

RECHTSANWÄLTE

WÄCHTLER  
UND KOLLEGEN

HARTMUT WÄCHTLER . ANNEMARIE GAUGEL . THOMAS HESSEL . HUBERT HEINHOLD  
DIRK ASCHE . KATHARINA CAMERER . ANNA FRÖLICH . MATHES BREUER . SHERLY HUTH

---

RAe Wächtler u. Koll., Rottmannstr. 11 a, 80333 München

Rottmannstraße 11 a  
80333 München  
Telefon (089) 542 75 00  
Telefax (089) 54 27 50 11  
heinhold@waechtler-kollegen.de

München, den 28.03.2019

**Unser Aktenzeichen:**  
Bitte stets angeben!  
-e

## Hinweise, Anmerkungen und Kommentare zu

IMS vom 4.3.2019: „Beschäftigung und Berufsausbildung von Asylbewerbern und Geduldeten « und »Erteilung einer Ermessensduldung im Vorfeld der künftigen Beschäftigungsduldung«

## Zweite Fassung

### Vorbemerkung:

Das erste IMS enthält Weisungen zur Erteilung einer Beschäftigungs- und Ausbildungs-Duldung und ersetzt das bisherige vom 1.9.2016. Einleitend heißt es, es solle die Absprachen im Koalitionsvertrag zwischen CSU und Freien Wählern, die sogenannte 3 + 2 Regelungen offensiver anzuwenden, umsetzen. In der Tat enthält das IMS einige Verbesserungen – wenn auch nicht von großen Umfang.

Die zweite Weisung trifft im Vorgriff auf die im Koalitionsvertrag der Bundesregierung vorgesehene neue Regelung der »Beschäftigungsverordnung« vorläufige Regelungen.

### Rechtsanwälte Wächtler und Kollegen

RAin Gaugel:  
Fachanwältin für Familienrecht

RA Wächtler:  
Fachanwalt für Strafrecht

Stadtsparkasse München  
Konto-Nr. 901 139 816, BLZ 701 500 00  
IBAN DE73 7015 0000 0901 1398 16  
BIC SSKMDEMM  
UST-ID: DE 130751887

Postbank München  
Konto-Nr. 288 647 805, BLZ 700 100 80  
IBAN DE13 7001 0080 0288 6478 05  
BIC PBNKDEFF

Beide Anordnungen sind sehr detailliert und ausgefeilt, so dass eine Erläuterung nicht durchgängig erforderlich erscheint. Dennoch wird die verästelte juristische Materie vielen Rechtsanwendern Schwierigkeiten machen. Die nachstehenden Ausführungen wollen Erste Hilfe leisten und auf neue Vorgaben und relevante Änderungen hinweisen.

## A) IMS zur Beschäftigung und Berufsausbildung

Seite 6; 2.1 unten

Das IMS führt (siebte Zeile von unten) aus, alle Anker- Einrichtungen und ihre Unterkunftsdependancen seien Aufnahmeeinrichtungen im vorgenannten Sinn. Da § 61 Abs. 2 S.1 AufenthG nachrangig sei gegenüber Abs.1, folge „aus dem vorstehend Ausgeführten, dass einem Asylbewerber die Beschäftigung auch über die drei Monate hinaus frühestens dann erlaubt werden darf, wenn seine Verpflichtung, in einer Aufnahmeeinrichtung (ANKER-Einrichtungen und ihre Unterkunftsdependancen) zu wohnen beendet ist“

Diese Passage ist missverständlich bzw. falsch, wenn man sie dahingehend versteht, dass alle Asylbewerber die in einer Anker-Einrichtung leben, einem absolutem Erwerbstätigkeitsverbot unterfallen.

