

Ausf. am 14.02.2010

AD 00000000



# VERWALTUNGSGERICHT HALLE

Az.: 1 A 4/09 HAL

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn [REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

Kopie an Mat. Stellungn.	ww: 30.3.2010
<b>EINGEGANGEN</b>	
24. FEB. 2010	
Dr. Christoph Kunz Rechtsanwalt	
Kopie an Mat. Kennzeichen	Kopie an Mat. Zahlung
X anony müßte Toni festlegen	

Klägers,

Proz.-Bey.: Rechtsanwalt Dr. Kunz,  
Friedrich-Schneider-Straße 71, 06844 Dessau-Roßlau, - 107/05 -

gegen

die Stadt Dessau-Roßlau, vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Zerbster Straße 4, 06844 Dessau-Roßlau, - 30-293/2007 -

Beklagte,

wegen

Ausländerrecht

hat das Verwaltungsgericht Halle - 1. Kammer - auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2010 durch die Richterin am Verwaltungsgericht Baus für Recht erkannt:

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger rückwirkend ab 8. April 2008 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen.

Der Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2007 wird insoweit aufgehoben.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

### **Tatbestand:**

Der Kläger begehrt die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Er reiste am 9. Oktober 2000 in die Bundesrepublik ein und beantragte als L. die Anerkennung als Asylberechtigter. Der Kläger blieb im Asylverfahren erfolglos. Am 29. Januar 2002 wurde ihm erstmals eine Duldung erteilt, die im Folgenden verlängert wurde.

Der Kläger wurde wiederholt strafrechtlich verurteilt, so mit Urteil des Amtsgerichts Zerbst vom 13. Dezember 2001 – 4 Ds 412 Js 11660/01 – wegen Diebstahls zu 30 Tagessätzen, mit Urteil vom 26. April 2002 – 8 CS 212 JS 1868/01 – wegen mittelbarer Falschbeurkundung gleichfalls zu 30 Tagessätzen, wobei mit nachträglichem Beschluss vom 12. September 2002 – 8 CS 212 JS 1868/01- eine Gesamtstrafe von 50 Tagessätzen gebildet wurde. Mit Urteil des Amtsgerichts Dessau vom 15. Oktober 2003 – 11 DS 171 JS 15214/02 – wurde er wegen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in drei Fällen zu 70 Tagessätzen, mit Urteil des Amtsgerichts Zerbst vom 18. November 2003 – 8 CS 212 JS 9912/03 – wegen Betruges zu 60 Tagessätzen und mit Urteil des Amtsgerichts Dessau vom 30. November 2004 – 11 LS 38/04 – wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 4 Monaten verurteilt, wobei die Strafe zur Bewährung ausgesetzt wurde und mit weiterem Urteil vom 4. September 2006 – 11 DS 33/06 - wegen Diebstahls zu einer Freiheitsstrafe von 4 Monaten, die ebenfalls zur Bewährung ausgesetzt wurde.

Am 12. Mai 2002 wurde sein deutsches Kind [REDACTED] geboren. Am 6. Juni 2002 erkannte der Kläger die Vaterschaft an und gab am 24. September 2002 eine Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge zusammen mit der Mutter ab.

Am 25. September 2002 beantragte er die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis

Seit dem 29. April 2004 verfügt der Kläger über einen auf seine Personalien ausgestellten Reisepass.

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2005 lehnte der Landkreis Anhalt-Zerbst den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab und wies den Kläger aus der Bundesrepublik Deutschland aus. Hiergegen erhob der Kläger mit Schreiben vom 17. Januar 2006 Widerspruch. Mit Bescheid vom 12. Januar 2007 nahm der Landkreis Anhalt-Zerbst die Ausweisungsverfügung mit der Begründung zurück, die Ausweisung sei nicht gerechtfertigt gewesen, weil der Kläger nach § 56 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG Ausweisungsschutz genieße.

Am 14. Juli 2006 heiratete der Kläger die deutsche Staatsangehörige [REDACTED] und beantragte mit Schreiben vom 7. August 2006 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 28 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

Am 30. Januar 2007 erteilte der Beklagte als neu zuständig gewordene Ausländerbehörde dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG, befristet bis zum 29. Januar 2008.

Mit Schreiben vom 29. Mai 2007 beantragte der Kläger erneut die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 AufenthG ab dem 30. Juli 2007.

Am 13. Oktober 2007 beantragte der Kläger die Verlängerung seiner Aufenthaltserlaubnis und mit Schreiben vom 18. Oktober 2007 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wegen der Ausübung der elterlichen Sorge für seinen Sohn [REDACTED].

Seit dem 8. November 2007 lebt er von seiner Ehefrau getrennt.

Mit Bescheid vom 17. Dezember 2007 lehnte der Beklagte den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ab. Zur Begründung führte er aus, § 10 Abs. 3 AufenthG schließe die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sowohl nach § 28 Abs. 1 Nr. 1 als auch nach Nr. 3 AufenthG aus. Es liege durch die vom Kläger begangenen Straftaten ein Ausweisungsgrund vor, so dass er keinen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels habe.

Am 8. Januar 2008 verlängerte der Beklagte die Aufenthaltserlaubnis des Klägers gem. § 25 Abs. 5 AufenthG bis zum 8. Juli 2008.

Bereits am 17. September 2007 hat der Kläger beim erkennenden Gericht Klage erhoben, mit der er zunächst die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG begehrt hat. Mit Schriftsatz vom 21. Januar 2008 hat er den nicht mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Bescheid des Beklagten vom 17. Dezember 2007 mit in das Verfahren einbezogen.

Er ist der Ansicht, § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG habe lediglich für die erstmalige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach der Asylablehnung Bedeutung, nicht aber für einen späteren Zweckwechsel zu einem Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen. Zudem finde § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG Anwendung, da die Ausweisungsgründe durch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gem. § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht seien.

Weiter sei die enge Beziehung des Klägers zu seinem Sohn zu berücksichtigen, aus der sich ein Ausreisehindernis ergebe.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger rückwirkend ab 08. April 2008 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen und den Bescheid des Beklagten vom 17. Dezember 2007 insoweit aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung führt er aus, § 10 Abs. 3 AufenthG schließe die Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis aus. Zwar könne nach dessen Satz 3 eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn hierauf ein Rechtsanspruch bestehe. Dies sei beim Kläger aber nicht der Fall, da in seiner Person aufgrund des mehrfachen vorsätzlichen Verstoßes gegen Strafvorschriften ein Ausweisungsgrund vorliege.

Der Ausweisungsgrund sei auch nicht durch die erteilte Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG verbraucht.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen. Diese Unterlagen sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Beratung des Gerichts gewesen.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Klage hat Erfolg.

Sie ist zulässig. Insbesondere ist der Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2007 nicht in Bestandskraft erwachsen. Vielmehr hat der Kläger diesen durch seinen Schriftsatz vom 21. Januar 2008 ausdrücklich in das Verfahren mit einbezogen, ohne dass es noch der Durchführung eines Vorverfahrens bedurfte. Auch die Klageänderung begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Hierbei kann dahin gestellt bleiben, ob sich die Beklagte zu dem geänderten Klageantrag rügelos eingelassen hat, da sie mit ihrem Schriftsatz vom 4. Februar 2010 lediglich tatsächlich das Vorliegen einer Klageänderung feststellt und sich im Übrigen nur gegen die geänderte Klage richtet, ohne die Zulässigkeit der Klageänderung in Frage zu stellen. Denn die Klageänderung ist jedenfalls sachdienlich. Auch für die geänderte Klage bleibt der Streitstoff im wesentlichen derselbe und sie fördert die endgültige Beilegung des Rechtsstreits zwischen den Beteiligten.

Die Klage ist auch begründet. Der Bescheid des Beklagten vom 17. Dezember 2007 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Dieser hat einen Anspruch auf Erteilung der von ihm nunmehr beantragten Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Rechtlicher Anknüpfungspunkt ist § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Nach dieser Vorschrift ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen zur Ausübung der Personensorge die Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, wenn der Deutsche seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis setzt darüber hinaus nach § 27 Abs. 1 AufenthG eine familiäre Lebensgemeinschaft zwischen dem ausländischen Elternteil und dem minderjährigen deutschen Kind voraus. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.

Zwischen dem Kläger und seinem Sohn besteht eine den Anforderungen des § 27 Abs. 1 AufenthG genügende familiäre Lebensgemeinschaft. Für die Beantwortung der Frage, ob zwischen dem Kläger und seinem Sohn eine Vater-Kind-Beziehung in Form einer durch Art. 6 GG geschützten familiären Lebensgemeinschaft i. S. des § 27 Abs. 1

AufenthG vorliegt, ist nicht das abstrakte Bestehen des Sorge- und Umgangsrechts als solches, sondern der tatsächliche Umfang seiner Ausübung entscheidend. Dies erfordert eine Bewertung der Beziehung zwischen dem Elternteil und seinem Kind, wobei entscheidend die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern ist. Unter Betrachtung des Einzelfalles ist zu würdigen, ob eine dem Schutzzweck des Art. 6 GG entsprechende Eltern-Kind-Gemeinschaft vorliegt. Dies setzt neben einem objektiv messbaren Mindestbeitrag an Betreuungsleistung auch die geistige und emotionale Auseinandersetzung mit dem Kind voraus. Besteht – wie hier - keine häusliche Gemeinschaft können sich die hierfür erforderlichen Anhaltspunkte aus intensiven Kontakten, gemeinsam verbrachten Wochenenden, der Übernahme eines nicht unerheblichen Anteils an der Betreuung und der Erziehung des Kindes oder in sonstigen Beistandsleistungen liegen, die geeignet sind, das Fehlen eines gemeinsamen Lebensmittelpunktes weitgehend auszugleichen. Entscheidend ist, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit des Kindes zu seinem Vater besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2003 – 1 C 13.02 -, InfAusIR 2003, 324, 327). Diese Voraussetzungen sind hier ausweislich der vorgelegten Verwaltungsvorgänge erfüllt, wonach der Kläger seinen Sohn fast jedes Wochenende bei sich betreut und ein entsprechend enges Verhältnis zu seinem Kind hat.

Auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Abs. 1 AufenthG sind erfüllt. Es liegt zwar ein Ausweisungsgrund nach § 54 Nr. 3 i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aufgrund mehrerer Verurteilungen vor, darunter auch zwei Verurteilungen wegen des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. Dieser Ausweisungsgrund steht dem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG in diesem Fall aber nicht entgegen, weil er verbraucht ist. Ein Ausweisungsgrund muss, um die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis zu rechtfertigen, aktuell noch vorliegen, darf also nicht „verbraucht“ sein. Aktuelle Bedeutung hat ein Ausweisungsgrund dann nicht mehr, wenn die Ausländerbehörde trotz vollständiger Kenntnis aus ihm keine negativen Schlussfolgerungen für den weiteren Aufenthalt des Ausländers gezogen hat, etwa durch Ausweisung, Ablehnung eines Antrages auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder die nachträgliche zeitliche Befristung des Aufenthaltstitels (OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 1. August 2006 – 2 M 236/06 -, Juris), so dass der Betroffene aus diesen Umständen berechtigterweise den Schluss ziehen darf, die Behörde werde von ihren Befugnissen keinen Gebrauch mehr machen (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22. Juli 2009 – 11 S 2289/08 -, Juris). Diese Umstände, aus denen der Kläger schließen konnte, sein strafrechtlich geahndetes Verhalten werde bei der Beantragung der Aufenthaltserlaubnis folgenlos bleiben, ergeben sich hier zum Einen aus dem Bescheid vom 12. Januar 2007, mit dem ihm die Beklagte ausdrücklich mitgeteilt hat, dass eine Ausweisung nicht erfolge, weil sie nicht gerechtfertigt sei. Zum Anderen ist ihm unter dem 30. Januar 2007 eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG erteilt worden, ohne dass ihm insoweit das Fehlen

der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, der auch im Rahmen dieser Vorschrift Anwendung findet, entgegengehalten worden ist.

Darüber hinaus liegt im hier zu entscheidenden Fall zugunsten des Klägers aber auch ein Ausnahmefall vor. Die Grundvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 AufenthG gelten nur in der Regel mit der Folge, dass beim Vorliegen atypischer Umstände von diesen Regelvoraussetzungen abzusehen ist. Danach sind im Falle des Ausweisungsgrundes Gesichtspunkte, die einen besonderen Ausweisungsschutz nach § 56 AufenthG begründen, hier nach § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthG wegen der familiären Lebensgemeinschaft mit einem deutschen Familienangehörigen, auch zur Feststellung einer atypischen Fallgestaltung heranzuziehen (vgl. Renner, Ausländerrecht, 8. Auflage 2005, § 5 Rn. 38). Die Versagung des Aufenthaltstitels wäre im vorliegenden Fall mit dem gesetzgeberischen Anliegen, wonach dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen Deutschen grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zusteht, nicht zu vereinbaren.

Auch § 5 Abs. 2 AufenthG steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht im Weg. Zwar ist nach dieser Vorschrift erforderlich, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist und die für die Erteilung maßgeblichen Angaben bereits im Visumantrag gemacht hat. Diese Vorschrift steht der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis für den Kläger, der ohne Visum eingereist ist, aber dennoch nicht entgegen. Seine Einreise erfolgte – bezogen auf den nach der Geburt seines deutschen Kindes erstrebten Aufenthalt aus familiären Gründen – nicht ohne das erforderliche Visum, weil er nach § 39 Nr. 5 AufenthV die Aufenthaltserlaubnis in diesem Fall im Bundesgebiet einholen darf (vgl. zum Ganzen VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 15. September 2007 – 11 S 837/06 -, Juris). Seine Abschiebung war zunächst nach § 60 a AufenthG ausgesetzt und er hat während dieses Aufenthaltes im Bundesgebiet durch die Geburt des Kindes einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben und so auch unter Vorlage der Unterlagen und der dadurch erfolgten vollständigen Darlegung des Sachverhaltes bereits am 25. September 2002 beantragt. Rechtlich unerheblich ist insoweit, dass ihm hierauf - zu Unrecht - wiederum jeweils nur Duldungen erteilt worden sind und nicht bereits zu diesem Zeitpunkt richtigerweise eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG (so auch VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 5. März 2008 – 11 S 378/09 -, Juris).

Der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG steht hier auch die Vorschrift des § 10 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nicht entgegen. Danach darf einem Ausländer, dessen Asylantrag unanfechtbar abgelehnt worden ist, vor der Ausreise ein Aufenthaltstitel nur nach Maßgabe des Abschnitts 5 des Aufenthaltsgesetzes erteilt werden. Der Asylantrag des Klägers wurde zwar unanfechtbar abgelehnt. Die Vorschrift findet aber nach § 10 Abs. 3 Satz 3 AufenthG keine Anwendung auf den Kläger, weil dieser einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels hat. Ein solcher gesetzlicher Anspruch steht dem Kläger zu, denn die Voraussetzungen des gesetzli-

chen Anspruchs nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG liegen hier – wie oben ausgeführt – vor. Das gleiche gilt hinsichtlich der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG, nachdem von einem Ausnahmefall auszugehen ist, soweit es die Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG betrifft. Ein gesetzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis besteht auch dann, wenn im Hinblick auf die Regelerteilungsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG wegen eines atypischen Sachverhalts ein Ausnahmefall vorliegt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Gründe, die Berufung gem. §§ 124 a Abs. 1 Satz 1, 124 Abs. 2 VwGO zuzulassen, liegen nicht vor.

#### **Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen dieses Urteil ist die Berufung an das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt in Magdeburg statthaft, wenn sie von dem Oberverwaltungsgericht zugelassen wird. Die Zulassung der Berufung ist bei dem Verwaltungsgericht Halle, Thüringer Straße 16, 06112 Halle, innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils schriftlich zu beantragen. Der Zulassungsantrag muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses 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 Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Breiter Weg 203 - 206, 39104 Magdeburg, einzureichen.

Vor dem Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies betrifft auch die Einreichung des Zulassungsantrages und seiner Begründung.

Als Prozessbevollmächtigte vor dem Oberverwaltungsgericht sind zugelassen:

1. Rechtsanwälte oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt sowie Kammerrechtsbeistände.
2. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können