

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, kam am ... 2000 in das Bundesgebiet und stellte einen Asylantrag. Mit Bescheid des damaligen Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (Bundesamt) vom 19. Juni 2000 wurde der Kläger als Asylberechtigter anerkannt. Ferner wurde festgestellt, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG hinsichtlich des Irak vorliegen. Auf die vom Bundesbeauftragten für Asylangelegenheiten erhobene Klage hin hob das Verwaltungsgericht Arnsberg mit Urteil vom 1. März 2002 den Bescheid des Bundesamtes vom 19. Juni 2000 insoweit auf, als der Kläger als Asylberechtigter anerkannt wurde.

Dem Kläger wurde erstmals am ... 2000 eine Aufenthaltsbefugnis erteilt, die zuletzt bis ... 2005 gültig war. Am ... 2005 beantragte der Kläger die Verlängerung seiner Aufenthaltsgenehmigung. Mit Schriftsatz seiner Prozessbevollmächtigten vom 17. August 2006 beantragte er die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis.

Mit Bescheid vom 26. September 2004 widerrief das Bundesamt die mit Bescheid vom 19. Juni 2000 getroffene Feststellung, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG vorliegen. Das Bundesamt stellte fest, dass Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG nicht vorliegen. Die dagegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht Ansbach mit Urteil vom 1. Dezember 2004 ab.

Nach vorheriger Anhörung lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 13. August 2007 die Anträge vom 4. März 2005 und vom 21. August 2006 auf Erteilung bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels ab und drohte dem Kläger unter Fristsetzung zur freiwilligen Ausreise bis 24. September 2007 die zwangsweise Abschiebung – in erster Linie in den Irak – an.

Dagegen erhob der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigten Klage. Hierzu wurde u. a. ausgeführt, es werde nicht bestritten, dass bei strenger Betrachtung die Voraussetzungen für die „IMK-

Regelung vom 17. November 2006“ nicht erfüllt seien, es sei jedoch festzuhalten, dass bezüglich des Klägers ursprünglich die Asylberechtigung nach Art. 16 a GG festgestellt gewesen sei. Im Rahmen dieser Feststellung habe der Kläger ein dauerndes Aufenthaltsrecht für die Bundesrepublik Deutschland erworben, auf das er auch habe vertrauen dürfen. Im Mai 2007 habe der Kläger auch die Wartezeit für eine Einbürgerung in den deutschen Staatsverbund erfüllt. Er sei auch seit Oktober 2000 durchgehend erwerbstätig. Der Beschluss der Innenministerkonferenz vom 17. November 2006 stelle keine Rechtsgrundlage dar. Bei der auf ihm beruhenden Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 20. November 2006 handele es sich um eine Regelung, die wie eine Verwaltungsvorschrift wirke und auszulegen sei. Die Behörde als solche sei somit nicht von eigenen Ermessenserwägungen entbunden. Die Beklagte habe aber keine eigenen Ermessenserwägungen an gestellt.

Der Kläger beantragte durch seine Prozessbevollmächtigten,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 13. August 2007 zu verpflichten, ihm die Aufenthaltserlaubnis für die Bundesrepublik Deutschland zu erteilen.

Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den beigezogenen Behördenakt und den Gerichtsakt 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 die Anträge des Klägers auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vom 4. März 2005 und 21. August 2006 (gemeint ist damit der im Original an diesem Tag bei der Beklagten eingegangene Antrag im Schriftsatz vom 17.8.2006) abgelehnt wurden 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 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 26. September 2004 – 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 18.12.2007, 19 C 07.1806). Soweit der Kläger insoweit durch seinen Prozessbevollmächtigten geltend macht, es fehle bei der Entscheidung der Beklagten über das Bleiberecht auf der Grundlage des Beschlusses der Innenministerkonferenz vom 17. November 2006 an einer Ermessensentscheidung der Beklagten, kann dem nicht gefolgt werden. Der Beschluss der Innenministerkonferenz sowie die diesbezügliche Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 20. November 2006 eröffnen der Ausländerbehörde keinen Ermessensspielraum für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für den Fall, dass die von der Innenministerkonferenz festgelegten Kriterien nicht erfüllt sein sollten. Das Gericht sieht insoweit im Übrigen von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe ab, da es gemäß § 117 Abs. 5 VwGO den Ausführungen im angefochtenen Bescheid der Beklagten folgt.

Soweit der Kläger mit Schriftsatz seines Prozessbevollmächtigten vom 17. August 2006 bei der Beklagten die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis beantragt hat, hat die Beklagte auch diesen Antrag mit dem angefochtenen Bescheid zu Recht abgelehnt. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf § 26 Abs. 4 AufenthG.

Gemäß § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. 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. Selbst wenn der Kläger die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG erfüllen sollte, wofür manches spricht und was die Beklagte auch nicht in Frage gestellt hat, 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 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes 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 Aufenthaltsgenehmigungen 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 -) unter anderem ausgeführt, die Vorschrift des § 25 Abs. 3 AufenthG wolle gewährleisten, dass Ausländern, die wegen eines vom Bundesamt förmlich festgestellten Abschiebungsverbots auf absehbarer 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 5.

Abschnitt des Aufenthaltsgesetzes besitzt. Dies gilt auch unter Einbeziehung der Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltsbefugnis vorangegangenen Asylverfahrens, wobei gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltsbefugnis vor dem 1. Januar 2005 auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG angerechnet wird. Der Kläger hat am ... 2000 einen Asylantrag gestellt. Seine Aufenthaltsbefugnis war zuletzt aber nur bis ... 2005 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 die Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vom ... 2005 und vom ... 2006 entschieden hat. Von der Stellung des Asylantrags bis zum Erlass des angefochtenen Bescheides sind zwar mehr als sieben Jahre vergangen. Die Zeit von der Stellung des Antrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vom 4. März 2005 bis zur Entscheidung über den Antrag ist aber 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 Falle 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 Nummer 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 ablösenden Regelung in § 81 Abs. 4 AufenthG ist in der Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 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. der Beantragung 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 insbesondere in erster Linie die arbeits- und sozialrechtliche Problematik ins Auge gefasst war. Dass damit zudem 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 Fortbildungsfiktion 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 Nr. 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 offenbliebe. 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, den 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 sog. 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 genannten Fundstelle im Übrigen nicht zu entnehmen. Sie ergibt sich aber 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 Kommentarliteratur 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-Aufenthaltsgesetz) rechtfertigt vielmehr gerade die gegenteilige Betrachtungsweise. Nach dieser Kommentierung gelten für die Berücksichtigung der Weitergeltungsfiktion eines Verlängerungsantrages nach § 81 Abs. 4 die Ausführungen unter RdNr. 17 und 18 zu dieser Vorschrift entsprechend (GK-Aufenthaltsgesetz, § 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-Aufenthaltsgesetz, § 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 Fortgeltungsfiktion 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 Asylberechtigter 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 gegebenenfalls 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 dem Zeitpunkt

der Antragstellung abzustellen ist, liegen der Entscheidung feststehende und nicht veränderbare Kriterien zu Grunde. Wenn demgegenüber 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 eines 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 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 dieser 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 § 86 AufenthG würde zur Anerkennung von Rechtswirkungen führen, die in diesen Fällen gerade nicht mehr in Betracht kommen könnten, weil es infolge des Vorliegens eines Ausweisungstatbestandes von vornherein 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 5.000,00 EUR festgesetzt (§ 52 Abs. 1 GKG).