



Der Streitwert wird auf 2.500 € festgesetzt.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten und sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Sie ist innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe des Beschlusses beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Die Beschwerdefrist wird auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern ist oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinandersetzen.

Eine Beschwerde in Streitigkeiten über Kosten, Gebühren und Auslagen ist nur zulässig, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

Der Beschwerde sowie allen Schriftsätzen sollen – sofern sie nicht in elektronischer Form eingereicht werden – Abschriften für die Beteiligten beigefügt werden.

Vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer der in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Hochschulen mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Hinsichtlich der Festsetzung des Streitwertes steht den Beteiligten die Beschwerde an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zu. Die Streitwertbeschwerde ist beim Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen.

Sie ist spätestens innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt hat, einzulegen.

Soweit die Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nicht durch das Verwaltungsgericht zugelassen worden ist, ist eine Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung nur gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 EUR übersteigt.

**Gründe:**

I.

Der [REDACTED] Antragsteller, der türkischer Staatsangehöriger ist, begehrt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Ablehnung einer begehrten Aufenthaltserlaubnis sowie die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung.

Der Antragsteller lebt nach einem Voraufenthalt seit Juni 2007 dauerhaft in Deutschland. Er besaß nach der früheren Erteilung anderer Aufenthaltstitel eine am 30. April 2015 ausgestellte Aufenthaltserlaubnis nach § 18 Abs. 4 AufenthG, gültig bis zum 4. Februar 2018.

Auf seinen Verlängerungsantrag vom 19. Januar 2018 hin erteilte die Antragsgegnerin ihm am 6. März 2018 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG, die bis zum 18. Januar 2021 gültig war. Mit dieser Aufenthaltserlaubnis wurde ein Aufenthaltsrecht nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei bestätigt.

Vom [REDACTED] 2014 bis [REDACTED] 2020 war der Antragsteller bei [REDACTED] als Küchenhilfe beschäftigt, zunächst in Vollzeit, nach Aktenlage wohl ab [REDACTED] 2015 in Teilzeit mit einem Bruttoverdienst von etwas mehr als 500 € für 58,5 Stunden pro Monat. Seit [REDACTED] 2015 erhielt der Antragsteller ergänzende ALG II-Leistungen. Ab [REDACTED] 2020 gab der Antragsteller seine Erwerbstätigkeit zunächst auf und bezog ausschließlich ALG II-Leistungen. Der Antragsteller hielt sich ausweislich eines Gutachtens des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung Nord [REDACTED] 2020 im Jahr 2020 mehrmals im Krankenhaus auf, wo eine entgleiste Diabetes mit multiplen Folgekomplikationen, unter anderem einer Retinopathia, behandelt wurde. Zudem hatte er einen Augen-Hinterwandinfarkt erlitten. Die Diabetes mellitus wurde klinisch erfolgreich eingestellt. Es kam u.a. zu einem leichten Herzinfarkt bei zuvor progredienten Thoraxschmerzen. Zugleich entwickelte sich eine Depression. Für den September 2020 war eine Operation am Augenzentrum des Universitätskrankenhauses [REDACTED] geplant. Der medizinische Dienst der Krankenversicherung Nord stellte im Gutachten [REDACTED] 2020 ab [REDACTED] 2020 wegen einer aktuellen hochgradigen Sehbehinderung und der Diabetes mellitus mit multiplen Komplikationen den Pflegegrad 2 fest. Mit Bescheid vom 22. September 2020 stellte das Versorgungsamt Hamburg einen Grad der Behinderung von 40 % für den Antragsteller fest und berücksichtigte dabei die Diabetes mellitus, eine psychische Störung sowie Asthma bronchiale und Bluthochdruck.

