

Aus der Beratungspraxis

Duldung und Erwerbstätigkeit – Arbeitsverbot auf Umwegen?

RA Klaus Peter Stiegeler, Freiburg

Nach der Verabschiedung des Zuwanderungsgesetzes im Juli 2004 war lange Zeit nicht klar, ob auch geduldete Ausländer Zugang zum Arbeitsmarkt haben. Bundesinnenminister Otto Schily blockierte die Verabschiedung der Verordnungen über den Arbeitsmarktzugang, weil er ein unbefristetes Arbeitsverbot für Geduldete durchsetzen wollte. Schließlich gelang es im Oktober vergangenen Jahres, diesen Widerstand zu überwinden. Die im November 2004 veröffentlichte Beschäftigungsverfahrensverordnung (BeschVerfV) ermöglicht auch geduldeten Ausländern die Aufnahme bzw. Fortführung einer Beschäftigung. Ausgeschlossen hiervon sind jene geduldeten Ausländer, welche in der Absicht eingereist sind, Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu beziehen, oder die das Abschiebungshindernis selbst zu vertreten haben.

Damit schien der rechtliche Rahmen für eine Fortführung der bisherigen Praxis zur Verfügung zu stehen. Abgesehen von gewissen Übergangsschwierigkeiten wegen der neu geschaffenen Zuständigkeit der Ausländerbehörden erwartete niemand wesentliche Änderungen. Diese Erwartungen wurden gründlich enttäuscht. Unbefriedigender hätte der Start des mit so viel Vorschusslorbeeren bedachten »One-Stop-Government« kaum verlaufen können.

I. Behördenpraxis

Die in den vergangenen Monaten aufgekommenen administrativen Fehlleistungen haben nur zum geringen Teil mit Übergangsschwierigkeiten zu tun. Sie sind überwiegend struktureller Natur. Zu beobachten sind Unsicherheit, Überlastung, mangelnde Erreichbarkeit, Zuständigkeitsprobleme und Neigung zu restriktivster Interpretation, vor allem bei der Anwendung von § 11 BeschVerfV.

Kompliziert wird die Situation der geduldeten Ausländer durch die kurze Laufzeit der Duldungen. Diese reicht vielfach nicht einmal aus für die Übermittlung der Unterlagen von der Ausländerbehörde an die Arbeitsverwaltung, deren Bearbeitung und Rücksendung. Dies gilt vor allem, wenn noch Nachfragen zu beantworten sind. Für viele geduldete Ausländer, vor allem für Flüchtlinge, hat sich deshalb die neue Behördenpraxis oft als Prozedur zur Vernichtung von Beschäftigungsverhältnissen erwiesen.

Zur Illustration sei nachfolgend der Fall von Herrn J., eines abgelehnten Asylbewerbers, dargestellt:

Die Duldung von Herrn J. war im Oktober 2004 bis 12.12.2004 verlängert worden. Bei Ablauf wies ihn die Ausländerbehörde auf die neue Rechtslage hin und forderte ihn auf, den Antrag

auf »Verlängerung Ihrer Arbeiterlaubnis sofort per Post bei der Ausländerbehörde zusammen mit der letzten Gehaltsabrechnung einzureichen«. Herr J. ging einer Beschäftigung als Küchenhelfer bei einem Restaurant nach. Er setzte sich unverzüglich mit dem Arbeitgeber in Verbindung und veranlasste diesen, den Antrag auf Arbeitsgenehmigung zu unterzeichnen. Danach passierte Folgendes:

