

Aktenzeichen: 6 K 2663/16.GI

Beglaubigte Abschrift 

VERWALTUNGSGERICHT GIESSEN



Verkündet am: 27.02.2018

L. S. Dutz
Urkundsbeamtin
der GeschäftsstelleIM NAMEN DES VOLKES
URTEIL

EINGEGANGEN

In dem Verwaltungsstreitverfahren

11. April 2018

des Herrn

Erl.....

Klägers,

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte Jan Sürig und Kollege,
Außer der Schleifmühle 54, 28203 Bremen, - S-118/14 auf/S -

gegen

den Landkreis Gießen vertreten durch die Landrätin - Stabsstelle Recht -,
Riversplatz 1 - 9, 35394 Gießen, - 94/15 -

Beklagter,

wegen Ausländerrecht

hat das Verwaltungsgericht Gießen - 6. Kammer - durch

Richter Dr. Schäfer als Einzelrichter

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2018 für Recht erkannt:

- 2 -

Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger unter entsprechender Aufhebung des Bescheides der Landrätin des Beklagten vom 14.03.2017 eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG mit Wirkung ab dem 03.03.2016 zu erteilen.

Der Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Der Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der noch festzusetzenden Kosten abwenden, falls nicht der Kläger zuvor Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Tatbestand

Der Kläger begehrt von dem Beklagten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Der Kläger ist nigerianischer Staatsangehöriger und reiste erstmals am 12.12.2010 in die Bundesrepublik Deutschland ein, ohne im Besitz eines gültigen Visums zu sein. Das Amtsgericht Köln verurteilte den Kläger hierfür mit Urteil vom 17.12.2010 (Az. 520 Ds 989/10, rechtskräftig seit dem 17.12.2010, Bl. 183 f. Behördenakte) wegen des Verstoßes gegen das Aufenthaltsgesetzes und Urkundenfälschung zu einer Gesamtgeldstrafe von 70 Tagessätzen zu je 10,00 Euro. Der Kläger wurde am 25.01.2011 nach Italien abgeschoben. Er reiste in der Folge erneut in das Bundesgebiet ein und führte im Zeitpunkt seines Aufgreifens am 28.11.2012 einen am 06.08.2012 abgelaufenen italienischen Reiseausweis („Permesso di Soggiorno per Stranieri“) mit sich. Der Kläger wurde am 14.02.2013 nach Italien abgeschoben und reiste zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt im Jahr 2014 erneut ohne Visum in die Bundesrepublik Deutschland ein. Im Rahmen einer Anhörung bei der Ausländerbehörde Bremen am [REDACTED].2014 gab der Kläger an, er sei in die Bundesrepublik Deutschland eingereist, um bei seinen beiden Kindern leben zu können, die sich in [REDACTED] aufhielten. In der Folgezeit wurde der Aufenthalt des Klägers in der Bundesrepublik Deutschland geduldet. Am [REDACTED].2016 kam der deutsche Staatsangehörige Herr [REDACTED] s ir. [REDACTED] zur Welt (vgl. Geburtsurkunde vom 07.03.2016, Bl. 4 Gerichtsakte). Bereits mit Urkunde vom 18.01.2016 erkannte der Kläger an, Vater des vorgenannten Kindes zu sein. Darüber hinaus gab er unter demselben Datum zusammen mit der Kindsmutter, Frau [REDACTED], eine Sorgeerklärung ab (Bl. 5 Gerichtsakte). Der Kläger lebt zusammen mit seinem Sohn und der Kindsmutter in einem gemeinsamen Haushalt.

- 3 -

Der Kläger beantragte am 25.01. und 21.04.2016 bei der Ausländerbehörde des Beklagten, ihm eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG zu erteilen. Am 19.09.2016 hat er diesbezüglich Untätigkeitsklage bei hiesigem Gericht erhoben, woraufhin die Landrätin des Beklagten die begehrte Aufenthaltserlaubnis nach vorheriger Anhörung mit Bescheid vom 14.03.2017 abgelehnt (Ziffer 1) und ihm aufgrund der bestehenden Vaterschaft hinsichtlich seines Sohnes eine Duldung ausgestellt hat. Zur Begründung der Ablehnung führt die Landrätin in ihrem Bescheid im Wesentlichen aus, der Kläger sei ohne den erforderlichen Sichtvermerk eingereist. Dies erfülle den Straftatbestand des § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG und führe zu einem Ausweisungsinteresse i.S.d. § 55 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG, weshalb die allgemeine Erteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht gegeben sei. Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 17.03.2017 hat der Kläger den Bescheid der Landrätin des Beklagten vom 14.03.2017 in das Verfahren einbezogen.

