



27.03.2006 Martin Mönnig/Pe

Gerichtliche Eilentscheidung/Prozessrecht und Ausländerrecht

Vorläufiger Rechtsschutz wegen Ausweisungsverfügung und Nichtverlängerung eines Aufenthaltstitels; Abgrenzung des Aussetzungsverfahrens (§ 80 Abs. 5 VwGO) zur einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO), insbesondere unter Berücksichtigung der Besonderheiten beim Verfahren auf Erteilung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels (§§ 81 Abs. 3 und 4, 84 Abs. 1 AufenthG); Einfluss einer nachträglichen Ausweisung auf die Erlaubnisfiktion (§§ 51 Abs. 1 Nr. 5, 84 Abs. 2 AufenthG); Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens wegen Voreiligkeit eines anderen Verfahrens (§ 94 VwGO)

Begründetheit des Antrags: Ausweisungstatbestände gemäß §§ 54 Nr. 3, 55 Abs. 1 AufenthG. Verdacht einer Straftat als subsidiärer Ausweisungsgrund, insbesondere unter Berücksichtigung des § 79 Abs. 2 AufenthG; Verwirkung des Ausweisungsrechts durch Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis trotz Kenntnis vom Ausweisungsgrund

§§ 5, 11, 51, 53, 54, 55, 79, 81, 84 AufenthG; §§ 80, 94 VwGO; § 29 BtMG

Vorbereitendes Gutachten

A. Zulässigkeit der Anträge

I. Der **Verwaltungsrechtsweg**, der auch bei der Anrufung der Verwaltungsgerichte um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegeben sein muss (Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 40 Rdnr. 2; Lang NWVBl 2005, 154), ist vorliegend gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet: Die im Streit befindlichen Maßnahmen, nämlich die Ausweisungsverfügung sowie die Entscheidung über die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, beurteilen sich nach den zum öffentlichen Recht gehörenden Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit i.S.v. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO vorliegt.

II. Statthafte Antragsart

1. Hinsichtlich der **Ausweisungsverfügung** kommt als statthafte Antragsart das Aussetzungsverfahren gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO in Betracht. In Abgrenzung zur einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) greift es dann ein, wenn der Vollzug eines belastenden Verwaltungsaktes abgewehrt werden soll, der in der Hauptsache mit der Anfechtungsklage anzugreifen ist (VGH Mannheim VBIBW 2004, 111; VG Gießen NVwZ-RR 2005, 166; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 12; Lang NWVBl 2005, 154, 155). Die Ausweisungsverfügung, gegen deren drohenden Vollzug sich der Antragsteller wendet, stellt einen Verwaltungsakt dar, für den im Hauptsacheverfahren die Anfechtungsklage die richtige Klageart ist. Folglich handelt es sich insoweit um einen nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthafte Aussetzungsantrag.

2. Hinsichtlich der **Ablehnung der (Verlängerung der) Aufenthaltserlaubnis** könnte es sich – entsprechend der Formulierung des Antrags – ebenfalls um ein Aussetzungsverfahren gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO handeln. Bedenken bestehen aber deshalb, weil der Antragsteller letztlich eine Begünstigung (Aufenthaltserlaubnis) erstrebt. Dafür könnte im Hauptsacheverfahren die Verpflichtungsklage und folglich im vorläufigen Rechtsschutzverfahren die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO statthaft sein. Wenn nach der Abgrenzungsregelung des § 123 Abs. 5 VwGO der Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 bis 3 VwGO nicht für die Fälle der §§ 80 und 80 a VwGO eingreift, so stellt sich die einstweilige Anordnung als der Auffangtatbestand des vorläufigen Rechtsschutzes dar (Kopp/Schenke § 123 Rdnr. 1 und 4; Redeker/vOertzen, VwGO, 14. Aufl. 2004, § 123 Rdnr. 1). Sie ist damit zugeschnitten auf die Situation aller Klagearten außer der der Anfechtungsklage, wobei im Normenkontrollverfah-



ren die Spezialregelung des § 47 Abs. 6 VwGO gilt. Für die Ablehnung von Begünstigungen ist daher vorläufiger Rechtsschutz grundsätzlich im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zu suchen mit dem Ziel, dass die erstrebte Begünstigung (vorläufig) erteilt wird. Mit dem Aussetzungsverfahren wäre dem Antragsteller i.d.R. auch nicht gedient, da er damit noch nicht in Berührung mit der erstrebten Leistung käme. Der bloße Ablehnungsbescheid ist damit grundsätzlich eines Vollzuges nicht fähig und damit auch einer Aussetzung der Vollziehung i.S.v. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO (Suspendierung) nicht zugänglich. Dementsprechend geht die h.M. davon aus, dass im Hauptsacheverfahren die Ablehnung einer Begünstigung grundsätzlich nicht (isoliert) mit der Anfechtungsklage angegriffen werden kann, sondern der Kläger Verpflichtungs- bzw. allgemeine Leistungsklage erheben muss (Redeker/vOertzen § 42 Rdnr. 3; Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Bd. I, Stand Sept. 2005, § 42 Abs. 1 Rdnr. 110; Kopp/Schenke § 42 Rdnr. 30).

Hinsichtlich der Ablehnung eines Antrags auf Verlängerung eines Aufenthaltstitels könnte sich eine andere Beurteilung jedoch aus § 81 Abs. 4 AufenthG ergeben. Danach gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs allein durch den Verlängerungsantrag als fortbestehend. In Ergänzung zu § 81 Abs. 3 AufenthG, wonach bereits der erstmalige Antrag auf einen Aufenthaltstitel eine Erlaubnisfiktion (S. 1) und im Falle verspäteter Antragstellung einen Abschiebungsstopp (S. 2) auslöst, bewirkt der Verlängerungsantrag eine Verlängerungsfiktion hinsichtlich des abgelaufenen Aufenthaltstitels. Diese Fiktion gilt aber nur „bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde“, endet also mit ihrer ablehnenden Entscheidung. Von diesem Zeitpunkt an trifft den Ausländer die gesetzliche Ausreisepflicht des § 50 Abs. 1 AufenthG. Der Ablehnungsbescheid bedeutet danach nicht nur die Vorenthaltung einer Begünstigung, sondern hat bereits selbstständig belastende Wirkung, indem er dem Ausländer eine bereits inne gehabte Rechtsposition (fingiertes Bleiberecht) wieder entzieht und dadurch die gesetzliche Ausreisepflicht auslöst (Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998, Rdnr. 1073, S. 488 f.). Insoweit ist der Ablehnungsbescheid durchaus einer Suspendierung fähig. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung bewirkt dann, dass der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung des Aufenthaltstitels als noch nicht beschieden gilt, mit der Folge, dass sich die Ausländerbehörde auf den Wegfall der Fiktionswirkung und damit auf die gesetzliche Ausreisepflicht noch nicht berufen darf. Dabei ist es in diesem Zusammenhang nur eine terminologische Frage, ob man von einem "Wiederaufleben" der Fiktionswirkung oder lediglich von der Nichtvollziehbarkeit der Ausreisepflicht (Vollstreckungsstopp) ausgeht (s. die Nachw. im AS-Skript BesOrdnr, 4. Aufl. 2004, S. 181).

Davon, dass die Ablehnung der Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels der Suspendierung fähig ist, geht auch die Vorschrift des § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG aus, wonach Widerspruch und Klage gegen die Ablehnung „keine aufschiebende Wirkung“ haben. Dieser gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung wäre überflüssig, wenn der Ablehnungsbescheid schon seinem Wesen nach einer Suspendierung nicht fähig wäre. Nach einhelliger Meinung ist daher vorläufiger Rechtsschutz gegen die Ablehnung eines Aufenthaltstitels nach § 80 Abs. 5 VwGO zu suchen, soweit durch die Ablehnung ein fingiertes Bleiberecht nach § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG zum Erlöschen gebracht wird (VGH Mannheim VBIBW 2006, 36; VGH Kassel NVwZ 2006, 111; Kopp/Schenke § 123 Rdnr. 5 a.E.; Renner AuslR, 8. Aufl. 2005, § 81 AufenthG Rdnr. 33; AS-Skript a.a.O.; ebenso zur bisherigen und ähnlichen Rechtslage nach § 69 AuslG BVerwG NVwZ 1998, 185, 187; VGH Mannheim DVBl. 1999, 176; Finkelnburg/Jank a.a.O.; Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O., Bd. II, Stand Okt. 2005, § 123 Rdnr. 30). Für vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO ist daher nur Raum, wenn dem Antrag auf Erteilung oder Verlängerung des Aufenthaltstitels (aus anderen Gründen als denen der Ablehnung) ohnehin keine Fiktionswirkung zukommt oder diese noch vor der gerichtlichen Entscheidung wieder weggefallen ist. In diesem Fall nützt dem Antragsteller die bloße Suspendierung der Ablehnungsentscheidung nichts, da der Wegfall des fingierten Bleiberechts auf anderen Rechtsgründen als denen der Ablehnung beruht. Dann muss der Antragsteller eine einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO) mit dem Ziel einer vorübergehenden Aussetzung der Abschiebung nach § 60 a AufenthG erstreiten



(Renner § 81 AufenthG Rdnr. 34; Funke-Kaiser in Gemeinschaftskommentar zum AufenthG Bd. 2/2, Stand Okt. 2005, § 81 Rdnr. 85; Kopp/Schenke a.a.O.; AS-Skript a.a.O. S. 182; ebenso zur bisherigen Rechtslage OVG Münster DVBl. 2001, 1007; VGH Mannheim DVBl. 1999, 176).

Im vorliegenden Fall war der Antragsteller bereits im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 7 AufenthG. Da er rechtzeitig vor deren Ablauf am 31.12.2005 deren Verlängerung beantragt hat, ist die Verlängerungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG daher mit Ablauf des bisherigen Aufenthaltstitels am 01.01.2006 eingetreten. Die Verlängerungsfiktion könnte vorliegend jedoch aus anderen Gründen als denen der Ablehnung wieder weggefallen sein mit der Folge, dass ein Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ins Leere ginge. Der Grund dafür könnte die erfolgte Ausweisung sein, die ebenfalls in dem Bescheid vom 08.02.2006 ausgesprochen wurde. Gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG erlischt nämlich ein Aufenthaltstitel mit der Ausweisung des Ausländers. Unmittelbar erfasst diese Vorschrift allerdings nur ausdrückliche Aufenthaltstitel. Da jedoch eine fiktive Berechtigung keine stärkeren Rechtswirkungen haben kann als die ausdrückliche Verleihung eines Aufenthaltstitels, führt eine Ausweisung nach zutreffender Ansicht auch zu einem Erlöschen des fiktiven Bleiberechts (Funke-Kaiser a.a.O. § 81 Rdnr. 25 und 46; Renner § 81 AufenthG Rdnr. 16; a.A. nach bisheriger Rechtslage OVG Schleswig NVwZ-RR 1993, 437, 439).

Dies wiederum könnte jedoch letztlich unschädlich sein, da sich der Antragsteller im vorliegenden Rechtsschutzverfahren gerade auch gegen die Ausweisung wendet. Insoweit ließe sich argumentieren, die in diesem Verfahren erstrebte Suspendierung der Ausweisungsverfügung hindere die Ausländerbehörde nicht nur an der zwangsweisen Durchsetzung der Ausweisung i.S.e. Abschiebung (s. § 58 Abs. 1 AufenthG), sondern auch daran, sich im Rahmen des § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auf die Ausweisung zu berufen (in diesem Sinne OVG Bautzen NVwZ-RR 1996, 174, jedenfalls im Falle der **gerichtlich** wiederhergestellten aufschiebenden Wirkung). Dies entspricht dem sonst allgemein anerkannten weiten Vollzugsbegriff, der alle Folgerungen tatsächlicher oder rechtlicher Art, die sich aus dem Bestand des Verwaltungsakts ergeben können, erfasst (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 23 m.w.N.).

Etwas anderes könnte sich aber aus § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG ergeben, wonach Widerspruch und Klage gegen die Ausweisung – unbeschadet ihrer aufschiebenden Wirkung – die Wirksamkeit der Ausweisung unberührt lassen. Daraus könnte zu folgern sein, dass trotz der aufschiebenden Wirkung von einer nach wie vor wirksamen Ausweisung auszugehen ist, dem Ausländer also die aufschiebende Wirkung seines Rechtsbehelfs letztlich nichts nützt (so zur bisherigen Rechtslage nach § 72 Abs. 2 S. 1 AuslG im Grundsatz VGH Mannheim NVwZ 1992, 700; VGH Kassel NVwZ-RR 1996, 112; Finkelnburg/Jank Rdnr. 1077, S. 491 f.). Auch wenn man dem im Grundsatz folgt, so kann dies jedenfalls nicht uneingeschränkt gelten. Sinn des § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG in vorliegender Fallkonstellation ist es nämlich nur, zu verhindern, dass der Ausländer durch bloßes Einlegen von – u.U. auch aussichtslosen – Rechtsbehelfen sein durch die Ausweisung bereits erloschenes Bleiberecht wiederbeleben und in die Länge ziehen kann. Etwas völlig anderes ist es jedoch, wenn ein Gericht aufgrund eigener Prüfung die Ausweisung für rechtswidrig hält. Hier wäre es mit dem verfassungsrechtlich in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierten Gebot effektiven Rechtsschutzes unvereinbar, allein wegen der Regelung des § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG die Versagung der Aufenthaltserlaubnis zu bestätigen. Im Falle erkannter Rechtswidrigkeit der Ausweisung kann und muss das Gericht daher, falls man insoweit nicht schon die aufschiebende Wirkung zum Zuge kommen lässt (s.o. OVG Bautzen), jedenfalls im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG davon ausgehen, dass die Ausweisung noch keinen Einfluss auf den Aufenthaltsstatus gehabt hat (Funke-Kaiser a.a.O. § 81 Rdnr. 73; Renner § 55 AufenthG Rdnr. 101, § 84 Rdnr. 6 a.E.; AS-Skript BesOrdnr S. 175; ebenso zum bisherigen Recht VGH Mannheim a.a.O. sowie VBIBW 2003, 324; VGH Kassel a.a.O.; Finkelnburg/Jank Rdnr. 1077, S. 492). Da in diesem Zusammenhang (zunächst) unterstellt werden muss, dass auch die Aussetzung der Ausweisungsverfügung antragsgemäß erfolgen wird, genügt auch hinsichtlich der Versagung der



Aufenthaltserlaubnis vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO. Somit ist für beide Anträge das Aussetzungsverfahren statthaft.

III. Die in analoger Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO erforderliche **Antragsbefugnis** (OVG Koblenz NVwZ-RR 2005, 19 f.; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 134 m.w.N.; Sikora JA 2005, 40, 41) steht dem Antragsteller zu. Als Adressat der angefochtenen Verwaltungsakte kann er geltend machen, in seinem möglichen Recht auf Fortbestand seines Aufenthalts in der Bundesrepublik verletzt zu sein.

IV. Für den Antrag muss weiterhin ein **Rechtsschutzbedürfnis** bestehen.

1. Speziell beim Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO setzt dies – wegen der Einbindung in die Gesamtsystematik des § 80 VwGO – voraus, dass gegen den im Streit befindlichen Verwaltungsakt ein **Rechtsbehelf** i.S.v. § 80 Abs. 1 VwGO eingelegt worden ist (VGH Mannheim NVwZ-RR 2002, 40.; OVG Münster NVwZ-RR 2001, 54, 55; DVBl. 1996, 115; Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a.a.O., Bd. I, § 80 Rdnr. 314; Redeker/vOertzen § 80 Rdnr. 55; Pietzner/Ronellenfisch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 11. Aufl. 2005, § 57 Rdnr. 18, S. 628; Finkelnburg/Jank Rdnr. 952, S. 438 f.; a.A. VGH Mannheim DVBl. 1995, 303; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 137 und 139; Schliesky/Schwind JA 2004, 217, 219 f.; Kahl Jura 2004, 853, 854: Rechtsbehelfseinlegung nicht erforderlich). Weiterhin muss die (an sich gegebene) **aufschiebende Wirkung** dieses Rechtsbehelfs nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 VwGO **ausgeschlossen** sein. Kommt dem eingelegten Rechtsbehelf nämlich bereits nach der Grundregel des § 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu, so ginge der Aussetzungsantrag ins Leere (BVerwG DVBl. 2005, 916; VGH Mannheim NVwZ-RR 1997, 74, 75; Proppe JA 2004, 324, 325; terminologisch a.A. VG Gera ThürVBl 2006, 11: Frage der Statthaftigkeit; zum Aufbau vgl. AS-Skript VwGO, 3. Aufl. 2006, S. 218). Gleiches gilt, wenn der Rechtsbehelf schon von vornherein einer aufschiebenden Wirkung nicht fähig ist oder diese nach § 80 b VwGO ohnehin geendet hätte (VGH Mannheim VBIBW 2004, 383 LS; OVG Weimar LKV 1994, 408).

Vorliegend hat der Antragsteller gegen die Ausweisungsverfügung sowie die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis Widerspruch, also einen Rechtsbehelf i.S.v. § 80 Abs. 1 VwGO, eingelegt. Der Wegfall der aufschiebenden Wirkung folgt hinsichtlich der Ausweisungsverfügung aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, da die Antragsgegnerin insoweit die sofortige Vollziehung angeordnet hat. Hinsichtlich der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis folgt dies aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

2. Das Rechtsschutzbedürfnis für die hier gestellten gerichtlichen Aussetzungsanträge bedarf keines vorgeschalteten und erfolglosen Aussetzungsantrags bei der Ausgangs- bzw. Widerspruchsbehörde. Dies ergibt sich aus § 80 Abs. 6 VwGO, wonach ein vorgeschaltetes behördliches Aussetzungsverfahren nur im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO, also der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten, vorgesehen ist. In allen übrigen Fällen, insbesondere den hier gegebenen Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 4 VwGO, bedarf es eines vorherigen behördlichen Aussetzungsverfahrens nicht (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 138 und 183; Schoch Jura 2002, 37, 42; str. jedoch bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung: zur Reichweite der Verweisungsvorschrift des § 80 a Abs. 3 S. 2 VwGO s. OVG Lüneburg NVwZ-RR 2005, 69 einerseits und OVG Koblenz DÖV 2004, 167 f. andererseits sowie den Streitstand bei Kopp/Schenke § 80 a Rdnr. 21; Schelp/Daniel JuS 2000, 472, 474; Schoch a.a.O., FN 81 und 83).

V. Für die Entscheidung über die Anträge ist nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO das **Gericht der Hauptsache** zuständig. Für eine in der Hauptsache anzustreitende Anfechtungsklage wäre das Verwaltungsgericht Kassel gemäß §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO sachlich und örtlich zuständig.

VI. Der Vertreter des Antragstellers hat sich durch eine ordnungsgemäße **Prozessvollmacht** legitimiert (§ 67 Abs. 3 VwGO). Diese erfasst gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 82 ZPO auch das vorläufige Rechtsschutzverfahren (Kopp/Schenke § 67 Rdnr. 55), in welchem der Prozessvertreter jedoch „Verfahrensbevollmächtigter“ genannt wird (s. Rubrum).



Die Vertretungsbefugnis des Beklagtenvertreters ist jedenfalls wegen der hinterlegten Generalvollmacht unproblematisch, sodass letztlich offen bleiben kann, ob im Hinblick auf die Regelung des § 67 Abs. 1 S. 3 VwGO Behördenbedienstete mit Befähigung zum Richteramt (bzw. Diplomjuristen im höheren Dienst) einer Vollmacht überhaupt bedürfen (bejahend BVerwG NVwZ 1992, 1088; verneinend BVerwG NVwZ 1994, 266 für die Vertretung beim BVerwG; dazu, dass die Prozessvertreter der Behörden ebenso wie die Namen ihrer gesetzlichen Vertreter nicht in das Rubrum aufzunehmen sind, s. Pietzner/Ronellenfisch § 20 Rdnr. 3, S. 255, FN 4).

VII. Auch im Übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Anträge: Die Antragschrift genügt den Formerfordernissen der §§ 81 f. VwGO, welche für das Aussetzungsverfahren analog gelten (Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 128). Weiterhin ist der Aussetzungsantrag, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist (z.B. §§ 18 a Abs. 4 S. 1, 36 Abs. 3 S. 1 AsylVerfG; § 17 Abs. 6 a S. 2 FStrG; § 29 Abs. 6 S. 3 PBefG), an keine Frist gebunden (Redeker/vOertzen § 80 Rdnr. 55, in Rdnr. 55 a auch mit weiteren Ausnahmen; Sikora JA 2005, 40, 42). Schließlich sind die Anträge in Übereinstimmung mit Nr. 1 des im Aussetzungsverfahren analog heranzuziehenden § 78 Abs. 1 VwGO (Ennuschat NWVBl 2005, 319, 320; Erbguth/Schlacke JuS 2004, 985, 986) zu Recht gegen die Stadt Kassel als diejenige Körperschaft, deren Behörde (Magistrat) die zu vollziehenden Verwaltungsakte erlassen hat, gerichtet werden. Die Anträge sind damit zulässig.

Anm.: Zu der Streitfrage, wer richtiger Antragsgegner im Falle der Vollzugsanordnung durch die – mit der Ausgangsbehörde nicht identische – Widerspruchsbehörde ist, s. den Überblick über den Meinungsstand bei Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 140, FN 256.

B. Begründetheit der Anträge

Anm.: Während die Zulässigkeitsprüfung beider (kumulativ) gestellter Anträge im Wesentlichen einheitlich erfolgen konnte (s. aber Nachwort), ist im Rahmen der Begründetheit eine aufbaumäßige Trennung geboten, da Ausweisung und Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis an verschiedenen Rechtsgrundlagen zu messen sind. Dabei gebührt der Prüfung der Ausweisungsverfügung der Vorrang: Wird insoweit vorläufiger Rechtsschutz versagt, so ist wegen der Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis kein Raum, wie sich zudem aus § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG ergibt (s. Finkelnburg/Jank Rdnr. 1077, S. 491 zur vergleichbaren früheren Rechtslage).

I. Begründetheit hinsichtlich der **Ausweisungsverfügung**

1. Dafür, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) in der Ausweisungsverfügung bereits formell rechtswidrig und daher aufzuheben ist, sind vorliegend keine Anhaltspunkte vorhanden. Dies gilt insbesondere für die Zuständigkeit der Ausgangsbehörde zur Vollzugsanordnung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) sowie hinsichtlich der Begründungspflicht (§ 80 Abs. 3 VwGO). Eine vorherige Anhörung (§ 28 VwVfG) ist, wenn man sie hinsichtlich der Vollzugsanordnung überhaupt für erforderlich hält (s. den Meinungsstand bei Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 82), im Anhörungstermin vom 06.01.2006 nicht nur hinsichtlich der Grundverfügung, sondern auch hinsichtlich der Vollzugsanordnung erfolgt.

2. In materieller Hinsicht hängt die Begründetheit des Aussetzungsantrags von einer – im Rahmen einer eigenen Ermessensentscheidung des Gerichts zu treffenden – **Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse am sofortigen Vollzug** des Verwaltungsakts, dem sog. Vollzugsinteresse, und dem **privaten Aussetzungsinteresse** (Aufschubinteresse) des Betroffenen ab (BVerfG NJW 2004, 2297, 2298; BVerwG NVwZ 2003, 207; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2006; 33; VGH München BayVBl 2006, 18; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 152; Lang NWVBl 2005, 154, 156). Dabei ist insbesondere auf die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens abzustellen. Erweist sich bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen



summarischen Prüfung der Verwaltungsakt als **offensichtlich rechtswidrig**, so ist dem Aussetzungsantrag ohne weiteres stattzugeben, weil an der sofortigen Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts kein öffentliches Interesse bestehen kann (zu den Besonderheiten der Drittbeteiligtenfälle nach § 80 a VwGO s. jedoch AS-Skript VwGO S. 258 und 260). Dies gilt unabhängig davon, ob es um die Fälle des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO) oder um die Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) geht (unstr.; s. BVerfG NVwZ 2002, 982; VGH Mannheim NJW 2003, 1618; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 159; Proppe JA 2004, 324, 325, 326; s. auch die Regelung des § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO, die für das gerichtliche Aussetzungsverfahren teils generell, teils für die Fälle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO, teils nur für den Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO analog herangezogen wird; Schmitt-Glaeser, VerwProzR, 15. Aufl. 2000, Rdnr. 282, S. 185; Finkelnburg/Jank Rdnr. 851 f., S. 396 f.; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 115 f.). Ist der Verwaltungsakt dagegen offensichtlich rechtmäßig, so ist jedenfalls in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO, also des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung, ein überwiegendes Vollzugsinteresse regelmäßig zu bejahen, sodass der Aussetzungsantrag unbegründet ist. Dies ergibt sich daraus, dass in den Fällen des gesetzlichen Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung der Gesetzgeber selbst einen grundsätzlichen Vorrang des Vollzugsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (BVerfG DVBl 2005, 916, 918; BVerfG NVwZ 2004, 93 LS 2; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 114; Proppe JA 2004, 324, 326; a.A. VG Gera ThürVBl 2006, 11; auch hier besonderes Vollzugsinteresse erforderlich).

Nach wie vor stark umstritten ist dagegen, ob in dem – auch hier vorliegenden – Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) ebenfalls allein die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts ein überwiegendes Vollzugsinteresse indiziert. Nach herkömmlicher und überwiegender Meinung in der Rspr. ist dies der Fall, da der Betroffene kein schutzwürdiges Aufschubinteresse dahingehend habe, von dem sofortigen Vollzug eines offensichtlich rechtmäßigen Verwaltungsakts verschont zu bleiben (OVG Frankfurt/Oder NVwZ 2003, 623; VGH München NVwZ 2002, 1268; OVG Koblenz NVwZ 2002, 1529; OVG Lüneburg NJW 2002, 2336, 2337; OVG Berlin NVwZ 2002, 489, 490; Pietzner/Ronellenfisch § 58 Rdnr. 21, S. 644; Schmitt-Glaeser a.a.O.; Proppe JA 2004, 57, 65 f. und 67). Nach der im Vordringen befindlichen und auch vom BVerfG vertretenen Gegenmeinung reicht im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die bloße Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nicht aus, da diese nur den Verwaltungsakt selbst, nicht aber ein darüber hinausgehendes Interesse gerade am Sofortvollzug rechtfertigt. Daher könne im Falle des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO auch bei offensichtlicher Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts auf ein „besonderes“ Vollzugsinteresse nicht verzichtet werden (BVerfG NVwZ 2005, 1053; NVwZ 2004, 93, 94; NJW 2003, 3618, 3619; VGH Mannheim VBlBW 2003, 327, 329; OVG Münster NWVBl 2003, 104, 105; OVG Berlin NVwZ-RR 2001, 611; VG Gera ThürVBl 2006, 11; Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 159; Redeker/vOertzen § 80 Rdnr. 49; Finkelnburg/Jank Rdnr. 860, S. 402; AS-Skript VwGO, S. 229 unten; AS-RÜ 2004, 99, 101 und 155, 157). Speziell im Falle der Ausweisungsverfügung hat das BVerfG bereits in früheren Entscheidungen wiederholt gefordert, wegen der Schwere des Eingriffs und der möglicherweise nicht wieder rückgängig zu machenden Folgen sei in jedem Fall ein besonderes Interesse gerade an der sofortigen Vollziehung der Ausweisung erforderlich, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt (BVerfGE 35, 382 LS 3; NVwZ 1996, 58, 60; i.E. ebenso VGH Mannheim NVwZ –RR 2005, 655, 657; VBlBW 2003, 327, 329).

Lässt sich bei summarischer Prüfung weder die Rechtmäßigkeit noch die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts feststellen, so ist eine von den Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens unabhängige Interessenabwägung vorzunehmen (OVG Berlin-Brandenburg NVwZ 2006, 104; VGH München BayVBl 2003, 48, 49; OVG Münster NJW 2000, 891; OVG Schleswig NVwZ 1992, 687, 688; AS-Skript VwGO S. 223). Dabei gilt als Faustformel, dass durch die gesetzgeberische Entscheidung in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 und S. 2 VwGO ein überwiegendes Vollzugsinteresse, im Fall des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ein



überwiegendes Aufschubinteresse indiziert wird (BVerwG NVwZ 2003, 207, OVG Berlin NVwZ-RR 2001, 229; Finkelnburg/Jank Rdnr. 853, S. 398; Pietzner/Ronellenfisch § 58 Rdnr. 24, S. 646; Redeker/vOertzen § 80 Rdnr. 48; einschränkend BVerwG NVwZ-RR 2002, 153; VGH München BayVBl 2003, 48, 50 f.; Schoch, a.a.O., § 80 Rdnr. 110; Debus NVwZ 2006, 49, 51).

Folglich kommt es (zunächst) auf die Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung an. Rechtsgrundlage für diese Maßnahme können die §§ 53 ff. AufenthG sein.

a) In formeller Hinsicht bestehen keine Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung, insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeit (§ 71 Abs. 1 AufenthG i.V.m. Nr. 6 des Bearbeitungsvermerks), der Schriftform (§ 77 Abs. 1 AufenthG), der ordnungsgemäßen Anhörung (§ 28 VwVfG) sowie des Einvernehmens der zuständigen Staatsanwaltschaft (§ 72 Abs. 4 AufenthG i.V.m. Nr. 3 des Bearbeitungsvermerks).

b) In materieller Hinsicht ist entscheidend, ob der Antragsgegnerin ein Ausweisungsgrund zur Seite stand.

aa) Im Hinblick auf die Vorstrafen des Antragstellers kommen die obligatorischen Ausweisungsgründe des § 53 Nr. 1 und 2 AufenthG sowie der Regel-Ausweisungsgrund des § 54 Nr. 1 AufenthG nicht in Betracht, da die dort vorausgesetzten Strafen nicht erreicht bzw. zur Bewährung ausgesetzt wurden (zur Verfassungsmäßigkeit der obligatorischen Ausweisungsgründe sowie deren Vereinbarkeit mit EU-Recht s. VGH Mannheim VBIBW 2003, 324, 325 ff.). Da diese Bestimmungen jedoch nicht abschließend für Ausweisungen wegen mit Strafe bedrohter Handlungen sind, könnte als Ausweisungsgrund § 54 Nr. 3 AufenthG eingreifen. Danach wird ein Ausländer in der Regel ausgewiesen, wenn er u.a. den Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes (BtMG, abgedruckt im Sartorius Nr. 275 sowie im Schönfelder Ergänzungsband Nr. 86) zuwider ohne Erlaubnis Betäubungsmittel einführt. Dass der Antragsteller dies in zwei Fällen getan hat, ist durch die rechtskräftigen, auf § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG gestützten Urteile des Amtsgerichts sowie des Schöffengerichts Emmerich verbindlich festgestellt.

Eine Tilgung dieser Straftaten, die einer Berücksichtigung im Ausweisungsverfahren wegen § 51 Abs. 1 BZRG grundsätzlich entgegensteht (BVerwGE 69, 137 = DVBl. 1984, 783; Renner § 55 AufenthG Rdnr. 21), ist vorliegend nicht erfolgt, da die Mindestfrist des § 46 Abs. 1 Nr. 1 BZRG von 5 Jahren noch nicht abgelaufen ist.

Einer Berücksichtigung dieser Vorstrafen könnte jedoch entgegenstehen, dass die Ausländerbehörde in Düsseldorf trotz Kenntnis dieser Vorstrafen die Aufenthaltserlaubnis des Antragstellers am 03.01.2005 bis zum 31.12.2005 verlängert hat. Mit dieser Entscheidung hat die Ausländerbehörde in Düsseldorf u.a. zum Ausdruck gebracht, dass Ausweisungsgründe in der Person des Antragstellers entweder nicht gegeben sind oder sie sich darauf wegen überwiegender schutzwürdiger Belange des Ausländers nicht berufen will. Denn nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wird die Erteilung eines Aufenthaltstitels bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes in der Regel versagt. Dieser Wertung der Ausländerbehörde in Düsseldorf kommt mangels gesetzlicher Regelung zwar keine zwingende Bindungswirkung zu. Es ist jedoch anerkannt, dass ein Ausländer, dessen Aufenthaltstitel in Kenntnis möglicher Ausweisungstatbestände verlängert worden ist, grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass diese Sachverhalte später nicht zum Anlass für eine Ausweisung oder spätere Versagung des Aufenthaltstitels genommen werden. Insoweit wird das ausländerbehördliche Ermessen eingeschränkt (BVerwG DVBl. 1969, 590; VGH Kassel NVwZ-RR 1993, 432, 436; Renner § 5 AufenthG Rdnr. 23). Es bestehen keine Bedenken, diese bereits zum AuslG 1965 entwickelten Grundsätze jedenfalls auf die Ausweisungstatbestände des § 55 AufenthG („Ermessensausweisung“) sowie des § 54 („Regel-Ausweisung“) anzuwenden, da hier im Gegensatz zu den Tatbeständen des § 53 AufenthG („Zwingende Ausweisung“) ein von der Ausländerbehörde auszufüllender Ermessenspielraum besteht. Der danach begründete Vertrauensschutz greift jedoch nicht mehr durch, wenn der Ausländer nachträglich erneut in aufenthaltsrechtlich erheblicher Weise in Erscheinung getreten ist. In diesem Fall dürfen auch frühere Tatbestände, in



Kenntnis derer die Aufenthaltserlaubnis verlängert worden ist, bei der Entscheidung über die Ausweisung mit berücksichtigt werden (BVerwG a.a.O.; VGH Kassel a.a.O.).

bb) Somit kommt es für die Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung in doppelter Hinsicht darauf an, ob der im November 2005 aufgetretene Verdacht des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) zur Begründung der Ausweisung verwertet werden durfte: Ist dies zu bejahen, so ist die Entscheidung jedenfalls insoweit nicht fehlerhaft. Zugleich steht dann fest, dass auch das Verhalten des Antragstellers in den Jahren 2002 und 2003 zugrunde gelegt werden durfte.

Als Ausweisungsgrund kommt insoweit § 54 Nr. 3 AufenthG nicht in Betracht, da ein (vorsätzlicher) Verstoß gegen das BtMG jedenfalls z.Zt. noch nicht nachweisbar ist (s. § 15 StGB) und im Übrigen der bloße Besitz von Betäubungsmitteln noch nicht unter diese Vorschrift fällt. Eine Ausweisung nach § 55 AufenthG aufgrund der in § Abs. 2 genannten Regelbeispiele kommt ebenfalls nicht in Betracht, da der bloße Verdacht einer Straftat oder eines sonst schädlichen Verhaltens nicht in den Katalog des § 55 Abs. 2 AufenthG fällt (s. insbesondere Nr. 2, 4 und 5). Wegen des nicht abschließenden Charakters dieser Vorschrift (s. „insbesondere“) ist daher (allgemein) auf die Generalklausel des § 55 Abs. 1 AufenthG abzustellen. Danach kann ein Ausländer ausgewiesen werden, wenn sein Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt. Entscheidende Frage ist daher, ob der bloße Verdacht einer Straftat (hier § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) eine Ausweisung nach § 55 Abs. 1 AufenthG rechtfertigt.

(1) Unter Geltung des AuslG 1965 wurde von der h.M., insbesondere der Rspr., angenommen, der begründete Verdacht einer Straftat stelle einen Ausweisungsgrund nach der vergleichbaren Generalklausel des § 10 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1965 dar (BVerwG DÖV 1969, 467; OVG Münster DÖV 1982, 458; OVG Lüneburg InfAuslR 1990, 57, 58). Begründet wurde dies damit, dass Ausweisungen Maßnahmen polizeilichen Charakters seien, die zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erfolgen. Insbesondere könne aus der Tatsache, dass für strafrechtlich verurteilte Ausländer ein besonderer Ausweisungstatbestand gelte, nicht darauf geschlossen werden, dass nur die dort genannten Delikte eine Ausweisung rechtfertigen können und dabei in jedem Falle der Abschluss des Strafverfahrens abgewartet werden müsse. Vielmehr sei unter Gefahrenabwehrgesichtspunkten eine Ausweisung nach der ausländerrechtlichen Generalklausel auch gerechtfertigt bei sonstigen, im Spezialtatbestand nicht genannten Delikten sowie weiterhin bereits im Vorfeld einer Verurteilung, also bei begründetem Verdacht einer Straftat. Unter der Geltung des AuslG 1965 war diese Ansicht vertretbar, wenngleich mit dem unbefriedigenden Ergebnis, dass das Ausweisungsverfahren im Falle eines Freispruchs u.U. gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG wieder aufgegriffen werden musste.

(2) Unter der Geltung des AufenthG (ebenso wie bereits des Ausländergesetzes 1990) könnte eine solche Gesetzesauslegung jedoch aufgrund von § 79 Abs. 2 AufenthG (§ 67 Abs. 2 AuslG a.F.) eingeschränkt sein. Nach dieser Vorschrift ist im Falle eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts einer Straftat die Entscheidung über den beantragten Aufenthaltstitel bis zum Abschluss des Strafverfahrens, im Falle der Verurteilung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils auszusetzen, es sei denn, über den Aufenthaltstitel kann ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens entschieden werden. Diese Vorschrift regelt ausdrücklich indes nur die Erteilung und Verlängerung des Aufenthaltstitels, nicht dagegen die Ausweisung. Gleichwohl ist die Vorschrift auf Ausweisungsverfügungen – falls man diese nicht schon als konkludente Ablehnung des Antrags auf den Aufenthaltstitel ansehen kann – zumindest dann analog anwendbar, wenn der Ausländer – wie hier – zuvor die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltstitels beantragt hat, dadurch die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 AufenthG eingetreten ist und wenn weiterhin die Vorschrift in dem Sinne zu verstehen ist, dass sie während des schwebenden Strafverfahrens nicht nur die vorzeitige Entlastung, sondern auch die vorzeitige Belastung des Ausländers verbietet. In diesem Fall wäre die Ausweisung eine Missachtung des fortdauernden Bleiberechts, das mit Rücksicht



auf § 79 Abs. 2 AufenthG nicht vor Abschluss des Strafverfahrens beendet werden darf (zur isolierten Ausweisung s. jedoch Renner § 55 AufenthG Rdnr. 62, § 79 AufenthG Rdnr. 11: Aussetzung nicht zwingend).

Entscheidend ist daher, ob § 79 Abs. 2 AufenthG nur in dem Sinne zu verstehen ist, dass die Ausländerbehörde während des schwebenden Strafverfahrens keinen Aufenthaltstitel erteilen darf oder ob die Vorschrift auch die vorzeitige Ablehnung wegen des bloßen Verdachts einer Straftat hindert.

Nach der amtlichen Begründung zu § 67 Abs. 2 AuslG a.F., der fast wörtlich mit § 79 Abs. 2 AufenthG übereinstimmt (s. Nr. 8 des Bearbeitungsvermerks) könnte man zu der Annahme geneigt sein, die Vorschrift hindere nur die vorzeitige Erteilung des Aufenthaltstitels. Insbesondere durch S. 2 dieser Begründung wird der Anschein erweckt, die Ausländerbehörde sei aufgrund von § 79 Abs. 2 AufenthG nur gehalten, die Entlastung, nicht hingegen auch die Belastung des Ausländers abzuwarten. Dieser Anschein wird auch durch S. 3 und 4 der Begründung nicht hinreichend ausgeräumt. Dementsprechend könnte man meinen, die Vorschrift wirke nur zulasten des Ausländers.

Dies wäre jedoch mit dem klaren Wortlaut des § 79 Abs. 2 AufenthG, der auch nicht durch die amtliche Begründung aus den Angeln gehoben werden kann, nicht vereinbar. Wenn im 4. Halbs. von „Entscheidung“ gesprochen wird, so ist damit nach allgemeinem Sprachgebrauch sowohl die positive wie auch die negative Entscheidung gemeint. Vor allem im 5. Halbs. wird eindeutig klargestellt, dass auch die für den Ausländer nachteilige Entscheidung nicht während des schwebenden Strafverfahrens erfolgen darf. Wenn es dort heißt, dass im Falle der Verurteilung das Verwaltungsverfahren sogar bis zur Rechtskraft des Urteils auszusetzen ist, so wird damit die Ausländerbehörde eindeutig gezwungen, nicht nur für den Fall der Entlastung, sondern auch für den Fall der Belastung des Ausländers den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten. Der bloße Verdacht einer Straftat reicht für eine Ausweisung nach der Generalklausel zumindest dann nicht mehr aus, wenn – wie hier – gegen den Ausländer ein Strafverfahren läuft und wenn durch seinen früheren Antrag die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 S. 1 oder 4 AufenthG eingetreten ist (in diesem Sinne auch Funke-Kaiser a.a.O. § 79 Rdnr. 19).

Nach alledem stellt der im November 2005 aufgetretene Verdacht des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln keinen Ausweisungsgrund i.S.v. § 55 Abs. 1 AufenthG dar. Da der Antragsteller somit (noch) nicht erneut in aufenthaltsrechtlich relevanter Weise in Erscheinung getreten ist, durften wegen des fortbestehenden Vertrauensschutzes auch seine Vorstrafen nicht berücksichtigt werden.

3. Um diesbezüglich endgültig Klarheit zu verschaffen, ist jedoch **eine Aussetzung des Verfahrens gemäß § 94 VwGO** (entsprechend § 148 ZPO) in Erwägung zu ziehen. Dementsprechend hat die Antragsgegnerin den Hilfsantrag gestellt, das vorliegende gerichtliche Verfahren bis zum Abschluss des Strafverfahrens auszusetzen. Eine Aussetzung des Verfahrens aufgrund dieser Vorschrift würde voraussetzen, dass der Ausgang des Strafverfahrens vorgreiflich ist. Daran fehlt es jedoch, weil die Sache nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand bereits entscheidungsreif ist, nämlich die Rechtswidrigkeit der Ausweisungsverfügung bereits jetzt feststeht; sie beruht darauf, dass die Ausländerbehörde nicht ihrerseits das Verfahren gemäß § 79 Abs. 2 AufenthG ausgesetzt hat.

Eine Aussetzung des gerichtlichen Verfahrens mit dem Ziel, dass die noch fehlende **behördliche** Verfahrenshandlung, nämlich die Aussetzung aufgrund von § 79 Abs. 2 AufenthG nachgeholt wird, ist nach der ersatzlosen Streichung des § 94 S. 2 VwGO sowie des § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 VwGO nicht mehr möglich (s. dazu Kopp/Schenke § 87 Rdnr. 1 und § 94 Rdnr. 1 und 23).

Auch eine Aussetzung des Verfahrens kommt daher nicht in Betracht. Es bedarf daher keines Eingehens auf die Frage, ob ein Vorgehen nach § 94 VwGO im Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO überhaupt zulässig ist (s. dazu Redeker/vOertzen § 94 Rdnr. 5).



Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Ausweisungsverfügung der Antragsgegnerin vom 08.02.2006 mangels Vorliegens eines berücksichtigungsfähigen Ausweisungsgrundes offensichtlich rechtswidrig ist. An der Vollziehung dieses offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts kann kein öffentliches Vollzugsinteresse bestehen. Der diesbezügliche Antrag ist daher begründet; die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Ausweisungsverfügung ist daher wiederherzustellen (§ 80 Abs. 5 S. 1, 2. Halbs. VwGO). Die Ausweisung bleibt dann zwar wirksam (§ 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG), bietet aber wegen des Wegfalls ihrer Vollziehbarkeit keine Grundlage mehr für eine zwangsweise Abschiebung (§ 58 Abs. 1 AufenthG).

II. Begründetheit hinsichtlich der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis

Auch die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ist offensichtlich rechtswidrig, da der bloße Tatverdacht keinen Versagungsgrund nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG darstellt. Die Antragsgegnerin wäre auch hier gehalten gewesen, das Verfahren gemäß § 79 Abs. 2 AufenthG bis zum Abschluss des Strafverfahrens auszusetzen. Wegen des fortdauernden Vertrauensschutzes durften auch hier die Vorstrafen nicht berücksichtigt werden. Wegen der erkannten Rechtswidrigkeit der Ausweisung kann sich die Antragsgegnerin trotz Fortbestands einer wirksamen Ausweisung (§ 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG) auch nicht auf die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG berufen (s. die Ausführungen zur Statthaftigkeit, A II 2, S. 3 sowie BVerwG NVwZ 2003, 217, 218 = DVBl. 2003, 76, 77 für die gleichartige Problematik bei durchgeführter Abschiebung – sog. „Fall Mehmed“). Auch der Antrag betreffend die Aufenthaltserlaubnis ist daher begründet; die insoweit kraft Gesetzes (§ 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG) ausgeschlossene aufschiebende Wirkung des Widerspruchs ist anzuordnen (§ 80 Abs. 5 S. 1, 1. Halbs. VwGO).

C. Kostenentscheidung

Gemäß § 154 Abs. 1 VwGO trägt die Antragsgegnerin als unterliegender Teil die Kosten des Verfahrens.

D. Einer **Vollstreckbarkeitsentscheidung** (wegen der Kosten) bedarf es – wie bei Beschlüssen allgemein – nicht. Aus § 149 VwGO folgt, dass die als Rechtsmittel gegen den Aussetzungsbeschluss gegebene Beschwerde (§ 146 Abs. 1 und 4 VwGO) grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat und der Beschluss daher unmittelbar vollstreckt werden kann (i.E. ebenso Kopp/Schenke § 80 Rdnr. 205, die jedoch § 168 Abs. 1 Nr. 1 VwGO entsprechend anwenden; zur Entbehrlichkeit einer Vollstreckbarkeitsentscheidung im Anordnungsverfahren s. auch § 168 Abs. 1 Nr. 2 VwGO).

E. Streitwertfestsetzung

Im Hauptsacheverfahren wird bei einem Streit um Ausweisung und Aufenthaltstitel i.d.R. der Auffangwert des § 52 Abs. 2 GKG i.H.v. jeweils 5.000 € zugrunde gelegt (s. Nr. 8.1 und 8.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, abgedruckt in NVwZ 2004, 1327 ff. sowie bei Kopp/Schenke Anh. § 164 Rdnr. 14). Beide Anträge haben jeweils selbstständige Bedeutung, sodass die Streitwerte gemäß §§ 39 Abs. 1 GKG, 173 VwGO i.V.m. 5 ZPO zu addieren sind (s. Nr. 1.1.1 des Katalogs sowie Kopp/Schenke Anh. § 164 Rdnr. 11, Stichwort Klagehäufung). Die selbstständige Bedeutung der Ausweisung neben der Ablehnung des (gegenwärtig anhängigen) Erlaubnisanspruchs ergibt sich insbesondere aus der Sperrwirkung für künftige Anträge (§ 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG sowie Hartmann Kostengesetze, 35. Aufl. 2005, Anh. I B zu § 52 GKG Rdnr. 17, Bem. zu Nr. 8.1). Somit ergäbe sich für das Hauptsacheverfahren ein Streitwert von insgesamt 10.000 €.

Bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren vorzunehmenden Bewertung (§§ 53 Abs. 3, 52 Abs. 1 und 2 GKG) geht die fast einhellige Meinung davon aus, dass dort wegen der grundsätzlichen Vorläufigkeit der begehrten Maßnahme i.d.R. ein niedrigerer Wert (Bruchteil) als im entsprechenden Hauptsacheverfahren zugrunde zu legen ist, wobei als Richtschnur 1/2, in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO 1/4 gilt (s. Nr. 1.5 des Katalogs; ferner Kopp/Schenke Anh. § 164 Rdnr. 11, Stichwort Vorläufiger Rechtsschutz). Da der Gesichtspunkt der Vorläufigkeit auch für den Fall des § 52 Abs. 2 GKG zutrifft, besteht kein Anlass,



diese Ermäßigung nicht auch beim Auffangwert vorzunehmen (so die wohl h.M.; s. VGH Mannheim NVwZ-RR 2004, 619; VGH München NVwZ-RR 2000, 332; Hartmann a.a.O. § 53 GKG Rdnr. 26 m.w.N.; a.A. Meyer, GKG, 6. Aufl. 2004, § 20 Rdnr. 23: Auffangwert des § 52 Abs. 2 GKG ist ein – auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht zu ermäßigender – Festwert). Da auch keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass durch die beantragte Eilentscheidung die Hauptsache ganz oder teilweise vorweggenommen wird und sie sich daher wertmäßig der Hauptsache annähert oder ihr gleichkommt (Nr. 1.5 des Katalogs), erscheint es hier angemessen, den Streitwert mit 1/2 von 10.000 €, also

5.000 €,

anzusetzen.



Daraus ergibt sich folgender

Beschlussentwurf

Az: 5 G 148/06

Verwaltungsgericht Kassel

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Mode-Designers Goran Delic, Göttinger Straße 30, 34123 Kassel,

– Antragstellers –,

– Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Schneider in Kassel –

g e g e n

die Stadt Kassel, vertreten durch den Magistrat, Obere Königstraße 8, 34117 Kassel,

– Antragsgegnerin –,

wegen Ausweisung und Nichtverlängerung einer Aufenthaltserlaubnis,

hat die 5. Kammer des Verwaltungsgerichts Kassel am 20.03.2006 durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Nagel sowie die Richter am Verwaltungsgericht Huber und Schnell beschlossen:

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 22.02.2006 gegen die Ausweisungsverfügung der Antragsgegnerin vom 08.02.2006 wird wiederhergestellt.

Weiterhin wird die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers vom 22.02.2006 gegen die im gleichen Bescheid enthaltene Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 5.000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

I.

Der 30-jährige, unverheiratete Antragsteller ist serbischer Staatsangehöriger. Seit Mai 2001 lebt er in der Bundesrepublik Deutschland. Die Aufenthaltserlaubnis des Antragstellers, zuletzt verlängert durch Verfügung der Stadtverwaltung in Düsseldorf vom 03.01.2005, lief am 31.12.2005 ab.

Mit Schreiben vom 15.12.2005 beantragte der Antragsteller bei der Antragsgegnerin, in deren Gebiet er Ende April 2005 zugezogen war, die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis. Mit Verfügung vom 08.02.2006 lehnte die Antragsgegnerin diesen Antrag ab und wies den Antragsteller gleichzeitig unter Berufung auf §§ 54 Nr. 3, 55 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG) aus dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aus. Letzteres erfolgte im Einvernehmen mit der zuständigen Staatsanwaltschaft. Gestützt wurden beide Anordnungen zunächst auf die – von diesem nicht bestrittenen – Vorstrafen des Antragstellers: Er sei durch Urteil des Amtsgerichts Emmerich vom 04.11.2002 – Az: 2 Ds 275/02 – wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen à 60 € verurteilt worden, weil er im Juni 2002 am Autobahngrenzübergang Emmerich (Elten) mit 1 kg Cannabis aufgegriffen worden sei. Wegen des gleichen Delikts sei er am 03.05.2004 vom Schöffengericht Emmerich – Az: 3 Ls 39/04 – zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten auf Bewährung verurteilt worden, weil er im November 2003 am Grenzübergang Elten/Lobith mit 0,8 kg Cannabis aufgegriffen worden sei. Gleichzeitig sei ihm die Fahrerlaubnis bei Verhängung einer Sperrfrist von 2 Jahren entzogen worden. Nach den Feststellungen der Kriminalpolizei



Kassel bestehe schließlich der dringende Verdacht, im November 2005 zumindest im unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln gewesen zu sein. Bei einer Hausdurchsuchung am 21.11.2005 seien in seiner Wohnung 0,6 kg Kokain beschlagnahmt worden. Dieses habe sich im Küchenschrank in einer Kaffeedose befunden, die oben – offenbar zur Tarnung – mit Kaffeebohnen bedeckt gewesen sei. Die diesbezügliche Einlassung des Antragstellers, das Rauschgift müsse ihm anlässlich seiner Geburtstagsfeier am 08.11.2005 untergeschoben worden sein, sei wenig glaubwürdig. Die von ihm selbst als Zeugen benannten Geburtstagsgäste hätten übereinstimmend ausgesagt, anlässlich der Geburtstagsfeier nichts Verdächtiges wahrgenommen zu haben. Angesichts dieser Vorfälle bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse daran, dass sich der Antragsteller nicht länger im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufhalte, insbesondere deshalb, um die Mitbürger vor Schäden an Leben und Gesundheit zu schützen. Etwaige private Belange des Antragstellers, wie die von diesem in einem Anhörungstermin geltend gemachte Zerstörung seiner beruflichen Existenz als Mode-Designer, müssten dahinter zurückstehen. Wegen der Schwere des neuerlichen Tatverdachts, der sich im Gegensatz zu den Vorstrafen auf härtere Drogen (Kokain) beziehe, sei es auch nicht vertretbar, den Abschluss eines langwierigen Strafverfahrens abzuwarten. Mit dieser Begründung sowie unter Hinweis darauf, dass es wegen der – durch die Vorstrafen indizierten – Wiederholungsgefahr nicht vertretbar sei, den rechtskräftigen Abschluss des Ausweisungsverfahrens abzuwarten, wurde gemäß § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung der Ausweisungsverfügung angeordnet.

