

MANUEL KABIS

Rechtsanwalt

Tätigkeitsschwerpunkte: Mietrecht, Verwaltungsrecht, Verkehrsrecht

Interessenschwerpunkte: Familienrecht, Strafrecht

Rechtsanwalt M. Kabis · Königswall 28 · 44137 Dortmund

Königswall 28
44137 Dortmund
Tel.: 02 31 / 589 799-0
Fax: 02 31 / 589 799-29
e-mail: kabis@koenigswall.de
www.koenigswall.de

Passlosigkeit und Verletzung von Mitwirkungspflichten als Ausschlussgrund für ein Bleiberecht nach dem IMK- Beschluß vom 17.11.2006

I. Einleitung

Die ersten Erfahrungen derjenigen Personen, die mit der Beratung, Betreuung oder Vertretung von langjährig geduldeten Ausländerinnen und Ausländern befasst sind mit der „Bleiberechtsregelung“ (1) zeigen, dass das Schwergewicht in den Auseinandersetzungen mit den Ausländerbehörden bei den Themen „Ausschlussgründe“ , „Passbeschaffung“ und „Arbeitsmarktzugang“ liegt. Darüber hinaus gibt es zahlreiche Einzelfragen zu diskutieren wie die Sicherung des Lebensunterhalts kinderreicher Familien. Vorliegend soll der Blick vor allem gerichtet werden auf den Ausschlussgrund der vorsätzlichen Hinauszögerung oder Behinderung der Abschiebung, da dieser Tatbestand offenkundig der Hebel ist, an dem Ausländerbehörden zuvörderst ansetzen, um die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG abzulehnen.

II. Grundlagen der Bleiberechtsregelung

Bei der Bleiberechtsregelung handelt es sich dogmatisch um eine Aufenthaltserlaubnis nach Ermessen, wobei dieses Ermessen behördenintern gebunden ist durch ministerielle Erlasse. Ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ergibt sich daher nicht unmittelbar aus dem Beschluss der Innenministerkonferenz sondern aus einer am Gleichheitssatz des Art. 3 I GG orientierten regelmäßigen Verwaltungspraxis (2). Führt dies im Einzelfall nicht zu einer Ermessensreduzierung auf Null (d.h. jede andere Entscheidung als die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis wäre rechtswidrig), hat der betroffene Ausländer lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung seines Aufenthaltserlaubnisantrags.

Zur Steuerung der Ermessensausübung der Ausländerbehörden haben die Bundesländer jeweils eigene Ausführungserlasse herausgegeben, die den IMK-Beschluß mit Leben füllen sollen und sich weitgehend gleichen.

III. Ausschlussgründe für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis

Der Beschluss der Innenministerkonferenz und ihm folgend die Ländererlasse befassen sich auch mit negativen Tatsachen, deren Vorliegen zur Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis führen sollen.

a. Ausweisungsgründe

aa. Straftaten

Genannt werden zunächst Ausweisungsgründe, wie sie das Aufenthaltsgesetz in den §§ 53, 54, 55 II Nr. 1-5 und 8 vorsieht. Bei den meisten dieser Ausweisungsgründe handelt es sich um Straftaten. Wie dies bereits gängige Rechtsprechung in Ausweisungs- und Einbürgerungsverfahren ist, wird eine tatsächliche strafrechtliche Verurteilung nicht vor-

ausgesetzt (3). Die Ausländerbehörden haben vielmehr einen eigenen Beurteilungsspielraum, ob ein bestimmtes Verhalten eines Ausländers einen Straftatbestand verwirklicht, der sodann die Ausweisung nach sich ziehen kann. Auch ist nicht erforderlich, dass die Ausländerbehörde *tatsächlich* eine Ausweisungsverfügung erlässt (4). Die abstrakte Möglichkeit, ein Verhalten des Betroffenen ausweisungsrechtlich zu sanktionieren, genügt.

bb. Passlosigkeit

Ein besonderes Problem im Rahmen der Bleiberechtsregelung stellt die Passlosigkeit dar. Der mit weitem Abstand größte Teil der Geduldeten verfügt nicht über Papiere, die einerseits die Rückkehr ins Herkunftsland ermöglichen (darin liegt der Duldungsgrund), die andererseits zur Erfüllung der Passpflicht im Sinne des §§ 3, 5, 48 AufenthG notwendig sind. Der Aufenthalt im Bundesgebiet ohne Paß stellt grundsätzlich einen Straftatbestand nach § 95 I Nr.1 AufenthG dar. Es handelt sich um eine Vorsatztat. Eine Verurteilung setzt die Überzeugung des Strafgerichts voraus, dass der Ausländer einen Pass unterdrückt oder vernichtet hat oder Möglichkeiten zur Passerlangung bewusst nicht wahrnimmt oder hintertreibt. Die Einlassung, man habe aufgrund der Fluchtumstände im Heimatland Papiere nicht mitnehmen können, schließt ein strafbares Verhalten solange aus wie sich nicht hinreichende Indizien etwa für das Vorenthalten vorhandener Papiere finden oder Mitwirkungspflichten verletzt werden. Soweit ein Straftatbestand im Einzelfall zu bejahen ist, ist eine Straftat nach der Rechtsprechung des BVerwG grundsätzlich nie ein nur geringfügiger Rechtsverstoß nach § 55 II Nr.3 AufenthG und damit Ausweisungsgrund (5). Die bestehende Passlosigkeit könnte konsequenterweise daher einen Ausschlussstatbestand im Rahmen der Bleiberechtsregelung bilden; dann aber bliebe die Regelung gänzlich wirkungslos. Die Bleiberechtsregelung will der tatsächlich eingetretenen Integration Rechnung tragen. Dementsprechend sehen der IMK-Beschluß und die Ländererlasse vor, dass die Erfüllung der Passpflicht nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nachgeholt werden kann. Die Erlasse gehen daher davon aus, dass es passlose Begünstigte gibt, die einen Pass in zumutbarer Weise besorgen können. Es wäre ein nicht aufzulösender Widerspruch, wenn Passlosigkeit einerseits als Ausweisungsgrund nach § 55 II Nr.3 AufenthG angesehen würde und damit Ausschlussgrund wäre, andererseits ein Pass nachträglich beschafft werden darf, wenn die übrigen Voraussetzungen der Regelung greifen (6). Das Innenministerium NW etwa weist darauf hin, dass das Vorliegen von Ausweisungs-

gründen nicht zwingend zur Versagung des Aufenthaltstitels führt sondern eine wer-tende Einzelfallbetrachtung erforderlich ist (7). Damit ist der Weg eröffnet, den bisher passlosen Aufenthalt nicht mit dem Ausschluß vom Aufenthaltstitel zu sanktionieren.

b. Vorsätzliche Täuschung über aufenthaltsrelevante Umstände:

aa. Falschangaben während des Asylverfahrens

Ausgeschlossen von der Bleiberechtsregelung ist u.a., wer die *Ausländerbehörde* vor-sätzlich über aufenthaltsrelevante Umstände getäuscht hat. Das heißt zunächst, dass Adressat der Täuschung die Ausländerbehörde (ABH) sein muss. Falschangaben im Asylverfahren gegenüber dem BAMF zählen nicht hierzu. Die *erste* Aufenthaltsgestattung stellt das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (im Folgenden: BAMF), nicht die Ausländerbehörde nach den protokollierten Angaben bei der Asylantragstel-lung aus (§ 63 III AsylVfG). Zu diesem Verfahrenszeitpunkt fehlt er's an einer Täu-schung der ABH. Inhaltlich falsche Angaben zu den Asylgründen wiederum, die zur Ab-lehnung des Asylgesuchs wegen fehlender Glaubhaftigkeit führen, sind nicht „auf-enthaltsrelevant“ im Sinne der Erlasse, weil die Verfolgungsgeschichte keinen Inlands-bezug hat. Dementsprechend ist das BAMF nur zuständig für die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Gefährdungen des Asylbewerbers bei Rückkehr ins Heimatland.

Eine erstmalige Täuschung der Ausländerbehörde liegt in der Ausstellung der Folge-bescheinigung „Aufenthaltsgestattung“, die in der Zuständigkeit der ABH liegt, sobald die Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung endet. Fraglich ist aber, ob die Aufrechterhaltung oder Neuangabe falscher Personalangaben eine „aufenthalts-relevante“ Tatsache ist. Das ist zu verneinen, weil eine Ausreisepflicht, für deren Durch-setzung die ABH zuständig ist, erst mit dem Ablehnungsbescheid des BAMF nach den §§ 36, 38 AsylVfG eintritt. Bis dahin besteht ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht zur Prüfung der Asylgründe gemäß § 55 AsylVfG, wobei dieses Aufenthaltsrecht als Teil der grundrechtlichen Verbürgung des Asylrechts im Sinne einer Vorwirkung des Grund-rechts angesehen wird (9). Solange dieses Aufenthaltsrecht besteht ist die ABH gehin-

dert, gewissermaßen auf Vorrat bei der Auslandsvertretung des Herkunftslands Passersatzpapiere zu beantragen. Sie würde damit dem potentiellen Verfolgerstaat die Daten und den Aufenthalt von Personen preisgeben, die sich auf eine Verfolgung durch diesen Staat berufen. Soweit hierdurch das Interesse der Sicherheitsbehörden des Herkunftsstaats an der Person des Asylsuchenden geweckt werden kann, würde die ABH einen objektiven Nachfluchtgrund schaffen. Klar umreißt dies der VGH Baden-Württemberg, der entschieden hat, dass § 15 II Nr.6 AsylVfG (Passbeschaffungspflicht des Asylbewerbers) dahin einschränkend auszulegen ist, dass Maßnahmen zur Passbeschaffung erst mit dem Erlöschen der Aufenthaltsgestattung verlangt werden können (10). Begründet wird dies allerdings damit, dass es einer Einzelfallprüfung vorbehalten bleiben müsse, ob etwa die Vorsprache bei der Auslandsvertretung des Herkunftsstaates unter asylrechtlichen Gesichtspunkten zumutbar sei. Eine solche Prüfungskompetenz habe aber nur das BAMF, nicht die ABH (11). Die Mitwirkungspflichten des Asylbewerbers bei der Passbeschaffung beginnen daher erst mit vollziehbarer Ausreisepflicht (12). Für dieses Ergebnis spricht, dass mit der Reform des Zuwanderungsrechts zum 1.1.2005 (13) die Vorschrift des § 43 b AsylVfG aufgehoben wurde, wonach Maßnahmen zur Passbeschaffung zum „frühestmöglichen Zeitpunkt“ und auch bei Ausländern, die zur Wohnungsnahme in einer Aufnahmeeinrichtung verpflichtet sind, vorgenommen werden sollten.

Festzuhalten ist, dass die Täuschung zunächst des BAMF, sodann der ABH bei Ausstellung einer *Aufenthaltsgestattung* im Asylverfahren keine aufenthaltsrelevanten Tatsachen betreffen, weil sowohl das Recht der ABH als auch die Pflicht des Asylbewerbers zur Passbeschaffung das Erlöschen der Aufenthaltsgestattung und damit die Vollziehbarkeit der Abschiebungsandrohung aus einem Ablehnungsbescheid des BAMF voraussetzen.

Allerdings bleibt zu prüfen, ob die Personentäuschung bei Ausstellung der Aufenthaltsgestattung nicht einen Ausschlussstatbestand im Sinne der Ausweisungsgründe darstellt, handelt es sich doch bei solchen Falschangaben um einen Straftatbestand in Form der mittelbaren Falschbeurkundung. Die Innenminister selbst lenken jedoch das Ermessen dergestalt, dass Täuschungen – *selbst wenn sie aufenthaltsrelevant sind* – außer Betracht bleiben können, etwa wenn sie lange zurück liegen. Im Übrigen gilt, dass der Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung gemäß § 271 StGB eine Höchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe androht. Damit unterliegt die Tat einer Verfolgungsverjäh-

rungsfrist von fünf Jahren gemäß § 78 III Nr.4 StGB. In Betracht kommende Straftaten nach dem Aufenthaltsgesetz sind mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht (§ 95 I AufenthG) und unterliegen damit einer dreijährigen Verjährung (§ 78 III Nr.5 StGB). Eine Strafbarkeit wegen falscher Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels (Freiheitsstrafe bis drei Jahre) scheidet aus, weil die Aufenthaltsgestattung kein Aufenthaltstitel ist gemäß der Definition des § 4 I AufenthG.