Der Kläger trägt vor, die Ablehnung der begehrten Aufenthaltserlaubnis sei rechtswidrig und entspreche nicht dem Kindeswohl. Eine Duldung komme nur zur Regelung eines vorübergehenden Aufenthalts in Betracht. Ein absehbar nicht vorübergehender Aufenthalt sei über eine Aufenthaltserlaubnis zu regeln. Zudem habe die Landrätin des Beklagten das ihr aus § 39 Nr. 5 AufenthV zukommende Ermessen nicht ausgeübt. Es bestehe auch kein Ausweisungsinteresse. Der Tatvorwurf aus dem Urteil des Amtsgerichts Köln vom 21.12.2010 sei nicht zu berücksichtigen, weil dieser aus dem Bundeszentralregister höchstwahrscheinlich getilgt sei. Die Ausreise des Klägers zur Nachholung des Visumsverfahrens sei ihm unzumutbar, weil für seinen Sohn kein Betreuungsplatz zu erhalten gewesen sei und er deshalb dessen Betreuung übernehme, damit die Kindsmutter berufstätig sein könne. Ein mehrmonatiges Visumsverfahren in Nigeria führe zu einem Ausfall der Kinderbetreuung und zwingt die Kindsmutter zur Aufgabe ihrer Arbeit.

Nachdem der Kläger zunächst beantragt hat, die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, beantragt er zuletzt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 14.03.2017 zu verpflichten, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis aus familiären Gründen ab der Geburt seines Sohnes , geb. 03.03.2016, zu erteilen,

hilfsweise,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 14.03.2017 zu verpflichten, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ab der Geburt seines Sohnes , geb. 03.03.2016, zu erteilen.

- 4 -

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte vertieft seine Begründung aus dem angefochtenen Bescheid. Ein Absehen von dem Visumserfordernis komme auch nicht wegen Unzumutbarkeit i.S.d. § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Fall AufenthG in Betracht. Dem Kläger seien jedenfalls Abwesenheitszeiten zumutbar, die oft aus beruflichen Gründen verlangt würden. Mit Art. 6 GG sei beispielsweise vereinbar, einen Soldaten der Bundeswehr trotz seiner Vaterschaft zu einem kleinen Kind für sechs Monate zu einem Auslandseinsatz zu kommandieren. Erfahrungsgemäß dauere ein Sichtvermerksverfahren bei einer deutschen Auslandsvertretung weniger als sechs Monate.

Mit Verfügung vom 19.12.2017 hat das Gericht dem Beklagten aufgegeben, die Dauer der Durchführung eines Visumsverfahrens im Heimatland des Klägers zu ermitteln. Hierauf hat der Beklagte mit Schriftsatz vom 21.12.2017 den Ausdruck einer E-Mail des Generalkonsulats der Bundesrepublik Deutschland in Lagos (Bl. 99 Gerichtsakte) übersandt. Diesem ist zu entnehmen, dass im Falle der Eintragung des Vaters in die Geburtsurkunde des Kindes dessen Identität nicht mehr zu überprüfen sei und lediglich die Zustimmung der zuständigen Ausländerbehörde ausstehe. In diesem Fall sei das Verfahren innerhalb weniger Wochen erledigt, wobei zu berücksichtigen sei, dass das Generalkonsulat im Familiennachzugsbereich stets für acht bis zehn Wochen ausgebucht sei.

Mit Beschluss vom 29.06.2017 hat die Kammer den Rechtsstreit dem Berichterstatter zur Entscheidung als Einzelrichter übertragen.

Wegen der weitergehenden Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichts- und Behördenakte (6 Bände in 3 Leitzordnern) verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die Klage, über die gemäß § 6 Abs. 1 VwGO der Berichterstatter als Einzelrichter entscheiden konnte, hat überwiegend Erfolg.