Es gibt (derzeit) keine gesetzliche Bestimmung, die den Aufenthalt im Anker-Center regelt. Das Asylgesetz kennt lediglich die Begriffe der Aufnahmeeinrichtung und der Gemeinschaftsunterkunft (bzw. der dezentralen Unterbringung). Nach herrschender Meinung ist das Anker-Konzept in diese gesetzliche Regelung einzufügen, was dadurch geschieht, dass es in den Aufnahmeeinrichtungen realisiert wird. § 47 Abs.1b AsylG erlaubt den Ländern zu regeln, dass Ausländer bis zur Entscheidung über den Asylantrag und im Falle der Ablehnung als offensichtlich unbegründet oder als unzulässig bis zur Ausreise oder Abschiebung, längstens jedoch für 24 Monate in einer Aufnahmeeinrichtung leben müssen. Hiervon hat Bayern Gebrauch gemacht. Damit ist der Verbleib in den Aufnahmeeinrichtungen unter Umständen erheblich länger, womit das Vorhaben der Großen Koalition, die Asylsuchenden, deren Anträge kaum Chancen besitzen, gar nicht erst zu verteilen, sondern aus den Aufnahmeeinrichtungen – jetzt Anker genannt – heim zu führen, umgesetzt werden kann.

In den Ankereinrichtungen und ihren Dependancen in Bayern jedoch sind nicht nur Aufnahmeeinrichtungen untergebracht, sondern auch Gemeinschaftsunterkünfte, gelegentlich sogar im selben Gebäude. Auch wenn diese Vorgehensweise rechtlich fragwürdig ist, wird zwischen Aufnahmeeinrichtung und Gemeinschaftsunterkunft unterschieden. **Damit ist bei der derzeitigen Gesetzeslage die Aussage, dass die Flüchtlinge, die innerhalb eines Ankerzentrums in einer Gemeinschaftsunterkunft (und nicht mehr einer Aufnahmeeinrichtung) leben, einem absoluten Beschäftigungsverbot unterfallen, falsch. Diesen kann vielmehr nach Ermessen eine Beschäftigung erlaubt werden**

Die oben erwähnte Passage des IMS kann in diesem Sinne verstanden werden (leider aber auch anders), mit dem Ergebnis, dass nur die Personen, die noch *gesetzlich verpflichtet* sind, in einer Erstaufnahmeeinrichtung zu leben, dem generellen Beschäftigungsverbot unterfallen.

Das wären dann

- Asylbewerber in den ersten drei Monaten und darüber hinaus solange keine BAMF-Entscheidung vorliegt bis zu 24 Monaten (in Bayern)
- Flüchtlinge aus sicheren Herkunftsstaaten, die nach dem 31.8.2015 einen Asylantrag gestellt haben,
- Asylbewerber, deren Asylantrag als *offensichtlich unbegründet* oder *unzulässig* abgelehnt wurde für den Zeitraum von 24 Monaten (in Bayern), sofern nicht das Gericht einem hiergegen eingereichten Eilantrag stattgegeben hat.

**Nicht dem generellen Beschäftigungsverbot unterfallen** demgemäß die Personen (auch wenn sie noch im Ankerzentrum leben),  
 -**deren Asylantrag vom BAMF als einfach unbegründet abgelehnt** wurde  
 -die durch Eheschließung nach der Asylantragstellung einen Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis erhalten haben  
 -alle anderen, die nicht aus sicheren Herkunftsstaaten stammen **nach 24 Monaten** (in Bayern)  
 -und selbstverständlich auch die sog. Fehlbeleger, also die Personen, die einen Schutzanspruch zuerkannt erhielten (und idR eine Aufenthaltserlaubnis oder zumindest eine Fiktionsbescheinigung besitzen).

Man kann die Passage aber auch so verstehen, dass alle Geflüchteten die in einer Ankereinrichtung leben, einem generellen Beschäftigungsverbot unterfallen-, da sie ja, weil Sie nicht außerhalb verteilt wurden, aktuell noch verpflichtet sind, am früher zugewiesenen Ort zu wohnen. Eine solche Interpretation halte ich für falsch; sie **widerspricht der bundesgesetzlichen Regelung in §§ 53 Abs.1 iVm 47, 48 AsylG**. Diese differenziert zwischen einer Aufnahmeeinrichtung und einer Gemeinschaftsunterkunft; die **Verpflichtung in einer Aufnahmeeinrichtung zu wohnen endet kraft Gesetzes und bedarf keines Verwaltungsaktes**.

**Wird das IMS vom zuständigen Ausländeramt so interpretiert, sollte dies nicht akzeptiert werden, sondern gerichtliche Hilfe gesucht werden.**

*Seite 7 ; 2.2.1*

Das IMS klärt die bislang strittige Frage, ob es beim Stichtag ((31. 8. 2015) auf das Asylgesuch oder den Asylantrag ankommt: maßgeblich ist der förmliche Asylantrag.

*Seite 9; 2.2.2.1. a)*

Das IMS stellt klar, dass einem Asylbewerber eine Kontaktaufnahme mit Behörden des Herkunftsaktes grundsätzlich nicht zumutbar ist, solange das Verfahren nicht unanfechtbar bzw. vollziehbar abgeschlossen ist - auch nicht zur Identitätsklärung oder Passbeschaffung. **Die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis darf davon nicht abhängig gemacht werden.** Andererseits will das Ministerium hiervon Ausnahmen nach dem jeweiligen Einzelfall zulassen. Ich halte letzteres für fragwürdig - jedenfalls obliegt den Behörden in diesem Falle die Beweislast für die Zumutbarkeit und Gefahrlosigkeit.

*Seite 11; zweiter Punkt*

Dass eine beabsichtigte Aufnahme einer Ausbildung zum Pflegefachhelfer bei der Ermessensabwägung positiv zu berücksichtigen ist, ist zu begrüßen.

*Seite 12 ; sechster Punkt*

Ist die Identität (noch) nicht geklärt soll ein "Zug-um-Zug-Vorgehen« angeboten werden: dem Betroffenen soll für den Fall der Klärung eine Beschäftigungserlaubnis in Aussicht gestellt oder zugesichert werden.

*Seite 13 ; 2.2.2.2*

Bei Verlängerung einer bereits erteilten Beschäftigungserlaubnis genießt der Betreffende Vertrauensschutz. Die Erlaubnis ist zu verlängern, sofern keine zusätzlichen negativen Ermessensaspekte hinzugetreten sind bzw. sofern sie durch neue positive Aspekte aufgewogen werden.

*Seite 15 Mitte*

Es wird klargestellt, dass das Erwerbsverbot der fehlenden Mitwirkung nur an ein gegenwärtiges (nicht vergangenes) Verhalten anknüpft und dies zudem (allein) kausal dafür sein muss, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können.

Seite 17 oben

Die Ausführungen, dass eine Beschäftigungserlaubnis nicht erteilt werden dürfe, wenn die Frist zur freiwilligen Ausreise noch nicht abgelaufen ist und dies auch gelte, wenn dem Betr. bereits als Asylbewerber eine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden war, sind missverständlich. Zudem sind sie lebensfremd und praxisuntauglich.

Das IMS zeigt auf Seite 20 (Satz zwei) und Seite 32 (zweiter Absatz) selbst eine praxistaugliche Lösung auf:

*»Soll eine qualifizierte Berufsausbildung oder anschlussfähige Ausbildung zu einem Pflegefachhelfer fortgesetzt werden, für die während der Zeit der Aufenthaltsgestattung... eine Beschäftigungserlaubnis erteilt worden war, soll von der sofortigen Einleitung konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung... abgesehen werden. Im Regelfall besteht dann bei einer qualifizierten Berufsausbildung ein Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach Paragraph 60 a Abs. 2 Satz 4 AufenthG samt Beschäftigungserlaubnis für die Dauer der ununterbrochen fortgesetzten Ausbildung« (S.32).*

Mit dem letzten Satz wird zugleich die bislang strittige Frage geklärt, ob eine Ausbildung, die während des Asylverfahrens begonnen wurde, dann nach § 60 a Abs. 2 Satz 3 AufenthG oder Satz 4 fortgesetzt wurde, was unterschiedliche Folgen hat. Bei Satz 4 besteht im Erfolgsfall ein Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis, bei Satz 3 nur auf Ermessensausübung. Das IMS geht jetzt richtigerweise davon aus, dass auch dann eine Ausbildungsduldung gem. S.4 zu erteilen ist.

Seite 21-25;

Wie schon im Vorgänger - IMS werden Personen im Dublin-Verfahren, Ausländer die den Asylantrag zurückgenommen haben oder ohne Stellung eines Asylantrages eingereist sind und sogenannte Overstayer von der Anwendung der Beschäftigungsduldung ausgenommen. Die jetzigen Formulierungen lassen jedoch mehr Spielraum; während früher die Beschäftigungsduldung nach Rücknahme „grundsätzlich zu versagen“ war, ist jetzt eine Einzelfall - Prüfung verlangt, ob ein Missbrauchsfall vorliegt. Positiv ist auch, dass eine Missbrauchs - Fallkonstellation verneint wird, wenn die Rücknahme bei unbegleiteten minderjährigen im Interesse des Kindeswohls erfolgte (Seite 23).

Seite 29; 3.5.1.2.4 *Kein Bevorstehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung*

Die weite Auslegung dieses Ausschlussstatbestands hatte die Erteilung einer Beschäftigungs- und Ausbildungsduldung in Bayern erheblich erschwert und wurde zu Recht heftig kritisiert. Nunmehr wird eine sachnähere Auslegung, die den Regelungen in anderen Bundesländern entspricht, vorgegeben. Verlangt wird ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang zur Aufenthaltsbeendigung. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Seite 29-32 verwiesen.

Strittig wird bleiben, wann eine nur »vorübergehende Reiseunfähigkeit« und wann eine »längerfristige« vorliegt. Es empfiehlt sich, hieran schon bei der Beschaffung des fachärztlichen Attestes zu denken.

Zu begrüßen ist die Klarstellung, dass eine im Zeitpunkt der Antragstellung ergangene »bloße Aufforderung zur Pass- oder Passersatzbeschaffung keine... konkrete Vorbereitungsmaßnahme« darstellt (Seite 30). Manche Ausländerbehörden hatten eben auf diese Weise eine Beschäftigungsaufnahme verhindert.

Praxisnah ist auch die Regelung (Seite 31) dass bei mehr als einjährigen vergeblichen Bemühungen zur Aufenthalts Beendigung (ohne dass ein Verschulden des Ausländers aktenkundig ist) es einer besonderen aktenkundigen Prüfung durch die Ausländerbehörde bedarf, ob aufenthaltsbeendende Maßnahmen fortgesetzt werden sollen.

Seite 35; 3.5.5

Zu begrüßen ist die Klarstellung, dass die Erteilung einer Ausbildungsduldung ausländerrechtlich keinen Nachweis eines bestimmten Sprachniveaus voraussetzt,

sondern dass die Relevanz dieses Umstandes »nur der Arbeitgeber bzw. der Ausbildungsbetrieb beurteilen« kann

*Seite 41 zweiter Absatz*

Das IMS gibt vor, dass bei Ausübung des Ermessens gemäß §18 a Abs. 1 AufenthG im Regelfall eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll. Zu begrüßen ist auch, dass sie in der Regel für zwei Jahre zu erteilen ist.

## B) IMS zur Erteilung einer Ermessensduldung im Vorfeld der künftigen Beschäftigungsduldung.

Schade um das viele Papier und die viele Arbeit die darin steckt. Die Vorgaben sind so eng, dass sie nur ein paar wenige Menschen begünstigen werden. Diese hätte man einfacher mündlich informieren können. Vielleicht liegt der Zweck aber auch darin zu signalisieren, dass man sich von dem Gesetz nichts erwarten soll.

Hubert Heinhold

Rechtsanwalt