

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

Beschluss vom 19.12.2013

T e n o r

Unter Abänderung des Beschlusses des Bayerischen Verwaltungsgerichts Augsburg vom 19. Mai 2011 wird dem Kläger Prozesskostenhilfe auch insoweit bewilligt, als seine Klage auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtet ist. Insoweit wird ihm Rechtsanwältin ..., ... Str. ..., ... beigeordnet.

G r ü n d e

Mit seiner Beschwerde verfolgt der Kläger seinen in erster Instanz erfolglosen Antrag weiter, ihm auch für seine auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG gerichtete Klage Prozesskostenhilfe zu bewilligen und ihm insoweit seine Prozessbevollmächtigte beizuordnen. Bisher war ihm Prozesskostenhilfe nur bewilligt worden, soweit sich seine Klage gegen die inzwischen von der Beklagten aufgehobene Ausweisung richtete.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Dem Kläger ist in Abänderung des angefochtenen Beschlusses nach § 166 VwGO in Verbindung mit § 114 Satz 1 ZPO Prozesskostenhilfe zu bewilligen (I.) und nach § 166 VwGO in Verbindung mit § 121 Abs. 2 ZPO seine Prozessbevollmächtigte beizuordnen (II.).

I.

Nach § 166 VwGO in Verbindung mit § 114 Satz 1 ZPO erhält ein Beteiligter, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Danach ist dem Kläger, der nach den im Beschwerdeverfahren vorgelegten aktuellen Erklärungen über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann, Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Denn die beabsichtigte Rechtsverfolgung bietet zu dem für die Sach- und Rechtslage maßgeblichen Zeitpunkt hinreichende Aussicht auf Erfolg.

1. Maßgeblich ist dabei grundsätzlich der Zeitpunkt der Bewilligungsreife des Prozesskostenhilfeantrags (vgl. BayVGh, B.v. 10.4.2013 – 10 C 12.1757 – juris Rn. 25; B.v. 19.3.2013 – 10 C 13.334, 10 C 13.371 – juris 10 C 13.334, Rn. 26 m.w.N.). Ausnahmsweise kann jedoch auch ein späterer Zeitpunkt, insbesondere der Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über den Prozesskostenhilfeantrag, für die Beurteilung der Erfolgsaussichten zugrunde zu legende Sach- und Rechtslage maßgeblich sein, wenn sich wie hier die Sach- und Rechtslage zugunsten des Klägers geändert und die Rechtsverfolgung in Folge dieser Änderung

hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (vgl. BayVGH, B.v. 10.4.2013 – 10 C 12.1757 – juris Rn. 25; B.v. 19.3.2013 – 10 C 13.334, 10 C 13.371 – juris 10 C 13.334, Rn. 26; B.v. 14.5.2013 – 10 C 10.3007 m.w.N.).

2. Danach bietet die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg. Zwar ist das Verwaltungsgericht im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass eine auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG gerichtete Klage keine hinreichende Aussicht auf Erfolg böte (a). Hinreichende Aussicht auf Erfolg hat aber die vom Kläger ausschließlich erhobene Klage auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG (b).

a) Abgesehen davon, dass die vom Kläger erhobene Klage, soweit sie die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem vom Kläger gestellten Klageantrag, ihm eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen, schon nicht auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG gerichtet ist, böte eine Klage, mit der die Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis begehrt wird, keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Denn der Kläger erfüllt zwar die Tatbestandsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dieser Vorschrift steht aber § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegen.

aa) Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet hat. Diese Voraussetzungen liegen beim Kläger auch vor. Denn er ist Vater einer am ... 2005 geborenen deutschen Tochter, die mit dem Kläger und ihrer deutschen Mutter in einer Wohnung im Gebiet der Beklagten in familiärer Lebensgemeinschaft lebt. Nach der bei den Akten befindlichen Urkunde über die Erklärung zur Sorgerechtsausübung üben die Eltern die elterliche Sorge auch gemeinsam aus.