Mit Schreiben vom 22.02.2006, bei der Antragsgegnerin am darauf folgenden Tage eingegangen, hat der Antragsteller gegen die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis und gegen die Ausweisungsverfügung Widerspruch eingelegt. Mit Schriftsatz vom gleichen Tage, bei Gericht am 23.02.2006 eingegangen, hat der Antragsteller um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ersucht.

Der Antragsteller hält die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für offensichtlich rechtswidrig: Bei der Entscheidung habe die Antragsgegnerin nicht seine Vorstrafen berücksichtigen dürfen, da die Ausländerbehörde in Düsseldorf in Kenntnis davon die Aufenthaltserlaubnis verlängert habe. Ferner könne auch der bloße Verdacht einer Straftat die Ablehnung nicht rechtfertigen. In jedem Fall habe die Antragsgegnerin den Ausgang des Strafverfahrens abwarten müssen, da auch im Rahmen ausländerbehördlicher Maßnahmen der Betroffene als unschuldig zu gelten habe, solange er nicht rechtskräftig verurteilt ist. Aus den vorgenannten Gründen erweise sich auch die Ausweisungsverfügung als fehlerhaft.

Der Antragsteller beantragt,

die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs vom 22.02.2006 gegen die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis anzuordnen sowie die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Ausweisungsverfügung der Antragsgegnerin vom 08.02.2006 wiederherzustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge zurückzuweisen,

hilfsweise,

das Verfahren bis zum Abschluss des Strafverfahrens auszusetzen.

Sie hält die von ihr erlassenen Entscheidungen für rechtmäßig und bezieht sich insoweit auf die Begründung in dem angefochtenen Bescheid. Ergänzend trägt sie vor, es sei zwar richtig, dass die Stadtverwaltung in Düsseldorf in Kenntnis der Vorstrafen des Antragstellers die Aufenthaltserlaubnis verlängert habe. Da der Antragsteller jedoch im November 2005 erneut in aufenthaltsrechtlich erheblicher Weise aufgefallen sei, sei ein etwaiger Vertrauensschutz dahingehend, dass die Vorstrafen bei künftigen ausländerrechtlichen Entscheidungen nicht mehr berücksichtigt werden, verwirkt. Falls das Gericht jedoch der Ansicht sei, dass sich der neu aufgetretene Tatverdacht noch nicht hinreichend verdichtet habe, so müsse ggf. das vor-



liegende Verfahren gemäß § 94 VwGO bis zum Abschluss des Strafverfahrens ausgesetzt werden.

II.

Die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hatten insgesamt Erfolg. Sie sind zulässig und begründet.

Die hier infrage stehende Streitigkeit beurteilt sich nach den öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG), sodass die Verwaltungsgerichte gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO zur Entscheidung berufen sind. Beide Anträge sind als Aussetzungsanträge gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft. Hinsichtlich des Begehrens auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Ausweisungsverfügung bedarf dies keiner weiteren Erörterung, da insoweit ein belastender Verwaltungsakt vorliegt, gegen dessen Vollzug sich der Antragsteller wendet und der in der Hauptsache mittels der Anfechtungsklage anzugreifen ist.

Auch das weitere Begehren, mit welchem sich der Antragsteller gegen die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis wendet, ist – entsprechend der Antragsformulierung – als Aussetzungsantrag gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft. Anders als bei der Ausweisungsverfügung ist dies allerdings nicht evident. Die Tatsache nämlich, dass der Antragsteller letztlich eine Begünstigung erstrebt, spricht auf den ersten Blick für eine einstweilige Anordnung (§ 123 VwGO). Die bloße Ablehnung einer Begünstigung ist nämlich grundsätzlich eines Vollzuges nicht fähig; deren Vollzugsaussetzung (Suspendierung) i.S.v. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ginge grundsätzlich ins Leere und würde dem Betroffenen nichts nutzen, da er dadurch nicht die erstrebte Begünstigung – auch nicht vorläufig – erhalten würde. Dementsprechend ist nach der h.M. die Ablehnung von Begünstigungen nicht isoliert anfechtbar. Im Hauptsacheverfahren ist die abgelehnte Begünstigung vielmehr grundsätzlich im Wege der Verpflichtungs- bzw. der allgemeinen Leistungsklage zu erstreiten. Entsprechend der Abgrenzungsregel des § 123 Abs. 5 VwGO hat dies zur Folge, dass dann im vorläufigen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO eingreift. Hinsichtlich der Ablehnung eines Antrags auf Verlängerung eines Aufenthaltstitels ergibt sich eine andere Beurteilung jedoch aus § 81 Abs. 4 AufenthG. Danach gilt der bisherige Aufenthaltstitel vom Zeitpunkt seines Ablaufs allein durch den Verlängerungsantrag als fortbestehend. In Ergänzung zu § 81 Abs. 3 AufenthG, wonach bereits der erstmalige Antrag auf einen Aufenthaltstitel eine Erlaubnisfiktion (S. 1) und im Falle verspäteter Antragstellung einen Abschiebestopp (S. 2) auslöst, bewirkt der Verlängerungsantrag eine Verlängerungsfiktion hinsichtlich des abgelaufenen Aufenthaltstitels. Diese Fiktion gilt aber nur „bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde“, endet also mit der ablehnenden Entscheidung. Von diesem Zeitpunkt an trifft den Ausländer die gesetzliche Ausreisepflicht des § 50 Abs. 1 AufenthG. Der Ablehnungsbescheid bedeutet dann nicht nur die Vorenthaltung einer Begünstigung, sondern hat bereits selbstständig belastende Wirkung, indem er dem Ausländer eine bereits innegehabte Rechtsposition (fingiertes Bleiberecht) wieder entzieht und dadurch die gesetzliche Ausreisepflicht auslöst. Insoweit ist bereits der Ablehnungsbescheid durchaus eines Vollzuges fähig, da er für den Betroffenen unmittelbar belastende Rechtsfolgen auslöst. Durch die Suspendierung des Ablehnungsbescheides wird bewirkt, dass der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung des Aufenthaltstitels als noch nicht beschieden gilt und sich die Ausländerbehörde noch nicht auf den Wegfall des fingierten Bleiberechts und damit noch nicht auf die gesetzliche Ausreisepflicht berufen darf. Davon, dass die Ablehnung der Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels einer Suspendierung fähig ist, geht auch die Vorschrift des § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG aus, wonach Widerspruch und Klage gegen die Ablehnung „keine aufschiebende Wirkung“ haben. Dieser gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung wäre überflüssig, wenn der Ablehnungsbescheid schon seinem Wesen nach einer Suspendierung nicht fähig wäre.

Danach ist für vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO mit dem Ziel einer vorübergehenden Aussetzung der Abschiebung nach § 60 a AufenthG nur Raum, wenn dem Antrag auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels (aus anderen Gründen als denen der ab-



lehnenen Entscheidung) ohnehin keine Fiktionswirkung zukommt oder diese noch vor der gerichtlichen Entscheidung wieder weggefallen ist. Davon kann indes im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden. Als der Antragsteller den Verlängerungsantrag vom 15.12.2005 stellte, war er bereits im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 7 AufenthG, die im Zeitpunkt der Antragstellung, also des Antragseingangs am 16.12.2005, auch noch nicht abgelaufen war. In Folge des rechtzeitig gestellten Verlängerungsantrags ist daher mit Ablauf des bisherigen Aufenthaltstitels am 01.01.2006 die Verlängerungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG eingetreten. Diese Verlängerungsfiktion ist vorliegend auch nicht – unabhängig von der Ablehnung – wieder weggefallen mit der Folge, dass ein Aussetzungsantrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ins Leere ginge. Insbesondere stellt die Ausweisungsverfügung, die hier ebenfalls in dem Bescheid vom 08.02.2006 ausgesprochen wurde, jedenfalls für das vorliegende Verfahren keinen Grund für einen Wegfall der Fiktionswirkung dar. Zwar erlischt gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG ein Aufenthaltstitel mit der Ausweisung des Ausländers. Wenngleich diese Vorschrift unmittelbar nur ausdrückliche Aufenthaltstitel erfasst, so führt eine Ausweisung – zumindest in analoger Anwendung der Vorschrift – grundsätzlich auch zum Erlöschen eines fingierten Aufenthaltstitels, da dieser keine stärkeren Rechtswirkungen als die ausdrückliche Verleihung eines Aufenthaltstitels haben kann.

Letztlich ist dies jedoch unschädlich, da sich der Antragsteller im vorliegenden Rechtschutzverfahren gerade auch gegen die Ausweisung wendet. Insoweit ließe sich durchaus argumentieren, die in diesem Verfahren erstrebte Suspendierung der Ausweisungsverfügung hindere die Ausländerbehörde daran, sich im Rahmen des § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG auf die Ausweisung zu berufen. Dies entspräche dem sonst allgemein anerkannten weiten Vollzugsbegriff, der alle Folgerungen tatsächlicher oder rechtlicher Art, die sich aus dem Bestand des Verwaltungsakts ergeben können, erfasst. Die h.M. geht allerdings davon aus, dass dem Ausländer in diesem Zusammenhang die aufschiebende Wirkung als solche nichts nützt, da diese nach der ausdrücklichen Regelung des § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG die Wirksamkeit der Ausweisung unberührt lässt. Auch auf dieser Grundlage könnte jedoch die hier gleichzeitig erstrebte gerichtliche Suspendierung des Vollzugs der Ausweisung nicht unberücksichtigt bleiben. Sinn des § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG in vorliegender Fallkonstellation ist es nämlich nur, zu verhindern, dass der Ausländer durch bloßes Einlegen von – u.U. auch aussichtslosen – Rechtsbehelfen sein durch die Ausweisung bereits erloschenes fiktives Bleiberecht wiederbeleben und in die Länge ziehen kann. Etwas völlig anderes ist es jedoch, wenn ein Gericht aufgrund eigener Prüfung die Ausweisung für rechtswidrig hält. Hier wäre es mit dem verfassungsrechtlich in Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG garantierten Gebot effektiven Rechtsschutzes unvereinbar, allein wegen der Regelung des § 84 Abs. 2 S. 1 AufenthG die Versagung der Aufenthaltsgenehmigung zu bestätigen. Im Falle erkannter Rechtswidrigkeit der Ausweisung kann und muss das Gericht daher, falls man insoweit nicht bereits die aufschiebende Wirkung zum Zuge kommen lässt, jedenfalls im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG davon ausgehen, dass allein die Ausweisung noch keinen Einfluss auf den Aufenthaltstatus des Ausländers gehabt hat. Es genügt nach alledem ein vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO, da bereits durch die Suspendierung des Ablehnungsbescheides der Vollzug der Ausreisepflicht gestoppt wird.

Ist mithin bei beiden Anträgen das Aussetzungsverfahren gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft, so sind dessen weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Der Antragsteller ist antragsbefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO analog), da er als Adressat der angefochtenen Verwaltungsakte geltend machen kann, in seinem möglichen Recht am Fortbestand des Aufenthalts verletzt zu sein. Weiterhin hat der Antragsteller gegen beide Maßnahmen Widerspruch eingelegt, also einen Rechtsbehelf i.S.d. § 80 Abs. 1 VwGO, dessen (an sich gegebene) aufschiebende Wirkung nach Maßgabe des § 80 Abs. 2 VwGO entfällt. Hinsichtlich der Ausweisungsverfügung folgt dies aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO, da die Antragsgegnerin insoweit die sofortige Vollziehung angeordnet hat. Hinsichtlich der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis folgt dies aus § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.



Auch im Übrigen bestehen keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Anträge: Das angerufene Verwaltungsgericht ist gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO für die Entscheidung zuständig, da es für eine in der Hauptsache anzustreitende Anfechtungsklage gemäß §§ 45, 52 Nr. 3 VwGO sachlich und örtlich zuständig wäre. Schließlich genügt die Antragschrift den Formerfordernissen der §§ 81 f. VwGO, welche – anders als die Fristvorschriften – auch für den Aussetzungsantrag gelten.

Beide Anträge sind auch begründet.

Der auf Aussetzung der Vollziehung der Ausweisungsverfügung gerichtete Antrag ist begründet, weil eine im Rahmen einer eigenen Ermessensentscheidung durchzuführende Interessenabwägung des Gerichts zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse einerseits und dem Aussetzungsinteresse andererseits zu dem Ergebnis führt, dass dem Aussetzungsinteresse der Vorrang zu geben ist. Dabei kann das überwiegende Aussetzungsinteresse aus der offensichtlichen Rechtswidrigkeit der zu vollziehenden Ausweisungsverfügung hergeleitet werden. Bei allem Streit, den es in Rspr. und Rechtslehre im Einzelnen um die Begründetheit des Aussetzungsantrags gibt, ist es jedenfalls einhellige Meinung, dass an der Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsakts kein überwiegendes öffentliches Vollzugsinteresse bestehen kann, der Aussetzungsantrag in diesem Fall also begründet ist.

Die Ausweisungsverfügung der Antragsgegnerin vom 08.02.2006 erweist sich bei einer im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, weil es an einem berücksichtigungsfähigen Ausweisungsgrund fehlt. Im Hinblick auf die Vorstrafen des Antragstellers kommt der insoweit einschlägige Ausweisungsgrund des § 54 Nr. 3 AufenthG letztlich nicht zum Zuge. Zwar sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift, wonach ein Ausländer in der Regel ausgewiesen wird, wenn er u.a. den Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes zuwider ohne Erlaubnis Betäubungsmittel einführt, für sich gesehen erfüllt. Denn dass der Antragsteller in zwei Fällen derartige, mit Strafe bedrohte Handlungen begangen hat, ist durch die rechtskräftigen, auf § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG gestützten Urteile des Amtsgerichts sowie des Schöffengerichts Emmerich verbindlich festgestellt. Auch eine Tilgung dieser Straftaten, die einer Berücksichtigung im Ausweisungsverfahren grundsätzlich entgegensteht (§ 51 Abs. 1 BZRG), ist vorliegend nicht erfolgt, da die Mindestfrist des § 46 Abs. 1 Nr. 1 BZRG von fünf Jahren noch nicht abgelaufen ist.

Einer Berücksichtigung dieser Vorstrafen steht jedoch entscheidend entgegen, dass die Ausländerbehörde in Düsseldorf trotz Kenntnis dieser Vorstrafen die Aufenthaltserlaubnis des Antragstellers am 03.01.2005 bis zum 31.12.2005 verlängert hat. Mit dieser Entscheidung hat die Ausländerbehörde in Düsseldorf u.a. zum Ausdruck gebracht, dass Ausweisungsgründe in der Person des Antragstellers entweder nicht gegeben sind oder sie sich darauf wegen überwiegender schutzwürdiger Belange des Ausländers nicht berufen will. Denn nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wird die Erteilung eines Aufenthaltstitels bei Vorliegen eines Ausweisungsgrundes in der Regel versagt. Dieser Wertung der Ausländerbehörde in Düsseldorf kommt mangels gesetzlicher Regelung zwar keine zwingende Bindungswirkung zu. Es ist jedoch anerkannt, dass ein Ausländer, dessen Aufenthaltstitel in Kenntnis möglicher Ausweisungstatbestände verlängert worden ist, grundsätzlich darauf vertrauen darf, dass diese Sachverhalte später nicht zum Anlass für eine Ausweisung oder eine spätere Versagung des Aufenthaltstitels genommen werden. Insoweit ist das ausländerbehördliche Ermessen eingeschränkt. Es bestehen keine Bedenken, diese bereits zum AuslG 1965 entwickelten Grundsätze jedenfalls auf die Ermessensausweisungen des § 54 AufenthG („Regel-Ausweisung“) sowie des § 55 AufenthG („Kann-Ausweisung“) anzuwenden.

Der dadurch begründete Vertrauensschutz wird auch nicht dadurch wieder aufgehoben, dass der Antragsteller erneut in aufenthaltsrechtlich erheblicher Weise hervorgetreten wäre. Für diesen Fall ist zwar anerkannt, dass Vertrauensschutz dann nicht mehr durchgreift und die Ausländerbehörde dann auch frühere Tatbestände, in Kenntnis derer die Aufenthaltserlaubnis verlängert worden ist, bei der Entscheidung über die Ausweisung bzw. über den Verlängerungsantrag mit berücksichtigen darf. Der Antragsteller ist jedoch dadurch, dass er



im November 2005 in den Verdacht des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln geriet, noch nicht erneut in aufenthaltsrechtlich relevanter Weise aufgefallen. Der bloße Verdacht einer Straftat rechtfertigt während des laufenden Strafverfahrens zumindest dann weder eine Ausweisung noch eine Ablehnung des Aufenthaltstitels, wenn Letzterer zuvor beantragt worden ist und dadurch die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 oder 4 AufenthG eingetreten ist. Insbesondere stellt der bloße Verdacht einer Straftat dann keinen Ausweisungsgrund nach der Generalklausel des § 55 Abs. 1 AufenthG dar, wonach ein Ausländer dann ausgewiesen werden kann, wenn sein Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland beeinträchtigt.

Unter Geltung des AuslG 1965 wurde zwar von der h.M., insbesondere der der Rspr., die Ansicht vertreten, der begründete Verdacht einer Straftat stelle einen Ausweisungsgrund nach der vergleichbaren Generalklausel des § 10 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1965 dar. Begründet wurde dies damit, dass Ausweisungen Maßnahmen polizeilichen Charakters seien, die zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erfolgen. Nichtbestrafte Straftäter könnten u.U. ein höheres Gefahrpotential darstellen als bestrafte Täter. Insbesondere könne auch aus der Tatsache, dass für strafrechtlich verurteilte Ausländer ein besonderer Ausweisungstatbestand gelte, nicht darauf geschlossen werden, dass nur die dort genannten Delikte eine Ausweisung rechtfertigen können und dabei in jedem Falle der Abschluss des Strafverfahrens abgewartet werden müsse. Vielmehr sei unter Gefahrenabwehrgesichtspunkten eine Ausweisung nach der ausländerrechtlichen Generalklausel auch gerechtfertigt bei sonstigen, im Spezialtatbestand nicht genannten Delikten sowie weiterhin bereits im Vorfeld einer Verurteilung, also bei begründetem Verdacht einer Straftat.

Mag diese Ansicht unter der Geltung des AuslG 1965 vertretbar gewesen sein, so ist sie unter der Geltung des AufenthG (sowie bereits vorher des AuslG 1990) nur noch eingeschränkt haltbar. Gemäß § 79 Abs. 2 AufenthG, welcher fast wörtlich mit dem früheren § 67 Abs. 2 AuslG 1990 übereinstimmt, ist nämlich im Falle eines Ermittlungsverfahrens wegen des Verdachts einer Straftat die Entscheidung über die beantragten Aufenthaltstitel bis zum Abschluss des Strafverfahrens, im Falle der Verurteilung bis zum Eintritt der Rechtskraft des Urteils auszusetzen, es sei denn, über den Aufenthaltstitel kann ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens entschieden werden. Wenngleich diese Vorschrift ausdrücklich nur die Erteilung und Verlängerung eines Aufenthaltstitels, nicht dagegen die Ausweisung regelt, so ist sie gleichwohl auf Ausweisungsverfügungen zumindest dann analog anwendbar, wenn der Ausländer – wie hier – zuvor die Erteilung oder Verlängerung des Aufenthaltstitels beantragt hat und dadurch die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 3 S. 1 oder 4 AufenthG eingetreten ist. In diesem Fall wäre die Ausweisung eine Missachtung des fortdauernden Bleiberechts, das mit Rücksicht auf § 79 Abs. 2 AufenthG nicht vor Abschluss des Strafverfahrens beendet werden darf.

Trotz einer etwas missverständlichen Formulierung in der amtlichen Begründung zu § 67 Abs. 2 AuslG, welcher von § 79 Abs. 2 AufenthG abgelöst wurde, ist die Vorschrift in dem Sinne zu verstehen, dass die Aussetzungspflicht nicht nur für den Fall der Entlastung, sondern auch für den Fall der Belastung des Ausländers besteht. Die Ausländerbehörde ist also nicht nur – wie man der amtlichen Begründung entnehmen könnte – daran gehindert, den Aufenthaltstitel voreilig zu erteilen, weil aus der bloßen Nichtverurteilung noch nicht auf Straffreiheit geschlossen werden darf. Sie ist vielmehr ebenso daran gehindert, während eines laufenden Strafverfahrens den Aufenthaltstitel vorzeitig zu versagen und damit den Ausländer quasi vorzuverurteilen. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut des § 79 Abs. 2 AufenthG, der auch durch die amtliche Begründung nicht aus den Angeln gehoben werden kann. Wenn im 4. Halbs. von „Entscheidung“ gesprochen wird, so ist damit nach allgemeinem Sprachgebrauch sowohl die positive wie auch die negative Entscheidung gemeint. Vor allem im 5. Halbs. wird eindeutig klargestellt, dass auch die für den Ausländer nachteilige Entscheidung nicht während des schwebenden Strafverfahrens erfolgen darf. Wenn es dort heißt, dass im Falle der Verurteilung das Verwaltungsverfahren sogar bis zur Rechtskraft des Urteils auszusetzen ist, so wird damit die Ausländerbehörde eindeutig gezwungen, nicht nur



für den Fall der Entlastung, sondern auch für den Fall der Belastung des Ausländers den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten.

Nach alledem stellt der im November 2005 aufgetretene Verdacht des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln keinen Ausweisungsgrund i.S.v. § 55 Abs. 1 AufenthG dar. Da der Antragsteller somit (noch) nicht erneut in aufenthaltsrechtlich relevanter Weise in Erscheinung getreten ist, durften wegen des fortbestehenden Vertrauensschutzes auch seine Vorstrafen nicht berücksichtigt werden.

Die Vollziehung der mithin offensichtlich rechtswidrigen Ausweisungsverfügung war daher auszusetzen.

Gleiches gilt auch für die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis. Auch diese ist offensichtlich rechtswidrig, da der bloße Tatverdacht keinen Versagungsgrund nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG darstellt. Die Antragsgegnerin wäre auch hier gehalten gewesen, das Verfahren gemäß § 79 Abs. 2 AufenthG bis zum Abschluss des Strafverfahrens auszusetzen. Wegen des nach wie vor bestehenden Vertrauensschutzes durften auch hier die Vorstrafen nicht berücksichtigt werden. Wegen der erkannten Rechtswidrigkeit der Ausweisung kann sich die Antragsgegnerin trotz Fortbestands einer wirksamen Ausweisung (§ 84 Abs. 2 AufenthG) auch nicht auf die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG berufen. Dies würde, wie bereits oben dargelegt, zumindest dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG) zuwiderlaufen.

Eine Aussetzung des vorliegenden gerichtlichen Verfahrens gemäß § 94 VwGO bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens – wie von der Antragsgegnerin hilfsweise beantragt – durfte und brauchte nicht zu erfolgen. Eine Aussetzung aufgrund dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, weil der Ausgang des Strafverfahrens nicht vorgreiflich für die Entscheidung über die Ausweisung und Nichtverlängerung ist. Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand ist nämlich die Sache bereits entscheidungsreif, weil die Rechtswidrigkeit der Maßnahmen bereits jetzt feststeht; sie beruht darauf, dass die Ausländerbehörde nicht ihrerseits das Verfahren gemäß § 79 Abs. 2 AufenthG ausgesetzt hat. Eine gerichtliche Aussetzung zwecks Nachholens dieser behördlichen Verfahrenshandlung, nämlich der Aussetzung aufgrund von § 79 Abs. 2 AufenthG, ist nach der ersatzlosen Streichung des § 94 S. 2 VwGO sowie des § 87 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 VwGO nicht mehr möglich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Bei der Streitwertfestsetzung ist das Gericht von 1/2 des Hauptsachewertes ausgegangen. Im Hauptsacheverfahren wird bei einem Streit um Ausweisung und Aufenthaltserlaubnis i.d.R. der Auffangwert des § 52 Abs. 2 GKG i.H.v. jeweils 5.000 € zugrunde gelegt (s. Nr. 8.1 und 8.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit). Beide Streitwerte sind gemäß §§ 39 Abs. 1 GKG, 173 VwGO i.V.m. § 5 ZPO (s. auch Nr. 1.1.1 des Katalogs) zu addieren, da beide Anträge jeweils selbstständige Bedeutung haben, sodass sich für das Hauptsacheverfahren ein Streitwert von 10.000 € ergäbe. Die selbstständige Bedeutung der Ausweisung neben der Ablehnung des (gegenwärtig anhängigen) Erlaubnisanspruchs ergibt sich insbesondere aus der Sperrwirkung für künftige Anträge (§ 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG).

Für das vorläufige Rechtsschutzverfahren wird wegen der grundsätzlichen Vorläufigkeit der begehrten Maßnahme i.d.R. nur ein Bruchteil des Hauptsachewertes zugrunde gelegt, wobei in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 2–4 VwGO als Richtschnur „1/2“ gilt (s. Nr. 1.5 des Katalogs). Da der Gesichtspunkt der Vorläufigkeit auch für den Fall des § 52 Abs. 2 GKG zutrifft, besteht kein Anlass, diese Ermäßigung nicht auch beim Auffangwert vorzunehmen. Somit war es angemessen, 1/2 von 10.000 €, also 5.000 €, festzusetzen.

Rechtsmittelbelehrung: 1. Hinsichtlich der Sachentscheidung: Beschwerde gemäß § 146 Abs. 1 VwGO unter Hinweis auf den Begründungszwang des § 146 Abs. 4 VwGO.



2. Beschwerde gemäß § 68 GKG hinsichtlich der Streitwertfestsetzung.

gez.
Nagel

gez.
Huber

gez.
Schnell

Sehr geehrte Kursteilnehmerin; sehr geehrter Kursteilnehmer,

es handelte sich um eine anspruchsvolle Klausur mit durchaus gehobenem Schwierigkeitsgrad. Das erste umfangreichere Problem, nämlich das der statthaften Antragsart hinsichtlich der Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis, ist allerdings seit langem ausdiskutiert und dürfte Ihnen sowohl aus dem Verwaltungsprozessrecht als auch aus dem Ausländerrecht her geläufig sein. Die Novellierung des Ausländerrechts durch das Zuwanderungsgesetz hatte auf diese Problematik – außer der Auswechslung der §§ – keinerlei Einfluss. In diesem Zusammenhang kam es darauf an, anhand der Gesetzeslage darzulegen, warum trotz des Umstandes, dass der Antragsteller letztlich eine Begünstigung erstrebt, das Aussetzungsverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO und nicht das Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO statthaft ist. Schwieriger zu erkennen und darzulegen war in diesem Zusammenhang allerdings die besondere Problematik des kumulativen Rechtsschutzes, also des Zusammenhangs zwischen Ausweisung und dem fiktiven Bleiberecht (§ 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG). Hier mussten Sie sich mit dem Sinn und Zweck des § 84 Abs. 2 AufenthG auseinandersetzen, wobei letztlich zweitrangig war, ob Sie den Schutz vor zwangsweiser Abschiebung mit der aufschiebenden Wirkung oder mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG begründeten. Im Rahmen der Begründetheit war zunächst ganz entscheidend, im Hinblick auf die Sperrwirkung des – in der angefochtenen Verfügung erwähnten – § 11 Abs. 1 S. 2 AufenthG die richtige Prüfungsreihenfolge herauszufinden und mit der Überprüfung der Ausweisungsverfügung zu beginnen. An die umgekehrte Reihenfolge des Antrags waren Sie nicht gebunden (§ 88, 2. Halbs. VwGO). In diesem Zusammenhang wäre es für den Rechtsschutzsuchenden zur Verminderung des Kostenrisikos sogar erwägenswert gewesen, die Aussetzung der Ausweisungsverfügung als Hauptantrag und die Aussetzung hinsichtlich der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis als sog. „uneigentlichen Hilfsantrag“ (Stufenantrag entsprechend der Stufenklage) zu stellen. Von Letzterem spricht man, wenn der Hilfsantrag nur für den Fall des Erfolgs des Hauptantrags zur Entscheidung gestellt ist (im Gegensatz zum echten Hilfsantrag, der für den Fall des Misserfolgs des Hauptantrags gestellt wird; s. Kopp/Schenke § 44 Rdnr. 1). Dann hätte die Aussetzung der Ausweisungsverfügung insgesamt vorab, d.h. sowohl hinsichtlich der Zulässigkeit als auch hinsichtlich der Begründetheit, geprüft werden müssen, bevor auf die Aussetzung hinsichtlich der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis eingegangen wird. Eine solche Eventualstellung hätte aber im Antrag hinreichend klar zum Ausdruck kommen müssen und kann vom Gericht nicht hineininterpretiert werden. Es ist nämlich ausschließlich Sache des Klägers bzw. Antragstellers, welche Anträge und zu welchen Bedingungen er diese zur Entscheidung stellt. Danach ist eine derartige Behandlung als Haupt- und Hilfsantrag im vorliegenden Fall schon deshalb nicht möglich, weil der anwaltlich vertretene Antragsteller die Aussetzung der Ablehnungsentscheidung an erster Stelle und erst danach die Aussetzung der Ausweisungsverfügung beantragt hat. Ein richterlicher Hinweis gemäß § 86 Abs. 3 VwGO mit dem Ziel, die Anträge im Sinne o.g. uneigentlicher Anspruchshäufung umzustellen, erübrigte sich hier letztlich, da beide Anträge Erfolg hatten. Wegen der engen Verzahnungen der beiden Anträge, insbesondere wegen des Einflusses der fiktiven Aufenthaltserlaubnis auf die Rechtmäßigkeit der Ausweisung, war es hier insgesamt zweckmäßiger, zunächst die Zulässigkeit beider Anträge zu prüfen und erst dann auf die Begründetheit hinsichtlich der Ausweisungsverfügung einzugehen.

In diesem Rahmen mussten Sie die in Betracht kommenden Ausweisungsgründe herausfinden und ihr Verhältnis zueinander ordnen. Kernpunkt dabei war das Problem, ob der Verdacht einer Straftat als subsidiärer Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 1 AufenthG angese-



hen werden kann. Hier mussten Sie sorgfältig den Anwendungsbereich des § 79 Abs. 2 AufenthG herausarbeiten, insbesondere durch eine Gegenüberstellung der Amtlichen Begründung einerseits sowie des Gesetzeswortlautes andererseits. Bevor Sie zu dem Problem kamen, mussten Sie die doppelte Bedeutung dieser Frage erkannt haben: Einmal den Verdacht der Straftat als selbstständigen Ausweisungsgrund, zum anderen die damit verbundene Zerstörung des Vertrauensschutzes.

Im Rahmen des § 94 VwGO war es vertretbar, allein wegen der Eilbedürftigkeit eine gerichtliche Aussetzung abzulehnen. Für die Antragsgegnerin dürfte es jedoch überzeugender sein, auf die mangelnde Vorgeiflichkeit abzustellen, zumal sie dann definitiv weiß, dass im Falle der (strafgerichtlichen) Verurteilung des Antragstellers das behördliche ausländerrechtliche Verfahren neu aufgerollt werden muss.

Martin Mönnig
