



## Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 1 B 140/10**  
(VG: 4 V 1957/09)

### **Beschluss In der Verwaltungsrechtssache**

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch Richter Göbel, Richter Prof. Alexy und Richterin Dr. Jörgensen am 17.09.2010 beschlossen:

**Der Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen - 4. Kammer - vom 24.04.2010 über die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird – mit Ausnahme der darin enthaltenen Streitwertfestsetzung – aufgehoben.**

**Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 13.11.2009 wird hinsichtlich der Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis angeordnet und hinsichtlich der Androhung der Abschiebung wiederhergestellt.**

**Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller eine Fiktionsbescheinigung entsprechend § 81 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.**

**Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.**

**Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,00 Euro festgesetzt.**

**Der Antrag, dem Antragsteller für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe zu bewilligen und Rechtsanwalt S. zur Vertretung beizuordnen, wird abgelehnt.**

#### Gründe:

A.

Der 1987 geborene Antragsteller ist serbischer Staatsangehöriger. Er war im Besitz einer am 24.11.2008 ausgestellt und bis zum 31.08.2009 befristeten slowenischen Aufenthaltserlaubnis zu Studienzwecken. Am 04.04.2009 heiratete er in Serbien eine 1990 geborene serbische Staatsangehörige, die seit 2006 in Bremen lebt und über eine bis zum 10.04.2011 befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG verfügt. Die Ehefrau absolviert eine Ausbildung zur medizinischen Fachangestellten und geht daneben einer Halbtagsbeschäftigung bei einem Bauunternehmen nach. Der Antragsteller reiste seinen Angaben zufolge am 27.05.2009 in das Bundesgebiet ein. Am 29.05.2009 beantragte er eine

...

Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug. Die Antragsgegnerin stellte ihm am 06.07.2009 eine Fiktionsbescheinigung aus, die in der Folgezeit bis zum 31.12.2009 verlängert wurde. Bei seiner Einreise hatte der Antragsteller keine deutschen Sprachkenntnisse; am 03.11.2009 vermerkte die zuständige Sachbearbeiterin der Antragsgegnerin, dass der Antragsteller nunmehr über einfache deutsche Sprachkenntnisse verfüge. Mit Verfügung vom 13.11.2009 lehnte die Antragsgegnerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab und drohte unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung die Abschiebung des Antragstellers nach Serbien für den Fall an, dass der Antragsteller nicht binnen eines Monats nach Zustellung der Verfügung ausgereist sei. Über den Widerspruch des Antragstellers ist noch nicht entschieden.

Seinen Antrag, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen diese Verfügung anzuordnen bzw. wiederherzustellen, hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 23.04.2010 ebenso abgelehnt wie sein Begehren, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller eine Fiktionsbescheinigung in Form einer Verfahrensfiktion entsprechend § 81 Abs. 5 AufenthG zu erteilen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht u. a. ausgeführt: Die Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis sei offensichtlich rechtmäßig. Zwar verfüge der Antragsteller über die erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache, zumal er inzwischen auch das entsprechende Zertifikat des Goethe-Instituts erworben habe. Eine Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug könne aber nicht erteilt werden, weil der Lebensunterhalt der Eheleute nicht gesichert sei. Die Ehefrau des Antragstellers erziele ein monatliches Nettoeinkommen von 1.231,85 Euro, das sich aus einer Ausbildungsvergütung von 456,46 Euro, einem Arbeitseinkommen von 612,39 Euro und dem von der Mutter an die Ehefrau weitergeleiteten Kindergeld von 164,00 Euro zusammensetze. Dem stehe ein Bedarf von 1.323,15 Euro gegenüber, der sich aus den Regelsätzen von 646,00 Euro, den Kosten der Unterkunft von 397,15 Euro und den Freibeträgen nach § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II und § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i. V. m. § 30 SGB II in Höhe von 280,00 Euro errechne. Es liege somit eine Unterdeckung in Höhe von 91,30 Euro vor; sie wäre auch nicht ausgeglichen, wenn das Weihnachtsgeld der Ehefrau mit monatlich ca. 34,00 Euro in Ansatz gebracht werde.

Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller fristgerecht Beschwerde eingelegt. Innerhalb der gesetzlichen Begründungsfrist hat er vorgetragen: Die Einkommensberechnung sei fehlerhaft. Das Kindergeld betrage nicht 164, sondern – wenn wie hier drei Kinder vorhanden seien – 184 für die ersten beiden und 190 Euro für das dritte Kind; die Ehefrau erhalte ein Drittel der Gesamtsumme, so dass 186 Euro anzusetzen sei. Außerdem seien die in der Verdienstbescheinigung nachgewiesenen vermögenswirksamen Leistungen in Höhe von 67 Euro als Einkommen anzusetzen. Schließlich seien Steuererstattungen zu berücksichtigen, die die Ehefrau wegen der Einstufung ihrer Arbeitstätigkeit in die Steuerklasse VI zu erwarten habe. Nach Ablauf der Begründungsfrist hat der Antragsteller am 11.06.2010 vorgetragen, dass sich das Arbeitseinkommen ausweislich der Verdienstbescheinigungen für Mai 2010 von 612,39 auf 719,73 netto monatlich erhöht habe. Im weiteren Verlauf des Verfahrens hat er entsprechende Bescheinigungen für Juni und Juli 2010 vorgelegt.

B.

Die Beschwerde ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat es zu Unrecht abgelehnt, dem Begehren des Antragstellers auf vorläufigen Rechtsschutz zu entsprechen.

I.

Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die Verfügung vom 13.11.2009 ist anzuordnen bzw. wiederherzustellen, weil die Ablehnung der Aufenthaltserlaubnis und die Androhung der Abschiebung einer rechtlichen Überprüfung nicht standhalten.

1.

Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, erfüllt der Antragsteller die in § 30 Abs. 1 Satz 1 AufenthG normierten Voraussetzungen für einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis; das gilt insbesondere für den Nachweis der Fähigkeit, sich zumindest auf einfache Art in deutscher Sprache verständigen zu können. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht auch angenommen, dass die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis zusätzlich von der Erfüllung der in § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG geregelten allgemeinen Erteilungsvoraussetzung der Sicherung des Lebensunterhalts abhängt; dies gilt allerdings nur „in der Regel“.

a)

Das Verwaltungsgericht hat zu Unrecht angenommen, der Antragsteller und seine Ehefrau könnten ihren Lebensunterhalt nicht ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel bestreiten (§ 2 Abs. 3 Satz 1 AufenthG), weil das Einkommen der Eheleute ihren Bedarf unterschreite. Zwar hat das Verwaltungsgericht der Ermittlung des Einkommens zu Recht die Regelungen des § 11 SGB II zugrunde gelegt (vgl. BVerwG, Urt. v. 26.08.2008 – 1 C 32.07 –, BVerwGE 131, 370 = NVwZ 2009, 248, Rn 19; Urt. v. 07.04.2009 – 1 C 17.08 –, BVerwGE 133, 329 = NVwZ 2010, 262, Rn 29). Die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Berechnung des Einkommens, die auf den Monat Januar 2010 abstellt, ist aber fehlerhaft.

aa)

Zu Recht weist die Beschwerde darauf hin, dass das Kindergeld, das als Einkommen der Ehefrau des Antragstellers zu berücksichtigen ist (§ 11 Abs. 1 Satz 3 SGB II), seit dem 01.01.2010 nicht mehr 164, sondern 184 Euro für das erste und zweite Kind beträgt (Art. 8 Nr. 1 i. V. m. Art. 15 Abs. 3 des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes vom 22.12.2009, BGBl S. 3950). Zutreffend ist auch der Hinweis der Beschwerde, dass das Kindergeld für das dritte Kind 190 Euro beträgt und bei drei Kindern die Gesamtsumme des Kindergelds gleichmäßig auf alle Kinder aufzuteilen ist (vgl. die bei *Brühl*, in: Münder (Hg.), LPK-SGB II, 3. Aufl. 2009, Rn 31 zu § 11 zitierte Dienstanweisung der Bundesagentur für Arbeit). Das Kindergeld der Ehefrau des Antragstellers ist daher bei der Ermittlung ihres Einkommens mit 186 Euro zu berücksichtigen. Dadurch vermindert sich die vom Verwaltungsgericht ermittelte Unterdeckung von 91,30 um 22 Euro.

bb)

Zutreffend ist auch der Einwand des Antragstellers, das Verwaltungsgericht habe nicht die einbehaltene Lohnsteuer in Höhe von 107,00 Euro und den entsprechenden Solidaritätsbeitrag von 5,20 Euro vom Einkommen absetzen dürfen, weil diese nur wegen der Zuordnung zur Steuerklasse VI einbehalten und beim Lohnsteuerjahresausgleich zurückzuerstatten seien.

(1)

Der Abzug der Lohnsteuer vom Arbeitslohn ist der Sache nach eine Vorauszahlung auf die nach Ablauf des Kalenderjahres entstehende und auf die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit entfallende Einkommenssteuerschuld (vgl. *Drenseck*, in: Schmidt (Hg.), EStG, 28. Aufl. 2009, Rn 1 zu § 38 m.w.Nwn.). Wird mehr Lohnsteuer einbehalten als an Einkommenssteuer geschuldet wird, sind die überzahlten Beträge zu erstatten. Zu einer solchen Überzahlung kommt es regelmäßig, wenn der Arbeitnehmer in die Lohnsteuerklasse VI eingereiht wird. Die Steuerklasse VI gilt für Arbeitnehmer, die

nebeneinander von mehreren Arbeitgebern Arbeitslohn beziehen, für die Einbehaltung der Lohnsteuer vom Arbeitslohn aus dem zweiten Arbeitsverhältnis (§ 38b Satz 1 Nr. 6 EStG). Da die Einkünfte aus dem ersten Dienstverhältnis und damit das der Einkommenssteuer zugrunde zu legende Gesamteinkommen nicht bekannt sind, wird in der Lohnsteuerklasse VI zunächst mehr Lohnsteuer einbehalten als in den anderen Lohnsteuerklassen.

Im Fall der Ehefrau des Antragstellers hat die Einreihung in die Lohnsteuerklasse VI zur Folge, dass Lohnsteuer einbehalten wird, obwohl die Einkommenssteuerschuld der Eheleute am Jahresende Null betragen wird, wenn keine gravierende Änderung der Einkommensverhältnisse eintritt. Wird das im Januar erzielte Bruttoeinkommen der Ehefrau mit 12 multipliziert, ergibt sich ein Gesamtbetrag von 17.784,00 Euro. Diese Einkünfte sind u. a. um die Sonderausgaben zu vermindern, um das steuerpflichtige Einkommen zu ermitteln, das die Bemessungsgrundlage für die tarifliche Einkommenssteuer ergibt (§ 2 Abs. 4 und 5 EStG). Als Sonderausgaben sind hier zumindest die Sozialversicherungsbeiträge zu berücksichtigen (§ 10 Abs. 1 EStG). Rechnet man die entsprechenden Abzüge aus Januar 2010 auf das Jahr um, sind 3.596,88 Euro von den Einkünften abzuziehen. Daraus ergibt sich ein steuerpflichtiges Einkommen von 14.187,12 Euro. Bei Ehegatten, die nach den §§ 26, 26b EStG zusammen zur Einkommenssteuer veranlagt werden, fällt für ein Einkommen bis zu 15.668 Euro (zweifacher Grundbetrag) keine Einkommenssteuer an (§ 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, Abs. 5 EStG). Diese Schwelle wird vom Antragsteller und seiner Ehefrau auch dann nicht erreicht, wenn zusätzlich noch ein Weihnachtsgeld von 572,00 Euro brutto berücksichtigt wird.

Ein Lohnsteuerabzug fände im Übrigen nicht statt, wenn das Arbeitseinkommen der Ehefrau nicht in zwei, sondern in einem Arbeitsverhältnis erzielt und die Lohnsteuer einheitlich nach der für die Lohnsteuerklasse III geltenden Tabelle ermittelt würde. Die Monatslohnsteuertabellen sehen einen Abzug in dieser Steuerklasse erst ab einem Bruttolohn von 1.683,00 Euro vor. Der Abzug der Lohnsteuer vom Einkommen der Ehefrau des Antragstellers hat seine Ursache daher einzig und allein darin in der ungünstigen Gestaltung der Steuervorauszahlung für das zweite Arbeitsverhältnis, die ohne Rücksicht auf die tatsächliche Steuerschuld erfolgt.

(2)

Bei der Ermittlung des Monatseinkommens nach § 11 SGB II wird dieser Besonderheit zunächst nicht Rechnung getragen. Abzusetzen sind nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 die auf das Einkommen (tatsächlich) entrichteten Steuern. Dazu gehört die einbehaltene Lohnsteuer unabhängig davon, ob sie später wieder erstattet wird. Dieses – im Sozialrecht für den Hilfesuchenden günstige – Ergebnis wird dadurch korrigiert, dass die im Folgejahr erfolgende Steuerrückerstattung zum Zeitpunkt ihres Zuflusses als berücksichtigungsfähiges Einkommen herangezogen wird (vgl. zuletzt BSG, Urt. v. 30.09.2008 – B 4 AS 29/07 R – BSGE 101, 291 = NJW 2009, 2155). Gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 Arbeitslosengeld II/Sozialgeld-Verordnung sind die in der Rückerstattung liegenden Einnahmen auf einen angemessenen Zeitraum aufzuteilen und monatlich mit einem entsprechenden Teilbetrag zu berücksichtigen (vgl. auch dazu das soeben zitierte Urteil des BSG).

Eine vollständige Anwendung des § 11 SGB II auf die Ermittlung des für die Sicherung des Lebensunterhalts maßgeblichen Einkommens kann also die Steuerrückerstattung nicht vernachlässigen, sondern müsste die für das Vorjahr gewährte Erstattung auf den Erstattungsmonat und die darauf folgenden elf Monate aufteilen und die entsprechenden Teilbeträge als Einkommen berücksichtigen. Eine solche Berechnung fehlt hier. Sie kann auch, da sie weitere Ermittlungen erfordert, im Rahmen des Eilverfahrens nicht angestellt werden und muss ggf. im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden. Nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand ist es überwiegend wahrscheinlich, dass eine solche

Neuberechnung dazu führt, dass das Einkommen der Ehefrau des Antragstellers über dem vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegten Bedarf liegt.

Der Senat verhehlt nicht, dass die Orientierung an den Vorschriften des SGB II für die aufenthaltsrechtliche Klärung der Sicherung des Lebensunterhalts auch im Hauptsacheverfahren zu einem Ermittlungsaufwand führt, der im Hinblick auf die Notwendigkeit einer zeitnahen Entscheidung und die Praktikabilität des Verfahrens an Grenzen stößt. Er hält es deshalb für vorzugswürdig, den Besonderheiten, die sich aus der Einreihung in die Lohnsteuerklasse VI führen, auf andere Weise Rechnung zu tragen:

(3)

Die Sicherung des Lebensunterhalts muss – anders als vom Verwaltungsgericht angenommen – nicht in jedem Fall zwingend, sondern nur „in der Regel“ erfüllt sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 26.06.2008 – 1 C 32.07 –, BVerwGE 131, 370 = NVwZ 2009, 248, Rn 27; Urt. v. 07.04.2009 – 1 C 17.08 –, BVerwGE 133, 329 = NVwZ 2010, 262, Rn 36), der das Oberverwaltungsgericht insoweit folgt, ist es geboten, von der Regelerteilungsvoraussetzung der Lebensunterhaltssicherung abzusehen, wenn besondere, atypische Umstände vorliegen, die einen Ausnahmefall begründen, weil sie das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelung beseitigen. Ein solcher Ausnahmefall liegt hier darin begründet, dass die Leistungsfähigkeit des Antragstellers und seiner Ehefrau auch unter Berücksichtigung der von ihnen zu entrichtenden Einkommenssteuer ausreicht, um den Lebensunterhalt zu sichern, das dafür erforderliche Einkommen aber zeitweise nur deshalb nicht erreicht wird, weil ein Teil des Einkommens als Steuervorauszahlung einbehalten wird, obwohl absehbar ist, dass eine Einkommensteuerschuld nicht entsteht und die Vorauszahlung zu erstatten ist. Die Möglichkeit der Inanspruchnahme öffentlicher Mittel, die durch die Regelvoraussetzung verhindert werden soll, wird also nur vorübergehend und nur dadurch herbeigeführt, dass das Einkommen der Eheleute für ein – wirtschaftlich gesprochen – zwangsweise zu entrichtendes Darlehen zugunsten der öffentlichen Kassen in Anspruch genommen wird. Im Ergebnis tritt eine Belastung öffentlicher Kassen nicht ein. Die Versagung der Aufenthaltserlaubnis zum Ehegattennachzug auch in einem solchen Fall entspricht nicht Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung und entbehrt der Rechtfertigung im Hinblick auf den Schutz von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG. Es liegt deshalb ein Ausnahmefall vor, der dazu zwingt, von der Regelerteilungsvoraussetzung abzusehen.

(4)

Nur eine solche Betrachtungsweise wird schließlich auch der Richtlinie 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung gerecht, die durch die hier anzuwendenden Vorschriften umgesetzt wird. Danach dürfen die Mitgliedstaaten zwar verlangen, dass der Ausländer, dessen Ehegatte nachziehen will, über feste und regelmäßige Einkünfte verfügt, die ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfeleistungen für seinen eigenen Lebensunterhalt und den seines Ehegatten ausreichen (Art. 7 Abs. 1 Buchst. c Satz 1 RL 2003/86). Der dadurch eröffnete Handlungsspielraum darf von den Mitgliedstaaten aber nicht in einer Weise genutzt werden, die das Richtlinienziel – die Begünstigung der Familienzusammenführung – und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen würde (EuGH, Urt. v. 04.03.2010 – C-578/08 – Chakroun – NVwZ 2010, 697, Rn 43, 47). Die Mitgliedstaaten dürfen sich deshalb von Richtbeträgen leiten lassen, sie bleiben aber zu einer konkreten Prüfung der Situation des einzelnen Antragstellers verpflichtet (EuGH, a. a. O., Rn 48; zu den Konsequenzen dieses Urteils vgl. auch *Fricke*, ZAR 2010, 253 <257>).

cc)

Führt schon die angemessene Würdigung des Lohnsteuerabzugs dazu, dass das Einkommen des Antragstellers und seiner Ehefrau über dem vom Verwaltungsgericht angenommenen

Bedarf liegt, braucht nicht mehr entschieden zu werden, ob auch, wie der Antragsteller meint, vermögenswirksame Leistungen als Einkommen zu berücksichtigen sind. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist eine Berücksichtigung dieser Leistungen nicht von vornherein ausgeschlossen. Wie das Bundessozialgericht entschieden hat (Urt. v. 27.02.2008 – B 14/7b AS 32/06 R –, BSGE 100, 83), sind zumindest die Eigenleistungen nicht vom Einkommen abzusetzen. Zweifel bestehen hier aber insofern, als sich aus der vorgelegten Verdienstbescheinigung jedenfalls nicht eindeutig ergibt, dass es sich um vermögenswirksame Leistungen handelt, denn der einbehaltene Betrag ist nicht in der Zeile „VWL abgeführt“, sondern in der Zeile „Zukunfts. abgeführt“ eingetragen. Ob es sich dabei um geförderte Altersvorsorgebeiträge nach § 82 EStG handelt, die nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB II vom Einkommen abzusetzen sind, soweit sie den Mindesteigenbeitrag nach § 86 EStG nicht überschreiten, lässt sich anhand der Verdienstbescheinigung nicht feststellen.

b)

Stellt die Widerspruchsbehörde Neuberechnungen zur Sicherung des Lebensunterhalts an, wird sie auch zu berücksichtigen haben, dass sich das von der Ehefrau erzielte Arbeitseinkommen seit Mai 2010 deutlich erhöht hat. Sie wird sich auch damit auseinandersetzen müssen, ob es zulässig ist, vom Einkommen der Ehefrau des Antragstellers Freibeträge nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 i. V. m. § 30 SGB II und § 11 Abs. 2 Satz 2 SGB II abzusetzen. Das Verwaltungsgericht hat einen solchen Abzug – in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 26.06.2008 – 1 C 32.07 –, BVerwGE 131, 370 = NVwZ 2009, 248, Rn 26) – vorgenommen und insgesamt 280 Euro vom Einkommen der Ehefrau abgesetzt. Durch das Urteil des EuGH vom 04.03.2010 (C-578/08 – Chakroun – NVwZ 2010, 697) dürfte geklärt sein, dass ein derartiger Abzug mit den Vorgaben der Richtlinie 2003/86 nicht vereinbar ist (vgl. *Marx*, ZAR 2010, 222 <226f.>; krit. auch *Huber*, NVwZ 2010, 701 f.; für eine Überprüfung durch den Gesetzgeber *Dörig*, NVwZ 2010, 921 <925>).

2.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin scheidet die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis nicht daran, dass der Antragsteller nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist ist (§ 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG). Zwar müssen auch Inhaber eines von einem anderen Staat ausgestellten Schengen-Visums für einen längerfristigen Aufenthalt im Bundesgebiet das erforderliche nationale Visum vor der Einreise einholen (§ 6 Abs. 4 Satz 1 AufenthG). Nach § 39 Nr. 6 AufenthV kann ein Ausländer aber abweichend davon einen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet einholen oder verlängern lassen, wenn er einen von einem anderen Schengen-Staat ausgestellten Aufenthaltstitel besitzt und auf Grund dieses Aufenthaltstitels berechtigt ist, sich im Bundesgebiet aufzuhalten, sofern – wie hier – die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt sind. An der Berechtigung des Antragstellers, sich aufgrund des ihm erteilten slowenischen Visums im Bundesgebiet aufzuhalten, besteht kein Zweifel (vgl. Art. 21 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen); auch die Antragsgegnerin ist von dieser Berechtigung ausgegangen, als sie dem Antragsteller aufgrund seines Antrags Fiktionsbescheinigungen ausstellte.

II.

Die Antragsgegnerin ist im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller eine Fiktionsbescheinigung entsprechend § 81 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.

1.

Der Antragsteller hat einen Anspruch auf eine solche Bescheinigung.

a)

Der Aufenthalt des Antragstellers galt nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG bis zur ablehnenden Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis führt – jedenfalls nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 01.02.2000 – 1 C 14.99 – NVwZ-RR 2000, 540; anders noch Urt. v. 03.06.1997 – 1 C 7.96 – NVwZ 1998, 185 <187>) – nicht dazu, dass die Fiktionswirkung des Antrags wiederauflebt. Der Widerspruch gegen die Versagung der Aufenthaltserlaubnis lässt zwar die Wirksamkeit der Versagung unberührt (§ 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG); es entfällt aber ihre Vollziehbarkeit. Die verfassungsrechtliche Funktion der aufschiebenden Wirkung, effektiven vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren, verbietet, aus dem angefochtenen Verwaltungsakt für den Antragsteller nachteilige rechtliche Folgerungen zu ziehen (vgl. *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008, Rn 631 m.w.Nwn.). Der Antragsteller ist daher, wie § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG ausdrücklich bestimmt, nicht vollziehbar ausreisepflichtig. Er ist vielmehr so zu behandeln, als wenn die Fiktionswirkung noch fortbestünde (VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 20.11.2007 – 11 S 2364/07 – InfAusIR 2008, 81 <82>; BayVGh, Beschl.v. 18.09.2009 – 19 CE 09.2038 – <juris>). Dieser „Verfahrens-Fiktion“ (BayVGh, a. a. O.) wird durch eine bloße Duldung, wie sie die Antragsgegnerin für ausreichend hält, nicht hinreichend Rechnung getragen. Würde der Antragsteller lediglich geduldet, bliebe sein weiterer Aufenthalt für die Dauer des Hauptsacheverfahrens trotz des Vollzugaufschubs unerlaubt und auf Zeiten eines rechtmäßigen Aufenthalts nicht anrechenbar (vgl. *Hailbronner*, AusIR, <Stand Februar 2010>, Rn 18 zu § 81 AufenthG). Die Duldung ist zudem räumlich auf das Gebiet des Landes beschränkt (§ 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG).

b)

Gilt der Aufenthalt des Antragstellers weiterhin als erlaubt, ist ihm nach § 81 Abs. 5 AufenthG eine Bescheinigung darüber auszustellen. Der Anwendung dieser Vorschrift steht nicht entgegen, dass Bescheinigungen nach § 81 Abs. 5 AufenthG gemäß § 78 Abs. 7 nach einheitlichem Vordruckmuster ausgestellt werden und der Trägervordruck nach Anlage D3 zu § 58 Satz 1 Nr.3 AufenthV – anders als das Klebeetikett – nur die Fiktionswirkung bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde über den Antrag auf Erteilung des Aufenthaltstitels bescheinigt. Die Einheitlichkeit des durch Rechtsverordnung ausgestalteten Vordrucks ist kein Selbstzweck – dies zeigt schon der für „Nebenbestimmungen“ freigehaltene Raum –, sondern hat sich den Notwendigkeiten des durch Gesetz geregelten materiellen Aufenthaltsrechts und der verfassungsrechtlich verbürgten Effektivität des Rechtsschutzes unterzuordnen. Die Antragsgegnerin ist deshalb nicht gehindert, sondern verpflichtet, eine Bescheinigung auszustellen, aus der hervorgeht, dass der Aufenthalt des Antragstellers für die Dauer der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs als erlaubt gilt (vgl. auch BayVGh, Beschl. v. 18.09.2009 – 19 CE 09.2038 – <juris>).

2.

Dem Antragsteller steht auch ein Anordnungsgrund zur Seite. Zwar hat die Fiktionsbescheinigung nur deklaratorische Bedeutung (Beschl. des Senats vom 08.01.2004 – 1 B 411/03 –, InfAusIR 2004, 154 <156>, *Hailbronner*, AusIR <Stand Februar 2010>, Rn 42 zu § 81 m.w.Nwn.). Das Dokument ist aber notwendig und geeignet, den Antragsteller vor unberechtigten Maßnahmen der Polizei- und Ordnungsbehörden etwa beim Überschreiten der Landesgrenze zu bewahren (vgl. VGh Baden-Württemberg, Beschl. v. 17.06.2010 – 11 S

1050/10 –, InfAusIR 2010, 355 <356>; siehe auch den Beschl. des Senats vom 31.07.2009 – 1 B 169/09 – NVwZ-RR 2010, 256). Der Erlass einer einstweiligen Anordnung ist deshalb geboten, um wesentliche Nachteile vom Antragsteller abzuwenden (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 3, 52 Abs. 1 GKG.

C.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist abzulehnen, weil der Antragsteller nicht die nach § 166 VwGO i. V. m. § 117 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 und 4 ZPO zwingend vorgeschriebene Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse vorgelegt hat.

gez. Göbel

gez. Alexy

gez. Dr. Jörgensen