

## Verwaltungsgericht Hamburg

### Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache



Staatsangehörigkeit: serbisch,

- Klägerin -

An Verkündungs  
statt zugestellt.

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte Georg Debler, Dr. Angelika Gregor, Dr. Wolf-  
ram Velten,  
Johann-Mohr-Weg 2,  
22763 Hamburg,  
Az: deb/am 092/07,

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,  
vertreten durch die Behörde für Inneres  
Einwohner-Zentralamt,  
-Rechtsabteilung-,  
Amsinckstraße 34,  
20097 Hamburg,  
Az: E 240/0110901292,

- Beklagte -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 15, am 6. April 2010 im schriftlichen Ver-  
fahren durch  
die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht Dr. Rubbert als Einzelrichterin

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird unter Aufhebung ihres Bescheids vom 18. August 2009 und des Widerspruchsbescheids vom 17. November 2009 verpflichtet, der Klägerin bis zum 8. November 2010 eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten im Vorverfahren war notwendig.

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil kann innerhalb eines Monats nach Zustellung schriftlich die Zulassung der Berufung beantragt werden.

Der Antrag ist bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, zu stellen. Er muss das angefochtene Urteil bezeichnen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung des vollständigen Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, soweit sie nicht bereits mit dem Antrag vorgelegt worden ist, bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzureichen.

Die Berufung ist nur zuzulassen,

- wenn ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
- wenn die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
- wenn die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
- wenn das Urteil von einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts, des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes oder des Bundesverfassungsgerichts abweicht und auf dieser Abweichung beruht oder
- wenn ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht eingeleitet wird. Als Bevollmächtigte sind Rechtsanwälte und Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt zugelassen. Ferner sind die in § 67 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 bis 7 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bezeichneten Personen und Organisationen als Bevollmächtigte zugelassen. Ergänzend wird wegen der weiteren Einzelheiten auf § 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 4 und Abs. 5 VwGO verwiesen.

Auf die Möglichkeit der Sprungrevision nach § 134 VwGO wird hingewiesen.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Sie wurde am . . . 1968 in Serbien geboren und hat die dortige Staatsangehörigkeit. Zusammen mit ihrem Landsmann, dem 1964 geborenen Herrn [REDACTED], mit dem sie eine Reihe von Jahren zusammenlebte, hat sie zwei Kinder, die am . . . 1990 geborene Tochter [REDACTED] und den am . . . 1991 geborenen Sohn [REDACTED].

Am 8. September 1997 reiste die gesamte Familie illegal in das Bundesgebiet ein. Ein anschließend gestellter Asylantrag der Klägerin und ihrer Kinder wurde als offensichtlich unbegründet abgelehnt. Gerichtlicher Rechtsschutz blieb erfolglos.

Am 19. Juli 2000 heiratete die Klägerin den in Hamburg lebenden deutschen Staatsangehörigen [REDACTED]. Hiernach beantragte sie unter Hinweis auf die Eheschließung eine Aufenthaltsgenehmigung. Im Oktober 2000 wurde der Beklagten jedoch in einem Denunziantenschreiben mitgeteilt, dass es sich bei der Ehe der Klägerin, die später geschieden wurde, um eine bloße Scheinehe handele.

Auch der Vater der Kinder der Klägerin, Herr [REDACTED], hatte mittlerweile eine deutsche Ehefrau geheiratet, Frau [REDACTED]. Nachdem die beiden Kinder in seinen Haushalt gezogen waren, reiste die Klägerin am 20. Januar 2001 freiwillig nach Belgrad aus.

Nach eigenen Angaben reiste die Klägerin, die sich zwischenzeitlich in Frankreich aufgehalten hatte, aber auch besuchsweise in Deutschland gewesen war, Anfang Februar 2008 erneut in das Bundesgebiet ein. Am 11. August 2008 wurde die Klägerin in der Wohnung ihrer Kinder und des Kindesvaters von der Polizei aufgegriffen, als diese eigentlich den Kindesvater verhaften wollte. Jener befand sich aber bereits seit längerem in Serbien. Er soll sich schon im Februar 2008 dorthin begeben haben und anschließend einen Herzinfarkt erlitten haben.

Am 20. August 2008 beantragte die Klägerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis: Sie sei Anfang Februar zu ihren Kindern nach Hamburg gekommen, da sich der Kindesvater,

der das alleinige Sorgerecht besitze, um die Kinder nicht mehr habe kümmern können. Die Tochter sei inzwischen volljährig geworden. Mittlerweile habe das zuständige Familiengericht ihr das vorläufige Aufenthaltsbestimmungs- und Erziehungsrecht für den noch minderjährigen Sohn übertragen. Das Kindeswohl verlange ihre Anwesenheit in Deutschland. Beigefügt war ein entsprechender Beschluss des Amtsgerichts Hamburg-Barmbek vom 19. August 2008 (893 F 172/08), den die Tochter der Klägerin initiiert hatte.

Der Aufenthalt der Klägerin wurde hiernach geduldet.

Die Klägerin bat im Folgenden mehrfach um die Erteilung einer Arbeitserlaubnis für eine Tätigkeit als Raumpflegerin, da sie nicht zuhause sitzen und sich vom Staat ernähren lassen wolle. Dies Begehren wurde aber jeweils mit wechselnder Begründung abgelehnt.