Der Kläger konnte die von ihm erhobene Untätigkeitsklage nach Erlass der seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG

ablehnenden Entscheidung der Landrätin des Beklagten vom 14.03.2017 unter Einbeziehung dieser Entscheidung als Verpflichtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 2. Fall VwGO fortführen (Hess. VGH, Urteil vom 10.08.1992, Az. 12 UE 2254/89, NVwZ-RR 1993, 432 (435); Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 22. Auflage 2016, § 75, Rn. 21). Soweit der Kläger seinen ursprünglich angekündigten Antrag in der mündlichen Verhandlung auf eine rückwirkende Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG erstreckt und daneben einen Hilfsantrag gestellt hat, ist die darin liegende Klageänderung gemäß § 91 Abs. 1 VwGO zulässig. Dies ergibt sich zwar nicht aus einer hier nach § 91 Abs. 2 VwGO anzunehmenden Einwilligung des Beklagten, da es für die Annahme der erforderlichen Einlassung auf die Klageänderung äußerer Indizien bedarf, die über die bloße Stellung eines Klageabweisungsantrags hinausgehen (Schenke, a.a.O., Rn. 17). Der Beklagte hat sich hier jedoch auf die Stellung eines solchen Antrags beschränkt, ohne darüber hinausgehend zu der geänderten Klage Stellung zu nehmen. Die Zulässigkeit der Klageänderung folgt aber aus deren Sachdienlichkeit gemäß § 91 Abs. 1 2. Fall VwGO, weil sie die endgültige Beilegung des Streites zwischen den Beteiligten fördert und der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt (Schenke, a.a.O., Rn. 19).

Die Klage ist im Hauptantrag zulässig. Dies gilt auch insoweit, als der Kläger hiermit eine rückwirkende Erteilung der Aufenthaltserlaubnis ab dem Zeitpunkt der Geburt seines Sohnes begehrt. Dem Kläger kommt das hierfür erforderliche Rechtsschutzbedürfnis zu. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann ein Ausländer die Erteilung eines Aufenthaltstitels für einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum nach der Antragstellung nur beanspruchen, wenn er ein schutzwürdiges Interesse hieran hat. Ein Interesse in diesem Sinne ist gegeben, wenn es für die weitere aufenthaltsrechtliche Stellung erheblich sein kann, von welchem Zeitpunkt an der Ausländer den begehrten Aufenthaltstitel besitzt (BVerwG, Urteil vom 09.06.2009, Az. 1 C 7/08, juris, Rn. 13 m.w.N.; OVG Münster, Urteil vom 23.08.2012, Az. 18 A 537/11, juris, Rn. 37). Solche weiteren aufenthaltsrechtlichen Gründe dürfen mit Blick auf die zukünftige Bedeutung des Zeitpunkts der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nicht von vorneherein zu verneinen sein (vgl. Hess. VGH, Urteil vom 01.10.2014, Az. 6 A 2206/13, juris, Rn. 26, OVG Nordrhein-Westfalen, a.a.O., Rn. 37 ff.; a.A. Sächsisches OVG, Beschluss vom 10.03.2011, Az. 3 D 196/10, juris, Rn. 3). Dies ist hier der Fall. Denn der Zeitpunkt der Erteilung der begehrten Aufenthaltserlaubnis kann für die spätere Erteilung einer Nie-

derlassungserlaubnis gemäß § 28 Abs. 2 AufenthG relevant sein (OVG Nordrhein-Westfalen, a.a.O., Rn. 39).

Die Klage ist begründet. Die Ablehnung der begehrten Aufenthaltserlaubnis ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 VWGO).

Dem Kläger steht ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG ab dem Tag der Geburt seines Sohnes (03.03.2016) zu. Nach dieser Regelung ist dem ausländischen Elternteil eines minderjährigen ledigen Deutschen die Aufenthaltserlaubnis zur Ausübung der Personensorge zu erteilen, sofern zusätzlich die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG vorliegen.

Die besonderen Erteilungsvoraussetzungen des § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AufenthG sind erfüllt. Der Kläger hat die Vaterschaft für den am 03.03.2016 geborenen deutschen Staatsangehörigen am 18.01.2016 anerkannt und übt die elterliche Sorge gemeinsam mit der Kindsmutter aus. An einer seit der Geburt tatsächlich gelebten Vater-Sohn-Beziehung hat der Beklagte weder Zweifel vorgebracht, noch sind den dem Gericht vorliegenden Akten Anhaltspunkte hierfür zu entnehmen. Vielmehr folgt hieraus, dass der Kläger zusammen mit seinem Sohn und der Kindsmutter in einem gemeinsamen Haushalt lebt und für seinen Sohn einen wesentlichen Teil der erforderlichen Betreuungsleistungen erbringt. Dies hat der Kläger gegenüber dem Gericht durch Vorlage einer aktuellen Arbeitsbescheinigung der Kindsmutter sowie des Magistrats der Stadt , wonach der Sohn derzeit nicht in einer kommunalen Betreuungseinrichtung untergebracht werden kann, nachgewiesen.

