

Thomas Hessel

Dirk Asche
Fachanwalt für Strafrecht

Katharina Camerer
Fachwältin für Migrationsrecht

Anna Frölich
Fachwältin für Migrationsrecht

Mathes Breuer
Fachanwalt für Strafrecht

Hartmut Wächler
Fachanwalt für Strafrecht
Mitgl. des Bay. Verfassungsgerichtshofs

Annemarie Gaugel
Fachwältin für Familienrecht

Hubert Heinhold

Sherly Huth
Fachwältin für Familien- und Erbrecht

Lorenz Haase

MÜNCHEN, 15.12.2022

AKTENZEICHEN: 190/22 AT01 at

Wächler & Kollegen
Rechtsanwälte
Rottmannstraße 11a
80333 München

Telefon: 089 - 542 75 00
Fax: 089 - 542 75 011

E-Mail: froelich@waechtler-kollegen.de

Das neuen Chancenaufenthaltsrecht (§ 104 c AufenthG-E)

1. Allgemeines

Erfreulicherweise hat sich die Bayerische Staatsregierung nun offiziell dazu bereit erklärt, in sämtlichen Fällen von ausländischen Mitbürger:innen, welche die Voraussetzungen des neuen Chancenaufenthaltsrecht gem. § 104 c AufenthG-E erfüllen zunächst eine 3-monatige Duldung zu erteilen (Innenministerielles Schreiben vom 05.12.2022, F4-IMS-F4-2081-3-88-197)

Dies bedeutet für alle Betroffenen, Ehrenamtlichen, Unterstützer etc. dringend darauf zu achten, dass sie bei Widerruf einer Duldung, „Erlöschen-Stempeln“ einer Duldung oder Erteilung einer Grenzübertrittsbescheinigung (GÜB) sofort reagieren sollen und eine **Duldung** mit Bezug auf das o.g. Bay. IMS vom 05.12.2022 (F4-IMS-F4-2081-3-88-197) **beantragen** sollen.

Die Erteilung eines Chancenaufenthaltsstittels (§ 104 c AufenthG-E) soll dann für die Betroffenen ab dem 01.01.2023 so schnell wie möglich beantragt werden. Der Antrag kann ganz formlos gestellt werden. Wichtig ist, dass der/die Betroffene diesen selbst unterzeichnet und man einen Nachweis für die Beantragung hat, zB Faxprotokoll, Beleg des Einschreibens zusammen mit einer Kopie des Originalschreibens, Mail-Sendenachweis (d.h. Lesebestätigung, wobei das unterschrieben Antragschreiben als Scan der Mail angehängt sein sollte).

Zu beachten ist zudem, dass es sich bei der Vorschrift um eine „**Soll**“ **Regelung** handelt. Dies bedeutet für die Ausländerbehörde, dass bei Vorliegen der u.g. Voraussetzungen (1.-4.) eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden muss. Das Ermessen ist hier idR auf Null reduziert. Lediglich bei atypischen Umständen kann die Aufenthaltserlaubnis trotz Vorliegens aller Tatbestandsvoraussetzungen versagt werden. Atypische Umstände sind solche, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen. Diese Beurteilung unterliegt aber keinem behördlichen Einschätzungsspielraum, sondern muss konkret begründet sein und ist gerichtlich voll überprüfbar.

2. Anwendungshinweise zu Absatz 1 des § 104c AufenthG-E

a.) Die Voraussetzungen für den neuen Chancenaufenthaltstitel sind wie folgt:

- 1. Geduldeter Ausländer***
- 2. am 01.10.2022 seit 5 Jahren ununterbrochen gestattet, geduldet oder mit Aufenthaltserlaubnis in Deutschland***
- 3. sich zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland bekennt***
- 4. keine Straftaten, aber unbeachtlich:***
 - Straftaten unter 50 Tagessätzen***
 - Straftaten unter 90 Tagessätzen (die Aufenthalts/Asylrecht betreffen)***
 - Alle Verurteilungen nach Jugendstrafrecht (Ausn.: Jugendstrafe)***
 - getilgte Straftaten (daher immer Tilgungsfrist berechnen)***

b.) Das Chancenaufenthaltsrecht nach § 104c AufenthG-E ist ausgeschlossen:

- Bei wiederholten vorsätzlichen falschen Angaben -> Abschiebung verhindert***
- Bei Täuschung über Identität oder Staatsangehörigkeit -> Abschiebung verhindert***

c.) Zeiten einer Duldung wegen ungeklärter Identität (§ 60 b AufenthG - Duldungen) müssen in Bezug auf die erforderlichen 5 Jahre berücksichtigt werden

Geduldet:

Ein Ausländer ist geduldet (gem. § 60 a AufenthG), wenn er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht abgeschoben werden kann. Duldungsgründe gibt es sehr viele.