Soweit keine Strafverfahren bislang eingeleitet wurden, trat bei der Mehrzahl der von der Bleiberechtsregelung Betroffenen inzwischen Verjährung ein. Eine verjährte Straftat stellt aber keinen Ausweisungsgrund dar, da noch nicht einmal mehr die abstrakte Möglichkeit der ABH besteht, an einen nicht-sanktionierbaren Verstoß Rechtsfolgen zu knüpfen. Es würde einen Wertungswiderspruch darstellen, die am Lebenssachverhalt nähere strafrechtliche Verfolgung auszuschließen, gleichzeitig aber in der Regel gravierendere als strafrechtliche Maßnahmen, nämlich den Verlust des Aufenthaltsrechts, zuzulassen. Ist der Verstoß derart lange her, dass bereits Verfolgungsverjährung eingetreten ist, wird ein Ausweisungsrecht verwirkt sein. Die Verwaltung ist gehalten, in einem angemessenem Zeitraum auf bekannt gewordene rechtsvernichtende Tatsachen zu reagieren. So gibt es etwa eine Frist von einem Jahr für die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte (§ 48 IV VwVfG). Der Zeitfaktor ist dem Verwaltungsrecht also nicht fremd. Ist der Ausländerbehörde bekannt (geworden), dass der Ausländer falsche Angaben zur Person gemacht hat und reagiert sie darauf nicht innerhalb der strafrechtlichen Verjährungsfrist mit einer Ausweisungsverfügung oder einer Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft, darf der Ausländer darauf vertrauen, dass die ABH nach Eintritt der Verfolgungsverjährung kein Interesse mehr hat, aus dem Fehlverhalten des Ausländers noch Rechtsfolgen abzuleiten.

Genügt die Identitätstäuschung bei Ausstellung der Aufenthaltsgestattung unter keinem Gesichtspunkt, um einen Ausschlussgrund nach der Bleiberechtsregelung darzustellen, so gilt Anderes für die Duldung:

bb. Falschangaben bei bestehender Ausreisepflicht bei Beantragung einer Duldung

Angaben zu Person und Identität zum Zwecke der Erteilung einer Duldung sind immer aufenthaltsrelevant. Die Duldung setzt schließlich die vollziehbare Ausreisepflicht voraus, deren Durchsetzung an Vollstreckungshindernissen vorübergehend scheitert (§ 60a AufenthG). Auch sind sowohl Strafbarkeit als auch Ausweisungsgrund aktuell, wenn die Duldung noch immer auf falschen Angaben beruht oder die strafrechtliche Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten ist. Betroffene können hier nur darauf bauen, dass die Abschiebung auch aus anderen, neben der Passlosigkeit gleichzeitig bestehenden Gründen unmöglich war bzw. ist, weil es dann an der Ursächlichkeit der Falschangaben für die Unmöglichkeit der Abschiebung fehlt. Allerdings kann auch in einem solchen Fall der Ausschlussstatbestand des Ausweisungsgrundes nach den §§ 55 ff. AufenthG greifen. An der Strafbarkeit der mittelbaren Falschbeurkundung ändert sich nämlich auch dann nichts, wenn die Falschangaben gar nicht nötig gewesen wären um einer Abschiebung zu entgehen. Dieses Motiv gehört nicht zum subjektiven Tatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung. Tathandlung ist das Bewirken einer in tatsächlicher Hinsicht unrichtigen Beurkundung. Das Wissen des Täters muss sich nur auf die Unrichtigkeit des zu Beurkundenden beziehen und auf die Rechtserheblichkeit des Beurkundungsvorgangs, wobei es genügt, wenn der Täter „in der Laiensphäre über die Relevanz der Beurkundung im Sinne der erhöhten Beweiswirkung eine Vorstellung hat“ (14).

cc. Mehrfache Staatsangehörigkeit

Problematisch sind Fälle bestehender mehrfacher Staatsangehörigkeit, von denen nur *eine* – diese aber wahrheitsgemäß – angegeben wurde. Hier greift nämlich nach Meinung der Ausländerbehörden *Bertolt Brechts* Satz, wonach man auch mit halben Wahrheiten lügen könne. Betroffen sind in erster Linie Libanesen, bei denen türkische

