

Passbeschaffung im Aufenthaltsrecht: Rechtliche Verpflichtungen und Grenzen der Zumutbarkeit

Gutachten von

Rechtsanwalt Dr. Matthias Lehnert

März 2024

Impressum:

Autor: Rechtsanwalt Dr. Matthias Lehnert

Veröffentlicht im März 2024

Dieses Gutachten zum Download:

www.proasyl/passgutachten

Herausgeber

PRO ASYL
DER EINZELFALL ZÄHLT.

**Förderverein PRO ASYL e.V. –
Arbeitsgemeinschaft für Flüchtlinge**

Moselstr. 4, 60329 Frankfurt am Main

Telefon: 069 / 24 23 14 0

Fax: 069 / 24 23 14 72

Email: proasyl@proasyl.de

www.proasyl.de

Zum Autor und dem Herausgeber

Dr. Matthias Lehnert ist seit zehn Jahren als Rechtsanwalt im Asyl- und Aufenthaltsrecht tätig. Er veröffentlicht Artikel in verschiedenen Fachzeitschriften und ist Mitautor von Kommentierungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und vom Aufenthalts- und Asylgesetz. Zudem bildet er als Dozent der Deutschen Anwaltsakademie Fachanwält*innen aus, arbeitet als Supervisor für die Asylverfahrensberatung der Diakonie und Caritas, ist Dozent für die Refugee Law Clinic Leipzig und ist als Kooperationsanwalt für das European Center for Constitutional and Human Rights (ECCHR) und die Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) tätig.

PRO ASYL ist die unabhängige Stimme für die Menschenrechte und den Schutz von Flüchtlingen deutschlandweit und in Europa. Der Verein realisiert Hilfsmaßnahmen für Flüchtlinge, Einzelfall- und Rechtshilfe sowie Projekte, Dokumentationen und Recherchen. Er organisiert politische Kampagnen, leistet Informations- und Öffentlichkeitsarbeit und ist mit nationalen und internationalen Hilfs- und Menschenrechtorganisationen vernetzt. Die Arbeit der Organisation wird durch Mitgliedsbeiträge, Spenden und Stiftungszuwendungen finanziert.

Vorwort von PRO ASYL

Geflüchtete in Deutschland werden von den Behörden oft aufgefordert, bei der Botschaft ihres Herkunftslandes einen Pass zu beschaffen. Nur selten wird dabei darauf Rücksicht genommen, was das für Geflüchtete mit sich bringt. Syrer*innen etwa müssen hohe Summen an das Regime zahlen, vor dem sie geflohen sind und das damit seine Verbrechen finanziert. Ohne Pass wiederum sind Reisen außerhalb Deutschlands, etwa um Verwandte zu besuchen, unmöglich. Der Pass ist auch eine Voraussetzung für die Aufenthaltsverfestigung. Und Geduldeten ohne Pass können umfassende Sanktionen auferlegt werden.

Für Geflüchtete ist daher die Frage, ob und unter welchen Umständen sie einen Pass beschaffen müssen, für ihr Leben von zentraler Bedeutung. Trotzdem gibt es keine rechtlich gefestigte Definition, was bei der Passbeschaffungspflicht für Geflüchtete zumutbar und was unzumutbar ist.

Zudem geht es beim Thema Passpflicht meist nur um die Pflichten der passlosen Menschen, die an der Beschaffung eines Passes mitwirken sollen. Schnell gerät dabei aber in Vergessenheit, dass auch die Behörden Hinweispflichten haben und dass die Passpflicht auch durch einen Passersatz und Ausweisersatz erfüllt wird. Einen solchen auszustellen, ist in bestimmten Fällen eine staatliche Pflicht.

PRO ASYL hat daher ein Gutachten bei Rechtsanwalt Dr. Matthias Lehnert in Auftrag gegeben, in dem dieser Frage nachgegangen wird, was für Geflüchtete in Bezug auf Passbeschaffung und Identitätsklärung zumutbar ist und welche rechtlichen Pflichten sich nicht nur für sie, sondern auch für die Behörden ergeben.

Eindeutige Unzumutbarkeit der Passbeschaffung für bestimmte Gruppen

Die derzeitige Praxis bei der Ausstellung von Reiseausweisen für Ausländer ist sehr restriktiv. Begründet wird dies oft damit, dass die Ausstellung eines solchen Ersatzpasses einen Eingriff in die Passhoheit des Herkunftslandes darstelle. Der Gutachter Matthias Lehnert legt dar, dass diese Annahme falsch ist: Dem Staat wird das Recht zur Passerteilung dadurch nämlich nicht entzogen. Rechtlich gibt es weitere gute Gründe für eine andere Praxis, denn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem Urteil festgestellt, dass das Recht auf Ausreisefreiheit nur durch hochrangige Rechtsgüter eingeschränkt werden kann. Der Lehnert macht daher Konstellationen ausfindig, in denen grundsätzlich – und nicht nur durch individuelle Umstände – davon auszugehen ist, dass die Passbeschaffung unzumutbar ist.

Demnach ist Menschen, denen gravierende Menschenrechtsverletzungen durch staatliche Behörden drohen, die Passbeschaffung bei diesem Staat prinzipiell unzumutbar. Dies gilt für viele subsidiär Schutzberechtigte, denen dieser Schutz deshalb zuerkannt wurde, weil ihnen willkürliche Gewalt im Rahmen eines Krieges, oder Menschenrechtsverletzungen wie die Todesstrafe, Folter oder unmenschliche oder erniedrigende Behandlung und Bestrafung drohen. Um hier Rechtsunsicherheit und die Einzelfallprüfung zu vermeiden, schlägt Lehnert vor, allen subsidiär Geschützten, denen ein ernsthafter Schaden von ihrem Herkunftsstaat droht, Reiseausweise für Ausländer auszustellen.

Die Passbeschaffung ist auch unzumutbar, wenn die geflüchtete Person dafür Gebühren bezahlen muss, die die Kosten für die Bearbeitung offensichtlich übersteigen oder die willkürlich erhoben werden. Es ist davon auszugehen, dass Regime, die Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen verüben, die Einnahmen durch derart überhöhte Passgebühren auch für diese Verbrechen nutzen. Solche Regime werden internationalen Sanktionen unterworfen, um die Finanzierung zu erschweren. Von subsidiär geschützten Syrer*innen – die unter diesem Regime selbst gelitten haben – wird derzeit dennoch verlangt, durch hohe Passgebühren Menschenrechtsverletzungen mitzufinanzieren. Dies sollte als grundsätzlich unzumutbar bewertet werden und Syrer*innen sollte allein aufgrund der überdurchschnittlich hohen Passgebühren ein Reiseausweis ausgestellt werden.

Von hohen Zahlungen sind auch Eritreer*innen betroffen. Sie müssen bei den eritreischen Auslandsvertretungen anlässlich des Begehrens von konsularischen Dienstleistungen – zu denen auch die Passausstellung zählt – die sogenannte Diaspora-Steuer von zwei Prozent ihres Einkommens zahlen. Das Erheben von Steuern ist zwar prinzipiell zulässig. Doch das Gutachten zeigt auf, dass diese Steuer willkürlich erhoben wird, da es für sie in Eritrea weder eine klare Rechtsgrundlage gibt, noch die Möglichkeit eines Rechtsbehelfs gegen die Steuererhebung existiert. Zudem tragen die Einnahmen erheblich zum eritreischen Staatshaushalt und damit auch zu den vom Regime verübten Verbrechen bei – beides Gründe, aus denen die Zahlung unzumutbar ist.

Im Fall Eritreas kommen noch weitere unzumutbare Anforderungen hinzu. Die eritreischen Auslandsvertretungen verlangen vor konsularischen Leistungen eine Reueerklärung mit einem Eingeständnis, mit der Desertion aus dem mörderischen Militärdienst und der Flucht aus Eritrea eine Straftat begangen zu haben. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesbezüglich bereits entschieden, dass eine Erklärung, mit dem eine Selbstbezeichnung einer Straftat einhergeht, unzumutbar ist. Eritreer*innen ist damit grundsätzlich ein Reiseausweis für Ausländer auszustellen.

Unzumutbar ist grundsätzlich auch, wenn durch die Passbeschaffung eine Gefährdung von Angehörigen oder der Person selbst einhergeht, auch wenn dies nicht direkt beim Botschaftsbesuch, sondern durch Bekanntgabe über den Aufenthalt in Deutschland zu befürchten ist.

Halten Geflüchtete, die keine Anerkennung nach der Genfer Flüchtlingskonvention haben, die Passbeschaffung bei der Auslandsvertretung ihres Herkunftsstaates für unzumutbar, fordern die deutschen Behörden sie auf, die Gründe dafür umfassend darzulegen. Die individuelle Aufklärungspflicht hat dem Gutachten zufolge aber Grenzen: Gründe, die die Passbeschaffung allgemein betreffen und nicht nur individuell gelten, müssen von Behörden und Gerichten aufgeklärt werden.

Bedeutung der Passpflicht und bestehende Alternativen

Um reisen zu können, ist ein Pass erforderlich. Die Passpflicht ist aber auch eine der grundlegenden Voraussetzungen für die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltstiteln. Schutzberechtigte sind zwar für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen von der Passpflicht ausgenommen, bei der Aufenthaltsverfestigung durch Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, sieht das Aufenthaltsgesetz jedoch keine Ausnahme vor. Deshalb wird in der Praxis auch von Schutzberechtigten, selbst anerkannten Flüchtlingen, oft verlangt, dass sie einen Pass des Herkunftslandes vorlegen. Dabei ist dies keine zwingende Voraussetzung, denn die Passpflicht kann auch durch einen Passersatz oder Ausweisersatz erfüllt werden.

Geduldete unterliegen besonderen Passbeschaffungspflichten. Werden ihre Bemühungen von den Ausländerbehörden als unzureichend betrachtet, können diese sie umfassend sanktionieren. Aber auch bei Geduldeten gelten die meisten Einschränkungen der Zumutbarkeit, die auch in Bezug auf den Reiseausweis für Ausländer gelten. Problematisch ist, dass es im Aufenthaltsgesetz als zumutbar angesehen wird, eine Freiwilligkeitserklärung zu unterzeichnen (mit welcher Erklärende zum Ausdruck bringen, freiwillig zurückkehren zu wollen), sofern dies für die Passausstellung verlangt wird. Dieser Regelung tritt Lehnert vehement entgegen, da eine Verpflichtung, eine unwahre Erklärung abzugeben, das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt. Ist die Passbeschaffung unzumutbar, können Geduldete der Ausweispflicht auch durch die behördliche Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung nachkommen.

Klärung der Identität als Voraussetzung für Aufenthaltstitel und Einbürgerung

Neben der Passpflicht ist auch die Klärung von Identität und Staatsbürgerschaft in der Regel eine Voraussetzung für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis und für die Einbürgerung Schutzberechtigter. Liegt ein Pass des Herkunftslandes vor, ist die Identität in aller Regel damit bereits geklärt. Kann ein Pass nicht vorgelegt werden, muss mithilfe anderer amtlicher Dokumente mit Lichtbild, anderer amtlicher Urkunden oder im äußersten Fall auch mit nichtamtlichen Beweisen wie Zeug*innenaussagen die Identität aufgeklärt werden. Dieses sogenannte Stufenmodell hat sich durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Einbürgerung etabliert. Der Gutachter schlägt vor, diese Stufen gesetzlich zu kodifizieren, die Prüfung aber in einer Gesamtschau vorzunehmen, um jahrelange Wartezeiten im Einbürgerungsverfahren möglicherweise zu reduzieren.

Auch die Identitätsklärung im Aufenthaltsrecht bedarf dringend einer gesetzlichen Regelung, die vorgibt, welche Beweismittel und welche grundrechtlichen Belange (etwa das Recht auf Familie im Visumverfahren) abgewogen werden müssen. So sollte etwa für anerkannte Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte bei im Herkunftsland drohender staatlicher Menschenrechtsverletzung gesetzlich geregelt werden, dass eine Kontaktaufnahme mit den Behörden des Herkunftsstaates per se unzumutbar ist – und dies auch bei der Einbürgerung gilt. Dafür sollte, wie im Koalitionsvertrag angekündigt, bei Unzumutbarkeit der Passbeschaffung und Identitätsklärung gesetzlich die Möglichkeit geschaffen werden, eine Versicherung an Eides Statt abzugeben – etwa bei der Einbürgerung oder der Verfestigung von Aufenthaltstiteln.

Das Gutachten konkretisiert den unbestimmten Rechtsbegriff der Zumutbarkeit bei der Passbeschaffung und Identitätsklärung in den verschiedenen Konstellationen und bietet damit eine fundierte Grundlage für eine kohärente und nachvollziehbare Praxis der Behörden. Für mehr Rechtssicherheit für die Geflüchteten ist dies unverzichtbar.

Inhalt

Vorwort	3
A Grundlagen	8
I. Inhalt und Funktion der Passpflicht	8
II. Rechtliche Bedeutung der Passpflicht	9
III. Ausstellung von Passersatzpapieren und Ausweispapieren als Anspruch	9
IV. Zielstellung des Gutachtens	10
B Erteilung eines Reiseausweises für Ausländer*innen	11
I. Verfahren	11
II. Darlegungslast	11
III. Zumutbarkeit gem. § 5 AufenthV	12
1. Allgemeine Erwägungen	13
2. Praktische Möglichkeit der Passbeschaffung	14
Exkurs: Afghanistan	14
3. Regelbeispiele des § 5 Abs. 2 AufenthV	15
a. Mitwirkungs- und Duldungspflichten	15
b. Erfüllung von Wehrpflicht und anderen staatsbürgerlichen Pflichten	16
c. Zahlung von Gebühren und Steuern	16
4. Einzelfragen zu den Grenzen der Zumutbarkeit	17
a. Reiseausweis für Personen mit subsidiärem Schutzstatus	17
b. Reiseausweis für Personen mit Abschiebungsverbot	21
c. Finanzierung von staatlichen Verbrechen	21
Exkurs: Syrien	23
d. Eigengefährdung und Gefährdung von Dritten	25
e. Reue- und Kooperationserklärungen	25
Exkurs: Eritrea	28
IV. Rechtsfolgen	31

C	Passpflicht bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis	32
	I. Passpflicht als allgemeine Erteilungsvoraussetzung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG	32
	II. Ausnahmen von der Passpflicht	32
	1. Zwingende Ausnahme gem. § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG	32
	2. Absehen von der Passpflicht im Ermessen gem. § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG	32
	3. Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG	33
	III. Erteilung einer Niederlassungserlaubnis	34
D	Passbeschaffungspflicht und Duldung gem. § 60b AufenthG	35
	I. Kausalität	35
	II. Zumutbarkeit	36
	1. Wehrpflicht	36
	2. Freiwilligkeitserklärung	36
	3. Ausreise in den Herkunftsstaat	37
	4. Änderung der Sach- und Rechtslage	37
	5. Möglichkeit der Nachholung	37
	III. Hinweispflicht	38
	IV. Darlegungs- und Beweislast	38
E	Identitätsklärung im Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrecht	40
	I. Identitätsklärung und Einbürgerung	40
	1. Das Stufenmodell zur Identitätsklärung	40
	2. Bewertung und Kodifizierung	41
	Exkurs: Somalia	42
	II. Identitätsklärung im Aufenthaltsrecht	44
	1. Rechtliche Relevanz der Identitätsklärung im Aufenthaltsgesetz	44
	2. Klärung der Identität und Anwendbarkeit des Stufenmodells	44

A Grundlagen

I. Inhalt und Funktion der Passpflicht

Die aufenthaltsrechtliche Pflicht, einen gültigen Pass zu besitzen, adressiert gem. § 3 AufenthG zunächst alle Personen mit einer nicht-deutschen Staatsangehörigkeit, die in das Bundesgebiet einreisen oder sich darin aufhalten. Die Passpflicht kann durch die Vorlage eines Passes, eines Passersatzes (§ 3 Abs. 1 S. 1 AufenthG) oder durch einen Ausweisersatz (§ 3 Abs. 1 S. 2 AufenthG) erfüllt werden. Der Ausweisersatz berechtigt derweil nicht zur Einreise, sondern nur zum Aufenthalt im Bundesgebiet.

Ein Pass in diesem Sinne ist ein Dokument, der als Nationalpass von dem Staat ausgestellt wurde, dessen Staatsangehörigkeit die Person besitzt: Das Dokument enthält zugleich implizit die Erklärung, dass die Person von dem Staat konsularischen Schutz erhält,¹ sowie die aufenthaltsrechtlich relevante Garantie, dass der Ausstellerstaat die Rückübernahme gewährt. Der Pass hat – wie die Passpflicht insgesamt – einerseits eine Identitätsfunktion, und andererseits, entsprechend der Normierung in § 3 Abs. 1 S. 1 AufenthG, eine Grenzübertrittsfunktion.²

Passersatzpapiere können einerseits von einem ausländischen Staat ausgestellt worden sein. Im Allgemeinen handelt es sich um ein Papier, das im Wesentlichen die Funktionen eines Nationalpasses erfüllt, und insbesondere zum Grenzübertritt geeignet ist.³ Die Zulassung richtet sich zum einen nach § 3 AufenthV, zum anderen können ausländische Passersatzpapiere gem. § 71 Abs. 6 AufenthG im Rahmen einer Allgemeinverfügung anerkannt werden.

Andererseits regelt § 4 AufenthV, welche Arten von deutschen Passersatzpapieren existieren, die zugleich der Passpflicht entsprechen. Insbesondere von Relevanz sind hierbei der Reiseausweis für Flüchtlinge (§ 1 Abs. 3 AufenthV), und der Reiseausweis für Ausländer*innen gem. § 5 AufenthV.

Nur ausnahmsweise kann, gem. § 3 Abs. 2 AufenthG, von der Passpflicht, auch für die Einreise, abgesehen werden, und bis zu einem anschließenden Aufenthalt von sechs Monaten in einem vom Visumverfahren eigenständigen Verfahren.⁴ Der Antrag wird bei der Auslandsvertretung, in Ausnahmefällen bei der Bundespolizei, gestellt und an das zuständige Bundesamt für Migration und Flüchtlinge weitergeleitet.⁵ Die Ausnahme wird im Ermessen gewährt, wenn eine begründeter Einzelfall vorliegt, welches voraussetzt, dass ein Pass oder Passersatz nicht in zumutbarer Weise zu erlangen ist.⁶ Nach der Ermessenspraxis wird eine solche Ausnahme nur für längerfristige Aufenthalte insbesondere in Fällen des Familiennachzugs gewährt.⁷

Diesen Verfahrensschritt übernimmt bei der Erteilung eines Visums das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, wenn – etwa beim Familiennachzug – die Beschaffung eines Passes vor der Ausreise nicht möglich ist.

1 BeckOK AuslR/Maor, 36. Ed. 1.1.2023, AufenthG § 3 Rn. 2 ff.

2 Bergmann/Dienelt/Kolber, 14. Aufl. 2022, AufenthG § 3 Rn. ff.

3 Vgl. exemplarisch abgrenzend zum libanesischen Laisser-Passer: OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 25.1.2017 – 3 N 79.16, BeckRS 2017, 101619, beck-online.

4 Bundesministerium des Innern, AVV-AufenthG, Nr. 3.2.

5 BeckOK AuslR/Kluth, 35. Ed. 1.10.2022, AufenthG, § 3, Rn.35.

6 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 7. Mai 2020 – OVG 11 N 112.17 – juris Rn. 13.

7 BeckOK AuslR/Kluth, 35. Ed. 1.10.2022, AufenthG, § 3, Rn.34.

II. Rechtliche Bedeutung der Passpflicht

Die Passpflicht – also die Pflicht, einen Pass, Passersatz oder Ausweisersatz zu besitzen und sich zu beschaffen – ist keine isolierte Verpflichtung, sondern an ihre Erfüllung und Verletzung sind unterschiedliche aufenthaltsrechtliche Rechte und Pflichten geknüpft. Insofern kann von spezifischen Pass- oder Passbeschaffungspflichten gesprochen werden.

Zunächst ist die Passpflicht nach § 3 AufenthG eine allgemeine Voraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels, § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Das Aufenthaltsrecht enthält sogleich für einzelne Aufenthaltstitel – insbesondere geregelt in § 5 Abs. 3 AufenthG für die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen aus humanitären Gründen nach Abschnitt 5 des AufenthG – Ausnahmen von der Erfüllung der Passpflicht als Erteilungsvoraussetzung.

Eine spezifische Passbeschaffungspflicht enthält daneben § 60b Abs. 2, 3 AufenthG, der an die Unterlassung von dort formulierten Pflichten zur Beschaffung eines Passes die Erteilung einer sogenannten »Duldung für Personen mit ungeklärter Identität« knüpft, was einschränkende Rechtsfolgen, u.a. ein Erwerbsverbot (§ 60b Abs. 5 S. 2 AufenthG), zur Folge hat.

Eine spezifische Passbeschaffungspflicht stellt ebenfalls, wenn auch in weiterem Sinne, die Identitätsklärungspflicht zur Erlangung einer Ausbildungsduldung (§ 60c Abs. 2 Nr. 3, Abs. 7 AufenthG) sowie einer Beschäftigungsduldung (§ 60d Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 AufenthG) dar, als dass diese Bestimmungen die Erfüllung von zumutbaren Maßnahmen zur Klärung der Identität voraussetzen, was die Beschaffung eines Passes umfasst. Derart spezifische Passbeschaffungspflichten im weiteren Sinne in Form einer Identitätsklärungspflicht, die regelmäßig auf die Beschaffung eines Passes rekurriert, können auch bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis und bei der Einbürgerung eine Rolle spielen.

Eine besondere Passbeschaffungspflicht liegt mittelbar auch der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG zugrunde, die nur dann möglich ist, wenn der*die Ausländer*in unverschuldet an der Ausreise gehindert ist, was, wenn die Duldung auf einem fehlenden Pass beruht, gemeinhin verlangt, dass die Person ohne Erfolg alle ihr zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um ein (neues) Reisedokument zu erhalten.⁸

III. Ausstellung von Passersatzpapieren und Ausweispapieren als Anspruch

Da es zugleich aus unterschiedlichen Gründen nicht allen Menschen möglich ist, sich einen Pass oder ein Passersatzpapier aus ihrem Herkunftsstaat zu beschaffen – und damit mit eigenem Zutun der Passpflicht nach § 3 AufenthG zu genügen –, normiert das Aufenthaltsrecht auch Ansprüche an den Staat, Passersatzpapiere oder einen Ausweisersatz auszustellen.

