



Prof. Dr. Daniel Thym, LL.M.

Fachbereich Rechtswissenschaft
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europa- und Völkerrecht
Forschungszentrum Ausländer- und Asylrecht
Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt, Standort Konstanz (im Aufbau)
Fach 116, Universitätsstraße 10
D-78464 Konstanz
daniel.thym@uni-konstanz.de

**Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des
Innenausschusses des Deutschen Bundestags
am Montag, den 3. Juni 2019 über den**

- a) Entwurf eines Gesetzes über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, [BT-Drs. 19/8286](#) v. 13.3.2019.
- b) Antrag der Abgeordneten Stephan Thomae u.a. und der Fraktion der FDP: Für einen konsequenten Ansatz in der Einwanderungspolitik – Eckpunkte eines umfassenden Einwanderungsgesetzbuches, [BT-Drs. 19/9924](#) v. 7.5.2019.
- c) Antrag der Abgeordneten Gökyay Akbulut u.a. und der Fraktion DIE LINKE: Für eine offene, menschenrechtsbasierte und solidarische Einwanderungspolitik, [BT-Drs. 19/9052](#) v. 4.4.2019.
- d) Antrag der Abgeordneten Susanne Ferschl u.a. und der Fraktion DIE LINKE: Fachkräfteeinwanderungsgesetz – Gute Arbeit garantieren und Vollbeschäftigung erreichen, [BT-Drs. 19/9855](#) v. 3.5.2019.
- e) Antrag der Abgeordneten Filiz Polat u.a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Bleiberecht für Geflüchtete gestalten, Aufenthaltsrechte stärken, Rechtssicherheit schaffen, [BT-Drs. 19/6541](#) v. 15.12.2018.

Ich bedanke mich für die Einladung seitens des Innenausschusses und äußere mich wie folgt zu Hintergrund und Einzelfragen des Gesetzentwurfs.

I. Einordnung des Gesetzentwurfs	2
1. Ausreisepflicht als rechtlicher Normalfall	2
2. Trennung von Asylmigration und Fachkräfteeinwanderung	4
3. Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung	6
4. Ein „Bleiberecht“, kein „Spurwechsel“	9
5. Legalisierungsoptionen im geltenden Recht	10
6. Ende der Illusion eines schlanken Migrationsrechts	12
II. Einzelheiten	14
1. Ausbildungsduldung	14
a. <i>Persönlicher Anwendungsbereich</i>	14
b. <i>Materielle Erteilungsvoraussetzungen</i>	15
c. <i>Duldungsende</i>	17
d. <i>Aufenthaltsverfestigung</i>	18
2. Beschäftigungsduldung	18
a. <i>Persönlicher Anwendungsbereich</i>	18
b. <i>Materielle Erteilungsvoraussetzungen</i>	19
c. <i>Duldungsende</i>	21
d. <i>Aufenthaltsverfestigung</i>	21
3. Vereinbarkeit „verkappter Aufenthaltstitel“ mit dem Europarecht	22
a. <i>Keine Legalisierung kraft Europarechts</i>	22
b. <i>Unterminierung der praktischen Wirksamkeit des Richtlinienziels?</i>	23

I. EINORDNUNG DES GESETZENTWURFS

1. Ausreisepflicht als rechtlicher Normalfall

In der parallelen Stellungnahme zum „Geordnete-Rückkehr-Gesetz“ legte ich ausführlicher dar, dass die deutsche und europäische Rechtsordnung als rechtlichen Normalfall davon ausgehen, dass abgelehnte Asylbewerber ausreisen. So **bestätigte der EuGH vor Kurzem, dass abgelehnte Asylbewerber „illegal aufhältig“ sind und ausreisen müssen.**¹ Ob zielstaatsbezogene Schutzgründe wegen einer Verfolgung, der Sicherheitslage oder den Lebensbedingungen im Herkunftsland bestehen, prüfen das BAMF und die Gerichte abschließend im Asylverfahren. Bei vollziehbar ausreisepflichtigen Personen steht – vom Sonderfall der Dublin-Überstellung einmal abgesehen² – bereits fest, dass kein Schutzbedarf besteht. Für das Recht ist sodann die Ausreise der Normalfall.

¹ EuGH, *Gnandi*, C-181/16, [EU:C:2018:465](#), Rn. 56 mit Blick auf die Rückführungs-Richtlinie 2008/115/EG.

² Aufgrund der Dublin III-Verordnung können bekanntlich auch prinzipiell schutzberechtigte Personen in den zuständigen EU-Mitgliedstaat überstellt werden, um dort ein Asylverfahren zu durchlaufen; allerdings führt eine

Dies gilt auch für Geduldete, weil die hohe Anzahl an **Personen mit einer Duldung vollziehbar ausreisepflichtig bleiben**. In den allermeisten Konstellationen werden Duldungen nämlich automatisch erteilt, weil eine Abschiebung aus tatsächlichen Gründen nicht durchgeführt werden kann, weil Ausreisepapiere fehlen, die Identität wegen verletzter Mitwirkungspflichten nicht feststeht, die Ausländerbehörden unzureichende Kapazitäten vorhalten oder die Herkunftsländer nicht kooperieren. Die hohe Anzahl an Duldungen bestätigt mithin das Vollzugsdefizit bei der Aufenthaltsbeendigung.³ Nur in einer Minderheit beruht eine Duldung zudem auf rechtlichen Gründen.⁴ Pro Asyl stellt die Rechtslage unzutreffend dar, wenn es heißt, dass Geduldete sich „nicht rechtswidrig“ aufhielten.⁵ Sie bleiben vollziehbar ausreisepflichtig und sind abzuschieben, sobald dies möglich ist.⁶

Hieraus folgt für die Zwecke des vorliegenden Gesetzentwurfs, dass dieser nicht mit Diskussionen über die Schutzgewährung für Flüchtlinge vermischt werden sollte. Es ist sprachlich missverständlich und juristisch **falsch, ausreisepflichtige Personen als „Flüchtlinge“ zu bezeichnen**. Wer versucht, die Ausreisepflicht durch ein sprachliches „Framing“ zu relativieren, läuft Gefahr, dass auch die Gegenseite nicht mehr differenziert und fälschlich den Bleibanspruch von anerkannten Flüchtlingen relativiert.⁷ Eine ausgleichende Migrationspolitik der gesellschaftlichen Mitte sollte durch eine umsichtige Sprache anzeigen, dass man die vielfältigen Herausforderungen der Politikgestaltung anerkennt.

Allgemein zeigt die Abgrenzung zwischen dem Flüchtlingsschutz und der Ausreisepflicht für abgelehnte Asylbewerber, dass es die **„eine“ uniforme Migrationspolitik nicht gibt**. Die Politik sollte **abgestufte Regelungen mit ausdifferenzierten Zielsetzungen für unterschiedliche Personengruppen** vereinbaren.⁸ Für die Fachkräfteeinwanderung gelten andere Rahmenbedingungen als für die Integration von anerkannten Flüchtlingen. Für vollziehbar ausreisepflichtige Personen forderte die Bundeskanzlerin vor zwei Jahren eine „nationale

gescheiterte Überstellung nach geltendem Recht dazu, dass Deutschland nach regelmäßig sechs Monaten das Asylverfahren übernehmen muss (vgl. Art. 29 Abs. 2 VO (EU) Nr. 604/2013); ein Bleiberecht nach dem Modell des Entwurfs gibt es sodann typischerweise erst nach dem Ende des deutschen Asylverfahrens.

³ Hierzu bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Innenausschusses am 3.6.2019 zum Entwurf des Geordnete-Rückkehr-Gesetzes, S. 4-7.

⁴ Dies gilt für inlandsbezogene Abschiebungshindernisse etwa infolge Erkrankung oder familiärer Bindungen; vgl. zur Statistik die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der FDP: Geplante Maßnahmen zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, [BT-Drs. 19/8030](#) v. 27.2.2019, S. 8.

⁵ Pro Asyl, Stellungnahme zum Geordnete-Rückkehr-Gesetz, [15.4.2019](#), S. 18, ähnlich S. 3.

⁶ Vgl. § 60a Abs. 3, Abs. 5 S. 2 ff., Abs. 2 S. 1 AufenthG.

⁷ Sprachlich verzerrt die Gegenposition ebenfalls, indem sie die „illegale Einreise“ auch von schutzberechtigten Personen hervorhebt; näher *Daniel Thym*, Migrationssteuerung im Einklang mit den Menschenrechten, [Zeitschrift für Ausländerrecht 2018, 193 \(196 f.\)](#).

⁸ Siehe auch die parallele Stellungnahme von *Thym* (Fn. 3), S. 3 f.

Kraftanstrengung“ bei der Abschiebung,⁹ die in einem Spannungsverhältnis zur ebenfalls gewollten Integration aller faktischen Inländer steht.

2. Trennung von Asylmigration und Fachkräfteeinwanderung

Besonders deutlich sind die Unterschiede bei der Asylmigration und der Fachkräfteeinwanderung, die unter umgekehrten Vorzeichen verlaufen. Bei „gemischten Wanderungen“, wenn über das Asylsystem zeitgleich Personen mit und ohne Schutzbedarf einreisen, wie das aktuell in Deutschland der Fall ist,¹⁰ besteht eine Herausforderung darin, durch Vorkehrungen zu erreichen, dass von Anfang an möglichst wenig Personen ohne Schutzbedarf einreisen bzw. nach einem abgelehnten Asylantrag das Land wieder verlassen. Angesichts „gemischter Wanderungen“ **zielt die Asylpolitik also immer auch auf eine bessere Steuerung**, die die irreguläre Wirtschaftsmigration über das Asylsystem begrenzt. Umgekehrt muss sich die Bundesrepublik bei der Fachkräfteeinwanderung attraktiv aufstellen, um im „Wettbewerb um die besten Köpfe“ zu bestehen. Angesichts dieses Bedarfs nach abgestuften Regelungsansätzen sollte man die Gesetzentwürfe, die sich aktuell im parlamentarischen Verfahren befinden, nicht über einen Kamm scheren.

