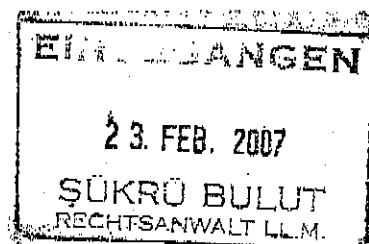


Abschrift

**NIEDERSÄCHSISCHES
OBERVERWALTUNGSGERICHT**

Az.: 7 ME 149/06
3 B 1757/06

BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn [REDACTED]

[REDACTED]

Staatsangehörigkeit: [REDACTED]

Antragstellers und
Beschwerdeführers,

Proz.-Bev.: Rechtsanwalt Bulut,
Adenauerallee 8, 20097 Hamburg, - 060-06S -

g e g e n

den Landkreis Stade - Rechtsamt -, vertreten durch den Landrat,
Große Schmiedestraße 1 - 3, 21677 Stade, - 30-119/06-32-Kü/Kr -

Antragsgegner und
Beschwerdegegner,

Beigeladen:

Freie und Hansestadt Hamburg, vertr. d. d. Behörde für Inneres, Einwohner-Zentralamt,
Amsinckstraße 34, 20097 Hamburg,

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

- 2 -

hat das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht - 7. Senat - am 21. Februar 2007 beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Stade - 3. Kammer - vom 17. Juli 2006 geändert.

Der Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, dem Antragsteller vorläufig eine Duldung zu erteilen.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens beider Rechtszüge zu tragen.

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig.

Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Dem Antragsteller wird für das Verfahren erster Instanz und das Beschwerdeverfahren Prozesskostenhilfe unter Beordnung von Rechtsanwalt Bulut, Hamburg, bewilligt.

Gründe

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den im Tenor bezeichneten Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem es dessen Antrag auf Erteilung einer (Zweit-)Duldung abgelehnt hat, hat Erfolg.

Die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO sind erfüllt. Der Antragsteller hat Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO iVm §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO).

Rechtsgrundlage für die Erteilung der begehrten Duldung ist § 60a Abs. 2 AufenthG iVm Art. 6 GG. Nach der genannten Vorschrift des Aufenthaltsgesetzes ist die Abschiebung

- 3 -

- 3 -

eines Ausländers u.a. auszusetzen, solange die Abschiebung aus rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Der Antragsteller führt derzeit eine familiäre Lebensgemeinschaft mit seiner am [REDACTED] Dezember 2005 geborenen Tochter, in deren Geburtsurkunde er als Vater eingetragen ist, und deren Mutter, die beide die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen und im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners leben. Aufgrund einer gemeinsamen Sorgeerklärung mit der Mutter seiner Tochter übt er die elterliche Sorge aus. Nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorgelegten eidesstattlichen Versicherung von Frau [REDACTED] erbringt der Antragsteller regelmäßige und intensive Beistandsleistungen bei der Pflege und Erziehung des Kindes. Das Verwaltungsgericht Hamburg hat daher mit Beschluss vom 28. Juli 2006 (Az. 4 E 2490/06) dem Antrag des Antragstellers auf Aussetzung seiner Abschiebung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 23.1.2006 - 2 BvR 1935/05 - u.v. 8.12.2005 - 2 BvR 1001/04 - beide juris) stattgegeben. Gegen diese Entscheidung hat die Beigeladene keine Rechtsmittel eingelegt.

Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass mit einer Abschiebung des Antragstellers durch die Beigeladene nach dem erfolglosen Asylverfahren trotz der bestandskräftigen Ausweisungsverfügung der Beigeladenen vom 2. August 2002 und der von ihm begangenen Straftaten derzeit nicht zu rechnen ist. Steht eine Aufenthaltsbeendigung aber in näherer Zukunft nicht zu erwarten, überwiegt unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Familie (Art. 6 GG) das Interesse des Antragstellers, ihm die Aufnahme einer Haushaltsgemeinschaft mit seiner Tochter und deren Mutter zu gestatten, gegenüber dem öffentlichen Belang, einen Wohnsitzwechsel und die Erteilung der dafür erforderlichen Duldung im Hinblick auf die Durchführung einer bevorstehenden Abschiebung zu versagen.

