

### Bleiberecht bei Passlosigkeit oder Verletzung von Mitwirkungspflichten

RA Manuel Kabis, Dortmund<sup>1</sup>

#### 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<sup>2</sup> 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 auf den Ausschlussgrund der vorsätzlichen Hinauszögerung oder Behinderung der Abschiebung gerichtet werden, da die Ausländerbehörden offenkundig zuvorderst hier 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 Abs. 1 GG orientierten regelmäßigen Verwaltungspraxis.<sup>3</sup> 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.

##### 1. Ausweisungsgründe

Das Bleiberecht ist ausgeschlossen, wenn Ausweisungsgründe vorliegen. Dabei geht es in der Praxis meist um Fälle, in denen Straftaten vorliegen oder wo ein Pass fehlt.

Genannt werden zunächst Ausweisungsgründe, wie sie das Aufenthaltsgesetz in den §§ 53, 54, 55 Abs. 2 Nr. 1–5 und 8 vorsieht. Bei den meisten dieser Ausweisungsgründe handelt es sich um Straftaten.

Ein besonderes Problem im Rahmen der Bleiberechtsregelung stellt die Passlosigkeit dar. Der größte Teil der Geduldeten verfügt nicht über Papiere, die einerseits die Rückkehr ins Herkunftsland ermöglichen (darin liegt der Duldungsgrund) und andererseits zur Erfüllung der Passpflicht im Sinne der §§ 3, 5, 48 AufenthG notwendig sind. Der Aufenthalt im Bundesgebiet ohne Pass stellt grundsätzlich einen Straftatbestand nach § 95 Abs. 1 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 nicht nur ein geringfügiger Rechtsverstoß nach § 55 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG und damit Ausweisungsgrund.<sup>4</sup>

Die bestehende Passlosigkeit könnte 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 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG angesehen würde und damit Ausschlussgrund wäre, andererseits ein Pass nachträglich beschafft werden darf, wenn die übrigen Voraussetzungen der Regelung greifen.<sup>5</sup> Das Innenministerium NRW etwa weist darauf hin, dass das Vorliegen von Ausweisungsgründen nicht zwingend zur Versagung des Aufenthaltstitels führt, sondern eine wertende Einzel-

<sup>1</sup> Überarbeitete und leicht gekürzte Fassung eines Gutachtens vom März 2007, Originaltitel: Passlosigkeit und Verletzung von Mitwirkungspflichten als Ausschlussgrund für ein Bleiberecht nach dem IMK-Beschluss vom 17.11.2006.

<sup>2</sup> Beschluss der ständigen Konferenz der Innenminister von Bund und Ländern vom 17.11.2006, ASYLMAGAZIN 12/2006, S. 4.

<sup>3</sup> BVerwG, NVwZ 2001, 333.

<sup>4</sup> BVerwG, Urteil vom 18.11.2004 - 1 C 23.03 - InfAusIR 2005, 213 (12 S., M6765).

<sup>5</sup> Reinhard Marx: Anmerkungen zum Beschluss der Innenministerkonferenz.

fallbetrachtung erforderlich ist.<sup>6</sup> Damit ist der Weg eröffnet, den bisher passlosen Aufenthalt nicht mit dem Ausschluss vom Aufenthaltstitel zu sanktionieren.

## 2. Vorsätzliche Täuschung über aufenthaltsrelevante Umstände

### a) Falschangaben während des Asylverfahrens

Ausgeschlossen von der Bleiberechtsregelung ist u. a., wer die Ausländerbehörde vorsätzlich über aufenthaltsrelevante Umstände getäuscht hat. Das heißt zunächst, dass Adressat der Täuschung die Ausländerbehörde sein muss. Falschangaben im Asylverfahren gegenüber dem Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) zählen nicht hierzu. Die erste Aufenthaltsgestattung stellt das BAMF, nicht die Ausländerbehörde nach den protokollierten Angaben bei der Asylantragstellung aus (§ 63 Abs. 3 AsylVfG). Zu diesem Verfahrenszeitpunkt fehlt es an einer Täuschung der Ausländerbehörde. Inhaltlich falsche Angaben zu den Asylgründen wiederum, die zur Ablehnung des Asylgesuchs wegen fehlender Glaubhaftigkeit führen, sind nicht »aufenthaltsrelevant« im Sinne der Erlasse, weil die Verfolgungsgeschichte keinen Inlandsbezug hat.

