



Verwaltungsgericht Gelsenkirchen

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Az.: 8 K 529/07

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn ~~REDACTED~~

Klägers,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Nagler und andere,
II. Hagen 7, 45127 Essen,
Gz.: 2005-1243-3.lk.

gegen

den Oberbürgermeister der Stadt Essen, 45121 Essen,
Gz.: 33-3-12/114648,

Beklagten,

wegen Ausländerrechts

hat die 8. Kammer des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen aufgrund der mündlichen Verhandlung

am 21. Juni 2007

durch
den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Günther,
die Richterin am Verwaltungsgericht Klapdor,
den Richter am Verwaltungsgericht Erker,
die ehrenamtliche Richterin Agatz,
die ehrenamtliche Richterin Lorych

für **Recht** erkannt:

Der Bescheid des Beklagten vom 28. April 2006 und der Widerspruchsbescheid der Bezirksregierung Düsseldorf vom 30. Januar 2007 werden aufgehoben.

Der Beklagte wird verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Kläger und der Beklagte jeweils zur Hälfte.

Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar. Der jeweilige Kostenschuldner darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des beizutreibenden Betrags abwenden, wenn nicht der jeweilige Kostengläubiger vor der Vollstreckung in gleicher Höhe Sicherheit leistet.

Tatbestand:

Der [REDACTED] geborene Kläger ist [REDACTED] Staatsangehöriger. Er reiste nach eigenen Angaben im Jahr [REDACTED] ins Bundesgebiet ein, ohne sich anzumelden. Während des Aufenthalts im Bundesgebiet lernte er die [REDACTED] Staatsangehörige [REDACTED] kennen, die Inhaberin einer bis zum 16. Januar 2008 gültigen Aufenthaltserlaubnis ist. Frau [REDACTED] ist Mutter von zwei Kindern. Ihr erster Sohn [REDACTED] wurde am [REDACTED] geboren und ist in Folge der Abstammung von einem deutschen Vater deutscher Staatsangehöriger. Das zweite Kind ist der gemeinsame Sohn von Frau Yeboah und dem Kläger, der am [REDACTED] 2005 geborene [REDACTED]. Unter dem [REDACTED] 2006 erkannte der Kläger die Vaterschaft zu diesem Kind im Einverständnis der Mutter gegenüber dem Jugendamt der Beklagten an.

Am [REDACTED] 2006 meldete sich der Kläger beim Beklagten an. Er wies darauf hin, dass Frau [REDACTED] aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit ihres Sohnes über

eine bis zum 16. Januar 2008 gültige Aufenthaltserlaubnis verfüge. Der Kläger wohne mit Frau [REDACTED] und ihren beiden Kindern in familiärer Lebensgemeinschaft. Der Kläger bat zunächst um Erteilung einer Duldung und auf der Grundlage des § 25 Abs. 5 des Aufenthaltsgesetzes – AufenthG – darum, ihm eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes verpflichte den Beklagten, die familiären Bindungen von im Bundesgebiet lebenden Ausländern angemessen zu berücksichtigen. Bestehe eine schützenswerte Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem Kind und könne diese Lebensgemeinschaft nur im Bundesgebiet verwirklicht werden, verdränge diese Pflicht des Staates zum Schutz der Familie einwanderungspolitische Belange. Dies sei vorliegend der Fall. Wegen der schützenswerten Gemeinschaft des Klägers mit seinem Sohn, die wegen dessen deutschen Bruders nur im Bundesgebiet gelebt werden könne, müsse der Aufenthalt des Klägers im Bundesgebiet ermöglicht werden.

Der Beklagte erteilte dem Kläger daraufhin zunächst eine Grenzübertrittsbescheinigung und am 28. Februar 2006 eine bis zum 27. Mai 2006 gültige Duldung, die seither stets verlängert worden ist.

Unter dem 7. März 2006 beantragte der Kläger, ihm „anstelle der begehrten Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 36 AufenthG“ zu erteilen. Da dem Sohn des Klägers bis zum 16. Januar 2008 eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 33 AufenthG erteilt worden sei, seien auch die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 36 AufenthG bezüglich des Klägers erfüllt. Das Ermessen des Beklagten nach § 36 AufenthG sei dabei auf Null reduziert, weil der Sohn des Klägers auf die ständige Anwesenheit seines Vaters angewiesen sei. Aus diesem Grund sei auch auf die Durchführung eines Visumverfahrens zu verzichten.

