11 S 1011/05

Ausfertigung

M7437

VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

[redacted]

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwälte Ulrich Jeutter u. Koll.,
Heinrich-von-Stephan-Straße 8b, 79100 Freiburg, Az: S/Her 00392/05

gegen

[redacted]

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

beigeladen:

[redacted]

wegen Gestattung der Erwerbstätigkeit
hier: vorläufiger Rechtsschutz

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schaeffer, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Vondung und den Richter am Verwaltungsgericht Dr. Wenger

am 12. Oktober 2005

beschlossen:

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 14. April 2005 - 10 K 493/05 - wird zurückgewiesen.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe und Beiordnung von Rechtsanwalt Stiegeler als Prozessbevollmächtigten für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst zu tragen hat, trägt der Antragsteller.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500.- EUR festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde des Antragstellers ist statthaft und auch im übrigen zulässig. Sie ist fristgerecht eingelegt (§ 147 Abs. 1 VwGO) und rechtzeitig begründet (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) worden und erfüllt auch die inhaltlichen Mindestanforderungen des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) zu verpflichten, dem Antragsteller vorläufig die Ausübung einer Beschäftigung zu gestatten, zu Recht abgelehnt. Zwar ist der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig (dazu I.) und gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet (dazu II.). Es fehlt jedoch wohl schon am erforderlichen Anordnungsgrund (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, 2. Alt. ZPO, dazu III.1.), jedenfalls aber an einem Anordnungsanspruch (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, 1. Alt. ZPO, dazu III.2.).

I. Der Antragsteller ist ein abgelehnter Asylbewerber irakischer Staatsangehörigkeit. Gegen Ende seines am 25.12.2004 rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahrens wurde ihm von der zuständigen Agentur für Arbeit die unselbstständige Erwerbstätigkeit bei einer Reinigungsfirma vom 01.12.2004 bis 01.02.2005 erlaubt. Seiner erstmals am 22.02.2005 ausgestellten Duldungsbescheinigung (§ 60a Abs. 4 AufenthG) wurde der Zusatz beigefügt: „Er-

werbstätigkeit: nicht gestattet". Dagegen erhob er Widerspruch und begehrte die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO, hilfsweise nach § 123 VwGO.

Das Verwaltungsgericht ist vor diesem Hintergrund zu Recht davon ausgegangen, dass nur der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zulässig ist.

1. Dem steht nicht der in § 123 Abs. 5 VwGO normierte Vorrang des vom Antragsteller mit dem Hauptantrag verfolgten Verfahrens nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO entgegen. Denn ein solcher Antrag wäre bereits nicht statthaft. Die Statthaftigkeit setzt voraus, dass dem Verfahren ein belastender Verwaltungsakt zugrunde liegt (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 20.08.1987 - 8 S 1001/87 -; Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 80 Rn. 309; Schmidt in: Eyermann, VwGO, 11. Aufl., § 80 Rn. 56). Das ist hier nicht der Fall. Der Zusatz „Erwerbstätigkeit: nicht gestattet" zur Duldung vom 22.02.2005 ist, wie sich aus den Umständen ergibt, mangels Regelungsgehalts (vgl. § 35 Satz 1 LVwVfG) kein Verwaltungsakt, sondern ein schlichter Hinweis auf die seit dem Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes geltende Rechtslage. Nach § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG dürfen Ausländer eine Beschäftigung (legaldefiniert in § 2 Abs. 2 2. Alt. AufenthG) nur noch ausüben, wenn der Aufenthaltstitel dies ausdrücklich erlaubt. Der Antragsteller ist nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels. Für Ausländer, die wie der Antragsteller lediglich über eine Duldung verfügen, hat das zur Konsequenz, dass sie seit dem 01.01.2005 regelmäßig bereits von Gesetzes wegen keine Beschäftigung mehr ausüben dürfen. Dies folgt auch aus § 4 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, wonach das Beschäftigungsverbot des Satzes 1 nicht gilt, wenn Ausländern ohne Aufenthaltstitel auf Grund anderweitigen Rechts die Erwerbstätigkeit gestattet ist.

Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht ausnahmsweise aus den Übergangsregelungen in §§ 102 Abs. 1 Satz 1, 105 Abs. 1 AufenthG (vgl. Beschlüsse des Senats vom 13.07.2005 - 11 S 2497/04 - und vom 11.07.2005 - 11 S 2106/04 -). Diese Vorschriften sehen vor, dass vor dem Inkrafttreten

des Aufenthaltsgesetzes erteilte Duldungen und Arbeitserlaubnisse alten Rechts ihre Gültigkeit bis zum Ablauf ihrer Geltungsdauer behalten. Unter bestimmten Umständen könnte sich daher der Zusatz zur Duldung „Erwerbstätigkeit nicht gestattet" ungeachtet der Bestimmung des § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG möglicherweise noch regelnd auswirken. Diese Frage bedarf aber keiner Entscheidung. Die dem Antragsteller erteilte Arbeitserlaubnis alten Rechts war bereits am 01.02.2005, mithin vor Erteilung der ersten Duldung, abgelaufen.

2. Auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung liegen vor. Insbesondere fehlt es nicht an einem vorherigen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis für die Ausübung einer Beschäftigung (im Folgenden: Beschäftigungserlaubnis) bei der zuständigen Behörde. Das Verwaltungsgericht geht zutreffend davon aus, dass der mangels Verwaltungsakt ins Leere gehende Widerspruch des Antragstellers vom 28.02.2005 als Antrag auf Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis auszulegen ist. Zudem hat das Regierungspräsidium im gerichtlichen Verfahren hinreichend deutlich gemacht, dass und aus welchen Grünen es einen solchen Antrag ablehnt. Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist der Erlass einer einstweiligen Anordnung auch schon vor Klageerhebung möglich. Da Inhalt der erstreben einstweiligen Anordnung die nur vorläufige Gestattung der Ausübung einer Beschäftigung bis zur Entscheidung in der Hauptsache ist, steht ihr auch das Verbot der vollständigen Vorwegnahme der Hauptsache nicht entgegen.

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

Seit Geltung des Aufenthaltsgesetzes werden Beschäftigungserlaubnisse nicht mehr wie Arbeitserlaubnisse alten Rechts von der Beigeladenen, sondern (konzentriert) nur noch von den Ausländerbehörden - mit Zustimmung der Beigeladenen - erteilt (vgl. §§ 4 Abs. 2 Satz 3, 39 Abs. 1 AufenthG, § 10

der Beschäftigungsverfahrensverordnung - BeschVerfV -). Die Zuständigkeit der Ausländerbehörden in Baden-Württemberg ist in der auf Grund der Ermächtigung in § 71 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ergangenen Aufenthalts- und Asylzuständigkeitsverordnung (vom 11.01.2005, GBl. S. 93 - AAZuVO -) geregelt. Nach § 3 Abs. 1 AAZuVO sind regelmäßig die unteren Ausländerbehörden sachlich zuständig. Davon abweichend sind nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 AAZuVO allerdings bei abgelehnten Asylbewerbern (§ 1 Abs. 1 AAZuVO) und ihren Familienangehörigen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 AAZuVO) die Regierungspräsidien sachlich zuständig für die Entscheidung über die Anordnung und Aufhebung von „Beschränkungen und Nebenbestimmungen" zur Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 AufenthG. Diese Zuständigkeitsbestimmung greift auch hier ein.

Zwar dürfte es sich bei der hier in Rede stehenden Beschäftigungserlaubnis für nur geduldete Ausländer nach §§ 4 Abs. 2 Satz 2, 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG i.V.m. § 10 BeschVerfV nicht um eine Nebenbestimmungen zur Duldung im Sinne des § 36 Abs. 2 LVwVfG (auch nicht um eine sog. modifizierende inhaltsbestimmende Auflage) handeln (verneinend mit beachtlichen Argumenten auch Funke-Kaiser in: GK-AufenthG, § 60a Rn. 49). Jedoch zeigt § 84 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, wonach Rechtsbehelfe gegen „die Änderung oder Aufhebung einer Nebenbestimmung, die die Ausübung der Beschäftigung betrifft", keine aufschiebende Wirkung haben, dass der Bundesgesetzgeber Regelungen zur Ausübung einer Beschäftigung als „Nebenbestimmungen" im weiteren Sinne zu einem Aufenthaltstitel oder einer Duldung einstuft. Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass die Aufenthalts- und Asylzuständigkeitsverordnung des Landes von diesem Begriffsverständnis des Bundesgesetzgebers abweichen wollte. Das geht eindeutig aus der - unveröffentlichten - Begründung des Entwurfs zu § 6 Abs. 2 AAZuVO hervor, wonach die Regierungspräsidien auch darüber zu entscheiden haben, „ob die Erwerbstätigkeit gestattet werden kann"; nur eine solche Auslegung des § 6 Abs. 2 AAZuVO wird auch dem Zweck dieser Regelung gerecht, die Kompetenz bezüglich des Bleiberechts abgelehnter ausreisepflichtiger Asylbewerber - wie bisher - bei den Regierungspräsidien umfassend zu konzentrieren (zum bisherigen Recht vgl. § 5 Abs. 3 AAZuVO a.F.). Daher bedarf es keiner Entscheidung, ob § 6

Abs. 2 Nr. 2 AAZuVO im vorliegenden Fall nicht auch deswegen Anwendung findet, weil die Gestattung einer Beschäftigung für geduldete Ausländer sich begrifflich als „Aufhebung" einer „Beschränkung" zur Aussetzung der Abschiebung, nämlich als Aufhebung des kraft Gesetzes bestehenden Erwerbstätigkeitsverbotes (§ 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG), darstellen könnte.

III. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist aber unbegründet.

Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis treffen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Erforderlich ist mit anderen Worten, dass der Antragsteller einen materiellen Anspruch (Anordnungsanspruch) und die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung gerade im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (Anordnungsgrund) glaubhaft macht (§§ 123 Abs. 3 VwGO, 920 Abs. 2 ZPO, 294 ZPO). Dies ist beim Antragsteller nicht der Fall.

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

wesentliche Nachteile abzuwenden, drohende Gewalt zu verhindern oder anderen vergleichbar schwerwiegenden Gründen Rechnung zu tragen. Mit anderen Worten ist stets ein spezifisches Interesse an der Gewährung vorläufigen Rechtschutzes nötig, das über das allgemeine Interesse an einem baldigen Verfahrensabschluss hinausgeht (Schoch, a.a.O., § 123 Rn. 81).

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

Eine damit vergleichbare Konstellation dürfte der Antragsteller aber nicht glaubhaft gemacht haben. Er war zwar schon bisher als Hilfskraft in der Reinigungsbranche tätig. Diese Branche ist aber von hoher Fluktuation geprägt und setzt keine kontinuierliche Ausübung der Tätigkeit voraus. Zudem ist die hier in Aussicht gestellte Zustimmung der Beigeladenen zur Beschäftigung für die Dauer von einem weiteren Jahr Indiz dafür, dass der Antragsteller auch künftig in dieser Branche unproblematisch wieder beschäftigt werden kann.

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

Anspruchsgrundlage für die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis an geduldete Ausländer sind die §§ 4 Abs. 3 Satz 2, 42 Abs. 2 Nr. 5 AufenthG i.V.m. § 10 BeschVerfV. Die vom Antragsteller angestrebte Beschäftigung in einem Reinigungsunternehmen gehört nicht zu den Beschäftigungen, welche nach §§ 2 bis 4 BeschVerfV keiner Zustimmung der Beigeladenen bedürfen. Auch nach Zustimmung der Beigeladenen, welche diese bereits in Aussicht gestellt hat, kann er allenfalls einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des Regierungspräsidiums nach § 10 Satz 1 BeschVerfV geltend machen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs kommt bei Ansprüchen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Erlass einer einstweiligen Anordnung dann in Betracht, wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine Reduzierung des Ermessens „auf Null" bestehen. Der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist darüber hinaus jedenfalls dann ein durch die einstweilige Anordnung sicherungsfähiges Recht, wenn ohne die begehrte Anordnung das zu sichernde Recht unterzugehen droht oder seine Durchsetzung unverhältnismäßig erschwert würde (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 22.12.2000 - 13 S 2540/99 -, VBlBW 2001, 228 und vom 10.03.2000 - 13 S 1026/99 -, InfAuslR 2000, 378). Jedenfalls bedarf ein Anordnungsanspruch des Antragstellers der Glaubhaftmachung hinreichender Anhaltspunkte dafür, dass die Ablehnungsentscheidung der Behörde rechtswidrig ist und ihm mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Anspruch auf Erteilung der begehrten Erlaubnis bei fehlerfreier Ermessensausübung zusteht (VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 22.12.2000, a.a.O.). Letzteres ist hier jedoch nicht der Fall. Zwar dürfte dem Anspruch des Antragstellers auf fehlerfreie Ermessensausübung nicht bereits der Versagungsgrund des § 11 BeschVerfV (dazu a)) und auch nicht der fehlende Ablauf der nach § 10 Satz 1

BeschVerfV erforderlichen Wartefrist entgegenstehen (dazu b)). Die Ermessensausübung des Regierungspräsidiums zu seinen Lasten läst aber keine Fehler erkennen (dazu c)).

a) Nach § 11 Satz 1 BeschVerfV darf geduldeten Ausländern die Ausübung einer Beschäftigung nicht erlaubt werden, wenn sie sich in das Inland begeben haben, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz zu erlangen (1. Alt.), oder wenn aus von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können (2. Alt.). Zu vertreten hat ein Ausländer die Gründe insbesondere, wenn er das Abschiebungshindernis durch Täuschung über seine Identität und seine Staatsangehörigkeit oder durch falsche Angaben herbeiführt (§ 11 Satz 2 BeschVerfV).

