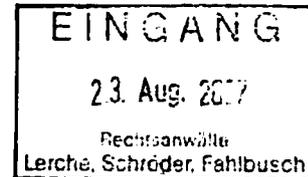


Abschrift

NIEDERSÄCHSISCHES
OBERVERWALTUNGSGERICHT

Az.: 1 ME 221/07
5 B 36/07

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn [REDACTED]

Staatsangehörigkeit: liberianisch,

Antragstellers und
Beschwerdeführers,

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Lerche und andere,
Blumenauer Straße 1, 30449 Hannover, - 2006/00347 -

g e g e n

den Landkreis Osnabrück, vertreten durch den Landrat,
Am Schölerberg 1, 49082 Osnabrück, - 5.2-34 -

Antragsgegner und
Beschwerdegegner,

Beigeladen:

Landeshauptstadt Hannover - Fachbereich Recht und Ordnung,
Fachbereichsübergreifende Rechtsangelegenheiten -, vertreten durch den
Oberbürgermeister,
Schmiedestraße 24, 30159 Hannover, - 32.51-Ha 133/07, 134/07 -

Streitgegenstand: Duldung
- Beschwerde im Verfahren des vorl. Rechtsschutzes -

hat das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht - 1. Senat - am 17. August 2007 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Osnabrück - 5. Kammer - vom 31. Mai 2007 geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, die der Duldung beigefügte Auflage, die Wohnsitznahme sei nur im Bereich der Gemeinde Hilter a. T. W. gestattet, zu streichen; das Einvernehmen der Beigeladenen wird hiermit ersetzt.

Dem Antragsteller wird für das Verfahren in beiden Rechtszügen Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt Lerche aus Hannover beigeordnet.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens im ersten Rechtszug; Antragsgegner und Beigeladene tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Soweit außergerichtliche Kosten durch den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe entstanden sind, werden diese nicht erstattet.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500,- € festgesetzt.

G r ü n d e:

Der Antragsteller, ein Liberianer, wendet sich gegen die im Tenor genannte Wohnsitzauflage. Sein nach Einreise (1996) in die Bundesrepublik Deutschland gestellter Asylantrag blieb ohne Erfolg. Die Durchführung der seit März 2000 vollziehbaren Ausreisepflicht scheiterte am fehlenden Pass des Antragstellers. Diesen verurteilte das Landgericht Hannover mit Urteil vom September 2001 (46a 21/01/KLs 133 Js 17599/01 StA Hannover) wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Kokain) in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten. Mit bestandskräftiger Verfügung vom April 2002 wies ihn der Landkreis daraufhin mit Verfügung vom 12. April 2002 aus. Nach Entlassung aus der Strafhaft (November 2002) hielt sich der Antragsteller in Hannover auf. Dort heiratete er am 23. Januar 2004 die deutsche Staatsangehörige . Am 4. Juni 2005 kam der gemeinsame Sohn zur Welt.

Wiederholt wandte sich der Antragsteller gegen die Wohnsitzauflage. Ein beim Verwaltungsgericht Hannover zum Aktenzeichen 4 B 6977/06 geführtes Eilverfahren, in dem er von der Beigeladenen die Erteilung einer Duldung ohne Wohnsitzauflage erstrebte, blieb ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht kam in seinem Beschluss vom 25. Januar 2007 zum

Ergebnis, die jetzige Beigeladene und damalige Antragsgegnerin sei für die beabsichtigte Maßnahme nicht zuständig.

Unter dem 31. Januar 2007 beantragte der Antragsteller erneut, die Wohnsitzauflage zu streichen. Mit Schreiben vom 16. Februar 2007 führte der Antragsgegner hierzu aus, dem Antrag könne nicht entsprochen werden, weil das Einvernehmen der Beigeladenen nicht vorliege und zudem nicht der nach den Verwaltungsvorschriften geforderte Nachweis geführt worden sei, die gewünschte Herstellung der Lebensgemeinschaft mit Ehefrau und Kind sei zwingend erforderlich und der Lebensunterhalt der Familie gesichert.

Am 13. März 2007 hat der Antragsteller Klage erhoben und zugleich um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht. Den Eilantrag hat das Verwaltungsgericht mit der hier angegriffenen Entscheidung, auf deren Einzelheiten Bezug genommen wird, und im Wesentlichen folgender Begründung abgelehnt:

Die Erteilung einer Wohnsitzauflage stehe im Ermessen der Ausländerbehörde. Bei dessen Ausübung sei der Antragsgegner an die Nrn. 61.1.2.3 iVm: 12.2.1.4.1 der Vorläufigen Niedersächsischen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz - Stand 30. November 2005 - gebunden. Danach komme eine Streichung der Wohnsitzauflage nicht in Betracht, wenn der Ehepartner zum Ausländer ziehen könne. Das sei hier der Fall. Es seien keine Gründe deutlich geworden, die gegen einen solchen Umzug sprächen. Die Ehefrau des Antragstellers sei nicht mehr erwerbstätig. Gründe, welche eine Betreuung des Kindes am Wohnsitz des Antragstellers im Bereich des Antragsgegners ausschließen, seien nicht ersichtlich geworden. Der pauschale Hinweis auf die Hilfe, welche deren Eltern bei der Kindererziehung leisteten, reiche nicht aus, um Umstände von besonderem Gewicht annehmen zu können.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers, welcher die beiden übrigen Beteiligten entgegen treten.

