

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof München

Beschluss vom 28.09.2012

T e n o r

I. Unter Abänderung der Nr. I. des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 30. Mai 2012 wird die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die Nr. 3 des Bescheides der Antragsgegnerin vom 8. Februar 2012 angeordnet. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

III. Unter Abänderung der Nr. II. des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 30. Mai 2012 trägt der Antragsteller 2/3, die Antragsgegnerin 1/3 der Kosten des Verfahrens der ersten Instanz. Der Antragsteller und die Antragsgegnerin tragen jeweils die Hälfte der Kosten des Beschwerdeverfahrens.

IV. Unter Abänderung der Nr. III. des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 30. Mai 2012 wird der Streitwert für das Verfahren in der ersten Instanz auf 7.500 Euro festgesetzt. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller reiste am 14. März 2002 in das Bundesgebiet ein und betrieb zunächst ein Asylverfahren. Das Asylverfahren ist seit 11. September 2002 rechtskräftig negativ abgeschlossen. In der Folgezeit erhielt der Antragsteller Duldungen, weil er wegen ärztlich attestierter Depressionen nicht abgeschoben werden konnte.

Die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens und die Abänderung der Feststellungen des ursprünglichen Bescheids bezüglich der Feststellungen zu § 53 Abs. 1 bis 6 AuslG lehnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mit Bescheid vom 7. April 2006 ab. Die Ausländerbehörde teilte dem Antragsteller daher mit, dass die Duldung über den 30. Mai 2006 hinaus nicht verlängert werde. Da sich der Antragsteller weiterhin auf ein Ausreisehindernis wegen einer schweren depressiven Episode berief, verlängerte die Antragsgegnerin wiederholt die Ausreisefrist.

Am 20. November 2006 teilte der Antragsteller der Antragsgegnerin mit, dass er beabsichtige, Frau T. zu heiraten, und die für die Anmeldung der Eheschließung erforderlichen Unterlagen eingereicht seien. Am 20. November 2006 stellte die Antragsgegnerin dem Antragsteller erneut eine Duldung aus, die zunächst bis 4. Mai 2007 verlängert wurde.

Am 5. April 2007 heiratete der Antragsteller die deutsche Staatsangehörige W. und beantragte am 25. April 2007 bei der Ausländerbehörde, in deren Zuständigkeitsbereich er verzogen war, die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Familienzusammenführung. Die Ehegatten erklärten, dass sie seit 1. April 2007 einen

gemeinsamen Hausstand führten und in ehelicher Lebensgemeinschaft lebten. Wegen eines Scheineheverdachts führte die zuständige Ausländerbehörde eine getrennte Befragung der Ehegatten durch und kam zum Ergebnis, dass aufgrund der von den Eheleuten gemachten Angaben eine Scheinehe nicht nachgewiesen werden könne. Dem Antragsteller wurde daraufhin am 2. Juli 2007 eine bis 5. April 2008 gültige Aufenthaltserlaubnis erteilt.

Seit 1. August 2007 ist der Antragsteller bei einem Arbeitgeber im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin beschäftigt.

Eine von der Ausländerbehörde veranlasste Nachschau durch die Polizeiinspektion F. (30. November 2007) führte zu dem Ergebnis, dass der Antragsteller unter der angegebenen Anschrift zusammen mit seiner Ehefrau ein Einzimmerapartment bewohnt. Die Ehefrau gab diesbezüglich an, dass sich der Antragsteller die ganze Woche in M. aufhalte, wo er arbeite, er würde bei seinem Bruder übernachten. Am Wochenende würde der Antragsteller bei ihr wohnen. Für das Vorliegen einer Scheinehe ergaben sich keine verwertbaren Erkenntnisse.

Im Februar 2008 befragte die Polizeiinspektion auf Veranlassung der Ausländerbehörde die Nachbarn des Antragstellers und seiner Ehefrau. Ein Nachbar sagte aus, dass er den Antragsteller gelegentlich sehe. Er wisse, dass der Antragsteller in M. arbeite. Gelegentlich sehe er sein Auto vor der Türe stehen. Ein anderer Nachbar äußerte, dass er den Antragsteller noch nie gesehen habe. Die Vermieterin der Wohnung erklärte, dass sie den Antragsteller gelegentlich in der Wohnung gesehen habe und ihn auch telefonisch in der Wohnung erreicht habe. Nach ihren Informationen sei der Antragsteller nur am Wochenende zu Hause, unter der Woche arbeite er in M.

Am 25. März 2008 beantragte der Antragsteller, die Aufenthaltserlaubnis um ein Jahr zu verlängern. Die Ehegatten gaben wiederum die Erklärung ab, dass sie seit 1. April 2007 einen gemeinsamen Hausstand führten und in ehelicher Lebensgemeinschaft lebten. Die Ausländerbehörde führte erneut eine getrennte Befragung der Eheleute durch. Es ergaben sich keine eindeutigen Hinweise auf das Vorliegen einer Scheinehe. Die Aufenthaltserlaubnis wurde bis 5. April 2010 verlängert.

Am 31. März 2010 beantragte der Antragsteller, ihm eine Niederlassungserlaubnis zu erteilen. Er legte eine von beiden Ehegatten unterschriebene Ehegattenerklärung vor.

Die Ausländerbehörde hatte inzwischen einen vertraulichen Hinweis erhalten, wonach die Ehefrau des Antragstellers seit einiger Zeit einen Lebensgefährten habe und sich der Antragsteller nur äußerst sporadisch bei seiner Ehefrau aufhalte.

Eine Nachschau durch die örtlich zuständige Polizeiinspektion am 4. Mai 2010 in der Wohnung ergab, dass

die Ehefrau dort zusammen mit einem anderen deutschen Staatsangehörigen wohnte. In der polizeilichen Vernehmung gab der deutsche Staatsangehörige an, dass er seit 29. April 2009 mit der Ehefrau des Antragstellers liiert sei. Der Ehemann käme nur äußerst sporadisch in die Wohnung. Er halte sich die ganze Woche über in M. auf. Der Antragsteller sei letztmals am 2. Mai 2010 bei seiner Frau in der Wohnung gewesen. Um den Aufenthaltstitel des Antragstellers habe er sich nie gekümmert. An der Wohnungsmiete beteilige er sich nicht. Diese werde vom Antragsteller oder seiner Ehefrau bezahlt. Die Ehefrau des Antragstellers gab an, dass sich in der Wohnung noch die Kleidung und die Schuhe ihres Mannes befänden und noch ein Ordner mit schriftlichen Unterlagen. Die Ehe mit ihrem Ehemann habe sich auseinandergelebt, er sei ständig in M. gewesen und habe nicht nach K. ziehen wollen. Sie habe deshalb ein Liebesverhältnis mit einem anderen Mann begonnen. Der Antragsteller wisse jedoch nicht, dass dieser Mann bei ihr wohne. Er wisse lediglich, dass sie mit ihm befreundet sei. Es sei bislang nicht die Rede davon gewesen, dass sie sich scheiden lassen wolle. Der Antragsteller bezahle nicht nur die Miete der Wohnung, sondern auch alle anderen Kosten. Zudem zahle er ihr ein Haushaltsgeld. Der Antragsteller sei vollkommen eigenständig und komme nur gelegentlich bei ihr vorbei, das letzte Mal am 2. Mai 2010.

Aufgrund einer Vorladung äußerte sich der Antragsteller zu dem Vorwurf, dass er nicht mehr bei seiner Ehefrau wohne, dahingehend, dass er vom Verhältnis seiner Ehefrau mit dem anderen Mann keine Kenntnis gehabt habe. Im Zeitraum April 2009 bis Juni 2010 sei das Zusammenleben aufgrund der starken beruflichen Belastung des Antragstellers tatsächlich gelockert gewesen. Neben seiner anstrengenden beruflichen Tätigkeit habe er noch an einem Fort- und Weiterbildungsprogramm teilgenommen. Seine Ehefrau habe ihren Freund nur deshalb in die Ehewohnung einziehen lassen, weil dieser arbeitslos gewesen sei und sich eine eigene Wohnung nicht mehr leisten können. Der Freund habe keine persönlichen Sachen in der Wohnung deponiert gehabt. Zwischenzeitlich sei der Freund wieder aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Die Eheleute hätten sich darauf verständigt, dass sie ihre Ehe fortführen wollten. Der Antragsteller verbringe wieder mehr Zeit bei seiner Ehefrau.

Gegen den Antragsteller und seine Ehefrau wurde ein Strafverfahren wegen eines Verstoßes gegen das Aufenthaltsgesetz eingeleitet. Der Vorwurf des Erschleichens eines Aufenthaltstitels gemäß § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bestätigte sich im Hauptverhandlungstermin nicht. Das Verfahren wurde gemäß § 153a Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt.

Mit Schreiben vom 4. Februar 2011 beantragte der Antragsteller, ihm eine Niederlassungserlaubnis gemäß §§ 27, 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 AufenthG bzw. Aufenthaltserlaubnis gemäß §§ 27, 28 AufenthG zu erteilen. Die erstmalige Erteilung der Aufenthaltserlaubnis sei im Juli 2007 erfolgt. Die dreijährige Frist sei damit abgelaufen. Die eheliche Lebensgemeinschaft bestehe fort. Sie sei lediglich zwischen April 2009 und Juni 2010 gelockert gewesen. Seit Herbst 2010 lebe der Antragsteller wenigstens am Wochenende und zunehmend auch öfter unter der Woche mit seiner Frau zusammen. Sollte im Rahmen der Anhörung zutage treten, dass die eheliche Lebensgemeinschaft bereits aufgelöst sei oder aufgelöst werde, bestehe ein An-

spruch auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für ein Jahr, gerechnet vom Zeitpunkt der Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Hilfsweise werde die Erteilung eines Aufenthaltstitels nach §§ 17, 18, 39 und 42 AufenthG i.V.m. mit der Beschäftigungsverordnung beantragt. Diesem Antrag war eine von beiden Ehegatten unterschriebene Ehegattenerklärung beigelegt. Die Beantwortung der Fragebögen zur Beseitigung von Zweifeln am Bestehen einer schutzwürdigen Ehe verweigerten sowohl der Antragsteller als auch seine Ehefrau.

Mit Datum vom 15. Mai 2011 meldete sich der Antragsteller in den Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin ab.

Mit Bescheid vom 8. Februar 2012 wies die Antragsgegnerin den Antragsteller aus der Bundesrepublik Deutschland aus (Nr. 1) und lehnte den Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis vom 4. Februar 2011 (Nr. 2) sowie die Anträge auf Verlängerung des Aufenthaltstitels vom 31. März 2010 und vom 4. Februar 2011 ab (Nr. 3). Mit seinem Verhalten habe der Antragsteller den Ausweisungsgrund des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfüllt. Mit den am 22. April 2007, 25. März 2008 und 23. März 2010 sowie am 15. Februar 2011 abgegebenen Ehegattenerklärungen habe er jeweils versucht, sich einen Aufenthaltstitel zu erschleichen. Eine schützenswerte eheliche Lebensgemeinschaft mit seiner Ehefrau habe von Anfang an nicht bestanden. Der Antragsteller habe sich stets in M. aufgehalten. Er habe der Ausländerbehörde verschwiegen, dass er in M. einen weiteren Wohnsitz begründet habe. Einen besonderen Ausweisungsschutz besitze der Antragsteller nach § 56 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG nicht. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 27 Abs. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ergebe sich nicht. Die Voraussetzungen des § 29 Abs. 2 und § 28 Abs. 2 AufenthG lägen ebenfalls nicht vor. Ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG besitze der Antragsteller auch nicht. Darüber hinaus stehe der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis die Regelung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG entgegen. Die Einstellung des strafgerichtlichen Verfahrens gemäß § 153a Abs. 2 StPO ändere nichts am Vorliegen der bestehenden Ausweisungsgründe.

Mit Schriftsatz vom 27. Februar 2012 erhob der Antragsteller Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 8. Februar 2012 und beantragte, den Bescheid aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, über die Anträge des Antragstellers vom 31. März 2010 und 4. Februar 2011 auf Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis erneut zu entscheiden.

Am 29. März 2012 beantragte der Antragsteller, die aufschiebende Wirkung der Klage vom 27. Februar 2012 anzuordnen.

Der Antragsteller sei vom Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft ausgegangen. Die Seitensprünge seiner Nochehefrau seien ihm nicht bekannt gewesen. Es habe sehr wohl eine häusliche Lebensgemeinschaft bestanden. Man habe gemeinsame Reisen unternommen. Ein Versöhnungsversuch sei gescheitert. Ein beson-

deres Vollzugsinteresse sei nicht erkennbar. Die Frage, ob ein Ausweisungsgrund bestanden habe, sei im Hauptsacheverfahren nach einer Beweisaufnahme zu klären. Die Ausländerbehörde könne sich zur Begründung ihres Bescheids nicht auf eine rechtskräftige Verurteilung des Antragstellers stützen. Das strafrechtliche Verfahren sei nach § 153a StPO eingestellt worden.

Mit Beschluss vom 30. Mai 2012 lehnte das Bayerische Verwaltungsgericht München den Antrag ab. Soweit sich der Antrag gegen die unbefristete Ausweisung in Nrn. 1 und 4 des Bescheides vom 8. Februar 2012 richte, sei er unzulässig. Soweit er sich gegen die Nrn. 2 und 3 des Bescheides richte, sei er zulässig. Der Antrag sei jedoch unbegründet, da der Antragsteller kein eigenständiges Aufenthaltsrecht erworben habe. In Betracht komme allein ein Aufenthaltsrecht nach § 31 AufenthG. Der Antragsteller habe aber keine rechtmäßige eheliche Lebensgemeinschaft für mindestens zwei Jahre im Bundesgebiet geführt (§ 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG a.F.) Beginn der Ehebestandszeit sei die erstmalige Erteilung der Aufenthaltserlaubnis am 2. Juli 2007 gewesen. Die Trennung seitens der Ehefrau des Antragstellers sei nach Angaben bei der polizeilichen Befragung am 4. Mai 2010 spätestens am 29. April 2009 erfolgt. Der Beschluss wurde dem Antragsteller am 16. Juli 2012 zugestellt.

Am 25. Juli 2012 legte der Antragsteller gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 30. Mai 2012 Beschwerde ein.

Er beantragt sinngemäß:

Unter Abänderung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 30. Mai 2012 wird die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 27. Februar 2012 gegen die Nrn. 2 und 3 des Bescheides vom 8. Februar 2012 angeordnet.

Das Erstgericht sei fälschlicherweise vom Beginn der rechtmäßigen ehelichen Lebensgemeinschaft durch die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis am 2. Juli 2007 ausgegangen. Für die Bemessung der Mindestbestandszeit von zwei Jahren reiche jedoch die Absicherung durch eine Erlaubnisfiktion nach § 81 AufenthG aus. Die eheliche Lebensgemeinschaft sei nicht durch den Einzug des Freundes der Ehefrau am 29. April 2009 beendet gewesen. Der Antragsteller und seine Nochehefrau hätten im Scheidungsverfahren als Trennungzeitpunkt den 15. Mai 2011 angegeben. Zu dieser endgültigen Trennung sei es erst gekommen, als ein Versöhnungsversuch gescheitert sei. Dem Antragsteller sei nicht bekannt gewesen, dass seine Ehefrau ab April 2009 eine Liebesbeziehung mit einem anderen Mann eingegangen sei. Der Antragsteller habe im April 2010 erstmals davon erfahren. Von April 2009 bis Juni 2010 habe sich der Antragsteller selten in der ehelichen Wohnung aufgehalten, weil er sehr viel gearbeitet habe. Er habe deshalb bei seinem Bruder in M. übernachtet. Der Antragsteller habe die gemeinsame Wohnung bezahlt und seiner Ehefrau ein monatliches Haushaltsgeld zur Verfügung gestellt. Er sei 2009 und Anfang 2010 immer noch vom Bestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft ausgegangen.

Ergänzend wird auf die vorgelegten Behördenakten und die Gerichtsakten verwiesen.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat teilweise Erfolg. Derzeit überwiegt das Interesse des Antragstellers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Nr. 3 des Bescheides der Antragsgegnerin vom 8. Februar 2012. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO gebotenen, aber auch allein möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ist davon auszugehen, dass die Erfolgsaussichten der Klage des Antragstellers gegen die Versagung der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis (Anträge vom 31. März 2010 und vom 4. Februar 2011) offen sind, weil sie sich nach dem derzeitigen Sachstand nicht abschließend beurteilen lassen.

Das Erstgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass als Rechtsgrundlage für die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis des Antragstellers nach der endgültigen Trennung der Eheleute allein § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG infrage kommt, hat aber nach seiner Auffassung konsequenterweise offen gelassen, welche Fassung dieser Norm vorliegend zur Anwendung kommt. Zum 1. Juli 2011 wurde durch das Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften vom 23. Juni 2011 (BGBl I S. 1266) die erforderliche Ehebestandszeit für ein eheunabhängiges Aufenthaltsrecht nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG von zwei auf drei Jahre heraufgesetzt.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass über den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung oder Entscheidung der Tatsacheninstanz und zwar sowohl hinsichtlich der gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen als auch hinsichtlich einer behördlichen Ermessensentscheidung zugrunde zu legen ist (vgl. BVerwG vom 7.4.2009 Az. 1 C 17/08 <juris> RdNr. 10; vom 11.1.2011 Az. 1 C/10 <juris> RdNr. 10). Ob der Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis als eheunabhängiges Aufenthaltsrecht die alte oder die neue Rechtslage zugrunde zu legen ist, hängt davon ab, zu welchem Zeitpunkt der Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis als eheunabhängiges Aufenthaltsrecht gestellt wurde und ob das Verlängerungsjahr nach Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft, für das § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG einen Anspruch auf Erteilung einer eheunabhängigen Aufenthaltserlaubnis gewährt, im Falle des Antragstellers vor Inkrafttreten der Neuregelung lag (vgl. HessVGH vom 21.9.2011 Az. 3 B 1693 <juris> RdNr. 10; BayVGH vom 20.7.2012 Az. 10 CS 12.917 RdNr. 15 ff.). Eine etwaige Verlängerung über ein Jahr hinaus steht dann im Ermessen der Ausländerbehörde (§ 31 Abs. 4 AufenthG).

Vorliegend hat der Antragsteller keinen ausdrücklichen Antrag auf Erteilung eines eheunabhängigen Aufent-

haltsrechts gestellt, da die beiden Anträge auf Verlängerung der bisher erteilten Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs zu einem deutschen Staatsangehörigen noch während – der nach dem Vortrag des Klägers damals noch bestehenden – ehelichen Lebensgemeinschaft gestellt wurden. Da inzwischen aber eine Trennung der Eheleute erfolgt ist – nach den Angaben im Scheidungsverfahren am 15. Mai 2011 – ist zumindest der Antrag vom 4. Februar 2011 von diesem Zeitpunkt an als Antrag auf ein eigenständiges, vom Zweck des Familiennachzugs unabhängiges Aufenthaltsrecht zu behandeln. Das Gleiche würde für den Antrag vom 31. März 2010 gelten, wenn bereits zu diesem Zeitpunkt die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seiner Ehefrau nicht mehr bestanden haben sollte.

Nach dem derzeitigen Sachstand lässt sich nicht zweifelsfrei feststellen, ob und wie lange der Antragsteller und seine Ehefrau eine rechtmäßige eheliche Lebensgemeinschaft führten. Für den rechtmäßigen Bestand einer ehelichen Lebensgemeinschaft im Sinne des § 31 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG reicht es nicht aus, dass alleine eine rechtsgültige Ehe besteht. Das lediglich formale Eheband genießt nicht den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG (Marx in Gemeinschaftskommentar zum Aufenthaltsgesetz, § 31 RdNr. 64). Eine von Art. 6 Abs. 1 GG aufenthaltsrechtlich geschützte familiäre bzw. eheliche Lebensgemeinschaft im Sinne von § 27 Abs. 1 AufenthG ist grundsätzlich durch einen gemeinsamen Lebensmittelpunkt, der ein eheliches Zusammenleben erst ermöglicht, gekennzeichnet. Allerdings muss die eheliche Lebensgemeinschaft nicht in einer ständigen häuslichen Gemeinschaft gelebt werden. Denn die Ausgestaltung ihrer Lebensgemeinschaft gehört zu der nach Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Privatsphäre der Eheleute, aufgrund derer diese in freier Gestaltung darüber befinden, in welcher Art und Weise sie die Lebensgemeinschaft verwirklichen wollen. Dementsprechend rechtfertigen etwaige berufsbedingte, auch längerfristige räumliche Trennungen von Ehepartnern nicht zwangsläufig die Annahme einer Aufgabe der ehelichen Lebensgemeinschaft (BayVGH vom 25.11.2009 Az. 19 CS 09.2696 <juris> RdNr. 5 m.w.N.). Leben die Eheleute räumlich getrennt, bedarf es jedoch erkennbarer Anhaltspunkte dafür, dass diese gewählte Ausgestaltung der Beziehung mit der für eine familiäre Lebensgemeinschaft notwendigen Voraussetzung eines intensiven persönlichen Kontakts und der zwischen Eheleuten bestehenden Verbundenheit vereinbar ist. Konkrete Anhaltspunkte können bei beruflicher Abwesenheit von der Ehewohnung in häufigen und regelmäßigen Wochenendbesuchen durch Rückkehr in die gemeinsame Ehewohnung, zusammen verbrachten Ferien, gemeinsam wahrgenommenen Kontakten zu Freunden und Bekannten oder in gegenseitigen Beistandsleistungen zu sehen sein (BayVGH a.a.O. RdNr. 6).

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist das Erstgericht zutreffend davon ausgegangen, dass die eheliche Lebensgemeinschaft frühestens seit 2. Juli 2007 rechtmäßig im Bundesgebiet bestanden haben kann. Ein rechtmäßiger Aufenthalt setzt grundsätzlich den Besitz einer Aufenthaltserlaubnis voraus. Es sind aber auch die Zeiten anzurechnen, in denen der Ausländer eine Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sowie die Fortgeltungsfiktion nach § 81 Abs. 4 AufenthG für sich in Anspruch nehmen kann (Marx, a.a.O., § 31 RdNr. 88 m.w.N.). Zeiten einer Duldung werden nicht berücksichtigt. Der vom Antragsteller am 22. April 2007 gestellte Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zur Ehefrau entfaltete

weder eine Erlaubnisfiktion noch eine Fortgeltungsfiktion. Die Erlaubnisfiktion des § 81 Abs. 3 AufenthG scheidet im Falle des Antragstellers daran, dass er sich zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht rechtmäßig im Bundesgebiet aufhielt. Seit der rechtskräftigen Ablehnung seines Asylfolgeantrages war der Antragsteller vollziehbar ausreisepflichtig. Die dem Antragsteller gewährte Verlängerung der Ausreisefrist bzw. die wegen bestehender Abschiebungshindernisse erteilte Duldung machen seinen Aufenthalt nicht rechtmäßig. Die Fortgeltungsfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG greift offensichtlich nicht, weil der Kläger zum Zeitpunkt der Antragstellung am 22. April 2007 nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis war.

Bislang sind allerdings keine tragfähigen Feststellungen dazu getroffen, ob die eheliche Lebensgemeinschaft von Juli 2007 bis April 2009 tatsächlich bestand. Die ursprünglich zuständige Ausländerbehörde ging offensichtlich aufgrund der Befragungen der Ehepartner und der Nachbarn davon aus, dass eine eheliche Lebensgemeinschaft geführt wurde. In der gemeinsamen Ehwohnung befanden sich persönliche Kleidungsstücke des Antragstellers, er wurde von den Nachbarn gelegentlich in dem Anwesen, in dem sich die Wohnung befand, gesehen. Die Ehegatten verfügten zumindest über Grundkenntnisse der jeweiligen Vorlieben des anderen Partners. Demgegenüber ist die Beklagte in den Bescheidgründen davon ausgegangen, dass spätestens mit dem Beginn der beruflichen Tätigkeit des Antragstellers in M. die eheliche Lebensgemeinschaft nicht mehr bestand bzw. eine Scheinehe vorlag.

Offen ist weiterhin, ob die eheliche Lebensgemeinschaft mit dem Einzug des Liebhabers der Ehefrau in die eheliche Wohnung endgültig beendet wurde, wie das Verwaltungsgericht angenommen hat, oder es sich nur um eine vorübergehende Krise handelte und die eheliche Lebensgemeinschaft nach dem Auszug des Liebhabers wieder aufgenommen wurde. Die Abgrenzung einer für die Berechnung der Mindestehebstandszeit unschädlichen Trennung von einer dauernden Trennung kann im Einzelfall schwierig sein. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, die einer wertenden Betrachtung unterliegen (BayVGH vom 1.12.2007 Az. 24 B 06.2381 <juris> RdNr. 28 m.w.N.). Der Antragsteller hat hierzu angegeben, dass sich die Ehe von April 2009 bis Juni 2010 in einer Krise befand, weil er sich wegen seiner starken beruflichen Inanspruchnahme nur noch sporadisch mit seiner Ehefrau getroffen habe. Allerdings habe er von ihrem außerehelichen Verhältnis nichts gewusst und die Kosten für die Wohnung und den Haushalt übernommen. Ab Juli 2010 habe er sich wieder mehr um seine Ehefrau gekümmert und mehr Zeit bei ihr verbracht. Im derzeit noch anhängigen Scheidungsverfahren haben die Eheleute zudem erklärt, dass sie sich erst am 15. Mai 2011 endgültig getrennt haben. Der Vortrag des Klägers ist auch angesichts der Zeugenaussagen des Liebhabers und der Ehefrau im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bzw. im Strafverfahren nicht vollkommen unglaubwürdig. Auch sind noch Feststellungen dazu zu treffen, ob die eheliche Lebensgemeinschaft ab Juli 2010 tatsächlich wieder aufgenommen bzw. fortgeführt wurde.

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis scheidet auch nicht von vorneherein am Fehlen der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller tatsächlich den Straftatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG erfüllt hat und damit einen nicht nur



vereinzelt oder geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften begangen hat (§ 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG) oder der Ausweisungsgrund des § 55 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG vorliegt, liegen (noch) nicht vor. Die Antragsgegnerin ist zwar davon ausgegangen, dass alle vier vom Antragsteller abgegebenen Ehegattenerklärungen falsche Angaben zum Bestehen der ehelichen Lebensgemeinschaft enthielten, weil von Anfang an keine nach dem Grundgesetz schützenswerte eheliche und häusliche Lebensgemeinschaft bestanden habe. Dies steht jedoch noch keineswegs fest. Eine strafrechtliche Verurteilung wegen falscher Angaben nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ist nicht erfolgt, das Strafverfahren wurde vielmehr gemäß § 153a StPO eingestellt. Mit Blick auf die Beurteilung des Vorliegens eines Ausweisungsgrundes lässt sich hieraus weder ableiten, dass der Straftatbestand nicht erfüllt ist, noch dass er erfüllt ist. Die Ausländerbehörde muss in diesen Fällen eine eigene Beurteilung anstellen (OVG Saarland vom 22.8.2011 Az. 2 B 318/11 <juris> RdNr. 24). Die Ausführungen der Antragsgegnerin in den Bescheidgründen tragen die geltend gemachten Verstöße gegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG bzw. das Vorliegen von Ausweisungsgründen nach § 55 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG (noch) nicht hinreichend. Dies gilt in jedem Fall für die erste Ehegattenerklärung vom 22. April 2007, denn zu diesem Zeitpunkt hatte der Antragsteller seine Berufstätigkeit in M. noch nicht aufgenommen. Soweit die Antragsgegnerin dem Antragsteller vorwirft, dass er seinen Zweitwohnsitz in M. nicht angegeben habe, trifft dieser Vorwurf bei der ersten und der letzten Erklärung vom 15. Februar 2011 jedenfalls nicht zu. Im Übrigen hat der Antragsteller in München nie einen Nebenwohnsitz im melderechtlichen Sinn begründet, sondern lediglich bei seinem Bruder übernachtet. Ferner reichen die bislang getroffenen Feststellungen zur ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seiner Ehefrau nicht aus, um bei den Erklärungen vom 23. März 2010 und 25. März 2008 vom Vorliegen eines Ausweisungsgrunds nach § 55 Abs. 2 Nr. 1a AufenthG auszugehen. Immerhin konnte die damals zuständige Ausländerbehörde den Nachweis für das Nichtbestehen einer ehelichen Lebensgemeinschaft nicht führen.

Der Erfolg der Hauptsacheklage bezüglich der Anträge auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis bzw. des Verbescheidungsantrags hängt unter mehreren rechtlichen Gesichtspunkten (Zeitpunkt der Antragstellung für eheunabhängiges Aufenthaltsrecht, anwendbares materielles Recht, Vorliegen eines Ausweisungsgrunds) maßgeblich von noch zu treffenden Tatsachenfeststellungen bezüglich der Aufnahme und der Dauer der ehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Antragsteller und seiner Ehefrau ab. Bei offenen Erfolgsaussichten sind im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO das Interesse des Antragstellers, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine Klage in der Bundesrepublik bleiben zu können, und das öffentliche Interesse an der baldigen Aufenthaltsbeendigung abzuwägen. Dem Interesse des Antragstellers an der Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage ist insoweit der Vorrang einzuräumen, weil er sich hinreichend in die hiesigen Lebensverhältnisse integriert hat und selbst für seinen Lebensunterhalt aufkommt. Besondere Interessen an der sofortigen Aufenthaltsbeendigung sind nicht ersichtlich.

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage des Antragstellers gegen Nr. 2 des Bescheides der Antragsgegnerin vom 8. Februar 2012 hat keinen Erfolg.

Zunächst spricht bereits die Formulierung des Klageantrags dafür, dass die Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nicht von der Klage des Antragstellers erfasst ist, und damit auch nicht Gegenstand eines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage sein kann. Der Klageantrag lautet, die Antragsgegnerin zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Anträge des Klägers auf Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis vom 31. März 2010 und vom 4. Februar 2011 erneut zu entscheiden. Auch aus der Klagebegründung ergibt sich nicht, dass die Anträge auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis vom 4. Februar 2011 und 25. März 2010 noch weiter verfolgt werden. Die Antragsgegnerin ist im Übrigen offensichtlich davon ausgegangen, dass der Antrag vom 25. März 2010 als Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis anzusehen war, obwohl ausdrücklich beantragt wurde, die Aufenthaltserlaubnis als Niederlassungserlaubnis zu erteilen.

Ginge man davon aus, dass der Antragsteller seinen Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis neben den Anträgen auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis im Klageverfahren weiter verfolgt, so fehlt für einen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO wegen der Ablehnung des Antrags auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis das Rechtsschutzbedürfnis. Mit einem Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO, gerichtet auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Ablehnung der Erteilung einer Niederlassungserlaubnis, kann der Antragsteller nur erreichen, dass insoweit die Ausreisepflicht nicht vollziehbar ist. Dieses Rechtsschutzziel hat er jedoch bereits mit dem erfolgreichen Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis erreicht. Die Anträge auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis und auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis lösen, auch wenn sie nebeneinander gestellt wurden, nur einmal die Erlaubnisfiktion des § 81 Abs. 4 AufenthG aus.

Die Klage auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis hätte im Übrigen derzeit keinen Erfolg. Da die eheliche Lebensgemeinschaft unstrittig nicht mehr besteht, käme allenfalls ein Anspruch aus § 9 Abs. 2 AufenthG in Betracht. Der Antragsteller ist aber unstrittig nicht seit fünf Jahren in Besitz einer Aufenthaltserlaubnis.

Die Kostenfolge ergibt sich aus § 155 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 2 GKG. Gegenstand der Beschwerde sind nach dem Antrag die Nrn. 2 und 3 des Bescheides der Antragsgegnerin vom 8. Februar 2012, so dass bei der Streitwertfestsetzung sowohl der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis als auch der auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis zu berücksichtigen war. Im erstinstanzlichen Verfahren war zudem noch Nr. 1 des Bescheides (Ausweisung) Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens. Dies war bei der Streitwertfestsetzung zu berücksichtigen.

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