

Verwaltungsgericht Düsseldorf

Beschluss vom 24.04.2013

T e n o r :

Die aufschiebende Wirkung der Klage 7 K 2999/13 gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 13. Dezember 2013 wird angeordnet, soweit dort die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 21 Abs. 1 AufenthG (Ausübung einer selbständigen Tätigkeit) und gemäß § 21 Abs. 5 (Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit) abgelehnt (Ziffer 2 der Ordnungsverfügung) und dem Antragsteller die Abschiebung angedroht wurde (Ziffer 5 der Ordnungsverfügung).

Im übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Antragsteller und die Antragsgegnerin je zur Hälfte.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Der am 11. März 2013 sinngemäß gestellte Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage 7 K 2999/13 gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 13. Dezember 2013 anzuordnen, mit der die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 19a AufenthG wie auch unter weiteren rechtlichen Gesichtspunkten versagt worden ist, hat nur im tenorierten Umfang Erfolg (I.). Im Übrigen war er abzulehnen (II.).

I. Soweit die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 21 Abs. 1 AufenthG (Ausübung einer selbständigen Tätigkeit) und gemäß § 21 Abs. 5 (Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit) abgelehnt und dem Antragsteller die Abschiebung angedroht wurde, war die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen. Der Antrag ist insoweit zulässig und begründet. Die Antragsgegnerin hat es unterlassen, bei ihrer Prüfung weitere fachkundige Stellen zu beteiligen.

Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht die aufschiebende Wirkung einer Klage gegen einen Verwaltungsakt anordnen, wenn ihr – wie hier gemäß § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG hinsichtlich der Ablehnung des Antrags auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis und gemäß §§ 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO, 112 Satz 1 JustG NRW hinsichtlich der Abschiebungsandrohung – kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung zukommt.

Hier besteht Anlass, der Klage des Antragstellers entgegen dieser gesetzlichen Grundentscheidungen zum Teil aufschiebende Wirkung zukommen zu lassen. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Klage kommt dann in Betracht, wenn die angefochtenen Maßnahmen offensichtlich rechtswidrig sind oder wenn auf Grund einer Abwägung das Interesse des Antragstellers an der Suspendierung der angegriffenen Maß-

nahmen gegenüber dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung vorrangig zu bewerten ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Der Antragsteller hat im maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung einen Anspruch auf erneute Bescheidung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 21 Abs. 1 AufenthG (Ausübung einer selbständigen Tätigkeit) und gemäß § 21 Abs. 5 (Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit). Die streitbefangene Ordnungsverfügung ist insoweit offensichtlich rechtswidrig.

Gemäß § 21 Abs. 1 AufenthG kann einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung einer selbständigen Tätigkeit erteilt werden, wenn 1. ein wirtschaftliches Interesse oder ein regionales Bedürfnis besteht, 2. die Tätigkeit positive Auswirkungen auf die Wirtschaft erwarten lässt und 3. die Finanzierung der Umsetzung durch Eigenkapital oder durch eine Kreditzusage gesichert ist (Satz 1). Die Beurteilung dieser Voraussetzungen richtet sich insbesondere nach der Tragfähigkeit der zu Grunde liegenden Geschäftsidee, den unternehmerischen Erfahrungen des Ausländers, der Höhe des Kapitaleinsatzes, den Auswirkungen auf die Beschäftigungs- und Ausbildungssituation und dem Beitrag für Innovation und Forschung (Satz 2). Bei der Prüfung sind die für den Ort der geplanten Tätigkeit fachkundigen Körperschaften, die zuständigen Gewerbebehörden, die öffentlich-rechtlichen Berufsvertretungen und die für die Berufszulassung zuständigen Behörden zu beteiligen (Satz 3). Die Antragsgegnerin hat indes die zuletzt genannten Stellen bei ihrer Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 21 Abs. 1 AufenthG nicht zu Rate gezogen, sondern sich auf die auf eigener Sachkunde beruhende Feststellung beschränkt, der Antragsteller habe lediglich drei Rechnungen von Projektdienstleistungen für einen Auftraggeber vorgelegt; eine Geschäftsidee bzw. unternehmerische Erfahrung seien nicht erkennbar. Das reicht für eine ordnungsgemäße Prüfung im vorgenannten Sinne nicht aus.

