

Oberverwaltungsgericht NRW

Beschluss vom 04.09.2008

T e n o r :

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens; die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden nicht erstattet.

G r ü n d e :

Die Beschwerde gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe für das erstinstanzliche Verfahren ist zurückzuweisen, weil die beabsichtigte Rechtsverfolgung aus den nachstehend dargelegten Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 166 VwGO i.V.m. § 114 ZPO).

Hinreichende Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 114 ZPO bedeutet bei einer an Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG orientierten Auslegung des Begriffs einerseits, dass Prozesskostenhilfe nicht erst und nur dann bewilligt werden darf, wenn der Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung gewiss ist, andererseits auch, dass Prozesskostenhilfe versagt werden darf, wenn ein Erfolg in der Hauptsache zwar nicht schlechthin ausgeschlossen, die Erfolgchance aber nur eine entfernte ist. Die Prüfung der Erfolgsaussichten eines Rechtsschutzbegehrens darf dabei nicht dazu dienen, die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung selbst in das summarische Verfahren der Prozesskostenhilfe vor zu verlagern und dieses an die Stelle des Hauptsacheverfahrens treten zu lassen. Das Prozesskostenhilfverfahren will den grundrechtlich garantierten Rechtsschutz nicht selbst bieten, sondern zugänglich machen. Schwierige, bislang nicht ausreichend geklärte Rechts- und Tatsachenfragen dürfen nicht im Prozesskostenhilfverfahren geklärt werden (vgl. etwa BVerfG, Beschlüsse vom 10. August 2001 - 2 BvR 569/01 -, DVBl. 2001, 1748, und vom 13. Juli 2005 - 1 BvR 175/05 -; Senatsbeschluss vom 21. Juli 2006 - 18 E 355/06 -).

Hiervon ausgehend können hinreichende Erfolgsaussichten weder für den ausdrücklich gestellten Vornahmeantrag (I.) noch für einen Bescheidungsantrag (II.) angenommen werden.

I. Die Bewilligung von Prozesskostenhilfe hat das Verwaltungsgericht zunächst zu Recht versagt, soweit der Kläger einen Vornahmeantrag formuliert hat. Die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis sowohl nach § 26 Abs. 4 AufenthG als auch nach § 26 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 35 AufenthG, die der Kläger begehrt, steht im Ermessen der Behörde (vgl. für letzteren Anspruch Heinhold, ZAR 2008, 161 (168) mit weiteren Nachweisen).

Hinreichende Erfolgsaussichten könnten damit für den Vornahmeantrag nur angenommen werden, wenn das Ermessen soweit reduziert wäre, dass nur die Erteilung der Niederlassungserlaubnis sich als rechtmäßig darstellte. Dafür ist nichts erkennbar, zumal mit der Klage bzw. der Beschwerde zur Situation des Klägers und weiteren ermessensrelevanten Aspekten, etwa den Duldungsgründen, allenfalls ansatzweise etwas mitgeteilt worden ist.

II. Hinreichende Erfolgsaussichten bestehen gleichfalls nicht, soweit der Kläger inzidenter auch beantragt, den Beklagten zu verpflichten, über seinen Antrag auf Erteilung einer Niederlassungserlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Der vom Kläger formulierte Antrag kann in Anwendung des § 88 VwGO nach dem erkennbaren Rechtsschutzziel so aufgefasst werden, dass der gestellte Vornahmeantrag den Antrag auf ermessensfehlerfreie Entscheidung erfasst. In einem solchen Vornahmeantrag ist als „minus“ der Bescheidungsantrag enthalten (vgl. zu dieser Fallgestaltung Kopp/Schenke, VwGO, 14. Auflage 2005, § 88 Rn. 3 mit weiteren Nachweisen; Wolff in Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Auflage 2006, § 113 Rn. 451).

Der Kläger erfüllt indessen nach - soweit ersichtlich - keiner der hierzu vertretenen Auffassungen die zeitlichen Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 26 Abs. 4 AufenthG oder für einen solchen nach § 26 Abs. 4 AufenthG i.V.m. § 35 AufenthG.

Dabei geht der Senat davon aus, dass insoweit § 26 Abs. 4 AufenthG die gegenüber § 9 AufenthG spezielle Anspruchsgrundlage ist, wenn - wie hier - dem Betreffenden eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt war (vgl. Senatsbeschluss vom 4. April 2008 - 18 E 1140/07 - mit weiteren Nachweisen).

Gemäß § 26 Abs. 4 AufenthG kann einem Ausländer, der seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn

die § 9 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 9 AufenthG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. § 9 Abs. 2 Satz 2 bis 6 AufenthG gilt entsprechend. Die Aufenthaltszeit des der Erteilung vorangegangenen Asylverfahrens wird abweichend von § 55 Abs. 3 AsylVfG auf die Frist angerechnet. Für Kinder, die vor Vollendung des 18. Lebensjahres nach Deutschland eingereist sind, kann gemäß § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG § 35 AufenthG entsprechend angewendet werden. Ergänzend bestimmt § 102 Abs. 2 AufenthG, dass auf die Frist für die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis nach § 26 Abs. 4 AufenthG die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis oder einer Duldung vor dem 1. Januar 2005 angerechnet wird.

