



Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG.: 1 A 306/10 und 1 A 307/10

(VG: 4 K 3347/07)

verkündet am: 10.05.2011

gez. Janssen
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes! **Urteil**

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch Richter Göbel, Richter Prof. Alexy und Richter Traub sowie den ehrenamtliche Richter Hüseyin Acar und die ehrenamtliche Richterin Marit Prott aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10. Mai 2011 für Recht erkannt:

Die Berufungsverfahren 1 A 306/10 und 1 A 307/10 werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen - 4. Kammer - vom 18.05.2009 wird zurückgewiesen.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18.05.2009 aufgehoben, soweit darin die Klage abgewiesen worden ist. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Vollstreckung der Sicherheitsleistung in Höhe des Vollstreckungsbetrages abzuwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Der Kläger wendet sich gegen seine Ausweisung und erstrebt die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis.

1.

Der Kläger ist afghanischer Staatsangehöriger und wurde am 30.09.1978 in Kabul geboren. Er wurde in Taschkent, das seinerzeit noch Hauptstadt der Sowjetrepublik Usbekistan war, eingeschult und besuch-

te dort 10 Jahre lang ein Sportinternat. Nach dem Schulabschluss kehrte er für kurze Zeit nach Kabul zurück. 1995 flüchtete er mit seinem Vater aus Afghanistan.

Der Kläger reiste am 11.09.1995 nach Deutschland ein. Seinen Asylantrag lehnte das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 09.04.1997 ab. Zugleich stellte es fest, dass hinsichtlich Afghanistans Abschiebungshindernisse i.S.v. § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG vorliegen würden. Angesichts der fortbestehenden Kriegssituation und der sich ausweitenden Herrschaft der Taliban sei eine Rückkehr nach Afghanistan gegenwärtig nicht zumutbar. Der Bescheid wurde am 02.06.1998 unanfechtbar.

Am 20.07.1999 erteilte der Kreis Gütersloh dem Kläger eine Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG bis zum 20.07.2001. Die Aufenthaltsbefugnis wurde wiederholt verlängert. Zuletzt wurde dem Kläger am 03.02.2005 vom Stadtamt Bremen eine bis zum 03.02.2007 befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt.

2.

Im Bundeszentralregister sind fünf strafrechtliche Verurteilungen des Klägers eingetragen:

1. Strafbefehl des Amtsgerichts Gütersloh vom 23.02.2000: Geldstrafe von 35 Tagessätzen zu je 20,00 DM wegen versuchter Nötigung, Beleidigung und Beförderungserschleichung (AG Gütersloh, Az. 3 Cs 44 Js 223/00).

Am 29.11.1999 fuhr der Kläger, ohne einen Fahrschein gelöst zu haben, mit der Deutschen Bahn. Er beleidigte und bedrohte einen Fahrkartenkontrolleur.

2. Strafbefehl des Amtsgerichts Gütersloh vom 24.09.2002: Geldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 20,00 DM wegen gemeinschaftlichen Diebstahls im besonders schweren Fall (AG Gütersloh, Az. 3 Ds 61 Js 454/00).

Am 18.05.2000 öffnete der Kläger mit einem Anderen eine Glasvitrine in einem Kaufhaus und entwendete zwei Uhren und eine Sportbrille.

3. Strafbefehl des Amtsgerichts Bielefeld vom 23.11.2001: 8 Monate Freiheitsstrafe auf Bewährung wegen gemeinschaftlichen Diebstahls im besonders schweren Fall (AG Bielefeld, Az. 10 Ls 62 Js 561/01).

Am 18.07.2001 öffnete der Kläger mit einem anderen in einem Spielautomatencenter mittels eines Dietrichs einen Automaten und entwendete 402,00 DM.

4. Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 23.09.2004: Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (unter Einbeziehung des Strafbefehls vom 23.11.2001; LG Bielefeld, Az. 36 Js 638/03 2 Kls J 2/03).

Ende 2000/Anfang 2001 erwarb der Kläger in Bremen 250 Gramm Kokain, um dies in der Bielefelder Konsumentenszene gewinnbringend zu verkaufen. Der Gewinn sollte zur Finanzierung des eigenen Drogenkonsums dienen. Gegenüber dem Landgericht hatte der Kläger erklärt, zum Tatzeitpunkt täglich bis 2 Gramm Heroin konsumiert zu haben. Das Landgericht berücksichtigte bei der Strafzumessung zu Lasten des Klägers die erhebliche Menge des Kokains. Zu seinen Gunsten berücksichtigte es, dass das unerlaubte Handeltreiben inzwischen 3 ½ Jahre zurückliege, er seit dem 08.07.2001 nicht mehr straffällig geworden sei und derzeit in geordneten Verhältnissen lebe.

5. Urteil des Amtsgerichts Bremen vom 13.03.2006: Freiheitsstrafe von 3 Monaten wegen gemeinschaftlichen versuchten schweren Diebstahls (AG Bremen, Az. 87 (96) Ds 500 Js 18071/05).

Am 14.02.2005 brach der Kläger mit einem anderen in Bremen ein Auto auf, um Wertsachen zu entwenden. In dem Urteil heißt es, dass der Kläger und sein Mittäter zum Tatzeitpunkt massiv heroinabhängig gewesen seien und dringend Geld für den Drogenbedarf benötigten.

Am 23.08.2005 trat der Kläger die gegen ihn verhängte Freiheitsstrafe in der JVA Bremen an.

Am 24.07.2006 wurde er gemäß § 35 BtmG aus der Strafhaft entlassen, um an einer stationären Drogenentwöhnungstherapie teilzunehmen. Diese Therapie wurde am zweiten Tag aus disziplinarischen Gründen beendet, nachdem eine Urinkontrolle positiv ausgefallen war.

Der Kläger wurde daraufhin am 06.11.2006 erneut in Strafhaft genommen.

Am 02.07.2007 wurde er wieder aus der Strafhaft entlassen, um sich einer stationären Drogenentwöhnungstherapie zu unterziehen. Aus dieser Therapie wurde er erneut aus disziplinarischen Gründen wegen Drogenkonsums entlassen.

Am 21.09.2007 wurde die Strafvollstreckung wieder aufgenommen.

Die JVA Bremen sprach sich in einer Stellungnahme vom 08.02.2008 gegen eine Entlassung des Klägers zum Zweidrittelzeitpunkt am 22.02.2008 aus.

Ein von der Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie Dr. K. im Auftrag der Strafvollstreckungskammer am 17.04.2008 erstattetes Gutachten gelangte zu dem Ergebnis, dass eine Aussetzung des Straftates unter der Voraussetzung befürwortet werden könne, dass der Kläger sich einer stationären Langzeittherapie mit anschließender ambulanter psychosozialer Therapie unterziehe. Dem Kläger sei es nach einer Phase regelmäßigen Heroinkonsums in den Jahren 2000/2001 zwar gelungen, den Drogenkonsum zu stoppen. 2004 habe er aber wieder begonnen, Heroin zu konsumieren. Der Konsum habe sich in der Folgezeit so gravierend entwickelt, dass eine Heroinabhängigkeit entstanden sei. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt habe der Kläger die absolute Notwendigkeit einer unbedingten Abstinenz von jeglichem Heroinkonsum noch nicht ausreichend verinnerlicht; es fehle noch eine hinreichende selbstkritische Auseinandersetzung mit der eigenen Labilität und der bisherigen Delinquenz. Positiv zu vermerken sei, dass mit der Familie - die Mutter sei inzwischen aus Russland nach Deutschland eingereist - und der Freundin soziale Beziehungen vorhanden seien, die eine Kontrollfunktion übernehmen könnten.

Die Strafvollstreckungskammer hörte Frau Dr. K. am 12.09.2008 persönlich an. Sie erklärte, dass eine stationäre Langzeittherapie zwar wünschenswert sei, eine ambulante Therapie, wie der Kläger sie jetzt anstrebe, aber ebenfalls positive Wirkungen entfalten könne. Günstig zu bewerten sei, dass das private Umfeld des Klägers recht stabil sei. Im Hinblick auf das Rückfallrisiko sei zu berücksichtigen, dass der Kläger für einen schwer Heroinabhängigen ein vergleichsweise kleines Vorstrafenregister habe.

Auf Beschluss der Strafvollstreckungskammer wurde der Kläger daraufhin am 22.09.2008 aus der Strafhaft entlassen. Ihm wurde zur Auflage gemacht, eine ambulante Drogenentwöhnungstherapie zu beginnen und erfolgreich durchzuführen.

3.

Mit Verfügung vom 12.04.2007 lehnte die Beklagte den am 08.01.2007 gestellten Antrag des Klägers auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ab (Nr. 1), wies den Kläger unbefristet aus dem Bundesgebiet aus (Nr. 2) und drohte - wegen des bestehenden Abschiebungshindernisses für Afghanistan - die Abschiebung in einen aufnahmebereiten Drittstaat an (Nr. 4). Zur Begründung wurde im Einzelnen ausgeführt:

Die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG scheidet aus, weil der Kläger den Ausschlussgrund des § 25 Abs. 3 S. 2 Buchstabe b) AufenthG erfüllt habe. Er habe eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG scheitert bereits daran, dass der Kläger die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht erfülle. In seinem Fall würden Ausweisungsgründe vorliegen, und zwar die des § 53 Nr. 1 und 2 AufenthG. Zwar könne gemäß § 5 Abs. 3 S. 2 AufenthG nach pflichtgemäßem Ermessen von der Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen abgesehen werden, die Ermessensentscheidung gehe hier aber zu Lasten des Klägers aus. Es müsse befürchtet werden, dass der Kläger in Zukunft erneut straffällig werde, deshalb würde das öffentliche Interesse an einer Versagung der Aufenthaltserlaubnis sein gegenläufiges privates Interesse überwiegen.

Die zugleich ausgesprochene Ausweisung stütze sich auf § 53 Nr. 1 und Nr. 2 AufenthG. Der Kläger genieße keinen besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG, weil die Fortbe-

stehensfiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG, die zunächst zu seinen Gunsten gewirkt habe, durch die unter Nr. 1 der Verfügung erfolgte Ablehnung des Aufenthaltserlaubnisantrags erloschen sei.

Der Kläger legte gegen diese Verfügung rechtzeitig Widerspruch ein.

Mit Bescheid vom 26.07.2007 widerrief das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge die im Bescheid vom 09.04.1997 getroffene Feststellung, dass ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG vorliege. Zugleich stellte es fest, dass Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis Abs. 6 AufenthG nicht gegeben seien. Zumindest im Raum Kabul sei die Sicherheits- und Versorgungslage nicht mehr so schlecht, dass für den Kläger im Falle einer Rückkehr eine extreme Gefährdungslage bestehen würde. Soweit der Kläger sich darauf berufe, dass er seinerzeit in Taschkent zum christlich-orthodoxen Glauben übergetreten sei, begründe dies ebenfalls kein Abschiebungsverbot.

Gegen diesen Widerrufsbescheid hat der Kläger am 07.08.2007 Klage vor dem Verwaltungsgericht Bremen erhoben. Über die bei der 2. Kammer anhängige Klage ist bislang nicht entschieden. Das Verwaltungsgericht hat mit Schreiben vom 14.04.2011 beim Bundesamt angefragt, ob der Widerrufsbescheid aufgehoben werde.

Am 20.11.2007 hat der Kläger vor dem Verwaltungsgericht Bremen Untätigkeitsklage gegen den Bescheid der Ausländerbehörde vom 12.04.2007 erhoben.

In der mündlichen Verhandlung vom 18.05.2009 erklärte er, er nehme zurzeit an einer ambulanten Therapie teil. Dazu legte er eine Bescheinigung der Therapieeinrichtung STEPS vom 03.05.2009 vor. Er habe in der letzten Zeit zahlreiche Bewerbungen um einen Arbeitsplatz geschrieben. Da er lediglich auf drei Monate befristete Duldungen von der Beklagten erhalte, habe er aber keine Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Er habe erfolgreich einen zweimonatigen Kurs als Gabelstaplerfahrer absolviert. Er wohne zurzeit noch bei seinen Eltern. Er wolle mit seiner Freundin vielleicht eine Familie gründen.

Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 18.05.2009 die Ausweisung in der Verfügung vom 12.04.2007 aufgehoben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Die Ausweisung sei rechtswidrig. Der Kläger habe bei Erlass der Verfügung vom 12.04.2007 besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG genossen. Denn zu Beginn der Bekanntgabe dieses Bescheids an ihn habe noch die Fiktionswirkung des § 81 Abs. 4 AufenthG fortbestanden. Die Fortbestehensfiktion stehe dem Bestehen einer Aufenthaltserlaubnis gleich. Das bedeute, dass die Ausweisung des Klägers gemäß § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erfolgen dürfe. In spezialpräventiver Hinsicht sei kein schwerwiegender Ausweisungsgrund im Sinne dieser Vorschrift gegeben. Seit der Entlassung aus der Straftat sei eine positive Entwicklung beim Kläger zu verzeichnen. Auch in generalpräventiver Hinsicht sei kein schwerwiegender Ausweisungsgrund gegeben. Wegen des Abschiebungsschutzes, den der Kläger genieße, sei die abschreckende Wirkung der gegen ihn ergriffenen Maßnahme deutlich gemindert.

Demgegenüber sei die Nichtverlängerung der Aufenthaltserlaubnis rechtmäßig. Zwar stehe das vom Bundesamt eingeleitete Widerrufsverfahren nicht der Anwendung von § 25 Abs. 3 AufenthG entgegen, denn dieses Widerrufsverfahren sei noch nicht unanfechtbar abgeschlossen. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift komme aber nicht in Betracht, weil der Kläger den Ausschlussgrund des § 25 Abs. 3 S. 2 Buchstabe b) AufenthG erfülle, d. h. eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen habe.

Auch eine Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 8 EMRK komme nicht in Betracht. Der Kläger sei nicht in die hiesigen Verhältnisse verwurzelt. Von einer Integration in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht könne nicht ausgegangen werden. Abgesehen davon erfülle er auch nicht die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG.

Gegen dieses Urteil haben der Kläger und die Beklagte Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt. Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufungen jeweils mit Beschlüssen vom 22.11.2010 zugelassen.

