

AufenthG § 5 Abs. 1
AufenthG § 5 Abs. 3
AufenthG § 25 Abs. 4
AufenthG § 25 Abs. 5
AufenthG § 81 Abs. 4
AufenthG § 84 Abs. 2
AufenthG § 104a Abs. 2
AufenthG § 104a Abs. 5
EMRK Art. 8
VwGO § 80 Abs. 5
VwGO § 123 Abs. 1

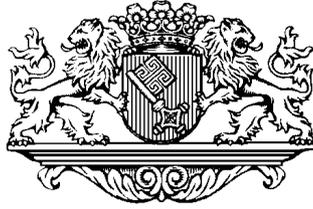
Altfallregelung für volljährige Kinder

1. Der Anwendbarkeit des § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG steht nicht entgegen, dass das volljährige Kind vorübergehend verheiratet und deshalb im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war, wenn es ohne die Ehe geduldet worden wäre. Ebenso ist unschädlich, dass die Eltern des volljährigen Kindes nach langjähriger Duldung eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhalten haben.
2. Die Ausländerbehörde kann zur (Ermessensentscheidung über die) Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG auch für die Vergangenheit verpflichtet werden, wenn die Voraussetzungen für eine Verlängerung dieser Erlaubnis für die Zeit nach dem 31.12.2009 (§ 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG) vorliegen.
3. Eine überwiegend eigenständige Sicherung des Lebensunterhalts im Sinne von § 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG liegt vor, wenn das Einkommen aus eigener Erwerbstätigkeit in dem maßgeblichen Zeitraum das Einkommen aus öffentlichen Mitteln, das nicht auf Beitragsleistungen beruht, insgesamt übersteigt.
4. Zur Berücksichtigung der Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG.
5. § 25 Abs. 5 AufenthG ist auch auf Ausländer anwendbar, die nur deshalb nicht vollziehbar ausreisepflichtig sind, weil ihr Aufenthalt aufgrund der Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG als erlaubt gilt.
6. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK bei einem in Deutschland aufgewachsenen Ausländer, der nicht oder nur kurze Zeit im Besitz eines Aufenthaltstitels war, dazu führt, dass seine Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich (§ 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG) ist.

OVG Bremen, Beschluss vom 22.11.2010

OVG: 1 B 154/10
 (VG: 4 V 223/10)

Stichworte: Altfallregelung; Aufenthaltserlaubnis; Duldung; Fiktionswirkung;
 Integrationsprognose; Humanitäre Gründe; Lebensunterhalt; Privatleben;
 Regelerteilungsvoraussetzung; Verwurzelung



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 B 154/10

(VG: 4 V 223/10)

Beschluss In der Verwaltungsrechtssache

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die Richter Göbel, Prof. Alexy und Traub am 22.11.2010 beschlossen:

Unter entsprechender Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 4. Kammer – vom 12.05.2010 wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 30.10.2009 angeordnet, soweit sich der Widerspruch gegen die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen richtet, und wiederhergestellt, soweit sich der Widerspruch gegen die Androhung und Festsetzung der Abschiebung richtet.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin; auch insoweit wird der angefochtene Beschluss des Verwaltungsgerichts abgeändert.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 3.750,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Der Antragsteller wurde 1986 in Herceg-Novi (damals Jugoslawien, heute Montenegro) geboren und ist montenegrinischer Staatsangehöriger. Er gehört zur Volksgruppe der Roma; seine Eltern stammen aus dem Kosovo und sind heute kosovarische Staatsangehörige. Die Familie reiste 1991 von Herceg-Novi aus nach Deutschland ein. Asylanträge des Antragstellers und seiner Familie wurden 1995 vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge abgelehnt, die entsprechenden Klagen 2001 vom Verwaltungsgericht Potsdam abgewiesen. In der Folgezeit wurde der Antragsteller vom Landkreis Pr. geduldet. Er war verpflichtet, seinen Wohnsitz ausschließlich in einer Gemeinschaftsunterkunft in Pe. zu nehmen; die Aufnahme einer Berufsausbildung war nicht erlaubt. Seit 2005 enthielten die Duldungen auch den Zusatz „Erwerbstätigkeit nicht gestattet“.

Am 10.07.2006 heiratete der Antragsteller eine deutsche Staatsangehörige. Der Landkreis Pr. erteilte ihm daraufhin am 08.08.2006 eine zunächst auf ein Jahr befristete Aufenthaltserlaubnis. Nachdem die Eheleute am 24.07.2007 erklärt hatten, die eheliche Lebensgemeinschaft bestehe fort, verlängerte der Landkreis die Aufenthaltserlaubnis bis zum 23.07.2009.

Mit Schreiben vom 23.08.2007 teilte die Stadt Pe. dem Landkreis Pr. mit, die Eheleute lebten seit dem 12.06.2007 getrennt. Seit dem 06.09.2007 ist der Antragsteller im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin gemeldet. Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller im November 2007 mit, sie beabsichtigte, die ihm erteilten Aufenthaltserlaubnisse wegen falscher Angaben zur ehelichen Lebensgemeinschaft zurückzunehmen. Zugleich wurden Ermittlungen gegen den Antragsteller und seine Ehefrau wegen mittelbarer Falschbeurkundung bzw. Beihilfe dazu aufgenommen. Nachdem das

Verfahren gegen die Ehefrau eingestellt worden war, sagte diese im August 2008 vor der Kriminalpolizei aus: Nach der Eheschließung habe der Antragsteller nie bei ihr gewohnt und auch nicht mehr mit ihr geschlafen. Die Erklärung über den Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft habe sie aus Angst um ihren Sohn abgegeben. Das Strafverfahren gegen den Antragsteller wurde mit Beschluss des AG Br. vom 18.06.2009 eingestellt, nachdem der Antragsteller einen Betrag an eine gemeinnützige Organisation entrichtet hatte. Die Ehe des Antragstellers wurde mit Urteil des AG Bremerhaven vom 12.08.2008 geschieden.

Inzwischen ist der Antragsteller mit einer kosovarischen Staatsangehörigen verlobt. Aus der Beziehung ist ein am 09.11.2009 geborenes Kind hervorgegangen, dessen Personensorge die Eltern gemeinsam ausüben. Ein zweites Kind wird – Stand August 2010 – erwartet.

Der Vater des Antragstellers ist chronisch schwer erkrankt und auf Dauer reiseunfähig, die Mutter in ihrer Bewegungsfähigkeit eingeschränkt. Beiden ist vom Landkreis Pr. eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt worden. Das AG Pe. hat den Antragsteller zum Betreuer seines Vaters bestellt; sein Aufgabenbereich umfasst die Sorge für die Gesundheit seines Vaters, die Aufenthaltsbestimmung, die Vertretung gegenüber Behörden und Institutionen sowie die Vermögenssorge insgesamt einschließlich der Wohnungsangelegenheiten und der Geltendmachung von Ansprüchen auf Renten- und Sozialleistungen.

Nach dem Inhalt der Behördenakten war der Antragsteller, der zehn Jahre die Hauptschule besucht, aber keinen Abschluss erworben hat, in der Zeit vom 03.05.2007 bis zum 18.08.2007, vom 08.09.2007 bis zum 25.10.2007, vom 26.02.2008 bis 31.10.2008, vom 10.01.2009 bis zum 28.01.2009, vom 15.04.2009 bis zum 23.07.2009 und vom 03.08. bis 24. oder 31.10.2009 bei Zeitarbeits- oder Fastfoodfirmen beschäftigt; in den Zwischenzeiten hat er Arbeitslosengeld I oder II bezogen, letzteres teilweise auch neben seiner Erwerbstätigkeit

Der Antragsteller ist mehrmals strafrechtlich verurteilt worden, und zwar durch

- Strafbefehl des AG Pe. vom 22.12.2005 wegen Fischwilderei (Angeln ohne Angelkarte) zu einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen (Tatzeit 05.09.2005),
- Strafbefehl des AG Pe. vom 10.08.2006 wegen Diebstahls einer Metallstange aus einem Schrottcontainer zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen (Tatzeit 04.05.2006),
- Urteil des AG Pe. vom 10.10.2007 wegen Körperverletzung zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen (Tatzeit 24.09.2006),
- Strafbefehl des AG Br. vom 01.08.2008 wegen Beförderungerschleichung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen (Tatzeit 12.02.2008)