Mit einer durch einen Vertreter geschriebenen E-Mail vom 7. Dezember 2020 bat der Antragsteller um einen Termin zur Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis und erhielt einen Termin am 4. Februar 2021. An diesem Tag stellte der Antragsteller förmlich seinen Verlängerungsantrag und gab als Zweck des Aufenthaltes an, er wolle weiter in Deutschland arbeiten. Zu diesem Zeitpunkt bezog der Antragsteller ALG-II-Leistungen. Er reichte auch ein kardiologisches Attest des Dr. [REDACTED] vom [REDACTED] 2021 (Bl, 543 AuslA) ein. Dieser attestierte unter anderem einen NSTEMI (Anm. des Gerichts: kleineren Herzinfarkt) mit Thoraxschmerzen [REDACTED] 2020, Gefäßverengungen, einen aktuellen Sehverlust von 40 % eine hypertensive Herzkrankheit mit diastolischer Dysfunktion, eine Fettstoffwechselstörung, eine insulinpflichtige Diabetes mellitus und Asthma bronchiale. Auf den weiteren Inhalt

**der ärztlichen Stellungnahme wird Bezug genommen. Die Antragsgegnerin stellte dem Antragsteller eine Fiktionsbescheinigung aus.**

Mit Bescheid vom 25. Februar 2021 lehnte die Antragsgegnerin die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach §§ 5, 25 Abs. 5 AufenthG sowie nach Art. 6 Beschluss Nummer 1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 über die Entwicklung der Assoziation (Assoziationsabkommen EWG/Türkei; ARB 1/80) ab. Der Antragsteller wurde aufgefordert, den Geltungsbereich dieses Gesetzes bis zum 24. Mai 2021 zu verlassen. Für den Fall der nicht rechtzeitigen Ausreise wurde ihm die Abschiebung in sein Heimatland Türkei oder in einen anderen Staat angedroht, in den er einreisen dürfe oder der zu seiner Rücknahme verpflichtet sei. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin insbesondere aus, er gehöre nicht mehr dem deutschen Arbeitsmarkt an, sondern beziehe aktuell Leistungen nach dem SGB II. Durch den Bezug dieser Leistungen gelte er weiterhin als arbeitsfähig. Somit bestünden für ihn keine Rechte nach dem ARB 1/80. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG scheidet aus, da der Lebensunterhalt des Antragstellers nicht gesichert sei. Der Eingriff sei verhältnismäßig.

Der Antragsteller legte hiergegen am 19. März 2021 Widerspruch ein und führte aus, er sei aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr erwerbstätig gewesen. Er nahm zum 1. April 2021 wieder eine Vollzeittätigkeit bei seinem vorherigen Arbeitgeber auf. Die Antragsgegnerin teilte dem Antragsteller mit, dass die Beschäftigung unerlaubt sei, da ihm keine Beschäftigungserlaubnis erteilt werden könne.

Mit Widerspruchsbescheid vom 21. September 2021, zugestellt am 27. September 2021, wies die Antragsgegnerin den Widerspruch zurück und wiederholte im wesentlichen die Gründe des Ausgangsbescheides. Der Antragsteller sei nicht berechtigt, im Bundesgebiet eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, da die Bundesagentur für Arbeit dem nicht zugestimmt habe.

Mit der am 22. Oktober 2021 bei Gericht eingegangenen Klage und dem zeitgleich gestellten Eilantrag, der hier streitgegenständlich ist, verfolgt der Antragsteller sein Begehren weiter. Er führt an, die gesundheitlichen Einschränkungen seien nicht genügend berücksichtigt worden. Zu Recht habe die Antragsgegnerin darauf abgestellt, dass er nicht endgültig aus dem Erwerbsleben ausgeschieden sei. Daher habe er auch sein Aufenthaltsrecht aus Art. 6 Abs. 1, 3. Spiegelstrich ARB 1/80 nicht verloren. Sein Lebensunterhalt sei seit dem 1. April 2021 wieder gesichert. Ihm könne nicht vorgehalten werden, dass er die Verlängerung der

Aufenthaltserlaubnis förmlich erst am 4. Februar 2021 beantragt habe, da die Antragsgegnerin ihm keinen früheren Termin gegeben habe. Durch einen erfolgreichen Eilantrag komme er wieder in den Genuss einer Fiktionsbescheinigung erlange nicht nur einen Dul-dungsanspruch. Dadurch sei die im April 2021 aufgenommene Erwerbstätigkeit als erlaubt anzusehen.

