

Sachgebiet: BVerwGE: ja
Ausländerrecht Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

GG Art. 3, 6
AufenthG § 23 Abs. 1, §§ 25, 27 Abs. 2, § 104a Abs. 1 und 3, § 104b
LPartG § 11 Abs. 1
EMRK Art. 8

Stichworte:

Aufenthaltserlaubnis; Aufenthaltserlaubnis auf Probe; Altfallregelung; Bleibe-
rechtserlass; Straftat; Tilgung; Zurechnung von Straftaten; Familieneinheit;
Ehegatte; Schutz der Ehe; Lebenspartnerschaft; nichteheliche Lebensgemein-
schaft; minderjährige Kinder; Streitgegenstand; Trennungsprinzip.

Leitsätze:

1. Das Begehren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG stellt gegenüber sonstigen Ansprüchen auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes einen abtrennbaren eigenständigen Streitgegenstand dar.
2. Solange eine Verurteilung wegen einer Straftat im Sinne von § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG nach den Regelungen des Bundeszentralregistergesetzes nicht zu tilgen ist, ist die Verurteilung auch im Rahmen von § 104a AufenthG verwertbar.
3. Die in § 104a Abs. 3 AufenthG vorgesehene Zurechnung von Straftaten von in häuslicher Gemeinschaft lebenden Ehegatten untereinander ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Urteil des 1. Senats vom 11. Januar 2011 - BVerwG 1 C 22.09

- I. VG Saarlouis vom 26.02.2009 - Az.: VG 10 K 2056.07 -
- II. OVG Saarlouis vom 15.10.2009 - Az.: OVG 2 A 329.09 -



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 1 C 22.09
OVG 2 A 329/09

Verkündet
am 11. Januar 2011
Werner
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 11. Januar 2011 durch die Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts Eckertz-Höfer, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Dörig, die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Beck, den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Kraft und die Richterin am Bundesverwaltungsgericht Fricke

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Kläger gegen das Urteil des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes vom 15. Oktober 2009 werden zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten des Revisionsverfahrens zu je einem Drittel.

G r ü n d e :

I

- 1 Die Kläger, ein aus dem Kosovo stammendes Ehepaar und dessen Sohn, begehren die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen.
- 2 Die Klägerin zu 1 (künftig: Klägerin) und ihr Ehemann, der Kläger zu 2, sind albanische Volkszugehörige aus dem Kosovo. Sie reisten im Sommer 1992 mit ihren drei 1987, 1990 und 1992 geborenen Töchtern nach Deutschland ein und beantragten Asyl. Ihr Sohn, der Kläger zu 3, wurde am 12. November 1993 in

Deutschland geboren. Die Asylanträge der Klägerin, des Klägers zu 2 und ihrer Töchter blieben ebenso wie die anschließend gestellten Asylfolgeanträge erfolglos; das Vorliegen von Abschiebungshindernissen wurde verneint. Im Mai 2002 wurde der Kläger zu 2 mit den drei Töchtern nach Pristina (Kosovo) abgeschoben. Die gleichzeitig vorgesehene Abschiebung der Klägerin und des damals achtjährigen Klägers zu 3 wurde wegen des für ihn am gleichen Tag gestellten ersten Asylantrags nicht durchgeführt. Das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge (jetzt: Bundesamt für Migration und Flüchtlinge - Bundesamt) lehnte diesen Asylantrag im Juli 2002 ab; die dagegen erhobene Klage wurde zurückgenommen. Ein erneuter Versuch, die Klägerin und den Kläger zu 3 im August 2002 abzuschieben, scheiterte, weil diese nicht in ihrer Wohnung angetroffen wurden.

- 3 Im September 2002 beantragte die Klägerin beim Bundesamt ein Wiederaufgreifen des Verfahrens betreffend das Vorliegen von Abschiebungshindernissen nach § 53 AuslG 1990. Sie machte geltend, sie leide an einer durch die Abschiebung der Familienangehörigen reaktivierten posttraumatischen Belastungsstörung, die eine regelmäßige psychotherapeutische Behandlung erfordere. Das Bundesamt stellte im Februar 2003 das Vorliegen der Voraussetzungen eines Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG 1990 wegen fehlender Behandelbarkeit der Erkrankung der Klägerin im Herkunftsland fest. Daraufhin reiste der Kläger zu 2 erneut - laut Berufungsurteil spätestens im September 2003 - in die Bundesrepublik ein. In einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes verpflichtete das Verwaltungsgericht im August 2003 den Beklagten, den Kläger zu 2 vorläufig nicht abzuschieben und ihm eine Duldung zu erteilen.
- 4 Im Februar 2005 widerrief das Bundesamt die Feststellung eines Abschiebungshindernisses zugunsten der Klägerin, weil inzwischen eine medikamentöse Behandlung ihrer Erkrankung im Kosovo möglich sei. Während des dagegen gerichteten Klageverfahrens erteilte der Beklagte der Klägerin und dem Kläger zu 3 im April 2005 anstelle der bisherigen Duldungen befristete Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 3 bzw. § 25 Abs. 5 AufenthG, die letztmals im April 2006 bis Oktober 2006 verlängert wurden. Der Kläger zu 2 erhielt im April 2006

mit Rücksicht auf die noch offene Klage der Klägerin gegen den Widerrufsbescheid des Bundesamts ebenfalls eine bis Oktober 2006 befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG.

- 5 Im Oktober 2006 beantragten alle drei Kläger die Verlängerung ihrer Aufenthaltserlaubnisse und erhielten vom Beklagten daraufhin entsprechende Fiktionsbescheinigungen.
- 6 Mit Urteil vom 21. Februar 2007 wies das Verwaltungsgericht die Klage der Klägerin gegen den Widerrufsbescheid des Bundesamts ab. Dagegen wurde kein Rechtsmittel eingelegt.
- 7 Im März 2007 wurde der Kläger zu 2 wegen eines im Jahre 2002 begangenen Betruges mit Strafbefehl zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen verurteilt.
- 8 Im April 2007 beantragten die Kläger zusätzlich die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 23 AufenthG in Verbindung mit dem saarländischen Bleiberechtserlass. Nach Inkrafttreten der gesetzlichen Altfallregelung (§ 104a AufenthG) beantragten sie schließlich im September 2007 auch die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach dieser Regelung.
- 9 Im Dezember 2007 haben die Kläger Untätigkeitsklage erhoben. Der Beklagte hat daraufhin mit Bescheid vom 31. Januar 2008 sämtliche Anträge der Kläger auf Verlängerung und Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen abgelehnt, die Kläger zur Ausreise aufgefordert und ihnen die Abschiebung (nach Serbien) angedroht. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, eine Verlängerung der bisher innegehabten Aufenthaltserlaubnisse komme gemäß § 26 Abs. 2 AufenthG nicht mehr in Betracht, nachdem das Abschiebungshindernis für die Klägerin aufgrund des rechtskräftig bestätigten Widerrufsbescheides des Bundesamts weggefallen sei. Die Kläger könnten auch weder aufgrund des landesrechtlichen Bleiberechtserlasses noch nach der gesetzlichen Altfallregelung Aufenthaltserlaubnisse erhalten, weil der Kläger zu 2 wegen seiner Verurteilung zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen einen Ausschlussgrund verwirklicht habe. Damit scheidet auch die Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen für

die übrigen in häuslicher Gemeinschaft lebenden Familienmitglieder, also die Klägerin und den Kläger zu 3, aus. Die Voraussetzungen besonderer Härteregelungen seien auch mit Blick auf Art. 8 EMRK nicht gegeben. Denn trotz des langen Aufenthalts seien die Kläger nicht wirtschaftlich integriert, sondern bezögen staatliche Leistungen. Für den Kläger zu 3 komme auch ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach § 104b AufenthG nicht in Betracht. Abgesehen davon, dass er am 1. Juli 2007 noch nicht das 14. Lebensjahr vollendet habe, seien seine Eltern ausweislich ihrer Erklärungen nicht - wie erforderlich - bereit, das Bundesgebiet freiwillig zu verlassen.

- 10 Die Kläger haben den Bescheid in ihr Klagebegehren einbezogen und geltend gemacht, die Tat, die der gegen den Kläger zu 2 verhängten Geldstrafe von 60 Tagessätzen zugrunde liege, sei bereits 2002 begangen worden. Warum der Strafbefehl erst fünf Jahre später erlassen worden sei, sei nicht nachvollziehbar. Es müsse deshalb berücksichtigt werden, dass eine solche Strafe nach fünf Jahren zu tilgen sei. Bei der Klägerin liege zudem wegen ihrer Erkrankung ein Härtefall im Sinne des § 104a Abs. 3 Satz 2 AufenthG vor, da ihr eine Rückkehr in den Kosovo nicht zumutbar sei. Zu Unrecht habe die Beklagte insbesondere hinsichtlich des in Deutschland geborenen Klägers zu 3 eine ausreichende Integration verneint. Im Übrigen arbeite der Kläger zu 2 inzwischen in Teilzeit bei einer Landschaftsgärtnerei und habe Aussicht auf eine Vollzeitbeschäftigung. Schließlich hätte die Beklagte bei der Entscheidung über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen auch eine Ermessensentscheidung treffen müssen.
- 11 Das Verwaltungsgericht hat die Klagen mit Urteil vom 26. Februar 2009 abgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht des Saarlandes hat mit dem aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 15. Oktober 2009 ergangenen Urteil die Berufungen der Kläger zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Kläger hätten keine Ansprüche auf Verlängerung oder Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen. § 25 Abs. 3 AufenthG scheidet nach der rechtskräftigen Abweisung der Klage der Klägerin gegen den Widerrufsbescheid des Bundesamts als Rechtsgrundlage aus. Die Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 AufenthG lägen ebenfalls nicht vor, da die Ausreise den Klägern nicht unmög-

lich im Sinne dieser Vorschrift sei. Dies habe das Verwaltungsgericht im Einzelnen zutreffend dargelegt. Selbst für einen im Kindesalter eingereisten und in Deutschland aufgewachsenen Ausländer komme ein konventionswidriger Eingriff in das Privatleben im Sinne von Art. 8 EMRK und eine dadurch bedingte Unzumutbarkeit der Ausreise allenfalls in Betracht, wenn von seiner abgeschlossenen gelungenen Integration in die Lebensverhältnisse in Deutschland ausgegangen werden könne. Eine solche Integration liege im Falle der Kläger, die während ihres über 16 Jahre währenden Aufenthalts durchgehend öffentliche Hilfen zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts in Anspruch genommen hätten, nicht vor. Eine isolierte Betrachtung des minderjährigen in Deutschland geborenen und aufgewachsenen Klägers zu 3 komme in diesem Zusammenhang nicht in Betracht. Ein Anspruch ergebe sich für die Kläger auch nicht aus der auf der Grundlage von § 23 Abs. 1 Satz 1 AufenthG erlassenen Saarländischen Bleiberechtsregelung. Es fehle u.a. schon an der nach dieser Regelung vorausgesetzten wirtschaftlichen Integration der Kläger an dem maßgeblichen Stichtag. Darüber hinaus seien wegen der strafrechtlichen Verurteilung des Klägers zu 2 auch die dort genannten Ausschlussgründe für alle drei Kläger gegeben.

- 12 Aus der gesetzlichen Altfallregelung in §§ 104a, 104b AufenthG könnten die Kläger ebenfalls keine Ansprüche herleiten. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 AufenthG scheidet offensichtlich aus, da es den Klägern auch derzeit nicht gelungen sei, den Lebensunterhalt eigenständig durch Erwerbstätigkeit zu sichern, sondern die Familie weiterhin öffentliche Hilfen zum Lebensunterhalt beziehe. Aber auch eine Aufenthaltserlaubnis „auf Probe“ nach § 104a Abs. 1 Satz 1, 3 bis 5, Abs. 5 AufenthG für Personen, die ihren Lebensunterhalt noch nicht eigenständig durch Erwerbstätigkeit sichern könnten, stehe den Klägern nicht zu. Denn der Kläger zu 2 habe den Ausschlussgrund nach § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG erfüllt. Die ihm durch Strafbefehl im März 2007 auferlegte Geldstrafe von 60 Tagessätzen sei unabhängig von dem bereits länger zurückliegenden Tatzeitpunkt im Jahr 2002 nach den Bestimmungen des Bundeszentralregistergesetzes verwertbar. Ein Antrag des Klägers zu 2 beim Bundesamt für Justiz auf vorzeitige Tilgung sei erfolglos geblieben. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei in diesem Zu-

sammenhang durch die Regelung über die Tilgungsfristen und Verwertungsverbote (§ 46 Abs. 1, § 51 Abs. 1 BZRG) Rechnung getragen. Die Verurteilung zu einer Geldstrafe von mehr als 50 Tagessätzen stelle einen strikten Versagungsgrund dar, der nach § 104a Abs. 3 Satz 1 AufenthG auch zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis gegenüber der mit dem Kläger zu 2 in häuslicher Gemeinschaft lebenden Klägerin und dem minderjährigen Kläger zu 3 führe.

