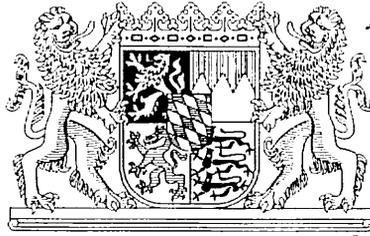
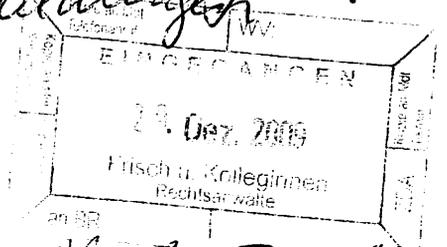


19 C 09.2087
AN 19 K 09.764



- Feststellung Klage (+)
bei Nebenbestimmungen
in Duldungen



Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

- Zeitpunkt der Bewilligung
reife.

In der Verwaltungsstreitsache

- Kläger -

bevollmächtigt:
Rechtsanwälte Rainer Frisch und Kollegen,
Friedrich-List-Str. 3, 91054 Erlangen,

gegen

Stadt Erlangen
Rechtsamt,
Rathausplatz 1, 91052 Erlangen,

- Beklagte -

wegen

Ausländerrechts
(Antrag auf Prozesskostenhilfe)
hier: Beschwerde des Klägers gegen den Beschluss des Bayerischen
Verwaltungsgerichts Ansbach vom 30. Juli 2009,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 19. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Krodel,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Mayer,
die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Häberlein

ohne mündliche Verhandlung am **16. Dezember 2009**
folgenden

Beschluss:

- I. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Ansbach vom 30. Juli 2009 wird aufgehoben.
- II. Dem Kläger wird Prozesskostenhilfe bewilligt und Rechtsanwalt Frisch aus Erlangen beigeordnet.

Gründe:

- 1 Die zulässige Beschwerde ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat dem Kläger Prozesskostenhilfe zu Unrecht versagt. Die beabsichtigte Rechtsverfolgung hat bezogen auf den Zeitpunkt der sogenannten Bewilligungsreife mit Vorlage der Ausländerakten durch die Beklagte am 20. Mai 2009 hinreichende Aussicht auf Erfolg und erscheint im Übrigen auch nicht als mutwillig (§ 166 VwGO i.V.m. § 114 Satz 1 ZPO). Der Kläger kann nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen.
- 2 Die vom Kläger mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit der in der Duldung enthaltenen Nebenbestimmung – „die Duldung erlischt, sobald ein gültiges Reisedokument vorliegt und/oder die Abschiebung möglich ist“ – erhobene Klage ist im Hinblick auf die kurze Dauer der Duldungen und die darin liegende Rechtsschutzer-schwerung als Feststellungsklage (§ 43 VwGO) statthaft (vgl. BayVGH, B.v. 3.3.2008 – 19 C 07.2848 und BayVGH, B. v. 13.3.2008 – 19 C 07.2847 – Juris; siehe auch Happ in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl., 2006, § 43 RdNr. 33 sowie Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., 2007, § 43 RdNr. 29) und im Übrigen zulässig; ihr steht vor allem der Grundsatz der Subsidiarität (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO) nicht entgegen, da die Gefahr einer Umgehung der besonderen Voraussetzungen für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (vgl. hierzu BVerwGE 36, 179 [181]; 77, 207 [211]) aufgrund der Unzumutbarkeit der Inanspruchnahme eines solchen Rechtsschutzes vorliegend von vornherein nicht besteht und bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts regelmäßig erwartet werden darf, dass sie in einem solchen Fall auch einem in der Hauptsacheentscheidung nicht vollstreckbaren Feststellungsurteil Folge leisten wird (vgl. BayVGH, Urt. v. 15.7.1992 – 4 B 91.3106 –, BayVBl. 1993, 81). Entgegen der

Auffassung des Verwaltungsgerichts und der Stellungnahme der Beklagten vom 2. September 2009 fehlt der Feststellungsklage auch weder das Rechtsschutzbedürfnis noch das Feststellungsinteresse:

