1. Es ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt, dass im Rahmen des § 25 Abs. 3 i. Verb. m. § 60 Abs. 5 AufenthG - wie schon nach der früheren Rechtslage - nur zielstaatsbezogene Vollstreckungshindernisse zu berücksichtigen sind.

2. Abgelehnt nach § 30 Abs. 3 AsylVfG ist der Asylantrag nur dann, wenn die Einstufung als offensichtlich unbegründet auch tatsächlich tragend auf diese Vorschrift gestützt wurde.

(Amtliche Leitsätze)

13 S 1469/09

VGH Baden-Württemberg

Urteil vom 18.11.2009

T e n o r

Auf den Hilfsantrag des Klägers wird das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 9. Juni 2009 - 6 K 4655/08 - geändert.

Die Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5 AufenthG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Die Verfügung der Beklagten vom 22.9.2008 und der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 8.12.2008 werden aufgehoben, soweit sie dieser Verpflichtung entgegen stehen.

Im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger trägt 1/3 und die Beklagte 2/3 der Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren wird für notwendig erklärt.

Die Revision wird nicht zugelassen.

T a t b e s t a n d

Der Kläger begehrt (die Neubescheidung seines Antrags auf) eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen.

Der am ... 2003 in Stuttgart geborene Kläger ist irakischer Staatsangehöriger. Seine Eltern haben erfolglos Asylverfahren betrieben. Sie werden derzeit geduldet; über ihre Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wurde noch nicht entschieden. Sein am 2.10.2004 geborener Bruder ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG, nachdem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge wegen einer schweren Nierenerkrankung ein zielstaatsbezogenes

Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG festgestellt hatte.

Einen aufgrund der Vorschrift des § 14a Abs. 2 AsylVfG fingierten Asylantrag des Klägers lehnte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mit Bescheid vom 17.1.2007 - seit dem 27.1.2007 bestandskräftig - als offensichtlich unbegründet ab. Es stellte ferner fest, dass die Voraussetzungen des § 60 Abs. 1 AufenthG offensichtlich nicht vorlägen und dass Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG nicht gegeben seien. Auf S. 4 des Bescheids wird dargelegt, in welchen Fällen ein Asylbegehren nach § 30 AsylVfG als offensichtlich unbegründet abzulehnen sei; dabei wird auch ausgeführt, dass dies gemäß § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylVfG dann der Fall sei, wenn der Antragsteller seine Mitwirkungspflichten gröblich verletze. Auf S. 5 ff. wird im einzelnen ausführlich begründet, dass und weshalb die Voraussetzungen für eine Asylanerkennung des Klägers in der Sache offensichtlich nicht erfüllt seien, ohne dass dabei auf eine gröbliche Verletzung der Mitwirkungspflichten abgestellt wird.

Der Kläger beantragte unter dem 6.6.2008 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG, hilfsweise einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG. Zur Begründung führte er aus, bei seinem Bruder lägen die Voraussetzungen des § 25 Abs. 3 AufenthG vor. Daher sei ihm nach § 60 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK ebenfalls eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG zu erteilen, die auf mindestens zwei Jahre zu befristen sei. Hilfsweise werde eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG beantragt, weil auch hier Art. 6 GG und Art. 8 EMRK anzuwenden seien. Nach § 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG sei zwingend von der Anwendung des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG abzusehen

Die Beklagte lehnte diesen Antrag mit Verfügung vom 22.9.2008 ab. Zur Begründung führte sie aus, das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge habe die Ablehnung des Asylantrags des Klägers auf § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylVfG gestützt. Damit lägen die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG vor. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG seien nicht gegeben. Das Bundesamt habe in seinem Bescheid vom 17.1.2007 eindeutig festgestellt, dass ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG nicht vorliege. Hieran sei die Beklagte nach § 42 AsylVfG gebunden. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG komme ebenfalls nicht in Betracht. Dem Kläger dürfe nach § 10 Abs. 3 Satz 2 keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden

Der Kläger erhob am 30.9.2008 Widerspruch, den das Regierungspräsidium Stuttgart mit Widerspruchsbescheid vom 8.12.2008 zurückwies. Es nahm hierbei auf die angefochtene Verfügung Bezug und führte ergänzend aus, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG seien nicht erfüllt. Über die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG sei nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Im Anwendungsbereich von § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG sei die Erteilung eines Aufenthaltstitels „grundsätzlich vollständig ausgeschlossen“.