Der Antragsteller beantragt,

1. die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Verfügung vom 9. März 2021 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 21. September 2021 anzuordnen
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, eine Fiktionsbescheinigung gemäß § 81 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie betont, dass der Antragsteller mindestens zwischen dem 20. Februar 2020 und dem 1. April 2020 ALG II-Leistungen bezogen habe. Des weiteren habe er auch in den Jahren 2011, 2012 und 2013 zumindest teilweise ALG II-Leistungen bezogen. Daher habe er die erworbene Rechtsstellung gemäß Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80 verloren. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Beschäftigungserlaubnis nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeschVO lägen nicht vor. Er arbeitete gegenwärtig unerlaubt, da er den Verlängerungsantrag erst am 4. Februar 2021 gestellt habe. Zwischen dem 19. Januar 2021 und dem 3. Februar 2021 greife nicht der Fortbestehungsstatbestand gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch die Vorsitzende einverstanden erklärt. Die Ausländerakten haben zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung vorgelegen.

## II.

Der am 22. Oktober 2021 gestellte Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage zum Aktenzeichen 2 K 4469/21 hat Erfolg (hierzu unter 1.). Dasselbe gilt für den Antrag auf Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung (hierzu unter 2.).

1. Der nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellte Antrag ist zulässig (hierzu unter a)) und begründet (hierzu unter b)).

a) Der Antrag ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die vorläufige Sicherung des Aufenthaltsrechts während des anhängigen Verwaltungs- und Gerichtsverfahrens auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hat dann in einem Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu erfolgen, wenn der Antrag auf Erteilung dieses Titels zum Entstehen einer Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG geführt hat und diese durch die Verbescheidung des Antrags wieder erloschen ist. In einem solchen Fall ist im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO zu entscheiden, ob die dem Antragsteller durch die Ablehnung seines Antrags genommene Rechtsposition wieder eingeräumt werden soll. Löste der Behördenantrag eine solche Fiktionswirkung nicht aus, ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO eine Aussetzung der Abschiebung allein aus verfahrensrechtlichen Gründen zu erstreben (VGH Mannheim, Beschl. v. 20.9.2018, 11 S 1973/18, juris Rn. 13).

~~Dem Verlängerungsantrag des Antragstellers kam die Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 AufenthG zu; dies hat die Antragsgegnerin zu Recht bescheinigt. Nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend, wenn ein Ausländer vor Ablauf seines Aufenthaltstitels dessen Verlängerung oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels beantragt. Ein Antrag auf Erteilung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels gemäß § 81 Abs. 1 AufenthG unterliegt keinen besonderen Formerfordernissen, so dass er grundsätzlich auch per Email gestellt werden kann, wenn die Ausländerbehörde - wie hier - dafür den Zugang eröffnet hat (vgl. § 3a Abs. 1 HmbVwVfG; ebenso OVG Magdeburg, Beschl. v. 10.7.2019, 2 M 21/19, juris Rn. 20; VG Aachen, Beschl. v. 23.6.2021, 8 L 208/21, juris Rn. 5).~~

~~Der Antragsteller hat die Verlängerung seiner bis zum 18. Januar 2021 gültigen Aufenthaltserlaubnis rechtzeitig beantragt. Bereits am 7. Dezember 2020 hätte der Antragsteller über einen Vertreter per E-Mail um einen Termin für die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis gebeten (Bl. 505 AusIA) und damit klar den Wunsch geäußert, seinen Aufenthaltstitel verlängern zu wollen. Bereits dies ist als fristgerechter Verlängerungsantrag zu bewerten. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin für die Erteilung und Verlängerung von Aufenthaltserlaubnissen die persönliche Vorsprache fordert und ihm am 11. Dezember 2020 erst einen Termin am 4. Februar 2021 gegeben hat, als sein Aufenthaltstitel schon abgelaufen war, steht dem Eintritt der Fiktionswirkung nicht entgegen. Dem Antragsteller können bei rechtzeitiger Anfrage nach einem Termin keine Nachteile dadurch entstehen,~~

dass bei der Antragsgegnerin zu wenige Termine zur Verfügung stehen. Käme es allein auf den von der Antragsgegnerin vergebenen Termin an, hätte diese es in der Hand, die Fiktionswirkung eines fristgerechten Verlängerungsantrags eintreten zu lassen oder nicht. Dies ist vom Gesetzgeber nicht gewollt.