Damit ist nicht gesagt, dass es keine **Überschneidungen zur Fachkräfteeinwanderung** gebe. So bergen die Suchtitel für Ausbildungszwecke im Fachkräfteeinwanderungsgesetzentwurf durchaus Missbrauchspotenzial (das der Gesetzentwurf durch präventive und reaktive Sicherungen minimiert).¹¹ Umgekehrt gibt es Fachkräfte unter abgelehnten Asylbewerbern oder Personen, die eine Ausbildung zur Fachkraft anstreben. In diesen Fällen liegt es im deutschen Eigeninteresse, diese Fachkräftressourcen zu nutzen, auch weil rein tatsächlich die Ausreisepflicht ohnehin nicht in allen Fällen freiwillig beachtet oder zwangsweise vollstreckt wird. Nichtsdestotrotz gibt es **gute Argumente, auch künftig zwischen dem Asylsystem und der Fachkräfteeinwanderung zu unterscheiden**.¹² Hierzu gehört die Akzeptanz des Asylsystems durch die Bevölkerung, die langfristig unterminiert würde, wenn der

⁹ So Bundeskanzlerin *Angela Merkel* im Januar 2017, vgl. [FAZ.net v. 9.1.2017](#).

¹⁰ Für Asylersuchen betrug die sog. „bereinigte Schutzquote“ in den ersten vier Monaten dieses Jahres etwas mehr als 50 %; vgl. BAMF, Asylgeschäftsstatistik 1-4/2019, [8.5.2019](#), S. 6.

¹¹ § 17 Abs. 1 AufenthG-E i.d.F. d. Entwurfs gemäß [BT-Drs. 19/8285](#) v. 13.3.2019 setzt *präventiv* auf hohe Zulassungskriterien und *reaktiv* auf Sozialleistungsausschluss, eine Verordnungsermächtigung (§ 99 Abs. 5 AufenthG-E) sowie die behördliche Ermessensentscheidung, die es dem Auswärtigen Amt jederzeit erlaubt, auf evtl. Missbrauchsfälle mit einer restriktiveren Visavergabep Praxis zu reagieren.

¹² Siehe auch Sachverständigenrat deutscher Stiftungen für Integration und Migration (SVR), Chancen in der Krise, [Jahresgutachten 2017](#), S. 74-79.

Ausgang des Asylverfahrens irrelevant wäre, weil ohnehin alle früher oder später einen legalen Aufenthalt ermöglicht würde.¹³ Auch wäre es ethisch problematisch, wenn sich der Eindruck festsetzte, dass eine Schutzgewährung für Flüchtlinge sich auch nach der Nützlichkeit für die deutsche Gesellschaft richte.¹⁴

Vor allem jedoch argumentieren migrationssoziologische Erwägungen für eine prinzipielle Trennung von Asylsystem und Fachkräfteeinwanderung. Während Letztere durch eine rationale Interessenabwägung im Sinn der ökonomischen Verhaltenstheorie des *rational choice* geprägt ist, die wirtschaftliche, familiäre und sonstige Vor- und Nachteile einer jeden Migrationsentscheidung gegeneinander abwägt,¹⁵ wissen wir aus ethnographischen Studien, dass die **Fluchtmigration häufig auf einer unsicheren Informationsgrundlage basiert und durch spontane Entscheidungen geprägt wird**,¹⁶ wobei der Informationsgrad individuell und situationsabhängig stark variieren kann. Subjektive Vorstellungen und Narrative (auch in den sozialen Medien) prägen die Asylumigration ebenso wie harte Fakten, die bei der Fachkräfteeinwanderung dominieren.¹⁷ Symbolische Maßnahmen können daher – neben rechtlichen, sozialen und ökonomischen Faktoren – einen hohen Wirkungsgrad besitzen, der den schnellen Anstieg oder Rückgang von Asylantragszahlen erklären hilft.

Aus diesen abstrakten Überlegungen folgt konkret, dass eine **kluge Migrationspolitik immer auch darauf achtet, welche Bilder und Signale sie in die Welt sendet**, damit nicht eine humanitär sinnvolle Maßnahme für einen überschaubaren Personenkreis dazu führt, dass mehr Personen sich auf den Weg machen. Die Macht der Symbole und Narrative hilft die exponentielle Zugangssteigerung im Herbst 2015 ebenso erklären wie den drastischen Rückgang infolge der geschlossenen Balkanroute und der EU-Türkei-Erklärung einige Monate später. Ich behaupte nicht, dass das vorliegende Gesetz eine vergleichbare Signalwirkung entfaltet, sondern möchte abstrakt darauf hinweisen, dass eine kluge Migrationspolitik immer

¹³ Hinzu kommen Erwägungen der ethischen „Fairness“, wenn Personen, die irregulär über das Asylsystem einreisen, bessergestellt werden als Ausländer, die regulär mit einem Visum einreisen, auch weil Arbeitsplätze grundsätzlich nur einmal besetzt werden können.

¹⁴ Siehe *David Miller*, *Strangers in Our Midst. The Political Philosophy of Immigration* (Harvard UP, 2016), S. 90 f..

¹⁵ Einen guten Überblick bietet SVR, Steuern, was zu steuern ist, [Jahresgutachten 2018](#), S. 23-28; unter den deutschen Autoren steht insb. *Herbert Brücker* u.a., *The Determinants of Highly Skilled Migration*, in: ders. u.a. (Hrsg.): *Brain Drain and Brain Gain* (OUP, 2012), S. 66-104.

¹⁶ Näher *Joris Schapendonk*, *Turbulent Trajectories*, *Societies* 2 (2012), 27-41; *Heaven Crawley* u.a., *Unpacking a Rapidly Changing Scenario*, *MEDMIG Research Brief* No. 1, March 2016; siehe auch sowie *Antonia Scholz*, *Warum Deutschland?*, BAMF Forschungsbericht 19, [2013](#), S. 140-149; bei einer methodenkritischen Analyse gilt es zu beachten, dass Nachfluchtbefragungen, etwa durch *Herbert Brücker* u.a., IAB-BAMF-SOEP-Befragung von Geflüchteten, [IAB-Forschungsbericht 14/2016](#), S. 23-28, durch im Zielstaat formulierte Erwartungshaltungen von staatlichen Stellen und Hilfsorganisationen beeinflusst werden (in der Studie wird die Achtung der Menschenrechte in Deutschland als zentrales Fluchtmotiv genannt, nicht sozioökonomische Faktoren); hierzu *Roger Zetter*, *Labelling Refugees*, *Journal of Refugee Studies* 4 (1991), 39-62.

¹⁷ Näher *Saara Koikkalainen/David Kyle*, *Imagining Mobility. The Prospective Cognition Question in Migration Research*, [Journal of Ethnic and Migration Studies](#) 42 (2016), 759-776.

auch fragen sollte, was ein Bleiberecht für abgelehnte Asylbewerber, die sich bereits im Inhalt aufhalten, für die künftige Zuwanderung heißt.

3. Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung

Man kann einzelne Regelungen des Aufenthaltsrechts immer aus zwei Blickwinkeln betrachten: der Integrationsförderung und der Migrationssteuerung – und es liegt auch an den rückläufigen Zugangszahlen, dass derzeit die Integration im Vordergrund steht. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich der **Gesetzgeber in einem Dilemma befindet, wenn er eine Regelung für Personen, die bereits im Land sind, aus integrationspolitischen Gründen als sinnvoll erachtet, dieselbe Regelung zugleich jedoch als Pull-Faktor einen Anreiz darstellen kann**, dass weitere Personen sich Deutschland als Zielland aussuchen oder Personen, die vollziehbar ausreisepflichtig sind, nicht ausreisen. Den einhergehenden Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung kann man nicht auflösen, aber man kann sich die Wirkungsfaktoren bewusst machen.¹⁸

Vergleichsweise banal ist die Einsicht, dass die neu eingeführten Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung dazu führen, dass die Duldungsinhaber nicht ausreisen. Eben dies ist nämlich Sinn und Zweck der Regelung, die anders als eine „reguläre“ Duldung die Abschiebung für einen festen Zeitraum aufschiebt und mit der Perspektive einer weiteren Aufenthaltsverfestigung verbunden ist (hierzu II.1.d. und II.2.d.). Auch liegt die Annahme nahe, dass die **Aussicht auf eine Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung bewirkt, dass die freiwillige Ausreisepflicht seltener befolgt wird oder die Mitwirkungsbereitschaft an der Abschiebungsvorbereitung abnimmt**. Zugespitzt formuliert: Wenn der abgelehnte Asylantrag in einer Berufsausbildung mündet, die über das Duldungsgesetz aufenthaltsrechtlich abgesichert und über das parallele Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetz finanziell unterstützt wird,¹⁹ fördert dies die Missachtung der Ausreisepflicht. Dass die Bundesregierung dies mit dem Geordnete-Rückkehr-Gesetz verhindert möchte, widerspricht meinen Ausführungen nicht, sondern bestätigt umgekehrt, dass der Zielkonflikt zwischen Integrationsförderung und Migrationssteuerung die aktuellen Gesetze durchzieht.

Nun versucht die Bundesregierung, die Nebenwirkungen von Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung für die Migrationssteuerung durch komplizierte Übergangsbestimmungen in den Griff zu bekommen, indem etwa die Beschäftigungsduldung am 1. Juli 2022 außer Kraft

¹⁸ In diesem Sinn bereits *Daniel Thym*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Arbeits- und Sozialausschusses am 20. Juni 2016 zum Entwurf eines Integrationsgesetzes, [Ausschuss-Drs. 18\(11\)680](#), S. 118 (119); und *ders.*, Integration kraft Gesetzes?, [Zeitschrift für Ausländerrecht 2016, 241 \(242 f.\)](#)

¹⁹ Vgl. den Entwurf eines Ausländerbeschäftigungsförderungsgesetzes, [BT-Drs. 19/10053](#) v. 10.5.2019.

tritt (hierzu II.2.a.) oder von Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung nur Personen profitieren, die rechtzeitig die eigene Identität klären (§ 60b Abs. 2 Nr. 3, § 60c Abs. 1 Nr. 1 AufenthG-E). Einmal abgesehen davon, dass befristete Gesetze im Migrationsrecht zuletzt zumeist entfristet wurden²⁰ und die Identitätsklärung einer materiellen und prozeduralen Einschränkung unterliegt (hierzu II.1.b.), baut der Gesetzgeber darauf, dass die betroffenen Personen – ähnlich wie Fachkräfte – sich mit den Details des Gesetzesrechts befassen. Eben dies muss, wie ausgeführt, jedoch nicht der Fall sein. **Aufgrund des hohen Symbolwertes von Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung könnte das juristische Kleingedruckte die erwünschte Steuerungswirkung verfehlen.**

Dies gilt verstärkt, wenn man neben den Personen, die sich bereits in Deutschland aufhalten, auch die Wirkungen des Gesetzentwurfs für die künftige Zuwanderung betrachtet. **Wenn im Ausland sich der Eindruck verbreitete, dass Deutschland abgelehnten Asylbewerbern eine legale Arbeitsmöglichkeit oder eine staatlich finanzierte Ausbildung mit rechtlicher Bleibeperspektive gewährt, könnte dies eine verstärkte Zuwanderung zur Folge haben**²¹ – kurzfristig innerhalb der Europäischen Union durch eine irreguläre Sekundärmigration von Asylbewerbern etwa aus Italien oder Bulgarien, langfristig auch von außerhalb Europas, exemplarisch aus Westafrika. Wir wissen aus der migrationssoziologischen Forschung, dass ungeachtet der diffusen Informationslage, die durch Missverständnisse und Symbole beeinflusst wird, drei Faktoren für eine Migrationsentscheidung über das Asylsystem wichtig sein können,²² die der aktuelle Gesetzentwurf beeinflusst.