Daneben sind auch die allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach Maßgabe des § 5 AufenthG i.V.m. § 28 Abs. 1 Satz 2 AufenthG gegeben. Hieraus folgt zunächst, dass es einer Sicherung des Lebensunterhaltes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG im Falle der hier begehrten Aufenthaltserlaubnis nicht bedarf.

Von dem grundsätzlichen Erfordernis der Einreise des Ausländers mit dem erforderlichen Visum gemäß § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AufenthG – die hier unstrittig nicht gegeben ist – ist gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abzusehen. Nach dieser Regelung kann von dem Erfordernis der Durchführung des Visumsverfahrens abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es auf Grund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen. Die Ausländerbehörde war zwar nicht aufgrund eines bestehenden Anspruchs des Klägers

- 7 -

im Sinne der vorgenannten Vorschrift gehalten, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, ohne dass der Kläger zuvor mit dem erforderlichen Visum eingereist ist. Denn hierfür bedürfte es eines strikten Rechtsanspruchs, der nur dann vorliegt, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat (BVerwG, Urteil vom 10.12.2014, Az. 1 C15/14, juris, Rn. 19). Ein solcher Anspruch ist im Falle einer Ausnahme von einer regelhaft zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzung grundsätzlich nicht gegeben (BVerwG, a.a.O., Rn. 19 f.). Er folgt darüber hinaus in diesem Zusammenhang auch nicht aus § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV, da auch diese Bestimmung das Absehen von der Durchführung des Visumsverfahrens in das Ermessen der Behörde stellt.

Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ist es dem Kläger jedoch nicht zumutbar, das Visumsverfahren nachzuholen. Die Anknüpfung der Ausnahmeregelung des § 5 Abs. 2 Satz 2 2. Fall AufenthG an „besondere Umstände des Einzelfalles“ weist auf das besondere öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumsverfahrens hin. Das Visumsverfahren dient dem Zweck, die Zuwanderung nach Deutschland wirksam steuern und begrenzen zu können, was dazu führt, Ausnahmen von der Visumpflicht prinzipiell eng auszulegen (BVerwG, a.a.O., Rn. 20). Besondere, die Unzumutbarkeit begründende Umstände, sind nicht schon in den typischerweise mit der Nachholung des Visumsverfahrens verbundenen Unannehmlichkeiten (Kosten, Mühen, Zeitaufwand, vorübergehende Trennung von Angehörigen und Freunden) zu erkennen. Vielmehr sind diese als unproblematisch zumutbar anzusehen, weil sie dem Normalfall der gesetzlichen Regelung entsprechen (vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 17.06.2013, Az. 3 B 968/13, juris, Rn. 4). Die Annahme besonderer Umstände setzt demnach voraus, dass sich der Ausländer in einer Sondersituation befindet, die sich signifikant von der Lage vergleichbarer Ausländer unterscheidet (Hess. VGH, a.a.O.).

Vor diesem Hintergrund erfordert die Zumutbarkeitsprüfung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG eine Güterabwägung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Dabei sind die legitimen Interessen (z.B. wirtschaftliche Interessen, Interesse an der Aufrechterhaltung der Familieneinheit) des Ausländers gegen das öffentliche Interesse an der Einhaltung des Visumsverfahrens gegeneinander abzuwägen, wobei die Wirkungen der Grundrechte, insbesondere der Schutz von Bindungen des Ausländers im Inland durch Artikel 6 Abs. 1 und 2 GG und Art. 8 EMRK als höherrangigem Recht beachtet werden müssen. Hinsichtlich der Dauer einer mit der Nachholung des Visumsverfahrens verbundenen Trennung ist zu berücksichtigen, dass auch eine kurzfristi-

