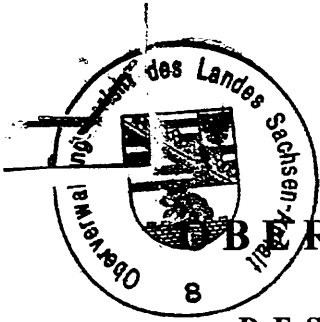


AUSFERTIGUNG



OBERVERWALTUNGSGERICHT

DES LANDES SACHSEN-ANHALT



Aktenzeichen: 2 O 48/08
3 A 188/07 - DE (PKH)

Kopie an Mit- Stellungs.	WW:
EINGEGANGEN	
02. APR. 2008	
Dr. Christoph Kunz Rechtsanwalt	
Kunz 2008/03/02	zOA Rückgr.

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

*Antragstellers und
Beschwerdeführers,*

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Christoph Kunz (Az: 10/07),
Friedrich-Schneider-Straße 71, 06844 Dessau,

g e g e n

den **Landkreis Wittenberg**,
vertreten durch den Landrat (Az: 32.33.1.2/mak),
Breitscheidstraße 4, 06886 Lutherstadt Wittenberg

*Antragsgegner und
Beschwerdegegner,*

w e g e n

Feststellung der Rechtswidrigkeit der Versagung einer Verlassenserlaubnis,
hier: Prozesskostenhilfe (Beschwerde),

hat das Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt – 2. Senat – am
18. März 2008 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Dessau-Roßlau vom 30. Januar 2008 – 3 A 188/07 DE (PKH) – geändert:

Dem Antragsteller wird Prozesskostenhilfe unter Beiordnung von Rechtsanwalt Dr. Kunz aus Dessau für das Verfahren erster Instanz bewilligt, soweit er begehrt festzustellen, dass die Ablehnung einer Erlaubnis zum vorübergehenden Verlassen des beschränkten Bereichs der Duldung im Juli 2007 rechtswidrig gewesen ist.

Gerichtsgebühren werden nicht erhoben und außergerichtliche Kosten nicht erstattet.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller, irakischer Staatsangehöriger, ist abgelehnter Asylbewerber. Der Antragsgegner setzte seine Abschiebung mehrfach aus; auf Grund der Duldungen ist sein Aufenthalt auf das Gebiet des Landes Sachsen-Anhalt beschränkt. Auf seinen Antrag erteilte ihm der Antragsgegner am 08.02.2007 eine Erlaubnis zum vorübergehenden Verlassen des beschränkten Bereichs der Duldung (Verlassenserlaubnis) nach Kiel aus Anlass der Geburt seines Kindes und zur Arbeitsplatzsuche für den Zeitraum vom 26.02.2007 bis 12.03.2007. Am () 2007 brachte die in Syrien geborene Staatenlose zur Welt. Unter Datum vom 08.05.2007 erteilte der Antragsgegner dem Antragsteller auf dessen Antrag eine weitere Verlassenserlaubnis zum Besuch des Kindes für die Zeit vom 12.05.2007 bis 27.05.2007. Am 14.05.2007 erkannte der Antragsteller vor dem Standesamt Kiel seine Vaterschaft zu dem Kind an; die Mutter stimmte der Vaterschaftsanerkennung zu. Mit Schriftsatz vom 25.06.2007 beantragte der Antragsteller erneut die Erteilung einer Verlassenserlaubnis zum Besuch seines Sohnes entweder für die Zeit vom 30.06. bis 15.07.2007 oder für die Zeit vom 07.07. bis 22.07.2007 oder für die Zeit vom 14.07. bis 29.07.2007. Diesen Antrag lehnte der Antragsgegner nach den Angaben der Beteiligten mündlich ab. Am 27.09.2007 beantragte der Antragsteller wiederum eine Verlassenserlaubnis, nunmehr für die Zeit „um Weihnachten herum“, am besten für einen Zeitraum von etwa 3 Wochen, sofern bis dahin die beantragte Aufenthaltserlaubnis nach § 104a AufenthG nicht erteilt sei.

Am 14.11.2007 hat der Antragsteller Prozesskostenhilfe für eine beabsichtigte Klage beantragt, die darauf gerichtet sein soll, festzustellen, dass die Ablehnung des Antrags vom 22.06.2007 und ein weiterer „Ablehnungsbescheid“ des Antragsgegners vom 30.08.2007 bezüglich einer für September 2007 begehrten Verlassenserlaubnis rechtswidrig gewesen sind. Zur Begründung gab er u. a. an, es stehe zu befürchten, dass der Antragsgegner auch künftig solche Anträge ablehnen werde.

Mit Beschluss vom 30.01.2008 hat das Verwaltungsgericht die Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt und zur Begründung ausgeführt: Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Verlassen des beschränkten Aufenthaltsbereichs nach § 12 Abs. 5 Satz 2 AufenthG im Juli und September 2007 gehabt. Es sei nicht erkennbar, dass das Wohl seines Kindes, für das er eine Sorgeberechtigung nicht nachgewiesen habe, gerade von seiner Abwesenheit abhing oder das Kind auf Grund sonstiger besonderer Umstände (z. B. krankheitsbedingt) auf seine persönliche Fürsorge und Unterstützung dringend angewiesen war. Dahin gehende Erklärungen der Kindesmutter hätten nicht vorgelegen. Für den Zeitraum im September 2007 sei zudem eine Antragstellung nicht feststellbar. Da die Häufigkeit der im Jahr 2007 beantragten Verlassenserlaubnisse den Schluss erlaubten, dass es dem Antragsteller in Wirklichkeit nicht um einen besuchsweisen, sondern um einen dauerhaften Aufenthalt in Kiel gehe, sei auch eine Ermessensfehlerhaftigkeit des Behördenhandelns nach § 12 Abs. 5 Satz 1 AufenthG nichts ersichtlich.

Mit seiner Beschwerde, in der das Prozesskostenhilfegesuch auf die Feststellung, dass die Ablehnung der Verlassenserlaubnis für den Monat Juli 2007 rechtswidrig war, beschränkt wird, macht der Antragsteller geltend: Es habe ein zwingender Grund für eine Verlassenserlaubnis nach § 12 Abs. 5 Satz 2 AufenthG vorgelegen, weil er zum Umgang mit seinem Kind gemäß § 1684 Abs. 1 BGB nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sei. Gerade bei Kleinkindern diene ein häufiger Umgang mit dem Vater dem Kindeswohl. Zumindest aber liege keine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Antragsgegners vor. Er könne auch nicht auf die Erteilung einer Zweitduldung in Schleswig-Holstein verwiesen werden, weil dafür regelmäßig eine erhebliche Intensität der gelebten familiären Beziehung verlangt werde. Die bisher zuständige Ausländerbehörde müsse es erst einmal ermöglichen, eine solche Intensität aufzubauen.

Der Antragsgegner erwidert: Eine Verlassenserlaubnis nach § 12 Abs. 5 AufenthG diene nicht dazu, ein Familienleben „auf Probe“ zu führen. Für einen dauerhaften Wohnsitzwechsel sei ein entsprechender Antrag bei der Ausländerbehörde in Kiel zu stellen. Zum 1. Geburtstag des Kindes habe der Antragsteller wieder eine Verlassenserlaubnis erhalten.

II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat die Bewilligung von Prozesskostenhilfe in dem in der Beschwerde eingeschränkten Umfang zu Unrecht abgelehnt.

Nach § 166 VwGO i. V. m. § 114 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Für eine hinreichende Erfolgsaussicht genügt bereits eine sich bei summarischer Überprüfung ergebende Offenheit des Erfolgs (BVerwG, Beschl. v. 08.03.1999 - BVerwG 6 B 121.98 -, NVwZ-RR 1999, 587). Sie ist mithin in der Regel bereits dann zu bejahen, wenn der Rechtsstandpunkt des Rechtsschutzsuchenden ohne Überspannung der Anforderungen zutreffend oder bei schwieriger Rechtslage zumindest vertretbar erscheint (ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschl. v. 01.06.2007 – 2 O 86/07 –). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