Registerauszüge auftauchen. In vielen Fällen wanderten Familien in Krisenzeiten aus dem Libanon in die Türkei aus, später in den Libanon zurück und das Ganze gegebenenfalls noch einige Male hin und her. Oftmals fanden Registrierungen in der Türkei statt im Rahmen von Volkszählungen etwa in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts. Dadurch wurden Personen zu türkischen Staatsbürgern ohne türkische Vorfahren gehabt oder eingebürgert worden zu sein. Die Nachkommen dieser Personen erwarben die türkische Staatsbürgerschaft durch Geburt unabhängig davon, ob sie selbst weiter in der Türkei lebten oder etwa im Libanon oder in Jordanien und sie *zusätzlich* die Staatsbürgerschaft des Aufenthaltslands besaßen. Gemäß § 1 türkisches Staatsangehörigkeitsgesetz wird die türkische Staatsbürgerschaft durch Geburt vermittelt beim Vorhandensein wenigstens eines türkischen Elternteils und unabhängig vom Bestehen weiterer Staatsangehörigkeiten (15). Aufgrund der Zwangstürkisierung der Namen und der Einführung von (türkisch-sprachigen) Familiennamen unter Atatürk in den 20er und 30er Jahren des 20. Jahrhunderts hatten viele Familien plötzlich zwei Identitäten: Ihre arabischen Namen aus dem Herkunftsland und neue türkische Namen nach der Registrierung in der Türkei. Die neu geborenen Kinder wurden in den ländlichen Region – vorwiegend im Raum Mardin – häufig gar nicht registriert, vielfach aber auch sowohl in der Türkei als auch im ursprünglichen Herkunftsland der Familie angemeldet. Die Register wurden solcherart immer doppelt weitergeführt mit türkischen und arabischen Identitäten. Bei der Einreise nach Deutschland war es für die meisten Betroffenen misslich, ihre türkische Staatsangehörigkeit – wenn sie diese kannten - anzugeben, da in die Türkei keine Abschiebungshindernisse bestanden. Also gab man nur die tatsächlich bestehende weitere – meist libanesisch – Staatsangehörigkeit an, weil bürgerkriegsbedingt in den 80er Jahren und teilweise in den 90er Jahren dorthin nicht abgeschoben werden konnte. Außerdem lagen zumeist keine libanesischen Pässe vor, die im Wege des Passersatzbeschaffungsverfahrens ungleich schwieriger zu erlangen waren und sind als türkische Papiere. Sowohl gemäß § 15 AsylVfG als auch gemäß § 49 AufenthG sind Ausländer verpflichtet, ihre Identität und Staatsangehörigkeit anzugeben. Es unterliegt keinem Zweifel, dass damit *alle* vorhandenen Staatsangehörigkeiten gemeint sind, dient die Erfassung der Angaben doch u.a. der Vorbereitung des Vollzugs aufenthaltsbeendender Maßnahmen. Die Behörden haben daher ein rechtliches Interesse, alle Länder zu kennen, die zur Aufnahme des Ausländers völkerrechtlich verpflichtet sind. Objektiv liegt daher eine Pflichtverletzung des Betroffenen vor, wenn er nur eine von mehreren Staatsangehörigkeiten bzw. Identitäten offenbart. Der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs trifft den Ausländer aber nur, wenn er wusste, dass er zur Angabe aller ihm bekannten

Daten verpflichtet war. Das ist bei Asylbewerbern grundsätzlich zu bejahen, weil der Fragenkatalog des BAMF für die Anhörungen von Asylbewerbern unter Nr.2 die Frage enthält „Besitzen Sie noch weitere Staatsangehörigkeiten?“. Zwar ist eine Falschangabe beim BAMF wie oben gezeigt nicht unmittelbar aufenthaltsrelevant; es geht hier jedoch um die Frage, ob der Ausländer bei Beantragung der Duldung gegenüber der ABH das Bewusstsein haben muß, vollständige Angaben zu machen. Dies wird zu bejahen sein, weil die Frage beim BAMF dem Betroffenen deutlich macht, dass das Vorhandensein weiterer Staatsangehörigkeiten für die deutschen Behörden von Wichtigkeit ist. Anders kann es aussehen bei Geduldeten, die nicht zunächst im Asylverfahren waren (Bürgerkriegsflüchtlinge) und die von der Ausländerbehörde nicht ausdrücklich nach mehrfacher Staatsangehörigkeit gefragt wurden. Ein pflichtwidriges Unterlassen von Angaben setzt die Kenntnis vom Umfang der Verpflichtung voraus.

Von Ausländerbehörden wird oftmals übersehen, dass der Ausländer selbst Kenntnis von seiner Staatsangehörigkeit haben muss, damit ihm der Vorwurf unterlassener Angaben gemacht werden kann. Das Personalstatut ist eine Rechtstatsache, die der Beurteilung der Behörden des Herkunftsstaats unterliegt. Ohne die Ausstellung eines Staatsangehörigkeitsausweises oder Reisepasses ist für die Betroffenen oftmals nicht nachzuvollziehen, welche Staatsangehörigkeit sie haben. Das zeigt sich vor allem nach dem Zerfall Jugoslawiens und der Sowjetunion, wo es zahlreiche Zweifelsfragen gibt. Aber auch in den genannten Beispielfällen von Libanesen mit doppelter – türkischer – Staatsangehörigkeit kann dies gelten: Viele dieser Personen wissen zwar, dass sie etwa Großeltern in der Türkei hatten; deswegen müssen sie aber noch lange nicht das türkische Staatsangehörigkeitsgesetz kennen. Auf entsprechende Fragen werden sie angeben müssen, dass die Großeltern in der Türkei lebten. Daraus kann die ABH rechtliche Schlüsse auf die Staatsangehörigkeit ziehen. Angeben können Betroffene nur Tatsachen aus dem eigenen Wahrnehmungs- und Wissenskreis. Die Kenntnis der Gesetze eines Landes, in dem man nicht selbst wohnt und ggfs. Vorfahren hat, kann von niemandem erwartet werden. Es ist dementsprechend Sache der ABH oder des BAMF solche Fragen zu stellen, etwa nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort der Eltern oder Großeltern. Gibt der Ausländer an, eine zweite Staatsangehörigkeit nicht gekannt zu haben, weil er nicht im Aufenthaltsland seiner Vorfahren gelebt habe, so kann ihm dies als Verschweigen einer weiteren Staatsangehörigkeit nur angelastet werden, wenn die Behörden ihm Fragen zu seinem persönlichen Umfeld und Werdegang gestellt haben und diese Fragen falsch oder unvollständig beantwortet wurden.

c. Ursächlichkeit der Falschangaben für die Unmöglichkeit der Abschiebung

Die Täuschung der Ausländerbehörde muss schließlich *kausal* (ursächlich) für die Nicht-Abschiebung des Betroffenen gewesen sein. Der Ausschluß greift daher nicht, wenn die Abschiebung aus mindestens *einem* weiteren eigenständigen Grund nicht möglich ist bzw. war (krankheitsbedingte Reiseunfähigkeit; fehlende Flugverbindungen; Stop-Erlass, etwa zu Irak, Afghanistan).

d. Vorsätzliches Hinauszögern aufenthaltsbeendender Maßnahmen:

Das Kernproblem der Bleiberechtsregelung in der Praxis ist der Tatbestand der vorsätzlichen Hinauszögerung oder Behinderung behördlicher Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung. Nach den meisten Erlassen (s. insbesondere NRW) ist ein „gezieltes und nachhaltiges Unterlaufen“ der Aufenthaltsbeendigung erforderlich.

