (§ 61 Abs. 1 S. 1 i. V. m. S. 2 Hs. 2 AsylG). Ansonsten dürfen Personen mit einer Duldung nicht arbeiten,⁴ wenn sie sich noch nicht seit drei Monaten gestattet, erlaubt oder geduldet im Inland aufhalten (§ 32 Abs. 1 BeschV).

Ein *permanentes Arbeitsverbot* besteht erstens⁵ nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 3 AufenthG für Personen mit einer Duldung, die Staatsangehörige eines sogenannten sicheren Herkunftsstaates – gegenwärtig die Westbalkansta-

ten, Ghana und Senegal (Anlage II zu § 29a AsylG) – sind und auf die eine der folgenden Voraussetzungen zutrifft:

- ein nach dem 31. August 2015 gestellter Asylantrag wurde abgelehnt,
- ein nach dem 31. August 2015 gestellter Asylantrag wurde zurückgenommen,
- es wurde kein Asylantrag gestellt.

Es besteht allerdings kein Arbeitsverbot, wenn der Asylantrag auf Grund einer Beratung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zurückgenommen wurde oder wenn die Rücknahme oder der Verzicht auf das Stellen eines Asylantrags bei unbegleiteten Minderjährigen im Interesse des Kindeswohls erfolgte (§ 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 3 und S. 3 AufenthG).

Zweitens wird eine Beschäftigungserlaubnis dann nicht erteilt, wenn Personen mit einer Duldung aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht abgeschoben werden können, weil sie z. B. eine falsche Identität oder Staatsangehörigkeit angegeben haben oder ihren Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen sind. Wenn dies der Fall ist, liegen fast immer auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Duldung für Personen mit ungeklärter Identität nach § 60b AufenthG vor (sogenannte Duldung light).⁶ Personen, bei denen dieser durch das Migrationspaket 2019 eingeführte Zusatz in ihre Duldung eingetragen wurde,⁷ unterliegen einem Arbeitsverbot (§ 60b Abs. 5 S. 2 AufenthG):⁸

Eine Duldung nach § 60b AufenthG wird erteilt, wenn eine Person aus selbst zu vertretenden Gründen nicht abgeschoben werden kann wegen

- eigener Täuschung über die Identität oder Staatsangehörigkeit oder eigener falscher Angaben oder
- fehlender Vornahme zumutbarer Handlungen zur Erfüllung der besonderen Passbeschaffungspflicht.

Unerheblich ist dabei, ob eine freiwillige Ausreise möglich ist.⁹

³ Vgl. hierzu Broschüre »Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktzugangs von Geflüchteten«, überarbeitete 4. Auflage Juli 2021, abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen/Unsere Arbeitshilfen«, S. 37 ff. und S. 10 ff.; in Teil II des Themenschwerpunkts zum Arbeitsmarktzugang wird voraussichtlich im Asylmagazin 1–2/2022 ein Beitrag zur Beschäftigungsbedingungsprüfung durch die Bundesagentur veröffentlicht.

⁴ Eine Berufsausbildung sowie andere Beschäftigungen, bei denen die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung der Beschäftigungserlaubnis nicht zustimmen muss, können aber ohne Wartezeit erlaubt werden (§ 32 Abs. 2 BeschV).

⁵ Zudem besteht ein Arbeitsverbot für Geduldete, die wegen des Bezugs von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz eingereist sind (§ 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 AufenthG), was aber in der Praxis keine Rolle spielt.

⁶ Nur wenn eine Person aus anderen selbst zu vertretenden Gründen nicht abgeschoben werden kann, könnten im Ausnahmefall die Voraussetzungen für ein Arbeitsverbot nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG vorliegen, ohne dass die Erteilung einer Duldung nach § 60b AufenthG möglich ist.

⁷ § 60b AufenthG regelt nicht die Duldungserteilung selbst, sondern bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine Bescheinigung über die Duldung nach § 60a Abs. 4 AufenthG mit dem Zusatz »für Personen mit ungeklärter Identität« auszustellen ist (§ 60b Abs. 1 S. 2 AufenthG).

⁸ Zur Frage, welche Folgen die Erteilung einer Duldung nach § 60b AufenthG auf eine bestehende Beschäftigungserlaubnis hat, vgl. IV.

⁹ Vgl. den unterschiedlichen Wortlaut in § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG (entspricht den Vorgängerregelungen in § 33 BeschV und zuvor in § 11 BeschVerfV »keine Vollziehung aufenthaltsbeendender Maßnahmen«) und § 25 Abs. 5 S. 3 AufenthG (»unverschuldet an der Ausreise gehindert«); vgl. auch OVG Niedersachsen, Beschluss vom 8.11.2005 – 12 ME 397/05 – (asyl.net, M7732); VG Braunschweig, Be-

Ratsuchende berichten häufig über Auskünfte von Behörden, wonach sie nicht arbeiten dürften, weil sie keinen Pass vorgelegt hätten oder ihre Identität nicht geklärt sei. In dieser Pauschalität sind derartige Aussagen aber unzutreffend: Die Gesetzgebung hat mit dem § 60b AufenthG vielmehr eindeutig geregelt, dass die Arbeitsverbote nur an die fehlende Mitwirkungshandlung und nicht an deren ausgebliebenen Erfolg anknüpfen.¹⁰ Schon die Bezeichnung »Duldung für Personen mit ungeklärter Identität« ist daher irreführend und trägt sicherlich zu dem hier beschriebenen Missverständnis entscheidend bei. Gerade deswegen ist es aber wichtig, sich die Voraussetzungen des § 60b AufenthG genau vor Augen zu führen.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die genannte besondere Passbeschaffungspflicht insbesondere dann nicht besteht, wenn ein Asylantrag noch nicht rechtskräftig abgelehnt wurde.¹¹ Dementsprechend sind Personen immer dann nicht mitwirkungspflichtig, solange noch eine Asylklage bei Gericht anhängig ist. Dies gilt auch, wenn ihr Asylantrag vom BAMF als offensichtlich unbegründet oder als unzulässig abgelehnt wurde und ein möglicher Eilantrag erfolglos blieb oder nicht gestellt wurde, bis zu dem Zeitpunkt, an dem das Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren über die Asylklage entschieden hat.¹² Denkbar (wenn auch durch die Rechtsprechung nicht abschließend geklärt) ist auch, dass Personen, die einen Asylfolgeantrag gestellt haben, nicht mitwirkungspflichtig sind, selbst wenn der Antrag als unzulässig abgewiesen wurde – jedenfalls so lange, wie eine mögliche Klage gegen die Ablehnung des Folgeantrags noch anhängig ist.¹³

Gesetzlich wurde in § 60b Abs. 3 AufenthG umfassend festgelegt, welche Mitwirkungshandlungen »regelmäßig zumutbar« sein sollen, wobei diese Aufzählung nicht abschließend ist:¹⁴

- Angabe aller Tatsachen zur Feststellung der Person der Passbeantragenden
- Erbringung der entsprechenden Nachweise

- Abnahme von Fingerabdrücken, Aufnahme von Fotos, Durchführung von Messungen (erkennungsdienstliche Maßnahmen)
- Persönliche Vorsprache bei den Behörden des Herkunftsstaates
- Teilnahme an Anhörungen
- Abgabe von Erklärungen sowie Vornahme von Handlungen, die der Rechts- und Verwaltungspraxis des Herkunftsstaates entsprechen, soweit dies nicht unzumutbar ist
- Abgabe der Erklärung, freiwillig auszureisen
- Abgabe der Erklärung, die Wehrpflicht zu erfüllen, sofern das nicht unzumutbar ist, und anderen zumutbaren staatsbürgerlichen Pflichten nachzukommen
- Zahlung der allgemein festgelegten Gebühren, sofern es nicht unzumutbar ist.

Zudem sind Betroffene verpflichtet, diese Handlungen erneut vorzunehmen, wenn wegen einer Änderung der Sach- und Rechtslage mit der Ausstellung des Passes oder Passersatzes mit hinreichender Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann und die Ausländerbehörde sie dazu auffordert (§ 60b Abs. 3 S. 1 Nr. 6 AufenthG). Nicht erbrachte Mitwirkungshandlungen können jederzeit nachgeholt werden; dann muss eine Duldung ohne den Zusatz »für Personen mit ungeklärter Identität« ausgestellt werden (§ 60b Abs. 4 AufenthG).

Die Regelungen zur Duldung nach § 60b AufenthG und zu dem vergleichbar formulierten Arbeitsverbot in § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG führen zu verschiedenen Fragen, die durch die Rechtsprechung, das Bundesinnenministerium (BMI) und die Bundesländer zum Teil unterschiedlich beantwortet werden. Diese betreffen vor allem die Möglichkeit und Zumutbarkeit der einzelnen Mitwirkungshandlungen, das Erfordernis der Kausalität, die Hinweispflicht der Ausländerbehörden sowie die Darlegungs- und Beweispflicht. In den folgenden Abschnitten werden diese Fragen mit Blick auf die vorliegenden BMI-Anwendungshinweise und Ländererlasse sowie auf aktuelle Rechtsprechung¹⁵ diskutiert.

Das BMI hat am 14. April 2020 Anwendungshinweise zu § 60b AufenthG herausgegeben.¹⁶ Wenn die Bundesländer Bundesgesetze – wie das Aufenthaltsgesetz – als eigene Angelegenheit ausführen, kann die Bundesregierung allgemeine Verwaltungsvorschriften nur mit Zustimmung des Bundesrats erlassen (Art. 83 und 84 Abs. 2 GG). Da die Anwendungshinweise des BMI ohne Zustimmung des Bundesrats ergangen sind, werden sie nur verbindlich, soweit einzelne Länder sie übernehmen und für verbindlich erklären. Dies haben Nordrhein-Westfa-

schluss vom 6.4.2005 – 6 B 113/05 – (asyl.net, M6448); Leineweber, »Die Beschäftigung von geduldeten Ausländern seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes«, InfAuslR 7–8/2005, S. 302 ff. (303).

¹⁰ So auch das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.4.2020 (asyl.net M28354), Nr. 4.7; siehe auch Fachinfo des Paritätischen vom 20.5.2020 zu den BMI-Anwendungshinweisen auf www.der-paritaetische.de/alle-meldungen (Suche mit »Anwendungshinweise«).

¹¹ Zu den anderen Fallgruppen vgl. § 60b Abs. 2 S. 2 AufenthG.

¹² OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 3.3.2021 – 3 S 120/20 – asyl.net: M29442.

¹³ Das OVG Niedersachsen hat diese Fragen in seinem Beschluss vom 8.7.2021 – 13 ME 246/21 – asyl.net: M30143 offengelassen.

¹⁴ VG Minden, Beschluss vom 13.1.2020 – 7 L 1317/19 – Asylmagazin 4/2020, S. 134 ff., asyl.net: M28140.

¹⁵ Vgl. auch die Übersicht des IvAF-Projekts Netzwerk Integration zu Gerichtsentscheidungen zu Mitwirkungspflichten, Rechtliche Informationen – netwin 3 (esf-netwin.de).

¹⁶ A. a. O. (Fn. 10).

len, Rheinland-Pfalz und Thüringen¹⁷ explizit mit spezifischen Ergänzungen getan.¹⁸ Davon unabhängig gibt es zu einzelnen Fragen in den verschiedenen Bundesländern Erlasse oder andere Verwaltungsvorschriften.

2. Möglichkeit und Zumutbarkeit der einzelnen Mitwirkungshandlungen

Ist die geforderte Mitwirkungshandlung unzumutbar, objektiv unmöglich oder verspricht sie von vornherein keinen Erfolg, so kann ihre Durchführung nicht verlangt werden und eine Verweigerung ihrer Erfüllung keine rechtlichen Folgen haben.¹⁹

Zumutbarkeit

Es ist nur in Ausnahmefällen unzumutbar, sich um die Ausstellung eines Nationalpasses zu bemühen, wobei die einen Ausnahmefall begründenden Umstände dargelegt und nachgewiesen werden müssen. Eine Unzumutbarkeit liegt etwa vor, wenn

- durch Nachfragen der Betroffenen in ihrem Herkunftsland Familienangehörige in akute Lebensgefahr gebracht werden,
- mit den erforderlichen Handlungen so erhebliche Kosten verbunden wären, dass sie von den Betroffenen nicht aufgebracht werden können oder
- sie gesundheitlich nicht in der Lage sind, die erforderlichen Handlungen durchzuführen.²⁰

Gesetzlich ist jetzt in § 60b Abs. 3 Nr. 3 AufenthG normiert, dass es regelmäßig zumutbar ist, gegenüber den Behörden des Herkunftsstaates zu erklären, freiwillig ausrei-

sen zu wollen (sogenannte Freiwilligkeitserklärung), wie sie etwa die iranische Botschaft verlangt. Auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²¹ ist die Abgabe einer solchen Erklärung grundsätzlich nicht unzumutbar. Es sind aber Zweifel angebracht, ob diese regelmäßige Annahme der Zumutbarkeit im Einklang mit den Grundrechten steht. So ist die Norm nach Auffassung des Landessozialgerichts Niedersachsen-Bremen²² zumindest im Bereich des Asylbewerberleistungsgesetzes nicht zu berücksichtigen. Das Gericht ist der Auffassung, dass die Forderung einer (wahrheitswidrigen) Freiwilligkeitserklärung nicht mit Verfassungsrecht im Einklang steht, weil sie von der antragstellenden Person, die nicht ausreisen will, ein Verhalten verlangt, dass ihre Intimsphäre als unantastbaren Kernbereich des Persönlichkeitsrechts des Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG berührt. Auch das AG Dillingen²³ hält es für nicht zumutbar, falsche Angaben zur Freiwilligkeit der Rückkehr zu machen.²⁴ Vor dem Hintergrund der durch die Rechtsprechung geäußerten erheblichen Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 60b Abs. 3 Nr. 3 AufenthG ist diese Norm einschränkend auszulegen. Entgegen der gesetzlichen Vermutung, wonach die Freiwilligkeitserklärung regelmäßig zumutbar ist, sollte die Zumutbarkeit im Einzelfall geprüft werden, um eine verfassungskonforme Anwendung sicherzustellen.

Von einer Unzumutbarkeit der Vorsprache bei der Auslandsvertretung ist auszugehen, wenn belastbare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass den Antragstellenden im Rahmen der Passbeantragung Gefahren drohen.²⁵ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es zumutbar ist, ein Passfoto mit Kopfbedeckung aufnehmen zu lassen, wenn dies vom Herkunftsstaat verlangt wird. Hierzu hat der VGH Bayern entschieden,²⁶ dass die verfassungsrechtlich geschützte Glaubensfreiheit dadurch

¹⁷ Integrationsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 4.8.2020, asyl.net: M28700; Rheinland-Pfalz, Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion, Schreiben vom 7.5.2020, abrufbar bei ibs-thueringen.de (Fn. 18); Thüringen: Ergänzungen für den Freistaat Thüringen (jeweils in rot und durch Kursivschrift kenntlich gemacht) zu den BMI-Anwendungshinweisen mit Stand vom 23.7.2021, asyl.net: M29892.

¹⁸ Eine Übersicht über Erlasse zu verschiedenen Themen bietet das IvAF-Projekt Bleib dran, Erlasslage Ausländerrecht, abrufbar bei www.ibs-thueringen.de unter »Projekte/IvAF Netzwerk BLEIBdran/Infomaterial/Erlasslage Ausländerrecht«.

¹⁹ VGH Bayern, Beschluss vom 28.4.2011 – 19 ZB 11.875 – zu § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 5.8.2014 – OVG 7 M 19.14 –, wonach von vornherein erkennbar aussichtslose Handlungen unzumutbar sind; so auch VG Minden, Beschluss vom 13.1.2020 – 7 L 1317/19 – Asylmagazin 4/2020, S. 134 ff., asyl.net: M28140 zu § 60b AufenthG.

²⁰ OVG Niedersachsen, Urteil vom 25.3.2014 – Az. 2 LB 337/12 – zu § 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthV im Kontext Reiseausweises für Ausländer; weitere Informationen hierzu sind zu finden im Asylmagazin 1/2018, Themenschwerpunkt »Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung«, Beitrag von Kerstin Becker und Nadja Saborowski: Die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung, S. 16 ff.

²¹ BVerwG, Urteil vom 10.11.2009 – 1 C 19.08 – Rn. 14 zu § 25 Abs. 5 AufenthG und § 104a AufenthG, Asylmagazin 4/2010, S. 134 f., asyl.net: M16642.

²² Beschluss vom 16.1.2020 – L 8 AY 22 /19 B ER, asyl.net: M27996 zu § 1a Abs. 3 AsylbLG m. w. N..

²³ Urteil vom 16.1.2020 – 302 CS 304 – JS 125176/19 zu Iran § 95 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG m. w. N..

²⁴ Zu weiteren Einzelheiten zu den konträren Auffassungen der Verwaltungs- und der Sozialgerichtsbarkeit hierzu siehe Asylmagazin 1/2018 Themenschwerpunkt »Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung« mit dem Beitrag von Kerstin Becker und Nadja Saborowski: Die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung, S. 16 ff. (20).

²⁵ VG Hannover, Urteil vom 20.5.2020 – Az. 12 A 2452/19 zu § 5 Abs. 2 AufenthV und auch VG Wiesbaden, Urteil vom 8.6.2020 – 4 K 2002/19.WI – zu § 5 Abs. 2 AufenthV (jeweils zur Ausstellung eines Reiseausweises für Ausländer für einen subsidiär Schutzberechtigten aus Eritrea); allgemein zur Unzumutbarkeit von Handlungen zur Passbeschaffung von eritreischen Staatsangehörigen, siehe Anmerkung von Corinna Ujkasevic zu OVG Niedersachsen, Urteil vom 18.3.2021 – 8 LB 97/20 – Asylmagazin 9/2021, S. 349 f., asyl.net: M29586.

²⁶ VGH Bayern, Beschluss vom 23.3.2000 – 24 CS 00.12 – (asyl.net) zu § 70 Abs. 4 S. 1 und 2 AuslG (Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung).

nicht berührt sei, weil das Tragen eines Kopftuchs weder in Deutschland noch im Iran ausschließlich religiöse Bedeutung habe. Ein Verstoß gegen die Menschenwürde, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und den Gleichheitssatz liege nicht vor, weil die Verpflichtung, für den kurzen Moment der Fotoaufnahme das Kopftuch anzulegen, keine Bekleidungsvorschrift für das Leben in Deutschland sei. Die Einschaltung von Familienmitgliedern,²⁷ sonstigen Mittelspersonen sowie von Rechtsanwält*innen im Herkunftsland wird für grundsätzlich zumutbar gehalten. Bei nicht ausreichenden finanziellen Mitteln zur Kontaktaufnahme mit diesen Personen bestehe die Verpflichtung, eine entsprechende sozialrechtliche Finanzierung zu organisieren.²⁸

Übernahme von Kosten der Passbeschaffung

- Für Beziehende von Grundleistungen nach § 3 AsylbLG kommt eine Kostenübernahme nach § 6 AsylbLG in Betracht.
- Bei Personen, die Analogleistungen nach § 2 AsylbLG beziehen, können Kosten nach § 37 SGB XII (als Darlehen) oder im Ausnahmefall nach § 73 SGB XII übernommen werden.²⁹
- Nach einem Beschluss des SG Dresden vom November 2020 kommt eine Kostenübernahme auch bei gekürzten Leistungen nach § 1a AsylbLG infrage.³⁰

Unmöglichkeit

Die afghanischen Auslandsvertretungen weisen gegenwärtig darauf hin, dass die Ausstellung von Pässen ausgesetzt worden sei. Auch das Online-System zur Beantragung einer Tazkira stehe zur Zeit nicht zur Verfügung.³¹ Nach derzeit vorliegenden Informationen ist die Passbeschaffung für afghanische Staatsangehörige demnach

zur Zeit unmöglich. Auch wenn vereinzelt Pässe ausgestellt werden sollten oder künftig ausgestellt werden, ist es jedenfalls unzumutbar, sich für die Passbeschaffung an von den Taliban kontrollierte Stellen zu wenden. Zudem ist unklar, ob Dokumente, die von der Talibanregierung ausgestellt werden, überhaupt von deutschen Behörden anerkannt werden.

3. Kausalität

Beim Arbeitsverbot nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG und bei der Duldung nach § 60b AufenthG stellt sich die Frage, ob die unterbliebene Mitwirkung oder die falschen Angaben bzw. die Täuschung über Identität oder Staatsangehörigkeit zum Zeitpunkt der Entscheidung die einzige Ursache für die Unmöglichkeit der Abschiebung sein müssen.

Nach den Anwendungshinweisen des BMI³² genügt für die Ausstellung der Duldung »für Personen mit ungeklärter Identität« grundsätzlich, dass ein dafür ausreichender Grund gegeben ist. Auf andere Duldungsgründe komme es dann grundsätzlich nicht mehr an. Damit geht das BMI davon aus, dass eine Duldung nach § 60b AufenthG bereits dann zu erteilen ist, wenn die unterbliebene Mitwirkung etc. einer von mehreren Gründen für das Unterbleiben einer Abschiebung ist.

Demgegenüber haben verschiedene Bundesländer (Berlin,³³ Nordrhein-Westfalen,³⁴ Niedersachsen,³⁵ Rheinland-Pfalz,³⁶ Schleswig-Holstein³⁷ und Thüringen³⁸) in ihren Verwaltungsvorschriften vorgegeben, dass ein Arbeitsverbot nach §§ 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG sowie eine Duldung nach § 60b AufenthG voraussetzen, dass das Verhalten der Geduldeten die *alleinige* Ursache dafür ist, dass eine Abschiebung nicht erfolgen kann. Ist sie schon aus anderen Gründen, z. B. wegen dauerhafter Reiseunfähigkeit aus Krankheitsgründen oder tatsächlich fehlender Flugverbindungen nicht möglich, finden die genannten Vorschriften keine Anwendung.

In der zu dieser Frage ergangenen Rechtsprechung wird, soweit ersichtlich, ganz überwiegend ebenfalls die Auffassung vertreten, dass das Verhalten der Betroffenen

²⁷ ObLG Bayern, Beschluss vom 7.11.2000 – 3 Zbr 335/00 – zu § 57 Abs. 3 S. 2 AuslG im Kontext von Abschiebungshaft; a. A. Möller in Hofmann, Nomos Kommentar Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 48 AufenthG, Rn. 31.

²⁸ VG Minden, Beschluss vom 13.01.2020 – 7 L 1317/19 – Asylmagazin 4/2020, S. 134 ff. – asyl.net: M28140, Rn. 52, zu weiteren Einzelheiten zur Unzumutbarkeit einzelner Mitwirkungshandlungen a. a. O. (Fn. 2), S. 50 ff.

²⁹ Zu den Einzelheiten vgl. GGUA, Arbeitshilfe – Übernahme der Kosten bei Passbeschaffung, Stand Juli 2021, S. 4 ff., abrufbar bei asyl.net unter »Publikationen/Arbeitshilfen zum Sozialrecht«.

³⁰ SG Dresden, Beschluss vom 25.11.2020 – S 3 AY 79/20 ER.

³¹ Hinweis auf der Internetseite des Afghanischen Generalkonsulats München: »Information on the provision of consular services«, abrufbar bei www.munich.mfa.af unter »Consular Affairs« (Zugriff 19.11.2021).

³² BMI, Anwendungshinweise zu § 60b AufenthG, Nr. 1.9, a. a. O. (Fn. 10).

³³ Verfahrenshinweise zum Aufenthalt in Berlin (VAB), Stand: 27.9.2021, S. 454, siehe asyl.net unter »Recht/Gesetzestexte/Weisungen«.

³⁴ Integrationsministerium Nordrhein-Westfalen, Anlage zum Erlass vom 4.8.2020, a. a. O. (Fn. 17), Nr. 1.9.

³⁵ Siehe niedersachsen.de unter »Niedersächsische Erlasse, Nds. Ministerium für Inneres und Sport«.

³⁶ Rheinland-Pfalz, Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion, Schreiben vom 7.5.2020, a. a. O. (Fn. 17).

³⁷ Integrationsministerium Schleswig-Holstein, Schreiben vom 19.11.2020, abrufbar bei ibs-thueringen.de, a. a. O. (Fn. 18).

³⁸ Ergänzungen Thüringen zu den BMI-Anwendungshinweisen, a. a. O. (Fn. 17), Nr. 1.9, S. 4.

die alleinige Ursache für das Unterbleiben der Abschiebung sein muss.³⁹ Wenn die Ausländerbehörde selbst die Möglichkeit hatte, Passersatzpapiere zu beschaffen, weil die Identität geklärt ist, ist die fehlende Mitwirkung ebenfalls nicht die einzige Ursache.⁴⁰ Gründe, die den Vollzug der Abschiebung ausschließlich in der Vergangenheit verzögert oder behindert haben, sind unbeachtlich.⁴¹

4. Behördliche Hinweispflicht

Die Ausländerbehörde muss auf die Mitwirkungspflichten hinweisen (§ 60b Abs. 3 S. 2 AufenthG). Es stellt sich allerdings die Frage, wie konkret die behördlichen Hinweise sein müssen. Nach den Anwendungshinweisen des BMI⁴² ist es zumutbar, sich beim eigenen Herkunftsstaat selbst zu erkundigen, unter welchen Voraussetzungen die erforderlichen Dokumente durch die jeweilige Auslandsvertretung ausgestellt werden. Ein in allgemeiner Form gegebener Hinweis, dass die Betroffenen sich selbst in zumutbarer Weise bei ihrem Herkunftsstaat um einen Pass oder Passersatz zu bemühen haben, reiche daher aus.

Demgegenüber ist nach den Verwaltungsvorschriften in Nordrhein-Westfalen⁴³ im Rahmen einer Anhörung von der Ausländerbehörde konkret darzulegen, *welche zumutbare Handlung* zur

Erfüllung der besonderen Passbeschaffungspflicht nach dem aktuellen Stand unterlassen wurde. Für die Betroffenen muss erkennbar sein, von welchen ganz konkreten Handlungspflichten die Ausländerbehörde ausgeht. Auch nach den Erlassen in Sachsen⁴⁴ und Thüringen⁴⁵ ist es vollziehbar Ausreisepflichtigen zwar regelmäßig zumutbar, sich selbstständig bei der Auslandsvertretung darüber zu informieren, welche Schritte sie für die Erlangung entsprechender Dokumente vorzunehmen haben. Die Ausländerbehörde muss ihnen aber mitteilen, in welchem Umfang sie zur Vornahme von Handlungen verpflichtet sind, damit für sie hinreichend erkennbar ist, *welche konkreten Schritte* sie zu unternehmen haben. Wenn die Ausländerbehörde beabsichtigt, aus der mangelnden Mitwirkung bei der Pass(-ersatzpapier)beschaffung negative aufenthaltsrechtliche Folgen zu ziehen, muss sie diese vorher gegenüber dem Betroffenen konkretisiert und aktualisiert haben.

Auch nach der bisherigen Rechtsprechung zum Arbeitsverbot nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG muss die Ausländerbehörde konkret bezeichnen, was genau in welchem Umfang von den Betroffenen erwartet wird, um aus der mangelnden Mitwirkung negative aufenthaltsrechtliche Folgen ziehen zu können.⁴⁶ Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich ein bestimmtes Verhalten nicht bereits aufdrängen musste. Die Behörde ist danach regelmäßig angesichts ihrer organisatorischen Überlegenheit und Sachnähe besser in der Lage, die bestehenden Möglichkeiten zu erkennen und die erforderlichen Schritte in die Wege zu leiten.

Das VG Cottbus⁴⁷ hat entschieden, dass auch eine Duldung nach § 60b AufenthG erst nach einem hinreichend konkreten Hinweis wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten erteilt werden kann, weil in dieser Norma ausdrücklich eine Hinweispflicht geregelt wurde und die Bestimmung nur dann greift, wenn die Gründe, aus denen die Abschiebung nicht vollzogen werden kann, von den Betroffenen zu vertreten sind. Um eine mangelnde Mit-

³⁹ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 9.6.2021 – 13 ME 587/20 – Rn. 49, Asylmagazin 7–8/2021, S. 297 ff., asyl.net: M29697; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 23.6.2021 – 13 PA 96/21 – Rn. 6 zu § 60b AufenthG; [Az. 3 L 339/21 zu § 60b AufenthG; Beglaubigung der Abschrift am 26.05.2021](#); VGH Bayern, Beschluss vom 9.7.2019 – 10 C 18.1082 – Rn. 8 zu § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG; so auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.11.2016 – OVG 12 S 61.16 –; VG Cottbus, Beschluss vom 28.5.2020 – 9 L 134/20 – zu § 60b AufenthG; VG Minden, Beschluss vom 13.1.2020 – 7 L 1317/19 – Asylmagazin 4/2020, S. 134 ff., asyl.net: M28140, Rn. 54 zu § 60b AufenthG; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7.11.2019 – OVG 3 S 111.19 – Rn. 7 zu § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG; VG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 16.9.2019 – 11 B 137/19 – zu § 60a Abs. 6 S. 2 AufenthG; VG Karlsruhe, Beschluss vom 29.9.2016 – 4 K 4114/16 – Rn. 11; VG Würzburg, Urteil vom 8.12.2014 – W 7 K 14.26 – Rn. 54 f.; VGH Bayern, Beschluss vom 28.4.2011 – 19 ZB 11.875 – Rn. 8 f. zu § 11 BeschVerfV (Vorgängernorm von § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG); OVG Niedersachsen, Beschluss vom 12.8.2010 – 8 PA 183/10 – asyl.net, M17607; VG Aachen, Beschluss vom 26.11.2009 – 9 L 443/09 – asyl.net, M16461; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.1.2006 – 18 B 1772/05 – asyl.net, M7931; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.10.2005 – 11 S 1011/05 – asyl.net, M7437; vgl. auch BeckOK AuslR/Kluth/Breidenbach, 29. Ed. 1.1.2021, AufenthG § 60a Rn. 56; a. A. OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 20.11.2019 – 7 A 11161/19 – Rn. 30 zu § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG.

⁴⁰ OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 22.11.2016 – OVG 12 S 61.16 – Rn. 4.

⁴¹ OVG Berlin, Beschluss vom 9.7.2020 – 3 M 129/20 – zu § 60c AufenthG und § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG a. F.; VGH Bayern, Beschluss vom 22.01.2018 – Az. 19 CE 18.51, Rn. 26 zu § 60a Abs. 2 S. 4 ff. und Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG; BeckOK AuslR/Kluth/Breidenbach, 29. Ed. 1.1.2021, AufenthG § 60a Rn. 54.

⁴² BMI-Anwendungshinweise, Nr. 11.4 a.a.O. (Fn. 10).

⁴³ Integrationsministerium Nordrhein-Westfalen, Nr. 11.13 a.a.O. (Fn. 17).

⁴⁴ Erlass des Sächsischen Staatsministeriums des Inneren zur Mitwirkungspflicht des Ausländers sowie zur Hinweis- und Anstoßpflicht der Ausländerbehörde, siehe S. 4f, abrufbar bei [ibs-thueringen.de](#), a. a. O. (Fn. 18).

⁴⁵ Ergänzungen Thüringen zu BMI-Anwendungshinweisen, a. a. O. (Fn. 17), Vorbemerkung zu Mitwirkungs-, Hinweis- und Anstoßpflichten, S. 1 f.

⁴⁶ OVG Berlin Brandenburg, Beschluss vom 7.11.2019 – 3 S 111.19 – asyl.net: M28791, Rn. 17 zu § 60a Abs. 2 S. 4 ff. AufenthG; VGH Bayern, Beschluss vom 9.5.2018 – 19 CE 18.51 – Rn. 25 zu § 60a Abs. 2 S. 4 ff. und Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG; [siehe auch 10 CE 18.738, asyl.net: M26772](#); nach Auffassung des VG Karlsruhe, Beschluss vom 29.9.2016 – 4 K 4114/16 – asyl.net: M28796, Rn. 15 hat die Ausländerbehörde, wenn nach ihrem Kenntnisstand noch andere Wege der Passbeschaffung gibt, die betroffene Person aufzufordern, entsprechende Initiativen zu entfalten, vgl. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 9.4.2020 – Az. L 8 AY 4/20 B ER, asyl.net: M28365, Asylmagazin 6–7/2020, S. 244 f. zu § 1a Abs. 3 AsylbLG.

⁴⁷ VG Cottbus, Beschluss vom 28.5.2020 – 9 L 134/20 – asyl.net: M28483, Asylmagazin 8/2020, S. 282 f. zu § 60b AufenthG.

wirkung mit den anderen Fallgruppen des § 60b Abs. 1 S. 1 AufenthG, den aktiven, vorsätzlichen und stets zu vertretenden Täuschungshandlungen gleichsetzen zu können, ist es jedenfalls geboten, dass über die verlangten Handlungen bei der Passbeschaffung hinreichend belehrt wird.⁴⁸

Wenn die Ausländerbehörde jedenfalls auf Nachfrage keine zumutbare Mitwirkungshandlung benennen kann, dürfte also die Erteilung einer Duldung nach § 60b AufenthG nicht in Betracht kommen. Wenn die Betroffenen nicht wissen und es sich ihnen auch nicht aufdrängen muss, welche konkreten Handlungen sie nur Erfüllung ihrer Mitwirkungspflicht vornehmen sollen, haben sie das Unterbleiben der Abschiebung nicht zu vertreten.

5. Glaubhaftmachung, Darlegungs- und Beweislast

Die Mitwirkungshandlungen gelten als erfüllt, wenn die Vornahme der Handlungen glaubhaft gemacht wurde (§ 60b Abs. 3 S. 3 AufenthG).

Nach den Berliner Verwaltungsvorschriften⁴⁹ soll nach der erstmaligen Belehrung zu den Passbeschaffungspflichten eine reguläre Duldung nach § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG grundsätzlich für die Dauer von zunächst sechs Monaten ausgestellt werden, innerhalb derer die Betroffenen ihren Pflichten nachkommen und dies glaubhaft machen können. In Thüringen⁵⁰ gilt eine vergleichbare Regelung. Rheinland-Pfalz⁵¹ räumt für die Glaubhaftmachung der Mitwirkungshandlungen einen angemessenen Zeitraum ein, wobei die persönliche Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen ist. Dies hat zur Folge, dass in der Regel bei Heranwachsenden, die mit der eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer behördlichen Angelegenheiten noch überfordert sein können, sowie bei älteren Personen ein entsprechend längerer Zeitraum festzusetzen sein wird.

Auch nach der Rechtsprechung⁵² zum Arbeitsverbot nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG muss zunächst eine angemessene Zeitspanne eingeräumt werden, um sich um die Beschaffung von Identitätsdokumenten zu bemühen, bevor angenommen werden kann, dass eine Abschiebung aus Gründen, die die Betroffenen zu vertreten haben, nicht vollzogen werden kann.

Hält die Ausländerbehörde die Darlegungen und Nachweise zur Erfüllung der Mitwirkungspflicht für nicht ausreichend, kann sie mit Fristsetzung dazu auffordern, die Vornahme dieser Handlungen durch Erklärung an Eides statt glaubhaft zu machen; bei einer unrichtigen Aussage

besteht dann eine Strafbarkeit wegen falscher Versicherung an Eides Statt (§ 60b Abs. 3 S. 4 und 5; § 156 StGB). Unabhängig davon kann nach einem Beschluss des OVG Niedersachsen⁵³ die eidesstattliche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung nach § 60b Abs. 3 S. 5 AufenthG auch eigeninitiativ, also nicht nur nach behördlicher Aufforderung und Fristsetzung, abgegeben werden.

Nach einer Entscheidung des VG Lüneburg⁵⁴ haben zunächst die Betroffenen darzulegen, dass sie ihren Mitwirkungspflichten in ausreichender und zumutbarer Weise nachgekommen sind. Wenn sie die aufgezeigten (üblichen) Mitwirkungspflichten erfüllt haben,⁵⁵ trägt die Ausländerbehörde die Darlegungs- und Beweislast dafür, welche konkreten und nicht von vornherein aussichtslosen Mitwirkungshandlungen sie noch erbringen können.

Auch nach der Rechtsprechung zum Arbeitsverbot nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG trägt die Ausländerbehörde für die dort genannten Gründe die Darlegungs- und Beweislast.⁵⁶ Sie muss etwa vortragen, aus welchen Gründen sie der Auffassung ist, dass falsche Angaben gemacht wurden bzw. dass die Nichterfüllung der Mitwirkungspflicht ursächlich für das Unterbleiben der Abschiebung war. Werden diese Ausführungen bestritten, muss die Ausländerbehörde sie beweisen – etwa durch die Vorlage von Urkunden. Gelingt das nicht, kann die Beschäftigungserlaubnis nicht aus diesem Grund versagt werden. Die betroffene Person muss allerdings die Erfüllung ihrer Mitwirkungspflicht darlegen und beweisen.⁵⁷

⁵³ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 9.6.2021, a. a. O. (Fn. 39) mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung.

⁵⁴ Beschluss vom 22.5.2019 – 6 B 27/19 – asyl.net: M27462 zu § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG; so auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 9.4.2019 – 11 S 2868/18 – asyl.net: M27237, Rn. 14 zu § 25b Abs. 2 Nr. 1 AufenthG.

⁵⁵ Der Beschluss des VG Lüneburg, S. 11, beschreibt im Einzelnen, welche Mitwirkungshandlungen der aus der Cote d'Ivoire kommende Betroffene eigeninitiativ erfüllt hat, etwa die mehrfache Nachfrage bei der Botschaft.

⁵⁶ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 24.8.2006 – 7 MW 36/06 – asyl.net, M8720; Leineweber, »Die Beschäftigung von geduldeten Ausländern seit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes«, InfAuslR 7–8/2005, S. 302 ff. (303); Stiegeler, »Duldung und Erwerbstätigkeit – Arbeitsverbot auf Umwegen?«, Asylmagazin 6/2005, S. 5 ff. (7) m. w. N.; vgl. auch VG Mainz, Beschluss vom 11.1.2010 – 4 L 1443/09.MZ – asyl.net, M16916; a. A. VGH Bayern, Beschluss vom 12.10.2011 – 10 C 11.788 –, wonach der Duldungsinhaber darlegen und beweisen muss, dass die verlangte Mitwirkung von vornherein keinen Erfolg haben würde.

⁵⁷ VGH Bayern, Beschluss vom 27.7.2010 – 10 ZB 10.276 – juris; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.5.2011 – OVG 3 B 3.11 – juris.

⁴⁸ Zu weiteren Einzelheiten zur Hinweispflicht siehe Broschüre »Rahmenbedingungen des Arbeitsmarktzugangs«, a. a. O. (Fn. 3), S. 44 ff.

⁴⁹ VAB, a. a. O. (Fn. 33), S. 457.

⁵⁰ Ergänzungen Thüringen BMI-Anwendungshinweise, a. a. O. (Fn. 17), 1.9, S. 4.

⁵¹ Rheinland-Pfalz, Aufsichts- und Dienstleistungsdirektion, a. a. O. (Fn. 17).

⁵² VG Karlsruhe, Beschluss vom 29.9.2016, a. a. O. (Fn. 39), Rn. 15 zu § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG.

III. Behördliche Ermessensentscheidung

Bei Personen mit einer Duldung entscheidet die Ausländerbehörde grundsätzlich⁵⁸ nach Ermessen, ob sie eine Beschäftigungserlaubnis erteilt (§ 4a Abs. 4 AufenthG). Damit stellt sich die Frage, ob eine fehlende Mitwirkung bei der Passbeschaffung bzw. falsche Angaben oder die nicht geklärte Identität als Gesichtspunkte zur Versagung der Beschäftigungserlaubnis im Rahmen der Ermessensentscheidung herangezogen werden dürfen.

Gegen eine Berücksichtigung des Aspektes der fehlenden Mitwirkung bzw. falscher Angaben spricht, dass diese Punkte bereits bei der Prüfung eines möglichen Arbeitsverbots nach §§ 60b Abs. 5 S. 2; 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG geprüft wurden. Zu einer Ermessensentscheidung kommt es ohnehin nur, wenn die Voraussetzungen für ein Arbeitsverbot verneint wurden, zum Beispiel weil die fehlende Mitwirkung nicht der einzige Grund für das Unterbleiben der Abschiebung ist. In diesen Fällen wird dann derselbe Gesichtspunkt bei der Prüfung der Beschäftigungserlaubnis im Rahmen der Ermessensentscheidung erneut hervorgeholt und zulasten der Betroffenen gewertet. Dieses fragwürdige Vorgehen wird von der Rechtsprechung überwiegend gebilligt.⁵⁹ Dagegen ist aber einzuwenden, dass die Anwendung der §§ 60b; 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG durchaus engen Anforderungen unterliegt (vgl. Abschnitt II). Diese Anforderungen werden ausgehebelt, wenn später im Rahmen der Ermessensentscheidung aus dem gleichen Grund, aber unter Missachtung der Anforderungen der §§ 60b, 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG, die Arbeitsaufnahme gleichsam »durch die Hintertür« untersagt wird.⁶⁰

Wenn also die fehlende Mitwirkung oder die falschen Angaben nicht zu einem Arbeitsverbot nach §§ 60b, 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG führen, sollten sie auch nicht im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 4a Abs. 4 AufenthG herangezogen werden können.

Auch gegen die Heranziehung der nicht geklärten Identität als Aspekt bei der Ermessensentscheidung spricht,

dass in § 60b AufenthG inzwischen detailliert gesetzlich geregelt wurde, unter welchen Voraussetzungen die mit einem Arbeitsverbot verbundene Duldung für Personen mit ungeklärter Identität erteilt wird. Hier würde die Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts in der Ermessensentscheidung also im Ergebnis ebenfalls eine Umgehung der Regelungen des § 60b AufenthG bedeuten.

Das niedersächsische Innenministerium⁶¹ hat darauf hingewiesen, »dass das bei der Entscheidung über den Arbeitsmarktzugang dieses Personenkreises eröffnete Ermessen in der Regel zu Gunsten eines Beschäftigungszugangs auszuüben ist«. In Bremen⁶² besteht eine vergleichbare Regelung, wonach eine einzelfallbezogene Prüfung möglich sein soll, wenn nur eine »kurze Aufenthaltsperspektive« bestehe.

IV. Verfahrensfragen

Wird bereits eine Beschäftigung ausgeübt oder liegt die Zusage für die Aufnahme einer Beschäftigung vor, kann die Erteilung einer Duldung nach § 60b AufenthG zum Verlust des Arbeitsplatzes führen. Bestehen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Erteilung dieser Duldung, wird es gegebenenfalls erforderlich sein, mit einem Eilantrag gegen die Duldung nach § 60b AufenthG vorzugehen. Dabei ist zunächst zu klären, welcher Eilantrag gegen die Erteilung der Duldung nach § 60b AufenthG gestellt werden muss, damit das Arbeitsverbot vorläufig aufgehoben wird, d.h. bis im Hauptsacheverfahren endgültig darüber entschieden wird, ob die Duldungserteilung rechtswidrig war.

Nach Auffassung des OVG Niedersachsen⁶³ kann vorläufiger Rechtsschutz durch einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage nach § 80 Abs. 5 S. 1, Alt. 1 VwGO isoliert gegen den Zusatz »für Personen mit ungeklärter Identität« (§ 60b Abs. 1 S. 2 AufenthG) gesucht werden, da der Zusatz eine Nebenbestimmung zur Duldung darstellt. Hat der Eilantrag Erfolg und wird der Zusatz auf diese Weise »isoliert suspendiert«, besteht vorläufig, d.h. bis durch Urteil über die Anfechtungsklage entschieden wird, kein Arbeitsverbot. Demgegenüber führt nach Auffassung des VG Minden⁶⁴ sowie des VG Düsseldorf⁶⁵ nur ein Antrag auf

⁵⁸ Ein Anspruch besteht nur, wenn eine Beschäftigungserlaubnis im Zusammenhang mit einer Ausbildungsduldung beantragt wird (§ 60c Abs. 1 S. 3 AufenthG).

⁵⁹ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 29.4.2015 – 11 LA 274/14 – juris; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.1.2006 – 16 B 1772/05 – asyl.net, M7931; VG Karlsruhe, Beschluss vom 14.4.2005 – 10 K 493/05 – asyl.net, M7029; Zühlcke, »Die Zulassung von geduldeten Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung nach dem neuen Zuwanderungsrecht«, ZAR 10/05, 317 ff. (320); vgl. auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.5.2005 – 11 S 1011/05 – asyl.net, M7437, wonach eine unterbliebene Mitwirkungshandlung im Rahmen des § 10 BeschVerfV (jetzt nach § 4 a Abs. 4 AufenthG) jedoch dann nicht berücksichtigt werden kann, wenn die betreffende Person sie mangels Zumutbarkeit pflichtgemäßen Handelns nicht zu vertreten hat, da sonst Zumutbarkeitserwägungen unterlaufen würden. Nach VG Stuttgart, Urteil vom 19.10.2010 – 6 K 1479/10 – (juris) kann die Nichterfüllung der Passpflicht in die Ermessensentscheidung einbezogen werden.

⁶⁰ Stiegeler, »Duldung und Erwerbstätigkeit«, a. a. O. (Fn. 56), S. 5 ff (7).

⁶¹ IvAF-Projekt AZF 3, Meldung vom 23.10.2017: »Ermessen bei Beschäftigungserlaubnis i. d. R. zu Gunsten eines Beschäftigungszugangs ausüben«, abrufbar unter <https://bit.ly/3ny7xYN>.

⁶² Senator für Inneres, Bremen: Nebenbestimmungen zum Beschäftigungsrecht für Duldungen und Aufenthaltsgestattungen, Erlass 15-12-02 vom 16.12.2015, abrufbar bei inneres.bremen.de unter »Inneres/Bürger und Staat/Ausländerangelegenheiten/Erlasse zum Ausländerrecht«.

⁶³ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 9.6.2021, a. a. O. (Fn. 39).

⁶⁴ VG Minden, Beschluss vom 13.1.2020 – 7 L 1317/19 – Asylmagazin 4/2020, S. 134 ff., asyl.net: M28140, Rn. 14–21 m. w. N.

⁶⁵ VG Düsseldorf, Beschluss vom 31.3.2020 – 2 L 3239/19 – Rn. 11–18.

Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu effektivem Rechtsschutz, da (wegen des Verweises in § 60b Abs. 6 AufenthG auf die Regelung in § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG) sämtliche Wirkungen einer Duldung nach § 60b AufenthG, wie das Erwerbstätigkeitsverbot, unabhängig von der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs eintreten sollen.

Bemerkenswert ist auch die Rechtsprechung des OVG Niedersachsens⁶⁶ zu den Folgen der Erteilung einer Duldung nach § 60b AufenthG bei Bestehen einer Beschäftigungserlaubnis: Hat der Betreffende demnach bereits eine unbefristete Beschäftigungserlaubnis (erteilt entweder explizit etwa durch gesonderten Bescheid außerhalb des Duldungserteilungsverfahrens oder konkludent z. B. dadurch, dass bei der auf der Duldungsbescheinigung vermerkten Beschäftigungserlaubnis kein Geltungszeitraum angegeben ist) oder hat die befristete Beschäftigungserlaubnis ein Enddatum, das nach Ablauf der Geltungsdauer der Duldung liegt, besteht eine »überwirkende« Beschäftigungserlaubnis. Diese wird durch Erteilung einer Duldung nach § 60b AufenthG nicht tangiert. Es dürfte zwar keine neue Beschäftigungserlaubnis erteilt werden, die alte erlischt aber nicht automatisch, sondern wirkt fort, solange sie nicht widerrufen wird.⁶⁷

schaftsvorsprache vorgenommen haben, könnte die Ausländerbehörde um einen Hinweis auf konkrete weitere Schritte, die möglich und zumutbar sind, gebeten werden.

Da nach überwiegender Auffassung die fehlende Mitwirkung die einzige Ursache für das Unterbleiben der Abschiebung sein muss, ist zu prüfen, ob im Einzelfall die Abschiebung aus anderen rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Sind in ein Herkunftsland keine Abschiebungen möglich, wie gegenwärtig nach Afghanistan, darf danach kein Arbeitsverbot bestehen und keine Duldung nach § 60b AufenthG erteilt werden, unabhängig von der Mitwirkung bei der Passbeschaffung. Damit haben außenpolitische Veränderungen einen unmittelbaren Einfluss auf den Arbeitsmarktzugang von Geduldeten in Deutschland.

Erteilt eine Ausländerbehörde mit Hinweis auf die Anwendungshinweise des BMI trotzdem eine Duldung mit dem Zusatz »für Personen mit ungeklärter Identität«, sollte daher gegebenenfalls eine gerichtliche Klärung herbeigeführt werden.

V. Fazit

Haben Personen eine Duldung nach § 60b AufenthG oder ein Arbeitsverbot nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG, dann sollte immer geprüft werden, ob die rechtlichen Voraussetzungen hierfür tatsächlich im Einzelfall vorliegen.

Da die Auslandsvertretungen der einzelnen Herkunftsländer unterschiedliche Vorgaben machen, welche Dokumente (Geburtsurkunde, Registerauszug etc.) für die Ausstellung von Pässen oder Passersatzpapieren vorzulegen sind, sind aktuelle Informationen hierzu zentral für die Frage, ob bestimmte Mitwirkungshandlungen erfolgversprechend bzw. zumutbar sind. Hier können ggf. die Flüchtlingsräte Informationen bieten. Wenn es um eine Passbeschaffung im Herkunftsland geht, kann es auch hilfreich sein, bei den von der jeweiligen deutschen Botschaft genannten Rechtsanwält*innen zu erfragen, ob die Ausstellung von Identitätsdokumenten ohne persönliche Vorsprache nach der jeweiligen Rechtsordnung überhaupt möglich ist. Jedenfalls wenn »mitwirkungsbereite« Klient*innen die gängigen Mitwirkungshandlungen wie das Ausfüllen eines Passersatzantrags oder eine Bot-

⁶⁶ OVG Niedersachsen, Beschluss vom 9.6.2021, a.a.O. (Fn.39), Rn. 33–42; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 8.7.2021 – 13 ME 246/21 – Rn. 8.

⁶⁷ Zum Rechtsschutz gegen die Versagung der Beschäftigungserlaubnis wegen eines Arbeitsverbotes nach § 60a Abs. 6 AufenthG, a.a.O. (Fn. 2), S. 17.