

VG Ansbach

Urteil vom 21.4.2008

Tenor

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

Tatbestand

Der Kläger, ein irakischer Staatsangehöriger, kam nach eigenen Angaben am ... 1999 in das Bundesgebiet und stellte am ... 1999 einen Asylantrag. Auf Grund entsprechender gerichtlicher Verpflichtung durch Urteil des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 11. April 2000 stellte das Bundesamt mit Bescheid vom 17. Juni 2000 fest, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG sowie des § 53 Abs. 4 AuslG i. V. m. Art. 3 EMRK sowie des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG hinsichtlich des Iraks vorliegen. Erstmals am 29. Juni 2000 erhielt der Kläger daraufhin eine Aufenthaltsbefugnis, die zuletzt bis 27. Juni 2005 gültig war. Am 11. Mai 2005 beantragte der Kläger die Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung zu dem Zweck „Asyl“.

Mit Bescheid vom 16. August 2004 widerrief das Bundesamt die mit Bescheid vom 17. Juni 2000 getroffenen Feststellungen, dass die Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 AuslG und die Voraussetzungen des § 53 Abs. 4 AuslG i. V. m. Art. 3 EMRK sowie des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG vorliegen. Zugleich stellte das Bundesamt fest, dass Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG nicht vorliegen. Die dagegen erhobene Klage wies das Verwaltungsgericht Ansbach mit Urteil vom 22. Oktober 2004 ab.

Der Kläger wurde – zuletzt – durch Berufungsurteil des Landgerichts ... vom 16. Januar 2006 wegen Urkundenfälschung zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, verurteilt.

Nach vorheriger Anhörung lehnte die Beklagte mit Bescheid vom 16. April 2007 den Antrag des Klägers auf Erteilung/Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis vom 11. Mai 2005 ab und drohte dem Kläger unter Fristsetzung zur freiwilligen Ausreise innerhalb von drei Monaten nach Zustellung des Bescheides die zwangsweise Abschiebung – in erster Linie in den Irak – an.

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

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 16. April 2007 zu verpflichten, ihm die beantragte Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu erteilen.

Die Beklagte beantragte,

die Klage abzuweisen.

Mit Beschluss vom 21. Juni 2007 lehnte das Gericht den vom Kläger zudem gestellten Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO sowie den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ab.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die beigezogenen Behördenakten 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 16. April 2007 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 bzw. Verlängerung eines Aufenthaltstitels („Aufenthaltsgenehmigung“) vom 11. Mai 2005 zu Recht abgelehnt und dem Kläger auch zu Recht unter Fristsetzung zur freiwilligen Ausweisung die Abschiebung angedroht. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt das Gericht gemäß § 117 Abs. 5 VwGO auf die Ausführungen der Beklagten im angefochtenen Bescheid Bezug. Ergänzend hierzu ist auszuführen:

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 und 3 AufenthG ist im Hinblick auf den Widerrufsbescheid des Bundesamtes vom 16. August 2004 und die mit diesem Bescheid getroffene, die Ausländerbehörde gemäß § 42 Satz 1 AsylVfG bindende Feststellung, dass Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG (nunmehr: Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG) nicht vorliegen, ausgeschlossen. Eine eigene Prüfungskompetenz der Ausländerbehörde kommt grundsätzlich nur bei Ausländern in Betracht, die zuvor kein Asylverfahren betrieben haben (BVerwG, Urteil vom 27.6.2006, 1 C 14/05, InfAuslR 2007, 4 bis 7). Hierzu gehört der Kläger nicht.

Die Beklagte ist auch nicht etwa ausnahmsweise unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in dem genannten Urteil vom 27. Juni 2006 für die Prüfung eines Abschiebungsverbotes nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG zuständig. Eine solche Prüfung käme allenfalls in Betracht, wenn das Bundesamt eine Feststellung zu einem Abschiebungsverbot wegen Bestehens eines vergleichbaren Schutzes durch einen Abschiebestopp-Erlass, eine sonstige Erlasslage oder eine aus individuellen Gründen erteilte Duldung nicht treffen kann oder darf. Das Bundesamt hat in seinem Bescheid vom 16. August 2004 aber ausführlich das Vorliegen eines Abschiebungshindernisses nach § 53 AuslG geprüft und verneint. Auch das Verwaltungsgericht Ansbach hat in dem

den Bescheid vom 16. August 2004 betreffenden Urteil vom 22. Oktober 2004 das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG geprüft und verneint.

Die Beklagte hat ferner auch zu Recht das Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 Satz 1 und 2 AufenthG verneint. Einen nur vorübergehenden Aufenthalt im Sinne des § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG strebt der Kläger offensichtlich nicht an. Für eine individuelle Sondersituation des Klägers im Vergleich zu anderen, insbesondere irakischen Staatsangehörigen, wie sie für § 25 Abs. 4 Satz 2 AufenthG erforderlich wäre (BayVGH, Beschluss vom 21.2.2008, 19 CS 08.42) ist nichts ersichtlich.

Auch § 25 Abs. 5 AufenthG ermöglicht nicht die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis an den Kläger, weil seine Ausreise nicht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist. Die Beklagte geht zutreffend und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsgesichtshofs (z. B. Beschluss vom 21.2.2008, 19 CS 08.42) davon aus, dass irakische Staatsangehörige tatsächlich freiwillig dorthin zurückkehren können. Für eine rechtliche Unmöglichkeit der Rückkehr ist insbesondere im Hinblick darauf, dass ein Abschiebungsverbot nicht vorliegt, nichts ersichtlich.

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Altfallregelung des § 104 a AufenthG steht ebenso wie der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23 AufenthG in Verbindung mit dem Beschluss der Innenministerkonferenz vom 17. November 2006 und der diesbezüglichen Anordnung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 21. November 2006 die Verurteilung des Klägers durch das Landgericht ... vom 16. Januar 2006 zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten wegen Urkundenfälschung sowie die Einreise nach dem jeweiligen Stichtag entgegen (§ 104 a Abs. 1 Satz 1 AufenthG, Ziffern 3.1, 6.3 und 6.4 des IMK-Beschlusses vom 17.11.2006).

Dem Kläger kann aber auch, was die Beklagte nicht ausdrücklich geprüft hat, ein Aufenthaltstitel in Form einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG nicht erteilt werden. Dabei geht das Gericht davon aus, dass die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes betreffende Begehren des Klägers auch die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG erfasst. Nach den diesbezüglichen Feststellungen in der mündlichen Verhandlung vom 21. April 2008 spricht zwar viel dafür, dass der Kläger die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 3 und 5 bis 9 AufenthG erfüllt. Wie sich dies hinsichtlich der Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG im Hinblick auf die im angefochtenen Bescheid der Beklagten aufgelisteten Vorstrafen des Klägers verhält, mag dahingestellt bleiben. Selbst wenn § 9 Abs. 2 Nr. 4 AufenthG der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG nicht entgegensteht, kann dem Kläger eine Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG 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 5. 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 an den Kläger schon deshalb ausgeschlossen, weil das Bundesamt die Feststellung zu § 51 Abs. 1 AuslG, die den dem Kläger erteilten Aufenthaltsbefugnissen bzw. der Aufenthaltserlaubnis zu

Grunde gelegen hat, bestandskräftig widerrufen hat. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat, soweit ersichtlich, sich hierzu bislang nicht geäußert. Das Bundesverwaltungsgericht hat dagegen mit Urteil vom 22. November 2005, 1 C 18/24 – juris –, u. a. ausgeführt, die Vorschrift des § 25 Abs. 3 AufenthG wolle gewährleisten, dass Ausländern, die wegen eines vom Bundesamt förmlich festgestellten Abschiebungsverbotes 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 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 bzw. der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens. Der Kläger hat am ... 1999 einen Asylantrag gestellt, seine Aufenthaltserlaubnis war zuletzt aber nur bis 27. Juni 2005 gültig.

Das Erfordernis, eine Aufenthaltserlaubnis seit sieben Jahren zu besitzen, wird im Fall des Klägers auch nicht dadurch erfüllt, dass die Beklagte erst mit Bescheid vom 16. April 2007 über den am 11. Mai 2005 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, wie ihn § 26 Abs. 4 AufenthG voraussetzt, gleichzustellen ist.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat mit 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 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 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. Gleichwohl geht das Gericht entsprechend der bisherigen Rechtsprechung der Kammer (z. B. Urteil

vom 31.1.2008, AN 5 K 07.02384; Urteil vom 2.4.2008, AN 5 K 07.02312) und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der 19. Kammer des Gerichts (z. B. Beschluss vom 24.9.2007, AN 19 K 07.02341) sowie mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Augsburg (Beschluss vom 26.4.2007, Au 1 S 07.232 und Beschluss vom 17.1.2008, Au 1 S 07.1764) 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 bzw. dessen dem entgegenstehende Auffassung (vgl. BayVGh, Beschluss vom 21.2.2008, 19 CS 08.42, RdNr. 25) 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 hatte, 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-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 offenbliebe. 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 offenbliebe, 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). Dem zufolge 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 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 insofern 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 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 Bayer. 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, Seite 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 Verlängerungsantrags 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. Dem zufolge 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 Verlängerungsantrags nach § 81 Abs. 4 AufenthG 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 (Unterstreichung durch das Gericht) 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 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 Über-

nahme 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 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 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 Fiktionwirkung 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. Wenn der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in seinem Beschluss vom 23. Januar 2008 ausführt, die Berücksichtigung der Fiktionwirkung 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 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.

Im Übrigen spricht gegen die Wertung der Fiktionszeit des § 81 Abs. 4 AufenthG als Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis i. S. d. § 26 Abs. 4 AufenthG, dass dann, wenn gegen den Ausländer, wie hier, ein Strafverfahren anhängig ist, das gemäß § 79 Abs. 2 AufenthG zur Aussetzung der Entscheidung über den Aufenthaltstitel führt, das strafrechtlich relevante Verhalten des Ausländers, selbst wenn er verurteilt wird, ohne die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 AufenthG zu erfüllen, sich zu seinem Vorteil auswirken kann.

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. 2 GKG).