

Aus der Beratungspraxis

Der Rechtsschutz von Ausländern beim Zugang zum Arbeitsmarkt – Ein Überblick

RA Klaus Peter Stiegeler, Freiburg

Über zwei Jahre nach Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes hat das Recht der Erwerbstätigkeit von Ausländern immer noch keine festen Konturen. Das gilt vor allem für den Aufenthalt zum Zweck der Erwerbstätigkeit. Es gibt wenig obergerichtliche Rechtsprechung. Die Instanzgerichte haben bisher nur begrenzten dogmatischen Ehrgeiz gezeigt. Mitunter ist auch zu beobachten, dass sich die Verwaltungsgerichte noch schwer tun mit der für sie neuen Materie des Rechts der Arbeitsverwaltung. Das ist auch kein Wunder. Handelt es sich doch um ein Rechtsgebiet, das bis 31.12.2004 in die Zuständigkeit der Sozialgerichte fiel.

Für die Betroffenen ist vor allem wichtig, ob die Zusammenführung zweier, bisher getrennter, Verfahren bei der Ausländerbehörde, also das so genannte One-Stop-Government, auch von effektivem Rechtsschutz flankiert wird. Eine Durchsicht der bisherigen Rechtsprechung zeigt neben einem gewissen Pragmatismus die deutliche Tendenz dazu, an den überkommenen Grundsätzen festzuhalten. Dies wird vor allem beim vorläufigen Rechtsschutz zu Gunsten geduldeter Ausländer deutlich.

Der folgende Artikel gibt einen beschränkten Überblick über die Grundzüge der Rechtsschutzmöglichkeiten von Ausländern, soweit es um die ausländerrechtliche Gestattung der Erwerbstätigkeit bzw. Beschäftigung geht. Ausgeklammert bleiben das Asylverfahrensrecht (§ 61 AsylVfG) sowie die Regelungen für Hochqualifizierte (§ 19 AufenthG) und Selbstständige (§ 21 AufenthG).

I. Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit kraft Gesetz

Vergleichsweise unproblematisch, so sollte man annehmen, ist es um den Rechtsschutz der Ausländer bestellt, deren Recht auf Erwerbstätigkeit von Gesetzes wegen garantiert ist. Dies ist bei Inhabern der Aufenthaltstitel nach §§ 9 Abs. 1, 22 S. 2, 25 Abs. 1 und Abs. 2, 28, 29 Abs. 5 Alt. 2, 31 Abs. 1, 37 Abs. 1 und 38 Abs. 1 und 2 AufenthG ohne Einschränkung der Fall. In diesen Normen ist ausdrücklich festgehalten, dass das Recht auf Erwerbstätigkeit mit dem Aufenthaltstitel verbunden ist. Es ist deshalb nicht sehr wahrscheinlich, dass eine Ausländerbehörde trotz der eindeutigen gesetzlichen Regelung Erwerbstätigkeit verbietet oder nur eingeschränkt erlaubt. Geschieht dies dennoch, zeigen sich Unsicherheiten beim Rechtsschutz. In der Literatur werden unterschiedliche Konzepte vertreten.

Zum Teil wird die gesetzliche Gestattung der Erwerbstätigkeit in Fällen dieser Art als zwingender Inhalt des Aufenthaltstitels angesehen. Der Rechtsschutz zielt damit auf die Verpflichtung zur vollständigen Gewährung des bestehenden Rechtsanspruchs ab. Daher sei eine Verpflichtungskla-

ge mit dem Ziel zu erheben, die Behörde zu verpflichten, den nach § 4 Abs. 2 S. 2 AufenthG erforderlichen Hinweis in dem Aufenthaltstitel zu vermerken, dass der Begünstigte auf Grund des erteilten Aufenthaltstitels kraft Gesetzes berechtigt sei, jede selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit auszuüben.¹

Nach anderer Auffassung liegt ein selbstständiger feststellender Verwaltungsakt vor. Eine Verpflichtungsklage sei allerdings nicht statthaft, da die Behörde angesichts der gesetzlichen Regelung keine konstitutive eigene Entscheidung treffen könne. Geboten sei eine Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO oder alternativ eine allgemeine Leistungsklage auf Ausstellung eines Aufenthaltstitels mit dem Zusatz, dass eine Erwerbstätigkeit erlaubt ist.²

Gegen beide Auffassungen bestehen Bedenken. Gegen eine Verpflichtungsklage spricht, dass die Ausländerbehörde keine Regelung über das Recht zur Erwerbstätigkeit des angesprochenen Personenkreises treffen kann. Es ist nicht so, dass es einen Aufenthaltsteil und einen »arbeitsgenehmigungsrechtlichen Teil des Aufenthaltstitels« gibt.³ Vielmehr kann die Ausländerbehörde von vornherein nur eine aufenthaltsrechtliche Entscheidung treffen. Entscheidet sie positiv, legt das Gesetz, nicht die Ausländerbehörde, zwingend fest, dass dann auch die Erwerbstätigkeit gestattet ist.