Erstens sind **soziale Netzwerke und ethnische Communities** ein zentraler Faktor, der den Umfang von Migrationsbewegungen mitbestimmt.²³ Bisher gibt es aus einigen Herkunftsländern noch vergleichsweise wenig Personen in Deutschland. So wohnten Ende 2011 rund 73 Tausend Westafrikaner im Bundesgebiet, sieben Jahre später waren es 173 Tausend. Besonders deutlich ist der Anstieg der Nigerianer von rund 20 Tausend Personen auf zuletzt ungefähr 68 Tausend.²⁴ Für den aktuellen Gesetzentwurf ist dies wichtig, weil Nigeria derzeit

²⁰ Das gilt exemplarisch für die Härtefallkommissionen nach dem Zuwanderungsgesetz, den Suchtitel nach § 18c AufenthG sowie aktuell für die Wohnsitzauflage.

²¹ Diese Wirkung würde natürlich vermieden, wenn das „Kleingedruckte“ der soeben genannten Bestimmungen wirksam kommuniziert und vermittelt würde.

²² Ich ignoriere bewusst den Schutzwunsch von anerkannten Asylbewerbern, weil es vorliegend um Personen geht, deren Asylantrag abgelehnt wurde.

²³ Stellvertretend SVR (Fn. 15), S. 24 f.; und Scholz (Fn. 16), S. 110-112.

²⁴ Vgl. Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit. Ausländische Bevölkerung. Ergebnisse des Mikrozensus 2017. Fachserie 1 Reihe 2, 2018, S. 28-31; aus Nordafrika gab es einen Anstieg von 118 auf 177 Tausend, aus Zentralafrika von 30 auf 44 Tausend, wobei nach der Staatsangehörigkeit gezählt wird, d.h. eingebürgerte Personen oder Kinder, die mit deutschen Pass geboren wurden, werden nicht mitgezählt.

das dritt wichtigste Asylherkunftsland ist (darunter zahlreiche Fälle einer irregulären Sekundärmigration aus Südeuropa).²⁵ Es steht daher zu erwarten, dass die **größer werdende nigerianische Community in Deutschland als ethnische Netzwerk eine Brückenfunktion für eine künftige Zuwanderung einnehmen wird**, die irregulär über das Asylsystem oder regulär über die Familienzusammenführung oder Fachkräfteeinwanderung stattfindet, sodass die Zuwanderung keineswegs negativ konnotiert sein muss. Unabhängig davon folgt aus dem Vorstehen in keiner Weise, dass es einen vermeintlichen Exodus aus Afrika geben werde, den wissenschaftliche Studien nicht stützen.²⁶ Wohl jedoch sollte sich die Politik bewusst machen, dass neu entstehende ethnische Communities aus bestimmten Herkunftsländern einen Faktor darstellen, der häufig mehr Zuwanderung bewirkt.²⁷

Zweitens ist der **wirtschaftliche Erfolg** nicht nur für Fachkräfte ein zentraler Faktor für eine Migrationsentscheidung, die der Gesetzgeber naturgemäß nur begrenzt beeinflussen kann, zumal er ein Interesse daran hat, dass die deutsche Wirtschaft weiterhin boomt (und hierfür auf ausländische Fachkräfte zugreifen kann). Dennoch **können Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung mittelbar den klassischen Pull-Faktor des wirtschaftlichen Erfolgs beeinflussen**, wenn künftig mehr abgelehnte Asylbewerber für Ausbildungszwecke oder zur Beschäftigung ein Bleiberecht erhalten.

Drittens wendet sich die politische Debatte häufig gegen eine „Zuwanderung in die Sozialsysteme“ und unterstellt damit, dass diese als ein Magnet geringqualifizierte Personen anziehe. Studien widerlegen dies für Fachkräfte und bestätigen die Annahme für die Asylmigration allenfalls begrenzt, was auch daran liegt, dass die meisten Personen selber wirtschaftlich aktiv sein und etwas aufbauen möchten. **Bei der Asylmigration ist das Sozialsystem nur ein sekundärer Faktor**, der weniger wichtig ist, als die Politik häufig annimmt.²⁸ Die relative Bedeutung hängt dabei immer auch von Kontextfaktoren ab. Während das Sozialsystem für Personen, die irregulär über das Mittelmeer nach Europas einreisen, nicht zentral sein dürfte, kann es für Herkunftsländer im näheren geographischen Umfeld (etwa die Westbalkanländer) oder für die irreguläre Sekundärmigration innerhalb Europas wichtiger sein, weshalb der Gesetzgeber im parallelen **Geordnete-Rückkehr-Gesetz** für anderweitig anerkannte Flüchtlinge einen Sozialleistungsausschluss festschreibt.²⁹

²⁵ In den ersten vier Monaten gab es gut 3000 Asylentscheidungen, die sog. bereinigte Schutzquote betrug rund 17 %; vgl. BAMF, Aktuelle Zahlen zu Asyl, [April 2019](#), S. 3.

²⁶ Siehe etwa *Marie-Laurence Flahaux/Hein de Haas*, African Migration. Trends, Patterns, Drivers, [Comparative Migration Studies 4 \(2016\), 1-25](#).

²⁷ Prominent *Paul Collier*, Exodus. How Migration is Changing Our World (OUP, 2013).

²⁸ Vgl. *Scholz* (Fn. 16), S. 131-138; und *Brücker* u.a. (Fn. 16), S. 27 f. (anders als für Fachkräfte).

²⁹ Hierzu meine parallele Stellungnahme *Thym* (Fn. 3), S. 30-33.

Ganz bewusst konzentrierte ich mich vorstehend auf die Migrationssteuerung, ohne damit suggerieren zu wollen, dass diese wichtiger sei als die Integrationsförderung. Diese Schwerpunktsetzung folgte meiner Wahrnehmung der **öffentlichen Debatte, die die Integrationsförderung vielfach betont, aber seltener über die Steuerung unter Einschluss der künftigen Zuwanderung spricht**. Beide Zielsetzungen sind wichtig und es ist das Vorrecht und die Aufgabe der Politik, den einhergehenden Zielkonflikt in konkrete Regelungen zu überführen und diese gegenüber der Bevölkerung zu verantworten.

4. Ein „Bleiberecht“, kein „Spurwechsel“

In der öffentlichen Diskussion war zuletzt der Begriff des „Spurwechsels“ verbreitet, den auch die Anträge der Fraktionen von DIE LINKE,³⁰ der FDP³¹ sowie von Bündnis 90/Die Grünen verwenden – im Fall der Grünen allerdings nur im Titel, während der Antragstext ansonsten mehrfach von einem „Bleiberecht“ spricht.³² Dagegen umgeht der Gesetzentwurf der Bundesregierung beide Begriffe und spricht schlicht von „Duldungen“ und beschreibt im Übrigen den Gesetzesinhalt. **Sprachlich trifft der Begriff des „Bleiberechts“ den Inhalt von Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung am besten.**

Diese Sprachwahl besitzt **gegenüber der „Duldung“ den Vorzug, die rechtlich vorstrukturierte Bleibeperspektive** besser auszudrücken, die den politischen Kern des Entwurfs ausmacht und bei gesetzeskonformen Verhalten von Personen mit Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung bis zur Einbürgerung reicht (hierzu II.1.d. und II.2.d.). Formal bleiben die Duldungsinhaber zwar ausreisepflichtig, allerdings besteht nur ein gradueller Unterschied zu regulären Aufenthaltstiteln – und auch im öffentlichen Diskurs verschwimmt der Unterschied häufig, was die (unbeabsichtigte) Nebenwirkung haben kann, dass Nichtjuristen auch andere Fälle der Duldung plötzlich als legitime Aufenthaltsgrundlage betrachten und daraufhin die Abschiebung von „regulär“ Geduldeten kritisieren.³³

Anders als die Bezeichnung als ein „Bleiberecht“ **kann der Begriff des „Spurwechsels“ den falschen Eindruck hinterlassen, dass Inhaber einer Ausbildungs- oder Beschäftigungsduldung alternativ als Fachkraft einreisen hätten können**, so sie im Ausland einen Visumsantrag gestellt hätten. Dies wird jedoch in den allermeisten Konstellationen nicht der Fall sein, da die Voraussetzungen deutlich niedriger sind als für die Fachkräfteeinwanderung. So

³⁰ Siehe den Antrag von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE, [BT-Drs. 19/9855](#) v. 3.5.2019, S. 2; sowie [BT-Drs. 19/9052](#) v. 4.4.2019, S. 3 (S. 5 spricht von „Bleiberecht“).

³¹ Siehe den Antrag von Abgeordneten und der Fraktion der FDP, [BT-Drs. 19/9924](#) v. 7.5.2019, S. 8.

³² Siehe den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, [BT-Drs. 19/6541](#) v. 15.12.2018.