Auch bezüglich der Ausreiseaufforderung und Abschiebungsandrohung ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs nach § 80 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 VwGO i.V.m. § 29 Abs. 1 HmbVwVG statthaft.

b) Der Antrag ist auch begründet.

Im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO hat das Gericht eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer alsbaldigen Vollziehung der angegriffenen Verfügung und dem privaten Interesse des Antragstellers, während des Rechtsbehelfsverfahrens von dieser Vollziehung einstweilen verschont zu bleiben, vorzunehmen, wobei im Rahmen dieser Abwägung die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs eine wesentliche Rolle spielen. Der Rechtsschutzanspruch des Betroffenen ist umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme der Verwaltung Unabänderliches bewirkt. Das gilt im Grundsatz unabhängig davon, ob der Sofortvollzug eines Verwaltungsakts einer gesetzlichen (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 VwGO) oder einer behördlichen Anordnung (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) entspringt (BVerfG, Beschl. v. 21.3.1985, 2 BvR 1642/83, juris Rn. 21). So bedürfen gerade Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung von Ausländern einer besonderen Rechtfertigung, die eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls unter Bezug auf den Zeitraum zwischen beabsichtigtem Vollzug und Rechtskraft der Entscheidung im Hauptsacheverfahren erfordert (VGH Mannheim, Beschl. v. 1.3.2017, 11 S 48/17, juris Rn. 11).

Im vorliegenden Fall spricht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Antragsgegnerin den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 4 Abs. 5 AufenthG zu Unrecht abgelehnt hat. Danach ist ein Ausländer, dem nach dem Assoziationsabkommen EWG/Türkei (ARB 1/80) ein Aufenthaltsrecht zusteht, verpflichtet, das Bestehen des Aufenthaltsrechts durch den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nachzuweisen, sofern er weder eine Niederlassungserlaubnis noch eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt EU besitzt. Die Aufenthaltserlaubnis wird auf Antrag ausgestellt.

Der Antragsteller hat ein Aufenthaltsrecht aus Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80 erworben. Danach hat der türkische Arbeitnehmer, der dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats angehört, in diesem Mitgliedsstaat nach vier Jahren ordnungsgemäßer Beschäftigung freien Zugang zu jeder von ihm gewählten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis. Es ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes geklärt, dass aus diesem Recht zugleich ein Aufenthaltsrecht folgt (EuGH, Urt. v. 20.9.1990, C-192/89, juris Rn. 29; VG Hamburg, Beschl. v. 27.4.2021, 13 E 1982/21, juris Rn. 10). Das von Art. 6 ARB 1/80 erfasste Arbeitsverhältnis muss die Ausübung einer tatsächlichen und echten wirtschaftlichen Tätigkeit zum Gegenstand haben. Auch Teilzeittätigkeiten oder geringfügige Beschäftigungen können den Anforderungen des Begriffs der Arbeitnehmereigenschaften genügen. Weder eine begrenzte Höhe der Vergütung oder der Umstand, dass der Betreffende die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht, kann irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts haben (vgl. EuGH, Urt. v. 4.2.2010, C-14/09, juris Rn. 20 unter Verweis auf weitere Urteile des EuGH). Keine Freizügigkeit als Arbeitnehmer vermitteln hingegen völlig untergeordnete und unwesentliche Tätigkeiten (VG Stuttgart, Beschl. v. 19.1.2021, 5 K 3369/20, juris Rn. 31 m.w.N.).

Durch seine Erwerbstätigkeit im Zeitraum vom 11. September 2014 bis zum 20. Februar 2020 war der Antragsteller mehr als 4 Jahre bei demselben Arbeitgeber beschäftigt, wie sich aus der vom Antragsteller eingereichten Bescheinigung der AOK Rheinland/Hamburg vom [REDACTED] 2022 ergibt. Diese Beschäftigung war auch ordnungsgemäß, da der Antragsteller über den gesamten Zeitraum im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war. Der Umstand, dass er ergänzend im Zeitraum ab [REDACTED] 2015 bis [REDACTED] 2020 ergänzende Leistungen nach dem ALG II erhalten hat, ist nach den oben genannten Maßstäben mit überwiegender Wahrscheinlichkeit unschädlich für seine Arbeitnehmereigenschaft. Eine Tätigkeit mit fast 12 Wochenarbeitsstunden und einem monatlichen Verdienst von mehr als 500 € brutto und 447 € netto dürfte nicht als eine völlig untergeordnete Tätigkeit einzuordnen sein (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 27.7.2017, OVG 11 B 4.16, juris Rn. 35).

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin hat der Antragsteller die Rechtsstellung eines verfestigten Aufenthalts nach Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80 auch nicht durch die vom [REDACTED] 2020 bis zum [REDACTED] 2021 währende Arbeitslosigkeit verloren. Strei-



tig ist bereits, ob der Verlust dieses einmal erlangten verfestigten Rechts durch eine vorübergehende Arbeitslosigkeit in Betracht kommt (vgl. EuGH, Urt. v. 7.7.2005, C-383/03, juris Rn. 15 ff.; OVG Hamburg, Beschl. v. 7.7.2021, 6 Bs 105/21, juris Rn. 22). Jedenfalls kann ein Erlöschen nicht angenommen werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ARB 1/80 vorliegen. Danach berühren die Zeiten unverschuldeter Arbeitslosigkeit, die von den zuständigen Behörden ordnungsgemäß festgestellt worden sind, sowie die Abwesenheit wegen langer Krankheit nicht die aufgrund der vorherigen Beschäftigungszeit erworbenen Ansprüche. Diese Vorschrift soll verhindern, dass ein Arbeitnehmer nach langer Krankheit wieder „zurückgestuft“ wird und seine Beschäftigungszeiten nach Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 neu erwerben muss (EuGH, Urt. v. 23.1.1997, C-171/95, juris Rn. 38, 39). Dementsprechend führen nach dem Erreichen der Verfestigung des Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80 Zeiten unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nicht zu einem Erlöschen der erworbenen Ansprüche (VGH Kassel, Urt. v. 10.3.2003, 12 UE 318/02, juris Rn. 41; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 23.5.1995, juris Rn. 41).

Im vorliegenden Fall war der Antragsteller über einen längeren Zeitraum unfreiwillig wegen Krankheit nicht erwerbstätig. Die oben beschriebenen zahlreichen und erheblichen gesundheitlichen Probleme des Antragstellers, die im Februar 2020 begannen und sich über einen längeren Zeitraum hinzogen, haben zur Feststellung eines Grads der Behinderung von 40 % und des Pflegegrads 2 geführt. Auch wenn im Rahmen des Klageverfahrens die kardiologische Situation im Februar 2020 noch aufgeklärt werden sollte, weil nicht alle Atteste aus Februar und März 2020 vorliegen, auf die im Pflegegutachten Bezug genommen wird, ist mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht davon auszugehen, dass der Antragsteller freiwillig seinen Arbeitsplatz aufgegeben hat, sondern dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage war zu arbeiten.

Ist mithin das Bestehen eines Aufenthaltsrechts des Antragstellers mindestens offen oder überwiegend wahrscheinlich, gebietet es das Erfordernis der Gewährung effektiven Rechtsschutzes in diesem Fall, die aufschiebende Wirkung der Klage bis zum Abschluss einer Prüfung im Klageverfahren anzuordnen.

Dasselbe gilt für den Antrag des Antragstellers hinsichtlich der Ausreiseaufforderung und der Abschiebungsandrohung. Auch insoweit ist die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Der Antragsteller ist aufgrund der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage nicht mehr vollziehbar ausreisepflichtig gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG.

2. Der als Eilantrag nach § 123 VwGO auszulegende Antrag des Antragstellers auf Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG ist ebenfalls zulässig und begründet. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1, Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO entsprechend) worden.

a) Der Antragsteller kann die Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung beanspruchen. Gemäß § 81 Abs. 5 AufenthG ist dem Ausländer eine Bescheinigung über die Wirkung seiner Antragstellung (Fiktionsbescheinigung) auszustellen.