Bereits am 18.12.2007 hatte der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers vorsorglich für den Fall, dass es nicht zur Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft komme, eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 AufenthG beantragt. Am 20.07.2009 beantragte er erneut eine solche Aufenthaltserlaubnis. Zusätzlich beantragte der Antragsteller persönlich am 24.07.2009 auf einem Formblatt der Antragsgegnerin die „Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis“; als Zweck des weiteren Aufenthalts gab er an: „Freundin schwanger Termin 26.11.2009“. Mit Bescheid vom 30.10.2009 nahm die Antragsgegnerin die Aufenthaltserlaubnisse vom 08.08.2006 und 24.07.2007 zurück, wies den Antragsteller aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aus, lehnte den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis vom 24.07.2009 und den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 vom 13.12.2007 ab und drohte dem Antragsteller für den Fall, dass er nicht binnen 14 Tagen nach Erhalt des Bescheids ausgereist sei, die Abschiebung nach Montenegro oder in einen anderen Staat an und setzte die Abschiebung fest; zugleich ordnete sie die sofortige Vollziehung der Rücknahme der Aufenthaltserlaubnisse, der Ausweisung und der Abschiebungsregelung an. Gegen den Bescheid hat der Antragsteller Widerspruch eingelegt, über den noch nicht entschieden ist.

Zugleich hat er beim Verwaltungsgericht beantragt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs anzuordnen bzw. wiederherzustellen. Mit Beschluss vom 12.05.2010 hat das Verwaltungsgericht die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ausweisung und der Rücknahme der Aufenthaltserlaubnisse aufgehoben. Im Übrigen hat es den Antrag abgelehnt. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers.

B.

Die Beschwerde ist begründet. Die Darlegungen des Antragstellers innerhalb der Beschwerdefrist, auf deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben Veranlassung zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung.

I.

Vorläufiger Rechtsschutz ist hier durch Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach § 80 Abs. 5 VwGO zu gewähren, weil die Ablehnung der beantragten Aufenthaltserlaubnis zugleich den Verlust der Fiktion des erlaubten Aufenthalts nach § 81 Abs. 4 AufenthG bewirkt hat. Der Aufenthalt des Antragstellers galt bis zum Erlass des Ablehnungsbescheids als erlaubt, weil der Antragsteller, als er eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen beantragte, im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG war.

1.

Dieser Aufenthaltstitel ist zwar rückwirkend dadurch entfallen, dass die Antragsgegnerin ihn mit Wirkung ex tunc zurückgenommen hat. Der Antragsteller hat aber Widerspruch gegen die Rücknahme erhoben, und dieser Widerspruch hat aufschiebende Wirkung, weil das Verwaltungsgericht die Anordnung der sofortigen Vollziehung aufgehoben hat. Der Widerspruch gegen die Rücknahme der Aufenthaltserlaubnis lässt zwar nach § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG die Wirksamkeit der Rücknahme unberührt. Er hindert aber die Vollziehbarkeit der Rücknahme. Die verfassungsrechtliche Funktion der aufschiebenden Wirkung, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, verbietet, aus der angefochtenen Rücknahme für den Antragsteller nachteilige rechtliche Folgerungen zu ziehen (vgl. *Finkelburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008, Rn 631 m. w. Nwn.). Der Antragsteller ist daher so zu behandeln, als wenn die Fiktionswirkung noch fortbestünde.

2.

Der Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO steht auch nicht entgegen, dass § 81 Abs. 4 AufenthG nach § 104a Abs. 5 Satz 5 AufenthG keine Anwendung findet, wenn beantragt wird, eine nach § 104a Abs. 1 oder 2 AufenthG erteilte Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen, die von Gesetzes wegen nur bis zum 31.12.2009 gilt, für die Zeit danach zu verlängern. Ein solcher Antrag ist zwar, wie noch näher auszuführen sein wird, (auch) Gegenstand des Begehrens des Antragstellers in der Hauptsache. Das ändert aber nichts daran, dass vorläufiger Rechtsschutz hier nach § 80 Abs. 5 und nicht nach § 123 Abs. 1 VwGO zu gewähren ist.

Die Reichweite des § 104a Abs. 5 Satz 5 AufenthG ist in Literatur und Praxis umstritten. Die Vorschrift ist als „unverständliche Fehlleistung des Gesetzgebers“ (*Funke-Kaiser*, GK-AufenthG, Rn 85 <Stand Mai 2010>) bezeichnet und von einzelnen Ausländerbehörden für nicht anwendbar erklärt worden (vgl. die Nachweise für Berlin bei *Kirsch*, ZAR 2008, 130 <134> und ZAR 2008, 259 <263>). Dem folgt der Senat nicht. Die Vorschrift ist vielmehr im Wege der teleologischen Reduktion entsprechend ihrem Sinn und Zweck auszulegen. Danach soll sie, wie in Ziff. 104a.5. AllgVwV-AufenthG beschrieben wird, verhindern, dass sich ein auf die gesetzliche Altfallregelung berufender Ausländer allein durch einen Verlängerungsantrag der Aufenthaltsbeendigung entziehen kann; zugleich soll sie die Intention des Gesetzgebers unterstreichen, dass eine Verlängerung einer nach § 104a Abs. 1 oder 2 AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnis nicht in Betracht kommen soll, wenn die Verlängerungsvoraussetzungen erst nach Ablauf der erstmals erteilten Aufenthaltserlaubnis erfüllt werden. Beide Ziele können aber nicht erreicht werden, wenn Verfahrensgegenstand sowohl die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis als auch deren Verlängerung ist, weil die erstmalige Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vor dem 31.12.2009 trotz eines rechtzeitig gestellten Antrags - jedenfalls nach Ansicht des Antragstellers - rechtsfehlerhaft unterblieben ist.

Unabhängig davon muss es auch deshalb beim Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO bleiben, weil Verfahrensgegenstand in der Hauptsache nicht nur die Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG, sondern die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus

humanitären Gründen insgesamt ist und das auch die Prüfung von Ansprüchen nach Abschnitt 5 des Zweiten Kapitels (§§ 22 bis 26) des Aufenthaltsgesetzes einschließt (BVerwG, Urt. v. 04.09.2007 - 1 C 43.06 -, BVerwGE 129, 226 Rn 12), ohne dass eine bestimmte Rangfolge für diese Prüfung vorgegeben wäre (vgl. für § 25 Abs. 5 AufenthG: *Eckertz-Höfer*, ZAR 2008, 41 <42>). Soweit es um Aufenthaltserlaubnisse nach Abschnitt 5 des Zweiten Kapitels geht, gilt § 104a Abs. 5 VwGO aber nicht. Da Rechtsschutz nicht zugleich nach § 80 Abs. 5 und nach § 123 Abs. 1 VwGO beantragt und gewährt werden kann, ist entsprechend dem auch in § 123 Abs. 5 VwGO enthaltenen Rechtsgedanken vorrangig nach § 80 Abs. 5 VwGO zu verfahren.

II.

Das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen und gegen die getroffene Abschiebungsregelung überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Beendigung seines Aufenthalts. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann nicht angenommen werden, dass der Antragsteller mit seinem Begehren in der Hauptsache voraussichtlich unterliegt. Nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Würdigung spricht derzeit vielmehr zumindest eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Antragsteller einen – bisher nicht eingelösten – Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen hat.

1.

Grundlage eines solchen Anspruchs ist § 104a Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 104a Abs. 5 Sätze 1 bis 3 und Abs. 6 Sätze 1 und 2 Nr. 2 AufenthG.

a.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts scheidet die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift nicht schon daran, dass der Antragsteller nicht zum Kreis der von dieser Vorschrift erfassten Personen gehöre, weil er geschieden sei und seine Eltern im Besitz von Aufenthaltserlaubnissen seien.

Zwar ist richtig, dass § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG von seinem Wortlaut her nur die geduldeten volljährigen ledigen Kinder eines geduldeten Ausländers erfasst. Sinn und Zweck der Vorschrift und der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG sprechen aber dafür, auch solche Personen wie den Antragsteller in den begünstigten Personenkreis einzubeziehen, die vorübergehend verheiratet waren und deren Eltern inzwischen nicht mehr geduldet werden, sondern im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen sind.

aa.

Die Beschränkung des berechtigten Personenkreises auf ledige volljährige Kinder – unabhängig davon, ob diese noch in häuslicher Gemeinschaft mit den Eltern leben –, stellt eine ungerechtfertigte Benachteiligung verheirateter, verwitweter und geschiedener volljähriger Kinder dar, die nicht mit Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist (vgl. auch *Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 27 zu § 104a <Stand Mai 2010>). Es ist nämlich kein sachlicher Grund dafür erkennbar, dass volljährige Kinder, die geheiratet haben, aufenthaltsrechtlich ohne Rücksicht auf ihre Lebensumstände allein wegen einer Eheschließung schlechter gestellt werden als volljährige ledige Kinder. Auch die Antragsgegnerin hat in ihrer Stellungnahme zu dem Hinweis des Senats auf die verfassungsrechtliche Problematik einen solchen Grund nicht nennen können. Die Frage, ob sich die grundrechtswidrige Benachteiligung im Wege der Auslegung vermeiden lässt oder ob der Wortlaut einer solchen Auslegung zwingend mit der Folge entgegensteht, dass – sollte die Frage entscheidungserheblich sein (vgl. unten 2.) – vom Bundesverfassungsgericht über die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift entschieden werden muss (Art. 100 Abs. 1 GG), kann nur in einem eventuellen Hauptsacheverfahren geklärt werden.

Aus den dargestellten Gründen dürfte auch unschädlich sein, dass ein Ausländer sich nicht seit mindestens acht Jahren „ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat“, sondern zeitweise mit einer Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft; das gilt jedenfalls dann, wenn

die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Duldung ohne diese Aufenthaltserlaubnis fortbestanden hätten (vgl. *Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 11 zu § 104a <Stand Oktober 2009>). Davon muss hier ausgegangen werden. Bis zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG ist der Antragsteller geduldet worden, obwohl von Anfang an aktenkundig war, dass er nicht aus dem Kosovo, sondern aus Montenegro stammte. Die Berücksichtigung der Zeit, in der der Antragsteller über eine - inzwischen mit Wirkung ex tunc zurückgenommenen - Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG verfügte, führt nicht, wie die Antragsgegnerin vorträgt, zu einer Besserstellung des zeitweise verheirateten Ausländers, weil ihm eine vom Gesetzgeber nicht gewollte „zweite Chance“ eröffnet würde, sondern bewahrt ihn lediglich vor einer Benachteiligung, in dem sie ihm die anderen Ausländern gewährte „erste Chance“ belässt.

bb.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG kann auch nicht daran scheitern, dass die Eltern des Antragstellers nicht mehr nur geduldet werden, sondern inzwischen eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhalten haben. Nach Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ist unter dem „Kind eines geduldeten Ausländers“ auch das Kind eines solchen Ausländers zu verstehen, bei dem auf absehbare Zeit ein Abschiebungshindernis besteht und der zur Vermeidung einer vom Gesetz nicht gewollten Kettenduldung (vgl. die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/420, S. 80) eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erhält. So liegt es hier. Die Eltern des Antragstellers haben erstmals am 18.09.2007 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erhalten, weil ihre Abschiebung wegen einer ernsthaften chronischen Erkrankung des Vaters auf Dauer nicht möglich ist. Es wäre ein sinnwidriger Wertungswiderspruch, wenn die aus humanitären Gründen gebotene Verbesserung der Rechtsstellung der Eltern zu einem Verlust von gleichfalls aus humanitären Gründen begründeten Ansprüchen des Kindes führen würde.

b.

Den Erfolgsaussichten des Begehren des Antragstellers steht auch nicht entgegen, dass eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG nur mit einer Gültigkeit bis zum 31.12.2009 erteilt wird (§ 104a Abs. 5 Satz 1 AufenthG) und dieser Termin inzwischen verstrichen ist.

Eine - wie hier - rechtzeitig beantragte Aufenthaltserlaubnis kann auch für die Vergangenheit erteilt werden, wenn sich diese Erteilung auf die weitere aufenthaltsrechtliche Stellung des Ausländers auswirken kann (vgl. zuletzt BVerwG, Urt. v. 27.01.2009 - 1 C 40.07 -, BVerwGE 133, 73, Rn 10). Das ist hier der Fall, denn die nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG bis zum 31.12.2009 erteilte Aufenthaltserlaubnis „soll“ unter bestimmten Voraussetzungen nach § 105 Abs. 5 Satz 2 AufenthG um weitere zwei Jahre verlängert werden, und diese Voraussetzungen liegen hier mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor.

aa.

Die Verlängerung bedarf keines ausdrücklichen Antrags; dieser kann auch konkludent darin zu sehen sein, dass der Ausländer sein Begehren nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG über den 31.12.2009 hinaus weiter verfolgt (vgl. *Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 76.1 <Stand Oktober 2009>). Ebenso ist in der Ablehnung der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG zugleich auch die Ablehnung einer Verlängerung dieser Aufenthaltserlaubnis für die Zeit nach dem 31.12.2009 zu sehen.

Setzt die rückwirkende Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG voraus, dass der Ausländer einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für die Zeit nach dem 31.12.2009 hat, ergibt sich allerdings folgendes Problem: Die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis erfolgt nach § 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG nur, wenn der Ausländer in der Zeit vor dem 31.12.2009 seinen Lebensunterhalt überwiegend bzw. nicht nur vorübergehend eigenständig gesichert hat. Das wiederum sollte ihm aber erst durch die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG ermöglicht werden. Ist ihm die Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht oder nicht rechtzeitig erteilt worden, kann von ihm für die Verlängerung dieser Aufenthaltserlaubnis daher nicht verlangt werden, dass er die Voraussetzungen des § 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG erfüllt hat (vgl. *Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 87 <Stand Mai 2010>). Dieses Problem, das nur entsteht, wenn die Ausländerbehörde einem rechtzeitig gestellten Antrag des Ausländers auf

Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG zu Unrecht nicht entspricht, darf nicht zu Lasten des Ausländers gelöst werden. Wie es zu lösen ist, bedarf hier aber keiner Entscheidung, denn im Fall des Antragstellers kommt eine weitere Besonderheit hinzu:

Der Antragsteller war vom 08.08.2006 bis zum 23.07.2009 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG. Diese Erlaubnis ist zwar später mit Wirkung ex tunc zurückgenommen worden. Die Rücknahme ändert aber nichts daran, dass der Antragsteller jedenfalls bis zum 23.07.2009 faktisch so gestellt war, als ob er eine Aufenthaltserlaubnis gehabt hätte. Hinsichtlich der Möglichkeiten, seinen Lebensunterhalt zu sichern, war er daher nicht mit einem lediglich geduldeten Ausländer vergleichbar, sondern wie ein Ausländer gestellt, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG hatte. Es gibt deshalb keinen Grund, beim Antragsteller jedenfalls bis zum 23.07.2009 von der Erfüllung der Voraussetzungen des § 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG abzusehen. Andernfalls würde dem Antragsteller in der Tat eine „zweite Chance“ eröffnet, die die Antragsgegnerin zu Recht nicht als Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ansieht.

Für den Zeitraum bis zum Erlass des ablehnenden Bescheids der Antragsgegnerin (hier 30.10.2009) gilt grundsätzlich Entsprechendes, weil dem Antragsteller in dieser Zeit die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG zugute kommt. Allerdings hat die Antragstellerin ihm keine entsprechende Fiktionsbescheinigung erteilt, weil sie – zu Unrecht – nur die Voraussetzungen für eine Duldungsfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG angenommen hat. Welche Folgerungen daraus zu ziehen sind, bedarf hier ebenso keiner Entscheidung wie die Frage, in welcher Weise der Zeitraum zwischen dem ablehnenden Bescheid vom 30.10.2009 und dem gesetzlichen Stichtag 31.12.2009 zu berücksichtigen ist, in dem der Antragsteller nur geduldet war. Es wirkt sich nämlich nicht zu Lasten des Antragstellers aus, wenn bei Prüfung der Voraussetzungen des § 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG auch die Zeit vom 23.07.2009 bis 31.12.2009 berücksichtigt wird.

bb.

Auch dann ist nämlich überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragsteller die Voraussetzungen des § 104a Abs. 5 Satz 2 Alt. 1 und Satz 3, Abs. 6 AufenthG erfüllt.