aa. Verletzung von Mitwirkungspflichten: Differenzierung von Bleibe-recht und § 25 V AufenthG

Vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer sind zur Mitwirkung bei der Passbeschaffung zwecks Ausreise verpflichtet (§ 48 III AufenthG). Zur Erfüllung dieser Pflicht müssen sie von sich aus ohne besondere Aufforderung durch die ABH tätig werden (16). Die Passlosigkeit ist selbst verschuldet, wenn gegen diese Mitwirkungspflicht verstoßen wird (einschränkend *BayVGH*: ABH muss jedenfalls „Anstöße“ geben, wenn der Ausländer zwar etwas tut, aber nicht genug oder nicht das richtige, (17)). Diese Entscheidungen ergingen zu § 25 V AufenthG und zu § 11 BeschVerfV. Dort ist jeweils das „Verschulden“ des Ausländers an der Passlosigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal ausgeformt. Verschulden als Rechtsterminus wird definiert als objektiv pflichtwidriges,

zurechenbares und subjektiv vorwerfbares Verhalten (18). Zu vertreten hat der Ausländer dabei Vorsatz und Fahrlässigkeit hinsichtlich seines Verhaltens. Beim Ausschluss der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG kann es daher bereits genügen, dass der Ausländer einfach abwartet, ob die ABH irgendwelche Anforderungen stellt hinsichtlich der Art der Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten. Dem Ausländer muss nur bewusst sein, dass er Deutschland verlassen muss und dass er dafür selbst etwas tun muss. Das Verschulden muss sich bei § 25 V AufenthG lediglich auf die Nichterfüllung der Mitwirkungspflichten als solche beziehen; bei der Bleiberechtsregelung hingegen muss sich der Vorsatz des Ausländers *darüber hinaus* auf die Verhinderung der Abschiebung als kausaler Folge des pflichtwidrigen Unterlassens beziehen (19).

bb. Inhalt der Mitwirkungspflichten

Pflichtwidrig ist die unterlassene Mitwirkung, wenn die Erfüllung der Pflichten zumutbar war bzw. ist. Hier allerdings ist die Rechtsprechung großzügig. So soll es zumutbar sein, dass Frauen aus moslemischen Ländern sich mit Kopftuch für Passbilder fotografieren lassen und entsprechend gewandet etwa bei der iranischen oder pakistanischen Botschaft vorsprechen(20). Ebenso soll zumutbar sein, die Erklärung über die Freiwilligkeit des Rückkehrwunsches nach Iran zu unterschreiben (eine behördlich erzwungene Unwahrheit). Die Antragsformulare der iranischen Botschaft mit Fragen nach Referenzpersonen, Ausreisegründen und Ausreisemodalitäten sollen lediglich der Prüfung der Legalität der Ausreise (im Iran ist eine Ausreisegenehmigung erforderlich) und der Personenidentifizierung dienen (21). Die Beschaffung einer iranischen Geburtsurkunde soll durch Verwandte und Anwälte im Iran möglich sein (22). Gemessen an dieser beispielhaften Aufzählung von zumutbaren Anstrengungen verletzen tatsächlich viele Betroffene objektiv ihre Mitwirkungspflichten. An diesem Punkt ist für viele Ausländerbehörden die Prüfung der Erteilungsvoraussetzungen für die Aufenthaltserlaubnis zu Ende. Es besteht die Neigung, den Ausschlussgrund des § 25 V AufenthG gleichzusetzen mit demjenigen der Bleiberechtsregelung („Wir haben wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten bereits § 25 V abgelehnt; in Ihrem Verhalten hat sich nichts geändert; die Sachlage ist gleich geblieben; Ihr Antrag nach dem IMK-Beschluss wird daher abzulehnen sein...“), *aber*: IMK-Beschluß und Erlasse fordern vorsätzliche Hinauszögerung oder Behinderung der *Abschiebung*.

cc. Vorsatz hinsichtlich Verhinderung der Abschiebung

Vorsatz im Sinne der heranzuziehenden strafrechtlichen Definitionen umfasst das Wissen und Wollen hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung. Der Wille des Ausländers muss vorliegend auf ein Mehrfaches *abzielen*, nämlich a) die Mitwirkungspflichten zu verletzen, um b) als kausale Folge nicht abgeschoben werden zu können. Wegen dieses Bezugs zur Abschiebung muss bereits die Pflichtverletzung vorsätzlich erfolgen, denn nur hierbei handelt der Ausländer. Die sich anschließende Folge fehlender Abschiebungsmöglichkeit ist von ihm nicht mehr zu beeinflussen, sie muss aber von ihm vorhergesehen worden und erwünscht sein. Bloßes Verschulden an der Passlosigkeit kann daher nicht ausreichen. Die Untätigkeit bei der Passbeschaffung muss vielmehr bereits in dem Bewusstsein erfolgen, durch eigenes Handeln bzw. Unterlassen eine objektive Bedingung für ein Abschiebungshindernis zu setzen. Hierfür ist mindestens *dolus eventualis* (bedingter Vorsatz) erforderlich. Der Betroffene muss also den tatbestandlichen Erfolg voraussehen und ihn billigend in Kauf nehmen. Der Ausländer muss zumindest davon ausgehen, dass er selbst es mit in der Hand hat, ob er abgeschoben wird. Dabei ist zu beachten, dass der Betroffene in der Regel nicht weiß, was die ABH selbst zur Durchsetzung der Ausreisepflicht tut (welchen Einfluss hat die ABH auf die diplomatische Vertretung eines anderen Landes? Kann die ABH ein Passersatzpapier auch allein besorgen? Welche Papiere braucht man überhaupt für eine Abschiebung?). Geht der Ausländer irrig davon aus, er werde von der ABH unterwiesen, welche Schritte zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses der Passlosigkeit er zu unternehmen habe, befindet er sich im Tatbestandsirrtum hinsichtlich des Merkmals der Verletzung von Mitwirkungspflichten. Gemäß § 16 I StGB - der hier verwaltungsrechtlich analog anwendbar wäre - entfällt damit der Vorsatz und zwar nicht erst für die Verhinderung der Abschiebung sondern bereits für die Verletzung der Mitwirkungspflicht.

dd. Beweislast der Ausländerbehörde

Im Einzelfall wird es darauf ankommen, ob die ABH während des jahrelang geduldeten Aufenthalts Vorgaben gemacht hat (regelmäßige Aufforderung zum Nachweis von

Passbemühungen o.ä.), damit dem Ausländer überhaupt bekannt und bewusst ist, dass seine Bemühungen – die wie oben dargestellt unaufgefordert zu erfolgen haben – a) unzureichend sind und b) er mit genau diesem Verhalten die Ursache setzt für die fehlende Abschiebung. Ohne ein solches Datengerüst aus der Ausländerakte wird sich der Vorsatz (subjektives Element aus Wissen und Wollen!) einer Vereitelung oder Verzögerung der Aufenthaltsbeendigung nicht nachweisen lassen. Die materielle Beweislast für den Ausschlussstatbestand trifft die Ausländerbehörde. Der Ausländer ist gemäß § 82 AufenthG für die ihn günstigen Tatsachen beweispflichtig. Bei der Be- oder Verhinderung der Abschiebung handelt es sich um eine rechtshindernde Tatsache. Der Ausländer hat nämlich einen Anspruch (zumindest auf ermessensfehlerfreie Entscheidung), der bei Vorliegen bestimmter Negativtatsachen ausgeschlossen ist. Die Beweislast für solche rechtshindernde Tatsachen trägt grundsätzlich die Behörde (23).

Das Verschulden in § 25 V AufenthG und die vorsätzliche Verhinderung der Abschiebung nach der Bleiberechtsregelung haben im Ergebnis eine unterschiedliche Rechtsqualität. Kann die ABH nicht dokumentieren, dass sie den Ausländer regelmäßig zur Mitwirkung bei der Passbeschaffung angehalten hat, kann sie zwar ein Verschulden (Fahrlässigkeit genügt) iSd § 25 V AufenthG darlegen (jedenfalls nach der Rechtsprechung des OVG NRW: Initiativpflicht beim Ausländer), nicht aber den Vorsatz des Ausländers, sein Verhalten bewusst so zu gestalten, dass die Ausreise durch eigenes Tun oder Unterlassen unmöglich wird.

Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Ländererlasse, die überwiegend von „beharrlicher Verweigerung“ bei der Erfüllung der Mitwirkungspflicht sprechen. Beharrlichkeit beinhaltet eine subjektive Komponente, nämlich einen kontinuierlich gezeigten Willen zur Verweigerung. Ein solcher Wille kann nicht in der bloßen Passivität des Ausländers gesehen werden, wenn die ABH keine Anforderungen stellt, denen sich der Ausländer entzieht. Verweigerung wiederum ist die offene Ablehnung der Erfüllung dem Ausländer bekannter Pflichten in der Absicht, sich hierdurch einen rechtlich nicht gebilligten Vorteil zu verschaffen (weitere Duldung statt Ausreise). Wer nachweisen kann, dass er bei seiner Botschaft vorgesprochen hat, PEP-Anträge ausgefüllt hat, Briefe an Behörden seines Heimatlandes geschickt hat und ähnliches mehr mag zwar seiner Mitwirkungspflicht *nicht gehörig nachgekommen* sein – wenn z.B. nur alle paar Jahre Kontakt zur Botschaft gesucht wird - ; ein gezieltes Unterlaufen seiner Ausreisepflicht bzw. seiner Pflicht zur Beseitigung des Vollstreckungshindernisses wird sich aber nicht nachweisen

lassen. Dafür müsste die ABH Tatsachen benennen, wonach der Ausländer seine Bemühungen nur zum Schein unternommen hat oder diese erkennbar untauglich waren oder behördliche Anforderungen nicht erfüllt wurden.

ee. Rechtsmissbräuchlichkeit der Verweigerung der Mitwirkungspflicht

Der Ausschlussstatbestand stellt eine Sanktion für rechtsmissbräuchliches Verhalten dar. Die Pflichtverletzung muss daher auch vorwerfbar sein. Richtig ist in diesem Zusammenhang der Gedanke von *Marx*, wonach es an der Vorwerfbarkeit fehlen könne, wenn der Ausländer nach seinen Vorstellungen begründete Furcht vor Verfolgung hegte, die sich objektiv aber nicht verifizieren ließ und der Betroffene aufgrund dieser Furcht etwa die Botschaft seines Heimatlandes nicht aufsucht (24). Die Bindungswirkung der asylrechtlichen Entscheidung steht dem nicht entgegen, weil der Begriff der Beharrlichkeit bei der Verletzung von Mitwirkungspflichten eine rechtlich missbilligte subjektive Haltung des Betroffenen beinhaltet. Die Motivlage des Betroffenen ist aber eine andere, wenn er Angst um Leib und Leben hat als wenn er für sich in Deutschland bessere wirtschaftliche Perspektiven als im Heimatland sieht. Es gibt zahlreiche Fälle, in denen die Furcht vor existenzvernichtenden Ereignissen im Heimatland subjektiv nachvollziehbar und objektiv begründbar ist, die Asylrechtsprechung aber gleiche Sachverhalte unterschiedlich wertet. Beispielsweise gibt es eine sehr uneinheitliche instanzgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, ob und für welchen Personenkreis Gefahren für Leib und Leben im Sinne des § 60 VII AufenthG in Afghanistan bestehen. Die Frage der religiösen Verfolgung von Konvertiten im Iran wird etwa beim VG Düsseldorf von mehreren Kammern unterschiedlich beantwortet. In den 90er Jahren nahm das VG Köln eine Gruppenverfolgung von Kurden in der Türkei an und stellte sich gegen die Rechtsprechung des OVG Münster. Die Behandelbarkeit schwerer psychischer Erkrankungen im Kosovo führte zu einer heftigen Kontroverse in der Rechtsprechung bis hin zum BVerwG. Zur Zeit aktuell streitig ist die Frage, ob verfolgte Christen aus dem Irak eine inländische Fluchtalternative im Nordirak haben. In all diesen Fällen kann es für den Asylbewerber vom Zufall abhängen, welches Gericht oder sogar welche Kammer eines Gerichts für ihn zuständig ist, ob er Asyl oder Abschiebungsschutz bekommt oder nicht. Die unterschiedliche rechtliche Bewertung der Situation in den Herkunftsländern liegt außerhalb

