

Sachgebiet	2/20 Aufschiebende Wirkung 2/21 Einstweilige Anordnung 5/1/2 Aufenthaltserlaubnis
Normen	VwGO § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO § 123 Abs. 5 AufenthG § 7 Abs. 2 AufenthG § 81 Abs. 4
Schlagworte	Fortgeltungsfiktion Nachträgliche Befristung Besonderes Vollziehungsinteresse

Leitsatz

1. Die Entscheidung, eine Aufenthaltserlaubnis nachträglich zu befristen, kann nur dann von der Ausländerbehörde für sofort vollziehbar erklärt werden und im gerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes aufrechterhalten bleiben, wenn ein besonderes, über das reine Erlassinteresse hinausgehendes Bedürfnis besteht, den Aufenthalt bereits vor Eintritt der Unanfechtbarkeit zu beenden. Das Bedürfnis allein, durch den Aufenthalt keine weitere Verfestigung zuzulassen, genügt nicht, da es sich dabei typischerweise gerade um das Erlassinteresse handelt, bei dessen Fehlen eine Befristung ohnehin unzulässig wäre.
2. Wird die nachträgliche Befristung im Hauptsacheverfahren bestätigt, so kann der oder die Betroffene aus dem weiteren faktischen Aufenthalt im Bundesgebiet seit ihrem Erlass keinerlei schutzwürdiges Vertrauen auf einen Verbleib im Bundesgebiet ableiten.
3. Wird noch während der Geltung eines Aufenthaltstitels der Antrag auf Verlängerung oder Neuerteilung abgelehnt bzw. erfolgt die Ablehnung zusammen mit einer nachträglichen Befristung des noch gültigen Aufenthaltstitels, so tritt zwar keine Fortgeltungsfiktion ein, der vorläufige Rechtsschutz ist aber gleichwohl im System der aufschiebenden Wirkung statthaft.

VGH Baden-Württemberg

Beschluss vom 16.06.2011 - 11 S 1305/11 -

Vorinstanz VG Karlsruhe

(Az. - 4 K 756/11 -)

Rechtskraft ja

☒ Vorblatt mit Leitsatz

☐ VENSA-Blatt ohne Leitsatz



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:

gegen

Stadt Heidelberg - Rechtsamt -,
vertreten durch der Oberbürgermeister,
Marktplatz 10, 69117 Heidelberg

- Antragsgegnerin -
- Beschwerdegegnerin -

wegen Befristung einer Aufenthaltserlaubnis
hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den
Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Funke-Kaiser, den Richter
am Verwaltungsgerichtshof Prof. Dr. Bergmann und die Richterin am Verwal-
tungsgerichtshof Dr. Bauer

am 16. Juni 2011

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 14. April 2011 - 4 K 756/11 - geändert, soweit seine Anträge auf Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die nachträgliche Befristung der Aufenthaltserlaubnis sowie die Abschiebungsandrohung abgelehnt wurden.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 22. Februar 2011 wird hinsichtlich der nachträglichen Befristung der Aufenthaltserlaubnis wiederhergestellt und hinsichtlich der Abschiebungsandrohung angeordnet.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt ein Drittel und die Antragsgegnerin zwei Drittel der Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge.

Der Streitwert wird unter Abänderung der Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts für beide Rechtszüge auf 7.500,-- EUR festgesetzt.

Dem Antragsteller wird ohne Ratenzahlung Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren bewilligt und Rechtsanwalt xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx beigeordnet, soweit die Beschwerde die nachträgliche Befristung der Aufenthaltserlaubnis und die Abschiebungsandrohung betrifft. Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

Gründe

Die zulässige Beschwerde hat nur teilweise Erfolg.

1. Die in der Beschwerdebegründung dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Beschwerdegericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen es, abweichend vom Beschluss des Verwaltungsgerichts die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 22. Februar 2011 in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang wiederherzustellen bzw. anzuordnen.

a) Der Senat lässt offen, ob die Begründung des besonderen Vollzugsinteresses (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO) im Bescheid vom 22. Februar noch den formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO genügt. Erforderlich ist hiernach eine auf den Einzelfall bezogene und nicht lediglich formelhafte Begründung, die sich insbesondere nicht in der Wiedergabe des Gesetzestextes oder pauschalen Angaben erschöpfen und sich in aller Regel nicht darauf

beschränken darf, Gründe zu benennen, die allein den Erlass des Verwaltungsakts zu tragen (vgl. zu Ausnahmen Bader u.a., VwGO, 5. Aufl., § 80 Rdn. 44). Ob die Begründung materiell zutrifft, ist dagegen unerheblich.

Jedenfalls vermag der Senat ein besonderes, über den Erlass des Verwaltungsakts hinausgehendes besonderes Vollzugsinteresse nicht zu erkennen. Voraussetzung für die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes im Einzelfall und deren Aufrechterhaltung im gerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses, das über jenes Interesse hinausgeht, das den Verwaltungsakt selbst rechtfertigt. Der Rechtsschutzanspruch des Bürgers ist dabei umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme der Verwaltung Unabänderliches bewirkt (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 18.07.1973 - 1 BvR 23/73 - BVerfGE 35, 382, 401 f.; vom 21.03.1985 - 2 BvR 1642/83 - BVerfGE 69, 220, 227 f.; BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 25.01.1996 - 2 BvR 2718/95 - AuAS 1996, 62; vom 10.05.2007 - 2 BvR 304/07 - InfAuslR 2007, 275). Das besondere Vollzugsinteresse einer nachträglichen Verkürzung der Aufenthaltserlaubnis gem. § 7 Abs. 2 Satz 2 AufenthG kann daher nicht tragend damit begründet werden, dass ein besonderes öffentliches Interesse daran bestehe, Ausländer, die offensichtlich die Voraussetzungen eines Aufenthaltstitels nicht mehr erfüllen, alsbald zur Ausreise zu verpflichten. Denn dieses zweifellos bestehende öffentliche Interesse ist allein der maßgebliche Grund für die Entscheidung, die vorhandenen Aufenthaltserlaubnis zu befristen, ohne das die Entscheidung schon gar nicht ergehen dürfte. Vielmehr ist im Einzelfall und nach gegenwärtiger Sachlage einen dringender unverzüglicher Handlungsbedarf notwendig. Das Bestehen eines solchen besonderen Handlungsbedarfs bereits vor Eintritt der Unanfechtbarkeit kann im gerichtlichen Verfahren auch nicht durch die Feststellung ersetzt werden, die angefochtene Entscheidung sei (offensichtlich) rechtmäßig ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschlüsse vom 12.09.1995 - 2 BvR 1179/95 - NVwZ 1996, 58; vom 25.01.1996 - 2 BvR 2718/95 - AuAS 1996, 62; Senatsbeschlüsse vom 11.02.2005 - 11 S

1170/04 - VBIBW 2005, 360 und vom 29.11.2007 - 11 S 1702/07 - VBIBW 2008, 193).

In Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ist ein solches besonderes öffentliches Interesse am Sofortvollzug der nachträglichen Befristung der Aufenthaltserlaubnis nicht gegeben. Weder in der Person des Antragstellers noch in seinem Verhalten liegende Gründe erfordern gegenwärtig ein unverzügliches Handeln. Vielmehr lebt er ein geordnetes Leben in der Bundesrepublik. Er ging bis zuletzt einer regelmäßigen Beschäftigung nach und erzielte ein Einkommen in Höhe von 965, 63 Euro netto pro Monat. Zwar wurde ihm wohl aufgrund der behördlichen Verfügung das Arbeitsverhältnis gekündigt, allerdings hat er mittlerweile Kündigungsschutzklage erhoben; jedenfalls bezieht er, soweit ersichtlich, gegenwärtig keine Sozialleistungen. Seit seiner erneuten Einreise am 21. November 2008 ist er strafrechtlich auch nicht wieder in Erscheinung getreten. Die während des früheren Aufenthalts verübten Straftaten können daher für die Beurteilung des Sofortvollzugsinteresses zum nunmehr maßgeblichen heutigen Zeitpunkt nicht mehr von Bedeutung sein.

Die von der Antragsgenerin angeführte Gefahr der weiteren Verfestigung im Bundesgebiet und daraus resultierende Erschwerungen für die Rückkehr nach Algerien tragen den Sofortvollzug allein nicht. Das ergibt sich schon aus der in den §§ 58 Abs. 2 und 84 AufenthG zum Ausdruck kommenden Grundentscheidung des Gesetzgebers, die sofortige Beendigung eines unrechtmäßigen Aufenthalts im Bundesgebiet generell nur in den in diesen Vorschriften bezeichneten, hier jedoch nicht einschlägigen Fallgestaltungen zu verlangen. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass in allen anderen Fällen die bloße (mögliche) Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts ohne Hinzutreten weiterer Umstände ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung des die Unrechtmäßigkeit des Aufenthalts herbeiführenden Verwaltungsaktes im Sinne von § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO regelmäßig noch nicht begründet (vgl. zu etwaigen - hier ersichtlich nicht gegebenen - Ausnahmen, in denen das Erlass- und das besondere Vollzugsinteresse zusammenfallen können Bader u.a., VwGO, 5. Aufl., § 80 Rdn. 44). Eine während der Dauer des Rechtsbehelfsverfahrens

trotz bestehender, jedoch nicht vollziehbarer Ausreisepflicht möglicherweise eintretende weitere (lediglich) faktische Integration im Bundesgebiet beeinträchtigt oder gefährdet kein Interesse der Bundesrepublik Deutschland, das eine sofortige Beendigung seines Aufenthalts geböte. Denn diese Folge ist zwangsläufig und regelhaft bei jedem Fall einer nachträglichen Befristung eines Aufenthaltstitels gegeben, wenn die kraft Gesetzes als Regelfall angeordnete aufschiebende Wirkung nach § 80 Abs. 1 VwGO eintritt. Der Antragsteller muss im Übrigen selbst entscheiden, ob er die Nachteile in Kauf nehmen will, die sich aus einer Beendigung seines möglicherweise unrechtmäßigen Aufenthalts erst nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens für ihn aufgrund einer bis dahin zusätzlich eingetretenen faktischen Integration im Bundesgebiet ergeben könnten (vgl. Beschluss vom 13.03.1997 - 13 S 1132/96 -; VBIBW 1997, 390). Jedenfalls vermag der Antragsteller bereits infolge der nachträglichen Befristung kein weiter gehendes schutzwürdiges Vertrauen zu begründen.

b) Ungeachtet dessen ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung auch deshalb geboten, weil die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren zumindest offen sind und es dem Antragsteller schon daher nicht zuzumuten ist, seinen Aufenthalt vor der endgültigen Klärung der Rechtmäßigkeit aufzugeben. Es spricht immerhin einiges dafür, dass dem Eingriff in ein bestehendes Aufenthaltsrecht das Diskriminierungsverbot des Art. 67 Europa-Mittelmeer-Abkommens mit Algerien vom 22.04.2002 (ABl 2005 Nr. L 265, 2) entgegen steht, auch wenn seit dem 01.01.2005 infolge des Inkrafttretens des Zuwanderungsgesetzes das Arbeitserlaubnisrecht verfahrens- und materiellrechtlich in das Aufenthaltsgesetz integriert wurde mit der Folge, dass es nach innerstaatlichem Recht keine die Aufenthaltserlaubnis überschießende Arbeitserlaubnis mehr gibt. Gleichwohl stellt eine Aufenthaltserlaubnis, die unmittelbar zur Erwerbstätigkeit berechtigt, aller Voraussicht nach eine relevante Rechtsposition dar, auf die die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu vergleichbaren Bestimmungen anzuwenden sein dürfte (vgl. Urteil vom 14.12.2006 - Rs C-97/05, Gattoussi - Slg. 2006, I-1191) mit der Folge, dass ein Eingriff in diese nur zulässig wäre, wenn er durch den Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit im Sinne der Auslegung

durch den Europäischen Gerichtshofs gerechtfertigt ist, Voraussetzungen, die hier ersichtlich nicht gegeben sind. Aus der Sicht des Senats lassen sich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Arbeitsmarktzugang auf einer spezifischen Arbeitserlaubnis beruht haben muss oder nur die Fallkonstellation der „überschießenden Arbeitserlaubnis“ betreffen soll. Ebenso fehlen Anhaltspunkte dafür, dass, wie das Verwaltungsgericht meint, der Arbeitsmarktzugang nicht die gesetzliche Folge der Erteilung eines Aufenthaltstitels zu einem anderen Zweck als dem der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gewesen sein darf. Derartige nationale Feinheiten der Ausgestaltung des Verfahrensrechts dürften aus unionsrechtlicher Sicht für den Europäischen Gerichtshof nach Sinn und Zweck des Art. 67 nicht entscheidend sein, sofern der Arbeitsmarkt rechtlich und tatsächlich eröffnet wurde, was aber im Falle des § 28 Abs. 5 AufenthG anzunehmen ist. Vielmehr dürften der Argumentationsgang und die innere Logik der Entscheidung gerade auch den hier vorliegenden Fall betreffen. Jedenfalls ist die hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage noch nicht höchstrichterlich geklärt. Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 08.12.2009 (1 C 14.08 - BVerwGE 135, 325) wurde diese Frage nicht geklärt, da es dort um den Problemkreis der Verlängerung bzw. Neuerteilung einer abgelaufenen Aufenthaltserlaubnis ging. Hier geht es jedoch um die Frage, ob und ggf. welche Schutzwirkung das Diskriminierungsverbot hinsichtlich der nachträglichen Verkürzung eines bereits erlaubten Aufenthalts entfaltet. Nichts anderes gilt für ein weiteres am gleichen Tag ergangene Urteil (1 C 16.08 - BVerwGE 135, 334; vgl. dort immerhin auch Rdn. 16). Auch in der ausländerrechtlichen Fachliteratur wird die Frage kontrovers diskutiert. Für einen Schutz vor aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, die in ein bestehendes Recht eingreifen, durch die genannten Diskriminierungsverbote auch seit Geltung des Zuwanderungsgesetzes spricht sich Dienelt aus (in: Renner/Dienelt, Ausländerrecht, 9. Auflage, 2011, § 7 AufenthG Rn. 39). Dagegen vertreten Epe (in: GK-AufenthG, IX – 2 § 1 Rn. 50) und Hailbronner (Ausländerrecht, D 5.5 Rn. 9) die Auffassung, der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Gattoussi* komme ausnahmslos keine aufenthaltsrechtliche Bedeutung mehr zu, da es keine überschießende Arbeitserlaubnis nach innerstaatlichem Recht gebe, ohne allerdings eine vertiefte Differenzierung zwi-

schen der Fallkonstellation der Erteilung oder Verlängerung eine Aufenthaltstitels einerseits und der nachträglichen Befristung eines bereits wirksam erteilten Titels andererseits vorzunehmen.

c). Ist demnach die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs hinsichtlich der nachträglichen Verkürzung der Aufenthaltserlaubnis wiederherzustellen, ist diese auch bezüglich der Abschiebungsandrohung anzuordnen.

2. Soweit der Antragsteller weitergehend begehrt, die Behörde zu verpflichten, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Wirksamkeit der nachträglichen Verkürzung der Dauer der Aufenthaltserlaubnis von der Abschiebung abzusehen, ist die Beschwerde unbegründet, da das Rechtsschutzbegehren des Antragstellers insoweit unzulässig ist. Bereits mit dem erfolgreichen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Bezug auf die nachträgliche Befristung erreicht der Antragsteller, dass hat die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht entfällt und eine Abschiebung dann mangels Vorliegen der Voraussetzungen des § 58 Abs. 2 S. 2 AufenthG unzulässig ist. Deshalb steht dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung § 123 Abs. 5 VwGO entgegen.

3. Das weitergehende Begehren des Antragsteller, den Beschluss des Verwaltungsgerichts abzuändern und die Antragsgegnerin zu verpflichten, von der Abschiebung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Neuerteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 31 AufenthG bzw. § 18 AufenthG abzusehen, ist (im Ergebnis) zulässig (a) aber unbegründet (b), da das Verwaltungsgericht den Antrag im Eilrechtsschutzverfahren insoweit zu Recht abgelehnt hat. Die vom Antragsteller angeführten Gründe, auf deren Prüfung sich das Beschwerdeverfahren zu beschränken hat (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigen es nicht, den angefochtenen Beschluss zu ändern. Ein Anspruch auf Verlängerung der erteilten Aufenthaltserlaubnis oder Neuerteilung eines anderen Aufenthaltstitels besteht offensichtlich nicht.

Bei richtigem Verständnis dieses weitergehenden Antrags ist dieser Antrag unbedingt gestellt. Zwar hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass

im Falle einer nachträglichen Befristung einer Aufenthaltserlaubnis die Frage des Anspruchs auf Neuerteilung eines andersartigen Titels nicht in den Ermessensgründen zu prüfen ist. Als Konsequenz daraus ist ein diesbezügliches Vorbringen des Rechtsschutzsuchenden regelmäßig als Hilfsantrag auf Neuerteilung für den Fall, dass sich die nachträgliche Verkürzung als rechtmäßig erweisen sollte, anzusehen (BVerwG, Urteil vom 09.06.2009 - 1 C 11.08 - BVerwGE 134, 124 ff.). In einem solchen Fall könnte es auch im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO an sich nicht notwendig sein, über den Hilfsantrag zu entscheiden, wenn die aufschiebende Wirkung gegen die nachträgliche Verkürzung der Aufenthaltserlaubnis wiederhergestellt wird.

Der Antragsteller hat indes nach Kenntnis des Umstandes, dass das Verwaltungsgericht unter Berücksichtigung der oben genannten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts von der Auslegung als Hilfsantrag ausgegangen ist, den Antrag neu formuliert und ausdrücklich eine Entscheidung neben der Frage der nachträglichen Verkürzung begehrt. Das unterstrichene Wort „und“ wurde anstatt „ergänzend“ eingefügt. Einer solchen Auslegung steht auch die ursprüngliche Fassung des Antrags nicht entgegen. Die Wortwahl „ergänzend“ zwang nicht zum Verständnis des Begehrens als Hilfsantrag. Der Antragsteller hat nunmehr lediglich klargestellt, dass er eine kumulative Entscheidung von Anfang an begehrt hat. Es handelt sich nicht um eine nachträgliche Antragsänderung in der Beschwerdeinstanz, die im Verfahren nach § 146 Abs. 4 VwGO grundsätzlich nicht zulässig ist (Bader u.a., VwGO, 5. Aufl., 2011, § 146 Rdn. 17).

a) Der Antrag ist jedoch nur als solcher entsprechend § 80 Abs. 5, Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO i.V.m. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG statthaft. Der Antrag war dementsprechend umzudeuten.

Allerdings konnte die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG bei formaler Betrachtungsweise infolge der (konkludenten) Antragstellung vom 20.09.2010, die vor Erlass der Verfügung vom 22.02.2011 erfolgt war, in der auch die Anträge auf Neuerteilung der Sache nach in den Gründen abgelehnt wurden, gar nicht zur Entstehung gelangen, weil erst mit der Ablehnung der

Ersterteilung eines anderen Aufenthaltstitels die Wirksamkeit des ohnehin bestehenden Titels entfallen war. Die Fortgeltungsfiktion tritt aber nach dem eindeutigen Wortlaut des § 81 Abs. 4 AufenthG erst mit Ablauf der Geltungsdauer ein. Insofern ist die Situation keine andere als in der Fallkonstellation, in der die Ausländerbehörde über die Erteilung oder Verlängerung bereits vor Ablauf der Geltungsdauer des bereits besessenen Aufenthaltstitels entschieden hat (vgl. GK-AufenthG § 81 Rdn. 47, 61), denn auch hier kommt die verfahrenssichernde Fortgeltungsfiktion nicht zum Tragen, weil es dieser Sicherung überhaupt erst vom Zeitpunkt der Beendigung der Geltungsdauer bedarf, mit der ablehnenden Behördenentscheidung dieses sichernde Verfahrensrecht aber ohnehin erlöschen würde und durch eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht mehr wieder aufleben könnte (vgl. GK-AufenthG § 81 Rdn. 62 m.w.N.). Gleichwohl wäre es nicht gerechtfertigt, wegen dieser Besonderheit, den statthaften Antrag des vorläufigen Rechtsschutzes hier nicht den Regeln des § 80 Abs. 5 VwGO zu unterwerfen und den Antragsteller insoweit nur infolge der besonderen Entscheidungsmodalitäten der Ausländerbehörde schlechter zu stellen, weshalb auch hier der förmlich gesellte Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Hinblick auf § 123 Abs. 5 VwGO nicht statthaft ist.

Da sich aus dem Vorbringen des Antragstellers nicht ablesen lässt, dass er unter allen Umständen vorläufigen Rechtsschutz ausschließlich im Wege der einstweiligen Anordnung erhalten wollte, stand trotz anwaltlicher Vertretung einer Umdeutung in den sachdienlichen Antrag nichts entgegen (vgl. Bader u.a., a.a.O., § 80 Rdn. 71).

Dem Antrag fehlt auch nicht das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis. Zwar ist er gegenwärtig im Hinblick auf die Entscheidung des Senats unter Ziffer 1 nicht vollziehbar ausreisepflichtig. Allerdings wird er dies nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge vor dem Abschluss des Hauptsacheverfahrens am 13.01.2012 sein. Zur Vermeidung eines dann ohnehin erforderlichen weiteren Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes ist es sachgerecht, bereits jetzt eine Sachentscheidung herbeizuführen.

b) Der Antrag ist jedoch unbegründet. Wie das Verwaltungsgericht im Ergebnis zutreffende ausgeführt hat, erweist sich nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand die Ablehnung der Anträge auf Neuerteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis als eindeutig rechtmäßig.

Ein Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung ergibt sich weder aus den §§ 28 und 31 Abs. 1, 2 AufenthG (aa) noch dem Europa-Mittelmeer-Abkommen mit Algerien (bb) und auch nicht aus § 18 AufenthG (cc). Angesichts der fehlenden Erfolgsaussichten in der Sache sieht der Senat keine Veranlassung, zugunsten des Antragstellers von der gesetzlichen Rechtsfolge des § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG abzuweichen.

aa) Eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 31 Abs. 1 oder 2 AufenthG scheidet aus, weil der Antragsteller mit seiner Ehefrau bis zur Trennung nicht zwei Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet in ehelicher Lebensgemeinschaft zusammengelebt hat und auch die Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 AufenthG zweifelsfrei nicht vorliegen.

§ 3 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 FreizügG/EU findet weder unmittelbar Anwendung, noch ist § 31 AufenthG im Lichte dieser Bestimmung auszulegen. Der Antragsteller beruft sich ohne Erfolg darauf, dass die Regelung des § 3 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 FreizügG/EU, wonach eine einjährige Bestandszeit in der Bundesrepublik der Ehe für den Erwerb eines eigenen Aufenthaltsrechts genügt, sofern die Ehe insgesamt drei Jahre bestanden hat, bei der Auslegung des § 31 AufenthG nicht ausreichend berücksichtigt worden sei. Der sachliche Anwendungsbereich gem. § 1 FreizügG/EU ist schon nicht eröffnet. Das FreizügG/EU findet grundsätzlich nur auf Unionsbürger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht haben, und deren drittstaatszugehörige Familienangehörige Anwendung. Eine entsprechende Anwendung des FreizügG/EU ist weder aufgrund von Art. 3 Abs. 1 GG noch aus Gründen des Unionsrechts geboten. Seine Umsetzung beruht auf der Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38/EG vom 29.04.2004). Daher ist die unterschiedliche Behandlung von drittstaatszugehörigen Ehegatten deutscher Staatsangehöriger, die von ihrem Freizügigkeitsrecht keinen Gebrauch gemacht haben, und solchen, die

mit Unionsbürgern verheiratet sind, die unter das FreizügG/EU fallen, gerechtfertigt. Der sachliche Grund für die unterschiedliche Behandlung liegt in dem legitimen Zweck, die Zuwanderung nach Deutschland zu steuern. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber den Familiennachzug zu deutschen Staatsangehörigen ebenso aber auch zu allen nicht freizügigkeits- oder assoziationsberechtigten Ausländern, mithin in der Mehrheit aller Fälle, aus Gründen der Einwanderungsbegrenzung auf das in Abwägung mit dem Schutzgebot von Ehe und Familie zulässige Ausmaß beschränkt und davon nur bei Ausländern aus EU-Mitgliedstaaten wegen der Pflicht zur Umsetzung bindender europarechtlicher Vorgaben abweicht. Wegen der Betroffenheit unterschiedlicher Rechtskreise - des nationalen einerseits und des unionsrechtlichen Rechtskreises andererseits - liegen keine gleichen oder vergleichbaren Sachverhalte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG vor.

Auch unionsrechtlich begegnen diese aufenthaltsrechtlichen Benachteiligungen von Unionsbürgern durch ihren Mitgliedstaat (sog. Inländerdiskriminierung) keinen grundlegenden Bedenken, denn eine Inländergleichbehandlung ist unionsrechtlich nicht gefordert (vgl. zuletzt BVerwG, Urteil vom 16.11.2010 - 1 C 17.09 - InfAuslR 2011, 186; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 07.08.1995 - 13 S 329/95 - NJW 1996, 72; und dem folgend Senatsbeschluss vom 09.03.2004 - 11 S 1518/03 -; VBIBW 2004, 31).

Auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Zambrano* vom 08.03.2011 (Rs C-34/09 - InfAuslR 2011/179) rechtfertigt keine andere Sicht der Dinge. In der Rechtssache *Zambrano* ging es nämlich um eine Fallkonstellation, in der minderjährige Unionsbürger auf den rechtmäßigen Aufenthalt des drittstaatzugehörigen unterhaltleistenden Vater zur Sicherung ihres unionsbürgerrechtlichen Kernbestands, namentlich des Rechts, sich in der Europäischen Union aufzuhalten und die Freizügigkeitsrechte potentiell in Anspruch nehmen zu können, altersbedingt zwingend angewiesen waren. Ohne den weiteren Aufenthalt des drittstaatangehörigen Verwandten hätte für sie selbst die Gefahr bestanden, die Europäische Union verlassen zu müssen. Dieser Ausnahmekonstellation entnahm der Europäische Gerichtshof ein eigenes aus der Unionsbürgerschaft abgeleitetes Aufenthaltsrecht

des Drittstaatsangehörigen, obwohl die Unionsbürger bisher von ihren Freizügigkeitsrechten noch gar keinen Gebrauch gemacht hatten. Keinesfalls hat er damit die Trennung in innerstaatliche Sachverhalte und solche mit grenzüberschreitendem Bezug aufgegeben. Im Gegenteil: Im Urteil vom 05.05.2011 (Rs C-434/09, McCarthy - juris) wurde diese Auffassung wiederum ausdrücklich bestätigt.

Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass die deutsche Ehefrau des Antragstellers durch eine Beendigung des Aufenthalts des Antragstellers gezwungen wäre, die Europäische Union ebenfalls zu verlassen. Für den Fall einer Aussöhnung und Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft könnte einer neuer Aufenthaltstitel beantragt und erteilt werden. In diesem Fall werden die Interessen der Eheleute, sofern es zu einer Abschiebung gekommen sein sollte, durch die Befristung der Wirkungen der Abschiebung gem. § 11 Abs. 1 S. 3 AufenthG ausreichend berücksichtigt. Bei einer Scheidung wären etwaige unterhaltsrechtliche Fragen auch ohne dauerhafte räumliche Nähe des Antragstellers und seiner Ehefrau im Unionsgebiet zu lösen. Insbesondere lässt sich dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs nicht entnehmen, dass innerstaatliche Vorschriften, wie der vom Antragsteller benannte § 1566 BGB, in irgendeiner Weise den Umfang und Inhalt des Kernbestandes der Unionsbürgerschaft bestimmen könnten. Gemeint ist vielmehr nur das durch die Verträge gewährleistete grundsätzliche Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt in der Europäischen Union, welches durch die Abschiebung eines Drittstaatsangehörigen nicht faktisch ausgehöhlt werden darf.

Soweit der Antragsteller ausführt, die zweijährige Bestandszeit der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet sei deswegen erfüllt, weil das Zusammenleben in Algerien hinzuzurechnen sei, da eine beabsichtigte Einreise in die Bundesrepublik nicht möglich gewesen sei, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Der Wortlaut des § 31 Abs. 1 des AufenthG ist eindeutig. Verlangt wird der rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet. Sollten im Einzelfall auch bei einem kürzeren Aufenthalt schutzwürdige Interessen des Ehegatten vorliegen, die im Zusammenhang mit dem Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG zuzuordnenden Erwartungen und Dispositionen stehen, enthält § 31 Abs. 2

AufenthG eine Härtefallregelung. Dieses abgestufte System wahrt, auch im Hinblick auf die Bedeutung von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und steht der generellen Berücksichtigung der außerhalb des Bundesgebietes gelebten Ehezeiten entgegen. Dass aber keine besonderen Härtegründe vorliegen, hat das Verwaltungsgericht zutreffen ausgeführt (vgl. S. 11 BA). Auch dem Beschwerdevorbringen lassen sich derartige relevanten besondere Härtegründe nicht entnehmen.

Auch aus Art. 67 des Europa-Mittelmeer-Abkommens mit Algerien folgt kein unmittelbarer Anspruch auf Neuerteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis. Der Europäische Gerichtshof hat, trotz des Hauptzwecks der Regelung, die Schlechterstellung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen in einem Beschäftigungsverhältnis zu verhindern, zwar ausgesprochen, dass den Diskriminierungsverboten in den Europa-Mittelmeer-Abkommen mit Tunesien und Marokko, die inhaltlich identisch mit dem hier in Rede stehenden Abkommen mit Algerien sind, ausnahmsweise aufenthaltsrechtliche Wirkung zukommt. Dieses Verbot untersagt einem Mitgliedstaat allerdings grundsätzlich nicht, Maßnahmen in Bezug auf das Aufenthaltsrecht eines unter das Diskriminierungsverbot fallenden Staatsangehörigen zu ergreifen, der zunächst die Erlaubnis zum Aufenthalt in diesem Mitgliedstaat und zur Aufnahme einer Berufstätigkeit erhalten hat. Dass ein solches Vorgehen den Betroffenen zwingt, sein Arbeitsverhältnis im Aufnahmemitgliedstaat vor dem mit dem Arbeitgeber vertraglich vereinbarten Termin zu beenden, ändert daran grundsätzlich nichts. Dennoch bejaht der Gerichtshof in Ausnahmefällen eine aufenthaltsrechtliche Wirkung dieser Diskriminierungsverbote und begründet dies damit, es könne nicht angenommen werden, dass die Mitgliedstaaten in der Weise über das Diskriminierungsverbot verfügen dürften, indem sie dessen praktische Wirksamkeit durch Bestimmungen des nationalen Rechts beschränken und aushöhlen. Hierdurch könnten die Bestimmungen eines von der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten geschlossenen Abkommens beeinträchtigt und die einheitliche Anwendung des Verbots infrage gestellt werden. Demzufolge könne der Aufnahmemitgliedstaat dann, wenn er dem Wanderarbeitnehmer ursprünglich in Bezug auf die Ausübung einer Beschäftigung weitergehende Rechte als in Bezug auf den Aufenthalt verliehen habe, die Situation

dieses Arbeitnehmers nicht aus Gründen infrage stellen, die nicht dem Schutz eines berechtigten Interesses des Staates, wie der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit dienen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.12.2006 - Rs. C-97/05, *Gattoussi* - Slg. 2006, I-11917 Rn. 39 f. unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 02.03.1999 - Rs. C-416/96, *El-Yassini* - Slg. 1999, I-1209).

Mit Inkrafttreten des Zuwanderungsgesetz am 01.01.2005 gibt es nach innerstaatlichem Recht eine überschießende selbstständige Arbeitserlaubnis jedenfalls für Aufenthaltserlaubnisse, die nach dem genannten Datum erteilt wurden, nicht, so dass das Diskriminierungsverbot unter diesem Gesichtspunkt nicht eingreifen kann. Entweder der Aufenthaltstitel legt den Umfang der Arbeitserlaubnis nach einer behördenintern Zustimmung gem. § 39 AufenthG fest oder aber er umfasst - wie im vorliegenden Fall (vgl. § 28 Abs. 5 AufenthG) - kraft Gesetzes die Befugnis zur Ausübung einer Beschäftigung. In beiden Fällen ist die Berechtigung, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, untrennbar mit dem Aufenthaltstitel verbunden und verschafft von vornherein keine von diesem unabhängige Rechtsposition. Insoweit kommt auch ein schutzwürdiges berechtigtes Vertrauen in eine die Aufenthaltserlaubnis überschießende Arbeitserlaubnis für Aufenthaltstitel die nach dem 01.01.2005 erteilt wurden nicht in Betracht. (vgl. BVerwG Urteile vom 08.12.2009 - 1 C 14.08 - und - 1 C 16.08 -).

Ausgehend von dieser nationalen Rechtslage hat das Bundesverwaltungsgericht am 08.12.2009 entschieden, dass aus dem Diskriminierungsverbot bei Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Gattoussi* kein Anspruch auf Neuerteilung oder Verlängerung einer befristet erteilten Aufenthaltserlaubnis folgt. Denn die vom Europäischen Gerichtshofs als Voraussetzung für die Verlängerung eines Aufenthaltstitels zugrunde gelegte Prämisse, dass der Mitgliedsstaat eine vom Aufenthaltsrecht unabhängige, gefestigte arbeitsgenehmigungsrechtliche Rechtsposition verliehen hat, ist nach dem innerstaatlichem Recht nicht erfüllt. Dies steht auch mit Unionsrecht in Einklang, da es zu einem dem Gesetzgeber durch das Unionsrecht nicht verwehrt ist, die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer eine Beschäftigung aufnehmen und fortset-

zen darf, mit Wirkung für die Zukunft neu zu ordnen (vgl. BVerwG - 1 C 14.08 - a.a.O., Rn. 17). Zum anderen hat der Europäische Gerichtshof gerade nicht ausgesprochen, zur Herstellung der praktischen Wirksamkeit des Diskriminierungsverbotes sei nach nationalen Vorschriften eine überschießende Arbeitserlaubnis vorzusehen, vielmehr wird eine solche nach innerstaatlichem Recht gewährte Rechtsposition als Anknüpfungspunkt für eine Verlängerung gerade vorausgesetzt.

Zuletzt kann der Antragsteller gegenwärtig keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus § 18 AufenthG herleiten. Bei der vom Antragsteller bis zuletzt ausgeübten Tätigkeit handelt es sich um eine Tätigkeit, die keine besondere Berufsausbildung voraussetzt. Die besonderen Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 AufenthG sind nicht erfüllt. Insoweit wird auf die zutreffende Begründung durch das Verwaltungsgericht Bezug genommen, die sich der Senat zu Eigen macht (S. 13 BA).

5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung und -änderung finden ihre Grundlage in § 63 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, § 47 sowie § 53 Abs. 2 Nr. 2 und § 52 Abs. 1 und 2, § 39 Abs. 1 GKG. Der Streitwert im Hauptsacheverfahren wäre für beide Streitgegenstände jeweils mit dem Auffangwert in Ansatz zu bringen und daher auf insgesamt 10.000,- EUR festzusetzen. Da im Falle einer sofortigen Abschiebung in Bezug auf die Befristungsentscheidung die Hauptsache vorweggenommen würde, ist eine Reduzierung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht vorzunehmen. Da der Antragsteller über ein längerfristiges Aufenthaltsrecht verfügt, wäre es im Grundsatz auch in Bezug auf die Ablehnung einer Verlängerung bzw. der Neuerteilung nicht gerechtfertigt, den für das Hauptsacheverfahren maßgeblichen Auffangwert bezüglich der nachträgliche Befristung und Abschiebungsandrohung zu reduzieren (vgl. Senatsbeschluss vom 31.01.2011 - 11 S 2517/10 - NVwZ-RR 2011, 341). Da der Antragsteller aber insoweit nur eine weitere zeitliche Erstreckung der Aussetzung erreichen kann, erachtet es der Senat als angemessen, insofern nur den halben Auffangwert in Ansatz zu bringen.

4. Soweit die Beschwerde erfolgreich ist, liegen auch hinreichende Erfolgsaussichten vor (vgl. § 166 VwGO, § 114 ZPO). Mit Rücksicht auf die dargelegten und glaubhaft gemachten persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse war keine Ratenzahlungsverpflichtung anzuordnen. Die Beiordnung des Prozessbevollmächtigten beruht auf § 121 Abs. 1 ZPO. Im Übrigen hat die Rechtsverfolgung, wie sich aus den oben unter Ziffer 2 dargelegten Gründen ergibt, keine hinreichende Erfolgsaussichten.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

RaVGH Prof. Dr. Bergmann ist
im Urlaub und daher verhindert,
zu unterschreiben

Funke-Kaiser

Funke-Kaiser

Dr. Bauer