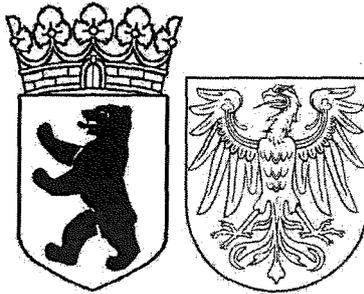


**beglaubigte Abschrift**



**OBERVERWALTUNGSGERICHT  
BERLIN-BRANDENBURG  
IM NAMEN DES VOLKES  
URTEIL**

**OVG 3 B 25.17  
VG 28 K 96.17 V Berlin**

verkündet am 30. Mai 2018  
Köhler, Justizhauptsekretärin,  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

der [REDACTED],

[REDACTED], Jaunde, Kamerun,

Klägerin und Berufungsklägerin,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte vpmk Rechtsanwälte,

Monbijouplatz 3 A, 10178 Berlin,

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland,

vertreten durch das Auswärtige Amt - Referat 509 -,

Werderscher Markt 1, 10117 Berlin,

Beklagte und Berufungsbeklagte,

beigeladen:

Bundesagentur für Arbeit, vertreten durch die Agentur für Arbeit Stuttgart,

Rechtsbehelfsstelle im operativen Service,

Nordbahnhofstraße 30-34, 70191 Stuttgart,

hat der 3. Senat auf die mündliche Verhandlung vom 30. Mai 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Obergericht Dr. Riese, die Richterin am Ober-

verwaltungsgericht von Lampe, den Richter am Oberverwaltungsgericht Becker, den ehrenamtlichen Richter Lutz und die ehrenamtliche Richterin Meske für Recht erkannt:

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 v.H. des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 v.H. des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird zugelassen.

### Tatbestand

Die 1996 geborene Klägerin, Staatsangehörige aus Kamerun, begehrt die Erteilung eines Visums zu Ausbildungszwecken.

Die Klägerin bestand im Jahr 2013 in Kamerun das Abitur und besuchte danach verschiedene Deutsch-Sprachkurse. Nachdem sie im ■■■ 2015 das Goethe-Zertifikat B 2 erhalten hatte, nahm sie von ■■■ bis ■■■ 2016 am Studienkolleg ■■■ in Kamerun erneut an einem B-2-Kurs teil, den sie mit der Note „befriedigend“ abschloss. Vom ■■■ 2016 bis zum ■■■ 2016 absolvierte die Klägerin ein allgemein-medizinisches Praktikum in einer ambulanten Klinik, das ihr das Studienkolleg ■■■ vermittelt hatte.

Im August 2016 beantragte die Klägerin bei der Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Yaoundé ein Visum für eine Ausbildung zur Altenpflegerin im Bundesgebiet. Hierzu fügte sie einen durch das Studienkolleg ■■■ vermittelten Ausbildungsvertrag sowie ein Schreiben des ■■■

██████ vom 30. August 2016 bei. Ferner legte sie ein Schreiben der Bundesagentur für Arbeit, Agentur für Arbeit Köln, vom 15. August 2016 vor, die für die beabsichtigte Ausbildung eine an den Ausbildungsträger gerichtete Vorab-Zustimmung gemäß § 36 Abs. 3 Beschäftigungsverordnung – BeschV - für den Zeitraum vom 15. August 2016 bis zum 14. August 2019 erteilt hatte. Es heißt dort u.a., die Zusage sei ab dem Ausstellungsdatum sechs Monate lang gültig.

