

VG Ansbach

Urteil vom 31.1.2008

Tenor

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand

Der Kläger, ein irakischer Staatsangehöriger arabischen Volkstums aus ..., kam am ... 2000 in das Bundesgebiet und stellte einen Asylantrag. Mit Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge (Bundesamt) vom 25. August 2000 wurde der Antrag auf Anerkennung als Asylberechtigter abgelehnt. Zugleich wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG hinsichtlich des Irak vorliegen. Der Kläger erhielt daraufhin am 12. Oktober 2000 eine zuletzt bis 10. Oktober 2005 gültige Aufenthaltsbefugnis. Am 10. Oktober 2005 erteilte die Beklagte dem Kläger eine bis 9. April 2006 gültige Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG. Am 13. Februar 2006 beantragte der Kläger die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis.

Mit Bescheid vom 3. März 2005 widerrief das Bundesamt die mit Bescheid vom 25. August 2000 getroffene Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG vorliegen. Das Bundesamt stellte fest, dass die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG und Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG nicht vorliegen. Die dagegen eingelegten Rechtsmittel blieben erfolglos (zuletzt: Beschluss des BayVGHI vom 18.1.2006).

Nach vorheriger Anhörung (Schriftsätze der Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 9. und 23. März 2007) lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 13. August 2007 den Antrag vom 13. Februar 2006 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ab und drohte dem Kläger unter Fristsetzung zur freiwilligen Ausreise bis 22. September 2007 die zwangsweise Abschiebung – in erster Linie in den Irak – an.

Dagegen erhob der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigten Klage mit dem Antrag,

ihm unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 13. August 2007 den beantragten Aufenthaltstitel zu erteilen.

Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

Mit Beschluss vom 12. September 2007 lehnte das Gericht den vom Kläger gestellten Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ab.

Mit Schriftsatz vom 24. September 2007 trug der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigten zur Begründung der Klage im Wesentlichen vor, ihm müsse auf der Basis der Richtlinie 2003/109/EG ein Aufenthaltstitel erteilt werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den beigezogenen Behördenakt und die Gerichtsakte Bezug genommen. Für den Verlauf der mündlichen Verhandlung wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet und deshalb abzuweisen. Der Bescheid der Beklagten vom 13. August 2007, mit dem der Antrag des Klägers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vom 13. Februar 2006 abgelehnt und dem Kläger unter Fristsetzung zur freiwilligen Ausreise die Abschiebung angedroht wurde, ist nicht rechtswidrig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 und 5 VwGO).

Die Beklagte hat den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vom 13. Februar 2006 zu Recht abgelehnt, weil der Kläger keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besitzt und auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Ermessenswege nicht erfüllt sind. Die Beklagte hat in dem angefochtenen Bescheid insbesondere zutreffend dargelegt, dass dem Kläger weder nach § 23 Abs. 1 AufenthG i. V. m. dem Bleiberechtsbeschluss der Innenministerkonferenz vom 17. November 2006 und der dazu ergangenen Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern bzw. nach § 104 a AufenthG noch – unter Berücksichtigung des Widerrufsbescheides des Bundesamtes vom 3. März 2005 – nach § 25 Abs. 2, 3, 4 und 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Der Bescheid stimmt insoweit überein mit der ständigen Rechtsprechung der Kammer und des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (z. B. Beschluss vom 18. Dezember 2007, 19 C 07.1806). Hierzu hat der Kläger auch nach Erlass des im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ergangenen Beschlusses des Gerichts vom 12. September 2007 in der Klagebegründung nichts vorgetragen und keine Einwände erhoben. Das Gericht sieht deshalb insoweit von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab, da es gemäß § 117 Abs. 5 VwGO den diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Bescheid der Beklagten folgt.

Der Kläger hat entgegen dem Vorbringen seines Prozessbevollmächtigten im Rahmen der Anhörung vor Erlass des angefochtenen Bescheides sowie zur Begründung der Klage aber auch unter Berücksichtigung der Richtlinie (RL) 2003/109/EG vom 25. November 2003, die durch die §§ 9 a

bis 9 c AufenthG in das nationale Recht umgesetzt wurde, keinen Anspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Gemäß § 9 a Abs. 2 AufenthG ist einem Ausländer unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen gemäß § 9 a Abs. 2 Nr. 1 AufenthG gehört, dass er sich seit fünf Jahren mit Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält, eine Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG zu erteilen. § 9 a Abs. 2 AufenthG ist aber gemäß § 9 a Abs. 3 AufenthG nicht anzuwenden, wenn der Ausländer einen Aufenthaltstitel nach Abschnitt 5 besitzt, der nicht auf Grund des § 23 Abs. 2 erteilt wurde. Dies entspricht Art. 3 Abs. 2 RL 2003/109/EG. Da der Kläger bei Stellung des Antrags auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis am 13. Februar 2006 im Besitz einer gültigen und ausdrücklich gemäß § 25 Abs. 2 AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnis war, besaß er in diesem Zeitpunkt einen Aufenthaltstitel nach Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes. Er ist somit von der Erteilung einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG auch dann ausgeschlossen, wenn die Ausführungen seines Prozessbevollmächtigten in dem dem Erlass des angefochtenen Bescheides vorausgegangenem Schriftsatz vom 23. März 2007 als Antrag auf Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis zu betrachten sein sollten.

Auch wenn für die Entscheidung darüber, ob der Ausländer gemäß § 9 a Abs. 3 Nr. 1 AufenthG einen Aufenthaltstitel nach Abschnitt 5 besitzt, auf den Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis oder etwa auf den Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung abzustellen ist, kommt die Erteilung einer Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG nicht in Betracht. Aus Sinn und Zweck der Regelung des § 9 a Abs. 3 Nr. 1 AufenthG ergibt sich nämlich, dass die Zeit des Besitzes eines Aufenthaltstitels nach dem 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 9 a Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, dass nämlich der Ausländer sich seit fünf Jahren mit Aufenthaltstitel im Bundesgebiet aufhält, grundsätzlich keine Berücksichtigung findet. Dasselbe gilt auch dann, wenn insoweit abweichend vom Wortlaut des § 9 a Abs. 2 Nr. 1 AufenthG darauf abzustellen sein sollte, ob sich der Ausländer gemäß Art. 4 Abs. 1 RL 2003/109/EG fünf Jahre lang ununterbrochen rechtmäßig hier aufgehalten hat. Hierfür spricht auch der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 c RL/2003/109/EG, wonach die Richtlinie keine Anwendung auf Drittstaatsangehörige findet, denen der Aufenthalt auf Grund subsidiärer Schutzformen ... genehmigt wurde. Die Richtlinie verlangt demzufolge nach ihrem Wortlaut nicht, dass die Genehmigung des Aufenthalts auf Grund subsidiärer Schutzformen nach wie vor Bestand hat. Dabei kann auch dem Umstand, dass hinsichtlich der Anrechnung der Zeiten des Besitzes eines Aufenthaltstitels nach dem fünften Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes bzw. der Zeiten nach Art. 3 Abs. 2 b bis d RL/2003/109/EG in § 9 b AufenthG ebenso wie in Art. 4 Abs. 2 und 3 RL/2003/109/EG keine Regelungen getroffen wurden, nicht entnommen werden, dass diese Zeiten bei der Berechnung der Dauer des Besitzes eines Aufenthaltstitels bzw. des rechtmäßigen Aufenthalts (in vollem Umfang) zu berücksichtigen sind und dass damit nach einem fünfjährigen Aufenthalt auf Grund eines humanitären Aufenthaltsrechts und dem Wegfall der Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht als Folge eines entsprechenden Widerrufs durch das Bundesamt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Daueraufenthalt-EG erfüllt sind. Dies ergibt sich auch daraus, dass ein Kommissionsentwurf von 1991 noch die Einbeziehung von Flüchtlingen in den Anwendungsbereich der RL/2003/109/EG vorsah, im Rat aber beschlossen wurde, Flüchtlinge im Hinblick auf deren spezifische Situation von der Geltung der Richtlinie auszunehmen, in Verbindung mit dem Beschluss, zu einem späteren Zeitpunkt einen gesonderten Richtlinienvorschlag über die Anwendung der Daueraufenthaltsrichtlinie zu beschließen. Mit dem Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der RL/2003/109/EG vom 6. Juni 2007 hat die

Kommission vorgeschlagen, Personen mit internationalem Schutzstatus in dem Mitgliedsstaat, der ihnen Schutz gewährt hat, unter den selben Bedingungen wie anderen Drittstaatsangehörigen eine Daueraufenthaltserlaubnis-EG zu erteilen (Hailbronner, Ausländerrecht, § 9 a AufenthG, RdNr. 53). Auch daraus ergibt sich, dass Flüchtlinge bzw. schutzbedürftige Personen grundsätzlich von der Anwendung der RL/2003/109/EG ausgenommen sein sollten, was aber zur Folge hat, dass die Zeiten, in denen sie im Besitz eines humanitären Aufenthaltsrechts nach dem fünften Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes waren, nach Wegfall der Voraussetzungen für dieses Aufenthaltsrecht dann für die Erteilung der Erlaubnis zum Daueraufenthalt-EG nicht zu berücksichtigen sind.

Die Beklagte hat in dem angefochtenen Bescheid auch zu Recht die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis an den Kläger nach § 26 Abs. 4 AufenthG abgelehnt. Der Kläger hat zwar mit dem am 13. Februar 2006 gestellten Formblattantrag nur die „Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis“, nicht aber ausdrücklich die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis beantragt. Da die Beklagte sein Begehren aber zu Recht auch als Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis ausgelegt hat, ist auch die diesbezügliche Entscheidung Gegenstand der Klage.

Gemäß § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach dem fünften Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn die in § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Gemäß § 26 Abs. 4 Satz 3 AufenthG wird dabei die Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens auf die Frist angerechnet. Da der Kläger sich bei Bescheidserlass seit sechs Jahren in einem Arbeitsverhältnis befunden hat und einen irakischen Pass besitzt, spricht viel dafür, dass er die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG erfüllt. Dies hat die Beklagte jedenfalls nicht in Frage gestellt. Selbst wenn der Kläger diese Voraussetzungen erfüllt, kann ihm eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG aber nicht erteilt werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob § 26 Abs. 4 AufenthG nicht auch – ungeschrieben – voraussetzt, dass der Ausländer nicht nur bei Antragstellung eine Aufenthaltserlaubnis nach dem fünften Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes besitzt, sondern dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis auch bei der Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach wie vor vorliegen. Wäre letzteres der Fall, wäre die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG an den Kläger schon deshalb ausgeschlossen, weil das Bundesamt die Feststellung zu § 51 Abs. 1 AuslG, die den dem Kläger erteilten Aufenthaltserlaubnissen zu Grunde gelegen hat, bestandskräftig widerrufen hat. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat, soweit ersichtlich, bislang diese Frage nicht problematisiert und sich hierzu nicht geäußert. Das Bundesverwaltungsgericht hat dagegen mit Urteil vom 22. November 2005 (1 C 18/04 – juris –) u. a. ausgeführt, die Vorschrift des § 25 Abs. 3 AufenthG wolle gewährleisten, dass Ausländer, die wegen eines vom Bundesamt förmlich festgestellten Abschiebungsverbots auf absehbare Zeit nicht abgeschoben werden oder in einen anderen Staat ausreisen könnten, zur Vermeidung von Kettenduldungen regelmäßig eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werde, durch die ihr Aufenthalt legalisiert und ihnen die Möglichkeit eingeräumt werde, bei fortdauernder Schutzbedürftigkeit (Unterstreichung durch das Gericht) eine dauerhafte Aufenthaltsposition in Form einer Niederlassungserlaubnis zu erlangen (vgl. etwa § 26 Abs. 4 AufenthG). Entsprechendes könnte dann auch für Fälle des § 25 Abs. 2 AufenthG gelten. Dies bedarf aber keiner weiteren Erörterung. Dem Kläger kann nämlich jedenfalls deshalb eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG nicht erteilt werden, weil er nicht

seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach dem fünften Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes besitzt. Dies gilt auch unter Einbeziehung der Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens. Der Kläger hat sich am ... 2000 als Asylbewerber gemeldet bzw. am ... 2000 einen Asylantrag gestellt. Seine Aufenthaltserlaubnis war aber zuletzt nur bis 9. April 2006 gültig.

Das Erfordernis, eine Aufenthaltserlaubnis seit sieben Jahren zu besitzen, wird im Fall des Klägers aber auch nicht dadurch erfüllt, dass die Beklagte erst mit Bescheid vom 13. August 2007 über den am 13. Februar 2006 gestellten Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bzw. Erteilung einer Niederlassungserlaubnis entschieden hat. Die Zeit von der Antragstellung bis zur Entscheidung über den Antrag ist auch unter Berücksichtigung von § 81 Abs. 4 AufenthG nicht auf die Siebenjahresfrist des § 26 Abs. 4 AufenthG anzurechnen. Gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG gilt dann, wenn ein Ausländer die Verlängerung seines Aufenthaltstitels oder die Erteilung eines anderen Aufenthaltstitels beantragt, der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass die Fiktion des Fortbestehens des Aufenthaltstitels mit dem Besitz des Aufenthaltstitels, den § 26 Abs. 4 AufenthG voraussetzt, gleichzustellen ist.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat mit dem dem Gericht erst nach der Einzelrichterübertragung im vorliegenden Fall bekannt gewordenen Beschluss vom 10. Dezember 2007 (19 C 07.2829) in einem Verfahren wegen Bewilligung von Prozesskostenhilfe eine hinreichende Erfolgsaussicht der Klage in einem vergleichbaren Fall bejaht und zur Begründung darauf verwiesen, dass es nach einer Entscheidung des Sächsischen OVG vom 29. März 2007 für die Erteilung der Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG ausreichend sei, wenn eine befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 81 Abs. 4 AufenthG als fortbestehend gelte. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat hierzu auch auf eine „differenzierte“ Auffassung in der Kommentarliteratur (GK zum Aufenthaltsgesetz) und auf den Wortlaut der Nr. 81.4.1 der vorläufigen Anwendungshinweise zum Aufenthaltsgesetz verwiesen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat ferner mit – dem Gericht erst nach der mündlichen Verhandlung und der Entscheidung vom 31. Januar 2008 bekannt gewordenen – Beschluss vom „23. Januar 2007“ (19 CS 07.2528), der offensichtlich aber erst am 23. Januar 2008 ergangen ist und deshalb nachfolgend unter diesem Datum bezeichnet wird, in dem auch seinem Beschluss vom 10. Dezember 2007 zu Grunde liegenden Fall die aufschiebende Wirkung der Klage angeordnet, weil er die Rechtmäßigkeit der Versagung eines Aufenthaltstitels nach summarischer Prüfung als zumindest ungeklärt betrachtet. Er hat hierbei im Wesentlichen seine Bedenken gegen die Nichtberücksichtigung der Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG im Rahmen der Fristberechnung des § 26 Abs. 4 AufenthG wiederholt und näher erläutert. Gleichwohl geht das Gericht entsprechend der bisherigen Rechtsprechung der Kammer und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der 19. Kammer des Gerichts (z. B. Beschluss vom 22.8.2007, AN 19 K 07.01694; Beschluss vom 24.9.2007, 19 K 07.02341) sowie mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Augsburg (Beschluss vom 26.4.2007, Au 1 S 07.232) davon aus, dass die Dauer der fiktiven Fortgeltung des bisherigen Aufenthaltstitels nach § 81 Abs. 4 AufenthG bei der Berechnung der Frist des § 26 Abs. 4 AufenthG nicht zu berücksichtigen ist. Die dagegen vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof geäußerten Bedenken vermögen aus den nachfolgend dargelegten Gründen nicht zu überzeugen.

Für die Auslegung und das Verständnis des § 81 Abs. 4 AufenthG erscheint es sinnvoll, die ihm vorausgegangene entsprechende Regelung in § 69 Abs. 3 AuslG 1990 und die Begründung des Gesetzgebers für die Neuregelung in § 81 Abs. 4 AufenthG heranzuziehen. Gemäß § 69 Abs. 3 AuslG 1990 galt der Aufenthalt eines sich rechtmäßig hier aufhaltenden Ausländers dann, wenn er – rechtzeitig – die Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsgenehmigung beantragt hat, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag als erlaubt. Folge dieser Fiktion war allein die Legalisierung des Aufenthalts. Der Ausländer wurde aber damit nicht so gestellt, als ob er bereits im Besitz der Aufenthaltsgenehmigung, die er beantragt hatte, wäre. Soweit das Ausländergesetz ausdrücklich auf den Besitz der Aufenthaltsgenehmigung abgestellt hat, half die Fiktion demnach nicht weiter (so: GK – Ausländerrecht, Stand Oktober 2004, § 69 AuslG RdNr. 44 m. w. N. und insbesondere unter Hinweis auf die entsprechende Rechtsprechung des EuGH). Zu der die Regelung des § 69 Abs. 3 AuslG 1990 ablösenden Regelung in § 81 Abs. 4 AufenthG ist in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 15/420[96] zu Abs. 4) ausgeführt: „In Absatz 4 wird eine Sonderregelung für die Fälle getroffen, in denen der Betroffene bereits einen Aufenthaltstitel besaß. In diesem Fall der Verlängerung eines Aufenthaltstitels (oder z. B. einer Niederlassungserlaubnis) gilt der bisherige Aufenthaltstitel mit allen sich daran anschließenden Wirkungen bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend, wenn der Antrag rechtzeitig gestellt wird. Eine Erlaubnisfiktion wäre in diesem Fall nicht ausreichend, da damit insbesondere die Frage der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit offen bliebe. Sonderregelungen, die diese Frage im arbeits- und sozialrechtlichen Bereich punktuell klärten, werden damit entbehrlich. Vielmehr ist die Frage für das gesamte Arbeits- und Sozialrecht geklärt“. Die Ansicht des Gesetzgebers, eine Erlaubnisfiktion wäre nicht ausreichend, da dann insbesondere die Frage der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit offen bliebe, beruht auf der grundsätzlichen Änderung des Systems der Aufenthaltstitel zum Zwecke einer Beschäftigung, bei der die Parallelität und Doppelspurigkeit zwischen Aufenthalts- und Arbeitserlaubnisrecht aufgegeben wurde (GK – Aufenthaltsgesetz, § 81 AufenthG, RdNr. 38). Demzufolge ist offensichtlich davon auszugehen, dass es dem Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 81 Abs. 4 AufenthG darum geht, für den Zeitraum vom Ablauf der Geltungsdauer des bisher erteilten Aufenthaltstitels bis zur Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels zu regeln, welche Stellung der Ausländer während dieses Übergangszeitraums haben soll, wobei dabei in erster Linie die arbeits- und sozialrechtliche Problematik ins Auge gefasst war. Dass damit wie schon bei § 69 Abs. 3 AuslG 1990 für den Übergangszeitraum auch der Aufenthalt legalisiert wird, unterliegt keinem Zweifel. Nichts spricht aber für die Annahme, der Gesetzgeber habe insoweit abweichend von § 69 Abs. 3 AuslG 1990 die Rechtsposition des Ausländers mit der Regelung in § 81 Abs. 4 AufenthG zu seinen Gunsten so ändern wollen, dass die Zeit bis zu der Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels als Zeit des tatsächlichen Besitzes des Aufenthaltstitels in den Fällen, in denen es auf die Dauer des Besitzes des Aufenthaltstitels ankommt, zu betrachten ist. Für diese Betrachtungsweise gibt die Entstehungsgeschichte bzw. die Begründung des Gesetzgebers keinen Anhaltspunkt. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, dass ein Zeitraum, der von der Unsicherheit, ob der Aufenthaltstitel verlängert wird, geprägt ist, bei dann erfolgter Ablehnung der Verlängerung als Zeit des Besitzes des Aufenthaltstitels zu betrachten wäre. Zudem lässt allein schon der Wortlaut des § 81 Abs. 4 AufenthG nicht die Annahme zu, dass die Fortgeltungsfiktion des bisherigen Aufenthaltstitels, mit der die arbeits- und sozialrechtlichen Wirkungen des dem Ausländer bislang erteilten Aufenthaltstitels für die Übergangszeit bis zur Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung des Aufenthaltstitels

gewährleistet werden sollen, dem tatsächlichen Besitz eines Aufenthaltstitels gleichgestellt sein soll. Eine fingierte Fortgeltung des Aufenthaltstitels ist etwas anderes als der Besitz eines Aufenthaltstitels.

Wenn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in den Beschlüssen vom 10. Dezember 2007 und 23. Januar 2008 zur Begründung seiner Bedenken gegen die dargestellte Betrachtungsweise auf die Nummer 81.4.1 der vorläufigen Anwendungshinweise zum Aufenthaltsgesetz verweist, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. In den vorläufigen Anwendungshinweisen ist insoweit nämlich – lediglich – ausgeführt, in Fällen der Verlängerung eines Aufenthaltstitels oder der Beantragung eines anderen Aufenthaltstitels (z. B. einer Niederlassungserlaubnis) gelte der bisherige Aufenthaltstitel mit allen sich daran anschließenden Wirkungen bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als fortbestehend, wenn der Antrag rechtzeitig gestellt werde. Eine Erlaubnisfiktion wäre in diesen Fällen nicht ausreichend, da damit insbesondere die Frage der Berechtigung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit offen bliebe. Sonderregelungen, die diese Frage im sozialrechtlichen Bereich punktuell klären müssten, würden hierdurch entbehrlich. Vielmehr sei die Frage damit für das gesamte Sozialrecht geklärt. Auch dies bestätigt, dass die Fiktion des Fortbestehens des bisherigen Aufenthaltstitels dazu dient, dem betroffenen Ausländer in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht so zu stellen, wie er bislang durch seinen nunmehr abgelaufenen Aufenthaltstitel gestellt war. Eine andere Bedeutung kann den Worten „mit allen sich daran anschließenden Wirkungen“ nicht beigemessen werden.

Soweit der Bayerische Verwaltungsgerichtshof auf den Beschluss des Sächsischen OVG vom 29. März 2007 verweist, erfordert auch dies keine andere Betrachtungsweise. Die an der vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof genannten Fundstelle in ZAR 2007, S. 246 erfolgte indirekte Wiedergabe des Inhalts der Entscheidung des OVG (im Wortlaut ist die Begründung nicht abgedruckt) lässt nämlich nur erkennen, dass das OVG anders als das damit befasste Verwaltungsgericht bei § 81 Abs. 4 AufenthG von einer Fortgeltungswirkung als Folge der Stellung des Verlängerungsantrages ausgeht, während für die in § 81 Abs. 3 AufenthG genannten Fälle eine so genannte Erlaubnisfiktion gelte. Aus den unterschiedlichen Formulierungen der Absätze 3 und 4 des § 81 AufenthG lässt sich aber für die in Streit stehende Frage bei genauer Betrachtung nichts herleiten. § 81 Abs. 3 AufenthG betrifft nämlich nur solche Ausländer, die bisher einen Aufenthaltstitel nicht besessen haben. Die mit dem Besitz eines Aufenthaltstitels verbundenen Wirkungen zu Gunsten eines Ausländers in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht sind bei ihnen somit noch nicht eingetreten. Demzufolge besteht bei ihnen aber auch keine Veranlassung und Notwendigkeit, die Frage, ob diese Wirkungen für die Dauer des Verfahrens bis zur Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung bzw. Erteilung des Aufenthaltstitels weiter gelten sollten, zu regeln. Insbesondere besteht keine Notwendigkeit zu einer dem § 81 Abs. 4 AufenthG vergleichbaren Regelung. Vielmehr genügt es für die von § 81 Abs. 3 AufenthG erfasste Personengruppe, den Aufenthalt bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels nur zu legalisieren, weil die Frage der Fortgeltung der mit einem Aufenthaltstitel verbundenen Wirkungen in arbeits- und sozialrechtlicher Hinsicht sich bei ihr nicht stellt. Eine weitere und nähere Auseinandersetzung des Sächsischen OVG mit Sinn und Zweck der Regelung des § 81 Abs. 4 AufenthG ist den Ausführungen in der vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof genannte Fundstelle im Übrigen nicht zu entnehmen. Sie ergibt sich im Übrigen auch nicht aus dem Wortlaut des vom Gericht beigezogenen Beschlusses des Sächsischen OVG.

Aber auch soweit der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in den genannten Beschlüssen auf die Kom-

mentarliteratur verweist, lässt sich daraus nicht nachvollziehbar und überzeugend herleiten, dass die Regelung des § 81 Abs. 4 AufenthG dazu führt, dass die Zeit des fiktiven Fortbestandes des Aufenthaltstitels im Rahmen des § 26 Abs. 4 AufenthG zu Gunsten des Ausländers als Zeit des Besitzes eines Aufenthaltstitels zu berücksichtigen ist. Die vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in Bezug genommene Kommentierung im Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz (GK-AufenthG) rechtfertigt vielmehr gerade die gegenteilige Betrachtungsweise. Nach dieser Kommentierung gelten für die Berücksichtigung der Weitergeltungsfiktion eines Verlängerungsantrags nach § 81 Abs. 4 die Ausführungen unter RdNr. 17 und 18 zu dieser Vorschrift entsprechend (GK-AufenthG, § 26 AufenthG, RdNr. 25). Unter RdNr. 17 der Kommentierung zu § 26 AufenthG ist dann ausdrücklich ausgeführt, die Verwendung des Wortes „im Besitz“ bedeute, dass der Ausländer im Zeitpunkt der Antragstellung ununterbrochen drei Jahre im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 und 2 AufenthG sein müsse, wobei diese Kommentierung § 26 Abs. 3 AufenthG betrifft. Dem Ausländer, so ist weiter ausgeführt, müsse also eine Aufenthaltserlaubnis erteilt worden sein. Im Allgemeinen reiche es daher nicht aus, wenn dem Ausländer lediglich auf Grund der Antragstellung die Fortgeltung des Aufenthaltstitels nach § 81 Abs. 4 AufenthG fingiert werde. Aus diesen Ausführungen ergibt sich – entgegen der Auffassung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs – somit geradezu, dass die Fortgeltungsfiktion des Aufenthaltstitels nicht mit dem Besitz des Aufenthaltstitels identisch ist. Wenn in der Kommentierung (GK-AufenthG, § 26 AufenthG, RdNr. 17) weiter ausgeführt ist, dass dann, wenn dem Ausländer auf Grund materiellen Rechts nach § 25 Abs. 1 oder Abs. 2 AufenthG ein Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis zustehe, in den Fällen des § 26 Abs. 3 AufenthG die Fortgeltungswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG der Zeit des Besitzes der Aufenthaltserlaubnis gleichzustellen sei, lässt sich daraus für den Fall des § 26 Abs. 4 AufenthG nichts herleiten. § 26 Abs. 3 AufenthG regelt nämlich lediglich die Rechtslage bezüglich der Ausländer, die eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 1 oder 2 AufenthG besitzen und ab unanfechtbarer Anerkennung als Asylberechtigte bzw. ab unanfechtbarer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft durch das Bundesamt einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis besitzen. Bei ihnen kann demzufolge auch bis zur Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis grundsätzlich nicht zweifelhaft sein, dass ihnen eine Aufenthaltserlaubnis zusteht, wobei sie auch auf die Erteilung der Niederlassungserlaubnis ggf. einen Rechtsanspruch haben. Hiermit ist der Fall des § 26 Abs. 4 AufenthG offensichtlich nicht vergleichbar.

Wenn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 23. Januar 2008 unter Übernahme der Kommentierung im Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz zu dem Fall des § 26 Abs. 3 AufenthG ausführt, die Erwägung, die Ausländerbehörde habe es ansonsten – wenn also die fiktive Aufenthaltserlaubnis nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht der tatsächlich erteilten Aufenthaltserlaubnis gleichgestellt werde – in der Hand, durch den Zeitpunkt ihrer Entscheidung über die Erteilungsvoraussetzungen des § 26 Abs. 4 AufenthG zu disponieren, ist dies nicht nachvollziehbar. Wenn nämlich für die Entscheidung darüber, ob der Ausländer im Sinne des § 26 Abs. 4 AufenthG seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes besitzt, auf den Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen ist, liegen der Entscheidung feststehende und nicht veränderbare Kriterien zu Grunde. Wenn dem gegenüber bei der Entscheidung, ob der Ausländer seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, auch die Zeit einbezogen wird, in der gemäß § 81 Abs. 4 AufenthG der bisherige Aufenthaltstitel als fortbestehend gilt, hängt es möglicherweise vom

Zeitpunkt der Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag auf Verlängerung oder Erteilung des Aufenthaltstitels ab, ob der Ausländer seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Gerade in diesem Fall hat es somit die Ausländerbehörde in der Hand, durch den Zeitpunkt ihrer Entscheidung über die Erteilungsvoraussetzungen des § 26 Abs. 4 AufenthG zu disponieren, was aber auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof offenbar für nicht erwünscht hält und was im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auch nicht erwünscht sein kann.

Die Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs in den genannten Beschlüssen überzeugen aber schließlich auch insoweit nicht, als sie sich mit der Rechtsprechung der 19. Kammer des Gerichts und des Verwaltungsgerichts Augsburg (a. a. O.) und dem von diesen Gerichten herangezogenen Vergleich zum Ausweisungsschutz nach § 56 AufenthG auseinandersetzen. Wenn nämlich § 26 Abs. 4 AufenthG ebenso wie § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG auf den Besitz eines Aufenthaltstitels abstellt, ist nicht nachvollziehbar und verständlich, dass und weshalb hinsichtlich des Besitzes eines Aufenthaltstitels dann jeweils unterschiedliche Betrachtungen gerechtfertigt sein sollten. Das Aufenthaltsgesetz gibt hierzu jedenfalls nichts her. Wenn demzufolge nach der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG im Falle des § 56 AufenthG dem tatsächlichen Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nicht gleichsteht, kann dies auch im Rahmen des § 26 Abs. 4 AufenthG nicht der Fall sein. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof übergeht dabei auch die im Beschluss des Verwaltungsgerichts Augsburg vom 26. April 2007 zitierte Kommentierung bei Renner, Ausländerrecht, § 26 AufenthG, RdNr. 8 und § 81 AufenthG RdNr. 27. Nach der Wiedergabe der Kommentierung durch das Verwaltungsgericht Augsburg zählt der fiktiv erlaubte Aufenthalt nach § 81 Abs. 4 AufenthG nicht zu den im Rahmen des § 26 Abs. 4 AufenthG anrechenbaren Zeiten und ist das Erfordernis des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis nicht erfüllt, wenn nur ein fiktiver Fortbestand des Aufenthaltstitels gegeben ist. Hiermit setzt sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in den genannten Beschlüssen nicht auseinander. Wenn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 23. Januar 2008 hierzu ausführt, die Berücksichtigung der Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG im Rahmen des § 56 AufenthG würde zur Anerkennung von Rechtswirkungen führen, die in diesen Fällen gerade nicht mehr in Betracht kommen könnten, weil es in Folge des Vorliegens eines Ausweisungstatbestandes von vorn herein an jeder Verlängerungsmöglichkeit fehle, lässt er außer Acht, dass das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes nicht in jedem Fall die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausschließt, insbesondere aber, dass ungeachtet der Frage der Zulässigkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für die etwa im Raum stehende Ausweisung von Bedeutung sein kann, ob dem Ausländer der besondere Ausweisungsschutz des § 56 Abs. 1 AufenthG zur Seite steht. Dies aber hängt jedenfalls in den Fällen des § 56 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 AufenthG davon ab, ob der Ausländer eine Niederlassungserlaubnis oder eine Aufenthaltserlaubnis besitzt. Weshalb hierfür die fingierte Aufenthaltserlaubnis des § 81 Abs. 4 AufenthG nicht von Bedeutung sein sollte, dafür aber für die Berechnung der Siebenjahresfrist des § 26 Abs. 4 AufenthG, ist nicht nachvollziehbar. Wenn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in dem Beschluss vom 23. Januar 2008 ferner ausführt, im Fall des § 26 Abs. 4 AufenthG hätte die Berücksichtigung der Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG bei der Berechnung der Siebenjahresfrist mithin lediglich zur Folge, dass dem Antragsteller aus einer möglicherweise hohen Geschäftslast und deshalb langen Bearbeitungsdauer der Ausländerbehörde kein Nachteil erwächst, ist, wie bereits dargelegt, nicht erkennbar, welcher Nachteil dem Ausländer aus der langen Bearbeitungsdauer für die Frage, ob er im

Sinne des § 26 Abs. 4 AufenthG seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, erwachsen sollte.

Die Beklagte hat demzufolge den Antrag des Klägers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels zu Recht abgelehnt. Die Abschiebungsandrohung und Fristsetzung zur freiwilligen Ausreise entsprechen den im angefochtenen Bescheid genannten Rechtsgrundlagen. Die zur freiwilligen Ausreise gesetzte Frist ist nicht zu beanstanden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Beschluss

Der Streitwert wird auf 5.000,- EUR festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).