

Verwaltungsgericht Darmstadt

Beschluss vom 05.04.2012

T e n o r

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens, ausgenommen die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen (die diese selbst zu tragen hat), hat der Kläger zu tragen.

Der Gerichtsbescheid ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, falls nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

T a t b e s t a n d

Der Kläger begehrt die Verpflichtung des Beklagten, ihm eine Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung als Kochhelfer im Restaurant Z. in Y. zu erteilen.

Der am ...1967 geborene Kläger ist indischer Staatsangehöriger und hält sich in Italien auf, wo er den Status eines langfristig Aufenthaltsberechtigten inne hat.

Nachdem der Kläger über seinen potentiellen Arbeitgeber die Erteilung einer Erlaubnis zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit als Koch/Kochhelfer im Restaurant Z. beantragt hatte, richtete der Beklagte unter dem 05.05.2010 gemäß § 39 AufenthG eine Zustimmungsanfrage an die Beigeladene.

Ausweislich der Stellenbeschreibung des potentiellen Arbeitgebers vom 28.04.2010 handelte es sich um die beabsichtigte Beschäftigung als Koch/Kochhelfer, die den Besitz eines Führerscheins erfordere. Sonstige Kenntnisse, Fertigkeiten oder Erfahrungen wurden keine aufgeführt, zur Qualifikation angegeben „ohne Ausbildung“. Der monatliche Bruttolohn sollte bei Vollzeitbeschäftigung 1.800,00 EUR betragen. Das Einverständnis zur Veröffentlichung des Stellenangebotes unter www.arbeitsagentur.de wurde vom potentiellen Arbeitgeber verweigert.

Die Beigeladene lehnte hierauf die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur begehrten Beschäftigung ab, weil die Voraussetzungen des § 39 Satz 2 Nr. 1b und letzter Halbsatz AufenthG nicht erfüllt seien. Es handele sich bei dem fraglichen Restaurant nicht um ein indisches Spezialitätenrestaurant; es werde keine spezielle Fachkraft (Spezialitätenkoch) benötigt. Schließlich liege die Entlohnung unter dem Tariflohn, der sich auf 2.122,00 EUR belaufe.

Nachdem der potentielle Arbeitgeber hiervon in Kenntnis gesetzt worden war, bat er mit Schreiben vom 01.06.2010 darum, die Entscheidung zu überdenken, weil er den Kläger im Restaurant benötige. So beherrsche dieser auch die indische Kochkunst, was nur bei wenigen Arbeitssuchenden aus Deutschland der Fall sei. Der Kläger sei dort auch persönlich bekannt und könnte viel zur Arbeitsentlastung beitragen, in erster Hinsicht als Koch, aber auch als (Urlaubs)Vertretung in der Restaurantleitung.

Weiterhin erteilte der potentielle Arbeitgeber des Klägers am 23.06.2010 der Agentur für Arbeit Dieburg – Geschäftsstelle Darmstadt einen Vermittlungsauftrag. Nach dem nunmehrigen Anforderungsprofil wurde ein/e berufserfahrene/r Koch/Köchin mit Kenntnissen der indischen und italienischen Küche gesucht. Vergütung und Zusatzleistungen sollten einer Vereinbarung vorbehalten bleiben, als Berufsausbildung wurde die zum/zur Koch/Köchin gefordert, sowie Grundkenntnisse in der italienischen und indischen Küche. Ein Führerschein sei nicht erforderlich. Weiterhin wurde das Einverständnis zur Veröffentlichung in der Jobbörse und in anderen Vermittlungsbörsen erteilt. Die Anzahl der maximal gewünschten Vermittlungsvorschläge wurde auf 15 beschränkt.

Nachdem der Beklagte dem potentiellen Arbeitgeber des Klägers nochmals schriftlich die Ablehnungsgründe der Beigeladenen dargelegt und mitgeteilt hatte, dass er an deren Entscheidung gebunden sei, teilte der potentielle Arbeitgeber mit, dass aus den drei Vermittlungsvorschlägen der Arbeitsagentur nur ein Kontakt zustande gekommen sei. Dieser Bewerber habe die geforderte Qualifikation nicht erfüllt, weil er nur eine Hilfskraft gewesen sei. Ein Koch sei trotz des Vermittlungsauftrags nicht vermittelt worden. Im Falle einer Beschäftigung werde Tariflohn gezahlt.

Der Beklagte bat die Beigeladene daraufhin, die Angelegenheit vor diesem Hintergrund nochmals zu prüfen. Diese hielt auch nachfolgend an ihrer Auffassung fest, dass die Voraussetzungen des § 39 AufenthG (sonstiger Grund) nicht vorlägen, auch wenn ein Vermittlungsauftrag ohne Erfolg gewesen sei. Es stünden genügend bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung.

Mit Schreiben vom 22.09.2010 widersprach der potentielle Arbeitgeber unter Vorlage einer Vollmacht des Klägers einer Ablehnung der Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis. Es sei für ihn nicht erkennbar, dass genügend bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung stünden. So könne er entsprechende Bewerbungen nicht verzeichnen. Er sei indes dringend auf eine Besetzung der Stelle angewiesen.

Mit Bescheid vom 12.10.2010, dem Bevollmächtigten des Klägers zugestellt mit Zustellungsurkunde vom 14.10.2010, lehnte der Beklagte die Erteilung einer Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung als Koch/Kochhelfer im Restaurant Z. in Y. an den Kläger nach § 38a i.V.m. § 18 AufenthG ab und stützte die Begründung auf seine Bindung an die Ablehnung der Zustimmung durch die Beigeladene.

Der Kläger hat daraufhin am 12.11.2010 Klage erhoben, mit der er sein Begehren weiter verfolgt. Zur Begründung vertritt er die Auffassung, dass die Ablehnung der Zustimmung zur Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis durch die Beigeladene ermessensfehlerhaft sei, weil nicht davon ausgegangen werden könne, dass genügend bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung stünden. Die lange Vakanz der Stelle und die Vielzahl der nicht erschienenen oder nicht qualifizierten Bewerber sprächen gegen diese Einschätzung der Bundesagentur. Im Einzelnen trägt der Kläger hierzu vor, dass sich nur ein einziger Bewerber vorgestellt habe, der sich dann als Tellerwäscher erwiesen haben, der keine Fähigkeiten und Kenntnisse als Koch gehabt habe. Fehle es aber schon an den Bewerbern, könne der potentielle Arbeitgeber auch nicht darauf verwiesen werden, diese einzuarbeiten und anzulernen, soweit ihnen die Spezialkenntnisse fehlten.

Vom potentiellen Arbeitgeber habe das Angebot indischer Speisen mangels Spezialitätenkoch von der Speisekarte genommen werden müssen; diese könnten gegenwärtig nur auf Vorbestellung angeboten werden. Das geplante Speisenangebot sei aber ausreichend, um das Lokal als Spezialitätenrestaurant auszuweisen. Weiterhin sehe sich der potentielle Arbeitgeber daran gehindert, eine weitere Gaststätte zu eröffnen, in der indische Küche angeboten werden solle, weil ihm der dafür erforderliche Spezialitätenkoch fehle.

Es könne zudem nicht darauf abgestellt werden, ob der Kläger als Spezialitätenkoch ausgebildet ist, weil der Ausbildungsberuf des Kochs oder Kochhelfers so nur in der Bundesrepublik Deutschland zu finden sei. Im europäischen und außereuropäischen Ausland gebe es vergleichbare Zertifizierungen nicht. Die Festlegung auf den Begriff „Spezialitätenkoch“ ginge zudem fehl, weil der Kläger den Beschäftigungsaufenthalt als Koch/Kochhelfer wünsche. Gleichwohl sei er schon wegen seiner Herkunft besonders qualifiziert, indische Spezialitäten zu kochen, und für seinen potentiellen Arbeitgeber sei allein ausschlaggebend, dass die zu beschäftigende Person in der Lage ist, italienische und indische Spezialitäten zuzubereiten. Zum Beweis seiner beruflichen Qualifikation legt der Kläger ein vom 01.07.2011 stammendes Zeugnis des Ristorante H. in Brescia vor, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird.

Ergänzend vertritt er die Auffassung, dass die Arbeitsmarktprüfung der Beigeladenen als Einzelfallprüfung zu erfolgen habe und es im vorliegenden Fall an bevorrechtigten Bewerbern um den Arbeitsplatz fehle. Aufgrund der neuen, seit 31.05.2011 geltenden Gesetzeslage greife in seinem Fall § 41 BeschV. Schließlich macht der Kläger geltend, dass die Beigeladene eine Prüfung nach § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht vorgenommen habe.

Auf einen rechtlichen Hinweis des Gerichts hin teilte der Kläger mit, dass er die Beschäftigung als Kochhelfer begehre.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des schriftsätzlichen Vorbringens des Klägers Bezug genommen.

Der Kläger beantragt sinngemäß,

den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides vom 12.10.2010 zu verpflichten, dem Kläger eine Erlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung als Kochhelfer im Restaurant Z. in Y. zu erteilen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen,

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Der Beklagte führt ergänzend aus, dass nach dem der Behördenentscheidung zugrunde liegenden Sachlage (Internetauftritt und Karte für den Heimservice des potentiellen Arbeitgebers) nicht erkennbar sei, dass in dem Restaurant Speisen angeboten werden, deren Herstellung eine besondere Qualifikation bedarf. Nach Ziffer 2.26.212 der Durchführungsanweisung zu § 26 Beschäftigungsverordnung (DA zu § 26 BeschV) erhalte ein Spezialitätenrestaurant sein Gepräge durch das Angebot ausländischer, nach Rezepten des jeweiligen Landes zubereiteter Speisen. Solches sei im Restaurant Z. in Y. nicht feststellbar. Es fehle aber auch der Nachweis der fachlichen Qualifikation des Klägers für die von ihm angestrebte Beschäftigung, die in einer erfolgreichen Kochausbildung erworben wurde. Die Regelung in § 41 BeschV greife im Falle des Klägers in Ermangelung einer entsprechenden zwischenstaatlichen Vereinbarung nicht.

Die Beigeladene macht geltend, dass eine Stelle als Koch/Kochhelfer für ein Restaurant mit italienischer und deutscher Küche, nicht aber für einen indischen Spezialitätenkoch ausgeschrieben gewesen sei. Da davon auszugehen sei, dass der Arbeitgeber keinen Spezialitätenkoch anfordere und die bei ihm anfallenden Rezepte von einem ausgebildeten oder angeleiteten Koch/Kochhelfer erlernt werden könnten, müsse nach wie vor davon ausgegangen werden, dass hinreichend bevorrechtigte Arbeitnehmer verfügbar seien.

Der Kläger verfüge aber auch nicht über einen Qualifikationsnachweis, der beispielsweise bei dem International Institut of Culinary Arts in Neu Delhi erworben werden könne. Da er, obwohl bereits 44 Jahre alt, aus der Zeit vor dem Jahr 2009 keinen Berufsnachweis als Koch erbringen könne, sei vielmehr zu vermuten, dass er vorher nicht als Koch gearbeitet habe. Hinsichtlich der nicht qualifizierten Beschäftigung als Kochhelfer fehle schon das Vorverfahren, weil nur die qualifizierte Beschäftigung als Koch Gegenstand des Zustimmungsverfahrens und damit der Arbeitsmarktprüfung durch die

Beigeladene gewesen sei. Nach einer ersten Einschätzung könne dem Kläger jedoch auch für diese Beschäftigung die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht in Aussicht gestellt werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Behördenakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Das Gericht entscheidet über die Klage nach Anhörung der Beteiligten gemäß § 84 Abs. 1 VwGO durch Gerichtsbescheid, weil die Sache keine besonderen Schwierigkeiten tatsächlicher oder rechtlicher Art aufweist und der Sachverhalt im relevanten Umfang geklärt ist.

Die Klage ist bereits mangels Vorverfahren unzulässig. Wie sich aus §§ 68, 75 VwGO ergibt, ist die Klageerhebung erst zulässig, wenn die Behörde einen Verwaltungsakt erlassen hat, den Erlass eines solchen abgelehnt oder nicht in angemessener Zeit über einen Antrag entschieden hat. Gegenstand der Klage ist die Behördenentscheidung bzw. der zur Entscheidung der Behörde gestellte Antrag.

Wie die Beigeladene zutreffend angemerkt hat, hat der Kläger beim Beklagten die Erlaubnis zur Ausübung einer qualifizierten Beschäftigung als (Spezialitäten)Koch im Restaurant Z. in Y. (bzw. bei sachgerechter, an § 4 Abs. 2 AufenthG orientierter Auslegung seines Begehrens die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für diese Beschäftigung) zum Gegenstand seines Antrages gemacht. Ursprünglich war zwar eine Beschäftigung als Koch/Kochhelfer als Aufenthaltszweck angegeben worden. Nachdem die Beigeladene jedoch mitgeteilt hatte, dass für diese Beschäftigung die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis versagt werde, wurde, ebenso wie zunächst noch nach Klageerhebung, geltend gemacht, dass der Kläger als qualifizierter Koch mit speziellen Fachkenntnissen beschäftigt werden solle. Hierauf haben sich, für den Kläger erkennbar, die weitere Arbeitsmarkprüfung und die Entscheidung der Beigeladenen und die Entscheidung des Beklagten bezogen. Damit ist der Kläger gehalten, wegen des nunmehr (wieder) für eine nicht qualifizierte Beschäftigung als Kochhelfer begehrten Aufenthaltes vor Klageerhebung einen hierauf bezogenen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 38a AufenthG zu stellen.

Aber selbst wenn auf den ursprünglichen Antrag des Klägers abgestellt würde, der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die Beschäftigung als Koch/Kochhelfer zum Gegenstand hatte, wäre die Klage jedenfalls unbegründet. Der Bescheid des Beklagten vom 12.10.2010 würde sich in diesem Fall als rechtmäßig erweisen und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzen (§ 113 Abs. 5 VwGO). Der Kläger hat keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung als Koch/Kochhelfer im Restaurant Z. in Y.

Nach § 38a AufenthG, der allein als Rechtsgrundlage für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Kläger für die begehrte Beschäftigung in Betracht kommt, wird einem Ausländer, der in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten innehat, eine Aufenthaltserlaubnis erteilt, wenn er sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten will (§ 38a Abs. 1 AufenthG). Dieser Aufenthaltstitel berechtigt nur zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, wenn die in § 18 Abs. 2, §§ 19, 20 oder § 21 AufenthG genannten Voraussetzungen erfüllt sind (§ 38a Abs. 3 AufenthG). Ein Fall der §§ 19, 20 oder 21 AufenthG liegt beim Kläger von vornherein nicht vor, weshalb bei ihm die Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 AufenthG erfüllt sein müssten. Dessen Bestimmungen finden auf den Kläger, der indischer Staatsangehöriger ist und in Italien die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten innehat, Anwendung, weil bei ihm keiner der Ausschlussgründe des § 38a Abs. 2 AufenthG vorliegt, was keiner weiteren Ausführung bedarf.

Einer Anwendung des § 18 Abs. 2 AufenthG im Wege der Rechtsverweisung in § 38a Abs. 3 AufenthG steht aber auch nicht Art. 14 Abs. 2 und 3, Art. 21 Abs. 2 der Richtlinie 2003/109/EG des Rates betreffend die Rechtsstellung der langfristig aufenthaltsberechtigten Drittstaatsangehörigen (RL 2003/109/EG) entgegen. So kann sich zwar nach Art. 14 Abs. 2 lit. a) dieser Richtlinie ein langfristig Aufenthaltsberechtigter zur Ausübung einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit in einem zweiten Mitgliedstaat aufhalten. Nach Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/109/EG können die Mitgliedstaaten jedoch in diesen Fällen eine Arbeitsmarktprüfung durchführen und hinsichtlich der Anforderungen für die Besetzung einer freien Stelle bzw. hinsichtlich der Ausübung einer solchen Tätigkeit ihre nationalen Verfahren anwenden. Ferner können die Mitgliedstaaten aus Gründen der Arbeitsmarktpolitik Unionsbürger, Drittstaatsangehörige, wenn dies im Gemeinschaftsrecht vorgesehen ist, sowie Drittstaatsangehörige, die sich rechtmäßig in dem betreffenden Mitgliedstaat aufhalten und dort Arbeitslosenunterstützung erhalten, vorrangig berücksichtigen.

Mit seiner Bestimmung, dass einem Ausländer ein Aufenthaltstitel zur Ausübung einer Beschäftigung erteilt werden kann, wenn entweder die Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG zugestimmt hat oder durch Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG oder zwischenstaatliche Vereinbarung bestimmt ist, dass die Ausübung der Beschäftigung ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist, wird § 18 Abs. 2 AufenthG diesen Vorgaben gerecht, weil § 39 AufenthG den Weg zur einzelfallbezogenen Arbeitsmarktprüfung eröffnet, soweit der Zugang zum Arbeitsmarkt nicht schon anderweitig eröffnet ist.

Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die Bestimmungen in § 18 Abs. 3 und 4 AufenthG, obgleich die dort für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis (aber nicht für die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis durch die Bundesagentur für Arbeit) normierten Beschränkungen nicht mit Art. 14 Abs. 2 und 3, Art. 21 Abs. 2 der RL 2003/109/EG vereinbar wären. Letzteres folgt daraus, dass mit der in Bezug genommenen, auf § 42 AufenthG beruhenden Verordnung über die

Zulassung von neuereisenden Ausländern zur Ausübung einer Beschäftigung (Beschäftigungsverordnung/ BeschV) ganze Berufsgruppen von der Erlaubnisfähigkeit ausgeschlossen werden. Beschränkungen des Aufenthalts zu Zwecken der unselbstständigen Beschäftigung, die an der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe anknüpfen, stehen mit Art. 14 der RL 2003/109/EG indes nicht im Einklang, weil danach eine individuelle, also einzelfallbezogene und ergebnisoffene Arbeitsmarktprüfung gefordert ist (vgl. Dienelt in: Renner, Ausländerrecht, 9. Aufl., 2011, § 38a RdNr. 37; siehe auch Hess. Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 13.01.2012 – 3 B 2325/11). Die Rechtsverweisung in § 38a Abs. 3 AufenthG bezieht sich jedoch nur auf den Absatz 2, nicht aber auch auf die Absätze 3 und 4 des § 18 AufenthG und ist damit aus den vorstehenden Gründen richtlinienkonform. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass über den danach anwendbaren § 39 Abs. 1 AufenthG die Beschäftigungsverordnung doch noch zum Tragen kommen kann. So ist, wie nachfolgend ausgeführt wird, diese Bestimmung (und nicht schon § 18 Abs. 2 AufenthG) aus den vorstehenden Gründen richtlinienkonform dahin auszulegen, dass die Beschäftigungsverordnung in den Fällen des § 38a AufenthG nur eingeschränkt, nämlich zugunsten des Ausländers, anwendbar ist.

Die Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 AufenthG erfüllt der Kläger indes nicht.

Wie der Beklagte und die Beigeladene zutreffend ausgeführt haben, besteht weder eine Rechtsverordnung nach § 42 AufenthG noch eine zwischenstaatliche Vereinbarung, die bestimmt, dass die Ausübung der Beschäftigung von indischen Staatsangehörigen, die in Italien die Rechtsstellung eines langfristig Aufenthaltsberechtigten innehaben, ohne Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zulässig ist. Desgleichen fehlt eine solche Bestimmung für die Beschäftigung eines in einem anderen Mitgliedstaat langfristig Aufenthaltsberechtigten als Kochhelfer. Eine solche „Befreiung“ vom Zustimmungserfordernis ergibt sich im Falle des Klägers, der im Bundesgebiet die Beschäftigung als Kochhelfer anstrebt, insbesondere nicht aus der Beschäftigungsverordnung, weil die vom Kläger angestrebte Beschäftigung zweifelsfrei nicht unter die in §§ 2-16 BeschV genannten Berufsgruppen fällt. Der Kläger bedarf mithin für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die von ihm angestrebte abhängige Beschäftigung im Bundesgebiet der Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit nach § 39 AufenthG. Diese hat die Beigeladene indes zu Recht versagt.

Nach § 39 Abs. 1 AufenthG kann ein Aufenthaltstitel, der einem Ausländer die Ausübung einer Beschäftigung erlaubt, nur mit Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden, soweit durch Rechtsverordnung nicht etwas anderes bestimmt ist. Die Voraussetzungen, unter denen die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit erteilt werden kann, ergeben sich aus § 39 Abs. 2 AufenthG, der gemäß § 39 Abs. 3 AufenthG auch in den Fällen des § 38a AufenthG Anwendung findet.

Die Rechtsverordnung, auf die in § 39 Abs. 1 AufenthG abgestellt wird, ist die aufgrund des § 42 AufenthG erlassene Beschäftigungsverordnung (vgl. Hess. Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 08.12.2009 – 3 B 2830/09; AuAS 2010, 50). Da – wie bereits ausgeführt – deren Beschränkungen,

soweit sie an der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe anknüpfen, nicht im Einklang mit Art. 14 der RL 2003/109/EG stehen, bedarf es in den Fällen des § 38a AufenthG allerdings der richtlinienkonformen Auslegung des § 39 Abs. 1 AufenthG dahin, dass die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zwar ohne Einzelfallprüfung im Sinne des § 39 Abs. 2 AufenthG nach den in der Beschäftigungsverordnung festgelegten antizipierten und abstrakten Vorgaben, soweit sie an der Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe anknüpfen, erteilt aber nicht versagt werden darf. Die Versagung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für eine Beschäftigung muss sich aufgrund der europarechtlichen Vorgaben in den Fällen des § 38a AufenthG hingegen nach § 39 Abs. 2 AufenthG richten, der eine einzelfallbezogene Arbeitsmarktprüfung im Sinne des Art. 14 der RL 2003/109/EG als Entscheidungsgrundlage vorsieht.

Die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Kläger für die begehrte Beschäftigung als Koch/Kochhelfer nach §§ 38a, 18 Abs. 2 AufenthG kommt jedoch weder aufgrund der Beschäftigungsverordnung noch gemäß § 39 Abs. 2 AufenthG in Betracht.

Ausgehend davon, dass der Kläger die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Beschäftigung als Koch/Kochhelfer begehrt, käme nach der Beschäftigungsverordnung die Erteilung der Zustimmung nicht in Betracht. Gemäß § 17 BeschV kann die Bundesagentur für Arbeit nämlich der Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Zwecke der Beschäftigung, die keine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt (§ 18 Abs. 3 AufenthG), nur nach den Vorschriften des 2. Abschnitts und zum Zwecke der Beschäftigung, die eine qualifizierte Berufsausbildung voraussetzt (§ 18 Abs. 4 AufenthG), nur nach den Vorschriften des 3. Abschnitts gemäß § 39 des Aufenthaltsgesetzes zustimmen. Die unqualifizierte Beschäftigung als Kochhelfer wird jedoch offenkundig von keinem der in den §§ 18 - 24 BeschV aufgeführten Beschäftigungssachverhalten erfasst, was keiner Ausführungen bedarf. Die qualifizierte Beschäftigung als Koch in den §§ 26 - 31 BeschV nur, soweit es sich bei dem Ausländer um einen Spezialitätenkoch handelt (§ 26 Abs. 2 BeschV). Der Kläger hält inzwischen schon selbst nicht mehr an der Behauptung fest, dass er (obgleich er keinerlei qualifizierte Berufsausbildung nachweisen kann) ein Spezialitätenkoch sei; jedenfalls begehrt er nicht länger, als solcher im Bundesgebiet beschäftigt zu werden.

Ebensowenig wie sich der Kläger folglich auf einen Zustimmungstatbestand aus der Beschäftigungsverordnung berufen kann, kommt eine Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die vom Kläger angestrebte Beschäftigung im Bundesgebiet nach §§ 38a, 18 Abs. 2 AufenthG gemäß § 39 Abs. 2 AufenthG in Betracht. Danach kann die Bundesagentur für Arbeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung zustimmen, wenn sich durch die Beschäftigung von Ausländern nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, der Regionen und der Wirtschaftszweige, nicht ergeben (Satz 1 Nr. 1 a) und für die Beschäftigung deutsche Arbeitnehmer sowie Ausländer, die diesen hinsichtlich der Arbeitsaufnahme rechtlich gleichgestellt sind oder andere Ausländer, die nach

dem Recht der Europäischen Union einen Anspruch auf vorrangigen Zugang zum Arbeitsmarkt haben, nicht zur Verfügung stehen (Satz 1 Nr. 1b) oder sie durch Prüfung nach Satz 1 Nr. 1 Buchstabe a und b für einzelne Berufsgruppen oder für einzelne Wirtschaftszweige festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist (Satz 1 Nr. 2) und der Ausländer nicht zu ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche Arbeitnehmer beschäftigt wird. Für die Beschäftigung stehen deutsche Arbeitnehmer und diesen gleichgestellte Ausländer auch dann zur Verfügung, wenn sie nur mit Förderung der Agentur für Arbeit vermittelt werden können.

Die Beigeladene hat in beanstandungsfreier Weise eine Prüfung nach § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG vorgenommen. Sie hat ihre Prüfung vor allem, obgleich der Kläger die von ihm angestrebte Beschäftigung im Bundesgebiet als die eines indischen Spezialitätenkoches bezeichnet hatte, an einer Beschäftigung des Klägers als Koch/Kochhelfer ausgerichtet, für die nach seinem nunmehrigen Vorbringen letztlich auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis begehrt wird. Soweit sie nunmehr die Auffassung vertritt, dass sie eine solche Prüfung nicht vorgenommen, sondern ihre Prüfung auf die Voraussetzungen für die Beschäftigung als Spezialitätenkoch beschränkt habe, stehen dem ihre Erklärungen im Verwaltungs- aber auch im Gerichtsverfahren entgegen. Bereits unter dem 19.05.2010, aber auch dann mit Datum vom 30.08.2010 und mit Schriftsatz vom 24.03.2011 hat die Beigeladene nämlich mitgeteilt, dass für die Beschäftigung als Koch/Kochhelfer bevorrechtigte Arbeitnehmer zur Verfügung stünden. Ferner hat sie mehrfach hervorgehoben, dass der Kläger nicht in einem Spezialitätenrestaurant als Spezialitätenkoch, sondern in einem Restaurant ohne spezielle Ausrichtung als Kochhelfer beschäftigt werden solle.

Dessen ungeachtet ist jedenfalls zu besorgen, dass sich durch die Beschäftigung des Klägers auf der vom potentiellen Arbeitgeber zu besetzenden Stelle im Sinne des § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1a) AufenthG nachteilige Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt, insbesondere hinsichtlich der Beschäftigungsstruktur, ergeben. Solche ergeben sich nämlich auch aus der unqualifizierten Beschäftigung von Ausländern. So besteht an der Reduzierung unqualifizierter Beschäftigungsverhältnisse als Ersatz für qualifizierte Beschäftigungsverhältnisse ein virulentes arbeitsmarktpolitisches Interesse. Desgleichen ist die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer ohne hinreichende berufliche Qualifikation auf Stellen, die vom Anforderungsprofil eine qualifizierte Berufsausbildung erfordern, für die Arbeitsmarktstruktur nachteilig. So liegt der Fall jedoch hier: Nach der Stellenausschreibung des potentiellen Arbeitgebers setzt die Beschäftigung auf der zur Verfügung stehenden Stelle eine qualifizierte Berufsausbildung zum Koch und eine mehrjährige Berufserfahrung voraus. Der Kläger hat hingegen auch nicht annähernd den Nachweis des Besitzes einer beruflichen Qualifikation zum Koch erbracht. Soweit er geltend macht, dass er in der Zeit vom Juni 2009 bis Mai 2011 im Ristorante H. in Brescia, einem Lokal, das indische Spezialitäten anbietet, als Chefkoch gearbeitet habe und dass er als indischer Staatsangehöriger besonders prädestiniert sei, indische Spezialitäten zuzubereiten, ist damit auch nicht annähernd nachgewiesen, dass der Kläger die Qualifikation eines Kochs „mit Kenntnissen der

indischen und italienischen Küche“ besitzt und über eine mehrjährige Berufserfahrung als Koch verfügt. Dies gesteht der Kläger letztlich selbst ein, der den Aufenthalt nunmehr zur Beschäftigung nur noch als Kochhelfer (und nicht länger als qualifizierter Koch) begehrt.

Ferner hat die Beigeladene, nach ihren Ausführungen im Verwaltungsverfahren und zu Beginn des Gerichtsverfahrens, ihrer individuellen Arbeitsmarktprüfung zutreffend die Feststellung zugrunde gelegt, dass es eine Mehrzahl bevorzogter Arbeitsuchender mit der, jedenfalls nach einer angemessenen Anlern- oder Einarbeitungszeit, für die (Mitarbeit an der) Speisenherstellung erforderlichen Qualifikation gibt. Sie hat ihre Prüfung insoweit an der Ziffer 2.26.214 der DA zur BeschV ausgerichtet, wonach die Zustimmung an neu einreisende Köche abzulehnen ist, „sofern die zuständige Agentur für Arbeit feststellt, dass arbeitslose Köche mit entsprechender Nationalität oder Qualifikation auf dem deutschen Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen (§ 39 Abs. 2-4 AufenthG). Die Arbeitsmarktprüfung ist insbesondere im Hinblick auf im Bundesgebiet lebende Ausländer konsequent durchzuführen. Hierbei ist der gesamte Bewerberpool – unabhängig von der Nationalität der Bewerber – zu berücksichtigen“. Da sich diese Durchführungsanweisung auf eine Anwendung des § 39 Abs. 2-4 AufenthG bezieht (und nicht unmittelbar auf die Anwendung der Beschäftigungsverordnung), und mit den dortigen Vorgaben übereinstimmt, ist dieser Entscheidungsmaßstab nicht zu beanstanden.

Soweit der Kläger und sein potentieller Arbeitgeber dem entgegensetzen, dass die Feststellung der Beigeladenen, bevorzogene Köche mit der erforderlichen Qualifikation seien hinreichend vorhanden, dadurch widerlegt werde, dass die zu besetzende Stelle trotz erheblicher Bemühungen nicht habe anderweitig besetzt werden können, kann dem nicht gefolgt werden. So hat der potentielle Arbeitgeber selbst erklärt, dass zumindest ein Bewerber vorgeschlagen habe, der als Kochhelfer hätte beschäftigt werden können und den er nicht eingestellt habe, weil er kein qualifizierter Koch gewesen sei. Ein solcher ist der Kläger, wie dargelegt, indes auch nicht.

Dessen ungeachtet belegt allein der Umstand, dass die Stelle bislang noch nicht besetzt worden ist, nicht, dass es keine geeigneten Bewerber gibt, sondern nur, dass – aus welchen Gründen auch immer – kein Arbeitsvertrag zustande gekommen ist. So hat die Beigeladene hinreichend substantiiert dargelegt, dass der potentielle Arbeitgeber des Klägers schon selbst mitgeteilt hatte, dass in der Zeit vom 24.06.2010 – 02.07.2010 zwei Bewerbern eine Absage erteilt und zwei weitere Arbeitsuchende zur Bewerbung aufgefordert worden seien, die dann nicht eingestellt worden seien, ohne dass der Arbeitsverwaltung dafür die Gründe genannt worden seien. Hat der potentielle Arbeitgeber indes nicht schon gegenüber der Arbeitsverwaltung im Rahmen deren Vermittlungsbemühungen die fehlende Qualifizierung der vermittelten Arbeitsuchenden gerügt, drängt sich der Eindruck auf, dass er nicht um die Besetzung der Stelle als solche bemüht ist, sondern allein an einer Einstellung nur des Klägers interessiert ist. In diese Richtung weist auch die Beschränkung der maximal gewünschten Vermittlungsvorschläge auf 15 im Vermittlungsauftrag des potentiellen Arbeitgebers vom 23.06.2010, zumal auch nicht ansatzweise dargetan oder sonst ersichtlich ist, dass der potentielle Arbeitgeber über diesen

einen Vermittlungsauftrag hinaus noch irgendwelche Anstrengungen unternommen hätte, die Stelle anderweitig zu besetzen. Nach einer Internetrecherche des Gerichts ist er aktuell weder in der Jobbörse der Arbeitsverwaltung aufgeführt, noch enthält sein eigener Internetauftritt einen Hinweis auf die offene Stelle, die er seinen Angaben im vorliegenden Verfahren zufolge angeblich dringend umgehend besetzen muss.

Auch die übrigen Einzelfallumstände weisen darauf hin, dass es dem potentiellen Arbeitgeber des Klägers allein um dessen Anstellung geht: Ausweislich seiner Stellenbeschreibung vom 28.04.2010 wollte er den Kläger als Koch/Kochhelfer anstellen, wobei als Qualifikation allein der Besitz eines Führerscheins gefordert war, hingegen keine (berufliche) Ausbildung und es wurde das Einverständnis zur Veröffentlichung des Stellenangebotes unter www.arbeitsagentur.de verweigert, womit die Chance einer zeitnahen Besetzung der Stelle mit einem geeigneten Bewerber deutlich reduziert worden ist. Weiterhin hat der potentielle Arbeitgeber, nachdem diese Bemühungen, für den Kläger eine Beschäftigungserlaubnis zu erlangen, vergeblich waren, im Vermittlungsauftrag vom 23.06.2010 das Anforderungsprofil dahin geändert, dass ein/e berufserfahrene/r Koch/Köchin mit Kenntnissen der indischen und italienischen Küche gesucht werde. Da der Kläger über diese berufliche Qualifikation nicht verfügt, gleichwohl aber eingestellt werden soll, weist auch diese Kombination der geforderten Kochkenntnisse auf einen Versuch hin, möglichst bevorrechtigte Bewerber auszuschließen. Vor diesem Hintergrund ist mithin nicht ansatzweise glaubhaft dargelegt, dass bevorrechtigte Arbeitnehmer entgegen den Feststellungen der Beigeladenen nicht verfügbar seien.

Die Ablehnung der Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Kläger nach §§ 38a, 18 Abs. 2 AufenthG für das angestrebte Beschäftigungsverhältnis erweist sich aber auch nicht in Ansehung des § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG als ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig. Danach kann die Bundesagentur für Arbeit, wie bereits dargelegt, der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer Beschäftigung zustimmen, wenn sie durch Prüfung nach § 39 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 lit. a und b AufenthG festgestellt hat, dass die Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern arbeitsmarkt- und integrationspolitisch verantwortbar ist.

Bei dieser Feststellung handelt es sich um eine Modifizierung des Vorrangprinzips, mit der die Bundesagentur für Arbeit alternativ ohne Einzelfallprüfung für bestimmte Berufsgruppen oder Wirtschaftszweige (analog der generalisierenden Zulassung von Berufsgruppen in der Beschäftigungsverordnung) feststellen kann, dass eine Besetzung der offenen Stellen mit ausländischen Bewerbern aus arbeitsmarkt- und integrationspolitischen Gründen prinzipiell verantwortbar ist, wie bspw. bei bestehendem Arbeitskräftemangel in der jeweiligen Berufsgruppe oder dem jeweiligen Wirtschaftszweig (vgl. hierzu Göbel-Zimmermann in: Huber, AufenthG, 2010, § 39 RdNr. 12).

Die Beigeladene hat indes bzgl. der Beschäftigung von Kochhelfern und Köchen ohne besondere Qualifikation die gegenteilige Feststellung getroffen, womit sich der Kläger auch nicht auf diesen Zustimmungstatbestand berufen kann.

In Ermangelung einer zwischenstaatlichen Vereinbarungen, eines Gesetz oder einer anderen Rechtsverordnung, durch die bestimmt ist, dass für einen indischen Staatsangehörigen mit Daueraufenthaltsberechtigung in Italien unbeschadet der Beschäftigungsverordnung die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer abhängigen Beschäftigung erteilt werden kann (§ 39 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), hat die Bundesagentur für Arbeit die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck der Beschäftigung an den Kläger nach §§ 38a, 18 AufenthG mithin zu Recht versagt und es ist die darauf beruhende Ablehnung der Erteilung eines solchen Aufenthaltstitels durch den Beklagten mit Bescheid vom 12.10.2010 rechtmäßig.

Die Kosten waren nach § 154 Abs. 1 VwGO dem Kläger aufzuerlegen, weil er mit seiner Klage unterlegen ist. Ihm waren dabei allerdings nicht auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen (§ 162 Abs. 3 VwGO), weil diese keine Anträge gestellt und sich damit nicht am Kostenrisiko beteiligt hat (§ 154 Abs. 3 VwGO).

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.