(1)

Nach dem derzeitigen Erkenntnisstand muss angenommen werden, dass der Lebensunterhalt des Antragstellers bis zum 31.12.2009 überwiegend eigenständig durch Erwerbstätigkeit gesichert war (§ 104a Abs. 5 Satz 2 Alt. 1 AufenthG).

Eine überwiegend eigenständige Sicherung des Lebensunterhalts liegt vor, wenn das Einkommen aus eigener Erwerbstätigkeit in dem maßgeblichen Zeitraum das Einkommen aus öffentlichen Mitteln, die nicht – wie etwa das Arbeitslosengeld I – auf Beitragsleistungen beruhen, insgesamt übersteigt (*Hailbronner*, AuslR, Rn 50 zu § 104a AufenthG <Stand Febr. 2010>). Ob sich das Merkmal „überwiegend“ daneben auch auf den maßgeblichen Zeitraum bezieht (in diesem Sinne *Kirsch*, ZAR 2009, 259 <261>), kann hier offen bleiben, denn auch diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Weitere Einschränkungen (in dieser Richtung *Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 86 <Stand Mai 2010>) lassen sich dem Gesetz nicht entnehmen.

Hinsichtlich des Beginns des maßgeblichen Zeitraums ist grundsätzlich auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG abzustellen (*Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 86 <Stand Mai 2010>; *Hailbronner*, a. a. O., Rn 50 <Stand Febr. 2010>; *Kirsch*, ZAR 2009, 259 <261>). Ist diese – wie hier – nicht erteilt worden, kann der maßgebliche Zeitraum jedenfalls nicht vor dem Zeitpunkt der Antragstellung – hier 18.12.2007 – liegen.

Für die Zeit vom 18.12.2007 bis zum 31.12.2009 hat der Antragsteller insgesamt vier Arbeitsverhältnisse nachgewiesen, und zwar für die Zeit vom 26.02.2008 bis 31.10.2008 (A), vom 19.01.2009 bis 28.01.2009 (B), vom 15.04.2009 bis 23.07.2009 (C) und vom 03.08.2009 bis zum 24. bzw. 31.10.2009 (D); das entspricht mehr als der Hälfte des maßgebenden Zeitraums. Sein monatliches Arbeitseinkommen aus diesen Beschäftigungen betrug 1.048,76 Euro brutto bzw. 816,72 Euro netto (A; vgl. Bl. 317 BA), 624,00 Euro brutto (B; umgerechnet aus 20 Wochenstunden á 7,20 Euro; vgl. Bl. 335ff. BA), 959,92 Euro brutto bzw. 756,39 Euro netto (C, vgl. Anlage zum Schriftsatz vom 30.08.2010, Bl. 172 GA) und 1.129,32 Euro brutto (D, 151, 67 Stunden mtl. á 7,38 Euro; vgl. Anlage

zum Schriftsatz vom 30.08.2010, Bl. 155, 158 GA) Daraus ergibt sich bei überschlägiger Schätzung ein Gesamtnettoeinkommen in dem genannten Zeitraum von mindestens 11.000,00 Euro; hinzu kommt möglicherweise noch Arbeitslosengeld I (vgl. Bl. 332 BA). Leistungen nach dem SGB II hat der Antragsteller bis zum 30.04.2008, vom 10.12.2008 bis zum 30.06.2009 und ab 01.08.2009 bezogen. Zur Höhe dieser Mittel ist bisher lediglich festgestellt, dass sie für die Zeit von Oktober 2007 bis Oktober 2009 5.880,43 Euro betragen (Bl. 389 BA). Es ist daher überwiegend wahrscheinlich, dass sie auch in dem hier maßgebenden Zeitraum deutlich hinter den Einkünften aus Erwerbstätigkeit zurückblieben.

(2)

Auch für die Zeit nach dem 31.12.2009 rechtfertigen Tatsachen die Annahme, dass der Lebensunterhalt des Antragstellers überwiegend gesichert gewesen wäre bzw. gesichert sein wird (§ 104a Abs. 5 Satz 3 AufenthG).

Der Antragsteller hat einen Arbeitsvertrag mit einer Hausverwaltungsfirma in S. vorgelegt. Danach sollte er vom 14.12.2009 an unbefristet und in Vollzeit (40 Wochenstunden) für einen Stundenlohn von 11,00 Euro brutto als Hausmeisterhelfer arbeiten. Daraus errechnet sich ein Bruttoeinkommen vom 1.906,67 brutto. Das reicht aller Wahrscheinlichkeit für eine „überwiegende“ Sicherung seines Lebensunterhalts aus. Selbst wenn dies unter Berücksichtigung des Bedarfs der Kinder des Antragstellers nicht der Fall wäre, käme dem Antragsteller § 104a Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Nr. 2 AufenthG zugute. Danach kann zur Vermeidung von Härtefällen Familien mit Kindern, die nur vorübergehend auf ergänzende Sozialleistungen angewiesen sind, von Absatz 5 abgewichen werden. Diese Härteregelung betrifft die Fälle, in denen der Bezug von ergänzender Hilfe seinen Grund in dem Vorhandensein von Kindern hat, weil die eigenen Einkünfte aus Erwerbstätigkeit zwar zur überwiegenden Bestreitung des Lebensunterhalts der Eltern ausreichen würden, nicht jedoch zur Deckung des überwiegenden Lebensunterhalts der gesamten Familie genügen (vgl. Ziff. 104a.6.2. AllgVwV-AufenthG).

Die Annahme, dass der Lebensunterhalt des Antragstellers überwiegend gesichert sein wird, ist auch nicht dadurch entfallen, dass der Antragsteller den Arbeitsvertrag wegen der aus der Duldung resultierenden Beschränkung seines Aufenthalts auf das Land Bremen (§ 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) nicht hat erfüllen können. Der Arbeitgeber hat durch Erklärung vom 12.07.2010 (Anlage zum Schriftsatz vom 30.08.2010, Bl. 174 GA) bestätigt, dass er weiterhin an der Beschäftigung des Antragstellers interessiert ist.

c.

Auch die weiteren Voraussetzungen des § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG sind nach der im Eilverfahren gebotenen summarischen Würdigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt.

aa.

Anders als § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG entbindet § 104a Abs.2 Satz 1 AufenthG nicht ausdrücklich von der Beachtung der Regelerteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AufenthG.

(1)

Ob dies auch für die Sicherung des Lebensunterhalts (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) gilt, erscheint indes fraglich. Nach Sinn und Zweck der Altfallregelung soll es die Erteilung einer „Aufenthaltserlaubnis auf Probe“ nach § 104a Abs. 2 AufenthG den erfassten Personen erst ermöglichen, sich zum 31.12.2009 eine Grundlage für die Sicherung ihres Lebensunterhalts zu verschaffen. § 104a Abs. 5 Satz 2 und 3 AufenthG würde leer laufen, wenn die dort normierten Voraussetzungen nicht ausreichten, weil die strengeren Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG anwendbar blieben. Es spricht deshalb viel dafür, § 104a Abs. 2 und 5 AufenthG als *lex specialis* zu § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG zu sehen (Hk-AusIR/*Fränkel*, 2008, Rn 20 zu § 104a AufenthG; ähnlich *Funke-Kaiser*, a. a. O., Rn 67 zu § 104a AufenthG <Stand Dez. 2008>).

Einer abschließenden Entscheidung dieser Frage bedarf es im Rahmen des Eilverfahrens nicht. Auch wenn § 5 Abs.1 Nr. 1 AufenthG anwendbar bleibt, kann nämlich von der Erfüllung dieser Voraussetzung nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG abgesehen werden. Spätestens bei der Ausübung dieses Ermessens ist dann der Tatsache Rechnung zu tragen, dass eine undifferenzierte Übernahme der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen zu Wertungswidersprüchen der gesetzlichen Regelung führen kann, wenn Sinn und Zweck der in § 104a AufenthG aus humanitären Gründen getroffenen Altfallregelung nicht hinreichend gewürdigt werden (vgl. *Hailbronner*, a. a. O., Rn 38 zu § 104a <Stand Febr. 2010>; *Huber*, AufenthG, 2010, Rn 18 zu § 104a AufenthG; siehe auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/5065, S. 202).