Für das Vorliegen des Versagungsgrundes nach § 11 Satz 1, erste Alternative BeschVerfV - der Einreise zur Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz - fehlt hier jeder Anhaltspunkt, zumal der Antragsteller gegen Ende des Asylverfahrens bereits beschäftigt war. Doch auch das Vorliegen der zweiten Alternative des § 11 Satz 1 BeschVerfV ist zweifelhaft. Der Antragsteller behauptet, irakischer Staatsangehöriger zu sein und hat im Asylverfahren einen irakischen Führerschein vorgelegt. Von seiner irakischen Staatsangehörigkeit geht nach momentanem Stand offenbar auch das Regierungspräsidium aus. Rückführungen irakischer Staatsangehöriger finden aber derzeit, worauf das Regierungspräsidium hinweist, nicht statt (so auch der unter Abschnitt D, Ziffer 8.3 der zusammengefassten Vorgaben des Innenministeriums Baden-Württemberg zur Anwendung aufenthalts- und asylrechtlicher Regelungen - Stand 01.08.2005 - enthaltene Erlass über die Rückführung irakischer Staatsangehöriger vom 27.11.2003, Az. 4-13-IRK/12). Aufenthaltsbeendende Maßnahmen gegenüber dem Antragsteller können also derzeit mit hoher Wahrscheinlichkeit unabhängig von seinem Verhalten nicht vollzogen werden, es sei denn, er hätte die irakische Staatsangehörigkeit nur vorgetäuscht und wäre in Wirklichkeit Angehöriger eines Staates, der ihn ohne Personalpapiere rückübernehmen würde.

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

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

c) Denn es ist jedenfalls nicht ausreichend glaubhaft gemacht, dass das Regierungspräsidium sein ihm nach § 10 Satz 1 BeschVerfV eröffnetes Ermessen fehlerhaft ausgeübt hat. Die tragende Erwägung des Regierungspräsidiums, gegen eine Erteilung spreche die nicht ausreichende Mitwirkung des Antragstellers bei der Beschaffung eines Nationalpasses, dürfte bei summarischer Prüfung nicht zu beanstanden sein. Denn der Berücksichtigung dieses

Umstandes bei der Ermessensentscheidung nach § 10 Satz 1 BeschVerfV steht mit hoher Wahrscheinlichkeit kein aus § 11 Satz 1, 2. Alt. BeschVerfV folgendes Berücksichtigungsverbot entgegen (dazu aa)). Diese Erwägung erweist sich auch sonst nicht als ermessensfehlerhaft (dazu bb)).

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

bb) Die Berücksichtigung der unterlassenen Passbeschaffung lässt auch keine Ermessensfehler erkennen. Nach der Rechtsprechung des Senats zum Ausländergesetz war ein Erwerbstätigkeitsverbot als Auflage zur Duldung nach § 56 Abs. 3 Satz 3 AuslG zulässig, um damit einem abgelehnten Asylbewerber den Anreiz zu nehmen, seine ihm nach § 15 Abs. 1 Satz 1 u. Abs. 2 Nr. 6 AsylVfG auferlegte Pflicht, an der Passbeschaffung mitzuwirken und damit seine Passpflicht nach § 4 AuslG zu erfüllen, zu missachten oder zu verschleppen (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 06.10.2004 - 11 S 975/04 -;

Beschluss vom 25.09.2003 - 11 S 1795/04 -, InfAuslR 2004, 70; vgl. auch Funke-Kaiser, a.a.O., § 60a Rn. 52). Ob die fehlende Mitwirkung dazu führte, dass eine Aufenthaltsbeendigungung unmöglich war, war insoweit regelmäßig unerheblich; eine Anordnung kam nur dann nicht in Betracht, wenn von vornherein feststand, dass die Passlosigkeit auch durch ein pflichtgemäßes Verhalten nicht beseitigt werden konnte (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 21.07.2005 - 11 S 1368/04 -; Funke-Kaiser, a.a.O.) oder eine Aufenthaltsbeendigung in zeitlicher Hinsicht überhaupt nicht mehr absehbar war (so Funke-Kaiser, GK-AuslR, § 56 Rn. 15; möglicherweise enger Hess. VGH, Beschluss vom 06.04.2001 - 12 TG 368/01 -, InfAuslR 2001, 378 und VG München, Beschluss vom 08.11.1999 - M 7 S 99.4357 -, NVwZ-Beilage I 4/2000, 43: Erwerbstätigkeitsverbot jedenfalls dann, wenn der Ausländer durch sein Verhalten ein Abschiebungshindernis zu vertreten hat).

Diese Erwägungen können auch unter Geltung des § 10 Satz 1 BeschVerfV in zulässiger Weise das behördliche Entscheidungsermessen bestimmen. Der Verordnungsgeber hat für die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis an geduldete Ausländer nicht die Kombination einer Anspruchsnorm mit Versagungsgründen gewählt („Geduldeten Ausländern ist mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit eine Beschäftigung zu erlauben, wenn sie sich .. , es sei denn, dass aufenthaltsbeendende Maßnahmen aus von ihnen zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden können ..."), sondern die Kombination einer Ermessensnorm mit Versagungsgründen. Dies spricht dafür, dass die Kriterien für die Ausübung des in § 56 Abs. 3 Satz 3 AuslG eröffneten Ermessens auch für die nach § 10 Satz 1 BeschVerfV gebotene Ermessensentscheidung herangezogen werden können. Dem steht nicht entgegen, dass bereits die Beigeladene bei Erteilung ihrer regelmäßig erforderlichen Zustimmung gemäß § 10 Satz 2 BeschVerfV i.V.m. §§ 39, 40 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG entspr. zu prüfen hat, ob die Zustimmung nach Ermessen zu versagen ist, wenn „wichtige Gründe" in der Person des Ausländers vorliegen. Wie sich aus § 40 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AufenthG ergibt, sind „wichtige Gründe" in diesem Sinn nur beschäftigungsrechtliche Gründe, nicht aber ausländerrechtliche Belange. Mithin dürften in die Ermessensentscheidung des Regierungspräsidiums nach § 10 Satz 1 BeschVerfV dieselben ausländerrechtlichen Belange einzustellen

sein, wie sie unter Geltung des § 56 Abs. 3 Satz 3 AuslG zu berücksichtigen waren.

Unter Anwendung der in der Rechtsprechung zu § 56 Abs. 3 Satz 3 AuslG entwickelten Kriterien sind Ermessensfehler des Regierungspräsidiums nicht glaubhaft gemacht. Denn der Antragsteller dürfte noch nicht - oder jedenfalls nicht ausreichend lange - das ihm Mögliche und Zumutbare zur Beschaffung eines irakischen Nationalpasses unternommen haben, wozu er bereits kraft Gesetzes (§ 3 AufenthG) nach Beendigung seines Asylverfahrens verpflichtet war, ohne dass es behördlicher Verfügungen bedurfte (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 06.10.2004, a.a.O.; Beschluss vom 21.07.2005 - 11 S 1368/04 -). Dieser Verpflichtung kommt unter Geltung des Aufenthaltsgesetzes noch gesteigerte Bedeutung zu, da der Gesetzgeber in § 48 Abs. 3 AufenthG eine Konkretisierung der Mitwirkungsverpflichtungen für alle Ausländer, nicht nur für abgelehnte Asylbewerber, eingeführt hat (vgl. dazu Albrecht in: Storr/Wenger, ZuwG, § 48 AufenthG Rn. 8).

Der Antragsteller hat sich zwar nach Abschluss seines Asylverfahrens telefonisch und schriftlich an die Botschaft seines (behaupteten) Herkunftslandes gewandt. Von dort war ihm mitgeteilt worden, er müsse einen irakischen Personalausweis oder eine Geburtsurkunde im Original vorlegen. Der Antragsteller hatte aber bei seiner Anhörung vor dem Bundesamt am 11.05.2001 angegeben, ein Personalausweis und eine Staatsangehörigkeitsurkunde befänden sich bei ihm „zu Hause". Erst unter dem 31.05.2005 hat er mitgeteilt, er werde versuchen, an seinen Personalausweis im Irak zu gelangen. Vor diesem Hintergrund kann derzeit noch nicht davon ausgegangen werden, das der Antragsteller alles Erforderliche und ihm Zumutbare unternommen hat, um seiner Pflicht zu Beschaffung eines Nationalpasses zu genügen.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe war ebenfalls abzulehnen, weil es dem Begehren des Antragstellers an hinreichender Erfolgsaussicht fehlt (§§ 166 VwGO, 114 ZPO), wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 154 Abs. 2. Es besteht keine Veranlassung, die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen nach § 162 Abs. 3 VwGO dem Antragsteller aufzuerlegen. Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 2, 47 Abs. 1 Satz 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Dr. Schaeffer Dr. Vondung Dr. Wenger

Ausgefertigt
Mannheim, den 19.10.05
Geschäftsstelle des
Verwaltungsgerichtshofs
Baden-Württemberg

Frey
Gerichtsobersekretärin