Im gegenwärtigen Zeitpunkt ist nicht festzustellen, dass der Kläger seit sieben Jahren eine Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt besitzt. Ihm ist erst am 21. Februar 2007 eine Aufenthaltserlaubnis gemäß § 23 Abs. 1 AufenthG erteilt worden. Die genannte Frist erfüllt der Kläger auch weder unter Berücksichtigung der in § 102 Abs. 2 AufenthG als anrechenbar bezeichneten Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis oder Duldung vor dem 1. Januar 2005 (dazu nachfolgend 1.) noch unter Berücksichtigung der nach § 26 Abs. 4 Satz 3 ebenfalls anrechenbaren Dauer des der Erteilung vorangegangenen Asylverfahrens (dazu nachfolgend 2.).

Vorliegend sind folgende Zeiten in den Blick zu nehmen:

	von	bis	Jahre	Tage
Aufenthaltszeit des der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vorangegangenen Asylverfahrens	23.5.1997	16.5.2001	3	359
Duldung (bis 31.12.2004)	6.8.2001	29.8.2003	2	24
dito	17.9.2003	31.12.2004	1	107
Besitz einer Aufenthaltserlaubnis	21.2.2007	4.9.2008	1	197

1. Im Hinblick auf die Anrechnung von Duldungszeiten bestehen keine Erfolgsaussichten für die Klage.

Die Anrechnung von Duldungszeiten nach dem 1. Januar 2005 ist angesichts des insoweit eindeutigen Wortlauts des § 102 Abs. 2 AufenthG nach Auffassung des Senats ohne Weiteres ausgeschlossen (ebenso VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 19. Mai 2008 - 11 S

942/08 -, AuAS 2008, 134 mit weiteren Nachweisen; Fehrenbacher, HTK-AuslR / § 102 AufenthG / Zu Abs. 2 08/2008).

Auch Duldungszeiten vor dem 1. Januar 2005 können im Fall des Klägers nicht angerechnet werden. Denn in seinem Fall liegt mit der zwischenzeitlich erfolgten bestandskräftigen Ablehnung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG ein Umstand vor, der die Erteilung einer Niederlassungserlaubnis auch unter Zugrundelegung eines ansonsten weitgehenden Verständnisses zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen Duldungszeiten gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG angerechnet werden können, offensichtlich ausschließt.

Der Anrechnung von Duldungszeiten vor dem 1. Januar 2005 steht zwar entgegen der Auffassung des VGH Baden-Württemberg, a.a.O., nicht bereits entgegen, dass ein nahtloser Übergang von Duldungszeiten vor dem 1. Januar 2005 zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gegeben sein müsste, weil dies - wie anlässlich des vorliegenden Falles nicht näher erläutert werden muss - den Anwendungsbereich der Vorschrift in einer der Gesetzesintention nicht entsprechenden Weise beschränkte. Indessen ist die Anrechnung von vor dem 1. Januar 2005 liegenden Duldungszeiten ausgeschlossen, wenn ein Zusammenhang zwischen diesen und der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt des AufenthG nicht mehr besteht. Dies erfordert, dass bereits am 1. Januar 2005 die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem 5. Abschnitt gegeben waren (vgl. BVerwG, Urteil vom 22. Januar 2002 - 1 C 6.01 -, InfAuslR 2002, 281, zu § 24 Abs. 1 AuslG) und diese bis zur Erteilung ununterbrochen vorgelegen haben (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Januar 2005 - 18 B 60/05 -).

Der erforderliche Zusammenhang ist zerrissen, wenn zwischenzeitlich in der Zeit ab dem 1. Januar 2005 ein Antrag des Ausländers auf Erteilung einer solchen Aufenthaltserlaubnis bestandskräftig abgelehnt worden ist, wie es hier geschehen ist. Hierfür spricht, dass § 102 Abs. 2 AufenthG eine Übergangsvorschrift darstellt, die dementsprechend Übergangsfälle regelt und insoweit eine Kontinuität des Duldungszustands vor dem 1. Januar 2005 und der Erteilung der Aufenthaltserlaubnis nach dem 1. Januar 2005 voraussetzt. Die Regelung soll diejenigen Ausländer begünstigen, denen vor Geltung des AufenthG lediglich Duldungen erteilt werden konnten, die aber unter Geltung des AufenthG im Hinblick auf humanitäre Aufenthaltserlaubnisse anspruchsberechtigt sind (BT-Drs. 15/420, S. 100).

Es entspricht demnach nicht dem Gesetzeszweck des § 102 Abs. 2 AufenthG, Ausländer zu privilegieren, die nicht mit Inkrafttreten des Gesetzes am 1. Januar 2005, sondern zu einem späteren Zeitpunkt bzw. aus einem anderen Rechtsgrund einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis erworben haben (so auch VGH Baden-Württemberg, a.a.O.).

Hiervon ausgehend scheidet vorliegend die Anrechnung vor dem 1. Januar 2005 liegender Duldungszeiten aus, weil der Kläger bereits im Jahre 2005 die Erteilung einer humanitären Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG beantragt hat und dieser Antrag im Jahre 2006 bestandskräftig abgelehnt worden ist. Hierin liegt einerseits eine Zäsur; andererseits schließt der Umstand es aus anzunehmen, dass die Voraussetzungen für die später erteilte Aufenthaltserlaubnis schon 2005 gegeben waren.

Ergänzt sei, dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe insoweit vorliegend auch nicht mit dem Vorliegen ungeklärter Rechtsfragen gerechtfertigt werden kann. Zwar werden im Hinblick auf die Frage, welche Duldungszeiten gemäß § 102 Abs. 2 AufenthG angerechnet werden können, verschiedene Wege aufgezeigt. Gleichwohl können hinreichende Erfolgsaussichten insoweit nicht angenommen werden, weil keine der - soweit ersichtlich - ansonsten zur Anrechnung von Duldungszeiten nach § 26 Abs. 4 i.V.m. § 102 Abs. 2 AufenthG vertretenen Auffassungen der Klage zum Erfolg verhelfen würde. Dies gilt zunächst für die oben dargestellte Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg (so wohl auch OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 21. Juni 2006 - 2 M 167/06 -), aber auch für die Meinung, zwar sei grundsätzlich ein lückenloser Übergang von der Duldung zur Aufenthaltserlaubnis erforderlich, Unterbrechungen für die Dauer bis zu einem Jahr nach § 85 AufenthG könnten jedoch außer Betracht bleiben (so VG Wiesbaden, Urteil vom 19. Dezember 2007 - 4 E 1199/07 -; Burr in GK- AufenthG, Loseblatt, II - § 26 Rn. 27), sowie für jene, es könne noch ein in das Jahr 2005 fallender Duldungszeitraum berücksichtigt werden, soweit es um eine unter Geltung des AuslG 1990 erteilte Altduldung geht (so Funke-Kaiser, GK-AufenthG, Loseblatt, II - § 102 Rn. 18).

II. Allein die isolierte Berücksichtigung der Dauer des Asylverfahrens reicht nicht aus, damit der Kläger die erforderlichen Fristen erfüllt, so dass die Frage, ob die Dauer des Asylverfahrens hier angerechnet werden kann, dahinstehen kann (vgl. zu den sich hier stellenden Fragen BVerwG, Urteil vom 15. Juli 1997 - 1 C 15.96 -, Buchholz 402.240 § 35 AuslG 1990 Nr. 2 zu § 35 AuslG; Heinhold, ZAR 2008, 161 (167 ff.)).

Denn insoweit kommt günstigstenfalls die Berücksichtigung der Zeit vom 23. Mai 1997 bis zum 16. Mai 2001 als Zeit des Asylverfahrens (3 Jahre 359 Tage) sowie die Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis in Betracht. Selbst wenn hierfür die Zeit ab 22. November 2006 zugrunde gelegt wird, weil der Kläger an diesem Tag die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis beantragt hat und diese rückwirkend auf diesen Tag zu erteilen gewesen wäre (vgl. hierzu BVerwG, Urteile vom 29. September 1998 - 1 C 14/97 -, Buchholz 402.240 § 24 AuslG 1990 Nr. 3, und vom 22. Januar 2002 - 1 C 6.01 -, BVerwGE 115, 325; Burr, a.a.O., II-§ 26 Rn. 17 f.; Hailbronner, Ausländerrecht, Loseblatt, § 26 Rn. 12; Renner, Ausländerrecht, 8. Auflage 2005, § 26 Rn. 8, jeweils mit weiteren Nachweisen), genügt dies in der Summe weder für die Siebenjahresfrist des § 26 Abs. 4 Satz 1 AufenthG noch für die Fünfjahresfrist nach § 26 Abs. 4 Satz 4 AufenthG i.V.m. § 35 Abs. 1 AufenthG. Denn gemäß § 35 Abs. 1 AufenthG kann einem minderjährigen Ausländer, der eine Aufenthaltserlaubnis besitzt, eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn er im Zeitpunkt der Vollendung seines 16. Lebensjahres seit fünf Jahren im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis ist. Der am 5. April 1991 geborene Kläger vollendete sein 16. Lebensjahr am 5. April 2007, so dass als Zeit des Besitzes einer Aufenthaltserlaubnis längstens der Zeitraum vom 22. November 2006 bis zum 5. April 2007 angerechnet werden könnte, also 135 Tage. In der Summe ergeben sich maximal 4 Jahre 129 Tage, mithin weniger als fünf Jahre. § 35 Abs. 1 Satz 2 AufenthG greift ersichtlich nicht ein, weil der 17jährige Kläger nicht, wie die Vorschrift verlangt, volljährig ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 166 VwGO i.V.m. § 127 Abs. 4 ZPO.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.