Nach Anhörung lehnte der Beklagte mit Bescheid vom 28. April 2006 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 AufenthG ab. Zugleich wurde der Kläger zur Ausreise aus dem Bundesgebiet innerhalb eines Monats nach Zustellung der Verfügung aufgefordert und ihm die Abschiebung nach Ghana angedroht. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage des § 36 AufenthG seien nicht gegeben. Ein Nachzug komme bei dieser Vorschrift nur in Betracht, wenn die Interessen des im Bundesgebiet lebenden Ausländers oder des nachzugswilligen sonstigen Familienangehörigen zumindest genauso stark berührt wären wie beim Nachzug von Ehegatten oder *minderjährigen*

Kindern. Nach Art und Schwere müssten so erhebliche Schwierigkeiten für den Erhalt der familiären Lebensgemeinschaft drohen, dass die Versagung der Aufenthaltserlaubnis ausnahmsweise als unverträglich anzusehen sei. Deshalb setze § 36 AufenthG nicht nur eine besondere, sondern eine außergewöhnliche Härte voraus, die vorliegend nicht gegeben sei. Soweit sich die Kläger auf Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes berufen, verpflichte diese Norm die Ausländerbehörde lediglich, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahme die familiären Bindungen des den Nachzug begehrenden Ausländers pflichtgemäß in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Der Schutz des Art. 6 des Grundgesetzes gelte in erster Linie der Familie als Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen dem Ausländer und seinem Kind. Könne diese Gemeinschaft nur im Bundesgebiet verwirklicht werden, so dränge die Pflicht des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurück. Vorliegend sei festzustellen, dass sowohl der Kläger als auch sein Sohn die ghanaische Staatsangehörigkeit besäßen. Auch die Mutter sei ghanaische Staatsangehörige. Ihr Aufenthalt in Deutschland sei nicht derart verfestigt, dass für sie eine Ausreise unzumutbar wäre. Sie seien lediglich im Besitz einer befristeten Aufenthaltserlaubnis. Der weitere Aufenthalt im Bundesgebiet sei fraglich, da zweifelhaft sei, ob das weitere Kind der Kindesmutter tatsächlich die deutsche Staatsangehörigkeit besitze. Selbst in diesem Fall ergebe sich hieraus ein Recht auf Aufenthalt für den Kläger nicht, da dieser nicht Vater des deutschen Kindes seiner Lebensgefährtin sei. Der Familie könne es deshalb zumindest vorübergehend zugemutet werden, die familiäre Lebensgemeinschaft in Ghana aufrechtzuerhalten. Das gelte selbst dann, wenn es für die Kindesmutter eine rechtliche Verpflichtung, Deutschland zu verlassen, nicht gebe. Auch die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 25 Abs. 5 AufenthG komme nicht in Betracht, da weder ein rechtliches noch ein tatsächliches Ausreisehindernis gegeben sei. Die dem Kläger gewährte Frist zur Ausreise gebe ihm die Möglichkeit, den Aufenthalt im Bundesgebiet ordnungsgemäß zu beenden.

Mit Widerspruchsbescheid vom 30. Januar 2007, dem Kläger zugestellt am 1. Februar 2007, wies die Bezirksregierung Düsseldorf den Widerspruch des Klägers zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, eine außergewöhnliche Härte im Sinne des § 36 AufenthG könne nicht angenommen werden. Die Pflicht zum Schutz der Familie rechtfertige nicht in jedem Fall, dass der Familie auch die Möglichkeit gewährt werden müsse, ihre familiäre Lebensgemeinschaft gerade im Bundesgebiet aufrechtzuerhalten. Da alle Familienmitglieder auch die [REDACTED] Staatsangehörigkeit hätten, sei vielmehr die gemeinsame Ausreise nach [REDACTED] nicht von vornherein unzumutbar, nur weil ein Kind der Lebensgefährtin des Klägers Deutscher sei. Hierbei sei zu

berücksichtigen, dass das deutsche Kind der Lebensgefährtin des Klägers eine schützenswerte Beziehung zu seinem leiblichen Vater nicht aufrechterhalte. Vielmehr gebe es zwischen dem Vater und dem Kind keinen persönlichen Kontakt, seit die Lebensgefährtin des Klägers in [REDACTED] lebe. Der einzige Kontakt zum Kindesvater bestehe in einer monatlichen postalischen Übersendung von 150 Euro sowie in monatlichen telefonischen Erkundigungen nach dem Befinden des gemeinsamen Sohnes. Es sei auch nicht festzustellen, dass das dreijährige deutsche Kind der Lebensgefährtin des Klägers derart im Bundesgebiet verwurzelt sei, dass ihm das Verlassen Deutschlands unzumutbar sei. Insbesondere seien weder der Kläger noch seine Lebensgefährtin der deutschen Sprache mächtig. Es könne deshalb davon ausgegangen werden, dass die in ihrem Haushalt lebenden Kinder nicht Deutsch sprächen. Infolge dessen sei die Führung der familiären Lebensgemeinschaft in [REDACTED] möglich und zumutbar. Selbst wenn man aber zu Gunsten des Klägers eine außergewöhnliche Härte annehmen wolle, seien die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG nicht erfüllt. Der Kläger sei auf die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel angewiesen, die Regelvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG sei daher nicht erfüllt. Anhaltspunkte für ein Absehen von der gesetzlichen Regel seien nicht ersichtlich. Zudem setze die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraus, dass der Kläger mit dem erforderlichen Visum eingereist sei. Zwar könne hier gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt seien und es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar sei, das Visumverfahren nachzuholen. Im Rahmen der Entscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG habe die Ausländerbehörde bezüglich beider dort aufgeführten Sonderfälle im Wege des Ermessens zu beurteilen, ob eine Ausnahme von der Einhaltung der Visumsregeln vertretbar und angemessen sei. Dabei sei zunächst zu berücksichtigen, dass die Ausnahmeregelung prinzipiell eng auszulegen sei. Im übrigen habe der Kläger keinen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, da § 36 AufenthG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in das Ermessen der Ausländerbehörde stelle. Zudem seien keine besonderen Umstände erkennbar, die die Nachholung des Visumverfahrens für den Kläger unzumutbar erscheinen ließen. Immerhin sei der Kläger ohne Pass und Visum und ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel ins Bundesgebiet eingereist. Seine Einreise sei daher gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG unerlaubt. Zudem habe der Kläger sich ein Jahr lang illegal im Bundesgebiet aufgehalten, ohne sich anzumelden oder sonst den Behörden zu offenbaren. Damit habe er dauerhaft den Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nrn. 2 und 3 AufenthG verwirklicht. Erst nach der Geburt des Kindes habe er sich bei der Beklagten gemeldet. Dieses Verhalten des Klägers sei ersichtlich darauf gerichtet, durch sein Auftauchen nach der Geburt seines Sohnes vollendete Tatsachen zu schaffen. Dies könne nicht hingenommen werden. Die mit der Nachholung des Visumverfahrens

verbundenen Unannehmlichkeiten müsse der Kläger in Kauf nehmen. Die Ausreisepflicht des Klägers ergebe sich aus § 50 AufenthG und sei gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG vollziehbar. Die Abschiebungsandrohung enthalte eine angemessene Ausreisefrist und entspreche im Übrigen den gesetzlichen Vorschriften.

Der Kläger hat am 27. Februar 2007 Klage erhoben. Er führt aus, er habe Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 36 AufenthG. Die zwischen dem Kläger und seinem Kind bestehende, gemäß Art. 6 des Grundgesetzes schützenswerte Gemeinschaft könne nur in der Bundesrepublik Deutschland gelebt werden. Dies ergebe sich aus der Tatsache, dass die Lebensgefährtin des Klägers und Mutter seines Kindes ein weiteres deutsches Kind habe und deshalb das Kind des Klägers als Geschwisterkind des deutschen Kindes auf Dauer im Bundesgebiet verbleiben müsse. Die Auffassung des Beklagten, die gesamte Familie könne den Wohnsitz in Ghana annehmen, widerspreche dem Grundrecht des deutschen Geschwisterkindes aus Art. 11 Abs. 1 des Grundgesetzes. Soweit sich der Beklagte darauf berufe, die Beziehung zwischen dem deutschen Kind seiner Lebensgefährtin und dem Kläger sei nicht durch Art. 6 des Grundgesetzes geschützt, werde der Schutzbereich dieser Bestimmung zu eng gefasst. Das Bundesverfassungsgericht habe stets Fälle entschieden, in denen Beziehungen des deutschen Kindes zu seinem deutschen Elternteil bestanden, so dass ergänzend immer die Beziehung zu diesem Elternteil als Grund genannt worden sei, weshalb die Bundesrepublik Deutschland nicht verlassen werden könne. Die Auslegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch das Oberverwaltungsgericht des Landes Nordrhein-Westfalen im Hinblick auf das Erfordernis, dass das deutsche Kind stets eine Beziehung zu dem deutschen Elternteil haben müsse, stehe deutlich im Wertungswiderspruch zu den gesetzgeberischen Entscheidungen des § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG und Art. 11 Abs. 1 des Grundgesetzes. Das Erfordernis, dass der deutsche Bruder des Kindes des Klägers in der Bundesrepublik zu verbleiben habe und nicht darauf verwiesen werden könne, sich ins Ausland zu begeben, ergebe sich nicht aus der Beziehung zu dem hier lebenden deutschen Elternteil, sondern allein aus der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes und dem damit einhergehenden Grundrecht aus Art. 11 des Grundgesetzes. Auf diese Verfassungsentscheidung sei die gesetzgeberische Entscheidung zurückzuführen, wonach ein ausländischer Elternteil eines deutschen Staatsangehöri-

gen gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG stets einen Anspruch auf Familiennachzug habe, und dies sogar abweichend von § 5 Abs. 1 Nr. 1 des Aufenthaltsgesetzes, also unabhängig von finanziellen Erwägungen. Bereits aus dieser gesetzlichen Regelung im Aufenthaltsgesetz ergebe sich, dass deutsche Kinder, welche ausländische Eltern haben, nicht gezwungen werden sollten, dauerhaft im Ausland zu leben. Das Bundesverfassungsgericht habe in früheren Entscheidungen zu einer Erwachsenenadoption entschieden, dass die Beziehung eines erwachsenen Ausländers zu einem erwachsenen Deutschen einwanderungspolitische Belange zurückdränge, obwohl in den entschiedenen Fällen der Erwachsenenadoption der Deutsche keinerlei weitere familiäre Bindungen in der Bundesrepublik Deutschland gehabt habe, die zur Begründung seines Aufenthalts in Deutschland hätten herangezogen werden können. Allein die deutsche Staatsangehörigkeit sei als ausreichender Grund dafür angesehen worden, die Beistandsgemeinschaft nur in Deutschland für möglich zu halten. Dem deutschen Kind der Kindesmutter könne deshalb nicht abverlangt werden, in das Ausland zu ziehen, um dort einen Aufenthaltstitel für das Heimatland des Stiefvaters zu beantragen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass das deutsche Kind in [REDACTED] überhaupt einen Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels habe und dass es dort einen geregelten Aufenthalt erlangen könne. Zudem sei die Sicherung seines Lebensunterhaltes in [REDACTED] nicht sichergestellt. Da das deutsche Kind und die Kindesmutter dauerhaft in familiärer Beistandsgemeinschaft bleiben würde und demnach auch das Kind des Klägers auf unabsehbare Zeit im Bundesgebiet verbleibe, müsse dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden. Dies begründe die Annahme einer außergewöhnlichen Härte. Dem Kläger könne nicht zugemutet werden, ohne sein Kind ins Heimatland zurückzukehren und den Rest der Familie in Deutschland zurückzulassen. Regelmäßige Besuchskontakte seien jedenfalls aufgrund der Entfernung und der damit verbundenen Kosten praktisch ausgeschlossen. Daher könne auch dem Kind des Klägers nicht zugemutet werden, ohne Mutter und deutsches Geschwisterkind in das Heimatland des Vaters zurückzukehren.

Im Übrigen habe der Kläger auch hilfsweise Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG, da seine Ausreise aus rechtlichen Gründen derzeit unmöglich sei und mit dem Wegfall des Ausreisehindernisses in absehbarer Zeit nicht gerechnet werden könne.

Der Kläger beantragt,

den Bescheid des Beklagten vom 28. April 2006 in der Fassung des Widerspruchsbescheides der Bezirksregierung Düsseldorf vom 30. Januar 2007 aufzuheben und dem Beklagten zu verpflichten, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er betont, mangels einer schützenswerten Beziehung des deutschen Kindes zu seinem leiblichen Vater sei es diesem zuzumuten, gemeinsam mit der Familie des Klägers das Bundesgebiet zu verlassen. In [REDACTED] sei die Versorgung der Bevölkerung und damit auch der Familie des Klägers gesichert, die finanziellen Leistungen des Vaters des deutschen Kindes könnten auch in Ghana erbracht werden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakte und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist zum Teil begründet. Die angefochtene Entscheidung ist rechtswidrig. Der Kläger hat Anspruch, dass der Beklagte über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis im Rahmen der §§ 25 Abs. 5, 5 Abs. 3 AufenthG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut entscheidet.

Die angefochtenen Entscheidungen sind allerdings rechtmäßig, soweit der Kläger seinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf § 36 AufenthG gestützt hat. Dabei bedarf es keiner Entscheidung, ob im Sinne dieser Vorschrift zur Vermeidung einer außergewöhnlichen Härte der Aufenthalt des Klägers im Bundesgebiet erforderlich ist. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage des § 36

AufenthG im Rahmen des Familiennachzugs scheitert jedenfalls schon daran, dass der Lebensunterhalt des Klägers entgegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG nicht gesichert ist.

Der Kläger lebt mit seiner Familie von Mitteln nach dem Asylbewerberleistungsgesetz und stellt daher entgegen § 2 Abs. 3 AufenthG seinen Lebensunterhalt nicht sicher. Das führt wegen der Regelanordnung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG dazu, dass dem Kläger ein Aufenthaltstitel nicht erteilt werden kann, ohne dass es der Prüfung bedarf, ob der Beklagte darüber hinaus die fehlende Sicherung des Lebensunterhalts im Rahmen einer Entscheidung nach § 27 Abs. 3 AufenthG der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegenhalten könnte. Es bedarf auch keiner Vertiefung, ob der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis darüber hinaus Regelversagungsgründe nach § 5 Abs. 1 AufenthG wegen der illegalen Einreise des Klägers entgegenstehen und ob der Beklagte berechtigt wäre, die fehlende Durchführung des Visumverfahrens gemäß § 5 Abs. 2 AufenthG dem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis entgegenzuhalten.

Ein Abweichen von der Regelvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG lässt sich nämlich nicht rechtfertigen, da dies nur in Betracht käme, wenn gerade die Hilfebedürftigkeit des Klägers auf atypischen Umständen beruhen würde. Davon kann nicht die Rede sein. Der Kläger ist illegal ohne eigene Mittel ins Bundesgebiet eingereist und hat sich den Behörden erst offenbart, nachdem aufgrund der Geburt eines Kindes ein hinreichender Anhalt gesehen wurde, einen legalen Aufenthalt im Bundesgebiet durchzusetzen. Der Leistungsbezug aus öffentlichen Mitteln beruht daher offenbar nicht auf einer vom Kläger nicht zu vertretenden Ausnahmesituation, wie es etwa der Fall wäre, wenn der Kläger auf öffentliche Mittel wegen eines Unfalls oder wegen einer Erkrankung nach längerem legalen Aufenthalt im Bundesgebiet angewiesen wäre. Es gibt auch keinen Anlass für die Annahme, die Bedürftigkeit des Klägers werde nur kurzfristig sein und sei deshalb atypisch. Der Kläger hat keinerlei mittelfristig gesicherte Perspektive ausgezeigt, die nahelegen könnte, sein Lebensunterhalt werde in absehbarer Zeit durch eigene Mittel gesichert werden können. Die Beachtung der Regelvoraussetzungen im Rahmen einer Aufenthaltserlaubnis für den Familiennachzug ist auch mit Art. 6 des Grundgesetzes vereinbar. Denn soweit wegen des Schutzes aus dieser Grundrechtsbestimmung ein Aufenthaltsrecht auf der Grundlage humanitärer Überlegungen in Betracht kommt, eröffnen die Bestimmungen des Kapitels 2 Abschnitt 5 des Gesetzes hinreichende Möglichkeiten, hieran anknüpfende Notlagen zu bewältigen und im Rahmen des § 5 Abs. 3 AufenthG auch

ein flexibles Verwaltungsverhalten bezüglich der Gründe, die nach § 5 Abs. 1 und 2 AufenthG der Erteilung eines Aufenthaltstitels regelmäßig entgegengehalten werden könne.

Der Kläger hat aber Anspruch darauf, dass der Beklagte auf der Grundlage der §§ 25 Abs. 5, 5 Abs. 3 AufenthG über das Begehren auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erneut entscheidet. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Kläger gegenüber dem Beklagten mit Schriftsatz vom 7. März 2006 beantragt hat, anstelle der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG lediglich eine solche auf der Grundlage des § 36 AufenthG zu erteilen. Das Gericht sieht keine Veranlassung, diese Formulierung dahin zu verstehen, dass der Kläger gegenüber dem Beklagten auf die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach humanitären Gesichtspunkten für den Fall verzichten wollte, dass eine Aufenthaltserlaubnis im Rahmen des Familiennachzugs nicht möglich sein sollte. Maßgeblich ist vielmehr das wahre Begehren des Klägers, aufgrund der von ihm geltend gemachten familiären Situation auf jedenfalls im Bundesgebiet verbleiben zu können und hieraus einen Anspruch auf einen legalen Aufenthalt abzuleiten. Dem entspricht es, dass der Kläger in der Klageschrift zur Begründung seines Antrags jedenfalls hilfsweise auf § 25 Abs. 5 AufenthG verwiesen hat.

Der Vortrag des Klägers ist auch nicht den Fallgestaltungen gleichzustellen, in denen mit der Geltendmachung eines Aufenthaltsrechts aus humanitären Gründen gleichzeitig ein neuer Streitgegenstand ins Verfahren eingeführt wird und dieses Begehren daran scheitert, dass ein Vorverfahren im Sinne der §§ 68 f. der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – nicht stattgefunden hat. Ein den Streitgegenstand betreffendes Auswechseln des Klagegrundes ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts davon abhängig, dass ein neuer Umstand in das Verfahren eingebracht wird, weil die vom Ausländer zunächst verfolgten Absichten vollständig aufgegeben wurden und nunmehr aus einem gänzlich anderen Grund der weitere Aufenthalt angestrebt wird. Eine solche Situation kann jedenfalls dann, wenn der Kläger, wie hier, den Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sowohl aus dem Grund des Familiennachzugs als auch aus humanitären Gründen letztlich darauf stützt, dass er mit seinem Kind gemeinsam im Bundesgebiet leben will, nicht angenommen werden. Das Begehren des Klägers ist ersichtlich zunächst darauf gerichtet, eine Aufenthaltserlaubnis zu erhalten, die von den Begrenzungen des § 26 AufenthG frei ist. Dass der Kläger deshalb nur eine Aufenthaltserlaubnis aus Gründen des Familiennachzugs und eine aus humanitären Gründen zu erteilende Aufenthaltserlaub-

nis nicht begehrt, ist mit seinem Interesse und seinem Vorbringen letztlich nicht vereinbar. In Folge dessen steht die Formulierung im Schriftsatz vom 7. März 2006 der Prüfung des Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 AufenthG im vorliegenden Verfahren nicht entgegen.

Im Sinne dieser Bestimmung ist demnach §§ 14 Abs. 1 Nr. 2, 50 Abs. 1 und 58 Abs. 2 Nr. 1 Aufenthalt vollziehbar ausreisepflichtigen Kläger die Ausreise aus rechtlichen Gründen unmöglich und mit dem Wegfall dieses Abschiebungshindernisses ist auch in absehbarer Zeit nicht zu rechnen. Der Kläger beruft sich zu Recht auf den durch Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes vermittelten Schutz der familiären Gemeinschaft insbesondere mit seinem Sohn.

Der Kläger hat im Rahmen des Klagevortrags zutreffend darauf hingewiesen, dass nach der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine gelebte familiäre Lebensgemeinschaft zwischen einem Ausländer und seinem minderjährigen Kind, wie sie von den Beteiligten übereinstimmend bestätigt wird, dem Schutz dieser Grundrechtsbestimmung unterliegt. Dabei ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hervorgehoben worden, dass das Grundrecht den Familienangehörigen nicht freistellt, ohne Rücksicht auf aufenthaltsrechtliche Bestimmungen selbst darüber zu entscheiden, in welchem Staat die familiäre Gemeinschaft gelebt wird. Andererseits vermittelt Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes dem Kläger Anspruch auf Beachtung des durch diese Norm begründeten Schutzes, in den der Beklagte nur unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingreifen darf. Je schutzwürdiger die aufenthaltsrechtliche Position der betroffenen Familienmitglieder ist, umso höhere Anforderungen sind an behördliche Maßnahmen zu stellen, die letztlich dazu führen, dass die familiäre Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet nicht fortgesetzt werden kann.

Dabei hat der Kläger zu Recht darauf hingewiesen, dass das Bundesverfassungsgericht nunmehr in ständiger Rechtsprechung bei der Beurteilung der Schutzwürdigkeit der familiären Lebensgemeinschaft insbesondere auf die Bedürfnisse minderjähriger Familienmitglieder abstellt und deshalb aufenthaltsrechtliche Maßnahmen insbesondere am Maßstab des Kindeswohls orientiert. Insbesondere bei kleinen Kindern, wie dem Sohn des Klägers, ist zu beachten, dass diese Anspruch auf familiäre Gemeinschaft mit beiden Elternteilen haben und in aller Regel nicht in der Lage sind, die Trennung von einem Elternteil zu begreifen und auch eine vorübergehende Trennung rasch als endgültigen Verlust erfahren. Maßnahmen einer Behörde; die

diese Folge haben und die ihre Grundlage letztlich allein im Ziel haben, die aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen durchzusetzen. werden dem Schutzgehalt des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes daher in aller Regel nicht gerecht, weil wegen der aufgezeigten Belastung des Kindeswohls die einwanderungspolitischen Belange regelmäßig nachrangig sind.

Vgl. dazu BVerfG , Beschluss vom 23. Januar 2006 – 2 BvR 1935/05

Die an diesen Grundsätzen orientierte Abwägung, ob der Schutz des Grundrechts aus Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes die Ausreise nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Sinne des § 25 Abs. 5 AufenthG unmöglich macht, fällt danach zu Gunsten des Klägers aus.

Für diese Entscheidung bedarf es keiner endgültigen Festlegung, ob sich der Kläger im Rahmen des Art. 6 des Grundgesetzes über die Lebensgemeinschaft mit seinem Sohn hinaus auch auf die tatsächlich gelebte familiäre Lebensbeziehung zur Mutter seines Sohnes berufen kann und wie weit in den familiären Schutzbereich die tatsächliche Einbeziehung des weiteren Kindes seiner Lebensgefährtin einzubeziehen ist. Schon auf der Grundlage der schutzwürdigen Beziehung zwischen dem Kläger und seinem Sohn ergibt sich, dass die Durchsetzung der aufenthaltsrechtlichen Regelbestimmungen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit mit dem Kindeswohl des Sohnes des Klägers unvereinbar wäre.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass sich der Sohn des Klägers derzeit erlaubt im Bundesgebiet aufhält und auch nicht absehbar ist, dass sein Aufenthaltsrecht durch den Beklagten ernsthaft in Frage gestellt wird. Grundlage des Aufenthaltsrecht ist § 33 des AufenthG, der berücksichtigt, dass der Lebensgefährtin des Klägers selbst eine Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG erteilt worden ist und ihr, nachdem die deutsche Staatsangehörigkeit ihres ersten Kindes auch vom Beklagten nicht mehr in Frage gestellt wird, nach bisheriger Erkenntnis auch dauerhaft einer solcher Anspruch auf Aufenthalt im Bundesgebiet zusteht. Auf der Grundlage der gesetzlichen Regelung ermöglicht § 33 AufenthG auch für den Sohn des Klägers ungeachtet der sonstigen Regelvoraussetzungen in § 5 AufenthG die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Von dieser Möglichkeit hat der Beklagte Gebrauch gemacht und dabei auch keine Veranlassung gesehen, von 27 Abs. 3 AufenthG zu Lasten des Sohnes des Klägers Gebrauch zu machen.

Der Kläger weist deshalb zutreffend darauf hin, dass sowohl sein Sohn als auch dessen Mutter von der Entscheidung des Gesetzgebers begünstigt werden, dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen Deutschen ungeachtet der Möglichkeit, insbesondere den Lebensunterhalt aus eigener Kraft sicherzustellen, den Aufenthalt im Bundesgebiet zur Wahrnehmung der Personensorge für ein deutsches Kind zu erlauben. Diese gesetzliche Entscheidung ist, wie der Kläger zutreffend hervorgehoben hat, Ausdruck des jedem Deutschen zukommenden Rechts, in das Bundesgebiet einzureisen und sich dort aufzuhalten, wobei es vorliegend keiner näheren Entscheidung bedarf; ob dieses Recht zum Aufenthalt im Bundesgebiet sich für Deutsche aus Art. 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 oder 16 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes ergibt. Festzuhalten bleibt jedenfalls, dass das deutsche Kind der Lebensgefährtin des Klägers nicht nur selbst ein eigenständiges Recht auf Aufenthalt im Bundesgebiet hat, sondern der Gesetzgeber in Konsequenz dieser rechtlichen Gewährleistung auch absichert, dass dem Elternteil eines deutschen Kindes zur Ausübung der Personensorge ungeachtet der sozialen Situation der Aufenthalt im Bundesgebiet ermöglicht wird. Diese Rechtslage ist Konsequenz des Umstandes, dass es mit Ausnahme der Fälle des Art. 16 Abs. 2 Satz 2 des Grundgesetzes keine Handhabe für deutsche Behörden gibt, aus eigenem Recht dem Aufenthalt Deutscher im Bundesgebiet zu beenden. Diese Rechtsposition gilt prinzipiell auch für Minderjährige, deren Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet nur auf der Grundlage einer Entscheidung der Personensorgeberechtigten – verfassungsrechtlich gerechtfertigt aus Art. 6 Abs. 1 und 2 des Grundgesetzes – beendet werden kann, um dem Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern zu entsprechen.

Unabhängig davon, ob der Kläger sich selbst auf die Rechte des deutschen Kindes seiner Lebensgefährtin nicht unmittelbar berufen kann, ist dabei in Bedacht zu nehmen, dass sowohl sein Sohn als auch dessen Mutter mit diesem deutschen Kind in einem von der deutschen Rechtsordnung geschützten Familienverbund leben und jede Einwirkung auf den Aufenthalt des Klägers sich auch zwangsläufig auf die tatsächliche Aufenthaltssituation dieses Verbundes auswirkt. Dabei ist zu beachten, dass die Verankerung dieses Verbundes in Deutschland allein wegen der Staatsangehörigkeit des deutschen Kindes besonders schutzwürdig ist.

Unter Beachtung des somit verfassungsrechtlich und gesetzlich verbürgten Schutzes, den damit auch das Kind des Klägers im Bundesgebiet genießt, bleibt es bei dem Grundsatz, dass allein die Durchsetzung aufenthaltsrechtlicher Bestimmungen

es nicht rechtfertigt, in Kauf zu nehmen, dass die Familieneinheit des deutschen Kindes der Lebensgefährtin des Klägers mit seiner Mutter tatsächlich nur in [REDACTED] aufrechterhalten und nicht in Deutschland gelebt werden kann. Es bedarf deshalb keine Vertiefung, ob die Auffassung des Beklagten zutrifft, die gesamte Familie könne ohne große Probleme wegen der ghanaischen Staatsangehörigkeit aller Familienmitglieder nach Ghana ausreisen und der Lebensunterhalt des deutschen Kindes sei dort hinreichend gesichert. Es bedarf auch keiner Stellungnahme, ob die Auffassung des Beklagten zutrifft, die faktische Trennung vom deutschen Vater des Kindes sei ohne weiteres hinnehmbar, obwohl dieser sowohl finanziell Verantwortung übernommen hat und auch telefonischen Kontakt zu seinem Kind hält. Jedenfalls ist im Ausgangspunkt wegen der deutschen Staatsangehörigkeit eines Kindes der Lebensgefährtin des Klägers zu beachten, dass bei Maßnahmen, die sich auf dessen Aufenthaltsrecht auswirken können, wie es die Beendigung des Aufenthalts des Klägers im Bundesgebiet ist, davon auszugehen ist, dass das deutsche Kind in der Bundesrepublik leben will. Dieser Wille ist von den staatlichen Stellen zu beachten, und zwar ohne dass es darauf ankäme, ob sich besondere Tatsachen feststellen lassen, die dem Kind eine Übersiedlung ins Ausland unzumutbar machen. Gegenüber diesem vom Beklagten zu respektierenden Wunsch des Aufenthalts im Bundesgebiet stellt sich jeder unmittelbare Zwang zum Verlassen des Landes als ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes dar.

Vgl. etwa für Ehen von Deutschen mit Ausländern schon
Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 3. Mai 1973 – I C
33/72 – BVerwGE 42, Seite 133;

was zugunsten des Klägers ebenfalls bei der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in sein Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG zu berücksichtigen ist.

Damit ist im Sinne des § 25 Abs. 5 AufenthG dem Kläger das Verlassen des Landes aus rechtlichen Gründen unmöglich ist, weil nicht wegen in seiner Person liegenden Gründen über einwanderungspolitische Belange hinaus Gefahren aus spezialpräventiven Gründen anzunehmen sind. Solchen spezialpräventiven Gründen dient die Entscheidung, den Aufenthalt des Klägers zu beenden, wie der Vertreter des Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt hat, nicht.

Das gilt erst recht, da nicht erkennbar ist, dass der Kläger in zumutbarer Weise das aufgezeigte Abschiebungshindernis beseitigen könnte. Die Kammer hat insoweit erwogen, ob dem Kläger unter Einschluss einer Vorabzustimmung ein kurzfristiger Aufenthalt im Ausland zur Beseitigung des Verstoßes gegen die Visumsvorschriften zugemutet werden kann. Hierzu hat der Vertreter des Beklagten in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, er sei nicht bereit, zu Gunsten des Klägers eine Vorabzustimmung zuzusagen. Dann könnten wegen der mit der Prüfung eines Aufenthaltesrechts verbundenen Ungewissheiten insbesondere angesichts der vom Kläger nicht erfüllten Regelvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG die im Einreiseverstoß liegenden Hinderungsgründe offenbar nicht einer kurzen und mit dem Kindeswohl des Sohnes des Klägers gerade noch zu vereinbarenden Zeit beseitigt werden, so dass auf der Grundlage der im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung maßgeblichen Umstände auch nicht in absehbarer Zeit mit dem Wegfall des aufgezeigten Abschiebungshindernisses gerechnet werden kann und ersichtlich auch keine dem Kläger zumutbaren Anforderungen aufgezeigt werden können, das dargestellte Abschiebungshindernis zumindest vorübergehend zu beseitigen.

Ist damit der Beklagte berechtigt, dem Kläger auf der Grundlage des § 25 Abs. 5 AufenthG eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, so ist andererseits festzuhalten, dass der Kläger insoweit nur Anspruch auf eine ermessensgerechte Entscheidung hat. Eine solche Ermessenausübung ist vom Beklagten in der Vergangenheit gerade deshalb nicht vorgenommen worden, weil er die Voraussetzungen eines Abschiebungshindernisses im Sinne dieser Vorschrift verneint und sich deshalb mit der Frage, ob es im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens zugelassen werden kann, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, nicht auseinandergesetzt hat. Dass dieses Ermessen auf die Verpflichtung des Beklagten reduziert wäre, dem Kläger die gewünschte Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, kann das Gericht nicht feststellen. Schon § 25 Abs. 5 AufenthG vermittelt keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis, sondern stellt die Entscheidung insoweit in das Ermessen des Beklagten. Selbst wenn man aber zu Gunsten des Klägers davon ausgehen sollte, dass die am Abschiebungshindernis orientierten Ermessenserwägungen insoweit dem Beklagten kaum Spielraum lassen, ist weiter zu beachten, dass der Beklagte von den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen für Aufenthaltstitel nach § 5 Abs. 1 und Abs. 2 AufenthG nach Abs. 3 dieser Vorschrift lediglich absehen kann. In diesem Zusam-

menhang ist der Beklagte berechtigt, zu Lasten des Klägers sowohl die illegale Einreise als auch den illegalen Aufenthalt und auch den Umstand, dass der Kläger sich in bewusster Weise der ausländerbehördlichen Überwachung entzogen hat, zu seinen Lasten zu berücksichtigen und dies bei den Ermessenerwägungen im Rahmen des § 5 Abs. 3 AufenthG zu berücksichtigen. Gerade das nicht geringe Gewicht der vom Beklagten aufgezeigten ausländerrechtlichen Verstöße und die dadurch begründeten Zweifel an der Zuverlässigkeit des Klägers auch im Blick auf die verlässliche Annahme, dass die derzeitige Familiengemeinschaft aufrechterhalten wird, rechtfertigen es jedenfalls im Augenblick, eine Ermessensbindung des Beklagten derart, dass die begehrte Aufenthaltserlaubnis erteilt werden müsste, auszuschließen. Der Kläger ist vielmehr darauf zu verweisen, eine diesbezügliche Entscheidung des Beklagten unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts einzuholen und jedenfalls bis zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis darauf hinzunehmen, dass sein Aufenthalt im Bundesgebiet lediglich im Rahmen des § 60 a Abs. 2 AufenthG möglich ist.

Die Abschiebungsandrohung kann wegen der verfehlten Annahme, dem Kläger könne keine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, gleichfalls keinen Bestand haben. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung dazu, ob dem Kläger eine angemessene Ausreisfrist eingeräumt worden ist, obwohl der Vertreter des Beklagten in der mündlichen Verhandlung deutlich gemacht hat, bei der Festsetzung der Ausreisfrist sei davon ausgegangen worden, nicht nur der Kläger, sondern alle Familienmitglieder sollten zur Wahrung der Familieneinheit das Bundesgebiet verlassen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 VwGO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit der beruht auf § 167 VwGO und §§ 708 Nr. 11, 711 der Zivilprozessordnung.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil steht den Beteiligten die Berufung an das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu, wenn sie von diesem zugelassen wird. Die Berufung ist nur zuzulassen, wenn

1. ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils bestehen,
2. die Rechtssache besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten aufweist,
3. die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat,
4. 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

5. ein der Beurteilung des Berufungsgerichts unterliegender Verfahrensmangel geltend gemacht wird und vorliegt, auf dem die Entscheidung beruhen kann.

Die Zulassung der Berufung ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des vollständigen Urteils schriftlich bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, zu beantragen. Der Antrag 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 Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein - Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, einzureichen.

Im Berufungsverfahren muss sich jeder Beteiligte, soweit er einen Antrag stellt, gemäß § 67 Abs. 1 in Verbindung mit § 194 Abs. 4 der Verwaltungsgerichtsordnung vertreten lassen. Dies gilt auch für den Antrag auf Zulassung der Berufung.

Günther

Klapdor

Erker

Beschluss:

Der Streitwert wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

Gründe:

Die Entscheidung beruht auf § 52 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss findet Beschwerde statt, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes zweihundert Euro übersteigt.

Die Beschwerde ist bei dem Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, Bahnhofsvorplatz 3, 45879 Gelsenkirchen, innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Über die Beschwerde entscheidet das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster, falls das beschließende Gericht ihr nicht abhilft.

Günther

Klapdor

Erker

Ausgefertigt

Gelsenkirchen, 02. JULI 2007

Verwaltungsgerichtsangestellte
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle