

HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

3 Bs 97/18
15 E 515/18

3. Senat

Beschluss vom 6. Juli 2018

VwGO
§§ 91, 123

AufenthG
§ 11 Abs. 9 Satz 3

1. Ein auf Untersagung der Abschiebung gerichteter Antrag nach § 123 VwGO kann nach zwischenzeitlich vollzogener Abschiebung – jedenfalls in der ersten Instanz – in einen Antrag auf Gestattung der Wiedereinreise umgestellt werden. Die Umstellung muss den engen Voraussetzungen des § 91 VwGO genügen. Dem steht nicht entgegen, dass § 123 VwGO keine § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO entsprechende Regelung eines Folgenbeseitigungsanspruchs enthält. § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO hat nur verfahrensrechtliche Bedeutung und erleichtert eine prozessuale Geltendmachung.
2. Die in § 11 Abs. 9 Satz 3 AufenthG vorgeschriebene Hinweispflicht bezieht sich angesichts des Wortlautes („erstmaligen“), der Gesetzessystematik und ausweislich der Entstehungsgeschichte nur auf § 11 Abs. 9 Satz 2 AufenthG – nachträgliche Verlängerung der Frist – und nicht auf die in § 11 Abs. 9 Satz 1 AufenthG vorgesehene Ablaufhemmung.



Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

3 Bs 97/18
15 E 515/18

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 3. Senat, am 6. Juli 2018 durch

die Vorsitzende Richterin am Oberverwaltungsgericht
den Richter am Oberverwaltungsgericht
die Richterin am Oberverwaltungsgericht

beschlossen:
-/Fo.

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 8. Mai 2018 geändert.

Der Antrag des Antragstellers, die Antragsgegnerin im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zu verpflichten, ihm unter sofortiger Aufhebung der Sperrwirkung der Abschiebung / des Wiedereinreiseverbots die unverzügliche Wiedereinreise in die Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen und ihm vorübergehend, jedenfalls bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsache-/Klageverfahrens (15 K 514/18) eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) auszustellen, wird abgelehnt.

Der Antragsteller trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Dem Antragsteller wird für das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beordnung von Herrn Rechtsanwalt bewilligt.

Gründe

I.

Der Antragsteller begehrt im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Wiedereinreise ins Bundesgebiet.

Der am [REDACTED] 1995 geborene Antragsteller hat die serbische Staatsangehörigkeit. Er reiste erstmals im Jahr 2012 als Minderjähriger zusammen mit seiner Mutter und seinen Geschwistern ohne Visum in das Bundesgebiet ein und beantragte erfolglos die Erteilung eines Aufenthaltstitels. Später erhielten die Mutter und seine Geschwister Aufenthaltserlaubnisse. Dem Antragsteller, der inzwischen volljährig war, wurde keine Aufenthaltserlaubnis erteilt. In der Folgezeit wurde er geduldet.

Der Antragsteller ist in den Jahren 2013 und 2014 mehrfach strafrechtlich wegen Diebstahls, Beförderungerschleichung und Sachbeschädigung in Erscheinung getreten. Die Schule besuchte er nur unregelmäßig, einen Schulabschluss erlangte er – soweit ersichtlich – nicht. Der Antragsteller bezog zuletzt Sozialleistungen.

Mit Verfügung vom 27. November 2014 kündigte die Antragsgegnerin an, den Antragsteller abzuschicken, und befristete das Einreise- und Aufenthaltsverbot auf zwei Jahre ab der Abschiebung. Ein hiergegen eingelegter Widerspruch wurde bestandskräftig mit Widerspruchsbescheid vom 4. März 2015 zurückgewiesen. Bereits am 2. Dezember 2014 wurde der Antragsteller nach Serbien abgeschoben.

Am [REDACTED] 2014 wurde [REDACTED] geboren, die die deutsche Staatsangehörigkeit hat. Mit Beschluss vom 13. August 2015 stellte das Amtsgericht H.-St. G. fest, dass der Antragsteller der Vater des Kindes ist. Der Antragsteller ist nicht sorgeberechtigt.

Zu einem dem Gericht nicht bekannten Zeitpunkt im Jahr 2015 reiste der Antragsteller wieder in das Bundesgebiet ein.

In der Zeit vom 25. Oktober 2015 bis zum 6. April 2016 fanden 19 (begleitete) Umgangskontakte zwischen dem Antragsteller und seiner Tochter statt. Mitte April 2016 brach die Kindsmutter die Umgänge ab. Zu einem nicht bekannten Zeitpunkt wurden die Umgangskontakte wieder aufgenommen. Am 1. November 2016 wurde vor dem Amtsgericht-H. St. G. – Familiengericht – die angeordnete Umgangspflegschaft um sechs Monate verlängert und die (begleiteten) Umgänge auf drei Stunden wöchentlich ausgedehnt. Nach eigenen Angaben des Antragstellers brachen die Umgangskontakte im Herbst/Winter 2017 erneut ab.

Mit Bescheid vom 20. Oktober 2017 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 9. Januar 2018 zurück.

Unter dem [REDACTED] 2018 erkannte der Antragsteller vorgeburtlich die Vaterschaft für das von der mazedonischen Staatsangehörigen, Frau [REDACTED], erwartete Kind an. Frau [REDACTED].

die in Villingen-Schwenningen lebt, stimmte der Anerkennung der Vaterschaft zu. Frau ■. besaß eine bis zum 29. März 2018 gültige Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG.

Am 18. Januar 2018 hat der Antragsteller Klage (15 K 514/18) gegen die Versagung einer Aufenthaltserlaubnis erhoben und den vorliegenden Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gestellt.

Am 21. Februar 2018 haben die Kindesmutter und der Antragsteller in einer nichtöffentlichen Sitzung des Amtsgerichts H.-B. – Familiengericht – vereinbart, dass der Antragsteller wieder wöchentlichen – zunächst begleiteten – Umgang erhalten soll.

Am 22. Februar 2018 hat die Antragsgegnerin den Antragsteller nach Serbien abgeschoben und ihm die bereits am 23. Januar 2018 verfügte Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots auf vier Jahre Auslandsaufenthalt ab dem Zeitpunkt der Abschiebung übergeben.

Das Amtsgericht H.-B. – Familiengericht – hat mit Beschluss vom 12. März 2018 die zwischen dem Antragsteller und der Kindesmutter vergleichsweise getroffene Umgangsregelung gebilligt.

Mit Beschluss vom 8. Mai 2018 hat das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin auf den am 3. Mai 2018 eingegangenen, auf die Ermöglichung der Wiedereinreise gerichteten Antrag im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller umgehend die Wiedereinreise in die Bundesrepublik Deutschland zu ermöglichen und ihm nach erfolgter Einreise zur Wiederaufnahme von Umgangskontakten mit seiner Tochter D. zunächst für sechs Monate eine Duldung zu erteilen. Die Umstellung des Antragsbegehrens begegne mit Blick auf § 91 Abs. 1 VwGO keinen Bedenken. Ein Anordnungsgrund liege vor. Ohne ein Recht auf umgehende Wiedereinreise sei es dem Antragsteller unmöglich, den vom Familiengericht gebilligten schützenswerten Umgang mit seiner Tochter in angemessener, dem Kindeswohl entsprechender Zeit erneut wahrnehmen zu können. Die Abschiebung des Antragstellers sei auch mit hoher Wahrscheinlichkeit materiell rechtswidrig gewesen. Bereits vor der Abschiebung habe ihm ein Duldungsanspruch nach § 60a Abs. 2 AufenthG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG

zugestanden. Es liege eine schützenswerte Beziehung zwischen dem Antragsteller und seiner Tochter vor, deren Aufrechterhaltung sowohl im Interesse des Antragstellers als auch im Kindeswohlinteresse liege. Zwar lebe die Tochter bei der allein sorgeberechtigten Mutter und ein Umgang finde seit Herbst/Winter 2017 nicht mehr statt. Allerdings habe zuvor ein regelmäßiger persönlicher Kontakt stattgefunden. Würde dem Antragsteller durch Abschiebung die Möglichkeit genommen, eine väterliche Bindung zu seinem Kind aufzubauen und zu verfestigen, wäre das Vater-Kind-Verhältnis voraussichtlich auf Dauer zerstört.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

II.

Die zulässige Beschwerde hat Erfolg.

1. Die Beschwerdebegründung (§ 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO) gibt Anlass, die Voraussetzungen einer einstweiligen Anordnung umfassend zu prüfen. Die Antragsgegnerin weist zutreffend darauf hin, dass angesichts der abgebrochenen Umgangskontakte Zweifel am Bestehen eines Abschiebungsverbots bestünden.

Das nach Antragsänderung weiterverfolgte einstweilige Rechtsschutzbegehren des Antragstellers hat keinen Erfolg.

2. Die Antragsänderung ist gemäß § 91 Abs. 1 VwGO zulässig.

Einer Antragsänderung steht nicht entgegen, dass § 123 VwGO keine § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO entsprechende Regelung eines Folgenbeseitigungsanspruchs enthält (in diese Richtung wohl VGH München, Beschl. v. 28.1.2016, 10 CE 15.2653, juris Rn. 18;

OVG Münster, Beschl. v. 9.3.2007, 18 B 2533/06, NVwZ-RR 2007, 492, juris Rn. 35; VGH Mannheim, Beschl. v. 24.3.2006, 11 S 325/06, HTK-AuslR; OVG Magdeburg, Beschl. v. 6.6.2016, 2 M 37/16, juris Rn. 10, wobei in diesen Fällen erst im Beschwerdeverfahren die einstweilige Rückführung begehrt und der Antrag umgestellt wurde). § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO hat – wie auch § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO – nur verfahrensrechtliche Bedeutung und erleichtert eine prozessuale Geltendmachung mit der Folge, dass die Einbeziehung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO lediglich eine Erweiterung des ursprünglichen Begehrens und damit gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 264 Nr. 2 ZPO keine Antragsänderung darstellen dürfte (vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 11.7.2017, 7 B 11079/17, Asylmagazin 2017, 414, juris Rn. 23). Hiervon unbenommen besteht auch in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO die Möglichkeit zur Antragsänderung, die sodann den engen Voraussetzungen des § 91 VwGO genügen muss (vgl. OVG Koblenz, Beschl. v. 11.7.2017, 7 B 11079/17, a. a. O., juris Rn. 23; OVG Bremen, Beschl. v. 19.5.2017, 1 B 47/17, AuAS 2017, 148, juris Rn. 19).