Die rechtzeitig geltend gemachten Beschwerdegründe, welche gem. § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO die Prüfung des Senats begrenzen, führen zum Erfolg des Rechtsmittels.

Die gewählte Rechtsschutzform trifft zu. Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO ist nicht zu gewähren (§ 123 Abs. 5 VwGO). Eine Wohnsitzauflage stellt nach herrschender Meinung (vgl. Hailbronner, AufenthG, Komm., Stand April 2006, § 61 Rdnr. 24; GK-AufenthG-Funke=Kaiser, § 61 Rdnr. 27) zwar eine eigenständige Anordnung dar. Sie ist daher selbständig und unabhängig vom Schicksal des Verwaltungsaktes anzufechten, in dessen Zusammenhang sie erging. Anderes gilt jedoch, wenn die Wohnsitzauflage - wie hier - bestandskräftig geworden ist und der Ausländer wegen veränderter Umstände (Heirat, Kind, ruhende Berufstätigkeit der Ehefrau) einen Anspruch auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 51 VwVfG) geltend macht (so Nds. OVG, B. v. 23.8.2005 - 11 ME 184/05 -).

Vnb). Nach anderer Auffassung soll es zudem des Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO dann bedürfen, wenn - wie hier - die Streichung der Wohnsitzauflage zu Lasten der beizuladenden neuen Ausländerbehörde gehen würde.

Auf die Möglichkeit, von der Ausländerbehörde des Bereichs, in den sich der Ausländer begeben will, eine zweite Duldung zu erhalten, kann der Antragsteller nicht verwiesen werden. Das ergibt sich in diesem Zusammenhang schon aus dem rechtskräftigen Beschluss des Verwaltungsgerichts Hannover vom 25. Januar 2007 - 4 B 6977/06 -. Es wäre mit der Verpflichtung, innerhalb angemessener Zeit Rechtsschutz zu gewähren (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), nicht mehr zu vereinbaren, den Antragsteller neuerlich hierauf zu verweisen. Zudem dürfte nach der gesetzlichen Regelung ein Anspruch auf Gewährung mehrerer Duldungen nicht bestehen (vgl. OVG Hamburg, B. v. 15.9.2004 - 3 Bs 257/04 -, NordÖR 2005, 344; Langtext außerdem JURIS). Denn die Konzentration ausländerbehördlicher Befugnisse auf eine Ausländerbehörde hat unter anderem den Zweck, miteinander unvereinbare Entscheidungen zu verhindern.

Dass der Antrag vom 31. Januar 2007 bislang nicht beschieden worden ist, steht einer Sachentscheidung im Eilverfahren nicht entgegen. Die Behörden haben trotz der zum Aktenzeichen 5 A 64/07 beim Verwaltungsgericht Osnabrück erhobenen Klage bislang keinen Anlass gesehen, den Antrag förmlich zu bescheiden. Dann ist dieser Rechtsbehelf als - zulässige - Untätigkeitsklage anzusehen.

Der Antrag hat auch Erfolg. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann der Antragsteller die erstrebte Regelung beanspruchen.

Nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG darf die Ausländerbehörde über die in Satz 1 der Vorschrift vorgesehene räumliche Beschränkung hinaus der Regelung des Aufenthalts eines - wie hier - vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers weitere Bedingungen und Auflagen beifügen. Dazu zählt namentlich die hier streitige Wohnsitzauflage. Ihr Zweck besteht nach herrschender, wenngleich nicht ganz unbestrittener Auffassung (anderer Ansicht möglicherweise Hailbronner, aaO, § 61 Rdnr. 26) darin, die mit dem Aufenthalt von Ausländern häufig verbundenen Belastungen der öffentlichen Kassen möglichst gleichmäßig zu verteilen. Dieser Gesichtspunkt muss sich aber nicht in jedem Fall durchsetzen. Wegen Art. 6 Abs. 1 GG (Herstellung der Einheit von Ehe und Familie) und Art. 8 EMRK kommt vielmehr in Betracht, die Wohnsitzauflage zu streichen. Wie sich aus der Vorläufigen Niedersächsischen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz, aktualisiert zum 30. Juni 2007, Nm. 12.2.1.4, 12.2.1.4.1 f. iVm. Nr. 61.1.2.1, welche die Ermessensausübung des Antragsgegners begrenzt und leitet, ergibt, ist hierbei nach Möglichkeit auf berechnete Wünsche der Betroffenen Rücksicht zu nehmen. Dabei ist nicht nur auf den aufenthaltsrechtlichen Status der Familienangehörigen abzustellen, sondern auch darauf, wo sich eine eventuelle Arbeitsstelle befindet und/oder in welcher Gemeinde bereits ausreichender Wohnraum vorhanden ist. Ist der Ehepartner Deutscher, soll diesem hiernach (Nr. 12.2.1.4.1) allerdings zuzumuten sein, seinen Wohnsitz an den Ort der übrigen Fami-

lieningehörigen zu verlegen, wenn es keine schützenswerten Belange an dem bisherigen Wohnort, z. B. Erwerbstätigkeit, gibt. Die Streichung der Wohnsitzauflage soll dann unter Hinweis auf die Möglichkeit des Ehepartners, frei zu wählen und so die Familieneinheit herzustellen, abgelehnt werden. Nach Nr. 12.2.1.4.2 soll die Wohnsitzauflage gestrichen werden, wenn die Betroffenen nachweisen, dass ihr Lebensunterhalt einschließlich Krankenversicherung durch Erwerbstätigkeit oder ein sonstiges Einkommen gesichert ist. Ist nur ein Familienmitglied erwerbstätig, darf die Wohnsitzauflage danach nur dann gestrichen werden, wenn der Lebensunterhalt der gesamten Familie gesichert und eine Streichung der Wohnsitzauflagen aller Familienmitglieder möglich ist (verwiesen wird auf Nr. 2.3.3 der zitierten Vorläufigen Verwaltungsvorschrift).

Es kann unentschieden bleiben, ob diese im Wesentlichen auf Erwerbstätigkeit und ausreichenden Wohnraum abstellenden Verwaltungsvorschriften den Gesichtspunkten gerecht wird, welche das Bundesverfassungsgericht gerade in letzter Zeit als wesentliche Ausprägungen des Verhältnisses der Eltern zu ihren Kindern im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG wiederholt herausgestrichen hat (vgl. zum Folgenden unter anderem B. v. 25.10.2005 - 2 BvR 524/01 -, BVerfGE 114, 357 = InfAuslR 2006, 53 = DVBl. 2006, 110 = NVwZ 2006, 324; B. der Zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 8.12.2005 - 2 BvR 1001/04 -, DVBl. 2006, 247 = FamRZ 2006, 187 = ZAR 2006, 28 = InfAuslR 2006, 122; vgl. a. OVG Hamburg, B. v. 26.4.2006 - 4 Bs 66/06 -, InfAuslR 2006, 369 = NVwZ-RR 2006, 827 = ZAR 2006, 289). Danach ist bei ausländerrechtlichen Entscheidungen, welche den Umgang mit einem Kind betreffen, wegen Art. 6 Abs. 1 GG und der vom Gesetzgeber mit der Reform des Kindschaftsrechts von 1997 getroffenen Entscheidung das Kindeswohl in den Vordergrund zu stellen und im Einzelfall zu untersuchen, ob tatsächlich eine persönliche Verbundenheit besteht, auf deren Aufrechterhaltung das Kind zu seinem Wohl angewiesen ist.

Auch/schon nach den Vorläufigen Verwaltungsvorschriften zum AufenthG, Stand Juni 2007, ist in Ansehung des Beschwerdevorbringens dem Anliegen des Antragstellers zu entsprechen. Dieser hat, ohne dass dem die übrigen Beteiligten substantiiert entgegen getreten wären, insbesondere Folgendes geltend gemacht: In Hannover, wo die Ehefrau nunmehr unter der Adresse ¹ lebt, sei nicht nur ausreichender Wohnraum vorhanden. Sie sei vielmehr als Rechtsanwaltsfachangestellte eingestellt, in ihrer alten Arbeitsstelle derzeit lediglich wegen Mutterschutzes bzw. anschließender Elternzeit nicht tätig. Letztere habe sie bis zum Juni 2008 verlängert. Danach wolle sie bei ihrer alten Arbeitsstelle, bei der sie auch ausgebildet worden sei, wieder weiterarbeiten. In Hannover sei ihr Lebensmittel- und -schwerpunkt. Sie hole regelmäßig die vier- und achtljährigen Kinder ihrer berufstätigen Schwester vom Kindergarten und Hort ab und nehme sie nach Hause mit. Das seien die Bezugspersonen, mit denen der gemeinsame Sohn spiele. Zum Ausgleich nehme ihre Schwester den gemeinsamen Sohn an Wochenenden zuweilen ab.

Das ist wie folgt zu würdigen: In Ermangelung substantiiertes Gegendarstellung ist anzunehmen, die Ehefrau des Antragstellers werde nach Ablauf weiterer 10 Monate wieder in

ihren Beruf zurückkehren. Unter diesen Umständen kann es der Ehefrau des Antragstellers nicht zugemutet werden, für eine derart kurze Zeit die Wohnung in Hannover aufzugeben. Es ist mit anderen Worten ein berechtigter, gut nachzuvollziehender Wunsch der Ehefrau, unter diesen Umständen den allein in Hannover vorhandenen ausreichenden Wohnraum und sozialen Beziehungen nicht für eine sehr absehbare Zeit aufzugeben. Es ist des Weiteren kein ausreichender Anhaltspunkt für die Annahme ersichtlich, der Ehefrau werde es möglich sein, in t . eine vergleichbare Stelle zu finden. Die Besonderheit der beruflichen Tätigkeit der Ehefrau besteht unter anderem darin, dass sie, was nicht selbstverständlich ist, von der Anwaltskanzlei „übernommen“ worden war, bei der sie auch gelernt hatte. Unter diesen Umständen stellt es ein berechtigtes Interesse erheblichen Gewichts dar, sich in Hannover das „Standbein“ zu erhalten, um dort nach etwa 10 Monaten die Berufstätigkeit wieder aufnehmen zu können. Umgangssprachlich formuliert: Unter diesen Umständen „lohnt sich ein Umzug nicht“. Dass damit der Lebensunterhalt der Familie möglicherweise nicht vollständig sichergestellt ist, hindert die beschriebene Ausübung des Ermessens nicht. Entspricht es schon, wie der 11. Senat des Nds. OVG es in seinem Urteil vom 28. September 2006 (- 11 LB 193/06 -, S. 10 UA, Vnb) festgestellt hat, dem Brauch, dass im Falle des Bezugs öffentlicher Hilfen „immer die geringere Personenzahl zur größeren Personenzahl umverteilt werden solle“, um so „eine gleichmäßige finanzielle Belastung der einzelnen Länder mit Asylbewerbern/geduldeten Ausländern sicherzustellen,“ so gilt dieser Grundsatz sozusagen erst recht, wenn ein Mitglied der Familie/Bedarfsgemeinschaft sogar einen Teil des Unterhalts zu verdienen vermag.

Der Umstand, dass der Antragsteller unverändert ausreisepflichtig ist, steht der Entscheidung nicht entgegen. Denn der Antragsgegner hat diese Ausreisepflicht über längere Zeit nicht durchzusetzen vermocht. Ob sie angesichts der Ehe und der Beziehung zu einem Kind, das gerade in diesem Alter der Kommunikation auch mit dem Vater bedarf, durchgesetzt werden kann, ist hier nicht zu entscheiden. Unter diesen Umständen können sich jedenfalls die oben genannten Gesichtspunkte gegen das nur im Allgemeinen, nicht jedoch in jedem Einzelfall vorrangige Interesse der Beigeladenen durchsetzen, vor ungleichmäßiger Belastung ihrer Kassen verschont zu bleiben. Mit dieser Entscheidung wird daher deren Einvernehmen ersetzt, was deklaratorisch im Tenor auszusprechen ist.

Der Anordnungsanspruch indiziert das Vorliegen des Anordnungsgrundes. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dem Antragsteller die einstweilige Durchsetzung des glaubhaft gemachten Anordnungsanspruchs einstweilen noch soll vorgehalten werden können.

Dementsprechend ist dem Antragsteller für das Verfahren in beiden Rechtszügen Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Seine Bedürftigkeit hatte er dargetan. Für einen solchen Ausspruch besteht trotz der Kostenentscheidung noch ein Rechtsschutzbedürfnis. Das folgt unter anderem daraus, dass (erst) mit der Bewilligung von Prozesskostenhilfe sein Bevollmächtigter den Vergütungsanspruch gegen ihn nicht mehr durchsetzen kann (§ 122 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, § 166 VwGO).

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 1 und 3, 159 Satz 1, 166 VwGO, § 100 Abs. 1, 127 Abs. 4 ZPO. Weil die Beigeladene im ersten Rechtszug keinen Antrag gestellt hat, wohl aber im Beschwerdeverfahren (Schriftsatz vom 27.7.2007) und hinsichtlich des Antragserfordernisses im Sinne des § 154 Abs. 3 VwGO auf jeden Rechtszug abzustellen ist, hat der Antragsgegner die Kosten des Rechtsstreits im ersten Rechtszug allein, des Beschwerdeverfahrens hingegen nur zusammen mit der Beigeladenen zu tragen.

Der Streitwert folgt aus §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 3 Nr. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5 iVm. 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Jenke

Claus

Bremer