



## Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

4 Bf 75/06  
17 K 696/04

ist rechtskräftig geworden 4.12.2007

### Urteil

Im Namen des Volkes

In der Verwaltungsrechtssache

Verkündet am  
18. Oktober 2007

Stein  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 4. Senat,  
durch den Richter Pradel, die Richterin Huusmann und den Richter Dr. Kränz sowie  
die ehrenamtlichen Richterinnen Kaufhold und Mücke für Recht erkannt:

Das Verfahren wird eingestellt, soweit die Beteiligten den Rechtsstreit hinsichtlich einer Kostenforderung in Höhe von 102,78 Euro in der Hauptsache für erledigt erklärt haben. Insoweit ist das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 26. Januar 2006 wirkungslos.

Im Übrigen wird auf die Berufung der Beklagten das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 26. Januar 2006 geändert. Der Kostenfestsetzungsbescheid vom 27. Oktober 2003 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 26. Januar 2004 wird aufgehoben, soweit darin höhere Kosten als 63,91 Euro festgesetzt werden. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weiter gehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des gesamten Verfahrens. Insoweit ist das Urteil vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

---

Rechtsmittelbelehrung:

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden (§ 133 Abs. 1 VwGO).

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung dieses Urteils durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule im Sinne des Hochschulrahmengesetzes mit Befähigung zum Richteramt bei dem Hamburgischen Oberverwaltungsgericht, Lübeckertordamm 4, 20099 Hamburg, einzulegen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen (§§ 133 Abs. 2, 67 Abs. 1 VwGO).

Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils durch einen Vertreter, wie in Absatz 2 angegeben, zu begründen. Die Begründung ist beim Hamburgischen Oberverwaltungsgericht einzureichen. In der Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden (§§ 133 Abs. 3, 132 Abs. 2 Nr. 1-3 VwGO).

---

### Tatbestand

Der Kläger wendet sich dagegen, dass ihm Kosten eines Abschiebungsversuchs im Jahr 1997 sowie einer Abschiebung im Jahr 2000 auferlegt werden.

Der am                    1971 in Lomé (Togo) geborene Kläger ist togoischer Staatsangehöriger. Er reiste im August 1993 mit seinem in Lomé ausgestellten, bis zum 4. Mai 1996 gültigen Reisepass als Tourist in die Bundesrepublik Deutschland ein. Unter Angabe von falschen Personalien (S.                    geboren                    in Lomé, togoischer Staatsangehöriger) und mit der Behauptung, seinen Personalausweis in Togo zurückgelassen zu haben, beantragte er die Anerkennung als Asylberechtigter. Dieser Asylantrag blieb erfolglos.

Die Beklagte besorgte bei der togoischen Botschaft ein am 14. Juni 1995 auf die Aliaspersonalien des Klägers ausgestelltes, drei Monate gültiges Passersatzpapier.

Am 19. Juni 1995 stellte der Kläger unter seiner falschen Identität einen Asylfolgeantrag, welcher ebenfalls erfolglos blieb. Die Beklagte beabsichtigte, ihn aufgrund der im Bescheid des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 4. Juli 1995 enthaltenen Abschiebungsandrohung nach Togo abzuschicken. Sie bat die Grenzschutzdirektion Koblenz, bei der togoischen Botschaft die Verlängerung des am 14. Juni 1995 ausgestellten Passersatzpapiers bzw. die Neuausstellung eines Passersatzpapiers zu beantragen. Die Botschaft stellte daraufhin am 16. Juli 1997 ein Laissez-Passer für die Einreise nach Togo mit einer Gültigkeit von drei Monaten aus. Die Ausstellungsgebühr für dieses Dokument in Höhe von 100,-- DM sowie eine Auslagenpauschale in Höhe von 25,-- DM erstattete die Beklagte der Grenzschutzdirektion Koblenz auf deren Anforderung vom 17. Juli 1997.

Die Beklagte buchte für den Kläger einen Flug von Hamburg nach Lomé für den 7. August 1997 und forderte ihn auf, sich an diesem Tag um 7.00 Uhr bei der Grenzschutzstelle am Flughafen Hamburg einzufinden. Der Kläger erschien nicht und tauchte unter.

Mit Schreiben vom 12. Februar 1999 stellte der Kläger unter Offenlegung seiner wahren Identität einen weiteren Asylfolgeantrag. Mit Bescheid vom 26. Februar 1999 lehnte das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge den Antrag auf Durchführung eines weiteren Asylverfahrens ab und drohte dem Kläger die Abschiebung nach Togo an. Dieser Bescheid wurde am 22. Juni 2000 bestandskräftig.

Am 19. Juni 1999 gebar Frau V., die Lebensgefährtin des Klägers, den gemeinsamen Sohn G.. Der Kläger erkannte am 5. Oktober 1999 bei dem Standesamt Hamburg-Wandsbek die Vaterschaft an. Frau V. stimmte der Vaterschaftsanerkennung zu. Frau V. ist spanische Staatsangehörige und lebt seit dem 5. Oktober 1996 in Hamburg. Am 14. Januar 2000 erhielt sie eine bis zum 13. Januar 2005 befristete Aufenthaltserlaubnis-EG. Der gemeinsame Sohn G. besitzt die spanische Staatsangehörigkeit. Am 18. Januar 2000 erklärten der Kläger und Frau V. gegenüber dem zuständigen Jugendamt, dass sie die elterliche Sorge gemeinsam ausüben.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2000, welches am 17. Februar 2000 bei der Beklagten einging, beantragte der Kläger unter Angabe seiner wahren Identität, ihm eine Aufenthaltserlaubnis, hilfsweise eine Aufenthaltsbefugnis zu erteilen. Er machte (unter Beifügung von entsprechenden Urkunden) geltend, dass er ein gemeinsames Kind mit der spanischen Staatsangehörigen V. habe. Diese sei im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis-EG mit einer Gültigkeit bis zum 13. Januar 2005. Das Sorgerecht für das am 19. Juni 1999 in Hamburg geborene Kind übe er gemeinsam mit Frau V. aus.

In der Folgezeit wurde der Kläger in Abschiebungshaft genommen.

Bei dem Verwaltungsgericht Hamburg beantragte der Kläger, der Beklagten im Wege der einstweiligen Anordnung zu untersagen, ihn nach Togo abzuschicken, bis eine Entscheidung über seinen Antrag vom 16. Februar 2000 vorliegt. Er machte geltend, dass er mit seiner Lebensgefährtin und dem gemeinsamen Kind in familiärer Lebensgemeinschaft lebe. Er beteilige sich an der täglichen Versorgung des Kindes und habe eine starke Bindung zu diesem. Er berief sich zum einen auf das Grundrecht aus Art. 6 GG und zum an-

deren darauf, dass er § 1 Abs. 2 AufenthG/EWG unterfalle. Er sei Verwandter eines Kindes, das noch nicht 21 Jahre alt sei. Insbesondere sei darauf hinzuweisen, dass gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AufenthG/EWG unter bestimmten Voraussetzungen auch Verwandte des Ehegatten einer der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AufenthG/EWG genannten Personen Familienangehörige im Sinne des Aufenthaltsgesetzes/EWG seien, da dieses Gesetz den Kreis der Familienangehörigen weiter ziehe, als dies im Ausländergesetz der Fall sei.

Am 3. Mai 2000 wurde der Kläger einem Mitarbeiter der togoischen Botschaft vorgeführt. Als Kosten dieser Maßnahme sind in der Sachakte der Beklagten 27,88 DM zuzüglich einer „Interviewgebühr“ in Höhe von 260,-- DM, insgesamt 287,88 DM (= 147,19 Euro) genannt. Der togoische Botschaftsmitarbeiter stellte die togoische Staatsangehörigkeit des Klägers fest und sagte die Ausstellung eines Passersatzpapiers zu. Die Beklagte buchte daraufhin für den Kläger einen Flug von Hamburg nach Lomé am 7. Juni 2000 zum Preis von 3.045,40 DM (= 1.557,09 Euro).

Mit Beschluss vom 12. Mai 2000 (16 VG 1786/2000) lehnte das Verwaltungsgericht Hamburg den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab. Es führte zur Begründung aus, dass der Kläger eine asylunabhängige Aufenthaltsgenehmigung im Sichtvermerkverfahren vom Ausland aus einholen müsse. Der Durchführung des Sichtvermerkverfahrens stünden Rechte aus Art. 6 GG oder Art. 8 EMRK nicht entgegen. Seine Abschiebung sei auch mit den Regelungen des Aufenthaltsgesetzes/EWG vereinbar. Er habe bislang keinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG gestellt. Außerdem könne sich der Kläger zur Begründung seiner Freizügigkeit allenfalls auf § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AufenthG/EWG berufen, dessen Voraussetzungen aber nicht vorlägen.

Die togoische Botschaft stellte dem Kläger am 18. Mai 2000 ein Laissez-Passer für die Einreise nach Togo aus. Am 7. Juni 2000 schob ihn die Beklagte ohne Begleitung nach Togo ab. Eine Entscheidung über den Antrag des Klägers vom 16. Februar 2000 traf sie nicht.

Am 5. August 2000 heiratete der Kläger seine Lebensgefährtin V. in Lomé. Ab März 2001 lebte er auf Mallorca (Spanien). Dort erhielt er eine EU-Aufenthaltserlaubnis mit ei-

ner Gültigkeit bis zum 26. April 2006. Spätestens ab Juni 2003 lebte der Kläger bei seiner Ehefrau und seinem Kind in Hamburg.

Am 11. September 2003 wurde der Kläger vorläufig festgenommen. Gegen ihn wurde ein Ermittlungsverfahren wegen Aufenthalts ohne Aufenthaltsgenehmigung eingeleitet.

Der Kläger beantragte bei der Beklagten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG und bei dem Verwaltungsgericht Hamburg, die Beklagte im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen gegen ihn zu ergreifen und ihm eine Bescheinigung auszustellen, dass er sich bis zur Entscheidung über seinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 erlaubt im Bundesgebiet aufhalte. Dieser Eilantrag des Klägers hatte in der Beschwerdeinstanz Erfolg. Das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht führte zur Begründung seines Beschlusses vom 29. September 2003 (1 Bs 461/03) u.a. aus: Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Art. 1 der Richtlinie 64/221/EWG vom 25. Februar 1964 gelte der Aufenthalt des Klägers bis zur Entscheidung über seinen Antrag vom 8. September 2003 als vorläufig erlaubt. Zwar könnte dieses vorläufige Aufenthaltsrecht unter Umständen nur für die Entscheidung über den ersten Aufenthaltserlaubnisantrag und nicht für einen nach Ablehnung gestellten zweiten Antrag gelten. Diese Frage könne indes dahinstehen, weil die Beklagte auch über den vom Kläger unter dem 16. Februar 2000 gestellten ersten Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG nicht entschieden habe.

Die Beklagte setzte mit Bescheid vom 27. Oktober 2003 die vom Kläger zu tragenden Kosten für die am 7. August 1997 vorgesehene sowie für die am 7. Juni 2000 durchgeführte Abschiebung auf 4.778,04 Euro fest. Ausweislich des dem Bescheid beigefügten Forderungsnachweises setzt sich dieser Betrag wie folgt zusammen:

- Kosten im Zusammenhang mit der Botschaftsvorführung am 3. Mai 2000:  
147,19 Euro
- Passersatzbeschaffung / Gebühren: 63,91 Euro
- Transportkosten

- für die Benutzung eines Dienst-KFZ: 45,01 Euro
- für den Flug des Klägers von Hamburg nach Lomé am 7. Juni 2000:  
1.557,09 Euro
- Personalkosten: 331,34 Euro
- Kosten der Unterbringung des Klägers in der Abschiebungshaft für 50 Tage, multipliziert mit der Pauschale von 52,67 Euro/Tag = 2.633,50 Euro

Aus einem in der Sachakte der Beklagten enthaltenen Berechnungsbogen vom 27. Oktober 2003 ergibt sich, dass sich die Kosten für die Benutzung eines Dienst-KFZ wie folgt aufschlüsseln:

- 24 am 7. August 1997 gefahrene Kilometer von der Ausländerbehörde zum Flughafen und zurück zur Ausländerbehörde, multipliziert mit 0,63 Euro/km = 15,12 Euro. In dem Berechnungsbogen sind insoweit die Felder „Anzahl Ausl.“ und „Anzahl d. Begl.“ nicht ausgefüllt worden.
- 49 am 7. Juni 2000 gefahrene Kilometer von der Ausländerbehörde zur Justizvollzugsanstalt und von dort zum Flughafen und zurück zur Ausländerbehörde, multipliziert mit 0,61 Euro/km = 29,89 Euro. In dem Berechnungsbogen sind insoweit die Felder „Anzahl Ausl.“ mit der Zahl 1 und „Anzahl d. Begl.“ mit der Zahl 2 ausgefüllt worden.

Die erhobenen Personalkosten setzen sich ausweislich des Berechnungsbogens vom 27. Oktober 2003 wie folgt zusammen:

- Personalkosten des Einwohner-Zentralamts
  - 2 Stunden (1 Bediensteter) für die Beantragung der Anordnung der Abschiebungshaft am 13. April 2000
  - 1 Stunde (1 Bediensteter) für die Beantragung der Verlängerung der Abschiebungshaft am 8. Mai 2000jeweils multipliziert mit 34,26 Euro/Stunde = 102,78 Euro
- Personalkosten der Polizei
  - 1,5 Stunden (1 Bediensteter) beim Abschiebungsversuch 1997, multipliziert mit 35,79 Euro/Stunde = 53,69 Euro
  - 4,5 Stunden (2 Bedienstete) bei der Abschiebung 2000, multipliziert mit 38,86 Euro/Stunde = 174,87 Euro

Der Kläger erhob Widerspruch gegen den Kostenfestsetzungsbescheid vom 27. Oktober 2003, den die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 26. Januar 2004 aus den Gründen der angefochtenen Verfügung zurückwies.

Mit Schriftsatz vom 26. Januar 2004, der bei der Beklagten am 27. Januar 2004 – nach Absendung des Widerspruchsbescheides – einging, begründete der Kläger seinen Widerspruch: Die Abschiebungshaft und die Abschiebung im Jahre 2000 seien rechtswidrig gewesen, weswegen der Beklagten kein Kostenerstattungsanspruch zustehe. Er, der Kläger, habe im Schreiben vom 16. Februar 2000, wie das Hamburgische Obergericht im Beschluss vom 29. September 2003 festgestellt habe, einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG gestellt. In diesem Antrag sei ausdrücklich auf die familiäre Lebensgemeinschaft mit seiner jetzigen Ehefrau und dem gemeinsamen Kind hingewiesen worden. Zwar sei im Antrag selbst noch nicht ausdrücklich darauf abgestellt worden, dass auch eine Aufenthaltserlaubnis nach EU-Recht beantragt werde. Allerdings habe er im Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht ausdrücklich auf ein bestehendes EU-Aufenthaltsrecht hingewiesen. Gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG vom 25. Februar 1964 habe er sich damit bis zur Entscheidung über seinen Antrag vom

16. Februar 2000 erlaubt im Bundesgebiet aufhalten dürfen. Aufgrund seiner familiären Beziehung zu seinem aufenthaltsberechtigten Sohn habe er jedenfalls grundsätzlich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG erfüllt. Angesichts des vorläufigen Aufenthaltsrechts habe die Beklagte bis zur Entscheidung über seinen Antrag keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen ergreifen dürfen.

Gegen den ihm am 28. Januar 2004 zugestellten Widerspruchsbescheid hat der Kläger am 16. Februar 2004 Klage erhoben. Zur Begründung hat er auf seine Widerspruchsbe-gründung vom 26. Januar 2004 verwiesen und ergänzend vorgebracht: Der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG geregelte erlaubte vorläufige Aufenthalt setze nicht voraus, dass tatsächlich ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG bestehe. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung, nach der der Betroffene sich bis zur Entscheidung über die Erteilung oder die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis vorläufig im Hoheitsgebiet aufhalten dürfe. Auch der Sinn und Zweck der Rege-lung gebiete, den vorläufig erlaubten Aufenthalt auch dann zu gewähren, wenn letztend-lich eine Aufenthaltserlaubnis nicht erteilt werde. Entscheidend sei, dass er, der Kläger, geltend gemacht habe, dass ihm ein EU-Aufenthaltsrecht zustehe, und hierzu näher vor-getragen habe. Es sei in seinem Fall auch grundsätzlich ein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 1 der Richtlinie 73/148/EWG in Betracht gekommen, weil er Verwandter eines spani-schen Staatsangehörigen in aufsteigender Linie gewesen sei, der jedenfalls in absehbarer Zeit Dienstleistungen in Form von Kindergarten- und Schulbesuch in Anspruch nehmen werde. Darüber hinaus sei er im Jahr 2000 auch ein übriger Familienangehöriger seiner jetzigen Ehefrau im Sinne von Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 73/148/EWG gewesen, da zu dieser eine verwandtschaftliche Beziehung über das gemeinsame Kind bestanden habe. Ob sein Sohn bzw. die Mutter des Sohnes in ausreichendem Maße in der Lage gewesen seien, ihm Unterhalt zu gewähren, hätte die Beklagte im Rahmen des Verfahrens prüfen müssen. Diese Frage sei aber nicht Voraussetzung des Eintretens der Privilegierung durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG, sondern gerade Gegenstand des Prüfungsverfahrens.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 27. Oktober 2003 in Form des Widerspruchbescheides vom 26. Januar 2004 aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat zur Begründung vorgebracht: Der angefochtene Kostenfestsetzungsbescheid sei rechtmäßig. Die im Bescheid genannten Kosten seien durch die Abschiebung des Klägers am 7. Juni 2000 entstanden. Der Kläger bestreite die Kosten der Höhe nach nicht. Er mache allein geltend, dass die Abschiebung rechtswidrig gewesen sei. Seine Rechtsauffassung, dass ihm nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG ein vorläufiges Aufenthaltsrecht aufgrund des nicht beschiedenen Antrags vom 16. Februar 2000 zugestanden habe, sei indes unzutreffend. Zu Recht habe das Verwaltungsgericht Hamburg im Beschluss vom 12. Mai 2000 ausgeführt, dass der Kläger keinen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG gestellt habe und dass § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AufenthG/EWG nicht eingreife. Er hätte nur ein vorläufiges Aufenthaltsrecht gehabt, wenn er freizügigkeitsberechtigt gewesen wäre. Dies sei aber nicht der Fall gewesen, denn sein Kind habe ihm ganz offenkundig keinen Unterhalt geleistet.

Am 30. April 2004 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis-EG, welche sie bis zum 13. Januar 2005 befristete. Am 13. Januar 2005 erteilte sie dem Kläger eine bis zum 12. Januar 2010 gültige Aufenthaltserlaubnis-EU.

Mit Urteil aufgrund mündlicher Verhandlung vom 26. Januar 2006 hat das Verwaltungsgericht den Bescheid vom 27. Oktober 2003 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 26. Januar 2004 aufgehoben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Es könne dahingestellt bleiben, ob die am 7. Juni 2000 durchgeführte Abschiebung in allen Aspekten rechtmäßig gewesen sei und ob ein vorläufiges Aufenthaltsrecht des Klägers

nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG habe entstehen können. Der Kläger sei allerdings im Juni 2000 nicht Freizügigkeitsberechtigter nach § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AufenthG/EWG gewesen. Zudem könnte diese Frage bereits durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 12. Mai 2000 rechtskräftig abschlägig entschieden worden sein. Es spreche einiges dafür, dass die durch diesen Beschluss getroffene Regelung des (fehlenden) Rechts des Klägers, sich vorläufig im Bundesgebiet aufzuhalten, endgültig und bindend gewesen sei. Der angefochtene Kostenfestsetzungsbescheid sei aber ungeachtet dieser Fragen schon deswegen rechtswidrig, weil die Beklagte kein Ermessen ausgeübt habe, ob vom Kläger überhaupt die Kosten seiner Abschiebung gefordert werden könnten. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, welche auf Erstattungsansprüche nach den § 82 Abs. 1, § 84 Abs. 1 AuslG zu übertragen seien, sei der Verpflichtete im Regelfall zur Erstattung heranzuziehen, ohne dass es dahin gehender Ermessenserwägungen bedürfe. Hingegen habe die erstattungsberechtigte Stelle bei atypischen Gegebenheiten im Wege des Ermessens zu entscheiden, in welchem Umfang der Anspruch geltend gemacht werde und welche Zahlungserleichterungen dem Verpflichteten etwa eingeräumt würden. Im Falle des Klägers liege ein solcher Ausnahmefall vor.

Das Urteil ist der Beklagten am 21. Februar 2006 zugestellt worden. Auf ihren am 7. März 2006 gestellten und am 21. April 2006 begründeten Antrag hat der Senat mit Beschluss vom 21. Juni 2007 die Berufung wegen dargelegter ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts zugelassen. Der Beschluss ist der Beklagten am 27. Juni 2007 zugestellt worden.

Mit ihrer am 13. Juli 2007 eingegangenen Berufungsbegründung trägt die Beklagte vor: Die im Kostenfestsetzungsbescheid enthaltenen Personalkosten für die Beantragung der Abschiebungshaft in Höhe von 102,78 Euro seien von ihr zu Unrecht in die Kostenforderung einbezogen worden. Um diesen Betrag mindere sie die Forderung auf nunmehr 4.675,26 Euro. Nicht hingegen abzuziehen seien die Personalkosten, die für die Begleitung des Klägers von der Ausländerbehörde bzw. der Haftanstalt zum Flughafen entstanden seien, und zwar bei dem Abschiebungsversuch vom 7. August 1997 und bei der am 7. Juni 2000 dann tatsächlich vollzogenen Abschiebung. Für den 7. August 1997 seien im diesbezüglichen Arbeitsbogen 1,5 Stunden und für den 7. Juni 2000 4,5 Stunden einge-

tragen. Diese Personalkosten sowie die übrigen Kosten der Abschiebung und der vorausgegangenen Abschiebungshaft seien zu Recht erhoben worden. Sie seien nicht verjährt. Die Kosten seien auch dem Grunde nach berechtigt, denn die Abschiebung des Klägers sei rechtmäßig erfolgt. Er sei vollziehbar ausreisepflichtig gewesen und seiner Ausreisepflicht trotz einer ihm gesetzten Ausreisefrist nicht nachgekommen. Das Verwaltungsgericht Hamburg habe mit Beschluss vom 12. Mai 2000 die Zulässigkeit der Abschiebung bestätigt und den Antrag des Klägers auf Untersagung der Abschiebung rechtskräftig abgelehnt. Gegen die Höhe der Kostenforderung habe der Kläger substantiierte Einwendungen nicht erhoben. Es sei auch sonst nichts dafür ersichtlich, dass der Forderungsnachweis unzutreffend sei. Im Gegensatz zur Auffassung des Verwaltungsgerichts bestimme das Gesetz weder, dass der Ausländer die Kosten der Abschiebung nicht oder nur teilweise zu tragen habe, noch, dass die Forderung auf Erstattung der Abschiebungskosten vom Einkommen des Ausländers oder seiner familiären Situation abhängig sei und bei Vorliegen atypischer Gegebenheiten im Ermessen der Behörde stehe. Vielmehr regele § 83 Abs. 4 AuslG eindeutig, dass die in § 83 Abs. 1 und 2 AuslG genannten Kosten von der zuständigen Behörde in Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten zu erheben seien, und zwar unabhängig von der Höhe der Kosten und unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Ausländers. Im Übrigen könne beim Kläger nicht davon ausgegangen werden, dass ein atypischer Fall vorliege.

Die Beklagte hat den Rechtsstreit hinsichtlich einer Kostenforderung in Höhe von 102,78 Euro für erledigt erklärt und beantragt im Übrigen,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Hamburg aufgrund mündlicher Verhandlung vom 26. Januar 2006 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger hat sich der Erledigungserklärung angeschlossen und beantragt im Übrigen,

die Berufung zurückzuweisen.

Er macht geltend: Die Frage, ob für ihn zum Zeitpunkt der Abschiebung aufgrund der familiären Beziehung zu seinem Kind spanischer Staatsangehörigkeit ein Aufenthaltsrecht bestanden habe, sei inzwischen durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs geklärt. Aus den Ausführungen im Urteil vom 19. Oktober 2004 (Rs. C-200/02) und ähnlich bereits im Urteil vom 17. September 2002 (Rs. C-413/99) ergebe sich, dass ihm zumindest ein vorläufiges Aufenthaltsrecht zur Seite gestanden habe. Seine Abschiebung sei damit rechtswidrig gewesen, so dass die Kosten nicht von ihm zu tragen seien. Ohnehin gehörten die von der Beklagten weiterhin geltend gemachten Personalkosten nicht zu den zu erstattenden Verwaltungskosten in der Abschiebung. Im Übrigen sei mit dem Verwaltungsgericht davon auszugehen, dass die Beklagte hinsichtlich der Erstattung der Abschiebungskosten eine Ermessensentscheidung hätte treffen müssen. Ein atypischer Umstand liege insbesondere auch darin, dass sich aufgrund der inzwischen ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergeben habe, dass ihm, dem Kläger, bereits im Jahr 1999 wegen der Geburt seines Kindes ein Aufenthaltsrecht zugestanden habe.

Hinsichtlich weiterer Einzelheiten wird ergänzend auf die Gerichtsakte und die Sachakten der Beklagten Bezug genommen, welche Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

## Entscheidungsgründe

A.

Das Gericht ist durch das Ausbleiben der Beklagten im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2007 nicht an einer Entscheidung gehindert. Denn die Beklagte ist am 1. Oktober 2007 unter Einhaltung der Ladungsfrist des § 102 Abs. 1 Satz 1 VwGO und mit dem nach § 102 Abs. 2 VwGO erforderlichen Hinweis zu diesem Termin geladen worden.

B.

Soweit die Beteiligten den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, ist entsprechend § 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO das Verfahren einzustellen und gemäß § 173 VwGO i.V.m. § 269 Abs. 3 Satz 1 ZPO festzustellen, dass die angefochtene Entscheidung des Verwaltungsgerichts insoweit wirkungslos ist.

C.

Im Übrigen führt die zulässige Berufung der Beklagten nur zu einem geringen Teil zum Erfolg. Das Urteil des Verwaltungsgerichts ist zu ändern und die – zulässige – Anfechtungsklage gegen den Kostenfestsetzungsbescheid vom 27. Oktober 2003 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 26. Januar 2004 ist abzuweisen, soweit gegen den Kläger Kosten in Höhe von 63,91 Euro festgesetzt worden sind. Insoweit ist der angefochtene Bescheid rechtmäßig. Hinsichtlich der übrigen noch im Streit stehenden Kosten in Höhe von 4.611,35 Euro hat das Verwaltungsgericht indes den Kostenfestsetzungsbescheid vom 27. Oktober 2003 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 26. Januar 2004

zu Recht aufgehoben. Denn insoweit ist der Bescheid rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

I.

Die im Kostenfestsetzungsbescheid vom 27. Oktober 2003 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 26. Januar 2004 festgesetzten Kosten der für den 7. August 1997 vorgesehenen Abschiebung des Klägers belaufen sich auf 132,72 Euro. Indes hätte die Beklagte hierfür nur 63,91 Euro festsetzen dürfen.

Die Grundlage für die Kostenfestsetzung ergibt sich hier aus dem im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung noch geltenden Ausländergesetz vom 9. Juli 1990 (m. sp. Änd.). Gemäß § 82 Abs. 1 AuslG hat der Ausländer die Kosten zu tragen, die durch seine Abschiebung entstehen. Der Umfang dieser Kosten ergibt sich aus dem Katalog des § 83 Abs. 1 AuslG. Die Kosten werden von der zuständigen Behörde durch Leistungsbescheid in Höhe der tatsächlichen entstandenen Kosten erhoben (§ 83 Abs. 4 Satz 1 AuslG). Hinsichtlich der Berechnung der Personalkosten gelten die allgemeinen Grundsätze zur Berechnung von Personalkosten der öffentlichen Hand (§ 83 Abs. 4 Satz 2 AuslG). Die Ansprüche verjähren sechs Jahre nach Fälligkeit (§ 83 Abs. 4 Satz 3 AuslG).

1. Die Kostentragungspflicht des Ausländers hinsichtlich der durch „die Abschiebung“ entstandenen Kosten nach § 82 Abs. 1 AuslG hängt nicht davon ab, dass eine Abschiebung tatsächlich erfolgreich durchgeführt wurde. Auch dann, wenn eine Abschiebung vorbereitet, jedoch tatsächlich nicht vollzogen wurde (z.B. weil der Ausländer – wie hier im Falle der für den 7. August 1997 vorgesehenen Abschiebung des Klägers – untergetaucht ist), besteht die Pflicht des Ausländers, die im Vorfeld des gescheiterten Abschiebungsversuchs entstandenen Kosten zu tragen (vgl. z.B. VGH München, Urt. v. 15.12.2003 – 24 B 03.1049 –, InfAuslR 2004, 252 <253>; VGH Mannheim, Urt. v. 19.10.2005

– 11 S 646/04 –, juris Rdnr. 46; OVG Koblenz, Urt. v. 27.7.2006 – 7 A 11671/05 –, juris Rdnr. 23; Funke-Kaiser, in: GK-AufenthG, Stand Oktober 2006, § 66 AufenthG Rdnr. 8; Renner, Ausländerrecht, 8. Aufl. 2005, § 66 AufenthG Rdnr. 2). Dies ergibt sich bereits aus § 83 Abs. 1 Nr. 2 AuslG, in welchem auch die bei der Vorbereitung der Maßnahme entstehenden Verwaltungskosten aufgeführt sind. Vor allem aber stünde eine gegenteilige Sichtweise nicht in Einklang mit dem Sinn und Zweck des § 82 Abs. 1 AuslG. Diese Regelung dient nämlich der Präzisierung und Erweiterung der Veranlasserhaftung nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG, nicht hingegen ihrer Begrenzung (vgl. OVG Koblenz, a.a.O., m.w.N.).

2. Rechtsfehler der für den 7. August 1997 vorgesehenen Abschiebung sind nicht zu erkennen und werden vom Kläger auch nicht geltend gemacht.

3. Der somit dem Grunde nach bestehende Kostenerstattungsanspruch der Beklagten für den Abschiebungsversuch vom 7. August 1997 ist der Höhe nach nur hinsichtlich eines Teils der von ihr erhobenen Kosten gegeben.

a) Zu Recht macht die Beklagte die durch das Schreiben der Grenzschutzdirektion Koblenz vom 17. Juli 1997 nachgewiesenen Kosten für die Beschaffung des durch die togoische Botschaft ausgestellten Laissez-Passer vom 16. Juli 1997 in Höhe von 125,-- DM (= 63,91 Euro) geltend. Aufwendungen für die Beschaffung eines Passersatzpapiers sind, wenn diese im Rahmen der Vorbereitung einer Abschiebung entstehen, Verwaltungskosten i.S.v. § 83 Abs. 1 Nr. 2 AuslG (vgl. z.B. OVG Lüneburg, Urt. v. 22.2.2007 – 11 LB 307/05 –, juris Rdnrn. 17, 28, 30 und 34; VG Stuttgart, Urt. v. 18.3.2005 – 17 K 4860/04 –, juris Rdnr. 17; Funke-Kaiser, a.a.O., § 67 AufenthG Rdnr. 12; Renner, a.a.O., § 67 AufenthG Rdnr. 2). Die gegenüber der togoischen Botschaft für die Ausstellung des Dokuments zu entrichtende Gebühr (100,-- DM), welche die Grenzschutzdirektion Koblenz verauslagt und die Beklagte erstattet hat, sowie die von der Grenzschutzdirektion Koblenz gegenüber der Beklagten erhobene Auslagenpauschale für die Mitwirkung dieser Behörde bei der Beschaffung des Passersatzpapiers (25,-- DM) sind nach dem gemäß § 81 Abs. 2 Satz 2 AuslG ergänzend anwendbaren Verwaltungskostengesetz – hier § 10 Abs. 1 Nr. 7 VwKostG – „Beträge, die anderen in- und ausländi-

schen Behörden zustehen“ und somit erstattungsfähige Auslagen nach § 83 Abs. 1 Nr. 2 AuslG (vgl. die Legaldefinition des Begriffs „Kosten“ in § 81 Abs. 1 AuslG).

Die Beschaffung eines Passersatzpapiers für den Kläger war auch zur Vorbereitung seiner für den 7. August 1997 vorgesehenen Abschiebung erforderlich, denn der Kläger hatte die Beklagte über seine Identität getäuscht und behauptet, seinen Personalausweis in Togo zurückgelassen zu haben. Einen gültigen Reisepass besaß er zum damaligen Zeitpunkt nicht. Die Gültigkeit des am 14. Juni 1995 auf seine Aliaspersonalien ausgestellten Passersatzpapiers war ebenfalls abgelaufen.

b) Personalkosten der Polizei im Zusammenhang mit dem Abschiebungsversuch vom 7. August 1997 (1,5 Arbeitsstunden eines Polizeibediensteten x 35,79 Euro = 53,69 Euro) hat der Kläger nicht zu erstatten. Es ist nämlich bereits nicht erkennbar, wofür die von der Beklagten erhobenen Personalkosten der Polizei angefallen sein sollen. Die Beklagte erklärt diese Position ihrer Kostenaufstellung damit, dass es sich um Personalkosten handle, „die für die Begleitung des Klägers von der Ausländerbehörde ... zum Flughafen entstanden sind, und zwar am 07.08.1997 bei einem Abschiebeversuch“ (so der Schriftsatz der Beklagten vom 1. Oktober 2007). Dies kann indes nicht stimmen. Eine Begleitung des Klägers von der Ausländerbehörde zum Flughafen kann am 7. August 1997 nicht stattgefunden haben, weil der Kläger an diesem Tag bereits untergetaucht war. Er ist nicht am Flughafen Hamburg zur Abschiebung erschienen und hat sich auch nicht bei der Ausländerabteilung oder einer Polizeidienststelle eingefunden, um sich von dort aus zum Flughafen fahren zu lassen. Somit wurde er ersichtlich nicht von einem Polizeibediensteten mit einem Zeitaufwand von 1,5 Arbeitsstunden zum Flughafen begleitet. Welche Tätigkeiten ein Polizeibediensteter sonst im Rahmen der Vorbereitung der vorgesehenen Abschiebung über einen Zeitraum von 1,5 Stunden vorgenommen haben könnte, kann weder den Sachakten noch dem Vortrag der Beklagten im gerichtlichen Verfahren entnommen werden.

c) Die von der Beklagten erhobenen Kosten in Höhe von 15,12 Euro für die Benutzung eines Dienst-KFZ bei einer Fahrt am 7. August 1997 von der Ausländerbehörde zum Flughafen und zurück zur Ausländerbehörde (24 gefahrene Kilometer x 0,63 Euro) hat der

Kläger ebenfalls nicht zu tragen. Wodurch diese Kosten entstanden sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Aus den oben genannten Gründen können sie am 7. August 1997 nicht im Rahmen einer Beförderung des Klägers (§ 83 Abs. 1 Nr. 1 AuslG) von der Ausländerbehörde zum Flughafen angefallen sein. Im Berechnungsbogen der Beklagten vom 27. Oktober 2003 sind demzufolge auch in der Rubrik „Transportmittel“ für den Abschiebungsversuch vom 7. August 1997 (anders als für die Abschiebung vom 7. Juni 2000) die Felder „Anzahl Ausl.“ und „Anzahl d. Begl.“ unausgefüllt geblieben. Welche Amtshandlung der Beklagten sonst derartige Fahrtkosten verursacht haben könnte, ist nicht erkennbar und wird von der Beklagten auch nicht weiter erläutert.

4. Die in Höhe von 63,91 Euro bestehende Kostenforderung der Beklagten ist nicht verjährt. Gemäß § 83 Abs. 4 Satz 3 AuslG verjähren Erstattungsansprüche nach den § 82 Abs. 1, § 83 Abs. 1 AuslG in sechs Jahren nach Fälligkeit. § 20 Abs. 1 Satz 2 VwKostG, wonach die Verjährung erst mit Ablauf des Kalenderjahres beginnt, in dem der Anspruch fällig geworden ist, findet aufgrund dieser spezialgesetzlichen Regelung (Beginn bereits bei Fälligkeit) keine Anwendung (vgl. Hailbronner, Ausländerrecht, Stand Dezember 2003, § 83 AuslG Rdnr. 11). Die durch den Abschiebungsversuch vom 7. August 1997 entstandenen Kosten wurden (erst) mit Bescheid vom 27. Oktober 2003 festgesetzt. Dies führt jedoch nicht zur Verjährung des Anspruchs, denn gemäß § 83 Abs. 3 AuslG war die sechsjährige Verjährungsfrist durch den Aufenthalt des Klägers im Ausland nach der Abschiebung vom 7. Juni 2000 unterbrochen worden. Erst ab dem Jahr 2003 hielt sich der Kläger wieder im Bundesgebiet auf. Da infolge des Endes der Unterbrechung eine neue Verjährung begann (§ 20 Abs. 4 VwKostG) und der Kostenfestsetzungsbescheid noch im Jahre 2003 erlassen wurde, ist die Forderung der Beklagten nicht durch Verjährung erloschen (§ 20 Abs. 1 Satz 3 VwKostG).

5. Die Beklagte durfte die Kosten in Höhe von 63,91 Euro erheben, ohne insoweit im Kostenfestsetzungsbescheid vom 27. Oktober 2003 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 26. Januar 2004 Ermessen auszuüben. Atypische Gegebenheiten, bei welchen über die Heranziehung zur Erstattung von Abschiebungskosten im Wege des Ermessens zu entscheiden ist (vgl. Beschl. d. Senats v. 21.6.2007 – 4 Bf 56/06 –, BA S. 3 ff. m.w.N.), liegen nicht vor. Vielmehr ist ein Regelfall gegeben, welcher eine Ermessensbe-

tätigung der zuständigen Behörde nicht erfordert. Im Anwendungsbereich des § 82 Abs. 1 AuslG liegt ein Regelfall typischerweise vor, wenn sich der ausreisepflichtige Ausländer einer in ihrer Höhe überschaubaren, den Rahmen der üblichen Kosten von Abschiebungen, Zurückschiebungen oder Zurückweisungen nicht übersteigenden Erstattungsforderung der Ausländerbehörde gegenüberstellt und keine besonderen persönlichen Umstände dafür sprechen, dass seine Heranziehung zu diesen Kosten zu einer unzumutbaren Belastung führen könnte (vgl. Beschl. d. Senats v. 21.6.2007, a.a.O.). Dies ist bereits angesichts der geringen Höhe der den Abschiebungsversuch vom 7. August 1997 betreffenden Kostenforderung der Beklagten der Fall.

## II.

Für die Abschiebung vom 7. Juni 2000 kann die Beklagte die von ihr festgesetzten Kosten nicht verlangen.

1. Voraussetzung für die Erhebung von Abschiebungskosten ist, auch wenn dies in den § 82, § 83 AuslG nicht ausdrücklich geregelt wurde, dass die Abschiebung selbst rechtmäßig war (vgl. z.B. OVG Koblenz, Urt. v. 10.2.1988 – 13 A 205/87 –, InfAuslR 1988, 170 m.w.N.). Es ist einer Behörde bereits wegen des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) verwehrt, für eine von ihr zu Unrecht ergriffene Maßnahme von dem Betroffenen Kosten zu verlangen (vgl. z.B. VGH Mannheim, Urt. v. 8.2.1991 – 10 S 2674/90 –, VBIBW 1991, 303 <304 m.w.N.>; OVG Hamburg, Urt. v. 28.3.2000 – 3 Bf 215/98 –, NJW 2001, 168 <169 m.w.N.>). Auch wenn im Hinblick auf die Heranziehung zu Abschiebungskosten verschiedentlich die Auffassung vertreten wird, eine Kostenpflicht entstehe dann nicht, wenn die Abschiebung in „offensichtlich“ rechtswidriger Weise durchgeführt wurde (so z.B. Renner, a.a.O., § 66 AufenthG Rdnr. 2 m.w.N.; Hailbronner, a.a.O., Stand Dezember 2006, § 66 AufenthG Rdnr. 1 m.w.N.; weitere Nachweise bei OVG Hamburg, Urt. v. 7.10.1998 – OVG Bf V 45/96 –, juris Rdnr. 40; Funke-Kaiser, a.a.O., § 66 AufenthG Rdnr. 4 m.w.N.), ist die Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Abschiebung in einem die Erstattung von Abschiebungskosten betreffenden Verfahren nicht auf „offensichtliche“ Rechtsfehler zu beschränken (so aber wohl VGH

Kassel, Urt. v. 19.1.1992 – 7 UE 2546/84 –, EZAR 137 Nr. 13). Einer bloßen Evidenzkontrolle stünde neben dem bereits erwähnten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch § 14 Abs. 2 Satz 1 VwKostG („Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache durch die Behörde nicht entstanden wären, werden nicht erhoben“) entgegen, in welchem von einer Beschränkung auf offensichtliche Rechtsfehler nicht die Rede ist (vgl. VGH Mannheim, Urt. v. 19.10.2005, a.a.O., juris Rdnr. 47 f.; Urt. v. 28.3.2006 – 13 S 347/06 –, juris Rdnr. 7 m.w.N.; Funke-Kaiser, a.a.O., § 66 AufenthG Rdnr. 5).

2. Eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Abschiebung des Klägers hat nicht deswegen zu unterbleiben, weil im gegen diese Abschiebung gerichteten Eilverfahren 16 VG 1786/2000 der Antrag des Klägers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 12. Mai 2000 abgelehnt worden ist und dieser Beschluss Rechtskraft erlangt hat. Zwar ist das Verwaltungsgericht in dem Beschluss vom 12. Mai 2000 von der Rechtmäßigkeit der Abschiebung des Klägers ausgegangen. Es liegt aber im Wesen einer im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO ergangenen Entscheidung, dass die tatsächliche und rechtliche Bewertung des Sachverhalts durch das Gericht eine vorläufige ist und nur unter dem Vorbehalt der endgültigen Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren ergeht. Eine abweichende tatsächliche und rechtliche Bewertung des Sachverhalts in einem späteren Klageverfahren ist somit trotz der Rechtskraft des im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO ergangenen Beschlusses möglich (vgl. BVerwG, Urt. v. 27.2.2003 – 2 C 16.02 –, NVwZ 2003, 1397 <1398>; vgl. ferner BVerwG, Urt. v. 15.12.1993 – 6 C 20.92 –, BVerwGE 94, 352 <356>; Happ, in Eyermann, VwGO, 12. Aufl. 2006, § 123 Rdnr. 75; Kilian, in Sodan/Ziekow, VwGO, Großkommentar, 2. Aufl. 2006, § 121 Rdnr. 94).

3. Die Abschiebung vom 7. Juni 2000 war rechtswidrig. Ihr stand entgegen, dass sich der Kläger seit seinem Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG vom 16. Februar 2000, welcher am 17. Februar 2000 bei der Beklagten einging, gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25. Februar 1964 vorläufig im Bundesgebiet aufhalten durfte, bis über diesen Antrag eine Entscheidung getroffen wurde. Eine solche Entscheidung hat die Beklagte indes nicht getroffen.

a) Die Richtlinie 64/221/EWG, die in Art. 38 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG mit Wirkung vom 30. April 2006 aufgehoben worden ist, war im fraglichen Zeitraum unmittelbar geltendes Recht. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind die zur Freizügigkeit erlassenen Richtlinien – wozu die Richtlinie 64/221/EWG gehört – unmittelbar anwendbar, damit sie in allen Mitgliedstaaten einheitlich beachtet werden (vgl. die Nachweise bei Fischer, Zur Änderung des Aufenthaltsgesetzes/EWG, ZAR 1991. 3 in Fußn. 6 und 8; vgl. ferner zur unmittelbaren Geltung der Richtlinie 64/221/EWG OVG Hamburg, Beschl. v. 26.9.2000 – 3 Bs 117/00 –, BA S. 5 m.w.N., und [den Fall des Klägers betreffend] Beschl. v. 29.9.2003 – 1 Bs 461/03 –, BA S. 5; VGH Kassel, Beschl. v. 16.11.1995 – 13 TH 1700/94 –, juris Rdnr. 4).

b) Der Kläger erfüllt die Voraussetzung, dass er eine „Entscheidung über Erteilung oder Verweigerung der ersten Aufenthaltserlaubnis“ i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 64/221/EWG von der Beklagten begehrt hat (ebenso bereits der Beschluss des Hamburgischen Obergerichtes vom 29. September 2003 im Beschwerdeverfahren 1 Bs 461/03, BA S. 5). Der Antrag des Klägers auf Erteilung einer „Aufenthaltserlaubnis, hilfsweise Aufenthaltsbefugnis“ vom 16. Februar 2000 war zwar nicht wörtlich (auch) auf eine Aufenthaltserlaubnis-EG gerichtet. Indes ist ein Antrag in einem Verwaltungsverfahren grundsätzlich so auszulegen, wie dies dem erkennbaren Zweck und Ziel am besten dienlich ist. Diese Auslegung ergibt, dass der Antrag vom 16. Februar 2000 (auch) als ein Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG anzusehen ist. Der Kläger hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er ein gemeinsames Kind mit der spanischen Staatsangehörigen V. habe, welche im Besitz einer bis zum 13. Januar 2005 gültigen Aufenthaltserlaubnis-EG war. Er hat eine Kopie der Aufenthaltserlaubnis-EG seiner Lebensgefährtin beigelegt und deutlich gemacht, dass er den weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet wegen der familiären Lebensgemeinschaft mit dem gemeinsamen Kind - welches wegen der spanischen Staatsangehörigkeit seiner Mutter ebenfalls die spanische Staatsangehörigkeit besaß – anstrebte. Die Geburtsurkunde des Kindes hat er ebenso wie die Urkunden über die Anerkennung der Vaterschaft und die gemeinsame Ausübung des Sorgerechts in Kopie beigelegt. Dann aber konnte sein Antrag nach den oben genannten Grundsätzen nicht anders ausgelegt werden, als dass er die Zuerkennung eines Bleiberechts beehrte, welches ihm das weitere Zusammenleben mit seinem spanischen Kind

und der spanischen Mutter dieses Kindes im Bundesgebiet ermöglichte, und zwar egal auf welcher Rechtsgrundlage. Ein solches Bleiberecht kam angesichts der Staatsangehörigkeit von Mutter und Kind vor allem nach den Vorschriften des Europarechts bzw. des Aufenthaltsgesetzes/EWG in Betracht.

Dass der Kläger (auch) Rechtspositionen nach dem Aufenthaltsgesetz/EWG für sich reklamierte, konnte die Beklagte spätestens angesichts seiner Rechtsausführungen im Schriftsatz vom 3. Mai 2000 an das Verwaltungsgericht Hamburg erkennen, in welchem es ausdrücklich hieß, dass er auch § 1 Abs. 2 AufenthG/EWG unterfalle, da er Verwandter eines Kindes sei, das noch nicht 21 Jahre alt sei. Der Kläger wies ferner darauf hin, dass gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AufenthG/EWG unter bestimmten Voraussetzungen auch Verwandte des Ehegatten einer der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 – 4 AufenthG/EWG genannten Personen Familienangehörige im Sinne des Aufenthaltsgesetzes/EWG seien, da dieses Gesetz den Kreis der Familienangehörigen weiter ziehe, als dies im Ausländergesetz der Fall sei (S. 5 des Schriftsatzes). Das Verfahren 16 VG 1786/2000, welches mit diesem Schriftsatz eingeleitet wurde, stand in ausdrücklichem Zusammenhang mit dem Antrag vom 16. Februar 2000, weil die beantragte einstweilige Anordnung gerade im Hinblick auf die noch ausstehende Entscheidung über diesen Antrag erlassen werden sollte.

Da der Kläger nicht zuvor bereits einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG gestellt hatte, bezog sich der Antrag vom 16. Februar 2000 auf eine „erste“ Aufenthaltserlaubnis i.S.v. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie 64/221/EWG.

c) Der Antrag auf eine erste Aufenthaltserlaubnis führte dazu, dass sich der Kläger bis zur Entscheidung über die Erteilung oder die Verweigerung der beantragten Aufenthaltserlaubnis-EG gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG vorläufig im Bundesgebiet aufhalten durfte. Ob dem Kläger tatsächlich eine Aufenthaltserlaubnis-EG zustand, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG: Das vorläufige Aufenthaltsrecht besteht „bis zur Entscheidung über die Erteilung oder die Verweigerung der Aufenthaltserlaubnis“. Der Betroffene darf sich auch dann vorläufig im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates aufhalten, wenn ihm die beantragte erste Aufenthaltserlaubnis letztlich

verweigert wird, ihm also nicht zusteht. Wollte man nur tatsächlich freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats bzw. tatsächlich freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen aus einem Drittstaat das vorläufige Aufenthaltsrecht zubilligen, liefe diese Regelung leer, denn diese Personen dürfen sich auch ohne Erteilung der Aufenthaltserlaubnis-EG, welche nur deklaratorisch wirkt und nicht erst konstitutiv ein Aufenthaltsrecht begründet (vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 25.7.2002 – Rs. C-459/99 –, InfAusIR 2002, 417 <420 m.w.N.>; OVG Hamburg, Beschl. v. 5.8.1999 – 3 Bs 113/99 –, BA S. 7; Beschl. v. 29.9.2003, a.a.O., BA S. 5 m.w.N.), im Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedstaates aufhalten, und dies nicht nur vorläufig. Die Regelung in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG ergibt also nur dann einen Sinn, wenn gerade in Zweifelsfällen, in denen erst geprüft werden muss, ob es sich um eine freizügigkeitsberechtigte Person handelt oder nicht, ein vorläufiges Aufenthaltsrecht dieser Person besteht. Nur dann entfaltet die Vorschrift ihre beabsichtigte Schutzwirkung. Die Zeit der Prüfung der Freizügigkeitsvoraussetzungen soll der Betroffene im Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedstaates verbringen dürfen, weswegen diese Prüfung auch nach Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift „binnen kürzester Frist, spätestens jedoch innerhalb von sechs Monaten nach der Antragstellung“ getroffen werden muss.

Es muss also auf der Grundlage der Richtlinie 64/221/EWG ausreichen, dass der Betroffene geltend macht, dass er die Voraussetzungen erfüllt, um sich im Hoheitsgebiet des anderen Mitgliedstaates aufhalten zu dürfen. Im Falle eines Familienangehörigen aus einem Drittstaat reicht es also aus, dass er geltend macht, Ehegatte oder sonstiges Familienmitglied eines freizügigkeitsberechtigten Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates zu sein und die Bedingungen der aufgrund des EG-Vertrages erlassenen Verordnungen und Richtlinien über die Freizügigkeit zu erfüllen (vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 64/221/EWG). In diesem Fall greift der Schutz der Richtlinie. Anderenfalls würde die Schutzwirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 dieser Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit verlieren. Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass der Europäische Gerichtshof dies zwar nicht zu Art. 5 Abs. 1 Satz 2, wohl aber zu der verfahrensrechtlichen Mindestgarantie des Art. 9 Abs. 2 dieser Richtlinie entschieden und dabei ausgesprochen hat, dass die Bestimmungen dieses Artikels hinsichtlich ihres persönlichen Anwendungsbereichs weit auszulegen sind (Urt. v. 25.7.2002, a.a.O., S. 422). Da der persönliche Anwendungsbe-

reich des Art. 9 der Richtlinie indes in Art. 1 der Richtlinie (für alle Bestimmungen der Richtlinie) geregelt ist, ist die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs so zu verstehen, dass Art. 1 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie großzügig auszulegen sind. Dann aber ist kein Grund ersichtlich, dies nur bei der Anwendung des Art. 9 Abs. 2, nicht aber auch bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie zu tun.

Es kann dahingestellt bleiben, ob und inwieweit Missbrauchsfällen zu begegnen ist, etwa wenn ein Drittstaatsangehöriger ohne jeden Bezug zu einem Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates ersichtlich nur deswegen einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis-EG stellt, um seiner in Kürze bevorstehenden Abschiebung wegen des Schutzes nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 64/221/EWG zu entgehen. Denn im Falle des Klägers liegt kein derartiger Missbrauchsfall vor. Er war am 16. Februar 2000 Vater eines freizügigkeitsberechtigten spanischen Staatsangehörigen, der noch nicht 21 Jahre alt war, und hatte eine freizügigkeitsberechtigte spanische Lebensgefährtin, mit welcher er gemeinsam das Sorgerecht für das Kind im Bundesgebiet ausübte. Es war somit nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ihm diese personellen Bindungen ein europarechtliches Aufenthaltsrecht vermitteln konnten.

#### D.

Die Kosten des Verfahrens sind, soweit die Beteiligten den Rechtsstreit übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben, gemäß § 161 Abs. 2 VwGO der Beklagten aufzuerlegen. Sie selbst hat ihre ursprüngliche Kostenforderung insoweit als unrechtmäßig bezeichnet und daher um 102,78 Euro reduziert, so dass es billigem Ermessen entspricht, dass sie insoweit die Kosten des Verfahrens trägt.

Im Übrigen folgt die Kostenentscheidung aus § 154 Abs. 1 und 2, § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO. Die Berufung der Beklagten hat nur zu einem geringen Teil Erfolg. Es ist daher gerechtfertigt, ihr die Kosten des Berufungsverfahrens ganz aufzuerlegen. Aus demselben Grund trägt sie die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auch insoweit, als das Urteil des Verwaltungsgerichts geändert und die Klage abgewiesen wird. Zur Klarstellung nimmt

das Berufungsgericht die noch verbleibende Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts in die Urteilsformel auf.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Ein Grund, die Revision zuzulassen (§ 132 Abs. 2 VwGO), ist nicht gegeben.

Pradel

Huusmann

Kränz