Jedoch ist für den Chancenaufenthaltstitel insbesondere zu berücksichtigen, dass es nicht darauf ankommt, ob jemand eine Duldung, dh die Duldungsbescheinigung (§ 60a Abs. 4 AufenthG), physisch in den Händen hält. Es kommt nur darauf an, dass der

Antragsteller faktisch geduldet ist (mit oder ohne Papier). Die Duldungsbescheinigung, dh der Ausweis, hat lediglich deklaratorische Wirkung.

Wenn die Ausländerbehörde das Duldungspapier einzieht und vernichtet, hat dies keine Auswirkung auf den rechtlichen Status „Geduldeter“.

Allein durch die Abschiebung selbst oder deren unmittelbares Bevorstehen (konkrete Flugbuchung) kann die Duldung gem. § 60a Abs. 5 S. 1 AufenthG erlöschen.

Stellt der/die Betroffene einen Antrag auf Erteilung eines Chancenaufenthaltstitels, entsteht mit Antragstellung rechtlich ein Anspruch auf Erteilung einer Verfahrensduldung. Eine solche ist gem. § 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG zu erteilen, wenn zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG eine Aussetzung der Abschiebung notwendig ist, um die für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erforderlichen und tatsächlich gegebenen tatbestandlichen Voraussetzungen für die Dauer des Verfahrens aufrechtzuerhalten und so sicherzustellen, dass eine aufenthaltsrechtliche Regelung einem möglicherweise Begünstigten zugutekommen kann (BVerwG, Urteil vom 18. Dezember 2019 – 1 C 34/18 –, BVerwGE 167, 211-235, Rn. 30).

Im Übrigen ist es weder Sinn und Zweck des Gesetzes noch Wille des Gesetzgebers durch eine Duldungsentziehung dem betroffenen Personenkreis den Zugang zu diesem Gesetz zu verwehren. Die Behörde hätte es dann in ihrer Hand, ob eine Person die Erteilungsvoraussetzungen erfüllt oder nicht. Dies wäre im Ergebnis Willkür, damit rechtswidrig und gerade nicht gewollt.

Zu beachten ist zudem, dass auch während des Asylfolgeverfahrens die Abschiebung ausgesetzt werden und der/diejenige gem. § 60a AufenthG geduldet werden muss.

Am 01.10.2022 seit fünf Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet:

Der begünstigte Personenkreis beschränkt sich auf Ausländer, welche vor dem 01.10.2017 nach Deutschland eingereist sind.

Anrechenbar sind alle ununterbrochenen Voraufenthaltszeiten, in denen sich der Ausländer in asyl- oder aufenthaltsrechtlichen Verfahren, also geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet aufgehalten hat. Der Wortlaut lässt hier

keinen Ermessensspielraum offen. Bezüglich der Duldung wird auf obige Ausführungen verwiesen.

Zudem hält die Gesetzesbegründung ausdrücklich fest, dass **kurzfristige Unterbrechungen** des Aufenthalts im Bundesgebiet **von bis zu drei Monaten**, die keine Verlegung des Lebensmittelpunkts beinhalten, unschädlich sind.

Dies bedeutet u.a., dass Personen, welche z.B. nach Österreich gefahren sind und damit das kurzzeitige Erlöschen ihrer Duldung verursacht haben, weiterhin Anspruchsberechtigte sind und nicht von § 104c AufenthG-E werden dürfen.

Zudem sind in der Praxis auch Zeiten, in welchen die Ausländerbehörde Grenzübertrittsbescheinigungen ausgestellt hat oder die Duldung erloschen gestempelt hat oder gar kein Dokument ausgestellt hat, vollkommen unschädlich.

Die Zeiten einer Duldung wegen ungeklärter Identität (§ 60 b AufenthG - Duldungen) müssen in Bezug auf die erforderlichen 5 Jahre ebenfalls berücksichtigt werden.

Bekanntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der BRD:

Nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 muss sich der Ausländer zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland bekennen

Das Bekenntnis muss nicht positiv festgestellt werden. Der Antragsteller muss also keine Loyalitätserklärung abgeben oder seine Verfassungstreue anderweitig unter Beweis stellen. Nur wenn konkrete Anhaltspunkte, etwa die Mitgliedschaft in einer extremistischen Organisation, vorliegen, kann die Aufenthaltserlaubnis versagt werden. Dem Betroffenen muss dann aber die Gelegenheit geboten werden, Zweifel auszuräumen oder eine zwischenzeitliche Distanzierung von früheren Bestrebungen darzulegen. Der Gesetzeswortlaut stellt eindeutig nur auf die gegenwärtige Haltung ab („bekennt“).

Straftaten:

Ferner darf der Ausländer keine Straftaten mit einem Strafmaß von über 50 Tagessätzen begangen haben und deswegen verurteilt worden sein. Klarstellend bedeutet dies, dass ein Strafmaß von genau 50 Tagessätzen unerheblich ist, erst ab 51 Tagessätzen ist der Chancenaufenthaltstitel ausgeschlossen.

Hinsichtlich der ausländer- und asylrechtlichen Straftaten liegt das schädliche Strafmaß bei 91 Tagessätzen.

Weiter ist zu beachten, dass sämtliche Verurteilungen nach Jugendstrafrecht unbeachtlich sind, dh die Ausländerbehörde darf den Chancenaufenthaltstitel nicht versagen, wenn eine Tat nach Jugendstrafrecht behandelt wurde. Ausnahme hiervon ist lediglich eine ergangene Jugendstrafe.

Unbeachtlich sind auch sämtliche bereits getilgte Straftaten, d.h. bei in der Vergangenheit liegender Straftaten sollte immer auch die Tilgungsfrist berechnet werden.

Die Ausländerbehörde darf aufgrund der konkreten gesetzlichen Vorgabe aber nicht grundsätzlich sämtliche darunter liegende Straftaten (dh unter 50 TS/90 TS) über das Argument des allgemeinen Ausweisungsinteresses des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wieder im Rahmen der Prüfung in Erwägung ziehen. Ausschließlich bei atypischen Umständen, nur nach umfassender Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Einzelfalls in äußerst außergewöhnlichen Fallkonstellationen wäre dies zulässig, da ansonsten der Sinn und Zweck des Gesetzes und der gesetzgeberische Wille umgangen werden. Sie müssen jeweils insbesondere mit Blick auf Ziel und Zweck des Chancenaufenthaltsrechts konkret begründet werden.

Allgemeine Regelerteilungsvoraussetzungen gem. § 5 AufenthG:

Die bei jedem Aufenthaltstitel neben den speziellen Erteilungsvoraussetzungen zusätzlich zu prüfenden allgemeinen Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG sind beim Chancenaufenthaltsrecht weit überwiegend noch nicht zu erfüllen.

Das Chancen-Aufenthaltsrecht dient gerade dazu, die Erfüllung dieser Voraussetzungen während der 18-monatigen Gültigkeitsdauer nachzuholen, um eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25a Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 5 bzw. nach § 25b Abs. 1 i.V.m. Abs. 7 AufenthG zu erlangen, die eine Perspektive auf einen dauerhaft rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland ermöglicht.

Folglich:

Die Lebensunterhaltssicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG wird nicht vorausgesetzt, ebenso wenig die in § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG vorausgesetzte geklärte Identität des

Ausländers. Gleiches gilt für die Erfüllung der Passpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 3 AufenthG.

Ebenso wird auf die in § 5 Abs. 2 S. 1 AufenthG geregelte Voraussetzung der Einreise mit dem erforderlichen Visum verzichtet. Die in § 5 Abs. 2 S. 2 AufenthG geregelte Möglichkeit, hiervon absehen zu können, wird in den Fällen des § 104c AufenthG-E abstrakt-generell geregelt.

Vorsätzliche Falschangaben, Täuschung:

Nach Absatz 1 Satz 2 soll die Aufenthaltserlaubnis versagt werden, wenn der Ausländer wiederholt vorsätzlich falsche Angaben gemacht oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit getäuscht hat und seine Abschiebung dadurch verhindert.

Dies erfordert ein **aktives eigenverantwortliches Verhalten** des Ausländers, das **kausal** für die Verhinderung der **Aufenthaltsbeendigung** ist.

Bei mehreren Ursachen muss die Falschangabe beziehungsweise Täuschung wesentlich ursächlich gewesen sein. Falsche Angaben und Täuschung können die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nur dann hindern, wenn der aktuelle Aufenthalt nur wegen dieses eigenen pflichtwidrigen Verhaltens geduldet wird. Eine in der Vergangenheit einmal erschlichene Duldung ist also ebenso unschädlich wie eine früher erschlichene Aufenthaltserlaubnis. Liegen weitere Duldungsgründe vor, fehlt es an der explizit verlangten exklusiven Kausalität zwischen dem Verhalten des Betroffenen und der Aussetzung der Abschiebung.

Täuschungsverhalten allein der Eltern wird den Kindern nicht zugerechnet. Für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104c AufenthG-E findet § 60b Absatz 5 Satz 1 AufenthG keine Anwendung. Das bedeutet, dass Zeiten, in denen der Ausländer seiner besonderen Passbeschaffungspflicht in der zurückliegenden Zeit nicht nachgekommen ist, für die Titelerteilung nach § 104c AufenthG-E unschädlich sind, auch wenn es sich um Zeiten handelt, in denen der Ausländer im Besitz einer Duldung für Personen mit ungeklärter Identität nach § 60b AufenthG war.