Gegen eine Leistungs- oder Feststellungsklage spricht die Fraglichkeit des Rechtsschutzbedürfnisses. Denn die Ausländerbehörde trifft doch letztendlich im Streit darüber, ob die Erwerbstätigkeit kraft Gesetzes erlaubt ist oder nicht, eine Regelung. Der Zusatz »Erwerbstätigkeit nicht gestattet« ist eine klassische Auflage im Sinne von § 39 VwVfG. Dass diese Regelung gegen das Gesetz erfolgt, ändert daran nichts. Deshalb handelt es sich um eine Nebenbestimmung, so dass nach meiner Auffassung eine isolierte Anfechtungsklage die richtige Klageart ist. Mit dem Zusatz »Erwerbstätigkeit nicht gestattet« verwehrt die Behörde den Betroffenen den Zugang zur Erwerbstätigkeit. Durch die Anfechtungsklage wird diese Sperre beseitigt. Es gilt wieder uneingeschränkt die gesetzliche Regelung.

Damit ist zugleich auch der vorläufige Rechtsschutz erleichtert: Widerspruch und Klage haben gemäß § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung, sofern nicht die Voraussetzungen des § 84 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG vorliegen.

Ein Sonderfall wurde mit der Regelung in § 29 Abs. 5 Alt. 1 AufenthG geschaffen. Danach berechtigt die Aufenthaltserlaubnis des nachgezogenen Ausländers zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit »soweit der Ausländer, zu dem der Familiennachzug erfolgt ist, zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt ist«.

Es spricht wenig für die Annahme, dass die Ausländerbehörde bei der Entscheidung über den Zugang des nachgezogenen Familienangehörigen lediglich die gesetzliche Regelung nachzeichnet. Vielmehr wird sie Tatsachen feststellen und danach eine Regelung des Einzelfalles finden müssen.

¹ So Marx, ZAR 2005, 48, 50.

² So GK-AufenthG, § 4, Rn. 63, 137 ff.

³ So der Ausdruck von Marx, a. a. O., S. 50.

Deshalb wird im Streit über die Erwerbsberechtigung eine Verpflichtungsklage zu erheben sein.⁴

Die praktische Konsequenz dieses juristischen Streits für die Beratung ist begrenzt. Hat das Gericht eine andere Auffassung als der Antragsteller bzw. sein Prozessbevollmächtigter, welche Klageart statthaft ist, wird es den Antrag entsprechend auslegen oder zumindest durch einen richterlichen Hinweis auf eine Änderung des Antrags hinwirken müssen.

II. Aufenthaltstitel zum Zweck der Beschäftigung

Gemäß § 18 Abs. 2 AufenthG kann einem Ausländer ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarungen bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur zulässig ist. Setzt die angestrebte Beschäftigung keine qualifizierte Berufsausbildung voraus, darf sie nur erteilt werden, wenn dies durch zwischenstaatliche Vereinbarungen bestimmt ist oder auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG die Erteilung der Zustimmung zu einer Aufenthaltserlaubnis für diese Beschäftigung zulässig ist. Setzt die Beschäftigung dagegen eine qualifizierte Berufsausbildung voraus, darf sie nur für eine Beschäftigung in einer Berufsgruppe erteilt werden, die durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG zugelassen worden ist. Bei der Darstellung der Rechtsschutzprobleme ist es sinnvoll, zwischen neu einreisenden Ausländern und solchen zu unterscheiden, die sich bereits im Inland befinden.

1. Auslandsfälle

Wer im Inland eine Erwerbstätigkeit ausüben will, benötigt grundsätzlich immer, also auch für Kurzaufenthalte, ein Visum (Ausnahmen: §§ 17 Abs. 2 und 41 AufenthV). Dieses muss bei der zuständigen Auslandsvertretung beantragt werden. Ferner bedarf das Visum gemäß § 31 AufenthV der vorherigen Zustimmung der für den vorgesehenen Aufenthaltsort zuständigen Ausländerbehörde. Diese muss ihrerseits die Bundesagentur beteiligen, sofern das Visum – wie in der Regel – der Zustimmung der Agentur für Arbeit bedarf. Wird der Visumantrag abgelehnt, besteht die Möglichkeit, vom außergerichtlichen Rechtsbehelf der Remonstration Gebrauch zu machen.⁵ Nach deren Ablehnung kann Klage beim Verwaltungsgericht Berlin erhoben werden. Die Klage kann aber auch sofort nach Zustellung des Ablehnungsbescheides der Auslandsvertretung erhoben werden. Ein Widerspruchsverfahren entfällt gemäß § 68 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 VwGO. Vorläufiger Rechtsschutz ist nur über eine einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO zu erlangen. Die rechtlichen Hürden sind aber hoch. Zum einen ist es wegen des Ermessenspielraums der Behörde schwierig, einen Anordnungsanspruch glaubhaft zu machen. Zum an-

deren ist die Darlegung und Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes erschwert. Allein die Möglichkeit, eine Erlaubnis, welche wirtschaftliche Vorteile bietet, schnellstmöglichst auszunutzen, reicht im Regelfall nicht aus.⁶