Diese Ansprüche auf Erteilung eines Passersatzes ergeben sich aus den bereits genannten Normen der AufenthV, etwa zur Erteilung eines Reiseausweises für Flüchtlinge (§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 AufenthV) oder zur Erteilung eines Reiseausweises für Ausländer*innen (§ 4 Abs. 1 S.1 Nr. 1 AufenthV) im Inland (§ 5 AufenthV) oder im Ausland (§ 6 AufenthV). Die Erteilung eines Ausweisersatz im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 2 AufenthG, konkretisiert in § 48 Abs. 2 AufenthG, richtet sich nach § 55 AufenthV. Daneben ist ein Ausweisersatz in den Fällen des § 48 Abs. 4 AufenthG zwingend zu erteilen.

⁸ VGH München Beschl. v. 2.4.2015 – 10 C 13.948, BeckRS 2015, 44288, beck-online; BVerwG, Urteil vom 10.11.2009 - 1 C 19/08 – BeckRS 2010, 46633.

IV. Zielstellung des Gutachtens

Sowohl die besonderen Passbeschaffungspflichten einerseits als auch die gesetzlich formulierten Ansprüche gegen den deutschen Staat, einen Passersatz oder einen Ausweisersatz ausgestellt zu bekommen andererseits, haben einen zentralen Anknüpfungspunkt: Und zwar in Form der Frage, ob die Beschaffung von Pass oder Passersatz zumutbar ist. Sowohl kann von den besonderen Passbeschaffungspflichten abgesehen werden, als auch kann bzw. ist ein Passersatz von deutschen Behörden ausgestellt werden, wenn es der betreffenden Person nicht zumutbar ist, sich einen Pass bei der Behörde des Heimatstaates zu beschaffen.

Das vorliegende Gutachten hat dementsprechend zum Gegenstand, worin die Grenzen der Zumutbarkeit einer Passbeschaffung liegen.

B Erteilung eines Reiseausweises für Ausländer*innen

Praktisch besonders einschneidend ist es, wenn man zwar einen Aufenthaltstitel in Deutschland hat, aber nicht die Möglichkeit hat zu reisen: Weil man keinen Reiseausweis des Herkunftslandes besitzt.

Anerkannten Flüchtlingen ist völkerrechtlich und einfachgesetzlich zwingend gem. § 1 Abs. 3 AufenthV i.V.m. Art. 28 GFK ein Reiseausweis für Flüchtlinge auszustellen. Das Gleiche gilt für Staatenlose, § 1 Abs. 4 AufenthV. Weitere Fallgruppen, in denen aufgrund völkerrechtlicher oder europarechtlicher Vereinbarungen ein Passersatz oder ein Ausweisersatz ausgestellt werden muss, oder aufgrund einfachen Rechts kann oder muss, finden sich in § 1 Abs. 5 – 8, für den Notreiseausweis in § 13 Abs. 1 AufenthV, oder in Gestalt der Bescheinigung über die Wohnsitzverlegung in § 43 Abs. 2 AufenthV.

Des Weiteren kann gem. §§ 5, 6 Abs. 1 AufenthV ein Reiseausweis für Ausländer*innen im Inland erteilt werden, wenn weder Pass oder Passersatz vorliegen und auch nicht auf zumutbare Weise erlangt werden können.

I. Verfahren

Zuständig für Erteilung eines Reiseausweises im Inland⁹ ist gem. § 71 AufenthG die Ausländerbehörde. Die Erteilung setzt eine Antragstellung voraus, § 22 VwVfG.¹⁰ Die Ablehnung eines Antrags muss mit einer Begründung versehen werden, § 77 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 AufenthG. Rechtsschutz gegen eine Ablehnung ist, je nach landesrechtlicher Regelung, in Form eines Widerspruchs, § 68 ff. VwGO, oder einer Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 VwGO, möglich. Das bedeutet zugleich, dass es bei der Würdigung der Tatsache, einschließlich der zentralen Frage der Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit auf den Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung ankommt.¹¹

II. Darlegungslast

Jegliche Tatbestandsvoraussetzungen sind, allgemeinen Grundsätzen und der ausdrücklichen Vorgabe des § 82 Abs. 1 S. 1 AufenthG entsprechend, für die antragstellende Person günstige Umstände, was bedeutet, dass sie – einschließlich der Frage, ob die Passbeschaffung unzumutbar ist – grundsätzlich darlegungs- und beweislspflichtig ist.¹² Einschränkend sei aber bereits an dieser Stelle auf dreierlei hingewiesen:

Erstens beinhaltet diese Mitwirkungs- und Initiativpflicht auf der Grundlage von § 82 Abs. 1 AufenthG auch Mitwirkungsformen, die die Person erst einmal selbst ausfindig machen muss.¹³ Diese Pflicht aber steht regelmäßig im Wechselspiel mit der – über die Beratungspflicht nach § 25 VwVfG hinausgehende

⁹ Für Reiseausweise im Ausland gem. § 7 AufenthV vgl. § 71 Abs. 2 AufenthG.

¹⁰ Dies gilt systemlogisch nicht für den Fall des § 6 S. 1 Nr. 3 AufenthV, vgl. Bundesministerium des Innern, AVV-AufenthG, Nr. 3.3.1.6.

¹¹ OVG Lüneburg Urt. v. 25.3.2014 – 2 LB 337/12, BeckRS 2014, 50008, beck-online; OVG Lüneburg Beschl. v. 17.2.2005 – 11 PA 345/04, BeckRS 2005, 26091, beck-online.

¹² Vgl. etwa: VGH Kassel Beschl. v. 1.8.2016 – 3 A 959/16.Z, BeckRS 2016, 51378, beck-online; BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 11.

¹³ OVG Lüneburg, Beschluss vom 31. Juli 2007 – 2 LA 1197/06 (nicht veröffentlicht); OVG Lüneburg, Urteil vom 27.5.2010 – 2 LB 577/07 (nicht veröffentlicht); vgl. die Verweise in: OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20, juris, Rn. 58.

Beratungspflicht¹⁴ – Hinweis- und Anstoßpflicht¹⁵ der Behörde gem. § 82 Abs. 3 AufenthG,¹⁶ als dass diese angesichts ihrer organisatorischen Überlegenheit und sachlichen Nähe viel besser in der Lage ist, die bestehenden Möglichkeiten zu erkennen und sodann die antragstellende Person auf diese Möglichkeiten hinzuweisen.¹⁷ Das bedeutet: Die Behörde hat zwar keine spezielle Hinweispflicht wie im Fall der Duldung nach § 60b Abs. 3 S. 2 AufenthG – sie kann aber auch nach den allgemeinen Erwägungen auf der Grundlage von § 82 AufenthG den*die Antragsteller*in nicht in einer Allgemeinheit auf Maßnahmen verweisen, die er*sie gar nicht kennen kann. Die entsprechende Frage ist also im Einzelfall, ob die Handlungen der Person objektiv bekannt sein können.¹⁸ Wenn dies nicht der Fall ist, und eine Hinweis- und Anstoßpflicht der Behörde besteht, muss diese hinreichend konkret sein, und die Wiedergabe des Gesetztextes oder allgemeine Hinweis reichen nicht aus.¹⁹

Zweitens: Die Würdigung, ob eine bestimmte Maßnahme unzumutbar ist oder nicht, ist nicht von der Mitwirkungspflicht umfasst, sondern Teil der Amtsermittlungspflicht der Behörde bzw. der Gerichte. Das bedeutet, dass etwa zu den Folgen der Wehrdienstertüchtigung oder zur Frage, welche faktischen Konsequenzen und Gefahren sich an eine Passbeantragung im Herkunftsstaat und die damit verbundenen Mitwirkungshandlungen allgemein knüpfen können, die Behörden und Gerichte grundsätzlich entsprechende Erkenntnisse einholen müssen. Insofern bietet es sich an, aus den Maßgaben im Asylverfahren anzuknüpfen, und zwischen den, eine Unzumutbarkeit begründenden Umständen zu unterscheiden, die einerseits in der persönlichen Sphäre liegen – und deren Beibringung rechtliche oder tatsächliche Gründe entgegenstehen²⁰ – und die andererseits in der allgemeinen Situation im Herkunftsstaat begründet sind.²¹ Diese Maßgabe gilt entsprechend im Gerichtsverfahren, im Spannungsfeld zwischen gerichtlicher Sachaufklärungspflicht gem. § 86 VwGO einerseits, und der Mitwirkungspflicht der Beteiligten, die in den §§ 82 Abs. 1 S.3, 95 VwGO adressiert wird: Demnach ist die Mitwirkungspflicht desto geringer ausgestaltet, je mehr es um Tatsachen geht, die nicht zum Erkenntnisbereich und der Sphäre der Beteiligten zählen, und es diesen weniger zumutbar ist, die betreffenden Erkenntnisse einzuholen.²²

Drittens gilt sodann: Je gewichtiger und plausibler die vorgebrachten und glaubhaft gemachten Umstände sind, desto geringer sind die Anforderungen bei der Frage, ob die Passbeschaffung unzumutbar ist.²³ Auch gilt: Die Beschaffung von Nachweisen ist unzumutbar, wenn sie nur mit einem unverhältnismäßig großen finanziellen Aufwand möglich ist.²⁴

III. Zumutbarkeit gem. § 5 AufenthV

Die Erteilung eines Reiseausweises im Inland gem. §§ 5, 6 AufenthV hat mehrere Voraussetzungen:

Gem. § 6 AufenthV setzt die Erteilung in der Regel voraus, dass die Person eine Aufenthaltserlaubnis innehat, § 6 S. 1 Nr. 1, 2 AufenthV. Nur ausnahmsweise können auch Asylbewerber*innen – welche mit einer Aufenthaltsgestattung allein nicht einreiseberechtigt sind, § 64 Abs. 2 AsylG – gem. § 6 S. 1 Nr. 4 AufenthV einen Reiseausweis erhalten.

14 BeckOK MigR/Zimmerer, 13. Ed. 15.10.2022, AufenthG § 82 Rn. 21.

15 OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20, juris, Rn. 57; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24.11.2011 - OVG 2 B 9.11, openJur 2012, 16360, Rn. 37.

16 VG Hannover, Urteil vom 22.06.2022 - 5 A 1775/21 – openJur 2022, 15586, Rn. 63; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.01.2020 - 11 S 3282/19 – asyl.net: M28052, Rn. 5; VG Köln, Urteil vom 04.12.2019 - 5 K 7317/18 - asyl.net: M28002, Rn. 21.

17 OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 29.12.2011 – OVG 2 B 9.11, BeckRS 2012, 45010, beck-online.

18 OVG Lüneburg, Urteil vom 25.03.2014 – 2 LB 92/13 – asyl.net, Rn. 43.

19 OVG Lüneburg, Urteil vom 25.03.2014 – 2 LB 92/13 – asyl.net.

20 VGH München, Urteil v. 11.12.2006 – 24 B 06.2158, BeckRS 2007, 20248, beck-online; BeckOK AusIR/Kluth, 35. Ed. 1.10.2022, AufenthG § 82 Rn. 14.

21 Huber/Mantel AufenthG/Lehnert, 3. Aufl. 2021, AsylG § 24 Rn. 3.

22 BVerwG NVwZ 1987, 404; 711.BVerwG GewA 1995, 152.

23 OVG Münster, Beschl. v. 9.11.2010 – 18 A 2222/09, BeckRS 2016, 48657, beck-online; OVG Lüneburg, Urteil v. 25.3.2014 – 2 LB 337/12, BeckRS 2014, 50008, beck-online; OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.2.2005 – 11 PA 345/04, BeckRS 2005, 26091, beck-online.

24 BeckOK AusIR/Kluth, 35. Ed. 1.10.2022, AufenthG § 82 Rn. 19.3.

Ergänzend sei auch hierauf hingewiesen: Die Erteilung eines Reiseausweises für Ausländer*innen gem. § 5 AufenthV setzt nicht zwingend voraus, dass die Identität zweifelsfrei geklärt ist.²⁵ Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 6 S. 1 AufenthV, wonach der Reiseausweis auch mit dem Hinweis ausgestellt werden kann, dass die Personendaten auf den eigenen Angaben des*der Antragsteller*in beruhen.

Zentrale Voraussetzung des § 5 AufenthV ist schließlich, dass der*die Antragsteller*in »nachweislich keinen Pass oder Passersatz besitzt und ihn nicht auf zumutbare Weise erlangen kann.« Für diese Frage ist derweil es irrelevant, ob der*die Antragsteller*in in der Vergangenheit hinreichend Maßnahmen ergriffen hat, einen Pass oder Passersatz zu erlangen, sondern es kommt, entsprechend allgemeiner Grundsätze bei der Prüfung verwaltungsgerichtlicher Verpflichtungsklagen, auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung an.²⁶

1. Allgemeine Erwägungen

Die Zumutbarkeit ist zunächst ein unbestimmter Rechtsbegriff, der voller gerichtlicher Kontrolle unterliegt.²⁷ Problematisch ist derweil, dass sich bis dato keine gerichtlich gefestigte Definition der Zumutbarkeit entwickeln konnte, sondern jeweils unter Berücksichtigung aller Umstände und Besonderheiten des Einzelfalles zu entscheiden ist.²⁸ Dass dabei, wie bisweilen behauptet wird,²⁹ aus dem Vorrang der Dokumente des Heimatstaates und der sogenannten Passhoheit eine grundsätzliche Vermutung der Zumutbarkeit folgt, bzw. das Zumutbarkeitskriterium als Ausnahme eng ausgelegt werden muss, ergibt sich allerdings weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinnzusammenhang des Gesetzes. Die besagte Passhoheit, die an dieser Stelle gerne ins Feld geführt wird, hat an dieser Stelle gar keine Relevanz: Die Passhoheit wurzelt in der völkerrechtlich anerkannten Personalhoheit des Staates, und sie untersagt demzufolge primär und grundsätzlich, dass gültige Pässe eines anderen Staates nicht dauerhaft eingezogen werden, vernichtet oder verändert werden. Der Grundsatz der Passhoheit macht derweil keine Vorgaben, inwiefern andere Staaten Ausweis- oder Reisedokumente ausstellen dürfen. Durch die Ausstellung eines alternativen Reisedokumentes wird das völkerrechtliche Recht des Staates, seinen eigenen Staatsangehörigen einen Pass auszustellen, nicht tangiert.

Stattdessen gilt daher: Der Begriff der Zumutbarkeit ist allein grundrechtlich und also daran zu bemessen, ob die diskutierten Handlungen, insbesondere mit Blick auf die tangierten Grundrechte, im Verhältnis stehen, also angemessen sind – als dass das Zumutbarkeitskriterium nicht überspannt werden darf, sondern doch vor allem der Nachlässigkeit und Bequemlichkeit Einhalt gebieten soll.³⁰

Diese grund- bzw. menschenrechtlich Herangehensweise ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte: Demnach ist die Weigerung eines Aufnahmestaates, einer – in dem konkreten Fall subsidiär schutzberechtigten – Person einen Reiseausweis auszustellen, weil sie bei den Behörden des Herkunftsstaates einen Pass beantragen könne, ein Eingriff in die Ausreisefreiheit: Dieses in Art. 2 Abs. 2 4. ZP EMRK normierte Recht, welches einen universelle Geltung beansprucht, kann demnach nur dann eingeschränkt werden, wenn dies die Ablehnung der Ausstellung eines Reisedokumentes in einer demokratischen Gesellschaft zur Erreichung eines der abschließend aufgeführten legitimen Ziele, hier etwa der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, notwendig und verhältnismäßig ist.³¹

25 VGH München Beschl. v. 10.2.2016 – 19 ZB 14.2708, BeckRS 2016, 43546, beck-online.

26 OVG Lüneburg Ur. v. 25.3.2014 – 2 LB 337/12, BeckRS 2014, 50008, beck-online, Rn. 54; VG Dresden, Urteil vom 12.03.2015 – 3 K 687/13 – asyl.net: M22890

27 VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.01.2020 - 11 S 3282/19 – asyl.net: M28052, Rn. 5; Bayerischer VGH, Beschluss vom 17.10.2018 – 19 ZB 15.428 – juris, Rn. 9; VGH Mannheim Beschl. v. 16.1.2020 – 11 S 3282/19, BeckRS 2020, 351, beck-online, Rn. 5.

28 BVerwG, Beschluss vom 15.6.2006 – AZ: 1 B 54/06 – asyl.net: M8688.

29 Vgl. etwa: OVG NRW NVwZ-RR 2016, 678 f.; OVG Lüneburg Beschl. v. 17.2.2005 – 11 PA 345/04, BeckRS 2005, 26091, beck-online.

30 Bergmann/Dienelt/Kolber, 14. Aufl. 2022, AufenthG § 48 Rn. 6.

31 EGMR, Urteil vom 14. Juni 2022, Nr. 38121/20 – L. B. gg. Litauen, Rn. 81.

2. Praktische Möglichkeit der Passbeschaffung

Ausgangspunkt dieser individuellen Betrachtung muss naturgemäß – und das gilt sowohl für die anwaltliche Beratung als auch für behördliche und gerichtliche Würdigung – sein, dass festgestellt wird, welche Dokumente für die Passerteilung nötig und unter welchen Voraussetzungen diese Dokumente beschafft werden können.

Von vornherein nicht relevant sind im Allgemeinen Handlungen, die erkennbar aussichtslos sind, um sich einen Pass oder Passersatz beschaffen: Das gilt freilich vor allem dann, wenn der auszustellende Pass – wie etwa im Fall von somalischen Pässen – gar nicht von deutschen Behörden anerkannt wird. Das gleiche Problem kann sich bei Proxy-Pässen stellen, deren Anerkennung sich nach § 71 Abs. 6 AufenthG per entsprechender Allgemeinverfügung richtet.³²

EXKURS: AFGHANISTAN

Während die Beschaffung von Pässen von afghanischen Staatsangehörigen im Allgemeinen und auch mit Blick auf die Möglichkeit der vorab erforderlichen Beschaffung einer Tazkira³³ umstritten war, ist die tatsächliche und rechtliche Lage nach der Machtübernahme der Taliban im August 2021 eindeutiger: Nunmehr und derzeit stellen afghanische Auslandsvertretungen in Deutschland aus praktischen Gründen keine Reisepässe mehr aus, weil keine Passvordrucke vorliegen. Dementsprechend hat das Bundesministerium des Inneren und Heimat im September 2022 gegenüber den Ländern klargestellt,³⁴ dass »die Beschaffung neuer Reisepässe derzeit auf absehbare Zeit nicht möglich und daher nicht zumutbar« ist, und »in den Fällen, in denen eine Verlängerung des afghanischen Passes nicht in Betracht kommt und auch kein Ausnahmefall einer Passausstellung gegeben ist, sind die zur Verfügung stehenden Möglichkeiten eines Passersatzes, wie die Ausstellung eines Ausweisersatzes oder Reiseausweises für Ausländer, zu nutzen«.

Unterdessen wird von einigen Ausländerbehörden bei der Erteilung eines Reiseausweises für Ausländer nach der AufenthV eine Dringlichkeit oder die Glaubhaftmachung eines bestimmten Reisezwecks verlangt. Eine solche Einschränkung ist zunächst bei Personen mit subsidiärem Schutzstatus nicht zulässig.³⁵ Aber auch bei Personen mit einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG sowie den Personen, die – als ehemalige Ortskräfte oder im Rahmen der Menschenrechtsliste – mit einem Visum nach § 22 AufenthG eingereist sind, gibt das Gesetz keine Hinweise auf eine derartige Einschränkung: Der Wortlaut der Norm sieht dies nicht vor, und allein die Antragstellung bezeugt bereits den individuellen Bedarf und Zweck, der nicht näher erläutert werden muss. Andererseits gibt es für einen solchen Eingriff in das Recht auf Ausreisefreiheit nach Art. 2 Abs. 2 4. ZP EMRK³⁶ keine Rechtfertigung. ◆

32 Siehe auch: Bundesministerium des Innern, AVV-AufenthG, Nr. 3.1.9.3.

33 Vgl. dazu: Kalin, Stellungnahme zur Beschaffung einer neuen oder verlorenen afghanischen TAZKIRA vom Ausland aus, https://www.fluechtlingsrat-berlin.de/wp-content/uploads/Tazkiras_besorgen.pdf

34 Zitiert nach: Flüchtlingsrat Schleswig-Holstein, <https://www.frsh.de/artikel/bmi-laenderschreiben-vom-zur-verbalnote-der-afghanischen-botschaft/>

35 Siehe dazu: B.III.4.a.

36 Dazu: EGMR, Urteil vom 14. Juni 2022, Nr. 38121/20 – L. B. gg. Litauen, Rn. 81.

3. Regelbeispiele des § 5 Abs. 2 AufenthV

Für die weitere Auslegung des Begriffs der »Zumutbarkeit« kann und muss zuallererst auf die Regelbeispiele des § 5 Abs. 2 AufenthV rekurriert werden. Dabei beziehen sich die Nr. 1, 2, und 4 auf das Verfahren der Passbeschaffung, wohingegen es bei Nr. 3 mit der Wehrpflicht um eine mit der Erteilung eines Passes einhergehende Verpflichtung geht. Die Konzeption der Regelbeispiele bringt es mit sich, dass auch anderweitige atypische Fälle eine Zumutbarkeit bedeuten können – Konstellationen, die nicht in § 5 Abs. 2 AufenthV angesprochen werden, sich aber an der Qualität der Regelbeispiele messen lassen müssen.

a. Mitwirkungs- und Duldungspflichten

§ 5 Abs. 2 Nr. 1 und 2 AufenthV sowie § 5 Abs. 3 AufenthV besagen, dass der*die Antragstellerin sich grundsätzlich bei der Beschaffung eines Passes oder Passersatzes an die zeitlichen und inhaltlichen Regularien des Heimatstaates halten muss. Die Regularien dürfen nicht unangemessen oder willkürlich sein – wobei sich die Messlatte hier gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthV an den Vorgaben des deutschen Passrechts orientiert. Hingenommen werden kann also unter anderem eine persönliche Vorsprache in der Botschaft, die Vorlage von Lichtbildern und die Abgabe von Fingerabdrücken, sowie die Abgabe von Erklärungen zu den persönlichen Umständen.³⁷ Die Grenze besteht jedenfalls darin, wenn die Regularien des Herkunftsstaates nicht mit einem rechtsstaatlichen Verfahren vereinbar sind. Grundvoraussetzung ist zudem zunächst, dass es überhaupt eine ersichtliche rechtliche Grundlage im »Recht des Herkunftsstaates« (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthV) gibt.³⁸

Das Gleiche gilt für eine Versagung des Passes oder Passersatzes aus bestimmten Gründen: Hier wird gem. § 5 Abs. 3 AufenthV auf die Versagungsgründe nach § 7 PassG rekurriert.

Nicht vom deutschen Passrecht wird freilich beantwortet, ob eine Reise in das Herkunftsland zumutbar ist oder nicht: Eine Unzumutbarkeit kann sich dabei aus rechtlichen Erwägungen und aus dem Schutzstatus in Deutschland ergeben.³⁹ Daneben führt ein inlandsbezogenes Abschiebungshindernis⁴⁰ – mit der die Unmöglichkeit der Ausreise schon festgestellt wurde – sowie, unterhalb dieses Niveaus auch in der Regel ein hohes Alter und/oder eine Gebrechlichkeit zur Unzumutbarkeit. Das Gleiche gilt für die Kosten einer Reise, insofern diese nicht im Verhältnis zum Einkommen und Vermögen des*der Antragsteller*in stehen.⁴¹

Daneben wird es praktisch grundsätzlich für zumutbar erachtet, sich für die Beschaffung von entsprechend erforderlichen Dokumente, die der Passbeschaffung vorangehen müssen,⁴² mit Angehörigen oder dem sozialen Umfeld im Herkunftsstaat oder mit Rechtsanwält*innen in Kontakt zu setzen.⁴³ Eine solche Beauftragung darf jedoch – wobei hier die Behörden und Gerichte in der Amtsermittlungspflicht stehen – nicht unsicher und unkalkulierbar sein, und es kann nicht verlangt werden, dass hohe Summen aufgewendet werden, die nicht sicher erfolgsversprechend sind.⁴⁴

Das Gleiche gilt für die Kontaktaufnahme mit Behörden im Herkunftsstaat – etwa durch die Einholung von Erkundigungen oder die Führung von Nachregistrierungsverfahren – die in der Regel den Antragsteller*innen obliegt, als dass deutschen Behörden es üblicherweise völkerrechtlich nicht möglich ist, in ausländische Verwaltungsverfahren einzugreifen.⁴⁵ Den Behörden und Gerichten obliegt dann hinge-

37 BeckOK MigR/Engels, 12. Ed. 15.7.2022, AufenthV § 5 Rn. 15

38 Dazu jeweils: BVerwG, Urteil vom 11.10.2022, Az. 8 LB 97/20, Rn. 26.

39 Dazu im Einzelnen unten unter: B.IV.

40 Bundesministerium des Innern, AVV-AufenthG, Nr. 3.3.1.3.

41 Becker/Sabarowski, Die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung, Asylmagazin 2018, 16, 21.

42 Vgl. entsprechend für das deutsche Recht im Rahmen der Feststellung einer deutschen Staatsangehörigkeit: § 30 Abs. 2 StAG.

43 M.w.N.: OVG Münster Beschl. v. 21.8.2014 – 18 A 1668/12, BeckRS 2014, 119408, beck-online; BayObLG Beschl. v. 7.11.2000 – 3Z BR 335/00, BeckRS 2000, 30141297, beck-online.

44 VGH Bayern, Urteil vom 11.12.2006 – 24 B 06.2158, asyl.net: M9619.

45 OVG Münster, Beschl. v. 28.3.2013 – 13 A 412/12.A –, juris; OVG Lüneburg, Urteil vom 25.03.2014 – 2 LB 92/13 – asyl.net.

gen die Würdigung der vorgetragenen individuellen Maßnahmen und deren Geeignetheit, was gegebenenfalls durch Aufklärungsmaßnahmen und die Einholung von Auskünften gestützt werden muss.

b. Erfüllung von Wehrpflicht und anderen staatsbürgerlichen Pflichten

Weder das Erfordernis der Wehrpflicht noch der Erfüllung »staatsbürgerlicher Pflichten« führen per se zur Unzumutbarkeit – wenn sie nicht, insofern dreht sich das Recht an dieser Stelle im Kreis, unzumutbar sind.

Die Grenzen der Zumutbarkeit bei der Wehrpflicht ergeben sich dabei in jedem Fall aus § 3a Abs. 2 Nr. 5 AsylG, wenn es um die Teilnahme an einem Militärdienst geht, der »*Verbrechen oder Handlungen umfassen würde, die unter die Ausschlussklauseln des § 3 Absatz 2 [AsylG] fallen*« würde. Konkret unzumutbar ist daneben auch unterhalb dieses Maßstabs die Teilnahme am Wehrdienst in Kriegsgebieten sowie dann, wenn der Wehrdienst regelmäßig mit grausamen oder erniedrigenden Behandlungen einhergeht, die also gegen Art. 3 EMRK verstoßen.⁴⁶

Abgesehen von diesen konfliktbezogenen Szenarien gebietet die Einheit der Rechtsordnung – und damit auch der Rekurs auf das deutsche Recht in den § 5 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 AufenthV, dass die Gewissensfreiheit Art. 4 Abs. 3 GG zur Unzumutbarkeit führt, wenn eine dementsprechende Verweigerung im Herkunftsland nicht möglich und nicht grundrechtlich geschützt ist.

Andere staatsbürgerliche Pflichten können – und auch an dieser Stelle markieren die Grundrechte die Grenze der Zumutbarkeit – exemplarisch andere Dienstpflichten, etwa eine Feuerwehrrpflicht oder die Mitwirkung im Katastrophenschutz, aber auch die Abgabe einer Steuererklärung und die Zahlung von Steuern⁴⁷ sein.

c. Zahlung von Gebühren und Steuern

Als zumutbar erachtet wird schließlich, gem. § 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV, auch die Zahlung von vom Herkunftsstaat allgemein festgelegten Gebühren. An dieser Stelle sollten mehrere Fragestellungen unterschieden werden:

Erstens ist die Frage, ob es sich bei dem entsprechenden Betrag, der im Raum steht, um eine Gebühr im eigentlichen Sinne handelt. Dabei kann systematisch auf den Gebührenbegriff aus dem deutschen Steuerrecht zurückgegriffen werden: Demnach handelt es sich nach der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 BGG um »*öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die der Gebührengläubiger vom Gebührenschuldner für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen erhebt*.« Maßgeblich ist also, dass die Gebühren die den Behörden bei der Erbringung der Dienstleistung entstandenen Kosten ganz oder teilweise decken (Kostendeckungsprinzip). Entsprechend hat auch bereits das BSG in anderem Kontext darauf hingewiesen, dass »*die Beschaffung eines Passes wegen der damit verbundenen Kosten, jedenfalls soweit sie die allgemein vom Heimatland erhobene Gebühren erheblich übersteigen, als unzumutbar im Sinne des § 48 Abs. 2 AufenthG anzusehen*« seien.⁴⁸ Auch weist die Gesetzesbegründung bereits darauf hin, dass auf willkürlicher Grundlage erhobene Gebühren diesen Vorgaben nicht entsprechen.⁴⁹ Erst recht unzumutbar ist die Zahlung von Besteuerungs- oder Schmiergeldern, da diese schon nicht »*allgemein festgelegt*« sind.⁵⁰

46 Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.04.2020, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf> (Stand aller Links: 13.04.2023), Nr. 8.2.

47 Dazu sogleich im nächsten Abschnitt unter C.II.3.c.

48 BSG, Urteil vom 29. Mai 2019 – B 8 SO 8/17 R –, SozR 4-4200 § 24 Nr. 8, Rn. 20

49 Verordnung zur Durchführung des Zuwanderungsgesetzes, BR-Drs. 731/04, 153.

50 Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf>, Nr. 9.3.

Zweitens stellt sich dann das Problem, ob diese an sich legitimen und angemessenen Gebühren der Person im Einzelfall noch zumutbar sind: Ob sich also – auch im Hinblick auf die möglicherweise hinzukommenden Kosten für die Beschaffung vorab von weiteren Dokumenten, Übersetzungskosten sowie für die Anreise – der*die Antragsteller*in das Prozedere leisten kann.⁵¹ Dabei ist zugleich zu berücksichtigen, ob die Kosten vom Sozialleistungsträger übernommen werden, wenn die Person bedürftig ist.⁵²

Auch hier gilt schließlich: Die konkrete Prüfung, ob ein entsprechendes Missverhältnis besteht, obliegt der Behörde oder dem Gericht. Die antragstellende Person bzw. der*die Kläger*in ist allein gehalten, einen solchen Umstand einschließlich des Hinweises auf entsprechende Indizien geltend zu machen, wenn sich ein solcher Umstand nicht ohnehin aufdrängt oder allgemein bekannt ist.

Zu unterscheiden von zahlenden Gebühren, die sich, nach dem Gesagten, durch die Gegenleistung in Form der Passausstellung kennzeichnen, ist derweil die Zahlung von Steuern, die im Rahmen einer Passerteilung gefordert werden. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Erhebung bemisst sich einfachgesetzlich nicht nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV, sondern bei der Steuerpflicht kann es sich um eine »staatsbürgerliche Pflicht« im Sinne des § 5 Abs. 2 Nr. 3 2. Alt. AufenthV handeln. Die Erhebung solcher Steuern im Rahmen einer Passbeantragung, die sodann dem Haushalt des Herkunftsstaat nicht als Gegenleistung, sondern eben ohne Zweckbindung zufließt, ist, wie sich auch aus der Gesetzesbegründung ergibt, nicht per se unzulässig.⁵³ Die Erhebung darf allerdings erstens nicht willkürlich und durch unerlaubte Mittel erfolgen.⁵⁴ Eine Unzumutbarkeit kann sich, zweitens, aus der Höhe im Einzelfall ergeben, wenn die Bezahlung der Person nicht möglich ist;⁵⁵ dabei bietet es sich an, sich an den Kriterien des Staatsangehörigkeitsrechtes im Zusammenhang mit der Aufgabe einer Staatsangehörigkeit zu orientieren: Demnach wird eine Unzumutbarkeit angenommen, wenn der Betrag ein durchschnittliches Bruttomonatseinkommen übersteigt und mindestens 1.278,23 EUR beträgt.⁵⁶ Die zu zahlende Steuer darf drittens nicht der Finanzierung völkerrechtswidriger Maßnahmen dienen oder zur Finanzierung von Menschenrechtsverletzungen verwendet werden.⁵⁷

Weitergehend ist die Zahlung von Steuern dann unzumutbar, wenn der Person ein ernsthafter Schaden in Form einer staatlichen Menschenrechtsverletzung droht, die zur Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus geführt hat, und die Zahlung der Steuer eine untragbare aktive Unterstützung des Herkunftsstaates bedeutet.⁵⁸

4. Einzelfragen zu den Grenzen der Zumutbarkeit

a. Reiseausweis für Personen mit subsidiärem Schutzstatus

Nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt und in der Rechtsprechung divers gehandhabt, ist die Frage, ob Personen, die im Rahmen ihrer Asylverfahren vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einen subsidiären Schutzstatus zuerkannt bekommen haben und mithin nicht als Flüchtlinge anerkannt wurden, einen Anspruch auf Ausstellung eines Reiseausweises haben, und ob ihnen also die Passbeschaffung unzumutbar ist.

51 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Drs. 19/10047, 39. Dazu auch: Heinold, Passpflicht für ausländische Staatsangehörige, Asylmagazin 2018, 7, 11.

52 Im Zusammenhang mit § 60b: Bergmann/Dienelt/Dollinger, 14. Aufl. 2022, AufenthG § 60b Rn. 16; Eichler, Das Sanktionsregime der »Duldung light«, Asylmagazin 2019, 64, 67; Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Drs. 19/10047, 39.

53 BT-Drs. 731/04, S. 152 f.; VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 - 4 K 4266/20 = openJur 2022, 2157, Rn. 56; Niedersächsisches OVG, Urteil vom 18.03.2021, a.a.O. Rn. 38.

54 Verordnung zur Durchführung des Zuwanderungsgesetzes, BR-Drs. 731/04, 153.

55 VG Wiesbaden, Urteil vom 08.06.2020 - 4 K 2002/19.WI – juris, Rn. 28.

56 BeckOK AuslR/Weber, 35. Ed. 1.10.2022, StAG § 12 Rn. 16.1; VAH-StAG, Nr. 12.1.2.3.2.1 VAH-StAG.

57 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 - 4 K 4266/20 = openJur 2022, 2157, Rn. 57.

58 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 - 4 K 4266/20 = openJur 2022, 2157, Rn. 59 ff. Siehe dazu näher unten: B.III.4.c.

Zunächst gilt: Hat eine Person den subsidiären Schutzstatus inne, und ist noch ein Klageverfahren hinsichtlich der abgelehnten Flüchtlingsanerkennung anhängig, folgt schon allein aus diesem Fakt des noch nicht abgeschlossenen Asylverfahrens die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung, und zwar vor dem Hintergrund von § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylG und dem drohenden Erlöschen der begehrten Flüchtlingseigenschaft.⁵⁹

Abgesehen davon muss die Antwort auf die Ausgangsfrage vom grundsätzlichen Verhältnis der beiden Schutzformen – Flüchtlingsanerkennung und subsidiärer Schutz – sowohl im nationalen Recht als auch im Unionsrecht ausgehen. Wohlgemerkt und klarstellend geht es hier zunächst einmal um die abstrakte Frage, in welchen Konstellationen bei subsidiärem Schutz per se von einer Unzumutbarkeit auszugehen ist – und damit unabhängig vom Vorliegen einer individuell geltend gemachten Gefährdung der Person selbst oder von Angehörigen, als dass dies an sich und unabhängig vom Schutzstatus zu einer Unzumutbarkeit der Passbeschaffung führen muss.⁶⁰

Zunächst muss konstatiert werden: § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylG, der im Falle der Beantragung eines Nationalpasses das Erlöschen der Flüchtlingsanerkennung zur Folge hat, und damit die Beantragung unzumutbar macht, ist für die Konstellation des subsidiären Schutzes nicht analog anwendbar.⁶¹ Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut, da dieser keine Aussagen über analoge Anwendungen geben kann, aber es fehlt an der Planwidrigkeit der Regelungslücke.

Andererseits kann nicht, wie von einzelnen Gerichten vertreten, aus der Entscheidung im Asylverfahren und der Ablehnung einer Flüchtlingsanerkennung die grundsätzliche, von individuellen Faktoren abgesehene, Zumutbarkeit einer Passbeschaffung für subsidiär Schutzberechtigte geschlussfolgert werden. So führt etwa das VG Münster aus,⁶² dass die rechtliche Würdigung im Asylverfahren in diesem Fall einer drohenden Einberufung zum Wehrdienst und einer Gefährdung wegen politischer Aktivitäten »nicht nachträglich auf ausländerrechtlichem Weg« korrigiert werden können. Die zuständige Ausländerbehörde sei »im Rahmen der Ausstellung des Reiseausweises daran gebunden. Das folgt zwar nicht unmittelbar aus § 42 Satz 1 AsylG, aber aus der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundesamtes gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 AsylG zur Entscheidung über Asylanträge, die gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 AsylG die Beantragung der Anerkennung als Asylberechtigter sowie des internationalen Schutzes umfassen. Diese ausschließliche Zuständigkeit würde unterlaufen.«⁶³ Diese Argumentation verkennt, dass hier zwei Behörden bzw. Körperschaften unterschiedliche Zuständigkeiten innehaben, die auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen mit unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen beruhen: Während sich das BAMF im Asylverfahren mit einer Verfolgung und dem Zusammenhang von Verfolgung und Verfolgungsgrund auseinandersetzen muss, ist die Frage, was einer Person zur Beschaffung eines Passes zugemutet werden kann, ein weiterer, jedenfalls aber ein anderer Maßstab.⁶⁴ Deshalb kann ein Reiseausweis auch nicht mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer (erneuten) Asylantragstellung versagt werden.⁶⁵

Zugleich kann zwar, auf der einen Seite, aus dem Unionsrecht keine umfassende Gleichstellung der beiden Schutzformen im Hinblick auf die Erteilung von Reiseausweisen geschlussfolgert werden: Art. 25 RL 2011/95/EU unterscheidet ausdrücklich zwischen dem prinzipiellen Anspruch auf Erteilung eines Reiseausweises für anerkannte Flüchtlinge in Abs. 1 einerseits, und andererseits in Abs. 2 dem »Recht für

59 VG Berlin, Urteil vom 09.12.2020, Az.: VG 15 K 231.19.

60 Siehe dazu unten: B.III.4.d.

61 Bay. VGH, Beschl. v. 17.10.2018 – 19 ZB 15.428 –, juris, Rn. 10; OVG NRW, Beschl. v. 17.05.2016 – 18 A 951/15 –, juris Rn. 6; VG Gießen, Urt. v. 28.07.2016 – 6 K 3108/15.GI –, juris Rn. 18.

62 VG Münster Urt. v. 23.6.2022 – 3 K 823/20, BeckRS 2022, 15665, beck-online.

63 So auch OVG Münster Beschl. v. 25.11.2021 – 18 E 660/21, BeckRS 2021, 53683, beck-online, wo es heißt: »Mit Blick auf die gesetzlich geregelte Zuständigkeit des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge für Asylerst- und Folgeanträge (vgl. § 13 AsylG) und die grundsätzliche Kompetenztrennung zwischen Bundesamt und Ausländerbehörde überzeugt es nicht, dass die Ausländerbehörde im Rahmen des § 5 Abs. 1 AufenthV eine eigene Bewertung des Asylbegehrens vorzunehmen.«

64 In diesem Sinne: OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 02.06.2022, OVG 3 N 36/22. Zugleich unter Hinweis auf die Berliner Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG: VG Berlin, Urteil vom 09.09.2022 – 11 K 164/22 – asyl.net: M30940.

65 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 – openJur 2022, 2157, Rn. 24.

Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist und die keinen nationalen Pass erhalten können, Dokumente für Reisen außerhalb ihres Hoheitsgebiets aus[gestellt zu bekommen], es sei denn, dass zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem entgegen stehen.»⁶⁶

Aus dieser Norm, dem Art. 25 Abs. 2 RL 2011/95/EU, und der Gesamtsystematik der RL 2011/95/EU lassen sich aber, auf der anderen Seite, die zwei folgenden Rückschlüsse ziehen:

Erstens ergibt sich aus dem Vergleich zur Vorgängernorm des aktuellen Art. 25 Abs. 2 RL 2011/95/EU eine unmittelbare Erweiterung der Rechtsposition der Antragsteller*innen: In Art. 25 Abs. 2 RL 2004/83/EG hieß es noch, dass eine Ausstellung nur geboten sei, »*zumindest, wenn schwerwiegende humanitäre Gründe es erfordern.*« Eine Ablehnung der Erteilung ist dann nur im Ausnahmefall möglich, und das in § 5 Abs. 1 AufenthV vorgesehene Ermessen ist, in richtlinienkonformer Auslegung mit Blick auf Art. 25 Abs. 2 letzter Halbs. RL 2011/95/EU, auf Null reduziert.⁶⁷ Die Behörde ist insofern, ausweislich allgemeiner Grundsätze, gehalten, darzulegen, dass entsprechend zwingende Gründe vorliegen. Wichtig ist auch, dass angesichts des Vergleichs mit der Vorgängernorm kein konkreter Reiseanlass mehr vorgetragen werden muss.⁶⁸

Zweitens: Die Vorgabe des Art. 25 Abs. 2 RL 2011/95/EU ist nur ein Mindeststandard zugunsten der Antragsteller*innen, sie statuiert erst recht keine grundsätzliche Zumutbarkeit der Beschaffung von Reiseausweisen, und die Frage, ob die Person im Sinne der Norm »*keinen aktuellen Pass erhalten kann*«, kann und muss ebenfalls mithilfe des Unionsrechts und mit Blick auf das Fundament des subsidiären Schutzstatus im Migrationsrechtssystem beantwortet werden.

Dabei ist nochmals das allgemeine Verhältnis zwischen Flüchtlingsschutz und subsidiärem Schutz nach der RL 2011/95/EU in den Blick zu nehmen: Bereits die Entstehung der Richtlinie war wesentlich von der Angleichung des Schutzstatus des subsidiär Schutzberechtigten an den von Flüchtlingen geprägt,⁶⁹ was sich dann auch ausdrücklich im 13. Erwägungsgrund sowie, unter anderem, bei der Erteilung der entsprechenden Aufenthaltstitel in Art. 24 RL 2011/95/EU niedergeschlagen hat. Dieses Bestreben nach Angleichung fußt darauf, dass sich die vorherige Annahme bei Einführung des subsidiären Schutzstatus, dass dieser nur einen vorübergehenden Schutz gewährleisten solle, als falsch herausgestellt hatte – während nunmehr der subsidiäre Schutzstatus als Ergänzung des Flüchtlingsstatus begriffen wird (33. Erwägungsgrund).

Dem entspricht der materielle Befund, dass es zwischen dem Flüchtlingsschutz und dem subsidiären Schutzstatus nicht per se einen qualitativen Unterschied gibt. Dies gilt jedenfalls für das Verhältnis der betreffenden Person mit seinem Herkunftsstaat, als dass dieses Verhältnis für den vorliegenden Kontext der maßgebliche Anknüpfungspunkt ist, nämlich ob der Person eine Kontaktaufnahme mit den Behörden zumutbar ist oder nicht. Zwar mag es historisch gesehen für die Vorstellung des Flüchtlingsbegriffs aus der Genfer Flüchtlingskonvention prägend sein, dass bei einer festgestellten politischen Verfolgung das auf der Staatsangehörigkeit begründete Rechtsverhältnis zusammengebrochen ist,⁷⁰ und die politische Verfolgung eine »*Ausgrenzung aus der staatlichen Friedensordnung*« darstellt.⁷¹ Derweil geht diese Vorstellung auf der einen Seite noch von einem primär auf staatlicher Verfolgung geprägten Flüchtlingsbegriff aus. Auf der anderen Seite können auch Menschenrechtsverletzungen, ohne dass ein Verfolgungsgrund vorliegt, die aber zu einem subsidiären Schutzstatus führen müssen, aufgrund ihrer Schwere als

66 Bei der Entstehung der Vorgängerregelung – in Gestalt des Art. 25 Abs. 2 RL 2004/83/EG – hatte das Europäische Parlament zunächst vorgeschlagen, die Ausstellung von Reisedokumenten für subsidiär Schutzberechtigte an die Bedingungen für anerkannte Flüchtlinge vollständig anzugleichen (vgl. dazu: Bericht des Ausschusses für die Freiheiten und Rechte der Bürger, Justiz und innere Angelegenheiten, 8.10.2002, KOM 2001, Cs-0573/2001 – 2001/0207, Änderungsantrag 67, 40). Dieser Vorschlag wurde von der Kommission nicht übernommen.

67 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 35; VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 – 12 A 2452/19 – juris.

68 VGH München Beschl. v. 10.2.2016 – 19 ZB 14.2708, BeckRS 2016, 43546, beck-online.

69 Vgl. Vorschlag der Europäischen Kommission vom 21.10.2009, Nr. 1.1 b), abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu>, CELEX-Nummer: 52009PC0551.

70 Hathaway/Foster, *The Law of Refugee Status*, 2. Aufl. 2014, 288 f.

71 OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20 – juris, Rn. 32; VG Wiesbaden, Urteil vom 08.06.2020 – 4 K 2002/19.WI – juris, Rn. 20 f.

Ausgrenzung aus der Rechtsordnung des Staates darstellen. Ob eine Person aus einer Friedensordnung oder aus dem Rechtsverhältnis mit dem Herkunftsstaat ausgeschlossen wird, bemisst sich nicht nach dem Flüchtlingsrechtlichen Status und dem Vorliegen eines Verfolgungsgrundes im Sinne des § 3b AsylG, sondern nach dem tatsächlichen Handeln des Staates: Es erschließt sich nicht, warum zwischen einer Person, die wegen nicht-staatlicher Verfolgung als Flüchtling anerkannt ist, und einer Person, der direkt von Seiten staatlicher Behörden die Todesstrafe oder Folter droht, ein Unterschied gemacht werden sollte.

Kurzum: Es kann eine nicht unwesentliche Überschneidung bzw. bei wertender Betrachtung eine Vergleichbarkeit der Bedrohungssituation »im materiellen Kern«⁷² bei den beiden Schutzformen festgestellt werden, und diese Überschneidung spiegelt sich auch in der rechtlichen Angleichung durch die unionsrechtliche Gesetzgebung wider. Konsequenterweise muss sodann die gesetzgeberische Wertung des § 72 Abs. 1 Nr. 1 AsylG auch bei der Beantragung eines Passes durch subsidiär Schutzberechtigte berücksichtigt werden,⁷³ und es muss grundsätzlich als unzumutbar klassifiziert werden, sich bei einer drohenden oder drohenden gravierenden Menschenrechtsverletzung dem Schutz des betreffenden Staates zu unterstellen, von dessen Behörden die Verletzung ausgeht.⁷⁴

Das VG Saarlouis⁷⁵ etwa stützt eine entsprechende Herangehensweise im Tatsächlichen mit den Erlebnissen und Erfahrungen mit dem Regime des Herkunftsstaates im individuellen Fall, die eine Kontaktaufnahme unzumutbar erscheinen lassen: In dem konkreten Verfahren ging es um Folterungen von Verwandten durch das syrische Regime, die es der Klägerin unmöglich machten, bzw. in den Worten des Gerichts einer Selbstverleugnung gleichkämen, mit den syrischen Behörden noch jemals in Kontakt zu treten. Eine solch subjektive Herangehensweise kann im Einzelfall eine Unzumutbarkeit nach sich ziehen, sie wird jedoch als allgemeiner Maßstab dem Konzept des subsidiären Schutzes nicht gerecht: Allgemein muss vielmehr darauf abgestellt werden, ob bei der Feststellung des subsidiären Schutzes eine Form staatlicher Rechtsverletzung im Raum steht, die aufgrund ihrer Qualität sowie aufgrund der absoluten Bedeutung der Normen im internationalen Menschenrechtssystem eine Ausgrenzung des Betroffenen aus der staatlichen Friedensordnung darstellt, die den Prämissen des Flüchtlingsschutzes gleichkommt.

Zusammengefasst: Die Umstände und Tatsachen, die dem subsidiären Schutzstatus zugrunde liegen, können und müssen Teil der Unzumutbarkeitsprüfung sein.⁷⁶ Sie sind nicht deshalb irrelevant, weil die Person nicht als politisch verfolgt klassifiziert wurde. Sie sind vielmehr relevant und führen per se – und damit unabhängig von der Frage einer konkret nachgewiesenen Gefährdung der eigenen Person oder Dritter – zu einer Unzumutbarkeit, wenn die Gefahr des ernsthaften Schadens, die dem Schutzstatus zugrunde liegt, eine Kontaktaufnahme mit Behörden des Herkunftsstaates untragbar erscheinen lässt. Dies muss man wiederum dann grundsätzlich annehmen, wenn eine Menschenrechtsverletzung im Raum steht, die von Seiten staatlicher Behörden droht oder von diesen bereits begangen wurde, also regelmäßig in den Fällen von § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 2 AsylG.

Diese Herausarbeitung eines grundsätzlichen Anspruchs auf Erteilung eines Reiseausweises für subsidiär Schutzberechtigte in einem bestimmten Teilbereich ist auch keine ungerechtfertigte Gleichbehandlung, die den Grundprämissen der RL 2011/95/EU widerspricht: Die in der Richtlinie beabsichtigte Angleichung darf nach dem 39. Erwägungsgrund nur unterlaufen werden von Ausnahmeregelungen »die notwendig und sachlich gerechtfertigt sind« – eine Maßgabe, die auch im Einzelfall von den mitgliedstaatlichen Behörden zu berücksichtigen ist.⁷⁷ Zudem bleibt für die in Art. 25 RL 2011/95/EU angelegte Differenzierung zwischen den beiden Schutzformen auch nach der hiesigen Lesart noch ein Anwen-

72 VGH München Beschluss vom 17.10.2018 – 19 ZB 15.428 – juris, Rn. 12; VG Köln, Urt. v. 04.12.2019 – 5 K 7317/18 –, juris Rn. 31 f.

73 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 = openJur 2022, 2157, Rn. 62; VGH Kassel Beschl. v. 20.9.2019 – 3 D 2520/18 – juris, Rn. 8.

74 VG Aachen, Urteil vom 10. Juni 2020 – 4 K 2580/18 – juris Rn. 40. Ähnlich: VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 = openJur 2022, 2157, Rn. 61; VGH München Beschluss vom 17.10.2018 – 19 ZB 15.428 – juris, Rn. 12.

75 VG Saarlouis Urt. v. 29.9.2021 – 6 K 283/19, BeckRS 2021, 32884, beck-online.

76 VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 – 12 A 2452/19 – juris, Rn. 28.

77 Vgl. dazu auch: VGH München, Beschluss vom 10.02.2016 – 19 ZB 14.2708 – juris Rn. 7

dungsbereich, wenn denn die Passbeantragung keine Handlung erfordert, die einer Unterschutzstellung gleichkommt oder in denen die der Person drohende Gefahr bzw. Menschenrechtsverletzung nicht vom Staat selbst ausgeht.⁷⁸

Derweil denkt auch das Bundesministerium des Inneren und für Heimat eine entsprechende Anwendung an, wenn es in einem Länderrundschreiben vom 16.08.2023,⁷⁹ in Reaktion auf die Entscheidung des BVerwG zu Passbeschaffung eritreischer Staatsangehöriger, Folgendes ausführt: »Zu beachten ist, dass es widersprüchlich sein kann, gegenüber Betroffenen einerseits eine staatliche Schutzgewährung zu erklären, andererseits aber in Kauf zu nehmen, dass das alltägliche Leben und die Integration in Deutschland wegen objektiv schwer zu erlangender Identitätsdokumente erschwert sind. Zudem sollte bei der Abwägung, ob die Erlangung von Pässen des Herkunftsstaates durch subsidiär Schutzberechtigte als zumutbar anzusehen ist, sorgfältig geprüft werde, aus welchen Gründe oder unter welchen Umständen der subsidiäre Schutzstatus zugebilligt worden ist. Eine typisierende Betrachtungsweise ist hierbei zulässig, auch um den Aufwand der Einzelfallentscheidungen der Ausländerbehörden Rechnung zu tragen. Zur Prüfung der Plausibilität sollte ein Abgleich mit dem Vortrag im Asylverfahren erfolgen (Anhörung, Begründung, BAMF-Bescheid). Besonders beachtlich sind Fälle, aufgrund einer gezielten Bedrohung durch staatliche Behörden zuerkannt worden ist und diese Bedrohung weiter anhält, selbst wenn das Maß oder die Art der Bedrohung nicht die Schwelle einer politischen Verfolgung im Sinne des Asylrechts erreicht (vgl. § 4 Absatz 1 und 2 AsylG).«

b. Reiseausweis für Personen mit Abschiebungsverbot

Auch für Personen, bei denen ein Abschiebungsverbot festgestellt wurde, kann es unzumutbar sein, sich einen Nationalpass zu beschaffen. Dies ist ebenfalls dann anzunehmen, wenn sich die konkreten Gefahren für Leib, Leben oder Freiheit, die nach den Feststellungen des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge bei einer Rückkehr drohten, bereits verwirklichen würden, wenn die Person in dessen konsularischer Vertretung in der Bundesrepublik Deutschland die Ausstellung eines Passes beantragen würde.⁸⁰

c. Finanzierung von staatlichen Verbrechen

Die Zahlung von Gebühren kann, nach dem Gesagten, bereits von der Höhe her problematisch sein, wenn die Zahlung den Gegenwert, der zur Erstellung eines Passes ausgegeben werden muss, jedenfalls erheblich übersteigt.

Die Bezahlung von Gebühren und Steuern muss noch aus einem anderen Grund diskutiert werden: Inwiefern nämlich ist es zumutbar, an einen Staat Geld zu zahlen, der Verbrechen verübt, einen völkerrechtswidrigen Krieg führt, oder an sich mit Sanktionen besetzt ist?

Antworten können sich hierfür zum einen aus dem Strafrecht ergeben: Zunächst regelt § 89c StGB explizit, dass sich strafbar macht, wer Vermögenswerte u.a. zur Verfügung stellt mit dem Wissen oder in der Absicht, dass diese von einer anderen Person zur Begehung eines Mordes (§ 211), eines Totschlags (§ 212), eines Völkermordes (§ 6 des Völkerstrafgesetzbuches), eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 des Völkerstrafgesetzbuches), eines Kriegsverbrechens (§§ 8, 9, 10, 11 oder 12 des Völkerstrafgesetzbuches) oder anderer schwerer Straftaten verwendet werden sollen. Eine wichtige Einschränkung enthält zwar § 89c Abs. 3 StGB: Demnach scheidet die Strafbarkeit aus, wenn die finanzierte Straftat außerhalb der Mitgliedstaaten der Europäischen Union begangen wird und kein Deutschlandbezug vorliegt. Nichtsdestotrotz ergibt sich bereits aus dieser Vorschrift ein Unrechtsgehalt der Finanzierung der

78 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 – openJur 2022, 2157.

79 Bundesministerium des Innern und für Heimat, Ausländerrechtliches Pass- und Dokumentenwesen, MI2.20105/45#43, 16. August 2023, abrufbar unter: https://www.nds-fluerat.org/wp-content/uploads/2023/10/Laenderschreiben-BMI_Auslaenderrechtliches-Pass-und-Dok.pdf.

80 VGH München Urt. v. 25.11.2021 – 19 B 21.1789, BeckRS 2021, 43861, beck-online; VGH München Beschl. v. 13.6.2016 – 10 C 16.773, BeckRS 2016, 47761, beck-online; OVG Hamburg Beschl. v. 28.2.2012 – 4 Bf 207/11.Z, BeckRS 2012, 48821, beck-online.

genannten Verbrechen. Dies ergibt sich ergänzend daraus, dass die Strafnorm des § 89c StGB wesentlich beruht auf internationalen Vorgaben, insbesondere dem Internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Finanzierung des Terrorismus von 1999⁸¹, der Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen Nr. 2178 von 2014 sowie dem EU-Rahmenbeschlusses 2002/475/JI – welche jeweils eine umfassende Austrocknung von Finanzströmen zugunsten terroristischer Organisationen zum Ziel haben.

Ein weiterer und noch konkreterer rechtlicher Ansatzpunkt für die Unzumutbarkeit kann sich daraus ergeben, wenn das betreffende Regime nachweislich Verbrechen verübt, die selbst in Deutschland nach dem VStGB einer Strafverfolgung unterliegen. Die Strafverfolgung fußt hierbei auf dem Weltrechtsprinzip, das nach § 1 S. 1 VStGB die Zuständigkeit der deutschen Gerichtsbarkeit für Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen begründet, wenn die Tat im Ausland begangen wurde und keinen Bezug zum Inland aufweist.

Schließlich kann darauf rekuriert werden, dass ein Regime oder maßgebliche Einzelpersonen mit Sanktionen belegt sind, die auch Finanztransaktionen untersagen, und zum Ziel haben, Geldflüsse und damit die finanzielle Unterstützung eines Staates zu unterbinden.

Aus diesen Aspekten kann jeweils geschlussfolgert werden, dass die Finanzierung eines Regimes, von dem strukturell Verbrechen ausgehen, von der deutschen Rechtsordnung missbilligt wird. Wenn die Rechtsordnung die Finanzierung missbilligt, kann auch von einer Einzelperson nicht verlangt werden, das betreffende Regime mittelbar zu finanzieren.

Voraussetzung ist dabei freilich, jedenfalls mit Blick auf die genannten Strafnormen, im Einzelfall zweierlei: Erstens muss geprüft werden, ob von dem betreffenden Staat derart genannte Verbrechen ausgehen; zweitens muss ein Zurechnungszusammenhang zwischen dem Geldfluss einerseits und den Verbrechen andererseits hergestellt werden: An dieser Stelle wird man, entsprechend der Figur des 89c StGB, einerseits einen engen Zusammenhang zwischen der Finanzierung und der Tat, und andererseits eine Systematik der Verbrechen verlangen müssen, die es wahrscheinlich machen, dass das Geld auch in die Planung oder Durchführung der Verbrechen führt.⁸² Wenn das betreffende Geld in den allgemeinen Staatshaushalt fließt, und der Staat an entsprechenden Verbrechen beteiligt ist, fließt das Geld regelmäßig in eben diese Verbrechen. Auch hierbei ist die Systematik des § 89c StGB zu berücksichtigen: Die Geringfügigkeit einer Zur-Verfügungstellung ändert nichts an der Strafbarkeit und dem Unrechtsgehalt, sondern sie senkt allein den Strafrahmen nach § 89c Abs. 5 StGB.

Wichtig ist noch folgender Hinweis: Den Nachweis dieses Zurechnungszusammenhangs obliegt an dieser Stelle nicht den Antragsteller*innen selbst. Diese können zwar gehalten sein, die Unzumutbarkeit geltend zu machen, wenn sich diese nicht bereits aufdrängt. Die Würdigung, ob ein Zusammenhang zwischen der Finanzierung und den Verbrechen besteht, ist Teil des Amtsermittlungsgrundsatzes, und obliegt damit den Behörden bzw. im Anschluss den Gerichten.

In der Rechtsprechung ist dieser – naturgemäß im Einzelfall komplex zu eruiende – Punkt noch nicht anhand von Einzelfällen abschließend thematisiert worden. Allein einzelne Gerichte haben obiter dicta die Möglichkeit dieser Konstellation einer unzumutbaren Finanzierung in Betracht gezogen: So etwa das VG Gießen im Zusammenhang mit der Frage, ob das eritreische Regime die Einnahmen bei der Passbeschaffung unter Verstoß gegen UN-Resolutionen zur Finanzierung kriegsgerichtlicher Aktivitäten nutzt.⁸³

81 BGBl. 2003 II S. 1923.

82 Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB § 89c Rn. 9.

83 VG Gießen Urt. v. 28.7.2016 – 6 K 3108/15, BeckRS 2016, 54108, beck-online.

EXKURS: SYRIEN

Seit 2012 wurde syrischen Staatsangehörigen von einer Vielzahl von Bundesländern ohne Einzelfallprüfung ein Reiseausweis ausgestellt, und damit die Beschaffung eines Reisepasses bei syrischen Auslandsvertretungen für unzumutbar erklärt. Dieser Praxis ist das Bundesministerium des Inneren und Heimat 2017 entgegengetreten, mit dem Verlangen, eine Unzumutbarkeit nur nach individueller Fallgestaltung anzunehmen.⁸⁴

Dies ist bereits deshalb zu kritisieren, weil gewichtige Hinweise dafür sprechen, dass syrische Staatsangehörige, die wegen einer Passbeschaffung bei der syrischen Botschaft vorsprechen, eigens – im Fall einer Rückkehr oder bereits in Deutschland – gefährdet sind, oder Repressionen gegen Angehörige in Syrien drohen: wenn auch nicht direkt durch den Botschaftsbesuch, aber indem die bei der Passbeantragung erhobenen Daten nach Syrien gelangen, wo der Passantrag bearbeitet wird,⁸⁵ sowie durch die Tätigkeit syrischer Geheimdienste im Bundesgebiet.⁸⁶ Es ist insofern unzureichend und führt zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit, wenn davon ausgehend die Ausländerbehörden nur in Einzelfällen besonders exponierter oder spezifischer Fallgestaltungen die Passbeschaffung für unzumutbar erklären.⁸⁷ Das Bundesministerium des Inneren und für Heimat hat an anderer Stelle⁸⁸ zur Unzumutbarkeit der Passbeschaffung syrischer Staatsangehöriger bereits selbst ausgeführt, dass »Repressalien gegenüber in Syrien aufhältigen Familienangehörigen bekannt geworden [sind], die im Zusammenhang mit der ehemaligen beruflichen Tätigkeit von staatlichen Bediensteten stehen (z.B. ehemalige Beamte und Mitarbeiter der Polizei, desertierte Soldaten).«

Abgesehen davon, ist eine solche einzelfallbezogene Praxis hinsichtlich von Personen mit subsidiärem Schutzstatus schon aus allgemeinen Erwägungen heraus unzulässig.⁸⁹ Überdies sprechen weitere Erkenntnisse dafür, per se eine Unzumutbarkeit bei der Beschaffung eines syrischen Reisepasses anzunehmen.

Höhe der Gebühr

Ausgehend von den Angaben der syrischen Botschaft werden die Gebühren wie folgt beziffert:⁹⁰ 265,- € für den Ersatz eines abgelaufenen Reisepasses; 310,- € für den Ersatz eines beschädigten Reisepasses; 310,- € für den Ersatz eines verlorenen Reisepasses; 265,- € für die erstmalige Ausstellung eines Reisepasses; 705,- € für die Ausstellung eines Express-Reisepass; 750,- € für die Ausstellung eines Express-Reisepass im Fall eines verlorenen und beschädigten Passes.

Diese Gebühren übersteigen erheblich die Gebühren für die Ausstellung eines Reisepasses durch andere Länder, sodass bereits zweifelhaft erscheint, dass es sich um eine angemessene Gebühr handelt, die allein der Kompensation der Gegenleistung dient. So betragen die Gebühren für einen deutschen Reisepass 81,- €, die Expressgebühr beträgt 32,- €.⁹¹

84 Beispielhaft: Rundschreiben des Niedersächsischen Innenministeriums vom 13.02.2018 mit Verweis auf eine E-Mail des Bundesinnenministeriums vom 06.07.2017, Fundstelle: nds-fluerat.org.

85 VG Berlin, Urteil vom 09.12.2020, Az.: VG 15 K 231.19, S. 5; VG Köln, Urteil vom 04.12.2019 – 5 K 7317/18 – asyl.net: M28002. Siehe dazu auch und m.w.N.: Accord, Anfragebeantwortung zu Syrien: Ausstellung von Dokumenten durch die syrische Botschaft in Istanbul, Fälle von Verhaftungen an der Botschaft; Folgen für Familienangehörige in Syrien, wenn sich Personen (z.B. Militär-deserteure) an syrische Vertretungen im Ausland wenden, 12.08.2020, <https://www.ecoi.net/de/dokument/2035658.html>.

86 Karen Krüger, Assad sieht dich, FAZ vom 11.02.2012, <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/syrische-spione-in-berlin-assad-sieht-dich-11646114.html>

87 Vgl. etwa dazu: Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, B. AufenthV. 5

88 Bundesministerium des Inneren und für Heimat, Ausländerrechtliches Pass- und Dokumentenwesen, MI2.20105/45#43, 16. August 2023, abrufbar unter: https://www.nds-fluerat.org/wp-content/uploads/2023/10/Laenderschreiben-BMI_Auslaenderrechtliches-Pass-und-Dok.pdf.

89 Siehe dazu: B.III.4.a.

90 Kleine Anfrage der Abgeordneten Clara Bünger, u.a., und der Fraktion DIE LINKE vom 14.09.2022, BT-Ds 20/3414, S. 2.

91 Beispielhaft: <https://uk.diplo.de/uk-de/02/gebuehren/2539606>;

Die Kosten für einen US-Reisepass beziffern sich auf 130,- US-Dollar.⁹² Besonders augenscheinlich erscheint das Verhältnis zur Gebühr für die Ausstellung eines Passes im syrischen Inland: Dem Verfasser ist von verschiedener Seite berichtet worden, dass eine Erteilung in Damaskus mit 7 US-Dollar oder im Expressverfahren mit gut 50 US-Dollar zu Buche schlägt.

Selbst wenn man diesen Berechnungsvergleich – auch mit Blick auf andere Länder mit höheren Gebühren⁹³ – in Zweifel zieht, ist noch ein anderer Aspekt zu berücksichtigen: Nach einer – wenngleich nicht repräsentativen – Erhebung von »Adopt a Revolution« werden Antragsteller*innen regelmäßig verpflichtet, höhere Gebühren zu bezahlen: In 90 % der befragten Fälle betragen diese mehr als die offizielle Gebühr, und durchschnittlich zwischen 350,- € und 400,- €. ⁹⁴ Es wird zudem von den Verfasser*innen berichtet, dass unter Verweis auf die lange Verfahrensdauer die Antragsteller*innen faktisch gezwungen werden, den Express-Reisepass mit der massiv höheren Gebühr zu beantragen, da die ansonsten lange Wartezeit nicht hinnehmbar ist. Diese gewichtigen Indizien, aus vielen Einzelberichten folgend, geben Anlass zu der Annahme, dass die syrischen Auslandsvertretungen Zahlungen erheben, die nicht mehr allein der Deckung der Gegenleistung dienen, sondern dem allgemeinen syrischen Staatshaushalt zufließen – und damit nach steuerrechtlichen Maßstäben keine Gebühr mehr darstellen. Wenn die Bundesregierung in diesem Zusammenhang ausführt, dass ihr »keine Erkenntnisse vor[liegen], wofür die syrische Botschaft beziehungsweise das syrische Regime die Gebühreneinnahmen verwendet«, ⁹⁵ muss eben dies geprüft werden und breitere Erkenntnismittel eingeholt werden, denn dies obliegt ihr bzw. den zuständigen Behörden und Gerichten im Rahmen des Amtsermittlungsgesetzes.

Finanzierung von Verbrechen

Jedenfalls besteht demnach und bereits jetzt, angesichts der Gebührenhöhe, die in vielen Einzelfällen über die Grundgebühren hinaus zu gehen scheint, eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass jedenfalls ein Teil des Geldes, der bei der Ausstellung eines Passes erhoben wird, in den allgemeinen syrischen Staatshaushalt bzw. an die syrische Regierung fließen.

Derartige Zahlungen sind aus zwei miteinander in Zusammenhang stehenden Gründen unzumutbar: Erstens wurde bereits im deutschen Rechtskreis verbindlich festgestellt, dass vom syrischen Regime systematische Menschenrechtsverbrechen ausgehen: So hat das OLG Koblenz in seinem Urteil aus dem Januar 2021 festgestellt, dass vom syrischen Regime seit Ende des Monats April 2011 ein »ausgedehnter und systematischer Angriff gegen die Zivilbevölkerung« im Sinne des § 7 Abs. 1 VStGB ausgeht.⁹⁶ Zweitens unterliegen Vertreter*innen des syrischen Regimes angesichts der Verbrechen umfangreichen Sanktionen, die Finanztransaktionen nach Syrien verbieten – ⁹⁷ die durch, zumal willkürlich praktizierte Zahlungen im Wege einer Passbeschaffung umgangen würde. ◆

92 <https://travel.state.gov/content/travel/en/passports/how-apply/fees.html>

93 Beispielsweise betragen die Gebühren für einen libanesischen Pass umgerechnet 751,59 €, vgl. dazu: <https://www.general-security.gov.lb/en/posts/11>.

94 Dazu: Adopt a Revolution, Erzwungene Passbeschaffung. So finanzieren deutsche Behörden die syrische Diktatur, 2022, https://adoptrevolution.org/wp-content/uploads/2022/11/Pass-broschuere_web_20230111_2.pdf; NDR, Teure Passvergabe: Finanzspritze für Assads Krieg, 28.02.2023, <https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama3/Teure-Passvergabe-Finanzspritze-fuer-Assads-Krieg-,panoramadreid4344.html>; Enab Baladi: Germany: Assad regime benefits from passports fees in Germany, activists demand solution, 28.11.2022, <https://english.enabbaladi.net/archives/2022/11/germany-assad-regime-benefits-from-passports-fees-in-germany-activists-demand-solution/>

95 Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Luise Amtsberg, Omid Nouripour, Filiz Polat, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 15.07.2021, BT-Drs. 19/31566, S. 9.

96 OLG Koblenz, Urteil vom 13.01.2022, 1 StE 3/21, S. 185 ff.

97 Vgl. dazu: <https://www.sanctionsmap.eu/#/main/details/34,32?search=%7B%22value%22:%22%22,%22searchType%22:%7B%7D%7D;> Syria: Council extends sanctions against the regime for another year, Pressemitteilung vom 27.05.2021, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2021/05/27/syria-council-extends-sanctions-against-the-regime-for-another-year/>.

d. Eigengefährdung und Gefährdung von Dritten

Unzumutbar kann die Passbeschaffung auch dann sein, wenn sie zu einer konkreten Gefährdung der Person selbst oder von Dritten, etwa im Herkunftsstaat lebenden Familienangehörigen führt. Wenn denn die Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus nicht schon aus allgemeinen Gründen die Unzumutbarkeit nach sich zieht,⁹⁸ müssen die der Zuerkennung zugrundeliegenden Tatsachen jedenfalls an dieser Stelle besonders berücksichtigt werden.

Allgemein muss die geltend gemachte Gefährdung an dieser Stelle nicht zweifelsfrei feststehen, sondern es reichen konkrete Anhaltspunkte bzw. ein »Restrisiko«,⁹⁹ dass eine solche Gefährdung nicht ausgeschlossen werden kann.¹⁰⁰

Eine Gefährdung der Person ist zunächst dann anzunehmen, wenn die Person durch die Offenlegung ihres Aufenthaltsortes in Deutschland selbst Konsequenzen in Form von Übergriffen befürchten muss – in Deutschland selbst, oder im Fall einer Rückreise in das Herkunftsland oder anderweitig im Ausland. Dabei muss auch die noch fiktive Konstellation bedacht werden, dass die Person wegen des Wegfalls der zugrundeliegenden Umstände den Schutzstatus verliert und gezwungen ist, in ihr Herkunftsland zurückzukehren – und damit verbunden die Frage, ob sich die Gefahr von Repressionen und Konsequenzen verschärft, wenn die Behörden des Herkunftsstaates durch die Beantragung des Passes bereits frühzeitig Informationen etwa über den Aufenthaltsort und seine Aktivitäten erlangen.¹⁰¹ Eine Gefährdung speziell in einem anderen Staat kann sich daraus ergeben, dass für den Fall einer Reise ins Ausland mit dem dann vorliegenden und verwendeten Pass des Herkunftsstaates eine Abschiebung in das betreffende Land droht, wenn denn eine solche Möglichkeit substantiiert vorgetragen wird.¹⁰²

Auch kann die Gefährdung der Familie drohen, wenn die antragstellende Person Daten und Aufenthaltsorte der Familienmitglieder bei der Passbeantragung offenlegen muss.¹⁰³ Letzteres wird etwa für eine Passbeantragung bei der iranischen Botschaft angenommen.¹⁰⁴

e. Reue- und Kooperationserklärungen

Von einigen Staaten werden bei der Beantragung von offiziellen Dokumenten bisweilen Erklärungen verlangt, eine Solidaritätserklärung oder eine sogenannte Reueerklärung zu unterzeichnen, mit der die Treue zu dem Staat, oder das Eingeständnis verlangt wird, gegen Pflichten verstoßen zu haben und die Sanktionen zu akzeptieren, was sich insbesondere auf eine Entziehung vom Wehrdienst oder die illegale Ausreise bezieht.

Der Umgang mit derartigen Erklärungen, insbesondere mit Blick auf die Erfüllung des Wehrdienstes in Eritrea war – im Zusammenhang mit der Passpflicht, aber auch in gleichgelagerten Konstellationen des Familiennachzuges und dem Erfordernis der Nachregistrierung einer Ehe – unter den Verwaltungsgerichten umstritten.¹⁰⁵ Von den Ausländerbehörden und der Bundesregierung wurde es bis dato grundsätzlich für zumutbar erachtet, eine solche Erklärung zu unterzeichnen.

98 Siehe dazu oben unter B.III.4.a.

99 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 28.

100 VG Berlin, Urteil vom 09.12.2020, Az.: VG 15 K 231.19, S. 5; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 29.02.1996 – 11 S 2744/95, InfAuslR 1996, 304.

101 VG Köln, Urteil vom 04.12.2019 – 5 K 7317/18 – asyl.net: M28002, Rn. 72 ff. Ebenfalls die Konsequenzen für den Fall einer Rückkehr nach Widerruf des Schutzstatus in den Blick nehmend: VG Wiesbaden, Urteil vom 08.06.2020 – 4 K 2002/19.WI – juris, Rn. 26.

102 VGH München, Beschluss vom 17.10.2018, 19 ZB 15.428 – juris Rn. 12.

103 NK-AuslR/Winfried Möller, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 48 Rn. 20.

104 Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, B.AufenthV.1.B, AufenthV.5, S. 608.

105 Vgl. etwa und jeweils m.w.N.: VG Schleswig Urt. v. 25.6.2021 – 11 A 38/20, BeckRS 2021, 18417, beck-online; OVG Lüneburg (12. Kammer), Urteil vom 18.03.2021 – 8 LB 97/20; VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 – 12 A 2452/19 – juris. Grundlegend ebenfalls: VGH München Urt. v. 25.11.2021 – 19 B 21.1789, BeckRS 2021, 43861, beck-online; VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 – openJur 2022, 2157; VG Saarlouis Urt. v. 29.9.2021 – 6 K 285/19, BeckRS 2021, 32888, beck-online; VGH München Beschl. v. 17.10.2018 – 19 ZB 15.428, BeckRS 2018, 26777, beck-online.

Nun ist das BVerwG in einer Grundsatzentscheidung zu dem Schluss gekommen, dass dies in der Allgemeinheit rechtswidrig ist. In dem, dem Urteil des BVerwG vom 11.10.2022¹⁰⁶ zugrundeliegenden Sachverhalt ging es um einen eritreischen Staatsangehörigen, der den subsidiären Schutzstatus innehatte, die Erteilung eines Reiseausweises von der zuständigen Ausländerbehörde begehrt hatte, und diese Erteilung mit dem Argument abgelehnt worden war, dass die Stellung eines Passantrages und damit zugleich die Unterzeichnung einer Reueerklärung gegenüber der eritreischen Botschaft zumutbar sei. In der entsprechenden Reueerklärung hätte der Kläger einen Passus unterschreiben müssen, dass er bedauert, »seiner nationalen Pflicht [zur Erfüllung des Wehrdienstes] nicht nachgekommen zu sein und erklärt, eine eventuell dafür verhängte Strafe zu akzeptieren.«¹⁰⁷

Das BVerwG stellt maßgeblich darauf ab, dass es sich bei einer Erklärung, unter Verletzung der nationalen Pflichten illegal ausgereist zu sein und eine eventuell dafür verhängte Strafe zu akzeptieren, nicht – wie die Vorinstanz argumentiert hatte – nicht nur um eine Formalie mit keiner Ernsthaftigkeitserwartung, sondern um eine Selbstbezeichnung handele, und kommt zum Ergebnis, dass dies aus zwei Gründen rechtswidrig ist:

Erstens überschreite eine Verpflichtung zu einer solchen Selbstbezeichnung die einfach-gesetzlichen Grenzen des § 5 Abs. 2 AufenthV, als dass es sich dabei nicht um eine zumutbare staatsbürgerliche Pflicht im Sinne des § 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthV handelt: Denn diese hat in den Bestimmungen des deutsche Passrechts keine Entsprechung; sie ist so weit von einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung entfernt, dass sich die betreffende Person nicht gegen ihren Willen von einer deutschen Behörde darauf verweisen lassen muss; zudem hat sie – wie dies § 5 Abs. 2 Nr. 2 AufenthV verlangt (»nach dem Recht des Herkunftsstaates«) keine ersichtliche Grundlage.

Zweitens: Eine Selbstbezeichnung und ein damit einhergehendes Loyalitätsbekenntnis ist eine Verletzung des durch Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹⁰⁸

Dieses schützt, bereits nach der Rechtsprechung des BVerfG¹⁰⁹, vor einer Konfliktlage, in der man sich selbst strafbarer Handlungen oder anderer Verfehlungen bezichtigen muss, und umfasst, nach den Schlussfolgerungen des BVerwG auch Konstellationen, in denen es zwar – wie bei der Beantragung eines Reiseausweises – nicht um einen mit Beugemitteln durchsetzbaren Zwang geht, jedoch um eine staatliche Leistung, auf die grundsätzlich ein Anspruch besteht, deren Verzicht unzumutbar ist.¹¹⁰ Und das sei hier der Fall, denn Art. 25 Abs. 2 RL 2011/95/EU mutet einen solchen Verzicht nicht zu, und die Erteilung eines Reiseausweises ist durch das Recht auf Ausreisefreiheit und Freizügigkeit nach Art. 2 Abs. 2 4. ZP EMRK auch menschenrechtlich geschützt. Damit wird auch das ähnlich formulierte Argument widerlegt, dass die fehlende imperative Verpflichtung der Unzumutbarkeit entgegensteht.¹¹¹ Denn auch aus grundrechtlicher Perspektive gilt, dass Maßnahmen, die nicht unmittelbar und rechtlich, aber doch mittelbar und faktisch wirken, weil ansonsten ein nicht unerheblicher Nachteil entsteht, grundrechtlich eine Beeinträchtigung darstellen können.¹¹²

106 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online.

107 Zitiert nach: BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 17. Eine Vorlage findet sich hier: <https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora-Appendices.pdf#page=24>.

Gegen die Unzumutbarkeit u.a. und m.w.N.: OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20, juris, Rn. 53 ff.

108 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 24. So auch bereits: VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 - 12 A 2452/19 – juris; VG Schleswig Urt. v. 25.6.2021 – 11 A 38/20, BeckRS 2021, 18417, beck-online, Rn. 42 f. Ausführlich dazu: Ujkasevic, Ich bereue nichts! – Neuere Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Passbeschaffung bei eritreischen Auslandsvertretungen, ZAR 2022, 263, 269.

109 BVerfG, Beschluss vom 26. Februar 1997 – 1 BvR 2172/96, BVerfGE 95, 220, 24.

110 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 20.

111 So etwa: OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20, juris, Rn. 60.

112 So auch bereits: VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 - 12 A 2452/19 – juris, Rn. 38; VG Schleswig Urt. v. 25.6.2021 – 11 A 38/20, BeckRS 2021, 18417, beck-online, Rn. 40.

Diese Erwägungen gelten nach den Schlussfolgerungen des BVerwG auch dann, wenn die Person nicht in den Herkunftsstaat zurückkehren muss oder will, und also unabhängig von der Gefahr, ob eine Durchführung eines entsprechenden Strafverfahrens droht. Voraussetzung ist allein, dass die betreffende Person plausibel darlegt, die Erklärung nicht freiwillig abgeben zu wollen.¹¹³ Es muss sich hingegen nicht um eine unauflösbare Gewissensentscheidung handeln.¹¹⁴ Ähnlich hatte bereits das VG Hannover formuliert, dass angesichts des hier tangierten Selbstbestimmungsrechts keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen, und es in der Person der Antragsteller*in selbst liegt, ihren sozialen Geltungsanspruch zu bestimmen.¹¹⁵

Über die wesentliche Anknüpfung des BVerwG an den plausibel gemachten Unwillen, eine solche Erklärung abzugeben, dürfte die Unterzeichnung derselben weiterhin an einem anderen Punkt die Grenze der Zumutbarkeit überschreiten, was das BVerwG selbst nur am Rande thematisiert:¹¹⁶ Nämlich dann, wenn infolge der Selbstbeziehung ein Strafverfahren droht, das gegen die Vorgaben des Art. 3 EMRK verstößt, und damit mit Folter oder unmenschlicher und erniedrigender Behandlung verbunden ist.¹¹⁷ Denn auf diese Vorgabe des Art. 3 EMRK kann auch in Form einer freiwilligen Erklärung nicht verzichtet werden.

Zu Recht stellt etwa das VG Wiesbaden nicht nur auf die Abgabe der Erklärung als solcher, sondern auch auf die objektiv drohenden Konsequenzen – in diesem Fall ebenfalls eines drohenden Strafverfahrens in Eritrea – ab und ergänzt mit Blick auf die Unzumutbarkeit, dass für die unterzeichnende Person nicht absehbar sei, welche konkreten Strafen drohen, zumal diese willkürlich festgelegt werden.¹¹⁸

Schließlich hat auch das Bundesministerium des Innern und für Heimat die Entscheidung des BVerwG rezipiert und in einem Länderrundschreiben vom 16.08.2023¹¹⁹ klargestellt, dass nunmehr ein Pass oder Passersatz nicht in zumutbarer Weise erlangt werden kann, »wenn der Herkunftsstaat die Ausstellung der Passdokumente an die Unterzeichnung einer ›Reueerklärung‹ knüpft, die mit der Selbstbeziehung einer Straftat verknüpft ist, und der Ausländer ausdrücklich und plausibel darlegt, dass er diese Erklärung nicht abgeben will.« Diese Unzumutbarkeit gelte »unabhängig von Alter, Geschlecht, Aufenthaltswort sowie Aufenthalts- und (asylrechtlichem) Schutzstatus.« Das Ministerium weist zugleich darauf hin, dass in der Praxis Fälle bekannt seien, »in denen die Reueerklärung von der eritreischen Auslandsvertretung nicht gefordert und Reisepässe ohne die Abgabe dieser Erklärung ausgestellt worden seien.« Abgesehen von der Tatsache, dass die Handlungsempfehlungen nicht abschließend verbindlich sind, stellen bereits diese – durch den Verweis auf die »ausdrückliche« und »plausible« Darlegung sowie auf das fehlende Erfordernis einer Reueerklärung in Einzelfällen – Hürden auf, die den Ausländerbehörden Spielräume lassen, die auch im Rahmen einer vorbereitenden Beratung zwingend berücksichtigt werden müssen, mithin die Unzumutbarkeit in diesen Konstellationen auch nach der Entscheidung des BVerwG ohnehin alles andere als ein Selbstläufer ist, und weitere gerichtliche Klärung zu erwarten und vonnöten sein wird.

113 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 29.

114 Einen stärkeren Gewissenskonflikt hatte verlangt: VG Schleswig Urt. v. 25.6.2021 – 11 A 38/20, BeckRS 2021, 18417, beck-online, Rn. 40.

115 VG Schleswig Urt. v. 25.6.2021 – 11 A 38/20, BeckRS 2021, 18417, beck-online, Rn. 43 f.

116 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 27.

117 VG Sigmaringen Urt. v. 16.2.2022 – 5 K 4651/20, BeckRS 2022, 4315, beck-online.

118 VG Wiesbaden, Urteil vom 08.06.2020 - 4 K 2002/19.WI – juris, Rn. 26.

119 Bundesministerium des Innern und für Heimat, Ausländerrechtliches Pass- und Dokumentenwesen, MI2.20105/45#43, 16. August 2023, abrufbar unter: https://www.nds-fluerat.org/wp-content/uploads/2023/10/Laenderschreiben-BMI_Auslaenderrechtliches-Pass-und-Dok.pdf. In diesem Sinne auch: Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport, Erlass vom 02.06.2023 – Az- 63.23-12231-2-ERI/02, abrufbar unter: <https://www.asyl.net/rsdb/m31878>.

EXKURS: ERITREA

Wenn ein*e eritreische Staatsangehörige*r einen Reisepass bei einer eritreischen Botschaft beantragt und ausgestellt bekommen will, wird von den Vertretungen regelmäßig zweierlei gefordert: Erstens wird eine sog. Diasporasteuer erhoben, die 2 % des Einkommens beträgt, welches seit Verlassen des Landes erwirtschaftet wurde.¹²⁰ Zweitens soll eine sog. Reueerklärung unterzeichnet werden, mit der die betreffende Person erklärt, »(...) *that I regret having committed an offence by failing to fulfill my national obligation and that I am willing to accept the appropriate measures when decided*«, also das Bedauern ausdrückt, »*seiner nationalen Pflicht [zur Erfüllung des Wehrdienstes] nicht nachgekommen zu sein und erklärt, eine eventuell dafür verhängte Strafe zu akzeptieren.*«¹²¹

Diese beiden Vorgaben sind, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Zumutbarkeitskriterien nach § 5 AufenthV, aus mehreren Gründen problematisch. Daneben begegnet die Maßgabe, eritreischen Staatsangehörigen, zumal mit einem Schutzstatus in Deutschland, eine Passbeschaffung zuzumuten, aus allgemeinen Erwägungen heraus rechtlichen Bedenken.

Zahlung der Diasporasteuer

Die Zahlung der Diasporasteuer erfolgt nicht als Gegenleistung für die Ausstellung des Passes.¹²² Die rechtliche Zulässigkeit bemisst sich daher nicht nach § 5 Abs. 2 Nr. 4 AufenthV. Zwar ist, wie ausgeführt,¹²³ die Erhebung von Steuern und Abgaben im Zusammenhang mit einem Passantrag nicht per se ausgeschlossen. Dabei dürfen diese allerdings nicht willkürlich erhoben werden.¹²⁴

Während zahlreiche Verwaltungsgerichte die Steuererhebung für zumutbar klassifizieren,¹²⁵ ist allein die fehlende Willkür schon fraglich, ob also eine valide Rechtsgrundlage im eritreischen Recht vorliegt. Die möglichen Rechtsgrundlagen sind zwei sog. Proclamations aus den Jahren 1991 und 1995.¹²⁶ Diese dürften jedoch nicht mehr gültig sein, da die später erlassene Verfassung von 1997 vorsieht, dass die Steuergesetzgebung bei der eritreischen Nationalversammlung liegt, und eben diese Nationalversammlung hat seitdem weder die Proclamations bestätigt noch eigens eine rechtliche Grundlage geschaffen.¹²⁷

120 DSP-groep Amsterdam, Tilburg School of Humanities, Department of Culture Studies, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017, https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora_30-august-1.pdf, S. 16 ff.

121 Mekonnen/Palacios Arapiles, Access to Documents by Eritrean Refugees in the Context of Family Reunification, April 2021, https://refugeerights.org/wp-content/uploads/2021/05/report_access_to_official_documents_eritrea_equalrights_irap.pdf, S. 36; DSP-groep Amsterdam, Tilburg School of Humanities, Department of Culture Studies, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017, https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora_30-august-1.pdf, Anlage E.

Group/Tilburg University, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017. Entsprechende Zitate werden in der Rechtsprechung wiedergegeben: BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online; VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 – openJur 2022, 2157, Rn. 65 ff.

122 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 – openJur 2022, 2157, Rn. 54

123 Siehe oben: B.III.3.c.

124 Verordnung zur Durchführung des Zuwanderungsgesetzes, BR-Ds. 731/04, S. 152 f.

125 VGH München Urt. v. 25.11.2021 – 19 B 21.1789, BeckRS 2021, 43861, beck-online, Rn. 73; OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20, juris, Rn. 34; OVG Hamburg Urt. v. 27.10.2021 – 4 Bf 106/20, BeckRS 2021, 34328, beck-online, Rn. 62.

126 »Proclamation to Provide for the Collection of Rehabilitation Tax« (Proclamation No. 17/1991) und »Proclamation to Provide for the Collection of Tax from Eritreans who Earn Income while Living Abroad« (Proclamation No. 67/1995). Näher hierzu: DSP-groep Amsterdam, Tilburg School of Humanities, Department of Culture Studies, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017, https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora_30-august-1.pdf, S. 33 ff.; dazu auch: EASO, Informationsbericht, a.a.O. S. 60

127 Ausführlich dazu: Ujkasevic, Ich bereue nichts! – Neuere Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Passbeschaffung bei eritreischen Auslandsvertretungen, ZAR 2022, 263.

Willkürlich ist die Steuer auch deshalb, weil die Betroffenen keine Möglichkeiten haben, Rechtsschutz gegen die Steuererhebung zu suchen.¹²⁸ Daneben gibt es Hinweise darauf, dass die Steuer auch praktisch willkürlich festgesetzt wird und Personen, die der Regierung nahestehen, freigestellt werden.¹²⁹ Derartigen Indizien müssten die deutschen Verwaltungsgerichte im Zweifelsfall nachgehen.

Gleichfalls muss von den Behörden und Verwaltungsgerichten geprüft und es müssen ggfs. weitere Erkenntnisse eingeholt werden, welchen Zwecken das Geld letzten Endes dient: Auf der einen Seite macht die Diasporasteuer, gemeinsam mit anderen »Zuwendungen« aus dem Ausland ein Drittel des eritreischen Haushaltes aus.¹³⁰ Auf der anderen Seite deuten gewichtige Indizien darauf hin, dass der eritreische Staat in der Tigray-Region in Kriegsverbrechen involviert ist, die sodann mittelbar durch die Steuerzahlungen finanziert werden.¹³¹ Angesichts dessen und vor dem Hintergrund der Amtsermittlungspflicht machen es sich die Gerichte jedenfalls zu leicht, wenn sie es als »nicht ersichtlich« abtun, dass der eritreische Staat die Steuerzahlungen für Zwecke einsetzt, die dem Völkerrecht widersprechen.¹³²

Unterzeichnung einer Reueerklärung

Nachdem bereits vorab verschiedene Verwaltungsgerichte die Abgabe einer Reueerklärung im Einzelfall für unzumutbar erklärt hatten,¹³³ hat nunmehr auch das BVerwG speziell mit Blick auf Eritrea dazu Stellung genommen, und eben diese Praxis im Wesentlichen aus zwei Gründen für unzumutbar im Sinne des § 5 AufenthV erklärt:¹³⁴ Wegen des Fehlens einer gesetzlichen Grundlage in § 5 AufenthV, und weil die Praxis eine grundrechtswidrige Selbstbechtigung verlangt. Entscheidend und praktisch hilfreich dürfte es im Einzelfall – und bereits bei der Antragstellung gegenüber der Behörde – sein, eine plausible Darlegung beizubringen, dass die Unterzeichnung der Erklärung tatsächlich nicht freiwillig erfolgen würde.

Noch nicht abschließend geklärt ist unterdessen die Frage, wie geklärt und ggfs. dargelegt werden muss, ob die Abgabe einer Reueerklärung von der eritreischen Auslandsvertretung überhaupt verlangt wird. So wird im Einzelnen dieser Aspekt in die Sphäre der Antragsteller*innen gesetzt und von diesen verlangt, zunächst eine Vorsprache zu versuchen und sodann »einen Nachweis gegenüber der zuständigen Ausländerbehörde [zu] erbringen, dass eine Vorsprache erfolgt ist und ohne die Abgabe der Reueerklärung ein eritreischer Pass nicht erlangt werden kann.«¹³⁵ Tatsächlich dürfte es sich hierbei allerdings um einen Punkt handeln, der als Teil des Amtsermittlungsgrundsatzes in die Sphäre der Behörden fällt, denn es erscheint nicht zumutbar, eine Person angesichts der weitreichenden Praxis der eritreischen Behörden und damit allein zu Versuchszwecken einer derartigen Gängelung auszusetzen. Jedenfalls aber muss für diesen Fall die Vorlage ei-

128 DSP-groep Amsterdam, Tilburg School of Humanities, Department of Culture Studies, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017, https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora_30-august-1.pdf, S. 139.

129 Vgl. DSP-groep Amsterdam, Tilburg School of Humanities, Department of Culture Studies, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017, https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora_30-august-1.pdf, S. 80 f., 135.

130 Hirt, The Eritrean Diaspora and its Impact on Regime Stability, African Affairs, Vol. 114, 2015, 115, 125.

131 Ethiopian Human Rights Commission und das UN Human Rights Office, EHRC und OHCHR, Joint Investigation into Alleged Violations of International Human Rights, Humanitarian and Refugee Law Committed by all Parties to the Conflict in the Tigray Region of the Federal Democratic Republic of Ethiopia, 3.11.2021, <https://digitallibrary.un.org/record/3947207>, § 353.

132 OVG Hamburg, Urt. v. 27.10.2021 – 4 Bf 106/20, BeckRS 2021, 34328, beck-online, Rn. 62; OVG Lüneburg, Urteil vom 18.03.2021, 8 LB 97/20, juris, Rn. 38; VG Wiesbaden, Urteil vom 08.06.2020 – 4 K 2002/19.WI – juris, Rn. 21.

133 VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 – 12 A 2452/19 – juris; VG Wiesbaden, Urteil vom 08.06.2020 – 4 K 2002/19.WI – juris.

134 Siehe dazu oben; VG Schleswig Urt. v. 25.6.2021 – 11 A 38/20, BeckRS 2021, 18417, beck-online, Rn. 46

135 Niedersächsisches Ministerium für Inneres und Sport, Erlass vom 08.02.2023, Az. 63.23-12231-2-ERI/02, aubrufbar unter: <https://www.asyl.net/rsdb/m31691>

ner eidesstattlichen Versicherung ausreichen, da nach diesseitiger Erfahrung die eritreischen Vertretungen in der Regel keine individualisierte Bestätigung ausstellen werden.

Eritreische Staatsangehörige mit subsidiärem Schutzstatus

Abgesehen von der Tatsache, dass Personen mit subsidiärem Schutzstatus, denen eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht, die von staatlichen Behörden ausgeht, die Beantragung eines Reisepasses unzumutbar ist,¹³⁶ kommt bei eritreischen Staatsangehörigen noch ein weiterer Grund hinzu, der eine Unzumutbarkeit auslöst: Wie auch Ujkasevic bestätigt,¹³⁷ werden bisweilen Verfahren zum Widerruf des subsidiären Schutzstatus mit dem Argument eingeleitet, dass durch die Zahlung von Diasporasteuer und Reueerklärung ein Diasporastatus erlangt werden könne, der sodann eine Rückkehr nach Eritrea ohne die Gefahr einer Strafverfolgung ermöglicht. Ob und in welchem Zeitrahmen eine solche Rückkehr möglich ist, ist zwar, einerseits, umstritten¹³⁸ bzw. unklar. Andererseits kann dann nicht mehr behauptet werden, dass die Gefahr eines Widerrufsverfahrens nicht besteht. Zugleich kann angesichts der willkürlichen Verfolgungspraxis im Fall einer Rückkehr eine Strafverfolgung nicht ausgeschlossen werden.¹³⁹ Allein diese Rechtsunsicherheit muss in der Gesamtschau eine Unzumutbarkeit nach sich ziehen.

Eigene Gefährdung oder Gefährdung von Angehörigen

Schließlich sind die Behörden und Verwaltungsgerichte angehalten, die Gefährdung der Antragsteller*innen selbst oder ihrer Angehörigen zu prüfen, die durch einen Kontakt mit der Auslandsvertretung entsteht: Denn es existieren jedenfalls gewichtige Indizien, dass die Botschaftsbesuche eine Datenerfassung nach sich zieht, die sodann in Drohungen und Übergriffe gegen die Personen in Europa – durch hier ansässige eritreische Auslandsorganisationen – oder gegenüber den Angehörigen in Eritrea münden.¹⁴⁰ Wenn behauptet wird, dass mangels freier Presse und dem willkürlichen System in Eritrea nicht hinreichend Informationen bestehen,¹⁴¹ muss eben dieses Informationsdefizit durch die Einholung weiterer Erkenntnisse behoben werden, anstatt eine Gefährdung von vornherein auszuschließen. ♦

136 Siehe oben: B.III.4.a.

137 Ujkasevic, Ich bereue nichts! – Neuere Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Passbeschaffung bei eritreischen Auslandsvertretungen, ZAR 2022, 263.

138 OVG Hamburg, Urt. v. 27.10.2021 – 4 Bf 106/20, BeckRS 2021, 34328, beck-online, Rn. 40, 51 ff.

139 Schweizerische Flüchtlingshilfe, Eritrea: Reflexverfolgung, Rückkehr und Diaspora-Steuer, 30.09.2018, S. 9 f.

140 Ausführlich dazu: Amnesty International, Gutachten im Verwaltungsgerichtsverfahren einer eritreischen Staatsangehörigen, 08.01.2021, <https://www.amnesty.de/sites/default/files/2021-01/Amnesty-Gutachten-Verwaltungsgerichtsverfahren-eritreische-Staatsangehoerige.pdf>; Eritrea: Repression Without Borders, 2019, <https://www.amnesty.org/en/documents/afr64/0542/2019/en/>; Ujkasevic, Ich bereue nichts! – Neuere Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Passbeschaffung bei eritreischen Auslandsvertretungen, ZAR 2022, 263 ff.; DSP-groep Amsterdam, Tilburg School of Humanities, Department of Culture Studies, The 2 % Tax for Eritreans in the diaspora, Juni 2017, https://www.dsp-groep.eu/wp-content/uploads/The-2-Tax-for-Eritreans-in-the-diaspora_30-august-1.pdf, S. 75 ff.; EASO, Eritrea, Nationaldienst, Ausreise und Rückkehr, 2019, https://www.ecoi.net/en/file/local/2031001/2019_EASO_COI_Report_Eritrea_National_service_exit_and_return_DE.pdf, 45.

141 Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschieberelevante Lage in Eritrea vom 3.1.2022, S. 5, 8, 10, 14, 18; VG Saarlouis, Urt. v. 29.9.2021, 6 K 285/19 – juris.

IV. Rechtsfolgen

Während das Zumutbarkeitskriterium eine gerichtlich überprüfbare Tatbestandsvoraussetzung ist, steht die Erteilung des Reiseausweises nach § 5 AufenthV im Ermessen der zuständigen Ausländerbehörde,¹⁴² welches nur bei gewichtigen individuellen Gründen auf Null reduziert sein kann.¹⁴³ Einschränkend ist dabei Folgendes zu berücksichtigen: Erwägungen, die bereits bei der Zumutbarkeit eine Rolle spielen, dürfen nicht auf der Ermessenseite verdoppelnd berücksichtigt werden.¹⁴⁴ Auch gilt: Dass die Identität nicht geklärt ist, darf nicht im Ermessen zulasten der Antragsteller*innen eingebracht werden: Die fehlende Identitätsklärung kann dadurch Rechnung getragen werden, dass nach § 4 Abs. 6 S. 1 AufenthV »mit dem Hinweis ausgestellt werden, dass die Personendaten auf den eigenen Angaben« des Beantragenden beruhen.¹⁴⁵

Zudem ist bei Inhaber*innen des subsidiären Schutzstatus' das Ermessen auf Null reduziert, und zwar aus unionsrechtlichen Gründen: Art. 25 Abs. 2 2011/95/EU sieht die Erteilung eines Reiseausweises vor, soweit nicht zwingende Gründe der nationalen Sicherheit oder öffentlichen Ordnung dem entgegenstehen – und formuliert damit einen Anspruch ohne Ermessen der mitgliedstaatlichen Behörden.¹⁴⁶ Vor allem kann damit kein konkreter Reiseanlass mehr verlangt werden.¹⁴⁷ Dieser Schluss wird untermauert durch den Vergleich mit der Vorgängerregelung: Art. 25 Abs. 2 2004/83/EG sah vor, dass Reisedokumente für den Fall ausgestellt werden, »zumindest wenn schwerwiegende humanitäre Gründe [die] Anwesenheit in einem anderen Staat erfordern.« Während diese Formulierung noch Anlass für die Rechtsprechung gegeben hatte,¹⁴⁸ einen gebundenen Anspruch zu verneinen, ist für eine solche Auslegung in der aktuellen Version der Richtlinie kein Raum mehr.

142 Vgl. dazu auch zur Entstehungsgeschichte: BR-Ds. 731/04, S. 151 ff.

143 VG Augsburg Urt. v. 9.10.2012 – 1 K 12.903, BeckRS 2012, 58774, beck-online, Rn. 19.

144 VG Dresden, Urteil vom 12.03.2015 – 3 K 687/13 – asyl.net: M22890.

145 VG Köln, Urteil vom 04.12.2019 – 5 K 7317/18 – asyl.net: M28002; VG Würzburg, Gerichtsbescheid vom 26. Januar 2015 – W 7 K 14.1220 – juris Rn. 28 ff.

146 VG Karlsruhe, Urteil vom 20.10.2021 – 4 K 4266/20 – openJur 2022, 2157, Rn. 77; VG Hannover, Urteil vom 20.05.2020 – 12 A 2452/19 – juris, Rn. 48; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.01.2020 – 11 S 3282/19 – asyl.net: M28052, Rn. 12; VG Köln, Urteil vom 04.12.2019 – 5 K 7317/18 – asyl.net: M28002; VG Würzburg, Gerichtsbescheid vom 26.01.2015, W 7 K 14.1220 – juris Rn. 25;

147 VG Würzburg, Gerichtsbescheid vom 26.01.2015, W 7 K 14.1220 – juris, Rn. 25.

148 VG Augsburg, U.v. 9.10.2012 – Au 1 K 12.872 – juris, Rn. 28.

C Passpflicht bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis

I. Passpflicht als allgemeine Erteilungsvoraussetzung gem. § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG

Die Erfüllung der Passpflicht ist nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG eine Regelvoraussetzung für die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltstiteln. Die Passpflicht wird durch gegenwärtigen Besitz eines anerkannten und gültigen Passes oder Passersatzes erfüllt (§ 3 Abs.1 S.1 AufenthG), im Inland auch durch Besitz eines Ausweisersatzes (§ 3 Abs.1 S.2 AufenthG). Ob ein deutscher Passersatz oder Ausweisersatz ausgestellt wird, wird in dem jeweiligen Verfahren zur Erteilung dieser Dokumente geklärt.

Ausnahmsweise muss oder kann von der Passpflicht abgesehen werden. In diesen Fällen muss die zuständige Ausländerbehörde von Amts wegen zunächst einen Ausweisersatz ausstellen (§ 48 Abs. 4 S. 1 AufenthG), mit dem jedoch keine Reisen ins Ausland möglich sind.

II. Ausnahmen von der Passpflicht

Wenn kein atypischer Fall vorliegt, der aus verfassungs-, unions- oder völkerrechtlichen Gründen eine Ausnahme vom Regelfall rechtfertigt,¹⁴⁹ kann sich eine Ausnahme von der Passpflicht entweder zwingend aus § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG, oder im Wege des Ermessens aus § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG ergeben.

1. Zwingende Ausnahme gem. § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG

In den Fällen der Erteilung eines Aufenthaltstitels nach § 24, § 25 Abs. 1-3, sowie Abs. 4a, 4b AufenthG ist eine Ausnahme von der Passpflicht zwingend (§ 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG). Dementsprechend müssen die Ausländerbehörden müssen von Amts wegen von der Passpflicht absehen.

Nachdem zahlreiche Ausländerbehörden über eine längere Zeit hinweg auch bei der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen gem. § 25 Abs. 2 2. Var. AufenthG und § 25 Abs. 3 AufenthG – in den Fällen also von subsidiärem Schutz und festgestellten Abschiebungsverboten – die Vorlage eines Passes verlangt hatten, hat das Bundesinnenministerium die in § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG eindeutige und einer Vorlagepflicht entgegenstehende Rechtslage 2017 geklärt,¹⁵⁰ sodass diese Frage abschließend besprochen sein dürfte.

2. Absehen von der Passpflicht im Ermessen gem. § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG

Für die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach den übrigen Rechtsgrundlagen des Abschnitts 5 (§§ 22 – 26 AufenthG) liegen gem. § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG die Erfüllung einzelner Erteilungsvoraussetzungen, und damit auch die Erfüllung der Passpflicht, im Ermessen der Ausländerbehörde.

149 Dazu: BVerwG, Urteil vom 14. Mai 2015 - 1 C 17.12, Rn. 2

150 Bundesministerium des Inneren, Mail vom 06.07.2017, zitiert nach Flüchtlingsrat Thüringen, https://www.fluechtlingsrat-thr.de/sites/fluechtlingsrat/files/pdf/Beratungshilfe/Schreiben%20Wohlfahrtsverb%C3%A4nde_Aufenthaltserteilung%20ohne%20Pass.pdf

Auch an dieser Stelle ist von Zumutbarkeitserwägungen auszugehen,¹⁵¹ sodass sich bei der Beschaffung eines Passes an sich die gleichen Fragen stellen wie bei der Erteilung eines Reiseausweises nach §§ 5, 6 AufenthV – und damit das Ermessen nach § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG auf Null reduziert ist, wenn der Besitz eines Passes oder eines Passersatzes rechtlich oder tatsächlich unmöglich ist dies auf von der betreffenden Person nicht zu vertretenden Gründen nicht zu vertretenden Gründen beruht.¹⁵²

Diese passspezifischen Aspekte sind indes nicht die einzigen Erwägungen, die beim Ermessen eine Rolle spielen: Der der Ausübung des Ermessens inhärente Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt es vielmehr, eine Gesamtschau der Momente vorzunehmen, die für die Erteilung des beantragten Aufenthaltstitels sprechen – bzw. muss eine Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen einerseits und den privaten Interessen andererseits vorgenommen werden.¹⁵³ Dabei ist dementsprechend an den Normzweck des jeweiligen Aufenthaltstitels anzuknüpfen, und etwa bei § 25a AufenthG die Integrationsleistung des*der Antragsteller*in zu berücksichtigen.¹⁵⁴ Das kann exemplarisch bedeuten, dass auch im Vorfeld einer Passausstellung durch die Botschaft des Herkunftsstaates der beantragte Titel erteilt wird, wenn bereits alle erforderlichen Schritte eingeleitet wurden und die Passausstellung zu erwarten ist.¹⁵⁵ Auch kann beispielsweise im Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthG die Erfüllung einer Wehrpflicht gesondert für eine in Deutschland verwurzelte Person unzumutbar sein, weil dies eine Rückkehr in das Herkunftsland für die Dauer von zwei Jahren bedeuten würde, wodurch die Verwurzelung wieder zunichte gemacht würde.¹⁵⁶

3. Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG

Speziell im Fall des § 25 Abs. 5 AufenthG kann sich die Frage der Zumutbarkeit bereits auf der Tatbestandsebene stellen: Beruht das dort genannte Ausreisehindernis auf dem Nichtbesitz eines Passes oder Passersatzes des Herkunftsstaates und ist eine Ausreise nicht mit einem deutschen Dokument möglich,¹⁵⁷ ist eine Erteilung nur dann möglich, wenn dieser Nichtbesitz von Pass oder Passersatz nicht im Verschulden der Person begründet ist, § 25 Abs. 3 S. 3 AufenthG, was wiederum sich an der Zumutbarkeit der Beschaffung orientiert, § 25 Abs. 3 S. 4 AufenthG. Insofern sind die gleichen Erwägungen anzustellen wie bei den §§ 5, 6 AufenthV und § 60b AufenthG: Aussichtlose Handlungen können von vornherein nicht zumutbar sein.¹⁵⁸ Im Übrigen ist von einer wechselseitigen Pflicht des Antragsstellenden einerseits und der Behörde andererseits auszugehen.¹⁵⁹ Daneben stehen jegliche Gefährdungen der Person selbst oder von Familienangehörigen sowie etwa unangemessene Kosten sowie eine unangemessene Wehrpflicht der Zumutbarkeit entgegen.¹⁶⁰ Auch hier sei daran erinnert, dass die Abgabe von wahrheitswidrigen Freiwilligkeitserklärungen – entgegen der Rechtsprechung des BVerwG – auch an dieser Stelle grundrechtswidrig ist, weil keine Person zu einer wahrheitswidrigen Erklärung verpflichtet werden kann.¹⁶¹

151 OVG Bautzen Beschl. v. 2.8.2022 – 3 B 124/22, BeckRS 2022, 24482, beck-online; OVG Schleswig Beschl. v. 14.10.2021 – 4 MB 49/21, BeckRS 2021, 31710, beck-online.

152 NK-AuslR/Dominik Bender/Jonathan Leuschner, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 5 Rn. 49.

153 OVG Lüneburg Urt. v. 8.2.2018 – 13 LB 45/17, BeckRS 2018, 2134, beck-online.

154 OVG Bautzen Beschl. v. 13.8.2021 – 3 B 277/21, BeckRS 2021, 21932, beck-online.

155 OVG Magdeburg Beschl. v. 14.12.2021 – 2 M 117/21, BeckRS 2021, 40659, beck-online.

156 OVG Bremen Beschl. v. 8.12.2010 – 1 B 295/10, BeckRS 2010, 56992, beck-online.

157 BVerwG NVwZ 2011, 1277; BeckOK AuslR/Kluth, 36. Ed. 1.1.2023, AufenthG § 25 Rn. 130.

158 BVerwG Beschl. v. 26.6.2014 – 1 B 5.14, BeckRS 2014, 53836, beck-online; VG Göttingen Urt. v. 18.10.2007 – 2 A 208/07, BeckRS 2007, 27621, beck-online; OVG Münster Beschl. v. 14.6.2007 – 18 A 5016/05, BeckRS 2007, 26047, beck-online.

159 VGH München Urt. v. 11.12.2006 – 24 B 06.2158, BeckRS 2007, 20248, beck-online.

160 VGH München Beschl. v. 22.1.2008 – vormals 19 ZB 06.3129, BeckRS 2008, 42281, beck-online

161 Siehe dazu bereits oben: D.II.2. So auch im Kontext von Strafverfahren: OLG München, Urteil vom 9.3.2010, 4 St RR 102/09, www.asyl.net; OLG Nürnberg, Urt. v. 16.1.2007, 2 St OLG Ss 242/06, www.asyl.net; OLG Köln, Beschluss v. 10.2.2006, 16 Wx 238/05, www.asyl.net; OLG Celle, Beschl. v. 16.10.2003, 17 W 80/03.

Ergänzend sei außerdem zu § 25 Abs. 5 AufenthG folgender Punkt gesondert betont: In jedem Einzelfall muss vorab geprüft werden, ob die Passlosigkeit abschließend kausal für das Ausreisehindernis ist. Liegen anderweitige, etwa familiäre oder gesundheitliche, Gründe die, die der Ausreise entgegenstehen, muss die fehlende Passbeschaffung im tatbestandlichen Rahmen des § 25 Abs. 5 AufenthG nicht berücksichtigt werden, sondern kann allenfalls über § 5 Abs. 3 AufenthG eine Rolle spielen. Demnach ist auch bei Personen, die – verschuldet oder unverschuldet – keinen Pass besitzen, die aber wegen der Stellung eines Asylfolgeantrages geduldet sind oder geduldet werden müssen, die Passlosigkeit nicht kausal für das Ausreisehindernis. Das Gleiche gilt für Personen, bei denen ein Abschiebungsverbot festgestellt wurde, denen aber, aus anderen Gründen, keine Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt wird.

III. Erteilung einer Niederlassungserlaubnis

Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis unterliegt prinzipiell bzw. »in der Regel« der Passpflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die bisherige Aufenthaltserlaubnis gem. § 5 Abs. 3 S. 1, 2 AufenthG von der Passpflicht als allgemeiner Erteilungsvoraussetzung ausgenommen war.¹⁶² Zu berücksichtigen ist freilich, dass der Passpflicht auch, entsprechend § 3 Abs. 1 S. 1, 2 AufenthG, genügt werden kann durch die Vorlage eines von deutschen Behörden ausgestellten Passes, Passersatzes oder Ausweisersatzes.¹⁶³

¹⁶² BeckOK MigR/Beiderbeck, 14. Ed. 15.1.2023, AufenthG § 5 Rn. 21a.

¹⁶³ Dazu auch: Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Integrationsgesetzes, BT-Drs. 18/8615, S. 42.

D Passbeschaffungspflicht und Duldung gem. § 60b AufenthG

Vollziehbar ausreisepflichtige Personen unterliegen ebenfalls der Passpflicht gem. § 3 AufenthG. Sie können derweil, wie sich aus § 6 AufenthV ergibt, grundsätzlich keinen Reiseausweis für Ausländer im Inland beantragen.¹⁶⁴ Zugleich besagt § 48 Abs. 2 AufenthG, dass eben die Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung ebenfalls, jedenfalls gem. § 3 Abs. 1 S. 2 AufenthG für den Aufenthalt im Bundesgebiet, der Passpflicht genügt.

Von der Passpflicht, der also auch durch einen Ausweisersatz entsprochen wird, zu unterscheiden ist allerdings auch an dieser Stelle für vollziehbar ausreisepflichtige Personen die Pflicht, ausreichende Bemühungen zu unternehmen, sich einen Pass oder Passersatz des Herkunftsstaates zu beschaffen: Die Verletzung der sogenannten besonderen Passbeschaffungspflicht gem. § 60b Abs. 1 S. 1 2. Var. AufenthG hat gem. § 60b Abs. 1 S. 2 AufenthG zur Folge, dass die Bescheinigung über die Duldung mit dem Zusatz »für Personen mit ungeklärter Identität« ausgestellt wird, was wiederum gem. § 60b Abs. 5 AufenthG gewichtige Einschränkungen für die aufenthaltsrechtliche Perspektive sowie ein Erwerbsverbot sowie eine Wohnsitzauflage nach sich zieht.

Wenn eine Duldung wegen ungeklärter Identität ausweislich der Verletzung der besonderen Passbeschaffungspflicht nach § 60b Abs. 1 S. 1 2. HS. AufenthG ausgestellt wird, müssen die Ausländerbehörden prüfen, ob die Verletzung dieser Pflicht kausal für die Nicht-Vollziehbarkeit der Abschiebung ist, die Personen die auferlegten zumutbaren Handlungen nicht vornimmt, und die Ausländerbehörde muss ihrer Hinweispflicht entsprechen.

I. Kausalität

Eine »Duldung für Personen mit ungeklärter Identität« gem. § 60b AufenthG setzt zunächst voraus, dass die Abschiebung aus von der Person »selbst zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden kann« (§ 60b Abs. 1 S. 1 1. HS. AufenthG). Das bedeutet mit Blick auf die im Folgenden zu thematisierende besondere Passbeschaffungspflicht, dass das Unterlassen derselben der Grund für die Nicht-Vollziehung der Abschiebung ist – die fehlende Mitwirkung also kausal ist.¹⁶⁵ Die Kausalität muss also dann verneint werden, wenn die Person aus anderen Gründen – etwa wegen eines rechtlichen Abschiebungshindernisses – nicht abgeschoben werden kann.

Zugleich gilt auch hier: Sind die vermeintlich zumutbaren Handlungen von vornherein nicht erfolgversprechend, kann keine Verletzung einer Passbeschaffungspflicht festgestellt werden, da Pflichten nur dann verletzt werden können, wenn sie erfüllbar sind.

¹⁶⁴ Personen mit Duldung können allein auf der Grundlage von § 22 Abs. 2 AufenthV durch eine Aufnahme in eine Schülersammelliste vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels befreit werden, um eine Wiedereinreise nach einer Auslandsreise zu ermöglichen.

¹⁶⁵ Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, A.60b.0.

II. Zumutbarkeit

Ein wesentlicher Teil der als Regelbeispiele benannten zumutbaren Handlungen nach § 60b Abs. 3 entspricht denen der als zumutbar erachteten Handlungen im Rahmen der Beantragung eines Reiseausweises gem. § 5 AufenthV. Insofern kann auf die o.g. Ausführungen und die entsprechende Rechtsprechung grundsätzlich rekuriert werden.¹⁶⁶ Das bedeutet auch, dass die vorgenannten besonderen Konstellationen – im Hinblick auf die Zahlung von Gebühren und mögliche Gefährdungen durch die Beantragung eines Passes – an dieser Stelle entsprechend zur Unzumutbarkeit führen können.

Es sind jedoch zugleich einige Unterschiede zu berücksichtigen: Zunächst enthält § 60b Abs. 3 AufenthG weitere Fallgruppen der Zumutbarkeit. Zudem zieht § 5 AufenthV die Gewährung einer Begünstigung nach sich, wohingegen § 60b AufenthG eine Einschränkung von Rechten normiert. Demnach müssen hier angesichts der drohenden Folgewirkungen besondere Schutzbedarfe, und insbesondere das Kindeswohl, nochmals in besonderem Maße zu berücksichtig werden.¹⁶⁷ Außerdem enthalten die Regelbeispiele des § 60b Abs. 3 S. 1 AufenthG teilweise zusätzlich einen individuellen Zumutbarkeitsvorbehalt.¹⁶⁸

Insofern sei im Folgenden auf einige Punkte nochmal gesondert eingegangen:

1. Wehrpflicht

Zur Wehrpflicht und zu anderen staatsbürgerlichen Pflichten zielt § 60b Abs. 3 Nr. 4 AufenthG im Gegensatz zu § 5 Abs. 2 Nr. 3 AufenthV nicht auf eine Erfüllungs-, sondern auf eine Erklärungspflicht ab, was freilich damit zu erklären ist, dass es einer geduldeten Person nicht zumutbar bzw. unmöglich ist, auszureisen, da die Duldung anderenfalls erlöschen würde. Im Übrigen gelten hier im Wesentlichen die gleichen Maßstäbe wie bei der Beantragung eines Reiseausweises, sodass erstens auch hier auf die Grenzen des § 3a Abs. 2 Nr. 5 AsylG abgestellt werden kann. Zweitens und unterhalb dieser Schwelle kann die Unzumutbarkeit sich nicht nur aus asylrelevanten Gefahren, sondern auch aus individuellen Lebensumständen ergeben.¹⁶⁹

2. Freiwilligkeitserklärung

§ 60b Abs. 3 Nr. 3 AufenthG erklärt es für zumutbar, *»eine Erklärung [abzugeben] gegenüber den Behörden des Herkunftsstaates, aus dem Bundesgebiet freiwillig im Rahmen seiner rechtlichen Verpflichtung nach dem deutschen Recht auszureisen, abzugeben, sofern hiervon die Ausstellung des Reisedokumentes abhängig gemacht wird.«*

Damit wird es für die betreffende Person für zumutbar erachtet, eine möglicherweise unwahre Erklärung abzugeben. Ein solche Maßgabe ist eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG. Wie das Bundessozialgericht in einer Entscheidung von 2013 im Zusammenhang mit den Sanktionen nach §1 a AsylbLG weiterhin zutreffend ausführt, kann ein Staat von einer Person eine bestimmte Handlung verlangen, jedoch nicht, entweder zu lügen oder sich einen bestimmten Willen zu bilden.¹⁷⁰ Dem entspricht auch die Lesart der Rechtsprechung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.¹⁷¹

166 BeckOK MigR/Wittmann, 12. Ed. 15.7.2022, AufenthG § 60b Rn. 53; Eichler, Das Sanktionsregime der »Duldung light«, Asylmagazin 2019, 64, 65 ff.

167 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Ds. 19/10047; BeckOK MigR/Wittmann, 12. Ed. 15.7.2022, AufenthG § 60b Rn. 52.

168 Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, Nr. 60b.3.1; Huber/Mantel/AufenthG/Eichler/Mantel, 3. Aufl. 2021, AufenthG § 60b Rn. 8; BT-Drs. 19/10047.

169 Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.04.2020, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf>, Nr. 8.2.

170 BSG, Urteil vom 30.10.2013 – B 7 AY 7/12 R, asyl.net: M21860, Rn. 30.

171 NK-AuslR/Winfried Möller, 2. Aufl. 2016, AufenthG § 48 Rn. 17 m.w.N.

Wenn das BVerwG demgegenüber ausführt, dass die gesetzliche Ausreisepflicht, »*sich auf seine Ausreise einzustellen, zur Ausreise bereit zu sein und einen dahingehenden Willen zu bilden*«,¹⁷² ist das weder grundrechtlich überzeugend, zumal das Urteil hierzu keine konkreten Ausführungen macht, und die vermeintliche Pflicht zur Willensbildung gleichsam apodiktisch im luftleeren Raum entwickelt. Noch kann das entsprechende Urteil als finale Klärung dieser umstrittenen Frage gedeutet werden. Die offene Frage kann nur und muss durch das BVerfG geklärt werden, was sich bislang noch nicht dazu äußern musste, was derweil zu wünschen wäre.

Die Klärung ist aus zwei weiteren Gründen umso mehr angezeigt: Erstens hat das BVerwG in der besagten Entscheidung zur Unzumutbarkeit der Passbeschaffung beim Erfordernis einer Reueerklärung selbst ausgeführt, dass eine Erklärung gegen den Willen grundrechtlich nicht tragbar ist – ohne überzeugend darzulegen, worin grundrechtsdogmatisch der Unterschied zu einer »Freiwilligkeitserklärung« besteht.¹⁷³ Zweitens ist die hier zitierte Rechtsprechung des BVerwG von 2009 zur Abgabe einer Freiwilligkeitserklärung zu § 25 Abs. 5 AufenthG ergangen, und damit zum Vorliegen eines Ausreisehindernisses – wohingegen es hier um das Vorliegen eines Abschiebehindernisses geht:¹⁷⁴ Bei § 25 Abs. 5 AufenthG geht es darum, die Abgabe einer Freiwilligkeitserklärung durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis faktisch zu belohnen. Hingegen geht es bei § 60b Abs. 3 Nr. 3 AufenthG um das Vorliegen einer Mitwirkungspflicht und deren Erfüllung – derweil um eine Mitwirkungspflicht, die mangels grundrechtlich möglichem Willensbildungszwang gar nicht existieren kann.

3. Ausreise in den Herkunftsstaat

Wie bei der Beantragung eines Reiseausweises wird auch bei § 60b AufenthG – hier in § 60b Abs. 3 Nr. 1, 2 AufenthG – eine Mitwirkungs- und Duldungspflicht im Rahmen der Passbeschaffung normiert, die sich an den Maßstäben des deutschen Passrechts orientiert.

Wie bei der Erfüllung der Wehrpflicht gilt freilich auch hier einschränkend, dass eine Ausreise in das Herkunftsland für die Beantragung eines Passes systematisch nicht verlangt werden kann, da anderenfalls die Duldung erlöschen würde.¹⁷⁵

4. Änderung der Sach- und Rechtslage

Aus § 60b Abs. 3 S. 1 Nr. 6 AufenthG ergibt sich, dass im Fall der Änderung einer Sach- oder Rechtslage die zumutbaren Pflichten erneut entstehen können. Entgegen der Annahme des Bundesinnenministeriums, dass auch bei einer nur geringfügigen Erfolgsaussicht der entsprechenden Handlung die Pflicht entsteht,¹⁷⁶ wird eine »hinreichende Wahrscheinlichkeit« verlangt: Hier ist der Wortlaut eindeutig.¹⁷⁷ Auch gilt hier ausdrücklich, dass die Behörde die Personen auffordern muss – also keine Pflicht besteht, sich regelmäßig über Änderungen der Sach- oder Rechtslage auf dem Laufenden zu halten.

5. Möglichkeit der Nachholung

Zugleich besteht jederzeit die Möglichkeit, die als zumutbar klassifizierten Handlungen jederzeit nachzuholen, um damit auch eine Streichung des Zusatzes »für Personen mit ungeklärter Identität« zu erreichen, § 60b Abs. 4 S. 2 AufenthG. Dogmatisch folgt daraus ein widersprüchliches Szenario: Einerseits gilt

172 BVerwG, Urteil vom 10.11.2009 – 1 C 19/08 – asyl.net: M16642.

173 BVerwG Urt. v. 11.10.2022 – 1 C 9.21, BeckRS 2022, 39004, beck-online, Rn. 27.

174 Siehe zu dieser Differenzierung auch: BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – B 7 AY 7/12 R, Rn. 28.

175 So auch ausdrücklich: Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht, BT-Drs. 19/10047, 39.

176 Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.04.2020, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf>, Nr. 12.

177 Huber/Mantel AufenthG/Eichler/Mantel, 3. Aufl. 2021, AufenthG § 60b Rn. 14.

die Verletzung der Mitwirkungspflicht als geheilt, § 60b Abs. 4 S. 2 AufenthG; andererseits bleibt es dabei, dass die Zeiten, in denen der Zusatz »für Personen mit ungeklärter Identität« bestand, nicht als Verduldungszeiten angerechnet werden sollen, § 60b Abs. 4 S. 3, Abs. 5 AufenthG.

III. Hinweispflicht

Die in § 60b Abs. 3 S. 2 AufenthG normierte Hinweispflicht der Behörde – die sich erst recht auf die Pflichten unmittelbar aus § 60b Abs. 2 S. 1 AufenthG bezieht – muss als Ausprägung rechtstaatlicher Verwaltung verstanden werden, und hat im Wesentlichen zwei Funktionen: Eine Mahn- und Konkretisierungsfunktion einerseits, um der betreffenden Person darzulegen, was sie konkret tun muss; und andererseits eine Nachweisfunktion.

Vor allem aus Ersterem ergibt sich: Die Belehrung darf sich nicht auf die Wiedergabe des Gesetzeswortlauts beschränken, sondern sie muss die im Einzelfall erwarteten und zumutbaren Mitwirkungshandlungen – einschließlich eines dafür vorgesehenen angemessenen Zeitraums –¹⁷⁸ benennen,¹⁷⁹ als dass von der Person nicht verlangt werden kann, dass sie detaillierte Kenntnis von der Rechts- und Verwaltungspraxis hat.¹⁸⁰ Die Belehrung muss sogleich in einer Form und vor allem in einer Sprache erfolgen, deren Verständnis vernünftigerweise erwartet werden kann.¹⁸¹

Wenn der Hinweispflicht nicht entsprochen wird, hebt das zwar nicht die Passpflicht nach § 3 AufenthG auf, aber es dürfen nicht negative Rechtsfolgen nach § 60b AufenthG ausgesprochen werden und es kann nicht angenommen werden, dass das Abschiebungshindernis in Gestalt fehlender Dokumente von der Person zu vertreten ist.¹⁸²

Und aus Letzterem, der Nachweisfunktion, ergibt sich: Zwar verlangt das Gesetz keine Schriftlichkeit, sie ist aber zweckmäßig und implizit geboten, weil der betreffenden Person nicht eine Nicht-Einhaltung von Pflichten vorgeworfen werden kann.¹⁸³

IV. Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich gilt: Die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung ist ein günstiger Umstand im Sinne des § 82 Abs. 1 AufenthG, mit der sich daran anschließende Nachweispflicht.

Einschränkend gilt aber zunächst auch an dieser Stelle:¹⁸⁴ Die Kenntnis der für die Passbeschaffung und deren Zumutbarkeit maßgebliche Rechts- und Verwaltungspraxis kann nicht von der betreffenden Person en détail verlangt werden: Dies ergibt sich bereits aus der besagten Hinweispflicht nach § 60b Abs. 3 S. 2 AufenthG, der auf ein Informationsgefälle gestützt ist. Dass eine Kenntnis nicht grundsätzlich verlangt werden kann, ergibt sich hier ergänzend aus § 60b Abs. 3 S. 1 Nr. 6 AufenthG, welcher im Fall einer Änderung der Sach- und Rechtslage die Zumutbarkeit von Handlungen nur dann annimmt, wenn die Behörde die Person zu einer entsprechenden Handlung auffordert.

178 Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, Nr. 60b.3.2.

179 BVerwG Urt. v. 26.10.2010 – 1 C 18.09, BeckRS 2010, 57020, beck-online; VGH München Beschl. v. 2.5.2019 – 10 CE 19.273, BeckRS 2019, 13682, beck-online.

180 Huber/Mantel AufenthG/Eichler/Mantel Rn. 15. Anders hingegen: Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.04.2020, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf>, Nr. 11.2–11.6; Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, Nr. A 60b.3.2.

181 Eichler, Das Sanktionsregime der »Duldung light«, Asylmagazin 2019, 64, 67; Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.04.2020, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf>, Nr. 11.2–11.6, 13.

182 VG Aachen Beschl. v. 10.11.2020 – 4 L 660/20, BeckRS 2020, 31367, beck-online, Rn. 22; Eichler, Das Sanktionsregime der »Duldung light«, Asylmagazin 2019, 64, 67.

183 Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Anwendungshinweise zu § 60b des Aufenthaltsgesetzes vom 14.04.2020, <https://www.ggua.de/fileadmin/downloads/60b/BMIanwh60bAufenthG.pdf>, Nr. 11.7, 11.9.

184 Siehe dazu bereits oben: B.II.

Überdies macht § 60b Abs. 3 S. 3 – 5 AufenthG konkretere Vorgaben über den Umfang der Darlegungslast, und zwar freilich nicht hinsichtlich der, den Pflichten zugrundeliegenden Tatsachen, sondern hinsichtlich der durchzuführenden Handlungen, wenn diese denn grundsätzlich als zumutbar markiert werden: Die Vornahme derselben muss glaubhaft gemacht werden, was bedeutet, dass konkrete Umstände dargelegt werden und die Vornahme der Handlungen damit hinreichend wahrscheinlich sind. Dies wiederum setzt voraus, dass die Umstände nachprüfbar sind;¹⁸⁵ Nachweise können indes nur dann verlangt werden, wenn dies objektiv möglich ist.

Die Glaubhaftmachung kann in Zweifelsfällen und nach entsprechender Aufforderung – die sich auf konkrete Handlungen beziehen muss –¹⁸⁶ durch eine eidesstattliche Versicherung erfolgen, § 60b Abs. 3 S. 3-5 AufenthG, mit entsprechend impliziter Strafandrohung nach § 60b Abs. 3 S. 5 AufenthG. Die Norm ist eine spezialgesetzliche Konkretisierung von § 27 VwVfG, welcher zugleich weitere formale Vorgaben enthält, wie die eidesstattliche Versicherung zu erstellen ist.

185 BeckOK AuslR/Kluth, 34. Ed. 1.7.2022, AufenthG § 60b Rn. 37 ff.

186 BeckOK AuslR/Kluth, 34. Ed. 1.7.2022, AufenthG § 60b Rn. 37.

E Identitätsklärung im Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrecht

Von der Beschaffung eines Passes zu unterscheiden ist die Klärung von Identität und Staatsangehörigkeit – was derweil ebenfalls bei der Erteilung eines Aufenthaltstitels als auch bei der Einbürgerung eine zentrale Voraussetzung ist.

Unter »Identität« sind die personenbezogenen Daten zu verstehen, die in Deutschland üblicherweise zur Feststellung der Person verwendet werden: Dies sind insbesondere der Vorname, Nachname und Geburtsdatum, ggf. auch Hilfsmerkmale wie der Geburtsname, Geburtsort oder die offizielle lateinische Umschrift eines Namens.¹⁸⁷ Die Identität wird in der Regel durch einen Pass nachgewiesen. Durch die Ausstellung des Passes bescheinigt der ausstellende Staat zugleich die Staatsangehörigkeit und damit die Rückkehrberechtigung der Person in den ausstellenden Staat. Die Festlegung und Feststellung der Identität liegt in der Zuständigkeit des Herkunftsstaats, dessen Staatsangehörigkeit die Person besitzt (völkerrechtliches Personalstatut).¹⁸⁸ Dementsprechend ist die Klärung der Identität zum einen der Oberbegriff, der unter anderem durch die Vorlage eines Passes genügt werden kann. Andererseits erlangt sie dann eigenständige Bedeutung, wenn kein anerkannter Pass vorgelegt werden kann.

I. Identitätsklärung und Einbürgerung

Die Klärung der Identität ist zum einen bei der Einbürgerung von Bedeutung, und gem. § 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 StAG zwingende Voraussetzung.¹⁸⁹ Fest steht nunmehr abschließend nach einer maßgeblichen Entscheidung des BVerwG von 2020,¹⁹⁰ dass die Identität im Rahmen eines Einbürgerungsverfahrens nicht allein durch die Vorlage eines Passes geklärt werden kann. Stattdessen können auch alternative Dokumente vorgelegt werden. Das BVerwG hat in der besagten Entscheidung ein sogenanntes Stufenmodell ausformuliert.

1. Das Stufenmodell zur Identitätsklärung

Auf der ersten Stufe kann die Identität demnach geklärt werden durch Vorlage eines Passes, hilfsweise auch »durch einen anerkannten Passersatz oder ein anderes amtliches Identitätsdokument mit Lichtbild (z.B. Personalausweis oder Identitätskarte)«¹⁹¹.

In diesem Zusammenhang kann auch ein deutscher Passersatz, etwa ein Reiseausweis für Flüchtlinge, eine entsprechende Legitimationsfunktion jedenfalls dann haben, wenn der Ausweis keinen, auf der Grundlage von § 4 Abs. 6 AufenthV erfolgten Vermerk enthält, »dass die Personendaten auf den eigenen Angaben« des*der Antragsteller*in beruhen.¹⁹² Ebenfalls müssen auch bereits abgelaufene Passpapiere an dieser Stelle ausreichen, da nicht ersichtlich, warum sie nicht gleichermaßen die Identität beweisen können, wenn der Ablauf nicht übermäßig lang zurückliegt.¹⁹³

187 Maor in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2023, § 5 AufenthG, Rn. 3.

188 Maor in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2023, § 5 AufenthG, Rn. 3.

189 BVerwG, Urteil vom 1. September 2011 – 5 C 27/10 – juris Rn.11 ff. Die Identitätsklärung wurde erst im Nachgang dieses Urteils mit dem Dritten Gesetz zur Änderung des Staatsangehörigkeitsgesetzes v. 4.8.2019 (BGBl. I 1124) in das StAG aufgenommen.

190 BVerwG, Urteil vom 23. September 2020 – 1 C 36/19 –, juris.

191 BVerwG, Urteil vom 23. September 2020 – 1 C 36/19 –, juris Rn.18.

192 VG Bremen Urt. v. 24.1.2022 – 4 K 461/20, BeckRS 2022, 1327, beck-online; OVG Schleswig Urt. v. 20.4.2021 – 4 LB 7/20, BeckRS 2021, 10108, beck-online; BeckOK MigR/Schneider, 14. Ed. 15.1.2023, StAG § 8 Rn. 25. Für Beurkundungen nach dem Personenstandsgesetz gelten deutsche Passersatzpapiere ohne Vermerk jedenfalls als verbindlicher Identitätsnachweis, soweit keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, die diesen anzweifeln, vgl. dazu: KG Berlin, Beschluss vom 24. Februar 2015 – 1 W 380/14 –, juris Rn.12.

193 So auch bspw.: Innenministerium Schleswig-Holstein, Identitätsnachweis im Einbürgerungsverfahren mit abgelaufenem Nationalpass, Rundschreiben an die Einbürgerungsbehörden vom 18.01.2022
https://www.frsh.de/fileadmin/pdf/behoerden/Erlasse_ab_2012/MILIGSH_Nachweis-Identitaet-abgelaufener-Pass_20220118.pdf.