ge Trennung unzumutbar sein kann, wenn hiervon kleine Kinder des Ausländers betroffen sind, da diese den nur vorübergehenden Charakter der räumlichen Trennung möglicherweise nicht begreifen können und diese rasch als endgültigen Verlust erfahren (BVerfG, Beschluss vom 01.12.2008, Az. 2 BvR 1830/08, juris, Rn. 33; Hess. VGH, a.a.O.). Damit kommt dem Tatsachengericht die Aufgabe zu, eine Vorstellung davon zu entwickeln, welchen Trennungszeitraum es für zumutbar erachtet und welcher Trennungszeitraum realistisch zu erwarten ist (BVerfG, a.a.O.). In diesem Zusammenhang ist aus der maßgeblichen Perspektive des Kindes zu berücksichtigen, ob es auf die andauernde Anwesenheit eines Elternteils in unmittelbarer Nähe angewiesen ist. Unerheblich ist, ob die Anwesenheit des Elternteils erforderliche Betreuung auch von anderen Personen, beispielsweise der Mutter des Kindes, erbracht werden könnte, weil der spezifische Erziehungsbeitrag des Vaters nicht durch die Betreuungsleistungen der Mutter entbehrlich wird, sondern eigenständige Bedeutung für die Entwicklung des Kindes haben kann (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.01.2002, Az. 2 BvR 231/00, juris, Rn. 22).

Anhand des aufgezeigten Abwägungsmaßstabes sprechen hier überwiegende Gesichtspunkte für die Annahme einer Ausnahme von der Durchführung des Visumsverfahrens nach § 5 Abs. 2 Satz 1 2. Fall AufenthG. Auf Seiten des Klägers und seiner Familie ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Nachholung des Visumsverfahrens die wirtschaftliche Grundlage der Familie erheblich beeinträchtigen würde. Denn hierzu trägt die Berufstätigkeit der Kindsmutter im Wesentlichen bei. Dies wiederum wird in der konkreten Situation durch die Übernahme der Betreuung des gemeinsamen Sohnes durch den Kläger ermöglicht, da bisher nachweislich kein Kinderbetreuungsplatz in einer kommunalen Einrichtung zu erlangen war. Mithin ist der Sohn des Klägers derzeit auf dessen dauernde Anwesenheit angewiesen. Die Nachholung des Visumsverfahrens führte zudem dazu, dass die Kindsmutter ihrer Berufstätigkeit für einen gewissen Zeitraum nicht nachgehen könnte und möglicherweise in einen (jedenfalls) zeitweiligen Sozialleistungsbezug fiele. Über die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie hinaus käme es durch die Inanspruchnahme von Sozialleistungen zudem zur Beeinträchtigung öffentlicher Interessen. Gleichzeitig geht mit der seit Beginn der Arbeitstätigkeit der Kindsmutter übernommenen Betreuung des Sohnes durch den Kläger eine besonders enge Vater-Sohn-Beziehung einher, deren auch nur zeitweilige Auflösung durch die mit der Durchführung des Visumsverfahrens verbundene Trennung auf ein nur zweijähriges Kind schlicht unverständlich wirkte, da in diesem Fall eine maßgeb-

liche Bezugsperson (zeitweise) wegfiel. Ausgehend hiervon wäre erforderlich, dass die Nachholung des Visumsverfahrens innerhalb eines Zeitraums durchzuführen wäre, währenddessen die Kindsmutter als zweite maßgebliche Bezugsperson eines derart kleinen Kindes dessen Betreuung übernehmen könnte, ohne ihren Arbeitsplatz aufgeben zu müssen. Dadurch wäre die Höchstdauer des zumutbaren Trennungszeitraums aus Sicht des erkennenden Einzelrichters in der konkreten Situation auf den Umfang eines Jahresurlaubs begrenzt, mithin auf in der Regel sechs Wochen. Nicht gefolgt werden kann dem Beklagten in seiner Rechtsansicht, der hierzu auf das Urteil des VG Frankfurt am Main vom 26.09.2009 (Az. 1 K 3657/08.F, juris) verweist, dem Kläger sei eine Trennung von sechs Monaten zumutbar, weil diese in der Regel der Trennung eines Soldaten der Bundeswehr von seinem Kind im Falle eines Auslandseinsatzes entspreche und eine Besserstellung hier nicht angezeigt sei. Denn anders als im Falle des Soldaten der Bundeswehr hätte eine über den aufgezeigten Höchstzeitraum hinausgehende Abwesenheit des Klägers zudem Auswirkungen auf die wirtschaftliche Grundlage der Familie, weshalb die angeführte Entscheidung auf den hiesigen Fall nicht zu übertragen ist.

