

1. Der Senat stellt nach nochmaliger Befassung mit der Sach- und Rechtslage die in seiner Entscheidung vom 8. Dezember 2009 - 3 B 2830/09 - geäußerte Rechtsauffassung hinsichtlich des Beteiligungserfordernisses der Bundesagentur für Arbeit in Verfahren nach § 38a Abs. 3 AufenthG zur erneuten Überprüfung.

2. Es bedarf einer vertieften Überprüfung im Hauptsacheverfahren, ob aufgrund der Vorschriften der Richtlinie 2003/109/EG sowie der in ihrem Lichte auszulegenden Vorschrift des § 38a AufenthG die Bundesagentur für Arbeit auch bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an Drittstaatsangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten innehaben und die eine Beschäftigung anstreben, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt, eine Einzelfallprüfung nach Ermessen gem. § 39 Abs. 2 AufenthG durchzuführen hat.

3. Bis zur abschließenden Klärung im Hauptsacheverfahren sollte die Bundesagentur für Arbeit in Verfahren gem. § 38a AufenthG grundsätzlich beteiligt werden.

(Amtliche Leitsätze)

3 B 2325/11

## Hessischer Verwaltungsgerichtshof

Beschluss vom 13.01.2012

### T e n o r

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 22. November 2011 - 2 L 2891/11.F - abgeändert und die aufschiebende Wirkung der Klage - 2 K 2175/11.F(V) - gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 7. Juli 2011 angeordnet.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

### G r ü n d e

#### I.

Die Beteiligten streiten über die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG und dort vorrangig um die Beantwortung der Frage, ob die Bundesagentur für Arbeit auch in den Fällen der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu beteiligen ist und eine individuelle Arbeitsmarktprüfung durchzuführen hat, in denen eine Beschäftigung angestrebt wird, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt.

Der am ... 1967 in Benin-City, Nigeria, geborene Antragsteller hielt sich ab dem 11. Juli 1992 bereits einmal bis zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt im Bundesgebiet auf. Nach negativem Abschluss seines Asylverfahrens reiste er aus dem Bundesgebiet aus. Unter dem 31. Januar 2011 meldete er sich in Frankfurt am Main rückwirkend zum 3. Januar 2011 aus Spanien kommend an, wobei er bei seiner Einreise im Besitz einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt - EG (Residente Larga Duracion CE) war. Unter dem 16. Mai 2011 beantragte er eine Aufenthaltserlaubnis nach § 38 a AufenthG zur Aufnahme

einer Beschäftigung als Mitarbeiter einer Transportfirma in Wiesbaden. Der Antrag wurde von der Antragsgegnerin unter Verweis auf § 38a Abs. 3 AufenthG, § 18 Abs. 2 AufenthG i.V.m. § 18 Abs. 3 AufenthG in Verbindung mit den Vorschriften der Beschäftigungsverordnung abgelehnt. Gegen den am 21. Juli 2011 zugestellten Bescheid hat der Antragsteller unter dem 10. August 2011 Klage erhoben und am 23. September 2011 um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht und beantragt,

die aufschiebende Wirkung der Klage vom 10. August 2011 herzustellen und der Beklagten und Antragsgegnerin aufzugeben, bis zu einer Entscheidung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegenüber dem Kläger und Antragsteller abzusehen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Mit Beschluss vom 22. November 2011 - 2 L 2891/11.F - hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main unter Verweis auf die Rechtsprechung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 8. Dezember 2009 - 3 B 2830/09 - den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt. Am 29. November 2011 hat der Antragsteller gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 22. November 2011 Beschwerde eingelegt.

Der Antragsteller und Beschwerdeführer beantragt sinngemäß,

unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung vom 22. November 2011 – 2 L 2891/11.F – die aufschiebende Wirkung der Klage vom 10. August 2011 (2 K 2175/11.F) herzustellen und der Beklagten und Antrags- und Beschwerdegegnerin aufzugeben, bis zu einer Entscheidung von aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegenüber dem Kläger, Antragsteller und Beschwerdeführer abzusehen.

Die Antrags- und Beschwerdegegnerin hat keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die in dieser Gerichtsakte sowie der Gerichtsakte des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main - 2 K 2175/11.F - befindlichen Schriftstücke sowie den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin (2 Aktenhefte) Bezug genommen. Die Unterlagen sind insgesamt zum Gegenstand der Beratung gemacht worden.

## II.

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 22. November 2011 - 2 L 2891/11.F - hat mit den dargelegten Gründen (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), die von dem Beschwerdegericht ausschließlich zu prüfen sind, Erfolg.

Nach der im einstweiligen Rechtsschutzverfahren gebotenen aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ist die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 7. Juli 2011 anzuordnen, da sich der Ausgang des Klageverfahrens als offen darstellt und unter Einstellung der auf Seiten der Beteiligten zu berücksichtigenden Interessen das Interesse des Antragstellers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung überwiegt.

Die Beteiligten streiten vorrangig über die Frage, ob in dem Verfahren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a Abs. 3 AufenthG, soweit die Aufnahme einer Beschäftigung im Raume steht, die keine qualifizierte Berufsausübung voraussetzt, die Bundesagentur für Arbeit zu beteiligen ist und eine individuelle Arbeitsmarktprüfung durchzuführen hat sowie ob die Bundesagentur insoweit die Möglichkeit hat, auch bei nicht qualifizierten Beschäftigungen gem. § 38a Abs. 3 i.V.m. §§ 18 Abs. 2, 39 Abs. 2 AufenthG nach Ermessen die Aufnahme der Beschäftigung zu erlauben, oder ob über §§ 38a Abs. 3, 18 Abs. 2 AufenthG durch die Verweisung auf § 39 AufenthG die Vorschriften der Beschäftigungsverordnung - BeschV – vollständig zur Anwendung kommen mit der Folge, dass der Bundesagentur für Arbeit eine Zustimmung nur mit den Einschränkungen nach den Vorschriften der §§ 17 ff. der BeschV möglich ist.

Unabhängig davon, dass sich der angefochtene Bescheid bereits deshalb als fehlerhaft darstellt, weil er bei der Versagung der Aufenthaltserlaubnis auf § 18 Abs. 3 AufenthG verweist, stellt der Senat nach nochmaliger Befassung mit der Sach- und Rechtslage seine in der Entscheidung vom 8. Dezember 2009 - 3 B 2830/09 - geäußerte Rechtsauffassung, durch die Verweisung in § 18 Abs. 2 AufenthG, den § 38a Abs. 3 AufenthG ausschließlich in Bezug nimmt, auf § 39 AufenthG werde unabhängig von der Anwendbarkeit des § 18 Abs. 3 AufenthG der Weg geöffnet zu den im Übrigen für die Bundesagentur für Arbeit einschlägigen Regelungen der BeschV, zur erneuten Überprüfung. Es bedarf einer vertieften Überprüfung im Hauptsacheverfahren, ob aufgrund der Vorschriften der Richtlinie 2003/109/EG des Rates betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen vom 25. November 2003 (- Richtlinie 2003/109/EG - ABI Nr. L 16/44) sowie der in ihrem Lichte auszulegenden Vorschrift des § 38a AufenthG auch bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für eine nicht qualifizierte Beschäftigung durch die Bundesagentur für Arbeit eine Einzelfallprüfung nach § 39 Abs. 2 AufenthG zu erfolgen hat.

Obergerichtliche Rechtsprechung liegt mit Ausnahme derjenigen des Senats aus dem Jahr 2009 hierzu nicht vor. Die Daueraufenthaltsrichtlinie sollte nach dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 13. März 2001 (2001/0074(CNS)) dazu dienen, die Rechtsstellung von Drittstaatsangehörigen der Rechtsstellung von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten anzunähern, wobei ursprünglich das Recht auf Wohnsitznahme, Bildung und Ausübung einer nicht selbständigen oder selbständigen Arbeit davon mit umfasst waren (vgl. Rat der Europäischen Union, Brüssel, 25. April 2001, Daueraufenthaltsrichtlinie - Protokolle – 8237/01). Dies findet auch Ausdruck in dem Erwägungsgrund Nr. 2 der Richtlinie, wonach der Europäische Rat auf seiner Sondertagung in Tam-

pere am 15. und 16. Oktober 1999 erklärt hat, dass die Rechtstellung von Drittstaatsangehörigen an diejenige der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten angenähert werden sollte und einer Person, die sich während eines noch zu bestimmenden Zeitraums in einem Mitgliedstaat rechtmäßig aufgehalten hat und einen langfristigen Aufenthaltstitel besitzt, in diesem Mitgliedstaat eine Reihe einheitlicher Rechte gewährt werden sollte, die denjenigen der Unionsbürger so nah wie möglich sind, wobei nach dem Erwägungsgrund Nr. 19 das Recht, sich in einem anderen Mitgliedstaat aufzuhalten, auch ausgeübt werden können sollte, um eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben. Dabei ist die in Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2003/109/EG optional vorgesehene Arbeitsmarktprüfung auf Vorbehalt Deutschlands in die Richtlinie aufgenommen worden, wobei Deutschland ursprünglich aufgenommen wissen wollte, dass "langfristig Aufenthaltsberechtigte gemäß den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften die folgenden Rechte haben..."(vgl. Fußnote Nr. 1 u.a. von Deutschland zu Art. 16 Abs. 1 a), Rat der Europäischen Union vom 18. Juli 2002, Beratungsergebnisse 9636/02, Interinstitutionelles Dossier 2001/0074 (CNS)). Die amtliche Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 23. April 2007 führt dabei aus, dass die in Art. 14 Abs. 3 der Richtlinie 2003/109/EG vorgesehenen Beschränkungen für Erwerbstätige derart umgesetzt werden, dass die allgemeinen, im Einzelnen richtlinienkonformen Zulassungskriterien Anwendung finden, die das Aufenthaltsgesetz vorsieht (vgl. BT Drucksache 16/5065, S. 177). Die Kommentarliteratur zu § 38a Abs. 3 AufenthG stellt sich nicht einheitlich dar, wobei Dienelt annimmt, dass durch die - angenommene - Verweisung auf die BeschV die Zulassung zum Arbeitsmarkt nicht nur von einer Arbeitsmarktprüfung abhängig gemacht wird, sondern zugleich gemeinschaftswidrig von der Zugehörigkeit zu einer besonderen Beschäftigungsgruppe (vgl. Dienelt in Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl., 2011, § 38a Rdnr. 37), während Hailbronner wohl von der Verpflichtung zu einer individuellen Arbeitsmarktprüfung ausgeht (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Februar 2008, § 38a Rdnr. 28) und Müller darauf verweist, dass im Rahmen einer Arbeitsmarktprüfung der von § 38a AufenthG erfasste Personenkreis Vorrang gegenüber anderen neu einreisenden Drittstaatsangehörigen haben müsse (vgl. Müller in Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, Handkommentar, 2008, § 38a Rdnr. 25). Die Bundesagentur für Arbeit geht ausweislich der von dem Antragsteller eingereichten „Durchführungsanweisungen zum AufenthG“ davon aus, dass über eine Zustimmung zur Beschäftigung von Ausländern, die in einem anderen EU-Mitgliedstaat langfristig Aufenthaltsberechtigte sind, nach § 39 Abs. 2 AufenthG (Vorrangprüfung/Vergleichbarkeit der Arbeitsbedingungen) zu entscheiden ist und steht insoweit wohl in Einklang mit den Allgemeinen Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums des Innern zum Aufenthaltsgesetz vom 26. Oktober 2009, die ebenfalls davon ausgehen, dass in allen Fällen des Art. 14 Abs. 2a der Richtlinie 2003/109/EG eine individuelle Arbeitsmarktprüfung zu erfolgen hat.

In Anbetracht dieser Sachlage sind die anstehenden Rechtsfragen, die auch eine Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte der Daueraufenthaltsrichtlinie, der dazu erhältlichen Protokolle sowie der maßgeblichen Rechtsprechung und Kommentarliteratur erforderlich machen, einer Klärung im lediglich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage gebietenden Eilverfahren nicht zugäng-

lich. Dies obliegt dem Hauptsacheverfahren, in dem die Bundesagentur für Arbeit hinsichtlich der individuellen Arbeitsmarktprüfung beteiligt werden sollte.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Bei der Streitwertfestsetzung folgt der Senat der Vorinstanz (§§ 52, 47, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG).

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).