

## Geduldet in Deutschland – Teil 2: Arbeits- und sozialrechtliche Auswirkungen und Rechtsschutz

Prof. Dr. Holger Hoffmann, Bielefeld\*

### VI. Arbeitsmarktzugang für Geduldete

Grundsätzlich setzt der Zugang zum deutschen Arbeitsmarkt einen Aufenthaltstitel voraus (§ 4 Abs. 3 AufenthG). Die Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV) enthält in §§ 10 und 11 jedoch auch Regelungen für den Zugang geduldeter Ausländer zum Arbeitsmarkt:

Gemäß § 10 BeschVerfV besteht für Geduldete während des ersten Jahres ihres Aufenthaltes ein Arbeitsverbot. Wenn jedoch vor Erteilung der Duldung ein Asylverfahren durchgeführt wurde und zu jener Zeit bereits im ersten Jahr nach Antragstellung ein Arbeitsverbot bestand, führt die Erteilung der Duldung nicht zu einem erneuten Arbeitsverbot.<sup>1</sup>

Gemäß § 11 BeschVerfV besteht ein unbefristetes Arbeitsverbot für Geduldete, wenn sie eingereist sind, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erhalten. In dieser Konstellation muss ein »finaler Zusammenhang« zwischen Einreiseentschluss und der Inanspruchnahme von Sozialleistungen in Deutschland bestehen, nur dann ist die »Um-zu-Regelung« anzuwenden. Wenn andere Motive, als Sozialleistungen zu erhalten, für eine Einreise nach Deutschland ausschlaggebend waren, muss zur Anwendung der »Um-zu-Regelung« nachgewiesen werden, dass der Entschluss, nach Deutschland zu kommen, davon geprägt wurde, dort soziale Leistungen zu beziehen.<sup>2</sup>

*Beispiele:* Reist eine Frau im Rentenalter nach Deutschland, um dort bei ihrer Familie zu leben, weil sie in ihrem Heimatland keine Familienangehörigen mehr hat, ist dieser Wunsch das prägende Motiv für die Einreise und nicht der Umstand, dass sie dadurch u. U. auch einen Anspruch auf Sozialleistungen in Deutschland erhält.

Reist dagegen eine Mutter im erwerbsfähigen Alter, aber ohne Schul- und Berufsausbildung, mit zwei Kleinkindern nach Deutschland ein, weil sie in ihrem Herkunftsland keine Möglichkeit sieht, für sich und ihre Kinder den Lebensunterhalt sicherzustellen, kann als prägendes Motiv der Bezug von Sozialleistungen in Deutschland angenommen werden, sofern sich keine realisierbare Möglichkeit zur Erwerbstätigkeit in Deutschland für sie ergibt.<sup>3</sup>

Dasselbe gilt gem. § 11 S. 2 BeschVerfV, wenn den Ausländer/die Ausländerin ein Verschulden daran trifft, dass er/sie nicht abgeschoben werden kann. Verschulden wird insbesondere angenommen bei einer Täuschung über Identität oder Staatsangehörigkeit oder anderen falschen Angaben, die eine Abschiebung erschweren oder unmöglich machen. Entscheidend ist hier der Nachweis, dass ein Kausalzusammenhang zwischen der Unmöglichkeit einer Abschiebung und der vorher vom Ausländer gezeigten Handlungsweise besteht. Mangelnde Mitwirkung bei der Beschaffung des Passes kann ebenfalls ein Grund sein, um die Duldung zu versagen.<sup>4</sup>

Liegen die Voraussetzungen des § 11 BeschVerfV nicht vor, kann geduldeten Ausländern nach Ablauf eines Jahres eine Beschäftigung erlaubt werden, sofern die Agentur für Arbeit nach Prüfung von Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes und der Arbeitsbedingungen die Zustimmung erteilt (§§ 18 und 39 AufenthG).

Die Voraussetzungen nach § 11 BeschVerfV werden von der Ausländerbehörde (ABH) geprüft, ohne dass zugleich die Arbeitsagentur eingeschaltet wird. Für die Praxis ist wichtig, dass eine behördliche Ablehnung nicht selten nur mündlich erfolgt. Es besteht aber ein Anspruch auf eine schriftlich begründete Entscheidung. Ist diese negativ, kann einstweiliger Rechtsschutz (§ 123 VwGO) beim Verwaltungsgericht beantragt werden.<sup>5</sup> Während eines gerichtlichen Eilverfahrens über die Aussetzung der Abschiebung ist zumindest bis zur Eilentscheidung des Gerichts eine Verfahrensduldung zu erteilen. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verbietet, durch Schaffung vollendeter Tatsachen den Rechtsweg zu vereiteln.<sup>6</sup>

Ein Eilantrag scheidet häufig am fehlenden Rechtsschutzbedürfnis, wenn die Behörde zwar die Erteilung einer Duldung oder deren Verlängerung ablehnt, jedoch keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ergreifen kann oder will, weil dies nicht möglich ist (z. B. wegen Passlosigkeit oder fehlender Ausreisewege).<sup>7</sup> Jedoch kann sich für ein Eilverfahren zur Duldungserteilung ein Rechtsschutzbedürfnis ergeben, wenn z. B. Arbeitsplatzverlust droht oder eine Rechtsschutzmöglichkeit sonst fehlt, weil z. B. der Pass von der ausländischen Botschaft unmittelbar an die ABH gesandt wird und sich damit die Möglichkeit einer Abschiebung ergibt oder andere, nicht wieder gutzumachende Schäden drohen.<sup>8</sup> Es muss dann allerdings im Einzelfall dargelegt werden, aus welchen Gründen die Durchführung einer Abschiebung zu einem nicht wiedergutzumachenden Schaden für den Betroffenen führen wird.

Ein weiteres Praxisproblem stellt sich, wenn die ABH der Auffassung ist, dass selbst dann, wenn die Agentur für Arbeit gegen die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis keine Einwände hat, die ABH im Rahmen ihrer Ermessensausübung sonstige Gesichtspunkte berücksichtigen dürfe – z. B. fehlende Ausreisebereitschaft –, die nicht vom Arbeits-

\* Holger Hoffmann ist Professor für Staats- und Verwaltungsrecht und Verwaltungslehre an der FH Bielefeld. Im ASYLMAGAZIN 11/2010 ist Teil 1 zu den aufenthaltsrechtlichen Auswirkungen der Duldung erschienen.

<sup>1</sup> Durchführungsanweisung der Bundesagentur für Arbeit zur Beschäftigungsverfahrensverordnung, Ziff. 3.10.113.

<sup>2</sup> BVerwG vom 4.6.1992, NVwZ 1993, 484.

<sup>3</sup> Beispiele nach Frings, Sozialrecht für Zuwanderer, Rn. 653.

<sup>4</sup> OVG NRW, B. v. 18.1.2006 – 18 B 1772/05 – InfAuslR 2006, 222ff., ASYLMAGAZIN 4/2006, S. 34, OVG Niedersachsen, B. v. 24.8.2006 – 7 ME 36/06 – Juris (asyl.net, M8720) und Frings (Fn. 3), Fn. 776 m. w. N.

<sup>5</sup> OVG NRW, B. v. 22.4.2005 – 18 B 574/05 – Juris, ASYLMAGAZIN 12/2005, S. 27.

<sup>6</sup> Bruns, HK-AuslR, § 60 a, Rn. 23; Funke-Kaiser, GK-AufenthG, § 60 a, Rn. 208.

<sup>7</sup> HK-AuslR, Bruns, § 60 a, Rn. 44.

<sup>8</sup> Ebenda.

verbot des § 11 BeschVerfV erfasst werden.<sup>9</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass das Beschäftigungsverbot in § 11 BeschVerfV abschließend geregelt ist und nicht im Rahmen einer Ermessensausübung von der ABH erweitert werden darf.<sup>10</sup>

Ohne vorherige Prüfung des Arbeitsmarktes kann eine Beschäftigungserlaubnis während der ersten vier Jahre des geduldeten Aufenthaltes lediglich für zustimmungsfreie Tätigkeiten oder in Härtefällen erteilt werden.<sup>11</sup> Die Voraussetzungen für zustimmungsfreie Tätigkeiten ohne Arbeitsmarktprüfung liegen jedoch in der Regel bei Geduldeten nicht vor (es müsste sich um Fachkräfte gemäß § 31 Nr. 1 BeschV handeln oder Fachkräfte eines international tätigen Unternehmens oder Konzerns (§ 31 Nr. 2 BeschV) oder Gastarbeitnehmer (§ 40 BeschV)).