Vielmehr bestand ausreichend Anlass, in eine vertiefende Betrachtung der unternehmerischen Aktivitäten des Antragstellers einzutreten. Bei ihm handelt es sich um einen am ... 1985 geborenen kamerunischen Staatsangehörigen, der 2005 zu Studienzwecken in die Bundesrepublik Deutschland einreiste und zunächst eine entsprechende Aufenthaltserlaubnis nach § 16 Abs. 1 AufenthG erhielt, die bis zum 16. Januar 2010 verlängert wurde. Nachdem er im November 2009 die Deutsche H geheiratet hatte, wurde ihm am 20. Januar 2010 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG erteilt und später bis zum 19. Januar 2013 verlängert. Der Antragsteller, der sein Studium der Mathematik und der „Medien und angewandte Informationstechnologie“ nicht beendet hat und zudem seit dem 1. Juli 2012 nicht mehr mit seiner deutschen Ehefrau zusammenlebt, meldete am 9. März 2010 in Düsseldorf ein Gewerbe an („Softwareentwicklung, Softwareinstallation, Groß- und Versandeinzelhandel mit Software, Hardware, Computernetzwerkinstallation, Bereitstellung von Telekommunikationsverbindungen“). In der Ausländerakte finden sich ferner drei von ihm ausgestellte Rechnungen an die J Consulting GbR in C vom 2. November 2010, 1. und 30. Dezember 2010 über Beträge zwischen 2.300 und 3.100 Euro. Bereits bei dieser Erkenntnislage hätte die Antragsgegnerin auf den mit anwaltlichem Schriftsatz vom 5. Dezember 2012 gestellten Antrag, ihm eine

Aufenthaltserlaubnis u.a. nach § 21 AufenthG zu erteilen, eine vertiefende Prüfung der Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 AufenthG unter Einbeziehung der dort in Satz 3 genannten Stellen durchführen müssen. Die im laufenden Klage- und Eilverfahren vorgelegten Unterlagen – maßgeblich ist die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung – bestätigen und verstärken diese Notwendigkeit einer ins Einzelne gehenden Prüfung. So hat der Antragsteller eine Bestätigung des Steuerberaters vom 27. Februar 2013 vorgelegt, wonach er als IT-Berater im Jahre 2010 10.258,00 Euro, 2011 38.123,98 Euro und 2012 54.818,86 Euro an Umsatz erzielt hat. Ferner hat er ausführlich seinen beruflichen Werdegang (Stichwort: Berufserfahrung/Projekte) geschildert und eine gutachterliche Stellungnahme des „Unternehmensberaters für Organisation und Informationsmanagement sowie Sachverständigen für Elektronische Datenverarbeitung/ Informatik“ C1 vom 8. März 2013 zu den Gerichtsakten gereicht, in der das Unternehmen des Antragstellers dargestellt und sein Wissen und seine Tätigkeit beurteilt wird. Bei einer derartigen Fülle von Informationen drängt es sich geradezu auf, sich bei der Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 AufenthG des externen Sachverständigen der in § 21 Abs. 1 Satz 3 AufenthG genannten örtlich zuständigen fach- und sachkundigen Stellen zu bedienen. Unterbleibt dies, macht das die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis für eine selbständige Tätigkeit offensichtlich rechtswidrig.

Ähnliches gilt für die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 21 Abs. 5 AufenthG für die Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit. Eine hierauf gestützte Aufenthaltserlaubnis ist von dem schriftsätzlichen Antrag vom 5. Dezember 2012, der unter „jedem infrage kommenden rechtlichen Gesichtspunkt“ gestellt wurde und die §§ 19, 19a und 21 AufenthG ausdrücklich erwähnt, umfasst. Hiernach kann einem Ausländer zur Ausübung einer freiberuflichen Tätigkeit abweichend von Absatz 1 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden (Satz 1). Eindeutige Kriterien für die Feststellung der Freiberuflichkeit gibt es nicht. Einen guten Anhaltspunkt bietet die Definition der "Freien Berufe" im Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften von Angehörigen Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz - PartGG). Danach haben die Freien Berufe im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt (vgl. Fehrenbacher, HTK-AuslR / § 21 / zu Abs. 5, Stand: 10/2012). Die vom Antragsteller im IT-Bereich erbrachten Dienstleistungen könnten hiernach u.U. als freiberufliche Tätigkeit einzustufen sein. Allerdings wäre hierzu eine Abgrenzung zwischen freiberuflicher und gewerblicher Tätigkeit vorzunehmen, die im Einzelfall schwierig sein kann, soweit es um „ähnliche Berufe“ geht. Der Begriff ist dabei eng auszulegen. So kann z. B. ein Programmierer freiberuflich tätig sein, solange er keine Trivialsoftware herstellt (vgl. hierzu Bundesfinanzhof, Urteile vom 4. Mai 2004 - XI R 9/03 - und vom 22. September 2009 - VIII R 31/07 - (Diplom-Ingenieur als Systemadministrator) sowie - VIII R 63/06 - (Autodidakt mit Kenntnissen u. Fähigkeiten eines Diplom-Informatikers), alle juris).

Ähnlich wie bei den Voraussetzungen des Absatzes 1 geht es also auch hier um eine komplexe Gemengelage, sodass der Gesetzgeber auch hier zwingend die Beteiligung fach- und sachkundiger Stellen vorsieht. In § 21 Abs. 5 Satz 3 AufenthG heißt es nämlich, Abs. 1 Satz „4“ sei entsprechend anzuwenden. Diese Verweisung müsste richtigerweise auf Absatz 1 Satz „3“ AufenthG erfolgen, da mit dem Gesetz zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie der EU (BGBl. I, 2012, 1224ff.) Satz 4 zu Satz 3 wurde und die Änderung in Absatz 5 versehentlich unterblieb (vgl. Fehrenbacher, HTK-AuslR / § 21 / zu Abs. 5, Stand: 10/2012). Fachkundige Körperschaften in diesem Sinne können insofern auch die Agenturen für Arbeit sein, die beurteilen können, ob der Freiberufler in einem Bereich tätig wird, in dem vergleichbare Arbeitnehmer in größerem Umfang zur Vermittlung zur Verfügung stehen. Im Rahmen des Ermessens kommt diesen Stellungnahmen eine maßgebende Bedeutung zu (vgl. Fehrenbacher, HTK-AuslR / § 21 / zu Abs. 5, Stand: 10/2012). Auch in diesem Zusammenhang hat sich die Antragsgegnerin indes nicht dieses externen Sachverständigen versichert, sondern sich darauf beschränkt auszuführen, nach Aktenlage gehöre der Antragsteller nicht dem Personenkreis der Freiberufler an, der sich an den Katalogberufen von § 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Einkommensteuergesetz orientiere („Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe“). Selbst hierbei hat sie übersehen, dass die von ihr zitierte Vorschrift mit dem Zusatz „und ähnlicher Berufe“ deutlich macht, dass es sich nicht um eine abschließende Aufzählung handelt. Das reicht für eine ordnungsgemäße Prüfung der Voraussetzungen des § 21 Abs. 5 AufenthG nicht aus und macht die hierauf fußende ablehnende Entscheidung offensichtlich rechtswidrig.

Das Gericht hat in der Folge auch Anlass, entgegen der gesetzlichen Grundentscheidung in § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i.V.m. § 112 Satz 1 JustizG NRW gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Androhung der Abschiebung anzuordnen. Das private Aussetzungsinteresse des Antragstellers überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der in der Ordnungsverfügung enthaltenen Abschiebungsandrohung, da die Abschiebungsandrohung nach dem Erkenntnisstand des Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes offensichtlich rechtswidrig ist. Die für den Erlass einer Abschiebungsandrohung aufgrund ihrer Eigenart als vollstreckungsrechtliche Maßnahme vorausgesetzte Ausreisepflicht (vgl. §§ 50 Abs. 1, 58 Abs. 1 AufenthG) ist nicht gegeben, denn der Antragsteller hat – wie oben dargelegt – zumindest einen Anspruch auf Neubescheidung seines Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 21 Abs. 1 und § 21 Abs. 5 AufenthG.

Ist nach alledem die Ablehnung der Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 21 Abs. 1 und 5 AufenthG offensichtlich rechtswidrig, überwiegt das Interesse des Antragstellers an der Suspendierung der Ordnungsverfügung gegenüber dem öffentlichen Interesse an deren sofortigen Vollziehung, zumal zu befürchten ist, dass sein Geschäftsbetrieb, der ausweislich der Zahlen des Steuerberaters in den beiden letzten Jahren

gewissermaßen „an Fahrt aufgenommen“ hat, darunter leiden würde, wenn der Antragsteller die Bundesrepublik Deutschland verlassen müsste, weil in dem er Dienstleistungen innerhalb Deutschland erbringt und hier über entsprechende Kunden verfügt. Demgegenüber tritt das öffentliche Interesse, der Klage des Antragstellers gegen die Ordnungsverfügung noch vor einer ordnungsgemäßen Prüfung der Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 und 5 AufenthG keine aufschiebende Wirkung zukommen zu lassen, zurück.

II. Der Antrag im Übrigen hat keinen Erfolg. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der angegriffenen Ordnungsverfügung verwiesen, der sich das Gericht weitgehend anschließt.

Ergänzend und mit von der Ordnungsverfügung abweichenden Gründen wird darauf hingewiesen, dass die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 19a Abs. 1 AufenthG (Blaue Karte zur Ausübung einer hochqualifizierten Beschäftigung) und einer Niederlassungserlaubnis gemäß § 19a Abs. 6 AufenthG jedenfalls im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden ist.

Der Antragsteller erfüllt die Voraussetzungen des § 19a Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht. Er besitzt unstrittig keinen Hochschulabschluss (Nr.1 Buchstabe a)). Inwieweit er über eine durch eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung nachgewiesene vergleichbare Qualifikation verfügt, worüber die Beteiligten streiten, bedarf keiner Entscheidung. Hierauf kommt es nicht an, weil es an einer weiteren Voraussetzung von § 19a Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) AufenthG fehlt. Es gibt nämlich keine Rechtsverordnung, welche eine vergleichbare Qualifikation durch Berufserfahrung regelt („Soweit durch Rechtsverordnung nach Absatz 2 bestimmt, ...“). Zwar sieht die Hochqualifizierten-Richtlinie der EU (Richtlinie 2009/50/EG), die durch § 19a AufenthG umgesetzt wird, als optionale Regelung vor, dass durch eine mindestens fünfjährige einschlägige Berufserfahrung eine Qualifikation nachgewiesen werden kann, die dem Niveau eines Hochschulabschlusses vergleichbar ist. Dazu wurde mit § 19a Absatz 1 Nr. 1 Buchstabe b) AufenthG eine Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales geschaffen. Da derzeit aber kein Verfahren existiert, mit dem die Vergleichbarkeit festgestellt werden könnte, wurde von der Verordnungsermächtigung bislang kein Gebrauch gemacht (vgl. Hinweise des Bundesministeriums des Innern zu wesentlichen Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Hochqualifizierten-Richtlinie (vom 1. Juni 2012, BGBl., S. 1224), www.bmi.bund.de)).

Schließlich besteht aufgrund der streitigen Ausführungen der Beteiligten Anlass für den Hinweis, dass es in § 19a Abs. 6 AufenthG nicht um weitere Voraussetzungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 19a Abs. 1 AufenthG geht, sondern um die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, die jedoch voraussetzt, dass der Antragsteller Inhaber einer Blauen Karte ist. Hieran fehlt es jedoch.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 GKG. Das Gericht bewertet das Interesse der Antragstellerin an der Außervollzugsetzung der Ablehnung der Erteilung Aufenthaltserlaubnis mit der Hälfte des für das Klageverfahren festzusetzenden gesetzlichen Auffangwertes nach § 52 Abs. 2 GKG von 5000,- Euro. Da der Antragsteller durch sein Vorbringen im gerichtlichen Verfahren deutlich gemacht hat, dass es ihm in erster Linie auf die Aufenthaltserlaubnisse nach § 19a AufenthG und § 21 AufenthG ankommt, war wegen der bei Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen geltenden Trennungsprinzips zweimal die Hälfte des Auffangwertes anzusetzen. Daneben fallen die in der Ordnungsverfügung – antragsgemäß („aus jedem infrage kommenden rechtlichen Gesichtspunkt“) – außerdem geprüften weiteren Gründe für die Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis bei der Streitwertbemessung ebensowenig ins Gewicht wie die Abschiebungsandrohung.