Nachdem die Klägerin, die bei der Beklagten einige Monate zuvor ohne Erfolg ein Visum zu Studienzwecken (Philosophie, Rechtswissenschaften) beantragt hatte, zu ihrer Motivation befragt worden war, lehnte die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Yaoundé den Antrag auf Erteilung eines Visums zu Ausbildungszwecken mit Bescheid vom 5. September 2016 ab. Mit ihrer hiergegen gerichteten Remonstration machte die Klägerin u.a. geltend, sie habe ein Auswahlverfahren durchlaufen, in dem auch ihre Motivation überprüft worden sei. Die Botschaft der Bundesrepublik Deutschland in Yaoundé hob den versagenden Bescheid mit Remonstrationsbescheid vom 24. Februar 2017 auf und lehnte den Antrag auf Erteilung eines Visums zu Ausbildungszwecken ab. Das Ermessen werde zu Lasten der Klägerin ausgeübt, denn es sei angesichts ihres bisherigen Werdegangs nicht davon auszugehen, dass sie sich tatsächlich zur Altenpflegerin ausbilden lassen wolle.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Verpflichtung der Beklagten zur Neubescheidung begehrt und sich auf die Ermessenfehlerhaftigkeit des versagenden Bescheids berufen. Das Verwaltungsgericht hat die als Verpflichtungsklage im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO behandelte Klage mit Urteil vom 25. August 2017 abgewiesen. Die nach § 17 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, § 39 AufenthG erforderliche Zustimmung der Beigeladenen liege nicht vor, weil die auf sechs Monate befristete Vorab-Zustimmung vom 15. August 2016 mit Ablauf des 15. April 2017 unwirksam geworden sei. Unabhängig davon dürfe die Zustimmung nach §§ 39, 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht erteilt werden, weil das Arbeitsverhältnis aufgrund einer nach § 38 BeschV unerlaubten Arbeitsvermittlung durch das Studienkolleg ███████ zustande gekommen sei. Diese Regelung erfasse auch die betriebliche Ausbildung in Gesundheits- und Pflegeberufen.

Mit der von dem Verwaltungsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Berufung verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Sie wendet sich dagegen, dass das Verwaltungsgericht ihre Klage nicht als Bescheidungsklage im Sinne von § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO behandelt habe. Die erstinstanzlichen Ausführungen zur Unwirksamkeit der von der Beigeladenen erteilten Vorab-Zustimmung seien unzutreffend. Diese gelte während des Zeitraumes vom 15. August 2016 bis zum 14. August 2019. Der dort genannte Sechs-Monatszeitraum beziehe sich nur auf die Frist, innerhalb derer die Vorab-Zustimmung bei der zuständigen Behörde vorgelegt werden müsse.

In der Sache erfasse § 38 BeschV, dem die Regelungen des WHO-Kodex zugrunde lägen, von seinem Sinn und Zweck her keine Ausbildungsverhältnisse in Gesundheits- und Pflegeberufen, soweit Bewerber aus den im Anhang zur Beschäftigungsverordnung genannten Mangelländern noch nicht als qualifizierte Kräfte im Gesundheitswesen gearbeitet hätten. Das Ziel der Vorschrift, den genannten Ländern das dort dringend benötigte Gesundheitspersonal nicht zu entziehen, werde durch ein im Bundesgebiet eingegangenes Ausbildungsverhältnis nicht beeinträchtigt. Es wirke sich vielmehr positiv aus, wenn die in Deutschland ausgebildeten Pflegekräfte in ihre Heimatsstaaten zurückkehrten, und zwar selbst dann, wenn es sich nur um einen geringen Anteil an Kräften handele. In Kamerun existiere keine Pflegeausbildung, die mit derjenigen im Bundesgebiet vergleichbar sei. Dementsprechend seien die früheren Weisungen der Beigeladenen, wonach eine Vorab-Zustimmung habe erteilt werden können, zutreffend gewesen. Eine Beschäftigung im Rahmen eines Ausbildungsverhältnisses zur Pflegefachkraft stelle keine Beschäftigung in einem Gesundheitsberuf im Sinne von § 38 BeschV dar.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 25. August 2017 zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Remonstrationsbescheides vom 24. Februar 2017 zu verpflichten, über den Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Visums zum Zweck der Aufnahme einer betrieblichen Ausbildung als Altenpflegerin bei der [REDACTED] in Bonn unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält an der getroffenen Ermessensentscheidung fest und ist im Übrigen der Auffassung, dass der von der Klägerin angestrebten Ausbildung das Verbot des § 38 BeschV entgegenstehe. Die von der Beigeladenen erteilte Vorab-Zustimmung sei nach Ablauf der Sechs-Monats-Frist nicht mehr wirksam. Dies entspreche auch der Handhabung der Beigeladenen in vergleichbaren Verfahren.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag. Zu der von ihr geübten Verwaltungspraxis trägt sie vor: Bis zu einem Hinweis des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales im Januar 2017 habe sie für Ausbildungsverhältnisse in Gesundheits- und Pflegeberufen gemäß den fachlichen Weisungen – wie im Fall der Klägerin – Zustimmungen auch dann erteilt, wenn die Betroffenen aus in der Anlage zu § 38 BeschV angeführten Staaten stammten. Aus damaliger Sicht habe es sich nicht um eine von § 38 BeschV erfasste Beschäftigung gehandelt. Im Mai 2017 habe die Bundesagentur den zuständigen Stellen mitgeteilt, dass in diesen Fällen keine Zustimmung mehr erteilt werden dürften. Die fachliche Weisung zu § 38 BeschV sei aus dem Weisungskatalog herausgenommen worden; deren Überarbeitung aber noch nicht abgeschlossen. Ferner äußerte sich die Beigeladene zur Wirksamkeit der im vorliegenden Verfahren erteilten Vorab-Zustimmung.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte sowie die von der Beklagten und der Beigeladenen übersandten Verwaltungsvorgänge Bezug genommen, die vorgelegen haben und Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

### **Entscheidungsgründe**

Die zulässige Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat die Klage im Ergebnis zutreffend abgewiesen. Der versagende Remonstrationsbescheid vom 24. Februar 2017 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin daher

nicht in ihren Rechten; sie hat gegenüber der Beklagten keinen Anspruch auf Neubescheidung, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO.

1. Soweit das Verwaltungsgericht über den von der Klägerin in erster Instanz ausdrücklich gestellten Bescheidungsantrag entgegen § 88 VwGO hinausgegangen ist und stattdessen einen Anspruch auf Erteilung des begehrten Visums nach § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO geprüft hat, kann die Berufung keinen Erfolg haben, weil die erstinstanzliche Klageabweisung auch den Bescheidungsantrag umfasst und sich eine darüber hinausgehende Beschwer, die sich auf das Berufungsverfahren auswirkt, für die Klägerin nicht ergibt. Dies gilt auch im Hinblick auf die von der Klägerin zu tragenden Kosten, denn sowohl das Verwaltungsgericht als auch der Senat haben den Wert des Verfahrensgegenstandes jeweils mit 5.000 Euro bemessen. Die in Ziffer 1.4 des – ohnehin nicht verbindlichen – Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl., Anhang zu § 164 VwGO Rn. 14) vorgesehene Reduzierung bei Bescheidungsklagen ist fakultativ.

2. Die Beklagte hat das von der Klägerin begehrte Visum zu Recht versagt. Der Klägerin kann nach § 6 Abs. 3, § 17 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. eine Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der betrieblichen Aus- und Weiterbildung erteilt werden, wenn die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Aus- und Weiterbildung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Hier sind bereits die Tatbestandsvoraussetzungen nicht erfüllt, sodass es auf die Frage nach einer fehlerfreien Ermessensausübung durch die Beklagte nicht mehr ankommt.

Bei der von der Klägerin angestrebten Ausbildung zur Altenpflegerin handelt es sich um eine betriebliche Ausbildung im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 1 AufenthG (vgl. §§ 3 ff. des Altenpflegegesetzes – AltPflG -), für die gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 5 AltPflG und auch ausweislich des vorgelegten Ausbildungsvertrags eine monatliche Ausbildungsvergütung gezahlt wird. Damit liegt eine von § 17 AufenthG erfasste Beschäftigung vor (vgl. § 2 Abs. 2 AufenthG, § 7 Abs. 2 SGB IV), nicht aber eine Beschäftigung im Sinne von § 18 AufenthG und auch keine selbstständige Tätigkeit (§ 21 AufenthG). Soweit sich die von der Klägerin angestrebte Ausbil-

dung mit dem von ihr angegebenen Träger auf einen ab dem 15. August 2016 für drei Jahre zu besetzenden Ausbildungsplatz bezieht, ist aufgrund eines im gerichtlichen Verfahren vorgelegten Schreibens dieses Trägers und der Erklärung des Verfahrensbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung zu Gunsten der Klägerin davon auszugehen, dass der Träger nach wie vor Interesse an einer Ausbildung der Klägerin zur Altenpflegerin hat.

Die von der Klägerin im Bundesgebiet angestrebte Ausbildung unterliegt gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 AufenthG der Zustimmung durch die Beigeladene. Danach kann ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden, soweit durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist. Die Tatbestandsvoraussetzungen des Zustimmungserfordernisses liegen hier vor, weil es sich bei der Ausbildung zur Altenpflegerin um eine Beschäftigung handelt und die Beschäftigungsverordnung insoweit keine Zustimmungsfreiheit vorsieht; die Zustimmung kann jedoch nach § 39 Abs. 1 Satz 2 AufenthG, § 8 Abs. 1 BeschV erteilt werden.

Die hier erforderliche und grundsätzlich auch mögliche Zustimmung ist gemäß § 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu versagen, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund einer unerlaubten Arbeitsvermittlung oder Anwerbung zustande gekommen ist. Ein derartiges Anwerbungs- und Vermittlungsverbot ist in § 38 BeschV geregelt. Danach darf die Anwerbung in Staaten und die Arbeitsvermittlung aus Staaten, die in der Anlage zu der Beschäftigungsverordnung aufgeführt sind, für eine Beschäftigung in Gesundheits- und Pflegeberufen nur von der Bundesagentur für Arbeit durchgeführt werden. Der Herkunftsstaat der Klägerin, Kamerun, ist in der Anlage zu § 38 unter Nr. 25 aufgeführt.

Das Zustimmungserfordernis wäre allerdings – auch durch das Gericht - nicht mehr zu prüfen, wenn die Beigeladene ihre Vorab-Zustimmung nach § 36 Abs. 3 BeschV bereits wirksam erteilt hätte und die Beklagte daran gebunden wäre. Unabhängig von der Frage nach der Rechtsnatur der Vorab-Zustimmung und ihrer Außenwirkung steht der Beklagten – selbst bei unterstellter Rechtswidrigkeit einer wirksamen Zustimmung - keine eigenständige Prüfungskompetenz zu, sodass sie eine durch die Beigeladene erteilte rechtswidrige Zustimmung zu Gunsten der

Klägerin berücksichtigen müsste. Dieser Umstand dürfte vor allem auch bei der Ausübung des der Beklagten eingeräumten Ermessens keine Rolle spielen (vgl. Offer/Mävers, BeschV, Kommentar, § 36 Rn. 3 und 12). Dies ist deshalb gerechtfertigt, weil ein Verstoß gegen das Vermittlungsverbot des § 38 BeschV lediglich eine Versagung der Zustimmung durch die zuständige Behörde, d.h. die Bundesagentur für Arbeit, erlaubt. Es besteht kein über § 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG hinausgehender tatbestandlicher Anknüpfungspunkt, dass die zuständige Ausländerbehörde oder die zuständige Auslandsvertretung die Rechtswidrigkeit der Zustimmung bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis oder des Visums berücksichtigen darf (so auch Feldgen, Das neue Ausländerbeschäftigungsrecht – Zugang zum Arbeitsmarkt für Drittstaatsangehörige, ZAR 2006, 168 [183]).

Eine wirksame Zustimmung der Beigeladenen liegt hier nicht vor.

Die Gültigkeit der gegenüber dem Ausbildungsträger erteilten Vorab-Zustimmung war auf einen Zeitraum von 6 Monaten ab dem 15. August 2016, d.h. bis zum 15. Februar 2017, beschränkt. Maßgeblich für die Auslegung einer behördlichen Willenserklärung als Bestandteil einer öffentlich-rechtlichen Regelung, die sich an §§ 133, 157 BGB zu orientieren hat, ist in erster Linie der objektive Erklärungswert. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärung auszugehen und deren objektiver Gehalt unter Berücksichtigung des Empfängerhorizontes zu ermitteln (BVerwG, Urteil vom 15. Juni 2016 – 8 C 5/15 – juris Rn. 20 = NVwZ 2017, 326).

Gemessen daran folgt bereits aus dem Wortlaut der Vorab-Zustimmung, dass eine Bindungswirkung nur während eines Zeitraumes von sechs Monaten bestehen sollte („Diese Zusage ist ab dem Ausstellungsdatum sechs Monate lang gültig“) und es innerhalb dieses Zeitraumes zur Erteilung des begehrten Visums kommen musste. Soweit die Vorab-Zustimmung darüber hinaus eine Passage zu ihrer Wirksamkeit enthält („Die Zustimmung wird wirksam, wenn sie der Behörde, die für die Erteilung des Aufenthaltstitels zuständig ist, im Original vorliegt.“), betrifft dies nicht das ausdrücklich formulierte Ende ihrer Gültigkeit. Hält man mit der Klägerin die bloße Vorlage der Vorab-Zustimmung bei der zuständigen Auslandsvertretung innerhalb des Gültigkeitszeitraumes für ausreichend und verlangt man keine „Umsetzung“ innerhalb des Sechs-Monats-Zeitraumes, so würde die Dauer der Bindungswirkung – z.B. bei einem sich an die Versagung des Visums an-

schließenden Rechtsstreit – auf unbestimmte Zeit und ohne vorhersehbares Ablaufdatum verlängert. Rechtssicherheit und Planungssicherheit könnten auf diese Weise kaum erreicht werden. Dieses Ergebnis einer auf den Wortlaut gestützten sowie einer teleologischen Auslegung wird auch in den Fachlichen Weisungen der Beigeladenen bestätigt. In deren Ziffer 36.07 heißt es:

„Zur Planungssicherheit des Arbeitgebers ist die Vorabzustimmung auf sechs Monate zu befristen. Die BA ist für diesen Zeitraum an diese Entscheidung gebunden. Reist der Arbeitnehmer nicht innerhalb dieser sechs Monate ein, oder stellt einen Antrag bei der zuständigen Ausländerbehörde, entfällt die Selbstbindung der BA.“

Auch danach liegen die Voraussetzungen für ein Entfallen der Selbstbindung vor, weil die Klägerin nicht innerhalb von sechs Monaten nach Abgabe der Vorabzustimmung eingereist ist bzw. keinen Antrag bei der zuständigen Ausländerbehörde gestellt hat. Vielmehr ist das bei der zuständigen Auslandsvertretung betriebene Visumverfahren nicht abgeschlossen, sodass eine Einreise nach wie vor nicht in Betracht kommt.

Nichts anderes ergibt sich angesichts der Erklärungen, die der Vertreter der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu einer eventuell fortbestehenden Wirksamkeit der hier streitigen Vorab-Zustimmung abgegeben hat. Soweit er zunächst mitgeteilt hat, die Selbstbindung entfalle, wenn innerhalb von sechs Monaten kein Visumantrag gestellt worden sei, stimmt dies nicht mit den Fachlichen Weisungen überein, wonach es für im Ausland lebende Beschäftigte nicht auf die Beantragung des Visums, sondern auf die Einreise in das Bundesgebiet ankommt. Eine Antragstellung bei der zuständigen Ausländerbehörde kommt mangels Zuständigkeit dieser Behörde nicht in Betracht, weil sie nur über Anträge von Ausländern zu entscheiden hat, die sich bereits im Bundesgebiet aufhalten. Soweit der Vertreter der Beigeladenen ferner den Hinweis der Zentrale erwähnt hat, wonach die vor Änderung der Verwaltungspraxis erteilten Zustimmungen nicht widerrufen würden, lässt sich dem nicht verlässlich entnehmen, dass die Bindungswirkung im vorliegenden Verfahren dem Willen der Beigeladenen zufolge entgegen Ziffer 36.07 ihrer Fachlichen Weisungen fortbestehen sollte. Dies gilt umso mehr, als der Vertreter der Beigeladenen gegen Ende der mündlichen Verhandlung vor dem Senat selbst auf Ziffer 36.07 der Fachlichen Weisungen aufmerksam gemacht hat, die im Widerspruch zu der von ihm zuvor geäußerten Auf-

fassung stehen. Vor diesem Hintergrund ist es ebenso gut denkbar, dass ein Widerruf nur in solchen Fälle unterbleiben sollte, in denen die Sechs-Monats-Frist noch nicht abgelaufen war. Ist der Wille der Behörde unklar, kommt es erst recht allein auf den objektiven Empfängerhorizont an. Auch die Beklagte, die in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in aus ihrer Sicht vergleichbaren Fällen eine andere Praxis der Beigeladenen behauptet hat, ist von einer Unwirksamkeit der Vorab-Zustimmung ausgegangen.

Die Beigeladene muss die derzeit fehlende Zustimmung – die entsprechend ihrer im maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung geübten Praxis versagt wird - nicht erneut erteilen, denn eine Versagung ist rechtmäßig. Dies hat der Senat bei der Beantwortung der Frage, ob der Klägerin ein Anspruch auf Neubehandlung zusteht, inzident - mit Bindungswirkung für die Beigeladene (§ 121 VwGO) - zu prüfen.

Das Anwerbe- und Vermittlungsverbot des § 38 BeschV greift ein, wenn unter einer „Beschäftigung in Gesundheits- und Pflegeberufen“ im Sinne dieser Regelung auch eine Ausbildung zur Altenpflegerin subsumiert werden muss. Der Wortlaut der Vorschrift, die nicht auf der Ermächtigung in § 42 AufenthG, sondern auf der spezielleren Ermächtigung in § 292 SGB III beruht, steht der nunmehr von der Beigeladenen geübten (geänderten) Praxis, auch Ausbildungsverhältnisse in das Vermittlungsverbot einzubeziehen, nicht entgegen. Nach § 292 SGB III kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung bestimmen, dass die Vermittlung für eine Beschäftigung im Ausland außerhalb der Europäischen Gemeinschaft oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sowie die Vermittlung und die Anwerbung aus diesem Ausland für eine Beschäftigung im Inland (Auslandsvermittlung) für bestimmte Berufe und Tätigkeiten nur von der Bundesagentur durchgeführt werden dürfen. § 38 BeschV hält sich im Rahmen dieser Ermächtigungsgrundlage.

Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich der Wortlaut des Begriffs „Beschäftigung in Gesundheits- und Pflegeberufen“ nicht zwingend dahingehend verstehen, dass eine Ausbildung hiervon nicht erfasst ist. Auch wenn § 3 AltPflG von einer „Ausbildung in der Altenpflege“ und nicht von einem „Beruf in der Altenpflege“ spricht, und eine Ausbildung zu einem Beruf etwas anderes sein mag als der

Beruf selbst, lässt sich eine Ausbildung zur Altenpflegerin letztlich (auch) als eine Beschäftigung in einem Pflegeberuf verstehen. Da die Beschäftigungsverordnung die Migration ausländischer Arbeitnehmer steuern möchte und der hier streitigen Regelung auch dann höherrangiges Recht (insbesondere Verfassungsrecht oder Unionsrecht) nicht entgegensteht, wenn man Ausbildungen unter § 38 BeschV subsumiert, ist die von der Beigeladenen (nunmehr) in Übereinstimmung mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales geübte und mit dem Wortlaut des § 38 BeschV zu vereinbarende Praxis ein durchgreifendes Argument dafür, dass die Handhabung der von der Exekutive – dem Bundesarbeitsministerium - erlassenen Rechtsverordnung nicht durch eine anders lautende gerichtliche Wertung konterkariert werden darf. Dies gilt auch dann, wenn man § 38 BeschV im Licht der gesetzlichen Regelung des § 17 Abs. 1 AufenthG sieht, weil der mit dieser Regelung normierte Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ggf. unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch die Bundesagentur für Arbeit steht und der Gesetzgeber dem Ordnungsgeber insoweit die arbeitsmarktpolitische „Feinsteuerung“ überantwortet hat.

Nichts anderes ergibt sich, soweit § 38 BeschV auf dem Verhaltenskodex der WHO für die internationale Anwerbung von Gesundheitsfachkräften – WHA63.16 - beruht. Abgesehen davon, dass die Umsetzung des Kodex nicht rechtsverbindlich, sondern auf freiwilliger Basis erfolgt, gibt es keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Kodex einer Einbeziehung von Ausbildungen in das Verbot entgegensteht. Der Verhaltenskodex enthält umfangreiche Empfehlungen für eine faire, transparente und nachhaltige internationale Rekrutierung von Gesundheitsfachkräften, um negative Auswirkungen auf den Gesundheitssektor insbesondere in den Herkunftsländern zu vermeiden. Die Mitgliedsländer sollen nachhaltige, effektive Strategien zur Personalplanung, Ausbildung sowie Personalbildung entwickeln, um auf die Migration von Arbeitskräften im Gesundheitswesen nicht angewiesen zu sein. Wie Art. 5.2 des Verhaltenskodex zeigt, geht es nicht nur um eine unkontrollierte Abwanderung bereits ausgebildeter Gesundheitsfachkräfte, sondern auch um eine Unterstützung für eine Ausbildung in den Herkunftsländern, die dem Krankheitsprofil solcher Länder entspricht. Dies soll beispielsweise durch Partnerschaften zwischen Gesundheitseinrichtungen, Unterstützung bei der Kapazitätsbildung für die Entwicklung geeigneter Regulierungsrahmen, Weiterbildungsmöglichkeiten, Transfer von Technologie und Fachwissen

sowie Unterstützung bei der vorübergehenden oder dauerhaften Rückkehr ins Heimatland geschehen. Nach Art. 5.4 sollten die Mitgliedstaaten wirksame Maßnahmen treffen, um einen Bestand an Gesundheitsfachkräften auszubilden, an das Heimatland zu binden und aufrechtzuerhalten, der den spezifischen Gegebenheiten des jeweiligen Landes entspricht und der auf einer evidenzbasierten Planung des entsprechenden Personalbestandes aufbaut. Alle Mitgliedstaaten sollten sich bemühen, soweit möglich Ihren Personalbedarf im Gesundheitswesen mit ihren eigenen Arbeitskräften zu decken.

Damit wird deutlich, dass nicht nur ein auf bereits ausgebildete Gesundheitsfachkräfte, sondern auch ein auf Auszubildende bezogenes Anwerbe- und Vermittlungsverbot dem Sinn und Zweck des Kodex gerecht wird. Wenn bereits auf der Ebene der Ausbildung für Gesundheits- und Pflegeberufe eine durch Arbeitsvermittlung betriebene Migration erlaubt wäre, könnte dies dazu beitragen, das Gesundheitssystem im Herkunftsstaat zu schwächen. Ob und in welchem Umfang im Herkunftsstaat tatsächlich Ausbildungsmöglichkeiten bestehen, ist bei typisierender Betrachtung unerheblich; dem Kodex zufolge sollen die Mitgliedstaaten hier - gegebenenfalls im Wege der Finanzhilfe - unterstützend eingreifen (vgl. zu Ausbildungspartnerschaften auch Angemendt/Clemens/Merda, Der WHO-Verhaltenskodex, SWP-Aktuell 25 [April 2014], 1, [8]). Im Übrigen ist zu bedenken, dass durch § 38 BeschV nicht generell eine Migration in Gesundheitsberufe unterbunden wird, sondern nur eine Anwerbung und Vermittlung durch andere Stellen als die Bundesagentur für Arbeit.

Schließlich führt auch ein Vergleich mit § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu keinem anderen Ergebnis. Dieser Regelung zufolge kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales durch Rechtsverordnung bestimmen, für welche Berufe die Erteilung einer blauen Karte EU für Angehörige bestimmter Staaten zu versagen ist, weil im Herkunftsland ein Mangel an qualifizierten Arbeitnehmern in diesen Berufsgruppen besteht. Dadurch soll verhindert werden, dass durch die Anwerbung im Herkunftsland ein Mangel an qualifizierten Arbeitnehmern in diesen Berufen eintritt oder verschärft wird (BT-Drs.17/8682, S. 20). Abgesehen davon, dass § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG und § 38 BeschV unterschiedliche Regelungsbereiche betreffen, unterscheidet sich auch der Wortlaut beider Vorschriften,

weil § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 AufenthG enger gefasst ist („Berufe“ statt „Beschäftigung in Gesundheits- und Pflegeberufen“).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1, § 162 Abs. 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsache zuzulassen. Im Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG, § 38 BeschV ist keine höchstrichterliche Rechtsprechung zu der klärungsbedürftigen Frage vorhanden, ob auch Ausbildungsverhältnisse unter eine Beschäftigung in Gesundheits- und Pflegeberufen fallen.

Dr. Riese

Ri'in OVG von Lampe  
ist wegen Urlaubs an der  
Unterschrift gehindert

Becker

Dr. Riese

Beglaubigt

  
Köhler

Justizhauptsekretärin



*Revisionsfrist*

*VF: 10.8.78*

*AF: 17.8.78*

*Rev. begr. frist*

*VF: 10.9.78*

*AF: 17.9.78*

*not*