1. Verlängerung der Duldung für einen Monat mit der Auflage »Arbeitsgenehmigungspflichtige Erwerbstätigkeit ist nur gemäß gültiger Arbeitsgenehmigung gestattet. Ab 13.1.2005 ist Erwerbstätigkeit nicht gestattet«.
2. Am 14.12.2004 Erteilung der Arbeiterlaubnis durch die Agentur für Arbeit bis 12.1.2005.
3. Antrag auf weitere Arbeiterlaubnis mit Unterschrift des Arbeitgebers am 30.12.2004 für die Fortsetzung der genehmigten Tätigkeit bei der Ausländerbehörde.
4. Am 9.1.2005 »Anforderung der Zustimmung zur Beschäftigungsausübung gemäß § 18 AufenthG« durch das Ausländeramt bei der Agentur für Arbeit für die Zeit vom 10.1.–9.2.2005.
5. Am 9.2.2005 Verlängerung der Duldung mit der Auflage »Beschäftigung als Küchenhelfer bei ... Arbeitszeiten: Montag bis Freitag 12.30–14.30 Uhr oder 18.30–20.30 Uhr« bis 23.2.2005.
6. Mitteilung der Bundesagentur für Arbeit: Die Zustimmung zu dieser Beschäftigung (die noch am 14.12.2004 genehmigt worden war) wird nicht erteilt, weil »die Beschäftigung zu vergleichsweise ungünstigeren Arbeitsbedingungen erfolgen soll (§ 39 Abs. 2 AufenthG)«.
7. Am 18.2.2005 Abänderung der bisherigen Erwerbstätigkeitsauflage in der Duldung und Ersetzung durch die Auflage »Erwerbstätigkeit nicht gestattet«.
8. Zuweisung von Herrn J. zur Anschlussunterbringung in die kreisfreie Stadt X.
9. Hinweis der Ausländerbehörde an Herrn J., dass er bei der Ausländerbehörde einen neuen Antrag auf Zuweisung einer Erwerbstätigkeit stellen könne, wenn er bessere Lohnbedingungen habe aushandeln können oder eine andere Arbeitsstelle in Aussicht habe.
10. Herr J. gibt bei der neuen Ausländerbehörde in X einen neuen Antrag auf Arbeitsgenehmigung ab, in der der Arbeitgeber verbesserte Arbeitsbedingungen, vor allem einen höheren Lohn bestätigt.
11. Am 22.2.2005 Duldungsverlängerung bis 30.03.2005 mit der Nebenbestimmung »Erwerbstätigkeit nicht gestattet«.
12. Am 30.3.2005 Verlängerung der Duldung mit Nebenbestimmung »Erwerbstätigkeit nicht gestattet«.
13. Am 30.3.2005 Außenprüfung des Hauptzollamtes beim Arbeitgeber von Herrn J. gemäß § 2 SchwarzArbG.
14. Am 7.5.2005 Akteneinsicht durch den Bevollmächtigten von Herrn J. bei der Ausländerbehörde. Ergebnis: Der Antrag auf Arbeitsgenehmigung mit veränderten Bedingungen vom 18.2.2005 befindet sich noch immer unberührt in der Ausländerakte. Eine Entscheidung der Agentur für Arbeit über den neuen Antrag liegt demzufolge noch nicht vor. Das Ergebnis von vier Monaten »One-Stop-Government«: Herr J. ist arbeitslos und bezieht Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz.

II. Rechtliche Voraussetzungen

Bei so vielen Problemen stellt sich die Frage, ob die gesetzliche bzw. ordnungsrechtliche Regelung Ursache der Schwierigkeiten ist.

Der Zugang der geduldeten Ausländer zum Arbeitsmarkt ist in Abschnitt 3 der BeschVerfV vom 22.11.2004 (BGBl. I S. 2934) geregelt.

1. Voraussetzungen

Nach § 10 kann geduldeten Ausländern mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden, wenn sie sich seit einem Jahr erlaubt oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten haben. Die §§ 39–41 des Aufenthaltsgesetzes sind entsprechend anzuwenden.

Voraussetzung für eine positive Ermessensentscheidung ist also

- die Erfüllung der Wartezeit,
- die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit, es sei denn, diese Zustimmung kann ausnahmsweise entfallen.

a) Wartezeit

Das Wartezeiterfordernis gilt nur bei erstmaliger Aufnahme der Erwerbstätigkeit (vgl. VG Münster, Beschluss vom 31.3.2005 - 8 L 189/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43 und VAH-AufenthG, Nr. 42.2.3). Dies ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte. Die Regelung knüpft an § 285 Abs. 4 SGB III a. F. an, welcher die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für erstmalige Beschäftigung davon abhängig machte, dass sich der geduldete Ausländer seit mindestens einem Jahr rechtmäßig oder geduldet im Bundesgebiet aufhält. Eine ähnliche Regelung enthielt § 1 AEVO a. F. in der Fassung vom 1.9.1993. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass mit § 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG und § 10 S. 1 BeschVerfV die Wartezeitregelung auch auf die geduldeten Ausländer erstreckt werden sollte, die eine Beschäftigung fortsetzen.

