

Osnabrück, 04.09.2006

EQUAL-Projekt SAGA
Teilprojekt „KoBAG“

Dr. Barbara Weiser

Weiterführende Informationen¹ zu dem Informationsfaltblatt II „Arbeitserlaubnis² für geduldete AusländerInnen“

Das o. g. Faltblatt, das bei der Beratung von Ausländern³ mit einer Duldung eingesetzt werden kann, will lediglich eine Kurzinformation darüber geben, unter welchen Voraussetzungen diesem Personenkreis eine Arbeitserlaubnis erteilt wird. Hierbei konnten Einzelheiten insbesondere zu den in Rechtsprechung und Rechtsliteratur streitigen Punkten nicht umfassend dargestellt werden. Dies soll im Folgenden nachgeholt werden:

1. Bedeutung des Vermerks „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“

Oft sind geduldete Ausländer der – nahe liegenden – Auffassung, dass sie überhaupt nicht arbeiten dürfen, wenn in ihrer Duldung steht, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet ist.

Ob diese Auffassung zutreffend ist, hängt davon ab, ob in dem Vermerk ein **individuelles Arbeitsverbot** zu sehen ist, oder ob mit diesem nur **auf die geltende Rechtslage hingewiesen werden soll**, nach der die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit ohne eine Arbeitserlaubnis untersagt ist. Die Beantwortung dieser Frage ist nicht zuletzt dafür entscheidend, welches Rechtsmittel statthaft ist.

Kommt ein Ausländer mit einem entsprechenden Vermerk in die Beratung, ist zunächst zu klären,

- a) ob die Ausländerbehörde den Vermerk erteilt hat, ohne dass besondere Umstände vorlagen (vgl. b. und c.)
- b) ob der Ausländer bislang eine gültige Arbeitserlaubnis hatte **oder**
- c) ob er zuvor einen Antrag auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis gestellt hat.

¹ Der Inhalt des folgenden Textes gibt die Rechtsauffassung der Verfasserin wieder

² Der Begriff „Arbeitserlaubnis“ wird in Kenntnis dessen, dass die Rechtsprechung zum AufenthG den Terminus „Beschäftigungserlaubnis“ verwendet, weiterhin verwendet, da dies (noch) dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht und der nicht juristisch vorgebildete Nutzer des Faltblatts sofort weiß, worum es geht. Der Begriff „Arbeitserlaubnis“ wird auch in den Durchführungsanweisungen der Bundesagentur für Arbeit und in der Flüchtlingshilfe (u.a. Flüchtlingsrat Berlin, GGUA Münster) gebraucht.

³ Aus Gründen der Lesbarkeit und der Verständlichkeit des Textes wird auf die Nennung der weiblichen Form verzichtet.

a) Vermerk ohne vorangegangenen Arbeitserlaubnisantrag oder bestehende Arbeitserlaubnis:

Zur Beantwortung der Frage, ob in diesen Fällen in dem Vermerk ein individuelles Arbeitsverbot oder ein Hinweis auf die Rechtslage zu sehen ist, ist zunächst ein Blick auf die Entwicklung der gesetzlichen Regelung hilfreich:

Vor dem In-Kraft-Treten des Zuwanderungsgesetzes am 01.01.2005 war für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis die **Arbeitsverwaltung** zuständig. Die Ausländerbehörde hatte lediglich die Möglichkeit, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit im **Einzelfall** mittels Nebenbestimmung zur Duldung zu untersagen, was § 56 Abs. 3 AuslG (Ausländergesetz) ausdrücklich vorsah.

Nach den Regelungen des Zuwanderungsgesetzes kann eine geduldete Person für eine bestimmte Arbeitsstelle bei der **Ausländerbehörde** die Erteilung einer Arbeitserlaubnis beantragen; ohne eine Arbeitserlaubnis ist die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich verboten, §§ 4 Abs. 3, S. 2; 71 Abs. 1 AufenthG (Aufenthaltsgesetz); § 10 BeschVerfV (Beschäftigungsverfahrensverordnung), sog. Verbot mit Erlaubnisvorbehalt⁴.

Nach § 61 Abs. 1, S. 2 AufenthG **kann** die Ausländerbehörde die Duldung grundsätzlich mit Bedingungen und Auflagen versehen. Bei den hier zu treffenden Ermessensentscheidungen hat sie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen mit der Folge, dass Entscheidungen, die nicht **erforderlich** sind, ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig sind.

Wie bereits ausgeführt, ist die Arbeitsaufnahme für Geduldete ohne eine gültige Arbeitserlaubnis gesetzlich verboten. Daher ist die Verhängung eines **individuellen Arbeitsverbots** durch Aufnahme eines entsprechenden Vermerks nicht erforderlich⁵; er wäre damit als individuelles Arbeitsverbot rechtswidrig.

Da vorausgesetzt werden kann, dass Behörden grundsätzlich um rechtmäßiges Handeln bemüht sind, ist anzunehmen, dass der Vermerk kein individuelles Arbeitsverbot⁶ und damit keine Nebenbestimmung zur Duldung⁷, sondern einen Hinweis auf die bestehende gesetzliche Regelung darstellt⁸. Ein weiteres Argument hierfür ist, dass § 61 Abs. 1, S. 2

⁴ VG Hannover, Beschl. v. 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05; Marx, Ausländer und Asylrecht, § 3, R. 20

⁵ VG Braunschweig, Beschl. v. 06.04.05, Az. 6 B113/05, www.asyl.net: in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall hatte die Ausländerbehörde ohne vorangegangenen Arbeitserlaubnisantrag einen Bescheid erlassen, in dem die Auflage erteilt wurde, dass eine Erwerbstätigkeit nicht gestattet sei. Das VG hat die Verhängung eines Arbeitsverbots sogar als **nicht geeigneten** Anreiz zur Erwirkung einer freiwilligen Ausreise angesehen.

⁶ so allerdings Renner, Ausländerrecht, § 61 AufenthG, R. 5, ohne weitere Begründung.

⁷ Bartelheim, InfAuslR 2005, S. 458 ff (460f) m.w.N.

⁸ OVG NRW, Beschl. v. 22.04.05, Az. 18 B 574/05, www.asyl.net; OVG NRW, Beschl. v. 18.01.06, Az. 18 B 1772/05, www.asyl.net; VGH Ba - Wü, Beschl. v. 12.10.05, Az. 11 S 1011/05, www.asyl.net: mangels Regelungsgehalt sei der Vermerk kein Verwaltungsakt; VG Hannover, B. v. 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05, S. 3; VG Karlsruhe, Beschl. v. 15.04.05, Az. 493/05, S. 5, www.asyl.net; Funke-Kaiser, Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (GK - AufenthG), Loseblatt § 4 AufenthG, R 62; Leineweber, InfAuslR S. 302 ff (303); offengelassen in OVG Nds, Beschl. v. 07.10.05, Az. 9 ME 82/05, www.asyl.net

AufenthG - im Gegensatz zu § 56 Abs. 3 AuslG - das Verbot der Erwerbstätigkeit als mögliche Auflage nicht mehr ausdrücklich nennt⁹.

Auch wenn dieser Vermerk also nur einen Hinweis auf die Rechtslage darstellt, wird hierdurch die Arbeitssuche massiv erschwert, da der Vermerk von potentiellen Arbeitgebern häufig - dem Wortlaut entsprechend - als prinzipielles Erwerbsverbot verstanden wird. Daher wäre m.E. die Verwendung eines Vermerkes mit dem Inhalt: "Erwerbstätigkeit nur mit Genehmigung der zuständigen Ausländerbehörde gestattet" o.ä. wünschenswert.

b) Vermerk bei gültiger Arbeitserlaubnis

Besteht eine gültige Arbeitserlaubnis¹⁰ und soll sie durch die Aufnahme des Vermerks „Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ in die Duldung zurückgenommen oder widerrufen werden, wird damit eine Einzelfallentscheidung getroffen und in bestehende Rechte eingegriffen. Daher verweist der Vermerk in diesen Fällen nicht auf die Rechtslage, sondern stellt einen belastenden Verwaltungsakt¹¹ dar, gegen den die Anfechtungsklage¹² einzulegen ist¹³. Widerspruch und Anfechtungsklage haben hier nach herrschender Meinung¹⁴ keine aufschiebende Wirkung, sodass ggf. ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage nach § 80 Abs. 5 VwGO (Verwaltungsgerichtsordnung) erforderlich ist (vgl. § 84 Abs. 1, Nr. 3 AufenthG).

c) Vermerk nach vorangegangenem Arbeitserlaubnis Antrag

Wird ein Antrag auf Erteilung einer Arbeitserlaubnis gestellt, besteht bei manchen Ausländerbehörden die herrschende Praxis, die Duldung jetzt mit dem Vermerk "Aufnahme einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht gestattet" o.ä. zu versehen¹⁵, anstatt einen Ablehnungsbescheid zu erlassen.

Da die Ausländerbehörde verpflichtet ist, die Ablehnung der Erteilung einer Arbeitserlaubnis schriftlich zu begründen, s. §§ 37, 39 VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz), also einen mit

⁹VG Hannover, Beschl. v. 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05, S. 2; VG Karlsruhe, Beschl. v. 14.04.05, Az. 493/05, www.asyl.net

¹⁰ Etwa eine vor dem in Kraft treten des Zuwanderungsgesetze unbefristet erteilte Arbeitsberechtigung nach § 286 SGB III a.F.

¹¹ Ein belastender Verwaltungsakts ist u.a. eine Entscheidung, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist und die ein Recht beschränkt oder entzieht.

¹² Mit einer Anfechtungsklage begehrt der Kläger die Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes durch das Verwaltungsgericht (§ 42 Abs. 1, 1. Alt. VwGO).

¹³ VG Hannover, Beschl. v. 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05; VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.08.05, Az. 6 K 1458/05, www.asyl.net

¹⁴ VG Hannover, Beschl. v. 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05; VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.08.05, Az. 6 K 1458/05, www.asyl.net, Bartelheim, InfAuslR 2005, S. 458 ff: es liegt hier zwar keine Nebenbestimmung vor, § 84 Abs. 1, Nr. 3 AufenthG beinhaltet jedoch ein Redaktionsversehen, was im Wege der abändernden Auslegung korrigiert werden müsse.

¹⁵ Leineweber, InfAuslR S. 302 ff (303)

einer Begründung versehenen ablehnenden Bescheides zu erlassen¹⁶, wird diese Praxis den Anforderungen an ein rechtmäßiges Verwaltungshandeln nicht gerecht.

Trotzdem stellt sich auch hier die Frage nach der statthaften Klageart. Weil die bloße Aufhebung des Vermerks - wie auch die Aufhebung des Ablehnungsbescheids - wegen des bestehenden gesetzlichen Verbotes nicht dazu führen würde, dass der Ausländer eine Arbeitserlaubnis erhält, ist m. E. nicht eine Anfechtungsklage, sondern eine Verpflichtungsklage¹⁷ zu erheben¹⁸. In der Praxis empfiehlt es sich allerdings, auf den Erlass eines mit einer Rechtsmittelbelehrung versehenen Bescheides zu bestehen, da darin auch die Gründe für die Ablehnung genannt sind.

2. Die Darlegungs- und Beweislast bei § 11 BeschVerfV

Im Folgenden wird zunächst die Frage, wer bei § 11 BeschVerfV Träger der Darlegungs- und Beweislast ist, erörtert, da deren Beantwortung auch für die Ausführungen zu Einzelheiten der Mitwirkungspflicht (vgl. Punkt 3) bedeutsam sind.

Da es im Rahmen des § 11 BeschVerfV häufig zwischen dem Ausländer und der Ausländerbehörde streitig ist, ob falsche Angaben gemacht worden sind oder ob der Ausländer seinen Mitwirkungspflichten nicht nachgekommen ist, kommt der Frage, wer dies darlegen und beweisen muss, in der Praxis erhebliche Bedeutung zu.

Nach der Begründung zur BeschVerfV¹⁹ wird mit § 11 BeschVerfV § 5 Nr. 5 ArGV²⁰ (Arbeitsgenehmigungsverordnung) fortgeführt. § 5 Nr. 5 ArGV regelte, dass eine Arbeitsgenehmigung auch Ausländern erteilt werden konnte, die eine Duldung besitzen, es sei denn, dass die Ausländer sich ins Inland begeben haben, um Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) zu erlangen, oder bei diesen aus von ihnen zu vertretenden Gründen aufenthaltsbeendende Maßnahmen nicht vollzogen werden können (§ 1a AsylbLG).

Da § 11 BeschVerfV somit § 1a AsylbLG inhaltlich entspricht, stellt sich die Frage, wer hier Träger der Darlegungs- und Beweislast ist:

Die Vorschrift des § 1 a AsylbLG regelt, bei der Vorlage welcher Tatsachen die Leistungen reduziert werden müssen. Da damit das Vorliegen anspruchseinschränkender Tatsachen streitig ist, trägt die Behörde die Darlegungs- und Beweislast²¹, wobei der Antragsteller

¹⁶ Fehlt die Rechtsmittelbelehrung kann die Entscheidung innerhalb eines Jahres nach ihrer Bekanntgabe angefochten werden, § 58 Abs. 2 VwGO.

¹⁷ Mit der Verpflichtungsklage begehrt der Kläger die Verurteilung der Behörde zum Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsaktes (§ 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO).

¹⁸ auch nach Zühlcke, ZAR 10/2005, S. 317 ff (322) ist die Anfechtungsklage nur statthaft, wenn es um eine Änderung oder Aufhebung einer bestehenden Arbeitserlaubnis geht.

¹⁹ www.aufenthaltstitel.de/beschverfvinfos.html

²⁰ www.aufenthaltstitel.de/argv.html

²¹ Sozialgericht Schleswig, Beschl. V. 22.9.2005, Az. S 10 AY 128/05 ER, www.asyl.net; Sozialgericht Hildesheim, Beschl. V. 25.05.2005, Az. S 44 AY 19/05 ER, www.asyl.net; Gemeinschaftskommentar (GK) zum AsylbLG: § 1a AsylbLG, Rn. 80; LPK-BSHG, § 1a AsylbewLG

verpflichtet ist, alle entscheidungserheblichen Tatsachen anzugeben, die nur in sein Wissen gestellt sind²².

Die Behörde ist nach § 24 VwVfG²³ verpflichtet, all diejenigen Umstände vorzutragen und zu belegen, die für eine leistungsmisbräuchliche Einreiseabsicht oder für ein Vertreten müssen der unterbliebenen Abschiebung sprechen²⁴.

Dieses Ergebnis ist auf § 11 BeschVerfV zu übertragen mit der Folge, dass die Ausländerbehörde auch hier die Darlegungs- und Beweislast trägt²⁵.

3. Einzelheiten zur Verletzung der Mitwirkungspflicht im Rahmen des § 11 BeschVerfV

Nach § 11 BeschVerfV versagt die Ausländerbehörde die Arbeitserlaubnis, wenn aufenthaltsbeendende Maßnahmen, insbesondere die **Abschiebung**, aus vom Ausländer zu vertretenden Gründen nicht vollzogen werden können.

Besitzt ein geduldeter Ausländer keinen gültigen Pass oder Passersatz, ist er gesetzlich verpflichtet, bei der Beschaffung von Identitätspapieren **mitzuwirken**, siehe § 49 AufenthG, § 82 AufenthG, § 15 AsylVfG (Asylverfahrensgesetz). Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach und kann er wegen des Fehlens der notwendigen Heimreisedokumente nicht abgeschoben werden, hat er dies zu vertreten.

Damit stellt sich die Frage, ob der Ausländer die fehlende Mitwirkung nur dann zu vertreten hat, wenn die Ausländerbehörde ihn zuvor zu einer konkreten Mitwirkungshandlung - wie das Ausfüllen eines Passersatzantrages - ausdrücklich auffordert und er dieser Aufforderung nicht nachkommt, oder ob ein Vertreten müssen nach § 11 BeschVerfV bereits dann anzunehmen ist, wenn sich der Ausländer nach einem allgemeinen Hinweis auf bestehende Mitwirkungspflichten nicht aus eigenem Antrieb um Identitätspapiere bemüht. Dieser Frage kommt erhebliche Bedeutung zu, da sich in der Praxis die Beschaffung von Passersatzpapieren oftmals als eine äußerst schwierige Angelegenheit darstellt.

Mit dem Argument, dass sich - wie dargestellt - die Verpflichtung zur Mitwirkung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, wird wohl bislang überwiegend vertreten²⁶, dass - wenn ein genereller Hinweis auf die bestehenden Mitwirkungspflichten erfolgt ist - die Aufforderung zu einer konkreten Mitwirkungshandlung seitens der Ausländerbehörde grundsätzlich nicht erforderlich ist.

²² Sozialgericht Hildesheim, Beschl. V. 25.05.2005, Az. S 44 AY 19/05 ER, www.asyl.net: unter Bezugnahme auf BVerwGE 90, 212; Fichtner, BSHG-Kommentar, 2.Aufl., § 1a AsylbewLG, R. 7

²³ § 24 VwVfG bestimmt, dass die Behörde den Sachverhalt von Amts wegen ermittelt. Sie hat alle für den Einzelfall bedeutsamen, auch die für die Beteiligten günstigen Umstände zu berücksichtigen.

²⁴ Stefan Kessler, nach dem Asylverfahren, S. 60

²⁵ VG Sigmaringen, Urt. v. 14.06.2005, 4 K 468/05, www.asyl.net; VG Münster, Beschl. v. 31.3.2005, 8 L 189/05, www.asyl.net; VG Giessen, Beschl. v. 08.06.2006, Az. 4 G 1454/06, www.asyl.net; Stefan Kessler, nach dem Asylverfahren, S. 60; Leineweber, InfAuslR 7/8 2005, S. 302 ff (303)

²⁶ VG Münster, Beschl. v. 27.04.05, Az. 8 L 286/05; VG Karlsruhe, Beschl. v. 02.08.05, Az. 6 K 1458/05, www.asyl.net; offen gelassen zu § 11 BeschVerfV in OVG NRW, Beschl. v. 18.01.06, Az. 18 B 1772/05, S. 10, www.asyl.net allerdings mit Hinweis darauf, dass es nach der Senatsrechtsprechung grundsätzlich keiner vorausgegangenen Aufforderung bedarf, im Rahmen der sich jedem Ausländer erschließenden Pflichten an der Passbeschaffung mitzuwirken.

Demgegenüber wird eingewendet²⁷, dass gerade bei kompliziert gelagerten Sachverhalten nicht ohne weiteres davon auszugehen ist, dass der Ausländer von selbst weiß, bei welcher Behörde er welche Dokumente beantragen kann bzw. vorzulegen hat, sodass eine Konkretisierung der Mitwirkungspflicht geradezu geboten erscheint. Außerdem sehe § 82 Abs. 3 AufenthG vor, dass der Ausländer u.a. auf seine Pflichten aus § 49 AufenthG hingewiesen werden soll.

Auch nach den Regeln des allgemeinen Verwaltungsrechts ist die Ausländerbehörde verpflichtet, soweit erforderlich, den Beteiligten im Verwaltungsverfahren Auskunft über die ihnen obliegenden Pflichten zu erteilen, § 25 VwVfG. Damit ist die Behörde jedenfalls auf Nachfrage verpflichtet, darauf hinzuweisen, welche konkrete Mitwirkungshandlung der Ausländer vornehmen soll.

Hinzu kommt, dass die Ausländerbehörde vortragen und beweisen muss, welche konkrete Mitwirkungshandlung, die zur Beseitigung des Abschiebungshindernisses geführt hätte, sich dem Ausländer neben den von ihm unternommenen Maßnahmen noch hätte aufdrängen müssen²⁸. Eine konkrete Aufforderung der Ausländerbehörde erleichtert ihr den Nachweis dafür, dass der Ausländer seinen Mitwirkungspflichten nicht nachkommt²⁹.

Eine sozusagen "vermittelnde Lösung" vertritt der Bayrische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH)³⁰, der in einer Entscheidung zu § 25 Abs. 4, S. 4 AufenthG von einer beiderseitigen Verantwortung für die Beseitigung von Ausreisehindernissen ausgeht. Da nach der amtlichen Begründung zu § 11 BeschVerfV³¹ zur näheren Bestimmung des Verschuldens Kriterien des § 25 Absatz 5 Satz 4 AufenthG übernommen werden sollen, ist diese Entscheidung auf § 11 BeschVerfV übertragbar³².

§ 25 Abs. 5 AufenthG besagt, dass eine Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden kann, wenn der Ausländer unverschuldet an der **Ausreise** gehindert ist. Ein Verschulden des Ausländers liegt insbesondere vor, wenn er falsche Angaben macht oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.

Damit stellt sich auch bei der Anwendung des § 25 Abs. 5, S. 4 AufenthG die Frage, ob ein Verschulden des Ausländers erst dann vorliegt, wenn er der Aufforderung, eine konkrete Mitwirkungshandlung vorzunehmen, nicht nachgekommen ist.

Nach Auffassung des BayVGH hat der Ausländer eine Mitwirkungs- und eine Initiativpflicht. Er ist zunächst verpflichtet, den Aufforderungen der Ausländerbehörde nach konkreten Mitwirkungshandlungen nachzukommen. Darüber hinaus ist er aber auch gehalten, von sich

²⁷ Sozialgericht Hildesheim, Beschl. v. 25.05.2005, Az. S 34 AY 8/05 ER, www.asyl.net: Entscheidungen zu § 2 AsylbLG sind m.E. hier heranziehbar, da dieselben Tatsachen (falsche Angaben zur Staatsangehörigkeit, ausdrückliche Weigerung, an der Passbeschaffung mitzuwirken o.ä.) sowohl zur Annahme der Rechtsmissbräuchlichkeit, als auch zur Bejahung der Voraussetzungen des § 11 BeschVerfV führen können, vgl. GK zum AsylbLG, § 2, Rn. 79 ff (85,88)

²⁸ VG Sigmaringen, Urt. v. 14.06.2005, 4 K 468/05, www.asyl.net

²⁹ Sozialgericht Hildesheim, Beschl. v. 25.05.2005, Az. S 34 AY 8/05 ER, www.asyl.net

³⁰ BayVGH, Urt. v. 23.03.2006, Az. 24 B 05.2889, www.asyl.net; Bay VGH Beschl. v. 28.12.2005, Az. 24 C 05.2694

³¹ www.aufenthaltstitel.de/beschverfvinfos.html

³² BayVGH, Urt. v. 23.03.2006, Az. 24 B 05.2889, S. 21 des Urteilsabdrucks, www.asyl.net

aus weitere Mitwirkungshandlungen vorzunehmen, deren Zweckdienlichkeit für ihn offensichtlich sein muss und die in seiner Sphäre liegen, wie etwa Verwandte im Heimatland mit der Beschaffung von Identitätspapieren zu beauftragen.

Die Ausländerbehörde hat demgegenüber eine Hinweispflicht. Sie hat dem Ausländer grundsätzlich mitzuteilen, dass und in welchem Umfang er zur Erbringung von Handlungen verpflichtet ist, vgl. § 82 Abs. 3, S. 1 AufenthG. Der Ausländer muss klar erkennen können, welche Schritte er zu unternehmen hat. Außerdem trifft die Ausländerbehörde eine Anstoßpflicht, d.h. sie hat das Verfahren von sich aus weiter zu betreiben und den Ausländer auf ihm nicht bekannte Möglichkeiten aufmerksam zu machen.

Sind beide Seiten ihren Verpflichtungen nicht nachgekommen, ist eine Abwägung nach der Schwere des Pflichtenverstoßes zu treffen. Hat der Ausländer seine Pflichten in vollem Umfang erfüllt, hat er das Unterbleiben seiner Ausreise nicht zu vertreten.

Damit kommt es wohl auf die Konstellation des Einzelfalls an, inwieweit der Ausländer, der nicht aus eigener Initiative Schritte zur Passersatzbeschaffung unternimmt, die aus Sicht der Ausländerbehörde Erfolg versprechend sein können, dies im Rahmen des § 11 BeschVerfV zu vertreten hat, mit der Folge, dass die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit untersagt wird.

Deshalb kann es **zur Vermeidung eines Arbeitsverbots** ggf. ratsam sein, sich bei der Ausländerbehörde darüber zu informieren, welche konkrete Mitwirkungshandlung erwartet wird.

Grundsätzlich ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Ausländerbehörde die Darlegungs- und Beweislast etwa dafür trägt, dass eine ordnungsgemäße Mitwirkung zur Ausstellung eines Passersatzpapiers und zu einer Abschiebung geführt hätte.

4. Ermessensregelung in § 10 BeschVerfV

Nach § 10 BeschVerfV **kann** geduldeten Ausländern mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt werden. Die Ausländerbehörde muss also, wenn die sonstigen Erteilungsvoraussetzungen vorliegen, eine Ermessensentscheidung treffen.

Liegen keine entscheidenden Ermessensgesichtspunkte vor, die gegen die Erteilung einer Arbeitserlaubnis sprechen, ist das Ermessen der Ausländerbehörde auf Null reduziert mit der Folge, dass das Gericht die Ausländerbehörde zur Erteilung einer Arbeitserlaubnis verpflichten kann³³.

Damit stellt sich die Frage, welche Gesichtspunkte bei einer Ermessensentscheidung nach § 10 BeschVerfV berücksichtigt werden dürfen.

³³ VG Schleswig, Beschl. v. 08.06.2006, www.asyl.net; VG Giessen, Beschl. v. 08.06.2006, Az. 4 G 1454/06, www.asyl.net

a) Tatsachen und Unterlassungen, die in den Anwendungsbereich des § 11 BeschVerfV fallen

Zum einen ist fraglich, ob Tatsachen und Unterlassungen, die bereits bei der Prüfung des Arbeitsverbots nach § 11 BeschVerfV - wie etwa vom Ausländer erbrachte Mitwirkungshandlungen - berücksichtigt wurden, ein zweites Mal bei der Ermessensentscheidung nach § 10 BeschVerfV herangezogen werden können.

Dagegen kann eingewendet werden, dass damit die engen Voraussetzungen, die § 11 BeschVerfV für ein Arbeitsverbot setzt - wie etwa das Erfordernis der Kausalität - ausgehebelt werden können, wenn dann im Rahmen der Ermessensentscheidung aus dem gleichen Grund die Arbeitsaufnahme untersagt werden kann.

§ 11 BeschVerfV verdränge insoweit als speziellere Norm die allgemeine Regelung des § 10 BeschVerfV. Es entspreche nicht dem Zweck der Ermächtigungsgrundlage, Gesichtspunkte, die bei der Anwendung des § 11 BeschVerfV maßgebend sein könnten, in die Ermessensentscheidung nach § 10 BeschVerfV einzustellen³⁴.

Die wohl herrschende Meinung³⁵ in dieser Frage vertritt allerdings die Auffassung, dass die Rechtsprechung zur alten Rechtslage, nach der bei mangelnder Mitwirkung die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit untersagt werden konnte (vgl. § 56 AuslG), zu übertragen sei und das Verbot der Erwerbstätigkeit auch als Mittel zur „Verhaltenssteuerung zum Zweck der Sicherstellung zügiger Erfüllung von Mitwirkungspflichten bei der Passbeschaffung“³⁶ einsetzbar sei.

Einschränkend hierzu wird ausgeführt, dass eine unterbliebene Mitwirkungshandlung im Rahmen des § 10 BeschVerfV jedoch dann nicht berücksichtigt werden kann, wenn der Ausländer sie mangels Zumutbarkeit pflichtgemäßen Handelns nicht zu vertreten hat.³⁷

b) integrationspolitische Erwägungen

Zum anderen ist zu klären, ob integrationspolitische Erwägungen in die Ermessensentscheidung nach § 10 BeschVerfV eingestellt werden können, d.h. ob das Ziel, eine Aufenthaltsverfestigung durch die Ermöglichung der Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu verhindern³⁸, einen zulässigen Gesichtspunkt darstellt.

Gegen die Zulässigkeit integrationspolitischer Erwägungen wird eingewendet, dass die Regelungen der §§ 10 f BeschVerfV insoweit abschließend seien³⁹. Aus dem Normzusammenhang wäre keine gesetzgeberische Absicht erkennbar, eine faktische Integration zu verhindern, da der Gesetzgeber das Arbeitsverbot nach Ablauf der Jahresfrist nicht aufrechterhalten habe⁴⁰. Außerdem sei eine Aufenthaltsverfestigung wegen der einjährigen Wartefrist ohnehin eingetreten⁴¹, sodass die Versagung der Arbeitsaufnahme kein

³⁴ Stiegeler, Asylmagazin 6 / 05, S. 5 ff (7)

³⁵ OVG NRW, Beschl. v. 18.01.06, Az. 18 B 1772/05; VG Karlsruhe, Beschl. v. 14.04. 05, Az. 10 K 493/05, www.asyl.net; www.asyl.net; Zühlcke, ZAR 10/05, S. 317 ff (320)

³⁶ So VG Karlsruhe, Beschl. v. 14.04.05, Az. 10 K 493/05, www.asyl.net

³⁷ VGH Ba - Wü, Beschl. v. 12.10.05, Az. 11 S 1011/05, www.asyl.net

³⁸ OVG NRW, Beschl. v. 27.03.2006, Az. 18 B 787/05, www.asyl.net

³⁹ Marx, Ausl- und Asylrecht, 2. Aufl. 2005, § 3 R. 43

⁴⁰ VG Giessen, Beschl. v. 08.06.2006, Az. 4 G 1454/06, www.asyl.net

⁴¹ VG Karlsruhe, Beschl. v. 14.04.05, Az. 10 K 493/05, www.asyl.net

geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels darstellt und somit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspreche.

Einschränkend hierzu wird vertreten⁴², dass einwanderungspolitische Erwägungen jedenfalls dann gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen, wenn eine Aufenthaltsbeendigung in zeitlicher Hinsicht überhaupt nicht absehbar ist, da das einwanderungspolitische Ziel in diesen Fällen ohnehin nicht erreicht werden kann.

Demgegenüber wird vertreten⁴³, dass es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass einwanderungspolitische Gesichtspunkte bei § 10 BeschVerfV nicht berücksichtigt werden dürfen. Auch aus der amtlichen Begründung zu § 10 BeschVerfV folge nicht, dass der Umfang der zulässigen Ermessenserwägungen eingeschränkt werden soll, vielmehr wird auf die alte Regelung des § 5 Nr. 5 ArGV verwiesen. Nach der Rechtsprechung dazu war der Gesichtspunkt, der tatsächlichen Aufenthaltsverfestigung entgegenzuwirken, eine zulässige Erwägung.

c) Sonstige Ermessengesichtspunkte

Eine bereits erfolgte Integration, die sich in jahrelanger Vorbeschäftigung, sozialer Integration und Einsparung von Sozialleistungen niederschlägt, wird als zulässige Ermessenserwägung gesehen⁴⁴.

Zur Frage nach der Einbeziehung arbeitsmarktpolitischer Erwägungen wird vertreten, dass diese Sache der Arbeitsagentur und daher keine zulässigen Ermessengesichtspunkte im Rahmen des § 10 BeschVerfV sind⁴⁵.

Hinweis:

Das EQUAL – Projekt SAGA wird gefördert mit Mitteln des Europäischen Sozialfonds und des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS). Die hier zum Ausdruck kommenden Rechtsauffassungen geben nicht die offizielle Meinung der EU und der Bundesregierung wieder.

⁴² Funke-Kaiser, GK - AufenthG, § 60 a, R. 51

⁴³ OVG NRW, Beschl. v. 09.11.2005, Az. 17 B 1485/05, www.asyl.net; Zühlcke, ZAR 10/05, S. 317 ff (320 f); VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 05.08.2005, Az. 16 L 924/05; OVG NRW, Beschl. v. 27.03.2006, Az. 18 B 787/05, www.asyl.net; i.E. auch VG Karlsruhe, Beschl. v. 04.01.2006, Az. 4 K 2142/05

⁴⁴ VG Sigmaringen, Urt. v. 14.06.2005, Az. 4 K 468/05, www.asyl.net

⁴⁵ so VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 05.08.2005, Az. 16 L 924/05. A.A. BayVGH, Beschl. v. 10.03.2006, Az. 24 CE 05.2685 u. 24 C 05.2686: ohne Begründung