Zwar bezieht sich diese Fiktionsbescheinigung regelmäßig nur auf die Fiktionswirkung, die nach § 81 Abs. 3 oder 81 Abs. 4 AufenthG eintritt und die mit der Bekanntgabe des behördlichen Ablehnungsbescheids endet. Über die Folgen der Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gemäß § 80 Abs. 5 VwGO wird üblicherweise gemäß § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG eine sogenannte Fortgeltungsbescheinigung ausgestellt, die dem Betroffenen die Aufnahme oder Ausübung einer Erwerbstätigkeit ermöglicht. Das Oberverwaltungsgericht Magdeburg führt in seinem Beschluss vom 22. Mai 2017 (2 M 39/17, juris Rn. 17) diesbezüglich aus:

„Mit § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG hat der Gesetzgeber die Bedeutung und Reichweite der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs gegen einen die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verwaltungsakt einfachgesetzlich dahingehend entschieden, dass nur die Vollstreckung (der gesetzlichen Ausreisepflicht nach § 50 Abs.1 AufenthG) im engeren Sinne nach Eintritt der aufschiebenden Wirkung unzulässig sein soll. Die Wirksamkeit eines die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beendenden Verwaltungsakts wird hingegen nicht berührt. Die zugrunde liegende Ausreisepflicht bleibt bestehen (vgl. Beschl. d. Senats v. 07.03.2006 – 2 M 130/06 –, juris RdNr. 5; Samel, in: Bergmann/Dienelt, a.a.O., § 84 AufenthG RdNr. 22). Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis hat nicht zur Folge, dass die mit der Versagung beendete Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG wieder auflebt (vgl. OVG BBG, Beschl. v. 24.06.2008 – OVG 2 S 36.08 –, juris RdNr. 4). Die behördliche Ablehnung ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG, der nach der Konzeption des Gesetzgebers unbeschadet einer gerichtlich angeordneten aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts des Ausländers beendet (vgl. Beschl. d. Senats v. 22.01.2007 – 2 M 318/06 –, juris RdNr. 4; Samel, in: Bergmann/Dienelt, a.a.O.). Diese Konzeption wird bekräftigt durch § 84 Abs. 2 Satz 3 AufenthG; danach tritt eine Unterbrechung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts (nur dann) nicht ein, wenn der Verwaltungsakt durch eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung aufge-

hoben wird. Folge der vom Gericht angeordneten aufschiebenden Wirkung ist lediglich der Ausschluss der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht des Ausländers (§§ 50, 58 Abs. 2 Satz 2, 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), der dazu führt, dass er – solange er sich im Bundesgebiet befindet – einstweilen so zu behandeln ist, als gelte sein Aufenthaltstitel als fortbestehend (vgl. Beschl. d. Senats v. 22.01.2007 – 2 M 318/06 –, a.a.O.). Demgemäß ist dem Ausländer gemäß § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG lediglich eine Bescheinigung darüber auszustellen, dass sein Aufenthaltstitel als fortbestehen gilt ("Fortgeltungsbescheinigung"), die nicht mit der Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG zu verwechseln ist (vgl. Samel, in: Bergmann/Dienelt, a.a.O., § 84 AufenthG RdNr. 25).“

Im vorliegenden Fall ist dennoch eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG zu erteilen, allerdings nicht im Hinblick auf vorläufige Rechte nach § 81 Abs. 3 oder § 81 Abs. 4 AufenthG, sondern wegen einer aus Unionsrecht abgeleiteten Rechtsposition. Das Gericht folgt insoweit der Rechtsauffassung des Hamburgischen Obergerichtes im Beschluss vom 17. März 2014 (4 Bs 297/13, juris Rn. 9), des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 4. Oktober 2013 (13 E 3433/13, n. veröff.) und des Verwaltungsgerichts Darmstadt im Beschluss vom 8. Februar 2010 (5 L 1833/09.DA (3), juris Rn. 10 ff.), das ausführt:

„Als türkischer Arbeitnehmer hat der Antragsteller gemäß Art. 13 Beschluss Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei über die Entwicklung der Assoziation (ANBA 1981, 4) – im Folgenden kurz: ARB – in der Auslegung, die der Beschluss durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) erfahren hat (vgl. insbes. Urt. v. 16.12.1992 – Rs. C-237/91 [Kus] –, NVwZ 1993, 258 ff.), Anspruch, von neuen Beschränkungen für den Zugang zum Arbeitsmarkt verschont zu werden. Maßgeblicher Bezugszeitpunkt ist der 01.12.1980 (Art. 16 Abs. 1 ARB). Am 01.12.1980 galt noch das Ausländergesetz vom 28.04.1965 (BGBl. I S. 353) – im Folgenden: AuslG 1965 –, das vergleichbare Regelungen wie § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG und § 72 Abs. 2 Satz 1 AuslG nicht kannte. § 21 Abs. 3 AuslG 1965 bestimmte lediglich:

#### Randnummer 7

„Beantragt ein Ausländer nach der Einreise die Aufenthaltserlaubnis, so gilt sein Aufenthalt bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde vorläufig als erlaubt. Widerspruch und Anfechtungsklage haben keine aufschiebende Wirkung. Das gleiche gilt, wenn der Ausländer die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis beantragt.“

#### Randnummer 8

Hieraus hat das BVerwG geschlossen, die Anordnung der aufschiebenden Wirkung verlange, den Ausländer während der Geltung dieser Anordnung so zu behandeln, als sei der ablehnende Bescheid nicht ergangen. Sein Aufenthalt sei daher weiterhin entsprechend § 21 Abs. 3 Satz 1 AuslG 1965, der auch für die Fälle der Versagung der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis gelte (§ 21 Abs. 3 Satz 3 AuslG 1965),

vorläufig als erlaubt anzusehen (BVerwG, Beschl. v. 14.07.1978 – 1 ER 301/78 –, NJW 1979, 505).

#### Randnummer9

Demgemäß verpflichtet Art. 13 ARB, einen türkischen Arbeitnehmer im Falle des Erfolgs seines Eilantrags nicht ungünstiger zu stellen als unter der Geltung des AuslG 1965. Infolgedessen bleibt sein Aufenthalt nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage weiterhin vorläufig erlaubt und damit rechtmäßig. Da dies für die arbeitserlaubnisrechtliche Seite durch § 84 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ohnehin gesetzlich angeordnet ist, hat ein türkischer Arbeitnehmer im Falle der Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis nach erfolgreichem Eilantrag insgesamt einen Anspruch auf eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG mit dem Inhalt von § 81 Abs. 4 AufenthG.

#### Randnummer10

§ 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG ist in Bezug auf türkische Arbeitnehmer mit Art. 13 ARB unvereinbar. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind nationale Rechtsvorschriften, die europäischem Recht widersprechen, außer Anwendung zu lassen.“

Um einen solchen Fall handelt es sich auch hier, da der Antragsteller voraussichtlich nach wie vor die verfestigte Stellung als Arbeitnehmer gemäß Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80 besitzt.

b) Auch ein Anordnungsgrund für den Eilantrag auf Erlass einer Fiktionsbescheinigung besteht. Die Antragsgegnerin bestreitet im vorliegenden Verfahren nicht nur das Entstehen der Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 AufenthG, sondern auch das Vorliegen der Arbeitnehmereigenschaft des Antragstellers nach Art. 6 Abs. 1 3. Spiegelstrich ARB 1/80. Sie hält die gegenwärtige Erwerbstätigkeit des Antragstellers für illegal und hat nicht zu erkennen gegeben, dass sie bereit wäre, dem Antragsteller die begehrte Fiktionsbescheinigung auszustellen, die seinen Status bestätigt. Eine solche Bescheinigung ist für ihn erforderlich, um bei eventuellen Kontrollen die Legalität seiner gegenwärtigen Erwerbstätigkeit zu dokumentieren.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Der Streitwert wurde gemäß §§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG auf 2.500 € festgesetzt, nachdem der im Hauptsacheverfahren mit 5.000 € zu bemessende Streitwert im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hal-

biert wurde. Dem Antrag auf Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung wird neben dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage kein streitwerterhöhender gesonderter wirtschaftlicher Wert beigemessen.



██████████  
Für die Richtigkeit der Abschrift  
Hamburg, den 31.01.2022

██████████  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt –  
ohne Unterschrift gültig.