Die beabsichtigte Fortsetzungsfeststellungsklage dürfte zulässig sein. Nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO spricht das Gericht, wenn sich ein Verwaltungsakt vor der gerichtlichen Aufhebung durch Zurücknahme oder anders erledigt, auf Antrag durch Urteil aus, dass der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat. Ein solcher Antrag ist auch bei einem erledigten Verpflichtungsbegehren statthaft (BVerwG, Urt. v. 27.03.1998 – 4 C 14.96 –, BVerwGE 106, 295). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn sich das Verpflichtungsbegehren bereits vor Erhebung einer Klage erledigt hat (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., § 113, RdNr. 109, m. w. Nachw.). Das im Antrag vom 22.06.2007 zum Ausdruck gebrachte Begehren, eine Verlassenerlaubnis für einen der drei genannten Zeiträume im Juli 2007 zu erhalten, hat sich durch Zeitablauf erledigt. Da die Ablehnung offenbar mündlich erfolgte und keine Rechtsmittelbelehrung erteilt wurde, ist diese (vor Erledigung) auch nicht bereits bestandskräftig geworden.

Der Antragsteller hat voraussichtlich auch das erforderliche Fortsetzungsfeststellungsinteresse. Anstelle der konkreten Wiederholungsgefahr bei der Anfechtungsklage tritt bei der Verpflichtungsklage ein konkretes Weiterverfolgungsinteresse, das vorliegt,

wenn die Gefahr besteht, dass die Behörde einen erneuten Antrag auf neuer Grundlage mit gleichen Gründen ablehnen wird (vgl. Gerhardt in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, § 113 RdNr. 102; Sodan/Ziekow, VwGO, 2. Aufl., § 113 RdNr. 311). Nach derzeitigem Stand ist der Antragsgegner nicht bereit, dem Antragsteller für den Besuch seines Sohnes und der Kindesmutter – außer bei besonderen Anlässen – eine Verlassenserlaubnis zu erteilen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich die rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse nach der ablehnenden Entscheidung wesentlich geändert haben (vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 24.02.1983 – 3 C 56.80 – Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 129).

Die Fortsetzungsfeststellungsklage hat auch in der Sache hinreichende Aussicht auf Erfolg. Nach derzeitigem Sach- und Streitstand spricht Überwiegendes dafür, dass der Antragsgegner die begehrte Verlassenserlaubnis zu Unrecht verweigert hat.

Nach § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG ist der Aufenthalt eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers räumlich auf das Gebiet des Landes beschränkt. Die Ausländerbehörde, die die Aussetzung der Vollziehung der Abschiebung gewährt hat, kann nach § 12 Abs. 5 Satz 1 AufenthG dem Ausländer das Verlassen des auf der Grundlage dieses Gesetzes beschränkten Aufenthaltsbereichs erlauben. Gemäß § 12 Abs. 5 Satz 2 AufenthG ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn hieran ein dringendes öffentliches Interesse besteht, zwingende Gründe es erfordern oder die Versagung der Erlaubnis eine unbillige Härte bedeuten würde.

Es spricht bereits einiges dafür, dass im Zeitpunkt der ablehnenden Entscheidung (Anfang Juli 2007) ein „zwingender Grund“ im Sinne dieser Vorschrift vorgelegen hat. Nach Nr. 12.5.2.2 der vorläufigen Anwendungshinweise zum AufenthG sind „zwingende Gründe“ solche von erheblichem Gewicht; sie können auch familiärer Natur sein (z.B. Besuch schwer kranker Familienmitglieder oder Teilnahme an bedeutenden religiösen Riten und Festen). Im konkreten Fall geht es dem Antragsteller, da er kein Sorgerecht für seinen Sohn hat, um die Wahrnehmung seines Umgangsrechts nach § 1684 Abs. 1 BGB, für dessen Anwendbarkeit gemäß Art. 21 EGBGB der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes maßgeblich ist. Danach hat das Kind das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt. Auch die Wahrnehmung dieses Rechts kommt als „zwingender Grund“ im Sinne von § 12 Abs. 5 Satz 2 AufenthG in Betracht. Die mit dem Gesetz zur Reform des

Kindschaftsrechts vom 16.12.1997 erfolgte Neuregelung des Umgangsrechts des nicht sorgeberechtigten Elternteils hat mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 und 2 GG eine nicht unbedeutende aufenthaltsrechtliche Akzentverschiebung ausgelöst; das Wohl des Kindes steht im Vordergrund und ist bei ausländerrechtlichen Entscheidungen in den Blick zu nehmen (vgl. Funke-Kaiser in: GK AufenthG, II - §60a RdNr. 160, m. w. Nachw.). Das bis dahin lediglich als Elternrecht ausgestaltete Umgangsrecht soll in der Neufassung des § 1684 BGB einen Bewusstseinswandel bei den Eltern bewirken, dass sie nicht nur ein Recht auf Umgang haben, sondern im Interesse des Kindes auch die Pflicht, diesen Umgang zu ermöglichen. Das Kind ist nicht nur Objekt des elterlichen Umgangs; vielmehr dient der Umgang der Eltern mit ihrem Kind ganz wesentlich dessen Bedürfnis, Beziehungen zu beiden Elternteilen aufzubauen und erhalten zu können. Die gesetzliche Umgangspflicht soll Eltern darauf hinweisen, dass der Umgang mit ihnen, auch und gerade wenn das Kind nicht bei ihnen lebt, für die Entwicklung und das Wohl des Kindes eine herausragende Bedeutung hat (vgl. BT-Drucks. 13/4899 S. 68; 13/8511 S. 67 f., 74). Die Vorstellung dessen, was „Familie“ und schützenswert ist, die in der Wertentscheidung des Gesetzgebers des Kindschaftsrechtsreformgesetzes zum Ausdruck kommt, ist selbst vom Verfassungsrecht geprägt und kann auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung bei der Bewertung einer familiären Situation im Ausländerrecht nicht außer Betracht bleiben (BVerfG, Beschl. v. 08.12.2005 – 2 BvR1001/04 –, InfAuslR 2006, 122). Dabei ist davon auszugehen, dass der persönliche Kontakt des Kindes zum getrennt lebenden Elternteil und der damit verbundene Aufbau und die Kontinuität emotionaler Bindungen zu Vater und Mutter in aller Regel der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dient und das Kind beide Eltern braucht (BVerfG, a. a. O.). Gerade bei einem kleinen Kind schreitet die Entwicklung sehr schnell voran, so dass schon eine verhältnismäßig kurze Trennungszeit im Lichte von Art. 6 Abs. 2 GG unzumutbar lang sein kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 31.08.1999 – 2 BvR 1523/99 –, NVwZ 2000, 59). Diese verfassungs- und familienrechtlichen Vorgaben dürfen auch bei der Entscheidung über die Erteilung einer Verlassensenerlaubnis nach § 12 Abs. 5 AufenthG nicht außer Betracht bleiben. Bei Anlegung dieses Maßstabs und in Anbetracht des Umstands, dass der Antragsteller seinen Sohn zuletzt Ende Mai 2007 besucht hatte, spricht Vieles dafür, dass eine Verlassensenerlaubnis für einige Tage im Juli 2007 hätte erteilt werden müssen.

Aber auch wenn die Wahrnehmung des Umgangsrechts (im Juli 2007) nicht als „zwingender Grund“ im Sinne von § 12 Abs. 5 Satz 2 AufenthG anzusehen sein sollte, wäre

der Antragsgegner jedenfalls verpflichtet gewesen, gemäß § 12 Abs. 5 Satz 1 AufenthG eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Anträge auf Erteilung einer Verlassenserlaubnis zu treffen und dabei das gesetzliche Umgangsrecht mit dem ihm zukommenden Gewicht bei seinen Ermessenswägungen zu berücksichtigen. Mit der Fortsetzungsfeststellungsklage kann in entsprechender Anwendung des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO in Fällen mangelnder Spruchreife die Feststellung begehrt werden, dass der Beklagte zur (ermessensfehlerfreien) Bescheidung verpflichtet war (vgl. BVerwG, 25.07.1985 – 3 C 25.84 –, BVerwGE 72, 38 (41)). Es ist indessen nicht erkennbar, dass der Antragsgegner hier eine solche Ermessensentscheidung überhaupt getroffen hat. Im Übrigen sei angemerkt, dass den dargestellten verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt wird, wenn dem Antragsteller nur zu besonderen Anlässen, wie beispielsweise Geburtstagen, die Möglichkeit gegeben wird, ohne einen Verstoß gegen die Aufenthaltsbeschränkung sein Umgangsrecht wahrzunehmen.

Dem Antragsteller kann voraussichtlich auch nicht entgegengehalten werden, er hätte am Aufenthaltsort seines Sohns eine Zweitudlung beantragen können. Zwar ermächtigt bzw. verpflichtet § 12 Abs. 5 AufenthG nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Beschl. v. 05.04.2006 – 2 M 126/06 –, Juris, m. w. Nachw.) die Ausländerbehörde am Aufenthaltsort des Ausländers nur dazu, das Verlassen des gesetzlich beschränkten Aufenthaltsbereichs für eine begrenzte Zeit zu erlauben. Auf der Grundlage dieser Vorschrift ist es hingegen nicht möglich, eine Wohnsitznahme in einem anderen Bundesland auf Dauer zu gestatten. Jedoch verlangt die Wahrnehmung des Umgangsrechts nach § 1684 Abs. 1 BGB regelmäßig keinen Daueraufenthalt am Aufenthaltsort des Kindes. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Eltern über die Häufigkeit der Besuchskontakte bestimmen, sofern zwischen ihnen Einigkeit darüber besteht, und dass das Umgangsrecht auch bei größerer räumlicher Entfernung zwischen den Wohnorten des Kindes und des Umgangsberechtigten (sachgerecht) ausgeübt werden kann (vgl. im Einzelnen Finger in: Münchner Kommentar zum BGB, 4. Aufl., § 1684 RdNrn. 24 f.). Der Senat teilt auch nicht die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, die Häufigkeit der im Jahr 2007 beantragten Verlassenserlaubnisse lasse den Schluss zu, dass es dem Antragsteller in Wirklichkeit um einen dauerhaften Aufenthalt in Kiel gehe. Dem vom Antragsgegner vorgelegten Verwaltungsvorgang lässt sich entnehmen, dass der Antragsteller im Jahr 2007 insgesamt nur vier solche Anträge gestellt hat, nämlich mit Schreiben vom 07.02., 18.04., 22.06. und 27.09. Den ersten Antrag stellte der Antragsteller aus Anlass der bevorstehenden Geburt seines Sohnes und wegen der Su-

che nach einem Arbeitsplatz, den zweiten wegen der beabsichtigten Vaterschaftsanerkennung. Den beiden letzten Anträgen hat der Antragsgegner nicht stattgegeben. Der „Gefahr“, dass sich faktisch ein Daueraufenthalt in Kiel entwickelt, kann der Antragsgegner im Übrigen dadurch entgegenwirken, dass er einen Besuch für jeweils nur einige Tage erlaubt. Sofern der Antragsgegner Zweifel daran gehabt haben sollte, dass der Antragsteller den Aufenthalt in Kiel tatsächlich zur Wahrnehmung seines Umgangsrechts nutzen wird, hatte er die Möglichkeit, eine Erklärung der Kindesmutter einzuholen oder den Antragsteller zur Einholung einer solchen Erklärung aufzufordern. Ein entsprechendes Schreiben an die Kindesmutter (vom 10.12.2007) hat der Antragsgegner erst nach Beantragung der Prozesskostenhilfe verfasst.

Aus der vom Antragsteller vorgelegten Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und den beigefügten Anlagen ergibt sich auch, dass er nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage ist, die Kosten der Prozessführung aufzubringen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 1 GKG sowie aus § 166 VwGO i. V. m. § 118 Abs. 1 ZPO.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Franzkowiak

Geiger

Dr. Seiler



Ausgefertigt:
Magdeburg, den 31.03.2008

Kelby
Justizangestellte, als
Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle