



**19.09.2014**

## Wichtige neue Entscheidung

### Ausländerrecht: Rechtsnatur von Vermerken zur Gestattung einer Beschäftigung / (unselbständigen) Erwerbstätigkeit in Duldungen

§ 2 Abs. 2, § 4 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 1, § 12 Abs. 2, § 51 Abs. 6, § 60a, § 61 Abs. 1 und 1a AufenthG, Art. 36 BayVwVfG

In Duldung eingestempelte Vermerke zur Gestattung einer Beschäftigung / (unselbständigen) Erwerbstätigkeit

Rechtsnatur

Keine Nebenbestimmungen, sondern selbständige begünstigende Verwaltungsakte

*Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 27.08.2014, Az. 10 C 12.1788*

### Orientierungssatz:

In Duldungen eingestempelte Vermerke zur **G e s t a t t u n g** einer Beschäftigung/ (unselbständigen) Erwerbstätigkeit (wie z.B. „Erwerbstätigkeit gestattet“ bzw. „Unselbständige Erwerbstätigkeit gestattet“) sind keine Nebenbestimmungen, sondern selbständige begünstigende Verwaltungsakte (Rn. 5).

Hinweis: Diese Entscheidung wird gleichzeitig auf unserer Internetseite eingestellt.

**[www.landesanwaltschaft.bayern.de](http://www.landesanwaltschaft.bayern.de)**

### Hinweis:

Im vorliegenden Fall hatte sich der 10. Senat des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit der – in der Rechtsprechung und Verwaltungspraxis noch nicht geklärten – Rechtsnatur von in Duldungen des Klägers eingestempelten Vermerken zur **G e s t a t t u n g** einer Beschäftigung/(unselbständigen) Erwerbstätigkeit, wie hier „Erwerbstätigkeit gestattet“ und „Unselbständige Erwerbstätigkeit gestattet“, auseinanderzusetzen.

Dabei kommt das Gericht zu dem Schluss, dass es sich dabei nicht um Nebenbestimmungen zur Duldung, sondern um selbständige begünstigende Verwaltungsakte handelt. Dafür spreche, dass diesen ein eigener Regelungsgehalt zukomme, weil zwar eine enge unmittelbare sachliche Verbindung zu der zugrunde liegenden Duldung bestehe, es sich aber nicht um eine eigentliche Nebenbestimmung im Sinne des § 12 Abs. 2 bzw. § 61 Abs. 1 und 1a AufenthG handele. Diese Vermerke seien nämlich weder eine Bedingung noch eine Auflage noch eine räumliche Beschränkung. Auch nach der Legaldefinition in Art. 36 BayVwVfG seien Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten grundsätzlich Anordnungen, die den Betroffenen in irgendeiner Weise belasteten. Diese Vermerke seien aber auch nicht als Auflagen anzusehen, denn diese seien Bestimmungen, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben werde. Der geduldete Ausländer hätte aber – nach diesen Vermerken bzw. Zusätzen – weder erwerbstätig sein noch dies unterlassen müssen (Rn. 5).

Stempelt die Ausländerbehörde in eine Duldung den Vermerk „Unselbständige Erwerbstätigkeit gestattet“ ein, nachdem der vorherigen Duldung der Zusatz „Erwerbstätigkeit gestattet“ beigefügt war, liegt darin hinsichtlich der selbständigen Erwerbstätigkeit eine konkludente Teilrücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes, die sich nach Art. 48 BayVwVfG richtet und gegen die die Anfechtungsklage zulässig ist (Rn. 6 und 8).

Dass Asylbewerber nur unter bestimmten Voraussetzungen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen dürften und womöglich eine selbständige Tätigkeit über-

haupt nicht ausüben dürften, ändere daran nichts. Denn dies bedeute lediglich, dass der begünstigende Verwaltungsakt rechtswidrig sei (Rn. 7).