Hat der Antragsteller – wie dargelegt – seinen Lebensunterhalt seit Dezember 2007 überwiegend eigenständig gesichert und ist die Annahme gerechtfertigt, dass er dies auch in Zukunft tun wird, kann ihm bei der nunmehr rückwirkend zu treffenden Entscheidung eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht wegen unzureichender Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG versagt werden.

(2)

Nicht abschließend geklärt ist bisher auch die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG in der Regel voraussetzt, dass der Ausländer keine Straftaten begangen und damit einen Ausweisungsgrund (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) verwirklicht hat. Nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn er einen nicht nur vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen hat. Demgegenüber setzt § 104a Abs. 1 Nr. 6 AufenthG als *lex specialis* für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Ausländer nicht wegen einer im Bundesgebiet begangenen vorsätzlichen Straftat verurteilt wurde, wobei Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylverfahrensgesetz nur von Ausländern begangen werden können, außer Betracht bleiben. § 104a Abs. 2 AufenthG enthält für den dort erfassten Personenkreis keine ausdrückliche entsprechende Einschränkung. Daraus ist aber weder im Wege des Umkehrschlusses zu § 104a Abs. 1 Nr. 6 AufenthG zu folgern, dass strafgerichtliche Verurteilungen im Rahmen von § 104a Abs. 2 Satz 1 AufenthG generell unberücksichtigt bleiben sollen, noch bedeutet dies, dass bei Anwendung dieser Vorschrift uneingeschränkt – also auch hinsichtlich von Verurteilungen von insgesamt nicht mehr als 50 Tagessätzen – auf den Regelversagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zurückgegriffen werden soll. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind strafgerichtliche Verurteilungen vielmehr im Rahmen der nach § 104a Abs. 2 Satz 1 (letzter Halbsatz) AufenthG zu treffenden Integrationsprognose zu würdigen (Urt. v. 27.01.2009 – 1 C 40.07 –, BVerwGE 133,73, Rn 16). Eine solche auf die Zukunft abzustellende Betrachtungsweise verdient Zustimmung (vgl. in diesem Sinne schon Beschl. des Senats vom 06.08.2007 – 1 B 315/07 –, NVwZ 2008, 231 <232>). Sie wäre im Übrigen auch dann erforderlich, wenn entsprechend der Auffassung der Antragsgegnerin der Regelversagungsgrund des § 5 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG zu prüfen wäre. Auch bei dessen Anwendung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats nämlich für die Frage, ob ein Regelfall vorliegt, eine – gerichtlich voll überprüfbare – aktuelle Gefährdungsprognose, also gleichfalls eine zukunftsbezogene Betrachtung, anzustellen (zuletzt Beschl. v. 12.08.2010 – 1 B 307/09 – m. w. Nwn.).

(3)

Ein Ausweisungsgrund liegt nach § 55 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG auch dann vor, wenn der Ausländer in einem Verwaltungsverfahren falsche Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels oder der Aussetzung der Abschiebung gemacht hat, soweit er zuvor auf die Rechtsfolgen einer solchen Handlung hingewiesen worden ist.

Die Antragsgegnerin hat hier angenommen, der Antragsteller habe bei Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis am 24.07.2007 angegeben, die eheliche Lebensgemeinschaft mit seiner damaligen Ehefrau bestehe weiterhin fort, obwohl das nicht mehr der Fall gewesen sei. Dafür könnten die Angaben der damaligen Ehefrau bei der Kriminalpolizei, ihre Anzeige des Getrenntlebens vom 12.06.2007 an bei der Meldebehörde und ihre am 02.05.2007 ausgesprochene Kündigung der Wohnung sprechen. Andererseits hat auch die damalige Ehefrau am 24.07.2007 bei der Ausländerbehörde die selben Angaben gemacht wie der Antragsteller, und der Antragsteller bestreitet

nach wie vor, dass die eheliche Lebensgemeinschaft schon zum damaligen Zeitpunkt nicht mehr bestanden habe. In dem eingeleiteten Strafverfahren ist der Vorwurf nicht abschließend geklärt worden. Der Behauptung der Ehefrau bei ihrer Vernehmung vor der Kriminalpolizei, der Antragsteller habe sie zu den falschen Angaben gegenüber der Ausländerbehörde genötigt, indem er gedroht habe, ihrem Sohn etwa anzutun, ist nicht weiter nachgegangen worden. Zwar hat die Staatsanwaltschaft zunächst auch ein Ermittlungsverfahren wegen Nötigung und Bedrohung gegen den Antragsteller eingeleitet, sie hat dieses aber gemäß § 154 Abs. 1 StPO im Hinblick auf die wegen der mittelbaren Falschbeurkundung und Verstoßes gegen § 95 AufenthG zu erwartenden Strafe eingestellt und auch nicht wieder aufgenommen, nachdem das Verfahren wegen dieser Delikte nach Zahlung eines Geldbetrages in Höhe von 300 Euro gemäß § 153a StPO eingestellt worden war. Von einem aufgrund des Strafverfahrens feststehenden Sachverhalt kann daher hinsichtlich der dem Antragsteller vorgeworfenen falschen Angaben nicht ausgegangen werden (zur Bedeutung der Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO für das Verwaltungsverfahren vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 16.01.1991 – 1 BvR 1326/90 –, NJW 1991, 1530 <1532>). Es ist daher Sache der Widerspruchsbehörde, den streitig gebliebenen Sachverhalt aufgrund der bisher gewonnenen Erkenntnisse zu würdigen und, falls erforderlich, weitere Ermittlungen anzustellen.

Doch auch wenn nach dem bisherigen Erkenntnisstand ein Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG als verwirklicht angesehen wird, kann dieser der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nur entgegengehalten werden, wenn ein Regel-, und kein Ausnahmefall gegeben ist. Hier spricht Einiges dafür, dass besondere, atypische Umstände vorliegen, die so bedeutsam sind, dass sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen (zu diesen – gerichtlich voll überprüfbaren – Voraussetzungen: BVerwG, Urt. v. 26.08.2008 – 1 C 32.07 –, BVerwGE 131,370 = NVwZ 2009, 248, Rn 27; Urt. v. 30.04.2009 – 1 C 3.08 –, NVwZ 2009, 1239, Rn 13; OVG Bremen, Beschl. v. 27.10.2009 – 1 B 224/09 –, NordÖR 2009, 506 = InfAuslR 2010, 29). Erheblich könnte dafür – unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls – sein, dass Staatsanwaltschaft und Amtsgericht das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung der dem Antragsteller zur Last gelegten Täuschungshandlung nach Erfüllung einer Zahlungsaufgabe und die Schwere der Schuld als ein der Einstellung entgegenstehendes Hindernis verneint haben (vgl. § 153a Abs. 1 Satz 1 StPO). Zu berücksichtigen sein könnte auch, dass der Antragsteller ohne die ihm zur Last gelegte Täuschung zwar keinen Aufenthaltstitel bekommen, aller Wahrscheinlichkeit nach aber weiter geduldet worden wäre.

Selbst wenn diese gegenüber dem Regelfall des § 55 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG abweichenden mildereren Umstände als nicht hinreichend für die Annahme eines Ausnahmefalls im Sinne von § 5 Abs. 1 AufenthG angesehen werden, sind sie jedenfalls im Rahmen der nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG gebotenen Ermessensentscheidung darüber zu berücksichtigen, ob bei der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis von der Anwendung des § 5 Abs. 1 AufenthG abgesehen werden soll.

bb.

Nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand erscheint auch gewährleistet, dass sich der Antragsteller auf Grund seiner bisherigen Ausbildung und Lebensverhältnisse in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann (§ 104a Abs. 2 Satz 1 letzter Halbsatz AufenthG.).

(1)

Im Rahmen dieser „positiven Integrationsprognose“ (Gesetzesbegründung, BT-Drs. 16/5065, S. 202) sind, wie dargelegt, auch die strafgerichtlichen Verurteilungen des Antragstellers von entscheidendem Gewicht. Nach der bereits zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 27.01.2009 – 1 C 40.07 –, BVerwGE 133, 73, Rn 16) wird bei einer Verurteilung zu einer Strafe, die doppelt so hoch ist wie die Grenze von 50 Tagessätzen in § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG, die erforderliche positive Integrationsprognose in aller Regel ausscheiden, „insbesondere auch dann, wenn eine Wiederholungsgefahr nicht auszuschließen ist“; in atypischen Fällen, in denen besondere Umstände die Integration des Ausländers im Bundesgebiet belegen, kann auch bei einer solchen Bestrafung die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in Betracht kommen. Der Senat folgt dieser Rechtsprechung nur eingeschränkt. Anders als § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG sieht § 104 Abs. 2 Satz 1 AufenthG gerade keine schematische Obergrenze für die Höhe der Geldstrafe(n), die die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausschließen soll, vor, sondern stellt auf eine umfassende Prognose ab, die nur das Ergebnis einer wertenden Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls sein kann. Da Prognosen auf

die Zukunft gerichtet sind, können strafgerichtliche Verurteilungen nur dann von entscheidender Bedeutung sein, wenn die Gefahr besteht, dass der Ausländer erneut straffällig werden könnte. Lässt sich eine Wiederholungsgefahr dagegen hinreichend sicher ausschließen, stehen die früheren Verurteilungen einer positiven Integrationsprognose nicht entgegen (vgl. in diesem Sinne bereits Beschl. des Senats vom 06.08.2007 – 1 B 315/07 –, NVwZ 2008, 231 <232>).

Der Antragsteller hat die Grenze von 100 Tagessätzen in der Gesamtheit seiner Verurteilungen knapp, nämlich um 5 Tagessätze, überschritten. Es handelt sich, sieht man von der Körperverletzung ab, um geringfügige Straftaten. Die Körperverletzung ist mit einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen geahndet worden, die bei isolierter Betrachtungsweise noch innerhalb des in § 104a Abs. 1 Satz Nr. 6 AufenthG geregelten Rahmens verbleibt. Das Angeln ohne Angelkarte und der Diebstahl einer Metallstange aus einem Schrottcontainer fallen in die Zeit, als der Antragsteller als Heranwachsender im Asylbewerberheim in Pe. lebte und keiner Erwerbstätigkeit nachgehen durfte. Zu der Körperverletzung kam es zwar erst kurz nach der Eheschließung und der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis, sie erfolgte aber bei einem Besuch in der Asylbewerberunterkunft gegenüber einem dort beschäftigten Wachmann, mit dem der Antragsteller in Konflikt geraten war. Der zeitliche und räumliche Zusammenhang, in dem die Straftaten mit dem Heranwachsen des Antragstellers in der Gemeinschaftsunterkunft stehen, besteht nicht mehr. Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller sich ähnlich verhalten könnte, nachdem er dieser Umgebung entwachsen ist und auf eigenen Füßen steht, sieht der Senat nicht. Zwar ist er nach seinem Wechsel nach Br. noch einmal zu einer Geldstrafe verurteilt worden; die zugrunde liegende Straftat – der Antragsteller hat den Regionalexpress von Br. nach C. ohne gültigen Fahrausweis benutzt – ist aber gleichfalls relativ geringfügig und deshalb auch unter Berücksichtigung der Vorgeschichte nicht geeignet, die Annahme zu rechtfertigen, der Antragsteller werde in Zukunft weitere Straftaten begehen. Das gilt nicht nur, aber insbesondere dann, wenn es dem Antragsteller gelingt, eine dauerhafte Vollzeitbeschäftigung am Wohnort seiner Verlobten und seiner Kinder aufzunehmen. Im Übrigen sieht auch die Antragsgegnerin keine Wiederholungsgefahr, denn sie hat die Ausweisung des Antragstellers nicht auf spezialpräventive, sondern ausschließlich auf generalpräventive Gesichtspunkte gestützt.

(2)

Gewichtige Anhaltspunkte für eine positive Integrationsprognose sind die Dauer der Aufenthalts, die Sprachkenntnisse des Ausländers und sein Schulabschluss (Beschl. des Senats vom 06.08.2007 – 1 B 315/07 –, NVwZ 2008, 231). Der Antragsteller ist im Alter von sechs Jahren nach Deutschland gekommen und lebt seit nunmehr fast 19 Jahren hier. Er hat zehn Jahre die Schule besucht und verfügt dementsprechend über die erforderlichen Sprachkenntnisse. Zwar hat er keinen Hauptschulabschluss erworben, dies steht der Möglichkeit, einer einfachen Erwerbstätigkeit nachzugehen, aber nicht entgegen. Eine Berufsausbildung durfte er – ebenso wie eine Erwerbstätigkeit – bis 2006 aufgrund der Nebenbestimmungen zur Duldung nicht aufnehmen, so dass ihm deren Fehlen nicht entgegengehalten werden kann (vgl. Beschl. des Senats vom 06.08.2007 – 1 B 315/07 –, NVwZ 2008, 231).

(3)

Nachdem diese Beschränkungen weggefallen waren, ist der Antragsteller – wie dargelegt – überwiegend einer Erwerbstätigkeit nachgegangen. Zwar waren seine Arbeitsverhältnisse immer nur von begrenzter Dauer, der Antragsteller hat sich aber immer wieder erfolgreich um die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses bemüht. Die von der Antragsgegnerin eingeholte telefonische Auskunft eines früheren Arbeitgebers, das am 03.05.2007 aufgenommene Arbeitsverhältnis sei wegen Unzuverlässigkeit bereits zum 18.08.2007 gekündigt worden, weil der Antragsteller unentschuldig der Arbeit ferngeblieben sei (Bl. 298 BA), steht dem nicht entgegen, denn Anhaltspunkte, dass auch die späteren Arbeitsverhältnisse aus diesen Gründen beendet worden seien, hat auch die Antragsgegnerin nicht in Erfahrung bringen können. Im Übrigen hat sich die von der Antragsgegnerin befragte Leiharbeitsfirma durch das Verhalten des Antragstellers nicht davon abhalten lassen, ihn im August 2009 wieder einzustellen, und ihm in einem Zeugnis vom 11.08.2009 (Anlage zum Schriftsatz vom 30.08.2010, Bl. 173 GA) zu bescheinigen, dass er sich einwandfrei verhalten und seine Aufgaben „jederzeit zur vollen Zufriedenheit“ erfüllt habe. Eine Fortdauer der von der Antragsgegnerin bemängelten Arbeitsmoral ist deshalb nicht ersichtlich. Dass der Antragsteller gegenwärtig über keinen Arbeitsplatz verfügt, kann ihm angesichts der Tatsache, dass er nur geduldet wird und sein Aufenthalt räumlich auf einen Bereich mit überdurchschnittlich hoher Arbeitslosigkeit beschränkt ist, nicht ohne

weiteres zu seinem Nachteil vorgehalten werden; der Antragsteller kann, wie er nachgewiesen hat, eine Beschäftigung aufnehmen, wenn die räumliche Beschränkung entfällt.

(4)

Schließlich kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass dem Antragsteller bei Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in S. nicht nur eine berufliche, sondern auch eine familiäre Zukunft offen steht, von der positive Effekte für die Dauerhaftigkeit seines weiteren Einfügens in die hiesigen Lebensverhältnisse zu erwarten sind.

d.

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG steht auch nicht die Sperrwirkung der Ausweisung (§ 11 Abs. 1 Sätze 1 und 2 AufenthG) entgegen.

Das folgt allerdings nicht bereits daraus, dass das Verwaltungsgericht die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Ausweisung aufgehoben und der Widerspruch des Antragstellers gegen die Ausweisung deshalb aufschiebende Wirkung hat, denn die Wirksamkeit der Ausweisung bleibt von der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs unberührt (§ 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG folgt aber die Notwendigkeit, im Rahmen des Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis incidenter auch die Rechtmäßigkeit der Ausweisung zu überprüfen, denn andernfalls hätte es die Ausländerbehörde in der Hand, allein durch den Erlass einer Ausweisungsverfügung, mag diese auch offensichtlich rechtswidrig sein, wirksamen Rechtsschutz gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis zu verhindern (stRspr des Senats seit dem Beschl. v. 25.10.1996 – 1 B 82/96 –; BVerfG, Kammerbeschl. vom 29.03.2007 – 2 BvR 1977/06 –, NVwZ 2007, 948; weitere Nachweise bei *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, a. a. O., Rn 1237).

Die summarische Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung führt zu dem Ergebnis, dass diese offensichtlich ermessensfehlerhaft ist.

Das ergibt sich schon daraus, dass die Antragsgegnerin in ihren Ermessenserwägungen von einem falschen Sachverhalt ausgegangen ist. So stützt sie sich nicht nur darauf, dass der Antragsteller nicht nur über die Fortdauer der ehelichen Lebensgemeinschaft, sondern auch über seine Herkunft falsche Angaben gemacht habe und der Antragsgegnerin dadurch bis zum Erlass des Bescheids ein Schaden von 5.880,00 Euro entstanden sei. Das ist aber offensichtlich aktenwidrig. Die Herkunft des Antragstellers aus Montenegro ist von Anfang offenbart und durch die Vorlage des dort ausgestellten Passes (Kopien Bl. 7 ff. BA) dokumentiert worden. Aus dem Urteil des VG Po. in dem Asylverfahren der Familie des Antragstellers vom 17.01.2001 (Bl.32 GA) geht hervor, dass die Kläger zwar vorgetragen habe, aus dem Kosovo zu stammen – in der Tat sind die Eltern des Antragstellers und die älteren Geschwister dort geboren (vgl. Bl. 20 BA) –, zugleich aber von Anfang an vorgetragen haben, zuletzt in Herceg-Novı, also in Montenegro, gelebt zu haben und von dort ausgeweisung zu sein.

Unabhängig davon ist die Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin aber auch deshalb rechtswidrig, weil sie darauf abstellt, dass entsprechend der ständigen Verwaltungspraxis der Antragsgegnerin auf jeden Fall unrichtiger oder unvollständiger Angaben zu dem Zweck, sich eine Aufenthaltsgenehmigung zu verschaffen, mit einer Ausweisung allein aus generalpräventiven Gründen zu reagieren sei. Eine solche Ermessenspraxis läuft darauf hinaus, dass die Ausweisung wegen falscher Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels als zwingende Ausweisung (vgl. § 53 AufenthG) und nicht – wie in § 55 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG vorgeschrieben – als Ermessensausweisung gehandhabt wird, bei der auch die persönlichen Belange des Antragstellers zu berücksichtigen sind. Dazu gehören hier insbesondere der im Alter von 6 Jahren begonnene lange Aufenthalt des Antragstellers in Deutschland, die Entwurzelung hinsichtlich der Verhältnisse in Montenegro und auch die Verbundenheit mit seinen Eltern, die infolge der Grenzziehung im ehemaligen Jugoslawien kosovarische Staatsangehörige geworden sind und denen die Rückkehr in den Kosovo auch nach Auffassung der zuständigen Ausländerbehörde nicht zuzumuten ist.

2.

Bei ihrer Entscheidung über den Widerspruch des Antragstellers gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis wird die Antragstellerin auch zu prüfen haben, ob eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen ist. Nach dieser Vorschrift, deren Anwendbarkeit durch § 104a Abs. 2 AufenthG nicht ausgeschlossen wird (vgl. oben unter B. I.2.; siehe auch VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.11.2008 - 11 S 2235/08 -, InfAuslR 2009, 72 <73>), kann einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von § 11 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist.

a.

Die Vorschrift ist auch in den Fällen anwendbar, in denen – wie hier – der Ausländer nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist, weil sein Aufenthalt aufgrund der Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG als erlaubt gilt (Beschluss des Senats vom 07.05.2009 - 1 B 420/08 -). Der Ausländer müsste andernfalls seinen Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels bzw. sein Rechtmittel gegen dessen Versagung zurücknehmen, um – und sei es nur eine juristische Sekunde – vollziehbar ausreisepflichtig zu werden, damit ihm dann ein Aufenthaltstitel nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt werden kann. Das beschneidet nicht nur die Rechtsschutzmöglichkeiten des Ausländers in unzumutbarer Weise, sondern führt auch zu einer unnötigen Verdoppelung des Verfahrens, die keinen Sinn macht. Diese Fallgestaltung ist vom Gesetzgeber offensichtlich nicht bedacht worden. Der Zweck, den er mit der gesetzlichen Regelung verfolgt hat, steht der zumindest entsprechenden Anwendung der Vorschrift auf die Fälle, in denen der Aufenthalt des Ausländers (noch) als erlaubt gilt, nicht entgegen. Er erschöpft sich nämlich darin, den Aufenthalt solcher Ausländer durch Erteilung eines Aufenthaltstitels zu legalisieren und zu stabilisieren, denen sonst „Kettenduldungen“ zu erteilen wären (vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/420, S. 80). Diese Voraussetzungen sind aber nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufenthalt des Ausländers allein deshalb (noch) als erlaubt gilt, weil sich in der Vergangenheit rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat. Es wäre sachwidrig, ihn allein deshalb für die Zukunft schlechter zu stellen als einen Ausländer, der schon zuvor vollziehbar ausreisepflichtig war (wie hier: Hk-AuslR/*Fränkel*, 2008, Rn 55 zu § 25; im Ergebnis ebenso: OVG Hamburg, Beschl. v. 30.01.2007 – 3 Ss 166/06 – <juris>; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.08.2010 – 11 S 1521/10 – <juris>).

Auch wenn § 25 Abs. 5 AufenthG entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht auf Ausländer anzuwenden sein sollte, die nicht vollziehbar sind, weil sie vorläufigen Rechtsschutz genießen (so offenbar BVerwG, Urt. v. 27.01.2009 – 1 C 40.07 –, BVerwGE 133, 73, Rn 17), wirkt sich das nicht entscheidungserheblich aus. Nach dem zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Rn. 18ff.) sind dann nämlich die nachfolgend erörterten Voraussetzungen eines Ausreisehindernisses nach § 25 Abs. 5 AufenthG unter dem Gesichtspunkt einer außergewöhnlichen Härte zu prüfen, bei deren Vorliegen eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG erteilt werden kann. Die Sperrwirkung der Ausweisung – die für § 25 Abs. 4, nicht aber § 25 Abs. 5 AufenthG vorgesehen ist – greift hier nicht, weil sich die Ausweisung, wie dargestellt, bei der im Eilverfahren incidenter gebotenen Überprüfung als rechtswidrig erweist.

b.

Nach dem gegenwärtigen Sachstand ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Ausreise des Antragstellers aus rechtlichen Gründen unmöglich ist. Das ist auch dann der Fall, wenn die freiwillige Ausreise unzumutbar ist, weil ein Abschiebungsverbot nach Art. 8 EMRK besteht (BVerwG, Urt. v. 27.06.2006 – 1 C 14.05 –, BVerwGE 126, 192, Rn 17).

aa.

Eine behördlich veranlasste Beendigung des Aufenthalts des Antragstellers würde entgegen der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreifen.

Das dort verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst nach ständiger Rechtsprechung des EGMR (vgl. z. B. Urt. v. 16.06.2005 – 60654/00 – *Slivenko*, EuGRZ 2006, 560, Rn 96; Urt. v. 18.10.2006 – 46410/99 – *Üner*, NVwZ 2007, 1279, Rn 59), der sich auch das Bundesverfassungsgericht (Kammerbeschl. v. 10.05.2007 – 2 BvR 304/07 – NVwZ 2007, 946 <947>, ...

das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 27. 1. 2009 – 1 C 40/07 – , BVerwGE 133, 72, Rn 21) und der beschließende Senat (zuletzt Beschl. v. 17.09.2010 – 1 B 174/10 – <juris> m.w.Nwn.) angeschlossen haben, die Summe der persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für die Lebensführung eines jeden Menschen konstitutiv sind und denen angesichts der zentralen Bedeutung dieser Bindungen für die Entfaltung der Persönlichkeit eines Menschen bei fortschreitender Dauer des Aufenthalts wachsende Bedeutung zukommt. Diese Bindungen können insbesondere bei hier geborenen oder in ihrer Kindheit zugezogenen Ausländern zu einer Verwurzelung in die hiesigen Verhältnisse führen.

Der Antragsteller ist in diesem Sinne in Deutschland verwurzelt. Er ist, wie dargestellt, im Alter von sechs Jahren nach Deutschland gekommen und hat seitdem ununterbrochen hier gelebt. Allein die Tatsache, dass sein Aufenthalt – sieht man von dem Zeitraum ab, für den die später zurückgenommene Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug erteilt worden war – nur gestattet bzw. geduldet, nicht aber durch Erteilung eines entsprechenden Aufenthaltstitels erlaubt war, steht der Eröffnung des Schutzbereichs nach Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht entgegen (vgl. EGMR, Ur. v. 31.01.2006 – 50435/99 – <da Silva und Hoogkamer>, InfAuslR 2006, 298; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 03.11.2008 – 11 S 2235/08 –, InfAuslR 2009, 72 <73>; OVG Hamburg, Beschl.v. 24.03.2009 – 3 Bf 166/04 –, InfAuslR 2009, 279 <283>; *Thym*, EuGRZ 2006, 541 <546>; *Bergmann*, ZAR 2007, 128 <131>; *Langenfeld*, Festschrift für Roman Herzog, 2009, S. 247 <252>; *Benassi*, InfAuslR 2010, 283 <287>, jeweils m.w.Nwn.). Der aufenthaltsrechtliche Status, den ein Ausländer bislang besessen hat, ist lediglich ein Kriterium, das für das Ausmaß seiner Verwurzelung und damit für die Gewichtung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 8 Abs. 2 EMRK von Bedeutung ist.

Der Antragsteller hat seine gesamte schulische Ausbildung – insgesamt zehn Jahre – in Deutschland erfahren. An einer Verwurzelung fehlt es nicht schon deshalb, weil er über keinen Schulabschluss und über keine Berufsausbildung verfügt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.01.2010 – 1 B 25.09 –, NVwZ 2010, 707, Rn 4). Auch strafgerichtliche Verurteilungen des Antragstellers stehen der Annahme einer Verwurzelung nicht entgegen, sondern sind erst im Rahmen der Rechtfertigung des Eingriffs in das Privatleben zu prüfen (Beschl. des Senats vom 20.04.2009 – 1 B 512/08 –, InfAuslR 2009, 288 <290>).

bb.

Ein Eingriff in das nach Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Privatleben muss sich an der Schranke des Art. 8 Abs. 2 EMRK messen lassen. Er ist dann in einer demokratischen Gesellschaft notwendig im Sinne von Art. 8 Abs. 2 EMRK, wenn er verhältnismäßig ist. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist das öffentliche Interesse an der Verwirklichung der in § 1 Abs. 1 Sätze 1 bis 3 AufenthG normierten Gesetzeszwecke mit dem Interesse des Ausländers an der Aufrechterhaltung seiner durch Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützten Bindungen im Bundesgebiet abzuwägen. Dabei kommt es zunächst auf den Grad der Verwurzelung an; je stärker der Betroffene im Aufenthaltsstaat integriert und je stärker seine aufenthaltsrechtliche Position dort ist, desto schwerer müssen die öffentlichen Interessen wiegen. Weiter ist auf den Grad der Entwurzelung gegenüber dem Herkunftsstaat abzustellen. Je geringer die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Reintegration in die dortigen Verhältnisse sind, umso höhere Anforderungen sind an die öffentlichen Interessen zu stellen.

Nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand spricht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine Aufenthaltsbeendigung des Antragstellers einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Privatleben des Antragstellers darstellen würde.

Zwar kann nicht verkannt werden, dass der bisherige Aufenthalt des Antragstellers rechtlich nicht abgesichert war, der Antragsteller mehrmals straffällig geworden ist und auf dem Arbeitsmarkt nicht immer erfolgreich Fuß gefasst hat. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die wirtschaftliche Integration des Antragstellers dadurch erschwert worden ist, dass er lange Zeit auf Grund der Nebenbestimmungen zur Duldung in einer Gemeinschaftsunterkunft in Pe. wohnen musste und weder einer Berufsausbildung noch einer Erwerbstätigkeit nachgehen durfte.

Von erheblichem Gewicht ist hingegen, dass der Antragsteller bereits als sechsjähriges Kind nach Deutschland gekommen, hier aufgewachsen, zur Schule gegangen und dementsprechend geprägt worden ist. Diese Bindungen sind umso höher zu veranschlagen, als Bindungen an sein Herkunftsland offenbar nicht mehr bestehen. Die Familie, aus der er stammt, und seine Kinder sowie deren Mutter leben hier. Mögliche Bezugspersonen in Montenegro sind nicht bekannt. Die Eltern und die älteren

Geschwister des Antragstellers stammen nicht aus Montenegro, sondern aus dem Kosovo. Die Sprache der Familie ist albanisch, wie die Ladung zum asylrechtlichen Verhandlungstermin vor dem VG Po. (Bl. 61 BA) und die zahlreichen Einladungen zu Familienfeiern zeigen, die im Zusammenhang mit Anträgen auf Erlaubnis zum vorübergehenden Verlassen des zugewiesenen Wohnorts zur Behördenakte gelangt sind. Irgendwelche Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller auch montenegrinisch bzw. serbisch spricht, lassen sich der Akte nicht entnehmen. Der Antragsteller wäre daher, wenn er nach Montenegro zurückkehren müsste, aller Voraussicht nach auf sich allein angestellt und auf einen Aufenthalt in den wenigen Gemeinden des Landes angewiesen, in denen albanisch gesprochen wird. Dabei dürften seine Möglichkeiten, sich dort eine wirtschaftliche und soziale Existenz aufzubauen, beschränkt sein, weil er kein albanischer Volkszugehöriger, sondern Rom ist. Die Übersiedlung nach Montenegro dürfte ihn aller Voraussicht nach schon aus finanziellen Gründen von der Pflege von Besuchskontakten zu seinen Familienangehörigen und anderen Bezugspersonen in Deutschland abschneiden.

Derart schwerwiegende Folgen für das Privatleben des Antragstellers könnten im Rahmen der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK erforderlichen Abwägung nur dann hingenommen werden, wenn sie erforderlich und angemessen wären, um gewichtige öffentliche Interessen zu wahren, die dem weiteren Verbleib des Antragstellers in Deutschland entgegenstünden. Daran fehlt es aber nach dem derzeitigen Erkenntnisstand. Eine Gefahr, dass der Antragsteller erneut Straftaten verüben würde, lässt sich nicht feststellen. Der weitere Aufenthalt des Antragstellers würde sich aller Voraussicht nach auch nicht zu Lasten der öffentlichen Kassen auswirken. Der Antragsteller hat, wie dargelegt, eine konkrete und begründete Aussicht auf eine unbefristete Vollzeitstelle in Sigmaringen, die es ihm erlauben würde, den Lebensunterhalt für sich und zumindest ganz überwiegend auch für seine Kinder sicherzustellen. Sollte sein zu erwartendes Arbeitseinkommen für den Familienunterhalt nicht ganz ausreichen und insoweit in geringem Umfang ergänzende Hilfe zum Lebensunterhalt erforderlich sein, wäre diese Hilfe geringer als die Leistungen, die notwendig wären, wenn der Lebensunterhalt der Kinder vollständig aus öffentlichen Mitteln aufgebracht werden müsste, weil der Antragsteller keinen oder keinen nennenswerten Beitrag zu ihm leisten könnte.

III.

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis hat zur Folge, dass der Antragsteller so zu behandeln ist, als wenn die Fiktionswirkung seines Antrags auch noch nach der Versagung der Aufenthaltserlaubnis fortbestünde (vgl. zur näheren Begründung den Beschl. des Senats vom 17.09.2010 –1 B 140/10 –, demnächst in NordÖR 2010, 441; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 20.11.2007 – 11 S 236/07 –, InfAuslR 2008, 81 <82>; BayVGH, Beschl. v. 18.09.2009 – 19 CE 09.2038 – <juris>). Dieser „Verfahrens-Fiktion“ (BayVGH, a. a. O.) wird durch eine bloße Duldung nicht hinreichend Rechnung getragen. Eine Duldung wäre räumlich auf das Gebiet des Landes beschränkt (§ 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG) und würde den Antragsteller hindern, die ihm angebotene Arbeitsstelle in S. anzutreten. Die Antragsgegnerin wird dem Antragsteller deshalb eine Bescheinigung auszustellen haben, aus der hervorgeht, dass sein Aufenthalt für die Dauer der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs als erlaubt gilt.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs.1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 2 GKG.

gez. Göbel

gez. Alexy

gez. Traub