Härtefälle i. S. d. § 7 BeschVerfV sind solche, in denen persönliche Umstände vorliegen, die in deutlichem Unterschied zu der Situation stehen, in der sich alle Ausländer befinden, die für eine Arbeitstätigkeit in Deutschland eine Erlaubnis benötigen. Der Unterschied muss von solchem Gewicht sein, dass er den Vorrang deutscher und ihnen gleichgestellter ausländischer Arbeitnehmer zurücktreten lässt. Zu beachten sind dabei insbesondere Grundrechte und die in diesen zum Ausdruck kommende Werteordnung.<sup>12</sup>

*Beispiel:* Eine solche Härte wurde angenommen bei Alleinerziehenden mit Kindern, wenn keine andere Möglichkeit der Existenzsicherung besteht und die Familie nur in Deutschland zusammen leben kann,<sup>13</sup> oder bei Menschen mit Behinderungen.<sup>14</sup>

Hält sich ein Ausländer/eine Ausländerin länger als vier Jahre geduldet in Deutschland auf, kann gemäß § 10 BeschVerfV eine Arbeitserlaubnis ohne vorherige Arbeitsmarktprüfung, ohne Prüfung der Arbeitsbedingungen und ohne Beschränkung auf einen bestimmten Arbeitsplatz erteilt werden. Damit können geduldete Ausländer nach vier Jahren Aufenthalt eine Beschäftigungserlaubnis bei der ABH beantragen, auch wenn sie noch nicht über ein Stellenangebot verfügen und sich dann leichter auf verfügbare Arbeitsangebote bewerben.

Seit Änderung der BeschVerfV Ende 2008 wird eine Beschäftigungserlaubnis schon vor Ablauf der Vierjahresfrist für eine Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf ohne Vorrangprüfung erteilt. Auf diese Weise soll die Qualifizierung von geduldeten Ausländern gefördert werden. Nach Abschluss ihrer Ausbildung wird ihnen ermöglicht, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 18 a Aufenthaltsgesetz zu beantragen, sofern ein Arbeitsplatz nachgewiesen werden kann.

Geduldeten Ausländer ohne Beschäftigungserlaubnis (insbesondere während des ersten Jahres mit geduldetem Aufenthalt) haben nur die Möglichkeit, im Rahmen von Arbeitsgelegenheiten gemäß § 5 AsylbLG tätig zu werden. Zu derartiger Arbeit können sie auch jederzeit verpflichtet werden. In der Verwaltungspraxis werden solche Arbeiten Geduldeten jedoch von der Verwaltung nur selten angeboten.

## VII. Soziale Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts und andere Sozialleistungen

Geduldeten Ausländer, die in der Regel mittellos sind, haben ausschließlich Ansprüche auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gemäß Asylbewerberleistungsgesetz (§ 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG). Von Leistungen nach SGB II (»Hartz IV«) sind sie durch § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB II ausgeschlossen. Reguläre Sozialhilfeleistungen werden ausgeschlossen gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 SGB XII. Erst nachdem ein Leistungsbezug gemäß Asylbewerberleistungsgesetz länger als vier Jahre andauert hat, sind Regelleistungen nach SGB XII zu gewähren.<sup>15</sup>

Wenn eine Duldung nach Ende eines (erfolglosen) Asylverfahrens erteilt wird, endet damit die Zuweisung an eine Kommune im Rahmen des Asylverfahrens. Damit entfällt auch die Zuständigkeit des Leistungsträgers am Ort der bisherigen Zuweisung (§ 10 a Abs. 3 S. 3 AsylbLG). Zuständig für die Leistungsgewährung ist von da ab das Sozialamt am tatsächlichen Aufenthaltsort, sofern der Aufenthalt dort mit behördlicher Zustimmung genommen wurde.<sup>16</sup> Lässt sich nicht innerhalb von vier Wochen klären, ob eine Zuweisung oder ein gewöhnlicher Aufenthalt besteht, ist nach § 10 a Abs. 2 S. 3 AsylbLG in jedem Fall der Leistungsträger am Ort des tatsächlichen Aufenthalts zuständig. Dies gilt in Eilfällen auch vor Ablauf der Vierwochenfrist, z. B. wenn die Aufnahme in ein Krankenhaus oder ein Frauenhaus erforderlich ist, oder wenn aus sonstigen Gründen die sofortige Hilfe einsetzen muss.<sup>17</sup>

Hat der Leistungsbezug nach AsylbLG insgesamt vier Jahre andauert, werden die (Regel-) Leistungen gemäß § 2 AsylbLG entsprechend dem SGB XII erbracht, sofern die Dauer des Aufenthaltes nicht rechtsmissbräuchlich beeinflusst wurde.

## VIII. Leistungen bei Krankheit oder Behinderung

Ist eine geduldete ausländische Person als Arbeitnehmer tätig und zahlt Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung, besteht dementsprechend auch ein voller Leistungsanspruch unabhängig davon, ob ein gewöhnlicher Aufenthalt nach

<sup>9</sup> Frings (Fn. 3), Rn. 654 mit Verweis auf VG Karlsruhe, B. v. 2.8.2005 – 6 K 1458/05 – asyl.net, M7135; Funke-Kaiser, GK-AufenthG § 60 a, Rn. 50 sowie VGH Bad.-Württ., B. v. 12.10.2005 – 11 S 1011/05 – InfAuslR 2006, 131 ff., ASYLMAGAZIN 12/2005, S. 25.

<sup>10</sup> Feldgen, ZAR 2006, 183; Marx, Ausländer- und Asylrecht, § 3 Rn. 43, VG Braunschweig, B. v. 6.4.2005 – 6 B 113/05 – InfAuslR 2005, 264 ff., ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 35 ff., VG Hannover, B. v. 14.3.2005 – 2 B 1087/05 – InfAuslR 2005, 204, ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 44.

<sup>11</sup> Frings (Fn. 3), Rn. 654.

<sup>12</sup> BSG vom 8.6.1989 – Sozialrecht 4001, § 19 Rn. 22.

<sup>13</sup> BSG, Sozialrecht 4001, § 19 Rn. 9.

<sup>14</sup> BSG, Sozialrecht 4001, § 103 Nr. 22 – zitiert nach Frings (Fn. 3), Rn. 139.

<sup>15</sup> BSG, U. v. 17.6.2008 – B 8/9b AY-1/07 R – ASYLMAGAZIN 10/2008, S. 38.

<sup>16</sup> LSG NRW vom 12.1.2006 – SAR 2006, 56.

<sup>17</sup> Frings (Fn. 3), Rn. 659 a. E.

§ 30 Abs. 1 S. 1 SGB I vorliegt. Ebenfalls sind Familienangehörige mitversichert, sofern sie im Haushalt des Stammberechtigten leben, auch wenn sie selbst nur geduldet sind.<sup>18</sup>

*Leistungen zur Förderung der Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben* gemäß § 97ff. SGB III sind grundsätzlich ohne ausgrenzende Sonderregelungen für Ausländer gestaltet. Voraussetzung gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 SGB I ist jedoch, dass ein Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt in Deutschland besteht. Der Begriff »gewöhnlicher Aufenthalt« muss sich an der jeweiligen konkreten rechtlichen Bedeutung der anzuwendenden Norm orientieren. Das SGB III zielt damit auf Arbeitsförderung. Bei geduldeten Ausländern muss daher anhand der Umstände des Einzelfalls geprüft werden, ob ein Leistungsbezug möglich ist.

Ausgeschlossen bleiben jedoch aufgrund der Regelung in § 23 Abs. 2 SGB XII *Leistungen der Eingliederungshilfe* für Menschen mit Behinderungen und alle übrigen Leistungen nach SGB XII. Frings weist hier auf eine widersprüchliche Lage hin.<sup>19</sup> Ein geduldeter Ausländer mit Behinderung, der noch keine vier Jahre Leistungen nach AsylbLG bezogen hat, hat nach Beendigung der Schule einen Anspruch auf Leistungen im Eingangsverfahren und im Berufsbildungsbereich einer Werkstatt (für Behinderte), da diese Leistung durch die Arbeitsagentur erbracht wird (§ 102 Abs. 2 SGB III). Er darf jedoch anschließend die Werkstatt nicht weiter besuchen, weil es sich dabei um eine Eingliederungshilfe nach § 54 Abs. 1 SGB XII i. V. m. § 39 SGB IV handelt. Die Inanspruchnahme einer solchen Leistung ist jedoch gemäß § 23 SGB XII ausgeschlossen. Weitergeführt werden könnte der Besuch der Werkstatt nur dann, wenn er als »sonstige Leistung« nach § 6 AsylbLG angesehen würde – vielleicht kein häufiger Fall, aber einer, der beispielhaft zeigt, wie verwickelt das Sozialrecht sich für geduldete Ausländer in manchen Bereichen darstellt.