Wer aber erstmals eine Beschäftigung aufnehmen will, muss sich mindestens ein Jahr *erlaubt* oder *geduldet* hier aufgehalten haben. Auch dieses Begriffspaar stammt aus dem Sozialrecht (§ 285 Abs. 5 SGB III a. F.). Was ein »geduldeter« Aufenthalt ist, bedarf keiner näheren Erläuterung. Doch was heißt »erlaubt«? Ist der »gestattete« Aufenthalt des Asylbewerbers »erlaubt«? Das VG Karlsruhe (Beschluss vom 14.4.2005 - 10 K 493/05 -, in: www.vd-bw.de) hat dies infrage gestellt. Der Aufenthalt eines Asylbewerbers sei nach den ausländerrechtlichen Vorschriften nicht »erlaubt«, sondern gestattet. Diesem ausländerrechtlichen Sprachgebrauch folge auch die BeschVerfV in § 1 Nr. 2 mit Verweis auf § 61 Abs. 2 AsylVfG.

Diese Bedenken sind unbegründet. Das gesetzliche Aufenthaltsrecht des Asylbewerbers gemäß § 55 Abs. 1 AsylVfG enthält die Erlaubnis zum Aufenthalt. Diese Auslegung wird auch durch die Gesetzgebungsgeschichte bestätigt. Denn die auf Grund der Ermächtigung in § 285 Abs. 4 SGB III a. F. getroffene Wartezeitregelung in § 3 ArGV vom 24.3.1997 (BGBl. I S. 594) hat die Erteilung einer Arbeitserlaubnis unter anderem bei Inhabern einer Aufenthaltsgestattung davon abhängig gemacht, dass sich der Antragsteller unmittelbar vor der Beantragung ein Jahr erlaubt oder geduldet im Inland aufgehalten hat. Diese Vorschrift wäre leergelaufen, wenn nicht auch ein »gestatteter« Aufenthalt ein »erlaubter« Aufenthalt gewesen wäre.

b) Zustimmung der Bundesagentur

Grundsätzlich kann die Erwerbstätigkeit nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erlaubt werden. Deren Erteilung richtet sich, wie § 10 S. 2 BeschVerfV deutlich macht, nach §§ 39–41 des AufenthG. Dies bedeutet, dass

- grundsätzlich der Vorrang deutscher Arbeitnehmer und gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 1 b AufenthG privilegierter ausländischer Arbeitnehmer zu beachten ist,
- zu prüfen ist, ob der Antragsteller zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt werden soll,
- eine Beschäftigung als Leiharbeiter ausgeschlossen ist (§ 40 Nr. 2 AufenthG).

Von der Vorrangprüfung kann gemäß § 10 S. 2 i. V. m. § 5 BeschVerfV in folgenden Fällen abgesehen werden:

- gemäß § 6 BeschVerfV, wenn der Ausländer seine Beschäftigung nach Ablauf der Geltungsdauer einer für mindestens ein Jahr erteilten Zustimmung bei demselben Arbeitgeber fortsetzt oder
- wenn die Versagung der Zustimmung unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles eine besondere Härte bedeuten würde.

Ausnahmsweise ist gemäß § 1 Nr. 3 BeschVerfV die Erteilung der Beschäftigungserlaubnis auch ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit möglich, sofern einer der Fälle der §§ 2–4 BeschVerfV vorliegt. Es handelt sich um Möglichkeiten, die für geduldete Ausländer allerdings eher selten in Betracht kommen (Tätigkeit als Hochqualifizierter, leitender Angestellter oder Wissenschaftler) oder uninteressant sind (Absolvierung eines Praktikums oder Ausübung einer Beschäftigung, die vorwiegend zur Heilung, Wiedereingewöhnung, sittlichen Besserungen oder Erziehung dient).

2. Versagungsgründe

Bevor einem geduldeten Ausländer eine Beschäftigungserlaubnis erteilt wird, hat die Ausländerbehörde zu prüfen, ob nicht der Versagungsgrund des § 11 BeschVerfV entgegensteht. Nach dieser Vorschrift darf die Ausübung einer Beschäftigung nicht erlaubt werden, wenn

- sich der Ausländer ins Inland begeben hat, um Leistungen nach dem AsylbLG zu erlangen oder
- bei diesen Ausländern aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus Gründen nicht vollzogen werden können, die sie selbst zu vertreten haben.

Mit dieser Formulierung hat der Verordnungsgeber an § 1 a AsylbLG angeknüpft, so dass für die Auslegung der Vorschrift auf die bereits vorhandene Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.

Von minderer Bedeutung in der Praxis ist die erste Alternative. Das ist nicht verwunderlich. Denn ihre Voraussetzungen liegen nur vor, wenn der Wunsch, Leistungen nach dem AsylbLG zu gelangen für den Einreiseentschluss von prägender Bedeutung war (vgl. BVerwGE 59, 73, 76;

OVG Bremen, InfAuslR 1986, 153, 154; Marx, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., S. 215; Marx, ZAR 2005, 48, 53). Zwar genügt es, wenn nach den objektiven Umständen mit bedingtem Vorsatz gehandelt wurde. Aber auch dann darf die Möglichkeit des Angewiesenseins nicht nur mitursächlich gewesen sein, sondern muss die Einreisemotivation besonders geprägt haben (vgl. OVG Lüneburg, InfAuslR 1984, 147, 148; VG Münster, Beschluss vom 30.3.2005 - 8 L 232/05 - 3 S., M6479; Marx, a. a. O., S. 216 m. w. N.).

Von erheblich größerer Bedeutung ist dagegen die zweite Alternative. In § 11 S. 2 BeschVerfV sind drei Regelbeispiele genannt: Die Herbeiführung eines Abschiebungshindernisses durch Täuschung über die Identität, über die Staatsangehörigkeit oder generell durch falsche Angaben. Außerhalb dieser Anwendungsbeispiele ist es vor allem die Verletzung von Mitwirkungspflichten, die als Versagungsgrund diskutiert wird.

Tatbestandsmäßig ist nur ein Verhalten, das die *Abschiebung* verhindert. Wer also zwar freiwillig ausreisen, aber aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, nicht abgeschoben werden kann (z. B. wegen fehlender Flugverbindung), darf dennoch arbeiten (vgl. VG Braunschweig, Beschluss vom 6.4.2005 - 6 B 113/05- ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 35).

Ferner muss das Verhalten des Ausländers *ursächlich* sein für die Unmöglichkeit der Abschiebung zum konkreten Zeitpunkt. Das ist nicht der Fall, wenn Täuschungshandlungen oder falsche Angaben in der Vergangenheit jetzt nicht mehr der Grund dafür sind, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Ebenso fehlt es an der Kausalität, wenn die Verletzung der Mitwirkungspflicht noch nicht der Grund sein kann für die Unmöglichkeit der Abschiebung, z. B. wenn bekannt ist, dass die Botschaft des Herkunftslandes regelmäßig für die Beschaffung von Reisepapieren eine bestimmte Zeitspanne benötigt, diese aber auch bei frühester Mitwirkung noch nicht abgelaufen ist.

Schließlich sind auch nur solche Gründe geeignet, einen Versagungsgrund nach § 11 BeschVerfV zu schaffen, die der Ausländer zu *vertreten* hat. Davon ist nur auszugehen, wenn gesetzliche Mitwirkungspflichten verletzt werden. Besitzt beispielsweise der Ausländer keinen gültigen Pass oder Passersatz, so ist er gemäß § 48 Abs. 3 AufenthG verpflichtet, an der Beschaffung des Identitätspapiers mitzuwirken sowie alle Urkunden und sonstige Unterlagen, die für die Feststellung seiner Identität und Staatsangehörigkeit von Bedeutung sein können und in deren Besitz er ist, den zuständigen Behörden auf Verlangen vorzulegen, auszuhändigen und zu überlassen. Die Mitwirkungspflicht setzt also die Kenntnis voraus, dass die Behörde Maßnahmen ergriffen hat oder ergreifen will, die der Mitwirkung des Betroffenen bedürfen. In der Behördenpraxis ist es jedoch vielfach üblich, Beschäftigungsverbote unter Berufung auf § 11 BeschVerfV zu verhängen unter Berufung auf gesetzliche Mitwirkungspflichten, obwohl eine vorherige Aufforderung zur Mitwirkung noch gar nicht ergangen ist.

Wird der Ausländer zu Mitwirkungshandlungen aufgefordert, muss die Verfügung verhältnismäßig im weiteren Sinne, das heißt geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne sein. Nicht geeignet ist z. B. die Aufforderung, an Passbeschaffungsmaßnahmen mitzuwirken, die nach vorliegenden Erkenntnissen daran scheitern müssen, dass der Ausländer nicht die Identitätsdokumente beschaffen kann, deren Vorlage die Botschaft des Herkunftslandes regelmäßig verlangt (so zu Recht: VG Hannover, Beschluss vom 14.3.2005 - 2 B 1087/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 44 = InfAuslR 2005, 204).

Nicht zu vertreten hat der Ausländer ferner eine Weigerung, an der Beseitigung von Ausreisehindernissen mitzuwirken, bevor seine Aufenthaltsgestattung erloschen ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, InfAuslR 1999, 287, 290; Marx, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., S. 216 m. w. N.).

Zu beachten ist auch, dass die Darlegungs- und Beweislast bei der Behörde liegt (vgl. VG Münster, Beschluss vom 31.3.2005 - 8 L 189/05 -, ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43.) Ist also beispielsweise unklar, ob durch eine bestimmte Mitwirkungshandlung des Ausländers die Passerteilung durch die Auslandsvertretung beschleunigt würde, kann diese Unsicherheit nicht zu Lasten des Ausländers gehen.

3. Ermessensausübung

Es ist nicht möglich, Handlungen oder Unterlassungen des Ausländers, die grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 11 BeschVerfV gehören, aber den tatbestandlichen Anforderungen nicht genügen, bei der Ausübung des Ermessens nach § 10 zu berücksichtigen. Beispiel: Die Ausländerbehörde erkennt an, dass Mitwirkungshandlungen vorliegen, hält sie aber nicht für ausreichend, ohne dass von einem schuldhaften Mitwirkungsverstoß auszugehen ist. Um den Druck auf den Ausländer zu erhöhen, wird gemäß § 10 BeschVerfV ein Beschäftigungsverbot verhängt.

Damit handelt die Behörde ermessensfehlerhaft. Denn Fragen der Mitwirkungspflicht haben, soweit sie bei der Zulassung zur Ausübung einer Beschäftigung eine Rolle spielen sollen, in § 11 BeschVerfV ihren Niederschlag gefunden. Dort hat der Ordnungsgeber geregelt, welches Fehlverhalten des geduldeten Ausländers zu einer Versagung der Erlaubnis führen soll. § 11 BeschVerfV enthält gegenüber § 10 BeschVerfV die speziellere Regelung. Denn § 11 BeschVerfV regelt substantiiert Formen des Fehlverhaltens eines geduldeten Ausländers und schließt bei deren Vorliegen die Gestattung der Erwerbstätigkeit aus. Damit verdrängt die Norm die allgemeine Regelung in § 10 BeschVerfV. Deshalb entspricht es auch nicht dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage des § 10 BeschVerfV, Gesichtspunkte, die bei der Anwendung des § 11 BeschVerfV maßgebend sein können, bei der Ermessensausübung nach § 10 BeschVerfV heranzuziehen (a. A. VG Karlsruhe, Beschluss vom 14.4.2005 - 10 K 493/05 -, www.vd-bw.de).

III. Verfahrensfragen

1. Zuständigkeit

Die Entscheidung über die Zulassung eines geduldeten Ausländers zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit obliegt gemäß § 4 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 71 Abs. 1 S. 1 AufenthG grundsätzlich der Ausländerbehörde. Gemäß § 71 Abs. 1 S. 2 AufenthG können die Länder diese Aufgabe auf bestimmte Ausländerbehörden übertragen. So hat z. B. Baden-Württemberg in § 6 Abs. 2 der Aufenthalts- und Asyl-Zuständigkeitsverordnung vom 11.1.2005 (GBl. S. 93) die Entscheidung »über die Anordnung und Aufhebung von Beschränkungen und Nebenbestimmungen zur Aussetzung der Abschiebung nach § 60 a Abs. 2 AufenthG« den Regierungspräsidien übertragen.

2. Erteilung der Beschäftigungserlaubnis

Bis zum Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes bzw. Aufenthaltsgesetzes entschied die Arbeitsverwaltung durch Erteilung einer Arbeitserlaubnis darüber, ob ein geduldeter Ausländer arbeiten durfte. War dies ausländerrechtlich nicht gewollt, wurde durch eine Auflage zur Duldung die Erwerbstätigkeit verboten.

Seit 1.1.2005 entscheidet immer die Ausländerbehörde über das Recht des geduldeten Ausländers, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Nach dem AuslG 1990 war es dem Inhaber einer Duldung grundsätzlich erlaubt zu arbeiten. Nach dem neuen Recht ist es ihm grundsätzlich verboten. Er muss zuvor einen Antrag bei der zuständigen Behörde stellen. Diese prüft, ob ein Versagungsgrund vorliegt oder ausländerrechtliche Gesichtspunkte einer Beschäftigungserlaubnis entgegenstehen. Wenn nicht, sind die Unterlagen der Bundesagentur für Arbeit zuzuleiten. Nur wenn diese die Zustimmung zur Arbeitsaufnahme erteilt, wird die Erwerbstätigkeit durch die Ausländerbehörde erlaubt.

In welcher Form diese Entscheidung dem Betroffenen bekannt gegeben wird, bleibt der Behörde überlassen. Grundsätzlich betrifft die Entscheidung nach §§ 10, 11 BeschVerfV einen von der Duldung unabhängigen Verfahrensgegenstand. Deshalb spricht vieles dafür, unabhängig von der Duldung über den Zugang des geduldeten Ausländers zum Arbeitsmarkt zu entscheiden. Dies gilt erst recht im Fall einer negativen Ermessensentscheidung, weil gemäß § 39 Abs. 1 S. 3 VwVfG die Ermessenserwägungen dem schriftlichen Verwaltungsakt zu entnehmen sein müssen.

Die Behörden bevorzugen jedoch in Anlehnung an die bis 31.12.2004 geübte Praxis die Regelung durch eine Nebenbestimmung zur Duldung. Dagegen sind Bedenken anzumelden. Eine Nebenbestimmung ist nach der verwaltungsrechtlichen Terminologie eine unselbständige zusätzliche Anordnung, die von einem (Haupt-)Verwaltungsakt abhängt oder zu diesem gehört. Die Nebenbestimmung bewirkt, dass die im (Haupt-)Verwaltungsakt getroffene Regelung hinter der beantragten Regelung zurückbleibt (vgl.

Knack, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 8. Aufl., § 36 Rn. 5 m. w. N.). Mit der Duldung ist aber nach neuem Recht (§ 4 Abs. 3 S. 1 AufenthG) gerade nicht die Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit verbunden. Das Beschäftigungsverbot als Nebenbestimmung nimmt dem Betroffenen deshalb nichts von dem beantragten Recht. Erhält er die Beschäftigungserlaubnis, wird seine Rechtsstellung erweitert.

Andererseits lässt es § 61 Abs. 1 AufenthG zu, nicht nur den Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers räumlich zu beschränken, sondern auch »weitere Bedingungen und Auflagen« anzuordnen. Für Anordnungen zur Erwerbstätigkeit kommt nur die »Auflage« in Betracht, also eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Genau genommen lässt sich nur das Beschäftigungsverbot unter den Begriff der »Auflage« fassen. Denn in diesem Fall wird dem Begünstigten ein Unterlassen vorgeschrieben. Soll die Beschäftigung dagegen erlaubt werden, wird eine Rechtsausübung ermöglicht. Sie kommt im Fall einer positiven Entscheidung deshalb nur in den Fällen in Betracht, in denen der geduldete Ausländer nicht uneingeschränkt Zugang zum Arbeitsmarkt erhält (so auch Marx, *ZAR* 2005, 48, 49).

Es spricht nach allem vieles dafür, dass die Regelung der Erwerbstätigkeit mit einer Nebenbestimmung systematisch nicht zur neuen Rechtslage passt. Es mag durchaus sein, dass ein Bedürfnis besteht, ähnlich wie bei den Aufenthaltstiteln, in der Duldung selbst sichtbar zu machen, ob und in welchem Umfang Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Dies kann aber auch dadurch erreicht werden, dass Duldung und Beschäftigungserlaubnis oder -verbot als zwei selbständige Verwaltungsakte miteinander verbunden werden.

IV. Rechtsschutz

Soweit der geduldete Ausländer erstmals eine Beschäftigungserlaubnis beantragt oder die Fortführung der ausgeübten Beschäftigung genehmigt haben will und einen ablehnenden Bescheid erhält, muss Widerspruch eingelegt werden, soweit nicht ausnahmsweise landesrechtlich geregelt ist, dass das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen ist. Im letzteren Fall ist Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht zu erheben. Das Rechtsmittel ist gegen die Behörde zu richten, die den Bescheid erlassen hat. Wenn also, wie in Baden-Württemberg, das Regierungspräsidium die ablehnende Entscheidung erließ, muss Klage gegen das Bundesland, vertreten durch das Regierungspräsidium, erhoben werden. Dies gilt auch, wenn die Erlaubnis an der fehlenden Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit scheitert.

Widerspruch bzw. Klage haben keine aufschiebende Wirkung. Denn es besteht eine Verpflichtungssituation: Durch die Aufhebung des Beschäftigungsverbotes wird nur die gesetzliche Lage wiederhergestellt. Diese sieht aber in § 4 Abs. 3 AufenthG ein gesetzliches Verbot der Erwerbstätigkeit für geduldete Flüchtlinge vor, welches nur auf Grund einer positiven Entscheidung nach § 10 BeschVerfV aufge-

Rechtsprechungsfokus

Die Mitwirkungspflicht des § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG

RAin Theresia Wolff, Bonn

hoben werden kann. Der geduldete Ausländer hat deshalb Rechtsschutz nach § 123 VwGO zu suchen. Er muss den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das zuständige Verwaltungsgericht mit dem Inhalt beantragen, die Ausländerbehörde zu verpflichten, ihm vorläufig die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu gestatten. Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO hilft nicht weiter.

Erheblich unübersichtlicher ist die Rechtsschutzsituation des geduldeten Ausländers, wenn die Behörde ein Beschäftigungsverbot durch Nebenbestimmung zur Duldung geregelt hat. Vereinzelt haben Gerichte die Auffassung vertreten, dass eine solche Nebenbestimmung jedenfalls dann nicht zulässig ist, wenn kein Erlaubnisantrag des geduldeten Ausländers vorausgegangen ist. So hat das Verwaltungsgericht Braunschweig (Beschluss vom 6.4.2005 - 6 B 113/05 - ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 35) argumentiert, dass § 61 Abs. 1 S. 1 AufenthG keine Ermächtigungsgrundlage dafür biete, ein Beschäftigungsverbot gewissermaßen vorbeugend oder abschreckend zu erlassen. Auch § 11 BeschVerfV ermächtigt nicht zum Erlass eines Beschäftigungsverbot als Nebenbestimmung zur Duldung. Geschehe dies dennoch, verstoße das Beschäftigungsverbot gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im weiteren Sinne. Denn ein solches Beschäftigungsverbot sei nicht erforderlich. Vielmehr genüge es, wenn die Ausländerbehörde einen Hinweis auf die neue Rechtslage, also auf das gesetzliche Beschäftigungsverbot gebe. Das Verwaltungsgericht Karlsruhe (Beschluss vom 14.4.2005 - 10 K 493/05 - www.vd-bw.de) sieht jedenfalls dann, wenn das Beschäftigungsverbot nicht ausdrücklich als »Nebenbestimmungen« auf der Duldung vermerkt ist, sondern lediglich an anderer Stelle »Erwerbstätigkeit: Nicht gestattet« steht einen bloßen Hinweis auf die gesetzliche Rechtslage. Ein »Widerspruch« hiergegen sei nicht möglich, sondern gehe ins Leere, da es an einem Verwaltungsakt fehle. Im Übrigen habe der Geduldete auch kein Rechtsschutzbedürfnis, da er mit der Einlegung des Rechtsmittels an sich noch nichts erreichen könne.

Beide Entscheidungen fügen der oben beschriebenen Gemengelage eine weitere Facette hinzu. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Braunschweig ist eine deutliche Absage an die verbreitete Praxis der Ausländerbehörden, gewissermaßen flächendeckend die Duldungen mit Beschäftigungsverboten zu versehen. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe macht dagegen deutlich, dass es notwendig ist, die Vermerke in der Duldung genau zu lesen, bevor Rechtsmittel eingelegt werden.

V. Fazit

Es bleibt festzuhalten, dass viele Erwerbsverbote bei geduldetem Aufenthalt rechtlich nicht haltbar sind. Vorallem der pauschale Verweis auf die Ausschlussgründe des § 11 BeschVerfV ist häufig angreifbar. Leider kommt gerichtlicher Rechtsschutz häufig zu spät. Bei Erfolg des Antrags auf einstweilige Anordnung ist die Arbeitsstelle oft schon verloren.

§ 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG verpflichtet den Asylbewerber, im Falle des Nichtbesitzes eines gültigen Passes oder Passersatzes an der Beschaffung eines Identitätspapieres mitzuwirken. Die Reichweite dieser Vorschrift ist im Hinblick auf den von ihr betroffenen Adressatenkreis umstritten. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob sie auch im Falle bestandskräftig abgelehnter Asylbewerber als Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung einer sog. Passverfügung dienen kann. Bei der Verhängung von Abschiebungshaft kommt der Verletzung der Mitwirkungspflichten eine Indizwirkung dafür zu, dass der Ausländer sich der Abschiebung entziehen will. Auch für die Verlängerung der Haftanordnung ist bedeutsam, ob der Ausländer seine Mitwirkung an der Passbeschaffung verweigert. Schließlich vermag die Verletzung von Mitwirkungspflichten im Einzelfall diverse sonstige Maßnahmen zu rechtfertigen, wie etwa die Unterbringung in zentralen Landesunterkünften für Ausreisepflichtige, Wohnungsdurchsuchungen und Sanktionen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz.

I. Inhalt der Mitwirkungspflicht

Die dem Ausländer nach § 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG obliegende Mitwirkung umfasst alle Tat- und Rechtshandlungen, die zur Beschaffung eines fehlenden Identitätspapieres erforderlich sind und nur von ihm persönlich vorgenommen werden können. Dazu gehören nicht nur die Fertigung von Lichtbildern und die eigenhändige Unterzeichnung eines Antragsformulars, sondern auch die Vorsprache bei der diplomatischen oder konsularischen Vertretung des Heimatstaates in Deutschland zwecks Antragstellung (VGH Bad.-Württ., Urteil vom 6.10.1998 - A 9 S 856/98 - InfAuslR 1999, 287; VG Chemnitz, Beschluss vom 4.8.1999 - 4 K 1446/99 - InfAuslR 2000, 146).

§ 15 Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG umfasst grundsätzlich die Mit Hilfe bei der Beschaffung aller für die Heimreise notwendigen Dokumente. Dazu gehören auch andere Dokumente als Passersatzpapiere, soweit sie – wie etwa die vom iranischen Staat vor der Ausstellung von Passersatzpapieren verlangte Erklärung der Freiwilligkeit der Rückkehr – von den zuständigen Behörden als notwendig angesehen werden. Dem Ausländer obliegt es, alle geeigneten und zumutbaren Anstrengungen zu unternehmen, um die Voraussetzungen für die Ausreise zu schaffen (VGH Hessen, Beschluss vom 28.1.2005 - 9 UZ 1412/04 - ASYLMAGAZIN 3/2005, S. 34).

Deshalb kann ihm z. B. auch abverlangt werden, mit im Heimatland verbliebenen Angehörigen, Bekannten oder dortigen Rechtsanwälten Kontakt aufzunehmen und diese