Soweit ersichtlich ist dies die erste Gerichtsentscheidung, die sich mit der Frage des Rechtscharakters von eine Erwerbstätigkeit gestattenden Vermerken bzw. Zusätzen in Duldungen eingehend beschäftigt (ebenso für einen selbständigen begünstigenden Verwaltungsakt bereits – wenn auch ohne nähere Begründung – VG München, Urteil vom 30.12.2009, Az. M 25 K 08.5210, juris Rn. 26; Urteil vom 03.09.2009, Az. M 25 K 08.5776, juris Rn. 31; Urteil vom 10.11.2008, Az. M 25 K 08.661, juris Rn. 22; VG Hannover, Beschluss vom 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05, juris Rn. 13; Hofmann/Hoffmann, HK-AuslR, 2008, § 60a AufenthG Rn. 40; Masuch, in Huber, AufenthG, 2010, § 60a Rn. 14; vgl. ferner BayVGH [19. Senat], Beschluss vom 03.03.2008, Az. 19 C 07.2848, juris Rn. 6; a.A. [für Nebenbestimmung ohne nähere Begründung] BayVGH [19. Senat], Beschluss vom 07.08.2007, Az. 19 CS 07.1167, juris Rn. 14 ff.). In der Kommentarliteratur finden sich hierzu oft keine vertieften Ausführungen (vgl. etwa: Bauer, in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 60a AufenthG Rn. 52 f, § 61 AufenthG Rn. 9; Hailbronner, Ausländerrecht, § 60a AufenthG Rn. 81, § 61 AufenthG Rn. 36 f.). Auch die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz enthält hierzu keine Aussage (vgl. Nrn. 4.3.3 und 84.1.1).

Bei dem umgekehrten Fall eines der Duldung beigefügten Verbots einer Erwerbstätigkeit bzw. Zusatzes „Erwerbstätigkeit nur mit Erlaubnis der Ausländerbehörde gestattet“ handelt es sich nach überwiegender Ansicht regelmäßig nur um einen Hinweis auf die kraft Gesetzes bestehende Rechtslage (siehe: VG Augsburg, Urteil vom 18.04.2012, Az. Au 6 K 11.1908, juris Rn. 17, und Urteil vom 30.01.2012, Az. Au 6 K 11.1908, Au 6 K 11.1909, juris Rn. 21; VG Hannover, Beschluss vom 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05, juris Rn. 13; Bauer, in Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 60a AufenthG Rn. 53; Hailbronner, Ausländerrecht, § 61 AufenthG Rn. 37 m.w.N.; vgl. auch: BayVGH [19. Senat], Beschluss vom 03.03.2008, Az. 19 C 07.2848, juris Rn. 6 (keine selbständige Nebenbestimmung im Sinne des § 36 VwVfG); VG Augsburg, Urteil vom 19.11.2010, Az. Au 6 K 10.1210, juris Rn. 37 ff.; a.A. [Ordnungsverfügung nach § 46 Abs. 1 AufenthG] BayVGH [24. Senat], Beschluss vom 21.12.2006, Az. 24 CS 06.2958, juris Rn. 26 f.).

Nicht entschieden hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof im vorliegenden Beschluss über die Auslegung des § 84 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG, wonach Klagen gegen die Änderung oder Aufhebung einer Nebenbestimmung, die die Ausübung der Erwerbstätigkeit betrifft, keine aufschiebende Wirkung haben (vgl. dazu: VG Hannover, Beschluss vom 25.11.2005, Az. 6 B 8147/05, juris Rn. 9; VG Karlsruhe, Beschluss vom 02.08.2005, Az. 6 K 1458/05, juris Rn. 3, 13 f.; VG Braunschweig, Beschluss vom 06.04.2005, Az. 6 B 113/05, juris Rn. 16 f.). Nach Hailbronner (Ausländerrecht, § 84 AufenthG Rn. 12) soll dort der Begriff „Nebenbestimmung“ aber nicht so zu verstehen sein, dass er auf den herkömmlichen Anwendungsbereich von § 36 VwVfG (= Art. 36 BayVwVfG) beschränkt sei. Bei der Einfügung der Duldung (§ 60a) in das AufenthG sei unterstellt worden, dass der Klage geduldeter Personen gegen eine Untersagung der Erwerbstätigkeit keine aufschiebende Wirkung zukommen sollte. Ansonsten würde die Gefahr bestehen, dass die Rücknahme einer Beschäftigungserlaubnis bei Einlegung eines Rechtsbehelfs faktisch keine Wirkung entfalte (im Ergebnis auch VG Ansbach, Beschluss vom 24.08.2007, Az. AN 19 S 07.01623, AN 19 K 07.01624, juris Rn. 23).

Dr. Riedl  
Oberlandesanwalt

10 C 12.1788  
B 1 K 10.967

*Großes Staats-  
wappen*

**Bayerischer Verwaltungsgerichtshof**

In der Verwaltungsstreitsache

\*\*\*\*\* \*\*\*,  
\*\*\*\*\* \*\*\*,

- \*\*\*\*\* -

\*\*\*\*\*.  
\*\*\*\*\* \*\*\*, \*\*\*\*\* \* . \*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\*,  
\*\*\*\*\*\_\*\*\*\*\_\*\*\* \* \*\*\*\*\*

gegen

**Freistaat Bayern,**

vertreten durch:  
Landesanwaltschaft Bayern,  
Ludwigstr. 23, 80539 München,

- Beklagter -

wegen

Erlaubnis zur Erwerbstätigkeit (Antrag auf Prozesskostenhilfe);  
hier: Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des Bayerischen  
Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 19. Juli 2012,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 10. Senat,  
durch die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Eich als Vorsitzende,  
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Martini,  
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Zimmerer

ohne mündliche Verhandlung am **27. August 2014**  
folgenden

## **Beschluss:**

Unter Abänderung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts Bayreuth vom 19. Juli 2012 wird dem Kläger Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt \*\*\*\*\* als Bevollmächtigter beigeordnet.

## **Gründe:**

- 1 Die zulässige Beschwerde ist begründet. Dem Kläger ist nach § 166 VwGO i.V.m. § 114 Satz 1 ZPO in der bis zum 31. Dezember 2013 geltenden Fassung (a.F.; vgl. § 40 EGZPO i.d.F. des Gesetzes zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts vom 31. August 2013 [BGBl I S. 3533]) zu bewilligen und der ihn vertretende Rechtsanwalt beizuordnen.
- 2 Die Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 166 VwGO i.V.m. § 114 Satz 1 ZPO a.F. liegen vor. Nach dieser Regelung erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Danach ist dem Kläger, der nach Auskunft der Beklagten im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats seinen Lebensunterhalt nicht aus eigenen Kräften bestreiten kann, sondern auch derzeit Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz erhält, Prozesskostenhilfe zu bewilligen, denn die beabsichtigte Rechtsverfolgung bot zu dem für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt der Bewilligungsreife hinreichende Aussicht auf Erfolg. Hinreichende Erfolgsaussichten sind nämlich nicht erst dann zu bejahen, wenn die Erfolgsaussichten der beabsichtigten Klage mit überwiegender Sicherheit feststehen, sondern bereits dann, wenn sie zumindest offen sind.
- 3 Das Verwaltungsgericht hat den Prozesskostenhilfeantrag des Klägers abgelehnt mit der Begründung, der vom Kläger gestellte Anfechtungsantrag sei bereits unzulässig, weil die der am 20. Oktober 2010 erteilten Duldung beigefügte Nebenbestimmung „Unselbständige Erwerbstätigkeit gestattet“ eine rein begünstigende Regelung sei. Soweit der Kläger mit seinem eigentlichen Klagebegehren die Gestattung der selbständigen Erwerbstätigkeit erreichen wolle, wäre eine Verpflichtungsklage ebenfalls unzulässig, denn ein dahingehender Antrag sei bei der Ausländerbehörde bisher nicht gestellt worden. Zudem sei keine Rechtsgrundlage für eine darauf gerichtete

Klage ersichtlich. Schließlich handele es sich bei der in den letzten Jahren in die dem Kläger erteilten Duldungen eingestempelte Nebenbestimmung „Erwerbstätigkeit gestattet“ nur um ein Versehen, denn damit sei nur die Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 AufenthG gemeint gewesen. Interpretiere man die Nebenbestimmung so, dass auch eine selbständige Erwerbstätigkeit davon erfasst sein sollte, so stelle sich die Frage der Nichtigkeit wegen eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot. Auf Vertrauensschutz könne sich der Kläger ebenfalls nicht berufen, denn er sei seit langem vollziehbar ausreisepflichtig und besitze lediglich eine völlig unsichere aufenthaltsrechtliche Stellung.

- 4 Das Verwaltungsgericht ist im angefochtenen Beschluss zutreffend davon ausgegangen, dass es dem Kläger mit seiner Klage um die Gestattung der selbständigen Erwerbstätigkeit geht, die seiner Ansicht nach in dem in seine früheren Duldungen eingestempelten Vermerk „Erwerbstätigkeit gestattet“ enthalten war.
- 5 Entscheidend ist damit für die Zulässigkeit der vom Kläger erhobenen Klage zunächst der Rechtscharakter dieses Vermerks. Dabei geht der Senat davon aus, dass es sich nicht um eine Nebenbestimmung zur Duldung handelt, sondern um einen selbständigen begünstigenden Verwaltungsakt. Dafür spricht, dass diesem ein eigener Regelungsgehalt zukommt, weil zwar eine enge unmittelbare sachliche Verbindung zu der zugrundeliegenden Duldung besteht, es sich aber nicht um eine eigentliche Nebenbestimmung im Sinne des § 12 Abs. 2 bzw. § 61 Abs. 1 und 1a AufenthG handelt (vgl. Funke-Kaiser in GK Aufenthaltsgesetz, § 84 Rn. 25). Der Vermerk „Erwerbstätigkeit gestattet“ ist nämlich weder eine Bedingung noch eine Auflage noch eine räumliche Beschränkung, die in § 12 AufenthG und § 61 AufenthG ausdrücklich genannt sind. Auch nach der Legaldefinition in Art. 36 BayVwVfG sind Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten grundsätzlich Anordnungen, die den Betroffenen in irgendeiner Weise belasten, wie zum Beispiel - hier unstrittig nicht gegeben - die Befristung eines Verwaltungsakts, die Auferlegung einer Bedingung und die in Art. 36 Abs. 2 Nr. 3 und 5 BayVwVfG genannten Vorbehalte. Der Vermerk ist aber auch nicht als Auflage anzusehen, denn dies ist eine Bestimmung, durch die dem Begünstigten ein Tun, Dulden oder Unterlassen vorgeschrieben wird. Der Kläger musste aber weder erwerbstätig sein noch musste er dies unterlassen. Auch diese Art von Nebenbestimmung liegt hier also nicht vor. Aus diesen Gründen erscheint es dem Senat nicht fernliegend, dass es sich bei der Einstempelung „Erwerbstätigkeit gestattet“ in die früheren Duldungen des Klägers tatsächlich um einen selbständigen begünstigenden Verwaltungsakt handelt.

Dieser begünstigende Verwaltungsakt ist aber durch die Einstempelung des Vermerks „Unselbständige Erwerbstätigkeit gestattet“ in die Duldung des Klägers vom 20. Oktober 2010 teilweise zurückgenommen worden. Denn nach der eindeutigen Definition des Begriffs „Erwerbstätigkeit“ in § 2 Abs. 2 AufenthG umfasst Erwerbstätigkeit sowohl die selbständige Tätigkeit als auch die unselbständige Erwerbstätigkeit. Damit enthielt der Vermerk „Erwerbstätigkeit gestattet“ sowohl die Erlaubnis für die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit als auch die Erlaubnis für eine unselbständige Erwerbstätigkeit. Wird im Bescheid vom 20. Oktober 2010 nur noch die unselbständige Erwerbstätigkeit gestattet, liegt hinsichtlich der selbständigen Tätigkeit eine konkludente Rücknahme vor mit der Folge, dass dagegen die Anfechtungsklage zulässig wäre.

- 7 Daran ändert auch nichts, dass Asylbewerber nur unter bestimmten Voraussetzungen einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen dürfen und womöglich eine selbständige Tätigkeit überhaupt nicht ausüben dürfen. Denn dies bedeutet lediglich, dass der begünstigende Verwaltungsakt rechtswidrig ist. Die Frage der Nichtigkeit drängt sich dem Senat entgegen der Meinung des Verwaltungsgerichts demgegenüber nicht auf. Denn weder führt das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für den Verwaltungsakt ipso jure zur Nichtigkeit (vgl. BVerwG, U.v. 7.10.1964 – VI C 59.63 u.a. – juris Rn. 46), noch wäre der zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts führende Fehler offenkundig, was zu einem besonders schwerwiegenden Fehler hinzutreten muss, damit der Verwaltungsakt nichtig ist (vgl. Art. 44 Abs. 1 BayVwVfG). Von einer Offensichtlichkeit kann aber bereits deshalb nicht gesprochen werden, weil der Kläger selbst keine Veranlassung hatte, den von der Behörde eingestempelten Vermerk überhaupt zu hinterfragen. Ihm sind nämlich in der Vergangenheit immer wieder unterschiedliche Zusätze in die Duldung eingestempelt worden. So wurde seiner ersten ab dem 8. Januar 2002 gültigen Duldung die Nebenbestimmung: „Selbständige Erwerbstätigkeit oder vergleichbare unselbständige Erwerbstätigkeit nicht gestattet“ beigefügt. Später enthielt die Duldung zum Teil gar keine Vermerke zur Erwerbstätigkeit. Erst am 20. Juli 2005 wurde eingestempelt: „Erwerbstätigkeit nur nach vorheriger ausdrücklicher Erlaubnis durch die Ausländerbehörde“. Ab 20. September 2007 galt dann der Vermerk „Erwerbstätigkeit gestattet“. Danach konnte der Kläger durchaus davon ausgehen, dass ihm zunächst jegliche Erwerbstätigkeit untersagt worden ist, später die Erwerbstätigkeit nur mit ausdrücklicher Erlaubnis und nach einem weiteren mehrjährigen Aufenthalt im Bundesgebiet schließlich jegliche Erwerbstätigkeit gestattet war.
- 8 Stellt sich danach der Zusatz „Erwerbstätigkeit gestattet“ auf der Duldung des Klägers als ein begünstigender Verwaltungsakt dar, richtet sich dessen Rücknahme



nach Art. 48 BayVwVfG. Danach kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt zurückgenommen werden, d.h., die Behörde muss einer Ermessensentscheidung treffen. Da sie dies (bislang) nicht getan hat, wäre die Klage des Klägers, sofern man zu ihrer Zulässigkeit kommt, auch begründet.

- 9 Ist damit die Klage hinreichend erfolgsversprechend und liegen die Voraussetzungen von § 166 VwGO i.V.m. § 114 Satz 1 ZPO a.F. für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe vor, so ist dem Kläger auch nach § 166 VwGO i.V.m. § 121 Abs. 2 ZPO sein Prozessbevollmächtigter beizuordnen. Denn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erscheint angesichts der Bedeutung der Sache für den Kläger erforderlich.
- 10 Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Weder fallen Gerichtskosten an, noch können Kosten erstattet werden. Gerichtskosten können im Prozesskostenhilfverfahren gemäß § 3 Abs. 2 GKG in Verbindung mit Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) nur erhoben werden, soweit eine Beschwerde gegen eine erstinstanzliche Prozesskostenhilfeentscheidung verworfen oder zurückgewiesen wird. Eine Kostenerstattung ist sowohl für das Bewilligungs- als auch für das Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (§ 166 VwGO in Verbindung mit § 118 Abs. 1 Satz 4 und § 124 Abs. 4 ZPO).
- 11 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

12 Eich Dr. Martini

Zimmerer