Am 16.12.2008 hat der Kläger Klage beim Verwaltungsgericht Stuttgart erhoben. Er trägt vor, er habe einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus Art. 6 GG und aus § 60 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK. Diese Vorschriften seien auch im Rahmen des § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zu prüfen. Die Ablehnung des Asylantrages als offensichtlich unbegründet sei zu Unrecht auf die fehlende Mitwirkung des Klägers - eines kleinen Kindes - gestützt worden.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 9.6.2009 - dem Kläger zugestellt am 12.6.2008 - abgewiesen. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt: In den angefochtenen Bescheiden werde zu Recht dargelegt, dass § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG zu beachten sei, weil der Asylantrag des Klägers (vgl. § 14a Abs. 1 AsylVfG) als offensichtlich unbegründet abgelehnt worden sei. Es treffe auch nicht zu, dass der Asylantrag lediglich wegen fehlender Mitwirkung als offensichtlich unbegründet abgelehnt wurde; dies ergebe sich aus den Seiten 5 ff. des bestandskräftig gewordenen Bescheides vom 17.1.2007. Damit scheide eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG von vornherein aus. Dem Kläger stehe aber auch keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zu. Diese Vorschrift umfasse ausschließlich zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote, nicht aber ein inlandsbezogenes Ausreisehindernis nach Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK. Da die Beklagte nach § 42 Satz 1 AsylVfG an die Entscheidung des Bundesamtes vom 17.1.2007 gebunden sei, seien die Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht gegeben. Es seien auch sonst keine Rechtsgrundlagen ersichtlich, die dem Kläger einen strikten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis einräumen würden. § 33 AufenthG komme als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht, weil die Eltern des Klägers lediglich im Besitz von Duldungen seien. Die Berufung sei zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung habe. Soweit ersichtlich hätten weder das Bundesverwaltungsgericht noch der VGH Baden-Württemberg abschließend entschieden, ob bei § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG ausschließlich zielstaatsbezogene Abschie-

bungsverbote zu berücksichtigen seien

Der Kläger hat seine am 22.6.2009 eingelegte Berufung am 12.8.2009 wie folgt begründet: Der Asylablehnungsbescheid sei in der Sache ausschließlich auf § 30 Abs. 1 AsylVfG gestützt. § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylVfG werde nur „wegen der Voraussetzungen“ genannt, ohne dass diese Bestimmung inhaltlich angewandt worden sei. Daher habe sich die Beklagte zu Unrecht auf den Ausschlussgrund des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG gestützt. Da er seit über 18 Monaten geduldet sei, sei in seinem Fall § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG einschlägig. Auch aus § 25 Abs. 3 AufenthG folge ein Anspruch, da ein inlandsbezogenes Abschiebungshindernis des § 60 Abs. 5 AufenthG i.V.m. Art. 8 EMRK vorliege.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 9. Juni 2009 - 6 K 4655/08 - zu ändern, die Verfügung der Beklagten vom 22.9.2008 und den Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 8.12.2008 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 3 AufenthG - hilfsweise nach § 25 Abs. 5 AufenthG - unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden sowie die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie weist ergänzend darauf hin, dass die Eltern des Klägers nicht im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG seien, da die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nrn. 1, 1a und 4 AufenthG nicht vorlägen. Von daher sei nicht klar, weshalb Art. 8 EMRK in Betracht kommen könne.

Der Kläger repliziert, dass die irakische Botschaft derzeit und auf absehbare Zeit keine Pässe ausstelle. Zudem könne er die hierfür erforderlichen irakischen Dokumente - Staatsangehörig-

keitsausweis und Geburtsurkunde bzw. Personalausweis - nicht vorlegen. Da er in Deutschland geboren sei, erhalte er keine Papiere aus dem Irak.

Mit Bescheid vom 14.8.2009 stellte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge klar, dass der Asylablehnungsbescheid vom 17.1.2007 allein auf § 30 Abs. 1 AsylVfG gestützt sei, da er keine tragenden Gründe für eine Ablehnung nach § 30 Abs. 3 AsylVfG enthalte.

Dem Senat liegen neben den Gerichtsakten des Verwaltungsgerichts die von der Beklagten vorgelegten Ausländerakten über den Kläger (ein Heft) und die Widerspruchsakten des Regierungspräsidiums Stuttgart (mehrere lose Schriftstücke) vor. Diese Akten waren wie die Prozessakte Gegenstand der mündlichen Verhandlung; wegen der Einzelheiten wird hierauf ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Unrecht in vollem Umfang abgewiesen. Der Kläger hat einen Anspruch auf Neubescheidung seines Antrags auf eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen nach § 25 Abs. 5 AufenthG durch die Beklagte (2.); insoweit sind deren Verfügung vom 22.9.2008 sowie der Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 8.12.2008 rechtswidrig und verletzen den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO). Im Übrigen - soweit sie mit ihrem Hauptantrag auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG zielt - ist seine Klage aber unbegründet (1.).

1. Dem Kläger steht keine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG zu. Dies wird bereits in dem angefochtenen Urteil zutreffend dargelegt. Es ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt, dass im Rahmen des § 25 Abs. 3 i. Verb. m. § 60 Abs. 5 AufenthG - wie schon nach der früheren Rechtslage - nur zielstaatsbezogene Vollstreckungshindernisse zu berücksichtigen sind. Die in § 25 Abs. 3 Satz 1 AufenthG in Bezug genommene Bestimmung des § 60 Abs. 5 AufenthG verweist nur insoweit auf die Europäische Menschenrechtskonvention, als sich aus ihr zielstaatsbezogene Abschiebungsverbote ergeben. Hindernisse, die einer Vollstreckung der Ausreisepflicht entgegenstehen, weil andernfalls das Recht auf Achtung des Familien- oder Privatlebens im Sinne von Art. 8 EMRK verletzt würde, können hingegen nur zur Erteilung einer

Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG führen (vgl. OVG Koblenz, Beschluss vom 24.2.2006 - 7 B 10020/06 - InfAuslR 2006, 274; VGH Kassel, Beschluss vom 15.02.2006 - 7 TG 106/06 - NVwZ-RR 2006, 826; OVG Lüneburg, Beschluss vom 1.9.2006 - 8 LA 101/06 - juris Rn 3; ebenso Burr in: GK-AufenthG, § 25 Rn 34; Hailbronner, AuslR, § 60 Rn 145; vgl. zur früheren Rechtslage BVerwG, Urteil vom 11.11.1997 - 9 C 13.96 - juris Rn 8 ff. zu § 53 Abs. 4 AuslG; s. auch Senatsbeschlüsse vom 3.3.2009 - 13 S 3282/09 - und vom 23.2.2009 - 13 S 1974/08 -).

