Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Rechtsanwalt Prof. Dr. Rüdiger Breuer,* Bonn – *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Vizepräsident des BVerwG, Leipzig – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat, Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

15 2019

Seite 1–18

38. Jahrgang

1. August 2019

Vors. Richter am VG Professor Dr. Andreas Dietz*

„Spurwechsel" für abgelehnte Asylbewerber und ausreisepflichtige Ausländer

Anmerkungen zum Gesetzentwurf über die Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung

Der Bundestag hat in seiner Sitzung am 7.6.2019 den von der Bundesregierung Ende des Jahres 2018 vorgelegten „Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung" beschlossen. Darin soll ausreisepflichtigen Ausländern, insbesondere mit der Flüchtlingswelle des Jahres 2015 nach Deutschland gekommenen Asylbewerbern, nach Ablehnung ihrer Asylverfahren eine Integration in Deutschland ermöglicht werden, wobei die Bundesregierung von einer Zahl von rund 180.000 geduldeten Ausländern im Bundesgebiet ausgeht. Im Zielkonflikt zwischen der gesetzlich gebotenen Durchsetzung der Ausreisepflicht einerseits und der Ermöglichung nützlicher Zuwanderung andererseits soll – unabhängig von der ebenfalls im Bundestag beschlossenen Neuregelung zur Zuwanderung von Fachkräften – einer größeren Zahl an Ausländern durch eine Ausweitung der Ausbildungsduldung und die Neuschaffung einer Beschäftigungsduldung ein Verbleib im Bundesgebiet ermöglicht werden. Statt auszureisen sollen sie sich durch Ausbildung und Beschäftigung in Deutschland integrieren und einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis erwerben. Auf diese Weise soll ein „Spurwechsel" vom Asylrecht ins Ausländerrecht jenseits der hierfür bereits geltenden Regelungen ermöglicht werden. Der folgende Beitrag erläutert die Rechtsinstitute im systematischen Gesamtzusammenhang des Aufenthaltsrechts.

I. Der „Spurwechsel" vom Asylrecht ins Ausländerrecht
1. Der Begriff des „Spurwechsels"
2. Die Voraussetzungen eines „Spurwechsels" nach geltendem Ausländerrecht
a) Keine Aufenthaltserlaubnis vor Abschluss des Asylverfahrens – § 10 I AufenthG
b) Keine Aufenthaltserlaubnis nach erfolglosem Asylverfahren – § 10 III AufenthG
c) Keine Nachholung des Visumsverfahrens im Bundesgebiet
d) Keine Aufenthaltserlaubnis nach einem Asylverfahren – § 11 I und VII AufenthG
3. Die bisherige Ausbildungsduldung als Möglichkeit zu einem „Spurwechsel"
4. Die politischen Änderungsbestrebungen für einen erleichterten „Spurwechsel"
II. Die neugeregelte Ausbildungsduldung
1. Der persönliche Anwendungsbereich: Ausreisepflichtige Ausländer
2. Der sachliche Anwendungsbereich: Qualifizierte Berufsausbildung
a) Die Anforderungen an die angestrebte Berufsausbildung
b) Die erforderlichen Nachweise über die angestrebte Berufsausbildung
3. Die Ausschlussgründe – § 60 c II AufenthG nF
a) Einreise zum Leistungsmissbrauch, selbst zu vertretende Abschiebungshindernisse, sicherer Herkunftsstaat – § 60 c II Nr. 1 AufenthG nF iVm § 60 a VI AufenthG aF
b) Karenzfrist einer Duldung seit mindestens drei Monaten – § 60 c II Nr. 2 AufenthG nF
c) Identitätsklärung – § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF
d) Erhebliche Strafbarkeit ua – § 60 c II Nr. 4 AufenthG nF
e) Bevorstehende aufenthaltsbeendende Maßnahmen – § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF
4. Die Folgen von Änderungen der für die Erteilung der Ausbildungsduldung maßgeblichen Umstände
a) Der Anspruch auf Erteilung – § 60 c I AufenthG nF
b) Der vorzeitige Abbruch der Ausbildung – § 60 c IV und V AufenthG nF
c) Der nachträgliche Eintritt von Ausschlussgründen – § 60 c IV AufenthG nF
5. Die erfolgreich abgeschlossene Ausbildung
III. Die neue Beschäftigungsduldung
1. Der persönliche Anwendungsbereich: Ausreisepflichtige und bis zum 1.8.2018 eingereiste Ausländer

* Der *Verf.* ist Vors. Richter am *VG Augsburg* und außerplanmäßiger Professor an der Universität Augsburg. Der Beitrag gibt seine private Meinung wieder.

2. Der sachliche Anwendungsbereich: Sozialversicherungspflichtige Tätigkeit
3. Die weiteren Erteilungsvoraussetzungen
a) Geklärte Identität des Ausländers – § 60 d I Nr. 1 AufenthG nF
b) Mindestduldungsdauer von zwölf Monaten – § 60 d I Nr. 2 AufenthG nF
c) Mindestbeschäftigungsdauer von achtzehn Monaten – § 60 d I Nr. 3 AufenthG nF
d) Mindestdauer der Lebensunterhaltssicherung von zwölf Monaten – § 60 d I Nr. 4 AufenthG nF
e) Aktuelle Lebensunterhaltssicherung – § 60 d I Nr. 5 AufenthG nF
f) Hinreichende mündliche Deutschkenntnisse – § 60 d I Nr. 6 AufenthG nF
g) Keine Strafbarkeit ua – § 60 d I Nr. 7 und Nr. 8 sowie Nr. 9 AufenthG nF
h) Schulbesuch und Straffreiheit der Kinder ua – § 60 d I Nr. 10 AufenthG nF
i) Abschluss eines Integrationskurses ua – § 60 d I Nr. 11 AufenthG nF
j) „Einer für alle" – die familienbezogene Regelungstechnik des § 60 d I AufenthG nF
4. Die Erteilung der Beschäftigungsduldung und die Folgen von Änderungen der hierfür maßgeblichen Umstände
a) Der Regel-Anspruch auf Erteilung – § 60 d I und II AufenthG nF
b) Der nachträgliche Wegfall von Erteilungsvoraussetzungen oder Eintritt von Ausschlussgründen – § 60 d III AufenthG nF
c) Die allgemeine Duldung als Auffangtatbestand – § 60 d V AufenthG nF
5. Die erfolgreich verlaufene Beschäftigung
IV. Die Ausbildungs- und die Beschäftigungsduldung im Vergleich zum Fachkräftezuwanderungsgesetz

I. Der „Spurwechsel" vom Asylrecht ins Ausländerrecht

Der durch Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung angestrebte erleichterte „Spurwechsel" vom Asylrecht ins Ausländerrecht ist ein politisches Anliegen, das mit dem geltenden Aufenthaltsrecht nur begrenzt vereinbar ist:

1. Der Begriff des „Spurwechsels"

Der Begriff des „Spurwechsels" ist kein ausländerrechtlicher, sondern ein ausländerpolitischer Begriff. Darunter wird die Durchbrechung der grundsätzlichen Trennung von Asylrecht und Ausländerrecht verstanden. Beide Rechtsmaterien sind zwar aufeinander bezogen – das Asylrecht ist für seine persönliche, sachliche und zeitliche Anwendbarkeit lex specialis zum allgemeinen Ausländerrecht –, aber doch grundsätzlich getrennt, da sie unterschiedlichen Zwecken dienen:

Das Asylrecht im weiteren Sinne dient nach § 13 AsylG allein der Prüfung der nationalen und internationalen Schutzbedürftigkeit eines Ausländers, der im Bundesgebiet Asyl beantragt hat. Sein Aufenthalt bleibt während dieser Zeit unerlaubt, er befindet sich lediglich aufgrund einer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG im Bundesgebiet und er ist nach vollständiger Ablehnung seines Schutzgesuchs im Umkehrschluss aus § 4 I AufenthG zur unverzüglichen Ausreise verpflichtet.

Demgegenüber ist das Aufenthaltsrecht eines Ausländers nach dem Ausländerrecht im weiteren Sinne zwar ebenfalls zweckgebunden, dient aber nach § 16 ff. AufenthG anderen Zwecken als das Asylverfahren, zB der Aus- und Weiterbildung, der Erwerbstätigkeit oder dem Familiennachzug sowie humanitären Aufenthaltszwecken. Der zum Ausländerrecht konforme Aufenthalt ist durch Visum und Aufenthaltserlaubnis (oder Befreiung von diesem Erfordernis) erlaubt, aber nach Ablauf der Aufenthaltserlaubnis ist auch dieser Ausländer im Umkehrschluss aus § 4 I AufenthG zur Ausreise verpflichtet.

Während der legal im Visumsverfahren einreisende Ausländer nach § 5 I AufenthG sowohl dieses durchlaufen als auch seine Identität offenlegen, einen gültigen Pass besitzen und seinen Lebensunterhalt sichern sowie den Aufenthaltszweck glaubhaft machen muss, reist ein Asylbewerber typischerweise[1] ohne vorherige Prüfung dieser Punkte illegal ins Bundesgebiet ein und erfüllt zumeist nicht die Passpflicht, weder während[2] noch nach Ende des Asylverfahrens. Fehlende Identitätsdokumente und Reisepässe sind derzeit ein Hauptgrund für die Duldung ausreisepflichtiger aber nicht ausreisewilliger Ausländer im Bundesgebiet, deren Zahl die Bundesregierung in ihrem Gesetzentwurf mit knapp 180.000 Personen beziffert,[3] die aber tatsächlich noch höher liegen dürfte.[4]

2. Die Voraussetzungen eines „Spurwechsels" nach geltendem Ausländerrecht

Um das Asylverfahren nicht zur „Hintertür" einer unkontrollierten Zuwanderung werden zu lassen, gilt eine grundsätzliche Trennung von Asylrecht und Ausländerrecht: Ein abgelehnter Asylbewerber muss grundsätzlich seiner Ausreisepflicht nachkommen, kann im Anschluss an sein erfolgloses Asylverfahren nicht nahtlos im Bundesgebiet bleiben und seinen Aufenthalt legalisieren, sondern muss dazu das unterlassene Visumsverfahren nachholen und die darin nach § 5 I AufenthG geforderten Nachweise (Pass, Identität, Lebensunterhalt, Straflosigkeit) erbringen. Diese Trennung wird durch mehrere Sperrklauseln vor der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gesichert:

a) *Keine Aufenthaltserlaubnis vor Abschluss des Asylverfahrens – § 10 I AufenthG.* Mit der ersten Sperrklausel soll gesichert werden, dass einem zum Asylverfahren eingereisten Ausländer keine Aufenthaltserlaubnis vor Abschluss dieses Asylverfahrens erteilt wird: Solange das Asylverfahren auch nur teilweise noch offen ist, darf ein Aufenthaltstitel nach § 10 I AsylG nur bei einem strikten Anspruch hierauf erteilt werden.[5] Ein solcher Anspruch besteht jedoch nicht, wenn die Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 I AufenthG – wie zB ein Passbesitz – nicht erfüllt sind. Damit will der Gesetzgeber unterbinden, dass das Asylverfahren zur Umgehung des regulären Verfahrens zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis missbraucht wird, indem der Ausländer zunächst unerlaubt einreist, einen Asylantrag stellt und an-

1 Abgesehen vom Sonderfall einer Einreise mit Visum und nachträglicher Asylantragstellung.
2 Die Passpflicht nach § 3 I AufenthG gilt grundsätzlich jedem Ausländer, auch einem Asylbewerber. Nur soweit er eine staatliche Verfolgung geltend macht, ist ihm bis zur abschließenden Prüfung seiner Behauptung eine Passbeschaffung im Umkehrschluss aus § 72 I Nr. 1 AsylG unzumutbar. Da die Ausländerbehörden in der Praxis auch bei behaupteter nichtstaatlicher Verfolgung grundsätzlich die für sie nach § 42 AsylG bindende Entscheidung des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge im Asylverfahren abwarten, versuchen sie erst danach, die Passpflicht durchzusetzen.
3 Vgl. BReg, Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, BT-Drs. 19/8286, 1.
4 So nannte die Bundesregierung auf eine Anfrage hin zum Stichtag 31.12.2018 insgesamt 235.957 im Ausländerzentralregister erfasste ausreisepflichtige Personen, davon 180.124 Personen mit einer Duldung und 55.833 Personen ohne Duldung, vgl. BT-Drs. 19/8021, 33.
5 Vgl. *BVerwGE* 153, 353 = NVwZ 2016, 458 Rn. 12 ff.; *BVerwG*, NVwZ 2016, 1498 Rn. 11 ff.; *BVerwG*, NVwZ 2019, 486 Rn. 27.

schließend ohne vorherige Ausreise den Aufenthalt legalisiert erhält.

b) *Keine Aufenthaltserlaubnis nach erfolglosem Asylverfahren – § 10 III AufenthG.* Mit der zweiten Sperrklausel soll gesichert werden, dass einem zum Asylverfahren eingereisten Ausländer keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, wenn er nicht schutzbedürftig ist: Ist das Asylverfahren erfolglos geblieben, darf – ohne vorherige Ausreise und Nachholung des erforderlichen Visumsverfahrens – nach § 10 III 1 AufenthG nur ein humanitärer Aufenthaltstitel erteilt werden;[6] ist der Asylantrag als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden, darf nach § 10 III 2 AufenthG vor der Ausreise gar kein Aufenthaltstitel erteilt werden, es sei denn im Falle eines strikten Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach nationalem Recht.[7] Das öffentliche Interesse an der Nachholung des Visumsverfahrens zur Legalisierung des Aufenthalts überwiegt in diesen Fällen grundsätzlich das private Interesse des unerlaubt eingereisten Ausländers am ununterbrochenen Verbleib im Bundesgebiet.

c) *Keine Nachholung des Visumsverfahrens im Bundesgebiet.* Zudem wird die Verpflichtung zur Nachholung des Visumsverfahrens auch dadurch gesichert, dass dieses von Deutschland aus außer in den Fällen des § 39 Nr. 4 oder Nr. 5 AufenthV, also eines Anspruchs iSd § 10 I AufenthG oder einer Duldung und familiären Lebensgemeinschaft nach § 60 a AufenthG, grundsätzlich nicht nachgeholt werden kann. Das Visumsverfahren dient gerade der Prüfung der Einreisevoraussetzungen und kann seinen Zweck der Zuwanderungssteuerung nur erfüllen, wenn es aus dem Ausland heraus durchgeführt wird.

d) *Keine Aufenthaltserlaubnis nach einem Asylverfahren – § 11 I und VII AufenthG.* Schließlich kommt noch die Einreise- und Aufenthaltssperre nach § 11 I und VII AufenthG hinzu, die regelmäßig bei vollständiger Ablehnung eines Asylantrags im Bescheid des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge verhängt bzw. befristet wird. Diese in der Gesamtwirkung auf den ersten Blick hart anmutenden Regelungen sollen sichern, dass die Erteilung einer nicht humanitären Zwecken dienenden Aufenthaltserlaubnis direkt im Anschluss an ein erfolgloses Asylverfahren eine gesetzliche Ausnahme bleibt und nicht zur Regel wird. Der „Spurwechsel" ohne vorherige Ausreise und Nachholung des Visumsverfahrens soll grundsätzlich ausgeschlossen bleiben.

3. Die bisherige Ausbildungsduldung als Möglichkeit zu einem „Spurwechsel"

Eine Ausnahme von der grundsätzlichen Trennung von Asylrecht und Ausländerrecht stellt die im Jahr 2016 neu eingeführte[8] Ausbildungsduldung nach § 60 a II 4 ff. und VI AufenthG aF dar.[9] Sie eröffnet einem ausreisepflichtigen Ausländer, insbesondere einem abgelehnten Asylbewerber, ohne vorherige Ausreise und Nachholung des Visumsverfahrens eine Perspektive für einen legalen Aufenthalt: Schließt er erfolgreich eine qualifizierte Berufsausbildung von zwei oder drei Jahren im Bundesgebiet ab und erfüllt weitere Voraussetzungen, erwirbt er einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a Ia AufenthG aF bzw. § 19 d Ia AufenthG nF zur weiteren Erwerbstätigkeit unter Durchbrechung der Sperrwirkung des § 10 I AufenthG, dh ohne vorherige Ausreise und Nachholung des Visumsverfahrens.

Dies unterscheidet die Ausbildungsduldung sowohl von der allgemeinen Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG, die außer nach § 25 V AufenthG nicht in einen Aufenthaltstitel mündet, als auch von der Erwerbsmigration nach § 16a und § 17 AufenthG zur betrieblichen Ausbildung, die eine Einreise mit Visum voraussetzt. Zudem setzt die Ausbildungsduldung anders als die allgemeine Duldung nicht einen Duldungsgrund voraus, sondern schafft ihn erst mit der Berufsausbildung. Sie stellt insoweit nicht nur eine Ausnahme sondern auch einen Systembruch im Ausländerrecht dar.

4. Die politischen Änderungsbestrebungen für einen erleichterten „Spurwechsel"

Über die geltende Gesetzeslage hinaus zielen die aktuellen politischen Bestrebungen auf einen erleichterten „Spurwechsel" zwischen Asylrecht und Ausländerrecht. Gleichwohl drohen die Grenzen zwischen unerwünschter Zuwanderung „durch die Hintertür" des Asylverfahrens einerseits und einer gewünschten Fachkräfteeinwanderung andererseits verwischt zu werden: So behandelten Bundesrat und Bundestag beide sachlich getrennten Entwürfe eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung[10] sowie eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes[11] miteinander. In der Aussprache im Bundesrat ließ das Land Schleswig-Holstein ausführen, es wünsche, dass Ausländer beim Wechsel vom Asylverfahren in die Erwerbsmigration nicht erst ein Visumsverfahren durchführen müssten; einer falschen Sogwirkung solle durch eine bloße Stichtagsregelung vorgebeugt werden.[12] Auch das Land Nordrhein-Westfalen plädierte für einen erleichterten „Spurwechsel" und eine Absenkung der geplanten Anforderungen an die Erteilung einer Beschäftigungsduldung, insbesondere die Erteilung einer vollwertigen Aufenthaltserlaubnis statt einer bloßen Duldung und verwies auf seine auch bei der Ausbildungsduldung großzügigere Erteilungspraxis.[13] Demgegenüber warnte die Bundesregierung vor falschen Anreizen zum Missbrauch des Asylverfahrens.[14] Vor diesen gegensätzlichen politischen Positionen soll nun das Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung mit Blick auf die behördliche und gerichtliche Praxis erläutert werden:

II. Die neugeregelte Ausbildungsduldung

Das Rechtsinstitut der Ausbildungsduldung soll durch die Neuregelung in seinem personellen und sachlichen Anwendungsbereich erheblich erweitert werden. Über die bestehende Regelung des § 60 a II 4 ff. AufenthG aF hinaus wird eine detailliertere Regelung angestrebt, um die wesentlichen Voraussetzungen der Ausbildungsduldung zu konkretisieren, eine bundeseinheitliche Anwendungspraxis zu erreichen und ihren Anwendungsbereich auch auf staatlich anerkannte Helferausbildungen in Mangelberufen zu erweitern.[15]

6 Wobei die humanitären Aufenthaltstitel des § 25 I bis III AufenthG per se bereits nicht vorliegen.
7 Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2019, 486 Rn. 27, 30; auch *OVG Bautzen*, InfAuslR 2018, 213 = BeckRS 2018, 1719 (kein Anspruch wegen Identitätstäuschung); *OVG Lüneburg*, InfAuslR 2018, 128 = BeckRS 2018, 1067 (kein Anspruch wegen unerlaubter Einreise).
8 Art. 5 Nr. 8 des Integrationsgesetzes v. 31.7.2016, BGBl. I 2016, 1939 (1944 f.).
9 Zur bisherigen Rechtslage zB *Ulrich Koehler*, InfAuslR 2018, 45.
10 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 1 ff. als BR-Drs. 8/19.
11 Vgl. BReg, Entwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes, BT-Drs. 19/8285.
12 Minister *Dr. Buchholz*, Schleswig-Holstein, PlenProt. der 974. Sitzung v. 15.2.2019, BR-Drs. 974, 8 f.
13 Minister *Dr. Stamp*, Nordrhein-Westfalen, PlenProt. der 974. Sitzung v. 15.2.2019, BR-Drs. 974, 9 f.
14 Staatssekretär *Mayer*, *BMI*, PlenProt. der 974. Sitzung v. 15.2.2019, BR-Drs. 974, 10 (11).
15 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 1.

1. Der persönliche Anwendungsbereich: Ausreisepflichtige Ausländer

Die Ausbildungsduldung setzt auch in ihrer Neufassung weiterhin eine Ausreisepflicht des Ausländers voraus, denn erst eine vollziehbare Ausreisepflicht des Ausländers führt zur gesetzlichen Pflicht der Ausländerbehörde, diese Ausreisepflicht notfalls mit den Mitteln des Verwaltungszwangs durch Abschiebung nach § 58 I 1 durchzusetzen oder ihren Vollzug durch Duldung auszusetzen. Ohne eine Ausreisepflicht kann also grundsätzlich keine Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG erlangt werden.

Ausländer im laufenden Asylverfahren haben eine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG und sind wie Ausländer mit gültigem Aufenthaltstitel iSd § 4 I AufenthG (oder Befreiung von diesem Erfordernis) nicht ausreisepflichtig und daher vom Anwendungsbereich jeder Duldung und damit auch einer Ausbildungsduldung ausgeschlossen. Insofern erweitert § 60 c AufenthG nF den Anwendungsbereich der Ausbildungsduldung nicht über § 60 a II 4 AufenthG aF hinaus.

Daran ändert auch nichts, dass nach der Neuregelung nun auch ein abgelehnter Asylbewerber eine Ausbildungsduldung erlangen kann, wenn er bereits während des Asylverfahrens eine qualifizierte Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf oder eine diesem vorgelagerte Assistenz- oder Helferausbildung in einem Mangelberuf aufgenommen hat und diese Berufsausbildung nach Ablehnung seines Asylantrags fortsetzen möchte.[16] Insofern kann er direkt eine Ausbildungsduldung beantragen, ohne zuvor eine allgemeine Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG besessen haben zu müssen. Da er nach Ende seines Asylverfahrens aber keine Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG mehr innehat, ist auch er ausreisepflichtig und gehört damit zum oben genannten Personenkreis jener Ausländer, deren Ausreisepflicht durch Abschiebung durchzusetzen ist und deren Abschiebung gegebenenfalls wegen einer Ausbildung ausgesetzt wird.

2. Der sachliche Anwendungsbereich: Qualifizierte Berufsausbildung

§ 60 c I und III AufenthG nF regeln detaillierter als zuvor die materiellen und formellen Anforderungen an die angestrebte Berufsausbildung:

a) *Die Anforderungen an die angestrebte Berufsausbildung.* Die angestrebte Ausbildung muss nach § 60 c I Nr. 1 AufenthG nF eine qualifizierte Berufsausbildung oder nun auch eine Helferausbildung als Vorstufe zu einer qualifizierten Berufsausbildung sein, soweit hier ein Engpass auf dem Ausbildungsmarkt besteht.[17] Damit erweitert § 60 c I Nr. 1 AufenthG nF den Anwendungsbereich gegenüber § 60 a II 4 AufenthG aF, der nur eine qualifizierte Berufsausbildung ermöglichte und keine Helferausbildung.[18] Als qualifizierte Berufsausbildung zählt eine wie zuvor mindestens zweijährige duale Ausbildung in Betrieb und Berufsschule nach § 1 III, § 4 und § 5 BBiG einerseits wie auch eine rein schulische Ausbildung in nur schulisch vermittelten Berufen andererseits, wobei entgegen der ursprünglichen Entwurfsfassung auf eine Beschränkung auf staatliche oder staatlich anerkannte Bildungseinrichtungen in § 60 c III 3 AufenthG nF verzichtet wird,[19] also nur die Ausbildung als solche aber nicht die Ausbildungsstätte staatlich anerkannt zu sein braucht.

Die Bundesregierung lehnte eine vom Bundesrat geforderte zusätzliche Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Einstiegsqualifizierungen[20] ab unter Verweis auf Vereinbarungen im Koalitionsvertrag. Der Ausländer könne die Karenzfrist zwischen rechtlicher Erteilung der Ausbildungsduldung und tatsächlichem Ausbildungsbeginn für vorbereitende Maßnahmen nutzen; zudem könnten die Ausländerbehörden gegebenenfalls für Einstiegsqualifizierungen eine allgemeine Duldung im Ermessensweg erteilen.[21] Zwar ist dem Bundesrat zuzugeben, dass Einstiegsqualifizierungen dazu dienen, die Ausbildungsfähigkeit des Ausländers herzustellen. Aber dass sie erforderlich sind, belegt die erst noch fehlende Ausbildungsfähigkeit des Auszubildenden und kann seine Bevorzugung gegenüber anderen ebenso wenig qualifizierten Ausländern nicht rechtfertigen, die er sonst mit einer vorzeitigen Ausbildungsduldung erhielte.

Kein Gegenstand einer Ausbildungsduldung kann eine schulische oder berufliche Weiterbildung sein, da sie keine (Erst-) Ausbildung mehr ist; ebenso wenig eine lediglich pro forma aufgenommene Ausbildung, wenn die praktische Qualifikation anderweitig bereits erreicht ist.[22] Diese zu § 60 a II 4 AufenthG aF entwickelten Einschränkungen gelten aus systematischen Gründen auch für die Neufassung weiter.

b) *Die erforderlichen Nachweise über die angestrebte Berufsausbildung.* Ungeregelt in § 60 a II 4 ff. AufenthG aF war, in welcher Form und Frist ein Antrag auf Ausbildungsduldung zu stellen war. Die Rechtsprechung hatte aus der Systematik des § 60 a II 1 und 4 AufenthG aF geschlossen, dass eine Ausbildungsduldung – anders als eine allgemeine Duldung – einen spezifischen Antrag voraussetzt, damit die Ausländerbehörde überhaupt prüfen kann, ob ihre besonderen Voraussetzungen vorliegen. Die Ausbildungsduldung wurde daher bereits bisher nicht von Amts wegen erteilt, sondern nur auf Antrag. Offengeblieben war, welche Angaben und Nachweise dieser Antrag mindestens enthalten musste und wie lange vor Ausbildungsbeginn er bereits gestellt werden konnte.

Inhaltlich bedarf es für den Antrag des Nachweises über das Ausbildungsverhältnis. Wie bisher muss der Berufsausbildungsvertrag zwischen dem Ausländer und dem Ausbildungsbetrieb nach § 10 BBiG abgeschlossen und entweder in das Verzeichnis der gewerblichen Ausbildungsverhältnisse nach § 34 I BBiG oder in die die für handwerkliche Lehrberufe maßgebliche Lehrlingsrolle nach § 28 I 1 HwO eingetragen bzw. die Eintragung beantragt sein, oder – soweit eine solche Eintragung insbesondere bei rein schulischen Berufsausbildungen nicht erforderlich ist – der Ausbildungsvertrag mit einer – nicht notwendig staatlich anerkannten[23] – Bil-

16 Aus der Erlaubnis nach § 61 AsylG zur – auch für eine Ausbildung erforderlichen – Erwerbstätigkeit im laufenden Asylverfahren entstand bisher kein Anspruch auf eine Ausbildungsduldung nach § 60 a II 4 AufenthG aF, vgl. *VGH Mannheim*, Beschl. v. 17.7.2018 – 11 S 1298/18, Asylmagazin 2018, 384.

17 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 14, zB eine Ausbildung zum Pflegehelfer mit anschließender Ausbildung zur Pflegefachkraft, da im Pflegebereich ein Engpass an qualifizierten Arbeitnehmern besteht.

18 Der Maßstab für eine qualifizierte und damit mindestens zwei Jahre umfassende Ausbildung folgt aus § 6 I 2 BeschV. Praktika oder eine Einstiegsqualifizierung, mit der ein Ausländer erst die Voraussetzung für seine Ausbildungsfähigkeit und für die Ausbildungswilligkeit des Betriebs herstellen will, genügen nicht, vgl. *VGH Mannheim*, DVBl 2017, 330 (331) = BeckRS 2017, 100160.

19 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 5, 11 (dort mit falscher Zuordnung in der Nummerierung), so dass alle Schulformen erfasst sein sollen.

20 Vgl. Bundesrat, Stellungnahme v. 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, 3.

21 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 32.

22 Vgl. *OVG Koblenz*, NVwZ 2018, 163 Ls. = BeckRS 2017, 119656. In diesem Fall kommt künftig eine Versagung wegen Missbrauchs nach § 60 c I 2 AufenthG nF in Betracht.

23 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 5, 11.

dungseinrichtung geschlossen sein oder deren Zustimmung vorliegen, wie § 60 c III 3 AufenthG nF nun ausdrücklich klarstellt.[24]

Zeitlich kann der Antrag auf Erteilung der Ausbildungsduldung nach § 60 c III AufenthG nF frühestens sieben Monate vor Beginn der Berufsausbildung gestellt werden. Eine Verlängerung dieser Frist auf fünfzehn Monate forderte der Bundesrat[25] unter Verweis darauf, bei vielen Ausbildungsbetrieben liege die Bewerbungsfrist um einen Ausbildungsplatz um mehr als ein Jahr vor dem Ausbildungsbeginn und werde auch der Ausbildungsvertrag entsprechend frühzeitig geschlossen, so dass Ausbildungsbetrieb und Auszubildender frühzeitig Rechtssicherheit benötigten. Diese Verlängerung lehnte die Bundesregierung ab, denn mit der Ausbildungsduldung solle dem Ausbildungsbetrieb und dem Auszubildenden der Abschluss einer begonnenen Berufsausbildung ermöglicht werden. Dazu gäben die Vorverlagerung der Antragstellung auf sieben Monate und eine Erteilung der Ausbildungsduldung bereits sechs Monate vor Ausbildungsbeginn hinreichend Sicherheit gegenüber aufenthaltsbeendenden Maßnahmen durch die Ausländerbehörden.[26] Dies ist durchaus praxisgerecht, denn vielfach lässt sich über ein Jahr vor Beginn des Ausbildungsverhältnisses nicht wirklich abschätzen, ob der Ausländer im Zeitpunkt des Ausbildungsbeginns die nötige Ausbildungsfähigkeit (noch) erlangt haben wird, so dass die Prognose ein halbes Jahr zuvor einfacher ist. Zudem werden Betriebe mit Bewerbermangel eher bereit sein, auch noch sieben Monate vor Ausbildungsbeginn einen Ausbildungsvertrag einzugehen, um den Ausbildungsplatz überhaupt besetzen zu können. Schließlich können die Ausländerbehörden im Ermessensweg nach § 60 c VIII AufenthG nF iVm § 60 a II 1 AufenthG aF eine allgemeine Duldung erteilen,[27] um dem Ausbildungsbetrieb und dem Auszubildenden früher Planungssicherheit zu geben.

Wird die Ausbildungsduldung erst zeitnah zum vorgesehenen Ausbildungsbeginn erteilt, öffnet sich unter Umständen eine aufenthaltsrechtliche Lücke zB zwischen dem Ende eines Asylverfahrens und dem Ausbildungsbeginn. Da der Ausländer nach § 60 a II 1 AufenthG aF ausreisepflichtig und allgemein geduldet sein muss, hatte es die Ausländerbehörde in der Hand, zuvor noch die Aufenthaltsbeendigung durchzusetzen bzw. Maßnahmen hierfür einzuleiten und so die Erteilung einer Ausbildungsduldung nach § 60 a II 4 AufenthG aF zu sperren.[28] In der Zeitspanne zwischen dem Ende des bisherigen und dem Beginn des neuen Status gab der Gesetzgeber somit der Durchsetzung der im öffentlichen Interesse liegenden Ausreisepflicht den Vorrang gegenüber dem privaten Interesse des Ausländers, eine Ausbildung im Bundesgebiet aufnehmen und hierzu geduldet bleiben zu können.

Durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs in § 60 c I Nr. 1 AufenthG nF auf bereits während des Asylverfahrens begonnene Ausbildungen kann aber nun ein nahtloser Übergang aus der asylrechtlichen Aufenthaltsgestattung in die ausländerrechtliche Ausbildungsduldung stattfinden. Damit das Asylverfahren hierzu nicht aus rein verfahrenstaktischen Gründen in die Länge gezogen und erst beendet wird, wenn die sonstigen Voraussetzungen für eine Ausbildungsduldung geschaffen sind, sah der Entwurf der Bundesregierung für § 60 c II Nr. 2 AufenthG nF eine Karenzfrist von sechs Monaten voraus, in denen die Ausländerbehörde noch die Aufenthaltsbeendigung durchsetzen können soll.[29] Ein Asylbewerber soll also weiterhin nicht nahtlos aus dem Asylverfahren in die Ausbildungsduldung wechseln können. Der Bundesrat forderte die Streichung der Karenzfrist, sonst würden der Anwendungsbereich der Ausbildungsduldung erheblich reduziert und Personen benachteiligt, die bereits eine Ausbildungsplatzzusage, womöglich in einem Mangelberuf, hätten. Sie berücksichtige auch nicht, dass Ausbildungen sehr häufig zu festen Terminen im Jahr begännen.[30] Die Bundesregierung trat dem – aus den zur Forderung nach einer verlängerten Antragsfrist oben dargelegten Gründen – entgegen.[31] Auch hier sprach mehr für die Einführung der Karenzfrist als für ihre Streichung, um asyl- und migrationspolitische Fehlanreize zu vermeiden: Je einfacher es wird, aus dem visumslosen Asylverfahren heraus eine Ausbildung zu beginnen und einen gesicherten Aufenthaltsstatus zu erlangen, desto unattraktiver wird sonst der legislativ gewollte Regelfall einer visumsgesteuerten Einreise zur Ausbildung, wie ihn § 16 a AufenthG nF zur Fachkräftezuwanderung[32] vorsieht. Im Bundestag schließlich wurde die Karenzfrist für die Endfassung des Gesetzes von sechs auf drei Monate verkürzt.[33]

3. Die Ausschlussgründe – § 60 c II AufenthG nF

Mehr noch als § 60 a II und VI AufenthG aF konkretisiert § 60 c II AufenthG nF die Ausschlussgründe, welche eine Versagung der Ausbildungsduldung rechtfertigen. Es handelt sich im Wesentlichen um personen- und verhaltensbezogene Gründe, die das öffentliche Interesse an der Aufenthaltsbeendigung gegenüber dem privaten Interesse des Ausländers an einer Ausbildungsaufnahme und an seinem Verbleib im Bundesgebiet überwiegen lassen:

a) *Einreise zum Leistungsmissbrauch, selbst zu vertretende Abschiebungshindernisse, sicherer Herkunftsstaat – § 60 c II Nr. 1 AufenthG nF iVm § 60 a VI AufenthG aF.* § 60 c II Nr. 1 AufenthG nF verweist für die erste Gruppe genereller Ausschlussgründe auf den weiter geltenden allgemeinen Ausschlussgrund einer Beschäftigungserlaubnis zur Duldung nach § 60 a VI AufenthG aF Danach ist ein Ausländer erstens von einer Ausbildungsduldung ausgeschlossen, der sich in die Bundesrepublik Deutschland begeben hat, um Leistungen nach §§ 1 ff. AsylbLG zu erlangen. Dahinter steht der Gedanke, dass, wer ohne Schutzbedürftigkeit das Asylverfahren zum Bezug von Sozialleistungen missbraucht, keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können soll, um seinen Aufenthalt nicht zu verfestigen. Das öffentliche Interesse an seiner Aufenthaltsbeendigung bleibt vorrangig.

Diese Erwägungen gelten auch, wenn aufenthaltsbeendende Maßnahmen bei dem Ausländer aus Gründen, die er selbst zu vertreten hat, nicht vollzogen werden können. Wer zB durch Identitätstäuschung oder Dokumentenunterdrückung ein Abschiebungshindernis schafft, soll dafür nach § 60 a

24 Das Erfordernis der Eintragung wurde von der Rechtsprechung zu § 60 a II AufenthG aF entwickelt und soll die fachliche Prüfung der Ausbildungsfähigkeit von Ausbildungsbetrieb und Auszubildendem gewährleisten.
25 Dies forderte der Bundesrat, Stellungnahme v. 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, 7.
26 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 34.
27 Dies schließt die Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/8286, 17, jedenfalls nicht aus.
28 Sog bevorstehende konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung, dazu unten II 3 e.
29 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 15; für bis zum 31.12.2016 eingereiste (ehemalige) Asylbewerber findet die Karenzfrist nach § 104 XVII AufenthG keine Anwendung.
30 Vgl. Bundesrat, Stellungnahme v. 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, 3 f.
31 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 34.
32 Vgl. Art. 1 Nr. 11 des Entwurfs eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes, BT-Drs. 19/8285, 13.
33 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 2, 5 (dort ohne nähere Begründung).

VI 1 Nr. 2, S. 2 AufenthG aF nicht noch durch eine Ausbildungsduldung „belohnt" werden.[34]

Schließlich ist auch ein Ausländer aus einem sicheren Herkunftsstaat ausgeschlossen, wenn sein nach dem 31.8.2015 gestellter Asylantrag[35] abgelehnt wurde. Auch hier soll der Anreiz für von vornherein nicht schutzbedürftige Asylbewerber verringert werden, unter Umgehung des ausländerrechtlichen Visumsverfahrens einzureisen, einen absehbar aussichtslosen Asylantrag zu stellen und zu hoffen, nach einem erfolglosen Asylverfahren doch noch zur Erwerbstätigkeit im Bundesgebiet bleiben zu können.[36] Dazu soll der Ausschlussgrund für Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten in § 60 a VI 1 Nr. 3 AufenthG nF noch erweitert werden auf Fälle, in denen der Asylantrag zur Vermeidung einer behördlichen Ablehnung zurückgenommen wird. Lediglich wenn die Antragsrücknahme nicht aus taktischen Erwägungen zur Umgehung des generellen Erwerbstätigkeitsverbots sondern aufgrund einer entsprechenden Beratung durch das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge erfolgt, erfüllt diese Rücknahme nicht den Versagungsgrund. Auch Ausländer, die nach irregulärer Einreise keinen Asylantrag gestellt haben, fallen bislang nicht unter diesen Versagungsgrund und werden zukünftig ebenfalls erfasst.[37]

b) *Karenzfrist einer Duldung seit mindestens drei Monaten – § 60 c II Nr. 2 AufenthG nF.* Um der Ausländerbehörde nach der Beendigung eines Asylverfahrens überhaupt die Gelegenheit zur Durchsetzung der Ausreisepflicht zu geben und ihr diese Aufgabenerfüllung nicht durch einen Anspruch auf nahtlose Erteilung einer Ausbildungsduldung zu sperren, sieht § 60 c II Nr. 2 AufenthG nF eine Karenzfrist von mindestens drei Monaten vor, in denen der Ausländer – aus anderen Gründen als einer Ausbildungsduldung[38] – geduldet gewesen sein muss, bevor er eine Ausbildungsduldung beantragen kann. Der Bundesrat schlug die Streichung dieser Karenzfrist aus den oben dargelegten Gründen vor, dem die Bundesregierung widersprach.[39] Dies ist letztlich überzeugend, denn abgelehnten Asylbewerbern und sonst ausreisepflichtigen Ausländern steht immer noch der reguläre Weg der freiwilligen Ausreise und der Wiedereinreise im Visumsverfahren zum Zweck der Ausbildung offen. Gegenüber erstmals im Visumsverfahren ausbildungswillig einreisenden Ausländern sind sie immer noch bevorzugt, da sie bereits während ihres ersten Aufenthalts im Bundesgebiet den Kontakt zum Ausbildungsbetrieb knüpfen und die Grundlage für eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausbildung im Inland schaffen konnten. Im Bundestag schließlich wurde die Karenzfrist für die Endfassung des Gesetzes von sechs auf drei Monate verkürzt.[40]

c) *Identitätsklärung – § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF.* Ein weit – wenn nicht zu weit – reichendes Entgegenkommen gegenüber ausreisepflichtigen aber ausbildungswilligen Ausländern stellt die komplexe Regelung zur Identitätsklärung in § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF dar:

Die gesetzliche Grundregel des § 3 AufenthG ist eindeutig: Ausländer dürfen sich im Bundesgebiet nur aufhalten, wenn sie einen gültigen Reisepass oder Passersatz besitzen; liegt dieser vor, ist zugleich im Regelfall auch ihre Identität nach § 5 I Nr. 1 a und Nr. 4 AufenthG geklärt. Mithin könnte der Gesetzgeber durch einfachen Verweis auf diese Regelungen auch für die Ausbildungsduldung, die später nach § 18 a Ia AufenthG aF bzw. § 19 d Ia AufenthG nF in eine Aufenthaltserlaubnis für zwei Jahre münden soll und deren Erteilung nach § 5 I Nr. 1 a und Nr. 4 AufenthG ohnehin neben einer Identitätsklärung vor allem den Passbesitz voraussetzt, die Passvorlage zur Mindestvoraussetzung erklären. Auf diese Weise würde er eine Besserstellung von ausbildungswilligen und bereits im Bundesgebiet geduldeten Ausländern gegenüber ebenfalls ausbildungswilligen aber hierfür das Visumsverfahren durchlaufenden Ausländern vermeiden und der Durchsetzung der Passpflicht im Inland größeres Gewicht verschaffen.

Stattdessen setzt der Gesetzgeber auf eine zeitlich gestaffelte und sachlich gegenüber der Passpflicht deutlich abgeschwächte Regelung zur bloßen Identitätsklärung: Nach § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF muss im Zeitpunkt der Erteilung der Ausbildungsduldung die Identität eines ausbildungswilligen Ausländers zeitlich gestaffelt geklärt sein, dh für einen bereits vor dem Jahr 2017 eingereisten Ausländer, der damit die längste Zeit zur Verfügung hatte, seine Identität zu klären, bis zur Antragstellung auf Ausbildungsduldung. Wer erst im Jahr 2017 oder danach eingereist ist, hat bis zu einem Termin nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 60 c AufenthG nF Zeit, seine Identität zu klären, spätestens aber bis zur Antragstellung auf Ausbildungsduldung. Wer erst nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 60 c AufenthG nF einreist, muss innerhalb der ersten sechs Monate seine Identität klären.

Allerdings schwächt der Gesetzgeber dieses Erfordernis für alle ausbildungswilligen Ausländer zeitlich und inhaltlich nochmals ab: Zeitlich gilt die Frist bereits nach § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF als gewahrt, wenn der Ausländer innerhalb dieser Frist wenigstens alle erforderlichen und ihm zumutbaren Maßnahmen für die Identitätsklärung ergriffen hat, die Identität aber aus von ihm nicht zu vertretenden Gründen erst nach Ablauf der Frist geklärt werden kann. Nicht von ihm zu vertretende Gründe müssen außerhalb seiner Einflusssphäre liegen, zB verzögerte Dokumentenerstellungen durch Behörden seines Heimatstaats, aber nicht Verzögerungen infolge unrichtiger oder unvollständiger Angaben zu seinen Personalien im oder nach dem Asylverfahren. Soweit der Gesetzgeber hierbei insbesondere den Umstand berücksichtigen will, dass es Asylsuchenden während des gesamten Asylverfahrens bis zu dessen unanfechtbaren Abschluss unzumutbar sein soll, sich einen Pass zu beschaffen oder in sonstiger Weise mit der Auslandsvertretung ihres Herkunftsstaates in Kontakt zu treten,[41] ist dieses Argument in seiner Pauschalität schlicht falsch: Einem Asylbewerber ist die Kontaktaufnahme mit dem Herkunftsstaat nur unzumutbar, soweit er eine staatliche oder staatlich geduldete Ver-

34 Der Ausschluss nach § 60 a VI Nr. 2 AufenthG greift zB wegen mangelnder Mitwirkung an der Passbeschaffung bzw. Beschaffung von Identitätspapieren, vgl. *VGH Mannheim*, Asylmagazin 2019, 76.

35 Dabei kommt es nicht auf die Stellung eines Asylgesuchs sondern erst auf die förmliche Asylantragstellung nach § 14 I AsylG an, denn erst damit hat der nach § 29 a AsylG vermutet nicht Schutzbedürftige das Asylverfahren missbraucht, vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2019, 243 = InfAuslR 2019, 64.

36 Vgl. *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2019, 243 = InfAuslR 2019, 64 (65). Flankierend zu diesen Verschärfungen für Asylbewerber aus sicheren Herkunftsstaaten wurden Erleichterungen bei der legalen Erwerbsmigration für hierzu zählende Staatsangehörige mehrerer Staaten des westlichen Balkan geschaffen.

37 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 14.

38 Dies folgt aus § 60 c I Nr. 2 AufenthG nF, wonach er im Besitz einer Duldung nach § 60 a AufenthG sein muss, was ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung und der Antragstellung nur noch eine allgemeine Duldung sein kann („im Besitz einer Duldung nach § 60 a ist" – Präsens!), da die Fälle des Abbruchs einer bereits geduldeten Ausbildung gesondert von § 60 c VI AufenthG nF erfasst werden.

39 Vgl. BR-Drs. 8/19, 4; dazu Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 32.

40 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 2, 5 (dort ohne nähere Begründung).

41 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 15.

folgung iSd Art. 16 a I GG oder § 3 AsylG geltend macht; seinem Herkunftsstaat nicht zurechenbare Verfolgungshandlungen Dritter iSd § 3 c Nr. 2 oder Nr. 3 AsylG, Bürgerkriegsereignisse ohne Verfolgungscharakter iSd § 4 I 2 Nr. 3 AsylG oder spezifische Gefahren nach § 60 V oder VII AufenthG machen weder im Umkehrschluss aus § 72 I Nr. 1 AsylG eine Passbeschaffung noch im Umkehrschluss aus § 15 II Nr. 4 AsylG eine Passvorlage[42] unzumutbar. Erst recht gilt das, wenn ein Asylbewerber aus dem (aussichtslosen) Asylverfahren heraus bereits eine Ausbildungsduldung beantragt und hierzu sein Asylverfahren erst beenden muss – darauf kann er sich frühzeitig einstellen und die erforderlichen Schritte zur Passbeschaffung einleiten und nachweisen.

Weiter schwächt der Gesetzgeber die inhaltlichen Anforderungen fast bis zur Funktionslosigkeit ab, denn er verlangt zur Identitätsklärung nicht etwa kategorisch die Beschaffung eines Reisepasses, wozu der geduldete Ausländer nach § 3 I 1 iVm § 48 I und III AufenthG ohnehin – und nicht erst für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a Ia AufenthG aF bzw. § 19 d Ia AufenthG nF in Verbindung mit nach § 5 I Nr. 4 AufenthG – verpflichtet ist. Sondern der Gesetzgeber will statt eines Reisepasses zur Identitätsklärung alle „geeigneten Mittel" genügen lassen wie amtliche Dokumente aus dem Herkunftsstaat, die biometrische Merkmale und Angaben zur Person enthalten, zB einen Führerschein, einen Dienstausweis oder eine Personenstandsurkunde mit Lichtbild, notfalls auch geeignete amtliche Dokumente aus dem Herkunftsstaat ohne biometrische Merkmale wie zB Geburtsurkunde, Heiratsurkunde, Meldebescheinigung, ja sogar Schulzeugnisse oder Schulbescheinigungen, wenn sie geeignet sind, auf ihrer Basis Pass- oder Passersatzpapiere zu beschaffen. Als unterstes Niveau noch akzeptabler Dokumente soll also alles ausreichen, womit eine deutsche Ausländerbehörde notfalls noch bei den (mutmaßlichen) Heimatbehörden des Ausländers Passersatzpapiere zu dessen Rückführung beantragen kann. Das Wohlwollen und die Verwaltungsqualität der Heimatbehörden werden also zum Maßstab der von deutschen Behörden zu stellenden Anforderungen an vom Ausländer vorzulegende Dokumente! Auf diese Weise wird die Bringschuld des Ausländers nach § 15 II Nr. 4 AsylG und §§ 3, 5 I Nr. 4, § 48 III AufenthG zur Holschuld der Ausländerbehörde: Erteilt sie auf Basis vorgelegter Dokumente und unter Verzicht auf die Durchsetzung der Passpflicht die beantragte Ausbildungsduldung und scheitert die Ausbildung, kann sie den Ausländer mangels hinterlegten Reisepasses weiterhin nicht zurückführen, sondern muss erst ein aufwändiges Verfahren zur Passersatzbeschaffung mit den Heimatbehörden durchführen. Bis das Abschiebungshindernis beseitigt ist, fällt der Ausländer wieder unter die allgemeine Duldung nach § 60 a II AufenthG. Er gewinnt durch die Ausbildungsduldung die Chance auf einen legalen Aufenthalt durch berufliche Integration, aber die Bundesrepublik verbessert dabei nicht ihre Chance, ihn im Fall des Scheiterns seiner Integration auch zeitnah zurückführen zu können.

Diese qualitativen Abstriche von den gesetzlichen Anforderungen des § 3 I 1 AufenthG sind sachlich nicht mehr zu rechtfertigen, denn sie begünstigen illegal aufhältige ausreisepflichtige Ausländer zu Unrecht gegenüber erst legal im Visumsverfahren in der so genannten Fachkräftezuwanderung einreisewilligen Ausländern, die über §§ 3, 5 I Nr. 4 AufenthG selbstverständlich einen gültigen Reisepass vorlegen und während ihres gesamten Aufenthalts im Bundesgebiet auch besitzen müssen. Zudem verursacht die unklare Regelung einen erheblichen bürokratischen Aufwand und wird zu Rechtsunsicherheit in den Behörden und Verwaltungsgerichten führen, wann welche Dokumente des Herkunftsstaats ausreichen.[43]

Statt mit dem Ausschlussgrund der nicht (rechtzeitig) geklärten Identität konsequent die Folgen des behauptet dokumentenlosen Zuzugs einer großen Zahl von Schutzsuchenden in das Bundesgebiet im Jahr 2015 dadurch auszugleichen, dass er die Vergünstigung der Ausbildungsduldung konsequent an die hinreichende Mitwirkung des Ausländers durch Passvorlage knüpft, macht der Gesetzgeber unverhältnismäßige Abstriche von den gesetzlichen Grundpflichten. So sendet er das migrationspolitisch verheerende Signal in die Welt, dass die hohen Anforderungen an die Fachkräftezuwanderung (zu Ausbildungszwecken) durch die Einreise im Asylverfahren und die Ausbildungsduldung letztlich einfach umgangen werden können. Wer hingegen seine wahren Einreisemotive in einem aufwändigen Visumsverfahren mit unbekanntem Ausgang offenlegt, ist schlechter gestellt als ein ausreisepflichtiger aber nicht ausreise- sondern nur ausbildungswilliger Ausländer. „Der Ehrliche ist der Dumme!"

Letztlich gäbe es eine praktikable Alternative, die einen wesentlich geringeren bürokratischen Aufwand verursachte und zugleich unnötige Verwaltungsgerichtsverfahren über die Frage, ob im Einzelfall vorgelegte Dokumente für die Beschaffung von Passersatzpapieren ausreichend sind oder nicht, vermeiden hülfe: Würde § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF für den Zeitpunkt der Erteilung der Ausbildungsduldung nicht nur die Identität eines ausbildungswilligen Ausländers als geklärt voraussetzen, sondern auch die Vorlage eines gültigen Reisepasses des Herkunftsstaats verlangen, wäre die Anreizwirkung, sich unverzüglich um einen Reisepass zu bemühen, für den Ausländer deutlich größer. Sollte er im Zeitpunkt der beabsichtigten Aufnahme seiner Ausbildung alle Voraussetzungen hierfür bis auf den Reisepass erfüllen, kann ihm eine zeitlich zB zunächst auf sechs Monate befristete allgemeine Duldung mit der Möglichkeit zur Erwerbstätigkeit und Ausbildungsaufnahme nach § 60 a II 4 iVm § 60 c VIII AufenthG nF erteilt werden. Das ausländerbehördliche Ermessen ließe sich sogar dahin steuern, dass § 60 c VII AufenthG nF entsprechend angepasst, die dortige Ermessensklausel für die Identitätsklärung gestrichen und stattdessen in einem neu gefassten § 60 c VII 1 AufenthG eine Regel-Erteilung („soll ... erteilt werden") für eine auf sechs Monate befristete allgemeine Duldung vorgesehen wird, sofern der Ausländer bis zum Zeitpunkt der Ausbildungsaufnahme nachweislich alles ihm Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um seine Identität zu klären und die Voraussetzungen für eine Passbeschaffung zu erfüllen. Wäre nach sechs Monaten – aus vom Ausländer nicht zu vertretenden Gründen – immer noch kein Reisepass beschafft, könnte in einem neuen § 60 c VII 2 AufenthG eine Regel-Verlängerung jeweils um weitere sechs Monate, notfalls bis zum Abschluss der Ausbildung, vorgesehen werden. Der Vorteil einer solchen Regelung läge auch darin, dem Ausländer die Erteilung einer vollwertigen Ausbildungsduldung nach § 60 c AufenthG und zugleich einen Anspruch

42 In vielen Fällen behaupteten Passverlustes werden im Nachhinein – vor der Einreise ins Bundesgebiet ausgestellte – Reisepässe vorgelegt, wenn sich nur die Perspektive eines legalen Aufenthalts zB durch Eheschließung oder Vaterschaftsanerkennung eröffnet, wie Behörden und Gerichte immer wieder feststellen.

43 Dazu kommt, dass es zB in einigen Herkunftsstaaten kein belastbares Urkundswesen gibt, so dass allenfalls durch einen Reisepass ein international anerkannter Identitätsnachweis erbracht ist. Und selbst dieser mag formell echt aber inhaltlich unwahr sein, vgl. den von *OVG Bremen*, InfAuslR 2019, 104 = BeckRS 2018, 34054, entschiedenen Fall.

auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a Ia AufenthG aF bzw. § 19 d Ia AufenthG nF unter Durchbrechung der Sperrwirkung des § 10 AufenthG zu verwehren, bis der schließlich für die Aufenthaltserlaubnis ohnehin unverzichtbare Reisepass vorgelegt ist. Aber er kann in dieser Zeit seine Ausbildung durchführen und seine Integrationsfähigkeit unter Beweis stellen.

Nur so ließe sich das systematische Abstandsgebot zwischen der (Ausbildungs-)Duldung als Regelung eines unerlaubten Aufenthalts einerseits und der Aufenthaltserlaubnis zu Ausbildungszwecken zur Regelung eines erlaubten Aufenthalts andererseits wahren: Wer ohne Dokumente, unerlaubt und nicht schutzbedürftig nach Deutschland eingereist ist, hat keine geringeren Anstrengungen zur Legalisierung seines Aufenthalts zu unternehmen als ein Ausländer, der von Anfang an die Anforderungen des deutschen Ausländerrechts für Aufenthalt und Einreise erfüllt!

d) *Erhebliche Strafbarkeit ua – § 60 c II Nr. 4 AufenthG nF.* Um nur integrationsbereite Ausländer in den Genuss der Ausbildungsduldung kommen zu lassen, sind eine Straffälligkeit oberhalb einer Bagatellgrenze und Extremismus- oder Terrorismusbezüge zwingende Ausschlussgründe. Bereits bisher galt die Bagatellgrenze nach § 60 a II 6 AufenthG aF für im Bundesgebiet begangene vorsätzliche Taten mit der Sanktion durch Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylgesetz nur von Ausländern begangen werden können. Sie wurde in § 60 c II Nr. 4 AufenthG nF übernommen und durch einen Verweis auf den identischen Ausschlussgrund des § 18 a I Nr. 6 und Nr. 7 AufenthG aF bzw. § 19 d I Nr. 6 und Nr. 7 AufenthG nF ersetzt.[44] Damit auch bei noch offenem Strafverfahren wegen der Unschuldsvermutung keine Ausbildungsduldung erteilt werden muss, sondern der Ausgang des Strafverfahrens von der Ausländerbehörde abgewartet werden kann, wurde die zur Beschäftigungsduldung vorgesehene Regelung, wonach die Entscheidung über die Erteilung der Beschäftigungsduldung in den Fällen, in denen im Zeitpunkt der Entscheidung über eine Beschäftigungsduldung gegen den Ausländer wegen des Verdachts auf eine Straftat ermittelt wird, bis zum Abschluss des Verfahrens auszusetzen ist, in § 79 V AufenthG nF mit dem Unterschied auf die Ausbildungsduldung übertragen, dass öffentliche Klage wegen einer Straftat erhoben worden sein muss.[45] Ansonsten bliebe nur die nachträgliche Rücknahme der bereits erteilten Begünstigung, was mit Blick auf einen etwaigen Vertrauensschutz des Ausländer neue Probleme aufwerfen und ein zusätzliches behördliches und gegebenenfalls sogar gerichtliches Verfahren nach sich ziehen würde. Dabei sind Antragsteller für eine Ausbildungsduldung gegenüber jenen für eine Beschäftigungsduldung privilegiert, deren Regel-Erteilungsanspruch bereits wegen Ermittlungen wegen des Verdachts einer Straftat ausgesetzt werden kann, währen der strikte Anspruch auf Ausbildungsduldung erst wegen Erhebung der öffentlichen Klage und damit eines gesteigerten Verdachts ausgesetzt werden kann.

Der Bundesrat schlug zusätzlich einen Versagungsgrund in einem neuen § 60 c II Nr. 4 a AufenthG nF vor, wonach ein aufgrund einer Ausweisung oder Abschiebungsanordnung bestehendes Einreise- und Aufenthaltsverbot die Erteilung einer Ausbildungsduldung ebenfalls sperren soll. Ebenso forderte er eine Erlöschensregelung für eine Ausbildungsduldung im Fall einer Ausweisung des Ausländers oder einer Bekanntgabe einer Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG.[46] Die Bundesregierung erachtete die geforderte Rechtsänderung in einem neuen § 60 c II Nr. 4 a AufenthG nF nicht für erforderlich, denn bestehe eine Ausweisungsverfügung, so sei diese durch eine Aufenthaltsbeendigung zu vollziehen. Könne sie nicht vollzogen werden, sollte die Möglichkeit für die Erteilung einer Beschäftigungsduldung nicht generell versperrt werden. In Bezug auf die Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG sei eine Ergänzung nicht erforderlich, da dieser Sachverhalt bereits über § 60 d I Nr. 8 AufenthG nF erfasst sei. Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar, denn der Verweis auf die Beschäftigungsduldung ändert nichts an der Problematik einer fortbestehenden und ohne Regulativ zum Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis führenden Ausbildungsduldung. Schließlich wurde im Bundestag auf Vorschlag des zuständigen Ausschusses der Vorbehalt einer vorliegenden Ausweisungsverfügung oder Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG aufgenommen, um die Erteilung einer Ausbildungsduldung auszuschließen und zu gewährleisten, dass dann eine Aufenthaltsbeendigung nicht an einem Anspruch auf Erteilung einer Ausbildungsduldung scheitern kann.[47]

Zudem setzt, wie bereits ausgeführt, die Erteilung einer Ausbildungsduldung nach gegenwärtigem Stand des Gesetzentwurfs gerade keinen Passbesitz voraus, dh das Risiko der Durchführbarkeit einer Aufenthaltsbeendigung läge alleine bei der Ausländerbehörde und ginge damit zulasten der öffentlichen Sicherheit in Deutschland. Umso mehr wäre also ein Passbesitz in § 60 c AufenthG nF zwecks erfolgversprechender Aussicht auf Aufenthaltsbeendigung vorauszusetzen.

e) *Bevorstehende aufenthaltsbeendende Maßnahmen – § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF.* Ein in § 60 a II 4 AufenthG aF unzureichend konkretisierter Ausschlussgrund wird nun in § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF detailliert geregelt: Die konkret bevorstehende aufenthaltsbeendende Maßnahme. Darin soll ein Zielkonflikt gelöst werden zwischen dem Anspruch des ausreisepflichtigen Ausländers auf Erteilung einer Ausbildungsduldung einerseits und dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung seiner Ausreisepflicht. Die ursprüngliche Ausschlussklausel gelangte erst in den Beratungen im Bundestag in § 60 a II 4 AufenthG aF. Der Durchsetzung der Ausreisepflicht sollte Vorrang eingeräumt werden, wenn die Ausländerbehörde aufenthaltsbeendende Maßnahmen konkret vorbereitet, also die Abschiebung, Zurückschiebung oder Überstellung des Ausländers absehbar ist.[48]

In der damaligen Gesetzesfassung waren zeitliche und inhaltliche Einzelheiten offengeblieben, dh in welchem Zeitpunkt die aufenthaltsbeendenden Maßnahmen eingeleitet sein mussten, um die Erteilung einer Ausbildungsduldung zu sperren, sowie welche behördlichen Maßnahmen hierfür ausreichen sollten. Die Gesetzesmaterialien nannten nur beispielhaft die Antragstellung für ein Pass(ersatz)papier, die Terminierung einer Abschiebung oder ein laufendes Verfahren zur Dublin-Überstellung,[49] was nur einen Teil der pra-

44 So soll ein Gleichlauf zu den Voraussetzungen der perspektivischen Aufenthaltserlaubnis hergestellt werden, vgl. BT-Drs. 19/8286, 15.

45 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 6, 12.

46 Das schlug der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, 5, vor, um zu vermeiden, dass aus Gründen der öffentlichen Sicherheit ausgewiesene Ausländer trotzdem eine Ausbildungsduldung beantragen, erhalten oder mangels Erlöschenstatbestands im Falle einer späteren Ausweisung erfolgreich abschließen und einen Anspruch auf Aufenthaltserlaubnis erwerben könnten.

47 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 5, 10.

48 Das schlug der Ausschuss für Arbeit und Soziales, Beschlussempfehlung v. 6.7.2016, BT-Drs. 18/9090, 10, 25, vor.

49 Vgl. Ausschuss für Arbeit und Soziales, Beschlussempfehlung v. 6.7. 2016, BT-Drs. 18/9090, 25.

xisrelevanten ausländerbehördlichen Maßnahmen abdeckte und zu einer Kasuistik der Verwaltungsgerichte führte. Nun enthält § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF einen detaillierten Kriterienkatalog, um eine bundesweit einheitliche Anwendung zu sichern, nachdem sich hinsichtlich dieses Tatbestandsmerkmals in den Ländern unterschiedliche Verständnisse etabliert hätten.[50]

Zeitlich maßgeblich für das Vorliegen von konkret bevorstehenden Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung soll wie bisher[51] der Zeitpunkt der Antragstellung auf eine Ausbildungsduldung für eine konkret beabsichtigte Ausbildung sein.[52] Das weitere Kriterium des hinreichenden sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs zur Aufenthaltsbeendigung schließt Fälle aus, in denen die Abschiebung von vornherein aussichtslos ist, weil zB der Herkunftsstaat des Ausländers keine Passersatzpapiere auf Betreiben deutscher Behörden ausstellt oder eine Rückführung an fehlenden Verkehrsverbindungen in den Zielstaat scheitern muss oder eine Selbstbeschränkung in der Abschiebungspraxis greift,[53] die behördliche Einleitung von Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung also keine Aussicht auf Erfolg hat. Scheitert eine Antragstellung für Passersatzpapiere aber bereits an der mangelnden Mitwirkung des Ausländers, der entgegen § 3 und § 48 AufenthG keinen Reisepass beantragt und auch am Verfahren zur Erlangung von Passersatzpapieren nicht im gebotenen Umfang mitwirkt, greift bereits die Ausschlussklausel des § 60 c II Nr. 1 iVm § 60 a VI 1 Nr. 2 AufenthG nF.

Inhaltlich sieht § 60 c II Nr. 5 Buchst. a AufenthG nF als erste Maßnahme eine ausländerbehördlich veranlasste ärztliche Untersuchung zur Feststellung der Reisefähigkeit an. Diese dient unmittelbar der Abschiebung,[54] da ihr Ergebnis die in § 60 a IIc 1 AufenthG enthaltene Vermutung, dass einer Abschiebung des Ausländers gesundheitliche Gründe nicht entgegenstehen, entweder bestätigt oder eine vorgelegte ärztliche Bescheinigung nach § 60 a IId 3 AufenthG widerlegt. Wurde in der ärztlichen Untersuchung lediglich eine vorübergehende Reiseunfähigkeit festgestellt, die mit einer entsprechenden medizinischen Versorgung behoben werden kann, stellt auch die angeordnete Untersuchung noch eine konkrete Maßnahme zur Aufenthaltsbeendigung dar; demgegenüber hindert eine festgestellte längerfristige oder dauerhafte Reiseunfähigkeit nicht die Erteilung der Ausbildungsduldung.[55]

Umstritten war die weitere in § 60 c II Nr. 5 Buchst. b AufenthG nF vorgesehene Maßnahme, wenn der Ausländer nach Erteilung der Ausbildungsduldung einen Antrag zur Förderung einer freiwilligen Ausreise mit staatlichen Mitteln gestellt hat, da mit der Ausreise die Ausbildungsduldung erlischt.[56] Diese Überlegung ist insofern richtig, als jede Duldung und damit auch die Ausbildungsduldung nach § 60 a II AufenthG nur die Aussetzung der zwangsweisen Abschiebung des Ausländers darstellt, ihn aber nicht von der Erfüllung seiner gesetzlichen Ausreisepflicht nach § 50 I AufenthG entbindet, geschweige denn daran hindert. Ungeschickt hieran ist aber, dass die Antragstellung freiwillig erfolgt und der Sache nach keine behördliche Maßnahme gegen den Willen des Ausländers darstellt, sondern sogar eine behördliche Unterstützung umfasst. Der Bundesrat verlangte daher zu Recht die Streichung dieses Kriteriums, da es kontraproduktiv wäre, an die Beantragung von Mitteln zur freiwilligen Ausreise negative Folgen zu knüpfen.[57] Die Bundesregierung räumte ein, dass die Beantragung von Mitteln zur freiwilligen Ausreise zwar keine Maßnahme zur zwangsweisen Aufenthaltsbeendigung darstellt; lehnte den Vorschlag aber mit der nicht überzeugenden Argumentation ab, der Antrag sei jedoch Voraussetzung für die finanzielle Förderung, die eine konkrete Maßnahme zur Förderung der freiwilligen Aufenthaltsbeendigung darstelle.[58] Doch die freiwillige Ausreise des Ausländers ist gerade keine behördliche Maßnahme zur Aufenthaltsbeendigung – erst recht keine gegen den Willen des Ausländers – und daher systematisch in § 60 c II Nr. 5 Buchst. b AufenthG nF fehl am Platz. Sinnvoller wäre daher eine klarstellende Ergänzung in § 60 c IV 1 AufenthG nF dahin, dass die Ausbildungsduldung auch mit der dauerhaften Ausreise des Ausländers erlischt, gleich aus welchem Grund die Ausreise erfolgt.

An die Kasuistik zu § 60 a II 4 AufenthG aF hingegen knüpft die in § 60 c II Nr. 5 Buchst. c AufenthG nF vorgesehene Maßnahme der Buchung von Transportmitteln für die Abschiebung an. Dazu zählt insbesondere die Buchung eines Flugs für den konkret benannten Ausländer oder seine namentliche Aufnahme in eine Liste für eine bevorstehende Sammelabschiebung oder die Übergabe der ihn betreffenden Ausländerakte an die für die Rückführung zuständige Behörde bzw. diesen Behördenteil.[59] Ab diesem Zeitpunkt hat sich die Ausländerbehörde nach außen – nicht notwendig für den Ausländer – erkennbar zur Rückführung entschlossen. Ob diese Rückführung auch wirklich stattfindet, ob ihr tatsächliche oder rechtliche Hindernisse noch entgegenstehen, ist ab diesem Zeitpunkt nicht mehr im Rahmen einer Ausbildungsduldung nach § 60 c I AufenthG nF zu prüfen, sondern allenfalls im Rahmen einer allgemeinen Duldung § 60 a II 1 AufenthG.

Eine Auffangklausel stellt § 60 c II Nr. 5 Buchst. d AufenthG nF dar, wonach vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahmen, soweit sie nicht von vornherein absehbar erfolglos sind, ebenfalls die Ausbildungsduldung ausschließen. Der Gesetzentwurf nennt als Beispiele hierfür die behördliche Vereinbarung eines Vorführungstermins für den Ausländer bei der Botschaft des Herkunftsstaates zur Vorbereitung der Rückführung, auch wenn der Termin selbst erst in einem angemessenen Zeitraum nach der Antragstellung für die Ausbildungsduldung angesetzt ist. Dies ist zutreffend, denn die Vorstellung des Ausländers bei der Auslandsvertretung seines mutmaßlichen Herkunftsstaats dient der Durchsetzung seiner Mitwirkungspflichten an seiner Identifizierung und Dokumentenbeschaffung nach § 48 III AufenthG und kann notfalls zwangsweise nach § 82 IV 2 AufenthG durch polizeiliche Vorführung durchgesetzt werden. Es handelt sich also um eine behördliche Maßnahme zur Identifizierung und Dokumentenbeschaffung für eine Aufenthaltsbeendigung, wenn der Ausländer nicht selbst zur Vorsprache bereit

50 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 15.
51 Zu § 60 a II AufenthG aF *VGH München*, Beschl. v. 5.2.2019 – 10 CE 19.204, BeckRS 2019, 985 Rn. 4 aE.
52 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 15.
53 Vgl. als Bsp. den vorläufigen Verzicht der Bundesregierung auf Abschiebungen nach Afghanistan, dazu *VGH München*, Beschl. v. 20.11.2018 – 10 CE 18.1598, BeckRS 2018, 32436 Rn. 15.
54 Vgl. *VGH München*, Asylmagazin 2019, 77 L = BeckRS 2018, 32939.
55 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 15. Bis zur Erteilung der Ausbildungsduldung kommt eine allgemeine Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG für die Dauer der Reiseunfähigkeit in Betracht.
56 Die Stellung eines Antrags zur Förderung der freiwilligen Ausreise mit staatlichen Mitteln stellt für sich noch keinen Grund für ein Erlöschen oder den Widerruf der Ausbildungsduldung dar. Mit der Ausreise erlischt jedoch die Ausbildungsduldung, so BT-Drs. 19/8286, 15.
57 Das schlug der Bundesrat in seiner Stellungnahme v. 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, 6, vor.
58 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 34.
59 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 16.

ist. Keine vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahme soll die Aufforderung zur Pass- oder Passersatzbeschaffung sein.[60] Dies ist nachvollziehbar, denn anderenfalls könnte eine strengere behördliche Aufforderung zur Pass- oder Passersatzbeschaffung die weniger strenge Gesetzesvorgabe des § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF einer Mitwirkung lediglich an seiner Identitätsklärung, nicht notwendigerweise aber einer Erfüllung seiner Passpflicht,[61] unterlaufen. Als weitere vergleichbar konkrete Maßnahme wurden in der Gesetzesbegründung die Einleitung eines Dublin-Rückführungsverfahrens nach Art. 20 I VO (EU) Nr. 604/2013,[62] ein Antrag auf Anordnung der Sicherungshaft nach § 62 III AufenthG, des Ausreisegewahrsams nach § 62 b AufenthG sowie die Ankündigung des Widerrufs einer Duldung nach § 60 a V 4 AufenthG angesehen.[63]

Demgegenüber schlug der Bundesrat vor, § 60 c II Nr. 5 Buchst. d AufenthG nF zu streichen, weil die Regelung zu unbestimmt sei und in der Zusammenschau mit den recht unterschiedlichen Maßnahmen, die unter § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF aufgeführt seien, nicht erkennbar sei, welche Maßnahmen zu einer Versagung einer Ausbildungsduldung führten.[64] § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF sei insgesamt zu überprüfen und enger zu fassen.[65] Die Bundesregierung lehnte diese Forderung unter Verweis auf eine in den Ländern bisher unterschiedliche Anwendungspraxis zu § 60 a II 4 AufenthG aF ab. Diese beruhe auch auf einer mangelnden Konkretheit der geltenden Regelung. Dem solle die vorgeschlagene Neufassung mit einer abschließenden Benennung der Maßnahmen abhelfen.[66] Die Forderung des Bundesrats ist insofern berechtigt, als § 60 c II Nr. 5 AufenthG nF nur verbal aber nicht in der Sache eine abschließende Regelung darstellt, weil § 60 c II Nr. 5 Buchst. d AufenthG nF gerade eine auslegungsbedürftige und auslegungsfähige Klausel („vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahmen") enthält, die durch die aufgeführten „Beispiele" erst konkretisiert werden soll. Angesichts der Vielgestaltigkeit der tatsächlichen Abschiebungshindernisse, mit denen Ausländerbehörden bei der Durchsetzung der Ausreisepflicht befasst sind und unter denen fehlende Identitätsnachweise und Dokumente nur ein Haupthindernis sind,[67] dürfte eine konkretere Fassung aber kaum in Betracht kommen. Letztlich handelt es sich um die drei Fallgruppen der gesundheitsbezogenen Vorbereitungsmaßnahmen (Klärung der individuellen Reisefähigkeit gegebenenfalls unter Überprüfung vorgelegter Atteste), der dokumentenbezogenen Vorbereitungsmaßnahmen (Beschaffung von Pass- oder Passersatzpapieren ohne Mitwirkung des Betroffenen) und der personenbezogenen Vorbereitungsmaßnahmen (Sicherung der Greifbarkeit des Ausländers für eine Abschiebung durch Ingewahrsamnahme etc.). Alle derartigen Maßnahmen, die ohne oder gegen den Willen des Ausländers durchgeführt werden und auf die Ermöglichung seiner Abschiebung zielen,[68] sind konkrete Vorbereitungsmaßnahmen; Maßnahmen zu oder unter seiner Mitwirkung hingegen reichen hierfür noch nicht aus, wie das oben genannte Beispiel der Dokumentenbeschaffung zeigt.[69]

4. Die Folgen von Änderungen der für die Erteilung der Ausbildungsduldung maßgeblichen Umstände

Die Neuregelung begründet in § 60 c I AufenthG nF den Anspruch auf Erteilung der Ausbildungsduldung und regelt in § 60 c IV bis VI AufenthG nF die Folgen von Änderungen der Sach- oder Rechtslage im Verlauf der Ausbildungszeit:

a) *Der Anspruch auf Erteilung – § 60 c I AufenthG nF.* Erfüllt der Ausländer die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ausbildungsduldung, erlangt er nach § 60 c I 1 AufenthG nF einen Anspruch auf Erteilung („ist… zu erteilen") für die Dauer der vorgesehenen Ausbildung wie zuvor in § 60 a II 4 und 5 AufenthG aF. Sein Anspruch ist ein strikter und zeitraumgebundener, dh er ist rechtlich deutlich besser gestellt als bei einer allgemeinen Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG, die zwar auch zu erteilen ist, allerdings für den bei ihrer Erteilung noch nicht absehbaren Zeitraum des Abschiebungshindernisses, so dass sie regelmäßig nur für kürzere Zeiträume erteilt wird.[70]

Zur Ausbildungsduldung ist die nach geltender Rechtslage noch erforderliche Beschäftigungserlaubnis nach § 60 c I 3 AufenthG nF ebenfalls strikt zu erteilen.[71] Der Gesetzgeber zieht hier die Konsequenz aus einer Regelungslücke in § 60 a II 4 AufenthG aF, da die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis an geduldete Ausländer nach § 4 III 3 AufenthG iVm § 32 I 1 BeschV aF wegen des generellen Verbots der Erwerbstätigkeit erforderlich war,[72] aber im Ermessen der Behörde stand und dieses Ermessen erst durch die Rechtsprechung hin zu einem intendierten Ermessen verengt wurde,[73] um den Anspruch auf Erteilung der Ausbildungsduldung nach § 60 a II 4 AufenthG aF nicht leerlaufen zu lassen. Die Beschäftigungserlaubnis allein genügt umgekehrt auch nicht: Selbst wenn die Beschäftigung im Ausbildungsbetrieb erlaubt ist, bleibt doch der lediglich geduldete Aufenthalt unerlaubt, so dass der Ausländer allein aus der Erwerbstätigkeit heraus keine weitergehenden Rechte erwerben kann. Dies gilt vor allem für geduldete türkische Staatsangehörige, die somit während der Zeit einer Ausbildungsduldung keine Rechte aus Art. 6 ARB 1/80 erwerben, da das Assoziationsrecht einen ordnungsgemäßen und damit erlaubten Aufenthalt voraussetzt.[74]

60 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 16.
61 Die detaillierte Kritik hieran oben unter II 3 c.
62 Kommt das daran anschließende Verfahren zur Prüfung der Zuständigkeit zum Ergebnis, dass Deutschland der für die Durchführung des Asylverfahrens zuständige Mitgliedstaat ist, erhält der Ausländer eine Aufenthaltsgestattung und unterliegt schon deswegen nicht mehr dem Anwendungsbereich der (Ausbildungs-)Duldung.
63 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 16.
64 Vgl. Stellungnahme v. 15.2.2019, BR-Drs. 8/19, 6.
65 Vgl. Stellungnahme v. 15.2.2019, BR-Drs. 8/19, 6.
66 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 34.
67 Vgl. nur die damalige Gesetzesbegründung in BR-Drs. 14/642, 53, 63 f.
68 Bsp. zu § 60 a II 4 AufenthG aF sind die Beantragung eines Passersatzpapiers durch die Ausländerbehörde, die Beantragung oder Terminierung der Abschiebung oder die medizinische Prüfung der Reisefähigkeit des Ausländers, vgl. *VGH München*, NVwZ-RR 2018, 588 (589) Rn. 17 f.; *VGH München*, Beschl. v. 3.9.2018 – 10 CE 18.1800; *OVG Lüneburg*, Asylmagazin 2018, 381 = BeckRS 2018, 22163 Rn. 10.
69 Eine Aufforderung zur Pass- oder Passersatzbeschaffung an den Betroffenen dürfte noch keine vergleichbar konkrete Vorbereitungsmaßnahme zur Abschiebung darstellen, so BT-Drs. 8/19, 14 f., da sie seine Mitwirkung herbeiführen soll; hat er diese aber konkludent durch Untätigkeit oder gar ausdrücklich verweigert, dienen Maßnahmen zur Identitätsklärung einschließlich einer Passbeschaffung bereits seiner Rückführung.
70 Je nach (mangelnder) Mitwirkung des Ausländers an der Beseitigung des Abschiebungshindernisses wird sie zum Teil nur monatsweise erteilt, um den Druck zur Mitwirkung zu erhöhen.
71 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 14.
72 Vgl. *VGH München*, Beschl. v. 25.1.2017 – 10 CE 16.2342, BeckRS 2017, 102425 Rn. 7.
73 So überzeugend *VGH Kassel*, NVwZ-RR 2018, 5 Rn. 12. Eine vorher im Asylverfahren erteilte Beschäftigungserlaubnis zur Aufnahme einer Ausbildung ergibt aber umgekehrt keinen Anspruch auf spätere allgemeine Duldung, wenn der Ausländer die Anforderungen einer Ausbildungsduldung nicht erfüllt, so *VGH Mannheim*, NVwZ-RR 2018, 826 L.
74 Die Beschäftigung ist ordnungsgemäß, wenn der nationale Aufenthaltstitel nicht durch Täuschung erlangt und nicht bloß vorläufig ist, vgl. nur *EuGH*, C-508/15 ua, ECLI:EU:C:2016:986 = NVwZ 2017, 537 (538) Rn. 57 mwN – Ucar; *BVerwG*, NVwZ-RR 2018, 711.

Der strikte Anspruch auf Erteilung der Ausbildungsduldung wird allerdings relativiert durch die Missbrauchsklausel in § 60 c I 2 AufenthG nF. Danach kann die Ausländerbehörde die Ausbildungsduldung in Fällen offensichtlichen Missbrauchs versagen, also insbesondere bei Scheinausbildungsverhältnissen.[75] Solche dürften vorliegen, wenn die Ausbildung nur „auf dem Papier" durchgeführt wird, sei es, weil der Auszubildende die Ausbildung von vornherein – zB mangels hinreichender Sprachkenntnisse[76] – nicht mit Erfolg wird durchlaufen können, sei es, weil er bereits über die anderweitig erworbenen berufstheoretischen und berufspraktischen Kenntnisse verfügt, die erst Gegenstand der Ausbildung sein sollen, mithin die Ausbildung ihren Zweck verfehlt.[77] Ebenfalls hierher werden Fälle gehören, in welchen der Ausbilder zwar „auf dem Papier" die erforderlichen Qualifikationen für eine Ausbildung besitzt, aber nicht die persönliche Zuverlässigkeit, oder in denen der Ausländerbehörde aus vorangegangenen Ausbildungsverhältnissen bekannt ist, dass die „Ausbildung" vor allem der Gewinnung einer willigen Arbeitskraft, aber nicht deren Ausbildung dient, wofür mehrfache Abbrüche durch andere Auszubildende bei demselben Ausbilder ein Indiz sein können.

b) *Der vorzeitige Abbruch der Ausbildung – § 60 c IV und V AufenthG nF.* § 60 c IV AufenthG nF regelt wie zuvor § 60 a II 7 AufenthG aF die Folgen des Abbruchs der Ausbildung. Da sie der einzige Duldungsgrund war und entfällt, muss die hierfür erteilte Ausbildungsduldung automatisch erlöschen. Damit die Ausländerbehörde dies auch erfährt, enthält § 60 c V AufenthG nF eine dezidierte Mitteilungspflicht des Ausbildungsbetriebs bzw. der Bildungseinrichtung.[78] Um die Folgen des Abbruchs für den Ausländer abzumildern, erlangt er über § 60 c VI 1 AufenthG nF einen Anspruch auf eine einmalige allgemeine Duldung zur Suche nach einem neuen Ausbildungsplatz. Diese Duldung wird von vornherein für sechs Monate erteilt und – im Umkehrschluss aus § 60 c VI 2 AufenthG nF[79] – nicht verlängert. Findet der Ausländer innerhalb dieser sechs Monate einen neuen Ausbildungsplatz, wird ihm eine neue Ausbildungsduldung hierfür erteilt; die zurückgelegten Zeiten der bisherigen Ausbildung können sachnotwendig nicht angerechnet werden,[80] es sei denn, sie werden ausbildungsrechtlich auf die neue Ausbildungsdauer als bereits erlangte Vorkenntnisse angerechnet und wird die noch zurückzulegende Ausbildungszeit entsprechend verkürzt.[81] Der Bundesrat forderte hier noch die Prüfung, ob zwischen dem Nichtbetreiben und dem Abbruch der Ausbildung differenziert werden solle, was im Bereich der schulischen Ausbildung sonst zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen könnte;[82] die Bundesregierung sagte eine Prüfung zu.[83] Für die Endfassung des Gesetzes wurden nun die die Wörter „nicht mehr betrieben" durch die Wörter „vorzeitig beendet" ersetzt, um die sprachliche Ungenauigkeit in der früheren Entwurfsfassung zu beseitigen und einen einheitlichen Auflösungstatbestand von „vorzeitig beendigt oder abgebrochen" zu schaffen.[84]

Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall einer Verkürzung oder Verlängerung der vorgesehenen Ausbildungszeit aus vom Ausländer zu vertretenden Gründen. Die „3+2-Regelung" ist zwar auf eine dreijährige Ausbildungszeit angelegt, weil dies die typische Dauer einer Ausbildung ist. Ist die Ausbildungszeit aber von vornherein kürzer, weil es sich zB um eine rein schulische Ausbildung handelt, wird die Ausbildungsduldung auch nur für diesen Zeitraum erteilt. Wird die Ausbildungszeit während der bereits begonnenen Ausbildung zB wegen hervorragender Leistungen des Auszubildenden von drei auf zweieinhalb Jahre verkürzt, wird auch die Ausbildungsduldung entsprechend nachträglich verkürzt und erlangt der Ausländer früher den Anspruch auf Erteilung der anschließenden Aufenthaltserlaubnis für zwei Jahre. Dies muss er der Ausländerbehörde aber auch unverzüglich mitteilen und die Aufenthaltserlaubnis beantragen, da sie nicht von Amts wegen erteilt wird.

Auf der anderen Seite kann sich die Ausbildungszeit verlängern, wenn die Abschlussprüfung im ersten Anlauf nicht bestanden wird und ganz oder teilweise wiederholt werden muss. Da die Ausbildungsduldung den erfolgreichen Ausbildungsabschluss ermöglichen soll, wird sie so lange verlängert, bis die Ausbildung endgültig bestanden oder nicht bestanden ist, also auch um die erforderliche Zeit einschließlich der Nachholungsprüfung. Gleiches muss letztlich für den Fall gelten, dass sich die Ausbildungszeit nicht am Schluss verlängert, sondern während der laufenden Ausbildung, weil zB der Ausländer das erste Berufsschuljahr wiederholt, da seine Deutschkenntnisse noch nicht ausreichten. Auch hier zielt die Ausbildungsduldung nach wie vor auf das noch erreichbare Ziel einer erfolgreichen Ausbildung. Allerdings sollte der Umstand und Grund der Verlängerung umgehend der Ausländerbehörde mitgeteilt werden, damit nicht die förmlich erteilte befristete Duldung ausläuft, bevor die Ausbildung abgeschlossen wird.

c) *Der nachträgliche Eintritt von Ausschlussgründen – § 60 c IV AufenthG nF.* § 60 c IV AufenthG nF fasst zudem die bisherigen in § 60 a II 6 AufenthG aF enthaltenen sonstigen Gründe für das Erlöschen der Ausbildungsduldung wegen eines nachträglichen Eintritts von Ausschlussgründen zusammen und ergänzt sie über den Verweis auf § 60 c II Nr. 4 AufenthG nF (und damit auf § 18 a I Nr. 6 und Nr. 7 AufenthG aF bzw. § 19 d I Nr. 6 und Nr. 7 AufenthG nF)[85] um den Erlöschenstatbestand des Vorliegens von Bezügen zu extremistischen oder terroristischen Organisationen oder deren Unterstützung.[86] Der Bundesrat forderte hier noch die Ergänzung um einen Erlöschenstatbestand für den Fall der Ausweisung des Ausländers oder die Bekanntgabe einer Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG, die Bundesregierung lehnte dies aus den zu § 60 c II Nr. 4 AufenthG nF angeführten Gründen ab.[87] In der Endfassung findet sich der Vorbehalt nun in § 60 c II Nr. 4 AufenthG nF.[88]

5. Die erfolgreich abgeschlossene Ausbildung

Nach erfolgreichem Ausbildungsabschluss erlangt der ausgebildete Ausländer nach § 18 a I Nr. 2 bis Nr. 7 und Ia AufenthG aF bzw. § 19 d I Nrn. 2, 3, 6, 7 und Ia AufenthG nF einen Anspruch auf Erteilung einer beschäftigungsbezo-

75 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 14.
76 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 14.
77 Vgl. *OVG Koblenz*, BeckRS 2017, 119656 = NVwZ-RR 2018, 163 Ls.
78 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 16.
79 § 60 c VI 2 AufenthG nF setzt einen erfolgreichen Ausbildungsabschluss voraus, der bei einem vorzeitigen Abbruch nicht erreicht ist.
80 Sonst hätte er keine Ausbildungsduldung mehr für die Gesamtdauer der neuen Ausbildung.
81 Dies ist zB von der Industrie- und Handelskammer oder der Handwerkskammer zu prüfen.
82 Vgl. Stellungnahme v. 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, 9.
83 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 36.
84 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 5, 11.
85 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 5, 11.
86 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 16.
87 Vgl. Stellungnahme v. 15.2.2019 – BR-Drs. 8/19, S. 5, 10; Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 33.
88 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 5, 11.

genen Aufenthaltserlaubnis für zwei Jahre als zweiten Teil der „3+2"-Regelung. Wegen des gesetzlichen Anspruchs überwindet der Ausländer damit die nach § 10 III 3 AufenthG bestehende Erteilungssperre nach abgelehntem Asylantrag und kann ohne vorherige Ausreise letztlich trotz eines erfolglosen früheren Asylverfahrens in das Aufenthaltsrecht wechseln („Spurwechsel"). Allerdings muss er die Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 I AufenthG, insbesondere die Passpflicht erfüllen. Da dieses Erfordernis nach § 3 AufenthG unabdingbar ist und die bloße Identitätsklärung nur zur Ausbildungsduldung reicht, erscheint es nicht praktikabel, dass der Gesetzgeber die Erfüllung der Passpflicht nicht bereits zur Voraussetzung der Ausbildungsduldung gemacht hat, um so das gesetzlich zwingende Erfordernis des § 3 AufenthG von vornherein durchzusetzen. Denn wird zwar die Ausbildung abgeschlossen, aber die Passpflicht nicht erfüllt, kann die Ausreisepflicht des Ausländers tatsächlich – wie schon zuvor – nicht durchgesetzt werden. Der Ausländer hingegen hat sich zwischenzeitlich beruflich integriert und eine Aufenthaltsbeendigung wäre migrationspolitisch noch schwieriger zu rechtfertigen.

Während der Ausbildungsduldung scheidet mangels eines erlaubten Aufenthalts des Stammberechtigten ein Familiennachzug zum Inhaber einer Ausbildungsduldung aus. Der Ausländer muss sich entscheiden, ob er die familiäre Lebensgemeinschaft im Herkunftsstaat der Ausbildungsduldung im Bundesgebiet vorzieht oder nicht.[89]

Schließt der Ausländer zwar die Ausbildung ab, wird aber vom Ausbildungsbetrieb nicht weiterbeschäftigt, wird ihm die Ausbildungsduldung zur Arbeitsplatzsuche für sechs Monate einmalig verlängert, allerdings kann er nicht jede Arbeitsstelle als Grundlage einer Aufenthaltserlaubnis annehmen, sondern nur eine seiner erworbenen Qualifikation entsprechende, um noch dem Aufenthaltszweck einer qualifizierten Beschäftigung zu entsprechen.

Schließt der Ausländer zwar die Ausbildung ab, erfüllt er aber Versagungsgründe nach § 18 a I Nr. 4, Nr. 6 und Nr. 7 und Ia AufenthG aF bzw. § 19 d I Nr. 4, Nr. 6 und Nr. 7 und Ia AufenthG nF, wird ihm die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt und auch die Ausbildungsduldung mangels spezifischen Duldungsgrunds nicht verlängert. Es bleibt somit für ihn nur nach § 60 c VIII AufenthG nF die allgemeine Duldung nach § 60 a II AufenthG, für welche er aber einen eigenen Duldungsgrund erfüllen muss. Dies kann zB die Passlosigkeit sein, wenn er deswegen nicht abgeschoben werden kann und die Ausländerbehörde umgekehrt auf der Grundlage der für die Ausbildungsduldung nach § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF vorgelegten – aber im Einzelfall doch nicht ausreichenden – Dokumente keine Passersatzpapiere erlangen kann. Dann hat der Ausländer nach drei Jahren zwar eine Ausbildung erlangt, aber keine Aufenthaltserlaubnis; umgekehrt hat ihm die Bundesrepublik Deutschland die Ausbildung ermöglicht, aber keine Handhabe, nun die Ausreisepflicht durchzusetzen – ein migrationspolitischer Zirkel! Dies spräche dafür, bereits für die Ausbildungsduldung nach § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF einen Passbesitz bzw. die hinreichende Mitwirkung an der Passbeschaffung vorauszusetzen.

III. Die neue Beschäftigungsduldung

Vom grundlegenden Konzept der Duldung als eines lediglich vorübergehenden Schutzes vor einer Abschiebung entfernt sich auch die geplante Beschäftigungsduldung für eine unqualifizierte[90] Beschäftigung nach § 60 d AufenthG nF als „eine weitere langfristige Duldung"[91] systematisch: Sie erhebt die nach § 32 I BeschV zur allgemeinen Duldung nur nebensächliche Erwerbstätigkeit zu deren einzigem Zweck und eröffnet länger erwerbstätigen Geduldeten ungeachtet ihrer beruflichen Qualifikation auf Dauer den Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt,[92] tritt sachlich aber in Konkurrenz zu den neugefassten Aufenthaltserlaubnissen zu Ausbildung und Erwerbstätigkeit in Deutschland nach §§ 18 ff. AufenthG nF,[93] die tatbestandlich und über die Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG wesentlich strengere Anforderungen an Einreise und Aufenthalt stellen.

1. Der persönliche Anwendungsbereich: Ausreisepflichtige und bis zum 1.8.2018 eingereiste Ausländer

Der persönliche Anwendungsbereich der Beschäftigungsduldung erstreckt sich nach § 60 d I, II AufenthG nF auf Ausländer, ihre Ehegatten oder Lebenspartner, die bis zum 1.8.2018 eingereist sind, sowie auf ihre minderjährigen Kinder. Die Stichtagsregelung gelangte erst auf Vorschlag des zuständigen Ausschusses in die Gesetzesfassung.[94] Die Antragsteller für die Duldung müssen daher vor dem 1.8. 2018 eingereist sein, können den Antrag aber bis zum 31.12.2023 stellen.[95] Nur wenn die Einreise vor diesem Stichtag erfolgt ist, kann die Beschäftigungsduldung erteilt werden. Kann durch den Ausländer kein Nachweis über das Einreisedatum geführt werden, gilt das im Ausländerzentralregister hinterlegte Einreisedatum.[96] Auf diese Weise soll aus migrationspolitischen Gründen ein Anreiz zur nachträglichen Einreise vermieden werden. Umgekehrt findet die Stichtagsregelung nach Wortlaut und Systematik – sie bezieht sich nach § 60 d I AufenthG nF nur auf den stammberechtigten Ausländer mit Ehegatten oder Lebenspartner – nicht auf nachgereiste oder nachgeborene Kinder Anwendung, da § 60 d II AufenthG nF keine Stichtagesklausel erhalten hat.

Der eine Beschäftigungsduldung begehrende Stammberechtigte[97] muss dazu ausreisepflichtig und seit mindestens zwölf Monaten nach § 60 d I Nr. 2 AufenthG nF im Besitz einer Duldung sein. Damit sind Ausländer im laufenden Asylverfahren kategorisch ausgeschlossen, weil sie wegen ihrer Aufenthaltsgestattung nach § 55 AsylG gerade nicht ausreisepflichtig sind. Ihnen kann erst nach Beendigung des Asylverfahrens nach § 60 d I Nr. 3 AufenthG eine Beschäftigungsduldung erteilt werden, wenn sie bereits während des Asylverfahrens eine entsprechende Beschäftigung aufgenommen und im Anschluss daran mit einer Duldung fortgesetzt haben.[98]

89 *OVG Lüneburg*, NVwZ-RR 2019, 533 = InfAuslR 2019, 69.
90 BT-Drs. 19/8286, 17.
91 BT-Drs. 19/8286, 2.
92 Der Gesetzesbegründung zufolge soll Ausländern, die durch eine nachhaltige Beschäftigung ihren Lebensunterhalt selbst sichern und gut integriert sind, mit der Beschäftigungsduldung ein rechtssicherer Aufenthalt ermöglicht und eine Bleibeperspektive aufgezeigt werden, so BT-Drs. 19/8286, 1, 17.
93 Entwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes, BT-Drs. 19/8285.
94 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 6, 11.
95 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 6.
96 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 11.
97 Von ihm leitet sich später eine Duldung für seine Angehörigen ab.
98 Sie müssen die letzten 18 Monate sozialversicherungspflichtig gearbeitet, aber nur die letzten zwölf Monate eine Duldung gehabt haben, was eine mindestens sechsmonatige Erwerbstätigkeit schon im Asylverfahren und deren Anrechnung nicht ausschließt, vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 32 f.

2. Der sachliche Anwendungsbereich: Sozialversicherungspflichtige Tätigkeit

Kern der Duldung ist die Erwerbstätigkeit des eine Beschäftigungsduldung beantragenden Ausländers. Nach § 60 d I Nr. 3 AufenthG nF muss er mindestens 18 Monate eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit als Vorbeschäftigung ausgeübt haben. An diese Beschäftigung werden keine qualitativen Anforderungen gestellt, weder hinsichtlich der Qualifikation des Ausländers hierfür noch hinsichtlich der Art der Tätigkeit. Es genügt damit jede einfache Hilfstätigkeit ebenso wie erst recht eine qualifizierte Tätigkeit. Lediglich quantitative Anforderungen werden in einer regelmäßigen wöchentlichen Mindestarbeitszeit von 35 Stunden, bei alleinerziehenden Ausländern von 20 Stunden pro Woche, gestellt.[99] Kurzfristige, vom Ausländer nicht zu vertretende Unterbrechungen dieses Zeitraums bleiben nach § 60 d III 2 AufenthG nF unberücksichtigt, wobei der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen ist,[100] wie lange eine Unterbrechung noch sein darf, um „kurzfristig" zu bleiben.[101]

Für die Antragstellung zur Beschäftigungsduldung genügen als Nachweise für eine ausreichende Vorbeschäftigung der Arbeitsvertrag und Übersichten des Sozialversicherungsträgers, dass und in welchem Umfang für den ausländischen Arbeitnehmer in der 18-monatigen Beschäftigungszeit Sozialabgaben entrichtet worden sind,[102] damit die Ausländerbehörde die Erfüllung der oben genannten Zeiträume prüfen kann.

3. Die weiteren Erteilungsvoraussetzungen

Die Beschäftigungsduldung wird nach § 60 d I AufenthG nF „in der Regel" erteilt, dh die Ausländerbehörde hat bei ihrer Entscheidung über einen Antrag auch zu prüfen, ob ausnahmsweise die Beschäftigungsduldung versagt wird. Welche Ausnahmefälle dies sein sollen, lässt die Gesetzesbegründung leider offen.[103] Es bleibt damit der ausländerbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Praxis überlassen, solche Ausnahmefälle zu identifizieren – misslich angesichts des Anliegens des Gesetzgebers, selbst für eine bundeseinheitliche Anwendung (zumindest bei der Ausbildungsduldung) sorgen zu wollen.[104]

Für die Erteilungsvoraussetzungen ist je nach Kriterium nicht nur auf den stammberechtigten Ausländer abzustellen, sondern dort, wo Erteilungsvoraussetzungen auf den Ausländer, den Ehegatten oder den Lebenspartner Bezug nehmen, sind diese von beiden Personen zu erfüllen.[105] Die dem Ehegatten oder dem Lebenspartner zu erteilende Duldung sei somit keine rein akzessorische – allgemeine und vom bloß geduldeten Status des Stammberechtigten abhängige – Duldung nach § 60 a II 3 AufenthG, sondern ebenfalls eine Duldung nach § 60 a II 3 iVm § 60 d AufenthG nF. In der Konsequenz kann also keinem Familienmitglied die Beschäftigungsduldung erteilt werden, wenn auch nur einer der Ausländer, auf welche die Kriterien Anwendung finden, diese nicht erfüllt.

Da die Beschäftigungsduldung dem Wortlaut des § 60 d AufenthG nF nach nicht nur auf Ehen oder Lebenspartnerschaften bzw. Familien mit rein ausländischen Staatsangehörigkeiten Anwendung findet, sondern eine Erteilung auch an einen ausreisepflichtigen Ausländer nicht ausgeschlossen ist, der zB mit einem deutschen Staatsangehörigen zwar verheiratet ist, aber nicht in ehelicher Lebensgemeinschaft lebt, so dass er keine allgemeine ehebezogene Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG erlangen kann, könnte er eine Beschäftigungsduldung nach § 60 d I AufenthG nF nur erteilt erhalten, wenn auch der – selbstverständlich nicht ausreisepflichtige und daher auch nicht zu duldende – deutsche Ehegatte die Voraussetzungen des § 60 d AufenthG nF erfüllt. Hat sich der deutsche Familienangehörige strafbar gemacht oder weist er extremistische Bezüge auf, könnte er also die Beschäftigungsduldung für den Ausländer sperren.

Dies vorausgesetzt, regelt § 60 d I AufenthG nF anders als zB § 60 c II AufenthG nF nicht nur negative Ausschlusskriterien, sondern auch positive Erteilungsvoraussetzungen für die Beschäftigungserlaubnis:

a) *Geklärte Identität des Ausländers – § 60 d I Nr. 1 AufenthG nF.* § 60 d I Nr. 1 AufenthG nF erfordert – wie § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF für die Ausbildungsduldung – eine zeitlich gestaffelte Identitätsklärung des Ausländers. Danach muss im Zeitpunkt der Erteilung der Beschäftigungsduldung[106] die Identität des erwerbswilligen Ausländers zeitlich gestaffelt geklärt sein, d. h. für einen bereits vor dem Jahr 2017 eingereisten Ausländer, der die Beschäftigungsmindestdauer nach § 60 d I Nr. 3 AufenthG nF – der Verweis auf die Mindestduldungsdauer in § 60 d I Nr. 2 AufenthG nF dürfte ein redaktionelles Versehen sein – erfüllt, bis zur Antragstellung auf Beschäftigungsduldung; ohne Erfüllung der Beschäftigungsmindestdauer innerhalb von fünf Monaten nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 60 d AufenthG nF. Wer erst im Jahr 2017 und bis zum 1.8.2018 eingereist ist, hat innerhalb von fünf Monaten nach Inkrafttreten der Neuregelung des § 60 d AufenthG nF Zeit, seine Identität zu klären. Für spätere Einreisen entfällt die Beschäftigungsduldung wegen der Stichtagsregelung des § 60 d I AufenthG nF.[107]

Auch für die Beschäftigungsduldung schwächt der Gesetzgeber dieses Erfordernis zeitlich und inhaltlich nochmals ab: Zeitlich gilt die Frist nach § 60 d I Nr. 1 AufenthG nF bereits als gewahrt, wenn der Ausländer und sein Ehegatte oder Lebenspartner[108] innerhalb dieser Frist wenigstens alle erforderlichen und ihm bzw. ihnen zumutbaren Maßnahmen für die Identitätsklärung ergriffen haben, die Identitäten aber aus von ihnen nicht zu vertretenden Gründen erst nach Ablauf der Frist geklärt werden können. Hinsichtlich der nicht zu vertretenden Gründe gelten die Ausführungen zur Ausbildungsduldung entsprechend.[109] Als Auffangnorm ermöglicht § 60 d IV AufenthG nF die Erteilung der Beschäftigungsduldung im Ermessensweg, selbst wenn die Identität ungeklärt ist, der Ausländer aber die erforderlichen und ihm zumutbaren Maßnahmen für die Identitätsklärung ergriffen hat. Damit sollen Fälle erfasst werden, in denen die Klärung der Identität nicht herbeigeführt werden konnte, obwohl der Betroffene hinreichend mitgewirkt hat.[110] Weiter schwächt der Gesetzgeber die inhaltlichen Anforderungen an die Identitätsklärung – wie bei der Ausbildungsduldung – weiter ab, indem er auf die für § 60 c II Nr. 3 AufenthG nF maßgeblichen Dokumente verweist und zur Identitätsklärung nicht

99 So BT-Drs. 19/8286, 17.
100 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18.
101 Mit Blick auf den Gesamtzeitraum von 18 Erwerbsmonaten dürfte eine Unterbrechung von mehr als einem Monat nicht mehr „kurzfristig" sein, um noch die positive arbeitsmarktpolitische Integrationsprognose zu tragen.
102 Dies beugt „Schwarzarbeit" vor, die nicht berücksichtigt werden darf.
103 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17.
104 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 1.
105 So BT-Drs. 19/8286, 17.
106 So BT-Drs. 19/8286, 17.
107 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 6, 11.
108 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 6, 11.
109 Vgl. oben II 3 c.
110 So BT-Drs. 19/8286, 18.

etwa kategorisch die Beschaffung eines Reisepasses verlangt, was migrationspolitisch auch bei der Beschäftigungsduldung nicht zu rechtfertigen ist.[111]

b) *Mindestduldungsdauer von zwölf Monaten – § 60 d I Nr. 2 AufenthG nF.* Weiter muss der Stammberechtigte nach § 60 d I Nr. 2 AufenthG nF mindestens zwölf Monate eine allgemeine Duldung nach § 60 a II AufenthG innegehabt haben, so dass eine Beschäftigungsduldung direkt anschließend an einen ablehnenden Asylbescheid ausgeschlossen ist, um den Ausländerbehörden in diesem Jahreszeitraum noch aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ermöglichen.[112]

c) *Mindestbeschäftigungsdauer von achtzehn Monaten – § 60 d I Nr. 3 AufenthG nF.* Um die Integration auf dem Arbeitsmarkt prognostisch abzusichern, muss der stammberechtigte Ausländer nach § 60 d I Nr. 3 AufenthG nF mindestens 18 Monate eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit als Vorbeschäftigung ausgeübt haben, bevor ihm eine Beschäftigungsduldung erteilt wird.

An diese Tätigkeit werden keine qualitativen Anforderungen gestellt;[113] es genügt also grundsätzlich auch eine unqualifizierte Beschäftigung. Diese Tätigkeit muss mindestens 35 Stunden pro Woche – bei Alleinerziehenden mindestens 20 Stunden pro Woche – regelmäßige Arbeitszeit umfassen, so dass eine Nebentätigkeit von untergeordneter Bedeutung nicht ausreicht. Wegen des grammatikalisch eindeutigen Wortlauts („eine … Beschäftigung mit einer regelmäßigen Arbeitszeit von mindestens") können auch nicht mehrere jeweils sozialversicherungspflichtige Beschäftigungen addiert werden, sondern es muss sich tatsächlich um eine einzige Beschäftigung für einen Arbeitgeber handeln. Auch hier erlangt der Ausländer – wie bei der Ausbildungsduldung – durch die Beschäftigung keine weitergehenden Rechte, insbesondere auch nicht als geduldeter türkischer Staatsangehöriger nach Art. 6 ARB 1/80.[114]

Zur Beschäftigungsduldung ist nach geltender Rechtslage noch eine Beschäftigungserlaubnis erforderlich, aber in § 60 d AufenthG nF nicht geregelt. Da der Gesetzgeber keine inzidente Erlaubniserteilung in der Beschäftigungsduldung vorgesehen hat, zB durch einen Verweis in § 60 d I Hs. 1 AufenthG nF des Inhalts, dass die Beschäftigungserlaubnis nach § 4 III 3 AufenthG iVm § 32 I 1 BeschV aF zur Beschäftigungsduldung akzessorisch erteilt wird oder durch diese als erteilt gilt, bedarf es bis auf Weiteres wegen des generellen Verbots der Erwerbstätigkeit (und vorbehaltlich der geplanten Neuregelung durch § 4 a IV und V AufenthG nF) auch hier einer ausdrücklichen Beschäftigungserlaubnis, die im Ermessen der Behörde steht. Um die Beschäftigungsduldung wegen dieser Regelungslücke nicht leerlaufen zu lassen, muss dieses Ermessen wie bei der Ausbildungsduldung hin zu einem intendierten Ermessen verengt werden. Da der Anspruch auf Erteilung der Beschäftigungsduldung nach § 60 d I AufenthG nF aber nur ein Regel-Anspruch ist, besteht auch auf die akzessorische Beschäftigungserlaubnis nur ein Regel-Anspruch bzw. nach § 60 d III AufenthG nF nur ein Ermessensanspruch.

Quantitativ geht das Erfordernis der Mindestbeschäftigungsdauer von achtzehn Monaten über die Mindestduldungsdauer von zwölf Monaten in § 60 d I Nr. 2 AufenthG nF hinaus, dh auch eine Vorbeschäftigung vor Erteilung einer allgemeinen Duldung, sei es im Status einer Aufenthaltserlaubnis oder einer Aufenthaltsgestattung, kann also angerechnet werden. Das wird die Brücke für Asylbewerber, die bereits im letztlich erfolglos gebliebenen Asylverfahren einer nach § 61 II AsylG erlaubten sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung nachgegangen sind. Der Bundesrat schlug eine Verkürzung der Mindestbeschäftigungsdauer auf zwölf Monate vor, um einen Gleichlauf mit der Mindestdauer der Lebensunterhaltssicherung in § 60 d I Nr. 4 AufenthG nF herzustellen und die Planungssicherheit für Arbeitnehmer wie Arbeitgeber zu erhöhen, rascher eine Beschäftigungsduldung zu erteilen und den Kreis der Begünstigten zu vergrößern.[115] Dies lehnte die Bundesregierung allerdings ab, um eine nachhaltige Integration in den Arbeitsmarkt sicherzustellen.[116]

d) *Mindestdauer der Lebensunterhaltssicherung von zwölf Monaten – § 60 d I Nr. 4 AufenthG nF.* Als weitere Grundlage der Integrationsprognose muss der stammberechtigte Ausländer durch die sozialversicherungspflichtige Tätigkeit nach § 60 d I Nr. 4 AufenthG nF auch seinen (nicht notwendig auch seiner Angehörigen) Lebensunterhalt in den letzten zwölf Monaten vor Antragstellung für die Beschäftigungsduldung gesichert haben, was durch Einkommensnachweise und gegebenenfalls eine Rückfrage der Ausländerbehörde bei der Sozialverwaltung, dass keine Hilfe zum Lebensunterhalt bezogen worden ist, nachgewiesen werden muss. Die materiellen Anforderungen hierzu lassen sich § 2 III AufenthG entnehmen.

e) *Aktuelle Lebensunterhaltssicherung – § 60 d I Nr. 5 AufenthG nF.* Als weitere Grundlage der Integrationsprognose muss der stammberechtigte Ausländer durch die sozialversicherungspflichtige Tätigkeit nach § 60 d I Nr. 4 AufenthG nF auch seinen (nicht notwendig auch seiner Angehörigen) aktuellen Lebensunterhalt sichern. Damit kommt zum Ausdruck, dass der Lebensunterhalt des Ausländers auch weiterhin gesichert sein muss, also die Tätigkeit nicht kurzerhand nach Erhalt der Beschäftigungsduldung aufgegeben werden darf.[117] Anderenfalls kommt ein Widerruf einer bereits erteilten Beschäftigungsduldung nach § 60 d III AufenthG nF in Betracht.[118]

f) *Hinreichende mündliche Deutschkenntnisse – § 60 d I Nr. 6 AufenthG nF.* Nicht nur für die wirtschaftliche, sondern vor allem für die gesellschaftliche Integration des Ausländers unabdingbar sind deutsche Sprachkenntnisse, auch wenn er zuvor keinen Zugang zu einem Integrationskurs hatte.[119] Die Anforderung hinreichender mündlicher Kenntnisse der deutschen Sprache in § 60 d I Nr. 6 AufenthG nF wird durch § 2 X AufenthG mit dem Verweis auf das Niveau A2 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens ausgefüllt. Bedauerlicherweise stellt der Gesetzgeber nur Anforderungen an den Spracherwerb des stammberechtigten Aus-

111 Vgl. o. II 3 c.

112 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17. Durch das Erfordernis einer allgemeinen Duldung ist auch ausgeschlossen, dass ein Ausländer im Anschluss an eine nach zwölf Monaten abgebrochene Ausbildung mit Ausbildungsduldung in die Beschäftigungsduldung wechselt. Denn für die Geltungsdauer einer erteilten Ausbildungsduldung waren aufenthaltsbeendende Maßnahmen gesperrt gewesen.

113 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17.

114 Die Beschäftigung ist ordnungsgemäß, wenn der nationale Aufenthaltstitel nicht durch Täuschung erlangt und nicht bloß vorläufig ist, vgl. nur *EuGH*, C-508/15 ua, ECLI:EU:C:2016:986 = NVwZ 2017, 537 (538) Rn. 57 mwN – Ucar; *BVerwG*, NVwZ-RR 2018, 711.

115 Vgl. Stellungnahme v. 15.2.2019, BR-Drs. 8/19, 4. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 33.

116 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 32 f.

117 Hat der Ausländer zwar in der Vergangenheit bis zur Antragstellung für die Beschäftigungsduldung die Mindestdauer der Lebensunterhaltssicherung erreicht, wird jedoch (kurz) danach zB wegen Erreichens des Renteneintrittsalters nicht mehr erwerbstätig sein, ist die Prognose ebenfalls nicht erfüllt und besteht kein Anspruch auf Erteilung der Beschäftigungsduldung, sondern eine Ausnahme zur Regel-Erteilung.

118 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17.

119 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18.

länders, nicht an den seines Ehegatten, so dass die vielfache Konstellation des Gastarbeiterzuzugs der 1950/60er Jahre – der erwerbstätige Ausländer lernt die deutsche Sprache im Berufsalltag notfalls durch seine (hier: Vor-)Beschäftigung, der Ehegatte hingegen mangels Gelegenheit und Außenkontakt nicht – sich wiederholen kann. Lernt der Ehegatte kein Deutsch, kann er/sie es auch gemeinsamen Kindern nicht vermitteln, so dass diese in Kindergarten und Schule von vornherein schlechtere Chancen haben. Daher wäre es sinnvoll, dem Ehegatten die Beschäftigungsduldung nur zu erteilen, wenn auch er/sie über das vorgesehene Minimum an Sprachkenntnissen verfügt. Der Nachweis der Sprachkenntnisse kann durch einen erfolgreich absolvierten Sprachkurs oder gegebenenfalls durch ein Zeugnis einer abgelegten Sprachprüfung erfolgen.

g) *Keine Strafbarkeit ua – § 60 d I Nr. 7 und Nr. 8 sowie Nr. 9 AufenthG nF.* Um wie bei der Ausbildungsduldung nur integrationsbereite Ausländer in den Genuss der Beschäftigungsduldung kommen zu lassen, sind eine Straffälligkeit des Ausländers oder seines Ehegatten wegen einer vorsätzlichen Straftat unabhängig vom Strafmaß und Extremismus- oder Terrorismusbezüge zwingende Ausschlussgründe. Außer Betracht bleiben Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylgesetz nur von Ausländern begangen werden können und zu Verurteilungen zu einer Geldstrafe von nicht mehr als neunzig Tagessätzen geführt haben.[120]

Liegt keine Verurteilung vor, wird im Zeitpunkt der Entscheidung über eine Beschäftigungsduldung aber gegen den Ausländer wegen des Verdachts auf eine Straftat ermittelt, ist die Entscheidung über die Erteilung der Beschäftigungsduldung bis zum Abschluss des Verfahrens bzw. sogar bis zur Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung nach § 79 IV AufenthG nF auszusetzen.[121] Auf diese Weise soll – in Abweichung von der generellen Unschuldsvermutung – eine Erteilung verhindert werden, solange offen ist, ob die Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind. Ansonsten bliebe nur die nachträgliche Rücknahme der bereits erteilten Begünstigung, was mit Blick auf einen etwaigen Vertrauensschutz des Ausländers neue Probleme aufwerfen und ein zusätzliches behördliches und gegebenenfalls sogar gerichtliches Verfahren nach sich ziehen würde.

Der Ausschlussgrund ist nach der Gesetzesbegründung auch erfüllt, wenn entweder nur der Ausländer oder nur sein Ehegatte oder Lebenspartner wegen einer oben genannten Straftat verurteilt wurde. Die Straffälligkeit ua eines Familienmitglieds schließt auch die anderen aus dem Kreis der Duldungsbegünstigten aus. Damit ist diese Ausschlussklausel bei einer Beschäftigungsduldung schärfer als das vergleichbare Ausschlusskriterium bei der Ausbildungsduldung.

Der Bundesrat schlug einen Versagungsgrund in einem zusätzlichen § 60 d IVa AufenthG nF vor, wonach ein aufgrund einer Ausweisung oder Abschiebungsanordnung bestehendes Einreise- und Aufenthaltsverbot ebenfalls die Erteilung einer Beschäftigungsduldung sperren soll. Ebenso forderte er eine Erlöschensregelung für eine Beschäftigungsduldung im Fall einer Ausweisung des Ausländers oder einer Bekanntgabe einer Abschiebungsanordnung nach § 58 a AufenthG,[122] sonst könnten auch ausgewiesene Ausländer erfolgreich eine Beschäftigungsduldung beantragen. Bei ausgewiesenen Ausländern bestehe aber ein erhebliches Interesse an einer Aufenthaltsbeendigung, die Vorrang vor einer Integration des Ausländers in den Arbeitsmarkt haben müsse. Die Orientierung an der Dauer eines Einreise- und Aufenthaltsverbots stelle sicher, dass den Interessen des Ausländers durch die nach § 11 AufenthG erforderliche Befristungsentscheidung ausreichend Rechnung getragen werde. Für Fälle einer Ausweisung erst während der Laufzeit einer Beschäftigungsduldung sei ein Erlöschensgrund vorzusehen, um eine Besserstellung eines Inhabers einer Beschäftigungsduldung gegenüber dem Inhaber eines durch Ausweisung nach § 51 I Nr. 5 AufenthG automatisch erlöschenden Aufenthaltstitels zu vermeiden. Die Bundesregierung lehnte die Änderungen aus den von ihr zur vergleichbaren Anpassung der Ausbildungsduldung in § 60 c II Nr. 4 a AufenthG nF dargelegten Gründen ab,[123] die jedoch nicht überzeugen (vgl. dazu oben II. 3. d). Der Bundestag schließlich folgte den Einwänden des Bundesrats und schuf in § 60 d I Nr. 9 AufenthG nF einen entsprechenden Vorbehalt wegen einer Ausweisung oder Abschiebungsanordnung. Damit werde gewährleistet, dass in den genannten Fällen eine Aufenthaltsbeendigung nicht an einem Anspruch auf Erteilung einer Beschäftigungsduldung scheitern kann.[124]

h) *Schulbesuch und Straffreiheit der Kinder ua – § 60 d I Nr. 10 AufenthG nF.* Als weitere Erteilungsvoraussetzung einer Beschäftigungsduldung sieht die Neuregelung in § 60 d II Nr. 10 AufenthG nF vor, dass für die in familiärer Lebensgemeinschaft lebenden minderjährigen ledigen Kinder im schulpflichtigen Alter deren tatsächlicher Schulbesuch nachgewiesen wird, was durch Bescheinigungen des Schulträgers über den Schulbesuch bei Antragstellung für die Beschäftigungsduldung erfolgt. Damit soll der spätere Übergang in die Aufenthaltserlaubnis nach § 25 b AufenthG gesichert werden.[125]

Weiter darf bei den Kindern keiner der in § 54 II Nr. 1, Nr. 1 a und Nr. 2 genannten Fälle eines Ausweisungsinteresses vorliegen, was die Ausländerbehörde für die Antragsprüfung durch Einholung eines Auszugs aus dem Bundeszentralregister wie für die Eltern und Anfragen bei den zuständigen Sicherheitsbehörden zu ermitteln hat: Als Erteilungssperre wirkt für ein Kind seine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten, ebenso seine rechtskräftige Verurteilung zu einer Freiheits- oder Jugendstrafe ua wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Selbstbestimmung, das Eigentum oder wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, sofern die Straftat mit Gewalt, unter Anwendung von Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben oder mit List begangen worden ist oder eine Straftat nach § 177 StGB ist. Ebenso ausschließend wirkt seine rechtskräftige Verurteilung zu einer Jugendstrafe von mindestens einem Jahr wegen einer oder mehrerer vorsätzlicher Straftaten, wenn die Vollstreckung der Strafe nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist.

Weiter dürfen die Kinder nicht wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen § 29 I Nr. 1 BtMG rechtskräftig verurteilt worden sein. Strafbar ist danach, wer Betäubungsmittel unerlaubt anbaut, herstellt, mit ihnen Handel treibt, sie, ohne Handel zu treiben, einführt, ausführt, veräußert, abgibt, sonst in den Verkehr bringt, erwirbt oder sich in sonstiger Weise verschafft.[126] Da Drogendelikte ein Grundinteresse

120 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18.
121 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18 f.
122 Vgl. Stellungnahme v. 15.2.2019, BR-Drs. 8/19, 10.
123 Vgl. Gegenäußerung der BReg, Anl. 3 zu BT-Drs. 19/8286, 37.
124 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 6, 12.
125 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18.
126 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18.

der Gesellschaft berühren, liegt ihre Verhinderung im besonderen öffentlichen Interesse und soll hier ein konsequentes Signal gesetzt werden. Da aber nicht schon die Deliktsbegehung als solche ausreicht, sondern erst eine rechtskräftige Verurteilung deswegen, liegt es in der Hand der Strafgerichte, nach ihren Maßstäben zB einen etwaigen geringfügigen Betäubungsmittelkonsum als strafwürdig einzustufen oder nicht. Die ausländerbehördliche Beurteilung ist über § 79 IV AufenthG nF inhaltlich hieran gebunden.

i) *Abschluss eines Integrationskurses ua – § 60 d I Nr. 11 AufenthG nF.* Als letzte Erteilungsanforderung verlangt § 60 d II Nr. 11 AufenthG nF, dass der ausreisepflichtige Ausländer und sein Ehegatte oder sein Lebenspartner einen Integrationskurs erfolgreich abgeschlossen haben, soweit sie durch die zuständigen Behörde nach § 44 IV AufenthG zur Teilnahme verpflichtet wurden und ein Kursplatz tatsächlich zur Verfügung stand. Haben sie den Kurs abgebrochen, ist dies unschädlich, soweit sie den Abbruch nicht zu vertreten haben, zB der Kurs mangels Teilnehmern nicht zustande oder nicht zum Abschluss kam.

j) *„Einer für alle" – die familienbezogene Regelungstechnik des § 60 d I AufenthG nF.* Mit der ausländerrechtlich ungewöhnlichen Regelungstechnik des § 60 d I AufenthG nF – ein Familienmitglied sperrt die Begünstigung für alle Familienmitglieder[127] – nimmt der Gesetzgeber deutliche Anleihen bei der Altfallregelung nach § 104 a AufenthG und legt in der Zusammenschau mit der Stichtagsregelung[128] so indirekt offen, um was es ihm bei der Beschäftigungsduldung geht: Er nimmt ein potenzielles Integrationskriterium, die Lebensunterhaltssicherung aus Erwerbstätigkeit, erhebt es zum alleinigen Bleibezweck im Bundesgebiet und macht daraus eine verkappte Altfallregelung, die nur nicht so genannt wird. Integrationspolitisch unauffälligen Ausländern und ihren Familien wird der weitere Verbleib im Bundesgebiet ermöglicht, um die Zahl der eigentlich ausreisepflichtigen und notfalls abzuschiebenden Ausländer langfristig zu senken. Es ist letztlich das Eingeständnis, dass der Staat mit der Durchsetzung geltenden Rechts – der Ausreisepflicht nach erfolglosem Asylverfahren nach § 50 AufenthG – überfordert ist. Die Ausländerbehörden können diese Pflicht nur mit enormem Aufwand im Einzelfall durchsetzen, wenn überhaupt. Der Verantwortung für daraus resultierende Härten für die Betroffenen – von der Lösung aus sozialen Bindungen im Bundesgebiet bis hin zur Trennung von Familien – mag sich die politische Leitung offenbar nicht mehr stellen.[129] Letztlich bröckelt der politische Konsens über den Sinn von Abschiebungen. Doch hier wird dieses Problem nur migrationspolitisch verlagert, aber letztlich nicht gelöst.

4. Die Erteilung der Beschäftigungsduldung und die Folgen von Änderungen der hierfür maßgeblichen Umstände

Wie bei der Ausbildungsduldung sieht der Gesetzgeber auch bei der Beschäftigungsduldung Regelungen nicht nur für ihre erstmalige Erteilung sondern auch für ihren Widerruf und ihr Erlöschen für den Fall einer erheblichen Änderung der Umstände vor:

a) *Der Regel-Anspruch auf Erteilung – § 60 d I und II AufenthG nF.* Die erstmalige Erteilung einer Beschäftigungsduldung an den stammberechtigten Ausländer stellt der Gesetzgeber nicht in das freie Ermessen der Ausländerbehörde, spricht dem Antragsteller aber anders als bei der Ausbildungsduldung auch keinen strikten Anspruch zu. Er stellt stattdessen als Mittelweg in § 60 d I AufenthG nF einen gebundenen Regel-Anspruch des Ausländers auf, so dass die Beschäftigungsduldung dem ausreisepflichtigen Ausländer und seinem Ehegatten oder seinem Lebenspartner in der Regel für 30 Monate zu erteilen ist, wenn ihre Erteilungsvoraussetzungen erfüllt sind und keine Ausnahme vorliegt. Akzessorisch hierzu wird den in familiärer Lebensgemeinschaft lebenden minderjährigen ledigen Kindern des Ausländers die Duldung – also eine Beschäftigungsduldung nach § 60 d AufenthG nF und nicht eine allgemeine Duldung nach § 60 a II 1 AufenthG[130] – für den gleichen Aufenthaltszeitraum erteilt. Die Erteilung an die Kinder steht nicht im Ermessen der Ausländerbehörde, hängt aber akzessorisch an der Erteilung an den stammberechtigten Ausländer. Wird sie ihm als Regelfall nach § 60 d I AufenthG nF oder im Ermessensweg nach § 60 d IV AufenthG nF erteilt, ist sie auch seinen mit ihm in familiärer Lebensgemeinschaft lebenden minderjährigen ledigen Kindern zu erteilen; wird sie ihm versagt, muss sie auch ihnen versagt werden.

Wann eine Ausnahme zum Regel-Anspruch auf Erteilung vorliegt, lassen sowohl der Gesetzestext als auch die Gesetzesbegründung leider offen. Anhaltspunkte hierfür kann aber die Systematik des § 60 d AufenthG nF bieten: Ausgehend von den Erteilungsvoraussetzungen in § 60 d I AufenthG hat der Gesetzgeber zwei Fälle ausdrücklich geregelt, in denen die Erteilungsvoraussetzung im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht erfüllt (noch keine Identitätsklärung nach § 60 d I Nr. 1 AufenthG nF – Reduzierung des Regel-Anspruchs auf eine Ermessensentscheidung nach § 60 d IV AufenthG nF) oder zweifelhaft ist (wegen erhobener öffentlicher Klage ungesicherte Straffreiheit nach § 60 d I Nr. 7 AufenthG nF – Aussetzung des Regel-Anspruchs nach § 79 IV AufenthG nF). Der Gesetzgeber hat somit für eine positive Erteilungsvoraussetzung ihre nachträgliche Erfüllung bei hinreichender Mitwirkung des Ausländers als unschädlich angesehen und bei einem schwerwiegenden Ausschlussgrund die Verfahrensaussetzung als milderes Mittel gegenüber einer Antragsablehnung geregelt. Von seiner Intention ausgehend, gut integrierten Ausländern den Verbleib im Bundesgebiet zu ermöglichen, aber Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu verhüten, kommt eine Ausnahme vom Regel-Anspruch in Betracht, wenn der Ausländer oder sein Ehegatte im Terrorverdacht nach § 60 d I Nr. 8 AufenthG nF steht. Hier hat der Gesetzgeber einen vergleichbar schwer wiegenden Ausschlussgrund wie bei einer möglichen Straffälligkeit geregelt, aber keine Verfahrensaussetzung bis zur abschließenden Klärung. Diese Lücke lässt sich daher mit einer ausnahmsweisen Nichterteilung schließen, wobei der Regel-Anspruch wieder auflebt, sobald der Terrorverdacht ausgeräumt ist. Auf ein Verfahren zur Ausweisung bzw. zum Erlass einer Abschiebungsanordnung § 60 d I Nr. 9 AufenthG nF dürfte dies nicht ebenso übertragbar sein, denn während die Ausländerbehörde auf ein Strafverfahren keinen Einfluss hat, hat sie es in der Hand, ob sie eine Ausweisung bzw. Abschiebungsanordnung erlässt oder nicht. Von ihr dürfte zu verlangen sein, dass sie zur Anwendung der Ausnahmeklausel den Betroffenen jedenfalls zur beabsichtigten Ausweisung bzw. zum Erlass einer Abschiebungsanordnung bereits angehört hat und unter Anwendung der Ausnahmeklausel auch nach

127 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17.
128 Vgl. Ausschuss für Inneres und Heimat, Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 19/10707, 2, 6.
129 Dies zeigt sich auch, wenn sie gesetzeskonforme Abschiebungen ihrer nachgeordneten Ausländerbehörden in quasi letzter Minute auf Intervention von Helferkreisen und Mandatsträgern noch stoppt.
130 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17 – dort ausdrücklich für den Ehegatten/Lebenspartner, wobei für die Kinder gesetzessystematisch nichts anderes gelten kann.

Ablauf der Anhörungsfrist innerhalb der für die Untätigkeitsklage nach § 75 S. 2 VwGO vorgesehenen Drei-Monatsfrist entscheidet; anderenfalls dürfte der Regel-Anspruch wieder aufleben.

Auf der anderen Seite wird von den zentralen positiven Erteilungsvoraussetzungen nach § 60 d I Nr. 2 bis Nr. 6 AufenthG nF keine Ausnahme anzunehmen sein, ohne das legislative Anliegen zu konterkarieren. Im Umkehrschluss aus § 60 d IV AufenthG können bei sachlicher Nichterfüllung der Mindestduldungs- und Mindestbeschäftigungsdauer sowie der Lebensunterhaltssicherung keine Abstriche von der Regel-Erteilungsvoraussetzung gemacht werden. Eine Ausnahme kommt hier nur in Betracht, wenn die Erteilungsvoraussetzungen zwar in der Sache erfüllt sind, lediglich der formelle Nachweis hierfür noch nicht vollständig erbracht ist, sich zB die Ausstellung des Abschlusszeugnisses eines Sprachkurses zum Nachweis der nach § 60 d I Nr. 6 AufenthG nF erforderlichen Sprachkenntnisse verzögert, der Ausländer die Sprachprüfung selbst aber bekanntermaßen bestanden hat.

b) *Der nachträgliche Wegfall von Erteilungsvoraussetzungen oder Eintritt von Ausschlussgründen – § 60 d III AufenthG nF.* Nach § 60 d III 1 AufenthG nF wird die Beschäftigungsduldung widerrufen, wenn eine der in § 60 d I Nrn. 1 bis Nr. 10 AufenthG nF genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt ist. Diese Formulierung befugt die Behörde zur Beseitigung der erteilten Duldung bei einer nachträglichen Änderung der für ihre Erteilung maßgeblichen Umstände. Gleichwohl ist die Formulierung in mehreren Punkten unklar und auslegungsbedürftig:

Erstens spricht § 60 d III 1 AufenthG nF nur von der „nach Abs. 1 erteilten Duldung". § 60 d I AufenthG nF regelt aber nur die Regel-Erteilung. Dem Wortlaut nach wären eine nach § 60 d IV AufenthG nF im Ermessensweg dem Ausländer oder seinem Ehegatten bzw. Lebenspartner erteilte Duldung sowie eine nach § 60 d II AufenthG nF seinen Kindern erteilte Duldung hiervon ausgenommen. Das widerspräche dem Regelungsanliegen, bei einem Familienmitglied bestehende Defizite in den Erteilungsvoraussetzungen oder vorliegende Ausschlussgründe allen Familienangehörigen zuzurechnen und keinem von ihnen eine Beschäftigungsduldung zu erteilen.[131] Hiervon bei nachträglichen Änderungen abzuweichen, gibt es keinen vernünftigen Grund. Mithin sind auch die an den Ausländer selbst oder an Familienangehörige nach § 60 d IV und II AufenthG nF erteilten (Beschäftigungs-)Duldungen nicht von der Widerrufsbefugnis ausgenommen. Ihr Widerruf steht auch nicht im ausländerbehördlichen Ermessen, sondern ist zwingend, da die mit ihrer Erteilung unterstellten Integrationsvoraussetzungen nicht (mehr) gegeben sind.

Zweitens ist die Formulierung in § 60 d III 1 AufenthG nF schief, wonach die Beschäftigungsduldung widerrufen wird, „wenn eine der in Absatz 1 Nummer 1 bis 10 genannten Voraussetzungen nicht mehr erfüllt ist." Wie bereits dargestellt, enthält § 60 d I Nr. 1 bis Nr. 10 AufenthG nF sowohl positive Erteilungsvoraussetzungen als auch negative Ausschlussgründe. Nur erstere können nachträglich wegfallen, letztere hingegen können nachträglich nur eintreten.

Allerdings können nicht alle positive Erteilungsvoraussetzungen nachträglich wegfallen: Wenn der stammberechtigte Ausländer zB die erforderliche Mindestbeschäftigungsdauer sowie Dauer der Lebensunterhaltssicherung nach § 60 d I Nr. 3 und Nr. 4 AufenthG nF im Zeitpunkt der Erteilung erfüllt und nachgewiesen hat, kann diese Tatsache nicht mehr nachträglich entfallen. Allenfalls könnte ihr Nachweis entfallen, wenn er auf Täuschung beruhte. Dann wäre aber die Erteilungsvoraussetzung selbst nie erfüllt gewesen und die – rechtswidrig erteilte – Beschäftigungsduldung wäre zurückzunehmen und nicht zu widerrufen. Daher kann sich die Widerrufsbefugnis nur auf positive Erteilungsvoraussetzungen beziehen, die prognostischen Charakter haben und erst nach der Erteilung der Beschäftigungsduldung zu erfüllen sind. Beispiele hierfür sind die fortdauernde Beschäftigung nach § 60 d I Nr. 3 AufenthG nF und die fortdauernde Lebensunterhaltssicherung nach § 60 d I Nr. 5 AufenthG nF, wenn der Ausländer kurz nach der Erteilung der Beschäftigungsduldung vorwerfbar arbeitslos wird und über die nach § 60 d III 2 AufenthG nF unschädlichen kurzfristigen Unterbrechungen hinaus erwerbslos bleibt. Daher ist die Formulierung in § 60 d III 1 AufenthG nF entsprechend teleologisch zu reduzieren. Nach dem allgemeinen Günstigkeitsprinzip kann die Ausländerbehörde auf entsprechende Anhaltspunkte hin den Ausländer zum Nachweis des Fortbestands der positiven Erteilungsvoraussetzung, zB durch Belege für die aktuelle neue Beschäftigung nach zwischenzeitlicher Kündigung des Arbeitsverhältnisses,[132] auffordern und trägt der Ausländer das Risiko der Nichterweislichkeit.

Ähnliches gilt für die in § 60 d III 1 AufenthG nF mit umfassten Ausschlussgründe, die erst nachträglich eintreten (können), zB eine strafgerichtliche Verurteilung von der Schwere des § 60 d I Nr. 7 oder Nr. 8 AufenthG nF. Treten sie ein, will der Gesetzgeber die prognostisch angenommene Straffreiheit oÄ als nicht mehr erfüllt ansehen und über den Widerruf die Konsequenzen hieraus ziehen. Anders als in seiner Formulierung angelegt, hat aber nach dem allgemeinen Günstigkeitsprinzip dann die Ausländerbehörde den Eintritt eines Ausschlussgrunds zu belegen und notfalls zu beweisen, nicht der Ausländer den Fortbestand der Erteilungsvoraussetzung.

c) *Die allgemeine Duldung als Auffangtatbestand – § 60 d V AufenthG nF.* Schließlich lässt die Beschäftigungsduldung nach § 60 d V AufenthG nF die Regelungen über die allgemeine Duldung nach § 60a AufenthG unberührt, was – wie bei § 60 c VIII AufenthG – bedeuten soll, dass Duldungen nach § 60 a AufenthG aus anderen tatsächlichen, rechtlichen, dringenden humanitären oder persönlichen Gründen, beispielsweise wegen Krankheit, oder erheblichen öffentlichen Interessen neben der Beschäftigungsduldung grundsätzlich weiterhin erteilt werden können, und in diesen Fällen auch eine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden kann, wenn kein Versagungsgrund nach § 60 a VI AufenthG vorliegt.[133]

Dies bestätigt die systematische Stellung der Neuregelung über die Beschäftigungsduldung als lex specialis zur allgemeinen Duldung. Soweit § 60 d AufenthG vorrangige Regelungen enthält, ist § 60 a AufenthG gesperrt, zB im Verhältnis der Identitätsklärung nach § 60 d I und IV AufenthG gegenüber einer etwaigen (früheren und noch fortwirkenden) Identitätstäuschung nach § 60 a VI 2 AufenthG, so dass dem Ausländer seine frühere Identitätstäuschung für die Erteilung einer Beschäftigungsduldung nicht mehr entgegengehalten werden kann, wenn er aktuell hinreichend an seiner Identitätsklärung mitwirkt. Bei einer allgemeinen Duldung hin-

131 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 17.
132 Der Arbeitgeber hat der Ausländerbehörde nach § 60 d III 3 AufenthG nF eine Kündigung mitzuteilen. Eine Mitteilungspflicht des Ausländers nach § 82 VI AufenthG gilt entsprechend.
133 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 18.

gegen kann sie ihm nach Maßgabe des § 60 a VI 2 AufenthG noch entgegengehalten werden. Die Sperrwirkung des § 60 d AufenthG nF betrifft auch dessen Erteilungsvoraussetzungen nach § 60 d I Nr. 1 bis Nr. 6 AufenthG: Sind diese Voraussetzungen nicht oder nicht vollständig erfüllt, kommt für den Ausländer auch keine Beschäftigungsduldung zu erleichterten Bedingungen nach § 60 d V AufenthG nF iVm § 60 a II AufenthG in Betracht, wie der Umkehrschluss aus § 60 d IV AufenthG zeigt. Um eine allgemeine Duldung zu erhalten, muss zudem ein Duldungsgrund vorliegen, der gerade nicht in der bisherigen oder beabsichtigten Beschäftigung liegen kann.

5. Die erfolgreich verlaufene Beschäftigung

Aus einer erfolgreich verlaufenen 30-monatigen Beschäftigungsduldung erlangt der Ausländer im Anschluss hieran einen Regel-Anspruch („soll") auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 b VI AufenthG nF. Hierfür müssen die Voraussetzungen des § 60 d AufenthG nF zum Zeitpunkt der erstmaligen Beantragung der Aufenthaltserlaubnis weiterhin erfüllt sein; die weitere Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis richtet sich nur noch nach § 25 b AufenthG nF.[134] Dieser Regel-Anspruch durchbricht aber nur die für einen „Spurwechsel" relevante Ausschlussklausel eines erfolglosen Asylverfahrens nach § 10 III 1 AufenthG, da der Aufenthaltstitel nach dem im fünften Abschnitt des zweiten Kapitels des Aufenthaltsgesetzes geregelten § 25 b AufenthG nF erteilt wird, aber nicht jene eines als offensichtlich unbegründet abgelehnten Asylantrags nach § 10 III 2 AufenthG. Erst recht nicht entbinden sie von den Voraussetzungen ua des Passbesitzes; hiervon abzusehen, steht nach § 5 III 2 AufenthG im Ermessen der Ausländerbehörde.

IV. Die Ausbildungs- und die Beschäftigungsduldung im Vergleich zum Fachkräftezuwanderungsgesetz

Die Ausbildungs- und mehr noch die Beschäftigungsduldung treten in Konkurrenz zum geplanten Fachkräftezuwanderungsgesetz. Während letzteres möglichst qualifizierte oder qualifizierungswillige Ausländer auf dem Weg über ein Anwerbe- und Visumsverfahren nach Deutschland holen soll, halten die Ausbildungs- und die Beschäftigungsduldung qualifizierungswillige und unqualifizierte ausreisepflichtige Ausländer im Bundesgebiet.

Arbeitsmarktpolitisch dürfte zu bezweifeln sein, dass die Bundesrepublik durch die Ausbildungsduldung ihren Mangel an Fachkräften beheben oder zumindest merklich mindern kann. Durch gewerbliche und handwerkliche sowie schulische Ausbildungen werden dort zwar Fachkräfte herangebildet, aber der Bedarf in den Branchen ist unterschiedlich und der Strukturwandel durch die Digitalisierung verlangt nach noch höher qualifizierten Fachkräften,[135] um die es hier aber nicht geht.

Die Beschäftigungsduldung hingegen belässt unqualifizierte Arbeitnehmer in qualitativ niedrigen Beschäftigungen,[136] so sehr in einzelnen Branchen und besonders im Pflegebereich auch Helferstellen besetzt werden müssen. Außerhalb des Pflegebereichs besteht eher die Gefahr, dass die Begünstigten zwar in Zeiten der Hochkonjunktur Arbeit und Lohn finden, aber in Zeiten der Rezession auch als erste ausgestellt werden. Die „Gastarbeiter"-Anwerbung der 50er und 60er Jahre sollte eine Warnung sein, denn viele Arbeitnehmer verloren ihre niedrig qualifizierten Arbeitsstellen im Strukturwandel der 70er und 80er Jahre nicht nur in der Montan- und Schwerindustrie, sondern auch in der Produktion und Dienstleistung, sobald sie durch Maschineneinsatz wegrationalisiert wurden. Ähnliches droht in der bereits begonnenen Digitalisierung unserer Arbeitswelt. Die derzeit arbeitsmarktpolitisch vermittelbare Beschäftigungsduldung – wer Arbeit findet, soll auch bleiben können – könnte sich so zum sozial- und migrationspolitischen Bumerang entwickeln.[137]

Diese Sorge gilt auch der migrationspolitisch bedenklich ausgestalteteten Neuregelung der Ausbildungsduldung: Im Bundesgebiet lebende ausreisepflichtige Geduldete deutlich besser zu stellen als an legaler Einreise interessierte Erwerbsmigranten (auch nach dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz), wertet deren Rechtsstellung ab und wirft für sie die Frage auf, wozu sie sich einem aufwändigen Anwerbe- und Visumsverfahren unterziehen sollen, statt einfach unerlaubt einzureisen, Asyl zu beantragen und zu hoffen, nach Ablehnung ihres Asylantrags aufgrund ihres Fleißes letztlich bleiben zu dürfen. Kurz: Durch die Ausbildungs- und die Beschäftigungsduldung konterkariert der Gesetzgeber sein Gesamtkonzept der Migrationssteuerung. Gerade beim Erteilungskriterium der Identitätsklärung wäre aus Gründen der Gleichbehandlung eine engere Orientierung am geltenden gesetzlichen Rahmen insbesondere des § 3 AufenthG mit der strikten Passpflicht wünschenswert. Wie auf der Autobahn gälte: „Spurwechsel ja – aber innerhalb der Leitplanken!" ■

134 Vgl. BT-Drs. 19/8286, 13 f.

135 Vgl. *Fuchs/Kubis/Schneider* in Bertelsmann-Stiftung: Zuwanderung und Digitalisierung – Wie viel Migration aus Drittstaaten benötigt der deutsche Arbeitsmarkt künftig?, 2019, 74 mit Abb. 7.1.

136 Und verstetigt damit eine arbeitsmarktpolitisch brisante Entwicklung, weil Ausländer und erst recht Asylbewerber häufiger als Inländer unqualifizierte Tätigkeiten ausüben, vgl. *Fuchs/Kubis/Schneider* in Bertelsmann-Stiftung: Zuwanderung und Digitalisierung – Wie viel Migration aus Drittstaaten benötigt der deutsche Arbeitsmarkt künftig?, 78 ff. mit Abb. 7.3 und 7.4. sowie 7.5.

137 Warnend auch *Fuchs/Kubis/Schneider* in Bertelsmann-Stiftung: Zuwanderung und Digitalisierung – Wie viel Migration aus Drittstaaten benötigt der deutsche Arbeitsmarkt künftig?, 82.