Der Kläger trägt zur Begründung seiner Berufung (Az. 1 A 306/10) vor, dass der Ausschlussstatbestand des § 25 Abs. 3 S. 2 Buchstabe b) AufenthG in seinem Fall entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht greife. Es sei widersprüchlich, wenn das Verwaltungsgericht zum einen das Vorliegen eines schwerwiegenden Ausweisungsgrundes i. S. d. § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG verneine, andererseits aber die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG an der Straftat scheitern solle.

Im Übrigen erfülle er entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 8 EMRK.

Der Kläger hat eine Bescheinigung von STEPS vorgelegt, wonach die am 21.04.2009 aufgenommene ambulante Therapie bis zum 21.10.2009 dauerte und regulär beendet worden sei.

Der Kläger beantragt,

unter partieller Aufhebung/Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts Bremen vom 18.05.2009 die Beklagte unter Aufhebung ihrer Verfügung vom 12.04.2007 zu verpflichten, ihm eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Die Beklagte trägt zur Begründung ihrer Berufung (Az. 1 A 307/10) vor, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht die gegen den Kläger ergangene Ausweisungsverfügung aufgehoben habe. Die Fortbestehensfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG habe dem Kläger keinen besonderen Ausweisungsschutz vermittelt. Dies folge schon daraus, dass unter Ziff. 1 der Verfügung vom 12.04.2007 die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abgelehnt worden sei, so dass im Zeitpunkt der Ausweisung, die unter Ziff. 2 ergangen sei, die Fiktion nicht mehr bestanden habe. Unabhängig davon habe das Verwaltungsgericht verkannt, dass § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG ausdrücklich den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis voraussetze. Die Fortbestehensfiktion könne nicht den Besitz eines Aufenthaltstitels ersetzen.

Unabhängig davon habe das Verwaltungsgericht auch zu Unrecht das Vorliegen eines schwerwiegenden Ausweisungsgrundes i.S.v. § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG verneint. Beim Kläger sei nach wie vor eine relevante Wiederholungsgefahr gegeben. Die ambulante Therapie bei STEPS, die lediglich ein halbes Jahr gedauert habe, sei nicht geeignet, die Drogenabhängigkeit dauerhaft zu überwinden. Auch sei aktuell nicht erkennbar, dass die soziale und wirtschaftliche Integration des Klägers vorangekommen sei.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Verwaltungsgerichts vom 18.05.2009 die Klage gegen die Ausweisung abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Er habe nach der Entlassung aus der Strafhaft und der Absolvierung der ambulanten Drogentherapie seine Verhältnisse neu geordnet. Er habe eine feste Beziehung zu seiner Lebensgefährtin, die er nicht aufs Spiel setzen wolle. Er bemühe sich nach wie vor um eine Arbeitsstelle, habe wegen seines Status als Geduldeter aber Schwierigkeiten, einen Arbeitsplatz zu finden. Zu Afghanistan habe er keine Beziehungen mehr. Er sei als Kleinkind zwar mit der dortigen Landessprache aufgewachsen, habe sich während seiner Schulzeit aber in einem allein russischsprachigen Umfeld bewegt.

4.

Gegen den Kläger sind seit Oktober 2009 vier strafrechtliche Ermittlungsverfahren eingeleitet worden:

1. Der Kläger befand sich am 15.10.2009 in Begleitung einer Person, in deren Hosentasche bei einer Überprüfung ein Beutel mit 424 mg Heroingemisch gefunden wurde; weitere Beutel mit Heroingemisch wurden in der Wohnung gefunden. Der Betreffende wurde deswegen zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten auf Bewährung verurteilt (AG Bremen, Az. 74 Ls 540 Js 14799/10). Das gegen den Kläger wegen des Verdachts des versuchten Erwerbs von Betäubungsmitteln eingeleitete

Ermittlungsverfahren wurde am 03.06.2010 gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt (Staatsanwaltschaft Bremen, Az. 520 Js 17681/10).

2. Am 27.03.2010 wurde im Fahrzeug des Klägers eine Tasche mit Gegenständen aufgefunden, die aus einem Kfz-Aufbruch stammten. Der Kläger erklärte, die Tasche gehöre einem Bekannten, er habe sie gutgläubig kurzfristig zur Aufbewahrung übernommen. Das wegen Hehlerei eingeleitete Ermittlungsverfahren wurde am 23.02.2011 gemäß § 170 Abs. 2 StPO von der Staatsanwaltschaft eingestellt (Staatsanwaltschaft Bremen, Az. 550 Js 45925/10).
3. Am 01.08.2010 wurde der Kläger zusammen mit drei weiteren Personen einer Personenkontrolle unterzogen. Eine der Personen hatte zuvor einen Beutel mit einem Heroingemisch (3,44 g) auf den Boden geworfen. Das gegen den Kläger wegen Btm-Besitzes eingeleitete Verfahren wurde am 21.12.2010 nach § 170 Abs. 2 StPO von der Staatsanwaltschaft Bremen eingestellt (Staatsanwaltschaft Bremen, Az. 510 JS 63022/10).
4. Am 21.11.2010 wurde beim Kläger bei einer Personenkontrolle ein Päckchen aufgefunden (Bruttogewicht 1,1 g), das bei den einschreitenden Polizeibeamten den Verdacht auslöste, bei dem Inhalt handele es sich um Betäubungsmittel. Eine Untersuchung ergab, dass dies nicht der Fall war. Das Ermittlungsverfahren wurde am 09.03.2011 nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt (Staatsanwaltschaft Bremen, Az. 540 Js 11468/11).

Der Kläger hat zu den Vorfällen in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht erklärt, dass er keine Betäubungsmittel mehr zu sich nehme. Er sei auch bestrebt, sich von seinen früheren Freunden zu lösen, könne aber gelegentliche Kontakte kaum vermeiden.

Die Bewährungshelferin des Klägers hat in einer Stellungnahme vom 27.04.2011 gegenüber dem Oberverwaltungsgericht erklärt, dass der bisherige Bewährungsverlauf aus ihrer Sicht positiv zu bewerten sei. Der Kläger zeige sich in der Zusammenarbeit aufgeschlossen und zuverlässig. Leider habe bislang ungeachtet intensiver Bemühungen des Klägers eine berufliche Eingliederung nicht erfolgen können. Hierzu habe auch seine ungeklärte aufenthaltsrechtliche Stellung beigetragen.

Dem Oberverwaltungsgericht haben folgende Akten vorgelegen:

- die Behördenakten (3 Hefter)
- die Strafakte LG Bielefeld, Az. 36 Js 638/03 2 Kl. J 2/03
- die Vollstreckungsakten LG Bremen, Az. VIII StVK 136/08 und VIII Kl. StVK 508/07
- die Strafakte AG Bremen, Az. 87 (96) Ds 500 Js 18071/05
- die Gerichtsakte VG Bremen, Az. 2 K 2082/07.A mit Bundesamts-Akten
- die Ermittlungsakten StA Bremen, Az. 520 Js 17681/10; 550 Js 45925/10; 510 Js 63022/10; 540 Js 11468/11.

Der Inhalt dieser Akten war, soweit in dieser Entscheidung verwertet, Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe

Die Verbindung der Berufungsverfahren zur gemeinsamen Entscheidung beruht auf § 93 VwGO.

Die Berufung der Beklagten bleibt erfolglos. Das Verwaltungsgericht hat die gegen den Kläger ergangene Ausweisungsverfügung vom 12.04.2007 im Ergebnis zu Recht aufgehoben (I.). Die Berufung des Klägers ist demgegenüber erfolgreich. Der Kläger kann verlangen, dass ihm aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 3 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird (II.).

I.

Der Kläger, der den Tatbestand einer zwingenden Ausweisung nach § 53 AufenthG verwirklicht hat (1.), genießt besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG (2.). Nach der im gegenwärtigen Zeitpunkt gegebenen Sachlage, auf die es zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung ankommt (vgl. BVerwG, U. v. 15.11.2007 - 1 C 45/06 - BVerwGE 130, 20 = InfAuslR 2008, 156), fehlt es an einem schwerwiegenden Ausweisungsgrund (3.). Überdies fehlt es an einer ausländerbehördlichen Ermessensentscheidung, die geboten ist, weil die Ausweisung in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift (4.). Die Ausweisung des Klägers kann somit keinen rechtlichen Bestand haben. Ob eine zwingende Ausweisung nach § 53 AufenthG, die in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift, in jedem Fall, unabhängig von der Erfüllung der Voraussetzungen des besonderen Ausweisungsschutzes nach § 56 Abs. 1 AufenthG, einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterziehen ist, kann unter diesen Umständen dahinstehen (5.).

1.

Der Kläger hat die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 AufenthG erfüllt: Er ist gemäß § 53 Nr. 1 2. Alt. AufenthG wegen vorsätzlicher Straftaten innerhalb von fünf Jahren zu mehreren Freiheitsstrafen von zusammen mindestens drei Jahren verurteilt worden (Urteil des LG Bielefeld vom 23.09.2004: 2 Jahre 9 Monate; Urteil des AG Bremen vom 13.06.2006: 3 Monate). Er ist überdies gemäß § 53 Nr. 2 1. Alt. AufenthG wegen einer vorsätzlichen Straftat nach dem Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden, deren Vollstreckung nicht zur Bewährung ausgesetzt worden ist (Urteil des LG Bielefeld vom 23.09.2004).

2.

Der Kläger genießt besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG.

Nach dieser Vorschrift steht einem Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis besitzt und im Bundesgebiet geboren oder als Minderjähriger in das Bundesgebiet eingereist ist und sich mindestens fünf Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten hat, besonderer Ausweisungsschutz zu.

Der Kläger ist am 11.09.1995 als 16-jähriger, also als Minderjähriger, nach Deutschland eingereist. Er hat sich mehr als fünf Jahre rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten: Er war vom 20.07.1999 bis zum 03.02.2007 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen, zuletzt nach § 25 Abs. 3 AufenthG. Davor war er im Besitz einer asylrechtlichen Aufenthaltsgestattung.

Allerdings ist der Kläger seit dem 04.02.2007 nicht mehr im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis. Der Ansicht des Verwaltungsgerichts, dass die Fortbestehensfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG, die durch den - rechtzeitig gestellten - Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausgelöst worden war, dem Besitz einer Aufenthaltserlaubnis gleichzustellen ist, vermag das Oberverwaltungsgericht nicht zu folgen. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist inzwischen geklärt, dass die Fortbestehensfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG ebenso wie früher die Fiktion nach § 69 Abs. 3 AuslG dem Aufenthalt nur einen vorläufig erlaubten Charakter bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde verleiht, die Vorschrift also lediglich verfahrensrechtlicher Natur ist (BVerwG, U. v. 30.03.2010 - 1 C 6/09 - BVerwGE 136, 211 = InfAuslR 2010, 343). Im Übrigen wäre, selbst wenn man dem Verwaltungsgericht folgen würde, die Fortbestehensfiktion mit dem Bescheid vom 12.04.2007 entfallen. Im gegenwärtigen Zeitpunkt, auf den es zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Ausweisungsverfügung ankommt, greift diese Fiktion nicht mehr.

Der Nichtbesitz einer Aufenthaltserlaubnis ist im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG indes unschädlich, wenn die Ausländerbehörde auf einen - rechtzeitig gestellten - Verlängerungsantrag die

Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis zu Unrecht versagt hat. Der Ausländer ist in diesem Fall aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes so zu stellen, als hätte die Behörde von Anfang an rechtmäßig gehandelt (vgl. BVerwG, U. v. 30.03.2010, a.a.O.). Anderenfalls würde auch der Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG unzulässig verkürzt: Der befristete Aufenthaltstitel, an dessen Besitz diese Vorschrift anknüpft, wird im Zeitpunkt der Entscheidung des Tatsachengerichts nicht selten abgelaufen sein. Allein dies kann aber, sofern ein Verlängerungsanspruch besteht, nicht zum Wegfall des besonderen Ausweisungsschutzes führen. Ob dieser Schutz gegeben ist, bestimmt sich dann nach der materiellen Rechtslage.

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG zu. Auf die Ausführungen unter II. dieses Urteils wird Bezug genommen. Aus diesem Grund erfüllt er die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG.

3.

Ein Ausländer, der besonderen Ausweisungsschutz genießt, darf gemäß § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgewiesen werden. Im Falle des Klägers sind derzeit solche Gründe nicht gegeben, so dass die Ausweisungsverfügung keinen Bestand haben kann.

Ob ein schwerwiegender Ausweisungsgrund i.S.v. § 56 Abs. 1 S. 2 AufenthG vorliegt, ist eine Rechtsfrage, die voll gerichtlich überprüfbar ist (BVerwG, U. v. 11.06.1996 - 1 C 24/94 - BVerwGE 101, 247 = InfAuslR 1997, 8 zu § 48 Abs. 1 AuslG). Nach § 56 Abs. 1 S. 3 AufenthG sind schwerwiegende Ausweisungsgründe in der Regel in den Fällen des § 53 AufenthG gegeben. Diese gesetzliche Vermutung beinhaltet allerdings keine Automatik, sondern erfordert eine individuelle Prüfung des jeweiligen Einzelfalls, ob nicht Besonderheiten vorliegen, die den an sich schwerwiegenden Ausweisungsanlass nach § 53 AufenthG als weniger gewichtig erscheinen lassen.

(1) Bei spezialpräventiv begründeten Ausweisungen müssen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass in Zukunft eine schwere Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung durch neue Verfehlungen des Ausländers ernsthaft droht und damit von ihm eine bedeutsame Gefahr für ein wichtiges Schutzgut ausgeht (BVerwG, U. v. 31.08.2004 - 1 C 25/03 - NVwZ 2005, 229 = InfAuslR 2005, 49 unter Bezugnahme auf U. v. 11.06.1996, a.a.O.). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit lässt es nicht zu, das Gewicht des für eine Ausweisung sprechenden öffentlichen Interesses allein anhand der Typisierung der den Ausweisungsanlass bildenden Straftaten in den Ausweisungsvorschriften des Aufenthaltsgesetzes zu bestimmen; erforderlich ist stets eine konkrete Würdigung der Tatumstände und der sich aus den Taten ergebenden Gefahren für Dritte (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.05.2007 - 2 BvR 304/07 - NVwZ 2007, 946 = InfAuslR 2007, 275).

Nach diesem Maßstab kann nicht angenommen werden, dass vom Kläger gegenwärtig eine ernsthafte Gefahr für ein bedeutsames Schutzgut ausgeht.

Dabei steht außer Frage, dass das Betäubungsmitteldelikt, dessenwegen er am 23.09.2004 vom Landgericht Bielefeld - unter Einbeziehung einer vorangegangenen Freiheitsstrafe - zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten verurteilt worden ist, einen gewichtigen Rechtsverstoß darstellt. Der Kläger hatte immerhin 250 g Kokain erworben, um dies gewinnbringend zu verkaufen. Die Menge des erworbenen Kokains weist darauf hin, dass er Kontakt zum organisierten Rauschhandel aufgenommen hatte. Andererseits kann aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Straftat Ende 2000/Anfang 2001, also vor über 10 Jahren, begangen wurde. Zu einem vergleichbaren Verstoß ist es in den nachfolgenden Jahren nicht mehr gekommen. Allerdings muss festgehalten werden, dass die Straftat seinerzeit im Zusammenhang mit der eigenen Drogensucht des Klägers stand; sie diente dazu, die Drogensucht zu finanzieren. Das gilt auch für den am 14.02.2005 begangenen Autoaufbruch, dessenwegen das Amtsgericht Bremen ihn mit Urteil vom 13.03.2006 zu einer Freiheitsstrafe von 3 Monaten verurteilte. In diesem Urteil wird der Kläger als zum Tatzeitpunkt schwer drogenabhängig bezeichnet. Auch wenn, wie die von der Strafvollstreckungskammer zur Gutachterin bestellte Frau Dr. K. bei ihrer Anhörung am 12.09.2008 erklärt hat, der Kläger „für einen schwer Drogenabhängigen ein sehr kleines Vorstrafenregister“ aufweise, ändert dies nichts daran, dass man eine Wiederholungsgefahr erst dann verlässlich wird ausschließen können, wenn er seine Drogenabhängigkeit überwunden hat.

Das setzt voraus, dass der Kläger sich, wie die Gutachterin Dr. K. in ihrem schriftlichen Gutachten vom 17.04.2008 im Einzelnen dargelegt hat, aufrichtig und selbstkritisch seiner Sucht stellt, er die unbedingte Abstinenz von jeglichem Heroinkonsum ausreichend verinnerlicht und er seine Persönlichkeitsstruk-

tur, die bislang von Selbstunsicherheit gekennzeichnet ist, festigt. Ob es dem Kläger gelingen wird, diese Voraussetzungen nachhaltig zu erfüllen, lässt sich zurzeit noch nicht mit hinreichender Sicherheit beantworten. Es gibt jedoch deutliche Anzeichen dafür, dass der Kläger sich in einem Prozess der persönlichen Stabilisierung befindet, der in einer dauerhaften Überwindung der Drogenabhängigkeit münden könnte. Er hat sich vom 21.04.2009 bis zum 21.10.2009 einer ambulanten Suchttherapie in der Therapieeinrichtung STEPS in Bremen unterzogen, die er auch regulär beendet hat (vgl. die Bescheinigung vom 30.11.2009). In der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht hat der Kläger näher Art und Ablauf der Therapie geschildert. Er hat nach seiner Entlassung aus der Strafhaft einen Gabelstaplerschein erworben und Anstrengungen unternommen, um Zugang zum Arbeitsmarkt zu finden. Dazu hat die Bewährungshelferin in ihrer Stellungnahme gegenüber dem Oberverwaltungsgericht vom 27.04.2011 nachvollziehbar erklärt, dass der ungeklärte aufenthaltsrechtliche Status des Klägers die Bemühungen um eine wirtschaftliche Integration erheblich behindert hat. Weiterhin hat der Kläger hier ein stabiles privates Umfeld vorgefunden. Die Eltern sowie die Lebensgefährtin sehen seine Gefährdung und stützen ihn. Auf die maßgebliche Bedeutung eines solchen persönlichen Umfelds hat Frau Dr. K. sowohl in ihrem schriftlichen Gutachten vom 17.04.2008 als auch bei ihrer Anhörung am 12.09.2008 hingewiesen.

Es ist indes nicht zu übersehen, dass dem Kläger die Abgrenzung von Bekannten, die sich weiterhin in der Drogenszene bewegen, anscheinend noch nicht hinreichend gelungen ist. Das zeigen die zwischen Oktober 2009 und November 2010 gegen ihn eingeleiteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahren. Zumindest die Vorfälle vom 15.10.2009 und vom 01.08.2010 weisen, auch wenn die eingeleiteten Ermittlungsverfahren jeweils nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt worden sind, darauf hin, dass der Kläger noch nicht die gebotene Distanz zu diesen Bekannten gewonnen hat. Eine solche Abgrenzung könnte nicht unerheblich zu seiner Stabilisierung beitragen. Das Oberverwaltungsgericht hat diesen Sachverhalt mit dem Kläger in der mündlichen Verhandlung erörtert und den Eindruck gewonnen, dass er dies ebenso sieht und den ernsthaften Willen hat, auch in dieser Hinsicht einen Neuanfang zu beginnen.

Insgesamt lassen sich bei zusammenfassender Betrachtung ausreichend Anhaltspunkte dafür feststellen, dass es dem Kläger gelingen wird, seine Persönlichkeit weiterhin zu festigen und sich beruflich und sozial zu integrieren. Von einer ernsthaften Gefahr erneuter gravierender Straftaten kann im gegenwärtigen Zeitpunkt jedenfalls nicht ausgegangen werden.

(2) Ein Ausweisungsgrund kann darüber hinaus auch in generalpräventiver Hinsicht schwerwiegend sein. Eine Ausweisung aus Gründen der Generalprävention ist bei Ausländern, die einen besonderen Ausweisungsschutz genießen, aber nur ausnahmsweise zulässig, wenn die Straftat besonders schwer wiegt und deshalb ein dringendes Bedürfnis besteht, über eine etwaige strafrechtliche Sanktion hinaus durch Ausweisung andere Ausländer von Straftaten ähnlicher Art und Schwere abzuhalten (BVerwG, B. v. 16.08.1995 - 1 B 43/95 - InfAuslR 1995, 404; U. v. 31.08.2004, a.a.O.). Der besondere Ausweisungsschutz gebietet es dabei, die Umstände der Straftat und die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen sorgfältig zu ermitteln (BVerfG, Kammerbeschluss vom 10.08.2007 - 2 BvR 535/06 - NVwZ 2007, 1300 = InfAuslR 2007, 443).

Greift die Ausweisung in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK ein, d. h. ist das Recht auf Achtung des Familienlebens oder des Privatlebens berührt, scheidet die Generalprävention sogar generell als Ausweisungszweck aus. Das ergibt sich aus der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 Abs. 2 EMRK. Der EGMR bezieht im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Ausweisung stets die von dem Ausländer ausgehende Rückfallgefahr bzw. sein Verhalten nach der Straftat in die Prüfung ein (vgl. U. v. 12.10.2010 - 47486/06 [Khan] - InfAuslR 2010, 369; U. v. 25.03.2010 - 40601/05 [Mutlag] - InfAuslR 2010, 325). Für eine allein auf die Generalprävention gestützte Ausweisung ist nach der Rechtsprechung des EGMR, soweit die Maßnahme in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift, kein Raum (vgl. OVG Bremen, U. v. 25.04.2004 - 1 A 303/03 - InfAuslR 2004, 328; U. v. 06.11.2007 - 1 A 82/07 - InfAuslR 2008, 163; U. v. 23.06.2010 - 1 A 416/07 - jeweils m.w.N.).

So liegt es hier. Die Ausweisung des Klägers greift in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK ein, nämlich in sein Recht auf Achtung des Privatlebens. Überdies spricht einiges dafür, dass nach den konkreten Umständen des Falles auch das Recht auf Achtung des Familienlebens berührt ist. Auf die nachfolgenden Ausführungen unter I.4 wird Bezug genommen. Die Generalprävention scheidet damit als Ausweisungszweck aus.

Unabhängig davon fehlte es auch an dem in § 56 Abs. 1 S. 2 und 3 AufenthG geforderten schwerwiegenden generalpräventiven Ausweisungsgrund. Dagegen spricht schon der Zeitraum, der seit dem vom

Landgericht Bielefeld am 23.09.2004 abgeurteilten Betäubungsmitteldelikt verstrichen ist, nämlich über 10 Jahre. Darüber hinaus weist der Sachverhalt besondere Umstände auf, die im gegenwärtigen Zeitpunkt die Annahme eines schwerwiegenden generalpräventiven Ausweisungsgrundes verbieten. Die Straftat war seinerzeit maßgeblich auf die eigene Drogensucht des Klägers zurückzuführen. Insoweit liegen aber, wie dargelegt, deutliche Hinweise dafür vor, dass der Kläger dabei ist, seine Drogenabhängigkeit zu überwinden. Das Gewicht des generalpräventiven Anlasses ist unter diesen Umständen deutlich gemindert.

4.

Schließlich könnte die Ausweisungsverfügung selbst bei Vorliegen eines schwerwiegenden Ausweisungsgrundes keinen rechtlichen Bestand haben, weil es an der gebotenen Ermessensentscheidung fehlt.

Die Ausweisung eines Ausländers, der besonderen Ausweisungsschutz genießt und der die Voraussetzungen des § 53 AufenthG erfüllt, ist gemäß § 56 Abs. 1 S. 4 AufenthG von der Muss-Ausweisung zur Regelausweisung herabgestuft. Regelausweisung bedeutet, dass die Ausländerbehörde in der Regel zur Ausweisung verpflichtet ist. Nur ausnahmsweise, d. h. bei Vorliegen besonders gelagerter atypischer Sachverhalte, kann von der Ausweisung abgesehen werden; die Ausweisung steht dann im Ermessen der Behörde (vgl. BVerwG, U. v. 16.11.1999 - 1 C 11/99 - NVwZ-RR 2000, 320 = InfAusIR 2000, 105). Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine Ausnahmeausfall von der Regelausweisung - und damit die Notwendigkeit einer behördlichen Ermessensentscheidung - bereits dann vor, wenn durch die Vorschriften der EMRK geschützte Belange des Ausländers eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Falles gebieten (BVerwG, U. v. 23.10.2007 - 1 C 10/07 - BVerwGE 129, 367 = InfAusIR 2008, 116).

(1) Die Ausweisung des Klägers greift in sein Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK ein. Dieses Recht umfasst die Summe der persönlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beziehungen, die für die Persönlichkeit eines jeden Menschen konstitutiv sind. Es ist berührt bei Ausländern, die in dem Aufnahmestaat geboren und aufgewachsen sind, dort also ihre maßgebliche Prägung erfahren haben (vgl. EGMR, U. v. 23.06.2008 - 1638/03 [Maslov] - InfAusIR 2008, 333; U. v. 12.01.2010 - 47486/06 [Khan], a.a.O.). Ein schutzwürdiges Privatleben kann aber auch gegeben sein, wenn der Betreffende als Volljähriger in den Aufnahmestaat zugewandert ist und sich dort seit längerem aufhält (EGMR, U. v. 24.11.2009 - 182/08 [Omojudi] - InfAusIR 2010, 178).

Der Kläger ist 1995 als 16-jähriger nach Deutschland eingereist und lebt inzwischen seit knapp 16 Jahren hier. Verbindungen zu Afghanistan hat er keine mehr. Der Kläger hat dazu in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht glaubhaft dargelegt, dass seit seiner Einschulung in Taschkent, also in der damaligen Sowjetrepublik Usbekistan, die sprachliche Verbindung zu Afghanistan praktisch verloren gegangen sei. In dem Internat sei allein russisch gesprochen und geschrieben worden. Er beherrsche keine der afghanischen Landessprachen und erst recht nicht die Schriftsprache. Er würde sich dort in der Situation eines Analphabeten befinden. Bis auf einen kurzen Zwischenaufenthalt im Jahre 1995 habe er sich seit seiner Einschulung nicht mehr in Afghanistan aufgehalten. Persönliche und gesellschaftliche Beziehung hat der Kläger inzwischen ausschließlich in Deutschland. Dass seine soziale Integration - wegen der Straftaten und der Drogenabhängigkeit - bislang nur eingeschränkt und die berufliche Integration noch gar nicht gelungen ist, ändert nichts daran, dass die Summe der für seine Persönlichkeit maßgeblichen Beziehungen in Deutschland begründet liegt.

(2) Überdies spricht einiges dafür, dass eine Ausweisung auch sein Recht auf Achtung des Familienlebens berührt. Zwar wird man die Trennung eines 32 Jahre alten Erwachsenen von seinen Eltern grundsätzlich nicht mehr als Eingriff in das Familienleben betrachten können. Eine andere Beurteilung kann nur dann geboten sein, wenn der volljährige Ausländer aufgrund besonderer Umstände auf die Hilfe und Unterstützung seiner Familie angewiesen ist (vgl. EGMR, U. v. 13.05.1995 - 18/1194/465/564 [Nasri] - InfAusIR 1996, 1). Im Falle des Klägers leistet die Familie derzeit ersichtlich eine maßgebliche Unterstützung, um die Drogenabhängigkeit zu überwinden. Auf die Bedeutung, die das familiäre Umfeld in diesem Zusammenhang besitzt, hat bereits die von der Strafvollstreckungskammer beauftragte Gutachterin Dr. K. hingewiesen, und der Kläger hat diesen Sachverhalt in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK besagt noch nicht - das ist zur Klarstellung hervorzuheben -, dass die Ausweisung von vornherein unzulässig wäre. Der Eingriff führt vielmehr dazu, dass über die Ausweisung gemäß Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgrund einer einzelfallbezogenen Ge-

samtwürdigung der konkreten Umstände des Falles zu entscheiden ist. Hierfür bietet die Ermessensentscheidung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts einen geeigneten Entscheidungsmodus. Eine solche Ermessensentscheidung ist im Bescheid vom 12.04.2007 nicht getroffen worden. Die Beklagte hat es auch im weiteren Verfahren abgelehnt, eine solche Ermessensentscheidung zu treffen (vgl. Schriftsatz vom 09.04.2009).

5.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass eine zwingende Ausweisung, die in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK eingreift, in jedem Fall einer ergänzenden Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Maßgabe des Schrankenvorbehalts in Art. 8 Abs. 2 EMRK zu unterziehen ist, und zwar auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 56 Abs. 1 AufenthG für einen besonderen Ausweisungsschutz nicht erfüllt sind (OVG Hamburg, U. v. 24.03.2009 - 3 Bf. 166/04 - InfAusIR 2009, 279; OVG Münster, B. v. 26.05.2009 - 18 E 1230/08 - NWVBI 2009, 435; OVG Koblenz, U. v. 04.12.2009 - 7 A 10881/09 - InfAusIR 2010, 144 und U. v. 30.07.2010 - 7 A 11230/09 - juris). Im Falle des Klägers sind gemäß § 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AufenthG die Voraussetzungen für den besonderen Ausweisungsschutz erfüllt; dieser führt dazu, dass die Ausweisungsverfügung keinen rechtlichen Bestand haben kann. Aus diesem Grund kann die Frage, ob die überwiegend vertretene Ansicht sich noch im Rahmen einer methodengerechten Auslegung bewegt - die die Grenze für die Inkorporierung der EMRK in das nationale Recht bildet (BVerfG, B. v. 14.10.2004 - 2 BvR 1481/04 - BVerfGE 111, 307 [317/329] = NJW 2004, 3407 [3408/3411]) - hier dahinstehen.

II.

Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG. Es besteht kein Grund, von der Soll-Regelung, die § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG enthält, abzuweichen (1). Die Erteilung scheidet auch nicht an der Ausschlussregelung des § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG (2).

1.

Gemäß § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG soll einem Ausländer eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 5 oder Abs. 7 vorliegt. Der Kläger erfüllt die Voraussetzungen dieser Vorschrift.

Die Soll-Vorschrift des § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG besagt, dass einem Ausländer regelmäßig eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn das Bundesamt die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Abschiebungsverbots festgestellt hat. Dabei ist die Ausländerbehörde an die Entscheidung des Bundesamtes über das Vorliegen eines Abschiebungsverbots gebunden. Nur in atypischen Fällen steht die Entscheidung über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausnahmsweise in ihrem Ermessen. Ein solcher atypischer Fall kann gegeben sein, wenn das Bundesamt wegen des ursprünglichen Feststellungsbescheids ein Widerrufsverfahren eingeleitet hat. § 25 Abs. 3 AufenthG will gewährleisten, dass Ausländer, die wegen eines vom Bundesamt förmlich festgestellten Abschiebungsverbots auf absehbare Zeit nicht abgeschoben werden oder in einen anderen Staat ausreisen können, zur Vermeidung von Kettenduldungen regelmäßig eine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird, durch die ihr Aufenthalt legalisiert wird. Treten Umstände ein, die Anlass für eine Beendigung des Aufenthalts geben können, entspricht es nicht dem Zweck des Gesetzes, den Aufenthalt des Ausländers durch die Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels zu verfestigen. Hat das Bundesamt ein Verfahren auf Widerruf der Feststellung eines Abschiebungsverbots eingeleitet, kann eine Beendigung des Aufenthalts in Betracht kommen. In einer solchen Konstellation kann ein atypischer Fall i.S.d. § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG gegeben sein. Das bedeutet nicht, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ausscheidet. Die Entscheidung steht dann vielmehr im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörde (BVerwG, U. v. 22.11.2005 - 1 C 18/04 - BVerwGE 124, 326 = InfAusIR 2006, 272).

Im vorliegenden Fall hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mit Bescheid vom 26.07.2007 den Bescheid vom 09.04.1997, mit dem für den Kläger hinsichtlich Afghanistans ein Abschiebungshindernis i.S.v. § 53 Abs. 6 S. 1 AuslG festgestellt worden war, widerrufen. Das Widerrufsverfahren ist noch nicht abgeschlossen; über die im August 2007 beim Verwaltungsgericht erhobene Klage ist noch nicht entschieden. Der Widerrufsbescheid ist zwar erst nach Erlass der ausländerbehördlichen Verfügung vom 12.04.2007 ergangen, mit dem die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis abgelehnt wurde. Für das vorliegende Verwaltungsstreitverfahren, in dem die Sach- und Rechtslage im gegenwärtigen Zeitpunkt maßgeblich ist, ist dieses Widerrufsverfahren zu berücksichtigen. Es führt aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles vorliegend indes nicht dazu, dass die Soll-Regelung des § 25

Abs. 3 S. 1 AufenthG nicht zur Anwendung kommen würde und der Kläger lediglich einen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des behördlichen Ermessens hätte.

Die Annahme eines atypischen Falles bei laufendem Widerrufsverfahren beruht auf der Überlegung, dass aufgrund dieses Verfahrens eine Beendigung des Aufenthalts, d. h. eine Rückkehr des Betroffenen in den Abschiebezielstaat, ernsthaft in Betracht zu ziehen ist. Eine etwaige Aufenthaltsbeendigung würde erschwert, würde dem Betroffenen in dieser Situation die Aufenthaltserlaubnis verlängert werden, wodurch sich sein Aufenthalt weiter verfestigen würde (BVerwG, U. v. 22.11.2005, a.a.O.). Diese Überlegung greift indes im Falle des Klägers nicht durch. Der jetzt 32 Jahre alte Kläger, der sich seit 16 Jahren in Deutschland aufhält und der Afghanistan vor 26 Jahren verlassen hat, ist den dortigen Verhältnissen entwurzelt. Dies ist oben näher dargelegt worden (I. 4.). Diese Entwurzelung stellt, unabhängig von dem Fortbestehen einer Gefahrenlage nach § 60 Abs. 7 S. 1 AufenthG, einen eigenen aufenthaltsrechtlich relevanten Sachverhalt dar. Ob dem Kläger danach ein Aufenthaltsrecht nach § 25 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK zusteht, mag an dieser Stelle dahinstehen (vgl. dazu BVerfG, B. v. 21.02.2011 - 2 BvR 1392/10 - juris; BVerwG, B. v. 19.01.2010 - 1 B 25/09 - NVwZ 2010, 707; U. v. 26.10.2010 - 1 C 18/09 - juris). In jedem Fall begründet die Entwurzelung eine Sondersituation, die dadurch gekennzeichnet ist, dass das Widerrufsverfahren nicht ohne Weiteres als Vorbereitung für eine Aufenthaltsbeendigung betrachtet werden kann. Die maßgebliche Überlegung, die die Herabstufung zu einer Ermessensentscheidung rechtfertigt, entfällt damit. Es besteht kein Grund, von der Regel-Rechtsfolge des § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG ausnahmsweise abzuweichen.

Selbst im Falle einer Herabstufung zur Ermessensentscheidung spräche im Übrigen einiges dafür, dass die Beklagte ihr Ermessen aus den vorstehenden Gesichtspunkten rechtmäßig nur durch Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG ausüben könnte. Die Kettenduldungen, die der Kläger seit April 2007 erhält, werden jedenfalls kaum dem Zweck von § 25 Abs. 3 S. 1 AufenthG sowie den besonderen Umständen, die in seinem Fall gegeben sind, gerecht.

2.

Der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis steht auch nicht § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG entgegen.

Gemäß § 25 Abs. 3 S. 2 AufenthG wird die Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt, wenn die Ausreise in einen anderen Staat möglich und zumutbar ist, der Ausländer wiederholt und gröblich gegen entsprechende Mitwirkungspflichten verstößt oder schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Ausländer

- a) ein Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit im Sinne der internationalen Vertragswerke begangen hat, die ausgearbeitet worden sind, um Bestimmungen bezüglich dieser Verbrechen festzulegen,
- b) eine Straftat von erheblicher Bedeutung begangen hat,
- c) sich Handlungen zu Schulden kommen ließ, die den Zielen und Grundsätzen der Vereinten Nationen, wie sie in der Präambel und den Art. 1 und 2 der Charta der Vereinten Nationen verankert sind, zuwider laufen, oder
- d) eine Gefahr für die Allgemeinheit oder eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellt.

Dass dem Kläger die Ausreise in einen anderen Staat möglich oder zumutbar wäre, ist nicht erkennbar. Die Beklagte hat hierfür jedenfalls nichts vorgetragen.

Es kann ebenfalls nicht angenommen werden, dass einer der unter Buchstabe a) bis d) genannten Ausschlussgründe erfüllt ist.

Der Kläger hat keine Straftat von erheblicher Bedeutung i.S.v. § 25 Abs. 3 S. 2 Buchst. b) AufenthG begangen. Für die Auslegung des Begriffs der Straftat von erheblicher Bedeutung ist zu berücksichtigen, dass mit § 25 Abs. 3 S. 2 Buchst. a) bis d) AufenthG die Ausschlussstatbestände des Art. 17 Abs. 1 QualifikationsRL (Richtlinie 2004/83/EG vom 29.04.2004) in das deutsche Recht umgesetzt werden sollten. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz des Bundesministers des Inneren vom 26.10.2009 (GMBI 2009, S. 878) - VV-AufenthG - weist ausdrücklich darauf hin (vgl. Ziff. 25.3.7.1;

25.3.8). Ob die gewählte Umsetzung systematisch zwingend war, mag fraglich sein. Bei Art. 17 QualifikationsRL geht es um den Ausschluss vom subsidiären Schutzstatus - und das bedeutet den Ausschluss vom Abschiebungsschutz. § 25 Abs. 3 AufenthG regelt demgegenüber den Aufenthaltstitel nach Zuerkennung des subsidiären Schutzstatus - hat also mit Abschiebungsschutz direkt nichts zu tun, sondern betrifft die Frage der Verfestigung des Aufenthalts. Das nationale Recht sieht damit vor, dass die unionsrechtlichen Kriterien für einen Ausschluss vom Schutzstatus auf der Ebene des Aufenthaltstitels rechtlich relevant werden. Das ändert aber nichts daran, dass mit dieser Regelung, die auf Empfehlung des Vermittlungsausschusses in das Aufenthaltsgesetz aufgenommen worden ist (vgl. BT-Drs. 15/3479, S. 5), auf Art. 17 Abs. 1 QualifikationsRL inhaltlich Bezug genommen werden soll.

§ 25 Abs. 3 S. 2 Buchst. a), c) und d) AufenthG sind praktisch mit Art. 17 Abs. 1 Buchst. a), c) und d) der Richtlinie wortgleich. Unter Buchst. b) heißt es im Aufenthaltsgesetz „Straftaten von erheblicher Bedeutung“, während die QualifikationsRL von „schweren Straftaten“ spricht („serious crimes“, vgl. dazu Hailbronner (Editor), EU Immigration and Asylum Law - Commentary -, 2010, S. 1157). Dass damit - im Unterschied zu den Buchstaben a), c) und d) - die rechtlichen Anforderungen gegenüber der unionsrechtlichen Vorgabe abgesenkt werden sollten, ist nicht erkennbar (Dienelt in: Renner, Ausländerrecht, 2011, § 25 Rn. 50). Die Absicht des Gesetzgebers, mit § 25 Abs. 3 S. 2 Buchstabe a) bis d) AufenthG die Ausschlussgründe des Art. 17 Abs. 1 QualifikationsRL umzusetzen, spricht gegen eine solche Unterscheidung. Das Aufenthaltsgesetz weicht insofern lediglich redaktionell von der Richtlinie ab (Hailbronner, Ausländerrecht, § 25 Rn. 69 - Stand Februar 2008). Eine Straftat ist deshalb von erheblicher Bedeutung, wenn sie schwer i.S.v. Art. 17 Abs. 1 Buchstabe b) QualifikationsRL ist, wobei die Einstufung als Verbrechen für sich allein noch nicht ausreicht, um diese Voraussetzung zu erfüllen (Hailbronner (Editor), a.a.O., S. 1158). Sie muss im Ergebnis den Rechtsfrieden und die Rechtssicherheit berühren (vgl. VGH Mannheim, U. v. 22.07.2009 - 11 S 1622/07 - juris). Der VV-AufenthG ist darin zu folgen, dass Kapitalverbrechen wie Mord und Totschlag, daneben aber auch Raub und Kindesmissbrauch, Entführung, schwere Körperverletzung und Drogenhandel unter den Ausschlussstatbestand fallen. Allerdings kann dabei der in den Strafvorschriften jeweils enthaltene Strafrahmen nicht unberücksichtigt bleiben. Ist dieser weit und schöpft der Strafrichter ihn aufgrund der konkreten Umstände des Falles nur in geringem Umfang aus, kann nicht von einer schweren Straftat ausgegangen werden.

Nach diesem Maßstab kann die Straftat, die zur Verurteilung durch das Landgericht Bielefeld vom 23.09.2004 geführt hat, nicht als erhebliche Straftat i.S.v. § 25 Abs. 3 S. 2 Buchst. b) AufenthG betrachtet werden. Das Strafgericht hat seinerzeit den Strafrahmen (1 Jahr bis 15 Jahre) bei weitem nicht ausgeschöpft. Es hat für die Ende 2000/Anfang 2001 begangene Straftat eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten angesetzt, das Strafmaß von insgesamt 2 Jahren und 9 Monaten ist durch Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe zustande gekommen. Das Gericht hat seinerzeit die Art des Delikts - Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge Kokain - als belastenden Gesichtspunkt gewürdigt, hat andererseits aber auch aufgrund der konkreten Tatumstände sowie des nachfolgenden Verhaltens verschiedene Faktoren zugunsten des Klägers berücksichtigt. Nach der strafrichterlichen Würdigung, von der abzuweichen der Senat keinen Anlass sieht, kann die Straftat nicht als schwer im Sinne der Qualifikationsrichtlinie betrachtet werden.

Weiterhin kann auch nicht angenommen werden, dass gemäß § 25 Abs. 3 S. 2 Buchst. d) AufenthG schwerwiegende Gründe die Annahme rechtfertigen, dass der Kläger eine Gefahr für die Allgemeinheit oder eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland darstellt. Dass vom Kläger derzeit die ernsthafte Gefahr einer erneuten Verstrickung in den Rauschgifthandel ausgeht, kann nicht angenommen werden. Auf die Ausführungen unter I. 3. wird Bezug genommen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 und 2 VwGO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf §§ 167 VwGO, § 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil Revisionszulassungsgründe (vgl. § 132 Abs. 2 VwGO) nicht gegeben sind.

Rechtsmittelbelehrung

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils beim

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen,
(Tag-/Nachtbriefkasten Justizzentrum Am Wall im Eingangsbereich)

einulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Hochschule eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz, der die Befähigung zum Richteramt besitzt, als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

gez. Göbel

gez. Prof. Alexy

gez. Traub

Beschluss

**Der Streitwert wird für die Verfahren 1 A 306/10 und 1 A 307/10
auf zusammen 10.000,00 Euro festgesetzt.**

Das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - :
Bremen, den 10. Mai 2011

gez. Göbel

gez. Prof. Alexy

gez. Traub