

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

3 Bf 35/05.Z
19 K 1044/04

3. Senat

Beschluss vom 2. Juni 2008

AufenthG §§ 29 Abs. 3 Satz 3, 33 Satz 1

Der Ausschlussstatbestand des § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG gilt auch für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 33 Satz 1 AufenthG.



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

3 Bf 35/05.Z
19 K 1044/04

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 3. Senat, durch die Richter Korth, Jahnke und Niemeyer am 2. Juni 2008 beschlossen:

1. Der Antrag der Klägerin, die Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 8. Dezember 2004 zuzulassen, wird abgelehnt.

Die Klägerin trägt die Kosten des Antragsverfahrens.

Der Streitwert wird für das Antragsverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

2. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz unter Beordnung von Rechtsanwalt wird abgelehnt.

Gründe:

Der vorliegende Antrag auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg. Das Berufungsgericht versteht die Antragsbegründungsschrift des Klägervertreters vom 26. Februar 2005, obwohl dort nicht ausdrücklich einer der Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO geltend gemacht wird, dahin, dass die Klägerin sinngemäß den Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO darlegen möchte (vgl. die Ausführung auf S. 2 des Schriftsatzes unter Bezugnahme auf das angefochtene Urteil: „Das ist alles nicht so richtig.“). Anhaltspunkte für die Darlegung sonstiger Zulassungsgründe im Sinne von § 124 Abs. 2 VwGO lassen sich den Ausführungen in dem o. g. Schriftsatz nicht entnehmen.

Der so zu verstehende Zulassungsantrag bleibt ohne Erfolg; aus den Ausführungen der Klägerin ergeben sich keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils.

1. Das Verwaltungsgericht hat die zum Zeitpunkt seiner mündlichen Verhandlung noch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach Maßgabe des Ausländergesetzes 1990 (AuslG) gerichtete Klage abgewiesen, weil die diesbezüglichen tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vorgelegen hätten. Nach § 31 Abs. 2 Satz 1 AuslG könne der

Klägerin keine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden, da zum Zeitpunkt ihrer Geburt lediglich ihr Vater, nicht aber, wie nach dieser Bestimmung erforderlich, ihre Mutter im Besitz einer Aufenthaltsbefugnis gewesen sei. Soweit in der Rechtsprechung Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift bzw. der vergleichbaren Regelung in § 21 Abs. 1 Satz 1 AuslG geäußert worden seien, teile das Verwaltungsgericht diese Zweifel nicht. Auf § 30 Abs. 2 AuslG könne die Klägerin ihr Begehren nicht stützen, weil sie sich seit ihrer Geburt (bis zu ihrer am 15.9.2004 in Begleitung ihrer abgeschobenen Mutter erfolgten Ausreise) nie im rechtmäßigen Aufenthalt befunden habe. § 30 Abs. 3 und 4 AuslG seien nicht einschlägig, weil diese Bestimmungen eine unanfechtbare Ausreisepflicht voraussetzten, die für die Klägerin jedoch noch nicht bestehe; ihre Ausreisepflicht werde erst durch die mit der Klage angefochtenen Bescheide begründet. Der Umstand, dass den Geschwistern der Klägerin im Jahr 2002 Aufenthaltsbefugnisse erteilt worden seien, begründe für die Klägerin keine Ansprüche. Vor diesem Hintergrund bestünden auch gegen die Abschiebungsandrohung, die sich durch die Ausreise der Klägerin ohnehin erledigt habe, keine rechtlichen Bedenken.

Am 1. Januar 2005 ist das Aufenthaltsgesetz (vom 30.7.2004, BGBl. I S. 1950) in Kraft und zugleich das Ausländergesetz 1990 außer Kraft getreten. Das Aufenthaltsgesetz sieht keine Aufenthaltsgenehmigungen in Gestalt von Aufenthaltsbefugnissen mehr vor, sondern hat an deren Stelle Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen eingeführt. Für im Bundesgebiet geborene Kinder trat an die Stelle von § 21 Abs. 1 Satz 1 und § 31 Abs. 2 AuslG (Anspruch des Kindes auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung, -erlaubnis bzw. -befugnis, wenn die Mutter bzw. - bei § 31 Abs. 2 AuslG - der allein personensorgeberechtigte Vater zum Zeitpunkt der Geburt eine entsprechende Aufenthaltsgenehmigung besaß) die Bestimmung des § 33 Satz 1 AufenthG (nach damaliger Fassung: Anspruch des im Bundesgebiet geborenen Kindes auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abweichend von § 5 und § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, wenn die Mutter zum Zeitpunkt der Geburt eine Aufenthalts- oder eine Niederlassungserlaubnis besessen hat).