des Verantwortungsbereichs des Asylbewerbers. Deshalb ist es nicht vorwerfbar, wenn er Verfolgungsfurcht geltend macht, die von anderen Gerichten, nur eben nicht „seinem“, als objektiv begründet angesehen wird. Da der Ausschlussgrund auf dem Gedanken einer rechtsmissbräuchlichen Verschaffung eines Vorteils (langjährige Duldung statt Ausreise) beruht, reicht noch nicht einmal der Vorsatz der Verletzung von Mitwirkungspflichten zum Zwecke der Verhinderung der Abschiebung. Hinzukommen muss die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens. An dieser fehlt es, wenn der Ausländer substantiiert existentielle Eingriffe in seine Menschenrechte geltend macht. Kann er sich dabei auf asylrechtliche Entscheidungen auch nur eines Verwaltungsgerichts stützen, entfällt der Rechtsmissbrauchsvorwurf. Was Juristen in Urteilsform gießen, kann dem Laien nicht als unvertretbar entgegengehalten werden.

ff. Ungeklärte Identität

In der Behördenpraxis ist zu beobachten, dass das Fehlen von Identitätsnachweisen nicht nur als – heilbarer – Verstoß gegen die Passpflicht angesehen wird sondern unter den Ausschlussgründen subsumiert wird. Damit wird verkannt, dass zwar der Ausländer die Darlegungs- und materielle Beweislast für seine Identität und Herkunft trägt (§ 82 AufenthG), die Beweisbarkeit aber auch maßgeblich von den Gepflogenheiten der Behörden der Heimatländer abhängt. Kurden aus Syrien etwa erhalten grundsätzlich keinen Nationalpass, weil sie als unerwünschte Volksgruppe gelten und aus Sicht des syrischen Staates staatenlos sind. Dementsprechend können sie nach unerlaubter Ausreise nicht nach Syrien zurückkehren (25). Das ausländerrechtliche Problem ist der Beweis, dieser Volksgruppe zuzugehören und aus Syrien zu stammen. Kurden können sich in Syrien registrieren lassen und erhalten eine besondere Kennkarte. Nach Auffassung des VG Hannover sind diese Kennkarten als Beweismittel aber wertlos, weil sie inzwischen auf dem schwarzen Markt für wenig Geld zu kaufen sind. Bescheinigungen von Verwandten wird in der Regel kein Beweiswert zuerkannt, da eine Glaubwürdigkeitsprüfung wegen Unerreichbarkeit des Beweismittels nicht möglich ist. Um zumindest der Darlegungslast zu genügen, wird die Asylakte des BAMF bzw. des VG beizuziehen sein. Im Asylverfahren bezieht sich die Glaubwürdigkeitsprüfung auch auf Herkunftsland, Herkunftsregion und Volksgruppe. Hat das BAMF als sachnahe Behörde für herkunftslandbezogene Vorgänge keine Zweifel an der Herkunft des Asylbewerbers, wird sich die ABH an diese Wertung halten müssen, wenn sie nicht aussagefähige Hinweise

auf anderslautende Tatsachen hat. Die verbreitete Praxis, Betroffene zu mehreren ausländischen Botschaften zu schicken – erinnert an Blindpfändungen von Schuldnerkonten im Zwangsvollstreckungsrecht – entbehrt jedenfalls einer Grundlage, wenn die Länderherkunftsangaben des Asylbewerbers durch das BAMF nicht angezweifelt wurden (26). Es verstößt m.E. gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, den Betroffenen zum Verfahrensobjekt zu degradieren, indem er zur Fleischbeschau auf den Markt der ausländischen diplomatischen Vertretungen geschickt wird ohne dass die ABH konkrete Anhaltspunkte für die Unwahrheit der Angaben beim BAMF hat.

e. Erfüllung der Passpflicht

Entgegen der Erlasslage in den meisten Bundesländern verlangen viele Ausländerbehörden die Erfüllung der Passpflicht vor Erteilung der Aufenthaltserlaubnis. Dabei wird aber übersehen, dass zahlreiche ausländische Vertretungen selbst bei gekläarter Identität gültige Pässe erst bei Vorlage der Zusicherung eines Aufenthaltstitels durch die Ausländerbehörde erteilen und zuvor allenfalls Passersatzpapiere zur einmaligen Rückreise ins Herkunftsland ausstellen (etwa Türkei). Der Grund liegt bei Männern in der Wehrpflicht. Türkische Staatsbürger mit Aufenthaltsrecht im Ausland können sich für eine bestimmte Zeit vom Wehrdienst zurückstellen lassen und einen verkürzten Wehrdienst in Anspruch nehmen. Wer sich ohne Aufenthaltsrecht im Ausland aufhält, soll zur Rückkehr gezwungen werden, um den vollständigen Wehrdienst abzuleisten. Bis vor kurzem führte die Fahnenflucht ins Ausland nach Art. 25 des türkischen Staatsangehörigkeitsgesetzes noch zur Zwangsausbürgerung. Im übrigen stellt sie einen Straftatbestand dar. Die Vorlage einer Duldung bei den türkischen Auslandsvertretungen genügt daher nicht zur Erlangung eines Passes im Sinne des § 3 AufenthG. Demnach könnten türkische Staatsbürger die Bleiberechtsregelung nicht in Anspruch nehmen, wenn sie erst den Pass besorgen müssten. Der deutsche Aufenthaltstitel führt umgekehrt zum Wegfall des Fahnenfluchtvorwurfs und zur Passerteilung.