*Vergünstigungen für Schwerbehinderte* können nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auch geduldete Ausländer beanspruchen, sofern ihre Rückkehr in das Herkunftsland nicht absehbar ist.<sup>20</sup>

Geduldeten Ausländer haben ebenfalls *Ansprüche nach dem Opferentschädigungsgesetz* (OEG), sofern sie Opfer einer vorsätzlichen Straftat geworden sind. § 1 Abs. 5 S. 2 OEG bezeichnet ausdrücklich die Aussetzung einer Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen oder aufgrund erheblicher öffentlicher Interessen als rechtmäßigen Aufenthalt i. S. d. § 1 Abs. 5 OEG. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die staatliche Gemeinschaft für die gesundheitlichen Schäden des Opfers einer Gewalttat eintreten muss, weil der Staat es im Einzelfall nicht vermochte, den Betroffenen vor einem gewaltsamen Angriff zu bewahren.<sup>21</sup>

Geduldeten Ausländer haben *keinen Anspruch auf Familienleistungen* (z. B. Kindergeld, Elterngeld). Allerdings können unter Umständen türkische Staatsangehörige sowie Personen aus den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens oder aus den Staaten der sogenannten »Mittelmeerabkommen« nach zwischenstaatlichen Vereinbarungen Ansprüche

auf Leistungen haben, sofern sie den Status eines Arbeitnehmers besitzen. Der Bundesfinanzhof (BFH) hat mit Gerichtsbescheid vom 17. Juni 2010 – III-R- 42/09 – ASYLMA-GAZIN 2010, S. 318 f. eine grundlegende Frage hinsichtlich der Gewährung von Kindergeld geklärt. Er entschied, dass ein türkischer Staatsangehöriger, der während seines laufenden Asylverfahrens in einer Gemeinschaftsunterkunft lebte und Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhielt, nach einem zeitlich zusammenhängenden Aufenthalt von mehr als sechs Monaten Anspruch auf Kindergeld hat. Der Antrag auf Kindergeld war unter Berufung auf eine Geschäftsanweisung der Bundesagentur für Arbeit abgelehnt worden, weil der Kläger nicht über eine eigene Wohnung verfüge. Der BFH verpflichtete die Familienkasse, dem Kläger Kindergeld zu gewähren. Art. 2 Abs. 1 Buchst. d des am 11. Dezember 1995 u. a. von der Bundesrepublik Deutschland und der Türkei unterzeichneten »Vorläufigen Europäischen Abkommens über die Systeme der sozialen Sicherheit für den Fall des Alters, der Invalidität und zugunsten der Hinterbliebenen« gebiete eine Gleichstellung des Klägers mit Inländern. Der in der deutschen Fassung des Abkommens verwendete Begriff des »Wohnens« sei unter Berücksichtigung der verbindlichen englischen Sprachfassungen des Abkommens nicht dahin auszulegen, dass eine eigene Wohnung bewohnt werden müsse. Daher könne sich der Kläger auf § 62 Abs. 1 Nr. 1 EStG berufen. Zwar erging diese Entscheidung im Rahmen des Aufenthaltes während eines Asylverfahrens. Ihre Grundsätze können jedoch auch im Rahmen eines geduldeten Aufenthaltes Geltung beanspruchen, da der Anknüpfungspunkt ein »gewöhnlicher Aufenthalt« von mehr als sechs Monaten in Deutschland ist.

Von *Leistungen der Stiftung »Mutter und Kind – Schutz des ungeborenen Lebens«* dürfen geduldete Schwangere nicht ausgenommen werden. Die Bundesregierung hat dazu ausdrücklich mitgeteilt, dass nach § 2 Abs. 1 des Stiftungsgesetzes die Stiftung ergänzende Hilfen an werdende Mütter vergibt, die sich in einer Notlage befinden. Solche ergänzenden Hilfen gingen über die bestehenden Sozialgesetze hinaus. Es können daher zu allen gesetzlichen Sozialleistungen, d. h. auch zu denen des Asylbewerberleistungsgesetzes, ergänzende Hilfen der Stiftung gewährt werden.<sup>22</sup>

Ein Anspruch auf *Wohngeld* besteht grundsätzlich auch für geduldete Ausländer. Dabei hängt allerdings die Ausstellung eines Wohnberechtigungsscheins gemäß § 5 Wohnungsbindungsgesetz i. V. m. § 27 Abs. 2 S. 2 Wohnraumbildungsgesetz davon ab, dass der Antragsteller rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, »auf längere Dauer einen Wohnsitz im Mittelpunkt der Lebensbeziehung zu begründen und dabei einen selbstständigen Haushalt zu führen«. Legt man diese gesetzliche Vorgabe zugrunde, haben Geduldete nur dann einen Anspruch, wenn sie belegen können,

<sup>18</sup> BSG vom 30.4.1997 – 12 RK 29/96 – FEVS 1998, Heft 3.

<sup>19</sup> Frings (Fn. 3), Rn. 663.

<sup>20</sup> BSG, U. v. 1.9.1999 – B 9 SB 1/99 – InfAuslR 1999, 510.

<sup>21</sup> BT-Drs. 12/4889, S. 6; BSG, U. v. 18.6.1996 – 9 RVg 4/94 – Juris.

<sup>22</sup> BT-Drs. 14/3168 vom 6.4.2000.

dass ihr Aufenthalt in absehbarer Zeit nicht beendet werden kann, weil z. B. ein langfristiges Abschiebungshindernis vorliegt. Der Aufenthalt in Deutschland muss also zumindest »zukunfts offen« sein.<sup>23</sup>

Ansprüche auf *Leistungen der Jugendhilfe* für junge Menschen bestehen nach § 6 SGB VIII, sofern sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Davon wird ausgegangen, sofern eine Beendigung des Aufenthaltes während der Zeit der Gewährung einer Jugendhilfeleistung nicht abzusehen ist.<sup>24</sup> Dann bestehen unter anderem Ansprüche auf einen Kindergartenplatz und die erforderlichen Hilfen zur Erziehung. Unbegleitete Minderjährige sind im Übrigen nach der Einreise unverzüglich in Obhut zu nehmen (§ 42 Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII). In diesen Fällen ist die Bestellung eines Vormundes einzuleiten. Erfolgt eine Verteilung im Rahmen des Verfahrens gemäß § 15 a AufenthG in ein anderes Bundesland, muss ein Vormund am Ort des endgültigen Aufenthaltes bestellt werden. Dabei muss das Jugendamt stets prüfen, ob die Unterbringung geeignet ist und keine Gefahr für das Kindeswohl darstellt.<sup>25</sup>

Ansprüche auf Leistungen nach dem *BAföG oder einer Berufsausbildungsbeihilfe* bestehen seit dem 1.1.2009 für Geduldete, sofern der Aufenthalt bereits länger als vier Jahre dauert (§ 8 Abs. 2 a BAföG, § 63 Abs. 2 a SGB III).

## IX. Rechtsschutz

Die Duldung gilt in der verwaltungsrechtlichen Dogmatik als »begünstigender« Verwaltungsakt. Der wesentliche Gehalt besteht darin, dass die zuständige ABH verbindlich erklärt, dass sich der Ausländer/die Ausländerin für eine bestimmte Zeit auch ohne Aufenthaltstitel in Deutschland aufhalten darf. Soll daher erreicht werden, dass die ABH eine Duldung erteilt, ist eine Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 VwGO erforderlich. Der Antrag zielt dann darauf ab, die ABH zur Erteilung einer Duldung zu verpflichten.

Geht es darum, dass eine Duldung erteilt werden soll, die eine Ermessensentscheidung der ABH voraussetzt (§ 60 a Abs. 2 S. 3 AufenthG), kann die Klage nur darauf gerichtet werden, dass eine »Neubescheidung« nach der behördlichen Ablehnung verlangt wird. Da das Widerspruchsverfahren nach § 83 Abs. 2 AufenthG ausgeschlossen ist, kann unverzüglich nach der negativen behördlichen Entscheidung Klage erhoben werden.

*Vorläufiger Rechtsschutz:* Die Ablehnung einer ausländerrechtlichen Duldung, ein Widerruf oder eine Rücknahme sind Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung. Die Klage gegen eine solche Maßnahme hat gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 VWGO keine aufschiebende Wirkung. Vorläufiger gerichtlicher Rechtsschutz kann daher nur durch einen Antrag auf einstweilige Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 S. 1 VWGO erreicht werden. Dieser Antrag ist darauf zu richten, der ABH einstweilen die Durchführung einer Abschiebung zu untersagen.

Ein Anordnungsanspruch besteht, wenn eine aufgrund summarischer Prüfung vorzunehmende Beurteilung der

Erfolgsaussichten einer Hauptsacheklage ergibt, dass voraussichtlich ein Anspruch auf Duldung besteht.<sup>26</sup> Das ist z. B. der Fall, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Ein Anordnungsgrund (Eilbedürftigkeit der vorläufigen Regelung) und ein Anordnungsanspruch aus dem materiellen Recht müssen glaubhaft gemacht werden (§ 123 Abs. 3 VWGO, §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO).

## X. Abschließende Anmerkung

Der vorstehende Text verdeutlicht, dass insbesondere bei der nach Ermessensgesichtspunkten zu erteilenden Duldung gem. § 60 a Abs. 2 S. 3 viele Entscheidungen abhängen von der »üblichen Praxis« der jeweils zuständigen örtlichen ABH. Die Sicherheit, dass eine Duldung erteilt oder verlängert wird, kann in diesem Bereich nur selten vermittelt werden. Vorrangig ist im Übrigen immer zu prüfen, ob ein Aufenthaltstitel, z. B. gemäß § 25 Abs. 3, 4 oder 5 oder nach einer Altfallregelung erteilt werden kann.

Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes hielten sich am 31. Dezember 2009 87 225 Ausländer geduldet in Deutschland auf. Am 31. Dezember 2006 waren es noch ca. 180 000 gewesen. Der Rückgang ist im Wesentlichen auf die Einführung der (vorübergehenden) Aufenthaltserlaubnis entweder gemäß § 23 Abs. 1 oder §§ 104 a, 104 b AufenthG zurückzuführen, wonach bis dahin Geduldeten vorübergehend für zwei Jahre ein Aufenthaltstitel gewährt werden kann, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt werden. Da es nach den bisherigen Erfahrungen eine nicht unerhebliche Zahl von ihnen nicht schaffen wird, auf Dauer insbesondere den Lebensunterhalt unabhängig von Sozialhilfeleistungen zu sichern, ist absehbar, dass die Zahl geduldeter Ausländer nach Auslaufen der Regelung des § 104 a wieder deutlich ansteigen wird.

Der »Misserfolg« des Gesetzgebers, der bei Erlass des Aufenthaltsgesetzes zunächst konzeptionell beabsichtigt hatte, insbesondere »Kettenduldungen« über die Regelung § 25 Abs. 5 abzuschaffen, ist offensichtlich angesichts von fast 90 000 Menschen, die ganz überwiegend seit vielen Jahren geduldet in Deutschland leben. Reformbemühungen sollten daher an diesem Punkt ansetzen. Die Duldung ist letztlich aufenthaltsrechtlich eine Art »Notbehelf« – wenn auch bedauerlicherweise einer, auf dessen Grundlage immer noch eine beachtliche Zahl Menschen ausländischer Herkunft in Deutschland über viele Jahre leben müssen, weil ein gesicherter Aufenthaltstitel ihnen nicht zugänglich gemacht wird.

<sup>23</sup> OVG Hamburg, B. v. 26.4.2006 – 4 Bs 66/06 – Juris, ASYLMAGAZIN 9/2006, S. 29.

<sup>24</sup> Kunkel, ZAR 2006, S. 92, 93 f.

<sup>25</sup> Frings (Fn. 3), Rn. 668 m. w. N.

<sup>26</sup> Hailbronner, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., Rn. 643 m. w. N.