

B e s c h l u s s

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

wegen Erteilung einer Duldung;  
hier: Beschwerde gegen die Ablehnung einer einstweiligen Anordnung  
nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO

hat der 19. Senat des

OBERVERWALTUNGSGERICHTS FÜR DAS LAND NORDRHEIN-WESTFALEN

am 29. November 2005

durch

den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht K a m p m a n n ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht G e l b e r g ,

den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. B ü l t e r

auf die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungs-  
gerichts Köln vom 23. Oktober 2003

beschlossen:

Der angefochtene Beschluss wird geändert.

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller eine Duldung zu erteilen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen.

Der Streitwert wird für beide Instanzen auf 2.000,00 € festgesetzt.

### Gründe:

Die Beschwerde ist gemäß § 146 Abs. 1 und 4 VwGO zulässig und begründet. Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsanspruch (A.) als auch einen Anordnungsgrund (B.) glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO, §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO).

A. Der Antragsteller hat glaubhaft gemacht, dass ihm ein Anordnungsanspruch gegen die Antragsgegnerin zusteht. Er hat einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60 a Abs. 2 AufenthG (I.). Die Erteilung einer Duldung durch eine Ausländerbehörde in Nordrhein-Westfalen verstößt nicht deshalb gegen Bundesrecht, weil der Antragsteller damit einen länderübergreifenden Wohnsitzwechsel aus dem Landkreis H. in Rheinland-Pfalz in den Bezirk der Antragsgegnerin erstrebt (II.). Der Anspruch richtet sich gegen die Antragsgegnerin (III.). Ihm steht ein fehlendes Einvernehmen des Landkreises H. nicht entgegen (IV.).

I. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung nach § 60 a Abs. 2 AufenthG. Nach dieser Vorschrift ist die Abschiebung eines Ausländers auszusetzen, solange die Abschiebung unter anderem aus rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Diese Voraussetzungen sind bei dem Antragsteller erfüllt.

1. Seine Abschiebung ist gegenwärtig und vorbehaltlich einer Änderung der maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse auch in Zukunft aus Rechtsgründen unmöglich.

Der Abschiebung des Antragstellers steht dessen Grundrecht auf Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG entgegen, weil er im Bezirk der Antragsgegnerin eine familiäre Lebensgemeinschaft mit seiner Tochter und deren Mutter führt, die beide togoische Staatsangehörige sind und nicht darauf verwiesen werden können, die familiäre Lebensgemeinschaft mit dem ebenfalls togoischen Antragsteller in Togo zu führen.

Der Antragsteller führt im Bezirk der Antragsgegnerin eine familiäre Lebensgemeinschaft mit seiner Tochter und deren Mutter. Er lebt im Haus I. Straße 85, C. , mit Frau P. G. U. und der gemeinsamen Tochter T. zusammen. Mit Frau U. ist er nach togoischem Recht verheiratet (Heiratsurkunde vom 19. Januar 1999). Ob diese Ehe den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG genießt, kann der Senat offen lassen. Denn nach Art. 6 Abs. 1 und 2 GG schutzwürdig ist jedenfalls die familiäre Lebensgemeinschaft des Antragstellers mit seiner Tochter T. , die am 5. März 2002 in C. geboren ist. Für sie hat der Antragsteller die Vaterschaft mit Zustimmung der Mutter anerkannt (Urkunden des Standesamtes C. I vom 20. und 25. März 2002). Er übt mit Frau U. die gemeinsame elterliche Sorge über die Tochter aus (gemeinsame Sorgerechtserklärung der Eltern gegenüber dem Jugendamt der Antragsgegnerin vom 19. September 2002). Die familiäre Lebensgemeinschaft des Antragstellers mit seiner Tochter und deren Mutter besteht, soweit nach Aktenlage ersichtlich, schon seit der Geburt der Tochter im März 2002. Das ergibt sich aus den vorstehend erwähnten personenstandsrechtlichen Urkunden des Standesamtes C. I, in die der Standesbeamte als Wohnort beider Elternteile jeweils die Wohnung I. Str. 85 eingetragen hat. Diese Eintragungen beruhen mangels gegenteiliger Anhaltspunkte auf den übereinstimmenden Angaben beider Elternteile, deren Richtigkeit weder damals der Standesbeamte noch die Antragsgegnerin im vorliegenden gerichtlichen Eilverfahren in Zweifel gezogen haben. Mit Schriftsatz seines M. Rechtsanwaltes hat der Antragsteller ferner unter dem 8. April 2002 bei der Antragsgegnerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zur Familienzusammenführung beantragt und als seinen Wohnort die vorgenannte C1. Anschrift mitgeteilt. Im Schriftsatz vom 15. Juli 2002 an das VG Neustadt an der Weinstraße hat dieser Rechtsanwalt betont, der Antragsteller kümmerge sich sowohl um das Kindeswohl als auch um das Wohlergehen und den Lebensunterhalt der Kindesmutter. Weiter wird die genannte Annahme bestätigt

durch die Aufenthaltsfeststellung, die der Außendienst der Antragsgegnerin am 8. Oktober 2002 in der Familienwohnung I. Straße 85 durchgeführt hat. Dort wurde der Antragsteller angetroffen und er erklärte, mit Frau U. in der Wohnung zu wohnen.

