



# Verwaltungsgericht Hamburg

## Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

1. XXXXX
2. XXXXX,
3. XXXXX,
4. XXXXXXXX,

Kläger zu 3. und 4. gesetzlich vertreten durch ihre Eltern,  
die Kläger zu 1. und 2., allesamt wohnhaft:

XXXXXXXX,XXXXXXXX

Staatsangehörigkeit: serbisch-montenegrinisch,

- Kläger -

Verkündet am  
22.11.2005

Bürger  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

Prozessbevollmächtigte zu 1-4: Rechtsanwälte

XXXXX,  
XXXXX,  
XXXXX,  
XXXXX,  
Az: XXX,

g e g e n

xxxxxx,  
xxxxxx  
xxxxx,  
xxxxxx,  
xxxx,  
xxxx,  
Az:xxxxxx,

- Beklagte -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 15, aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. November 2005 durch

den Richter am Verwaltungsgericht  
als Einzelrichter

XXXX

für Recht erkannt:

Bü

Die Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides vom 14.04.2003 und des Widerspruchsbescheides vom 29.10.2004 verpflichtet, den Klägern eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Zuziehung 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 Obergericht, 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 Obergerichts, 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.

Der Antrag kann wirksam nur durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt, für juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden auch durch Bedienstete mit der Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst, für Gebietskörperschaften auch durch Beamte und Angestellte mit Befähigung zum Richteramt der zuständigen Aufsichtsbehörde oder des jeweiligen kommunalen Spitzenverbandes des Landes, dem sie als Mitglied zugehören, gestellt werden. Daneben sind in Angelegenheiten der Kriegsoferfürsorge und des Schwerbehindertenrechts sowie der damit in Zusammenhang stehenden Angelegenheiten des Sozialhilferechts, in Angelegenheiten, die Rechtsverhältnisse im Sinne des § 52 Nr. 4 VwGO betreffen, die in einem Zusammenhang mit einem gegenwärtigen oder früheren Arbeitsverhältnis von Arbeitnehmern im Sinne des § 5 des ArbGG einschließlich Prüfungsangelegenheiten stehen sowie in Personalvertretungsangelegenheiten auch die in § 67 Abs. 1 Satz 4 und 6 VwGO genannten bevollmächtigten Angehörigen von Interessenorganisationen und in Abgabeangelegenheiten auch bevollmächtigte Steuerberater und Wirtschaftsprüfer zur Vertretung vor dem Obergericht zugelassen.

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

**Tatbestand:**

Die Kläger begehren die Verpflichtung der Beklagten, ihnen ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen zu erteilen.

Der Kläger zu 1) und die Klägerin zu 2) sind Eheleute, die aus Bosnien-Herzegowina bzw. Serbien und Montenegro stammen. Der Kläger zu 1) ist im September 1991 als Bürgerkriegsflüchtling ins Bundesgebiet gelangt. Er ist vollziehbar ausreisepflichtig. Er hat mit seiner 1993 ins Bundesgebiet eingereisten Ehefrau 1995 die Ehe geschlossen. Die Kläger zu 3) und 4) sind in Hamburg geboren worden. Der Kläger zu 1) ist jedenfalls seit dem Jahr 1993 als Kellner berufstätig. Die Familie hat zur Bestreitung ihres Lebensunterhaltes zu keinem Zeitpunkt Mittel der Sozialhilfe in Anspruch genommen.

Am 27.06.2001 stellten die Kläger den Antrag, ihnen eine Aufenthaltsbefugnis gemäß § 32 AuslG i.V.m. §§ 30 Abs. 3, 31 Abs. 1 AuslG und der Weisung 3/2001 zu erteilen. Mit Bescheid vom 14.04.2003 lehnte die Beklagte den Antrag mit der Begründung ab, der Lebensunterhalt der Kläger sei nicht im Sinne der zitierten Weisung gesichert.

Hiergegen legten die Kläger unter dem 16.05.2003 Widerspruch ein und brachten vor, der Kläger zu 1) erziele als Kellner neben seinem Arbeitsentgelt regelmäßig ein Einkommen aus Trinkgeldern von rund 200,- DM monatlich, welches dem arbeitsvertraglichen Einkommen hinzuzurechnen sei. Zu berücksichtigen sei darüber hinaus, dass sie niemals Sozialhilfe bezogen hätten.

Mit Bescheid vom 29.10.2004 wies die Beklagte den Widerspruch zurück: Zum nach der Fachlichen Weisung 3/2001 maßgeblichen Stichtag hätten die Kläger über kein ausreichendes Erwerbseinkommen verfügt. Selbst wenn man von dem vom Kläger zu 1) genannten Nettoverdienst vor Abzug der Sachbezüge ausgehe, bleibe es bei einem Fehlbetrag von 85,72 €. Das vom Kläger zu 1) ins Feld geführte Trinkgeld sei nicht als Einkommen im Sinne von § 17 Abs. 2 Nr. 3 AuslG zu bewerten, weil es nicht vertraglich garantiert und in der Höhe variabel sei. Im Übrigen liege kein dauerhaftes Abschiebungshindernis im Sinne von § 30 Abs. 3, Abs. 4 AuslG im Fall der Kläger vor. Die Versagung der Aufenthaltsbefugnis sei auch verhältnismäßig. Die Rückkehr ins Heimatland sei den Klägern

zumutbar. Ihnen sei zu keinem Zeitpunkt in Aussicht gestellt worden, auf Dauer im Bundesgebiet bleiben zu dürfen.

Mit ihrer am 30.11.2004 erhobenen Klage verfolgen die Kläger ihr Begehren weiter. Sie machen geltend, die Bedarfsberechnung der Beklagten sei falsch. Das vom Kläger zu 1) erzielte Trinkgeld sei als Einkommen zu bewerten. Es werde schließlich auch steuerrechtlich berücksichtigt.

Die Kläger beantragen,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 14.04.2003 und des Widerspruchsbescheides vom 29.10.2004 zu verpflichten, ihnen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie wendet ein, ein Aufenthaltsrecht der Kläger sei nunmehr nach Maßgabe des Aufenthaltsgesetzes zu prüfen. Die Weisung 3/2001 sei durch die Weisung 3/2005 aufgehoben worden. Deshalb sei es irrelevant, ob die Kläger die Voraussetzungen jener Weisung seinerzeit erfüllt hätten. Ein Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen gemäß § 25 AufenthG stehe ihnen jedenfalls nicht zu, weil ihrer Ausreise in den Heimatstaat keine tatsächlichen oder rechtlichen Hindernisse entgegenstünden.

Mit Beschluss vom 15.06.2005 hat das Gericht den Rechtsstreit auf den Einzelrichter übertragen.

Die bei der Beklagten entstandenen Sachakten sind vom Gericht beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden.

**Entscheidungsgründe:**

Nach der Übertragung des Rechtsstreits durch die Kammer gemäß § 6 Abs. 1 VwGO entscheidet vorliegend der Berichterstatter als Einzelrichter.

Die Klage ist zulässig und begründet. Die Beklagte hat es zu Unrecht abgelehnt, den Klägern die beantragte Aufenthaltsbefugnis zu erteilen. Weil deren Erteilung nach Inkrafttreten des Aufenthaltsgesetzes aus von den Klägern nicht zu vertretenden Gründen nicht mehr möglich ist, sind die Kläger so zu stellen, als sei die ihnen zustehende Aufenthaltsbefugnis erteilt worden. Ihnen ist deshalb der nach dem aktuellen Ausländerrecht gegebene analoge Aufenthaltstitel, die Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG zu erteilen.

Nach Auffassung des Gerichts ist insoweit auf die Sach- und Rechtslage abzustellen, die zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides bestand. Zwar kommt es bei Verpflichtungsklagen grundsätzlich auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an. Doch sind von diesem Grundsatz unter der Geltung des Gebotes der Gewährung effektiven Rechtsschutzes, § 19 Abs. 4 GG, und des Rechtsstaatsprinzips, dem das Gebot der Gewährung materieller Gerechtigkeit immanent ist, dann Ausnahmen zu machen, wenn den Klägern nur dadurch Gerechtigkeit widerfahren kann, dass man auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des Erlasses des Widerspruchsbescheides abstellt. Das ist auch in ausländerrechtlichen Fällen anerkannt, wenn anders der Zweck bestimmter ausländerrechtlicher Vorschriften verfehlt würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 15.02.2001, BVerwGE Bd. 114 S. 9). Insbesondere ist das Abstellen auf einen früheren Zeitpunkt dann veranlasst, wenn der Zweck einer ausländerrechtlichen Regelung verfehlt würde, weil der Ausländer wegen einer rechtswidrigen Ablehnung seines Antrages den Rechtsweg beschreiten musste und seinen bei Antragstellung bestehenden Anspruch durch Zeitablauf verlieren würde (vgl. BVerwG, Urt. v. 18.11.1997, InfAuslR 1998 S. 161). Der vorliegende Fall ist entsprechend gelagert.

Die Beklagte hat das von den Klägern beantragte Aufenthaltsrecht rechtswidrig abgelehnt. Den Klägern hätte die begehrte Aufenthaltsbefugnis zugestanden. Die in der Fachlichen Weisung 3/2001, welche das Erteilungsermessen der Beklagten gebunden hat und folglich über Art. 3 Abs. 1 GG auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen ist, geregelten Erteilungsvoraussetzungen haben zur Überzeugung des Gerichtes vorgelegen.

Streitig ist insoweit nach den Feststellungen im Widerspruchsbescheid allein die Frage, ob der Lebensunterhalt der Kläger durch legale Erwerbstätigkeit ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfe zum Stichtag, dem 10.05.2001, gesichert gewesen ist (vgl. Ziffer 3.1 Fachliche Weisung 3/2001). Das ist jedoch ohne weiteres zu bejahen.

Zunächst ist festzustellen, dass die Kläger, empirisch feststellbar, ihren Lebensunterhalt von jeher ohne Inanspruchnahme von Sozialhilfe oder sonstigen öffentlichen Mitteln bestritten haben. Die Kläger haben aber darüber hinaus auch die aus der Anlage zur der genannten Fachlichen Weisung sich ergebenden Grenzwerte für das entsprechende Mindesteinkommen erreicht. Nach den von der Beklagten im Widerspruchsbescheid getroffenen Feststellungen bestand diesbezüglich lediglich ein Differenzbetrag des erzielten Monateinkommens zu dem von der Fachlichen Weisung geforderten in Höhe von 85,72 €. Dieser Fehlbetrag existiert jedoch nicht, wenn man auf das tatsächlich erzielte Gesamteinkommen des Klägers zu 1) abstellt. Der angebliche Fehlbetrag wird dann nämlich durch die von ihm regelmäßig erzielten Trinkgelder kompensiert. Diese Trinkgelder sind als Erwerbseinkommen anzusehen, weil sie im unmittelbaren Zusammenhang mit der Erwerbstätigkeit des Klägers zu 1) (legal) erzielt werden. Zwar ist der Beklagten zuzustimmen, dass diese Einnahmen nicht arbeitsvertraglich geregelt sind. Doch folgt daraus nicht, dass sie rechtlich unerheblich wären. Zunächst ist festzustellen, dass sie einer arbeitsvertraglichen Regelung überhaupt nicht zugänglich sind, weil die Trinkgelder begrifflich nicht vom Arbeitgeber, sondern von Dritten, den bewirteten Gästen, gegeben werden. Dass der Kläger etwa arbeitsvertraglich verpflichtet wäre, seine Trinkgeldeinnahmen abzuführen, ist nicht ersichtlich. Trinkgeldeinnahmen werden vom Servicepersonal in der Gastronomie auch regelmäßig erzielt, wenngleich sie in der Höhe Schwankungen unterliegen werden. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich in der Praxis Erfahrungswerte ergeben, die eine Mittelung erlauben. Die vom Kläger seinerzeit genannte Summe von

(durchschnittlich) 200,- DM ist nach der Bewertung des insoweit hinlänglich fach- und lebenskundigen Gerichts nicht übersetzt, was übrigens die Beklagte auch nicht behauptet.

Die Trinkgeldeinnahmen stellen eine auch rechtlich anerkannte Größe dar. Sie werden zunächst in der Gastronomie bei der Bemessung der jeweiligen Bezüge stillschweigend zugrunde gelegt. Darüber hinaus finden sie auch auf Seiten der staatlichen *Verwaltung* Berücksichtigung. So werden etwa Trinkgeldeinnahmen bei der Prüfung eines Anspruchs auf Leistungen der Sozialhilfe regelmäßig (anspruchsmindernd) berücksichtigt. Das Gleiche gilt unter steuerlichen Gesichtspunkten. Es ist kein sachlicher Grund dafür erkennbar, dieses tatsächlich erzielte Einkommen nicht auch unter ausländerrechtlichen Gesichtspunkten zu berücksichtigen und zugunsten der Kläger zu bewerten.

Diese Bewertung entspricht auch der Intention der Fachlichen Weisung 3/2001. Ausweislich des jener Weisung zugrunde liegenden Beschlusses der Innenministerkonferenz vom 09./10.05.2001 ist es der Zweck der Regelung, ein Bleiberecht für seit Jahren wirtschaftlich und sozial integrierte Personen, die bei ihrer Rückkehr eine eigenständig geschaffene und gesicherte Lebensgrundlage aufgeben müssten, zu schaffen. Diesem begünstigten Personenkreis sind die Kläger fraglos zuzurechnen. Sie sind wirtschaftlich und sozial integriert. Sie haben sich aus eigenen Kräften eine Lebensgrundlage geschaffen. Auch und gerade unter demografischen Gesichtspunkten besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran, den Klägern auf Dauer den gesicherten Aufenthalt im Bundesgebiet zu ermöglichen.

Die Beklagte wäre demzufolge gehalten gewesen, den Klägern das beantragte Aufenthaltsrecht zu erteilen. Gemäß § 101 Abs. 2 AufenthG hätte diese Aufenthaltsbefugnis als Aufenthaltserlaubnis neuen Rechts fortgegolten. Es wäre ein mit den eingangs genannten Grundsätzen unvereinbarer Rechtsnachteil, den Klägern den ihnen nach den seinerzeit geltenden ausländerrechtlichen Vorschriften zustehenden Status vorzuenthalten.

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis steht auch nicht die Regelung des § 25 Abs. 5 Satz 3 AufenthG entgegen, wonach dieser Aufenthaltstitel nur dann erteilt werden darf, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Die Frage, ob insoweit eine Ausreisemöglichkeit besteht, ist nämlich auch unter subjektiven und damit implizit unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten zu prüfen (vgl. Begründung der Bundesregierung

zum Gesetzentwurf des Zuwanderungsgesetzes, BT-Drucks. 15/240 S. 80 zu Abs. 6). Es ist den sozial und wirtschaftlichen integrierten Klägern, die schutzwürdig auf die Zuerkennung des für sie vorgesehenen Aufenthaltsrechts vertrauen durften, nach Auffassung des Gerichts aber nicht zumutbar, in das Land ihrer Staatsangehörigkeit zurückzukehren.

Die Beklagte war deshalb wie tenoriert zu verpflichten.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 167 VwGO, 708 Nr. 11, 711 ZPO. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren war für die rechtsunkundigen Kläger unverzichtbar und deshalb für notwendig zu erklären.

xxxx