- 3 Der Kläger war vorliegend nicht gehalten, zunächst einen Antrag auf Beseitigung der streitgegenständlichen Nebenbestimmung bei der Beklagten zu stellen. Das Verwaltungsgericht und die Beklagte verkennen, dass es Aufgabe der Ausländerbehörden ist, ihre Verwaltungspraxis im Hinblick auf Veränderungen in der Rechtsprechung zu überprüfen und unter Kontrolle zu halten. Hierzu sind sie nicht nur im Interesse des Bürgers, sondern auch um der Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) willen verpflichtet. Die streitbefangene Nebenbestimmung ist vom Bayer. Verwaltungsgerichtshof bereits mit Beschluss vom 21.12.2006 – 24 CS 06.2958 –, BayVBl. 2007, 567 (569) wegen Verletzung des Bestimmtheitsgebots (Art. 37 Abs. 1 BayVwVfG) als rechtswidrig beanstandet worden. Die Beklagte hat die fragliche Nebenbestimmung jedoch gleichwohl anlässlich der Verlängerung der Duldung am 19. Januar 2009 erneut verwandt und es auch in der Zeit davor unterlassen, ihre Verwaltungspraxis der Rechtsprechung anzupassen. Noch in der Antragserwiderung vom 18. Mai 2009 vertrat sie die Auffassung, ob die auflösende Bedingung rechtswidrig sei, könne dahinstehen; sie sei jedenfalls nicht nichtig, da sie nicht „völlig“ unbestimmt sei. Diese Ausführungen lassen eine Einsicht in die Fehlerhaftigkeit des eigenen Handelns und damit zugleich auch eine Bereitschaft zu einer Korrektur auch ohne vorherige Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes vermissen. Angesichts einer solchen Sachlage ist es nicht Aufgabe des Klägers, die Beklagte eigens auf ihre rechtsfehlerhafte Praxis hinzuweisen und – mit ungewissem Ausgang – Abhilfe zu begehren. Es steht deshalb nicht mit der für eine Verneinung der Erfolgsaussicht erforderlichen Richtigkeitsgewähr fest, dass der Kläger die Beseitigung der rechtswidrigen Nebenbestimmung einfacher hätte erreichen können (zum Rechtsschutzbedürfnis vgl. Rennert, in: Eyermann, VwGO, 12. Aufl., 2006, vor § 40 RdNr. 12 ff.).
- 4 Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob sich ein Rechtsschutzsuchender vor Anrufung der Gerichte grundsätzlich vergeblich an den Rechtsschutzgegner zu wenden hat, es sei denn, das Prozessrecht sieht ausdrücklich eine Antragstellung bei der Verwaltung vor (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., 2007, Vorb. § 40 RdNr. 51; Ehlers, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Oktober 2008, Vorb. § 40 RdNr. 82). Bei der Feststellungsklage ist die vorherige Durchführung

eines Vorverfahrens nicht vorgesehen. Diese Entscheidung des Gesetzgebers kann nicht dadurch unterlaufen werden, dass unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses die vorherige erfolglose Absolvierung eines Antragsverfahrens gefordert wird (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl., 2007, Vorb. § 40 RdNr. 51).

5 Ebenso wenig fehlt es – bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Bewilligungsreife am 20. Mai 2009 – am nötigen Feststellungsinteresse (§ 43 Abs. 1, letzter Halbsatz VwGO). Die von der Beklagten verwandte Nebenbestimmung hat zur Folge, dass der Eintritt der Bedingung nicht konkret abschätzbar ist und die Duldung damit zu einem ungewissen Zeitpunkt automatisch erlischt. Für den Betroffenen ist bei einer solchen Verwaltungspraxis nicht erkennbar, zu welchem Zeitpunkt die Abschiebung möglich ist und er aufgrund des Wegfalls der Duldung einen Straftatbestand verwirklicht, was rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht entspricht (vgl. Funke-Kaiser, in: GK-Aufenthaltsgesetz, Stand: Mai 2009, RdNr. 93 zu § 60 a AufenthG und BayVGH, B.v. 21.12.2006 – 24 CS 06.2958 –, BayVBl. 2007, 567 [569]).

6 Die Klage hat daher – bezogen auf den Zeitpunkt der Bewilligungsreife am 20. Mai 2009 – hinreichende Aussicht auf Erfolg. Der Umstand, dass die Beklagte – offenbar unter dem Eindruck der Klage – mit Schriftsatz vom 18. Mai 2009 die Streichung der Nebenbestimmung bei Vorsprache des Klägers zeitgleich mit der Vorlage der Akten und damit mit Eintritt der Bewilligungsreife zugesagt hat, führt vor dem Hintergrund der am 22. Juni 2009 unter Verzicht auf die streitgegenständliche Nebenbestimmung erteilten neuen Duldung lediglich dazu, dass sich das Hauptsacheverfahren erledigen dürfte, hat aber entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht zur Folge, dass die Feststellungsklage bezogen auf den maßgeblichen Zeitpunkt der Bewilligungsreife am 20. Mai 2009 gleichsam nachträglich unzulässig würde und es dem Prozesskostenhilfebegehren an den erforderlichen Erfolgsaussichten fehlte.

7 Da es vorliegend der Beklagten oblag, ihre Verwaltungspraxis der Rechtslage anzupassen, kann die Klage auch nicht – wie das Verwaltungsgericht meint – als mutwillig angesehen werden. Vielmehr hat die Beklagte Veranlassung für die Klageerhebung gegeben, mit den sich hieraus ergebenden Konsequenzen. Die angefochtene Entscheidung war deshalb aufzuheben und dem Kläger Prozesskostenhilfe unter Anwaltsbeordnung zu bewilligen.

8 Eine Kostenentscheidung und eine Streitwertentscheidung sind in dem erfolgreichen Beschwerdeverfahren nicht erforderlich (vgl. § 127 Abs. 4 ZPO). Eine Gebühr fällt nach Nr. 5502 des Kostenverzeichnisses (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) nicht an.

9 Krodel

Dr. Mayer

Häberlein