Für die Zeit ab August 2002 wird die Annahme einer familiären Lebensgemeinschaft ferner bestätigt durch die Meldebescheinigung vom 30. August 2002, die das Bürgeramt der Antragsgegnerin dem Antragsteller für die genannte Wohnung ausgestellt hat und nach der der Antragsteller diese Wohnung für die Zeit ab 1. August 2002 als Hauptwohnung gemeldet hat. Die Meldebescheinigung des Einwohner- und Standesamtes der Antragsgegnerin vom 11. November 2004 ändert daran im Ergebnis Nichts. Wenn die Familienwohnung I. Straße 85 darin abweichend von der Meldebescheinigung vom 30. August 2002 nunmehr als „bisherige Nebenwohnung“ bezeichnet und weiter bescheinigt wird, der Antragsteller habe sich am 1. November 2004 von dort zur Hauptwohnung „S. 0“ in X. am S1. im Landkreis H. abgemeldet, so rechtfertigt das nicht den Schluss, dass sich der Antragsteller auch tatsächlich überwiegend anderswo als bei seiner Familie in C. aufhält. Gegen diesen Schluss spricht jedenfalls, dass der Ausländerbehörde des Landkreises H. von einem neuerlichen Aufenthalt des Antragstellers in deren Bezirk nichts bekannt ist, er vielmehr dort seit November 2003 nicht mehr in Erscheinung getreten ist (tel. Auskunft des Herrn I1. von der Ausländerbehörde des Landkreises H. vom 2. März 2005). Nach dem bislang unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Antragstellers erfolgte die Abmeldung vielmehr ausschließlich, weil die Antragsgegnerin ihm Strafverfolgung wegen illegalen Aufenthalts in C. oder die Ahndung als Ordnungswidrigkeit angedroht habe, sich andererseits aber mit dem Argument fehlender örtlicher Zuständigkeit weigere, sein Umzugsbegehren sachlich zu bescheiden.

Den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs, den der Antragsteller in diesem Zusammenhang gegen die Antragsgegnerin erhebt, nimmt der Senat zum Anlass für den Hinweis, dass die Antragsgegnerin an ihrer unzutreffenden Auffassung fehlender örtlicher Zuständigkeit in Fällen der vorliegenden Art weiter festhält, obwohl ihr der Widerspruch zur Rechtslage seit dem gegen sie ergangenen Senatsbeschluss 19 B 1577/02 vom 27. Mai 2004 bekannt ist. Der Senat weist ferner darauf hin, dass das

BVerfG eine Praxis der Ausländerbehörden, den Aufenthalt eines Ausländers über mehrere Monate hinweg ungeregelt zu lassen, als gesetzwidrig, und eine ausschließlich hieran anknüpfende Bestrafung durch ein Strafgericht als willkürlich bezeichnet hat.

BVerfG, Beschluss vom 6. März 2003 - 2 BvR  
397/02 -, InfAuslR 2003, 185, Juris, Rdn. 35, 37.

Selbst wenn sich der Antragsteller jedoch wieder überwiegend in X. aufhalten sollte, würde dies die Schutzwirkungen des Art. 6 Abs. 1 und 2 GG nicht beeinträchtigen, weil es sich bei diesem angenommenen Umzug nicht um eine einvernehmliche oder auch nur dem Willen eines der Familienmitglieder entsprechende Beendigung der familiären Lebensgemeinschaft handeln würde.

Auch sonst bestehen nach Aktenlage keine Anhaltspunkte dafür, dass sich der Antragsteller seit März 2002 noch für längere Zeiträume in seiner früheren Wohnung in X. aufgehalten hat. Dort war er Anfang Dezember 2000 nicht mehr angetroffen worden, nachdem sein dritter Asylantrag erfolglos geblieben war und der Landkreis H. ihm die erneute Abschiebung nach Togo für den 5. Dezember 2000 angekündigt hatte. Zweifel an der Führung der familiären Lebensgemeinschaft in C. ergeben sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht aus dem Umstand, dass er über seinen M. Rechtsanwalt Anfang März 2002 seinen vierten Asylantrag gestellt und im Anschluss an dessen Ablehnung über diesen Rechtsanwalt weiteren Schriftwechsel mit dem Landkreis H. und der Antragsgegnerin mit dem Ziel der Familienzusammenführung in C. geführt hat. Denn der Rechtsanwalt hatte, wie bereits erwähnt, sogleich mit Schriftsatz vom 8. April 2002 mitgeteilt, dass sich der Antragsteller bei seiner Familie in C. aufhalte.

Auf eine Herstellung der Familieneinheit im gemeinsamen Herkunftsland Togo kann der Antragsteller nicht verwiesen werden, obwohl auch seine Tochter und Frau U. die togoische Staatsangehörigkeit besitzen. Frau U. ist nicht zuzumuten, nach Togo zurückzukehren. Sie ist Inhaberin eines internationalen Reiseausweises für Flüchtlinge und im Besitz einer bis zum 17. Februar 2007 befristeten Aufenthaltserlaubnis für Konventionsfluchtlinge nach § 25 Abs. 2 AufenthG („kleines Asyl“).

Anhaltspunkte dafür, dass der zugrunde liegende Flüchtlingsstatus der Frau U. zwischenzeitlich entfallen sein könnte, bestehen nicht.

2. Im Fall des Antragstellers ist auch die weitere Voraussetzung des § 60 a Abs. 2 AufenthG erfüllt, dass ihm „keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird.“

Der Erteilung eines Aufenthaltstitels an den Antragsteller steht zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Sperrwirkung des § 11 Abs. 1 Satz 2 AufenthG entgegen, weil er nach dem negativen Abschluss seines zweiten Asylverfahrens am 15. Juli 1998 nach Togo abgeschoben worden ist. Eine Befristung der Wirkungen der Abschiebung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 AufenthG ist, soweit nach Aktenlage ersichtlich, bislang nicht erfolgt. Der Antragsteller hat hierzu lediglich mitgeteilt, der Landkreis H. habe die Bereitschaft zu einer Ratenzahlungsvereinbarung hinsichtlich der Abschiebungskosten und zu einer nachträglichen Befristung erklärt.

Unerheblich ist, ob der Antragsteller eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 5 Satz 1 AufenthG beanspruchen kann, die abweichend von § 11 Abs. 1 AufenthG erteilt werden kann. Der Duldungsanspruch nach § 60 a Abs. 2 AufenthG entfällt nach dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht schon dann, wenn der Ausländer einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis hat, sondern nur dann, wenn ihm eine Aufenthaltserlaubnis erteilt „wird“, d. h. wenn die Ausländerbehörde aktuell anstelle einer Duldung eine Aufenthaltserlaubnis erteilt. Eine solche Bereitschaft kann der Senat hier umso weniger feststellen, als die Antragsgegnerin ihre örtliche Zuständigkeit sogar zur Erteilung einer Duldung an den Antragsteller verneint. Da die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist, hat der Senat auch keine Möglichkeit, gegenüber der Antragsgegnerin verbindlich über diesen Anspruch zu entscheiden. Der Senat weist daher lediglich darauf hin, dass der Antragsteller die Voraussetzungen des § 25 Abs. 5 Sätze 1 bis 3 AufenthG erfüllt, und der Senat nach gegenwärtigem Erkenntnisstand keine Gründe erkennen kann, die ein Abweichen von der Sollvorschrift des § 25 Abs. 5 Satz 2 AufenthG rechtfertigen.

II. Die Erteilung einer Duldung durch eine Ausländerbehörde in Nordrhein-Westfalen verstößt nicht deshalb gegen Bundesrecht, weil der Antragsteller damit einen

länderübergreifenden Wohnsitzwechsel erstrebt. Dadurch ist weder § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG (1.) noch eine fortgeltende asylverfahrensrechtliche Zuweisungsentscheidung betreffend den Antragsteller an den Landkreis H. verletzt (2.).

1. Es verstößt nicht gegen § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, wenn die Antragsgegnerin dem Antragsteller eine Duldung für einen Aufenthalt erteilt, der nach dieser Vorschrift räumlich auf das Gebiet Landes Nordrhein-Westfalen beschränkt ist. Diese Duldung gerät nicht in Konflikt mit einer in Rheinland-Pfalz erteilten Duldung. Die letzte Duldung, die ihm der Landkreis H. erteilt hat, war bis zum 9. August 2004 befristet. Die räumliche Beschränkung auf das Gebiet des Landes Rheinland-Pfalz, die sich nach § 56 Abs. 3 Satz 1 AuslG aus dieser Duldung ergab, blieb nach § 44 Abs. 6 AuslG auch nach Wegfall der Duldung jedenfalls bis zum 31. Dezember 2004 in Kraft. Ob sie über diesen Zeitpunkt hinaus in Kraft geblieben ist, ist zweifelhaft. § 51 Abs. 6 AufenthG, der am 1. Januar 2005 an die Stelle des § 44 Abs. 6 AuslG getreten ist, sieht ein In-Kraft-Bleiben räumlicher Beschränkungen dem Wortlaut nach nur „nach Wegfall des Aufenthaltstitels“, nicht aber auch nach Wegfall einer Duldung vor. Der Senat kann offen lassen, ob darin ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers liegt, das möglicherweise darauf beruht, dass der Vermittlungsausschuss § 60 a AufenthG erst nachträglich in den Entwurf des AufenthG eingefügt hat.

Selbst wenn die räumliche Beschränkung des Aufenthalts des Antragstellers auf das Gebiet des Landes Rheinland-Pfalz gleichwohl bis heute in Kraft geblieben sein sollte, steht diese der Erteilung einer Duldung in Nordrhein-Westfalen nicht entgegen. Denn mit der Erteilung einer Duldung, die einen länderübergreifenden Wohnsitzwechsel ermöglicht, erlöschen eine etwa noch in Kraft gebliebene Duldung aus dem anderen Bundesland und deren räumliche Beschränkung auf dieses Bundesland. Eine solche Duldung erledigt sich mit der Erteilung der neuen Duldung „auf andere Weise“ im Sinne des § 43 Abs. 2 VwVfG. Zugleich tritt die gesetzliche räumliche Beschränkung auf das Gebiet des Bundeslandes, in dem die neue Duldung erteilt wird, an die Stelle der bisherigen räumlichen Beschränkung. Das ergibt sich aus § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, der es verbietet, den Aufenthalt eines geduldeten Ausländers räumlich auf das Gebiet mehr als eines Bundeslandes hinaus auszudehnen.

Nds. OVG, Urteil vom 16. November 2004 - 9 LB 156/04 -, InfAuslR 2005, 57, und Beschluss vom 23. März 2000 - 10 M 4629/99 -, NdsRpfl 2000, 241, Juris, Rdn. 6; Bay. VGH, Beschluss vom 16. Februar 2000 - 10 CS 99.3290 -, InfAuslR 2000, 223.

Soweit die Erteilung einer zweiten Duldung neben einer noch gültigen Duldung als zulässig angesehen wird,

Nds. OVG, Beschluss vom 17. Oktober 2002 - 8 ME 142/02 -, NVwZ-Beilage 2003, 22; VG Braunschweig, Beschluss vom 18. November 2002 - 6 B 548/02 -, InfAuslR 2003, 107; Hamb. OVG, Beschluss vom 15. September 2004 - 3 Bs 257/04 -, Juris; Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, § 61 Rdn. 16,

versteht der Senat dies im vorstehend beschriebenen Sinn. Anderenfalls läge in der hinzutretenden zweiten Duldung eine gesetzwidrige Ausdehnung der räumlichen Beschränkung des Aufenthalts auf ein weiteres Bundesland. Ebenfalls im vorstehend beschriebenen Sinn zu verstehen ist die Äußerung des beschließenden Gerichts, dass aus asylverfahrensunabhängigen Gründen geduldete Ausländer einen länderübergreifenden Wohnsitzwechsel durch eine Änderung der räumlichen Beschränkung ihrer Duldungen erreichen können.

OVG NRW, Urteil vom 1. Dezember 1999 - 17 A 3994/98 -, NVwZ-Beilage 2000, 82 = Juris, Rdn. 19; ebenso VG Düsseldorf, Urteil vom 3. November 1999 - 7 K 1413/99 -, AuAS 2000, 77 (78).

Die vorstehende Gesetzesauslegung entspricht dem aus der Entstehungsgeschichte ableitbaren Sinn und Zweck des § 61 AufenthG. Die Vorschrift dient primär der besseren Überwachung vollziehbar ausreisepflichtiger Ausländer, schließt aber andererseits auch nicht aus, einem solchen Ausländer im Einzelfall einen auch länderübergreifenden Wohnsitzwechsel außerhalb eines generellen länderübergreifenden Verteilungsverfahrens zu ermöglichen, wenn das aus zwingenden Gründen geboten ist, insbesondere wenn Art. 6 Abs. 1 und 2 GG die Ermöglichung einer Haushaltsgemeinschaft zwischen Ehegatten oder Eltern und ihren minderjährigen Kindern gebietet. Diesem Verfassungsgebot kann vielfach nicht anders als durch eine einzelfallbezogene Änderung der räumlichen Beschränkung des Aufenthalts

nach § 61 Abs. 1 AufenthG Rechnung getragen werden. Denn für eine Vielzahl von geduldeten Ausländern sieht das geltende Ausländerrecht ein länderübergreifendes Verteilungsverfahren nicht vor. Von dem Verteilungsverfahren nach § 15 a AufenthG werden nur diejenigen Ausländer erfasst, die nach dem 31. Dezember 2004 unerlaubt eingereist sind (§ 15 a Abs. 6 AufenthG). Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Verteilungsverfahren für Asylbewerber und Ausländer mit rechtmäßigem Aufenthalt (§§ 45, 46, 55 und 56 AsylVfG, § 24 Abs. 3 bis 5 AufenthG) auf geduldete Ausländer kommt nicht in Betracht, weil es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt. Denn unter der Geltung des AuslG 1990 hatte der Gesetzgeber von einem länderübergreifenden Verteilungsverfahren für diesen Personenkreis bewusst abgesehen, weil er der Ansicht war, dass hierfür ein praktisches Bedürfnis nicht bestehe. Aus diesem Grund hat er die Ermächtigung an den Bundesminister des Innern in § 17 Abs. 2 AuslG 1965, geduldete Ausländer aufgrund des vom Bundesrat festgestellten Schlüssels für die Verteilung von ausländischen Flüchtlingen auf die Länder zu verteilen, nicht in die Neufassung des AuslG 1990 aufgenommen.

BT-Drs. 11/6321, S. 76; Nds. OVG, Beschluss vom  
23. März 2000 - 10 M 4629/00 -, a.a.O., Rdn. 7.

Auch für die Erteilung einer Erlaubnis zum vorübergehenden Verlassen des gesetzlich beschränkten Aufenthaltsbereichs nach § 12 Abs. 5 Sätze 1 und 2 AufenthG ist in Fällen der vorliegenden Art kein Raum, in denen es um die auf Dauer angelegte Herstellung oder Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft geht.

Anders wohl Funke-Kaiser, a.a.O., § 61 Rdn. 18.

Die Vorschrift ist § 58 AsylVfG nachgebildet und ermöglicht wie diese nur kurzfristig andauernde Abwesenheiten. Für § 58 Abs. 1 AsylVfG hat der Senat bereits entschieden, dass eine entsprechende Anwendung auf Fälle länderübergreifenden Wohnsitzwechsels geduldeter Ausländer nicht in Betracht kommt.

OVG NRW, Beschluss vom 27. Mai 2004 - 19 B  
1577/02 -; ebenso Nds. OVG, Beschluss vom  
17. Oktober 2002 - 8 ME 142/02 -, a.a.O.

Die vorstehende Gesetzesauslegung ist im Übrigen für die Antragsgegnerin ohne Weiteres erkennbar, denn sie entspricht der für sie verbindlichen Erlasslage. In Nr. 72.3.1.2 Sätze 3 und 4 der Vorläufigen Anwendungshinweise des BMI zum AufenthG (VorlAnwHinw) heißt es, dass die räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1 AufenthG einen Länder- oder Ortswechsel grundsätzlich nicht ausschließt. Noch deutlicher hatte das Bundesministerium des Innern in Nr. 56.3.1 Sätze 4 und 5 AuslGVwV bestimmt, dass eine länderübergreifende Änderung des räumlichen Geltungsbereichs der Duldung unbeschadet landesrechtlicher Zuständigkeitsregelungen auch durch eine andere Ausländerbehörde zulässig ist, die die Maßnahme nicht angeordnet hat, und dass eine solche Änderung der räumlichen Beschränkung aus dringenden familiären Gründen in Betracht kommen kann.

2. Entgegen der Auffassung des VG verstößt die Erteilung einer Duldung durch eine Ausländerbehörde in Nordrhein-Westfalen auch nicht gegen die Zuweisungsentscheidung nach § 50 Abs. 4 und 5 AsylVfG, durch die der Antragsteller, soweit nach Aktenlage feststellbar, schon während seines ersten, Anfang 1998 abgeschlossenen Asylverfahrens dem Landkreis H. in Rheinland-Pfalz zugewiesen worden war. Nach der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung bleibt die Zuweisungsentscheidung auch nach rechts- oder bestandskräftiger Beendigung des Asylverfahrens so lange wirksam, bis der Ausländer ausgereist ist oder die Ausländerbehörde ihm einen Aufenthalt aus asylverfahrensunabhängigen Gründen ermöglicht. Ein solcher Anschlussaufenthalt, der mit dem Betreiben des Asylverfahrens in keinem Zusammenhang mehr steht, kann auch durch eine Duldung bewirkt werden. Durch deren Erteilung wird die Zuweisungsentscheidung gegenstandslos.

BVerwG, Urteil vom 31. März 1992 - 9 C 155.90 -,  
Buchholz 402.25 § 22 AsylVfG Nr. 4, Juris, Rdn. 19;  
OVG NRW, Urteil vom 1. Dezember 1999 - 17 A  
3994/98 -, a.a.O., Rdn. 7, und Beschluss vom 19. Mai  
1999 - 17 B 2737/98 -, InfAuslR 1999, 412, Juris,  
Rdn. 21; vgl. auch OVG Rh.-Pf., Beschluss vom  
16. Januar 2004 - 10 B 11661/03 -, AuAS 2004, 130,  
Juris, Rdn. 4; Sächs. OVG, Beschluss vom 19. Mai  
2004 - 3 Bs 380/03 -, InfAuslR 2004, 341.

Daraus ergibt sich unmittelbar, dass die Ausländerbehörde durch die fortgeltende Zuweisungsentscheidung nicht gehindert ist, dem Ausländer durch Erteilung einer

Duldung einen asylverfahrensunabhängigen Aufenthalt in ihrem Bezirk zu ermöglichen, und die Zuweisungsentscheidung dadurch gegenstandslos wird. Das gilt für jede Ausländerbehörde, die eine örtliche Zuständigkeit für eine Entscheidung über den Aufenthalt dieses Ausländers besitzt. Die Zwecke der Zuweisungsentscheidung und der länderübergreifenden Verteilung von Asylbewerbern nach den §§ 45 ff. AsylVfG erfordern es nicht, die Befugnis zur Einräumung eines asylverfahrensunabhängigen Aufenthalts der Ausländerbehörde des Zuweisungsortes vorzubehalten. Das gilt insbesondere dann, wenn mit dieser Entscheidung dem verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der Haushaltsgemeinschaft von Ehegatten sowie, wie hier, von Eltern und ihren minderjährigen Kindern nach Art. 6 GG Rechnung getragen werden soll. Insoweit hat der Gesetzgeber der Familiengemeinschaft sowohl im asylverfahrensrechtlichen Verteilungsverfahren als auch für die sonstigen länderübergreifenden Verteilungsverfahren für Ausländer stets den Vorrang vor einer rechnerischen Aufnahmequote der einzelnen Bundesländer beigemessen (vgl. dazu §§ 46 Abs. 3 Satz 2, 47 Abs. 2, 50 Abs. 4 Satz 5, 51 Abs. 1, 53 Abs. 2 Satz 3 AsylVfG, § 15 a Abs. 1 Satz 6, Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Satz 3 AufenthG).

III. Der Duldungsanspruch des Antragstellers richtet sich gegen die Antragsgegnerin. Sie ist passiv legitimiert, weil sie örtlich für die Erteilung der Duldung zuständig ist (1.). Ihrer örtlichen Zuständigkeit steht nicht entgegen, dass in Bezug auf den Antragsteller möglicherweise auch in Rheinland-Pfalz nach den dort einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften eine örtliche Zuständigkeit der Ausländerbehörde des Landkreises H. begründet ist (2.). Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verbietet es der Antragsgegnerin, den Antragsteller auf einen ihm nach materiellem Ausländerrecht möglicherweise gegen den Landkreis H. zustehenden Duldungsanspruch zu verweisen (3.).

1. Der Senat lässt offen, ob sich die örtliche Zuständigkeit der Antragsgegnerin für die Erteilung einer Duldung an den Antragsteller schon unmittelbar aus dem Bundesrecht, nämlich aus den §§ 59 Abs. 3 Nr. 3, 71 Abs. 7 Satz 2 AsylVfG ergibt. Nach der letztgenannten Vorschrift ist in den Fällen der Absätze 5 und 6 des § 71 AsylVfG für ausländerrechtliche Maßnahmen auch diejenige Ausländerbehörde zuständig, in deren Bezirk sich der Ausländer aufhält. Die Anwendung dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall setzt voraus, dass auch die Erteilung einer Duldung zu den aus-

länderrechtlichen Maßnahmen zählt, die eine örtliche Zuständigkeit begründet (verneinend Nr. 71.1.2.8.4 VorlAnwHinw).

Auch unabhängig von einer unmittelbar aus dem Bundesrecht begründeten örtlichen Zuständigkeit der Antragsgegnerin ist diese jedenfalls nach nordrhein-westfälischem Landesrecht für die Erteilung einer Duldung an den Antragsteller örtlich zuständig. Es entspricht inzwischen ständiger Rechtsprechung des beschließenden Gerichts, dass sich die örtliche Zuständigkeit der Ausländerbehörden in Nordrhein-Westfalen nach § 4 Abs. 1 OBG NRW richtet, der als Spezialvorschrift des Rechtes der Gefahrenabwehr dem § 3 VwVfG NRW als allgemeiner Vorschrift vorgeht.

OVG NRW, Beschlüsse vom 10. Februar 2005  
- 18 B 42/05 -, 28. Juli 2004 - 19 B 2409/03 -, 27. Mai  
2004 - 19 B 1577/02 - und 10. Juli 1997  
- 18 B 1853/96 -, NVwZ-RR 1998, 201; zu § 3  
VwVfG Hamb. OVG, Beschluss vom 26. November  
2003 - 1 Bs 566/03 -, InfAusIR 2004, 108.

Die zu schützenden Interessen werden im Sinne des § 4 Abs. 1 OBG NRW im Bezirk der Antragsgegnerin verletzt, weil sich dort der Antragsteller, seine Tochter T. und deren Mutter Frau U. aufhalten. Auf die Frage, ob es der Familie zumutbar ist, die Familieneinheit im Landkreis H. herzustellen, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

2. Der örtlichen Zuständigkeit der Antragsgegnerin steht nicht entgegen, dass in Bezug auf den Antragsteller möglicherweise auch in Rheinland-Pfalz nach den dort einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften eine örtliche Zuständigkeit der Ausländerbehörde des Landkreises H. begründet ist. Eine solche Mehrfachzuständigkeit ist weder nach nordrhein-westfälischem Recht noch bundesrechtlich ausgeschlossen, wie § 72 Abs. 3 Satz 1 AufenthG belegt. Die unter Geltung des AuslG entwickelte gegenteilige Auffassung, für die ausländerrechtlichen Angelegenheiten eines Ausländers könne immer nur eine Ausländerbehörde zuständig sein,

Hamb. OVG, Beschluss vom 15. September 2004  
- 3 Bs 257/04 -, Juris,

ist seit dem In-Kraft-Treten des Zuwanderungsgesetzes überholt. Sie stützte sich auf die ersatzlos außer Kraft getretene Bestimmung in § 63 Abs. 2 Nr. 2 AuslG, der das Bundesministerium des Innern ermächtigte, in Fällen länderübergreifender positiver oder negativer Kompetenzkonflikte die zuständige Ausländerbehörde durch Verwaltungsvorschrift zu bestimmen. Der Gesetzgeber hat § 63 Abs. 2 AuslG ohne Begründung nicht in § 71 AufenthG übernommen.

Vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 15/420, S. 94.

Sollte nach den in Rheinland-Pfalz einschlägigen landesrechtlichen Vorschriften eine örtliche Zuständigkeit für die Erteilung einer Duldung auch der Ausländerbehörde des Landkreises H. begründet sein, so handelt es sich dabei jedenfalls nicht um eine ausschließliche oder vorrangige örtliche Zuständigkeit. Ausschließlich örtlich zuständig für ausländerrechtliche Maßnahmen gegenüber dem Antragsteller ist der Landkreis H. entgegen der Annahme des VG insbesondere nicht wegen des Fortbestehens einer asylverfahrensrechtlichen Zuweisungsentscheidung, mit der der Antragsteller diesem Kreis zugewiesen worden ist. Der Senat folgt nicht der in der obergerichtlichen Rechtsprechung teilweise vertretenen Auffassung zu § 64 Abs. 2 Satz 2 AuslG, der Vorläuferbestimmung des § 72 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, jener schließe in Fällen fortbestehender asylverfahrensrechtlicher Zuweisungsentscheidung die anderweitige örtliche Zuständigkeit einer Ausländerbehörde aus, für deren Bezirk eine vom Zuweisungsort abweichende Aufenthaltnahme begehrt werde.

Thür. OVG, Beschluss vom 22. Januar 2004 - 3 EO  
1060/03 -, InfAuslR 2004, 336, Juris, Rdn. 36.

Diese Rechtsprechung beruht auf einem Missverständnis des § 64 Abs. 2 Satz 2 AuslG und steht mit § 59 Abs. 3 Nr. 3 AsylVfG 1992 nicht im Einklang. Mit dieser Bestimmung hat der Gesetzgeber klargestellt, dass für die Durchsetzung der Verlässenspflicht nach § 12 Abs. 3 AufenthG (bis zum 31. Dezember 2004: § 36 AuslG) auf der Grundlage einer asylverfahrensrechtlichen Zuweisungsentscheidung in einen anderen Bezirk unter anderem auch diejenige Ausländerbehörde örtlich zuständig ist, in deren Bezirk sich der Ausländer einer räumlichen Beschränkung zuwider aufhält.

Abgesehen davon überdehnt die genannte Rechtsprechung die Reichweite der §§ 72 Abs. 3 Satz 2 AufenthG, 64 Abs. 2 Satz 2 AuslG. Beide Vorschriften enthalten keine Regelung über die örtliche Zuständigkeit, schon gar nicht normieren sie eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit der „anderen“ Ausländerbehörde, auf deren Bezirk der Aufenthalt des Asylbewerbers oder ehemaligen Asylbewerbers räumlich beschränkt ist. Entsprechend den gesetzlichen Normüberschriften regeln die Bestimmungen vielmehr „Beteiligungserfordernisse“, also die Frage, in welchen Fällen eine Ausländerbehörde für eine von ihr beabsichtigte ausländerrechtliche Maßnahme auf die verwaltungsinterne Mitwirkung (Zustimmung, Einvernehmen) einer anderen Ausländerbehörde angewiesen ist und diese Maßnahme mithin zum mehrstufigen Verwaltungsakt wird. Ausschließliche oder zusätzliche örtliche Zuständigkeiten kraft Bundesrechts begründet § 72 Abs. 3 AufenthG weder in seinem Satz 1 (für die bereits tätig gewordene Ausländerbehörde) noch in seinem Satz 2 (für die Ausländerbehörde des Zuweisungsortes). § 72 Abs. 3 AufenthG geht vielmehr von einer Vorbefassung dieser Behörden mit dem Fall des betroffenen Ausländers und damit regelmäßig auch von einer durch Landesrecht begründeten gegenwärtigen oder früheren örtlichen Zuständigkeit dieser Behörden aus. Insgesamt überlassen die §§ 71, 72 AufenthG die Regelung der örtlichen Zuständigkeit der Ausländerbehörden dem Landesrecht, soweit nicht im Einzelfall das Bundesrecht eine besondere Regelung enthält (z. B. in § 51 Abs. 2 Satz 3 AufenthG, vgl. dazu Nr. 71.1.2.1 VorlAnwHinw). Dementsprechend hat der Senat zur bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Rechtslage bereits entschieden, dass die Ausländerbehörde am Ort des tatsächlichen beschränkungswidrigen Aufenthalts für ausländerrechtliche Maßnahmen gegenüber dem rechtswidrig zugereisten Ausländer örtlich zuständig ist, weil sie die Verlassenspflicht nach § 36 AuslG (heute § 12 Abs. 3 AufenthG) anderenfalls nicht mit Zwangsmitteln durchsetzen könnte.

OVG NRW, Beschluss vom 28. Juli 2004 - 19 B  
2409/03 -.

3. Art. 6 Abs. 1 und 2 GG verbietet es der Antragsgegnerin, den Antragsteller auf einen ihm nach materiellem Ausländerrecht möglicherweise gegen den Landkreis H. zustehenden Duldungsanspruch zu verweisen. Mit diesem Argument verfolgt die Antragsgegnerin der Sache nach das Ansinnen an den Antragsteller, die familiäre Lebensgemeinschaft mit seiner Tochter T. und Frau U. im Bezirk

H. zu führen. Beantragt ein Ausländer, dessen Aufenthalt infolge einer gültigen oder abgelaufenen Duldung auf das Gebiet eines Bundeslandes beschränkt ist, bei der Ausländerbehörde eines anderen Bundeslandes die Erteilung einer Duldung oder die Änderung der räumlichen Beschränkung zur Herstellung oder Erhaltung der Familieneinheit, so darf die Ausländerbehörde des "Ziel"-Bundeslandes ihn nur dann auf die Herstellung der Familieneinheit im "Herkunfts"-Bundesland verweisen, wenn die dortige Ausländerbehörde verbindlich ihre Bereitschaft zur Aufnahme der gesamten Familie erklärt hat oder eine dahin gehende Verpflichtung verbindlich, etwa durch ein Verwaltungsgericht, festgestellt worden ist. Es genügt entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht, dass eine solche Entscheidung der Ausländerbehörde im anderen Bundesland nur zweckmäßig, d. h. ermessensgerecht möglich sein mag. Reichte dieser Umstand als Ablehnungsgrund aus, könnten die Ausländerbehörden eines jeden der beiden beteiligten Bundesländer die getrenntlebenden Teile einer Familie wechselseitig auf die bloße Möglichkeit einer positiven Ermessensentscheidung der jeweils anderen Ausländerbehörde verweisen und dadurch den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 GG unterlaufen.

OVG NRW, Beschluss vom 27. Mai 2004 - 19 B  
1577/02 -, Beschlussabdruck, S. 6.

Im vorliegenden Fall liegt eine verbindlich erklärte Bereitschaft der Kreisverwaltung H. zur Aufnahme der Familie des Antragstellers in Rheinland-Pfalz nicht vor. Die Kreisverwaltung H. hat es im Gegenteil mit Schreiben vom 31. Juli und 7. August 2002 abgelehnt, dem Antragsteller einen Aufenthaltstitel zu erteilen, ihm den Zuzug zu seiner Familie nach C. empfohlen und die Auffassung vertreten, für das notwendige "Umverteilungsverfahren" sei die Antragsgegnerin zuständig. Das VG Neustadt an der Weinstraße hat mit Beschluss vom 11. Juni 2003 - 5 L 1001/03.NW - die Ablehnung des Duldungsantrags bestätigt und den dahingehenden Eilantrag gegen den Landkreis H. abgelehnt.

IV. Dem Duldungsanspruch des Antragstellers gegen die Antragsgegnerin steht ein fehlendes Einvernehmen des Landkreises H. nach § 72 Abs. 3 Satz 1 AufenthG (bis zum 31. Dezember 2004: § 64 Abs. 2 Satz 1 AuslG) nicht entgegen. Nach dieser Vorschrift dürfen u. a. räumliche Beschränkungen gegen einen Ausländer, der nicht im Besitz eines erforderlichen Aufenthaltstitels ist, von einer anderen

Ausländerbehörde nur im Einvernehmen mit der Ausländerbehörde geändert oder aufgehoben werden, die die Maßnahme angeordnet hat. Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die räumliche Beschränkung des Aufenthalts des Ausländers nicht auf einer ausländerbehördlichen Einzelfallentscheidung (etwa nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG), sondern auf einer gesetzlichen Regelung wie etwa derjenigen des § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG oder, wie § 72 Abs. 3 Satz 2 AufenthG klarstellt, derjenigen des AsylVfG beruht. Das ergibt sich aus dem Wortlaut („Ausländerbehörde ..., die die Maßnahme angeordnet hat.“) und aus dem Zweck der Vorschrift, die widersprüchliches Verwaltungshandeln vermeiden soll (Nr. 72.3.1.2 VorlAnwHinw).

Im Fall des Antragstellers greift das Beteiligungserfordernis des § 72 Abs. 3 Satz 1 AufenthG danach nur ein, wenn der Landkreis H. den Aufenthalt des Antragstellers enger räumlich beschränkt hätte als es die räumliche Beschränkung auf das Land Rheinland-Pfalz nach § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gesetzlich vorgibt. Dafür bestehen nach Aktenlage keine Anhaltspunkte. Soweit die Kreisverwaltung H. in ihrem Schreiben vom 7. August 2002 von einer „noch gültigen Zuweisung ... während des Asylverfahrens“ spricht, handelt es sich um eine räumliche Beschränkung nach dem AsylVfG, auf die das Einvernehmenserfordernis des § 72 Abs. 3 Satz 1 AufenthG nach dessen Satz 2 keine Anwendung findet.

Sollte das Beteiligungserfordernis des § 72 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gleichwohl eingreifen, steht es der tenorierten Duldung nicht entgegen, weil der Landkreis H. sein Einvernehmen mit der Erteilung einer Duldung durch die Antragsgegnerin sinngemäß bereits in seinen Schreiben an den M. Prozessbevollmächtigten des Antragstellers vom 31. Juli 2002 und vom 7. August 2002 erteilt hat. In diesen Schreiben empfiehlt die Kreisverwaltung H. dem Antragsteller den Zuzug nach C. und erklärt, sein „Umverteilungsantrag“ werde von ihrer Seite unterstützt. Von dem letztgenannten Schreiben hat die Antragsgegnerin einen Abdruck erhalten. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte geht der Senat davon aus, dass dieses Einvernehmen mit einem Zuzug nach C. bis heute fortbesteht.

B. Zur Durchsetzung seines Anspruchs ist der Antragsteller auch auf die beantragte einstweilige Anordnung angewiesen (Anordnungsgrund). Es gibt keinen anderen

Weg für ihn, die familiäre Lebensgemeinschaft mit seiner Tochter und Frau U. im Bezirk der Antragsgegnerin auf ausländerrechtlich ordnungsgemäßem Weg aufrecht zu erhalten. Insbesondere kann der Antragsteller - wie dargelegt - nicht darauf verwiesen werden, die familiäre Lebensgemeinschaft auf der Grundlage einer Verlassenerlaubnis nach § 12 Abs. 5 Satz 1 AufenthG aufrecht zu erhalten. Soweit die tenorierte Entscheidung eine Vorwegnahme der Hauptsache enthält, ist diese zulässig und geboten, weil es dem Antragsteller aus den dargelegten Gründen schlechthin unzumutbar ist, die familiäre Lebensgemeinschaft aufzugeben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 72 Nr. 1 GKG in der ab dem 1. Juli 2004 geltenden Fassung (BGBl. I S. 718) iVm §§ 13 Abs. 1, 14, 20 Abs. 3 GKG a. F.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO, 25 Abs. 3 Satz 2 GKG a. F.).

Kampmann

Gelberg

Dr. Bülter