³³ Hierzu die parallele Stellungnahme von Thym (Fn. 3), S. 5.

gilt die Ausbildungsduldung künftig auch für bloße Helferberufe und die Beschäftigungsduldung verlangt eine Lebensunterhaltssicherung nur von der arbeitenden Person, nicht jedoch für Familienmitglieder (hierzu II.2.b.). Vor allem jedoch erfasst § 60c alle Arbeitskräfte unabhängig vom Qualifikationsniveau, also etwa auch Servicekräfte in Restaurants, die regelmäßig keine Fachkraft nach § 18 Abs. 3 AufenthG-E sind.

Einen „echten“ **Spurwechsel** gäbe es nur, wenn man nach dem Modell der FDP ausreisepflichtigen Personen „keinerlei Kriterienrabatt oder Privilegierung“ gegenüber denjenigen gäbe, die sich aus dem Ausland für eine Einwanderung bewerben.³⁴ Speziell **für Fachkräfte, die bereits eine Ausbildung abgeschlossen haben, gibt es eine solche Regelung bereits**: § 18a AsylG, der im Jahr 2018 eingeführt wurde,³⁵ bis heute aber nur von wenigen genutzt wird (hierzu I.5.), weil die meisten Geduldeten keine qualifizierte Berufsausbildung oder tatsächliche Beschäftigung als Fachkraft erreichen (vgl. § 18a Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Dass künftig eine Beschäftigungsduldung für alle Qualifikationsniveaus eingeführt wird, liegt auch daran, dass der „echte“ Spurwechsel über § 18a AufenthG für die meisten abgelehnten Asylbewerber eine zu hohe Hürde darstellt.

Damit ist zugleich gesagt, dass das Fachkräfteeinwanderungsgesetz das Asylsystem nicht nachhaltig entlasten dürfte. Wenige Personen, die derzeit ohne Bleibeperspektive mit einem Asylantrag einreisen, werden alternativ die Voraussetzungen für ein Einwanderungvisum erfüllen. Das **Fachkräfteeinwanderungsgesetz wird die Problemlagen des Asylsystems nicht magisch auflösen** – ebenso wie klassische Einwanderungsländer wie Kanada, Australien oder die Vereinigten Staaten die Fachkräfteeinwanderung und die Asylmigration trennen.³⁶ Allenfalls mittelbare Wechselwirkungen wird es geben, wenn etwa künftig mit west- oder nordafrikanischen Ländern leichter Arrangements gefunden werden können, die eine legale Einreise von Fachkräften oder für Ausbildungszwecke mit einer effektiven Rückkehrpolitik für abgelehnte Asylbewerber in diese Länder verbinden.³⁷

5. Legalisierungsoptionen im geltenden Recht

Die Antwort der Bundesregierung auf eine Anfrage der Fraktion DIE LINKE aus dem März diesen Jahres zeigt, dass das deutsche Recht schon heute zahlreiche Legalisierungsoptionen für abgelehnte Flüchtlinge kennt, die in der Praxis auch funktionieren, aber eben nicht alle

³⁴ So die FDP (Fn. 31), S. 8, freilich ergänzt um eine modifizierte 3+2-Regelung ähnlich der Ausbildungsduldung.

³⁵ Vgl. G v. 20.12.2008 (BGBl. 2008 I 2846); inhaltlich bestehen im Detail einige Unterschiede zur legalen Fachkräfteeinwanderung über § 18 AufenthG.

³⁶ Näher *Daniel Thym*, Einwanderungsgesetzgebung, Chancen und Illusionen, [Zeitschrift für Ausländerrecht 2017, 297 \(288-300\)](#).

³⁷ Hierzu SVR (Fn. 15), S. 57-59; und *Thym* (Fn. 7), S. 198 f.

Personen (sofort) umfassen, die nun von der Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung profitieren sollen. Tatsächlich **kennt das Aufenthaltsrecht diverse Bleiberechtsregelungen bereits seit vielen Jahren**. So rechtfertigte die damalige rot-grüne Bundesregierung in der Begründung des Zuwanderungsgesetzes den heutigen § 25 Abs. 5 AufenthG, der abgelehnten Asylbewerbern nach 18 Monaten eine ermessenbasierte Legalisierung ermöglicht, damit, „dass die Praxis der ‚Kettenduldung‘ beendet wird.“³⁸ Dieser **unscheinbare § 25 Abs. 5 AufenthG ist der mit Abstand wichtigste Legalisierungspfad**, aufgrund dessen sich Ende des vergangenen Jahres insgesamt 53.919 Personen in Deutschland aufhielten, die früher einmal vollziehbar ausreisepflichtig waren.³⁹

Auch die statistisch zweitwichtigste Legalisierungsnorm dürfte nur Spezialisten vertraut sein: **§ 25 Abs. 4 S. 2 AufenthG**, auf dessen Grundlage sich Ende 2018 immerhin **22.295 Personen** im Bundesgebiet aufhielten, darunter etwas weniger als die Hälfte seit weniger als sechs Jahren. **Härtefallkommissionen** nach § 23a AufenthG hatten **8098 Personen** einen Aufenthaltstitel erteilt, die Ende letzten Jahres noch in Deutschland lebten.⁴⁰ Dagegen erfasst die stichtagsunabhängige Bleiberegulation für gut integrierte Jugendliche bzw. Erwachsene nach **§§ 25a und 25b AufenthG** „nur“ **5878 bzw. 3679 Personen**, während der „echte“ Spurwechsel für Fachkräfte nach **§ 18a AufenthG** überschaubare **410 Anwendungsfälle** besitzt, darunter 161 Personen, die weniger als sechs Jahre in Deutschland leben. Hinzu treten weitere 885 Personen, die sich bis heute aufgrund einer Altfallregelung aus dem Jahr 2007 aufgrund von § 104a oder § 104b AufenthG aufhalten.⁴¹

Für die aktuelle politische Debatte folgt hieraus zweierlei. Zum einen stelle ich im Gespräch mit Medienvertretern regelmäßig fest, dass diesen gar nicht bewusst ist, welche Legalisierungsmöglichkeiten das geltende Recht bereits besitzt. Es geht aktuell um eine **Ausweitung der Bleiberechte, nicht um eine erstmalige Legalisierungsoption** für abgelehnte Asylbewerber. Zum anderen müssen wirksame Bleiberechtsregelung nicht notwendig politisch mit großer Symbolik kommuniziert werden. § 25 Abs. 5 sowie § 24 Abs. 4 S. 2 AufenthG mögen wenig bekannt sein, erreichen ihre Zielsetzung aber dennoch. Es war dies lange Zeit ein typisches Muster: Die deutsche Politik legalisierte regelmäßig den Aufenthalt von abgelehnten

³⁸ [BT-Drs. 15/420](#) v. 7.2.2003, S. 80

³⁹ Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE: Zahlen in der Bundesrepublik Deutschland lebender Flüchtlinge zum Stand 31.12.2018, [BT-Drs. 19/8258](#) v. 12.03.2019, S. 29, wobei Personen, die zwischenzeitlich eine Niederlassungserlaubnis besitzen, nicht mehr umfasst sind; siehe auch SVR, ‚Spurwechsel‘ aus der Asyl- in die Erwerbsmigration. Chancen und Risiken, [Positionspapier vom 19.7.2017](#).

⁴⁰ Vgl. ebd. S. 25 (§ 25 Abs. 4 S. 2), und S. 17 (§ 23a).

⁴¹ Vgl. ebd., S. 30 (§ 25a), S. 34 (§ 25b), S. 12 (§ 18a) und S. 23 (§§ 104a f.).

Asylbewerbern, die bereits länger im Inland wohnten und gewisse Integrationsleistungen erbracht hatten. Allerdings erfolgten **bisherige Legalisierungskampagne im rechtlichen Hinterzimmer**, ohne dass man viel darüber sprach.⁴² Diese fehlende Symbolik verhinderte zugleich, dass eine Bleiberechtsregelung als Pull-Effekt zu mehr künftiger Zuwanderung aus dem Ausland führt (hierzu bereits I.3.).

6. Ende der Illusion eines schlanken Migrationsrechts

Ich beschäftige mich seit ungefähr 15 Jahren intensiv mit dem Migrationsrecht und höre regelmäßig die **Forderung, dass das Migrationsrecht einfacher, verständlicher und auch kürzer werden solle**. In der Sache zeigt die Tendenz klar in eine andere Richtung: Es wird immer komplizierter, länger und intransparenter. In der Rückschau erscheint das Zuwanderungsgesetz von 2004, das mir seinerzeit viel Kraft und Mühe abverlangte, beinahe als Idealzustand einer verständlichen Kodifikation; seither geht es abwärts – und die aktuell sieben Gesetzesvorhaben, die heute im Innenausschuss und im Ausschuss für Arbeit und Soziales diskutiert werden, sind keine Ausnahme.

Eher im Gegenteil: Das **Beispiel der Bleiberechtsregelungen** zeigt wie unter dem Brennglas, was passiert. Die bis heute wichtigste Legalisierungsoption des **§ 25 Abs. 5 AufenthG umfasst genau 96 Wörter** (damit leben pro Wort derzeit ungefähr 500 Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis aufgrund der Norm im Bundesgebiet). Die Altfallregelung des Jahres 2007 nach § 104a und § 104b AufenthG war in der Ursprungsfassung schon deutlich länger und umfasste ungefähr 850 Wörter.⁴³ Im Vergleich hierzu ist die stichtagsunabhängige Bleiberechtsregelung nach **§§ 25a und 25b AufenthG mit gut 800 Wörtern** etwas schlanker (derzeit pro Wort rund 11 Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis), während der aktuelle Gesetzentwurf einen neuen Rekord aufstellt. Dieser benötigt für die **Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung** nebst Aufenthaltsverfestigung drei eng bedruckte DIN A4-Seiten mit **ziemlich genau 1500 Wörtern**.⁴⁴ Es ist dies eine Steigerung von 1500 % seit dem Zuwanderungsgesetz und von über 40 % seit dem Jahr 2015.

In der Sache **ähneln die aktuellen Gesetzestexte den Verwaltungsvorschriften früherer Prägung**, was im Fall des § 25 Abs. 5 AufenthG sogar ziemlich genau zutrifft, weil die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG aus dem Jahr 2009 für diese Norm mit ungefähr

⁴² Exemplarisch die Altfallregelung für Kosovaren gemäß dem Beschluss der Innenministerkonferenz v. 19.11.1999, Informationsbrief Ausländerrecht 2000, 103.