Eine bloße Erlaubnis zum Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltsbereichs nach § 12 Abs. 5 AufenthG ist nicht ausreichend, um dem Interesse des Antragstellers an der Führung der familiären Lebensgemeinschaft zu genügen. Denn diese Vorschrift ist dahin auszulegen, dass sie nur zur Erteilung der Erlaubnis für ein vorübergehendes Verlassen des beschränkten Aufenthaltsbereichs ermächtigt. Zwar spricht § 12 Abs. 5 AufenthG - anders als §§ 57 Abs. 1, 58 Abs. 1 Satz 1 AsylVfG - nicht von einem „vorübergehenden“ Verlas-

- 4 -

- 4 -

sen des zugewiesenen Aufenthaltsbereichs. Dass die Vorschrift aber gleichwohl nicht zur Erteilung einer zeitlich unbegrenzten Verlassensserlaubnis berechtigt, entspricht einhelliger Auffassung, da ansonsten durch die Erteilung unbefristeter Verlassensserlaubnisse nach § 12 Abs. 5 AufenthG die räumliche Beschränkung auf das Gebiet des Landes in § 61 Abs. 1 Satz 1 AufenthG unterlaufen werden könnte (OVG Magdeburg, Beschl. v. 5.4.2006 - 2 M 133/06 -; OVG Münster, Beschl. v. 29.11.2005 - 19 B 2364/03 -; OVG Hamburg, Beschl. v. 26.4.2006 - 4 Bs 66/06 - alle juris; vgl. auch Hailbronner, AuslR, Kommentar, Stand: August 2005, § 12 AufenthG Nr. 48 ff; sowie Wenger, in Storr u.a., Kommentar zum Zuwanderungsgesetz, 1. Aufl. 2005, § 12 AufenthG RdNm. 9 ff). Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht die ebenfalls neu geschaffene Regelung des § 15a Abs. 5 AufenthG, die eine nachträgliche Umverteilung für den von ihrem Anwendungsbereich erfassten Personenkreis vorsieht und derer es nicht bedurft hätte, wenn bereits § 12 Abs. 5 AufenthG die Möglichkeit zur Erteilung unbefristeter Verlassensserlaubnisse eröffnen würde.

Entgegen der Auffassung des Antragsgegners muss der Antragsteller sich auch nicht darauf verweisen lassen, seine Lebenspartnerin Frau [REDACTED] zu bewegen, mit der gemeinsamen Tochter und ihrem weiteren Kind den Wohnsitz an den Ort seiner Zuweisung im Zuständigkeitsbereich der Beigeladenen zu verlegen, um auf diese Weise die familiäre Lebensgemeinschaft herzustellen. Abgesehen von der Frage, ob der Ausländer sich auf einen - familiengerichtlich nicht erzwingbaren - Zuzug seiner Lebenspartnerin und des gemeinsamen Kindes, denen als deutschen Staatsangehörigen im Bundesgebiet Freizügigkeit (Art. 11 GG) gewährleistet ist, in den ihm zugewiesenen Aufenthaltsbereich verweisen lassen muss, hat vorliegend Frau [REDACTED] in ihrer Erklärung vom 3. Juni 2006 jedenfalls hinreichend gewichtige Gründe angegeben, aus denen sie einen Umzug nach Hamburg ablehnt.

Kommt eine Herstellung der Lebensgemeinschaft nur außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der Ausländerbehörde des zugewiesenen Aufenthaltsbereichs in Betracht, ist nach herrschender Meinung von der zuständigen Ausländerbehörde des Zielortes eine sog. „Zweituldung“ zu erteilen (OVG Münster, aaO; OVG Magdeburg, aaO; OVG Hamburg, aaO, u. Beschl. v. 26.11.2003 - 1 Bs 566/03 -; OVG Lüneburg, 11. Senat, Beschl. v. 12.5.2000 - 11 M 1263/00 - sowie 8. Senat, Beschl. v. 17.10.2002 - 8 ME 142/02 - alle juris; a.A. = Umverteilung nach § 51 Abs. 2 AsylVfG: VG Frankfurt (Oder), Beschl. v. 4.3.2004 - 5 L 106/04.A -, VG Augsburg, Urteil v. 15.1.2004 - Au 8 K 03.30173 -; dagegen wiederum: OVG Weimar, Beschl. v. 2.7.2003 - 3 EO 166/03 -; OVG Greifswald, Beschl. v.