Eine erstmalige Täuschung der Ausländerbehörde liegt in der Ausstellung der Folgebescheinigung »Aufenthaltsgestattung«, die in der Zuständigkeit der Ausländerbehörde liegt, sobald die Verpflichtung zum Aufenthalt in einer Aufnahmeeinrichtung endet. Fraglich ist aber, ob die Aufrechterhaltung oder Neuangabe falscher Personaldaten eine »aufenthaltsrelevante« Tatsache ist. Das ist zu verneinen, weil eine Ausreisepflicht, für deren Durchsetzung die Ausländerbehörde 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 Grundrechts angesehen wird.<sup>7</sup> Solange dieses Aufenthaltsrecht besteht, ist die Ausländerbehörde gehindert, gewissermaßen auf Vorrat bei der Auslandsvertretung des Herkunftslands Passersatzpapiere zu beantragen.<sup>8</sup>

Festzuhalten ist, dass die Täuschung zunächst des BAMF, sodann der Ausländerbehörde bei Ausstellung einer Aufenthaltsgestattung im Asylverfahren keine aufenthaltsrelevanten Tatsachen betreffen, weil sowohl das Recht der Ausländerbehörde 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 Falschbeur-

kundung. 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 Verfolgungsverjährungsfrist von fünf Jahren gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB. In Betracht kommende Straftaten nach dem Aufenthaltsgesetz sind mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht (§ 95 Abs. 1 AufenthG) und unterliegen damit einer dreijährigen Verjährung (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB). Eine Strafbarkeit wegen falscher Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels (Freiheitsstrafe bis drei Jahre) scheidet aus, weil die Aufenthaltsgestattung kein Aufenthaltstitel gemäß der Definition des § 4 Abs. 1 AufenthG ist.

Soweit keine Strafverfahren eingeleitet wurden, trat bei der Mehrzahl der von der Bleiberechtsregelung Betroffenen inzwischen Verjährung ein. Eine verjährte Straftat stellt aber keinen Ausweisungsgrund dar. 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.

### b) Falschangaben 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 (§ 60 a 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.

<sup>6</sup> Protokoll der Dienstbesprechung mit den Bezirksregierungen, IM NRW vom 30.1.2007.

<sup>7</sup> So schon BVerfG NJW 1978, 2446; BVerwG NJW 1981, 712; OVG NRW InfAuslR 1981, 46.

<sup>8</sup> Im Ergebnis ebenso: VGH Ba-Wü, InfAuslR 1999, 287; Marx, Kommentar zum AsylVfG, § 15, Rn. 24 ff.

### c) Mehrfache Staatsangehörigkeit

Problematisch sind Fälle bestehender mehrfacher Staatsangehörigkeit, von denen nur eine – diese aber wahrheitsgemäß – angegeben wurde. 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. Registrierungen fanden in der Türkei im Rahmen von Volkszählungen etwa in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts statt. 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 oder etwa im Libanon oder in Jordanien lebten und sie zusätzlich die Staatsbürgerschaft des Aufenthaltslands besaßen.<sup>9</sup>

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 Ausländerbehörde das Bewusstsein hatte, vollständige Angaben machen zu müssen.

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 auch nach dem Zerfall Jugoslawiens und der Sowjetunion, wo es zahlreiche Zweifelsfragen gibt. Aber auch in den genannten Beispielfällen von Libanesen mit zusätzlicher 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 Ausländerbehörde rechtliche Schlüsse auf die Staatsangehörigkeit ziehen. Angeben können Betroffene nur Tatsachen aus dem eigenen Wahrnehmungs- und Wissenskreis.

### 3. Ursächlichkeit der Falschangaben für die Unmöglichkeit der Abschiebung

Die Täuschung der Ausländerbehörde muss schließlich 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; Abschiebungsstopp).

### 4. 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 (insbesondere NRW) ist ein »gezieltes und nachhaltiges Unterlaufen« der Aufenthaltsbeendigung erforderlich.

