

VG Düsseldorf

Beschluss vom 20.12.2007

Tenor

Dem Antragsgegner wird untersagt, den Antragsteller abzuschieben, bevor über dessen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entschieden ist. Der weiter gehende Antrag wird abgelehnt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 1.250,- Euro festgesetzt.

Gründe

Der sinngemäß gestellte Antrag,

dem Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, den Antragsteller vor einer Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom 12. März 2007 und seinen am 10. Dezember gestellten Antrag auf Rücknahme der Ordnungsverfügung vom 20. April 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung E1 vom 22. November 2006 abzuschieben,

hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

Er ist zulässig. Der Antragsteller ist insbesondere nicht deshalb, weil er einen Aufenthaltserlaubnisantrag gestellt hat, gemäß § 123 Abs. 5 VwGO auf einen Antrag gemäß § 80 Abs. 5 VwGO zu verweisen. Die Vorschrift ist unmittelbar bereits deshalb nicht einschlägig, weil über den Aufenthaltserlaubnisantrag noch nicht entschieden wurde, die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs deshalb nicht angeordnet werden kann. Es ist aber auch nicht in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO ein Antrag auf Feststellung einer Fiktionswirkung des unbeschiedenen Antrags zu stellen, da dieser Antrag, wie noch ausgeführt werden wird, die Fiktion des erlaubten Aufenthalts nicht begründet hat.

Der Antrag ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Der Antragsteller hat insofern einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§§ 123 Abs. 3, 920 Abs. 2, 294 ZPO). Im Unterschied zum Beweis verlangt Glaubhaftmachung keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit. Die tatsächlichen Grundlagen des geltend gemachten Anspruchs müssen aber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben sein und bei der dann vorzunehmenden vollen Rechtsprüfung auf den Anspruch führen.

vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl. 2007, § 294 Rdnr. 1, § 920 Rdnr. 11 f.

Diese Voraussetzungen sind hier – teilweise – erfüllt.

Der Antragsgegner ist nicht gemäß § 58 Abs. 1 AufenthG berechtigt, den Antragsteller abzuschieben. Zwar ist dieser gemäß § 50 Abs. 1 AufenthG zur Ausreise verpflichtet, da er nicht im Besitz des nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erforderlichen Aufenthaltstitels ist. Die Ausreisepflicht des Antragstellers ist auch gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG vollziehbar, weil die ihn betreffende negative Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 20. April 2006 vollziehbar, nämlich bestandskräftig ist.

Der Antragsteller hat aber glaubhaft gemacht, dass ihm bis zur Entscheidung über seinen Aufenthaltserlaubnisantrag die gegenwärtig bis zum 11. Februar 2008 gültige Duldung zu belassen bzw. zu verlängern ist. Das folgt daraus, dass er einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des Zusammenlebens mit einer (auch) deutschen Staatsangehörigen gestellt hat. Ein derartiger Antrag kann nach § 39 Nr. 5 AufenthV außerhalb des Sichtvermerksverfahrens im Bundesgebiet gestellt werden, wenn die Abschiebung des Ausländers nach § 60a AufenthG ausgesetzt ist und er auf Grund einer Eheschließung im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Das ist hier der Fall. Der Antragsteller hat am 7. März 2007 in E die deutsche Staatsangehörige H geheiratet. Mit seinem am 12. März 2007 gestellten Aufenthaltserlaubnisantrag hat er geltend gemacht, mit dieser im Bundesgebiet in ehelicher Lebensgemeinschaft leben zu wollen. Damit waren die Voraussetzungen eines gesetzlichen Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 27 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG dargetan. Es war nicht von vornherein ausgeschlossen, dass diese Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist. Ob alle Voraussetzungen für die Erteilung tatsächlich vorlagen, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Ob die Aufenthaltserlaubnis, deren Einholung § 39 AufenthV vom Inland aus ermöglicht, einem Antragsteller tatsächlich zusteht, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit des Antrags.

vgl. – für § 9 des früher einschlägigen § 9 DVAuslG – Beschlüsse der Kammer vom 6. Juni 2001, 7 L 2661/00, der bereits in diese Richtung weist, vom 29. August 2001, 7 L 2007/01 und vom 29. August 2001, 7 L 2007/01.

Ob eine Einschränkung dann zu machen ist, wenn einzelne Voraussetzungen eines Anspruchs offensichtlich nicht gegeben sind, kann offen bleiben, da das hier nicht der Fall ist. Insbesondere steht es nicht von vornherein über jedem Zweifel, dass die Eingehung einer ehelichen Lebensgemeinschaft des Antragstellers mit seiner heutigen Ehefrau nie beabsichtigt war. Zwar sind insoweit anhand der Vorgeschichte, insbesondere der ganz kurzfristigen Eheschließung im Zusammenhang mit der drohenden Abschiebung, Zweifel begründet. Diese konnten jedoch nicht dazu führen, dass das Nichtbestehen der Ehe von Anfang an ohne weitere Ermittlungen als feststehend angesehen wurde mit der Folge, dass der Antrag entgegen § 39 Nr. 5 AufenthV nicht vom Inland aus gestellt werden durfte. Der Aufenthalt des Antragstellers war (und ist) auch geduldet im Sinne von § 39 Nr. 5 AufenthV. Am 23. Februar 2007 war seine Grenzübertrittsbescheinigung bis zum 12. März 2007, also fünf Tage nach der Eheschließung, verlängert worden.

War mithin die Antragstellung vom Inland aus zulässig, so muss das auch dazu führen, dass der Aufenthalt des Antragstellers bis zu einer ersten Entscheidung der Ausländerbehörde jedenfalls als geduldet gilt. Das folgt bereits aus Sinn und Zweck des § 39 Nr. 5 AufenthV. Es ist nicht sinnvoll, einerseits die Antragstellung im Inland ausdrücklich zu gestatten, andererseits den Aufenthalt vor einer Entscheidung über diesen Antrag zu beenden. Für diese Fallgruppe ist deshalb nach Auffassung des Gerichts § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG entsprechend anzuwenden, da das Aufenthaltsgesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält. In § 81 Absätze 3 und 4 AufenthG sind drei verschiedene Fallgruppen von Fiktionswirkung geregelt, nämlich die Aufenthaltserlaubnisfiktion bei erstmaliger Antragstellung aus dem ohne Aufenthaltstitel rechtmäßigen Aufenthalt (Abs. 3 Satz 1), das Fortbestehen eines vorhandenen (oder, in engen Grenzen, vorhanden gewesenen) Aufenthaltstitels (Abs. 4) oder schließlich die Fiktion der Aussetzung der Abschiebung, das heißt, vgl. § 60a AufenthG, Duldung, bei verspäteter Antragstellung aus nicht mehr rechtmäßigem Aufenthalt (Abs. 3 Satz 2). Der Fall des § 39 Nr. 5 AufenthV ist in § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG nicht vorgesehen. Eine noch im Entwurf vorgesehen gewesene Fiktionsregelung für die Fälle des § 81 Abs. 2 AufenthG, zu denen der vorliegende zählt, ist nicht Gesetz geworden. Daraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, dass eine Fiktionswirkung nicht gegeben sein sollte. Offenbar angesichts des Umstandes, dass in § 39 AufenthV geregelte Fälle auch in § 81 Abs. 3 erfasst waren und in dem Bestreben, die Regelung des § 81 AufenthG möglichst überschaubar und einfach zu gestalten,

vgl. dazu Gemeinschaftskommentar zum AufenthG (GK), Loseblattsammlung Stand, § 81 AufenthG Rdnr. 5,

ist der Entwurf gekürzt worden. Diese Kürzung hat offenbar dazu geführt, dass eine Regelung des Aufenthalts der Fallgruppe des § 39 Nr. 5 AufenthV im Gesetz vergessen wurde. Dasselbe ist mit der in § 81 Abs. 2 Satz 2 angesprochenen Gruppe der im Bundesgebiet geborenen Kinder geschehen. Auch für diese ist mit § 81 Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs die aufenthaltsrechtliche Regelung für die Zeit bis längstens zum Ablauf der Antragsfrist entfallen. Für diese Gruppe ist in § 81 nur die Regelung der Antragsfrist für einen im Inland zu stellenden Aufenthaltserlaubnis Antrag verblieben. Insoweit wird von einer verbreiteten Meinung,

Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 81 AufenthG Rdnr. 26; Benassi InfAuslR 2006, 178 (179); GK, § 81 AufenthG Rdnr. 14,

die Auffassung vertreten, § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sei entsprechend anzuwenden mit der Folge, dass der Aufenthalt im fraglichen Zeitraum als erlaubt gilt. Auch für die vorliegende, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur noch nicht erörterte Personengruppe ist die durch die Streichung des § 81 Abs. 2 Satz 3 AufenthG entstandene Regelungslücke im Wege der Analogie zu schließen. Da es sich auch hier um eine Personengruppe handelt, die sich nicht im erlaubten Aufenthalt befindet, bietet sich insoweit die entsprechende Anwendung des § 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG an, die den Fortbestand der Duldung vorsieht. Diese muss deshalb für den Antragsteller bis zur Entscheidung über seinen Aufenthaltserlaubnis Antrag aufrecht erhalten bleiben. Die Fiktionswirkung entfällt

nicht deshalb, weil der Zweck der ehelichen Lebensgemeinschaft, wenn er denn gegeben war, mit der Erklärung über das Getrenntleben, welche die Ehefrau des Antragstellers am 12. Dezember 2007 bei dem Bezirksamt I abgegeben hat, nicht mehr verwirklicht werden kann. Die Fiktionswirkung knüpft allein an die Tatsache der Antragstellung an und wird nicht durch die Entwicklung der Erfolgsaussichten dieses Antrags beeinflusst. Für die vom Antragsgegner zu treffende Entscheidung hingegen wird die Erklärung sehr wohl von Bedeutung sein. Der Antrag wird möglicherweise, ohne dass es auf die Frage der Scheinehe noch ankommt, abzulehnen sein.

Ob sich aus den Vorschriften des FreizügG/EU, auf die der Antragsteller sich vorrangig beruft, gleichfalls ein Duldungsgrund ergibt, kann gegenwärtig dahinstehen. Angemerkt sei insoweit allerdings, dass mit der Trennung auch unter diesem Gesichtspunkt ein materielles Aufenthaltsrecht nicht durchzusetzen sein wird, da, die Anwendbarkeit des FreizügG/EU unterstellt, bei einer nicht bestehenden Lebensgemeinschaft eine erstmalige Erteilung einer Aufenthaltskarte gemäß § 5 Abs. 2 FreizügG/EU ausscheiden wird.

Der weiter gehende, auf das Abwarten einer Entscheidung über die Rücknahme der früheren Ordnungsverfügung gerichtete Antrag ist nicht begründet. Insoweit ist ein Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht. Zum einen lässt sich den Akten bereits nicht entnehmen, dass ein entsprechender Antrag bei dem Antragsgegner überhaupt gestellt wurde. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass die in der Ordnungsverfügung vom 20. April 2006 getroffene Beschränkungsentscheidung, gegen die der Antragsteller sich offenbar wendet, rechtswidrig wäre. Vom Antragsteller ist auch insoweit keinerlei Begründung gegeben worden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (KostRMoG) vom 5. Mai 2004. Das für die Bemessung des Streitwertes maßgebende Interesse eines Ausländers an der vorläufigen Aussetzung seiner Abschiebung bewertet die Kammer in ständiger Praxis mit einem Viertel des gesetzlichen Auffangwertes von 5.000,- Euro.