- 5 -

- 5 -

17.2.2004 - 2 L 261/03 -; OVG Frankfurt (Oder), Urteil v. 12.8.1999 - 4 A 231/98.A sowie VG Gera, Beschl. v. 25.4.2005 - 4 E 20040/05.GE -; alle juris, die § 51 Abs. 2 AsylVfG für unanwendbar halten, wenn nach Abschluss des Asylverfahrens ein Aufenthaltsrecht aus asylverfahrensunabhängigen Gründen begehrt wird). Zuständig ist hier nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG der Antragsgegner. Auf diese Auffangregelung ist zurückzugreifen, da in Niedersachsen keine gesetzlichen Vorschriften bestehen, in denen ausdrücklich die örtliche Zuständigkeit der Behörden zur Ausführung des Aufenthaltsgesetzes geregelt ist (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 1.3.2006 - 11 ME 48/06 - u. Beschl. v. 16.11.2004 - 9 LB 156/04 - beide juris), so dass über die Verweisung in § 1 Abs. 1 Satz 1 NVwVfG § 3 VwVfG des Bundes für die Zuständigkeitsbestimmung zur Anwendung kommt. Nach der danach im Rahmen von § 3 VwVfG heranzuziehenden Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG ist in Angelegenheiten, bei denen sich die Zuständigkeit nicht aus § 3 Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 VwVfG ergibt, die Behörde zuständig, in deren Bezirk der Anlass für die Amtshandlung hervortritt. Das ist hier der Antragsgegner als zuständige Ausländerbehörde für den Wohnsitz der Tochter des Antragstellers und Ort des beabsichtigten Zuzugs.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts schließt die in § 12 Abs. 5 AufenthG geschaffene Regelung zur Erteilung einer Verlassensserlaubnis eine „Zweitduldung“ nicht aus. Die Vorschrift ermächtigt - wie oben dargelegt - nur zur Erteilung von Erlaubnissen für das befristete Verlassen des zugewiesenen Aufenthaltsbereichs, dagegen nicht für einen angestrebten längerfristigen oder gar dauernden Wechsel des Aufenthaltsortes (Hailbronner, aaO, § 61 RdNr. 8).

Dass insoweit eine - gegenständlich und zeitlich begrenzte - Mehrfachzuständigkeit von Ausländerbehörden angenommen werden muss, ist zutreffend, jedoch hinzunehmen. Sie ist weder bundesrechtlich (vgl. § 72 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) noch durch das Niedersächsische Landesrecht ausgeschlossen (vgl. Ziff. 71.1.2 der vorläufigen Verwaltungsvorschrift zum Aufenthaltsgesetz). Die „Zweitduldung“ tritt auch nicht in Widerspruch zu der asylverfahrensrechtlichen Zuweisungsentscheidung nach § 50 Abs. 4 und 5 AsylVfG. Denn die Zuweisungsentscheidung wird gegenstandslos, wenn dem Ausländer - wie hier - ein Aufenthalt aus asylverfahrensunabhängigen Gründen ermöglicht wird, was auch durch Erteilung einer Duldung erfolgen kann (vgl. BVerwG, Urteil v. 31.3.1992 - 9 C 155.90 - juris; OVG Münster, aaO).

- 6 -

- 6 -

Die Vorwegnahme der Hauptsache durch die im Tenor ausgesprochene Verpflichtung des Antragsgegners zur vorläufigen Erteilung der Duldung muss aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) hingenommen werden, da ein Zuzug des Antragstellers zu seiner Familie sonst bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Klageverfahren nicht möglich wäre. Dem persönlichen Interesse des Antragstellers und dem korrespondierenden Interesse seiner Tochter am Umgang mit ihrem Vater ist, insbesondere auch im Hinblick auf das Alter des Kindes, vorliegend höheres Gewicht beizumessen als prozessrechtlichen Überlegungen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht für erstattungsfähig zu erklären (§ 162 Abs. 3 VwGO), da sie keinen Antrag gestellt und sich einem Kostenrisiko damit nicht ausgesetzt hat.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 3 Nr. 1, 52 Abs. 2 GKG.

Dem Antragsteller ist aus den vorgenannten Gründen unter Beiordnung seines Prozessbevollmächtigten Prozesskostenhilfe für das Verfahren erster Instanz und das Beschwerdeverfahren zu gewähren (§ 166 VwGO iVm §§ 114 Satz 1, 121 Abs. 2 ZPO). Die Kosten des Beschwerdeverfahrens gegen die ablehnende Prozesskostenhilfeentscheidung des Verwaltungsgerichts werden nicht erstattet (§ 127 Abs. 4 ZPO).

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Kalz

Bremer

Dr. Schulz