Die Antragsänderung ist vorliegend zulässig. Zwar hat die Antragsgegnerin – auch mit der Beschwerdebegründung – in die Antragsänderung nicht eingewilligt. Die Antragsänderung erweist sich aber als sachdienlich i. S. d. § 91 Abs. 1 VwGO. Sachdienlichkeit ist dann anzunehmen, wenn auch für den geänderten Antrag der Streitstoff im Wesentlichen derselbe bleibt und die Antragsänderung die endgültige Beilegung des Streites fördert und dazu beiträgt, dass ein weiterer sonst zu erwartender Prozess vermieden wird (Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl. 2017, § 91 Rn. 19). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Zwar war für den ursprünglich als Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Aussetzung der Abschiebung auszulegender Antrag anders als für den nunmehr geltend gemachten Vollzugsfolgenbeseitigungsantrag eine etwaige Sperrwirkung der Abschiebung – als einer der Folgenbeseitigung entgegenstehendes rechtliches Hindernis – irrelevant. Gleichwohl ist der Streitstoff im Wesentlichen derselbe geblieben. Hier wie dort ist in erster Linie entscheidungserheblich, ob der Abschiebung rechtliche Abschiebungshindernisse – namentlich aus Art. 6 GG – entgegenstanden. Würde eine Sachdienlichkeit verneint, wäre der Antragsteller gehalten, ggf. einen neuen Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO auf Wiedergestattung der Einreise zu stellen. Unerheblich für die Frage der Sachdienlichkeit ist hingegen, ob der Antrag in der geänderten Form zulässig ist und Aussicht auf Erfolg hat (Kopp/Schenke, VwGO, 24. Aufl. 2018, § 91 Rn. 19). Vor diesem Hintergrund ist für die Zulässigkeit der Antragsänderung irrelevant, ob der Antragsteller – wie die

Antragsgegnerin meint – richtigerweise auf das Visumverfahren zu verweisen wäre oder keine besondere Eilbedürftigkeit gegeben ist.

3. Der Antrag auf Ermöglichung der Wiedereinreise des Antragstellers ist zwar zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

a) Der auf die Ermöglichung der Wiedereinreise gerichtete Antrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist zulässig.

Insbesondere besteht für den Antrag noch ein Rechtsschutzbedürfnis. Zwar ist die Befristungsentscheidung – ebenso wie die gleichzeitig getroffene Entscheidung über den Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots – vom 23. Januar 2018 nicht gegenüber dem Antragsteller wirksam geworden, so dass ein Einreise- und Aufenthaltsverbot nicht durch die Abschiebung am 22. Februar 2018 entstanden ist (hierzu unter aa)). Allerdings entfaltet die Abschiebung am 2. Dezember 2014 noch ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, das mit Verfügung vom 27. November 2014 auf zwei Jahre befristet worden war (hierzu unter bb)).

aa) Die Verfügung vom 23. Januar 2018 ist nicht gegenüber dem Antragsteller wirksam geworden.

Die Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots ist – ebenso wie die gleichzeitig getroffene Entscheidung über den Erlass eines Einreise- und Aufenthaltsverbots – ein Verwaltungsakt. Verwaltungsakte bedürfen, um Wirksamkeit zu erlangen, der Bekanntgabe (vgl. § 41 HmbVwVfG), d. h. der Eröffnung ihres Regelungsgehalts gegenüber dem Betroffenen (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl. 2017, § 41 Rn. 6). Die Bekanntgabe kann, wie dies in § 41 Abs. 5 HmbVwVfG zum Ausdruck gelangt, im Wege der (förmlichen) Zustellung erfolgen. Hierfür gelten gemäß § 1 Abs. 1 HmbVwZG die Vorschriften des Verwaltungszustellungsgesetzes des Bundes.

Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller den Bescheid vom 23. Januar 2018 am 22. Februar 2018 – dem Tag seiner Abschiebung – gegen Empfangsbekanntnis

ausgehändigt (§ 5 Abs. 1 VwZG). Der Antragsteller hat den Bescheid auch entgegen genommen (vgl. das unterschriebene Empfangsbekennnis, Bl. 508 d. A.). Die gegenüber dem Antragsteller vorgenommene Zustellung war indes fehlerhaft, weil an ihn (allein) nicht hätte zugestellt werden dürfen. Denn zum Zeitpunkt der Zustellung hatte der Antragsteller einen Bevollmächtigten, dem gegenüber die Zustellung hätte vorgenommen werden müssen. Zwar regelt § 7 Abs. 1 Satz 1 VwZG, dass Zustellungen an den Bevollmächtigten gerichtet werden „können“, so dass die Zustellung an den Adressaten eines Bescheides daneben zulässig bleibt. Etwas anderes gilt jedoch gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 VwZG dann, wenn der Bevollmächtigte schriftliche Vollmacht vorgelegt hat. Dies ist vorliegend der Fall. Der Bevollmächtigte des Antragstellers hat sich mit schriftlicher Vollmacht vom 21. März 2017 betreffend den Aufenthalt im Bundesgebiet, Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen, Duldung, pp. (Bl. 353 d. A.), mithin umfassend gegenüber der Antragsgegnerin legitimiert. Dementsprechend ist die Verfügung vom 23. Januar 2018 im Adressfeld auch an den Bevollmächtigten des Antragstellers – per EB – adressiert. Eine Zustellung an den Bevollmächtigten erfolgte indes soweit ersichtlich nicht. In der Sachakte der Antragsgegnerin findet sich weder ein entsprechender Ab-Vermerk noch ein rückläufiges Empfangsbekennnis.

Ein Einreise- und Aufenthaltsverbot ist damit durch die Abschiebung am 22. Februar 2018 nicht entstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der sich das Beschwerdegericht anschließt (vgl. auch OVG Hamburg, Beschl. v. 8.5.2018, 3 Bs 46/18, AuAS 2018, 146, juris Rn. 10), ist im – auch vorliegend eröffneten – Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (im Folgenden: Rückführungsrichtlinie) davon auszugehen, dass – erstens – das mit einer Rückkehrentscheidung (vgl. Art. 3 Nr. 4 Rückführungsrichtlinie) einhergehende Einreise- und Aufenthaltsverbot (vgl. Art. 3 Nr. 6 Rückführungsrichtlinie) stets einer behördlichen oder richterlichen Einzelfallentscheidung bedarf, die auch seine Dauer festlegen muss, und dass – zweitens – die danach geforderte Einzelfallentscheidung über die Verhängung eines Einreiseverbots von bestimmter Dauer in unionsrechtskonformer Auslegung des Aufenthaltsgesetzes regelmäßig in einer behördlichen Befristungsentscheidung gemäß § 11 Abs. 2 AufenthG gesehen wird (vgl. hierzu BVerwG, Beschl. v. 22.8.2017, 1 A 10.17, NVwZ 2018, 345, juris Rn. 5; Beschl. v. 13.7.2017, 1 VR 3.17, NVwZ 2017, 1531, juris

Rn. 72). Folge einer Abschiebung ohne eine vorherige – wirksam gewordene - Entscheidung über die Befristung des Einreise- und Aufenthaltsverbots ist daher, dass - abweichend von § 11 Abs. 1 AufenthG – das Einreise- und Aufenthaltsverbot durch die Abschiebung allein noch nicht entsteht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.8.2017, 1 A 3.17, InfAuslR 2018, 11, juris Rn. 36; siehe auch OVG Hamburg, Beschl. v. 19.1.2018, 1 Bs 78/17, BA S. 3 f.) und dem abgeschobenen Ausländer, der Einreise und/oder Aufenthalt im Bundesgebiet begehrt, nicht entgegen gehalten werden kann.

bb) Allerdings entfaltet die Abschiebung am 2. Dezember 2014 noch ein Einreise- und Aufenthaltsverbot, das mit Verfügung vom 27. November 2014 auf zwei Jahre befristet worden war.

Die Verfügung vom 27. November 2014, mit der das Einreise- und Aufenthaltsverbot auf zwei Jahre nach erfolgter Abschiebung befristet wurde, ist dem Bevollmächtigten des Antragstellers am 27. November 2014 per Fax-Empfangskenntnis zugestellt worden. Ein hiergegen eingelegter Widerspruch wurde bestandskräftig mit Widerspruchsbescheid vom 4. März 2015, seinem Prozessbevollmächtigten zugestellt am 6. März 2015, zurückgewiesen.

Die Verfügung vom 27. November 2014 dürfte auch noch wirksam und der Antragsteller von dem zweijährigen Einreise- und Aufenthaltsverbot zumindest für eine Restlaufzeit von mehr als acht Monaten noch betroffen sein. Zwar ist denkbar, dass die Antragsgegnerin mit der Verfügung vom 23. Januar 2018 die Verfügung vom 27. November 2014 ersetzen wollte. Da der Bescheid vom 23. Januar 2018 nicht wirksam geworden ist, würde eine etwaig darin konkludent enthaltene Aufhebung des Bescheids vom 27. November 2014 jedoch keine Regelungswirkung entfalten. Die Sperrfrist ist auch noch nicht abgelaufen: Der Antragsteller wurde am 2. Dezember 2014 abgeschoben. Im Laufe des Jahres 2015, mithin vor Ablauf der zweijährigen Sperrfrist am 1. Dezember 2016 ist er wieder eingereist. Am 1. August 2015 ist die Regelung in § 11 Abs. 9 Satz 1 AufenthG in Kraft getreten, wonach der Ablauf einer Frist für die Dauer des Aufenthalts im Bundesgebiet gehemmt wird, wenn ein Ausländer entgegen einem Einreise- und Aufenthaltsverbot in das Bundesgebiet einreist. Dies bedeutet, dass (unerlaubte) Aufenthaltszeiten bis zum 31. Juli 2015 entsprechend der bis dahin geltenden Rechtslage für den Fristablauf weiterhin unerheblich sind, während Aufenthalte im Bundesgebiet, die entgegen einem

