

**Sachgebiet** 5/1/2 Aufenthaltserlaubnis

**Normen** AufenthG § 5 Abs. 1 Nr. 2  
AufenthG § 27 Abs. 3 Satz 2  
AufenthG § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3  
AufenthG § 10 Abs. 3

**Schlagworte** Ausweisungsgrund  
Regelfall  
Ausnahmefall  
Gesetzlicher Anspruch

**Leitsatz**

1. Ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis kann auch dann bestehen, wenn im Hinblick auf eine Regelerteilungsvoraussetzung (hier: § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) ein Ausnahmefall vorliegt. Ein Ausnahmefall setzt einen atypischen Geschehensverlauf voraus, der das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelerteilungsvoraussetzung beseitigt (hier bejaht für eine mehrere Jahre zurückliegende, nicht abgeurteilte und daher nicht „tilgungsfähige“ Straftat).
2. Liegt im Hinblick auf § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ein Ausnahmefall vor, bedarf es keiner Prüfung nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG.

VGH Baden-Württemberg

Urteil vom 15.09.2007 11 S 837/06

**Vorinstanz** VG Freiburg

(Az. 2 K1469/03)

**Rechtskraft** nein

Vorblatt mit Leitsatz

VENZA-Blatt ohne Leitsatz



# VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes  
Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

prozessbevollmächtigt:

- Kläger -  
- Berufungskläger -

gegen

Stadt Lahr,  
vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Rathausplatz 7, 77933 Lahr

- Beklagte -  
- Berufungsbeklagte -

wegen Aufenthaltserlaubnis

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Harms, die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Thoren und die Richterin am Verwaltungsgericht Speckmaier ohne mündliche Verhandlung

am 15. September 2007

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 8. Dezember 2004 - 2 K 1469/03 - geändert.

Die Beklagte wird unter Aufhebung ihres Bescheides vom 1. April 2003 und des Widerspruchsbescheides des Regierungspräsidiums Freiburg vom 3. Juli 2003 verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren war notwendig.

Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand**

Der Kläger begehrt eine Aufenthaltserlaubnis zur Wahrnehmung des Sorgerechts für seine Tochter S. und des Umgangsrechts für seine Tochter E..

Der 1979 in Benin geborene Kläger reiste im November 1999 in das Bundesgebiet ein und beantragte unter der falschen Identität K. S. aus Togo erfolglos seine Anerkennung als Asylberechtigter. Das Verfahren ist durch das rechtskräftige Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 28.03.2002 - A 1 K 10842/00 - abgeschlossen. Im Anschluss an das Asylverfahren wurde der Kläger geduldet.

Mit Schreiben vom 13.09.2002 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge für seine am ..... 2002 geborene Tochter S., für die er gemeinsam mit deren Mutter die elterliche Sorge übernommen hatte. Gleichzeitig legte er Kopien seines beninischen Passes vor. Seine Tochter S. lebt entsprechend einer Absprache zwischen der Mutter des Kindes und dem Kläger bei ihrer Großmutter mütterlicherseits in ..... Der Kläger lebt und arbeitet als Zeitungszusteller in .....

Mit Bescheid vom 01.04.2003 lehnte die Beklagte den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit der Begründung ab, er übe nicht die Personensorge für seine Tochter S. aus. Da das Kind bei seiner Großmutter

in ..... aufwache und sich der Umgang des Klägers mit seiner Tochter auf telefonische Nachfragen und gelegentliche Besuche beschränke, liege keine Betreuungsgemeinschaft, sondern nur eine Begegnungsgemeinschaft vor. Diese könne auch vom Ausland aus ausgeübt werden.

Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies das Regierungspräsidium Freiburg unter Bezugnahme auf die Gründe des Ausgangsbescheides mit Widerspruchsbescheid vom 03.07.2003 zurück. Der Widerspruchsbescheid wurde am 08.07.2003 zugestellt.

Am 08.08.2003 hat der Kläger Klage erhoben und beantragt, die Beklagte zu verpflichten, ihm die beantragte Aufenthaltsgenehmigung zu erteilen. Die Klage wurde nicht begründet. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht wurde der Kläger angehört. Dabei gab er an, er besuche S. an den beiden ersten Sonntagen im Monat in ..... Er halte sich dort jeweils etwa zwei Stunden, gegebenenfalls auch etwas länger, auf. Meistens spiele er mit S.. In der Regel seien auch noch andere Kinder sowie die Großmutter des Kindes anwesend. Außerdem erkundige er sich telefonisch bei der Großmutter nach dem Befinden des Kindes. Er zahle keinen laufenden Unterhalt, sondern steuere je nach seiner finanziellen Situation etwas Geld bei. Es handele sich nicht um regelmäßige Leistungen, durchschnittlich seien es jedoch zwischen 40,- und 50,- EUR pro Monat. Die Mutter seiner Tochter sei nicht anwesend, wenn er sie besuche. Die Mutter wohne auch nicht bei der Großmutter und habe auch sonst wenig Kontakt zum Kind. Die Großmutter wolle nicht, dass er das Kind häufiger als zweimal pro Monat besuche, obwohl er mit dem Auto mittlerweile auch viermal im Monat nach ..... fahren könne. Mit S. spreche er deutsch.

Mittlerweile habe er ein weiteres Kind, die am .....2003 geborene E.. Sie wachse bei Pflegeeltern in ..... auf. Für E. habe er nicht das Sorgerecht, sondern lediglich ein Besuchsrecht. Mit seinem Antrag, ihm das Sorgerecht für E. übertragen zu lassen, sei er vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe gescheitert. Seit der Entscheidung des Oberlandesgerichts wollten die Pflege-

eltern nicht mehr, dass er Kontakt mit dem Kind aufnehme. Deshalb habe er seit einigen Monaten keinen Kontakt mehr.

Das Verwaltungsgericht Freiburg hat die Klage mit Urteil vom 08.12.2004 - 2 K 1469/03 - abgewiesen: Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG zur Ausübung der Personensorge für seine deutsche Tochter S. könne er nicht beanspruchen, weil es an der erforderlichen Beistandsgemeinschaft fehle. Es bestehe keine über eine bloße Begegnungsgemeinschaft hinausgehende Beziehung zu seiner Tochter. Denn diese werde im Einverständnis mit dem Kläger von ihrer Großmutter erzogen. Der Kläger besuche sie lediglich an zwei Sonntagen im Monat und halte telefonischen Kontakt. Er komme auch nicht in nennenswerter Höhe für den Unterhalt des Kindes auf. Für den Fall einer Abschiebung ändere sich an der Betreuungssituation nichts. Die Gefahr, dass das Kind in diesem Fall Schaden nehmen könnte, bestehe nicht, da die Verbundenheit zwischen dem Kläger und seinem Kind infolge der wenigen Besuche nicht so groß sei.

Auch im Hinblick auf seine weitere deutsche Tochter E. stehe ihm kein Aufenthaltsrecht zu. Denn es fehle an der nach § 23 Abs. 1 Halbsatz 2 AuslG erforderlichen familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet. Das Kind lebe bei Pflegeeltern in ..... und der Kläger übe nicht einmal ein Besuchsrecht aus. Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis folge auch nicht aus § 22 Satz 1 i.V.m. § 23 Abs. 4 AuslG, denn es fehle an der nach § 22 Satz 1 AuslG erforderlichen außergewöhnlichen Härte für einen der Beteiligten, da nicht einmal eine Begegnungsgemeinschaft bestehe. Schließlich lägen auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach § 30 AuslG nicht vor.

Gegen dieses Urteil hat der Senat mit Beschluss vom 04.04.2006 - 11 S 363/05 - auf Antrag des Klägers die Berufung zugelassen. Der Beschluss wurde am 18.04.2006 zugestellt

Der Kläger hat die Berufung am 18.05.2006 - ergänzend zu seinem bisherigen Vortrag - wie folgt begründet: Er habe mit den Pflegeeltern von E. sowie dem

Amt für Soziale und Psychologische Dienste des Landratsamts Ortenaukreis (im Folgenden: Sozialamt des Ortenaukreises) eine Vereinbarung über einen einmaligen Besuchskontakt pro Monat zwischen ihm und E. in einem Raum der psychologischen Beratungsstelle getroffen. Aufgrund der regelmäßigen Besuche sowohl bei E. als auch bei S. habe sich zu beiden Kindern eine verantwortungsvolle Vater-Kind-Beziehung entwickelt. Es bestehe eine enge emotionale Verbundenheit der Kinder zu ihm. Eine Trennung wäre schädlich. Obwohl er wegen seines geringen Verdienstes zu Unterhaltszahlungen nicht verpflichtet sei, versuche er seine Tochter S. sowie deren Großmutter zu unterstützen und zahle unregelmäßige Unterhaltsbeiträge zwischen 50,-- und 100,-- EUR. Er habe S. einen Roller und ein Laufrad nebst Zubehör geschenkt und habe das Bett für S. mit 200,-- EUR mit finanziert. S. nenne ihn D. oder D.-Papa. Bei den Besuchen spiele er mit S. im Kinderzimmer. Sie freue sich, wenn er komme. Auch nach Auffassung der Mitarbeiterin des Jugendamtes der Stadt ..... sei der Kontakt zwischen S. und ihm unverzichtbar, damit S. immer wisse, woher sie komme. Im Falle einer Ausreise würden ihn beide Töchter vermissen und in ihrer Entwicklung und Identitätsfindung dauerhaft stark beeinträchtigt werden, weil ihnen nicht plausibel erklärt werden könne, warum ihr Vater nicht mehr komme.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 08.12.2004 - 2 K 1469/03 - zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 01.04.2003 und des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums Freiburg vom 03.07.2003 zu verpflichten, ihm eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen zu erteilen sowie die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie führt aus, der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG stehe bereits § 10 Abs. 3 AufenthG entgegen. Denn der Anspruch nach § 28 Abs. 1 AufenthG reduziere sich gemäß § 27 Abs. 3 Satz 2 i.V.m.

§ 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG zu einer Ermessensentscheidung, weil ein Ausweisungsgrund vorliege. Da der Kläger sein Asylverfahren unter falschen Personalien betrieben habe, erfülle er den Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG. Es handele sich um einen Regelfall i.S.d. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, denn die Verwendung von Falschidentitäten sei bei schwarzafrikanischen Staatsangehörigen mittlerweile zu einem Massendelikt geworden.

Der Senat hat zu dem Kontakt des Klägers zu seinen Töchtern Auskünfte des Sozialamtes des Ortenaukreises und des Amtes für Jugend und Familie der Stadt ..... (im Folgenden: Jugendamt der Stadt .....) eingeholt. Wegen der Einzelheiten wird auf die Schreiben des Sozialamtes des Ortenaukreises vom 22.01.2007 und des Jugendamtes der Stadt ..... vom 06.03.2007 verwiesen.

Dem Senat liegen die den Kläger betreffenden Ausländerakten der Beklagten, die Widerspruchsakten des Regierungspräsidiums Freiburg sowie die Akten des Verwaltungsgerichts Freiburg vor. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt dieser Akten und der Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Senat entscheidet nach dem Widerruf des in der mündlichen Verhandlung vom 25.04.2007 geschlossenen Vergleichs über die Berufung mit Zustimmung der Beteiligten ohne weitere mündliche Verhandlung (§ 125 Abs. 1 i.V.m. § 101 Abs. 2 VwGO).

I.

Die Berufung ist nach Zulassung durch den Senat statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie wurde insbesondere gemäß § 124a Abs. 6 VwGO fristgerecht und entsprechend den formellen Anforderungen des § 124a Abs. 6 Satz 3 i.V.m. § 124a Abs. 3 Satz 4 VwGO begründet.

II.

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat zu Unrecht die Klage auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen abgewiesen. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten, denn er hat Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zur Ausübung der Personensorge für seine deutsche Tochter S. (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO). Keiner Entscheidung bedarf, ob dem Kläger auch ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung des Umgangsrechts mit seiner Tochter E. zusteht.

1.

Über den von dem Kläger ursprünglich gestellten Antrag auf Erteilung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG für ausländische Familienangehörige Deutscher ist auf der Grundlage des zum 01.01.2005 in Kraft getretenen Aufenthaltsgesetzes, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 19.08.2007 (BGBl. I, S. 1970), zu entscheiden. Denn nach § 104 Abs. 1 AufenthG sind die Vorschriften des bis zum 31.12.2004 geltenden Ausländergesetzes nur auf vor dem 01.01.2005 gestellte Anträge auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis anzuwenden. An die Stelle des bisher begehrten Aufenthaltstitels tritt der diesem nach Aufenthaltswort und Sachverhalt (vgl. § 101 Abs. 1 und 2 AufenthG) entsprechende Aufenthaltstitel des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG.

2.

Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis setzt darüber hinaus nach § 27 Abs. 1 AufenthG eine familiäre Lebensgemeinschaft zwischen dem ausländischen Elternteil und dem minderjährigen deutschen Kind voraus. Denn § 27 Abs. 1 AufenthG enthält den für sämtliche Aufent-

haltstitel des Abschnitts 6 des Aufenthaltsgesetzes geltenden Grundsatz, dass die Aufenthaltserlaubnis zur Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet zum Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 GG erteilt wird. Der ausländische Elternteil muss daher das Personensorgerecht für ein minderjähriges deutsches Kind nicht nur besitzen, sondern es auch tatsächlich zum Wohl des Kindes ausüben. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Dem Kläger obliegt die elterliche Sorge für seine in ..... lebende Tochter S., nachdem er am 22.08.2002 gemeinsam mit der Mutter des Kindes eine Sorgeerklärung nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1, § 1626b Abs. 2 BGB abgegeben hat. Zwischen ihm und seiner Tochter S. besteht auch eine familiäre Lebensgemeinschaft. Er nimmt seine Elternverantwortung, soweit es ihm die äußeren Umstände erlauben, zuverlässig wahr, hat regelmäßigen Kontakt mit S. und trägt seinen Möglichkeiten entsprechend zum Unterhalt des Kindes bei. Nach den übereinstimmenden und nicht bestrittenen Angaben der Großmutter seiner Tochter und auch der zuständigen Mitarbeiterin des Jugendamtes der Stadt ..... besucht der Kläger seine Tochter an zwei Sonntagen im Monat, beteiligt sich regelmäßig mit ca. 50,- EUR am Unterhalt und bespricht sich mit der Großmutter seiner Tochter in Erziehungsfragen. Auch hat er seiner Tochter in Absprache mit der Großmutter einen Roller und ein Fahrrad gekauft. Zwar wohnt er von seiner Tochter weit entfernt. Dies liegt jedoch daran, dass er eine Arbeitsstelle in ..... besitzt, während seine Tochter bei der Großmutter in ..... lebt. Außerdem hat der Kläger ein weiteres uneheliches Kind, seine Tochter E., die in ..... bei Pflegeeltern lebt und die er - zumindest in der Vergangenheit - einmal im Monat besuchen konnte. Trotz der weiten Entfernung kommt er seiner Elternverantwortung nach. Denn er nimmt die ihm eingeräumten Möglichkeiten zum Umgang mit seiner Tochter zuverlässig wahr und bringt sich im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zum Wohl seiner Tochter in die Erziehung ein. Vor dem Hintergrund dieser Lebenssituation und der reservierten Haltung der Großmutter von S. gegenüber Besuchen des Klägers sind daher seine Erziehungs- und Betreuungsleistungen trotz des eher geringen zeitlichen Umfangs des persönlichen Kontakts als nicht unerheblich einzustufen. Auch der Tatsache,

dass er seinen ursprünglich gestellten Antrag auf Umverteilung nicht weiterbetrieben hat, kommt in dieser Situation keine ausschlaggebende Bedeutung zu.

Die Ausübung der Personensorge durch den Kläger entspricht auch dem Wohl seiner Tochter. Nach Angaben des Klägers nennt diese ihn „D.“ oder „D.-Papa“ und freut sich, wenn er kommt. Nach Auffassung des Jugendamtes ist der regelmäßige Kontakt des Klägers für die Persönlichkeitsentwicklung und Identifikationsfindung seiner Tochter wichtig, da sie nur über ihren Vater die Verbindung zur Familie väterlicherseits und deren kulturellen Wurzeln haben könne. Mit zunehmendem Alter werde diese Bedeutung noch gewichtiger werden, da sie schon aufgrund ihrer Hautfarbe ihre Andersartigkeit gegenüber der Familie ihrer Mutter erkennen werde. Ausgehend von der Prämisse des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 08.12.2005 (- 2 BvR 1001/04 -, InfAuslR 2006, 122, 125), wonach in der Regel der persönliche Kontakt der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dient und es beide Eltern braucht, sind im Fall des Klägers keine Umstände ersichtlich, dass dem Kindeswohl auch dann Genüge getan wäre, wenn der Kläger sich in seinem Heimatstaat Benin aufhalten würde. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass bei einer Ausreise des Klägers schon wegen der großen Entfernung zwischen Deutschland und Benin der Abbruch des persönlichen Kontakts drohen würde.

In der Stellungnahme des Jugendamtes der Stadt ..... vom 06.03.2007 ist allerdings die Rede davon, dass die Großmutter seiner Tochter den Eindruck habe, dass S. nach den Besuchen völlig durcheinander sei und Angst habe, dass sie von ihrer Großmutter weg müsse, da der Kläger sage, dass er sie zu sich holen werde. Dabei ist jedoch in Rechnung zu stellen, dass die Besuchskontakte mit Schwierigkeiten verbunden sind, da die Großmutter nach Aussage des Jugendamtes dem Kontakt mit dem Kläger eher reserviert gegenüber steht und sich dies auch auf das Kind übertragen dürfte. Das Jugendamt geht aber jedenfalls davon aus, dass S. eine Beziehung zu ihrem Vater hat und er eine bedeutende Rolle in ihrem Leben spielt. Auf Seiten des Klägers sieht das Jugendamt ein Bemühen, trotz der erschwerten Bedingun-

gen bei den Besuchen im Haushalt der Großmutter und bei den Telefonaten eine Beziehung zu seiner Tochter aufzubauen. Der Kläger zeige im Gespräch ein hohes Maß an Einfühlungsvermögen und Verständnis für die Bedürfnisse des Kindes. Es werde deutlich, dass ihm das Wohlergehen seiner Tochter am Herzen liege und er bereit sei, Verantwortung zu übernehmen.

3.

Die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 AufenthG sind ebenfalls erfüllt. Es liegt zwar ein Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor. Dies steht dem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG gleichwohl nicht entgegen, weil ein Ausnahmefall vorliegt.

a)

Entgegen der Auffassung der Beklagten hat der Kläger allerdings nicht gegen § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG verstoßen. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer entgegen § 49 Abs. 1 AufenthG eine Angabe nicht, nicht richtig oder nicht vollständig macht. Nach § 49 Abs. 1 AufenthG ist jeder Ausländer verpflichtet, gegenüber den mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden auf Verlangen unter anderem die erforderlichen Angaben zu seinem Alter, seiner Identität und Staatsangehörigkeit zu machen. Der Kläger hat zwar sein Asylverfahren unter falschen Personalien geführt. Die Vorschriften des § 49 Abs. 1 und des § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG wurden jedoch erst durch das am 01.01.2005 in Kraft getretene Zuwanderungsgesetz geschaffen und hatten keine Vorläuferregelungen im Ausländergesetz (vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/420 S. 88 zu § 49 Abs. 1 und S. 98 zu § 95 Abs. 1 Nr. 5). Da nach § 1 StGB eine Tat aber nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde und der Kläger noch vor Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes seine wahre Identität und Staatsangehörigkeit offenbart hat, kann er sich nicht nach § 95 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG strafbar gemacht haben.

b)

Der Kläger hat jedoch den Straftatbestand der mittelbaren Falschbeurkundung nach § 271 Abs. 1 StGB verwirklicht. Denn aufgrund seiner falschen Angaben zu seiner Identität und seiner Staatsangehörigkeit wurde ihm eine Aufenthaltsgestattung mit falschen Personalien ausgestellt. Nach § 271 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer die Beurkundung eines unwahren Sachverhalts in einer öffentlichen Urkunde gleichsam als mittelbarer Täter herbeiführt. Die Aufenthaltsgestattung stellt eine öffentliche Urkunde i.S.d. § 271 Abs. 1 StGB dar (BGH, Urteil v. 16.04.1996 - 1 StR 127/96 -, NJW 1996, 2170; Brandenb. OLG, Beschluss vom 06.12.2001 - 2 Ss 19/01 -, Juris). Die Eintragung der falschen Personalien hat der Kläger durch seine Angaben bewirkt. Nach dem negativen Abschluss des Asylverfahrens wurde der Kläger geduldet und ihm wurden entsprechende Bescheinigungen ausgestellt. Auch diese waren öffentliche Urkunden (vgl. dazu AG Bremen, Urteil vom 23.01.2003 - 87 (72) Ds 290 Js 15959/02 - juris) und lauteten - auf Veranlassung des Klägers - auf die falschen Personalien. Der Verstoß gegen § 271 Abs. 1 StGB stellt einen Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG dar. Nach dieser Vorschrift ist eine strafrechtliche Verurteilung nicht erforderlich; es genügt ein nicht nur vereinzelter geringfügiger Verstoß gegen Rechtsvorschriften. Ob es sich im strafrechtlichen Sinn um einen Verstoß gegen § 271 Abs. 1 StGB und damit um ein vereinzelt Delikt im Sinne des § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG handelt, bedarf keiner Entscheidung. Er ist jedenfalls nicht geringfügig. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine vorsätzlich begangene Straftat grundsätzlich nicht geringfügig (BVerwG, Urteil vom 05.05.1998 - 1 C 17/97 -, InfAusIR 1998, 383, 385; Urteil vom 24.09.1996 - 1 C 9/94 -, InfAusIR 1997, 63). Von einer Vorsatztat ist im Fall des Klägers auszugehen. Allerdings kann auch bei einer vorsätzlich begangenen Straftat ausnahmsweise ein Ausweisungsgrund zu verneinen sein, wenn besondere Umstände des Einzelfalls zu der Bewertung führen, dass es sich um einen geringfügigen Verstoß gegen Rechtsvorschriften handelt (BVerwG, Urteil vom 18.11.2004 - 1 C 23/03 -, NVwZ 2005, 601). Solche besonderen Umstände, die die Annahme der Geringfügigkeit rechtfertigen könnten, vermag der Senat im Fall des Klägers jedoch nicht zu erkennen. Der Kläger hat über einen Zeitraum von fast drei Jahren die zuständigen Behörden über seine wahre Identität und

Staatsangehörigkeit getäuscht. Außerdem weisen weder die Umstände der Tat noch die Tatbegehung selbst Besonderheiten auf, die zugunsten des Klägers gewertet werden könnten.

c)

Ein Ausweisungsgrund nach § 55 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG liegt im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG bereits dann vor, wenn der Tatbestand einer Ausweisung erfüllt ist. Es ist nicht erforderlich, dass die Ausweisung auch tatsächlich verfügt werden könnte (BVerwG, Urteil vom 16.07.2002 - 1 C 8.02 -, NVwZ 2003, 217, 219). Der Ausweisungsgrund ist trotz der Tatsache, dass der Kläger bereits im September 2002 seine wahre Identität und Staatsangehörigkeit offenbart hat, noch nicht verbraucht. Der bloße Zeitablauf reicht grundsätzlich für einen Verbrauch nicht aus. Der Gesichtspunkt des Verbrauchs eines Ausweisungsgrundes ist mit dem Gedanken der Verwirkung vergleichbar. Dieser erfordert sowohl ein Zeitmoment als auch ein Umstandsmoment, d.h. neben den Zeitablauf müssen zusätzliche Umstände treten, aus denen der Betroffene berechtigterweise den Schluss ziehen darf, die Behörde werde von ihren Befugnissen keinen Gebrauch (mehr) machen. Zudem muss der Betroffene darauf vertraut haben, dass die Befugnis nicht mehr ausgeübt wird (st. Rspr. vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 12.07.2006 - 8 B 14/06 - juris). Aus diesem Grund ist der Auffassung des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs in seinem Urteil vom 04.03.2002 (- 12 UE 203/02 -, AuAS 2002, 172, 173 f.) nicht zu folgen, wonach bereits eine Zeitspanne von etwas mehr als zwei Jahren ausreicht, um von einem Verbrauch des Ausweisungsgrundes auszugehen (vgl. Senatsurteil vom 18.04.2007 - 11 S 1034/06 -). Umstände, aus denen der Kläger hätte schließen können, sein Verhalten werde folgenlos bleiben, liegen nicht vor. Die Ausländerbehörde hat insbesondere keinen Aufenthaltstitel in Kenntnis des strafbaren Verhaltens des Klägers erteilt.

d)

Offen bleiben kann, ob der Rechtsverstoß des Klägers noch verwertbar ist. Denn es liegt jedenfalls eine Ausnahme von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG vor, weil der Geschehensverlauf im Fall

des Klägers so sehr vom gesetzlich vorgesehenen Regelfall des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abweicht, dass er das ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regelerteilungsvoraussetzung beseitigt.

Zur Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen von einem Regel- oder einem Ausnahmefall nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG auszugehen ist, kann die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 7 Abs. 2 Nr. 1 AuslG herangezogen werden (so auch Bäuerle in GK-AuslR, § 5 Rn 26; nicht eindeutig: Jakober in Jakober/Welte, Akt. AuslR, § 5 AufenthG Rn. 21 und 25). § 7 Abs. 2 Nr. 1 AuslG enthielt zwar einen Regelversagungsgrund für solche Aufenthaltstitel, deren Erteilung im pflichtgemäßen Ermessen der Ausländerbehörde stand, während § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG eine Regelerteilungsvoraussetzung für sämtliche Aufenthaltstitel des Aufenthaltsgesetzes normiert. Durch das Inkrafttreten des § 5 Abs. 2 AufenthG ist aber keine völlig neue Rechtslage geschaffen worden, die einen Rückgriff auf die Rechtsprechung zu § 7 Abs. 2 AuslG von vornherein ausschliesse. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf (BT-Drs. 15/420 S. 69 f. zu § 5) sollten durch § 5 AufenthG vielmehr die für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern geltenden Grundentscheidungen der Erteilungs- und Versagungsvorschriften der §§ 6 bis 9 AuslG in vereinfachter Form zusammengefasst werden. Der im Verhältnis zu § 7 Abs. 2 AuslG weitere Anwendungsbereich und die durch § 5 Abs. 1 AufenthG ausgelöste Änderung der Beweislastverteilung berühren nicht die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Regel- oder ein Ausnahmefall vorliegt. Die bisherigen Entscheidungskriterien können weiterhin herangezogen werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts waren Regelfälle im Sinne des § 7 Abs. 2 AuslG dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht durch besondere Umstände von der Menge gleichliegender Fälle unterschieden. Ausnahmefälle zeichneten sich dagegen durch einen atypischen Geschehensablauf aus, der so bedeutsam war, dass er das sonst ausschlaggebende Gewicht der gesetzlichen Regel beseitigte (vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 31.01.1997 - 1 B 262/96 -, Buchholz 402.240 § 7 AuslG 1990 Nr. 7). Diese abstrakte Definition lässt sich auf das Regel-/Ausnahmeverhältnis des § 5 Abs. 1 AufenthG übertragen. Dagegen spricht nicht, dass das Bundesverwaltungsgericht in einer früheren Entschei-

derung (Urteil vom 29.07.1993 - 1 C 25/93 -, NVwZ 1994, 381, 383) hervorgehoben hat, dass § 7 Abs. 2 AuslG die Versagung, nicht aber die Verpflichtung zur Erteilung der Aufenthaltsgenehmigung regelt (vgl. auch VG Stuttgart, Urteil vom 05.04.2005 - 12 K 521/96 - juris). Die Voraussetzungen eines Ausnahmefalls waren nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts in dieser Entscheidung dann erfüllt, wenn ein atypischer Geschehensverlauf vorlag, der so bedeutsam war, dass er das sonst ausschlaggebende Gewicht des gesetzlichen Regelversagungsgrundes beseitigte, nicht aber - wie teilweise in der Literatur vertreten wurde -, wenn besondere Gründe für einen weiteren Aufenthalt des Ausländers sprachen. Damit machte das Bundesverwaltungsgericht jedoch nur deutlich, dass bei der Prüfung eines Ausnahmefalls die gesetzliche Zielsetzung des Regelfalls zugrunde zu legen ist. Die in seinem Urteil vom 31.01.1997 (a.a.O.) verwendete offener Formulierung lässt sich daher - unter Berücksichtigung der geänderten Zielsetzung - ohne weiteres für die Beurteilung eines Regel- oder Ausnahmefalls nach § 5 Abs. 1 AufenthG heranziehen.

Im Fall des Klägers liegt ein atypischer Geschehensverlauf im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vor, der es rechtfertigt, ausnahmsweise von der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abzusehen. Dabei ist ausschlaggebend, dass der Kläger wegen des Verstoßes gegen § 271 Abs. 1 StGB strafrechtlich nicht belangt wurde und mittlerweile wohl auch nicht mehr belangt werden könnte, weil Verfolgungsverjährung eingetreten sein dürfte. Für eine mittelbare Falschbeurkundung, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bedroht ist, beträgt die Verjährungsfrist nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB fünf Jahre, gerechnet ab der Beendigung der Tat (§ 78a StGB). Die Tat dürfte am 20.06.2002, dem Tag der letztmaligen Verlängerung der auf die falschen Personalien lautenden Duldung beendet gewesen sein. Dass der Kläger nach diesem Datum von der Duldungsbescheinigung im Sinne des § 271 Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht hat, lässt sich nicht feststellen. Legt man den 20.06.2002 zugrunde, wäre am 20.06.2007 Verfolgungsverjährung eingetreten.

Darüber hinaus wäre der Rechtsverstoß - falls der Kläger verurteilt worden wäre - wohl schon in Kürze nach § 51 Abs. 1 BZRG nicht mehr verwertbar. Das Verwertungsverbot des § 51 BZRG ist zwar mangels Verurteilung weder unmittelbar noch analog anwendbar (vgl. BVerwG, Urteil vom 26.03.1996 - 1 C 12/95 -, NJW 1997, 336, 337). Nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist es für die Zulässigkeit der Verwertung gleichwohl nicht bedeutungslos, ob wegen einer Verfehlung bereits Tilgungsreife eingetreten wäre, wenn eine ihretwegen erfolgte Ahndung in das Bundeszentralregister hätte eingetragen werden können. Dem Schutzzweck des § 51 Abs. 1 BZRG, die Eingliederung des Betroffenen in die Gesellschaft nicht unnötig zu gefährden, entspreche es, solchen Verfehlungen regelmäßig kein Gewicht mehr beizumessen, sobald sie länger zurückliegen, wobei eine Orientierung an dem mutmaßlichen Ablauf von Tilgungsfristen des Bundeszentralregistergesetzes sachgerecht erscheine. Für den Verstoß des Klägers gegen § 271 StGB kann allenfalls die für eine Verurteilung wegen einer Geldstrafe von nicht mehr als 90 Tagessätzen geltende Frist von fünf Jahren des § 46 Abs. 1 Nr. 1a BZRG herangezogen werden. Es bedarf hier keiner Entscheidung, ob danach bereits Tilgungsreife eingetreten wäre oder wann sie eintreten würde. Jedenfalls rechtfertigt die zumindest in Kürze eintretende hypothetische Tilgungsreife zusammen mit den weiteren vom Regelfall abweichenden Umständen die Annahme eines Ausnahmefalls. Zu den Gesichtspunkten der Verfolgungsverjährung und der Tilgungsreife kommt noch hinzu, dass der Kläger sich außer diesem Rechtsverstoß nichts hat zu schulden kommen lassen (zum Vorliegen eines Ausnahmefalls und zur Entstehung eines „Anspruchs“ vgl. auch VG Augsburg, Urteil vom 23.02.2005 - Au 1 K 04.1152 - InfAuslR 2005, 318).

Liegt somit im Hinblick auf § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ein Ausnahmefall vor, greift entgegen der Auffassung der Beklagten § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, der im Ergebnis den gesetzlichen Anspruch des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG zu einem Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung herabstuft, wenn die allgemeine Erteilungsvoraussetzung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht erfüllt ist, im Fall des Klägers nicht ein.

Die übrigen Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG liegen vor. Die Sicherung des Lebensunterhalts nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG bedarf keiner Prüfung, da die Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG abweichend von dieser Voraussetzung erteilt wird. Die Identität und die Staatsangehörigkeit des Klägers sind geklärt, die Passpflicht wird erfüllt.

4.

Auch § 5 Abs. 2 AufenthG steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht im Wege. Nach dieser Vorschrift setzt die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat. Der Kläger ist als Asylbewerber ohne Visum eingereist. Seine Einreise erfolgte - bezogen auf den nunmehr erstrebten Aufenthalt aus familiären Gründen - dennoch nicht ohne das erforderliche Visum (vgl. dazu BVerwG, Urteil vom 03.06.1997 - 1 C 1/97 -, InfAuslR 1997, 352, 254), weil er nach § 39 Nr. 5 AufenthV die Aufenthaltserlaubnis im Bundesgebiet einholen darf. Seine Abschiebung ist nach § 60a AufenthG ausgesetzt und er hat auf Grund der Geburt seiner Tochter S. während seines Aufenthalts im Bundesgebiet einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben. Maßgebender Beurteilungszeitpunkt ist insoweit der Zeitpunkt der Entscheidung des Senats. Die Privilegierung des § 39 Nr. 5 AufenthV setzt nicht voraus, dass der Kläger gleichzeitig mit der Geburt seiner Tochter den Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis erworben hat. Ausreichend aber auch erforderlich ist, dass der Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis - ebenso wie die Duldung nach § 60a AufenthG - im Zeitpunkt der Entscheidung des Senats besteht. Diese Voraussetzung ist erfüllt. Der Kläger hat einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, nachdem - wie oben ausgeführt - die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ausnahmsweise nicht gilt.

5.

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG steht schließlich auch die Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht entgegen. Danach darf einem Ausländer, dessen Asylantrag

unanfechtbar abgelehnt worden ist oder der seinen Asylantrag zurückgenommen hat, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt werden. Der Asylantrag des Klägers wurde zwar unanfechtbar abgelehnt. Die Vorschrift findet nach § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG aber keine Anwendung auf den Kläger, weil er einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hat. Unter einem Anspruch im Sinne dieser Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des Senats nur ein gesetzlicher Anspruch zu verstehen; die Vorschrift findet keine Anwendung auf Fälle der Ermessensreduktion auf Null (Urteil vom 26.07.2006 - 11 S 2523/05 -, VBIBW 2007, 30, 31; so auch Discher in GK-Ausländerrecht, AufenthG § 10 RdNr. 172 ff.).

Ein solcher gesetzlicher Anspruch steht dem Kläger zu, denn die Voraussetzungen des gesetzlichen Anspruchs nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG liegen vor. Das gleiche gilt hinsichtlich der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG, nachdem - wie oben ausgeführt - von einem Ausnahmefall ausgehen ist, soweit es die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG betrifft. Ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht auch dann, wenn im Hinblick auf die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wegen eines atypischen Sachverhalts ein Ausnahmefall vorliegt. Die Erfüllung der Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist in diesem Fall nicht erforderlich.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren durch den Kläger war notwendig. Die Notwendigkeit der Zuziehung eines Rechtsanwalts bestimmt sich danach, welche Anforderungen in dem konkreten Fall eine - zweckentsprechende - Rechtsverfolgung gestellt hat. Ausgangspunkt der rechtlichen Beurteilung ist damit die Schwierigkeit der Sache, die jedoch nicht abstrakt, sondern unter Berücksichtigung der Sachkunde und der (persönlichen) Verhältnisse des Widerspruchsführers festzustellen ist (st. Rspr., vgl. z.B.

BVerwG, Beschluss vom 21.09.1982 - 8 B 10.82 - NVwZ 1983, 346; Beschluss vom 15.03.1999 - 8 B 225.98 - Buchholz 428 § 38 VermG Nr. 4 S. 2). Es kommt nicht auf die subjektive Sicht des Widerspruchsführers an, sondern darauf, wie ein verständiger Dritter in dessen Situation gehandelt hätte. Die Beurteilung ist nach der Sachlage vorzunehmen, wie sie sich im Zeitpunkt der Zuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten dargestellt hat (BVerwG, Urteile vom 22.01.1997 - 8 C 39.95 -, Buchholz 316 § 80 VwVfG Nr. 39 S. 16 f. und vom 26.01.1996 - 8 C 15.95 -, Buchholz 316 § 80 VwVfG Nr. 36 S. 4). Die Voraussetzungen liegen etwa vor, wenn schwierige Sach- und Rechtsfragen zu klären sind. So lag es auch hier im Hinblick auf die zwischen den Beteiligten streitigen Fragen der Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 3 AuslG und des Bestehens einer familiären Lebensgemeinschaft mit seiner Tochter S.

Die Revision an das Bundesverwaltungsgericht wird nicht zugelassen, da keiner der Zulassungsgründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist beim Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Schubertstraße 11, 68165 Mannheim oder Postfach 10 32 64, 68032 Mannheim, innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils einzulegen und innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen.

Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

In der Begründung der Beschwerde 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, soweit er einen Antrag stellt, durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt 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, Gebietskörperschaften auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, vertreten lassen.

Harms

Dr. Thoren

Speckmaier

**Beschluss**  
**vom 15. September 2007**

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 2 GKG auf

5.000,-- EUR

festgesetzt.

Der Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO.

Harms

Dr. Thoren

Speckmaier