Ob das Visumsverfahren innerhalb eines Zeitraums von maximal sechs Wochen hätte durchgeführt werden können, ist auch nach der dem Beklagten durch das Gericht aufgegebenen Aufklärung durch Einholung einer Auskunft beim Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland in Lagos unklar geblieben. Zwar dürfte beim Kläger keine mehrere Monate in Anspruch nehmende Überprüfung seiner Identität durchzuführen sein, weil diese durch die Eintragung in die deutsche Geburtsurkunde hinreichend gesichert ist. In diesem Fall wäre das Verfahren nach Auskunft des Generalkonsulats innerhalb „weniger Wochen“ erledigt, wobei zu berücksichtigen sei, dass das Generalkonsulat im Familiennachzugsbereich stets für acht bis zehn Wochen im Voraus ausgebucht sei. Aufgrund dieser Angaben bestehen jedenfalls überwiegende Anhaltspunkte dafür, dass das Visumsverfahren nicht binnen der genannten Sechs-Wochen-Frist durchgeführt werden kann.

Im hier zu entscheidenden Fall war der der Ausländerbehörde nach § 5 Abs. 2 Satz 1 2. Fall grundsätzlich zustehende Ermessenspielraum auf Null reduziert und sie damit zum Absehen von der Durchführung des Visumsverfahrens verpflichtet, weil unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen keine ihr zukommende anderweitige ermessensfehlerfreie Entscheidungsmöglichkeit ersichtlich ist.

- 10 -

Da sich die Entbehrlichkeit des Visumsverfahrens somit bereits aus § 5 Abs. 2 Satz 1 2. Fall AufenthG ergibt, bedarf es keiner Entscheidung darüber, ob dies ebenso aufgrund des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 39 Satz 1 Nr. 5 AufenthV anzunehmen ist. Denn grundsätzlich steht auch eine Entscheidung auf dieser Grundlage zunächst im Ermessen der Behörde und vermittelt dem Ausländer keinen gebundenen Anspruch.

Der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis steht auch die Bestimmung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht entgegen. Hiernach ist in der Regel Voraussetzung, dass kein Ausweisungsinteresse besteht. Dieses ist hier nicht gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG aufgrund mehrfacher Einreisen des Klägers in das Bundesgebiet zu sehen, ohne hierfür im Besitz der erforderlichen Berechtigung zu sein. Denn diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass die aus Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK folgende Verpflichtung des Staates, die Familie zu schützen, einwanderungspolitische Belange regelmäßig zurückdrängt (BVerfG, Beschluss vom 30.01.2002, a.a.O., Rn. 22; Hess. VGH, a.a.O., Rn. 4). Durch das nachträgliche Entstehen einer grundgesetzlich geschützten Lebensgemeinschaft ist trotz des Verstoßes des Klägers gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen eine neue Situation entstanden. Diese verlangt von der Ausländerbehörde aufzuzeigen, durch welches verfassungsrechtlich beachtliche überwiegende Interesse eine Entfernung des Kindsvaters aus dem Bundesgebiet angezeigt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.08.1999, Az. 2 BvR 1523/99, NVwZ 2000, 59 (60)). Dass die Ausländerbehörde selbst von keinem überwiegenden verfassungsrechtlichen Interesse in diesem Sinne ausgeht, folgt daraus, dass sie dem Kläger unter Verweis auf die grundrechtlich geschützte Familiensituation unter Ziffer 2 des angefochtenen Bescheides eine Duldung erteilt hat.

Als unterliegender Beteiligter hat der Beklagte gemäß § 154 Abs. 1 VwGO die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innerhalb **eines Monats** nach Zustellung die Zulassung der Berufung beantragt werden. Über die Zulassung der Berufung entscheidet der Hessische Verwaltungsgerichtshof.

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.

Der Antrag ist schriftlich zu stellen und muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Der Antrag ist bei dem

**Verwaltungsgericht Gießen
Marburger Straße 4
35390 Gießen**

zu stellen.

Innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils sind die Gründe darzulegen, aus denen die Berufung zuzulassen ist. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Stellung des Antrags auf Zulassung der Berufung erfolgt, beim

**Hessischen Verwaltungsgerichtshof
Brüder-Grimm-Platz 1 - 3
34117 Kassel**

einzureichen.

Vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof besteht Vertretungszwang (§ 67 Abs. 4 VwGO). Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Hessischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird.

Der Antrag kann als elektronisches Dokument nach Maßgabe des § 55a VwGO sowie der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung - ERVV -) in der jeweils gültigen Fassung eingereicht werden. Das elektronische Dokument muss entweder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden (§ 55a Abs. 3 VwGO).

Dr. Schäfer



Beglaubigt:
Gießen, 11.04.2018

Dutz
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle