

**VGH Ba-Wü: Zur Erwerbstätigkeit bei Duldung
Beschluss vom 12.10.2005 - 11 S 1011/05**

»(...) I. Der Antragsteller ist ein abgelehnter Asylbewerber irakischer Staatsangehörigkeit. Gegen Ende seines (...) rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahrens wurde ihm von der zuständigen Agentur für Arbeit die unselbständige Erwerbstätigkeit bei einer Reinigungsfirma vom 01.12.2004 bis 01.02.2005 erlaubt. Seiner erstmals am 22.02.2005 ausgestellten Duldungsbescheinigung (§ 60 a Abs. 4 AufenthG) wurde der Zusatz beigefügt:
>Erwerbstätigkeit: nicht gestattet<. Dagegen erhob er Widerspruch und beehrte die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO, hilfsweise nach § 123 VwGO.
Das Verwaltungsgericht ist vor diesem Hintergrund zu Recht davon ausgegangen, dass nur der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig ist.

1. Dem steht nicht der in § 123 Abs. 5 VwGO normierte Vorrang des vom Antragsteller mit dem Hauptantrag verfolgten Verfahrens nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO entgegen. Denn ein solcher Antrag wäre bereits nicht statthaft. Die Statthaftigkeit setzt voraus, dass dem Verfahren ein belastender Verwaltungsakt zugrunde liegt (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 20.08.1987 - 8 S 1001/87 -; Schoch in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn. 309; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 80 Rn. 56). Das ist hier nicht der Fall. Der Zusatz >Erwerbstätigkeit: nicht gestattet< zur Duldung vom 22.02.2005 ist, wie sich aus den Umständen ergibt, mangels Regelungsgehalts (vgl. § 35 Satz 1 LVwVfG) kein Verwaltungsakt, sondern ein schlichter Hinweis auf die seit dem Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes geltende Rechtslage. (...)

2. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zu Recht gegen das Land Baden-Württemberg gerichtet. Zuständige Behörde zur Entscheidung über die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis ist im Falle des Antragstellers das Regierungspräsidium Karlsruhe.

3. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist aber unbegründet. (...)

1. Fraglich ist bereits, ob das Verwaltungsgericht zu Recht einen Anordnungsgrund (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, 2. Alt. ZPO) bejaht hat. Seine Begründung, der Antragsteller könne >aus Zeitgründen und aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes< nicht auf die Hauptsache verwiesen werden, erscheint zweifelhaft. Bei geduldeten Ausländern, denen die Beschäftigung noch nicht erlaubt war, dürften >Zeitgründe<, d. h. der Zeitablauf bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren über die erstmalige Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis und die damit verbundenen finanziellen Einbußen für sich alleine wohl noch keinen ausreichenden Grund für die Notwendigkeit einer - die Hauptsache teilweise vorwegnehmenden - einstweiligen Anordnung bilden. (...)

Dazu dürfte die Möglichkeit, eine Erlaubnis, welche wirtschaftliche Vorteile bieten kann, schnellstmöglich ausnutzen zu können, für sich alleine nicht ausreichen. Wird eine solche Erlaubnis, wie etwa eine Gaststättenerlaubnis, beantragt, ist es vielmehr regelmäßig zumutbar, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten (vgl. Bay. VGH, Beschluss vom 20.09.2004 - 22 CE 04.2203 -, GewArch 2004, 491; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 11.07.1988 - 14 S 1959/88 -, GewArch 1988, 389). Nichts anderes dürfte für die erstmalige Erteilung der Beschäftigungserlaubnis gelten, sofern nicht zusätzliche Umstände hinzutreten, welche die einstweilige Zulassung zur angestrebten Beschäftigung zur Abwendung wesentlicher Nachteile gebieten (vgl. § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Das könnte etwa der Fall sein, wenn der Ausländer bereits gearbeitet hat und ihm eine Kündigung droht (vgl. VG Koblenz, Beschluss vom 04.03.2005 - 3 L 278/05 -, NVwZ 2005, 724) und/oder wenn der Arbeitgeber dem Antragsteller einen bestimmten Arbeitsplatz eine Zeit lang freihält, bevor er eine Ersatzkraft einstellt (vgl. VG Hannover, Beschluss vom 14.03.2005 - 2 B 1087/05 -, InfAuslR 2005, 204 [ASYLMAGAZIN

6/2005, S. 44]), oder wenn die Chancen auf eine Einstellung in der angestrebten Branche des Ausländers sich durch Zeitablauf aus anderen Gründen wesentlich verschlechtern, etwa weil das Berufsbild eine ununterbrochene Berufsausübung verlangt, um die berufsspezifischen Kenntnisse auf aktuellem Stand zu halten.

Eine damit vergleichbare Konstellation dürfte der Antragsteller aber nicht glaubhaft gemacht haben. Er war zwar schon bisher als Hilfskraft in der Reinigungsbranche tätig. Diese Branche ist aber von hoher Fluktuation geprägt und setzt keine kontinuierliche Ausübung der Tätigkeit voraus. (...)

2. Letztlich muss die Glaubhaftmachung eines ausreichenden Anordnungsgrundes hier aber nicht abschließend geklärt werden. Denn jedenfalls hat das Verwaltungsgericht einen Anordnungsanspruch (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 1. Alt. ZPO) zutreffend verneint. (...)

Zwar dürfte dem Anspruch des Antragstellers auf fehlerfreie Ermessensausübung nicht bereits der Versagungsgrund des § 11 BeschVerfV (dazu a)) und auch nicht der fehlende Ablauf der nach § 10 Satz 1 BeschVerfV erforderlichen Wartefrist entgegenstehen (dazu b)). Die Ermessensausübung des Regierungspräsidiums zu seinen Lasten lässt aber keine Fehler erkennen (dazu c)).

a) (...) Rückführungen irakischer Staatsangehöriger finden aber derzeit, worauf das Regierungspräsidium hinweist, nicht statt (so auch der unter Abschnitt D, Ziffer 8.3 der zusammengefassten Vorgaben des Innenministeriums Baden-Württemberg zur Anwendung aufenthalts- und asylrechtlicher Regelungen - Stand 01.08.2005 - enthaltene Erlass über die Rückführung irakischer Staatsangehöriger vom 27.11.2003, Az. 4-13-IRK/12). Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegenüber dem Antragsteller können also derzeit mit hoher Wahrscheinlichkeit unabhängig von seinem Verhalten nicht vollzogen werden, es sei denn, er hätte die irakische Staatsangehörigkeit nur vorgetäuscht und wäre in Wirklichkeit Angehöriger eines Staates, der ihn ohne Personalpapiere rückübernehmen würde.

Bereits der Wortlaut des § 11 Satz 1, 2. Alt. BeschVerfV spricht aber dafür, diesen Versagungsgrund nur dann zu bejahen, wenn ein Verhalten des Ausländers für die fehlende Möglichkeit der Aufenthaltsbeendigung kausal ist (so auch VG Koblenz, Beschluss vom 04.03.2005 - 3 L 278/05 -, NVwZ 2005, 724; Fehrenbacher in: HTK-AuslR, § 11 BeschVerfV Anm. 3; Stiegeler in: Asylmagazin 6/2005, S. 7). Denn die Frage des >Vertretenmüssens< eines Zustandes - hier: der nicht erfolgten Aufenthaltsbeendigung - stellt sich dann nicht, wenn es an einem kausalen Beitrag des Betroffenen fehlt (so auch für das >Vertreten< im Rahmen von § 30 Abs. 3 AuslG VGH Bad.-Württ., Urteile vom 25.06.2003 - 13 S 2767/02 - und vom 08.11.2001 - 13 S 2171/00 -). Diese Frage kann aber letztlich dahinstehen (s. unter c).

b) Nach Ansicht des Senats dürfte ein Anspruch des Antragstellers auf ermessenfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis auch nicht am fehlenden Ablauf der Wartefrist nach § 10 Satz 1 BeschVerfV scheitern. Nach dieser Bestimmung kann geduldeten Ausländern erst nach einem Jahr erlaubten oder geduldeten Aufenthalts eine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden. Die Ansicht des Verwaltungsgerichts, unter Zeiten >erlaubten< Aufenthalts fielen Zeiten des Besitzes einer Aufenthaltsgestattung nicht, erscheint bedenklich (vgl. dazu ausführlich und mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte auch Funke-Kaiser, a. a. O., [in: GK-AufenthG,] § 60 a Rn. 50; vgl. auch Stiegeler, a. a. O., S. 6). Selbst wenn >gestatteter< und >erlaubter< Aufenthalt nicht gleichzusetzen wären, bliebe fraglich, ob die Wartefrist nur für die erstmalige Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis gilt (vgl. VG Münster, Beschluss vom 31.03.2005 - 8 L 189/05 -, AuAS 2005, 127 [=ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43]; Fehrenbacher in: HTK-AuslR, § 10 BeschVerfV). Auch dies kann aber letztlich dahinstehen.

c) Denn es ist jedenfalls nicht ausreichend glaubhaft gemacht, dass das Regierungspräsidium sein ihm nach § 10 Satz 1 BeschVerfV eröffnetes Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. Die tragende Erwägung des Regierungspräsidiums, gegen eine Erteilung spreche die nicht

ausreichende Mitwirkung des Antragstellers bei der Beschaffung eines Nationalpasses, dürfte bei summarischer Prüfung nicht zu beanstanden sein. Denn der Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Ermessensentscheidung nach § 10 Satz 1 BeschVerfV steht mit hoher Wahrscheinlichkeit kein aus § 11 Satz 1, 2. Alt. BeschVerfV folgendes Berücksichtigungsverbot entgegen (dazu aa)). Diese Erwägung erweist sich auch sonst nicht als ermessensfehlerhaft (dazu bb)).

aa) Aus der Systematik der §§ 10 f. BeschVerfV wird gefolgert, Unterlassungen des Ausländers, die in den Anwendungsbereich des § 11 BeschVerfV gehörten, zur Bejahung des Tatbestandes dieses Versagungsgrundes aber nicht ausreichen, dürften bei der Ermessensentscheidung nach § 10 BeschVerfV ausnahmslos nicht mehr berücksichtigt werden (so Stiegeler, a. a. O., S. 7). Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Mit hoher Wahrscheinlichkeit dürfte ein solches »Berücksichtigungsverbot« nur dann gelten, wenn ein Unterlassen des Ausländers mangels Zumutbarkeit pflichtgemäßen Handelns dazu führt, dass er die fehlende Möglichkeit der Aufenthaltsbeendigung nicht im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1, 2. Alt. BeschVerfV zu »vertreten« hat, da sonst Zumutbarkeitserwägungen unterlaufen würden. Das ist hier jedoch nicht der Fall. Das Regierungspräsidium hat in seinen Ermessenserwägungen auf ein pflichtwidriges Unterlassen des Antragstellers - seine nicht ausreichende Mitwirkung bei der Beschaffung eines Nationalpasses - abgestellt. Dieses Unterlassen ist, wie dargelegt, zwar nicht ursächlich für die Unmöglichkeit seiner Aufenthaltsbeendigung und daher insofern vom Antragsteller nicht zu vertreten, wohl aber potentiell ursächlich für die Verletzung seiner gesetzlichen Pflicht zur Passbeschaffung nach § 48 Abs. 1 und 3 AufenthG (dazu nachfolgend). Eine solche Unterlassung kann mit hoher Wahrscheinlichkeit im Rahmen von § 10 Satz 1 BeschVerfV berücksichtigt werden.

bb) Die Berücksichtigung der unterlassenen Passbeschaffung lässt auch keine Ermessensfehler erkennen. Nach der Rechtsprechung des Senats zum Ausländergesetz war ein Erwerbstätigkeitsverbot als Auflage zur Duldung nach § 56 Abs. 3 Satz 3 AuslG zulässig, um damit einem abgelehnten Asylbewerber den Anreiz zu nehmen, seine ihm nach § 15 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG auferlegte Pflicht, an der Passbeschaffung mitzuwirken und damit seine Passpflicht nach § 4 AuslG zu erfüllen, zu missachten oder zu verschleppen (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 06.10.2004 - 11 S 975/04 -; Beschluss vom 25.09.2003 - 11 S 1795/04 -, InfAuslR 2004, 70; vgl. auch Funke-Kaiser, a. a. O., § 60 a Rn. 52). Ob die fehlende Mitwirkung dazu führte, dass eine Aufenthaltsbeendigung unmöglich war, war insoweit regelmäßig unerheblich; eine Anordnung kam nur dann nicht in Betracht, wenn von vornherein feststand, dass die Passlosigkeit auch durch ein pflichtgemäßes Verhalten nicht beseitigt werden konnte (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 21.07.2005 - 11 S 1368/04 -; Funke-Kaiser, a. a. O.) oder eine Aufenthaltsbeendigung in zeitlicher Hinsicht überhaupt nicht mehr absehbar war (so Funke-Kaiser, GK-AuslR, § 56 Rn. 15; möglicherweise enger Hess. VGH, Beschluss vom 06.04.2001 - 12 TG 368/01 -, InfAuslR 2001, 378 und VG München, Beschluss vom 08.11.1999 - M 7 S 99.4357 -, NVwZ-Beilage I 4/2000, 43: Erwerbstätigkeitsverbot jedenfalls dann, wenn der Ausländer durch sein Verhalten ein Abschiebungshindernis zu vertreten hat). Diese Erwägungen können auch unter Geltung des § 10 Satz 1 BeschVerfV in zulässiger Weise das behördliche Entscheidungsermessen bestimmen. (...)