

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

4 Bs 222/05

7 E 1347/2005

4. Senat

Beschluss vom 21. Oktober 2005

Aufenthaltsgesetz

§ 4 Abs. 2 und 3

§ 84 Abs. 2 Satz 2

§ 105 Abs. 1 Satz 1

Beschäftigungsverfahrensverordnung – BeschVerfV –

§ 10

1. Nach der Neuregelung des Zugangs von Ausländern zum Arbeitsmarkt durch das Zuwanderungsgesetz besteht in den Fällen des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ein anzuerkennendes Bedürfnis des Ausländers dafür, dass ihm die Ausländerbehörde die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in geeigneter Form bescheinigt.

2. Die nach § 4 Abs. 2 und 3 AufenthG bestehende Abhängigkeit der Berechtigung, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszuüben, von einem entsprechenden Aufenthaltstitel setzt auch für die Fortgeltung einer Arbeitsgenehmigung nach der Übergangsvorschrift des § 105 Abs. 1 Satz 1 AufenthG voraus, dass der Ausländer über einen entsprechenden Aufenthaltstitel verfügt.

3. In den Fällen des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG wird das Fehlen eines Aufenthaltstitels als grundsätzlich notwendige Voraussetzung einer Erwerbsberechtigung für einen in dieser Vorschrift bestimmten Zeitraum durch eine – eingeschränkte – Fortgeltungsfiktion ersetzt. Insoweit - und solange - ist der Ausländer nicht auf das Erlaubnisverfahren für geduldete Ausländer nach § 10 BeschVerfV zu verweisen.

4. Die – auf Zwecke der Erwerbsberechtigung eingeschränkte – Regelung über die Fortbestehensfiktion in § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG kommt nach ihrem systematischen Zusammenhang sowie ihrem Sinn und Zweck auch in Ausweisungsfällen in Betracht, in denen die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs durch eine gerichtliche Entscheidung wiederhergestellt worden ist.



Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

4 Bs 222/05

7 E 1347/05

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

Antragsteller,

g e g e n

Antragsgegnerin,

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 4. Senat,
durch die Richter Pradel, Pauly und Wiemann am 21. Oktober 2005 beschlossen:

st/-

1. Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 1. Juli 2005 geändert und der Tenor der Entscheidung wie folgt gefasst:

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller eine Bescheinigung mit dem Inhalt auszustellen, dass der Antragsteller für die Dauer der aufschiebenden Wirkung der Klage 7 K 2291/04 eine Erwerbstätigkeit aufnehmen und ausüben darf.

2. Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss wird zurückgewiesen.

3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller möchte erreichen, dass ihm für die Dauer des Klageverfahrens betreffend seine Ausweisung bescheinigt wird, dass er einer Erwerbstätigkeit nachgehen darf.

Der Antragsteller ist türkischer Staatsangehöriger und 1974 in das Bundesgebiet eingereist. Nachdem er im Jahr 1979 eine deutsche Staatsangehörige geheiratet hatte, erteilte ihm die Antragsgegnerin befristete Aufenthaltserlaubnisse. Im Jahre 1984 erhielt er die unbefristete Aufenthaltserlaubnis. Nach Verurteilung durch das Landgericht Hamburg zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe wies die Antragsgegnerin den Antragsteller mit Bescheid vom 5. Juni 2003 und Widerspruchsbescheid vom 20. April 2004 aus. Hiergegen hat der Antragsteller Klage erhoben (7 K 2291/04). Mit Wirkung vom 23. April 2004 setzte die Strafvollstreckungskammer den weiteren Vollzug der Freiheitsstrafe auf Grund einer günstigen Prognose aus. Daraufhin hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 16. März 2005 die aufschiebende Wirkung der gegen die Ausweisung erhobenen Klage wiederhergestellt bzw. hinsichtlich der Abschiebungsandrohung angeordnet, da die

