



**SÄCHSISCHES
OBERVERWALTUNGSGERICHT**

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

Punjab/Indien

- Antragsteller Vorinstanz -
- Antragsteller -

prozessbevollmächtigt:
Rechtsanwalt

gegen

die Stadt Leipzig
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Martin-Luther-Ring 4 - 6, 04109 Leipzig

- Antragsgegnerin Vorinstanz -
- Antragsgegnerin -

wegen

Aufenthaltserlaubnis und Abschiebungsandrohung
hier: Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
hier: Antrag auf Zulassung der Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Ullrich, den Richter am Oberverwaltungsgericht Künzler und den Richter am Verwaltungsgericht Jenkis

am 7. März 2001

beschlossen:

Der Antrag des Antragstellers auf Zulassung der Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 14. Juli 2000 - 5 K 109/00 - wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Antragsverfahrens.

Der Streitwert für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht wird auf 4.000,00 DM festgesetzt.

Gründe

Der zulässige Antrag des Antragstellers auf Zulassung der Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 14.7.2000 wegen des von ihm dargelegten Zulassungsgrundes der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit dieser Entscheidung im Sinne von § 146 Abs. 5 Satz 3 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO ist nicht begründet. Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Verwaltungsgericht Leipzig einen Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt, der gerichtet war gegen die nach § 72 Abs. 1 AuslG sofort vollziehbare Ablehnung der von ihm beantragten Aufenthaltserlaubnis für eine unselbstständige Tätigkeit als indischer Spezialitätenkoch und die nach § 11 SächsVwVG sofort vollziehbare Abschiebungsandrohung im Bescheid der Antragsgegnerin vom 3.12.1999. Der dagegen gestellte Zulassungsantrag ist nicht begründet, weil das Verwaltungsgericht das vorläufige Rechtsschutzbegehren des Antragstellers im Ergebnis zu Recht abgelehnt hat und somit die von dem Antragsteller dargelegten ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses nicht bestehen.

Der Antragsteller macht als ernstliche Zweifel im Wesentlichen geltend, dass sein Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 10 Abs. 2 AuslG i. V. m. mit § 4 Abs. 4 AAV zu Unrecht

abgelehnt worden sei, weil das Arbeitsamt Leipzig ihm eine Arbeitserlaubnis als Spezialitätenkoch in einem indischen Restaurant rechtswidrig versagt habe. Auf Grund dieser Darlegung ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Ablehnung des vorläufigen Rechtsschutzbegehrens durch den angefochtenen Beschluss. Zum einen ist festzustellen, dass jedenfalls auf Grund der nach der Entscheidung des Verwaltungsgerichts erfolgten Änderung der Sachlage, die in diesem Zulassungsverfahren zu berücksichtigen ist (1.), eine Gewährung von vorläufigem Rechtsschutz durch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des vom Antragsteller gegen den Bescheid vom 3.12.1999 erhobenen Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 VwGO ohnehin nicht mehr möglich ist (2.). Des Weiteren kann einstweiliger Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO, der in Fällen wie hier in Rede stehend in Betracht kommen kann, nicht gewährt werden, weil der Antragsteller jedenfalls keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht hat (3.).

1. Bei der Frage, ob an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung ernstliche Zweifel im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen, ist auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt dieser Entscheidung abzustellen und damit auch zu berücksichtigen, dass der Antragsteller nach Ergehen der angefochtenen Entscheidung am 22.9.2000 aus dem Bundesgebiet ausgereist ist.

Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass bereits mit der Stellung eines Zulassungsantrags entweder nach § 124a Abs. 1 VwGO oder nach § 146 Abs. 5 VwGO die jeweilige Hauptsache insgesamt beim Rechtsmittelgericht anhängig wird und damit der Streitgegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens auf die Rechtsmittelinstanz übergeht. Gegenüber einem Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren besteht dabei bis zu einer entsprechenden Entscheidung über deren Zulassung nur die Einschränkung, dass die erstinstanzliche Entscheidung über den Streitgegenstand zunächst nur im Hinblick auf die Statthaftigkeit der Berufung bzw. Beschwerde überprüft wird.