⁴³ Vgl. §§ 104a f. gem. G. v. 19.8.2007 ([BGBl. 2007 I 1970](#)).

⁴⁴ Für §§ 60a, 60b, 25b Abs. 6 AufenthG-E.

1500 Wörtern einen vergleichbaren Umfang besaß wie der heutige Gesetzestext für die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung. Es dürfte auch an der Detailverliebtheit des Gesetzgebers liegen, dass man das Steuerungsinstrument der Verwaltungsvorschriften heute auf Bundesebene praktisch gar nicht mehr nutzt. Man schreibt anstelle von Verwaltungsvorschriften neue Gesetze, die immer länger werden.

Nach meiner Beobachtung besitzt diese Komplexitätssteigerung drei zentrale Gründe. *Ers*tens zwingt das **Europarecht zur Komplexität**, wenn die europäischen Sekundärrechtsakte nicht der deutschen Tradition der kodifizierenden Gesetzgebung folgen, die allgemeine Fragen vor die Klammer zieht, und sodann vom nationalen Gesetzgeber bei der Richtlinienumsatzung komplexe Einzelregelungen verlangen.⁴⁵ Dies gilt speziell für das Asylrecht und die Fachkräftezuwanderung,⁴⁶ erklärt jedoch nicht die komplexen Bleiberechtsregelungen, weil diese praktisch nicht europarechtlich überlagert sind.

Zweitens drängt die Politik auf Sonderregelungen, um eine **Einzelfallgerechtigkeit zu gewährleisten und politische Kompromisse festzuzurren**.⁴⁷ Ich möchte dies nicht kritisieren, denn Politik ist die Kunst des Kompromisses, der angesichts der aktuellen Salienz des Migrationsthemas beinahe notwendig auch die Feinheiten des Migrationsverwaltungsrechts erfasst, die man früher den Experten überließ. Politische Akteure sollten sich nur bewusstmachen, dass sie nicht einerseits nach Vereinfachung rufen können und andererseits den Gesetzestext durch politische Vorgaben immer komplexer gestalten. Eine gewisse Vereinfachung wäre theoretisch zwar möglich, verlangte jedoch von der Politik, dass sie all die Kompromisse wieder aufschnürte, die sie zuvor mühsam vereinbart hatte.

Drittens fehlt die **Bereitschaft, den Bundesländern und einzelnen Ausländerbehörden einen Spielraum einzuräumen**, wenn diese das Bundesrecht umsetzen, was unter dem Grundgesetz angesichts der Ausführung der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Aufgabe immer auch ein gewisses Maß an landesspezifischen Abweichungen beinhaltet (Art. 83 f. GG). Der vorliegende Gesetzentwurf ist hierfür ein perfektes Beispiel, wenn er im Detail konkretisiert, wann eine Ausbildungsduldung wegen bevorstehender konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht erteilt werden darf, die aber dennoch einen einzelfallbezogenen Spielraum der Ausländerbehörden nicht ausschließen können (siehe II.1.b.).

⁴⁵ Anschaulich *Jan Hecker*, Zur Europäisierung des Ausländerrechts, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2011, 46 (48 f.); siehe auch *Jan Bergmann*, Abschied vom deutschen Ausländerrecht? Europarechtliche Provokationen, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2013, 318 (322-324).

⁴⁶ Siehe *Thym* (Fn. 36), S. 361 (363 f.).

⁴⁷ Vgl. *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Wolfgang Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. (C.H. Beck, 2012), § 9 Rn. 98-102.

Auch der Wunsch nach einer Feinsteuerung des Verwaltungshandelns ist rechtspolitisch legitim. Wer auf Rechtssicherheit setzt, muss ein Mindestmaß an einfachgesetzlicher Komplexität in Kauf nehmen, sollte zugleich jedoch akzeptieren, dass wir den Wunsch nach einem schlanken und verständlichen Migrationsrecht damit beerdigen müssen und uns darauf einzustellen haben, dass es einfacher nicht werden wird.

II. EINZELHEITEN

Anders als das parallele Geordnete-Rückkehr-Gesetz können die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung **autonom durch den Bundestag geregelt werden, ohne dass Verfassungsrecht, Europarecht oder internationale Menschenrechte nähere Vorgaben entfalteten**.⁴⁸ Inhaltlich besitzt der Entwurf einen hohen Komplexitätsgrad, der nach dem Umfang und der Detailtreue mit früheren Verwaltungsvorschriften vergleichbar ist (hierzu I.6.). Der Gesetzgeber klärt viele Einzelfragen selbst, sodass sich für die Praxis weniger Anwendungs- und Abgrenzungsfragen stellen. Ich konzentriere mich daher auf einige Übersicht zu den gesetzlich geregelten Einzelfragen und deren Verhältnis zum sonstigen Aufenthaltsrecht, bevor ich mit einer Überlegung zum Europarecht schließe.

1. Ausbildungsduldung (Art. 1 Nr. 2, 5; §§ 18a, 60b AufenthG-E)

a. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 60b Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3, Abs. 7 AufenthG-E)

Von der Ausbildungsduldung werden – ebenso wie von früheren Bleiberechtsregelungen (hierzu I.4.) – nicht nur abgelehnte Asylbewerber erfasst, sondern alle ausreisepflichtigen Personen. Allerdings bestehen **spezielle Ausschlussgründe für abgelehnte Asylbewerber**, mit denen der Gesetzgeber eine unmittelbare Anreizwirkung für eine missbräuchliche Asylantragstellung umgehen will (für dennoch bestehende mittelbare Anreize siehe I.2.+3.). Diese ergeben sich, wie bisher, aus § 60a Abs. 6 AufenthG, auf den § 60b Abs. 2 Nr. 1 AufenthG-E verweist und der durch den Gesetzentwurf auf zurückgenommene Asylanträge für **Personen aus sicheren Herkunftsstaaten** erweitert wird, um eine Regelungslücke zu schließen. Für Personen aus sicheren Herkunftsstaaten besteht ein unbedingter Ausschluss, d.h. sie können weiterhin generell keine Ausbildungsduldung erhalten.⁴⁹

⁴⁸ Zur Sonderkonstellation eines Menschenrechts auf Legalisierung, dessen Voraussetzungen hier nicht vorlegen, siehe *Daniel Thym, Residence as de facto Citizenship? Protection of Long-Term Residence under Article 8 ECHR*, in: Ruth Rubio Marín (Hrsg.): *Human Rights and Immigration* (OUP, 2014), S. 106–144.

⁴⁹ Eine Ausnahme besteht nur für die Antragsrücknahme nach einer Rückkehrberatung gemäß § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 3 AufenthG-E; § 60b Abs. 2 normiert keine Ausnahmooption („wird nicht erteilt“) und die ermessensbasierte Dispensbefugnis nach § 60b Abs. 7 gilt nicht für Abs. 2 Nr. 1 AufenthG-E.

Für den fortbestehenden **Ausschlussgrund selbstverschuldeter Abschiebungshindernisse** nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 2 AufenthG ist zu beachten, dass die Norm nach der Rechtsprechung voraussetzt, dass die verletzten Mitwirkungspflichten jedenfalls mitursächlich für die gescheiterte Rückführung waren. Der einhergehende Ausschluss bei selbstverschuldeten Abschiebungshindernisses wirkt dauerhaft; er kann – anders als bei der „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ aufgrund des Geordnete-Rückkehr-Gesetzes – nicht dadurch „geheilt“ werden, dass die betroffene Person später kooperiert.⁵⁰

Die neu eingeführte Rücausnahme für **unbegleitete Minderjährige** nach § 60 Abs. 6 S. 3 AufenthG-E darf nicht dahin missverstanden werden, diese nie dem Ausschlussgrund unterfielen, weil der Verweis auf das Kindeswohl – entgegen der missverständlichen informellen deutschen Übersetzung – keinen hierarchischen Vorrang im Sinn einer „Trumpfkarte“ besitzt, sondern mit anderen Zielen abzuwägen ist.⁵¹

b. Materielle Erteilungsvoraussetzungen (§ 60b Abs. 2 Nr. 2-5 AufenthG-E)

Anders als bei der Beschäftigungsduldung normiert § 60b Abs. 2 AufenthG-E die Voraussetzungen für eine Ausbildungsduldung in Form negativer Tatbestandsmerkmale. Immer wenn diese nicht vorliegen, „ist“ nach § 60b Abs. 1 S. 1 AufenthG-E eine Ausbildungsduldung zu erteilen. Es besteht mithin ein **individueller Anspruch auf eine Duldungsverteilung**, der im Zweifel auch gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Die gewählte Regelungsstruktur verhindert zugleich, dass die Behörden bei der Anwendung zusätzliche Kriterien aufstellen, die das Gesetz nicht vorsieht. Am vorliegenden Kriterienkatalog fällt auf, dass der Gesetzgeber auf **weitergehende Integrationskriterien – anders als bei bisherigen Bleiberechtsregelungen – verzichtet**. Der Gesetzentwurf verlangt weder Sprachkenntnisse noch einen erfolgreichen (Berufs-)Schulbesuch oder gar eine Prognose, dass sich eine Person soziokulturell „in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik einfügen“ werde (so jedoch § 25a Abs. 1 S. 1, Nr. 2, 4 AufenthG bzw. § 104a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 f., Abs. 2 AufenthG).⁵² Einzig für einen Terrorismusverdacht oder schwere Straftaten besteht eine Ausnahme (vgl. § 60b Abs. 2 Nr. 4 AufenthG-E).

⁵⁰ Näher meine parallele Stellungnahme *Thym* (Fn. 3), S. 14 f.

⁵¹ Näher *Daniel Thym*, Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses am 29.1.2018 zum Entwurf eines Gesetzes zur Verlängerung der Aussetzung des Familiennachzugs zu subsidiär Schutzberechtigten, S. 21 f. ([online erhältlich](#)); und *ders.*, Obergrenze für den Familiennachzug zu subsidiär Schutzberechtigten, [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2018, 1340 \(1340\)](#).

⁵² Zu deren Handhabung durch die Gerichte siehe *Uwe Berlit*, Aktuelle Rechtsprechung zum Aufenthaltsrecht 2017/18, NVwZ-Extra 4/2019, S. 1 (5 f.).

Auch auf eine Lebensunterhaltssicherung verzichtet der Gesetzentwurf. Es besteht insoweit ein **Wertungswiderspruch zur Situation von ausländischen Studierenden**, die nach einem erfolgreichen Studium einen Job suchen, hierfür aber nach § 16 Abs. 4 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG eine Lebensunterhaltssicherung vorweisen müssen, die sie durch Erwerbstätigkeit selbst finanzieren müssen.⁵³ Auch **abgelehnte Asylbewerber, die ein Studium aufnehmen**, kommen nicht in den Genuss einer Anspruchsduldung nebst garantierter Jobsuche zur Folgebeschäftigung, weil die Ausbildungsduldung zwar auf Helferberufe ausgeweitet wird, soweit eine nachgelagerte reguläre Ausbildung feststeht, nicht jedoch auf geduldete Studierende. Diese können eine Legalisierung nur über die sonstigen Bleiberechte erlangen (hierzu I.4.), etwa über § 25 Abs. 5 AufenthG oder durch einen „echten“ Spurwechsel nach § 18a Abs. 1 AufenthG nach dem Studienabschluss.

Ein neuer Ausschlussgrund ist die **notwendige Identitätsklärung**, deren Anforderungsgehalt unter Rückgriff auf die Rechtsprechung auf den gleichlautenden § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG rechtssicher bestimmt werden kann, wobei für eine Ausbildungsduldung nach Wortlaut und Begründung (S. 15) eine positive Identitätsklärung erforderlich ist. Die zeitlich abgestuften Anforderungen je nach Einreisezeitpunkt sollen eine unmittelbare Anreizwirkung für die irreguläre Einreise von nichtschutzbedürftigen Personen über das Asylsystem vermeiden (hierzu I.2.+3.) und sind für künftige Asylbewerber streng. Damit ist absehbar, dass **schon bald Fälle auftreten werden, in denen künftig die Identitätsklärung nicht binnen der ersten sechs Monaten nach der Einreise (nicht: abgelehnter Asylantrag) gelingt**, sodass nach § 60b Abs. 2 Nr. 3 Buchst. c AufenthG-E an sich keine Ausbildungsduldung erteilt werden darf. Der gesellschaftliche und politische Druck wird in diesen Fällen groß sein, über die ermessensbasierte Dispensvorschrift des § 60b Abs. 7 AufenthG-E dennoch eine Ausbildungsduldung zu erteilen. Soweit dies im größeren Umfang geschähe, würde nicht nur das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Identitätsklärungsvorschrift umgekehrt und deren beabsichtigte Steuerungswirkung teilweise verfehlt. Zugleich werden unterschiedliche Praktiken in den Bundesländern auftreten (hierzu I.6.), sodass selbst eine lange Vorschrift wie § 60b AufenthG-E die politisch gewünschte Einheitlichkeit in der Umsetzung nicht garantiert.

Anders ist dies grundsätzlich für den Ausschlussgrund bevorstehender **konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung**. Dieses Kriterium sorgte für die bisherige „3+2“-Regelung wiederholt für Diskussionen und wird nun im zweiten Halbsatz von § 60b Abs. 2 Nr. 5 Auf-

⁵³ Soweit dies scheitert, werden freilich auch diese ausreisepflichtig und können sodann in den Anwendungsbereich von Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung fallen

enthG-E detailliert geregelt. Dennoch besteht weiterhin ein Raum für eine divergente Anwendung, weil die detailliert aufgeführten Maßnahmen nach dem ersten Halbsatz „in einem hinreichenden sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zur Aufenthaltsbeendigung“ stehen müssen. Die Anwendung dieser Einschränkung wird letztlich immer von den Umständen des Einzelfalls abhängen und kann daher auch von den Gerichten nur im begrenzten Umfang bundeseinheitlich vorgegeben werden. Eine partiell divergierende Verwaltungspraxis wird es bei der Ausbildungsduldungserteilung also weiterhin geben.

Für die Gesetzgebung muss hieraus nicht folgen, dass der Bundestag die beiden zuletzt genannten Kriterien weiter konkretisieren sollte. Vielmehr muss das Parlament anerkennen, dass im gewaltenteilenden Bundesstaat **die Konkretisierung von Gesetzen durch die Verwaltung immer mit Spielräumen verbunden bleibt**, die es zugleich erlauben, den Umständen jedes Einzelfalls gerecht zu werden. Der Trend hin zu Gesetzen nach dem Modell früherer Verwaltungsvorschriften (hierzu I.6.) kann dies nicht beseitigen.

Neu ist, dass eine Ausbildungsduldung künftig **erst sechs Monate nach der erstmaligen Erteilung einer „regulären“ Duldung** möglich ist (§ 60b Abs. 2 Nr. 2 AufenthG-E), wobei die Zeiten mit einer „Duldung für Personen mit ungeklärter Identität“ nicht mitzählen, die durch das Geordnete-Rückkehr-Gesetz eingeführt werden soll.⁵⁴ Es läuft damit gleichsam ein „Abschiebecountdown“⁵⁵, der in der Praxis freilich dadurch relativiert wird, dass eine Ausbildungsduldung nach § 60b Abs. 3 AufenthG-E bereits früher erteilt beantragt werden kann und nicht zu erwarten steht, dass die Behörden in einem solchen Fall forciert die Abschiebung betreiben werden. Die Einschränkung dürfte damit keine große praktische Rolle spielen, wenn jemand während der 6-Monats-Frist eine Ausbildung anfängt oder anbahnt.

c. Duldungsende (§ 60b Abs. 4-7 AufenthG-E)

Einzig bei den Bestimmungen zum Duldungsende unterscheidet sich die Ausbildungsduldung von einer regulären Aufenthaltserlaubnis, weil die Ausbildungsduldung nach § 60b Abs. 4 AufenthG-E automatisch erlischt, wenn die Ausbildung nicht mehr betrieben oder abgebrochen wird,⁵⁶ wobei die Betriebe einer Mitteilungspflicht unterliegen (Abs. 5). In diesem Fall **lebt die vollziehbare Ausreisepflicht wieder auf** (§ 60b Abs. 8 AufenthG-E i.V.m. § 60a Abs. 3 AufenthG), wobei der Gesetzentwurf zugleich eine **Suchphase für eine andere Ausbildungsstelle garantiert, wenn eine Person eine Ausbildung abbricht** (Abs. 6 S. 1).

⁵⁴ Hierzu meine parallele Stellungnahme *Thym* (Fn. 3), S. 14 f., auch zum missverständlichen Titel, weil diese Sonderform der Duldung nur greift, wenn individuelle Mitwirkungspflichten verletzt werden, unabhängig davon, ob die Identität abschließend geklärt werden konnte.

⁵⁵ SVR, Stellungnahme zum Gesetz über Duldung bei Ausbildung und Beschäftigung, [29.3.2019](#), S. 4.

⁵⁶ Oder eine Person sich radikalisiert; vgl. § 60b Abs. 4 i.V.m. § 18a Abs. 1 S. 1 Nr. 6 AufenthG-E.

Diese Duldung für Suchzwecke kann gerichtlich eingeklagt werden und ist von keinen weiteren Voraussetzungen wie etwa deutschen Sprachkenntnissen oder einer Lebensunterhaltssicherung abhängig; vielmehr bekommen die betroffenen Personen weiterhin Asylbewerberleistungen. Es unterstreicht dies eindrücklich, wie sehr die Ausbildungsduldung ausreisepflichtige Personen gegenüber Fachkräften privilegiert (näher I.4.).

d. Aufenthaltsverfestigung (§ 18a Abs. 1, § 60b Abs. 6 S. 2 AufenthG-E)

Zutreffend spricht die Begründung davon, dass eine Ausbildungsduldung „perspektivisch die Grundlage für den Wechsel in eine Aufenthaltserlaubnis“ darstellt (S. 15). Diesen Weg bietet, ebenso wie bisher, **§ 18a Abs. 1a AufenthG**, der freilich nur für qualifizierte Beschäftigungen gilt und in der Praxis sehr wenige Fälle betrifft (hierzu I.5.). Alternativ können Personen mit Ausbildungsduldung eine Legalisierung über eine andere Bleiberechtsregelung erhalten, die durchweg geringere bzw. andere Anforderungen stellen (wiederum I.5.). Perspektivisch ist damit auch ein Daueraufenthalt nach §§ 9, 9a ff. AufenthG sowie die Einbürgerung nach §§ 8, 10 StAG garantiert, ohne dass für Geduldete insoweit besondere Privilegien niedergelegt würden. Soweit eine Person die jeweiligen Voraussetzungen der genannten Normen erfüllt, **garantiert der Gesetzentwurf mithin einen einklagbaren Rechtsanspruch von der Ausbildungsduldung bis hin zur Einbürgerung.**

2. Beschäftigungsduldung (Art. 1 Nr. 3, 5; §§ 25b Abs. 6, 60c AufenthG-E)

a. Persönlicher Anwendungsbereich (§ 60c Abs. 1 f. AufenthG-E)

Für die Beschäftigungsduldung gelten die obigen Ausführungen zum persönlichen Anwendungsbereich der Ausbildungsduldung sowie den Ausschlussgründen etwa für sichere Herkunftsstaaten oder unbegleitete Minderjährige entsprechend (siehe II.1.a.). Allerdings ist zu beachten, dass eine Beschäftigungsduldung auch für die **Kernfamilie** gilt (Abs. 1 f.). Auf die Erteilung besteht ein Regelerteilungsanspruch, der nach allgemeinen Regeln beinhaltet, dass eine Beschäftigungsduldung nur in atypischen Fällen verweigert werden darf, deren Einschlägigkeit im Zweifel gerichtlich überprüft werden kann.

