

**OVG Niedersachsen**  
**Beschluss vom 8.11.2005 – 12 ME 397/05**

**Aus dem Entscheidungstext**

Gründe

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts, durch den dieses dem Begehren der Antragsteller, in Deutschland geduldeten pakistanischen Staatsangehörigen, entsprochen hat, im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes vorläufig die rechtlichen Voraussetzungen für die Ausübung einer Beschäftigung sicherzustellen, bleibt ohne Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat in seinem angefochtenen Beschluss zum einen festgestellt, dass die von den Antragstellern erhobene Anfechtungsklage (Az. des Verwaltungsgerichts 5 A 3720/05) gegen die ihren Duldungen beigegebenen Nebenbestimmungen „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ aufschiebende Wirkung habe. Zum anderen hat das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, ab dem 30. August 2005 vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des auf eine Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Erteilung von Beschäftigungserlaubnissen gerichteten Klageverfahrens (ebenfalls unter dem Az. 5 A 3720/05 des Verwaltungsgerichts) dem Antragsteller zu 1) die Ausübung einer Beschäftigung als Küchenhelfer beim Pizza-Bringdienst E., und der Antragstellerin zu 2) die Ausübung einer Beschäftigung als Spezialitätenverkäuferin beim F. zu gestatten, soweit die erforderliche Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit vorliege.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt: Der Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die mit den erteilten Duldungen verfügten Maßgaben „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ festzustellen, sei in entsprechender Anwendung von § 80 Abs. 5 VwGO statthaft. Die Antragsgegnerin habe mit diesen Bestimmungen nicht lediglich Hinweise auf die bestehende Rechtslage, sondern Verwaltungsakte bzw. selbstständig anfechtbare Nebenbestimmungen in der Form von Auflagen erlassen. Die aufschiebende Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage sei weder nach § 84 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG noch nach §§ 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO, 70 Abs. 1 NVwVG, 64 Abs. 4 Nds.SOG ausgeschlossen. Überdies seien die verfügten Auflagen rechtswidrig. Sie könnten nicht auf § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG gestützt werden, weil das durch sie verfügte Beschäftigungsverbot nicht erforderlich sei. Das grundsätzliche Verbot, einer Beschäftigung nachzugehen, ergebe sich für Ausländer, deren Aufenthalt lediglich geduldet werde, bereits unmittelbar aus der gesetzlichen Vorschrift des § 4 Abs. 3 AufenthG. Ein individuelles Regelungsbedürfnis bestehe nur dann, wenn das grundsätzliche gesetzliche Beschäftigungsverbot dadurch überwunden werden solle, dass die Ausländerbehörde mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit unter den Voraussetzungen der §§ 10 und 11 der Beschäftigungsverfahrensverordnung eine Beschäftigungserlaubnis erteile. Obwohl hiernach ein – wie im Falle der Antragsteller – individuell verfügbares Beschäftigungsverbot in Form einer Auflage zur Duldung funktionslos sei, stelle es doch eine Verletzung der aus Art. 2 Abs. 1 Satz 1 GG folgenden Rechtsposition dar, so dass die Feststellung (bzw. Anordnung) der aufschiebenden Wirkung der gegen die Auflage erhobenen Klage geboten sei.

Die Antragsgegnerin sei überdies im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu verpflichten, den Antragstellern die begehrte Beschäftigung vorläufig zu erlauben. Der erforderliche Anordnungsgrund folge daraus, dass die Antragsteller ansonsten in unzumutbarer Weise an der Ausübung einer Beschäftigung gehindert seien. Ihnen stehe auch ein

Anordnungsanspruch zu, da die Voraussetzungen der §§ 10 und 11 BeschVerfV nach der in dem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes anzustellenden summarischen Prüfung vorlägen. Insbesondere mache die Antragsgegnerin zu Unrecht geltend, die Antragsteller hätten es zu vertreten, dass ihre Abschiebung gegenwärtig wegen fehlender Passpapiere unmöglich sei. Obwohl ein Ausländer alle zumutbaren und geeigneten Tat- und Rechtshandlungen vornehmen müsse, die für die Beschaffung von Pass- bzw. Passersatzpapieren notwendig seien, könne den Antragstellern eine mangelnde Mitwirkung in dieser Hinsicht nicht vorgeworfen werden. Denn in ihrem Falle bestehe die Besonderheit, dass ihnen aufgrund der bei der Antragsgegnerin verfügbaren Unterlagen im Dezember 2003 bereits einmal pakistanische Pässe mit einer Gültigkeitsdauer von 6 Monaten ausgestellt worden seien. Die abgelaufenen Pässe seien der pakistanischen Botschaft nunmehr mit dem Antrag übermittelt worden, diese zu verlängern bzw. neue Pässe auszustellen. Die Antragsteller hätten dabei in gleicher Weise wie bei der seinerzeitigen erfolgreichen Passerteilung mitgewirkt. Es sei deshalb davon auszugehen, dass der Grund dafür, dass den Antragstellern bislang noch nicht wieder Pässe ausgestellt worden seien, in der Arbeitsweise der pakistanischen Botschaft liege, die Antragsteller hingegen alle ihnen zumutbaren Anstrengungen zur Erlangung von Passpapieren unternommen hätten. Nachweise für ihre Behauptung, dass die pakistanische Botschaft sich in ihrer Arbeitsweise am Verhalten der jeweiligen Antragsteller orientiere, habe die Antragsgegnerin nicht erbracht. Die Bundesagentur für Arbeit habe unter dem 2. Februar bzw. 21. März 2005 die Zustimmung für die von den Antragstellern erstrebten Beschäftigungen erteilt. Die Antragsgegnerin habe auf fernmündliche Nachfrage des Gerichts erklärt, dass - unterstellt, ein Versagungsgrund nach § 11 BeschVerfV liege nicht vor – die Beschäftigungserlaubnisse erteilt werden würden.

Die Antragsgegnerin rügt mit ihrer Beschwerde, das Verwaltungsgericht habe die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes sowohl nach § 80 Abs. 5 VwGO als auch nach § 123 VwGO ablehnen müssen. Für die in Analogie zu § 80 Abs. 5 VwGO getroffene Feststellung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Bestimmungen „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ erhobenen Anfechtungsklage bestehe kein Raum, da das Interesse der Antragsteller allein darin bestehe, (weiter) einer Beschäftigung nachgehen zu können. Dieses könnten sie allein durch ihren – zusätzlich – angebrachten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO erreichen. Da die den Duldungen beigefügten Maßgaben „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ nur die ohnehin bereits durch das Aufenthaltsgesetz vorgegebene Rechtslage wiedergäben, erreichten die Antragsteller mit der von dem Verwaltungsgericht ausgesprochenen Feststellung, dass der hiergegen erhobenen Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung beikomme, nichts. Das Verwaltungsgericht habe zudem verkannt, dass die genannten Maßgaben weder der Form noch dem Inhalt nach selbstständig anfechtbare Nebenbestimmungen in der Form von Auflagen zu den erteilten Duldungen darstellten. Sie seien lediglich Hinweise auf die bestehende Rechtslage.

Weiterhin habe das Verwaltungsgericht zu Unrecht angenommen, dass die Antragsteller für die von ihnen begehrte einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO betreffend eine vorläufige Beschäftigungserlaubnis den erforderlichen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hätten. Vielmehr sei ihnen die begehrte Erlaubnis nach § 11 BeschVerfV zu versagen, weil sie im Sinne dieser Vorschrift die Gründe, deretwegen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden könnten, in Gestalt ihrer Passlosigkeit zu vertreten hätten. Wenn das Verwaltungsgericht darauf abstelle, die Antragsteller hätten daran mitgewirkt, dass ihnen im Dezember 2003 bereits einmal Pässe mit einer Gültigkeitsdauer von 6 Monaten hätten ausgestellt werden können, und hätten diese Mitwirkung in Bezug auf eine Verlängerung dieser Pässe wiederholt, lasse es außer Acht, dass die Pässe seinerzeit lediglich im Rahmen der sog. Passersatzpapierbeschaffung hätten eingeholt werden können. Demgegenüber hätten die Antragsteller während ihres 10-jährigen Aufenthaltes in Deutschland keine ausreichenden eigenen Bemühungen zur Erlangung gültiger

pakistanischer Pässe nachgewiesen. Sie hätten nicht glaubhaft gemacht, dass es ihnen auch unter Berücksichtigung einer möglicherweise schleppenden Bearbeitung von Passanträgen durch die pakistanische Botschaft über Jahre hinweg unmöglich gewesen sein sollte, wieder in den Besitz von pakistanischen Pässen zu gelangen. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts könne das bloße Ausfüllen von Anträgen für Passersatzpapiere die Antragsteller nicht davon entbinden, eigene zumutbare Anstrengungen zur Beschaffung von Pässen zu unternehmen, insbesondere mit den erforderlichen Unterlagen persönlich bei der pakistanischen Botschaft vorzusprechen. Die Antragsteller hätten nicht dargetan, dass sie aktuell derartige eigene Bemühungen angestellt hätten.

Dieser Beschwerdevortrag der Antragsgegnerin, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, kann dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen.

Soweit sich die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde gegen den von dem Verwaltungsgericht auf der Grundlage des § 80 Abs. 5 VwGO getroffenen Ausspruch wendet, dass der von den Antragstellern erhobenen Anfechtungsklage gegen die mit den erteilten Duldungen verbundenen Bestimmungen „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ aufschiebende Wirkung zukomme, fehlt es an dem für jede Rechtsverfolgung erforderlichen allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis.

Denn gleichviel, ob die genannte Maßgabe – wie von dem Verwaltungsgericht angenommen – eine selbstständig anfechtbare Auflage darstellt (für die Zulässigkeit einer solchen Auflage nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG: Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 61, Rn. 5; 9. Senat des beschließenden Gerichts, Beschl. v. 7.10.2005 – 9 ME 82/05 -; vgl. auch den von dem Verwaltungsgericht zitierten Beschluss des VG Braunschweig v. 6.4.2005 – 6 B 113/05 -, InfAuslR 2005, 64 ff) oder – entsprechend der Einschätzung der Antragsgegnerin – lediglich als Hinweis auf die ohnehin geltende Rechtslage (in diesem Sinne allgemein: OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 22.4.2005 – 18 B 574/05 -, juris; VG Karlsruhe, Beschl. v. 15.4.2005 – 10 K 493/05 -, AuAS 2005, 194 ff) zu verstehen ist, ein beachtliches Interesse daran, dass der Senat den Ausspruch des Verwaltungsgerichts über den Suspensiveffekt der erhobenen Anfechtungsklage aufhebt, steht der Antragsgegnerin in keinem Fall zur Seite. Träfe die Einschätzung des Verwaltungsgerichts zu, es handele sich um eine selbstständig anfechtbare Auflage, wäre für das Beschwerdeverfahren davon auszugehen, dass die Feststellung der aufschiebenden Wirkung des hiergegen eingelegten Rechtsbehelfes zu Recht erfolgt ist. Denn die Antragsgegnerin macht nicht geltend, nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG zum Erlass dieser Auflage berechtigt zu sein, und greift die Erwägungen, die das Verwaltungsgericht dazu angestellt hat, dass keiner der gesetzlichen Tatbestände über einen Ausschluss des Suspensiveffektes einschlägig sei, in ihrem Beschwerdevortrag nicht an. Handelte es sich dagegen bei der in Rede stehenden Bestimmung lediglich um einen unverbindlichen Hinweis auf die Rechtslage, ginge der Feststellungsausspruch des Verwaltungsgerichts ins Leere, ohne dass ein Bedürfnis für seine Aufhebung ersichtlich wäre.

Auf der Grundlage des Beschwerdevorbringens der Antragsgegnerin lässt sich auch nicht erkennen, dass die von dem Verwaltungsgericht getroffene einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO über die den Antragstellern vorläufig zu gestattende Beschäftigung zu beanstanden sein könnte.

Dabei besteht der Kern der Streitigkeit von vornherein lediglich in der Frage, ob den Antragstellern die begehrte Beschäftigungserlaubnis nach § 11 BeschVerfV zu versagen ist, weil bei ihnen aus von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 10 BeschVerfV (i.V.m. §§ 39 bis 41 AufenthG) vorliegen, insbesondere die Bundesagentur für Arbeit ihre

Zustimmung hierzu unter dem 2. Februar 2005 für den Antragsteller zu 1. (Bl. 476 der Beiakte F) und unter dem 21. März 2005 für die Antragstellerin zu 2. (Bl. 358 der Beiakte H) erteilt hat (und deshalb hier auch nicht gemäß § 65 Abs. 2 VwGO zum Verfahren beizuladen ist), ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Auch hat die Antragsgegnerin in dem Eilverfahren gegenüber dem Verwaltungsgericht sinngemäß erklärt, sie übe das ihr nach § 10 BeschVerfV zustehende Erteilungsermessen dahingehend aus, dass die begehrten Beschäftigungserlaubnisse erteilt werden sollten, wenn ein Versagungsgrund im Sinne des § 11 BeschVerfV nicht durchgreife (vgl. den Vermerk auf Blatt 51 R der Gerichtsakte).

Für den derart eingegrenzten streitigen Sachverhalt ist zwar im Hinblick auf die von § 11 BeschVerfV vorausgesetzten Mitwirkungspflichten der betroffenen Ausländer unbestritten, dass diese alle für die Beseitigung einer Passlosigkeit erforderlichen und zumutbaren Handlungen vorzunehmen haben (vgl. nur: VG Karlsruhe, Beschl. v. 15.4.2005, a.a.O.; Stiegeler, Asylmagazin 6/2005, S. 7). Gleichwohl verhilft es der Beschwerde der Antragsgegnerin nicht zum Erfolg, wenn diese in der Begründung ihres Rechtsmittels geltend macht, die Antragsteller hätten während ihres gesamten 10-jährigen Aufenthaltes in Deutschland keine ausreichenden eigenen Bemühungen zur Beschaffung von pakistanischen Pässen unternommen und hätten dieses Verhalten auch aktuell - ungeachtet ihrer Mitwirkung bei der von der Antragsgegnerin in die Wege geleiteten Passersatzpapierbeschaffung - nicht geändert. Denn die Antragsgegnerin vernachlässigt dabei, dass das Verwaltungsgericht die grundsätzliche Mitwirkungsverpflichtung der betroffenen Ausländer im Hinblick auf eine Beschaffung von Pass- bzw. Passersatzpapieren nicht in Zweifel gezogen, sondern diese vielmehr ausdrücklich hervorgehoben hat (S. 9 BA).

Das Verwaltungsgericht hat nur für den konkreten Fall und für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes das Eingreifen eines Versagungsgrundes nach § 11 BeschVerfV wegen der Besonderheit verneint, dass den Antragstellern bereits im Dezember 2003 einmal auf Betreiben der Antragsgegnerin pakistanische Pässe ausgestellt worden waren und die Antragsteller auch in dem aktuell von der Antragsgegnerin betriebenen Passersatzpapierbeschaffungsverfahren die erforderlichen Mitwirkungshandlungen vorgenommen haben. Der Einwand der Antragsgegnerin, die Mitwirkung an der Beschaffung von Passersatzpapieren entbinde die Antragsteller nicht von der Verpflichtung zu eigenen zumutbaren Anstrengungen zur Beschaffung von Pässen, geht in dieser konkreten zur Entscheidung stehenden Fallgestaltung fehl. Denn dem Tatbestand des § 11 BeschVerfV unterfällt nur ein Verhalten, das die Abschiebung verhindert, auf die Möglichkeit bzw. die Voraussetzungen einer freiwilligen Ausreise kommt es anders als bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5 AufenthG nicht an (VG Sigmaringen, Beschl. v. 25.8.2005 - 8 K 1287/05 -, Juris; Leineweber, InfAuslR 2005, 302, 305; Stiegeler, a.a.O., 7). Weiterhin ist für das Eilverfahren davon auszugehen, dass die Voraussetzungen des § 11 BeschVerfV nur durch ein gegenwärtig an den Tag gelegtes schuldhaftes Mitwirkungspflichtversäumnis erfüllt werden, das kausal zu einem Abschiebungshindernis führt (in diesem Sinne: VG Sigmaringen, Beschl. v. 25.8.2005, a.a.O.; Leineweber, a.a.O., 304; Stiegeler, a.a.O., 7). In Anbetracht dessen sieht es der Senat hier als entscheidend an, dass die Antragsgegnerin nach dem aktuellen Verhalten der Antragsteller derzeit jedenfalls die Möglichkeit hat, Passersatzpapiere zu beschaffen und sodann die Abschiebung der Antragsteller durchzuführen.

Nicht Stellung zu nehmen hat der Senat zu der weitergehenden Frage, ob unabhängig von den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 11 BeschVerfV die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis durch eine Auflage zu einer erteilten Duldung nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ausgeschlossen werden darf (so Renner, a.a.O., § 61, Rn. 5 und 9. Senat des beschließenden Gerichts, Beschl. v. 7.10.2005 - 9 ME 82/05 -). Denn die Antragsgegnerin hat

jedenfalls nach ihrem Beschwerdevorbringen, das der Senat seiner Prüfung zu Grunde zu legen hat, eine derartige Kompetenz nicht in Anspruch nehmen wollen.