Dies folgt für das Berufungszulassungsverfahren aus § 124a Abs. 2 Satz 3 und 4 VwGO, wonach entweder mit Ablehnung des Zulassungsantrags das angefochtene Urteil rechtskräftig oder mit der Zulassungsentscheidung das Berufungsverfahren unmittelbar fortgesetzt wird, ohne dass es der Einlegung einer Berufung bedarf. Entsprechendes gilt für das Beschwerdezu-

lassungsverfahren, da nach § 146 Abs. 6 Satz 2 i. V. m. § 124a Abs. 2 Satz 4 VwGO mit der Zulassungsentscheidung das Beschwerdeverfahren ebenfalls unmittelbar fortgesetzt wird. Dass darüber hinaus in § 146 Abs. 6 Satz 2 VwGO eine Rechtsnormverweisung auf § 124a Abs. 2 Satz 3 VwGO im Falle der Ablehnung des Beschwerdezulassungsantrags nicht angesprochen ist, ist lediglich Folge der unterschiedlichen Verfahrensgegenstände in Beschwerde- und Berufungsverfahren, ändert jedoch nichts daran, dass auch im Beschwerdezulassungsverfahren die angefochtene Entscheidung mit Ablehnung des Zulassungsantrags formell und - sofern durch die erstinstanzliche Entscheidung der Streitgegenstand verbindlich und abschließend geklärt wird - auch materiell rechtskräftig wird. Daraus folgt, dass durch den entsprechenden Zulassungsantrag der Devolutiveffekt eintritt, d. h. die Zuständigkeit des Obergerichtes für den Streitgegenstand begründet ist (sh. dazu: BVerwG, Beschl. vom 5.6.1998, NVwZ 1999, 642; BayVGH, Beschl. vom 9.7.1999, NVwZ 2000, 210 m.w.N.).

Ist demnach aber bereits durch den Zulassungsantrag die Zuständigkeit des Obergerichtes für den Streitgegenstand begründet und wird durch eine Zulassungsentscheidung eine Entscheidung über die Statthafteit der Berufung bzw. der Beschwerde getroffen, dann muss sich diese Zulassungsentscheidung prognostisch an dem zuzulassenden Rechtsmittelverfahren und nicht retrospektivisch an der erstinstanzlichen Entscheidung orientieren (Meyer-Ladewig in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 124, RdNr. 26g ff). Demgemäß entspricht es auch der ständigen Rechtsprechung des Senats, dass die Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 VwGO vorliegen, wenn diese Gründe Auswirkungen auf die Rechtsmittelentscheidung haben können: Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO liegt vor, wenn das Rechtsmittelverfahren Erfolg haben könnte; der Zulassungsgrund der besonderen Schwierigkeiten nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO ist gegeben, wenn sich im Rechtsmittelverfahren entscheidungserhebliche Fragen stellen könnten, die solche Schwierigkeiten verursachen; die grundsätzliche Bedeutung nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO ist zu bejahen, wenn eine über den Einzelfall hinaus bedeutsame Frage im Rechtsmittelverfahren wegen deren Klärungsfähigkeit und Klärungsbedürftigkeit zu erörtern sein dürfte; die Divergenz nach § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO ist gegeben, wenn diese im Rechtsmittelverfahren entscheidungserheblich sein kann; der Verfahrensmangel nach § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO rechtfertigt ein Berufungsverfahren, wenn wegen dieses Mangels durch das erstinstanzliche Verfahren ein faires Verfahren bislang nicht gewährleistet war und diese Gewährleistung nun in einem Rechtsmittelverfahren er-

reicht werden soll. Wenn aber die Auslegung der Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO sich auf die im Rechtsmittelverfahren zu ergehende Entscheidung über den bereits durch den jeweiligen Zulassungsantrag beim Oberverwaltungsgericht anhängigen Streitgegenstand orientiert, dann besteht kein Grund zu der Annahme, dass eine Änderung der Sach- und Rechtslage, die in einem zugelassenen Rechtsmittelverfahren nicht präkludiert (§ 87b, § 128a VwGO), sondern zu berücksichtigen wäre (§ 128 Satz 2, § 173 VwGO i. V. m. § 570 ZPO), nicht auch beim Zulassungsverfahren berücksichtigt werden könnte (a.A.: SächsOVG, Beschl. v. 2.3.1999 - 2 S 200/98 -, NVwZ-RR 2000, 124; generell zum Streitstand: Meyer-Ladewig, aaO, m.w.N.).

Eine Präklusion im Hinblick auf eine geänderte Sach- und Rechtslage ergibt sich nicht aus § 124a Abs. 1 Satz 3 und § 146 Abs. 5 Satz 3 VwGO, wonach ein Antragsteller die Gründe, auf Grund derer das Rechtsmittelverfahren zuzulassen ist, in dem - fristgemäßen - Antrag darlegen muss.