bb) Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG steht aber § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegen. Denn einem Ausländer, dessen Asylantrag wie im Falle des Klägers mit Bescheid des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 20. Februar 2003 unanfechtbar abgelehnt worden ist, darf vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe von Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt werden. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Familiennachzug nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG, die in Kapitel 2 Abschnitt 6 des Aufenthaltsgesetzes geregelt ist, ist damit ausgeschlossen.

cc) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG, nach dem § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG im Falle eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels keine Anwendung findet. Denn einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels in diesem Sinne hat der Kläger auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG nicht.

Ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG liegt nur im Falle eines strikten Rechtsanspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels vor, bei dem alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. BVerwG, B.v. 16.2.2012 – 1 B 22.11 – juris Rn. 4; U.v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris Rn. 20 ff.). Insbesondere genügt es nicht, dass dem Ausländer im Ermessenswege eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann und das behördliche Ermessen im Einzelfall zugunsten des Ausländers auf Null reduziert ist (vgl. BVerwG, U.v. 16.12.2008 – 1 C 37.07 – juris Rn. 20). Danach liegt ein Fall eines Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG hier aber nicht vor.

Zwar erfüllt der Kläger, wie ausgeführt, die Tatbestandsvoraussetzungen von § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels setzt aber daneben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in der Regel voraus, dass kein Ausweisungsgrund vorliegt. Diese regelhafte Voraussetzung erfüllt der Kläger jedoch nicht. Denn er hat aufgrund seiner rechtskräftigen Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren wegen Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz die Ausweisungsgründe nach § 53 Nr. 1 und 2 AufenthG verwirklicht. Dass nach § 27 Abs. 3 Satz 2 AufenthG im Falle von Aufenthaltstiteln zum Zweck des Familiennachzugs von § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG abgesehen werden kann und dem Kläger damit im Ermessenswege eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG erteilt werden könnte, reicht aber, wie dargelegt, für einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinne von § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG selbst dann nicht aus, wenn das Ermessen der Beklagten zugunsten des Klägers auf Null reduziert wäre.

b) Hingegen bietet die Klage hinreichende Aussicht auf Erfolg, soweit der Kläger die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG begehrt. Denn insoweit sind die Erfolgsaussichten zumindest offen.

aa) Anders als der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG steht § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG nicht entgegen. Denn nach § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG darf einem unanfechtbar abgelehnten Asylbewerber wie dem Kläger ein Aufenthaltstitel nach Maßgabe von Kapitel 2 Abschnitt 5 des Aufenthaltsgesetzes und damit auch nach Maßgabe des in diesem Abschnitt enthaltenen § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG erteilt werden.

bb) Nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG kann einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, abweichend von § 11 Abs. 1 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und der Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist zumindest offen.

aaa) Der Kläger ist seit der Ablehnung seines Asylantrags durch den Bescheid des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 20. Februar 2003 und der Ablehnung seines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 36 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 1 AsylVfG in Verbindung mit § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO vollziehbar ausreisepflichtig (§ 50 Abs. 1 AufenthG, § 34 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1, § 67 Abs. 1 Nr. 4 AsylVfG).

bbb) Zumindest offen ist, ob die Ausreise des Klägers aus rechtlichen Gründen unmöglich ist, weil sie mit Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nicht vereinbar wäre.

Zwar gewährt Art. 6 GG keinen unmittelbaren Anspruch auf Aufenthalt (BVerfG, B.v. 9.1.2009 – 2 BvR 1064/08 – juris Rn. 14 m.w.N.). Die in Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach der der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, verpflichtet die Ausländerbehörde, bei ihrer Entscheidung die familiären Bindungen des den weiteren Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dieser verfassungsrechtlichen Pflicht des Staates zum Schutz der Familie entspricht ein Anspruch des Trägers des Grundrechts aus Art. 6 GG darauf, dass die zuständigen Behörden und Gerichte bei der Entscheidung über das Aufenthaltsbegehren seine familiären Bindungen an im Bundesgebiet lebende Personen angemessen berücksichtigen. Dabei ist grundsätzlich eine Betrachtung des Einzelfalls geboten, bei der auf der einen Seite die familiären Bindungen, auf der anderen Seite aber auch die sonstigen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind (vgl. BVerfG, B.v. 1.12.2008 – 2 BvR 1830/08 – juris Rn. 26; B.v. 9.1.2009 – 2 BvR 1064/08 – juris Rn. 14).

Zwar ist es mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie grundsätzlich vereinbar, den Ausländer auf die Einholung eines erforderlichen Visums zu verweisen. Der mit der Durchführung des Visumverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf ist von demjenigen, der die Einreise in die Bundesrepublik beehrt, regelmäßig hinzunehmen (vgl. BVerfG, B.v. 10.5.2008 – 2 BvR 588/08 – juris Rn. 13). Jedoch kann auch eine nur vorübergehende Trennung unzumutbar sein. In Betracht kommt dies, wenn die Folgen einer vorübergehenden Trennung ein hohes Gewicht haben, insbesondere weil ein noch sehr kleines Kind betroffen ist, das den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen kann und diese rasch als endgültigen Verlust erfährt (vgl. BVerfG, B.v. 23.1.2006 – 2 BvR 1935/05 – juris Rn. 22; B.v. 1.12.2008 – 2 BvR 1830/08 – juris Rn. 33; B.v. 9.1.2009 – 2 BvR 1064/08 – juris Rn. 17).

Kann die Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind nur in der Bundesrepublik stattfinden, etwa weil das Kind deutscher Staatsangehörigkeit und ihm wegen der Beziehungen zu seiner Mutter das Verlassen der Bundesrepublik Deutschland nicht zumutbar ist, so drängt die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück (vgl. BVerfG, B.v. 23.1.2006 –

2 BvR 1935/05 – juris Rn. 17; B.v. 1.12.2008 – 2 BvR 1830/08 – juris Rn. 27). Jedoch setzen sich auch gewichtige familiäre Belange nicht stets gegenüber gegenläufigen öffentlichen Interessen durch (vgl. BVerfG, B.v. 23.1.2006 – 2 BvR 1935 – juris Rn. 23).

Nach diesen Maßstäben ist aber zumindest offen, ob die Ausreise des Klägers wegen ihrer Unvereinbarkeit mit dem Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG rechtlich unmöglich ist.

Für eine Unzumutbarkeit der Ausreise des Klägers spricht zunächst, dass der Kläger mit seinen inzwischen drei im Bundesgebiet geborenen deutschen Kindern und deren deutscher Mutter in einer gemeinsamen Wohnung in familiärer Lebensgemeinschaft lebt. Diese Lebensgemeinschaft kann auch nur im Bundesgebiet gelebt werden, weil es im Hinblick auf ihre deutsche Staatsangehörigkeit weder den Kindern noch der Mutter zumutbar ist, die Bundesrepublik zu verlassen und mit dem Kläger nach Nigeria zu ziehen. Hinzu kommt, dass es sich bei der am 26. Februar 2012 geborenen Tochter und dem am 29. Mai 2013 geborenen Sohn um sehr kleine Kinder handelt, bei denen auch eine nur vorübergehende Trennung unzumutbar sein kann, weil sie den nur vorübergehenden Charakter einer räumlichen Trennung nicht begreifen und diese rasch als endgültigen Verlust erfahren können. Ob gegenüber diesen gewichtigen Belangen, die die auch nur vorübergehende Ausreise des Ausländers im Hinblick auf den Schutz der Familie regelmäßig als unzumutbar und damit als im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG rechtlich unmöglich erscheinen lassen, ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der Verhinderung der erneuten Begehung von Betäubungsmitteldelikten durch den Kläger Vorrang beanspruchen kann, bedarf aber der weiteren Klärung im Hauptsacheverfahren.

Von Bedeutung ist insoweit insbesondere, ob und in welchem Umfang von dem Kläger noch eine Gefahr der Begehung weiterer vergleichbarer Straftaten ausgeht. Diese Frage bedarf vor allem im Hinblick darauf der weiteren Prüfung, dass die im Jahr 2007 begangenen Betäubungsmitteldelikte des Klägers, die zu seiner Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren geführt haben, inzwischen mehr als sechs Jahre zurückliegen, dass der Kläger offenbar weder während des ihm regelmäßig gewährten Hafturlaubs noch nach seiner vorzeitigen Entlassung aufgrund der Aussetzung des Strafrests zur Bewährung im Juni 2013 erneut straffällig geworden ist, dass er weiter bei seiner Familie lebt und dass er sich, wie der vorgelegte Arbeitsvertrag zeigt, nach seiner Haftentlassung offenbar erfolgreich um einen Arbeitsplatz bemüht hat. Bei der im Hauptsacheverfahren anzustellenden Gefahrenprognose sind die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer über die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung und ein ihr möglicherweise zugrunde liegendes Sachverständigengutachten, auch wenn insoweit eine Bindungswirkung für die Verwaltungsgerichte nicht besteht, von tatsächlichem Gewicht. Sie stellen wesentliche Indizien dar (vgl. BVerwG, U.v. 15.1.2013 – 1 C 10/12 – juris Rn. 18). Da sich weder die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung noch ein etwaiges ihr zugrunde liegendes Sachverständigengutachten bei den Akten befinden, stellt sich die Frage der Wiederholungsgefahr aber ebenso wie die von ihrer Beantwortung abhängende Frage der rechtlichen Unmöglichkeit der Ausreise derzeit als offen dar.

ccc) Sollte sich im Hauptsacheverfahren die rechtliche Unmöglichkeit der Ausreise des Klägers im Hinblick auf den Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG herausstellen, so wäre auch angesichts der tatsächlichen Verbundenheit des Klägers mit seiner Familie, die sich nicht zuletzt darin zeigt, dass der familiäre Kontakt während der mehrjährigen Haft des Klägers aufrechterhalten blieb und der Kläger seit seiner Entlassung offenbar wieder bei seiner Familie wohnt, mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen.

ddd) Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG stehen schließlich auch § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG und insbesondere § 5 Abs. 1 Nr. 2 und § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht entgegen. Denn jedenfalls kann von der Anwendung dieser Regelungen nach § 5 Abs. 3 Satz 2 AufenthG abgesehen werden.

II. Sind damit die Voraussetzungen von § 166 VwGO in Verbindung mit § 114 Satz 1 ZPO für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe erfüllt, so ist dem Kläger auch nach § 166 VwGO in Verbindung mit § 121 Abs. 2 ZPO seine Prozessbevollmächtigte beizuordnen. Denn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt ist angesichts der Bedeutung der Sache für den Kläger erforderlich.

Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht. Weder fallen Gerichtskosten an, noch können Kosten erstattet werden. Gerichtskosten können im Prozesskostenhilfverfahren gemäß § 3 Abs. 2 GKG in Verbindung mit Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage zu § 3 Abs. 2 GKG) nur erhoben werden, soweit anders als hier eine Beschwerde gegen die erstinstanzliche Prozesskostenhilfeentscheidung verworfen oder zurückgewiesen wird. Eine Kostenerstattung ist sowohl für das Bewilligungs- als auch für das Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (§ 166 VwGO in Verbindung mit § 118 Abs. 1 Satz 4 und § 127 Abs. 4 ZPO).

Da Gerichtskosten nicht erhoben werden können, ist eine Streitwertfestsetzung entbehrlich.

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