Da für die Beschäftigungsduldung keine Qualifikationsanforderungen bestehen, gilt diese auch für **Personen, die aufgrund der neuen Suchtitel nach dem Fachkräfteeinwanderungsgesetz einreisen, jedoch keinen Arbeits- oder Ausbildungsplatz als Fachkraft**

fanden – und sich nach dem Ablauf des Suchtitels illegal aufhalten und sodann eine geringer qualifizierter Beschäftigung aufnehmen.⁵⁷

Am 1. Juli 2022 sollen die Bestimmungen zur Beschäftigungsduldung automatisch außer Kraft treten (Art. 3 des Gesetzesentwurfs). Diese zeitliche Befristung soll garantieren, dass von der Beschäftigungsduldung nur diejenigen erfasst werden, die sich bereits im Land aufhalten oder in naher Zukunft einreisen. Hierbei dürfte es nicht wesentlich ins Gewicht fallen, dass **theoretisch Asylbewerber von der Beschäftigungsduldung profitieren können, die bis zum September 2020 einreisen**.⁵⁸ Die Steuerungswirkung des geltenden Asylrechts hängt, wie einleitend ausgeführt, nicht vorrangig an den rechtlichen Details, sondern an der symbolischen Signalwirkung, die der Beschäftigungsduldung unabhängig vom geplanten Außerkrafttreten im begrenzten Umfang ohnehin zukommen könnte (hierzu I.2.+3.).

b. Materielle Erteilungsvoraussetzungen (§ 60c Abs. 1, 4 AufenthG-E)

Anders als die Ausbildungsduldung normiert der Gesetzentwurf für die Beschäftigungsduldung positive Erteilungsvoraussetzungen, bei denen **jeweils unterschieden werden muss, ob die Erteilungsvoraussetzungen nur für den ausreisepflichtigen Ausländer gelten oder auch für den Ehegatten bzw. Lebenspartner**.⁵⁹ Für die Auslegung und Anwendung der notwendigen Identitätsklärung (Abs. 1 Nr. 1) sowie der Voraufenthaltszeit mit einer Duldung (Abs. 1 Nr. 2) gelten die obigen Ausführungen entsprechend (siehe II.1.b.), wobei im Fall des § 60c AufenthG-E eine zwölfmonatige Vorduldungszeit verlangt wird.

Kern der Erteilungsvoraussetzungen ist die eine **18-monatigen Vorbeschäftigung** nach Maßgabe der gesetzlich fixierten Kriterien (Abs. 1 Nr. 3), wobei der Gesetzentwurf **keinerlei Qualifikationsanforderungen** aufstellt; es reichen einfache Helfertätigkeiten, solange nur Länge und Umfang der Beschäftigung ausreichend sind. Dies verdeutlicht eindrücklich, warum man die Beschäftigungsduldung schwerlich als „Spurwechsel“ bezeichnen kann, denn sie ist im Kern ein humanitär motiviertes Bleiberecht (siehe I.4.), das an gewisse Integrationsleistungen wirtschaftlicher und sozialer Art gekoppelt wird. Damit ist die Beschäftigungsdul-

⁵⁷ Der Ausschluss einer Erwerbstätigkeit gilt nach § 60a Abs. 6 S. 1 Nr. 1 AufenthG greift nicht, wenn die Suche anfangs ernsthaft betrieben wurde.

⁵⁸ Bei einer strengen kalendarischen Berechnung greift in diesen Fällen die Regelung, weil Asylbewerbern eine Beschäftigung nach einer dreimonatigen Frist erlaubt ist, sodass die 18-monatige Vorbeschäftigung nach § 60c Abs. 2 Nr. 3 AufenthG-E kurz vor dem Außerkrafttreten der Bestimmung im Juni 2022 erreicht würde; es setzte dies freilich voraus, dass unmittelbar nach der Einreise eine Beschäftigung im gesetzlich vorgeschriebenen Umfang gefunden würde, was rein tatsächlich äußerst selten der Fall sein dürfte.

⁵⁹ Anschaulich die Übersicht bei SVR (Fn. 55), S. 5 f.

derung strukturell vergleichbar mit den bisherigen §§ 25b, 104a AufenthG, nur dass die Beschäftigungsduldung **deutlich früher greift als bestehende Bleiberechtsregelungen**, nämlich nicht erst nach einem sechs- bis achtjährigen Voraufenthalt.

Den Unterschied zur Fachkräfteeinwanderung zeigt der Gesetzentwurf auch dadurch, dass eine Beschäftigungsduldung eine einjährige Lebensunterhaltssicherung im Vorfeld sowie eine **prognostizierte Lebensunterhaltssicherung für die Zukunft** voraussetzt (Abs. 1 Nr. 4 f.), die allerdings nur vom Arbeitnehmer gefordert wird, sodass ein Sozialleistungsbezug durch die sonstigen Familienmitglieder unschädlich ist – mit der Folge, dass die Beschäftigungsduldung für die ganze Familie erteilt wird, obgleich diese teilweise von Sozialleistungen lebt. Dass sich die Lebensunterhaltssicherung in diesem Sinn nur auf die erwerbstätige Person bezieht, ergibt sich freilich nur aus der Begründung (S. 17). Für sich genommen verlangte der gewählte Wortlaut im Lichte der BVerwG-Judikatur für die Lebensunterhaltssicherung bei Bedarfsgemeinschaften nämlich eine gesamtfamiliäre Betrachtung.⁶⁰ Der Bundestag sollte daher bedenken, den gewünschten Regelungsgehalt im Gesetzeswortlaut klarzustellen, weil es misslich ist, wenn die ohnehin schon hochkomplexe Rechtslage noch dadurch kompliziert wird, dass gleiche Begrifflichkeiten in verschiedenen Vorschriften unterschiedlich auszulegen sind. Angesichts eines schon jetzt sehr langen Normtexts (siehe I.6.) machten einige zusätzliche Worte keinen Unterschied, zumal sie die Rechtsanwendung erleichterten.

Für die Beschäftigungsduldung bestehen – anders als für die Ausbildungsduldung – **weitergehende soziale Integrationsanforderungen**, darunter deutsche Sprachkenntnisse auf dem Niveau A2 (Abs. 1 Nr. 6), die der Ehegatte nicht besitzen muss, ein tatsächlicher Schulbesuch der Kinder (Abs. 1 Nr. 9) sowie der erfolgreiche Abschluss eines Integrationskurses (Abs. 1 Nr. 10), der auch vom Ehegatten verlangt wird, soweit eine Teilnahmepflicht bestand. Ebenfalls beide Ehepartner dürfen nur begrenzt straffällig geworden sein und keine Bezüge zu extremistischen oder terroristischen Organisationen haben (Abs. 1 Nr. 7 f.).

Erstaunlicherweise sieht der Gesetzentwurf (soweit ich hoffentlich nichts übersah) **nicht vor, dass eine Beschäftigungsduldung bei bevorstehenden Maßnahmen der Aufenthaltsbeendigung nicht erteilt werden darf**, wie dies § 60b Abs. 2 Nr. 5 AufenthG-E für die Ausbildungsduldung vorschreibt (vgl. II.1.b.).

⁶⁰ Vgl. BVerwGE 145, 153 = Urt. v. 29.11.2012, [10 C 4.12](#); und BVerwGE 138, 135 = Urt. v. 16.11.2010, [1 C 20.09](#).

c. Duldungsende (§ 60c Abs. 3 AufenthG-E)

Es entspricht der Logik positiver Erteilungskriterien, dass die Beschäftigungsduldung nicht automatisch erlischt, wenn die Beschäftigung endet. Stattdessen **sind die Behörden zum Widerruf verpflichtet**, der nicht nur bei Arbeitslosigkeit greift, sondern auch dann, wenn die sonstigen Erteilungsvoraussetzungen nicht mehr vorliegen (§ 60c Abs. 3 AufenthG-E). Praktisch dürfte die letztgenannte Konstellation freilich nur in atypischen Fällen relevant werden, weil Sprachkenntnisse nicht verschwinden oder ein zuvor praktizierter Schulbesuch selten beendet wird. Vor allem bei Straftaten und einer nicht nur kurzfristigen Arbeitslosigkeit dürfte mithin ein Widerruf häufiger vorkommen, der tatsächlich durch eine Mitteilungspflicht des Arbeitgebers unterstützt wird. Anders als bei der Ausbildungsduldung gibt es bei Arbeitslosigkeit keine „Beschäftigungssuchduldung“ (vgl. II.1.c.). Stattdessen lebt sofort mit dem Widerruf die vollziehbare Ausreisepflicht wieder auf und es wird ggfls. eine „reguläre“ Duldung nach § 60a AufenthG erteilt. Zudem werden häufiger die Anforderungen an eine Legalisierung nach § 25 Abs. 5 AufenthG bereits vorliegen (hierzu I.5.).

d. Aufenthaltsverfestigung (§ 25b Abs. 6 AufenthG-E)

Ebenso wie bei der Ausbildungsduldung (siehe II.1.d.) besteht eine rechtlich vorgezeichnete Aufenthaltsverfestigung bis hin zur Einbürgerung, die gerichtlich eingeklagt werden kann, so die Voraussetzungen vorliegen. Der Gesetzentwurf sieht **§ 25b Abs. 6 AufenthG-E als typischen Legalisierungspfad** vor, für den unter anderem die zeitlichen Anforderungen auf 30 Monate mit einer Beschäftigungsduldung abgesenkt werden. Es ist dies eine **überschaubare Privilegierung gegenüber dem Status quo**, weil § 25b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG für den 6- bis 8-jährigen Voraufenthalt in anderen Fällen die Zeiten des Asylverfahrens berücksichtigt. Wenn man hierfür ungefähr 15 Monate ansetzt (unter Einschluss des Rechtsschutzes gegen eine Ablehnung) und man davon ausgeht, dass sofort nach dem Gerichtsurteil die zwölfmonatige Vorduldungszeit nach § 60c Abs. 1 Nr. 2 AufenthG-E einsetzt, kommt eine Legalisierung über § 25b Abs. 6 AufenthG-E **ungefähr fünf Jahre nach der Einreise** in Betracht.⁶¹ In der Praxis dürften daher Personen mit einer Beschäftigungsduldung häufig eine frühere Legalisierung etwa über § 25 Abs. 5 AufenthG anstreben (hierzu I.5.), der durch § 25b AufenthG nicht etwa als *lex specialis* verdrängt wird.

⁶¹ 15 für Asylverfahren nebst Rechtsschutz, 12 als Vorduldungszeit und 30 mit Beschäftigungsduldung.

3. Vereinbarkeit „verkappter Aufenthaltstitel“ mit dem Europarecht

Nur formal unterscheiden sich Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung von einer Legalisierung, sodass man von einem „verkappten Aufenthaltstitel“ sprechen kann.⁶² In beiden Fällen besteht ein gerichtlich einklagbarer (Regel-)Erteilungsanspruch (siehe II.1.a. und II.2.a.), das Normprogramm folgt der Grundstruktur konditionaler Erteilungsvoraussetzungen (siehe II.1.b. und II.2.b.) und es existieren rechtlich vorgezeichnete Wege der Aufenthaltsverfestigung bis hin zur Einbürgerung (siehe II.1.d. und II.2.d.). Der einzige Unterschied zu einer regulären Aufenthaltserlaubnis liegt darin, dass formal weiterhin eine Duldung erteilt wird, sodass die Ausreisepflicht fortbesteht, solange die Duldung nicht endet (siehe II.1.c. und II.2.c.). Damit gleicht diese Duldung *sui generis* einem **aufenthaltsrechtlichen Zwitter: Die Ausreisepflicht besteht fort, darf aber von Gesetzes wegen nicht vollstreckt werden**. Bei „regulären“ Duldungen ist dies anders, weil diese von Gesetzes wegen enden müssen, sobald das Abschiebungshindernis nicht mehr besteht.⁶³

Es ist dies europarechtlich problematisch, weil die Rückführungsrichtlinie an sich davon ausgeht, dass die Mitgliedstaaten die Ausreisepflicht entweder vollstrecken oder eine Aufenthaltserlaubnis erteilen. Aus diesem Dilemma sind drei Auswege denkbar, die entweder eine Legalisierung kraft Europarechts erzwingen oder den Gesetzgeber vor die Wahl stellen, die privilegierten Duldungen abzuschaffen oder in eine Aufenthaltserlaubnis umzuwandeln. Allerdings ist durchaus möglich, dass die Gerichte bis hin zum EuGH die aufenthaltsrechtliche Zwitterlösung gerade noch akzeptieren.

a. Keine Legalisierung kraft Europarechts

Kraft Europarechts können die Mitgliedstaaten „jederzeit beschließen, illegal ... aufhältigen [Personen] wegen Vorliegen eines Härtefalls oder aus humanitären oder sonstigen Gründen einen eigenen Aufenthaltstitel oder eine sonstige Aufenthaltsberechtigung zu erteilen.“⁶⁴ Weiter heißt es sodann, dass in diesem Fall eine bereits bestehende Abschiebungsandrohung „zurückzunehmen“ oder jdflls. auszusetzen sei. Diese Regelung erlaubt also förmliche Legalisierungen, die über die deutsche Duldungspraxis hinausgehen, weil letztere nur eine schriftliche Bescheinigung über die rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit der Abschiebung darstellt, die von der Richtlinie nur mittelbar angesprochen und vermutlich nicht von Art. 6 Abs. 4

⁶² Ähnlich DAV, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Fachkräfteeinwanderungsgesetzes, [Dezember 2018](#), S. 6 f.: „Aufenthaltserlaubnis im ‚Duldungsgewand‘.“

⁶³ Vgl. § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG.

⁶⁴ Art. 6 Abs. 4 S. 1 der Rückführungsrichtlinie 2008/115/EG.

erfasst wird.⁶⁵ Es wird daher durchaus bereits diskutiert, ob Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung eine **Aufenthaltsberechtigung im Sinn der Rückführungsrichtlinie sei, sodass kraft Europarechts die Ausreisepflicht aufzuheben sei.**⁶⁶

Mich überzeugt dieser Gedankengang nicht. Dies liegt vor allem daran, dass die genannte Richtlinienbestimmung ausdrücklich auf die nationalen Praktiken verweist, sodass der Gerichtshof die Begriffe des „Aufenthaltstitels“ und der „sonstigen Aufenthaltsberechtigung“ nicht einheitlich auslegen, sondern auf das nationale Recht zurückverweisen dürfte.⁶⁷ Auch bestätigte der Gerichtshof bereits, dass ausreisepflichtige Personen aus der Norm keinen Legalisierungsanspruch ableiten können und die Mitgliedstaaten „über einen breiten Ermessensspielraum“ verfügen.⁶⁸ Wenn die deutschen Gerichte auf dieser Grundlage die §§ 60b, 60c AufenthG-E im Lichte des Europarechts überprüfen, müssen sie wegen der Bindung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) den **gesetzgeberischen Willen beachten, dass die Ausreisepflicht formal fortbesteht.** Über den Umweg des Art. 6 Abs. 4 der Rückführungsrichtlinie wird man daher die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung schwerlich in eine förmliche Legalisierung kraft Europarechts umdeuten können.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den **internationalen Menschenrechten**, weil diese zum einen in den betroffenen Konstellationen keine Legalisierung einfordern dürften⁶⁹ und zum anderen nur ein Abschiebungsverbot normierten, soweit man dennoch ein menschenrechtliches Bleiberecht annehmen wollte. Art. 8 EMRK verpflichtet die Staaten keineswegs dazu, eine bestimmte Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.⁷⁰

b. Unterminierung der praktischen Wirksamkeit des Richtlinienziels?

Den umgekehrten Weg nimmt eine Überlegung, die ihren rechtlichen Ausgangspunkt in der Annahme findet, dass die Rückführungsrichtlinie nach der ständigen EuGH-Judikatur das vorrangige Ziel verfolgt, „eine wirksame Rückkehr- und Rückübernahmepolitik in Bezug auf illegal aufhältige Drittstaatsangehörige zu schaffen.“⁷¹ Hieraus folgt ganz konkret, dass die **Mit-**

⁶⁵ Vgl. Erwägung Nr. 12 der Richtlinie; unklar bleibt, ob auch EuGH, *Mahdi*, C-146/14, [EU:C:2014:1320](#), Rn. 88 zwischen der Legalisierung nach Art. 6 Abs. 4 im ersten Satz sowie der bloßen Duldung ohne Legalisierungswirkung gemäß Erwägung Nr. 12 im zweiten Satz unterscheidet.

⁶⁶ Ich danke den Teilnehmern eines Workshops auf der Jahrestagung des Bunds Deutscher Verwaltungsrichter am 15.5.2019 in Darmstadt für eine Diskussion zu diesem Thema.

⁶⁷ Zur dogmatischen Konstruktion siehe EuGH, *McB*, C-400/10 PPU, [EU:C:2010:582](#), Rn. 41.

⁶⁸ Siehe EuGH (Fn. 65), Rn. 88 f.

⁶⁹ Hierzu bereits Fn. 48.

⁷⁰ So ausdrücklich, entgegen der früheren Sektionsentscheidung, die Große Kammer des EGMR, Urt. v. 15.7.2007 [GK], [Nr. 60654/00](#), *Sisojeva gegen Lettland*, Rn. 91, 93; näher *Daniel Thym*, Humanitäres Bleiberecht zum Schutz des Privatlebens?, Informationsbrief Ausländerrecht 2007, 133 (137 f.).

⁷¹ EuGH, *El Dridi*, C-61/11 PPU, [EU:C:2011:268](#), [Slg. 2011 I-3015](#), Rn. 59; zuletzt EuGH (Fn. 1), Rn. 48.

gliedstaaten alles unterlassen müssen, was die praktische Wirksamkeit des Richtlinienziels unterminierte. So verbot der Gerichtshof mit diesem Argument bereits eine Inhaftierung von ausreisepflichtigen Personen wegen einer illegalen Einreise, weil die Inhaftierung die Abschiebung zeitlich verzögere und damit das Ausreiseziel gefährde.⁷² Ähnlich argumentierte der Gerichtshof, als er niederländische Sprachprüfungen überprüfte, obwohl die maßgebliche Richtlinie diese gar nicht regelte.⁷³

Ganz in diesem Sinn könnte man die **aufenthaltsrechtliche Zwitterlösung des Gesetzentwurfs für europarechtswidrig erklären, weil sie die Ausreise nicht nur verzögert, sondern nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers durch eine rechtlich vorgezeichnete Aufenthaltsverfestigung unmöglich machen kann.** Damit ist nicht gesagt, dass das Europarecht eine Legalisierung verböte, allein diese müsste den Weg des Art. 6 Abs. 4 der Rückführungsrichtlinie beschreiten und die Ausreisepflicht formal beenden. Hiernach hätte der Bundestag die beiden Optionen, die Ausbildungs- und Beschäftigungsduldung entweder abzuschaffen oder in eine Aufenthaltserlaubnis umzuwandeln.

Eine solche Lösung hätte den Vorzug, dass sie für eine aufenthaltsrechtliche Klarheit sorgte und zugleich verhinderte, dass im öffentlichen Diskurs auch reguläre Duldungen zunehmend als legitime Aufenthaltsgrundlage erscheinen und daher die gesetzliche Ausreisepflicht gesellschaftlich weniger akzeptiert wird.⁷⁴ Man könnte in der Folge die **§§ 60b, 60c AufenthG in den fünften Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes verlagern**, wo sie die bestehenden Legalisierungsformen (hierzu I.5.) als neue §§ 25c, 25d ergänzen könnten. Dieser Formwandel könnte zugleich ein Anlass sein, die gesetzlichen Erteilungsvoraussetzungen an das Standardrepertoire der bisherigen Legalisierungsmaßnahmen anzunähern und etwa bei einer Ausbildung erweiterte Integrationsanforderungen vorzusehen, wonach ein Azubi sich in die hiesigen Lebensverhältnisse einfügen muss (vgl. II.1.b.) oder Beschäftigte den Lebensunterhalt in Anlehnung an § 25b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthG anders als bisher jdflls. überwiegend für die gesamte Familie sichern müssen (vgl. II.2.b.).

Konstanz, den 30. Mai 2019

⁷² So insb. EuGH (Fn. 71), Rn. 58 f.; und EuGH, *Achughbabian*, C-329/11, [EU:C:2011:807](#), Rn. 43, 46.

⁷³ Siehe EuGH, *P & S*, C-579/13, [EU:C:2015:369](#), Rn. 44 ff.; sowie EuGH, *Chakroun*, C-578/08, [EU:C:2010:117](#), Rn. 43; zur Einordnung *Daniel Thym*, *Towards a Contextual Conception of Social Integration in EU Immigration Law. Comments on P & S and K & A*, [European Journal of Migration and Law 18 \(2016\), 89 \(97 f.\)](#).

⁷⁴ Hierzu die parallele Stellungnahme von *Thym* (Fn. 3), S. 5.