2. Inlandsfälle

Nach überwiegender Auffassung kann eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung nach § 18 AufenthG nicht nur an neu eingereiste Ausländer erteilt werden, sondern auch an solche, die sich im Bundesgebiet aufhalten.⁷

Wird der im Inland gestellte Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG durch die zuständige Ausländerbehörde abgelehnt, sind Widerspruch und Klage gegen diese Behörde zu richten. Dies gilt auch dann, wenn die Ablehnung ausschließlich auf die fehlende Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zurückzuführen ist.

Etwas komplizierter ist dagegen der vorläufige Rechtsschutz. Seine Ausgestaltung ist von dem Status abhängig, den der Ausländer bei Antragstellung hat. Insbesondere ist maßgebend, ob sein Aufenthalt rechtmäßig ist und ob bereits ein Aufenthaltstitel vorliegt.

Nach § 81 Abs. 3 AufenthG gilt der Aufenthalt eines Ausländers, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt (sog. Erlaubnisfiktion). Voraussetzung ist, dass der Antrag während des rechtmäßigen Aufenthalts gestellt wird. Bei verspäteter Antragstellung gilt eine Duldungsfiktion gemäß § 81 Abs. 3 S. 2 AufenthG. Wer sich also, aus welchen Gründen auch immer⁸ rechtmäßig – aber ohne Aufenthaltstitel – im Bundesgebiet aufhält, setzt diesen Aufenthalt nach Beantragung der Aufenthaltserlaubnis zu Erwerbszwecken kraft der gesetzlichen Erlaubnisfiktion so lange rechtmäßig fort, bis die Ausländerbehörde über seinen Antrag entschieden hat. Während dieser Zeit ist aber keine Erwerbstätigkeit gestattet. Dies ergibt sich aus § 4 Abs. 3 AufenthG. Wird der Aufenthaltserlaubnis Antrag abgelehnt, endet die Erlaubnisfiktion, bzw. – im Fall verspäteter Antragstellung – die Duldungsfiktion. Die Entscheidung hat also eine doppelte Wirkung: Zum einen beendet sie das vorläufige Aufenthaltsrecht, zum anderen versagt sie eine Begünstigung, nämlich den künftigen Aufenthalt zum Zwecke der Erwerbstätigkeit.

Deshalb muss auch beim vorläufigen Rechtsschutz zweigleisig verfahren werden: Wegen des Entzugs des vorläufigen Aufenthaltsrechts und des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage nach § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG durch einen Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 1. HS

⁴ So auch Marx, a. a. O., S. 50.

⁵ Vgl. dazu Marx, Ausländer- und Asylrecht, 2. Aufl., S. 104 mit Muster.

⁶ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - InfAusIR 2006, 131, 133 = ASYLMAGAZIN 12/2005, S. 25.

⁷ Vgl. Hailbronner, AusIR, Loseblattsammlung, § 18, Rn. 21; Renner, AusIR, 8. Aufl., § 18, Rn. 6; Feldgen, ZAR 2006, 168, 177; vgl. auch VAH Ziffer 18.2.3 ff.

⁸ Vgl. die Darstellung bei Renner, a. a. O., § 81, Rn. 8–13.

VwGO. Soweit es dagegen um das Recht geht, während der Zeit bis zur Entscheidung des Gerichts im Eilverfahren oder – bei Anordnung der aufschiebenden Wirkung – bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren arbeiten zu dürfen, muss ein Antrag nach § 123 VwGO gestellt werden.⁹

Geht es um einen sog. Zweckwechsel, also um den Übergang von einem Aufenthaltstitel zu sonstigen Zwecken zum Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung nach § 18 AufenthG, ist § 81 Abs. 4 AufenthG zu beachten. Danach gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. Dies bedeutet, dass der Antragsteller so behandelt wird, als bestünde der bisherige Aufenthaltstitel mit den konkreten Nebenbestimmungen, auch hinsichtlich der Erwerbstätigkeit, fort.¹⁰ Wird der Antrag abgelehnt, besteht gemäß § 84 Abs. 2 S. 2 AufenthG die Berechtigung hinsichtlich der Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit unter den dort genannten Voraussetzungen fort. In diesem Fall ist deshalb nur der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO notwendig und statthaft. War dagegen auf Grund des bisherigen Aufenthaltstitels keine Erwerbstätigkeit möglich, profitiert der Antragsteller lediglich von der Fortgeltungsfiktion hinsichtlich seines Aufenthalts bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde. Wegen der Gestattung der Erwerbstätigkeit muss er vorläufigen Rechtsschutz – alleine – nach § 123 VwGO suchen.

3. Rechtsschutz bei Verlängerung

Beantragt ein Ausländer die Verlängerung seines Aufenthaltstitels, gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend (§ 81 Abs. 4 AufenthG). Dadurch ist auch sichergestellt, dass die mit dem Aufenthaltstitel verbundene Gestattung der Erwerbstätigkeit fortgilt.¹¹ Gemäß § 81 Abs. 5 AufenthG ist dem Ausländer eine Bescheinigung über diese Wirkung der Antragstellung, eine sog. Fiktionsbescheinigung, auszustellen.

Es ist umstritten, ob dies auch dann gilt, wenn der Antrag auf Verlängerung oder Neuerteilung erst nach Ablauf des bisherigen Aufenthaltstitels gestellt wird.¹²

Gesetzgebungsgeschichte und Gesetzssystematik sprechen für die zweite Auffassung. Denn die Antragsfassung der Vorschrift enthielt eine klare Schlechterstellung derjenigen, die den Verlängerungsantrag verspätet gestellt hatten. Sie hat aber in den Ausschussberatungen keine Akzeptanz gefunden.¹³ Außerdem hat der Gesetzgeber durch die Regelung des § 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AufenthG deutlich gemacht, dass der Begriff der »Verlängerung« nicht nur für den Antrag vor Ablauf der Geltungsdauer des bisherigen Aufenthaltstitels reserviert ist.

Sofern die Ausländerbehörde eine Fiktionswirkung verneint und deshalb die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung ablehnt, kann vorläufiger Rechtsschutz nach § 123 VwGO erlangt werden.¹⁴

Wird der Verlängerungsantrag abgelehnt, endet die Fiktionswirkung. Allerdings gilt der Aufenthaltstitel hinsichtlich der Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit als fortbestehend, solange die Frist zur Erhebung des Widerspruchs oder der Klage noch nicht abgelaufen ist, während eines gerichtlichen Verfahrens über einen zulässigen Antrag auf Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bzw., solange der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat (§ 84 Abs. 2 S. 2 AufenthG). Es wird, mit anderen Worten, der Fortbestand des Aufenthaltstitels insoweit fingiert, als er Erwerbstätigkeit erlaubte. War das nicht der Fall, gilt die Fiktion nicht.¹⁵

III. Zugang zum Arbeitsmarkt für Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis zu sonstigen Zwecken

Ausländern, die weder im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung (§ 18 AufenthG) noch eines Aufenthaltstitels sind, mit dem von Gesetzes wegen die Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit verbunden ist (§ 4 Abs. 2 S. 1 AufenthG), kann gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG die Ausübung einer Beschäftigung, also einer abhängigen Tätigkeit, erlaubt werden. Voraussetzung dafür ist, dass die Agentur für Arbeit zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Agentur für Arbeit zulässig ist. Solange diese Erlaubnis nicht vorliegt, ist die Ausübung einer Beschäftigung verboten. Die Einzelheiten sind in § 39 AufenthG sowie in der Verordnung über das Verfahren und die Zulassung von im Ausland lebenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung vom 22.11.2004 geregelt (künftig: BeschVerfV).

Wie die nachfolgende Übersicht zeigt, ist es vor allem der einstweilige Rechtsschutz, der Probleme bereiten kann.

1. Erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ohne Ausübung einer Beschäftigung

Nach den Vorläufigen Anwendungshinweisen des Bundesinnenministeriums ist in solchen Fällen im Aufenthaltstitel zu vermerken: »Erwerbstätigkeit nicht gestattet«. So wird auch meistens in der Praxis verfahren. Obwohl eine

⁹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.10.2006 - 13 S 1943/06 - InfAuslR 2007, 59, 61 (7 S., M9441).

¹⁰ Vgl. Renner, a. a. O., § 81, Rn. 17.

¹¹ Siehe oben, II. 2. und VG Augsburg, Beschluss vom 31.10.2005 - Au 1 E 05.932 - juris.

¹² Verneinend: BayVGH, Beschluss vom 30.6.2006 - 24 CS 06.1249 - juris; VG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.3.2006 - 1 G 1139/06 - ASYLMA-GAZIN 6/2006, S. 32; Renner, a. a. O., § 81, Rn. 18 ff.; GK-AufenthG, § 81, Rn. 40; bejahend: VG Darmstadt, Beschluss vom 29.8.2005 - 5 G 1234/05 (3) - InfAuslR 2005, S. 467 = ASYLMA-GAZIN 3/2006, S. 35; Dienelt, InfAuslR 2005, S. 136; Benassi, InfAuslR 2006, 178, 181.

¹³ Vgl. die Darstellung bei VG Darmstadt, a. a. O.

¹⁴ Vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 21.10.2005 - 4 Bs 222/05 - InfAuslR 2006, 60 ff. (10 S., M8013).

¹⁵ Vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.10.2006 - 13 S 1943/06 - InfAuslR 2007, 59, 60; GK-AufenthG, § 84, Rn. 29, 30.

Aufenthaltserlaubnis, die mit diesem Zusatz versehen ist, die Arbeitssuche erschwert, kann kein Rechtsmittel – also Widerspruch und Klage – hiergegen eingelegt werden. Sie können nur gegen einen Verwaltungsakt, also die rechtsverbindliche Regelung eines Einzelfalles, gerichtet werden. Die Ausländerbehörde hat jedoch angesichts des oben beschriebenen gesetzlichen Arbeitsverbotes keinen Anlass, eine Einzelfallregelung zu treffen. Vielmehr handelt es sich um einen Hinweis auf das ohnehin bestehende gesetzliche Arbeitsverbot.¹⁶

2. Antrag auf Beschäftigungserlaubnis und Rechtsmittel

Wer als Inhaber einer Aufenthaltserlaubnis zu sonstigen Zwecken einen Arbeitsplatz gefunden hat, muss die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung bei der Ausländerbehörde beantragen (§ 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG). Wird dem Antrag stattgegeben, muss dies gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 AufenthG im Aufenthaltstitel vermerkt werden. Wird der Antrag dagegen abgelehnt, kann Widerspruch und Verpflichtungsklage erhoben werden. Diese ist gegen die Ausländerbehörde zu richten, und zwar auch dann, wenn die Ablehnung auf der verweigerten Zustimmung der Agentur für Arbeit beruht.

Da ein begünstigender Verwaltungsakt erstrebt wird, haben Widerspruch und Klage keine aufschiebende Wirkung. Vorläufiger Rechtsschutz muss deshalb über § 123 VwGO gesucht werden. Hierbei sind einige prozessuale Hürden zu überwinden, die effektiven Rechtsschutz erschweren und nicht selten sogar unmöglich machen. So wird überwiegend aus dem bloßen Sicherungszweck der einstweiligen Anordnung ein Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache abgeleitet.¹⁷ Richtig verstanden, liegt jedoch eine Vorwegnahme der Hauptsache solange nicht vor, wie die einstweilige Anordnung nicht endgültig über den geltend gemachten Anspruch entscheidet, sondern nur für den Zeitraum bis zur Hauptsacheentscheidung.¹⁸ Dies wird in der jüngeren Rechtsprechung zur vorliegenden Problematik vielfach zutreffend berücksichtigt.¹⁹ Nur vereinzelt werden zu strenge Maßstäbe angelegt.²⁰

Probleme bereitet es auch immer wieder, einen Anordnungsgrund nach § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, 2. Alt. ZPO – also die Eilbedürftigkeit – nachzuweisen. Nach der überwiegenden Rechtsprechung reicht die Möglichkeit, einen Arbeitsplatz zu erlangen, nicht aus, um das spezifische Interesse an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu bejahen. Es müssen zusätzliche Umstände hinzutreten, welche das Sicherungs- bzw. Regelungsinteresse begründen.²¹ So zum Beispiel, wenn der Arbeitsplatz nur für eine bestimmte Zeit freigehalten wird,²² oder wenn dem Antragsteller die Kündigung des Arbeitsverhältnisses droht, falls es ihm nicht gelingt, weiterhin die Beschäftigungserlaubnis kurzfristig zu beschaffen.²³

Zu berücksichtigen ist des Weiteren, dass § 4 Abs. 3 S. 3 AufenthG der Behörde Ermessen einräumt. In solchen Fällen bejaht ein Teil der Rechtsprechung einen Anordnungs-

anspruch nach § 123 VwGO nur, wenn im Einzelfall ausnahmsweise eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt.²⁴ Andere Gerichte gehen dagegen von einem Anordnungsanspruch auch dann aus, wenn sich die strittige Entscheidung bereits im Eilverfahren als rechtswidrig erweist und mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, dass die Neuentscheidung zu Gunsten des Antragstellers ausgeht.²⁵

3. Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis und Erwerbstätigkeit

Soweit es um die Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis geht, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt, kann auf die Ausführungen zur Aufenthaltserlaubnis nach § 18 AufenthG verwiesen werden (II. 3.). Die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG hat zur Folge, dass auch eine Beschäftigungserlaubnis fortgilt. Das ist von großer Bedeutung für die Antragsteller, da sich vor allem bei humanitären Aufenthaltserlaubnissen nach § 25 Abs. 3 und 5 AufenthG die Verlängerung nicht selten über Monate hinzieht.

Durch die Vorschrift des § 84 Abs. 2 S. 2 AufenthG ist sichergestellt, dass auch im Fall einer Ablehnung des Verlängerungsantrags eine Beschäftigungserlaubnis fortgilt oder erteilt werden kann. Der Antragsteller kann also nicht auf das Erlaubnisverfahren für geduldete Ausländer verwiesen werden.²⁶ Sobald allerdings ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO rechtskräftig abgelehnt ist, ist der Zugang zum Arbeitsmarkt über § 4 Abs. 2 S. 3 AufenthG gesperrt. Denn nun fehlt es sowohl an einem Aufenthaltstitel als auch an der Fortgeltungsfiktion. Sofern die Abschiebung ausgesetzt ist, muss ein Antrag nach § 10 BeschVerfV gestellt werden. Insoweit kann auf den folgenden Abschnitt verwiesen werden.

¹⁶ Vgl. auch GK-AufenthG, § 4, Rn. 62; ferner VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.10.2005 - 11 S 1011/05 - InfAusIR 2006, 131, 132 für die vergleichbare Situation geduldeter Ausländer.

¹⁷ Vgl. statt vieler: BVerwGE 109, 258, 262; VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 2000, 327; Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl., § 123, Rn. 13.

¹⁸ Vgl. BVerfG, DVBl. 1996, 196 und v. a. Sodan/Ziekow, VwGO (Stand Januar 2003), § 123, Rn. 103 ff. m. w. N.

¹⁹ Vgl. z. B. VGH Baden-Württemberg, a. a. O., S. 132; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.1.2006 - 18 B 1772/05 - InfAusIR 2006, 222, 223 = ASYLMAGAZIN 4/2006, S. 34; VG Hannover, Beschluss vom 14.3.2005 - 2 B 1087/05 - InfAusIR 2005, 204 = ASYLMAGAZIN 6/2006, S. 44.

²⁰ Vgl. BayVGH, Beschluss vom 10.3.2006 - 24 CE 05.2685 - juris (9 S., M8075).

²¹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, a. a. O., S. 133.

²² Vgl. VGH Baden-Württemberg, a. a. O., S. 132; VG Hannover, a. a. O., S. 204.

²³ Vgl. OVG Nordrhein-Westfalen a. a. O., S. 224; VG Koblenz, NVwZ 2005, 724; VG Münster, Beschluss vom 31.3.2005 - 8 L 189/05 - ASYLMAGAZIN 6/2005, S. 43.

²⁴ Vgl. BVerwGE 63, 110, 112; OVG Nordrhein-Westfalen, DVBl. 2000, 933, 934 und Beschluss vom 18.1.2006 - 18 B 1772/05 - InfAusIR 2006, 222, 226; BayVGH, Beschluss vom 10.3.2006, a. a. O.

²⁵ Vgl. VGH Baden-Württemberg, NVwZ-RR 92, 47 ff.; BayVGH, BayVBl. 1992, 659; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.10.2005, 11 S 1011/05 - InfAusIR 2006, 131, 134.

²⁶ Vgl. OVG Hamburg, a. a. O., S. 60 ff. und siehe II. 3.

IV. Beschäftigungserlaubnis für Geduldete

Die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis an geduldete Ausländer richtet sich nach §§ 4 Abs. 3 S. 2, 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG i. V. m. § 10 BeschVerfV. Bevor sie sich nicht mindestens ein Jahr erlaubt oder geduldet im Bundesgebiet aufgehalten haben, ist ihnen jegliche Erwerbstätigkeit verboten. Danach kann mit Zustimmung der Bundesagentur die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden. Wie bei den Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis zu sonstigen Zwecken steht die Erteilung der Erlaubnis also im Ermessen der Ausländerbehörde und setzt die Zustimmung der Bundesagentur voraus. Diese wird wiederum nur nach positivem Ausgang einer Vorrangprüfung erteilt. Besondere Bedeutung hat in der Rechtspraxis der vergangenen zwei Jahre der Ausschlussbestand des § 11 BeschVerfV gewonnen. Nach dieser Vorschrift darf die Ausübung einer Beschäftigung nicht erlaubt werden, wenn sich der Ausländer in das Inland begeben hat, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erlangen, oder wenn auf Grund von ihm zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können. Zu vertreten hat gemäß § 11 S. 2 BeschVerfV ein Ausländer die Gründe insbesondere dann, wenn er das Abschiebungshindernis durch Täuschung über seine Identität oder seine Staatsangehörigkeit oder durch falsche Angaben herbeiführt.

1. Rechtscharakter der ausländerrechtlichen Regelung

Die Kurzfristigkeit der Duldungen, vor allem aber die Tatsache, dass der Aufenthalt vieler Duldungsinhaber immer wieder infrage gestellt wird, wirkt sich auch auf die Regelung der Erwerbstätigkeit aus. Sie wird nicht selten als Instrument zur Verhaltenssteuerung bzw. zur Sanktionierung unerwünschten Verhaltens genutzt.²⁷ Das führt zu einer gewissen Unübersichtlichkeit der Regelungsformen. Die Ausgestaltung des Rechtsschutzes hängt aber entscheidend davon ab, in welcher Form die Ausländerbehörde ihre Entscheidung zur Beschäftigungserlaubnis getroffen, bzw. ob sie überhaupt eine Entscheidung getroffen hat. Wird – etwa nach einem Asylverfahren – erstmals eine Duldung erteilt, ist in dem Zusatz zu dieser Duldung »Erwerbstätigkeit nicht gestattet« mangels Regelungsgehalt kein Verwaltungsakt, sondern lediglich ein Hinweis auf die in § 4 Abs. 3 S. 1 AufenthG geregelte Rechtslage zu sehen.²⁸

Ist dagegen ein solches Verbot mit separatem Bescheid ausgesprochen worden, wird davon auszugehen sein, dass die Behörde eine konkrete Regelung treffen, also einen Verwaltungsakt erlassen wollte. Dies gilt vor allem dann, wenn auch eine Rechtsmittelbelehrung beigefügt ist,²⁹ und zwar auch dann, wenn der Entscheidung kein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis vorausging. Nach dem objektiven Erklärungswillen will die Behörde in diesen Fällen eine verbindliche Regelung treffen.

Erst recht liegt ein anfechtbarer Verwaltungsakt vor, wenn ein konkreter Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis abgelehnt wurde. Das Gleiche gilt, wenn – entweder durch Nebenbestimmung zur Duldung oder durch separaten Bescheid – dem Ausländer die weitere Ausübung der Beschäftigung nicht mehr gestattet wurde.³⁰

2. Rechtsmittel

Liegt lediglich ein Hinweis auf die Rechtslage vor, muss zuerst ein Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis gestellt werden.³¹ Die Situation unterscheidet sich nicht von der des Inhabers einer Aufenthaltserlaubnis zu sonstigen Zwecken (siehe oben III.).

In den übrigen Fällen ist Widerspruch einzulegen, soweit nicht ausnahmsweise landesrechtlich geregelt ist, dass das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen ist (so z. B. in Baden-Württemberg nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 AHZuVO i. V. m. § 6 a AGVwGO oder in Niedersachsen gemäß § 8 a Nds.AGVwGO). Im letzteren Falle ist Klage beim zuständigen Verwaltungsgericht zu erheben. Die Rechtsmittel sind gegen die Ausländerbehörde zu richten, die den Bescheid erlassen hat. 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 in der Regel eine Verpflichtungssituation: Wer erstmals eine Beschäftigungserlaubnis will, erstrebt einen begünstigenden Verwaltungsakt. Das Gleiche gilt, wenn nach dem Ablauf der zusammen mit der Duldung erteilten Beschäftigungserlaubnis die Verlängerung dieser Erlaubnis begehrt wird.³²

Eine Anfechtungssituation kann dagegen in Übergangsfällen nach §§ 102 Abs. 1 S. 2, 105 Abs. 1 S. 1 AufenthG vorliegen. Gleiches gilt, wenn die Ausländerbehörde während der Laufzeit der Duldung und der Beschäftigungserlaubnis Letztere aufhebt.³³ In diesen Fällen liegt eine Rücknahme oder ein Widerruf des ursprünglich begünstigenden Verwaltungsaktes – also ein belastender Verwaltungsakt – vor, gegen den Widerspruch oder Anfechtungsklage zu erheben sind. Sie entfalten jedoch gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG keine aufschiebende Wirkung.³⁴

²⁷ Vgl. auch §§ 46 Abs. 1 und 61 Abs. 1 S. 2 AufenthG.

²⁸ Vgl. VGH Baden-Württemberg, a. a. O., S. 132; VG Hannover, Beschluss vom 25.11.2005 - 6 B 8147/05 - juris.

²⁹ Vgl. VG Braunschweig, Beschluss vom 6.4.2005 - 6 B 113/05 - ASYLMAGAZIN 5/2005, S. 35.

³⁰ Vgl. VG Hannover, a. a. O.

³¹ Vgl. VGH Baden-Württemberg, a. a. O., S. 132.

³² Vgl. zu allem: VGH Baden-Württemberg, a. a. O., S. 131; OVG Nordrhein-Westfalen, a. a. O., S. 223; VG Hannover, Beschluss vom 14.3.2005 - 2 B 1087/05 - InfAuslR 2005, 204; Marx, ZAR 2004, 53; Zühlke, ZAR 2005, 317, 322.

³³ Für Unzulässigkeit dieser Regelung: Marx, ZAR 2005, 48, 52; a. A. Bartelheim, InfAuslR 2005, 458, 459.

³⁴ Strittig: VG Karlsruhe, Beschluss vom 2.8.2005 - 6 K 1458/05 - vensa (9 S., M7135); VG Braunschweig, a. a. O., S. 35; im Ergebnis auch Bartelheim, a. a. O., S. 460.

Andererseits haben die Betroffenen regelmäßig keine Zeit, den Ausgang von Widerspruchs- und Klageverfahren abzuwarten. Entweder deshalb, weil in der Zwischenzeit der Arbeitsplatz anderweitig vergeben wird oder weil die Kündigung droht.

Vorläufiger Rechtsschutz ist regelmäßig nur durch einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO zu erlangen. Liegt dagegen eine der eher seltenen Anfechtungssituationen vor, muss ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt werden.

Probleme bereitet vor allem der Rechtsschutz nach § 123 VwGO. Auch die geduldeten Ausländer sind mit den rechtlichen Hürden konfrontiert, wie sie oben (III. 1.) beschrieben wurden. Ihnen gelingt es aber viel seltener als den Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis, diese Hürden tatsächlich zu überwinden. Das hängt mit der schon angesprochenen prekären Situation dieses Personenkreises zusammen. Die Gestattung oder Nichtgestattung einer Beschäftigung wird – und dies keineswegs nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 11 BeschVerfV – mit ausländerpolizeilichen Motiven verquickt. Diese Motive werden auch bei der Ausübung des ausländerbehördlichen Ermessens berücksichtigt. Je restriktiver die Verwaltungsgerichte bei der Prüfung des Anordnungsanspruchs verfahren, desto geringer sind die Erfolgsaussichten des Antrages auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Wenn das Gericht einen Anspruch auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nur bei einer Ermessensreduzierung auf Null bejaht, gibt es faktisch keinen vorläufigen Rechtsschutz.

Fazit

Die Auseinandersetzung mit dem Rechtsschutz von Ausländern beim Zugang zum Arbeitsmarkt hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Einerseits wird deutlich, dass das verwaltungsrechtliche Rechtsschutzsystem auch nach der Integration des Arbeitsgenehmigungsrechts in das ausländerrechtliche Verfahren funktioniert. Andererseits ist der vorläufige Rechtsschutz, vor allem im Zusammenspiel mit den Fiktionsregeln der §§ 81 Abs. 3, 4 und 84 Abs. 2 AufenthG kompliziert und aufwändig. Bei den geduldeten Ausländern ist er außerdem vielfach ineffektiv, was vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie nach Art. 19 Abs. 4 GG zumindest bedenklich ist.

Der Beitrag wurde vom
Europäischen Flüchtlingsfonds gefördert.



Er gibt die Meinung des Verfassers wieder. Die Europäische Kommission zeichnet für die Verwendung der Informationen nicht verantwortlich.

Ländermaterialien

Hinweis zu Dokumenten des Auswärtigen Amtes

Für die Bestellung der Lageberichte und Stellungnahmen des Auswärtigen Amtes – Bestellnummern sind mit A kenntlich gemacht – gelten folgende Regelungen:

Dokumente des AA können bezogen werden von Ausländern, die im Rahmen eines asyl- oder ausländerrechtlichen Verfahrens um rechtlichen oder humanitären Abschiebungsschutz nachsuchen oder nachsuchen wollen, sowie von deren Rechtsanwältinnen oder Beratern. Die Bestellung erfolgt bei unserem Materialversand IBIS e. V. zu den üblichen Bedingungen (s. Bestellformular). Voraussetzung hierfür ist die Glaubhaftmachung, dass der Lagebericht für ein laufendes oder beabsichtigtes Verfahren benötigt wird.

Diese Glaubhaftmachung kann im Regelfall dadurch geschehen, dass bei der Bestellung die Kopie eines Dokuments aus einem relevanten laufenden Asyl- oder ausländerrechtlichen Verfahren bzw. ein entsprechender Antrag oder Antragsentwurf vorgelegt wird. Aus den vorgelegten Papieren muss deutlich werden, dass in dem Verfahren Umstände geltend gemacht werden, zu denen im Lagebericht oder in der Stellungnahme Aussagen enthalten sind.

Neu bei www.ecoi.net:

Länderbericht:

Deutsche Bundesregierung: Strafrechtliche Bestimmungen über Homosexualität weltweit, inkl. Liste von Auszügen aus Strafgesetzbüchern und vergleichbaren Bestimmungen. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 16/3597 (ID 68910)

Afghanistan

VG Hamburg: Zur Wohnraumversorgung von Rückkehrern

Beschluss vom 16.1.2007 - 21 AE 1119/06 - (6 S., M9370)
»(...) Die Antragsteller haben aber mit der hohen Wahrscheinlichkeit, die für eine faktische Vorwegnahme der Hauptsache im vorliegenden Eilverfahren erforderlich ist, glaubhaft gemacht, entsprechend ihrem Hilfsantrag einen Anspruch auf die begehrte Mitteilung an die Ausländerbehörde, dass sie derzeit nicht nach Afghanistan abgeschoben werden dürfen, zu besitzen (§ 123 Abs. 1 S. 2 und Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). (...)

In Betracht zu ziehen ist aufgrund des Sachvortrags der Antragsteller hier allenfalls eine Abänderung der Feststellung zu § 53 Abs. 6 AuslG (jetzt: § 60 Abs. 7 AufenthG). (...)

Was die allgemeine Situation bei Rückkehr nach Afghanistan angeht, so ging die Kammer bislang beruhend auf dem Vortrag des (ehemaligen) Deutschen Verbindungsbeamten bei IOM Afghanistan, Georg David, gehalten auf einem Expertentreffen am 16.03.2006 im Bundesamt für Mi-