2. Der Kläger hat jedoch einen Anspruch auf eine Neubescheidung seines Antrags auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG i. Verb. m. Art. 8 EMRK.

a) Es liegt kein Versagungsgrund nach § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG vor. Nach dieser Vorschrift darf einem Ausländer vor der Ausreise kein Aufenthaltstitel erteilt werden, wenn sein Asylantrag nach § 30 Abs. 3 AsylVfG abgelehnt wurde. Dies ist hier nicht der Fall.

aa. Schon der Bundesamtsbescheid vom 17.1.2007 ist nicht tragend auf § 30 Abs. 3 Nr. 5 AsylVfG gestützt, wonach ein Asylantrag als offensichtlich unbegründet abzulehnen ist, wenn ein Ausländer seine Mitwirkungspflichten gröblich verletzt. Zwar wird diese Vorschrift auf S. 4 des Bescheids zitiert. Hierbei handelt es sich aber offenbar lediglich um einen „Textbaustein“, in dem die rechtlichen Vorgaben der Ablehnung als offensichtlich unbegründet allgemein dargelegt werden. Demgegenüber wird bei der Subsumtion des konkreten Einzelfalls des Klägers auf S. 5 ff. des Bescheids allein darauf abgestellt, dass die Voraussetzungen einer Asylanerkennung in der Sache offensichtlich nicht gegeben seien, und nicht darauf, dass er seine Mitwirkungspflichten gröblich verletzt habe. Wird der konkrete Einzelfall nicht unter eine bestimmte gesetzliche Vorschrift subsumiert, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein Bescheid tragend auf diese Bestimmung gestützt werden sollte. Abgelehnt nach § 30 Abs. 3 AsylVfG ist der Asylantrag nur dann, wenn die Einstufung als offensichtlich unbegründet auch tatsächlich tragend auf diese Vorschrift gestützt wurde.

bb. Unabhängig hiervon hat das Bundesamt durch seinen Bescheid vom 13.8.2009 verbindlich klargestellt, dass die damalige Ablehnung als offensichtlich unbegründet allein auf § 30 Abs. 1 AsylVfG gestützt werden sollte. An der Berechtigung des Bundesamts, im Rahmen seines Aufgabenbereichs einen feststellenden Verwaltungsakt zur Klarstellung des mit einem Bescheid

Gewollten zu erlassen, hat der Senat jedenfalls dann keine Zweifel, wenn es sich - wie hier - um einen begünstigenden Verwaltungsakt handelt.

b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG liegen vor. Dem Kläger ist die Ausreise im Hinblick auf Art. 8 EMRK, Art. 6 Abs. 1 GG unmöglich. Sein am 2.10.2004 geborener Bruder ist im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG, nachdem das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge wegen seiner schweren Nierenerkrankung ein zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG festgestellt hatte. Deshalb ist dem minderjährigen Bruder des Klägers und damit auch den Eltern des Klägers und diesem selbst die Ausreise in den Irak rechtlich nicht möglich.

Anders als die Beklagte zu meinen scheint, spielt es für die Frage, ob dem minderjährigen Kläger im Hinblick auf Art. 8 EMRK, Art. 6 Abs. 1 GG die alleinige Rückkehr in den Irak zumutbar ist, keine Rolle, welchen Aufenthaltsstatus die Eltern des Klägers haben. Es handelt sich hier auch nicht um einen Familiennachzug im eigentlichen Sinne, der durch § 29 Abs. 3 Sätze 1 und 3 AufenthG eingeschränkt bzw. für manche Fallgruppen sogar ganz ausgeschlossen ist. Im vorliegenden Fall erstrebt der minderjährige Kläger die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, weil nach seiner Auffassung die familiäre Lebensgemeinschaft mit seinen Eltern und seinem Bruder - für den wegen seiner schweren Nierenerkrankung ein zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 7 AufenthG besteht - nur im Bundesgebiet gelebt werden kann, eine Ausreise deshalb für ihn unzumutbar sei und er daher die Voraussetzungen für die Erteilung eines humanitären Aufenthaltsrechts nach § 25 Abs. 5 AufenthG erfülle. Ein solcher Anspruch wird nicht durch § 29 Abs. 3 AufenthG gesperrt (ausführl. hierzu: VGH Bad.-Württ., Urteil vom 18.4.2007 - 11 S 1035/06 - juris).

Bei der Prüfung der Frage, ob eine Ausreise eines Familienangehörigen aus rechtlichen Gründen unmöglich ist, ist davon auszugehen, dass ein genereller Anspruch auf Herstellung bzw. Aufrechterhaltung der Familieneinheit mit aus humanitären Gründen aufgenommenen Ausländern die Möglichkeiten der Bundesrepublik Deutschland zur humanitären Aufnahme unvertretbar festlegen und einschränken würde. Nicht familiäre Bindungen allein, sondern alle Umstände, die eine humanitäre Dringlichkeit begründen, sollen für die Entscheidung maßgeblich sein, ob und wann welche Ausländer aus humanitären Gründen aufgenommen und ihnen der Aufenthalt im Bundesgebiet erlaubt werden soll. Die Herstellung bzw. Aufrechterhaltung der Familien-

einheit wird daher grundsätzlich nur für Personen zugelassen, die selbst die Voraussetzungen für die Aufnahme aus dem Ausland aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen erfüllen. Ein dringender humanitärer Grund kann insbesondere vorliegen, wenn die Familieneinheit auf absehbare Zeit nur im Bundesgebiet hergestellt werden kann (vgl. BT-Drs. 15/420, S. 81; ausführl. hierzu: VGH Bad.-Württ., Urteil vom 18.4.2007, a.a.O.). Dies ist bei der Familie des Klägers unabhängig vom Aufenthaltsstatus der Eltern der Fall. Kann die familiäre Lebensgemeinschaft nur in der Bundesrepublik Deutschland stattfinden, drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück (Bay. VGH, Beschluss vom 22.7.2008 - 19 CE 08.781 - InfAuslR 2009, 158). Anhaltspunkte dafür, dass der Schutz der Familie hier weniger schwer als im Regelfall wiegt - etwa weil absehbar wäre, dass das Abschiebungsverbot alsbald entfällt, oder der Familie des Klägers die Ausreise in einen anderen Drittstaat möglich und zumutbar wäre - hat die Beklagte nicht vorgetragen und sind auch sonst nicht ersichtlich.

Diese Auslegung wird im Übrigen zu Recht jedenfalls in Bezug auf den Ehegatten und die minderjährigen Kinder eines Ausländers, der eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG besitzt, auch in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz vom 26.10.2009 (GMBI. 2009, 878) unter Nr. 29.3.1.1 vertreten: Sofern die Herstellung der Familieneinheit im Ausland aus zwingenden persönlichen Gründen unmöglich sei, sei stets ein dringender humanitärer Grund anzunehmen; bei Ausländern, die - wie der Bruder des Klägers - eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Absatz 1 bis 3 AufenthG besäßen, sei - außer in den Fällen des § 60 Absatz 4 - anzunehmen, dass die Herstellung der familiären Einheit im Herkunftsstaat unmöglich sei. Gleiches muss folgerichtig dann aber auch zugunsten der „Kernfamilie“ gelten, wenn - wie hier - nicht ein Elternteil, sondern ein minderjähriges Kind wegen eines zielstaatsbezogenen Abschiebungsverbots eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG besitzt, denn auch in einem solchen Fall ist der gesamten Familie eine gemeinsame Rückkehr in den Herkunftsstaat unzumutbar und damit rechtlich unmöglich.

c) Der Kläger hat demzufolge einen Anspruch auf die begehrte Neubescheidung seines Antrags.

Ob hier die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nrn. 1, 1a und 4 AufenthG nicht erfüllt sind, wie die Beklagte annimmt, kann dabei letztlich offen bleiben. Der Senat merkt aber insoweit an, dass im Rahmen des § 5 Abs. 1 Nr. 1a AufenthG wohl noch zu klären wäre, ob

und inwiefern tatsächlich Zweifel an der Identität und der Staatsangehörigkeit des Klägers bestehen, und dass im Rahmen der Nr. 4 - jedenfalls bei der Prüfung, ob ein Ausnahmefall vorliegt - auch auf den Vortrag des Klägers näher einzugehen wäre, wonach ihm derzeit die Beschaffung eines irakischen Passes nicht möglich sei. Allerdings wird es insoweit auch im eigenen Interesse des Klägers liegen, alsbald entsprechende ernsthafte Bemühungen zur Passbeschaffung zu entfalten, um entweder einen Pass zu erhalten oder andernfalls zumindest die behauptete Unmöglichkeit der Passbeschaffung belegen zu können.

Unabhängig hiervon fehlt es jedenfalls an der nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG erforderlichen behördlichen Ermessensausübung. Diese steht im vorliegenden Fall aus; eine Ermessensentscheidung ist auch im Gerichtsverfahren nicht nachgeholt worden. Dies wäre allerdings auch nicht nach § 114 Satz 2 VwGO zulässig gewesen. Im behördlichen Verfahren ist überhaupt kein Ermessen betätigt worden, weil die Behörden zu Unrecht von einem Ausschlussgrund nach § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG ausgegangen sind. Nachträglich eingetretene Umstände, die es möglicherweise hätten gebieten können, der Beklagten trotz eines vollständigen Ermessensausfalls eine Nachholung ihrer Ermessensentscheidung im Gerichtsverfahren zu ermöglichen (vgl. hierzu VGH Bad.-Württ., Urteil vom 22.7.2009 - 11 S 1622/07 - juris), liegen nicht vor, da der Ausschlussgrund des § 10 Abs. 3 Satz 2 AufenthG von Anfang an nicht gegeben war (s. unter 2.a)aa.)

Bei der Nachholung ihrer Ermessensausübung wird die Beklagte die Funktion des § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG zu berücksichtigen haben, wonach bei tatsächlich vorliegenden dauerhaften Abschiebungs- und Ausreisehindernissen an die Stelle der gesetzlich nicht vorgesehenen sog. Kettenduldungen nunmehr die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis als humanitäre, der notwendigen Integration des Ausländers dienende Maßnahme getreten ist, und daher im Falle eines humanitären Titels typischerweise nicht die Erfüllung aller Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG verlangt werden kann (siehe dazu Senatsurteil vom 3.12.2008 - 13 S 2483/07 - juris; Bay. VGH, Beschluss vom 22.7.2008 - 19 CE 08.781 - InfAuslR 2009, 158; Bäuerle in GK-AufenthG, § 5 Rn. 185 und Burr in GK-AufenthG § 25 Rn. 188 sowie Jakober/Welte, Aktuelles AuslR, § 5 Rn. 140).

3. Dem in der mündlichen Verhandlung hilfsweise gestellten Beweisantrag des Klägers zur Frage der Möglichkeit der Beschaffung eines irakischen Passes ist nach alledem nicht nachzu-

gehen.

Zum einen ist bei sachdienlicher Auslegung dieses Hilfsbeweisanspruchs davon auszugehen, dass er nur unter der Bedingung beschieden werden soll, dass auch der auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG bezogene hilfsweise gestellte Klageantrag abgelehnt wird. Denn im Falle der Erteilung des Titels nach § 25 Abs. 3 AufenthG müsste ohnehin von den Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG abgesehen werden (§ 5 Abs. 3 Satz 1 AufenthG).

Zum anderen fehlt es jedenfalls an der erforderlichen Entscheidungserheblichkeit der unter Beweis gestellten Tatsache(n). Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 3 AufenthG kann dem Kläger auch schon aus anderen Gründen nicht erteilt werden (s.o. unter 1.). Aber auch die Verpflichtung der Behörde zur Neubescheidung des auf eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG bezogenen Antrags des Klägers besteht unabhängig von der Erfüllung der Passpflicht durch den Kläger (s.o. unter 2.c).

4. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus den § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren durch den Kläger war notwendig (§ 162 Abs. 2 Satz 2 VwGO).

Die Revision ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 132 VwGO nicht vorliegen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gemäß § 63 Abs. 2, 52 Abs. 2 GKG auf 5.000,-- EUR festgesetzt

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