

Az.: 3 BS 278/07  
5 K 745/07



# SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

## Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn

- Antragsteller -  
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwalt

gegen

die Stadt Plauen  
vertreten durch den Oberbürgermeister  
Unterer Graben 1, 08523 Plauen

- Antragsgegnerin -  
- Beschwerdegegnerin -

wegen

Ablehnung der Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis und Ausweisung; Antrag nach § 80  
abs. 5 VwGO hier: Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Ullrich, die Richterin am Oberverwaltungsgericht Drehwald und den Richter am Sozialgericht Tischer

am 5. März 2008

### **beschlossen:**

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Chemnitz vom 18. Juni 2007 - 5 K 745/07 - wird abgeändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 6.11.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides des Regierungspräsidiums Chemnitz vom 9.5.2007 wird hinsichtlich Ziffer 1 wiederhergestellt und hinsichtlich Ziffer 2 und 4 angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert wird für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht auf 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

Die Beschwerde hat Erfolg. Aus den mit der Beschwerde dargelegten Gründen ergibt sich, dass es das Verwaltungsgericht zu Unrecht abgelehnt hat, dem Antragsteller einstweiligen Rechtsschutz gegen seine für sofort vollziehbar erklärte Ausweisung (Ziffer 1 des angefochtenen Bescheides), die Versagung der Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis und die Abschiebungsandrohung (Ziffer 2 und 4 des angefochtenen Bescheides) zu gewähren.

1. Das Verwaltungsgericht hat den gegen die Ablehnung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gerichteten Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz mit Blick auf die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG, die durch den rechtzeitig vor Ablauf der bis 14.6.2006 gültigen Aufenthaltserlaubnis gestellten Verlängerungsantrag ausgelöst wurde, zwar zutreffend als zulässig, jedoch wegen der Sperrwirkung (§ 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG) der gleichzeitig verfüzten Ausweisung als unbegründet angesehen. Dabei hat das Verwaltungsgericht im Anschluss an die Behörden angenommen, dass sich die Ausweisung bei summarischer Prüfung als rechtmäßig darstelle. Aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung des Antragstellers zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten wegen mehrerer Betäubungsmitteldelikte seien die Voraussetzungen einer zwingenden Ausweisung nach § 53 Abs. 1 Nr. 1 und

Nr. 2 AufenthG gegeben. Der besondere Ausweisungsschutz gemäß § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG, den der Antragsteller aufgrund der Beziehung zu seiner am 30.12.2004 geborenen deutschen Tochter genieße, führe dazu, dass er nicht zwingend, sondern nur in der Regel ausgewiesen werde. Außergewöhnliche Umstände, die eine Ausnahme von der vorgesehenen Regelausweisung rechtfertigen könnten, hat das Verwaltungsgericht dabei „insbesondere“ auch deshalb verneint, weil lediglich ein sich im durchschnittlichen Rahmen bewegender bisheriger Verlauf des Strafvollzugs feststellbar sei. Wenngleich sich die Beschwerde im Schwerpunkt gegen diesen vom Verwaltungsgericht ausdrücklich hervorgehobenen Umstand wendet, so macht sie doch im Sinne von § 146 Abs. 4 Satz 4 VwGO hinreichend deutlich, dass sie sich auch unter dem Aspekt der Vater-Tochter-Beziehung, die während der Strafhaft durch regelmäßige Besuche und Teilnahme an einem Vater-Kind-Projekt aufrechterhalten wurde, gegen die Verneinung eines Ausnahmefalls richtet. Aufgrund dieses Umstandes vermag der Senat dem Verwaltungsgericht nicht darin zu folgen, dass sich die Ausweisung bei summarischer Prüfung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als rechtmäßig erweist. Vielmehr erscheinen die Erfolgsaussichten der Klage gegen die Ausweisung aufgrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zumindest als offen, mit der Folge, dass bei der nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen Abwägung dem privaten Interesse des Antragstellers, vorläufig vom Vollzug der angefochtenen Verfügung verschont zu bleiben, größere Bedeutung zukommt als dem öffentlichen Interesse an seiner sofortigen Ausreise.

Ein Regelausweisungsfall ist anzunehmen, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die ihn von der Menge gleichgelagerter Fälle unterscheiden. Ausnahmefälle sind dagegen durch einen atypischen Geschehensablauf gekennzeichnet, der so bedeutsam ist, dass er jedenfalls das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel beseitigt. Bei der voller gerichtlicher Kontrolle unterliegenden Prüfung sind alle Umstände einer evt. strafgerichtlichen Verurteilung sowie die sonstigen Verhältnisse des Betroffenen zu berücksichtigen, die in § 55 Abs. 3 AufenthG nicht abschließend genannt werden (vgl. zu § 45 Abs. 2 AuslG: BVerwG, Urt. v. 19.11.1999, BVerwGE 102, 249, BVerwG, Urt. v. 26.2.2002, BVerwGE 116, 55 m. w. N.). Ein Ausnahmefall i. S. d. § 47 Abs. 1 Satz 3 AuslG (jetzt: § 56 Abs. 1 Satz 4 AufenthG) wurde ferner dann angenommen, wenn der Ausweisung auch unter Berücksichtigung des besonderen Ausweisungsschutzes nach § 48 Abs. 1 AuslG (jetzt: § 56 Abs. 1 AufenthG) höher-rangiges Recht entgegensteht, sie sich insbesondere mit verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen (z. B. Art. 6 Abs. 1 GG) als nicht vereinbar erweist (BVerwG, Urt. v. 29.9.1998,

Buchholz 402.240 Nr. 16, S. 48). Mit Urteil vom 23.10.2007 (AuAS 2008, 28) hat das Bundesverwaltungsgericht die in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (Urt. v. 22.3.2007, InfAuslR 2007, 221; Urt. v. 28.6.2007, InfAuslR 2007, 325) und des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 10.5.2007, NVwZ 2007, 946 und v. 10.8.2007, NJW 2007, 1300) erkennbar gewachsene Bedeutung des Rechts auf Achtung des Privatlebens im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Ausweisung zum Anlass genommen, die Voraussetzung für die Bejahung eines Ausnahmefalls von der Regelausweisung noch weiter zu fassen. Ein Ausnahmefall - und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung - liegt danach bereits dann vor, wenn durch höherrangiges Recht oder Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallwürdigung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten. In seiner Entscheidung vom 23.10.2007 hat das Bundesverwaltungsgericht deshalb einen Ausnahmefall für gegeben erachtet, weil der Kläger als Unionsbürger im Bundesgebiet geboren und aufgewachsen war und im Zeitpunkt der Ausweisung mit einer Deutschen und den gemeinsamen Kindern zusammenlebte. Diese Umstände seien von den Tatbeständen des besonderen Ausweisungsschutzes nicht vollumfänglich abgedeckt und begründeten das Vorliegen eines Ausnahmefalles, ohne dass bei der Abgrenzung von Regel- und Ausnahmefall eine Kompensation mit dem öffentlichen Interesse an der Ausweisung des Klägers zulässig wäre. Die Abwägung der gegenläufigen Interessen sei vielmehr Gegenstand der der Ausländerbehörde obliegenden Ermessensentscheidung.

Der Senat verkennt nicht, dass dem vorliegenden Verfahren insoweit ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt, als der Antragsteller erst im Jahr 2001 im Alter von 23 Jahren in die Bundesrepublik eingereist ist. Das hat zur Folge, dass in seinem Fall das Gewicht des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 EMRK) die Annahme eines Ausnahmefalles schwerlich gebieten würde. Es spricht allerdings viel dafür, dass das Bundesverwaltungsgericht die Schwelle für das Vorliegen eines Ausnahmefalles nicht lediglich in den Fällen für absenkungsbedürftig hält, in denen zusätzlich zu der vom Recht auf Privatleben geschützten Verwurzelung eines im Bundesgebiet geborenen und aufgewachsenen Ausländers familiäre Interessen dafür streiten. Abgesehen davon, dass die Gruppe dieser Ausländer bei der Entfaltung der neuen Grundsätze nur beispielhaft („insbesondere“) genannt wird, spricht die Anknüpfung an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die zum Anlass der Fortentwicklung der Rechtsprechung genommen wurden, gegen ein derartiges Verständnis. So lag dem zitierten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.8.2007 ein Sachverhalt zugrunde, in

dem allein Art. 2 Abs. 1 GG (und Art. 8 EMRK), nicht aber Art. 6 Abs. 1 Satz 2 GG die Annahme eines Ausnahmefalles hätte gebieten können. Rang und Bedeutung, die das Grundgesetz der Familie in ihren verschiedenen Gestaltungsformen und Funktionen beimisst, sind aber mindestens gleichwertig und dürften daher ebenfalls für sich allein genommen geeignet sein, einen Ausnahmefall zu begründen. Ausschlaggebend für das Verständnis des Senats ist zudem, dass die Gründe, die das Bundesverwaltungsgerichts zur Absenkung der Schwelle für das Vorliegen eines Ausnahmefalles anführt, nicht spezifisch auf Verwurzelungsfälle zugeschnitten sind, sondern gleichermaßen auf den Schutz familiärer Belange zutreffen. Dies gilt vor allem für die Erwägung, dass sich „auch in anderen Fällen“ (als denen der Verwurzelung) der schematische Blick der Verwaltung auf die Ist- und Regelausweisung als wenig hilfreich erweist, um das gesamte Spektrum betroffener Belange in den Blick nehmen zu können. Der Gedanke, dass die Ermessentscheidung als der dritte vom Gesetzgeber vorgesehene Entscheidungsmodus demgegenüber in der Verwaltungspraxis höhere Gewähr für eine Berücksichtigung aller Aspekte des jeweiligen Einzelfalles und deren angemessene Gewichtung bei der Entscheidung über eine Ausweisung biete, dürfte auch ohne Verwurzelungshintergrund allein für die von Art 6 GG geschützten Belange gelten.

Ausgehend davon spricht viel dafür, vorliegend einen Ausnahmefall von der Regelausweisung anzunehmen, der die weitere Herabstufung zur Ermessensausweisung nach sich zieht. Allein der dem Antragsteller bescheinigte günstige Strafvollzugsverlauf dürfte freilich nicht derart bedeutsam sein, um das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel zu beseitigen. Denn diszipliniertes Vollzugsverhalten und Resozialisierungsbemühungen sind regelmäßig von jedem Häftling zu erwarten. Die Voraussetzungen eines Ausnahmefalles dürften allerdings deshalb gegeben sein, weil der Antragsteller vor seiner Verhaftung am 15.9.2005 und der Ausweisung am 6.11.2005 mit der Kindesmutter und seiner am 30.12.2004 geborenen Tochter, für die beide personensorgeberechtigt sind, in familiärer Lebensgemeinschaft zusammenlebte, die - nachdem der Kontakt während des Strafvollzugs angedauert hat - nach der Haftentlassung fortgesetzt werden soll (vgl. zum maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung die Rechtsprechungsänderung in BVerwG, Urt. v. 15.11.2007 - 1 C 45.06 - bislang nur als Pressemitteilung veröffentlicht). Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch das Alter des Kleinkindes, das eine Trennung ggf. nicht als bloß vorübergehend verstehen kann, und der Umstand, dass nach den strafrichterlichen Feststellungen die letzte Tat am 27.12.2004 begangen wurde, so dass sich zwar nicht die Schwangerschaft, so doch möglicherweise die Geburt der Tochter als Zäsur in der Lebensführung dar-

stellt, die ggf. zusammen mit dem vom Antragsteller als Ersttäter verbüßten Strafvollzug erwarten lässt, dass er künftig straffrei leben wird (vgl. hierzu: BVerfG, Beschl. v. 23.1.2006, NJW 2006, 3486; BVerwG, Beschl. v. 20.7.2007 - 1 B 289/06 - abgedruckt in JURIS).

Sollte - wofür nach allem vieles spricht - im Streitfall bereits die Wertentscheidung des Art. 6 GG eine weitere Herabstufung zur Ermessensausweisung gebieten, so wäre die Ausweisung des Antragstellers rechtswidrig, da die Behörden kein Ermessen ausgeübt, sondern lediglich die Voraussetzungen eines Ausnahmefalls geprüft und verneint haben. Dass sie dabei alle auch für die Ermessensausübung relevanten Gesichtspunkte berücksichtigt haben, erlaubt es den Gerichten nicht, in diese Prüfung eine Ermessensausübung mit negativem Ausgang gleichsam hineinzulesen. Im Zweifel ist einer Behörde anzuraten, von einem Ausnahmefall auszugehen oder aber zumindest hilfsweise nach Ermessen zu entscheiden (vgl. BVerwG, Urt. v. 23.10.2007, a. a. O.). Daran fehlt es hier.

Nach allem dürfte die Ausländerbehörde die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zu Unrecht unter Verweis auf die Sperrwirkung der Ausweisung abgelehnt haben.

Rechtsgrundlage für die Verlängerung der dem Antragsteller zur Personensorge für seine Tochter nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnis dürfte die Vorschrift des § 28 Abs. 2 Satz 2 AufenthG sein, wonach die Aufenthaltserlaubnis verlängert wird, solange die familiäre Lebensgemeinschaft fortbesteht. Allerdings fehlt es an der allgemeinen Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, da die vom Antragsteller verübten Straftaten einen Ausweisungsgrund darstellen. Nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG kann aber von dieser Erteilungsvoraussetzung abgesehen werden. Das bedeutet, dass über die Verlängerung nach behördlichem Ermessen zu entscheiden ist. Daran mangelt es, so dass im Hauptsacheverfahren insoweit ein Anspruch auf Neubescheidung gegeben sein dürfte.

2. Ist demnach die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis anzuordnen, so ergibt sich des Weiteren, dass das Verwaltungsgericht den gegen die für sofort vollziehbare Ausweisung gerichteten einstweiligen Rechtsschutzantrag zu Unrecht bereits als unzulässig behandelt hat. Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ist der Antragsteller nicht bereits aus anderem Grund unabhängig von der Vollziehbarkeit der Ausweisungsverfügung vollziehbar ausreisepflichtig, mit der Folge, dass ihm das Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der Aussetzung der Vollziehung der Ausweisung nicht

abgesprochen werden kann. Der Antrag hat insoweit aus den oben zu 1. dargelegten Gründen auch in der Sache Erfolg.

3. Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis und der Wiederherstellung dieser Wirkung hinsichtlich der Ausweisung entfällt die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht des Antragstellers, so dass hinsichtlich der Abschiebungsandrohung gleichfalls die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen war.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 52 Abs. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:  
Ullrich

Drehwald

Tischer