Einreise- und Aufenthaltsverbot erfolgen, unabhängig vom Zeitpunkt der (unerlaubten) Wiedereinreise ab dem 1. August 2015 eine Hemmung des Fristablaufs begründen (vgl. OVG Koblenz, Urt. v. 8.11.2016, 7 A 11058/15, juris Rn. 21 m. w. N.). Da der Antragsteller spätestens am 25. Oktober 2015 – hier begannen die Umgangskontakte – wieder ins Bundesgebiet eingereist war, war der Ablauf der Frist jedenfalls vom 25. Oktober 2015 bis zum 22. Februar 2018 – der erneuten Abschiebung – gehemmt. Nach Abzug der im Ausland verbrachten Aufenthaltszeiten läuft die Sperrfrist mithin noch mindestens für mehr als acht Monate. Die Ablaufhemmung ist auch nicht deswegen nicht eingetreten, weil der Antragsteller auf diese Wirkung nicht hingewiesen wurde. Die Ablaufhemmung tritt nach dem klaren Wortlaut von Gesetzes wegen ein. § 11 Abs. 9 Satz 3 AufenthG, der eine Hinweispflicht vorsieht, bezieht sich angesichts des Wortlautes („erstmaligen“), der Gesetzessystematik und ausweislich der Entstehungsgeschichte (vgl. Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 18/4097, S. 38) nur auf § 11 Abs. 9 Satz 2 AufenthG - nachträgliche Verlängerung der Frist – und nicht auf die in § 11 Abs. 9 Satz 1 AufenthG vorgesehene Ablaufhemmung.

b) Der Antrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf das streitige Rechtsverhältnis möglich, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Voraussetzung hierfür ist gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO, dass der Antragsteller Umstände glaubhaft macht, aufgrund derer er dringend auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung angewiesen ist (Anordnungsgrund) und aus denen er in der Hauptsache einen Anspruch herleitet (Anordnungsanspruch).

In der Sache macht der Antragsteller vorliegend einen sog. Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruch geltend. Aus dem Grundsatz der Gesetz- und Rechtmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) kann sich ein Folgenbeseitigungsanspruch ergeben, wenn durch den Vollzug von Vollstreckungsmaßnahmen, hier einer Abschiebung, ein subjektives Recht des

Betroffenen verletzt wird, in dessen Folge ein andauernder rechtswidriger Zustand entstanden ist, und keine der Folgenbeseitigung entgegenstehende rechtliche Hindernisse bestehen. In solchen Fällen kommt eine Folgenbeseitigung in Form der Ermöglichung der Wiedereinreise durch Zustimmung und den darin zugleich liegendem Verzicht auf die Einhaltung der Sperrwirkung der Abschiebung in Betracht (OVG Bautzen, Beschl. v. 14.12.2011, 3 B 244/11, juris Rn. 5; vgl. auch VGH Mannheim, Beschl. v. 11.3.2008, 13 S 418/08, VBIBW 2009, 149, juris Rn. 7).

Die von dem Antragsteller erstrebte Verpflichtung der Antragsgegnerin auf Gestattung der Wiedereinreise stellt sich jedoch als eine Vorwegnahme der Hauptsache dar. Das einstweilige Rechtsschutzverfahren nach § 123 VwGO dient grundsätzlich nur der vorläufigen Regelung eines Rechtsverhältnisses; einem Antragsteller soll hier regelmäßig nicht bereits das gewährt werden, was er nur in einem Hauptsacheverfahren erreichen kann. Daher kann in Fällen der hier vorliegenden Art dem Eilantrag nach § 123 VwGO nur stattgegeben werden, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG schlechterdings unabweisbar ist. Dies setzt hohe Erfolgsaussichten, also eine weit überwiegende Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs in der Hauptsache voraus (vgl. VGH München, Beschl. v. 18.12.2017, 19 CE 17.1541, KommunalPraxis BY 2018, 108, juris Rn. 12; VGH Mannheim, Beschl. v. 11.3.2008, 13 S 418/08, VBIBW 2009, 149, juris Rn. 7; OVG Lüneburg, Beschl. v. 2.2.2007, 13 ME 362/06, juris Rn. 9). Die Abschiebung des Antragstellers müsste daher offensichtlich rechtswidrig gewesen sein und ihn noch andauernd mit hoher Wahrscheinlichkeit in seinem Bleiberecht verletzen (OVG Bautzen, Beschl. v. 14.12.2011, 3 B 244/11, juris Rn. 5; VGH Mannheim, Beschl. v. 11.3.2008, 13 S 418/08, VBIBW 2009, 149, juris Rn. 7). Zudem muss das Abwarten in der Hauptsache für den Antragsteller schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge haben (BVerwG, Beschl. v. 26.11.2013, 6 VR 3/13, NVwZ-RR 2014, 558, juris Rn. 5; OVG Saarlouis, Beschl. v. 24.1.2003, 9 W 50/02, juris Rn. 26). Diese strengen Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

aa) Der Antragsteller hat schon keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Die Abschiebung des Antragstellers war nicht offensichtlich rechtswidrig.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Abschiebung ist in den Fällen, in denen der Ausländer – wie hier – bereits abgeschoben

ist, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Abschiebung (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.3.2018, 1 A 5/17, juris Rn. 17). Auch in Bezug auf die Prüfung von Abschiebungshindernissen kommt es nur darauf an, ob diese zum Zeitpunkt der Abschiebung vorlagen. Nachträgliche Änderungen sind erst in einem (nachgelagerten) Verfahren nach § 11 AufenthG zu berücksichtigen (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.3.2018, 1 A 5/17, juris Rn. 17).

Zu diesem maßgeblichen Zeitpunkt war die Abschiebung des Antragstellers, der gemäß § 58 Abs. 1 und 2 Nr. 1 AufenthG vollziehbar ausreisepflichtig war, nicht nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich. Insbesondere lag kein Abschiebungshindernis aus Art. 6 GG offensichtlich vor.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet die in Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 GG enthaltene wertentscheidende Grundsatznorm, nach welcher der Staat die Familie zu schützen und zu fördern hat, die Ausländerbehörde, bei der Entscheidung über aufenthaltsbeendende Maßnahmen die familiären Bindungen des den (weiteren) Aufenthalt begehrenden Ausländers an Personen, die sich berechtigterweise im Bundesgebiet aufhalten, pflichtgemäß, das heißt entsprechend dem Gewicht dieser Bindungen, in ihren Erwägungen zur Geltung zu bringen. Dabei ist grundsätzlich eine Betrachtung des Einzelfalles geboten, bei der auf der einen Seite die familiären Bindungen zu berücksichtigen sind, auf der anderen Seite aber auch die sonstigen Umstände des Einzelfalles (BVerfG, Beschl. v. 9.1.2009, 2 BvR 1064/08, NVwZ 2009, 387, juris Rn. 14 m. w. N.). Allein formal-rechtliche familiäre Bindungen sind hierbei jedoch nicht ausreichend. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Verbundenheit zwischen den Familienmitgliedern (BVerfG, Beschl. v. 9.1.2009, 2 BvR 1064/08, a. a. O., juris Rn. 15 m. w. N.). Die familiäre (Lebens-) Gemeinschaft zwischen einem Elternteil und seinem minderjährigen Kind ist getragen von tatsächlicher Anteilnahme am Leben und Aufwachsen des Kindes (BVerfG, Beschl. v. 9.1.2009, 2 BvR 1064/08, a. a. O., juris Rn. 16 m. w. N.). In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob eine Hausgemeinschaft vorliegt und ob die von einem Familienmitglied tatsächlich erbrachte Lebenshilfe auch von anderen Personen erbracht werden könnte (BVerfG, Beschl. v. 9.1.2009, 2 BvR 1064/08, a. a. O., juris Rn. 15 m. w. N.). Auch im Falle eines regelmäßigen Umgangs des ausländischen Elternteils wird in der Regel von einer (schützenswerten) familiären Gemeinschaft auszugehen sein (BVerfG, Beschl. v.

9.1.2009, 2 BvR 1064/08, a. a. O., juris Rn. 16 m. w. N.). Bei Umgangskontakten unterscheidet sich die Eltern-Kind-Beziehung typischerweise deutlich von dem Verhältnis des Kindes zur täglichen Betreuungsperson. Dass der Umgangsberechtigte nur ausschnittsweise am Leben des Kindes Anteil nehmen kann und keine alltäglichen Erziehungsentscheidungen trifft, steht der Annahme einer familiären Lebensgemeinschaft nicht schlechthin entgegen. Die Übernahme von Verantwortung kann auch in den spezifischen Formen, die das Umgangsrecht ermöglicht, vorliegen und verfassungsrechtlichen Schutz gebieten. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob die im Einzelfall vorhandenen Umgangskontakte in ihrer Bedeutung für das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seinem Kind dem auch sonst Üblichen entsprechen und auf diese Weise die Eltern-Kind-Beziehung gelebt wird (BVerfG, Beschl. v. 9.1.2009, 2 BvR 1064/08, a. a. O., juris Rn. 20 m. w. N.).

Nach dieser Maßgabe stand Art. 6 GG einer Abschiebung des Antragstellers am 22. Februar 2018 nicht offensichtlich entgegen. Der Antragsteller hat weder das Sorgerecht, noch lebt er mit seiner Tochter in einer Hausgemeinschaft. Zwar hat sich der Antragsteller bereits kurz nach der Geburt mit Hilfe der Gerichte um die Feststellung der Vaterschaft sowie um die Einräumung eines Umgangsrechts bemüht und haben Umgangskontakte in der Zeit von Oktober 2015 bis Herbst/Winter 2017 – wenn auch mit wohl einer Unterbrechung – stattgefunden, so dass von einer gelebten – dem Schutz des Art. 6 GG unterfallenden – Eltern-Kind-Beziehung ausgegangen werden konnte. Jedoch fanden seit Herbst/Winter 2017, d. h. seit mehreren Monaten keinerlei Umgangskontakte mehr statt. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Abschiebung bestanden mithin keine persönlichen Kontakte im Rahmen des Üblichen mehr, die auf die Übernahme der elterlichen Erziehungs- und Betreuungsverantwortung hätten schließen lassen. Es ist auch weder vorgetragen noch ersichtlich, dass der Antragsteller in dieser Zeit anderweitig am Leben und am Aufwachsen seiner Tochter teilnahm. So trägt der Antragsteller beispielsweise nicht vor, dass er sich bei der Kindesmutter regelmäßig nach seiner Tochter erkundigt hätte. Zwar entfalten sich die Schutzwirkungen des Art. 6 GG nicht erst dann, wenn sonst grundsätzlich zu fordernde regelmäßige persönliche Kontakte im Rahmen des Üblichen bereits tatsächlich bestehen, sondern diese greifen schon dann, wenn der Umgang des ausländischen Elternteils mit seinem Kind zur Verwirklichung des Umgangsrechts in der Aufbauphase erst angebahnt wird. Dies setzt allerdings voraus, dass sich der ausländische Elternteil zur Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortung

für sein Kind ernsthaft um Umgang mit diesem bemüht und dem Umgang Gründe des Kindeswohls nicht entgegenstehen (OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 20.10.2016, OVG 12 S 25.16, juris Rn. 8; OVG Münster, Beschl. v. 31.7.2006, 19 E 1356/05, juris Rn. 7).

Eine solche schützenswerte (Wieder-) Aufbauphase zum maßgeblichen Zeitpunkt der Abschiebung vermag das Beschwerdegericht allerdings nicht zu erkennen. Zum Zeitpunkt der Abschiebung war vielmehr offen, ob der Antragsteller erneut Umgangskontakte zu seiner Tochter in der Zukunft (wieder) haben würde. Zum Zeitpunkt der Abschiebung war die am 21. Februar 2018 getroffene Umgangsregelung, wonach der Antragsteller wieder wöchentlichen – zunächst begleiteten – Umgang erhalten soll, vom Familiengericht noch nicht genehmigt worden. In erster Linie hat das Beschwerdegericht jedoch erhebliche Zweifel daran, dass das erneute familiengerichtliche Verfahren zur Anbahnung eines erneuten Umgangs einem tatsächlichen Interesse des Antragstellers an der Wahrnehmung geschützter Elternrechte geschuldet ist und nicht in erster Linie aufenthaltsrechtliche Wirkungen zeitigen sollte. Der Abbruch der Umgangskontakte fällt zeitlich mit seinem (jedenfalls vorübergehenden) Wegzug nach Villingen-Schwenningen zusammen. Dort lebte der Antragsteller gemeinsam mit seiner neuen Lebensgefährtin, die ein Kind von ihm erwartet. Vor diesem Hintergrund erscheint die Einlassung des Antragstellers, allein die Kindesmutter hätte die Umgangskontakte abgebrochen, nicht glaubhaft. Aber selbst wenn der Abbruch allein von Seiten der Kindesmutter ausgegangen sein sollte, hätte der sich in Villingen-Schwenningen aufhaltende Antragsteller angesichts der erheblichen Entfernung keine persönlichen Kontakte im Rahmen des Üblichen wahrnehmen können. Da der Antragsteller einen Nachsendeauftrag gestellt hat, ist davon auszugehen, dass er auch nicht regelmäßig nach Hamburg gekommen ist. Ferner fällt sein erneuter Antrag auf Regelung des Umgangsrechts zeitlich auffällig mit einer Vorsprache bei der Antragsgegnerin zusammen. Am 15. Januar 2018 erschien der Antragsteller zusammen mit seiner Lebensgefährtin bei der Antragsgegnerin. Ausweislich eines Vermerks der Antragsgegnerin (Bl. 446 d. A.) wurde der Antragsteller nochmals unter Fristsetzung auf die Möglichkeit hingewiesen, Nachweise über das Bestehen einer schützenswerten Beziehung zu seinem deutschen Kind einzureichen. Sowohl der Antragsteller als auch seine Lebensgefährtin hätten hierauf aggressiv reagiert. Die Mutter von ■. würde Schwierigkeiten machen, außerdem sei seine Lebensgefährtin nun schwanger und diese hätte einen Aufenthaltstitel. Der Antragsteller habe angegeben, sich

in Schwenningen aufzuhalten. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte der Antragsteller offenbar nicht vor, sich unter Inanspruchnahme von gerichtlicher Hilfe erneut um Umgangskontakte zu seiner Tochter zu bemühen. Er hatte weder einen entsprechenden Antrag gestellt, noch gab er an, sich um Umgang ernsthaft zu bemühen. Seine Einlassung erweckt eher den Eindruck, als wollte er zu diesem Zeitpunkt mit seiner Lebensgefährtin eine „neue“ Familie aufbauen und hiervon Aufenthaltsrechte ableiten. Erst nach diesem Gespräch stellte er sofort am nächsten Tag unter dem 16. Januar 2018 einen Eilantrag beim Familiengericht. Schließlich ist auch nach den Angaben des Antragstellers im gerichtlichen Verfahren letztlich ungeklärt, ob er wirklich ernsthaft Interesse an einem weiteren Umgangsrecht hat. Mit Schriftsatz vom 8. Februar 2018 trug der Antragsteller vor, dass die Frage, wo er und seine Lebensgefährtin nach der Geburt des Kindes in familiärer Lebensgemeinschaft zusammenleben wollten und dies auch könnten, von ihnen noch nicht entschieden sei. Dies hänge von vielen weiteren, bislang noch ungeklärten, zu gegebener Zeit zu klärenden Faktoren ab, wie z. B. ausländer-/aufenthaltsrechtlichen Genehmigungen, geeignetem bezahlbarem Wohnraum, uneingeschränktem regelmäßigem Umgang mit seiner Tochter etc. Der Antragsteller strebe jedenfalls aktuell keinen Nachzug zu seiner Lebensgefährtin nach Villingen-Schwenningen an. Ein ernsthaftes Bekenntnis zu dem angeblich gewünschten Umgangskontakt zu seiner Tochter ist hierin nicht zu sehen. Eine klare Aussage dahingehend, dass sich der Antragsteller selbstverständlich regelmäßig in Hamburg aufhalten werde, um am Leben und Aufwachsen seiner Tochter tatsächlich teilzunehmen, er sich regelmäßig um Umgang bemühen werde, lässt der Antragsteller vermissen. Im Gegenteil scheint ein regelmäßiger, gelebter Umgang mit seiner Tochter lediglich eine Option für den Antragsteller zu sein. Hierin kann aber kein ernsthaftes, schützenswertes Bemühen um die Wahrnehmung seiner elterlichen Verantwortung gesehen werden.

Darüber hinaus dürfte ein der Folgenbeseitigung entgegenstehendes rechtliches Hindernis in dem nach wie vor bestehenden Einreise- und Aufenthaltsverbot bestehen (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 9.3.2007, 18 B 2533/06, NVwZ-RR 2007, 492, juris Rn. 11 ff.). Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass auch auf die Einhaltung der Sperrfrist im Rahmen eines Vollzugsfolgenbeseitigungsanspruchs verzichtet wird (OVG Bautzen, Beschl. v. 14.12.2011, 3 B 244/11, juris Rn. 5; vgl. auch VGH Mannheim, Beschl. v. 11.3.2008, 13 S 418/08, VBIBW 2009, 149, juris Rn. 7). Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass das diesbezügliche Ermessen der Antragsgegnerin vorliegend auf Null reduziert ist.

Denn zum einen folgt vorliegend das Einreise- und Aufenthaltsverbot – wie ausgeführt – aus einer vorhergehenden Abschiebung, so dass der Bestand der Sperrwirkung nicht unmittelbar mit der Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Abschiebung verknüpft ist. Zum anderen dürfte die Antragsgegnerin im Rahmen dieser Entscheidung berücksichtigen, dass der Antragsteller entgegen dem bestehenden Einreise- und Aufenthaltsverbot erneut in das Bundesgebiet eingereist ist.

bb) Schließlich hat der Antragsteller auch keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Denn für den Antragsteller besteht die Möglichkeit, zunächst die Aufhebung oder nachträgliche Befristung des aus der früheren Abschiebung folgenden Einreise- und Aufenthaltsverbots zu beantragen, um sein Elternrecht sodann im Visumverfahren geltend zu machen (vgl. OVG Bremen, Beschl. v. 19.5.2017, 1 B 47/17, AuAS 2017, 148, juris Rn. 23). Dass ein Abwarten für den Antragsteller und seine Tochter schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge hat, dürfte der Antragsteller, der seinen Antrag auf Wiedereinreise erst mit Schriftsatz vom 3. Mai 2018, mithin mehrere Wochen nach der erfolgten Abschiebung am 22. Februar 2018 gestellt und damit eine besondere Dringlichkeit der Wiedereinreise durch sein Verhalten selbst widerlegt hat, nicht im Einzelnen dargelegt haben.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Festsetzung des Streitwerts bleibt einer gesonderten Entscheidung vorbehalten, da den Beteiligten zuvor rechtliches Gehör zu gewähren ist.

5. Dem Antragsteller ist nach § 166 Abs. 1 Satz 1 VwGO i. V. m. §§ 114 Abs. 1 Satz 1, 119 Abs. 1 Satz 2 ZPO Prozesskostenhilfe für das Verfahren der zweiten Instanz zu bewilligen, da er in erster Instanz obsiegt hat und nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann.