

Sachgebiet	5/1 Ausländerrecht 5/1/2 Aufenthaltserlaubnis 5/1/5 Aufenthaltsbefugnis
Normen	AufenthG § 5 Abs. 3 , 2. Halbsatz AufenthG § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG § 25 Abs. 5 AufenthG § 32 Abs. 4 AuslG § 20 AuslG § 30 Abs. 3 und 4
Schlagworte	Familiennachzug zu Vater Ausreichender Wohnraum Abgelehnte Asylbewerber Sperrwirkung Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels

Leitsatz

1. § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG, wonach die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 Satz 1 im Falle eines „Anspruchs auf Erteilung eines Aufenthaltstitels“ keine Anwendung findet, setzt einen sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden gebundenen Anspruch voraus; ein Anspruch aufgrund einer Ermessensbindung auf Null genügt nicht.

2. Zur Ermessensübung nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG bei in Deutschland aufgewachsenen bzw. geborenen ausreisepflichtigen Kindern, die mit ihrem leiblichen, mitsorgeberechtigten, eine Niederlassungserlaubnis besitzenden Vater und ihrer als abgelehnter Asylbewerberin ausreisepflichtigen - und mit dem Vater nicht verheirateten - Mutter in familiärer Lebensgemeinschaft zusammenleben.

VGH Baden-Württemberg

Urteil vom 26.07.2006 11 S 2523/05

Vorinstanz VG Freiburg

(Az. 9 K 1722/03)

Rechtskraft nein

☒ Vorblatt mit Leitsatz

☐ VENZA-Blatt ohne Leitsatz



VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes
Urteil

In der Verwaltungsrechtssache

1.

2.

3.

- Kläger -
- Berufungskläger -

prozessbevollmächtigt:

- zu 1, 2, 3 -

gegen

Land Baden-Württemberg,
vertreten durch das Landratsamt Emmendingen,
Bahnhofstraße 2-4, 79312 Emmendingen,

- Beklagter -
- Berufungsbeklagter -

wegen Ablehnung Aufenthaltsgenehmigung

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schaeffer, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Vondung und die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Thoren aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 26. Juli 2006

am 26. Juli 2006

für Recht erkannt:

Das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 25. Juni 2004 - 9 K 1722/03 - wird teilweise geändert. Der Beklagte wird unter Aufhebung der Bescheide des Landratsamts Emmendingen vom 16.06.2003 und des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums Freiburg vom 08.08.2003 verpflichtet, über die Anträge der Kläger auf Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Berufung der Kläger zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen werden zwischen den Beteiligten aufgehoben.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

Die Kläger begehren Aufenthaltserlaubnisse zum Familiennachzug, hilfsweise Aufenthaltserlaubnisse aus humanitären Gründen. Die 1967 in Podgorica/Montenegro (früher Titograd) geborene Klägerin zu 1. ist die Mutter der 1991 ebenfalls in Jugoslawien geborenen Klägerin zu 2. (xxxxxxx) und des 1992 geborenen Klägers zu 3. (xxxxx); sie ist Staatsangehörige der früheren Bundesrepublik Jugoslawien, wird heute als serbisch-montenegrinische Staatsangehörige geführt und gehört zur Volksgruppe der Roma. Vater der Kläger zu 2. und 3. ist der serbisch-montenegrinische Staatsangehörige xxx-xxx xxxxxx (geb. 1968), mit dem die Klägerin zu 1. bereits vor der Ausreise zusammenlebte, aber nicht verheiratet war. Herr xxxxxx ist abgelehnter Asylbewerber. Im August 1996 heiratete er die deutsche Staatsangehörige Frau xxxxxx und erhielt im Januar 1999 eine befristete Aufenthaltserlaubnis, die vom Landratsamt Donnersbergkreis in der Folgezeit verlängert wurde. Seit dem 11.08.2005 ist Herr xxxxxx im Besitz einer Niederlassungserlaubnis. Seine Hauptwohnung hatte Herr xxxxxx in xxxxxxxxxxxxxxxx, 2003 meldete er sich

mit Nebenwohnsitz in xxxxxxxx und 2004 mit Nebenwohnsitz bei einem Onkel in xxxxxxxxxxxx an. Er arbeitet nach seinen Angaben seit 2002 im Zuständigkeitsbereich des Beklagten. Ab 2004 war er als Fahrer im Kurierdienst bei einer Firma in xxxxxxxx tätig; im Dezember 2005 meldete er in xxxxxxxxxxxx ein Kleintransportunternehmen an; seit Ende Juni 2006 führt er wieder für seine frühere Firma als Subunternehmer Transportfahrten durch.

Die Klägerinnen zu 1. und 2. und Herr xxxxxx reisten im März 1991 in das Bundesgebiet ein. Die Asylanträge der Klägerinnen wurden vom Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge mit Bescheid vom 19.11.1991 abgelehnt. Dieser Bescheid wurde bezüglich der Klägerin zu 2. Anfang 1992, bezüglich der Klägerin zu 1. am 15.02.2002 bestandskräftig. Im Anschluss wurden die Kläger wegen ihrer Zugehörigkeit zur Volksgruppe der Roma geduldet. 1992 waren die Kläger von ihrem bisherigen Wohnort in Mecklenburg-Vorpommern nach xxxxxxxxxxxx umverteilt worden.

Unter dem 07.03.2002 beantragten die Kläger, ihnen eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu Herrn xxxxxx, vorsorglich eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen. Herr xxxxxx, der die Vaterschaft anerkannt habe, besuche die Kläger seit Jahren nahezu jedes Wochenende. Er könne seinen und der Kinder Lebensunterhalt durch eigenes Einkommen und Kindergeld decken, lediglich die Klägerin zu 1. beziehe noch Sozialhilfe. Der Umgang des sorgeberechtigten Vaters mit seinen Kindern komme einer Lebensgemeinschaft nahezu gleich. Hilfsweise stehe den Kindern eine Aufenthaltsbefugnis wegen der Beziehung zum Vater zu. Abgeleitet hiervon könne wegen Art. 6 Abs. 2 GG auch der Kindesmutter eine Aufenthaltsbefugnis erteilt werden. Das Landratsamt Emmendingen lehnte beide Anträge mit Bescheid vom 16.06.2003 ab; zugleich wurde dem Kläger zu 3. die Abschiebung nach Serbien-Montenegro angedroht, falls er Deutschland nicht innerhalb eines Monats nach Zustellung, spätestens zusammen mit seiner Mutter, verlasse. Zur Begründung wurde ausgeführt: Die Voraussetzungen einer Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 17 AuslG lägen nicht vor, da die Klägerin zu 1. keinen rechtmäßigen Aufenthalt in Deutschland habe. Auch eine positive Ermessensentscheidung nach § 20 Abs. 3 Satz 1 AuslG komme nicht zum

Tragen, da beide Kinder den Lebensmittelpunkt stets bei der Mutter hätten. Diese könne ihr Sorgerecht aber ohne weiteres selbst ausüben. Auch die hilfsweise beantragte Aufenthaltsbefugnis nach § 30 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 und 4 AuslG könne nicht erteilt werden. Der Ausreise der Kläger stünden keine von ihnen nicht zu vertretenden Hindernisse entgegen. Den hiergegen eingelegten Widerspruch wies das Regierungspräsidium Freiburg unter Bezugnahme auf die Gründe des Ausgangsbescheids mit Bescheid vom 08.08.2003, zugestellt am 11.08.2003, zurück.

Am 11.09.2003 haben die Kläger Klage erhoben und beantragt, ihnen eine Aufenthaltsgenehmigung in Form einer Aufenthaltserlaubnis, hilfsweise in Form einer Aufenthaltsbefugnis zu erteilen, höchst hilfsweise über diese Anträge unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Zur Begründung haben sie auf ihr bisheriges Vorbringen verwiesen und zahlreiche Unterstützungsschreiben von Lehrern und Mitschülern sowie eines Freundeskreises Asyl xxxxxxxxx vorgelegt. Darin wird auf die schwerwiegenden Folgen einer Trennung der Kinder vom Vater hingewiesen, der sich intensiv um sie kümmere. Die Kinder seien auch schulisch gut integriert.

Das Verwaltungsgericht Freiburg hat die Klage mit Urteil vom 25.06.2004 - 9 K 1722/03 - abgewiesen: Die Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug nach § 20 Abs. 2 Nr. 1 AuslG scheitere schon daran, dass die Klägerin zu 1. selbst vollziehbar ausreisepflichtig und nicht im Besitz einer Aufenthaltsgenehmigung sei. Auch eine Ausnahme nach § 20 Abs. 3 oder 4 AuslG sei schon deshalb zu Recht abgelehnt worden, weil auch mit Blick auf Art. 6 Abs. 2 GG von einem hinreichend verfestigten Aufenthalt des Vaters der Kläger, Herrn xxxxxx, nicht ausgegangen werden könne. Die zu seiner melde- und aufenthaltsrechtlichen Situation vorliegenden Informationen seien unklar und widersprüchlich. Entsprechendes gelte für den Vortrag in der mündlichen Verhandlung zu dem angeblich ständigen Umgang des Vaters mit seinen Kindern. In dieser Lage erscheine es nach wie vor ohne weiteres zumutbar, wenn der Vater nach Ablauf seiner befristeten Aufenthaltserlaubnis (damals: Ende Juli 2004) den familiären Kontakt zu den Kindern in der Heimat

halte. Die Erteilung der hilfsweise beantragten Aufenthaltsbefugnis scheitere an den Voraussetzungen des § 30 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 und 4 AuslG.

Gegen dieses Urteil haben die Kläger Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt. Der Senat hat die Berufung mit Beschluss vom 15.12.2005 zugelassen. Die Kläger begründen die Berufung - ergänzend zu ihrem bisherigen Vortrag - zusammengefasst wie folgt: Die Ehe mit Frau xxxxxx sei vor etwa zwei Jahren geschieden worden, getrennt habe man sich mindestens ein Jahr zuvor. Herr xxxxx sei mit der Klägerin zu 1. nach wie vor verlobt; die Eheschließung scheitere noch an zwingend erforderlichen Dokumenten. Die Klägerin zu 1. besitze lediglich einen alten abgelaufenen jugoslawischen Pass, Bemühungen um einen neuen Pass seien bislang gescheitert, da sie in ihrer Geburtsstadt Podgorica/Montenegro nicht mehr registriert sei und von dort auch keine Ledigkeitsbescheinigung erhalten könne. Herr xxxxx habe zwar noch keine gemeinsame Wohnung für die gesamte Familie gefunden, halte sich gleichwohl aber täglich im Haushalt der Kläger auf und übernachtete dort auch regelmäßig. Er lebe faktisch ständig mit seinen Kindern und der Klägerin zu 1. zusammen. Soweit bekannt, sei keiner der Kläger auf öffentliche Leistungen angewiesen. Herr xxxxxx komme seit 4 Jahren für den Kindesunterhalt auf und habe auch bis vor einem Jahr die Miete der von den Klägern bewohnten Wohnung bezahlt. Wegen nicht ausreichenden Einkommens aus der selbstständigen Tätigkeit als Transportunternehmer sei ihm das zwischenzeitlich nicht mehr möglich. Aufgrund des neuen Vertrags mit der Kurierfirma, sei es ihm jetzt möglich, regelmäßig lokale Transportfahrten zu einem „Festpreis“ von 220,-- EUR durchzuführen. Er werde die Mietzahlung daher ab August 2006 wieder aufnehmen und auch wieder Unterhaltsleistungen übernehmen. Die Kläger zu 2. und 3. könnten sich auf die Voraussetzungen des § 20 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 AuslG berufen, der Klägerin zu 1. stehe als Folge davon ein abgeleiteter Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis zu. Unter Anwendung des Aufenthaltsgesetzes komme für die Kläger zu 2. und 3. ein Anspruch aus § 32 Abs. 4 AufenthG in Betracht, wobei § 10 Abs. 3 AufenthG nicht zur Anwendung komme. Selbst wenn § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG bei der Klägerin zu 2. erfüllt sei, greife diese Bestimmung wegen § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG nicht ein, da das der Behörde nach § 32 Abs. 4 AufenthG eingeräumte Ermessen

im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG/Art. 8 EMRK auf Null reduziert sei und ein solcher Ermessensanspruch ausreiche. Eine besondere Härte sei in der Trennung der tatsächlich gelebten familiären Lebensgemeinschaft zwischen Herrn xxxxx und seinen Kindern zu sehen. Mit der Klägerin zu 2. lebe er praktisch in einem Haushalt und kümmere sich ständig um sie. Mit dem Kläger zu 3., der mindestens bis Oktober 2006 in einem Erziehungsheim untergebracht sei, sei er regelmäßig ebenfalls zusammen, wenn dieser sich alle 14 Tage, an den Feiertagen und den Ferien im Haushalt der Mutter und Schwester befinde. Jedenfalls wäre aufgrund dieses Sachverhalts aber die Erteilung einer Erlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG möglich.

Die Kläger beantragen,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 25.06.2004 - 9 K 1722/03 - zu ändern und den Beklagten unter Aufhebung des Bescheides des Landratsamts Emmendingen vom 16.06.2003 und des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums Freiburg vom 08.08.2003 zu verpflichten, ihnen eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, hilfsweise über ihren Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er führt aus, dass ein Anspruch der Kläger auf Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis nicht bestehe. Die Kläger zu 1. und 2. seien abgelehnte und bestandskräftig zur Ausreise verpflichtete Asylbewerber. Daher komme für sie nur ein Anspruch aus § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG in Betracht. Ein solcher Anspruch scheitere jedoch aus Rechtsgründen, weil die Ausreise der Kläger zu 1. und 2. weder aus rechtlichen noch aus tatsächlichen Gründen unmöglich sei. Die Kläger würden wegen ihrer Zugehörigkeit zur Volksgruppe der Roma bislang geduldet. Beim Kläger zu 3. sei der Härtefalltatbestand in § 32 Abs. 4 AufenthG nicht erfüllt. Zwar werde nicht verkannt, dass der Vater des Klägers sich kürzlich in xxxxxxxxxxxx eine Wohnung genommen habe und sich nunmehr um den Sohn kümmern wolle. Andererseits liege der Lebensmittel-

punkt der Kläger zu 2. und 3. seit jeher bei der Mutter. Der Kläger zu 3. habe zudem einen längeren Heimaufenthalt in einem Heim für schwer erziehbare Kinder zu absolvieren. Auch wenn der Tatbestand des § 32 Abs. 4 AufenthG gegeben sein sollte, scheide bei der dann unter Berücksichtigung der familiären Gesamtsituation zu treffenden Ermessensentscheidung eine Ermessensreduzierung auf Null aus. Schließlich müssten nach wie vor öffentliche Leistungen für die Kläger zu 1. bis 3. aufgewendet werden. Gegenwärtig leiste Herr xxxxxx für die Klägerin zu 2. monatlich 158,50 EUR Unterhalt, daneben erhalte diese 20,45 EUR Restbeihilfe. Beim Kläger zu 3., für den Herr xxxxxx keinen Unterhalt zahle, fielen als Kosten der Erziehungsmaßnahme monatlich zwischen 3.500,-- und 3.700,-- EUR an. Auch für die Klägerin zu 1. leiste Herr xxxxxx keine Zahlungen, diese erhalte aus öffentlichen Mitteln 40,90 EUR Taschengeld und 138,05 EUR zur Sicherung des Lebensunterhalts. Darüber hinaus würden zur Zeit für die Miete der Kläger monatlich 299,11 EUR aus öffentlichen Mitteln aufgewendet.

Mit Beschluss vom 30.08.2005 hat der Vorsitzende den Beteiligten einen Vergleich vorgeschlagen. Der Beklagte hat diesem Vorschlag nicht zugestimmt.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung sowie auf die dem Senat vorliegenden Behördenakten des Landratsamts Emmendingen und des Regierungspräsidiums Freiburg Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

Die statthafte und auch sonst zulässige Berufung der Kläger hat teilweise Erfolg. Mit ihr verfolgen die Kläger ihr Klagbegehren im Hauptantrag in vollem Umfang und im Hilfsantrag hinsichtlich der Anträge auf Neubescheidung weiter. Im Hauptantrag (Klage auf Erteilung von Aufenthaltserlaubnissen zum Familiennachzug) sind die Berufung und die Klage unbegründet, weil es bei allen Klägern an den einschlägigen Anspruchsvoraussetzungen fehlt (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO, dazu I.). Hingegen hat die Klage aller Kläger im Hilfs-

antrag Erfolg, weil der Beklagte sein - tatbestandlich eröffnetes - Ermessen insofern noch nicht oder nicht fehlerfrei ausgeübt hat (§§ 113 Abs. 5 Satz 2, 114 VwGO, dazu II.). Maßgeblich für die Beurteilung beider Ansprüche ist die gegenwärtige Sach- und Rechtslage (mithin die Vorschriften des Aufenthaltsgesetzes), soweit es um die Frage geht, ob den Klägern ein Anspruch auf die begehrten befristeten Aufenthaltstitel - sei es tatbestandlich zwingend oder nach gebundenem Ermessen - zusteht oder versagt werden muss (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschlüsse vom 09.02.2005 - 11 S 1099/04 -, VBIBW 2006, 36, und vom 23.02.2005 - 13 S 2949/04 -, InfAuslR 2005, 261). Früheres Recht ist nur anwendbar, wenn und soweit es durch Übergangsrecht für anwendbar erklärt wird. Kommt es für den Verfahrensausgang auf die Frage an, ob die Ablehnung einer im Ermessen stehenden Aufenthaltsgenehmigung rechtmäßig (ermessensfehlerfrei) ist, richtet sich die gerichtliche Überprüfung nach den Vorschriften der bei Abschluss des Verwaltungsverfahrens geltenden Sach- und Rechtslage. Diese retrospektive Beurteilung ist allerdings nur dann vorzunehmen, wenn auch nach neuem Recht beim entsprechenden Aufenthaltstitel Ermessen überhaupt eröffnet - dieser Anspruch also nicht schon aus Rechtsgründen ausgeschlossen - ist und soweit der Ermessensfehler auch nach dem Prüfprogramm neuen Rechts erheblich und die Ermessensentscheidung nicht auf der Grundlage neuen Rechts nach § 114 Satz 2 VwGO ergänzt worden ist.

I. Auf dieser Grundlage hat es der Beklagte zu Recht abgelehnt, den Klägern eine Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug zu erteilen. Maßgebliche Anspruchsgrundlage sind für die Klägerin zu 1. die §§ 27 ff. AufenthG, die übergangslos an die Stelle der während des Verwaltungsverfahrens geltenden §§ 17 ff. AuslG getreten sind. Bei den Klägern zu 2. und 3., die sich auf ein Nachzugsrecht zu ihrem sich hier seit 1999 rechtmäßig aufhaltenden Vater, Herrn xxxxx, berufen, findet die Übergangsregelung in § 104 Abs. 3 AufenthG Anwendung. Ihr Nachzugsanspruch richtet sich mithin nach § 20 AuslG in der zuletzt geltenden Fassung, es sei denn, das Aufenthaltsgesetz gewährt in § 32 ff. eine günstigere Regelung. Bei Prüfung der Nachzugsvoraussetzungen ist nach der Systematik der §§ 27 ff. AufenthG vorzugehen. Das Gesetz differenziert zunächst nach verschiedenen Gruppen von Angehörigen und ordnet

diesen unterschiedliche Spezialvorschriften zu (insbesondere: Nachzug zu Deutschen <§ 28 AufenthG>, Nachzug von Ehegatten <§§ 30 - 31 AufenthG>, Nachzug von Kindern <§§ 32 - 35 AufenthG bzw. § 20 AuslG> und Nachzug sonstiger Angehöriger <§ 36 AufenthG>). Sodann sind die grundsätzlich für alle Gruppen übergreifend geltenden allgemeinen Nachzugsvorschriften (§§ 29 und 27 AufenthG) zu beachten. Schließlich müssen die „vor die Klammer gezogenen“ allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG in ihrer jeweiligen Ausgestaltung erfüllt sein.

1. Gemessen daran scheitert ein Nachzugsanspruch der Klägerin zu 1., die sich allein auf § 30 Abs. 1 AufenthG stützen kann, bereits daran, dass sie nicht die Ehefrau von Herrn xxxxx ist. Weder ihr Verlöbnis mit diesem noch ihre eheähnlich geführte Lebensgemeinschaft ist durch einfaches Recht oder durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt, ungeachtet der Gründe, weshalb es zu einer förmlichen Eheschließung bisher nicht gekommen ist. Sollte eine Eheschließung unmittelbar bevorstehen, wofür derzeit noch nichts ersichtlich ist, kann sich hieraus allenfalls - als Vorwirkung von Art. 6 Abs. 1 GG - ein durch Duldung zu sicherndes rechtliches Abschiebungshindernis ergeben (vgl. dazu Beschluss des Senats vom 13.11.2001 - 11 S 1841/01 -).

2. Auch den Klägern zu 2. und 3. steht in Bezug auf Herrn xxxxxx, ihren leiblichen und personensorgeberechtigten Vater, kein Anspruch auf Kindernachzug zu.

a) Die Klägerin zu 2. muss sich als abgelehnte Asylbewerberin bereits die Sperrwirkung des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG entgegenhalten lassen. Die Ausnahme von dieser Sperre nach § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG greift nicht ein, da der Klägerin zu 2. ein „Anspruch“ auf Erteilung eines Aufenthaltstitels im Sinn dieser Vorschrift nicht zusteht. Denn § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG setzt einen rechtlich sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden Anspruch voraus, den die Klägerin zu 2. aber weder nach § 104 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 20 Abs. 2 AuslG noch nach § 32 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG hat, weil ihre Mutter, die Klägerin zu 1., nicht über ein Aufenthaltsrecht verfügt und ihr Vater nicht allein sorgeberechtigt ist. Dass § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ungeachtet des

gegenüber § 10 Abs. 1 AufenthG („gesetzlichen Anspruchs“) weiter gefassten Wortlauts eng auszulegen ist und ein erst aus einer Ermessensreduzierung auf Null folgender Anspruch nicht genügt, ergibt sich deutlich aus der Systematik und Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Danach sollte die durch die Rechtsprechung ausgeformte ausländerrechtliche Praxis zum Ausländergesetz, welche sich denselben unterschiedlichen Anspruchsbegriffen gegenüber sah (vgl. §§ 7 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 AuslG einerseits und § 11 Abs. 1 AuslG andererseits), diesen aber einen einheitlichen engen Begriffsinhalt gab (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 03.06.1997 - 1 C 18.96 -, NVwZ 1998, 189 ff. zu § 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG), übernommen werden. Aus der Begründung zum Regierungsentwurf ergibt sich nichts dafür, dass das Aufenthaltsgesetz diese Praxis ändern wollte. In Bezug auf § 5 Abs. 2 AufenthG heißt es dort vielmehr, Ausnahmen kämen „wie bisher“ im Fall eines Erteilungsanspruchs in Betracht (BT-Drs. 15/240, S. 70); auch nennt die Begründung zu § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG als einziges Beispiel bezeichnenderweise das des „deutschverheirateten“ Ausländers, also eines klassischen gesetzlich gebundenen Anspruchs (BT-Drs. 15/240, S. 73; ebenso Nr. 10.2.3 der vorläufigen Anwendungshinweise zum AufenthG - VAH -). Schließlich sprechen auch Sinn und Zweck des § 10 AufenthG dafür, die Tatbestandsvoraussetzungen „Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels“ und „gesetzlicher Anspruch“ gleich zu behandeln. Denn im Hinblick auf das Ziel des § 10 AufenthG, zu erreichen, dass nach dem Ende eines erfolglosen Asylverfahrens regelmäßig die Aufenthaltsbeendigung steht, unterscheidet sich die Situation während und nach dem Asylverfahren (Abs. 3 Satz 3) nicht (so überzeugend Discher in GK-AufenthG § 10 Rnrn. 171 - 176; ebenso Wenger in Storr/Wenger u.a., Komm. zum Zuwanderungsgesetz, § 10 Rn. 8; a.A. Hailbronner, Ausländerrecht, § 10 AufenthG Rn. 16, und Nr. 10.2.3 VAH a.a.O.).

b) Auch dem Kläger zu 3. steht ein gesetzlich gebundener Anspruch zum Kindernachzug zu seinem Vater nach § 20 AuslG oder nach § 32 AufenthG nicht zu. Zwar greift bei ihm die Sperre des § 10 Abs. 3 AufenthG nicht und leben er und seine Schwester mit dem Vater in einer schützenswerten familiären Lebensgemeinschaft zusammen (§§ 27 Abs. 1 AufenthG, 17 Abs. 1 AuslG), da Herr xxxxxx faktisch in der Gemeinschaftsunterkunft wohnt und sich in

Ausübung seines Sorgerechts ersichtlich auch um die Belange der Kinder kümmert (dazu im einzelnen noch unten). Jedoch fehlt es am allgemeinen Nachzugserfordernis der Verfügbarkeit ausreichenden Wohnraums (§ 29 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Abs. 4 AufenthG; ebenso § 17 Abs. 2 Nr. 2 AuslG). Herr xxxxxx hat bis heute aus wenig überzeugenden Gründen noch keine eigene Wohnung angemietet (seine Meldeadresse ist die Wohnung seines Bruders), sondern lebt faktisch in der Gemeinschaftsunterkunft. Diese genügt aber unstreitig den räumlichen und qualitativen Mindestanforderungen des § 2 Abs. 4 AufenthG nicht und Herr xxxxxx ist für diese Wohnung zudem auch gar nicht nutzungsberechtigt. Von dem Erfordernis ausreichenden Wohnraums kann in Fällen - wie hier - der Ersterteilung der Nachzugserlaubnis nicht abgesehen oder abgewichen werden (anders bei der Verlängerung, vgl. §§ 34 Abs. 1 und 30 Abs. 3 AufenthG) und auch nach § 20 AuslG war ein Verzicht auf diese Erfordernis im Stadium der erstmaligen Erlaubniserteilung nicht möglich. § 20 Abs. 3 Satz 1 AuslG sah - insofern günstiger als heute § 32 AufenthG - lediglich ein Abweichen von dem Erfordernis eines Aufenthaltsrechts beider Elternteile vor und auch § 20 Abs. 3 Satz 2 AuslG gestattete - bei mindestens fünfjährigem rechtmäßigem Aufenthalt des Kindes - nur vom Erfordernis des gesicherten Unterhalts, nicht aber vom Wohnraumnachweis zu dispensieren.

Im übrigen muss sich der Kläger zu 3. im Bereich der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen vorhalten lassen, dass sein Lebensunterhalt nicht gesichert ist (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG), dass - wegen der Inanspruchnahme außerhäuslicher Hilfe zur Erziehung durch Unterbringung im „xxxx xxxxxxxxxx“ nach § 34 SGB VIII - ein Ausweisungsgrund nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 55 Abs. 2 Nr. 7 AufenthG vorliegt (vgl. dazu Hailbronner, Ausländerrecht, § 55 Rn. 89) und dass er zur Zeit seine Passpflicht nicht erfüllt (§ 5 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 AufenthG). Auch bei der Klägerin zu 2. ist der Unterhalt nicht verlässlich gesichert und die Passpflicht nicht erfüllt; zudem ist sie nicht mit dem für den jetzigen - aktuellen - Aufenthaltswert erforderlichen Visum eingereist (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG, zur Auslegung dieser Vorschrift vgl. VGH Bad. Württ., Beschlüsse vom 17.11.2005 - 11 S 611/05 - und vom 30.03.2006 - 13 S 389/06 -). Ob bei den Klägern insofern die Voraussetzungen einer

Ausnahme von den Regelvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 AufenthG vorliegen oder ob eine Abweichung von den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 AufenthG aus Härtegründen zulässig wäre, braucht nicht entscheiden zu werden.

II. Die Kläger können vom Beklagten jedoch verlangen, dass ihre Anträge auf Erteilung einer Aufenthaltsbefugnis nach §§ 30 Abs. 5, 3 und 4 AuslG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu beschieden werden. Maßgeblich für die Rechtsvoraussetzungen und das ermessensrelevante Prüfprogramm ist nunmehr § 25 Abs. 5 AufenthG, der nach Aufenthaltzweck und Lebenssachverhalt an die Stelle der Aufenthaltsbefugnis früheren Rechts getreten ist (vgl. § 101 Abs. 2 AufenthG). Nach § 25 Abs. 5 Satz 1 und 3 AufenthG kann einem Ausländer eine (humanitäre) Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn er vollziehbar ausreisepflichtig ist, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist (§ 60a Abs. 2 AufenthG) und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist und wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist.

1. Diese Tatbestandsvoraussetzungen liegen bei den Klägern zu 2. und 3. sowie abgeleitet davon auch bei der Klägerin zu 1. vor.

a) Die Kläger zu 2. und 3. sind vollziehbar ausreisepflichtig. Die vollziehbare Ausreisepflicht der Klägerin zu 2. besteht seit der bestandskräftigen Ablehnung ihres Asylantrags und dem Ablauf der Ausreisefrist in der damit verbundenen bestandskräftigen Abschiebungsandrohung (Bescheide des Bundesamts für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 29.11.1991 und des Landkreises Güstrow 16.01.1991), die ihr asylbezogenes Aufenthaltsrecht zum Erlöschen brachten (vgl. § 28 Abs. 2 AsylVfG in der damals geltenden Fassung - AsylVfG 1982 -). Demgegenüber ist der in Deutschland geborene Kläger zu 3. spätestens mit dem Zugang des hier im Streit stehenden Ablehnungsbescheids des Landratsamts Emmendingen vom 16.06.2003 vollziehbar ausreisepflichtig geworden. Dieser Ablehnungsbescheid hatte zur Folge, dass das mit der Antragstellung vom 07.03.2002 begründete - gesetzliche fiktive - Aufenthaltsrecht des Klägers wieder beendet worden ist (vgl. § 69 Abs 3

Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 AuslG). Unschädlich ist, dass der Ablehnungsbescheid nicht unanfechtbar ist und deswegen nach bisherigem Recht (§ 30 Abs. 3 oder Abs. 4 AuslG) eine Aufenthaltsbefugnis nicht hätte erteilt werden dürfen. Denn § 25 Abs. 5 AufenthG verlangt keine unanfechtbare Ausreisepflicht mehr, sondern lässt die vollziehbare Ausreisepflicht genügen. Die vollziehbare Ausreisepflicht ist nach § 42 Abs. 2 Satz 2 AuslG (ebenso § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG) aber mit der Vollziehbarkeit des Ablehnungsbescheids eingetreten; diese Vollziehbarkeit ist kraft Gesetzes eingetreten, da die dagegen erhobene Klage keine aufschiebende Wirkung hat (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 72 Abs. 1 AuslG = § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG).

b) Die Ausreise der Kläger zu 2. und 3. ist - abgesehen von der gegenwärtigen Erlasslage bezüglich Minderheiten der Roma aus dem Kosovo - derzeit und auf absehbare Zeit auch aus rechtlichen Gründen unmöglich, ohne dass sie an diesem Ausreisehindernis ein Verschulden trifft. Denn sie können sich auf ein rechtliches Abschiebungshindernis nach § 60a Abs. 2 AufenthG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG wegen einer tatsächlich gelebten familiären Lebensgemeinschaft mit ihrem leiblichen und personensorgeberechtigten Vater, Herrn xxx-xx, berufen und aufgrund dieses Umstands ist ihnen auch die freiwillige Ausreise nicht zuzumuten (zum Zusammenhang von Abschiebungs- und Ausreisehindernis in § 25 Abs. 5 AufenthG vgl. Urteile des Senats vom 06.04.2005 - 11 S 2779/04 -, VBIBW 2005, 356, und vom 21.06.2004 - 11 S 770/04 -, Juris). Wie bereits dargelegt, lebt Herr xxxxx seit längerer Zeit - spätestens seit der Trennung und Scheidung von seiner deutschen Ehefrau - mit den Klägern zu 2. und 3. und deren Mutter in der Gemeinschaftsunterkunft faktisch in einer Haushaltsgemeinschaft zusammen. Seine Unterhaltspflichten nimmt er in nicht unerheblichem Umfang nach Maßgabe seiner wirtschaftlichen Möglichkeiten wahr. So zahlte er nach den übereinstimmenden Angaben der Beteiligten ab Januar 2003 Unterhalt für die Kinder und übernahm über längere Zeit zusätzlich die Kosten der Unterkunft. Die Kinder waren auch über Herrn xxx-xx krankenversichert. Die Zahlungen brachte er aus seinem Verdienst als Kurierfahrer auf. Sie gerieten ins Stocken, nachdem Herr xxxxx sich selbstständig gemacht und dabei, wie nicht bestritten wird, wenig verdiente. Derzeit kommt Herr xxxxxx zwar nur (überwiegend) für den Unterhalt der Klägerin zu

2. auf. Dies ist nach den glaubhaften und vom Beklagtenvertreter nicht bestrittenen Angaben der Kläger aber auf die gegenwärtig schlechte Einkommenslage zurückzuführen, die sich ab August wieder bessern werde. Insgesamt lässt sich feststellen, dass Herr xxxxx seine finanziellen Verpflichtungen gegenüber den Kindern ernst nimmt und gegenwärtig wohl nicht in der Lage ist, sich an den - hohen - Kosten der Erziehungshilfe für seinen Sohn zu beteiligen. Herr xxxxxx hat die Kläger zu 2. und 3. nach seinen unbestrittenen Angaben auch seit Anfang 2003 täglich besucht. Von einer Bekannten (Frau B. vom Freundeskreis Asyl xxxxxxxxx) wird - wiederum unbestritten - berichtet, dass Herr xxxxx seit Ende 2002 praktisch in der Gemeinschaftsunterkunft wohne und regelmäßig übernachte. Termine der Schule und des Hortes nehme er wahr, auch beim Großeinkauf mit den Klägern sei er anzutreffen, ferner fahre die Familie auch gemeinsam zu familiären Treffen, Festen und religiösen Veranstaltungen. Aus all dem ist zu schließen, dass Herr xxxxx mit seinen Kindern seit Jahren eine enge sozial-familiäre Beziehung mit dem Gewicht einer Lebens-, Erziehungs- und faktischen Hausgemeinschaft pflegt und dabei sein Sorgerecht und die damit korrespondierende Sorgepflicht aktiv wahrnimmt (vgl. dazu VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 30.11.2001 - 11 S 1700/01 -, EZAR 020 Nr. 17). Das Recht der Kläger zu 2. und 3. auf Fortbestand dieser familiengleichen Gemeinschaft mit dem Vater genießt daher - aus der Sicht des Kindeswohls - gewichtigen verfassungsrechtlichen Schutz nach Art. 6 Abs. 1 GG, auch wenn die Kläger inzwischen 15 bzw. 14 Jahre alt sind. Die Betreuungsleistungen und der Erziehungsbeitrag von Herrn xxxxxx als Vater kann auch nicht ohne weiteres durch die Mutter ersetzt werden (vgl. BverfG, Kammerbeschluss vom 20.03.1997 - 2 BvR 220/97 -); dies gilt in besonderem Maß für den Kläger zu 3., der aufgrund seiner schulischen Auffälligkeiten in besonderer Weise auf die ordnende und Grenzen aufzeigende Hand des Vaters angewiesen ist. Die familiäre Gemeinschaft mit dem Kläger zu 3. wird im möglichen Umfang auch während seiner Heimunterbringung durch Heimfahrten, Wochenend- und Ferienaufenthalte aufrechterhalten. Ein Verzicht auf das familiäre Zusammenleben mit dem Vater - durch Ausreise mit der Mutter - wäre den Klägern zu 2. und 3. nicht zumutbar. Ob Herrn xxxxx selbst die Rückkehr mit der Familie zumutbar wäre, spielt - solange er dazu

nicht bereit ist - aus der hier maßgeblichen Sicht der Kinder keine entscheidende Rolle.

c) Abgeleitet von dem Abschiebungs- und Ausreisehindernis der Kinder kann sich auch die Klägerin zu 1., deren Mutter, auf ein durch Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschütztes Abschiebungsverbot stützen. Sie erfüllt - als rechtskräftig abgelehnte und damit vollziehbar ausreisepflichtige Asylbewerberin - ebenfalls die Tatbestandsvoraussetzungen des § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG.

2. Damit hat der Beklagte nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG nach Ermessen über die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnisse zu entscheiden. Zugleich ist zu berücksichtigen, sofern das festgestellte familienbezogene Ausreisehindernis bei den Klägern seit mehr als 18 Monaten bestand (dazu Urteil des Senats vom 06.04.2005 - 11 S 2779/04 - a.a.O.), dass die Aufenthaltserlaubnisse dann erteilt werden „sollen“, d.h. in der Regel zu erteilen sind. Ob die Regelvoraussetzungen vorliegen, braucht der Senat wegen des lediglich auf Neubescheidung gerichteten Klagantrags nicht abschließend zu prüfen. Jedenfalls hat der Beklagte das ihm obliegende Ermessen nicht zweckentsprechend und umfassend ausgeübt (§ 114 Satz 1 VwGO). Im Ablehnungsbescheid (und dem hierauf vollumfänglich verweisenden Widerspruchsbescheid) wird Ermessen hinsichtlich der (damaligen) Aufenthaltsbefugnis überhaupt nicht ausgeübt. Auch im gerichtlichen Verfahren hat der Beklagte daran festgehalten, dass schon der Tatbestand des § 30 Abs. 3 und 4 AuslG bzw. des § 25 Abs. 5 AufenthG nicht erfüllt sei (Schriftsätze vom 13.10.2004 und vom 28.06.2006). Die bei der Prüfung der Familiennachzugserlaubnis (zu § 20 Abs. 3 AuslG) angestellten Erwägungen des Beklagten in den Bescheiden und im gerichtlichen Verfahren - sofern überhaupt zu berücksichtigen - genügen den Anforderungen nicht. So wird das Schwergewicht bei der Prüfung der Voraussetzungen eines Familiennachzugs zu einseitig auf die Belange des Vaters, Herrn xxxxx, gelegt, dem vorgehalten wird, er könne die familiäre Gemeinschaft mit den Klägern aufgrund seiner „lediglich... befristeten Aufenthaltserlaubnis“ (Ablehnungsbescheid) bzw. seines nicht „hinreichend verfestigten“ Aufenthalts zumutbar im Herkunftsland führen. Darauf, dass Herr xxxxx zwischenzeitlich eine Niederlassungserlaubnis besitzt, wird nur insoweit

eingegangen, als sich daraus „nicht zwangsläufig“ ein Aufenthaltsrecht ergebe (Schriftsatz vom 22.09.2005). Die Belange der Kläger zu 2. und 3. an der Aufrechterhaltung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Vater in Deutschland werden nur unzureichend abgehandelt. Soweit noch im gerichtlichen Verfahren schutzmindernd angeführt wird, der Lebensmittelpunkt der Kinder befinde sich „seit jeher bei der Mutter“, wird dies den tatsächlichen Gegebenheiten der letzten Jahre und dem Gewicht der seither verfestigten familiären Lebensgemeinschaft mit dem Vater nicht gerecht. Beim Kläger zu 3. wird - ebenfalls schutzmindernd - auf seinen Aufenthalt in dem Erziehungsheim hingewiesen, auf eine pädagogisch stabilisierende Wirkung gesicherter Familienverhältnisse (Präsenz des Vaters) aber nicht eingegangen. Schließlich setzt sich der Beklagte nicht mit dem mit den Stichworten „Verwurzelung“ und „faktischer Inländer“ zu kennzeichnenden Schutz des Privatlebens der Kläger zu 2. und 3. nach Art. 8 Abs. 1 EMRK auseinander. Dies wäre aber erforderlich gewesen, da die Klägerin zu 2. in Deutschland aufgewachsen und nach dem in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindruck und ihren Schilderungen auch sprachlich wie schulisch gut integriert ist (vgl. auch die zahlreichen Musterbriefe der Eltern von Mitschülern in den Ausländerakten). Der Kläger zu 3. ist in Deutschland geboren, wenn er auch derzeit schulisch und sozial nur unbefriedigend integriert ist. Der Beklagte wird diese Gesichtspunkte bei einer neuen Entscheidung nach § 25 Abs. 5 Satz 1 oder 2 AufenthG zu berücksichtigen haben. Die oben angesprochenen allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen stehen insofern nicht von vornherein entgegen. Vielmehr kann nach § 5 Abs. 3, 2. Halbsatz AufenthG von deren Anwendung abgesehen werden. Auch diese Ermessensentscheidung wird vom Beklagten zu treffen sein.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1, 155 Abs. 1 VwGO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil keiner der Gründe des § 132 Abs. 2 VwGO vorliegt.