Nach der Zustellung des Urteils am 5. Januar 2005 an den Prozessbevollmächtigten der Klägerin hat dieser mit Schriftsatz vom 10. Januar 2005 (Eingang am 13.1.2005) die Zulassung der Berufung gegen das Urteil beantragt und diesen Antrag mit dem o. g. Schriftsatz vom 26. Februar 2005 (Eingang am Montag, den 7.3.2005) begründet. Die

Klägerin hat damit im wesentlichen geltend gemacht, auch wenn zum Zeitpunkt ihrer Geburt ihre Mutter lediglich im Besitz einer Duldung gewesen sei, stehe ihr gleichwohl eine Aufenthaltsbefugnis zu, da ihr Vater zum Zeitpunkt ihrer Geburt eine Aufenthaltsbefugnis gehabt habe; ihre Eltern seien verheiratet und hätten bis zur Abschiebung der Mutter auch eine familiäre Lebensgemeinschaft mit ihr (der Klägerin) und den anderen Geschwistern geführt.

2. Mit Beschluss vom 25. Oktober 2005 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass sowohl § 21 Abs. 1 Satz 1 und § 31 Abs. 2 AuslG 1990 als auch § 33 Satz 1 AufenthG in der Fassung vom 1. Januar 2005 insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar waren, als sie die erleichterte Erteilung eines Aufenthaltstitels für ein im Bundesgebiet geborenes Kind allein an den Aufenthaltstitel der Mutter, nicht aber auch des Vaters geknüpft haben (BVerfGE 114, 357). Zugleich hat es den Gesetzgeber aufgefordert, diesen Gleichheitsverstoß bis zum 31. Dezember 2006 zu beheben, und dabei die Vorgabe gemacht, dass bis dahin Entscheidungen über Anträge, die an das Aufenthaltsrecht des Kindesvaters anknüpfen, auszusetzen seien.

Mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007 (BGBl. I, S. 1970), in Kraft seit dem 28. August 2007, hat der Gesetzgeber die Rechtslage für die Erteilung von Aufenthaltstiteln an im Bundesgebiet geborene Kinder neu geregelt; mit der nunmehr geltenden Fassung des § 33 Satz 1 und 2 AufenthG wird nicht mehr danach unterschieden, ob zum Zeitpunkt der Geburt die Mutter oder der Vater einen Aufenthaltstitel besitzen, sondern danach, ob dies nur bei einem Elternteil (dann kann dem Kind abweichend von den §§ 5 und 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG von Amts wegen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden) oder ob dies bei beiden Elternteilen bzw. ggf. dem allein personensorgeberechtigten Elternteil (dann wird dem Kind von Amts wegen eine Aufenthaltserlaubnis erteilt) der Fall ist. Eine Übergangsvorschrift besteht insoweit nicht.

Mit Schriftsatz vom 3. April 2008 hat die Beklagte auf Anfrage des Berufungsgerichts mitgeteilt, dass ihres Erachtens der Klägerin auch unter Zugrundelegung der Neufassung von § 33 AufenthG u. a. deshalb keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden könne, weil ihr Vater eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen gemäß § 25 Abs. 4 (Satz 1) AufenthG habe und nach § 29 Abs. 3 AufenthG ein Familiennachzug zu Ausländern mit einer gemäß § 25 Abs. 4 AufenthG erteilten Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen sei. Die

Sperrwirkung des § 29 Abs. 3 AufenthG gelte auch im Bereich des § 33 AufenthG, wie sich darin zeige, dass § 33 Satz 1 AufenthG nur hinsichtlich des Absatzes 1 in § 29 AufenthG eine Abweichung vorsehe.

Das Berufungsgericht hat den Klägervorteiler (unter Beifügung einer Abschrift des Schriftsatzes der Beklagten vom 3.4.2008) mit Schreiben vom 9. April 2008 (zugestellt mit Postzustellungsurkunde am 11.4.2008) darauf hingewiesen, dass es beabsichtige, bei der Entscheidung über den vorliegenden Zulassungsantrag nunmehr auf § 33 AufenthG in seiner jetzt geltenden Fassung abzustellen, da bei Entscheidungen über Anträge auf Zulassung der Berufung grundsätzlich die Rechtslage zum Zeitpunkt dieser Entscheidung maßgeblich sei. Für die Frage, ob der Zulassungsantrag Erfolg haben könne, sei es voraussichtlich entscheidend, ob es mit § 33 AufenthG in seiner jetzigen Fassung (ggf. in Verbindung mit den sonstigen aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen) vereinbar sei, der Klägerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu versagen. Da während der ursprünglichen Begründungsfrist noch die frühere Fassung des § 33 AufenthG gegolten habe und die Klägerin seinerzeit für die Begründung des Zulassungsantrags nicht auf die seit dem 28. August 2007 geltende Fassung habe vorgehen können, halte das Berufungsgericht es nicht für angebracht, über den vorliegenden Zulassungsantrag allein nach Maßgabe Ihrer Begründungsschrift vom 26. Februar 2005 ohne ergänzende Gelegenheit zur Stellungnahme zu entscheiden. Vor diesem Hintergrund werde der Klägerin daher Gelegenheit gegeben, die Begründung des vorliegenden Antrags auf Zulassung der Berufung binnen eines Monats ab Zustellung dieses Schreibens zu ergänzen.

Das Berufungsgericht hat auf dieses Schreiben keine Antwort erhalten.

3. Die Berufung gegen das angefochtene Urteil ist nicht wegen ernstlicher Zweifel an dessen Richtigkeit zuzulassen (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Der insoweit von der Klägerin (allein) geltend gemachte Umstand, dass zum Zeitpunkt ihrer Geburt zwar nicht ihre Mutter, wohl aber ihr Vater eine Aufenthaltsbefugnis besessen habe und die Eltern und Geschwister in familiärer Gemeinschaft gelebt hätten, führt nicht dazu, dass das angefochtene Urteil unrichtig wäre und die vorliegende Klage (ganz oder teilweise) Erfolg haben könnte.

Richtigkeit im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO meint die Ergebnisrichtigkeit des Entscheidungstenors, nicht dagegen die (vollständige) Richtigkeit der dafür gegebenen Begründung (vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.3.2004, NVwZ-RR 2004, 542; OVG Hamburg, Beschl. v. 17.12.1998, NVwZ 1998, 863). Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit liegen somit nicht vor, wenn sich das Urteil des Verwaltungsgerichts aus anderen als den von ihm genannten Gründen als (im Ergebnis) richtig erweist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 10.3.2004, a. a. O.). Die Ergebnisrichtigkeit des Entscheidungstenors bemisst sich grundsätzlich nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der Entscheidung des Berufungsgerichts über den Zulassungsantrag (vgl. BVerwG, Beschl. v. 11.12.2002, NVwZ 2003, 490; Beschl. v. 15.12.2003, NVwZ 2004, 744).

Nach diesem Maßstab erweist sich die Abweisung der Klage durch das Verwaltungsgericht nicht deswegen als unrichtig, weil der Vater der Klägerin zum Zeitpunkt ihrer Geburt eine Aufenthaltsbefugnis besessen hat. Zwar ist, wie seit dem o. g. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Oktober 2005 feststeht, die für die Klageabweisung vom Verwaltungsgericht insoweit gegebene Begründung wegen fehlender Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG fehlerhaft gewesen, weil sie (wenn auch seinerzeit in Übereinstimmung mit § 31 Abs. 2 AuslG) zum Nachteil der Klägerin allein auf die aufenthaltsrechtliche Situation der Mutter abgestellt hat. Dieser Fehler wirkt sich aber im Ergebnis nicht aus, weil die Klägerin auch nach der nunmehr geltenden, der Entscheidung über den Zulassungsantrag zugrunde zu legenden (und nicht mehr mit dem Makel eines Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG behafteten) Fassung von § 33 Satz 1 AufenthG - gedanklich unterstellt, diese Bestimmung hätte in Verbindung mit den ergänzenden Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes bereits zum Zeitpunkt ihrer Geburt gegolten - keine Aufenthaltserlaubnis erhalten könnte.

Nach § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG wird ein Familiennachzug in den Fällen des § 25 Abs. 4 AufenthG (ebenso wie in den Fällen des § 25 Abs. 4 a und Abs. 5, § 104 a Abs. 1 Satz 1 sowie § 104 b AufenthG) nicht gewährt. Diese allgemein den Familiennachzug zu Ausländern betreffende Bestimmung gilt auch für die Sonderregelung in § 33 Satz 1 AufenthG hinsichtlich der Geburt eines Kindes im Bundesgebiet. Auch die Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft, die mit der Geburt eines Kindes im Bundesgebiet entsteht, unterfällt dem Begriff des Familiennachzugs, wie ihn das Aufenthaltsgesetz in § 27 Abs. 1 bestimmt hat; das Gleiche gilt im Hinblick auf den Begriff des Kindernachzugs

(vgl. Jakober/Welte, Aktuelles Ausländerrecht, Stand 3/2006, § 32 AufenthG, Rn. 19). Für die Anwendbarkeit des Ausschlusstatbestandes in § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG spricht in systematischer Hinsicht der Umstand, dass § 29 und § 33 Satz 1 gleichermaßen im Abschnitt 6 des Kapitels 2 des Aufenthaltsgesetzes („Aufenthalt aus familiären Gründen“) stehen. Vor allem stellt das Gesetz selbst den Bezug dieser beiden Vorschriften zueinander ausdrücklich her, indem es - wie von der Beklagten in ihrem Schriftsatz vom 3. April 2008 zutreffend hervorgehoben - in § 33 Satz 1 AufenthG bestimmt, dass einem im Bundesgebiet geborenen Kind (wenn ein Elternteil einen der dort genannten Aufenthaltstitel besitzt) eine Aufenthaltserlaubnis abweichend (von § 5 AufenthG und) von § 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG erteilt werden kann. Daraus, dass § 33 Satz 1 AufenthG bezüglich § 29 AufenthG eine Abweichung allein im Hinblick auf die dortige Bestimmung in Abs. 1 Nr. 2 zulässt, ist zu schließen, dass die sonstigen in § 29 AufenthG geregelten Vorgaben und Beschränkungen des Familiennachzugs zu Ausländern auch in den von § 33 Satz 1 AufenthG erfassten Fällen im Bundesgebiet geborener Kinder gelten sollen (vgl. Jakober/Welte, a. a. O., Stand 9/2006, § 33 AufenthG, Rn. 9, zu der im Verhältnis zu § 29 Abs. 3 Satz 2 AufenthG identischen früheren Fassung des § 33 Satz 1 AufenthG). Dieses Zusammenspiel zwischen § 33 Satz 1 und § 29 AufenthG erscheint auch nicht etwa sinnwidrig oder unbeabsichtigt: Es bewirkt, dass die mit einer Geburt im Bundesgebiet in den Fällen des § 33 Satz 1 AufenthG verbundene aufenthaltsrechtliche Privilegierung in Gestalt der vollständigen Abweichung von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG (insoweit ist § 33 Satz 1 AufenthG eine gegenüber § 29 AufenthG speziellere und damit vorrangige Norm), von dem sonst geltenden Erfordernis ausreichenden Wohnraums (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG) abgesehen, nicht auch noch von den anderweitigen Vorgaben befreit, die in § 29 AufenthG allgemein für den Familiennachzug zu Ausländern gemacht werden.

Angesichts dessen könnte der Klägerin auch nach der nunmehr geltenden Fassung des § 33 Satz 1 AufenthG kein Aufenthaltstitel im Hinblick auf die zum Zeitpunkt ihrer Geburt bestehende Aufenthaltsbefugnis ihres Vaters erteilt werden, da diese nach dem Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes in eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 4 Satz 1 AufenthG übergegangen (vgl. die Mitteilung der Beklagten im Schriftsatz vom 24.8.2007) und damit nach § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ein Nachzug der Klägerin zu ihrem Vater ausgeschlossen ist; wie bereits ausgeführt, gilt der Ausschlusstatbestand des § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG auch im Rahmen des § 33 Satz 1 AufenthG.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 52 Abs. 2, 47 Abs. 3 GKG.

5. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Berufungsinstanz war abzulehnen, weil die Klägerin - entgegen der in dem Schriftsatz vom 26. Februar 2005 gemachten Ankündigung und trotz Aufforderung des Berufungsgerichts mit Schreiben vom 21. August 2007 - keinen (vollständig ausgefüllten und von dem personensorgeberechtigten Elternteil bzw. von beiden Eltern unterschriebenen) Vordruck über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse (vgl. § 166 VwGO i. V. m. § 117 Abs. 2 - 4 ZPO) eingereicht hat. Der Umstand, dass die Klägerin während des vorliegenden Zulassungsverfahrens bei ihrer Mutter in Mazedonien gelebt hat, hat es nicht unmöglich oder unzumutbar gemacht, diese Anforderung zu erfüllen: Dem Prozessbevollmächtigten wäre es möglich gewesen, der Mutter der Klägerin einen solchen Vordruck mit der Post zu übersenden, und die Mutter hätte den Vordruck (vollständig ausgefüllt und von ihr unterschrieben) dem Prozessbevollmächtigten mit der Post zurücksenden können, woraufhin dieser die weiteren erforderlichen Schritte hätte vornehmen können.

Korth

Jahnke

Niemeyer