Dabei ist zunächst zu bemerken, dass in diesen Regelungen nur der Antragsteller angesprochen ist, weshalb sie einer Berücksichtigung einer veränderten Sach- und Rechtslage, die von einem Antragsgegner vorgebracht wird oder die aus anderen Umständen für die Beteiligten und das Gericht offensichtlich ist, ohnehin nicht entgegenstehen können. Soweit sich des Weiteren ein Antragsteller nach Ablauf der Antragsfrist auf eine solche Veränderung beruft, kann eine Berücksichtigung darüber hinaus nach der ständigen Rechtsprechung des Senats auch dann erfolgen, wenn dieses Vorbringen lediglich eine Ergänzung oder Konkretisierung seiner bisherigen Darlegungen ist.

Eine Berücksichtigung ist darüber hinaus aber auch dann möglich, wenn es sich insoweit um die erstmalige Darlegung einer erst nach Ablauf der Antragsfrist entstandenen Änderung der Sach- oder Rechtslage handelt. Denn § 124a Abs. 1 Satz 3 und § 146 Abs. 5 Satz 3 VwGO kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, dass in solchen Fällen ein Antragsteller mit einem entsprechenden Vorbringen präkludiert wäre.

Nach dem Sinn und Zweck des in diesen Normen geregelten Darlegungserfordernisses soll auf Grund des Vorbringens im Zulassungsantrag eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts

über die Frage ermöglicht werden, ob gerade wegen der von einem Antragsteller vorgebrachten Erwägungen ein Zulassungsgrund vorliegt und deshalb eine Zulassung des Rechtsmittels zu erfolgen hat. Letztlich folgt aus diesem Darlegungserfordernis damit, dass der ansonsten im Verwaltungsprozess geltende Untersuchungsgrundsatz nach § 86 Abs. 1 VwGO im Zulassungsverfahren durch den - den Zivilprozess beherrschenden - Beibringungsgrundsatz ersetzt wird. Bei der Frage, in welchem Umfang eine solche Ersetzung möglich ist, muss bedacht werden, dass der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozess verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Er ist Folge aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG. Die Garantie des Rechtswegs gegen Akte der öffentlichen Gewalt nach Art. 19 Abs. 4 GG erfordert die vollständige tatsächliche und rechtliche Überprüfung der behördlichen Maßnahme durch ein Gericht. Zwar bedarf es zu dieser Rechtsschutzgewährung einer normativen Ausgestaltung durch eine Verfahrensordnung, die auch formelle Voraussetzungen regelt und die sich deshalb einschränkend für den Rechtsuchenden auswirken kann. Dabei ist allerdings auch für das Rechtsmittelverfahren zu bedenken, dass dadurch der vom Gesetzgeber einfachgesetzlich eingerichtete Rechtsweg verfassungsrechtlich nicht in unzumutbarer, durch Sachgründe nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden darf (BVerfG, Beschl. v. 2.3.1993, NJW 1993, 1635 m.w.N.). Eine solche Unzumutbarkeit kann etwa dann vorliegen, wenn durch Präklusionsvorschriften verhindert wird, dass wichtige Gesichtspunkte in den Prozess eingeführt werden und damit eine gerichtliche Entscheidung auf Grund einer nicht zutreffenden Entscheidungsgrundlage getroffen wird. Zwar ist eine solche Präklusion zulässig, wenn dadurch Rechtssicherheit bewirkt wird, indem Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass gerichtliche Verfahren durch pflichtwidrige Verfahrensverzögerungen unangemessen verzögert werden. Umgekehrt folgt daraus aber, dass Präklusionsvorschriften, die wegen der aus ihnen folgenden einschneidenden Folgen nur Ausnahmecharakter haben können (BVerfG, Beschl. v. 9.12.1999, NJW 2000, 945 [946] m.w.N.), nicht zulässig sind, wenn durch sie ein anderer als der genannte Zweck einer Verhinderung von pflichtwidrigen Verfahrensverzögerungen erreicht werden soll.

Davon ausgehend haben § 124a Abs. 1 Satz 3 und § 146 Abs. 5 Satz 3 VwGO keine Präklusionswirkungen dahingehend, dass eine Änderung der Sach- und Rechtslage nicht mehr berücksichtigt werden könnte, wenn diese nicht in einem - fristgerechten - Zulassungsantrag, sondern nach Ablauf der Antragsfrist nach § 124a Abs. 1 Satz 1, § 146 Abs. 5 Satz 1 VwGO vorge-

bracht werden. Hierbei ist zunächst zu bemerken, dass sich aus dem Wortlaut der genannten Regelungen keine ausdrückliche Präklusionswirkung ergibt. Denn darin wird nur geregelt, dass die Gründe in dem - fristgerechten - Antrag dargelegt werden müssen. Eine ausdrückliche Präklusion für Erwägungen, die erst nach der Antragsfrist entstehen, wird darin nicht angesprochen. Ihnen gleichwohl eine solche nicht ausdrücklich geregelte Präklusionswirkung sinngemäß zuzuerkennen, verbietet zum einen der Ausnahmecharakter von Präklusionsvorschriften und kann des Weiteren auch nicht durch das gesetzgeberische Bestreben der Verfahrensbeschleunigung gerechtfertigt werden. Die Verfahrensbeschleunigung ist kein Wert an sich: Verfahrensrechtliche Regelungen und damit auch Präklusionsvorschriften, die der Beschleunigung des Verfahrens dienen, sind gerechtfertigt, wenn sie nicht nur den geordneten Verfahrensgang sichern, sondern die Realisierung einer materiell richtigen Entscheidung ermöglichen (BVerfG, Beschl. v. 10.10.1978, NJW 1979, 538). Würde man dem Darlegungserfordernis im Sinne von § 124a Abs. 1 Satz 3, § 146 Abs. 5 Satz 3 VwGO die Bedeutung beimessen, dass damit auch ein Vorbringen präkludiert wird, das ein Antragsteller während der Frist zur Stellung eines Antrags auf Zulassung der Berufung oder der Beschwerde nicht vorbringen konnte, weil dieses erst durch eine spätere Änderung der Sach- und Rechtslage veranlasst war, hätte dies zur Folge, dass eine Präklusion nicht zur Abwehr einer insoweit nicht in Rede stehenden pflichtwidrigen Verfahrensverzögerung sondern lediglich auf Grund einer beabsichtigten Verfahrensbeschleunigung erfolgen würde und das Gericht damit ohne einen die Präklusion rechtfertigenden Zweck gleichsam „sehenden Auges“ von einer fehlerhaften Entscheidungsgrundlage ausgehen müsste. Ein in diesem Sinn verstandenes Darlegungserfordernis würde nicht zu einer sachgerechten Überprüfung der in Rede stehenden behördlichen Maßnahme und damit zu einem effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG sondern zu einer von einem solchem Rechtsschutz losgelösten „Verprozessualisierung“ des Rechtsschutzes führen.

Die Nichtberücksichtigung einer veränderten Sach- und Rechtslage in einem Beschwerde Zulassungsverfahren folgt auch nicht aus der Regelung in § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO, wonach bei veränderten Umständen jeder Beteiligte die Abänderung eines Beschlusses nach § 80 Abs. 5 VwGO beantragen kann, wobei Entsprechendes für Verfahren nach § 123 VwGO gilt. Denn daraus folgt nicht, dass ein Beschwerde Zulassungsverfahren durch ein Abänderungsverfahren ausgeschlossen ist.

Eine ausdrückliche Regelung über die Ausschließlichkeit entweder des Abänderungsverfahrens oder des Zulassungsverfahrens enthält zunächst weder § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO noch § 146 Abs. 4 VwGO. Ein Ausschluss eines dieser Verfahren folgt des Weiteren auch nicht aus § 173 VwGO i. V. m. § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG, wonach eine Sache während deren Rechtshängigkeit nicht anderweitig anhängig gemacht werden kann. Dabei bedarf es vorliegend keiner weiteren Erörterung, ob ein Abänderungsantrag überhaupt statthaft sein kann, wenn das Verfahren etwa nach § 80 Abs. 5 VwGO noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, was bei einem Beschwerde Zulassungsverfahren anzunehmen wäre, weshalb ein Ausschluss dieses Verfahren wegen eines Abänderungsverfahrens möglicherweise ohnehin nicht in Rede stehen könnte (sh. dazu: Schmidt in: Eyermann, VwGO, 11. Auflage, § 80 RdNr. 103). Auch wenn dies bejaht würde, folgt aus § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG jedenfalls nur, dass über einen zur gerichtlichen Entscheidung gestellten Streitgegenstand nicht in einem weiteren Gerichtsverfahren entschieden werden kann, da ansonsten divergierende Entscheidungen über einen identischen Streitgegenstand vorliegen würden. Davon kann hier nicht ausgegangen werden, da die Streitgegenstände eines Verfahrens nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO einerseits und eines Verfahrens nach § 146 Abs. 4 VwGO andererseits nicht identisch sind.

Der Streitgegenstand eines Verfahrens nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO ist zunächst derselbe wie im Ausgangsverfahren etwa nach § 80 Abs. 5 VwGO, somit die auf Grund eines bestimmten Sachverhalts normierte bzw. angeordnete sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes. Hinzu kommt des Weiteren die Prüfung, ob die Entscheidung über diesen Streitgegenstand wegen veränderter Umstände geändert oder aufgehoben werden soll, wobei insoweit regelmäßig eine zukunftsorientierte Entscheidung über den Fortbestand der zunächst getroffenen Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO unter dem Blickwinkel der veränderten Umstände in Rede steht. Streitgegenstand des Zulassungsverfahrens im Sinne des § 146 Abs. 4 VwGO ist demgegenüber die Prüfung, ob wegen dargelegter Zulassungsgründe i. S. v. § 124 Abs. 2 VwGO eine Beschwerde statthaft ist, und damit eine Voraussetzung vorliegt, um eine vollständige Überprüfung des angefochtenen Beschlusses - mit dem Ergebnis, diesen Beschluss ggf. aufzuheben - zu ermöglichen. Demzufolge zielt das Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO im Gegensatz zum Zulassungsverfahren nicht auf eine Kontrolle der angefochtenen Entscheidung sondern unter dem Blickwinkel von veränderten Umständen darauf, ob diese Entscheidung fortbestehen kann. Eine Abänderungsentscheidung i. S. v. § 80 Abs. 7 Satz 2

VwGO hat deshalb regelmäßig nur eine ex-nunc-Wirkung und nicht - wie bei einer im Zulassungsverfahren in den Blick zu nehmenden prognostischen Beschwerdeentscheidung - eine ex-tunc-Wirkung. Ein identischer Streitgegenstand, der im Hinblick auf § 17 Abs. 1 Satz 2 GVG eine Ausschließlichkeit entweder des Abänderungsverfahrens oder des Zulassungsverfahrens begründen könnte, liegt demnach nicht vor.

Im Hinblick auf diese unterschiedlichen Wirkungen eines Beschlusses nach § 80 Abs. 7 Satz 2 VwGO einerseits und eines Beschlusses nach § 146 Abs. 6 Satz 1 VwGO andererseits kann dem Abänderungsverfahren auch darüber hinaus keine Ausschließlichkeit gegenüber dem Zulassungsverfahren zuerkannt werden. Ob dagegen umgekehrt ein Abänderungsverfahren zulässig sein kann, wenn daneben auch ein Zulassungsverfahren betrieben wird, bedarf hier keiner weiteren Erörterung (sh. dazu: Happ in: Eyermann, aaO, § 146 RdNr. 30; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Auflage, § 58 RdNr. 47).

2. Ist demzufolge in diesem Zulassungsverfahren eine Veränderung der Sachlage zu berücksichtigen, die letztlich zu einer inhaltlichen Klärung des Streitstandes führt und damit der Beschleunigung dient, so folgt daraus, dass an der Ablehnung des Aussetzungsantrags nach § 80 Abs. 5 VwGO durch den angefochtenen Beschluss keine ernstlichen Zweifel i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO bestehen. Der Antragsteller ist nämlich nach Ergehen der angefochtenen Entscheidung am 22.9.2000 aus dem Bundesgebiet ausgereist, so dass jedenfalls deshalb die Aussetzung der Vollziehbarkeit seiner Ausreisepflicht in einem Beschwerdeverfahren nicht mehr möglich wäre.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist ein Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen die nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 72 Abs. 1 AuslG sofort vollziehbare Ablehnung eines Antrags auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung statthaft, wenn durch die Antragstellung eine Fiktionswirkung nach § 69 AuslG vermittelt wurde. Dieser statthafte Antrag ist allerdings entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht darauf gerichtet, dass diese Fiktionswirkung, die mit der Entscheidung der Ausländerbehörde über die Ablehnung des Antrags erloschen ist (§ 69 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 AuslG), wieder auflebt, da nach § 72 Abs. 2 Satz 1

AuslG die Wirksamkeit der ablehnenden Entscheidung von der dem Widerspruch eines Antragstellers - durch behördliche oder gerichtliche Anordnung - zukommenden aufschiebenden Wirkung unberührt bleibt. Mit einem Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO kann deshalb nur die sofortige Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 2 Satz 2 AuslG ausgesetzt und damit die Abschiebung nach § 49 AuslG vorläufig vereitelt werden (SächsOVG, Beschl. v. 29.6.1998 - 3 S 673/97).

Vorliegend kann dahingestellt sein, ob mit der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis am 16.9.1999 eine Fiktionswirkung im Sinne des § 69 AuslG entstanden ist. Fraglich erscheint dies deshalb, weil die dem Antragsteller am 1.12.1998 erteilte Aufenthaltserlaubnis bis zum 17.9.1999 befristet war, weshalb der Antrag zwar an sich am 16.9.1999 vor Ablauf der Geltung dieser Aufenthaltserlaubnis nach einem mehr als sechsmonatigen rechtmäßigen Aufenthalt rechtzeitig war und dadurch eine Erlaubnisfiktion nach § 69 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 AuslG vermittelt worden sein könnte. Allerdings könnte bei der gegebenen Sachlage auch davon ausgegangen werden, dass im Zeitpunkt der Beantragung am 16.9.1999 kein rechtmäßiger Aufenthalt vorgelegen hat, weil der Antragsteller im Verwaltungsverfahren vorgebracht hat, dass er sich ab 10.1.1999 in Italien aufgehalten habe, woraus sich ergeben könnte, dass die ihm zunächst erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 AuslG im Zeitpunkt der Beantragung am 16.9.1999 bereits erloschen war, sofern diese Ausreise nicht nur vorübergehend im Sinne der genannten Regelungen war.

Eine weitere Erörterung hierzu ist allerdings entbehrlich, weil der Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO jedenfalls deshalb keinen Erfolg haben könnte, da dieser derzeit unzulässig wäre. Dem Antragsteller würde hierfür das erforderliche Rechtsschutzinteresse fehlen, da er das Bundesgebiet am 22.9.2000 verlassen und damit seine Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 1 AuslG erfüllt hat, weshalb auch der Sofortvollzug dieser Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 2 Satz 2 AuslG erloschen ist (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 15.11.1994, AuAs 1995, 50 und Beschl. v. 15.2.1995, NVwZ 1996, 115). Demzufolge käme die Aussetzung des Sofortvollzugs der Ausreisepflicht ohnehin nicht mehr in Betracht.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht wegen der Regelung nach § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO, wonach das Gericht die Aufhebung der Vollziehung anordnen kann, wenn der Verwaltungsakt

im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen ist. Denn auf Grund dieser Regelung kann hier nicht angenommen werden, dass der vor der Ausreise des Antragstellers bestehende Zustand wiederhergestellt werden könnte, indem die Rückgängigmachung von dessen Ausreise durch den in § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO angesprochenen Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch angeordnet würde und in Folge hiervon der Antragsteller wieder ein rechtlich schützenswertes Interesse an einer Aussetzung seiner wieder bestehenden sofort vollziehbaren Ausreisepflicht hätte.

Zwar ist dieser Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch, dessen Beantragung dem Vorbringen des Antragstellers sinngemäß entnommen werden könnte, möglicherweise nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Vollzug der sofortigen Ausreisepflicht durch eine Vollstreckung und damit eine Abschiebung nach § 50 AuslG nicht durchgeführt wurde, sondern der Antragsteller freiwillig aus dem Bundesgebiet ausgereist ist. Denn bei der gegebenen Sachlage erscheint es nicht ausgeschlossen, dass diese freiwillige Ausreise unter dem Druck der drohenden Abschiebung des Antragstellers erfolgt ist und damit eine Vollziehung im Sinne des § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO vorliegen könnte (Schoch in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, aaO, § 80 RdNr. 232 m.w.N.).

Ein Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch ist ungeachtet dessen jedenfalls deshalb nicht gegeben, weil das Verfahren nach § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO als Annexverfahren zum Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO nur auf die Herbeiführung einer Übereinstimmung zwischen der faktischen und der rechtsnormativen Lage abzielt. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch in faktischer Hinsicht nur die Lage wiederherstellen kann, die durch ein Aussetzungsverfahren rechtlich geregelt wurde (Schoch, aaO, RdNr. 231). Damit kommt aber die Rückgängigmachung der Ausreise des Antragstellers entweder durch die Gestattung einer Einreise oder eine Vorabzustimmung zu einer Visumerteilung nach § 11 Abs. 1 DVAuslG nicht in Betracht, weil eine solche Maßnahme nicht die faktische Herstellung des durch einen Aussetzungsbeschluss nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO gewährten vorläufigen Rechtsschutzes wäre.

Durch ein Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO könnte lediglich der Sofortvollzug der Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 2 Satz 2 AuslG vorläufig ausgesetzt werden und

somit nicht die Ausreisepflicht an sich. Der Antragsteller bliebe somit nach wie vor ausreisepflichtig nach § 42 Abs. 1 AuslG und sein Aufenthalt unerlaubt, weil er sich ohne erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AuslG oder eines sonstigen Rechts wie etwa einer Betretenserlaubnis nach § 9 Abs. 3 AuslG im Bundesgebiet aufhalten würde. Dieser rechtlichen Lage würde in tatsächlicher Hinsicht eine Gestattung zur Wiedereinreise nicht entsprechen. Denn die Gestattung der Einreise in das Bundesgebiet würde notwendigerweise auch die Gestattung des Betretens des Bundesgebietes umfassen. Der Antragsteller würde sich somit jedenfalls zunächst erlaubt im Bundesgebiet aufhalten, ohne insoweit ausreisepflichtig zu sein. Der auf eine solche Wiedereinreise gerichtete Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch würde somit letztlich nicht nur zu einer Aussetzung des Sofortvollzugs der Ausreisepflicht sondern der Ausreisepflicht selbst führen und in seinen Wirkungen einer Betretenserlaubnis nach § 9 Abs. 3 AuslG entsprechen. Damit würde aber ein solcher Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch nicht auf die Herbeiführung der faktischen und rechtsnormativen Lage abzielen, sondern weitergehende Wirkungen als diejenigen eines Aussetzungsverfahrens nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO haben. Im Ergebnis nichts anderes folgt, wenn der Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch auf die Erteilung einer Vorabzustimmung zu einer Visumerteilung nach § 11 Abs. 1 DVAuslG gerichtet wäre, da diese Zustimmung auf die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung (§ 3 Abs. 3 Satz 1 AuslG) abzielen würde und der Antragsteller nach einer Wiedereinreise mit einem Visum zunächst nicht ausreisepflichtig wäre. Auch insoweit hätte ein darauf gerichteter Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch weitergehende Wirkungen als ein Aussetzungsbeschluss nach § 80 Abs. 5 Satz 1 AuslG.

Kann demnach auch unter dem Gesichtspunkt eines Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruches nach § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO der Antragsteller kein rechtlich schützenswertes Interesse an einer Aussetzungsentscheidung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO geltend machen, so bestehen an der Ablehnung eines solchen Antrags jedenfalls derzeit keine ernstlichen Zweifel i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO, weil ein Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auch in einem Beschwerdeverfahren keinen Erfolg haben könnte.

3. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Ablehnung des von dem Antragsteller begehrten vorläufigen Rechtsschutzes bestehen auch nicht, wenn dieses Begehren bei der nunmehr gegebenen Sach- und Rechtslage sachdienlich darauf gerichtet wäre, die aufenthaltsrechtliche Posi-

tion des Antragstellers im Hinblick auf dessen Einreise und seinen Aufenthalt in dem Bundesgebiet wegen des von ihm geltend gemachten Anspruchs auf eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit als indischer Spezialitätenkoch nach § 10 Abs. 2 AuslG i. V. m. § 4 Abs. 4 AAV vorläufig durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO zu regeln.

Zwar ist bei der gegebenen Sachlage wegen der von Art. 19 Abs. 4 GG geforderten Lückenlosigkeit des vorläufigen Rechtsschutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung ein solcher Anspruch nicht von vornherein ausgeschlossen. Insbesondere wäre ein solches Rechtsschutzbegehren nicht wegen der Vorrangigkeit eines Aussetzungsverfahrens nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO durch § 123 Abs. 5 VwGO ausgeschlossen. Denn anders als in einem solchen Aussetzungsverfahren, das nur auf die vorläufige Aussetzung der Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 2 Satz 2 AuslG gerichtet sein könnte, würde bei einem einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO weitergehend die vorläufige Gestaltung der aufenthaltsrechtlichen Position des Antragstellers, ggf. in einem Visumverfahren (§ 63 Abs. 3 AuslG), in Rede stehen.

Eine solche Regelungsanordnung könnte allerdings hier schon deshalb nicht ergehen, weil kein Regelungsanspruch vorliegen würde (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2, § 294 Abs. 1 ZPO). Der Antragsteller hätte bei der gegebenen Sach- und Rechtslage keinen Anspruch auf eine ggf. rückwirkende Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis nach § 10 Abs. 2 AuslG i. V. m. § 4 Abs. 4 AAV.

Ob vorliegend ein Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis schon deshalb ausgeschlossen wäre, weil möglicherweise die dem Antragsteller zunächst erteilte und bis zum 17.9.1999 befristete Aufenthaltserlaubnis wegen dessen zuvor erfolgter Ausreise nach Italien im Zeitpunkt der Beantragung der Verlängerung am 16.9.1999 nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 AuslG erloschen war, weshalb hier nicht eine Verlängerung sondern nur eine weitere Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Rede stehen könnte, die jedoch schon wegen der Ausschlussregelung nach § 4 Abs. 5 AAV zu versagen wäre, da danach vor Ablauf von drei Jahren seit der Ausreise keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden darf, kann hier offen bleiben. Denn auch eine Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 10 Abs. 2 AuslG i. V. m. § 4 Abs. 4 AAV wäre nicht mög-

lich, weil die hierfür erforderliche Arbeitserlaubnis i. S. d. § 1 AAV von der Arbeitsverwaltung weder erteilt noch in Aussicht gestellt ist.

Nach § 1 AAV darf eine Aufenthaltsgenehmigung nach den Regelungen der AAV u. a. nur dann erteilt werden, wenn eine erforderliche Genehmigung zu Beschäftigung als Arbeitnehmer und eine sonstige erforderliche Berufsausübungserlaubnis in Aussicht gestellt oder erteilt ist. Mit dieser Regelung wird sichergestellt, dass die Entscheidungen einer Ausländerbehörde und der Arbeitsverwaltung im Hinblick auf die In-Aussicht-Stellung oder Erteilung einer Arbeitserlaubnis einheitlich sind. Dies bedeutet umgekehrt, dass eine Aufenthaltsgenehmigung nicht erteilt werden kann, wenn eine Arbeitserlaubnis nach den insoweit einschlägigen Vorschriften des SGB III, der Arbeitsgenehmigungsverordnung oder der Anwerbestoppverordnung zum einen erforderlich und des Weiteren nicht erteilt oder in Aussicht gestellt ist. Aus dem Wortlaut dieser Regelung folgt dabei, dass die Prüfung eines Anspruchs auf eine erforderliche Arbeitserlaubnis nicht von der Ausländerbehörde sondern von der Arbeitsverwaltung vorzunehmen ist. Denn in § 1 AAV ist nur geregelt, dass eine Aufenthaltsgenehmigung von der Ausländerbehörde erteilt werden darf, wenn die Arbeitserlaubnis - von der Arbeitsverwaltung - in Aussicht gestellt oder erteilt ist, dagegen nicht, dass eine Aufenthaltsgenehmigung auch dann erteilt werden darf, wenn die Erlaubnis - nach Auffassung der Ausländerbehörde - in Aussicht zu stellen oder zu erteilen wäre. Dies folgt aus dem eindeutigen Wortlaut dieser Regelung sowie deren Sinn und Zweck. Die Bejahung einer eigenständigen Prüfungsbefugnis einer Ausländerbehörde könnte zu gegenläufigen Entscheidungen über die Frage der Erteilung einer Arbeitserlaubnis führen, was durch § 1 AAV gerade verhindert werden soll. Ist ein Ausländer - wie hier - der Auffassung, dass ihm eine Arbeitserlaubnis zu Unrecht versagt wurde, kann er rechtlich somit nur gegen die Entscheidung der Arbeitsverwaltung vorgehen, dagegen nicht in einem ausländerrechtlichen Verfahren die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Arbeitsverwaltung zur Prüfung stellen (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 5.10.2000, InfAuslR 2000, 15).

Da deshalb auch durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO dem Antragsteller in einem Beschwerdeverfahren kein einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden könnte, bestehen auch insoweit keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Ablehnung des vom Antragsteller beantragten vorläufigen Rechtsschutzbegehrens durch den angefochtenen Beschluss.

Da somit der von dem Antragsteller dargelegte Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel nicht vorliegt, ist sein Antrag auf Zulassung der Beschwerde abzulehnen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 25 Abs. 2 Satz 1, § 14 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1, § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

gez.:
Ullrich

Künzler

Jenkis