- 13 Diese Bestimmung sei, soweit sie die Zurechnung strafbaren Verhaltens unter Ehegatten betreffe, verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der gegenteiligen Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs (VGH) Mannheim in seiner Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG (Beschluss vom 24. Juni 2009 - 13 S 519/09 - InfAuslR 2009, 350) könne nicht gefolgt werden. Die dort vertretene Auffassung, dass gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften von der Zurechnung nach dieser Vorschrift ausgenommen seien und darin eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Eheleuten liege, überzeuge nicht. Es könne schon nicht davon ausgegangen werden, dass gleichgeschlechtliche Lebenspartner als „Familienmitglieder“ von der Altfallregelung nicht erfasst würden. Es verstoße ferner nicht gegen das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG oder gegen das aus Art. 6 GG hergeleitete Verbot der Diskriminierung der Ehe, dass der Gesetzgeber nicht auch alle anderen nicht formellen Lebensgemeinschaften in die Regelung einbezogen habe, sondern sich an den für einen sinnvollen Gesetzesvollzug als Anknüpfungspunkt in Betracht kommenden formellen Partnerschaften der Ehe oder der eingetragenen Lebenspartnerschaft orientiert habe. § 104a Abs. 3 Satz 1 AufenthG spiegele die in den Regelungen über den Familiennachzug an das Bestehen einer Ehe geknüpften Vergünstigungen wider und solle verhindern, dass der strafrechtlich in Erscheinung getretene Ehegatte sich über seinen Partner auf der Grundlage von Art. 6 GG dann doch ein Bleiberecht auf Probe sichere. Abgesehen davon würde auch bei Annahme einer Verfassungswidrigkeit des § 104a Abs. 3 Satz 1 AufenthG diese nicht zu einem Anspruch der selbst nicht straffällig gewordenen Familienmitglieder führen. Denn der Gesetzgeber sei nicht gehindert, die Altfallregelung ggf. insgesamt zu streichen. Deshalb könne kein Fall der Teilnichtigkeit nur des § 104a Abs. 3 Satz 1 AufenthG angenommen werden.

- 14 Im Falle der Klägerin liege ferner keine besondere Härte im Sinne von Satz 2 der Vorschrift vor. Dies gelte auch mit Blick auf ihre psychische Erkrankung, die nach den Feststellungen in dem rechtskräftig gewordenen Urteil des Verwaltungsgerichts betreffend den Widerrufsbescheid des Bundesamts inzwischen auch im Herkunftsland ausreichend behandelt werden könne. Die mit der Erkrankung zusammenhängende behauptete Selbstmordgefahr rechtfertige auch im Rahmen von § 104a Abs. 3 Satz 2 AufenthG keine andere Beurteilung. Was den minderjährigen Kläger zu 3 angehe, so entspreche die Zurechnung der Straffälligkeit eines Elternteils dem allgemeinen aufenthaltsrechtlichen Grundsatz, dass diese Kinder das aufenthaltsrechtliche Schicksal der Eltern teilten. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Sondervorschrift des § 104b AufenthG lägen bei ihm bereits wegen der dort genannten Altersgrenze nicht vor.
- 15 Hiergegen wenden sich die Kläger mit ihren wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassenen Revisionen. Sie halten die Regelung des § 104a Abs. 3 Satz 1 AufenthG für verfassungswidrig. Dies führe nicht zu einer Nichtigkeit der gesamten Altfallregelung, sondern nur zu einer Nichtigkeit der Teilregelung im § 104a Abs. 3 AufenthG. Außerdem bemängeln die Kläger, dass das Berufungsgericht im Rahmen von § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG keine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall vorgenommen und die extrem verspätete Ahndung der Straftat, die faktisch zu einer zehn Jahre dauernden Wirkung der Eintragung führe, nicht berücksichtigt habe. Schließlich verstoße das Berufungsurteil auch gegen § 104a Abs. 3 Satz 2 AufenthG, weil auch im Rahmen der Prüfung eines Härtefalles nach dieser Vorschrift der zeitliche Abstand zwischen der Tatbegehung und der Bestrafung hätte berücksichtigt und insoweit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen werden müssen.
- 16 Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

II

- 17 Die Revisionen der Kläger haben keinen Erfolg. Sie sind zum Teil mangels Begründung bereits unzulässig (A). Soweit sie zulässig sind, sind sie unbegründet. Denn das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Kläger auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG zu Recht verneint (B).
- 18 A. Die unbeschränkt eingelegten Revisionen sind nur insoweit zulässig, als sie sich auf das Verpflichtungsbegehren auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen „auf Probe“ nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG sowie auf die Anfechtung der Abschiebungsandrohungen beziehen. Denn die Kläger haben ihre Revisionen allein damit begründet, dass das Berufungsgericht das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG verneint hat, weil es im Falle des Klägers zu 2 rechtsfehlerhaft einen Versagungsgrund nach § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG bejaht und diesen nach § 104a Abs. 3 AufenthG auch der Klägerin zu 1 (künftig: Klägerin) und dem Kläger zu 3 zugerechnet habe. Dieses Vorbringen würde - seine Richtigkeit unterstellt - auch zur Rechtswidrigkeit der Abschiebungsandrohungen führen, so dass auch bezüglich dieses Streitgegenstandes die Begründungsanforderungen des § 139 Abs. 3 VwGO erfüllt sind. Die unter Nummern 4 und 6 des Bescheides getroffenen weiteren Feststellungen zur Ausreisepflicht und zu den Abschiebungskosten haben keinen selbstständigen Regelungsinhalt und bleiben deshalb außer Betracht.
- 19 Dagegen haben die Kläger mit den Revisionen keinerlei Gründe dagegen vorgebracht, dass das Berufungsgericht die anderen geltend gemachten Ansprüche auf Verlängerung oder Neuerteilung ihrer Aufenthaltserlaubnisse nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes, insbesondere nach § 25 und § 23 Abs. 1 AufenthG, verneint hat. Gegenüber diesen Ansprüchen stellt das Begehren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG jedenfalls einen abtrennbaren eigenständigen Streitgegenstand dar. Zwar richten sich alle von den Klägern ursprünglich geltend gemachten Ansprüche auf Verlängerung und Neuerteilung von Aufenthaltserlaub-

nissen, einschließlich der Aufenthaltserlaubnis auf Probe (vgl. § 104a Abs. 1 Satz 3 AufenthG), auf den in Kapitel 2 Abschnitt 5 des Gesetzes umschriebenen Aufenthaltszweck der völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründe. Das bedeutet aber nicht, dass die einzelnen, im Rahmen dieses Abschnitts geregelten Aufenthaltserlaubnisse zwangsläufig immer einen einheitlichen, unteilbaren Streitgegenstand bilden. Insbesondere dann, wenn die Aufenthaltserlaubnis nach einer Anspruchsgrundlage weniger Rechte vermittelt als nach den übrigen Anspruchsgrundlagen, kann sie einen abtrennbaren eigenständigen Streitgegenstand darstellen.

- 20 Dies ist jedenfalls im Verhältnis der Aufenthaltserlaubnis auf Probe nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG zu den übrigen Aufenthaltserlaubnissen nach Kapitel 2 Abschnitt 5 (Aufenthalt aus völkerrechtlichen, humanitären oder politischen Gründen) anzunehmen, weil die Aufenthaltserlaubnis auf Probe nur für einen begrenzten Zeitraum (Stichtag: 31. Dezember 2009) erteilt wird und nicht zu einer Aufenthaltsverfestigung in Gestalt einer Niederlassungserlaubnis führen kann (§ 104a Abs. 1 Satz 3 AufenthG). Bei dem Begehren der Kläger auf Erteilung solcher Aufenthaltserlaubnisse handelt es sich deshalb nicht lediglich um einen weiteren Rechtsgrund für ein einheitliches prozessuales Begehren, sondern um einen selbstständigen prozessualen Anspruch. Eine solche Beurteilung ist schon aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes erforderlich. Denn andernfalls könnte der Ausländer im Falle der Zuerkennung eines Anspruchs auf eine Aufenthaltserlaubnis auf Probe einen Anspruch auf Erteilung einer für ihn günstigeren Aufenthaltserlaubnis etwa nach § 25 oder § 23 Abs. 1 AufenthG nicht weiter verfolgen, obwohl er hieran ein rechtliches Interesse haben kann. Daraus folgt umgekehrt aber auch, dass ein nur gegen die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe eingelegtes Rechtsmittel auf diesen Streitgegenstand beschränkt ist und sich nicht automatisch auf sämtliche vom ursprünglichen Begehren umfassten und von der Vorinstanz geprüften anderweitigen Ansprüche erstreckt.
- 21 Sofern das Begehren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe mit dem Begehren auf Erteilung einer anderweitigen Aufenthaltserlaubnis nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes verbunden wird, wird es in aller Regel nur

hilfsweise, für den Fall, dass solche anderweitigen Ansprüche nicht bestehen, geltend gemacht. Dem entspricht im Übrigen auch die materiellrechtliche Ausgestaltung des Anspruchs nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG, der voraussetzt, dass der Ausländer „nur“ geduldet ist und eben keinen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (mehr) hat.

- 22 Da die Revision hier nur hinsichtlich des Begehrens auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG ordnungsgemäß begründet worden ist, ist der darüber hinausgehende Revisionsantrag der Kläger, der sich nach ausdrücklicher Klarstellung ihres Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung auf sämtliche vom Berufungsgericht geprüften Ansprüche erstrecken soll, mangels Begründung unzulässig (§ 139 Abs. 3, § 143 VwGO).
- 23 Ob darüber hinaus innerhalb des Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes die Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 AufenthG einerseits und nach § 23 Abs. 1 AufenthG andererseits als abtrennbare Streitgegenstände angesehen werden können (vgl. etwa VGH Mannheim, Beschluss vom 28. April 2008 - 11 S 683/08 - VBIBW 2008, 490; OVG Hamburg, Urteil vom 18. August 2010 - 5 Bf 62/08 - juris), bedarf hier keiner Klärung. Um Missverständnisse zu vermeiden, weist der Senat allerdings darauf hin, dass die Annahme verschiedener Streitgegenstände den Ausländer nicht daran hindert, mit seinem Antrag bei der Ausländerbehörde bzw. seiner Klage beim Verwaltungsgericht mehrere selbstständige Begehren zusammen geltend zu machen. Sein Antrag ist dabei - sofern er nicht ausdrücklich auf ein Begehren beschränkt ist - bei sachdienlicher Auslegung in der Regel als umfassend zu verstehen und bezieht sich regelmäßig auf die Erteilung sämtlicher nach Lage der Dinge in Betracht kommenden Aufenthaltserlaubnisse. Die Annahme verschiedener Streitgegenstände wirkt sich insofern in erster Linie bei der Einlegung von Rechtsmitteln aus und kann ggf. zu einer Abschichtung der Streitgegenstände führen, über die das Ausgangsgericht entschieden hat, die aber nicht in zulässiger Weise mit Rechtsmitteln angegriffen worden sind.

- 24 B. Soweit die Revisionen zulässig sind, sind sie jedoch unbegründet. Die Entscheidung des Berufungsgerichts, dass die Kläger keinen Anspruch auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG haben, verstößt nicht gegen Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 VwGO).
- 25 1. Das Begehren auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG hat sich zunächst nicht etwa dadurch erledigt, dass während des Revisionsverfahrens die im Gesetz vorgesehene Gültigkeitsdauer für derartige Aufenthaltserlaubnisse mit Ablauf des 31. Dezember 2009 geendet hat (§ 104a Abs. 5 Satz 1 AufenthG). Wie der Senat bereits entschieden hat (Urteil vom 26. Oktober 2010 - BVerwG 1 C 19.09 - juris Rn. 12 ff.), können die betroffenen Ausländer auch nach Ablauf dieser Frist verlangen, dass ihnen rückwirkend für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2009 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Denn die Erteilung derartiger Aufenthaltserlaubnisse ist Voraussetzung für eine mögliche Verlängerung nach § 104a Abs. 5 Satz 2 AufenthG oder nach der inzwischen von der Innenministerkonferenz vom 3./4. Dezember 2009 auf der Grundlage von § 23 Abs. 1 Satz 1 AufenthG getroffenen Anschlussregelung.
- 26 2. Den Klägern steht aber ein Anspruch auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht zu. Nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG soll einem geduldeten Ausländer abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn er sich am 1. Juli 2007 seit acht Jahren oder, falls er zusammen mit einem oder mehreren minderjährigen Kindern in häuslicher Gemeinschaft lebt, seit mindestens sechs Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat und er weitere in Nr. 1 bis 6 bezeichnete Voraussetzungen erfüllt. Nach § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG darf er nicht wegen einer im Bundesgebiet begangenen vorsätzlichen Straftat verurteilt worden sein, wobei Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylverfahrensgesetz nur von Ausländern begangen werden können, grundsätzlich außer Betracht bleiben.

- 27 Dass es sich bei den Klägern um geduldete Ausländer im Sinne dieser Bestimmung handelt, steht außer Frage. Denn sie waren nach Ablauf der Fiktionswirkung ihrer Anträge auf Verlängerung der humanitären Aufenthaltserlaubnisse ausweislich der Verwaltungsvorgänge seit Juni 2008 - und damit auch zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 15. Oktober 2009 - im Besitz von Duldungen und hatten, wie nunmehr unanfechtbar feststeht, auch keinen Anspruch auf Verlängerung ihrer im Oktober 2006 abgelaufenen Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 AufenthG. Selbst wenn man hinsichtlich des Vorliegens einer Duldung oder eines insoweit auch ausreichenden Anspruchs auf Erteilung einer Duldung auf den früheren Zeitpunkt der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG abstellen würde (so AVwV-AufenthG vom 26. Oktober 2009 zu 104a.1.1, GMBI 2009, S. 1260 f.), könnte für die Kläger nichts anderes gelten. Denn der Umstand, dass sie zu diesem Zeitpunkt aufgrund der noch nicht beschiedenen Anträge auf Verlängerung ihrer humanitären Aufenthaltserlaubnisse im Besitz von Fiktionsbescheinigungen nach § 81 Abs. 5 AufenthG waren, kann ihnen angesichts des Sinns und Zwecks der Altfallregelung nicht zum Nachteil gereichen.
- 28 a) Was den Anspruch des Klägers zu 2 angeht, so steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht schon die - bisher offenbar noch nicht befristete - Sperrwirkung seiner Abschiebung im Mai 2002 nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG entgegen. Da dem Kläger zu 2 im April 2006 zwischenzeitlich eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt wurde, ist damit nach der Rechtsprechung des Senats die Sperrwirkung nach § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG auch für andere Aufenthaltstitel nach Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes - einschließlich solcher nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG - aufgehoben (vgl. zur Sperrwirkung einer Ausweisung Urteile vom 4. September 2007 - BVerwG 1 C 43.06 - BVerwGE 129, 226 Leitsatz 5 sowie Rn. 34, 42 und vom 13. April 2010 - BVerwG 1 C 5.09 - Buchholz 402.242 § 11 AufenthG Nr. 6 Leitsatz 1).
- 29 Hinsichtlich des Klägers zu 2 ist das Berufungsgericht aber zu Recht davon ausgegangen, dass er den Versagungsgrund nach § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG erfüllt, weil er wegen Betruges zu einer Geldstrafe von 60 Tagessät-

zen verurteilt worden ist. Die Verurteilung überschreitet die vom Gesetzgeber für derartige Straftaten vorgeschriebene Grenze von 50 Tagessätzen. Eine Ausnahme- oder Härteregelung hat der Gesetzgeber für diese Fälle nicht vorgesehen. Dies ist im Rahmen des dem Gesetzgeber bei der Altfallregelung zustehenden weiten Gestaltungsspielraums nicht zu beanstanden. Der Versagungsgrund dient dem gesetzgeberischen Ziel, nur diejenigen Ausländer durch die Altfallregelung zu begünstigen, die faktisch und wirtschaftlich integriert sind und sich rechtstreu verhalten haben (BTDrucks 16/5065 S. 202 zu § 104a). Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hat der Gesetzgeber dadurch Rechnung getragen, dass er eine unterhalb der genannten Grenze liegende Verurteilung grundsätzlich für unbeachtlich erklärt hat. Oberhalb dieser Grenze brauchte er eine Verhältnismäßigkeitsprüfung der Ausländerbehörde im Einzelfall nicht vorzusehen, sondern durfte insoweit die strafrichterliche Bewertung zugrunde legen. Entsprechendes gilt für den Umstand, dass die Straftat selbst schon 2002 verübt wurde, der Strafbefehl aber erst 2007 erging. Insoweit gelten hinsichtlich der Verwertbarkeit die gesetzlichen Tilgungsfristen des Bundeszentralregistergesetzes (BZRG), die ihrerseits an den Zeitpunkt der Verurteilung anknüpfen. Solange die Strafe danach nicht zu tilgen ist und - wie hier - ein Antrag auf vorzeitige Tilgung erfolglos war, ist die Verurteilung auch im Rahmen von § 104a AufenthG verwertbar.

- 30 Es bedarf daher keiner weiteren Klärung, ob der Anspruch des Klägers zu 2 auch daran scheitert, dass er sich zum Stichtag 1. Juli 2007 nicht - wie nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG in seinem Fall erforderlich - seit mindestens sechs Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat. Der Kläger zu 2 müsste sich danach seit Juli 2001 in dieser Weise im Bundesgebiet aufgehalten haben. Dem dürfte entgegenstehen, dass er im Mai 2002 in den Kosovo abgeschoben worden ist und damit sein Aufenthalt in Deutschland unterbrochen worden ist. Unabhängig davon, ob er bereits im Jahre 2002 oder erst später wieder in das Bundesgebiet eingereist ist, dürfte die Unterbrechung infolge der Abschiebung beachtlich sein und einer Berücksichtigung der zuvor verbrachten Aufenthaltszeiten entgegenstehen.

- 31 b) Hinsichtlich der Klägerin hat das Berufungsgericht ebenfalls ohne Verstoß gegen Bundesrecht angenommen, dass ihr ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG nicht zusteht. Zwar erfüllt die Klägerin die zeitlichen Voraussetzungen eines Anspruchs nach dieser Vorschrift, weil sie sich zum Stichtag 1. Juli 2007 seit sechs Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat. Dem Anspruch steht aber die Zurechnungsregelung des § 104a Abs. 3 AufenthG entgegen. Danach führt es zur Versagung der Aufenthaltserlaubnis an alle Familienmitglieder, wenn ein in häuslicher Gemeinschaft lebendes Familienmitglied Straftaten im Sinne des § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG begangen hat. Dies gilt nicht für den Ehegatten eines straffälligen Ausländers, wenn er die Voraussetzungen des Absatzes 1 im Übrigen erfüllt und es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, ihm den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass sich die Klägerin die Straftat ihres Ehemannes, des Klägers zu 2, nach dieser Vorschrift zurechnen lassen muss (aa) und es auch nicht im Sinne von Satz 2 der Vorschrift zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, ihr den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen (bb), ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Zurechnungsregelung ist, soweit sie sich auf die Zurechnung von Straftaten eines Ehegatten zulasten des anderen Ehegatten bezieht, auch nicht verfassungswidrig (cc).
- 32 aa) Die gesetzlichen Voraussetzungen des § 104a Abs. 3 Satz 1 AufenthG sind ohne Weiteres erfüllt. Auch wenn das Gesetz im Plural von „Straftaten im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 Nr. 6“ spricht, ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang mit dem Versagungsgrund in § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG, der die Begehung einer solchen Straftat ausreichen lässt, dass mit dem Begriff „Straftaten“ in Absatz 3 eine oder mehrere Straftaten gemeint sind.
- 33 bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, dass auch die Härteregelung in § 104a Abs. 3 Satz 2 AufenthG nicht zugunsten der Klägerin eingreift, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden. Die Revision beruft sich in diesem Zusammenhang nur darauf, dass die Besonderheit des zeitlichen Abstands zwischen der Tatbegehung und der Bestrafung des Klägers zu 2 auch an die-

ser Stelle hätte berücksichtigt werden müssen und eine darauf bezogene Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Unrecht unterblieben sei. Dieser Einwand greift nicht durch, da die gesetzliche Wertung der Straftat in § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG maßgeblich bleibt und nicht durch die Härteregelung, die vor allem die Zumutbarkeit der Aufenthaltsbeendigung für die Person des nicht straffällig gewordenen Ehegatten im Blick hat, wieder in Frage gestellt werden kann. Auch die übrigen vom Berufungsgericht angeführten Erwägungen zur psychischen Erkrankung und Selbstmordgefährdung der Klägerin halten einer revisionsrechtlichen Prüfung stand.

- 34 cc) Entgegen der Ansicht der Revision ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die in § 104a Abs. 3 AufenthG vorgesehene Zurechnung von Straftaten der in häuslicher Gemeinschaft lebenden Ehegatten untereinander im Rahmen der gesetzlichen Altfallregelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Sie verstößt weder gegen Art. 6 noch gegen Art. 3 GG.
- 35 Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 104a Abs. 3 AufenthG beschränkt sich vorliegend auf die darin enthaltene, inhaltlich von den sonstigen Zurechnungsfällen abgrenzbare Regelung über die Zurechnung der Verurteilung eines Ehegatten zulasten des anderen Ehegatten, die für sich allein einen sinnvollen und mit der gesetzgeberischen Intention zu vereinbarenden Anwendungsbereich hat. Die Frage der Zurechnung der Verurteilung eines volljährigen Kindes zulasten der Eltern oder Geschwister braucht ebenso wenig geprüft zu werden wie die der Zurechnung der Verurteilung eines Elternteils zulasten volljähriger Kinder, da sie sich im Fall der Kläger nicht stellen (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2010 - 2 BvL 16/09 - juris Rn. 29 f.).
- 36 Die Verfassungsmäßigkeit der gegenseitigen Zurechnung von Straftaten bei Ehegatten nach § 104a Abs. 3 AufenthG ist umstritten. In der Rechtsprechung wird sie allerdings überwiegend bejaht (neben dem Berufungsgericht auch OVG Lüneburg, Beschluss vom 17. November 2008 - 10 LA 260/08 - InfAuslR 2009, 186; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Januar 2008 - OVG 12 S 6.08 -; a.A. VGH Mannheim, Vorlagebeschluss vom 24. Juni 2009 - 13 S 519/09 - InfAuslR 2009, 350; hierzu BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember

2010 a.a.O., in dem die Vorlage des VGH Mannheim für unzulässig erklärt wurde). Ausgangspunkt für die Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG ist der Charakter der Altfallregelung als einer verfassungsrechtlich und völkervertragsrechtlich nicht gebotenen Vergünstigung für eine bestimmte Gruppe von bereits langjährig in Deutschland lebenden, an sich ausreisepflichtigen Ausländern, die das Aufenthaltsgesetz ansonsten nicht vorsieht. Dabei steht dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu, der seine Grenze allerdings im Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG und in sonstigen Verfassungsgeboten findet, wie etwa dem des Schutzes der Ehe und Familie in Art. 6 GG.

- 37 Soweit der VGH Mannheim in dieser Zurechnungsregelung einen Verstoß gegen Art. 6 GG sieht, weil die Regelung Lebenspartner sowie bestimmte Konstellationen nicht-ehelicher Lebensgemeinschaften nicht erfasse und darin eine mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbare Diskriminierung der Ehe liege (a.a.O. Rn. 46 ff.), ist diese Argumentation, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht überzeugend. Hinsichtlich der eingetragenen Lebenspartnerschaft kann ihr schon im Ausgangspunkt, dass diese Partner von der Zurechnungsregelung nicht erfasst seien, nicht gefolgt werden. Der VGH Mannheim begründet dies mit § 27 Abs. 2 AufenthG (a.a.O. Rn. 38 f.). Danach finden für die Herstellung und Wahrung der lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft im Bundesgebiet die Absätze 1a und 3, § 9 Abs. 3, § 9c Satz 2, die §§ 28 bis 31 sowie § 51 Abs. 2 AufenthG entsprechende Anwendung. Dem entnimmt der VGH Mannheim eine anderweitige Regelung im Sinne des § 11 Abs. 1 LPartG, die die dortige Regelung, wonach ein Lebenspartner als Familienangehöriger des anderen Lebenspartners gilt, im Anwendungsbereich des Aufenthaltsgesetzes verdrängt. Gegen ein solches Verständnis von § 27 Abs. 2 AufenthG spricht, dass die Vorschrift nicht die Eigenschaft von eingetragenen Lebenspartnern als Familienangehörige betrifft, sondern „für die Herstellung und Wahrung einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft im Bundesgebiet“ bestimmte, für Ehegatten geltende Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt und insoweit eine über die Familienangehörigeneigenschaft nach § 11 Abs. 1 LPartG hinausgehende Regelung enthält. Schon aus diesem Grunde kann nicht angenommen werden, dass § 27 Abs. 2 AufenthG eine anderweitige Re-

gelung im Sinne des § 11 Abs. 1 LPartG mit abschließender Wirkung für das gesamte Aufenthaltsgesetz darstellt und deshalb eingetragene Lebenspartner außerhalb der in § 27 Abs. 2 AufenthG genannten Bestimmungen - und damit auch in § 104a Abs. 3 AufenthG - nicht als Familienangehörige anzusehen sind. Auch den Ausführungen in der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 104a Abs. 3 AufenthG (BTDrucks 16/5065 S. 202) lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber jedenfalls im Ergebnis regelmäßig eine Zurechnung der in Absatz 1 Satz 1 Nr. 6 genannten Straftaten zwischen den Partnern einer lebenspartnerschaftlichen Gemeinschaft für geboten hielt und damit in der Sache nicht von einem abschließenden Charakter des § 27 Abs. 2 AufenthG ausging (vgl. zum Vorstehenden insgesamt BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2010 a.a.O. Rn. 35 ff.). Damit entfällt von vornherein eine etwaige gegen Art. 6 Abs. 1 GG verstoßende Schlechterstellung von Ehegatten gegenüber den Partnern einer Lebenspartnerschaft.

- 38 Hinsichtlich der Partner einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft dürfte dagegen eine Anwendung der Zurechnungsregelung ausscheiden, weil es sich dabei gerade nicht um Familienangehörige handelt. Insofern werden Ehegatten nach § 104a Abs. 3 AufenthG schlechter behandelt als in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft lebende Paare. Diese Ungleichbehandlung ist allerdings auch mit Blick auf das in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene Verbot der Diskriminierung der Ehe gerechtfertigt. Das Verbot, Ehegatten im Vergleich zu Ledigen allein deshalb schlechter zu stellen, weil sie verheiratet sind, bedeutet nicht, dass jede Regelung, die Verheiratete anders als Ledige behandelt, unzulässig ist. Vielmehr ist eine solche Regelung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar, soweit „sie ihren Grund in der durch die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft gekennzeichneten besonderen Situation von Ehegatten hat und deren Berücksichtigung gerade in dem konkreten Sachverhalt den Gerechtigkeitsvorstellungen der Allgemeinheit entspricht“. Eine „Schlechterstellung von Ehegatten ist insbesondere hinzunehmen, wenn die allgemeine Tendenz des Gesetzes auf Gleichbehandlung ausgeht und die Ehegatten teilweise begünstigt, teilweise benachteiligt werden, die gesetzliche Regelung im Ganzen sich aber vorteilhaft oder ‚ehe-neutral‘ auswirkt“ (so BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2010 a.a.O. Rn. 43 unter

Hinweis auf BVerfGE 75, 361 <366 f.> und 32, 260 <269>). Nach diesen Grundsätzen ist die wechselseitige Zurechnung von Straftaten unter Ehegatten im Rahmen der gesetzlichen Altfallregelung mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar.

39 Ein hinreichender sachlicher Grund für eine solche Zurechnung ist darin zu sehen, dass andernfalls über ein Bleiberecht des nicht straffällig gewordenen Ehegatten mit Blick auf den besonderen Schutz der ehelichen Lebensgemeinschaft durch Art. 6 GG und Art. 8 EMRK ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht des an sich nach § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG ausgeschlossenen Ausländers entstehen könnte, so dass dieser Versagungsgrund in derartigen Fällen praktisch häufig leerliefe. Wenn der VGH Mannheim dem entgegenhält, dass es bei richtiger Anwendung der Ermessens- und Ausnahmeregelungen im Aufenthaltsgesetz einen Zwang zur Legalisierung des Aufenthalts des straffällig gewordenen ausländischen Ehegatten nicht gebe - etwa weil ein rechtliches Abschiebungsverbot aus Art. 6 GG bzw. Art 8 EMRK voraussetzungsgemäß nicht vorliegen könne und daher auch nicht über § 25 Abs. 5 AufenthG zu einem Aufenthaltstitel führen könne, da die Ehe ohne Weiteres im gemeinsamen Herkunftsland geführt werden könne, oder weil etwa im Rahmen der Sollregelung des § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG eine negative Ermessensausübung möglich sei -, mag dies zwar theoretisch zutreffen. Es hindert den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Altfallregelung aber nicht, die längerfristige Trennung von Ehegatten im Hinblick auf Art. 6 GG und Art. 8 EMRK als wenig realistisch und praktisch durchsetzbar anzusehen und deshalb dem Leerlaufen des Versagungsgrundes in § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG durch eine Zurechnungsregelung zu begegnen, die darüber hinaus durch eine Härtefallregelung abgemildert wird (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2010 a.a.O. Rn. 45 f.). Bei nicht-ehelichen Partnern besteht dagegen weder eine entsprechend günstige Familiennachzugsregelung wie bei Ehegatten noch vermitteln Art. 6 GG oder Art. 8 EMRK aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen, so dass der Ausschlussgrund des § 104a Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 AufenthG nicht durch abgeleitete Aufenthaltsansprüche leerzulaufen droht.

40 Der sachliche Grund für die Ungleichbehandlung von Ehegatten und nicht-ehelichen Lebensgemeinschaften beruht, wie sich aus den vorstehenden Er-

wägungen ergibt, auch auf der durch die eheliche Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft gekennzeichneten besonderen Situation der Ehegatten. Denn er ergibt sich aus der günstigeren aufenthaltsrechtlichen Stellung, die das Gesetz Ehegatten - ebenso wie Partnern einer eingetragener Lebenspartnerschaft - insbesondere beim Familiennachzug, aber auch bei der Aufenthaltsbeendigung (etwa § 55 Abs. 3 Nr. 2 AufenthG) einräumt. Der Gesetzgeber durfte deshalb bei der Altfallregelung an die rechtlich gesicherte Verbundenheit der Partner in einer formalisierten Partnerschaft - wie der Ehe oder der eingetragenen Lebenspartnerschaft - auch zum Nachteil der Partner anknüpfen, da diese umgekehrt auch durch zahlreiche Regelungen des Aufenthaltsrechts einschließlich der aufenthaltsrechtlichen Schutzwirkungen des Art. 6 GG sowie Art. 8 EMRK begünstigt werden. Dabei ist es unerheblich, dass im Falle einer Aufenthaltserlaubnis auf Probe nach § 104a Abs. 1 AufenthG ein Familiennachzug nach § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ausgeschlossen ist. Denn der Gesetzgeber konnte auch die mit der Altfallregelung bezweckte längerfristige aufenthaltsrechtliche Perspektive in den Blick nehmen. Da das in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltene Diskriminierungsverbot durch die Zurechnungsvorschrift nicht verletzt wird, ist die Ungleichbehandlung von Ehepartnern auch mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt.

- 41 Auf das weitere Argument des Berufungsgerichts, dass selbst eine Verfassungswidrigkeit der Zurechnungsvorschrift nicht zu einem Anspruch der Klägerin führen würde, da es angesichts der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers diesem überlassen bleiben müsse, ob und welche Neuregelung er treffen wolle, kommt es mangels Verfassungswidrigkeit der Regelung nicht an. Der Senat bemerkt allerdings, dass diesem Argument wohl nicht gefolgt werden könnte. Denn die Frage der Auswirkungen einer etwaigen Verfassungswidrigkeit dieses Teils der Altfallregelung dürfte nicht von den Fachgerichten, sondern allein vom Bundesverfassungsgericht zu beurteilen sein.
- 42 dd) Scheitert der Anspruch der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG danach an der Zurechnungsregelung des § 104a Abs. 3 AufenthG, kann dahinstehen, ob dem Anspruch auch der Versagungsgrund des § 104 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG entgegensteht. Nach der

2. Alternative dieser Vorschrift darf der Ausländer behördliche Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung nicht vorsätzlich hinausgezögert oder behindert haben. Das Berufungsgericht hat hierzu lediglich ausgeführt, dass der Beklagte der Klägerin nichts Derartiges entgegengehalten habe (UA S. 18). Dies dürfte allerdings nicht ausreichen, um das Vorliegen dieses Versagungsgrundes zu verneinen, zumal es in dem Bescheid der Beklagten heißt, dass es wegen des Ausschlussgrundes der strafrechtlichen Verurteilung ihres Ehemannes der Prüfung eventueller weiterer Ausschlussgründe nicht bedürfe. Da die im August 2002 geplante erneute Abschiebung der Klägerin und des Klägers zu 3 nach den Feststellungen des Berufungsgerichts scheiterte, weil diese nicht in der Wohnung angetroffen wurden, hätte es insoweit noch näherer Aufklärung über die Umstände dieses Abschiebungsversuchs und die Gründe für sein Fehlschlagen bedurft.

- 43 c) Auch hinsichtlich des Klägers zu 3, der zum maßgeblichen Zeitpunkt der Berufungsverhandlung minderjährig war, hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG verneint.
- 44 Ein Anspruch des Klägers zu 3 nach § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG scheidet bereits daran, dass seinen Eltern - wie oben ausgeführt - keine Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift zusteht. Der Anspruch eines minderjährigen Kindes, das mit seinen Eltern oder einem Elternteil in häuslicher Gemeinschaft lebt, auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der gesetzlichen Altfallregelung in § 104a Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist dort nicht ausdrücklich geregelt, er ergibt sich aber aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung und dem vom Gesetzgeber damit verfolgten Zweck (vgl. auch BTDrucks 16/5065 S. 202 zu § 104a; Urteil vom 25. August 2009 - BVerwG 1 C 20.08 - Buchholz 402.242 § 104a AufenthG Nr. 3 = InfAuslR 2010, 113 Rn. 16 f. m.w.N.). Allerdings handelt es sich dabei um ein von der Aufenthaltserlaubnis der Eltern bzw. eines Elternteils abhängiges Aufenthaltsrecht. Da die Eltern des Klägers keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift haben, entfällt damit auch die Grundlage für den akzessorischen Anspruch des Klägers zu 3. Damit kommt es auf die Zurechnung der Straftat des Klägers zu 2 gegen-

über seinem in häuslicher Gemeinschaft lebenden minderjährigen Sohn nach § 104a Abs. 3 AufenthG nicht an.

- 45 Im Übrigen dürften aber auch gegen die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, dass die Zurechnung von Straftaten eines Elternteils gegenüber seinen minderjährigen Kindern nach § 104a Abs. 3 AufenthG im Rahmen der Alt-fallregelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, keine durchgreifenden Bedenken bestehen. Aufgrund seines weiten Gestaltungsspielraums durfte der Gesetzgeber sich insoweit an dem Grundsatz orientieren, dass minderjährige Kinder das aufenthaltsrechtliche Schicksal ihrer Eltern teilen (vgl. insoweit auch VGH Mannheim a.a.O. Rn. 43). Sofern sich eine eigene, von den Eltern unabhängige schutzwürdige Rechtsposition älterer, aber noch minderjähriger Kinder aus dem Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK ergeben sollte, kann dem ggf. durch Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG oder sonstigen speziellen Vorschriften wie § 104b AufenthG Rechnung getragen werden. Im Falle des Klägers zu 3 kommt allerdings, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, schon mangels Vollendung des 14. Lebensjahres zum Stichtag 1. Juli 2007 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104b AufenthG nicht in Betracht. Ansprüche nach § 25 AufenthG sind hier nicht Gegenstand der revisionsgerichtlichen Prüfung.
- 46 Auch die Abschiebungsandrohungen in dem angefochtenen Bescheid sind demzufolge rechtlich nicht zu beanstanden.
- 47 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2, § 159 VwGO, § 100 ZPO.

Eckertz-Höfer

Prof. Dr. Dörig

Beck

Prof. Dr. Kraft

Fricke

B e s c h l u s s

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Revisionsverfahren auf 15 000 € festgesetzt (§ 47 Abs. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1, § 39 Abs. 1 GKG).

Eckertz-Höfer

Beck

Prof. Dr. Kraft