

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 23.07.2012

T e n o r :

Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage 16 K 1545/12 gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 29. Februar 2012 wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerde ist begründet. Dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage 16 K 1545/12 VG Gelsenkirchen gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 29. Februar 2012 ist stattzugeben.

Die Beschwerde wendet sich gegen die Auffassung des Verwaltungsgerichts, auch unter Berücksichtigung der Regelung des § 2 Abs. 1 AuslG 1965 habe die Antragsgegnerin eine den gesetzlichen Erfordernissen gerecht werdende Ermessensentscheidung getroffen. Sie trägt hierzu vor, die angefochtene Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 29. Februar 2012 habe die Problematik der Stand-Still-Klausel des Art. 41 des Zusatzprotokolls nicht gesehen. Wenn aber die maßgebliche Rechtsnorm nicht in Bezug genommen werde und die Beurteilung der Rechtslage sich nicht unter Verweis auf die Stand-Still-Klausel an § 2 AuslG 1965, der eine dem Antragsteller günstigere Regelung darstelle, orientiere, sei nicht nachvollziehbar, wie Ermessen ausgeübt worden sein solle. Ebenso wenig habe die Antragsgegnerin diesbezügliche Ermessenserwägungen im Laufe des Verfahrens nachgeholt.

Abgesehen davon, dass § 2 Abs. 1 AuslG 1965 der Ausländerbehörde die materielle Darlegungslast für eine Belangebeeinträchtigung auferlege, § 21 AufenthG hingegen eine Darlegungslast des Ausländers für das öffentliche Interesse an der Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeit normiere, enthalte § 21 AufenthG Regelvoraussetzungen, die für die Ausländerbehörde ermessenslenkend seien.

Derart hohe Hürden für die Annahme eines regionalwirtschaftlichen Bedürfnisses an der selbständigen Erwerbstätigkeit habe § 2 Abs. 1 AuslG 1965 nicht vorgesehen, womit diese Verschärfung der Rechtslage nicht von der Stand-Still-Klausel gedeckt sei. Damit trügen die Ermessenserwägungen der Antragsgegnerin nicht, weil sie diese Rechtslage nicht zugrunde gelegt habe.

Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrer Antragsrwiderrung vom 28. März 2012 ist nicht ersichtlich, dass Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls i. V. m. § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 in der angefochtenen Verfügung vom 29. Februar 2012 "ebenfalls beachtet" worden ist. Die darin weiter enthaltene, auf den Beschluss des OVG Lüneburg vom 14. Dezember 2006 – 11 ME 342/06 – gründende Behauptung, die Stand-Still-Klausel des Art. 41 des Zusatzprotokolls stehe der Anwendung des § 21 AufenthG nicht entgegen, da die in § 21 AufenthG für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der selbständigen Erwerbstätigkeit genannten Voraussetzungen sinngemäß bereits unter dem AuslG 1965 gegolten hätten, erfährt bereits in dem angefochtenen Beschluss eine Relativierung, der darauf hinweist (s. Beschlussabdruck Seite 10 erster Absatz), dass demgegenüber vertreten werde, die in § 21 Abs. 1 AufenthG genannten Voraussetzungen zur Ermöglichung einer Ermessensentscheidung seien mit der in § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 hierfür genannten Voraussetzung, dass die Anwesenheit des Ausländers keine Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchige, nicht gleichzusetzen. Vielmehr liege es nahe, dass die in § 21 Abs. 1 AufenthG genannten Voraussetzungen als einschränkender anzusehen seien.

Mangels einer verdrängenden Sonderbestimmung für Selbständige richtete sich die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzabkommens (01. Januar 1973) nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965. Hiernach durfte die Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn die Anwesenheit des Ausländers Belange der Bundesrepublik Deutschland nicht beeinträchtigte. Nach § 21 Abs. 1 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit demgegenüber nur erteilt werden, wenn die entsprechenden Voraussetzungen – übergeordnetes wirtschaftliches Interesse oder besonderes regionales Bedürfnis, positive Auswirkungen auf die Wirtschaft und Sicherung der Finanzierung der Umsetzung – erfüllt sind. Die in § 21 Abs. 1 AufenthG genannten Voraussetzungen zur Ermöglichung einer Ermessensentscheidung dürften sich von der in § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 hierfür genannten Voraussetzung, dass die Anwesenheit des Ausländers keine Belange der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt, als einschränkender abheben. Denn die Negativschränke des § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteile vom 27. September 1978 – 1 C 48.77 –, BVerwGE 56, 254 ff. = juris Rn. 17f., vom 29. April 1983 – 1 C 51.81 –, DÖV

1983, 769 ff. = juris Rn. 19, und vom 09. Mai 1986 – 1 C 39.83 –, BVerwGE 74, 165 ff = juris Rn.18) nur erfüllt gewesen, wenn so erhebliche Gründe vorgelegen haben, dass der Aufenthalt des Ausländers zu dem beabsichtigten Zweck nicht tragbar erschien und deswegen für ein seine privaten Belange berücksichtigendes und nach Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten auszuübendes Ermessen kein Raum blieb. Hierfür hat die Beeinträchtigung der Belange der Bundesrepublik Deutschland von beachtlichem Gewicht sein müssen. Nicht jede Gefährdung eines noch so geringen Interesses hat bereits die Erlaubnis zwingend ausgeschlossen. Insbesondere hat das bloße Fehlen eines öffentlichen Interesses am vom Ausländer ausgeübten Gewerbe keine Beeinträchtigung von Belangen der Bundesrepublik begründet (vgl. zu Vorstehendem auch: VG Gelsenkirchen, Beschluss vom 22. Januar 2010 – 11 L 1052/09 –, juris Rn. 38 ff.).

Hiervon ausgehend überzeugt die Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht, die Antragsgegnerin habe eine – auch nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 gebotene – die Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis rechtfertigende Ermessensentscheidung getroffen, da sie in ihre im Rahmen von § 21 Abs. 2 AufenthG vorgenommene Ermessensprüfung all das eingestellt habe, was auch in eine Ermessensprüfung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 einzustellen gewesen wäre. Auch im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 AuslG 1965 sei es in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts anerkannt, dass der Aspekt des übergeordneten wirtschaftlichen Interesses und des besonderen örtlichen Bedürfnisses maßgeblich zu berücksichtigen sei. Soweit das Verwaltungsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 09. Mai 1986 – 1 C 39.83 –, BVerwGE 74, 165 ff. = juris Rn. 31 ff. (insbesondere 34)) verweist, legt diese "die an die AuslVwV Nr. 15 zu § 7 (AuslG 1965) anknüpfende Verwaltungspraxis" zugrunde, die, "wie bereits erwähnt, ein bestimmtes ausländer- und wirtschaftspolitisches Ziel (verfolgt), das dann zurückgestellt werden kann, wenn an der beabsichtigten selbständigen Erwerbstätigkeit ein übergeordnetes wirtschaftliches Interesses oder ein besonderes örtliches Bedürfnis besteht." Es gilt jedoch zu berücksichtigen, dass abweichend von dieser in Bezug genommenen Fassung der Nr. 15 zu § 7 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Ausländergesetzes (AuslVwV), die erst durch die Änderung vom 29. März 1977 (GMBL. S. 121) eingeführt worden ist (abgedruckt bei: Kanein, Ausländerrecht, Kommentar, 4. Aufl. 1988, § 7 AuslG), die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls am 01. Januar 1973 geltende vorgängige Fassung der Nr. 15 zu § 7 AuslVwV vom 07. Juli 1967 (GMBL. S. 231) i.d.F. der Änderung vom 10. Mai 1972 (GMBL. S. 331) diese Kriterien nicht kannte, sich vielmehr beschränkte auf die Regelung: "Ist Gegenstand einer Auflage die Untersagung einer Erwerbstätigkeit, so ist bei der Aufenthaltserlaubnis zu vermerken: "Erwerbstätigkeit nicht gestattet". Soll die Untersagung auf Erwerbstätigkeiten bestimmter Art

beschränkt werden, so ist dies besonders zu vermerken.". Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass zu diesem Zeitpunkt die in Rede stehenden Kriterien "übergeordnetes wirtschaftliches Interesses oder ein besonderes örtliches Bedürfnis" zu berücksichtigen gewesen wären, finden sich nicht.

Ausgehend von der – weiten – Regelung des § 2 Abs. 1 AuslG 1965 mit ihrer "Negativschränke", der die Kriterien "übergeordnetes wirtschaftliches Interesses oder ein besonderes örtliches Bedürfnis" nicht berücksichtigenden Nr. 15 zu § 7 AuslVwV in der im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Zusatzprotokoll (01. Januar 1973) geltenden Fassung sowie unter Berücksichtigung des Umstandes der erstmaligen Regelung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der selbständigen Erwerbstätigkeit in § 21 (insbesondere Abs. 1) AufenthG, wobei bei der Prüfung von § 21 Abs. 1 Satz 1 und 3 AufenthG unter Berücksichtigung des Regelvermutung in § 21 Abs. 1 Satz 2 AufenthG ein strenger Maßstab anzulegen sein dürfte (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2008 – 3 Bs 196/07 –, juris Rn. 25; VGH BW, Beschluss vom 17. März 2009 – 11 S 448/09 –, juris Rn. 8 und die weitere Anmerkung in Rn. 9: "Im Übrigen gilt: Je weniger die Voraussetzungen des Regelfalls nach § 21 Abs. 1 Satz 2 AufenthG erfüllt sind, desto bedeutender muss das übergeordnete wirtschaftliche Interesse oder das besondere regionale Bedürfnis an der betreffenden selbstständigen Tätigkeit des Ausländers sein, um dennoch die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zu diesem Zweck in Betracht ziehen zu können."), deutet Einiges darauf hin, dass die Regelung des § 21 Abs. 1 AufenthG eine von Art. 41 des Zusatzprotokolls nicht gedeckte Verschärfung der Rechtslage zu Lasten des Antragstellers beinhaltet. Sollte dies der Fall sein, ließe sich nicht ausschließen, dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Ermessensbetätigung nach § 21 Abs. 2 AufenthG den Gesichtspunkt des fehlenden öffentlichen Bedürfnisses mit einem ihm nicht zukommenden Gewicht eingestellt hat.

Eine abschließende Klärung der o.a. Rechtsfragen hat im Rahmen des Hauptsacheverfahrens zu erfolgen. Bei dieser Sachlage besteht kein überwiegendes öffentliches Interesse an einer unverzüglichen Beendigung des Aufenthalts des Antragstellers, zumal nicht ersichtlich ist, dass dieser gegenwärtig auf die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel angewiesen wäre.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung auf §§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 und 2, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG.

Der Beschluss ist nicht anfechtbar.