Ausweisung des Antragstellers, der erwerbstätig gewesen sei und sich auf Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 berufen könne, im Hauptsacheverfahren voraussichtlich keinen Bestand haben werde. Die Antragsgegnerin, die dagegen Rechtsmittel nicht eingelegt hat, erteilte dem Antragsteller daraufhin im April dieses Jahres eine Duldungsbescheinigung mit dem Aufdruck „Arbeitsaufnahme nicht gestattet“. Hiergegen hat der Antragsteller Widerspruch erhoben und beim Verwaltungsgericht beantragt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Auflage zur Duldung zu streichen bzw. festzustellen, dass er weiterhin im Besitz einer Arbeitsberechtigung sei: Die Antragsgegnerin habe nicht beachtet, dass ihm wegen des erfolgreichen Eilverfahrens betreffend die Ausweisung nach § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG die Ausübung einer Erwerbstätigkeit erlaubt sei.

Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers gegen den in die Duldung aufgenommenen Zusatz „Arbeitsaufnahme nicht gestattet“ aufschiebende Wirkung habe, und den Antrag im Übrigen abgelehnt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Das der Duldung beigefügte Arbeitsverbot sei eine selbständig anfechtbare Auflage, und der vom Antragsteller dagegen eingelegte Widerspruch entfalte deshalb aufschiebende Wirkung. Diese Wirkung entfalle weder nach § 84 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, der ausschließlich auf eine Änderung oder Aufhebung einer Nebenbestimmung anwendbar sei, noch nach § 75 Abs. 1 Satz 2 HmbVwVG, der sich allein auf hier nicht vorliegende Vollstreckungsmaßnahmen beziehe. Dagegen habe der Antragsteller keinen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin ihm die ausdrückliche Erlaubnis erteile, für die Dauer des Klageverfahrens eine unselbstständige Beschäftigung auszuüben; in dieses Begehren sei sein Feststellungsantrag sachgerecht auszulegen. Denn der Antragsteller habe weder glaubhaft gemacht, einen entsprechenden Antrag nach § 10 BeschVerfG gestellt zu haben, noch habe die Bundesagentur für Arbeit der Ausübung einer Beschäftigung zugestimmt. Bei einer insoweit noch ausstehenden Ermessensentscheidung über eine (positive) Nebenbestimmung zur Duldung müsse die Antragsgegnerin allerdings die dem Antragsteller nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 zustehenden Freizügigkeitsrechte berücksichtigen.

II.

Die von dem Antragsteller gegen die teilweise Ablehnung seines Antrags eingelegte Beschwerde hat aus den dargelegten Gründen Erfolg (1.). Dagegen ist das Rechtsmittel der

Antragsgegnerin, mit der sie sich gegen die vom Verwaltungsgericht getroffene Feststellung wendet, unbegründet (2.).

1. Der Antragsteller kann beanspruchen, dass die Antragsgegnerin ihm eine Bescheinigung mit dem Inhalt ausstellt, dass er für die Dauer der aufschiebenden Wirkung der Klage 7 K 2291/04 eine Erwerbstätigkeit aufnehmen und ausüben darf.

a. Das Verwaltungsgericht hat das Begehren des Antragstellers - soweit es über den Antrag, den Aufdruck „Arbeitsaufnahme nicht gestattet“ zu streichen, hinaus reicht - der Sache nach zutreffend dahin ausgelegt, dass er eine *positive* Bescheinigung darüber erstrebt, dass ihm vorläufig (d.h. hier für die Dauer des Klageverfahrens betreffend die Ausweisung) die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erlaubt ist. Der Antragsteller ist der Auslegung seines (Feststellungs-)Begehrens in einen Verpflichtungsantrag durch das Verwaltungsgericht auch nicht entgegengetreten.

b. Das Begehren, die Antragsgegnerin zu verpflichten, dem Antragsteller eine Bescheinigung über seine Erwerbsberechtigung auszustellen, ist auch begründet.

aa) Der Antragsteller hat mit der Beschwerde zunächst zu Recht geltend gemacht, dass er nicht – wie die Antragsgegnerin und das Verwaltungsgericht angenommen haben – auf das Erlaubnisverfahren nach § 10 der Beschäftigungsverfahrensverordnung – BeschVerfV – vom 22. November 2004 (BGBl. I S. 2934) verwiesen werden darf. Danach kann die Antragsgegnerin geduldeten Ausländern die Ausübung einer Beschäftigung nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erlauben. Diese Regelung ist hier nicht einschlägig. Zwar ist der Antragsteller im Besitz einer Duldungsbescheinigung nach § 60 a Abs. 4 AufenthG. Doch liegen die Voraussetzungen für eine Duldung nach § 60 a AufenthG tatsächlich nicht vor. Mit der Duldung wird die Abschiebung ausgesetzt. Die Abschiebung muss also zulässig sein, was nach § 58 Abs. 1 AufenthG voraussetzt, dass die Ausreisepflicht vollziehbar ist. Hieran fehlt es. Nach der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ausweisungsverfügung durch das Verwaltungsgericht ist der Antragsteller nicht (mehr) vollziehbar ausreisepflichtig (§ 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Antragsgegnerin ihm gleichwohl eine Duldungsbescheinigung ausgehändigt hat. Diese Bescheinigung hat keine konstitutive Wirkung. Durch sie werden weitergehende Ansprüche des Antragstellers in Bezug auf seine Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit im Übrigen nicht ausgeschlossen.

bb) Die Berechtigung des Antragstellers, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ergibt sich aus § 105 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG. Dazu im Einzelnen:

Der mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratete Antragsteller, der im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis war, hat unstreitig auch die (unbefristete) Arbeitsberechtigung erhalten (vgl. dazu § 2 Abs. 1 Nr. 1 Arbeitsgenehmigungsverordnung - ArGV -). Nach der Übergangsvorschrift des § 105 Abs. 1 Satz 1 AufenthG behält eine vor dem Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes erteilte Arbeitserlaubnis ihre Gültigkeit bis zum Ablauf ihrer Gültigkeitsdauer. Insoweit ist hier davon auszugehen, dass die unbefristete Arbeitsberechtigung des Antragstellers nicht mit dem Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetzes (1.1.2005) erloschen ist. Die Antragsgegnerin macht auch nicht geltend - und dies ist auch sonst nicht ersichtlich - , dass diese Berechtigung schon vor diesem Zeitpunkt und allein schon durch die Ausweisung erloschen ist. Hierfür ist auch nichts ersichtlich. Nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 Abs. 2 i.V.m. § 5 Nr. 4 ArGV erlischt sie erst mit der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht. Hieran fehlt es jedoch, da das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der gegen die Ausweisung gerichteten Klage wiederhergestellt hat.

Die danach fortgeltende Arbeitsberechtigung berechtigt den Antragsteller für sich genommen allerdings nach dem neuen Aufenthaltsrecht noch nicht, weiterhin erwerbstätig zu sein. Nach der Neuregelung des Zugangs von Ausländern zum Arbeitsmarkt durch das Zuwanderungsgesetz vom 30. Juli 2004 (BGBl. I S. 1950) mit Wirkung ab dem 1. Januar 2005 (Art. 15 Abs. 3 Zuwanderungsgesetz) muss sich die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung grundsätzlich unmittelbar aus dem Aufenthaltstitel oder (etwa bei geduldeten Ausländern) aus einer sonstigen ausländerrechtlichen Bescheinigung – positiv - ergeben und muss die Erlaubnis für den potentiellen Arbeitgeber eindeutig erkennbar sein (vgl. § 4 Abs. 2 und 3 AufenthG). Ausländer dürfen eine Beschäftigung mithin nur ausüben, wenn der Aufenthaltstitel es erlaubt (§ 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG). Hieran hat die Übergangsvorschrift des § 105 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nichts geändert. Sie nimmt „Altfälle“ nicht davon aus, dass ein Aufenthaltstitel vorliegen muss, der es erlaubt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Der Antragsteller ist zwar nicht mehr im Besitz eines Aufenthaltstitels, er ist aufgrund der - eingeschränkten – Fortgeltungsfiktion nach § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG jedoch gleichwohl berechtigt, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das ergibt sich aus Folgendem:

Die unbefristete Aufenthaltserlaubnis des Antragstellers ist gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 AuslG durch die Ausweisung erloschen. Diese Wirkung der Ausweisung gilt nach § 102 Abs. 1 Satz 1 AufenthG fort. Hieran ändert sich auch nicht dadurch etwas, dass das Verwaltungsgericht die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ausweisung wiederhergestellt hat. Denn wie bisher schon nach § 72 Abs. 2 Satz 1 AuslG bleibt auch heute nach § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG die Wirksamkeit der Ausweisung hierdurch unberührt. Eine Wirkung der Ausweisung ist es aber, dass – wie ausgeführt – die Aufenthaltserlaubnis erloschen ist.

Gleichwohl ist der Antragsteller berechtigt, eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Nach § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG gilt der Aufenthaltstitel eingeschränkt als fortbestehend. Dies gilt für Zwecke der Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit, 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 oder solange der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat. Dadurch, dass für die jeweils genannten Zeiträume das Fortbestehen des Aufenthaltstitels (nur) zum Zweck der Ausübung einer Erwerbstätigkeit fingiert wird, wird der nach § 4 Abs. 2 und 3 AufenthG notwendige Zusammenhang zwischen Aufenthaltstitel und Arbeitserlaubnis gewahrt.

Die Voraussetzungen des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG für die Annahme einer (eingeschränkten) Fortbestehensfiktion liegen auch vor.

Das Verwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 16. März 2005 die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Ausweisungsverfügung, die den Aufenthaltstitel zum Erlöschen gebracht hat, wiederhergestellt. Damit liegt die dritte Alternative des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vor („...der Aufenthaltstitel gilt als fortbestehend, ...solange der eingelegte Rechtsbehelf aufschiebende Wirkung hat“). Da mit Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes an die Stelle der unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nunmehr die Niederlassungserlaubnis getreten ist, gilt die unbefristete Aufenthaltserlaubnis als eine solche Niederlassungserlaubnis fort (§ 101 Abs. 1 Satz 1 AufenthG). Diese schließt das Recht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ein und darf nicht mit einer Nebenbestimmung versehen werden (§ 9 Abs. 1 Satz 2 AufenthG).

Die Anwendung des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ist auch nicht auf solche Fälle beschränkt, in denen nach Ablehnung eines Antrags des Ausländers auf Verlängerung eines

Aufenthaltstitels die gesetzliche Fiktion des (uneingeschränkten) Fortbestehens des bisherigen Aufenthaltstitels im Sinne von § 81 Abs. 4 AufenthG entfallen ist. Vielmehr kommt die – auf Zwecke der Erwerbsberechtigung eingeschränkte – Regelung über die Fortbestehensfiktion in § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nach ihrem systematischen Zusammenhang sowie ihrem Sinn und Zweck auch in Ausweisungsfällen in Betracht, in denen die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs durch eine gerichtliche Entscheidung wiederhergestellt worden ist (vgl. auch GK-AufenthG § 84 Rdnr. 29 ff.). Die Regelung schließt sich in systematischer Hinsicht an den Satz 1 der Vorschrift an, der ausdrücklich auch die Ausweisung als einen (möglichen) Verwaltungsakt nennt, der die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts eines Ausländers beendet. Zudem ist auch kein sachlicher Grund dafür zu erkennen, dass der Gesetzgeber Ausweisungsfälle von der Anwendung des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG hätte ausnehmen wollen. Ebenso wie bei der Ablehnung der Verlängerung eines Aufenthaltstitels, dessen Rücknahme oder nachträglichen Befristung kann es auch bei Ausweisungen, in denen der Ausländer mit dieser Maßnahme zugleich sein Aufenthaltsrecht verliert, gerechtfertigt sein, seine Berechtigung zur Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit für einen in der Vorschrift näher aufgeführten Zeitraum fortbestehen zu lassen.

cc) Die Berechtigung des Antragstellers, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, ist ihm zu bescheinigen.

Zwar enthält das Gesetz hierzu keine ausdrücklichen Regelungen. Doch ergibt sich dieser Anspruch mittelbar aus § 4 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG. Wie bereits ausgeführt, muss sich hiernach die Erlaubnis, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, aus dem Aufenthaltstitel ergeben, und ein Arbeitgeber darf den Ausländer nur beschäftigen unter dieser Voraussetzung. Das setzt voraus, dass der Ausländer dem Arbeitgeber diese Berechtigung nachweisen kann. In den Fällen des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG, in denen einerseits zwar aufgrund einer Ausweisung oder eines sonstigen, die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verwaltungsaktes der Aufenthaltstitel erloschen ist oder in denen nach Ablehnung eines Verlängerungsantrags die Fortbestehensfiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht (mehr) gilt, in denen andererseits aber der Aufenthaltstitel nach der erstgenannten Vorschrift für Zwecke der Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit als fortbestehend gilt, besteht deshalb ein anzuerkennendes Bedürfnis des Ausländers dafür, dass ihm die Ausländerbehörde die Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in geeigneter Form bescheinigt. Dementsprechend sehen auch die Vorläufigen Anwendungshinweise zur Umsetzung des Zuwanderungsgesetzes des Bundesministeriums

des Inneren (BMI) vom 22. Dezember 2004 vor, dass die Ausländerbehörde auf Antrag des Ausländers das Vorliegen der Wirkungen des § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG (Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit) bescheinigt, sofern einer der dort genannten Sachverhalte vorliegt (vgl. Nr. 84.2.2.4 i.V.m. Nr. 4.3.1).

2. Aus der erfolgreichen Beschwerde des Antragstellers ergibt sich zugleich, dass das Rechtsmittel der Antragsgegnerin hinsichtlich der vom Verwaltungsgericht in der angefochtenen Entscheidung getroffenen Feststellung unbegründet ist. Das Beschwerdegericht hat den Tenor der angefochtenen Entscheidung aus den o.g. Gründen neu gefasst. Die der Antragsgegnerin nunmehr auferlegte Verpflichtung, dem Antragsteller eine Bescheinigung über die Erlaubnis zur Aufnahme und Ausübung einer Erwerbstätigkeit auszustellen, geht insoweit über die vom Verwaltungsgericht getroffene Feststellung hinaus, dass der Widerspruch des Antragstellers gegen das in die Duldung aufgenommene Arbeitsverbot aufschiebende Wirkung habe. Im Übrigen geht die Antragsgegnerin mit ihren Rechtsmittelgründen – der in die Duldungsbescheinigung aufgenommenen Aufdruck „Arbeitsaufnahme nicht gestattet“ sei nur ein (bloßer) Hinweis auf das sich schon aus § 4 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ergebende Beschäftigungsverbot - auch nicht auf den hier vorliegenden Sachverhalt ein. Der Antragsteller ist (wie bereits unter 1. dargelegt) nach Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Ausweisungsverfügung erhobenen Klage nicht mehr vollziehbar ausreisepflichtig und eine Abschiebung kann derzeit schon deshalb nicht erfolgen (vgl. § 50 Abs. 1, § 58 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 AufenthG). Wie ebenfalls oben näher ausgeführt greift entgegen dem Beschwerdevorbringen im vorliegenden Fall das grundsätzliche Beschäftigungsverbot nach § 4 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht, das hier nach Ansicht der Antragsgegnerin als (bloßer) Hinweis in die Duldung aufgenommen worden sei. Für die Erwerbsberechtigung des Antragstellers ist derzeit aus den unter 1. genannten Gründen § 105 Abs. 1 AufenthG i.V.m. § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG einschlägig und der Antragsteller entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht gehalten, einen Erlaubnisantrag nach den § 10 BeschVerfV zu stellen.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1 GKG.