Wenn keinerlei dieser Dokumente vorgelegt werden können, kann die Identitätsklärung nach der Rechtsprechung des BVerwG durch andere geeignete amtliche Urkunden – wie zum Beispiel einen Führerschein, einen Wehrpass, eine Geburtsurkunde, oder Melde-, Tauf- oder Schulbescheinigungen erfolgen. Voraussetzung soll jeweils sein, dass bei der Ausstellung die Richtigkeit der Verbindung von Person und Name Prüfungsgegenstand waren.¹⁹⁴

Auf der dritten Stufe können sich die Antragsteller*innen auf anderweitige Beweismittel im Sinne des § 26 Abs. 1 VwVfG berufen, also etwa nichtamtliche Dokumente oder Aussagen von Zeug*innen.¹⁹⁵

Viertens kann sich berufen werden auf das sonstige Vorbringen, »sofern die Angaben zur Person auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Umstände des Einzelfalles und des gesamten Vorbringens des Einbürgerungsbewerbers zur Überzeugung der Einbürgerungsbehörde feststehen.«¹⁹⁶

Die vom BVerwG so formulierte gestufte Prüfung bedingt, dass nicht eine Gesamtschau jeglichen Vorbringens vorgenommen wird, sondern jede Stufe sukzessive mit der Maßgabe geprüft wird, ob die Vorlage der besagten Beweismittel objektiv möglich und subjektiv zumutbar ist,¹⁹⁷ bevor die niedrigere Stufe ins Spiel kommt. Insofern kann sich insbesondere bei der Zumutbarkeit der Passbeschaffung auf der ersten Stufe, aber auch bei der Beschaffung anderer Dokumente an den Zumutbarkeitskriterien nach § 5 AufenthV¹⁹⁸ und § 60b AufenthG¹⁹⁹ orientiert werden.

Das bedeutet auch: Zwar wird gemeinhin angenommen, dass die vormalige Feststellung der Identität durch die Ausländerbehörde im Rahmen des aufenthaltsrechtlichen Verfahrens auf der Grundlage von § 5 AufenthG keine abschließende Bindungswirkung für die Einbürgerungsbehörde hat, diese also eine eigenständige Prüfungskompetenz innehat.²⁰⁰ Allerdings können einmal getätigte Feststellungen der Ausländerbehörde jedenfalls als Nachweise geltend gemacht werden, die allenfalls widerlegbar sind, wenn neue Tatsachen Zweifel aufkommen lassen.²⁰¹ Dies hat schließlich auch bereits das BVerwG im Zusammenhang mit der Identitätsklärungsfunktion von Reiseausweisen von Flüchtlingen zum Ausdruck gebracht.²⁰²

2. Bewertung und Kodifizierung

Das Stufenmodell begegnet insbesondere dann praktischen Bedenken, wenn die Prüfung der unterschiedlichen Stufen sukzessive, also in mehreren Verwaltungsvorgängen geprüft werden. Dies widerspricht im Allgemeinen dem Grundsatz der Effektivität des Verwaltungshandelns. Im Besonderen für anerkannte Flüchtlinge widerspricht es aus menschenrechtlicher Perspektive dem in Art. 34 GFK formulierten Gebot, »Einbürgerung der Flüchtlinge [zu] erleichtern« und »Einbürgerungsverfahren zu beschleunigen.« Wenngleich Art. 34 GFK nationale Einbürgerungsvorschriften nicht außer Kraft setzen mag, ist die Vorschrift dennoch als verbindliche völkerrechtliche Norm bei der Auslegung und Anwendung nationaler Rechtsvorschriften zu beachten. Auch verlangt die EMRK – entsprechend Art. 8, 14 EMRK –, ein willkürliches oder diskriminierendes Vorenthalten der Staatsangehörigkeit durch allzu strikte Nachweise der Identität zu vermeiden.²⁰³

194 BVerwG, Urteil vom 23. September 2020 – 1 C 36/19 –, juris Rn.18.

195 BVerwG, Urteil vom 23. September 2020 – 1 C 36/19 –, juris Rn.19.

196 Vgl. dazu auch: OVG Münster Beschl. v. 30.5.2022 – 19 A 1189/21, BeckRS 2022, 12205, beck-online. Zu weiteren möglichen Erkenntnisquellen in diesem Zusammenhang: BeckOK MigR/Schneider, 14. Ed. 15.1.2023, StAG § 8 Rn. 26b.

197 BVerwG, Urteil vom 23. September 2020 – 1 C 36/19 –, juris Rn.18 ff.

198 Siehe dazu oben: B.III.

199 Siehe dazu oben: D.II.

200 BVerwG, Urt. v. 1.9.2011, BVerwG 5 C 27.10, ZAR 2012, 28; Weber in: Kluth/Heusch, Ausländerrecht, 2023, § 8 StAG, Rn. 16; BeckOK MigR/Schneider, 14. Ed. 15.1.2023, StAG § 8 Rn. 23.

201 OVG Magdeburg Beschl. v. 2.12.2019 – 3 L 94/19, BeckRS 2019, 33667, beck-online.

202 BVerwG, Urteil vom 17. 3. 2004 - 1 C 1/03, NVwZ 2004, 1250, 1251, beck-online.

203 EGMR, Urteil vom 11.10.2011, Nr. 53124/09, Genovese vs. Malta; NK-AuslR/Florian Geyer, 2. Aufl. 2016, StAG § 10, Rn. 6.

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass derzeit eine Kodifizierung des Stufenmodells in das StAG diskutiert wird, scheint es jedenfalls praktikabler, jegliche Beweis- und Erkenntnismittel in einem Verwaltungsvorgang zu prüfen, und dies gesetzgeberisch zu statuieren. Dies ist vor allem für die Personengruppe von anerkannten Flüchtlingen und subsidiär Schutzberechtigten zielführender, bei denen bereits im Rahmen der Beantragung eines Reiseausweises die Unzumutbarkeit der Passbeschaffung festgestellt wurde: Eine vorgelagerte, und damit nochmalige Prüfung der Zumutbarkeit einer Passbeschaffung würde andererseits das Verfahren für eine große Personengruppe erheblich und ohne Grund verlängern. Klarstellend sollte zugleich, ausweislich der Erwägungen zur Unzumutbarkeit der Passbeschaffung im Rahmen des Reiseausweises für Ausländer,²⁰⁴ für diese Personengruppe – also für anerkannte Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte bei drohender staatlicher Menschenrechtsverletzung – gesetzlich statuiert werden, dass eine Kontaktaufnahme mit den Behörden des Herkunftsstaates per se unzumutbar ist.

Abschließend sei noch auf die alternative Möglichkeit einer Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung hingewiesen: Dieses Mittel der Glaubhaftmachung wurde bereits in der besagten Entscheidung des BVerwG erwähnt: Die Möglichkeit scheidet allerdings bis dato am Fehlen einer gem. § 27 Abs. 1 VwVfG erforderlichen gesetzlichen Grundlage, die geschaffen werden sollte, um diese effektive Möglichkeit in die Gesamtschau einzubeziehen.

EXKURS: SOMALIA

Nach Sturz des autoritären Regimes Siad Barres 1991 war Somalia gekennzeichnet von Staatszerfall, Bürgerkrieg, Clanrivalitäten und islamistischem Terror. Im Nordwesten Somalias beansprucht Somaliland seit 1991 internationale Anerkennung als eigenständiger Staat. Die Sicherheitslage ist weiterhin durch die gewaltsame Auseinandersetzung der Regierung mit der Terrorgruppe al-Shabaab bestimmt, die Gebiete v.a. im Süden des Landes kontrolliert. Innenpolitische Reformbestrebungen werden von dem Antiterrorkampf überlagert.

In Deutschland lebende somalische Staatsangehörige sind mit der besonderen Problematik konfrontiert, dass alle somalischen Identitätsdokumente, die nach dem 31. Januar 1991 ausgestellt oder verlängert worden sind, von deutschen Behörden grundsätzlich nicht anerkannt werden.²⁰⁵

Wird die somalische Botschaft um die Ausstellung von Identitätsnachweisen konsultiert, kommt sie dieser Bitte wohl nach, greift dabei jedoch nicht auf somalische Register zurück, sodass der Aussagewert der dann erstellten Dokumente für die deutschen Behörden gering ist. Es besteht keine Möglichkeit, über amtliche Register verlässliche Auskünfte über somalische Staatsangehörige in Somalia zu erhalten.²⁰⁶ Dokumente und Bestätigungen der somalischen Botschaft über die Identität und somalische Staatsangehörigkeit werden in der Regel nur auf Grundlage der Angaben der Antragsteller ausgestellt.²⁰⁷ Somalische Staatsangehörige können also ohne größere Schwierigkeiten Urkunden und Nationalpässe bei ihrer Auslandsvertretung beantragen und erhalten

204 Siehe dazu oben: B.III.4.a.

205 BMI, Allgemeinverfügung über die Anerkennung ausländischer Pässe und Passersatzpapiere, 13.10.2022, BAnz AT 25.10.2022 B4, <https://www.bundesanzeiger.de>. In dieser Allgemeinverfügung des BMI sind - nach Staaten sortiert in Anlage 1 - diejenigen Pässe und Passersatzpapiere aufgelistet, die anerkannt sind. In Anlage 2 sind diejenigen Pässe und Passersatzpapiere aufgelistet, die nicht anerkannt sind, so u.a. Somalia.

206 Vgl. Bericht des Auswärtigen Amtes über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in der Bundesrepublik Somalia vom 18. April 2021 [Stand: Januar 2021], S. 25

207 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage zur rechtlichen Lage von somalischen Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern in Deutschland, BT-Drs. 19/4022 vom 27. August 2018, S. 3 und 9

diese auch zeitnah, jedoch hat dies nicht zur Folge, dass die strengen Voraussetzungen des Gesetzgebers damit erfüllt werden können.

Auch sonstige Bestätigungen der somalischen Botschaft über die Identität, die somalische Staatsangehörigkeit oder über einen gestellten Antrag zur Ausstellung eines somalischen Passes können nicht zur abschließenden Klärung der Identität herangezogen werden. Nichtsdestotrotz werden Abschiebungen und Förderungen »freiwilliger Ausreisen« mithilfe der von der somalischen Botschaft ausgestellten Pässe durchgeführt. Abgesehen von Pflichten im Zusammenhang mit der Ausreiseaufforderung, konkret Duldung und Duldung nach § 60b AufenthG, ist hinsichtlich sonstiger Verpflichtungen zur Identitätsklärung und Passbeschaffung für Menschen aus Somalia eine Passbeschaffung objektiv nicht möglich.

In Deutschland ausgestellte Dokumente wie der Reiseausweis für Ausländer sind regelmäßig mit dem Vermerk »die Daten beruhen auf eigenen Angaben des Ausweisinhabers« versehen. Aufgrund dieser Rechtslage stehen Menschen aus Somalia im Zusammenhang mit der Eheschließung, der Ausstellung einer Geburtsurkunde für ihre Kinder, der Arbeitsaufnahme in sicherheitsrelevanten Bereichen (u.a. an Flughäfen, bei Wachdiensten), der Zulassung eines Kraftfahrzeuges und besonders auch bei der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis und Einbürgerung vor teilweise unüberbrückbaren Hindernissen.

Diese Einschränkungen sind nur durch die Identitätsklärung unter Rückgriff auf das Stufenmodell der bereits erläuterten Entscheidung des BVerwG²⁰⁸ möglich. Die Anwendung des Stufenmodells macht die Verfahren aufgrund der Berücksichtigung und Wertung von Beweisen mit nachgeordneter Aussagekraft sehr zeitaufwendig und mühsam – für die Betroffenen und für die Behörden. Die Fälle kommen nur langsam voran und es entsteht eine regional divergierende Praxis und Rechtsprechung.

Beim Erfordernis der Identitätsklärung etwa für die Einbürgerung muss die allgemeine Situation in Somalia und die dadurch entstandene unverschuldete Beweisnot der betroffenen Person berücksichtigt werden. Neben der Befragung von in Deutschland lebenden Personen, die den*die Betroffene noch aus dem Herkunftsland kennen, sind auch Zeugenaussagen von Verwandten im Ausland, deren Identität geklärt ist, ausreichend, um zu einem stimmigen Gesamtbild zu kommen.²⁰⁹

Von dieser Möglichkeit können allerdings nur wenige Somalier*innen profitieren, da die Familienangehörigen oftmals die gleichen Probleme beim Identitätsnachweis erleben. Das Familienverhältnis muss zudem durch einen kostenaufwändigen DNA-Test nachgewiesen werden. Letztlich stehen die Menschen bei minimalen Unterschieden in der Namensschreibweise oder -reihung in unterschiedlichen somalischen Dokumenten oder aus früheren Asylakten anderer Dublinstaaten vor unüberwindlichen Schwierigkeiten, die ihr gesamtes Leben in Deutschland prägen. ◆

208 BVerwG, Urteil vom 23. September 2020 – 1 C 36/19 –, juris

209 VG Mainz, Urteil vom 25.03.2022 – 4 K 476/21

II. Identitätsklärung im Aufenthaltsrecht

1. Rechtliche Relevanz der Identitätsklärung im Aufenthaltsgesetz

Neben der Passbeschaffung ist die Klärung von Identität und Staatsangehörigkeit eine allgemeine Erteilungsvoraussetzung für die Erteilung eines Aufenthaltstitels, § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG. Ausnahmen sieht das Gesetz auch hier entweder zwingend gem. § 5 Abs. 3 S. 1 AufenthG, oder im Wege des Ermessens gem. § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG vor. Hinzu kommen gesonderte Identitätsklärungspflichten bei der Erteilung einer Ausbildungsduldung (§ 60c Abs. 2 Nr. 3 AufenthG) und einer Beschäftigungsduldung (§ 60d Abs. 1 Nr. 1 AufenthG).

An sich setzt das Gesetz damit auch für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis die Identitätsklärung voraus. Einschränkend ist allerdings für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis gem. § 26 Abs. 3 AufenthG Folgendes zu berücksichtigen: Die Gesetzesbegründung zu dieser Norm²¹⁰ führt aus, dass »*anerkannte Flüchtlinge von den deutschen Behörden einen Reiseausweis für Flüchtlinge erhalten*«, sie »*damit der Passpflicht nach § 3 Absatz 1 AufenthG*« genügen »*und ihre Identität [...] geklärt*« ist. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass erstens von deutschen Behörden ausgestellte der Reiseausweis für Flüchtlinge aus im Rahmen der Niederlassungserlaubnis der Identitätsklärung genügt – jedenfalls dann, wenn er keinen Zusatz enthält, dass die Personendaten auf eigenen Angaben beruhen (§ 4 Abs. 6 AufenthV). Zweitens muss diese Identitätsklärungsfunktion folgerichtig auch für die Personen mit anderem Status gelten, soweit sie einen Reiseausweis nach § 5 AufenthV oder einen anderweitigen Passersatz besitzen. Demgegenüber ist es unzutreffend, wenn das Bundesministerium des Inneren und Heimat davon ausgeht, dass bei jedem Fall der Aufenthaltsverfestigung von Asylberechtigten und anerkannten Flüchtlingen die Identität der Antragsteller*innen eingehend zu prüfen sei.²¹¹

2. Klärung der Identität und Anwendbarkeit des Stufenmodells

Wie die Identität konkret zu prüfen ist, ist gesetzlich nicht weiter definiert. Zwar existieren verwaltungsinterne Vorgaben, die den Prüfungsvorgang konkretisieren: So führen die bundesministeriellen Anwendungshinweise wie folgt aus: »Identität und Staatsangehörigkeit sind im Regelfall durch die Vorlage eines gültigen Passes oder Passersatzes nachgewiesen. Sofern ein solches Dokument nicht vorliegt, sind die Identität und Staatsangehörigkeit durch andere geeignete Mittel nachzuweisen (z. B. Geburtsurkunde, andere amtliche Dokumente).«²¹² Andere landesrechtliche Weisungen stellen ebenfalls exemplarische Vorgaben auf, welche Dokumente in welchen Fällen und welcher Wertigkeit berücksichtigt werden sollen.²¹³

Tatsache ist derweil, dass die Prüfungspraxis bundesweit sehr heterogen und zugleich unvorhersehbar, und damit rechtsstaatlich massiv bedenklich ist. Insbesondere fehlt es an einheitlichen praktischen Maßgaben, in welchem hierarchischen Verhältnis die jeweils vorgelegten Beweis- und Erkenntnismittel zueinander stehen, und ob neben der Vorlage von Dokumenten auch alternative, also nicht-staatliche Dokumente oder glaubhaft gemachte Angaben berücksichtigt werden müssen. Praktisch problematisch ist daneben, wenn sich die Behörden tatsächlich bei der Identitätsklärung auf die Vorlage bzw. die Nicht-

210 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Integrationsgesetzes, BT-Drs. 18/8615, S. 42.

211 Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, Identitätsklärung als Voraussetzung für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Absatz 3 und 4 AufenthG, M3-21002/31#8, Rundschreiben vom 12.08.2021, <https://www.fluechtlingsrat-isa.de/wp-content/uploads/2021/09/2021-08-12-bmi-laenderschreiben-id-klaerung.pdf>, S. 2 f.

212 Bundesministerium des Inneren, AVV-AufenthG, Nr. 5.1.1a.

213 Vgl. etwa: Verfahrenshinweise der Ausländerbehörde Berlin zum AufenthG, Nr. 5.1.1a.: Demnach ist die Klärung der Identität nur möglich durch Pass, Passersatz und Ausweis oder amtliche Originaldokumente aus dem Herkunftsstaat oder im Fall einer Geburt in Deutschland ausnahmsweise durch deutsche Identitätsdokumente.

vorlage eines Passes beschränkt, und alternative Möglichkeiten gar nicht in Betracht oder es unterlässt, die Antragsteller*innen darauf hinzuweisen.

Daran schließt sich die Frage an, ob und inwieweit das Stufenmodell aus dem Staatsangehörigkeitsrecht auch im Aufenthaltsrecht berücksichtigt oder gar kodifiziert werden sollte. Zunächst begegnet das Stufenmodell in der vom BVerwG formulierten Version, erstens, den gleichen Bedenken wie im Zusammenhang des Staatsangehörigkeitsrechts, wenn dessen Anwendung zu einem langwierigen Verfahren führt. Zweitens kommt eine derart starre und strenge Prüfung erst recht im Aufenthaltsrecht nicht in Betracht: Denn die Prüfung der Identität hat im Aufenthaltsrecht eine nochmals andere Stoßrichtung als im Staatsangehörigkeitsrecht: Während bei einer Einbürgerung rechtlich ein neues Identitätsmoment abschließend geschaffen wird, will sich bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis der Staat mit der Klärung der Identität Klarheit darüber verschaffen, wer die Person ist. Auch der rechtliche Rahmen ist ein anderer: Die Klärung der Identität ist im Staatsangehörigkeit gem. §§ 8 Abs. 1, 10 Abs. 1 StAG immer zwingend. Im Aufenthaltsrecht ist die Identitätsklärung nur Regelvoraussetzung, und es muss bzw. kann, auch abgesehen von atypischen Fällen, gem. § 5 Abs. 3 AufenthG von der Klärung der Identität als allgemeiner Erteilungsvoraussetzung abgesehen werden.

Daraus ergibt sich der dritte Einwand für Übertragung des besagten Stufenmodells auf das Aufenthaltsrecht: Ob und inwieweit die Identität geklärt werden muss, und ob und unter welchen Maßgaben im Ermessenswege von der Identitätsklärung abgesehen werden kann und muss oder wann aus menschen- oder völkerrechtlichen Gründen von einem atypischen Ausnahmefall ausgegangen werden: All diese Fragen bemessen sich nicht nur nach spezifischen Aspekten der Identitätsklärung, sondern es müssen – wie auch bei der Frage des Absehens von der Passpflicht nach § 5 Abs. 3 AufenthG –²¹⁴ externe Gesichtspunkte in die Prüfung einbezogen werden, die für die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis eine Rolle spielen: Es muss also auch hier eine Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen einerseits und den privaten Interessen andererseits vorgenommen werden.²¹⁵ Zum Beispiel muss bei einem begehrten Familiennachzug zu einer anerkannt schutzberechtigten Person, der typischerweise mit Problemen der Identitätsklärung einhergeht, ein milderer Maßstab gelten, da hier ergänzend das Recht auf Familie nach Art. 6 GG, Art. 8 EMRK und das Kindeswohl berücksichtigt werden müssen.

Diese Einwände sprechen aber nicht per se gegen die konkretere Kodifizierung der Identitätsprüfung im Aufenthaltsrecht, sondern adressieren nur die Umsetzung einer solchen: Angezeigt und rechtspolitisch wie auch rechtspraktisch wünschenswert auch an dieser Stelle, aus den genannten Gründen, zum einen eine gesetzliche Klarstellung der möglichen Beweis- und Erkenntnismittel, verbunden mit der Maßgabe, die Beweis- und Erkenntnismittel in eine Verwaltungsvorgang zu prüfen. Zum anderen wäre es praktisch zielführend, auf die Relevanz anderer grund- und menschenrechtlicher Belange hinzuweisen, damit die zuständigen Behörden zwingend bei einer Entscheidung darauf eingehen müssen.

Auch hier gilt es noch auf die alternative Möglichkeit einer eidesstaatlichen Versicherung einzugehen: Die Koalitionsparteien haben in ihrem Koalitionsvertrag bereits angekündigt, »die Klärung der Identität einer Ausländerin oder eines Ausländers um die Möglichkeit, eine Versicherung an Eides statt abzugeben, erweitern und werden hierzu eine gesetzliche Regelung im Ausländerrecht schaffen« zu wollen.²¹⁶ Aus den genannten Gründen sollte auch an dieser Stelle eine entsprechende gesetzliche Grundlage gem. § 27 Abs. 1 VwVfG geschaffen und diese sodann, auf gleicher Stufe mit den übrigen Beweis- und Erkenntnismitteln, in die Gesamtschau einbezogen werden. Erst recht an dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden: Eine Ansiedlung dieser Möglichkeit einer eidesstattlichen Versicherung auf einer minderen Stufe gegenüber den anderen Beweis- und Erkenntnismitteln in Entsprechung des Stufenmodells würde prognostisch in einem Großteil der Fälle dazu führen, dass das Instrument wert- und nutzlos bliebe, denn die Praxis würde in den seltensten Fällen eine Unzumutbarkeit der vorgelagerten Stufen annehmen.

214 Siehe dazu oben: C.II.2.

215 OVG Lüneburg Urt. v. 8.2.2018 – 13 LB 45/17, BeckRS 2018, 2134, beck-online.

216 Koalitionsvertrag 2021-2025. Zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90 / Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf, S. 110.

PRO ASYL
DER EINZELFALL ZÄHLT.