Die Erfüllung der Passpflicht muss objektiv zumutbar sein. Daran kann es fehlen, wenn ausländische Vertretungen hohe Gebühren verlangen (etwa Serbien), die insbesondere kinderreiche Familien, die Leistungen nach AsylbLG beziehen, nicht aufbringen können. Hat die Ausländerbehörde die Erwerbstätigkeit bisher nach § 11 BeschVerfV verhindert, ist es ein Wertungswiderspruch, die Betroffenen über Jahre den eingeschränkten Leis-

tungen nach dem AsylbLG auszusetzen und ihnen gleichzeitig vorzuwerfen, ggfs. mehrere hundert EURO für Pässe und Fahrtkosten zu den Botschaften nicht aufbringen zu können. Es scheint in der Verwaltungspraxis jedenfalls nicht verbreitet zu sein, diese Kosten als sonstige Leistung zur Erfüllung einer behördlichen Mitwirkungspflicht gemäß § 6 AsylbLG anzusehen.

f. Zusammenfassung

Als Ergebnis lässt sich zu den Ausschlussgründen festhalten:

- Die „vorsätzliche Hinauszögerung oder Behinderung behördlicher Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung“ ist nicht gleichzusetzen mit der Verletzung der Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung.
- Neben der objektiv pflichtwidrigen Verletzung der Mitwirkungspflicht muss der Vorsatz des Ausländers auch die auf der Pflichtverletzung beruhende Unmöglichkeit der Abschiebung umfassen; das Tun oder Unterlassen des Betroffenen muss auf die Verhinderung der Abschiebung abzielen.
- Darüber hinaus muss das Verhalten des Ausländers als rechtsmissbräuchlich vorwerfbar sein. Daran fehlt es, wenn der Ausländer glaubhaft aus Furcht um Leib und Leben die Mitwirkungspflicht verletzt. Die Bindungswirkung asylrechtlicher Entscheidungen steht nicht entgegen.
- Das Verhalten des Ausländers muss „beharrlich“ gewesen sein. Dies setzt einen kontinuierlich gezeigten Willen zur Verweigerung zumutbarer Mitwirkungshandlungen voraus.
- Die pflichtwidrige und vorwerfbare Verletzung der Mitwirkungspflichten muss ursächlich für die Unmöglichkeit der Abschiebung geworden sein. Daran fehlt es, wenn die Abschiebung aus wenigstens einem weiteren Grund nicht vorgenommen werden kann. Auf die Möglichkeit der freiwilligen Ausreise kommt es – anders als bei § 25 V AufenthG – nicht an.
- Die materielle Beweislast für den Ausschlussstatbestand trägt die Ausländerbehörde. Sie muss darlegen können, dass der Ausländer nicht nur seiner ureigenen Initiativpflicht nicht nachgekommen ist sondern Maßnahmen und Handlungen der Behörde unterlaufen hat. Dazu muss anhand der Akten feststellbar sein,

dass die ABH über einen längeren Zeitraum konkrete Handlungsvorgaben gemacht hat, denen der Ausländer nicht nachkam.

- Der Verstoß gegen die Passpflicht stellt als solcher auch dann keinen Ausschlussstatbestand dar, wenn er im Allgemeinen als Ausweisungsgrund anzusehen ist.
- Die Erfüllung der Passpflicht ist vielfach – u.a. wegen der ausländischen Wehrpflichtvorschriften - objektiv erst möglich nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis.
- Die Erfüllung der Passpflicht muss dem Ausländer objektiv möglich sein. Daran kann es mit Blick auf die Kosten fehlen, solange Leistungen nach AsylbLG bezogen werden.

Manuel Kabis, März 2007

Anhang: Anmerkungen

Anmerkungen:

- 1) **Beschluß der ständigen Konferenz der Innenminister von Bund und Ländern vom 17.11.2006**
- 2) **BVerwG, NVwZ 2001, Seite 333**
- 3) **GK AufenthG-Bäuerle, § 5 Rn. 97 mit zahlreichen Nachweisen zur herrschenden Rechtsprechung**
- 4) **Vgl. auch Vorläufige Anwendungshinweise des BMI zum AufenthG, dort zu § 5**
- 5) **BVerwG, Urteil v. 18.11.2004, InfAusIR 2005, 213**
- 6) **Reinhard Marx: Anmerkungen zum Beschluß der Innenministerkonferenz**
- 7) **Protokoll der Dienstbesprechung mit den Bezirksregierungen, InMi NW vom 30.1.2007**
- 8) **Tröndle/Fischer, StGB § 271, Rn.10**
- 9) **so schon BverfG NJW 1978, 2446; BVerwG NJW 1981, 712; OVG Münster InfAusIR 1981, 46**
- 10) **VGH Ba-Wü, InfAusIR 1999, 287**
- 11) **VGH Ba-Wü, ebenda, Seite 290**
- 12) **Marx, Kommentar zum AsylVfG, § 15, Rn.24 ff.**
- 13) **BGBI. I, 2004, S. 1950 ff.**
- 14) **Schönke-Schröder, Großkommentar zum StGB, § 271, Rn. 27**
- 15) **Vgl. Rumpf, Einführung in das türkische Recht, S. 106**
- 16) **OVG Münster, Beschluß vom 18.11.2005, 17 E 1127/04; VG Frankfurt/M., Urteil vom 29.9.2005, 1 E 656/05**
- 17) **BayVGH, Beschluß v. 28.12.2005, 24 C 05.2694**
- 18) **Palandt, Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 5**
- 19) **Marx, ZAR 2007, 50**
- 20) **GK AufenthG-Grünwald, § 48 Rn. 44 mwN**
- 21) **Schreiben des InMi NW an den Autor vom 27.5.2004**
- 22) **Auskunft der deutschen Botschaft Teheran vom 22.1.2002**
- 23) **Kopp/Schenke, Kommentar zum VwVfG, §24, Rn. 26**
- 24) **Marx, ZAR 2007, 51**
- 25) **VG Hannover, Asylmagazin 12/2005, S.19; OVG Berlin, Asylmagazin 7/2006, S.33; VG Berlin, Asylmagazin 7/2006, S. 33**
- 26) **VG Osnabrück, Urteil vom 19.9.2005, 5 A 736/04**