### a) Verletzung von Mitwirkungspflichten: Differenzierung von Bleiberecht und § 25 Abs. 5 AufenthG

Vollziehbar ausreisepflichtige Ausländer sind zur Mitwirkung bei der Passbeschaffung zwecks Ausreise verpflichtet (§ 48 Abs. 3 AufenthG). Zur Erfüllung dieser Pflicht müssen sie von sich aus ohne besondere Aufforderung durch die Ausländerbehörde tätig werden.<sup>10</sup> Die Passlosigkeit ist selbst verschuldet, wenn gegen diese Mitwirkungspflicht verstoßen wird (einschränkend BayVGH: Ausländerbehörde muss jedenfalls »Anstöße« geben, wenn der Ausländer zwar etwas tut, aber nicht genug oder nicht das richtige<sup>11</sup>). Diese Entscheidungen ergingen zu § 25 Abs. 5 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.<sup>12</sup> Subjektiv vorwerfbar ist vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten. Beim Ausschluss der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG kann es daher bereits genügen, dass der Ausländer einfach abwartet, ob die Ausländerbehörde irgendwelche Anforderungen stellt hinsichtlich der Art der Erfüllung seiner Mitwirkungspflichten. Dem Ausländer muss nur be-

<sup>9</sup> Vgl. Rumpf, Einführung in das türkische Recht, S. 106.

<sup>10</sup> OVG NRW, Beschluss vom 18.11.2005 - 17 E 1127/04 - (3 S., M7603); VG Frankfurt/M., Urteil vom 29.9.2005 - 1 E 656/05 - (5 S., M7657).

<sup>11</sup> BayVGH, Beschluss vom 28.12.2005 - 24 C 05.2694 - (8 S., M7809).

<sup>12</sup> Palandt, Kommentar zum BGB, § 276 Rn. 5.

wusst sein, dass er Deutschland verlassen muss und dass er dafür selbst etwas tun muss. Das Verschulden muss sich bei § 25 Abs. 5 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 Folge des pflichtwidrigen Unterlassens beziehen.<sup>13</sup>

## b) Inhalt der Mitwirkungspflichten

Pflichtwidrig ist die unterlassene Mitwirkung, wenn die Erfüllung der Pflichten zumutbar war bzw. ist. So soll es nach der Rechtsprechung zumutbar sein, dass Frauen aus muslimischen Ländern sich mit Kopftuch für Passbilder fotografieren lassen und entsprechend gekleidet etwa bei der iranischen oder pakistanischen Botschaft vorsprechen.<sup>14</sup> Ebenso soll zumutbar sein, die Erklärung über die Freiwilligkeit des Rückkehrwunsches nach Iran zu unterschreiben (eine behördlich erzwungene Unwahrheit).<sup>15</sup> Die Beschaffung einer iranischen Geburtsurkunde soll durch Verwandte und Anwälte im Iran möglich sein.<sup>16</sup>

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 Abs. 5 AufenthG gleichzusetzen mit demjenigen der Bleiberechtsregelung (»Wir haben wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten bereits § 25 Abs. 5 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*.

## c) 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) deswegen 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 Be-

troffene muss also den tatbestandlichen Erfolg voraussehen und ihn billigend in Kauf nehmen. Der Ausländer muss zumindest davon ausgehen, dass er es selbst mit in der Hand hat, ob er abgeschoben wird. Dabei ist zu beachten, dass der Betroffene in der Regel nicht weiß, was die Ausländerbehörde selbst zur Durchsetzung der Ausreisepflicht tut (Welchen Einfluss hat die Ausländerbehörde auf die diplomatische Vertretung eines anderen Landes? Kann die Ausländerbehörde ein Passersatzpapier auch allein besorgen? Welche Papiere braucht man überhaupt für eine Abschiebung?). Geht der Ausländer irrig davon aus, er werde von der Ausländerbehörde 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 Abs. 1 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.

## d) Beweislast der Ausländerbehörde

Im Einzelfall wird es darauf ankommen, ob die Ausländerbehörde 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 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 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 für ihn günstigen Tatsachen beweispflichtig. Bei der Be- oder Verhinderung der Abschiebung handelt es sich um eine rechthindernde Tatsache. Die Beweislast dafür trägt grundsätzlich die Behörde.<sup>17</sup>

Das Verschulden in § 25 Abs. 5 AufenthG und die vorsätzliche Verhinderung der Abschiebung nach der Bleiberechtsregelung haben im Ergebnis eine unterschiedliche Rechtsqualität. Kann die Ausländerbehörde nicht dokumentieren, dass sie den Ausländer regelmäßig zur Mitwirkung bei der Passbeschaffung angehalten hat, kann sie zwar möglicherweise ein Verschulden i. S. d. § 25 Abs. 5 AufenthG darlegen, 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

<sup>13</sup> Marx, ZAR 2007, 50.

<sup>14</sup> GK AufenthG-Grünwald, § 48 Rn. 44 m. w. N.

<sup>15</sup> a. A.: OLG Nürnberg, Urteil vom 16.1.2007 - 2 St OLG Ss 242/06 - (20 S., M9527).

<sup>16</sup> Auskunft der deutschen Botschaft Teheran vom 22.1.2002.

<sup>17</sup> Kopp/Schenke, Kommentar zum VwVfG, § 24, Rn. 26.

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 Ausländerbehörde 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, Passersatzpapiere beantragt 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 Ausländerbehörde Tatsachen benennen, wonach der Ausländer seine Bemühungen nur zum Schein unternommen hat oder diese erkennbar untauglich waren oder behördliche Anforderungen nicht erfüllt wurden.

### e) 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 Reinhard 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.<sup>18</sup> 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 Abs. 7 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 NRW. Die Behandelbarkeit schwerer psychischer Erkrankungen im Ko-

sovo 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.

### f) 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.<sup>19</sup> Das ausländerrechtliche Problem besteht darin, den Beweis zu erbringen, 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 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 Ausländerbehörde an diese Wertung halten müssen, wenn sie keine aussagefähigen Hinweise auf anderslautende Tatsachen hat. Die verbreitete Praxis, Betroffene zu mehreren ausländischen Botschaften zu schicken, entbehrt jedenfalls einer Grundlage, wenn die Länderherkunftangaben des Asylbewerbers durch das BAMF nicht substantiiert angezweifelt wurden.<sup>20</sup> Es verstößt m. E.

<sup>18</sup> Marx, ZAR 2007, 51.

<sup>19</sup> VG Hannover, Urteil vom 23.8.2005 - 2 A 1478/03 - ASYLMAGAZIN 12/2005, S. 19; OVG Sachsen-Anhalt - 3 L 264/03 - (17 S., M8238); VG Berlin - VG 38 X 368.05 - (10 S., M8320).

<sup>20</sup> VG Osnabrück, Urteil vom 19.9.2005 - 5 A 736/04 - ASYLMAGAZIN 11/2005, S. 31.

gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht, den Betroffenen zum Verfahrensobjekt zu degradieren, indem er zu ausländischen diplomatischen Vertretungen geschickt wird, ohne dass die Ausländerbehörde konkrete Anhaltspunkte für die Unwahrheit der Angaben beim BAMF hat.

### g) 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 geklärter 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.

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 dem Asylbewerberleistungsgesetz beziehen, nicht aufbringen können. Hat die Ausländerbehörde die Erwerbstätigkeit bisher nach den §§ 10 oder 11 BeschVerfV verhindert, ist es ein Wertungswiderspruch, die Betroffenen über Jahre den eingeschränkten Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz auszusetzen und ihnen gleichzeitig vorzuwerfen, gegebenenfalls 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.

### h) Zusammenfassung

Für die Frage, inwieweit ein Hinauszögern von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen eine Aufenthaltserlaubnis nach dem IMK-Beschluss ausschließt, lässt sich Folgendes festhalten:

- Die »vorsätzliche Hinauszögerung oder Behinderung behördlicher Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung« ist nicht gleichzusetzen mit der Verletzung der Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung.
- Neben der objektiven 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 Abs. 5 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 Ausländerbehörde 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 – erst nach Erteilung der Aufenthaltserlaubnis möglich.
- Die Erfüllung der Passpflicht muss dem Ausländer möglich sein. Daran kann es mit Blick auf die Kosten fehlen, solange Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz bezogen werden.