

Der Ausschlussgrund in § 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG setzt nicht voraus, dass der Ausländer durch die Täuschung über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände einen Aufenthaltstitel erwirkt hat oder dass diese Täuschung, sofern sie von einigem Gewicht ist, ursächlich für eine Verlängerung seines Aufenthalts im Bundesgebiet geworden ist.

Ob die Vorschrift in § 85 AufenthG, wonach Unterbrechungen der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bis zu einem Jahr außer Betracht bleiben können, im Anwendungsbereich des § 104 a Abs. 1 AufenthG auf Unterbrechungen geduldeten Aufenthalts entsprechend angewendet werden kann, bleibt offen. Von seiner Rechtsfolge her führte § 85 AufenthG jedenfalls nicht dazu, Zeiten nicht geduldeten Aufenthalts als solche eines geduldeten Aufenthalts zu fingieren, sondern nur dazu, dass diese gleichsam „hinweggedacht“ würden; das Erfordernis der in § 104 a Abs. 1 AufenthG bestimmten Mindestzeit bliebe bestehen.

(Amtliche Leitsätze)

3 Bf 370/07

OVG Hamburg

Beschluss vom 14.10.2008

T e n o r

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 9. März 2006 wird, soweit die Sache durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. September 2007 (1 C 43.06) an das Hamburgische Oberverwaltungsgericht zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen worden ist, zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des nach der Zurückverweisung fortgeführten Teils des Berufungsverfahrens.

Hinsichtlich dieser Kosten ist der Beschluss vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festgesetzten Kosten abwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert wird für den fortgeführten Teil des Berufungsverfahrens auf 5.000,- Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab dem 28. August 2007 nach Maßgabe der an jenem Tag in Kraft getretenen Altfallregelung in § 104 a des Aufenthaltsgesetzes.

Die Klägerin wurde ...1940 in Serbien geboren und besaß bis zur Auflösung der Staatenunion ‚Serbien und Montenegro‘ im Jahre 2006 deren Staatsangehörigkeit. Von ... 2000 bis zu dessen Tod ... 2004 war sie mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet.

Die Klägerin reiste nach eigenen Angaben ... 1999 ohne Visum nach Deutschland ein und beantragte April 1999 bei der Beklagten die Erteilung einer Duldung. Die Beklagte erteilte ihr April 1999 eine zunächst bis zum Mai 1999 gültige Duldung. Mit bestandskräftigem Bescheid ... Mai 1999 wurde sie aus dem Bundesgebiet ausgewiesen. Zugleich wurde ihr die Abschiebung angedroht, sofern sie das Bundesgebiet nicht bis zum August 1999 verlasse; die Beklagte stellte ihr eine Grenzübertrittsbescheinigung aus, in der ihre Ausreisepflicht bis zu dem letztgenannten Datum vermerkt war. August 1999 erhielt die Klägerin von der Beklagten eine bis zum Mai 2000 gültige Duldung, die - dem Inhalt der Ausländerakten nach zuletzt bis zum Januar 2003 - fortlaufend verlängert wurde.

September 2000 heiratete sie in Hamburg den August 1932 geborenen deutschen Staatsangehörigen .... Sie meldete sich unter seiner Adresse mit alleinigem Wohnsitz an. Anschließend beantragte sie die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zweck des ehelichen Zusammenlebens. Für Herrn .... war vom Amtsgericht Hamburg September 1996 eine Betreuung eingerichtet und Juli 1999 eine Betreuerin mit dem Wirkungskreis „Mietangelegenheiten, Sicherstellung der ambulanten Pflege, Vermögenssorge einschließlich Schuldenregulierung“ bestellt worden (108 XVII J 31767). Hintergrund der Bestellung war sein Gesundheitszustand nach langjährigem Alkoholabusus und alkoholtoxischer Wesensveränderung.

Im Mai 2001 beantragte die Klägerin die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis: Sie lebe in ehelicher Lebensgemeinschaft mit ihrem Ehemann, für den eine Betreuung eingerichtet sei und der aufgrund seiner Verfassung ihrer besonderen Fürsorge bedürfe. Eine Trennung von mehreren Monaten aufgrund des Durchlaufens eines Visumverfahrens sei nicht zumutbar. Mit Bescheid vom 28. Februar 2002 lehnte die Beklagte den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis ab: Eine Erteilung nach § 30 Abs. 4 AuslG sei nicht möglich, da eine vorübergehende Trennung der Eheleute zumutbar sei. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 11. April 2002 zurück. Gegen die ablehnenden Bescheide wurde keine Klage erhoben.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 24. April 2002 beantragte die Klägerin unter Bezugnahme auf ihre Ehe die nachträgliche Befristung der Wirkung ihrer Ausweisung. Sie erklärte, dass sie ausreisen werde, sobald sie eine Vorabzustimmung zur Erteilung eines Visums durch die deutsche Bot-

schaft in Jugoslawien erhalten habe. Nach einem internen Vermerk der Beklagten vom 25. Juli 2002 wurde die Erklärung einer Vorabzustimmung am 16. Mai 2002 abgelehnt.

Ausweislich eines ärztlichen Attestes vom 23. September 2002 bedurfte der Ehemann der Klägerin seinerzeit der ständigen Anleitung und Beaufsichtigung bei den Verrichtungen des täglichen Lebens wie der Körperpflege, der regelmäßigen und ausreichenden Aufnahme von Mahlzeiten und dem Einkaufen, ohne die er in kurzer Zeit verwahrlost wäre. In dem Attest heißt es weiter: Bei der Untersuchung sei eine zeitliche Desorientiertheit und eine Störung der Merkfähigkeit aufgefallen. Diese Symptome deuteten auf ein zumindest beginnendes Korsakoff-Syndrom hin. Eine Besserung der Gedächtnisleistungen sei nicht zu erwarten. Allerdings sei von anderer Seite Anfang des Jahres bemerkt worden, dass der Ehemann der Klägerin sich seit der Eheschließung in einem deutlich besseren und stabileren Zustand befinde als vor der Ehe.

Vor dem Hintergrund einer von der Beklagten für den 27. September 2002 geplanten Abschiebung beantragte die Klägerin mit anwaltlichem Schreiben vom 25. September 2002 erneut die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis. Mit Beschluss vom 26. September 2002 (20 VG 4085/2002) untersagte das Verwaltungsgericht Hamburg der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung, die Klägerin vor einer Entscheidung über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis abzuschieben. Anders als zum Zeitpunkt des Erlasses des bestandskräftig gewordenen Widerspruchsbescheides vom 11. April 2002 sei davon auszugehen, dass der Ehemann der Klägerin zum gegenwärtigen Zeitpunkt zwingend auf die Betreuung durch diese angewiesen sei. Die von der Klägerin geleistete „Rund-um-die-Uhr-Betreuung“ könne durch einen ambulanten Pflegedienst nicht ersetzt werden.

Mit Datum vom 21. Februar 2003 wurde der Klägerin eine bis zum 20. Februar 2004 befristete Aufenthaltsbefugnis erteilt. Aus einer internen Verfügung vom 21. Februar 2003 ergibt sich, dass die Beklagte hierbei von der Ermächtigungsgrundlage des § 30 Abs. 4 AuslG ausging.

Nachdem ihr Ehemann Februar 2004 verstorben war, beantragte die Klägerin am 17. Februar 2004 die „unbefristete“ Verlängerung ihrer Aufenthaltsgenehmigung, wobei sie als Zweck des Aufenthalts angab „mein Ehegatte“. Mit dem Antrag legte sie neben einem ihre eigene Gesundheit betreffenden Attest vom 16. Februar 2004 ein ärztliches Attest vom 2. Oktober 2003 vor, nach dem die häusliche Grundpflege ihres Ehemanns ohne Probleme durch sie durchgeführt werden könne. Laut einem Aktenvermerk der Sachbearbeiterin der Beklagten vom 17. Februar 2004 erklärte die Klägerin bei der Antragstellung, dass ihr Ehemann aus gesundheitlichen Gründen nicht imstande sei, bei der Beklagten vorzusprechen. Die Sachbearbeiterin ersuchte daraufhin mit

Schreiben vom gleichen Tag das Wirtschafts- und Ordnungsamt des Bezirksamts Hamburg um Prüfung, „ob es in der Wohnung von der o. g. Ausländerin und ihres Ehemannes Indizien gibt, dass das Paar als Ehepaar lebt“. Eine Nachfrage des Wirtschafts- und Ordnungsamt bei dem Vermieter der Eheleute am 3. März 2004 ergab sodann, dass „die Genannten zusammen vor Ort gewohnt“ hätten, der Ehemann aber vor ca. drei Wochen verstorben sei und die Wohnung nunmehr von der Klägerin allein bewohnt werde. Mit Schreiben vom 13. Mai 2004 teilte die Beklagte der Klägerin daraufhin mit, dass beabsichtigt sei, ihren Antrag auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbefugnis abzulehnen: Nachdem der Ehemann am 15. Februar 2004 verstorben sei, könne eine Verlängerung der Aufenthaltsbefugnis gemäß § 34 Abs. 2 AuslG nicht mehr erfolgen; § 19 Abs. 1 AuslG finde keine Anwendung. Mit anwaltlichem Schreiben vom 9. Juni 2004 begründete die Klägerin ihren Verlängerungsantrag: Die Aufenthaltsbefugnis könne nach § 30 Abs. 2 AuslG verlängert werden. Wenn sie gezwungen sei, Deutschland zu verlassen, liege eine außergewöhnliche Härte vor. Zwar sei in ihrem Fall seinerzeit wegen der erfolgten Ausweisung die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht möglich gewesen. Wegen der schweren Erkrankung ihres Ehemanns sei ihr jedoch das Verlassen des Bundesgebietes zur Durchführung eines Visumverfahrens nicht zumutbar gewesen. Daher befinde sie sich jetzt in einer vergleichbaren Lage wie Ausländer, die sich auf § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AuslG berufen könnten. Sie habe durch die Eheschließung mit ihrem deutschen Ehemann ihren Lebensmittelpunkt in Deutschland gefunden, hier eine eigene Wohnung bezogen und sich völlig in die deutschen Lebensverhältnisse integriert. Hinzu komme, dass ihr Lebensunterhalt durch die Witwenrente in Höhe von 995,16 Euro und einen monatlichen Verdienst von EUR 400,- Euro bei einer Hausreinigungsfirma gesichert sei.

Mit Bescheid vom 5. August 2004 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin vom 17. Februar 2004 auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbefugnis ab und drohte ihr für den Fall, dass sie nicht bis zum 15. November 2004 ausgereist sei, die Abschiebung nach Serbien und Montenegro an; zugleich stellte sie der Klägerin eine Grenzübertrittsbescheinigung aus, in der das genannte Datum des Ablaufs der Ausreisefrist genannt war. Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Beklagte aus: Nach dem Tod ihres Ehemanns könne die Aufenthaltsbefugnis der Klägerin nicht mehr verlängert werden, da der Aufenthaltswitzweck, zu dem diese zuvor erteilt worden sei, nicht mehr bestehe. Auf § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AuslG könne die Klägerin sich nicht berufen, da sie keine Aufenthaltserlaubnis besessen habe. Die Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis nach § 35 Abs. 1 Satz 1 AuslG sei nicht möglich, da die Klägerin nicht acht Jahre im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis gewesen sei. Eine besondere Härte sei ebenfalls nicht erkennbar, da es der Klägerin durchaus zuzumuten sei, in ihr Heimatland zurückzukehren. Den von der Klägerin gegen den Bescheid vom 5. August 2004 eingelegten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 10. September 2004, zugestellt am 14. September 2004, zurück.

Am 14. Oktober 2004 hat die Klägerin die den Ausgang des vorliegenden Rechtsstreits bildende Klage beim Verwaltungsgericht erhoben. Zugleich hat sie beim Verwaltungsgericht beantragt, die Beklagte im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, sie „bis zu einer Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbefugnis und Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht abzuschieben und ihr eine Duldung zu erteilen“ (8 E 5014/04). Diesen Antrag hat sie mit Schriftsatz ihres damaligen Prozessbevollmächtigten vom 15. Dezember 2004 (Eingang beim Verwaltungsgericht am 17.12.2004) zurückgenommen.

Mit Schreiben vom 17. Januar 2005 teilte die Beklagte dem seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit, dass das laufende aufenthaltsrechtliche Verfahren einer Aufenthaltsbeendigung der Klägerin nicht entgegen stehe. Auf Bitte der Beklagten (Schreiben vom 26.4.2005) sprach die Klägerin dort am 9. Mai 2005 vor. Bei der Gelegenheit wurde ihr bis zum 2. November 2010 gültiger Nationalpass einbehalten; zugleich wurde sie aufgefordert, sich am 17. Mai 2005, 8.00 Uhr, erneut zu melden. Die Beklagte stellte ihr eine Bescheinigung über die Meldeauflage aus, in der es hieß, ihr Aufenthalt gelte bis zum Ablauf der Meldeauflage als geduldet. Am 17. Mai 2005 wurde der Klägerin eine bis zum 31. Mai 2005 gültige Duldung erteilt; die Beklagte bereitete zugleich die Abschiebung für den 14. Juni 2005 vor. Am 31. Mai 2005 wurde die Duldung bis zum 13. Juni 2005 verlängert; die Beklagte hielt zu diesem Zeitpunkt an der geplanten Abschiebung fest. Die Beklagte nahm am 7. Juni 2005 von der geplanten Abschiebung wieder Abstand, nachdem die Klägerin zwischenzeitlich beim Verwaltungsgericht einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (8 E 1674/05) zwecks Untersagung der Abschiebung gestellt hatte. Am 13. Juni 2005 wurde die Duldung der Klägerin bis zum 13. September 2005 verlängert; im Anschluss daran verlängerte die Beklagte die Duldung fortlaufend über den 1. Juli 2007 hinaus.

Zur Begründung ihrer Klage vom 14. Oktober 2004 hat die Klägerin unter anderem geltend gemacht: Es treffe zwar zu, dass das bisherige Abschiebungshindernis der Pflegebedürftigkeit ihres Ehemanns weggefallen sei. Es seien jedoch neue Abschiebungshindernisse, unter anderem die unzumutbare Härte, die eine Abschiebung für sie bedeuten würde, hinzugekommen. Sie habe sich nichts zu schulden kommen lassen, lebe von ihrer Witwenrente und werde keine staatliche Hilfe in Anspruch nehmen müssen. Nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes sei zu ihren Gunsten die Vorschrift des § 31 Abs. 1 AufenthG anzuwenden. Wenn die Beklagte beim Aufenthaltswert der erteilten Aufenthaltsbefugnis nicht auf den Familiennachzug, sondern allein auf die Pflege des kranken Ehemanns und die insoweit angenommene Unzumutbarkeit der Abschiebung abstelle, so werde sie weder der tatsächlichen Lebenssituation noch der Bedeutung des Grund-

rechts aus Art. 6 Abs. 1 GG gerech. Eine Ausreise aus dem Bundesgebiet sei wegen der Schutzwirkungen aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK nicht möglich gewesen. Es sei zu einer schutzwürdigen Verfestigung ihrer Lebensumstände gekommen, da sie auf den Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet vertraut habe. Sie habe nicht damit rechnen müssen, dass ihr mit dem Tod ihres Ehemanns dann „der Boden unter den Füßen weggezogen“ werde. Eine nach altem Recht erteilte und jetzt nach neuem Recht als Aufenthaltserlaubnis fortgeführte Aufenthaltbefugnis bilde die Grundlage für eine Verlängerung nach § 31 AufenthG.

Mit Urteil vom 9. März 2006 hat das Verwaltungsgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 31 Abs. 1 AufenthG seien nicht gegeben, da die Klägerin nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis im Sinne dieser Vorschrift gewesen sei; wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils Bezug genommen.

Die Klägerin hat gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts die vom Berufungsgericht zugelassene Berufung eingelegt, mit der sie die Verpflichtung der Beklagten erstrebt hat, die ihr am 21. März 2003 erteilte Aufenthaltsbefugnis als Aufenthaltserlaubnis nach dem Aufenthaltsgesetz zu verlängern.

Das Berufungsgericht hat mit Urteil vom 5. September 2006 (3 Bf 113/06, ZAR 2007, 70) die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, eine nach dem neuen Aufenthaltsgesetz erteilte Aufenthaltserlaubnis könne nur dann als Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 1 AufenthG angesehen und dementsprechend nach dieser Vorschrift als eigenständiges Aufenthaltsrecht verlängert werden, wenn sie nach den Vorschriften des 6. Abschnitts des Aufenthaltsgesetzes zum Zweck des Familiennachzugs erteilt worden sei. Von diesem Grundsatz sei auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn dem Ehegatten eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG zu einem humanitären Zweck im Sinne des 5. Abschnitts erteilt worden sei und sich die Tatbestandsvoraussetzung der Unmöglichkeit der Ausreise gerade aus dem besonderen Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Art. 6 GG bzw. Art. 8 EMRK ergeben habe. Eine gemäß § 30 Abs. 4 AuslG erteilte Aufenthaltsbefugnis könne gemäß § 101 Abs. 2 AufenthG nur als Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5 AufenthG fortgelten und vermöge daher die Voraussetzungen einer Aufenthaltserlaubnis des Ehegatten im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht zu erfüllen. Da die Aufenthaltsbefugnis der Klägerin somit auch dann nicht als eine nach § 31 Abs. 1 Satz 1 AufenthG verlängerungsfähige Aufenthaltserlaubnis anzusehen wäre, wenn sie zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Aufenthaltsgesetzes am 1. Januar 2005 noch gültig gewesen wäre, könne die

Frage dahingestellt bleiben, inwieweit die Übergangsvorschrift des § 101 Abs. 2 AufenthG auch auf solche Fälle entsprechend anzuwenden sei, in denen sich der Ausländer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Aufenthaltsgesetzes bereits nicht mehr im Besitz eines Aufenthaltstitels nach dem Ausländergesetz befunden habe. Wegen weiterer Einzelheiten der Urteilsbegründung wird auf die dortigen Entscheidungsgründe Bezug genommen.

Die Klägerin hat daraufhin gegen das Berufungsurteil die vom Berufungsgericht zugelassene Revision eingelegt.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 4. September 2007 (1 C 43.06, BVerwGE 129, 226) das Urteil des Berufungsgerichts vom 5. September 2006 geändert, soweit es den Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit Wirkung vom 28. August 2007 betrifft, und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückverwiesen; im Übrigen hat es die Revision der Klägerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Klägerin habe keinen Anspruch nach §§ 28 Abs. 3, 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AufenthG auf Verlängerung der ihr gemäß § 30 Abs. 4 AuslG erteilten Aufenthaltsbefugnis als ehedatunabhängiges Aufenthaltsrecht. Die Revision sei aber begründet, soweit sie den Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG mit Wirkung vom 28. August 2007 betreffe; soweit das Berufungsgericht (mit seinem Urteil vom 5.9.2006) auch eine Aufenthaltserlaubnis aufgrund der am 28. August 2007 in Kraft getretenen Altfallregelung des § 104 a AufenthG versagt habe, verstoße dies gegen Bundesrecht. Das gegenständlich auf die Verlängerung oder Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach den Abschnitten 5 oder 6 des Kapitels 2 des Aufenthaltsgesetzes beschränkte Klagebegehren erfasse auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG, da nach dieser Bestimmung erteilte Aufenthaltserlaubnisse entweder nach § 23 AufenthG erteilt würden oder zumindest als Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes gälten. Der rechtlichen Beurteilung sei das Aufenthaltsgesetz in der Fassung vom 19. August 2007 (BGBl. I S. 1970) zugrunde zu legen, da das Berufungsgericht, wenn es jetzt (zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung beim Revisionsgericht) entschiede, diese Rechtsänderung zu beachten hätte. Für eine abschließende Entscheidung, ob die Voraussetzungen des § 104 a AufenthG vorlägen, fehle es an ausreichenden Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts, weil die Vorschrift zum Zeitpunkt seiner Entscheidung noch nicht in Kraft gewesen sei. Insoweit sei daher das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurück zu verweisen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe des Urteils Bezug genommen.

Die Verfahrensakten sind am 20. Dezember 2007 wieder beim Berufungsgericht eingegangen.

Die Klägerin trägt nunmehr vor, ihr stehe die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 104 a Abs. 1 AufenthG zu. Die Voraussetzungen dafür lägen vor. Entgegen diesbezüglicher Einwände der Beklagten erfülle sie auch die Voraussetzung eines am Stichtag (1.7.2007) seit mindestens acht Jahren ununterbrochen geduldeten, gestatteten oder aus humanitären Gründen erlaubten erfolgten Aufenthalts im Bundesgebiet. Der Umstand, dass sie in der Zeit von Mitte Dezember 2004 bis Anfang Mai 2005 keine Duldung besessen habe, stehe dem nicht entgegen; sie habe auch in dieser Zeit jedenfalls einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung gehabt. Die Beklagte, die sie (die Klägerin) jederzeit habe erreichen können, habe keine Anstalten gemacht, sie in diesem Zeitraum abzuschieben; entsprechende Aktivitäten habe die Beklagte erst an den Tag gelegt, nachdem sie im Mai 2005 bei der Beklagten vorgesprochen und diese darauf hin geplant habe, die Klägerin am 14. Juni 2005 abzuschieben. Im Übrigen sei jedenfalls die Bestimmung des § 85 AufenthG entsprechend anzuwenden. Sie habe bei dem Stellen des Verlängerungsantrags vom 17. Februar 2004 auch nicht im Sinne von § 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht. Bei der dortigen Angabe unter „Zweck des Aufenthalts“ „mein Ehegatte“ habe es sich nicht um eine Täuschung über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände im Sinne des § 104 a AufenthG gehandelt, sondern schlicht um eine Fehlinformation ihrerseits, die zurückzuführen sei auf ihre damalige psychische und physische Verfassung. Nur eine aktive zielgerichtete Handlung, deren Vorsatz auch die aufenthaltsrechtliche Relevanz der Täuschung und damit einen aufenthaltsrechtlichen Erfolg umfasse, könne der Erteilung entgegen stehen. Im Übrigen müsse die Täuschung der Ausländerbehörde auch tatsächlich zu einem Irrtum und in Folge dessen zu einem aufenthaltsrechtlichen Vorteil geführt haben. Daran fehle es hier, da die Beklagte den objektiv falschen Informationen der Klägerin keinen Glauben geschenkt und durch Nachfragen den richtigen Sachverhalt in Erfahrung gebracht habe. - Sie (die Klägerin) habe ihren Ehemann bis zu dessen Tod am 15. Februar 2004 gepflegt und sei auch zum Zeitpunkt seines Todes zugegen gewesen. Sie habe den Notarzt benachrichtigt, der dann den Tod des Ehemannes festgestellt habe, und später dessen Bestattung veranlasst. Für diese Angaben tritt sie Beweis an durch die Benennung mehrerer Zeugen. In einer eidesstattlichen Versicherung vom 19. Juni 2008 erklärt sie, selbstverständlich sei ihr beim Ausfüllen des Verlängerungsantrags am 17. Februar 2008 bewusst gewesen, dass ihr Ehemann verstorben gewesen sei. Sie sei durch dessen Ableben sehr durcheinander und verwirrt gewesen. Sie sei jedenfalls davon ausgegangen, dass sie als Ehefrau, die seit Jahren mit ihrem nun verstorbenen Ehemann zusammen gelebt habe, weiterhin im Bundesgebiet bleiben könne.

Dem Vorbringen der Klägerin wird der Antrag entnommen,

unter entsprechender Änderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 9. März 2006 die Beklagte unter entsprechender Aufhebung des Bescheids vom 5. August 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10. September 2004 zu verpflichten, ihr mit Wirkung vom 28. August 2007 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104 a AufenthG zu erteilen.

Dem Beklagtenvorbringen wird der Antrag entnommen,

die Berufung der Klägerin, soweit über sie nach der Zurückverweisung der Sache erneut zu entscheiden ist, zurückzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, die Klägerin könne aus § 104 a Abs. 1 AufenthG keine Aufenthaltserlaubnis beanspruchen. Einem solchen Anspruch stehe zum einen entgegen, dass sie im Sinne des § 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht habe. Zum anderen sei bei ihr auch die Voraussetzung eines am Stichtag seit mindestens acht Jahren ununterbrochen geduldeten oder wegen Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen rechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet nicht erfüllt. Spätestens nach der Rücknahme des Eilantrags in dem Verfahren 8 E 5014/04 hätte die Klägerin einer erneuten Duldung bedurft. Bereits im Januar 2005 sei sie durch Schriftsatz der Beklagten vom 17. Januar 2005 darauf hingewiesen worden, dass ihr seinerzeit laufendes aufenthaltsrechtliches Verfahren einer Beendigung ihres Aufenthalts nicht entgegen stehe. Sie habe erst am 9. Mai 2005 wieder bei der Beklagten vorgesprochen und ab dem 17. Mai 2005 erstmals wieder eine Duldung erhalten. Somit erfülle sie nicht die Voraussetzung ununterbrochener Duldung im Sinne des § 104 a AufenthG. Die Klägerin habe in diesem Unterbrechungszeitraum auch keinen Duldungsanspruch gehabt; Ausreisehindernisse hätten nicht bestanden. Im Übrigen wolle der Gesetzgeber im Rahmen des § 104 a AufenthG nur den tatsächlich durchgehend geduldeten, erlaubten oder gestatteten Aufenthalt begünstigen. Nicht begünstigt werden sollten Ausländer, die sich einer geregelten Kontrolle ihres Aufenthalts, sei es auch nur vorübergehend, entzogen hätten. Wollte man auch Zeiten anrechnen, in denen der Ausländer nicht im Besitz einer Duldungsbescheinigung gewesen sei, so könne sich jedermann eine Geschichte ausdenken, und auf Bitte bestätigen lassen, warum er nicht vorgesprochen habe, selbst wenn er zwischenzeitlich gar nicht im Bundesgebiet gewesen sei.

Der Berufungssenat hat die Beteiligten mit Schreiben vom 27. August 2008 darauf hingewiesen, dass er erwäge, gemäß § 130 a VwGO über die Berufung durch Beschluss zu entscheiden, da er einstimmig die Berufung der Klägerin für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich halte, und den Beteiligten unter Fristsetzung Gelegenheit zur diesbezüglichen Stel-

lungnahme gegeben. Die Klägerin hat sich darauf mit Schriftsatz ihres Prozessbevollmächtigten vom 6. Oktober 2008 geäußert, der auch die o. g. eidesstattliche Versicherung vom 19. Juni 2008 beigelegt gewesen ist.

Die Ausländerakten der Klägerin sowie die Verfahrensakten der Eilverfahren 8 E 5014/04, 8 E 674/05 (3 Bs 86/06) und 3 Bs 169/06 sind Gegenstand der Entscheidungsfindung in dem vorliegenden Berufungsverfahren gewesen. Für die weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Der Berufungssenat entscheidet nach der diesbezüglich erfolgten Anhörung der Beteiligten gemäß § 130 a VwGO über die Berufung durch Beschluss, da er einstimmig die Berufung der Klägerin für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich hält. Einer (weiteren) mündlichen Verhandlung bedarf es nicht; der entscheidungserhebliche Sachverhalt ist geklärt und die Beteiligten haben ihre rechtlichen Standpunkte abschließend ausgetauscht.

1. Die Berufung der Klägerin bleibt vollständig ohne Erfolg. Sie ist auch insoweit nicht begründet, als sie - nach Maßgabe der durch das o. g. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. September 2007 erfolgten Zurückverweisung an das Berufungsgericht - nunmehr auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit Wirkung vom 28. August 2007 gerichtet ist. Die Klägerin hat keinen dahin gehenden Anspruch. Ein solcher Anspruch ergibt sich nicht aus der insoweit allein in Betracht kommenden Bestimmung des § 104 a Abs. 1 AufenthG, da die dortigen Tatbestandsvoraussetzungen nicht vollständig erfüllt sind. Die Klägerin erfüllt nicht die Voraussetzung der am Stichtag ununterbrochen geduldeten, gestatteten oder aus humanitären Gründen erlaubten Mindestaufenthaltszeit von acht Jahren (a), und sie hat zudem den Ausschlussgrund der vorsätzlichen Täuschung der Ausländerbehörde über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände erfüllt (b).

a) Die Klägerin erfüllt nicht die Voraussetzung der am Stichtag (1.7.2007) ununterbrochen geduldeten, gestatteten oder aus humanitären Gründen erlaubten Mindestaufenthaltszeit von acht Jahren.

Die Klägerin hat sich in der Zeit bis zum 1. Juli 2007 wie folgt im Bundesgebiet aufgehalten: Vom 13. April 1999 bis zum 28. Januar 2003 wurde sie von der Beklagten geduldet. In der Zeit vom 21. Februar 2003 bis zum 20. Februar 2004 war sie im Besitz einer nach § 30 Abs. 4 AuslG erteilten Aufenthaltsbefugnis. Danach galt ihr Aufenthalt infolge ihres Verlängerungsantrags vom 17. Februar 2004 zunächst als erlaubt (§ 69 Abs. 3 Satz 1 AuslG); diese Wirkung endete mit dem

Erhalt des Versagungsbescheids der Beklagten vom 5. August 2004, mit dem ihr zugleich eine Ausreisefrist bis zum 15. November 2004 gewährt wurde. Einen im Oktober 2004 beim Verwaltungsgericht gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nahm sie mit Schriftsatz ihres damaligen Bevollmächtigten vom 15. Dezember 2004 zurück (Eingang beim Verwaltungsgericht am 17.12.2004). Ab dem 9. Mai 2005 wurde die Klägerin erneut (durchgehend über den 1.7.2007 hinaus) geduldet.

Damit hat sich die Klägerin in jedem Fall in der Zeit vom 17. Dezember 2004 bis zum 9. Mai 2005 nicht geduldet, gestattet oder aus humanitären Gründen erlaubt im Bundesgebiet aufgehalten; das Berufungsgericht unterstellt dabei zugunsten der Klägerin, dass die sonstigen o. g. Zeiten den in § 104 a Abs. 1 Satz 1 AufenthG genannten Aufenthaltsformen gleichstehen, soweit sie (wie etwa die Zeiten einer der Klägerin erteilten Ausreisefrist) vom Wortlaut dieser Bestimmung nicht erfasst sind. Somit fehlt es an einem Aufenthalt der Klägerin im Bundesgebiet, der zum Stichtag 1. Juli 2007 seit mindestens acht Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder aus humanitären Gründen erlaubt gewesen wäre.

aa) Entgegen der Auffassung der Klägerin ist der Zeitraum vom 17. Dezember 2004 bis zum 9. Mai 2005 nicht wie ein tatsächlich geduldeter Aufenthalt zu behandeln. Es kommt zwar möglicherweise in Betracht, auch solche Zeiten als „geduldet“ im Sinne von § 104 a Abs. 1 Satz 1 AufenthG anzusehen, in denen der Ausländer zwar tatsächlich keine Duldung besessen hat, er aber einen gesetzlichen Anspruch darauf hatte und die Ausländerbehörde diesen nicht erfüllt hat (vgl. Funke-Kaiser in: GK-AufenthG, § 104 a, Stand Januar 2008, Rn. 8). Es kann hier jedoch dahin gestellt bleiben, ob vom Ansatz her derartige Zeiten den Zeiten tatsächlich erfolgter Duldung gleichzusetzen sind. Denn die Klägerin hatte in dem genannten Zeitraum keinen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung einer Duldung. Wie die Beklagte zutreffend vorträgt, stand ihrer Abschiebung keine rechtliche oder tatsächliche Unmöglichkeit entgegen, die einen gesetzlichen Duldungsanspruch (ab dem 1.1.2005 nach § 60 a Abs. 2 AufenthG, vom 17.12.2004 bis 31.12.2004 gemäß § 55 Abs. 2 AuslG) hätte begründen können.

Es trifft auch nicht zu, wie die Klägerin meint, dass die Beklagte in der Zeit von Mitte Dezember 2004 bis zum 9. Mai 2005 auf eine Vorsprache der Klägerin Duldungen jedenfalls faktisch erteilt hätte, da die Beklagte den Aufenthalt der Klägerin seinerzeit nicht habe beenden wollen. Das Verhalten der Beklagten in der Zeit von Januar bis Mai 2005 spricht eine andere Sprache: Bereits im Januar wies sie den damaligen Prozessbevollmächtigten der Klägerin darauf hin, dass ihr laufendes aufenthaltsrechtliches Verfahren einer Aufenthaltsbeendigung nicht entgegen stehe. Als die Klägerin dann (nicht freiwillig, sondern nach Aufforderung der Beklagten) am 9. Mai 2005

vorsprach, begann die Beklagte unverzüglich damit, die Abschiebung der Klägerin (für den 14.6.2005) vorzubereiten. Dieser Ablauf lässt darauf schließen, dass die Beklagte bei einer früheren Vorsprache der Klägerin nicht ohne weiteres neue - nicht an einem Abschiebungstermin orientierte - Duldungen erteilt hätte.

bb) Die Klägerin kann auch nicht auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung von § 85 AufenthG die Voraussetzung des am Stichtag seit mindestens acht Jahren ununterbrochen geduldeten, gestatteten oder aus humanitären Gründen erlaubten Aufenthalts erfüllen.

Nach § 85 AufenthG können Unterbrechungen der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts bis zu einem Jahr außer Betracht bleiben. Es braucht hier nicht geklärt zu werden, ob diese Vorschrift auf Unterbrechungen geduldeten Aufenthalts überhaupt entsprechend angewendet werden kann. Denn selbst in diesem Fall würde die Bestimmung ihrer Rechtsfolge nach der Klägerin nicht zum Erfolg verhelfen: Das „außer Betracht bleiben“ von Unterbrechungen bedeutet nämlich nicht etwa, dass die Phasen des unrechtmäßigen (bei entsprechender Anwendung: nicht geduldeten) Aufenthalts als rechtmäßig (bzw. geduldet) zu fingieren wären; sie können lediglich gleichsam „hinweggedacht“ werden, um ggf. einen „ununterbrochen“ rechtmäßigen (bzw. geduldeten) Aufenthalt zu konstruieren (vgl. Renner, AuslR, 8. Aufl. 2005, § 85 AufenthG, Rn. 2; Funke-Kaiser in GK-AufenthG, Stand April 2005, § 85 Rn. 13). Soweit das Gesetz für die Erlangung einer Rechtsposition jedoch neben einem ununterbrochen rechtmäßigen (bzw. geduldeten) Aufenthalt auch noch eine bestimmte Mindestdauer voraussetzt, bleibt dieses Erfordernis unberührt. Auf § 104 a Abs. 1 AufenthG bezogen bedeutet dies, dass auch eine entsprechende Anwendung von § 85 AufenthG nichts an dem Erfordernis der Mindestzeit von acht Jahren am Stichtag ändern könnte. Diese Voraussetzung erfüllt die Klägerin jedoch selbst dann nicht, wenn der Zeitraum vom 17. Dezember 2004 bis zum 9. Mai 2005 ausgeblendet würde: Der Zeitraum vom 13. April 1999 bis zum 17. Dezember 2004 und der Zeitraum vom 9. Mai 2005 bis zum 1. Juli 2007 ergeben in der Summe keine acht Jahre, sondern rund sieben Jahre und zehn Monate.

b) Einem Anspruch der Klägerin aus § 104 a Abs. 1 AufenthG steht außerdem der Ausschlussgrund des § 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG entgegen, da sie bei ihrem Verlängerungsantrag vom 17. Februar 2004 die Beklagte (vertreten durch die Ausländerbehörde) vorsätzlich über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände getäuscht hat.

aa) Die Klägerin hat am 17. Februar 2004 gegenüber der Sachbearbeiterin der Ausländerbehörde den unzutreffenden Eindruck erweckt, dass ihr Ehemann weiter lebte und von ihr gepflegt werden sollte, obwohl er tatsächlich am 15. Februar 2004 verstorben war. Dabei handelte es sich um einen

aufenthaltsrechtlich relevanten Umstand, da ihr die Aufenthaltsbefugnis, deren Verlängerung die Klägerin beantragte, gemäß § 30 Abs. 4 AuslG allein aus humanitären Gründen zur Pflege des Ehemannes im Rahmen der ehelichen Gemeinschaft erteilt worden war. Mit dem Tod des Ehemannes entfiel das Abschiebungshindernis bzw. der einer Aufenthaltsbeendigung entgegenstehende Grund, was nach § 34 Abs. 2 AuslG die Verlängerung der Aufenthaltsbefugnis ausschloss. Mit ihrer Angabe in dem Verlängerungsantrag („mein Ehegatte“ als „Zweck des weiteren Aufenthalts“), verbunden mit dem Attest vom 2. Oktober 2003, wonach die häusliche Grundpflege ihres Ehemannes ohne Probleme von ihr gewährleistet werden könnte, hat die Klägerin die Sachbearbeiterin der Ausländerbehörde getäuscht. Dem entspricht es, dass die Sachbearbeiterin nicht etwa am Weiterleben des Ehemannes gezweifelt, sondern eine dahingehende Prüfung veranlasst hat, ob die Klägerin mit dem Ehemann „als Ehepaar“ lebe (Schreiben vom 17.2.2004). Dass die Ausländerbehörde auf diese Weise doch von dem Tod des Ehegatten erfahren hat, war ein von ihr so nicht erwartetes Ermittlungsergebnis.

bb) Die Täuschung der Klägerin über diesen aufenthaltsrechtlich relevanten Umstand war auch vorsätzlich.

Die Klägerin bestätigt in der eidesstattlichen Versicherung vom 19. Juni 2008 selbst, dass ihr der Tod des Ehegatten am 17. Februar 2004 bewusst war. Ebenso kann der Klägerin nicht entgangen sein, dass die Sachbearbeiterin der Ausländerbehörde aufgrund ihrer Angaben fälschlich davon ausging, dass der Ehemann noch lebe und weiter von der Klägerin gepflegt werden solle. Desweiteren besteht kein vernünftiger Zweifel, dass sich ihr Vorsatz auch darauf erstreckt hat, durch diese Täuschung einen aufenthaltsrechtlichen Vorteil - die Verlängerung der Aufenthaltsbefugnis trotz Wegfalls des ihrer Erteilung zugrunde liegenden Zwecks - zu erlangen. Ihre Darstellung in der eidesstattlichen Versicherung, sie sei davon ausgegangen, auch nach dem Tod des Ehegatten weiter im Bundesgebiet bleiben zu können, überzeugt nicht: hätte sie tatsächlich den Tod des Ehemannes aufenthaltsrechtlich für unerheblich gehalten, so hätte sie diesen Umstand offengelegt, anstatt die Weitergeltung des bisherigen Sachverhalts vorzuspiegeln.

cc) Dem Ausschlussgrund der vorsätzlichen Täuschung im Sinne von § 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG steht nicht entgegen, dass die Täuschung im Ergebnis insofern ohne Erfolg geblieben ist, als die Beklagte später dennoch den wahren Sachverhalt in Erfahrung gebracht und den Verlängerungsantrag der Klägerin abgelehnt hat.

§ 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG setzt nicht voraus, dass der Ausländer durch Täuschung einen Aufenthaltstitel erwirkt hat; die Bestimmung knüpft die Rechtsfolge des Anspruchs-

ausschlusses an das Täuschungsverhalten des Ausländers und nicht daran, dass die Täuschung zum gewünschten Erfolg führt (vgl. Funke-Kaiser, a. a. O., § 104 a Rn. 38).

dd) Ebenso wenig erfordert es das Vorliegen des Ausschlussstatbestandes in § 104 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG in dieser Variante, Feststellungen darüber zu treffen, in welchem Ausmaß die Täuschungshandlung der Klägerin tatsächlich ursächlich für eine Verlängerung ihres Aufenthalts im Bundesgebiet geworden ist.

Soweit sich die Klägerin auf den Beschluss der Innenministerkonferenz (IMK) vom 16./17. November 2006 bezieht und der Täuschung die aufenthaltsrechtliche Relevanz abspricht, führt dies nicht zum Erfolg. Abgesehen davon, dass dieser Erlass durch die gesetzliche Altfallregelung des § 104 a AufenthG überholt worden ist (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 29.1.2008, 3 Bf 149/02, juris), greift das Argument auch in der Sache nicht durch. Zwar heißt es in der von der Beklagten zur Umsetzung des IMK-Beschlusses erlassenen Weisung 1/2006 vom 29. November 2006 unter Nr. 1.7.1, der Ausschlussgrund der vorsätzlichen Verzögerung oder Behinderung der Aufenthaltsbeendigung setze voraus, dass die betreffenden Handlungen sich kausal auf die Länge des Aufenthalts in Deutschland ausgewirkt hätten. Diese Wertung bezieht sich aber nicht auf den dort im gleichen Zuge behandelten weiteren Ausschlussgrund der vorsätzlichen Täuschung über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände. Auch die Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zu § 104 a AufenthG (Rn. 331 - 334, Stand 18.12.2007) unterscheiden in ähnlicher Weise zwischen den Anforderungen an die beiden Ausschlussgründe der Täuschung einerseits und des Hinauszögerns oder Behinderns aufenthaltsbeendender Maßnahmen andererseits. Diese Unterscheidung erscheint auch nicht sinnwidrig, da eine vorsätzliche Täuschung der Ausländerbehörde über aufenthaltsrechtlich relevante Umstände - jedenfalls in der im vorliegenden Fall gegebenen, von einigem Gewicht gekennzeichneten Täuschungsvariante - von anderer - negativer - Qualität ist als ein bloßes Verzögern oder Behindern der Beendigung des eigenen Aufenthalts; dies zeigt schon die strafrechtliche Bewertung eines solchen Täuschungsverhaltens (vgl. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG und die Vorgängerbestimmung in § 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG).

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit wegen der Kosten beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO. Gründe für eine Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor. Die Streitwertfestsetzung folgt aus § 52 Abs. 2 GKG.