Auch hier ist entscheidend, dass das Verhalten für das Bestehen eines Ausreisehindernisses aktuell (noch) kausal ist. Die Darlegungs- und Beweislast sowie eine Hinweis- und Anstoßpflicht liegt bei der Behörde. Ändern die Betroffenen ihr Verhalten vor der Entscheidung über den Antrag, entfällt der Ausschlussgrund.

Allein die unterlassene bzw. unzureichende Mitwirkung bei der Beseitigung des Ausreisehindernisses rechtfertigt die Versagung der Aufenthaltserlaubnis nicht (vgl. u.a. BVerwGE 146, S. 281 = ZAR 2013, S. 439 (ZAR Jahr 2013 440)). Die Ausländerbehörde darf sie auch nicht auf Rechtsfolgenseite berücksichtigen, da die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis der gesetzliche Regelfall („soll“) ist.

3. Anwendungshinweise zu Abs. 2 und 3 des § 104c AufenthG-E

Abs. 2 des § 104c AufenthG-E stellt sicher, dass auch der Ehegatte, der Lebenspartner (im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes) sowie die minderjährigen ledigen Kinder des Begünstigten nach Absatz 1 ein Chancen-Aufenthaltsrecht erhalten.

Die Familienmitglieder müssen alle Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllen mit Ausnahme des fünfjährigen Aufenthalts zum Stichtag des 01.10.2022.

Hiermit wird man dem grundrechtlich verankerten Schutz der Familie (Art. 6 GG) gerecht. Es soll verhindert werden, dass einzelne Familienmitglieder abgeschoben werden, obwohl einem Familienmitglied mit dem Chancen-Aufenthaltsrecht eine aufenthaltsrechtliche Perspektive in Deutschland eröffnet wurde.

Es soll damit ein rechtliches Auseinanderreißen der Familie verhindert und auch ein einheitlicher Rahmen für die notwendige Identitätsklärung aller in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienangehörigen während der 18-monatigen Geltungsdauer der Aufenthaltserlaubnis geschaffen werden.

Minderjährig eingereiste Kinder, welche inzwischen volljährig geworden sind und weiterhin in der häuslichen Gemeinschaft leben, haben ebenfalls einen Anspruch auf Erteilung des Chancenaufenthaltsstitels.

Absatz 3 des § 104c AufenthG ermöglicht auch Personen mit einem „offensichtlich unbegründet“ abgeschlossenen Asylverfahren einen Chancenaufenthaltsstitel zu erhalten. Die Titelerteilungssperre des § 10 Absatz 3 Satz 2 AufenthG, die viele Aufenthaltstitel für o.u. abgelehnte Asylbewerber sperrt, greift bei § 104c AufenthG-E gerade nicht.

Die Aufenthaltserlaubnis wird für die **Gültigkeitsdauer von 18 Monaten** erteilt. Sie gilt als Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen).

Die Aufenthaltserlaubnis nach § 104c AufenthG-E ist nicht anders verlängerbar, als dass aus dem Aufenthaltstitel nach § 104c AufenthG-E ein Wechsel in das Bleiberecht nach den §§ 25a oder 25b AufenthG erfolgt. Dieser Wechsel kann bei Erfüllung der Voraussetzungen auch vor dem Ablauf der Geltungsdauer der Aufenthaltserlaubnis nach § 104c AufenthG-E erfolgen.

Sofern die Voraussetzungen des § 25a oder des § 25b AufenthG und zugleich die Voraussetzungen der **Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels** erfüllt werden, kann für **eine logische Sekunde** der Aufenthaltstitel nach § 25a beziehungsweise § 25b AufenthG erteilt werden, **um dem Inhaber oder der Inhaberin sodann sogleich den anderen Aufenthaltstitel zu erteilen**. Rechtsgrundlage für dieses Vorgehen ist § 39 S. 1 Nr. 1 AufenthV.

Absatz 4 des § 104c AufenthG-E verpflichtet die Ausländerbehörden etwa durch ein verständliches Merkblatt, darauf hinzuweisen, dass ein weiterer erlaubter Aufenthalt von der Erfüllung bestimmter weiterer Voraussetzungen abhängen wird.

Es sind somit die Voraussetzungen des § 25b AufenthG oder, sofern wegen des Alters des Ausländers § 25a AufenthG einschlägig sein kann, des § 25a AufenthG zu erläutern.

Insbesondere soll auch hierzu die Ausländerbehörde konkrete Handlungspflichten, die in zumutbarer Weise zu erfüllen sind, bezeichnen.

Anna Frölich
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Migrationsrecht