Unter dem 30. Oktober 2008 berichtete auf Veranlassung des Familiengerichts das Jugendamt des Bezirksamtes Wandsbek über die familiäre Situation: Die Familie habe bis 1999 zusammengelebt. Dann sei der Vater ausgezogen. Als die Klägerin nach Serbien zurückgegangen sei, seien die Kinder zum Vater gezogen. Anfang 2002 habe die Klägerin ihre Kinder für zwei Monate in Deutschland besucht. Danach hätten die Kinder die Mutter regelmäßig während der Ferien in Serbien gesehen. Die Klägerin habe damals bei ihren Großeltern auf einem größeren Bauernhof gelebt. Von 2005 bis Anfang 2008 habe sich die Klägerin überwiegend in Paris bei ihrer Mutter aufgehalten. Der selbstständig tätig gewesene Kindesvater sei hoch verschuldet und deshalb von der Polizei gesucht worden. Hierbei sei auch die Klägerin entdeckt worden. Er sei mittlerweile schwer krank und werde in Serbien bleiben. Die Klägerin habe inzwischen die Wohnung übernommen und sei Hauptmieterin. Ihr Sohn besuche das Berufsvorbereitungsjahr und würde gerne eine Ausbildung im Bereich Trockenbau machen. Die Klägerin, die fließend Deutsch spreche und ruhig und freundlich sei, wolle in Deutschland bleiben und sich um die Kinder kümmern, bis diese eine abgeschlossene Ausbildung hätten. Die Situation für die Kinder erscheine mit der Mutter als stabil. Der Sohn mache einen zufriedenen und fröhlichen Eindruck.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Hamburg-Barmbek vom 17. Februar 2009 wurde der Klägerin die volle elterliche Sorge für ihren Sohn übertragen. Für den Vater der Kinder stellte die Beklagte das Erlöschen der Niederlassungserlaubnis nach § 51 Abs. 1 Nr. 7 AufenthG fest, da er für mehr als sechs Monate ausgereist war.

Mit Schreiben vom 27. März 2009 kündigte die Beklagte an, den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abzulehnen, aber ihre Abschiebung für einen Zeitraum bis 14 Tage nach Eintritt der Volljährigkeit des hier lebenden Sohnes auszusetzen.

Die Klägerin teilte hierauf mit, dass das bisher bestehende Ausreisehindernis nicht mit der Volljährigkeit des Sohnes wegfallen werde, denn dieser leide unter einer chronischen Epilepsie und bedürfe deshalb ihrer Unterstützung und Betreuung. Entsprechendes gelte für die mittlerweile volljährige Tochter. Im Übrigen schütze Gemeinschaftsrecht auch die Elternbeziehung zu volljährigen Kindern. Beigefügt war eine ärztliche Bescheinigung des Kinder- und Jugendarztes Dr. vom 24. April 2009: Beide Kinder befänden sich bei ihm in Behandlung. Bei beiden bestehe eine Epilepsie, der Sohn der Klägerin sei auf eine medikamentöse Behandlung eingestellt. Die familiäre Situation sei kompliziert. Beide Kinder hätten Aufenthaltsrechte, ihr Vater habe sich aber durch Verlassen Deutschlands der Familie entzogen. Weitere Verwandte außer ihrer Mutter gebe es in Hamburg nicht. Beide Kinder befänden sich am Beginn einer beruflichen Ausbildung. Besonders der Sohn der Klägerin benötige aufgrund seiner Erkrankung eine dauerhafte Hilfestellung, insbesondere bei Notfallsituationen.

Ein später eingereichter Arztbericht vom Epilepsiezentrum Hamburg vom 4. Juni 2009 führt in Bezug auf den Sohn der Klägerin aus, dass dieser dort ambulant untersucht worden sei. Es sei bei ihm eine idiopathisch generalisierte Epilepsie mit Absencen und Myoklonien zu diagnostizieren, keine GM-Anfälle. Unter Valproat sei er anfallsfrei. Aufgrund der lang bestehenden Anfallsfreiheit werde ihm eine Therapie mit nur einem Medikament empfohlen, auf das er umgestellt werde. Über Nebenwirkungen wie kognitiven Defizite und Sprechstörungen sei er informiert worden. Tätigkeiten mit mehr als alltäglichem Risiko solle er vermeiden. Auch sei seine Fahrtauglichkeit vor dem Erwerb des Führerscheins nochmals zu prüfen.

Auf Veranlassung der Klägerin nahm unter dem 25. Juni 2009 das Jugendamt erneut zur Lage der Familie Stellung: Die Kinder seien in Deutschland aufgewachsen und integriert. Der Sohn der Klägerin mache das Berufsvorbereitungsjahr und werde im Sommer 2009 seinen Hauptschulabschluss erhalten. Danach wolle er eine Ausbildung im Bereich Trockenbau absolvieren. Zu 90% habe eine Lehrstelle. Er leide unter Epilepsie. Seine

Schwester besuche die Gesamtschule und werde im Sommer 2009 ihren Realschulabschluss erhalten. Sie wolle anschließend das Abitur machen. Auch sie leide unter Epilepsie, akut bis zum 17. Lebensjahr, zeige aber auch heute noch Symptome. Aus jugendamtlicher Sicht sei es für beide Kinder dringend notwendig, dass ihre Mutter sie jedenfalls bis zum Ende der Hilfen für junge Volljährige (21. Lebensjahr) begleiten könne. Die Kinder hätten doppelte Trennungen erlebt, einmal durch die Mutter und dann durch den Vater. Aufgrund starker Unsicherheiten in ihrem Leben und vor dem Hintergrund einerseits der Beziehungsabbrüche und andererseits ihrer chronischen Erkrankungen benötigten sie dringend Stabilität und die Unterstützung und Hilfe bei der Alltags- und Lebensbewältigung durch ihre Mutter. Zwischen allen dreien bestehe eine liebevolle und enge Bindung, die zum Wohle der Jugendlichen nicht unterbrochen werden solle, um ihre psychosoziale Entwicklung nicht noch weiter zu gefährden. Aus diesen Gründen müsse ihrer Mutter als einzig verbliebene Angehörige vor Ort unbedingt in Deutschland bleiben können.

Mit Bescheid vom 18. August 2009 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab. Sie forderte sie zur Ausreise bis zum 8. November 2009 auf und drohte die Abschiebung an. Zur Begründung führte sie aus: Die Klägerin könne kein Aufenthaltsrecht aus § 36 Abs. 1 AufenthG herleiten, da hier die noch nicht volljährige Person lediglich über eine - aufgrund des Verlustes der Niederlassungserlaubnis des Vaters ohnehin nicht rechtmäßige - befristete Aufenthaltserlaubnis nach § 34 Abs. 1 AufenthG verfüge. Auch liege kein Ausreisehindernis vor, das die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG nahe lege. Die Betreuung der Kinder stelle kein solches dar. Denn die Tochter der Klägerin sei inzwischen volljährig und es sei nicht belegt, dass sie aufgrund ihrer Krankheit der Betreuung durch die Mutter bedürfe. Sie sei unter ärztlicher Aufsicht und offensichtlich medikamentös eingestellt. Beide Kinder nähmen ansonsten normal am Leben teil und reisten sogar ohne Begleitung allein nach Serbien, besuchten die Schule und hätten Berufswünsche. Zudem sei das Familieneinkommen ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel nicht ausreichend gesichert. Deshalb sei nicht gewährleistet, dass der Sohn bei Eintritt der Volljährigkeit ein Daueraufenthaltsrecht erhalte. Ihm sei damit durchaus zumutbar, mit seiner Mutter in Serbien zu leben. Anderenfalls könne er auch allein im Bundesgebiet bleiben und für seine Belange selbst sorgen.

Am 21. August 2009 legte die Klägerin Widerspruch ein: Die Betreuungsbedürftigkeit der Kinder falle mit ihrer Volljährigkeit nicht weg. Aufgrund ihrer Krankheit sei die bisher ge-

leistete kontinuierliche Unterstützung durch die Mutter weiterhin erforderlich. Überhaupt sei die schützenswerte familiäre Lebensgemeinschaft zwischen den Familienmitgliedern nicht etwa durch Volljährigkeit der Kinder beendet. In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte sei mehrfach festgestellt worden, dass die familiäre Lebensgemeinschaft auch die Volljährigkeit überdauern könne und deshalb zu berücksichtigen sei. Hier kämen noch die Erkrankung und Unterstützungsbedürftigkeit der Kinder hinzu. Zur Akte gereicht wurde ein weiteres Attest des Epilepsiezentrum Hamburg vom 3. September 2009. Hierin wurde dem Sohn der Klägerin eine idiopathische generalisierte Epilepsie bescheinigt; aufgrund erheblicher Nebenwirkungen sei eine Medikamentenumstellung notwendig geworden. Bisher habe der Patient die Medikamente gut vertragen, habe aber nochmals im Sommer Anfälle gehabt. Eine engmaschige Weiterbetreuung durch die Spezialambulanz sei notwendig, ebenso regelmäßig EEG-Kontrollen. Die Mutter des Patienten sei regelmäßig bei Arztbesuchen dabei und achte auf die regelmäßige Tabletteneinnahme, die durch den Patienten selbst nicht immer gewissenhaft erfolge, so dass der letzte Anfall durch eine Fehlberechnung der Tablettenzahl im Urlaub ausgelöst worden sei. Aktuell nehme der Patient das Medikament Topiramamat.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. November 2009 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin zurück: Da ihr Sohn mittlerweile volljährig geworden sei, könne ein Aufenthaltsrecht wegen Familiennachzugs nur noch nach § 36 Abs. 2 AufenthG erteilt werden. Dies sei nur zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte möglich. Eine solche sei nicht ersichtlich. Sie folge auch nicht aus der Krankheit der beiden Kinder. Eine medikamentöse Einstellung beider Betroffener sei offensichtlich möglich und habe bereits zu lang andauernder Anfallsfreiheit geführt. Beiden Kindern sei es zuzumuten, für ihre Belange selbst die nötige Sorgfalt aufzubringen und ihre Medikamente regelmäßig sorgfältig und eigenständig zu sich zu nehmen. Im Übrigen beabsichtige die Klägerin offensichtlich gar nicht, sich hier nur zur Betreuung der Kinder aufzuhalten, da sie bereits mehrfach einen Antrag auf Arbeitserlaubnis gestellt habe. Ferner stünde, wenn ein Härtefall hier vorläge, der Aufenthaltserlaubnis auch die Nichterfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG entgegen. Denn die Klägerin sei unter Verstoß gegen die Visumsvorschriften eingereist und lebe zudem von öffentlichen Mitteln. Auch sei kein Ausreisehindernis zu erkennen, das die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erlaube. Übrigens stünden auch hier der Sozialhilfebezug und die illegale Einreise der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegen.

Am 24. November 2009 hat die Klägerin Klage erhoben: Der Bezug von öffentlichen Mitteln könne ihr nicht vorgeworfen werden, da sie mehrere Arbeitsstellen gefunden habe, aber keine Arbeitsgenehmigung erhalte. Sie könne durchaus arbeiten und sich gleichzeitig um ihre Kinder kümmern. Beide Kinder gingen noch zur Schule und müssten weiter von ihr unterstützt und betreut werden. Den Kindern könne nicht zugemutet werden, die familiäre Gemeinschaft im Ausland zu führen, da sie hier in Deutschland verwurzelt seien. Ihr Sohn habe sich wegen eines erneuten Epilepsieanfalls vom 17. bis zum 20. November 2009 in der Asklepios Klinik Barmbek aufhalten müssen. Eine Bescheinigung der Klinik hierzu ist beigelegt worden.

Die Klägerin beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheides vom 18. August 2009 und des Widerspruchsbescheides 17. November 2009 zu verpflichten, der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung bezieht sich auf die angefochtenen Bescheide.

Bereits am 15. Juli 2009 erwarb die Tochter der Klägerin, die seit dem 30. September 2008 eine Niederlassungserlaubnis besitzt, auf einer Gesamtschule den Realschulabschluss. Ihr Bruder erwarb am gleichen Tag auf der Berufsvorbereitungsschule ein Abschlusszeugnis, das in seinen Berechtigungen dem Abschlusszeugnis der Hauptschule entspricht. Hiernach besucht er voraussichtlich bis Oktober 2010 eine Maßnahme der Berufshilfe, mit der Zielsetzung Realschulabschluss. Seine Schwester hat Anfang 2010 ein zweimonatiges Praktikum in Duisburg absolviert mit dem Ziel, eine Ausbildung beginnen zu können. Nach Erreichen der Volljährigkeit erteilte die Beklagte dem Sohn der Klägerin für ein weiteres Jahr eine befristete Aufenthaltserlaubnis. Seinen Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis hatte der Sohn der Klägerin zurückgenommen. Ihm war die Ablehnung des Antrags in Aussicht gestellt worden, da er auf Sozi-

alleistungen angewiesen sei, ohne dies durch den Besuch einer anerkannten Ausbildungsstätte rechtfertigen zu können.

Mit Beschluss vom 29. März 2010 ist der Rechtsstreit auf die Einzelrichterin übertragen worden.

Beide Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt.

Die Akten der Klägerin haben dem Gericht vorgelegen.

### **Entscheidungsgründe:**

#### I.

Das Gericht konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten hiermit einverstanden sind (§ 101 Abs. 2 VwGO) und die Sache auch aus der Sicht des Gerichts keiner weiteren Aufklärung und Erörterung bedarf.

#### II.

Die zulässige Klage führt auch in der Sache zum Erfolg. Die angefochtenen Bescheide sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten, da sie den im Tenor bezeichneten Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hat (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

Dieser Anspruch der Klägerin folgt aus § 36 Abs. 2 S. 2 AufenthG. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift (unten 1.) wie auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen für eine

Aufenthaltserlaubnis (unten 2.) liegen hier vor. Auch hat sich hier das der Beklagten eingeräumte Ermessen allein auf die Entscheidung reduziert, der Klägerin die begehrte Aufenthaltserlaubnis bis zum Ablauf der aktuellen Aufenthaltserlaubnis ihres Sohnes zu erteilen (unten 3.).

1. Die Voraussetzungen für eine Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 S. 1 AufenthG liegen vor. Insoweit verlangt das Gesetz lediglich, dass eine solche zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte erforderlich sein muss. Dies ist hier der Fall.

§ 36 Abs. 2 AufenthG ist auf die Situation der Klägerin anwendbar. Die Auffangbestimmung des § 36 Abs. 2 AufenthG kommt in Abgrenzung zu den abschließenden Nachzugsvoraussetzungen der §§ 28 - 33 AufenthG insbesondere dann in Betracht, wenn - wie hier - Eltern den Nachzug zu ihren ausländischen volljährigen Kindern begehren (*so insbesondere die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG, BR-Drs. 669/09, Abschnitt 36.2.1.3*), da diese Konstellation keiner anderen Regelung unterfällt. In gleicher Weise kann die Vorschrift zur Anwendung kommen, wenn das ausländische Kind des Ausländers noch minderjährig ist, aber die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 AufenthG nicht gegeben sind (*vgl. die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG a.a.O.*). Dies traf auf die Situation der Klägerin zu, bevor ihr Sohn während des laufenden Verwaltungsverfahrens volljährig wurde.

Auch steht einer solchen Aufenthaltserlaubnis nicht entgegen, dass ihr Zweck zeitlich begrenzt ist. Diesem Umstand ist durch angemessene Befristung Rechnung zu tragen. Die für einen vorübergehenden Aufenthalt aus dringenden humanitären oder persönlichen Gründen mögliche Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 4 AufenthG geht hier schon deswegen nicht vor, weil die Klägerin die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt. Denn § 25 Abs. 4 AufenthG verlangt, dass der Ausländer nicht vollziehbar ausreisepflichtig ist. Die Klägerin aber ist derzeit nach § 58 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig, da ihr Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wegen illegaler Einreise (§ 14 Abs. 1 AufenthG) und hiernach illegalen Aufenthalts keine Fiktionswirkung entfaltet (Umkehrschluss aus § 81 Abs. 3 S. 1 AufenthG). Durch ihre Duldung ist die vollziehbare Ausreisepflicht nicht erloschen, § 60a Abs. 3 AufenthG. Die für diesen Fall mögliche Gewährung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach der Auffangvorschrift des § 25 Abs. 5 Auf-

enthG steht der Gewährung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 AufenthG nicht entgegen. Schließlich schließt auch die Möglichkeit einer weiteren Duldung die Erteilung eines Aufenthaltsrechts nach § 36 Abs. 2 AufenthG nicht aus. Denn durch eine Duldung wird lediglich die Abschiebung ausgesetzt, nicht aber ein legaler Aufenthalt geschaffen.

Besondere Anforderungen an die Verfestigung des Aufenthalts des in Deutschland bereits lebenden Familienangehörigen stellt § 36 Abs. 2 AufenthG - im Gegensatz zu § 36 Abs. 1 AufenthG - nicht. Insbesondere wird nicht verlangt, dass der hier lebende Familienangehörige bereits über eine Niederlassungserlaubnis verfügt. Stattdessen ist seine Bindung an Deutschland im Rahmen des unbestimmten Rechtsbegriffs der außergewöhnlichen Härte zu berücksichtigen.

Eine außergewöhnliche Härte im Sinne von § 36 Abs. 2 AufenthG wird generell dann angenommen, wenn der Familienangehörige allein ein eigenständiges Leben nicht führen kann, sondern auf die Gewährung von familiärer Lebenshilfe angewiesen ist und diese Hilfe zumutbar nur im Bundesgebiet erbracht werden kann (*vgl. zuletzt z.B. VGH München, Beschluss vom 16.12.2009, 10 CS 09.2134, Juris Rn. 14*). Dieses Angewiesensein auf die Lebenshilfe eines Familienmitglieds ist allerdings nicht am Maßstab des nackten Überlebens zu messen. Vielmehr ist Maßstab zum einen die Menschenwürde des auf Hilfe angewiesenen Mitglieds, zum anderen aber auch der besondere Schutz familiärer Beziehungen. Eine solche Aufenthaltserlaubnis ist deshalb schon dann in Betracht zu ziehen, wenn gewichtige Umstände vorliegen, die unter Berücksichtigung des Schutzgebotes des Art. 6 GG und des Art. 8 EMRK sowie im Vergleich zu den übrigen geregelten Fällen des Familiennachzugs ausnahmsweise ihre Erteilung gebieten (*vgl. Huber/Göbel-Zimmermann, Ausländer- und Asylrecht, 2. Auflage 2008, Rn. 829*). Solche sind dann anzunehmen, wenn im Fall der Versagung des Nachzugs die Interessen des im Bundesgebiet lebenden Ausländers oder des nachzugswilligen sonstigen Familienangehörigen mindestens genauso stark berührt wären, wie dies im Fall von Ehegatten und minderjährigen ledigen Kindern der Fall sein würde (*Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG, BR-Drs. 669/09, Abschnitt 36.2.2.1*). Maßgeblich sind insoweit die individuellen Besonderheiten des Einzelfalls.

Speziell im Falle von jungen volljährigen ausländischen Kindern nachzugswilliger Ausländer kommt eine außergewöhnliche Härte dann in Betracht, wenn sie trotz Erreichens der

Volljährigkeitsgrenze noch in vergleichbarer Weise auf den Beistand eines oder beider Elternteile angewiesen sind wie Minderjährige.

Zu Recht weist der Klägervertreter darauf hin, dass insbesondere der Familienbegriff des Art. 8 EMRK die klassische Kleinfamilie überschreitet und Beziehungen zwischen Eltern und ihren bereits erwachsenen Kindern erfasst, wenn besondere zusätzliche Aspekte der Abhängigkeit hinzutreten, die weiter reichen als normale gefühlsmäßige Bindungen (vgl. m.w.N. VGH Mannheim, Beschluss vom 5. Februar 2009, 11 S 3244/08, NVwZ-RR 2009, 617 ff., Juris Rn. 16; vgl. insbesondere EGMR, Urteil vom 23.6.2008, 1638/03, InfAuslR 2008, 333 ff. [333] – Mazlov II -; EGMR, Urteil vom 17.4.2003, 52853/99, NJW 2004, 2147 ff. [2148], Rn. 44 - Yilmaz - ). Ein solches kann z.B. dann der Fall sein, wenn eine deutliche Entwicklungsverzögerung vorliegt, die es ausschließt, dass ein junger Erwachsener bereits beim Überschreiten der Volljährigkeitsgrenze auch den Reifegrad eines Volljährigen erreicht hat, oder wenn gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Kindes eine längere Betreuung durch seine Eltern verlangen. Regelmäßig wird allerdings auch in diesen Fällen nach einiger Zeit ein Stand erreicht werden können, der die Loslösung der erwachsenen Kinder vom Elternhaus möglich macht. Lediglich bei sehr schweren Erkrankungen, die einer solchen Verselbstständigung entgegenstehen und einen fortwährenden Pflegebedarf begründen, kann eine fortgesetzte Pflege und Betreuung durch die Eltern notwendig werden.

Im Bezug auf den Sohn der Klägerin ist festzustellen, dass dieser auch nach Erreichen der Volljährigkeit im November 2009 noch der weiteren elterlichen Betreuung durch seine Mutter bedarf. Dies belegen sowohl die ärztliche Bescheinigung des Dr. vom 24. April 2009 als auch die mehrfachen Atteste des Epilepsiezentrum Hamburg und die Stellungnahmen des zuständigen Jugendamtes, das zuletzt einen Betreuungsbedarf bis zum Erreichen des 21. Lebensjahres der Kinder der Klägerin befürwortet hat.

Dieser besondere Bedarf des Sohnes der Klägerin an weiterer elterlicher Fürsorge ergibt sich zum einen aus seiner speziellen Lebens- und Familiengeschichte, zum anderen aus seiner besonderen gesundheitlichen Situation. Seine Entwicklung ist dadurch geprägt, dass er mit knapp 6 Jahren mit den Eltern und seiner Schwester von Serbien nach Deutschland übersiedelte und seitdem hier lebt. Bereits nach vergleichsweise kurzer Zeit zerbrach die Familie und die Kinder lebten von Januar 2001 bis Anfang 2008 - also gut 7

Jahre - allein beim Vater und pflegten mit der Mutter, die nach Serbien zurückgegangen war, lediglich Besuchskontakte. Anfang 2008 verließ der Vater der Kinder offenbar fluchtartig Deutschland, wohl weil er wegen hoher Schulden Probleme bekommen hatte, zog nach Serbien und erlitt dort einen schweren Herzinfarkt. Seine Rückkehr nach Deutschland ist nicht beabsichtigt; dafür kehrte im Februar 2008 die Klägerin zu den Kindern zurück und kümmerte sich fortan um sie. Ihr Sohn war zu diesem Zeitpunkt ungefähr 16 Jahre alt. Diese schwierige familiäre Situation hat - vermutlich auch in Verbindung mit seiner chronischen Erkrankung - seine Entwicklung ersichtlich verzögert. Seinen Hauptschulabschluss hat er erst mit gut 18 Jahren erworben. Einen offenbar schon in Aussicht gestellten Ausbildungsplatz hat er nicht bekommen. Dafür nimmt er derzeit an einer Förderungsmaßnahme teil, um stattdessen den Realschulabschluss nachzuholen und damit seine Ausbildungschancen zu verbessern. Er lebt weiterhin im Haushalt seiner Mutter, die ihn versorgt und zu der er ein gutes Verhältnis hat. Sie kümmert sich jetzt schon 2 Jahre fortlaufend um die Kinder und füllt ihre Rolle nach Ansicht des zuständigen Jugendamtes und der die Kinder behandelnden Ärzte gut aus. Weitere enge Verwandte hat der Sohn der Klägerin in Hamburg nicht. Auch ist seine Schwester nicht in einem Alter, dass allein das Zusammenleben mit ihr die Anwesenheit der Mutter kompensieren könnte

Wie auch seine Schwester leidet der Sohn der Klägerin unter Epilepsie; die Krankheit muss bei ihm fortlaufend medizinisch überwacht und medikamentös behandelt werden. Die Medikamente, die genau dosiert genommen werden müssen, haben Nebenwirkungen wie kognitiven Defizite und Sprechstörungen. Auch ist die Fähigkeit zum Führen eines Kraftfahrzeugs eingeschränkt. Eine falsch dosierte Medikamenteneinnahme führt zu erneuten Krampfanfällen. Trotz der Behandlung hat der Sohn der Klägerin im Sommer 2009 wieder epileptische Anfälle gehabt. Im November 2009 musste er sich aufgrund eines erneuten Anfalls für mehrere Tage in das Krankenhaus begeben.

Aufgrund der sowohl vom Jugendamt wie auch von den behandelnden Ärzten festgestellten Entwicklungsverzögerung und seines besonderen entwicklungs- und krankheitsbezogenen Bedarfs an sozialer und familiärer Stabilität und an familiärem Beistand wäre eine Trennung von Mutter und Sohn zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu verantworten. Insoweit geht es nicht allein darum, dass sichergestellt wird, dass der Sohn der Klägerin seine Medikamente rechtzeitig und in richtiger Menge nimmt. Vielmehr muss ihm Gelegenheit gegeben werden, sich aus einer behüteten und Sicherheit gebenden Atmosphäre heraus

weiter zu stabilisieren und erwachsen zu werden, in einer Ausbildung Fuß zu fassen und mit seiner Krankheit auch alleine souverän umgehen zu lernen. Die dritte abrupte und unfreiwillige Trennung von einem Elternteil, auf das er noch angewiesen ist, würde ihn voraussichtlich weiter destabilisieren und hierdurch eine seinen Möglichkeiten entsprechende weitere Entwicklung stark behindern.

Dem Sohn der Klägerin ist auch nicht zuzumuten, jetzt mit dieser zusammen nach Serbien zurückzukehren. Denn er hat mittlerweile sein gesamtes schulisches Leben in Deutschland verbracht. Hamburg ist seine Heimat geworden und hier hat er seine sozialen Bezugspunkte. Zwar kennt er Serbien aus Besuchen bei der Mutter und deren Familie. Mit dem dortigen Leben außerhalb von Verwandtenbesuchen ist er indes nicht vertraut. Er hat sich in Deutschland integriert, hat hier einen anerkannten Schulabschluss erworben und dürfte, wenn ihm hierbei nicht noch Steine in den Weg gelegt werden, im Stande sein, eine Ausbildung zu absolvieren und hiernach einen auskömmlichen Beruf auszuüben. Zwar hat der Sohn der Klägerin derzeit noch keine Niederlassungserlaubnis erhalten. Eine solche ist in seinem Fall jedoch zu erwarten, wenn er den Besuch einer anerkannten Ausbildungsstätte nachweisen kann. Es dürfte auch manches dafür sprechen, dass er aufgrund der Verwurzelung in Deutschland dem besonderen Schutz des Art. 8 EMRK unterfällt.

2. Einer Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage des § 36 Abs. 2 AufenthG stehen auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen für familiär begründete Aufenthaltserlaubnisse nicht entgegen.

a. So ist zu erwarten, dass die Klägerin ihren Lebensunterhalt aus eigener Arbeit sichern kann, sobald ihr dieses rechtlich gestattet ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG). Zwar ist sie bisher noch auf Leistungen nach dem SGB II angewiesen. Sie ist aber arbeitsbereit und arbeitsfähig, soll sehr gut deutsch sprechen und hat auch bereits mehrere Arbeitsangebote vorgelegt, die sie lediglich deshalb nicht wahrnehmen durfte, weil sie nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in Deutschland befugt war. Die hier notwendige Prognose, dass die Klägerin nicht weiterhin von Sozialleistungen abhängig sein wird, ist deshalb für sie durchaus günstig. Im Übrigen besteht dieses Erfordernis nur für den Regelfall. Angesichts

des Umstandes, dass die Klägerin bisher gehindert war, Arbeitsangebote wahrzunehmen, liegt auch ein besonderer Ausnahmefall vor, der es rechtfertigt, ihr noch eine gewisse Zeit zuzugestehen, um nochmals auskömmliche Arbeit zu finden, die sie jetzt auch antreten kann (§ 29 Abs. 5 Nr. 1 AufenthG).

b. Auch steht der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht zwingend entgegen, dass die Klägerin illegal nach Deutschland eingereist ist (§ 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 AufenthG). Denn von diesem Ausschlussgrund kann nach § 5 Abs. 2 S. 2 abgesehen werden, wenn es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen.

Als im Jahr 2008 der Vater ihrer Kinder Deutschland fluchtartig verlassen hatte, war die Klägerin ohne das hierfür erforderliche Visum nach Deutschland zurückgekehrt, um sich um die Familie kümmern zu können. Ein solches ist zwar kein rechtmäßiges Verhalten, weist aber angesichts der besonderen Notsituation der Kinder keinen besonders schwerwiegenden Unrechtsgehalt auf, da eine legale Einreise erhebliche Zeit beansprucht hätte, während deren die Kinder auf sich gestellt gewesen wären. Da insbesondere ihr Sohn aktuell auf ihre Anwesenheit angewiesen ist, ist für sie auch nicht in Betracht zu ziehen, Deutschland jetzt zum Zwecke der legalen Wiedereinreise für einen vorübergehenden Zeitraum zu verlassen. Denn auch ein solches wird voraussichtlich geraume Zeit beanspruchen. Da der seit langem in Deutschland lebende Sohn gerade jetzt noch die kontinuierliche Anwesenheit eines Elternteils braucht - auf die er hoffentlich in einiger Zeit nicht mehr angewiesen sein wird - wäre es kontraproduktiv, die Klägerin nun in das Ausland zu schicken, um ein ordnungsgemäßes Visumsverfahren durchzuführen und hiernach zu einem Zeitpunkt zurückkehren zu lassen, an dem der Sohn die Betreuung möglicherweise gar nicht mehr braucht.

c. In gleicher Weise kann der Klägerin nicht entgegengehalten werden, dass sie mit ihrer illegalen Einreise einen Ausweisungsgrund im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 55 Abs. 2 Nr. 2 und § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG gesetzt hat. Auch dieses stellt lediglich im Regelfall einen Ausschlussgrund dar. Zudem kann hiervon bei Familiennachzug gemäß § 27 Abs. 3 S. 2 AufenthG abgesehen werden. Angesichts des Umstandes, dass

hier die illegale Einreise als solche der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht entgegensteht, kann eine solche Rechtsfolge auch nicht daraus hergeleitet werden, dass eine illegale Einreise zugleich auch einen Ausweisungsgrund darstellt. Beide Vorschriften müssen synchronisiert werden und können nicht im Hinblick auf dasselbe Verhalten zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Beurteilung von Ausschlussgründen führen. Deshalb liegt ein besonderer Ausnahmefall vor, der es verbietet, speziell auf diesen Ausweisungsgrund die Ablehnung einer Aufenthaltserlaubnis zu stützen.

Sofern die Klägerin durch ihr Verhalten vor ihrer freiwilligen Ausreise im Januar 2001 Ausweisungsgründe gesetzt hat, insbesondere wohl durch das Eingehen einer Scheinehe mit einem deutschen Staatsangehörigen, kann ihr dieses jetzt nicht mehr entgegengehalten werden. Zu einer Verurteilung ist es nicht gekommen. Allein der Umstand, damals gegen Vorschriften des Ausländerrechts verstoßen zu haben, insbesondere gegen das Verbot, unrichtige Angaben zu machen, um sich einen Aufenthaltstitel zu verschaffen (§ 96 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG), ist ein Ausweisungsgrund, der sich mit der nur wenige Monate später erfolgten freiwilligen Ausreise und dem anschließenden siebenjährigen Auslandsaufenthalt verbraucht hat.

d. Schließlich weist die Familie unstreitig und unzweifelhaft auch genügenden Wohnraum für alle Familienmitglieder auf (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG).

3. Zwar ist der Beklagten bei der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 Abs. 2 S. 2 AufenthG ein Ermessen eingeräumt. Dieses ist jedoch hier auf die Entscheidung reduziert, der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Im Rahmen der Ermessensausübung sind die für und gegen den Aufenthalt sprechenden Gesichtspunkte festzustellen und insbesondere im Hinblick auf ihr verfassungsrechtliches Gewicht gegeneinander abzuwägen. Da hier das Wohl des heranwachsenden Sohnes der Klägerin und der besondere Schutz der Familie ihren weiteren Aufenthalt verlangen, andererseits auch keine wirklich bedeutenden Umstände gegen ihren weiteren Verbleib sprechen, erweist sich allein die Entscheidung als richtig, das Aufenthaltsrecht zu gewähren. Besondere Belastungen für das öffentliche Wohl werden voraussichtlich von der Klä-

gerin nicht ausgehen. Diese wird in der Lage sein, sich durch Arbeit selbst zu unterhalten und sozial abzusichern. Hierbei besteht zudem die Chance, dass auch ihre Kinder dann keiner weiteren Unterstützungsleistungen nach dem SGB II mehr bedürfen. Weitere Verstöße gegen die Rechtsordnung sind aktuell nicht zu erwarten, da diese bisher allein vor dem Hintergrund erfolgten, ein Aufenthaltsrecht in Deutschland zu sichern. Ansonsten verhielt sich die Klägerin offenbar rechtskonform. Zwar spricht gegen ihren weiteren Verbleib der sowohl spezial- wie generalpräventive Gesichtspunkt, dass Verstöße gegen das Ausländerrecht schon zur Vermeidung von Nachahmung nicht toleriert und Ausländer nicht darin bestärkt werden sollten, sich ihre ausländerrechtlichen Positionen im Wege der Selbsthilfe zu verschaffen. Derartige einwanderungspolitische Gesichtspunkte haben jedoch hier hinter das Kindeswohl und den Schutz der Familie zurückzutreten (*vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.1.2006, 2 BvR 1935/05, NVwZ 2006, 682 f., Juris Rn. 17*).

4. Auch hinsichtlich der ebenfalls im Ermessen der Beklagten liegenden Befristung der zu erteilenden Aufenthaltserlaubnis nach § 7 Abs. 2 S. 1 AufenthG zeichnet sich ab, dass allein eine einzige Entscheidung als rechtsfehlerfrei in Betracht kommt.

Da die Aufenthaltserlaubnis unter Berücksichtigung des beabsichtigten Aufenthaltszwecks zu befristen ist und damit längstens für den Gültigkeitszeitraum der Aufenthaltserlaubnis erteilt werden darf, zu dem der Familiennachzug stattfindet (§ 27 Abs. 4 Satz 1 AufenthG), muss die jetzt der Klägerin zu gewährende Aufenthaltserlaubnis mit der ihrem Sohn zuletzt gewährten Aufenthaltserlaubnis enden. Dies ist der 8. November 2010. Eine Orientierung der Aufenthaltserlaubnis der Mutter an dem unbefristeten Aufenthaltsrecht ihrer Tochter - die eine längere Laufzeit der Aufenthaltserlaubnis der Klägerin ermöglicht hätte - kommt hier nicht in Betracht, da die Tochter nicht nur eineinhalb Jahre älter als der Sohn ist, sondern ersichtlich weniger unter ihrer Erkrankung zu leiden hat und sich offensichtlich bereits auch weit stärker von der Mutter loslösen konnte, wie ihr zweimonatiges Praktikum in Duisburg zeigt. Zudem spricht für eine vergleichsweise kurze Befristung der Aufenthaltserlaubnis, dass sich die Umstände dieses Falles in recht kurzer Zeit wesentlich verändern können.

Indes kommt aber auch eine kürzere Befristung als auf den 8. November 2010 rechtlich nicht in Betracht. Denn gerade unter dem Gesichtspunkt, dem gesundheitlich einge-

schränkten heranwachsenden Sohn familiäre Stabilität zu geben, darf das Aufenthaltsrecht seiner Mutter aktuell nicht von unnötigen Unwägbarkeiten geprägt sein. Zudem ist voraussichtlich auch erst mit dem Ende seiner derzeitigen Ausbildungsmaßnahme im Oktober 2010 ersichtlich, was er hiernach machen wird und inwieweit er hierfür noch seiner Mutter bedarf.

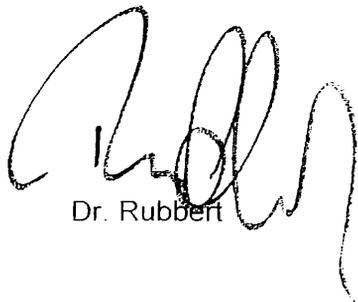
Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass das befristete Aufenthaltsrecht der Klägerin nach § 36 Abs. 2 S. 2 in Verbindung mit § 30 Abs. 3 AufenthG verlängert werden kann, wenn die familiäre Lebensgemeinschaft tatsächlich weiterbesteht und der Sohn auf den Beistand seiner Mutter immer noch dringend angewiesen ist.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 2 S. 2 VwGO. Eine Kostenteilung aufgrund teilweisen Unterliegens nach § 155 Abs. 1 VwGO kam hier nicht in Betracht, da die Klägerin lediglich die Erteilung einer (immer zu befristenden) Aufenthaltserlaubnis begehrt hat, ohne indes aber auch eine konkrete Dauer geltend zu machen. Die hier vorgenommene Befristung stellt deshalb kein Teilunterliegen dar.

Die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren war notwendig, da die angestrebte Aufenthaltserlaubnis für die Klägerin und ihre Familie von hoher Bedeutung ist, die Rechtslage komplex war und von ihnen nach aufgrund ihrer bisherigen Bildung und Erfahrung nicht erwartet werden konnte, das Widerspruchsverfahren ohne rechtsanwaltliche Hilfe zu führen.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 167 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 Satz 1, 2, 709 Satz 2 ZPO.

  
Dr. Rubbert

