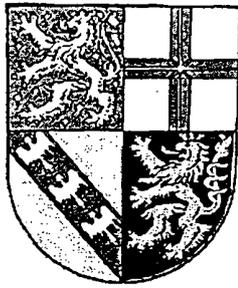


2 W 68/04  
10 F 58/04



M 6221  
EINGANG  
18. FEB. 2005

# OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

## BESCHLUSS

In dem Verfahren

Staatsangehörigkeit: serbisch-montenegrinisch,

- Antragsteller und Beschwerdeführer -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Adam, Mazurek und Dahm, Rathaus-  
platz 5, 66111 Saarbrücken, - da-sch1041-5 -

g e g e n

das Landesamt für Ausländer- und Flüchtlingsangelegenheiten - Gemeinsame  
Ausländerbehörde -, Schlesierallee 17, 66822 Lebach, - Abt. B 2 - Ph -

- Antrags- und Beschwerdegegner -

w e g e n Erlasses einer einstweiligen Anordnung  
(Aufenthaltsbefugnis bzw. Duldung)

hat der 2. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch den Präsidenten des Oberverwaltungsgerichts Rubly, den Richter am Oberverwaltungsgericht Bitz und die Richterin am Oberverwaltungsgericht Schwarz-Höftmann am 15. Februar 2005 beschlossen:

Unter Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 6. Dezember 2004 - 10 F 58/04 - wird dem Antragsteller einstweilen untersagt, den Antragsgegner vor Abschluss des Widerspruchsverfahrens betreffend seinen Widerspruch gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 24.8.2004 in sein Heimatland abzuschicken. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Der Antragsteller und der Antragsgegner tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

### Gründe

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem sein vom Verwaltungsgericht als Antrag auf einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Duldung des Antragstellers bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens ausgelegtes Begehren zurückgewiesen wurde, ist teilweise begründet.

Der Antragsteller hat seine Beschwerde, die auf einstweilige Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens gerichtet ist, im Wesentlichen damit begründet, dass es zwar sein könne, dass auch im Rahmen des § 30 III AuslG trotz Unmöglichkeit der Abschiebung die freiwillige Ausreise des Ausländers möglich sei, dies sei jedoch nicht zwingend; vielmehr komme es insofern auf die einzelne Fallgestaltung an. Sei die Abschiebung des Ausländers nicht

möglich, weil im Heimatland Zustände herrschten, die einer Abschiebung entgegenstünden, könne von der betreffenden Person auch nicht verlangt werden, freiwillig in das Heimatland auszureisen. Dies gelte unabhängig von der Frage, ob in einem Asylverfahren Abschiebungshindernisse nach § 53 AuslG festgestellt worden seien oder nicht. Gerade für Angehörige der Volksgruppe der Roma aus dem Kosovo bestehe nämlich derzeit nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts keine Möglichkeit, einen Folgeantrag nach § 53 AuslG bzw. § 60 AufenthG zu stellen, da angesichts des Erlasses des Ministeriums für Inneres vom 23.5.2003 vom Fehlen der Befugnis zur Stellung eines Folge- oder Wiederaufgreifensantrages ausgegangen werde. Das Verwaltungsgericht selbst habe in seinem den Antragsteller betreffenden Urteil vom 27.11.2002 - 10 K 244/02.A - festgestellt, dass er Angehöriger der Volksgruppe der Roma sei. Die Auffassung des Antragsgegners, dass er, der Antragsteller, zur Volksgruppe der Ashkali gehöre, sei nicht weiter belegt. Aufgrund des zwischen der UNMIK und dem Bundesinnenminister vereinbarten "Memorandum of Understanding" sei es für einen Angehörigen der Volksgruppe der Roma aus dem Kosovo objektiv nicht möglich, zurückzukehren. Würde man auch bei objektiver Unmöglichkeit der Rückkehr eine freiwillige Rückkehr für möglich halten, gäbe es keinen Fall, in dem trotz Bestehens eines Abschiebungshindernisses die freiwillige Rückkehr nicht möglich wäre; § 30 III AuslG würde somit leer laufen. Selbst wenn es sich bei dem Antragsteller, was ausdrücklich bestritten werde, um einen Ashkali handelte, sei nach den Ereignissen vom März 2004 im Kosovo ein objektiver Grund der Unmöglichkeit der Rückkehr in den Kosovo gegeben. Die UNMIK habe das "Memorandum of Understanding" hinsichtlich der Minderheitenangehörigen der Ägypter und Ashkali ausgesetzt. UNHCR vertrete mit seiner Position vom 30.3.2004 zur Schutzbedürftigkeit von Personen aus dem Kosovo ebenfalls die Auffassung, dass auch Ashkali nicht abschiebbar seien. Die Tatsache, dass ein Flüchtling überpflichtgemäße Gefahren - u.U. unverantwortlicher Weise - auf sich genommen habe und zurückgekehrt sei, könne nicht dazu führen, dass von anderen Personen in gleicher Lage trotz bestehender Gefährdung die gleiche Verhaltensweise abverlangt werden könne. Schließlich sei in dem o.g. Erlass eine Aussetzung der Abschiebung gemäß § 54 AuslG zu sehen; der darin liegende Verzicht auf eine Einzelfallprüfung würde ausgehebelt werden, wenn die Ausländerbehörden mit dem Hinweis auf eine freiwillige Rückkehrmöglichkeit doch wieder in eine Einzelfallprüfung eintreten würden. Die Ansicht des erstinstanzlichen Gerichts, die Gewährung eines über

den Erlass hinausgehenden dauerhaften Bleiberechts der betroffenen Volksgruppen sei nach der Beschlusslage der IMK ausgeschlossen, stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, das die jahrelange Erteilung von Duldungen zur Regelung des Aufenthalts eines Ausländers in Deutschland als rechtswidrig ansehe. Für die Situation der Roma, die sich kurz- oder mittelfristig nicht bessern werde, bedeute dies, dass es gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und gegen die Menschenwürde verstoßen würde, wenn ihnen durch die Erteilung von Duldungen nicht die erforderliche Sicherheit zum Leben gegeben werde. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bestünden auch insoweit, als es einen Duldungsanspruch nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK verneine, weil nicht hinreichend glaubhaft gemacht worden sei, dass der familiäre Beistand hinsichtlich der Mutter ausschließlich vom Antragsteller erbracht werden könne. Nach den Traditionen der Roma im Kosovo sei das jüngste Kind für das Wohl und Wehe der Eltern zuständig und deshalb auch deren Erbe, während die Geschwister von der Erbfolge ausgeschlossen seien; eine Übertragbarkeit dieser Verpflichtung auf andere Geschwister gebe es nicht. Wegen dieser gewohnheitsrechtlich verankerten Sorgeverpflichtung des Antragstellers sei eine familiäre Angewiesenheit im Sinne von Art. 8 EMRK gegeben.

Die vom Antragsteller dargelegten Beschwerdegründe, die gemäß § 146 IV 6 VwGO den Rahmen der Prüfung des Oberverwaltungsgerichts festlegen, führen zum teilweisen Erfolg der Beschwerde.

Soweit er mit der Beschwerde – und zwar erstmals im gerichtlichen Verfahren – die einstweilige Verpflichtung des Antragsgegners zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens begehrt, bleibt diese allerdings schon deshalb ohne Erfolg, weil sie auf eine – hier zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nicht erforderliche – Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist, die nur ausnahmsweise dann zulässig ist, wenn ansonsten die zu erwartenden Nachteile für den Antragsteller unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären und außerdem ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für den Erfolg in der Hauptsache spricht<sup>1</sup>. Im Übrigen ist die Erteilung dieses Aufenthaltstitels nach Außerkrafttreten des AuslG und Inkrafttreten des Gesetzes über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Auslän-

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 123 Rdnr. 14 m.z.w.N.

dem im Bundesgebiet (Aufenthaltsgesetz – AufenthG) zum 1.1.2005 (vgl. Art. 15 des Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz) vom 30.7.2004 (BGBl. I S. 1950)) nicht mehr möglich, da er im AufenthG, das nur noch Visum, Aufenthaltserlaubnis und Niederlassungserlaubnis kennt (§ 4 I AufenthG), nicht mehr vorgesehen ist und eine Entscheidung nach dem bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Recht gemäß § 104 I AufenthG nur noch für vor dem 1.1.2005 gestellte Anträge auf Erteilung einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis oder einer Aufenthaltsberechtigung zulässig ist. Auch eine Auslegung seines Antrags dahingehend, dass er nunmehr auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG gerichtet sei, scheidet wegen der Unzulässigkeit einer Vorwegnahme der Hauptsache vorliegend aus, da kein eine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigender Sachverhalt vorliegt.

Allerdings hat der Antragsteller entgegen der erstinstanzlichen Auffassung einen Anspruch auf Aussetzung seiner Abschiebung (Duldung) bis zu dem von ihm in der Beschwerde genannten Zeitpunkt der Widerspruchsentscheidung glaubhaft gemacht.

Nach § 60a II AufenthG wird die Abschiebung eines Ausländers ausgesetzt, solange sie aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird; damit entspricht die neue Regelung in Bezug auf die Voraussetzung der Unmöglichkeit der Rückkehr der bisherigen Regelung des § 55 II AuslG, wonach einem Ausländer eine Duldung erteilt wird, solange u.a. seine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist .

Die Unmöglichkeit seiner Abschiebung wie auch seiner vom Verwaltungsgericht als möglich angesehenen freiwilligen Ausreise leitet der Antragsteller aus seiner behaupteten Zugehörigkeit zur Volksgruppe der Roma und aus dem nach wie vor geltenden Erlass des Ministeriums für Inneres und Sport vom 23.5.2003 her, nach dem Angehörige von Minderheiten aus dem Kosovo, insbesondere auch Ashkali, mit Ausnahme jedoch von Serben und Roma, abweichend von der bis dahin geltenden Regelung zurückgeführt werden können. Allerdings ist die Volkszugehörigkeit des Antragstellers zwischen den Beteiligten streitig. Der Antragsgegner stützt sich ausschließlich auf die von ihm eingeholte Auskunft des „Kosovo Information

Project“ („KIP“), wonach der Vater des Antragstellers Ashkali sei, und leitet hieraus die Volkszugehörigkeit des Antragstellers ab. Der Antragsteller ist dem entgegen getreten und hat die Richtigkeit dieser Auskunft bestritten. Zur Glaubhaftmachung der von ihm behaupteten Tatsache, Roma und nicht Ashkali zu sein, hat er im vorliegenden Verfahren in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 27.9.2004 auf die Ausführungen seines Prozessbevollmächtigten Bezug genommen und außerdem auf die Feststellungen des Verwaltungsgerichts in seinem eigenen Verfahren – und dem seines Vaters – zur Volkszugehörigkeit hingewiesen. Dies überzeugt zwar nicht, weil zum einen die Bezugnahme pauschal und undifferenziert erfolgt ist und zum anderen das Verwaltungsgericht in den beiden Verfahren seinerzeit unter Glaubwürdigkeitsaspekten keinen Anlass hatte, den Vortrag des Antragstellers und seines Vaters, Roma zu sein, auf seine Richtigkeit hin zu überprüfen und dies offensichtlich auch nicht getan hat. Der Antragsteller hatte jedoch im Verwaltungsverfahren beim Antragsgegner am 27.1.2004 eine Bestätigung einer „Roman National Community of Mitrovica District“ und einen „Roma-Pass“, jeweils vom 20.1.2004, vorgelegt, wonach er Volksangehöriger der Roma sei. Mit diesem belegten Vortrag hat sich der Antragsgegner bisher nicht auseinander gesetzt, also auch nicht die Echtheit bzw. die inhaltliche Richtigkeit der Belege begründet angezweifelt. Er hat erkennbar auch keine Auskünfte dazu eingeholt, von welchem Verständnis einer „Roma“-Volkszugehörigkeit die ausstellende Stelle ausgeht<sup>2</sup> oder ob von ihr schon Gefälligkeitsbescheinigungen ausgestellt wurden; er hat auch keine sonstigen Maßnahmen ergriffen, die zur weiteren Aufklärung der Volkszugehörigkeit des Antragstellers beitragen könnten.

Ist nach allem offen, ob der Antragsteller Roma im Sinne des Erlasses des Ministeriums für Inneres vom 23.5.2003 ist und deshalb nicht abgeschoben werden darf, weil er in seiner Heimat - auch aus der Sicht der Innenministerkonferenz - erheblichen Gefährdungen ausgesetzt wäre, so ergibt eine hauptsacheoffene Interessenabwägung, dass dem privaten Antragsteller-Interesse an einem weiteren Verbleib in Deutschland angesichts seiner möglichen Gefährdung bei einer Rückkehr Vorrang vor dem öffentlichen Interesse daran gebührt, dass die Ausreise-

---

<sup>2</sup> vgl. AA, Bericht über die asyl- und abschiebungsrelevante Lage in Serbien und Montenegro (Kosovo) vom 10.2.2004 – 508-516.80/SCG- und Urteil des OVG Saarlouis vom 21.9.2004 – 1 R 8/04 -, wonach zur Gruppe der Roma neben den sog. „ethnischen“ Roma auch Ashkali und „Ägypter“ zählen – so auch der den Antragsteller betreffende Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 3. Juni 2002 (2485993-138)

pflicht eines möglicherweise zur Volksgruppe der Ashkali gehörenden und somit nicht durch den vorgenannten Erlass geschützten Ausländer vollzogen wird. Die erforderliche weitere Aufklärung des Sachverhalts wird die Widerspruchsbehörde vorzunehmen haben. Aus gegebenem Anlass ist schließlich klarzustellen, dass einem Roma-Volkszugehörigen im Sinne des o.g. Erlasses wegen der ihm in seinem Heimatland drohenden Gefährdung, vor der ihn der Erlass schützen will, auch keine freiwillige Heimkehr zugemutet werden kann.

Die Beschwerde hatte daher teilweise Erfolg.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 I VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht für das Beschwerdeverfahren auf §§ 63 II, 47, 53 III, 52 I, II GKG 2004 und berücksichtigt, dass der Antragsteller mit seiner Beschwerde die Vorwegnahme der Hauptsache begehrte, die mit dem Regelwert zu veranschlagen war.

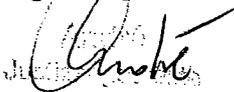
Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

gez.: Rubly

Bitz

Schwarz-Höftmann

Ausgefertigt:



Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

