VG München, Beschluss v. 29.01.2021 – M 4 E 21.148

Titel:

Verpflichtung der Ausländerbehörde zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis des angestellten Kochs zur Beschäftigung als Spezialitätenkoch (verneint)

Normenketten:

AufenthG § 39, § 81 Abs. 1
BeschV § 11 Abs. 2, § 37
VwGO § 65 Abs. 2, § 123
GG Art. 14 Abs. 1

Leitsätze:

1. Aufgrund der Änderung des Wortlauts des § 81 Abs. 1 AufenthG folgt, dass der Gesetzgeber sich neben dem Antragserfordernis als formelle Voraussetzung bewusst dafür entschieden hat, die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Grundsatz nur auf Antrag des Betreffenden zu ermöglichen (VGH Mannheim BeckRS 2015, 52985). (Rn. 27) (redaktioneller Leitsatz)
2. § 11 Abs. 2 BeschV vermittelt dem Arbeitgeber eines Spezialitätenkochs keine subjektiven Rechte und Pflichten. Potentielle Arbeitgeber eines Visumsantragstellers sind aus der Sicht des Ausländerrechts allenfalls reflexartig betroffen, wenn die in einem bestimmten Restaurant angestrebte Beschäftigung bei einer Versagung der Zustimmung durch die Bundesagentur nicht möglich ist (OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2020, 30193). (Rn. 28) (redaktioneller Leitsatz)
3. Die besondere Härte nach § 37 BeschV muss den Ausländer und nicht etwa seinen Arbeitgeber treffen. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Antrag des Arbeitgebers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, Verpflichtung der Ausländerbehörde zur Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis des angestellten Kochs zur Beschäftigung als Spezialitätenkoch (verneint), Indischer Spezialitätenkoch, Notwendige Beiladung der Bundesagentur für Arbeit wegen Ablehnung des Antrags nicht erforderlich, Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (verneint), Dauer des Visumsverfahrens für Nachfolger des Spezialitätenkochs verzögert wegen COVID-19 Pandemie, Härtefallregelung, Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, indischer Spezialitätenkoch

Tenor

I. Der Antrag wird abgelehnt.

II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens.

III. Der Streitwert beträgt 2.500 Euro.

Gründe

I.

1
Der Antragsteller betreibt ein indisches Restaurant und begehrt für einen bei ihm beschäftigten indischen Spezialitätenkoch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die befristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis um einige Monate bzw. bis Mitte August 2021 wegen eines Härtefalls.

2
Der indische Staatsangehörige Herr R. hatte erstmals auf seinen Antrag vom … … 2017 am … … 2017 eine zunächst auf ein Jahr bis zum … … 2017 befristete Aufenthaltserlaubnis gemäß § 18 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 2 BeschV zur Beschäftigung als Spezialitätenkoch in einem Restaurant in … erhalten (Bl. … Behördenakte), die nachfolgend mehrfach verlängert wurde.

3

Der Antragsteller betreibt ein indisches Restaurant. Am … … 2018 schloss der Antragsteller mit Herrn R. einen bis zum … … 2020 befristeten Arbeitsvertrag zur Beschäftigung als Spezialitätenkoch mit einer einmonatigen Kündigungsfrist. Seit dem … … 2018 ist Herr R. beim Antragsteller beschäftigt. Die Aufenthaltserlaubnis des Herrn R. wurde zuletzt am … … 2019 bis zum … … 2021 befristet. Gleiches gilt für die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit (Bundesagentur) gemäß § 18 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 2 BeschV zur Beschäftigung von Herrn R. als Spezialitätenkoch im Restaurant des Antragstellers (Bl. … Behördenakte).

4
Mit Schreiben vom 2. Januar 2021 beantragte der Antragsteller bei der Antragsgegnerin eine „Ausnahmegenehmigung für die Verlängerung der Beschäftigung eines Spezialitätenkochs im Restaurant M. wegen COVID-19 Pandemie“. Er begründete dies im Wesentlichen damit, dass er für den Betrieb seines Restaurants mindestens zwei indische Spezialitätenköche benötige. Der beim ihm seit dem … … 2019 beschäftigte Koch Herr K. plane, seinen Arbeitsvertrag zum Ende Februar 2021 zu kündigen. Die Genehmigung der Bundesagentur für Herrn R. laufe am … … 2021 aus. Wenn er ab Mitte Februar 2021 keinen Koch mehr habe, müsse er sein Restaurant schließen. Er habe für einen Nachfolger für Herrn R. bereits am … … 2020 einen Arbeitsvertrag ausgestellt. Den für einen erfolgreichen Visumsantrag benötigten Nachweis über einen erfolgreich abgeschlossenen Kurs über die praktischen und theoretischen Koch- und Hygieneanforderungen bei einem von der Bundesagentur akkreditierten Bildungsträger habe der Nachfolger nach Kurs und Test am 23. Dezember 2020 erbracht und bemühe sich derzeit um einen Termin bei der Deutschen Botschaft in Neu-Delhi. Dort sei der Publikumsverkehr wegen der COVID-19-Pandemie eingeschränkt und es sei nicht abzusehen, wann ein Termin zur Beantragung eines Visums für den Nachfolger möglich sein werde. Die Bundesagentur könne ihm nicht weiterhelfen, da kein indischer Spezialitätenkoch als arbeitssuchend gemeldet sei; auch seine europaweite Suche nach einem indischen Spezialitätenkoch sei erfolglos geblieben. Er bitte deshalb um eine Ausnahmegenehmigung für Herrn R.. Er hoffe, dass der Nachfolger von Herrn R. bis dahin ein Visum erhalten habe und einreisen könne. Mit dem Schreiben legte der Antragsteller auch einen Antrag von Herrn R. auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bis zum 16. August 2021 zum Zweck der Beschäftigung im Restaurant M. vor.

5
Mit Email vom 7. Januar 2021 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass die Höchstbeschäftigungsdauer für Spezialitätenköche gemäß § 11 Abs. 2 BeschV vier Jahre betrage und Herr R. seine erste diesbezügliche Aufenthaltserlaubnis am … … 2017 erhalten habe. Er könne somit maximal bis zum … … 2021 als Spezialitätenkoch in Deutschland arbeiten. Eine Ausnahmeregelung sehe das Gesetz nicht vor.

6
Mit Schreiben vom 9. Januar 2021 kündigte der zweite, beim Antragsteller beschäftigte indische Spezialitätenkoch mit einmonatiger Kündigungsfrist das Beschäftigungsverhältnis zum 9. Februar 2021.

7
Mit Schriftsatz vom 12. Januar 2021, bei Gericht am selben Tag eingegangen, ließ der Antragsteller durch seinen Prozessbevollmächtigten den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit folgendem Inhalt beantragen,

8
„Die Antragsgegnerin verlängert die Aufenthaltserlaubnis von Herrn R.R. wegen eines Härtefalls ausnahmsweise befristet um einige Monate. Die Verlängerungszeit wird in das Ermessen des Gerichts gestellt.“

9
Wegen der Kündigung des einen Kochs und des Ablaufs der Genehmigung des anderen Kochs habe der Antragsteller ab Mitte Februar 2021 keinen Koch mehr, müsse das Restaurant schließen und werde seine Existenzgrundlage verlieren. Der Antragsteller gehe davon aus, dass das Visumsverfahren für den Nachfolger von Herrn R. unter den derzeitigen Umständen deutlich länger als die nach seiner Erfahrung erforderlichen fünf bis sechs Monate dauern werde. Unter wesentlicher Wiederholung des Vortrags vom 2. Januar 2021 gegenüber der Antragsgegnerin wies der Antragsteller darauf hin, dass ihm die Rechtslage sehr wohl bewusst sei, doch liege hier wegen der Pandemie eine außergewöhnliche Situation vor, die der Gesetzgeber seinerzeit nicht in Betracht gezogen habe. Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis um einige Monate sei weder für den Staat, noch für zukünftige Arbeitsvisa in irgendeiner Art und Weise

nachteilig, würde keine Kosten zum Nachteil des Staates verursachen, keinen Präzedenzfall schaffen, sondern eine Insolvenz und Existenzvernichtung eines seit Jahren gutgehenden Spezialitätenrestaurants und dessen Inhabers verhindern. Es gehe lediglich um die Überbrückung des Zeitraums, bis der Nachfolger von Herrn R. einreisen und im Restaurant des Antragstellers arbeiten dürfe.

10
Am 20. Januar 2021 lehnte die Bundesagentur die Erteilung der Zustimmung gemäß § 39 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 2 BeschV mit der Bemerkung ab, dass auch die aktuelle pandemische Situation bezüglich der Zustimmung leider keinen Ermessensspielraum biete.

11
Mit Schriftsatz vom 20. Januar 2021 legte die Antragsgegnerin die Akten in elektronischer Form vor und beantragte,

12
den Antrag abzulehnen.

13
Der Antrag von Herrn R. habe die Fiktionswirkung gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG ausgelöst. Bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde dürfe sich der Ausländer somit im Bundesgebiet aufhalten, sofern er den Antrag nicht zurücknehme. Eine Weiterbeschäftigung als Spezialitätenkoch sei ab dem … … 2021 nicht mehr möglich, weil die maximale Erteilungsdauer von vier Jahren nach § 11 Abs. 2 BeschV erreicht und eine Härtefallregelung nicht vorgesehen sei.

14
Mit weiterem Schriftsatz vom 21. Januar 2021 teilte der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers mit, dass der Nachfolger von Herrn R. am … … 2021 einen Vorsprachetermin bei der Deutschen Botschaft in Indien erhalten habe. Herr R. sei bereit, dem Antragsteller bis zum Eintreffen seines Nachfolgers zu helfen. Der Antragsteller berufe sich auf den Schutz seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Für den Fall der Pandemie liege eine gesetzliche Regelungslücke vor, die nur gerichtlich geschlossen werden könne. Diese Auffassung habe auch die Bundesagentur vertreten, an die er sich telefonisch gewandt habe.

15
Telefonisch teilte die Antragsgegnerin der Berichterstatterin am 25. Januar 2021 mit, dass es für vergleichbare Fälle bis zum 30. September 2020 eine Weisung des Bundesinnenministeriums gegeben habe, die es Spezialitätenköche erlaubt habe, über eine Fiktionswirkung weiter über die Höchstbeschäftigungsdauer gemäß § 11 Abs. 2 BeschV beschäftigt zu bleiben. Nach aktueller Weisungslage könnten Spezialitätenköche auch wieder einreisen.

16
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands nimmt das Gericht Bezug auf die Gerichtsakte und die vorgelegte Behördenakte.

II.

17
Der Antrag hat keinen Erfolg. Der Antragsteller hat keinen Anordnungsanspruch und im Hinblick auf eine Vorwegnahme der Hauptsache erst recht keine überwiegenden diesbezüglichen Erfolgsaussichten glaubhaft gemacht.

I.

18
Der Antragsteller hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht.

19
Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden, drohende Gewalt zu verhindern oder wenn andere Gründe vorliegen. Voraussetzung ist, dass der Antragsteller das von ihm behauptete Recht (den Anordnungsanspruch) und die drohende Gefahr seiner Beeinträchtigung (den

Anordnungsgrund) glaubhaft gemacht hat, § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 Zivilprozessordnung (ZPO). Diese Voraussetzungen erfüllt der Antragsteller nicht.

20
Der Antragsteller begehrt die befristete Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis eines Ausländers zu Beschäftigungszwecken, die der Zustimmung der Bundesagentur gemäß § 39 AufenthG bedarf, aber bereits versagt wurde.

21
1. Im Verfahren zur Erteilung bzw. Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen zu Beschäftigungszwecken, die die Zustimmung der Bundesagentur voraussetzen, ist deren Beiladung notwendig, § 65 Abs. 2 VwGO (vgl. Hänsle in BeckOK MigR, AufenthG § 39 Rn. 3). Obwohl die Aufenthaltserlaubnis von Herrn R. der Zustimmung der Bundesagentur gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 2 BeschV bedarf, konnte im vorliegenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die notwendige Beiladung der Bundesagentur unterbleiben, weil der Antrag aus anderen Gründen schon keinen Erfolg hat (s.u.).

22
2. Unabhängig davon, dass der Antragsteller vorliegend eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt, die ausnahmsweise ohnehin nur dann in Betracht kommt, wenn ohne sie für den Antragsteller auch unter Berücksichtigung der Interessen des Antragsgegners schlechthin unzumutbare Nachteile entstünden und außerdem eindeutig überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen, hat der Antragsteller weder das Bestehen eines Anspruchs, eindeutig überwiegender Erfolgsaussichten noch das Entstehen unzumutbarer Nachteile glaubhaft gemacht.

23
2.1. Der Antragsteller hat einen (eigenen) Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zur Weiterbeschäftigung von Herrn R. als Spezialitätenkoch nicht glaubhaft gemacht.

24
Die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung setzt die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit voraus, es sei denn, die Zustimmung ist kraft Gesetzes, auf Grund der Beschäftigungsverordnung oder Bestimmung in einer zwischenstaatlichen Vereinbarung nicht erforderlich (§ 39 Abs. 1 AufenthG). Die Zustimmung kann mit Vorrangprüfung für Spezialitätenköchinnen und Spezialitätenköche für die Ausübung einer Vollzeitbeschäftigung in Spezialitätenrestaurants mit einer Geltungsdauer von bis zu vier Jahren erteilt werden (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BeschV). Für eine erneute Beschäftigung nach den Absätzen 1 und 2 darf die Zustimmung nicht vor Ablauf von drei Jahren nach Ablauf des früheren Aufenthaltstitels erteilt werden (§ 11 Abs. 3 BeschV). Ausländerinnen und Ausländern kann die Zustimmung zur Ausübung einer Beschäftigung ohne Vorrangprüfung erteilt werden, wenn deren Versagung eine besondere Härte bedeuten würde (§ 37 BeschV).

25
2.1.1. Der Antragsteller ist gemäß § 81 Abs. 1 AufenthG nicht antragsberechtigt. Es ist auch nicht etwas anderes i.S.v. § 81 Abs. 1 AufenthG für den Antragsteller bestimmt.

26
Gemäß § 81 Abs. 1 AufenthG wird ein Aufenthaltstitel einem Ausländer nur auf seinen Antrag erteilt, soweit nichts anderes bestimmt ist.

27
Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim folgert aus der Änderung des Wortlauts von § 81 Abs. 1 AufenthG, der bis zum 27. August 2007 gelautet hat, „Die Erteilung eines Aufenthaltstitels erfolgt nur auf Antrag, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist“, dass der Gesetzgeber sich neben dem Antragserfordernis als formelle Voraussetzung bewusst dafür entschieden hat, die Erteilung eines Aufenthaltstitels im Grundsatz nur auf Antrag des Betreffenden zu ermöglichen (VGH Mannheim, U.v. 17.7.2015 - 11 S 164/15 - juris Rn. 42). Dieser Auffassung schließt sich das Gericht an. Daraus folgt, dass grundsätzlich auch nur der Betreffende seinen Anspruch auf gerichtlichem Weg verfolgen kann.

28
Etwas anderes i.S.v. § 81 Abs. 1 AufenthG folgt für den Antragsteller auch nicht aus § 11 Abs. 2 BeschV. Diese Vorschrift vermittelt dem Arbeitgeber eines Spezialitätenkochs keine subjektiven Rechte und

Pflichten. Adressaten sind allein Ausländerinnen und Ausländer, die ein Visum bzw. eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung im Bundesgebiet begehren. Wird das Visum oder die Aufenthaltserlaubnis versagt, kann allein der betroffene Ausländer im Wege der Verpflichtungsklage gegen die Entscheidung vorgehen. Potentielle Arbeitgeber eines Visumsantragstellers sind aus der Sicht des Ausländerrechts allenfalls reflexartig betroffen, wenn die in einem bestimmten Restaurant angestrebte Beschäftigung bei einer Versagung der Zustimmung durch die Bundesagentur nicht möglich ist (OVG Berlin-Brandenburg, B.v. 10.11.2020 - OVG 3 N 142/20 - BeckRS 2020, 30193 Rn. 3). Der Antragsteller hat somit keinen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis seines Spezialitätenkochs zu Beschäftigungszwecken.

29
2.1.2. Der Antragsteller kann seinen Verlängerungsanspruch ersichtlich auch nicht auf Art. 6 GG oder Art. 8 EMRK stützen, weil die Ablehnung der Verlängerung der begehrten Aufenthaltserlaubnis zur Beschäftigung als Spezialitätenkoch nicht in seine durch diese Rechte geschützte Sphäre der Familie bzw. des Privatlebens eingreift (vgl. BVerwG, B.v. 10.2.2020 - 1 AV 1/20 - juris Rn. 11).

30
2.1.3. Auch das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb vermittelt dem Antragsteller als Arbeitgeber keinen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis eines Dritten zur Weiterbeschäftigung als Spezialitätenkoch.

31
2.1.3.1. Die Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis des Herrn R. mit der Möglichkeit der Beschäftigung als Spezialitätenkoch beim Antragsteller greift nicht in den Schutzbereich des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Antragstellers ein.

32
Nicht jede reflexhafte Auswirkung hoheitlichen Handelns auf grundrechtlich geschützte Interessen stellt bereits einen Grundrechtseingriff dar. Vorliegend handelt es sich bei der Möglichkeit eines Ausländers, im Inland mit Zustimmung der Bundesagentur zeitlich begrenzt im Inland als Spezialitätenkoch zu arbeiten, hinsichtlich eines potentiellen Arbeitgebers nur um einen Rechtsreflex, und bei einer Ablehnung somit nicht um einen faktischen Grundrechtseingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eines potentiellen Arbeitgebers. Nachdem § 11 Abs. 2 BeschV - unabhängig davon, dass mit den Regelungen des Ausländerrechts auch arbeitsmarktpolitische Zwecke (u.a. Fachkräftezuwanderung) verfolgt werden - schon nicht den Interessen des Arbeitgebers zu dienen bestimmt ist, sondern ihn nur reflexartig begünstigt, kommt nach dem Vorstehenden durch die Versagung der Zustimmung der Arbeitsagentur und der daraus folgenden beabsichtigten Ablehnung des Verlängerungsantrags von Herrn R. schon kein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Antragstellers in Betracht.

33
2.1.3.2. Es ist auch weiter nicht ersichtlich, dass sich als Folge eines - wie hier nicht -Grundrechtseingriffs ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung und somit eine Rechtserweiterung ergeben könnte. Grundrechte stellen in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat und keine Leistungsrechte dar.

34
3. Die Erschwernisse, unter den Einschränkungen der Pandemielage rechtzeitig einen Nachfolger für einen Spezialitätenkoch einstellen zu können, rechtfertigen nicht die Annahme eines Härtefalls mit der Folge eines über die gesetzliche Regelung hinausgehenden Anspruchs.

35
Soweit § 37 BeschV eine Härtefallregelung trifft, erlaubt diese nur den Verzicht auf eine im Einzelfall notwendige Vorrangprüfung (Klaus in BeckOK, AuslR BeschV § 37 Rn. 2, 10). Die besondere Härte muss den Ausländer und nicht etwa seinen Arbeitgeber treffen (Klaus in BeckOK, a.a.O. Rn. 7). Interessen des Arbeitgebers an der Weiterbeschäftigung müssen unberücksichtigt bleiben (Klaus in BeckOK, AuslR BeschV § 37 Rn. 6). Somit führt auch die Regelung des § 37 BeschV nicht zum vom Arbeitgeber geltend gemachten Anspruch.

36
Der Antragsteller hat somit schon keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

37
4. Dem Erfolg des Antrags steht weiter entgegen, dass er auch auf eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist.

38
Um eine Vorwegnahme der Hauptsache handelt es sich, weil der Antragsteller vorliegend nicht eine rückgängig zu machende vorläufige Maßnahme erstrebt, sondern für den begehrten Zeitraum letztlich vollendete Tatsache schaffen möchte. Aus der Befristung der Erteilung ergibt sich keine Vorläufigkeit.

39
Eine Vorwegnahme der Hauptsache ist jedoch nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn die Erfolgsaussichten in der Hauptsache deutlich überwiegen und außerdem die zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar sind.

40
Nachdem der Antragsteller schon keinen Anspruch glaubhaft machen konnte, gilt dies für deutlich überwiegende Erfolgsaussichten in der (im Übrigen erst noch zu erhebenden) Hauptsache erst recht.

41
Außerdem hat der Antragsteller eine Existenzvernichtung als unzumutbaren Nachteil lediglich behauptet und nicht ansatzweise glaubhaft gemacht. Ohne dass es für die Entscheidung darauf ankommt, weist das Gericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die behauptete Existenzgefährdung zumindest auch durch die aufgrund des Arbeitsvertrags mögliche, kurzfristig erfolgte Kündigung des zweiten Kochs bedingt sein dürfte. Diesbezüglich hat es der Antragsteller jedoch selbst in der Hand durch vertragliche Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse für Abhilfe zu sorgen. Damit bestehen auch an der Unzumutbarkeit der behaupteten Nachteile erhebliche Zweifel.

II.

42
Der Antragsteller trägt als unterliegender Teil die Kosten des Verfahrens.

III.

43
Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG i.V.m. Nr. 1.5. und 8.3. des Streitwertkatalogs.