

- PKH: Entscheidungsruf sofort nach Klageerfolg
- II : auch rückwirkend.
- Feststellungslage bei wiederholt aufhebten Rechtsverhältnissen

19 C 09.2053
AN 5 K 09.571



Kopie an: Amt, Telefonamt		WW:	
Kopie an: Ihre Amtsstelle		Kopie an: Amt, Termin	
EINGEGANGEN			
28. Dez. 2009			
Frisch u. Kolleginnen Rechtsanwälte			
an BR		ZDA	

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

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 28. Juli 2009,

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

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

Beschluss:

Unter Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 15. Juli 2009 wird dem Kläger Prozesskostenhilfe für das Klageverfahren bewilligt und Rechtsanwalt Frisch, Erlangen, beigeordnet.

Gründe:

- 1 Die zulässige Beschwerde gegen die Versagung von Prozesskostenhilfe und Anwaltsbeordnung für das Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht ist begründet. Die Klage des Klägers, der nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann (§§ 166 VwGO, 115 ZPO), hatte in dem für die Entscheidung über den Prozesskostenantrag maßgeblichen Zeitpunkt hinreichende Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 166 VwGO i.V.m. § 114 Satz 1 ZPO. Solche Erfolgsaussichten liegen bereits dann vor, wenn eine gewisse, nicht notwendig überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Erfolg der beabsichtigten Rechtsverfolgung spricht; hierzu genügt bereits eine bei summarischer Prüfung sich ergebende Offenheit des Erfolgs.

- 2 1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Erfolgsaussicht ist der Zeitpunkt der Entscheidungsreife des Prozesskostenhilfesuchs (P. Schmidt in Eyermann, 12. Aufl. 2006, RdNrn. 39 ff. zu § 166; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 68. Aufl. für 2010, RdNrn. 82 f. zu § 114 und RdNrn. 5 f. zu § 119 m.w.N.). Über das Prozesskostenhilfesuch des Klägers konnte nach dem 6. April 2009, dem Tag des Eingangs der Klageschrift vom 31. März 2009 mit dem Prozesskostenhilfesuch einschließlich aller notwendigen Anlagen bei dem Verwaltungsgericht, ohne weiteres Zuwarten entschieden werden. Angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles kam es für diese Entscheidung auf die Stellungnahme des Beklagten nicht an (vgl. § 118 Abs. 1 S. 1 ZPO). Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass die streitgegenständliche Nebenbestimmung ("die Duldung erlischt, sobald ein gültiges Rückreisedokument vorliegt und/oder die Abschiebung möglich ist") infolge Unbestimmtheit rechtswidrig ist (Beschlüsse vom 21.12.2006 Az. 24 CS 06.2958, vom 3.3.2008 Az. 19 C 07.2848 und vom 13.3.2008

Az. 19 C 07.2847); auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 21. Dezember 2006 hat die Klageschrift ausdrücklich Bezug genommen. Dem Kläger ist erst am 5. Mai 2009 eine Duldung ohne die streitgegenständliche Nebenbestimmung erteilt worden. Da das Prozesskostenhilfesuch somit schon vor dem Eintritt des erledigenden Ereignisses im positiven Sinne entscheidungsreif gewesen ist, kam - wie bereits vom Verwaltungsgericht erwogen - eine rückwirkende Bewilligung in Betracht.

- 3 2. Zum Zeitpunkt der Entscheidungsreife ist die Klage zulässig gewesen, wobei es nicht darauf ankommt, ob die inmitten des Rechtsstreits stehende auflösende Bedingung eine selbstständige oder eine unselbstständige Nebenbestimmung darstellt.
- 4 a) Der Kläger hat mit der Feststellungsklage keine unzulässige Klageart gewählt. Zwar kann eine Feststellungsklage grundsätzlich nicht erhoben werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können (vgl. § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO). Die Verweisung auf eine Gestaltungs- oder Verpflichtungsklage setzt jedoch voraus, dass der Kläger durch sie einen der Feststellungsklage in Reichweite und Effektivität mindestens gleichwertigen Rechtsschutz erhält. Bei Rechtsverhältnissen, die wiederholt auftreten, also bei solchen Rechten und Pflichten, deren Bestehen oder Nichtbestehen nicht nur einmalig von Interesse sind, ist dies nicht der Fall (Happ in Eyermann a.a.O. RdNrn. 32 f., Sodan in Sodan/Ziekow, VwGO, RdNrn. 122 f., Pietzcker in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, RdNrn. 47 ff., Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, RdNrn. 26 ff., jeweils zu § 43). Die Frage der Rechtmäßigkeit der streitgegenständlichen Nebenbestimmung tritt vorliegend wiederholt auf, weil dem Kläger Duldungen mit einer Laufzeit von jeweils nur wenigen Monaten erteilt werden und sich die auflösende Bedingung ausschließlich auf die jeweilige Duldung bezieht, der sie beigefügt ist; die Ausländerbehörde entscheidet bei jeder Duldungserteilung neu über die Voraussetzungen des Erlöschens der Duldung. Eine Verweisung des seit mehreren Jahren geduldeten Klägers auf die Anfechtungs- bzw. die Verpflichtungsklage würde ihn schon binnen eines Jahres zu mehreren Klagen nötigen mit der Folge eines unverhältnismäßigen Verfahrens- und Kostenaufwandes; Entscheidungen mit Bindungswirkung für die nächstfolgende Duldung ergäben sich daraus gleichwohl nicht.

5 Eine Umgehung der Verfahrens- und Fristenfordernisse der Anfechtungsklage bzw. der Verpflichtungsklage (ein Bedenken, das den zentralen Grund der Regelung des § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO bildet, vgl. BVerwG vom 27.10.1970 BVerwGE 36, 179, 181), ist vorliegend nicht zu besorgen. Der Duldung ist eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht beigefügt; die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO war bei Klageerhebung nicht verstrichen. Bei dieser Sachlage wäre selbst dann, wenn - wie das Verwaltungsgericht in seinem Einstellungsbeschluss vom 15. Juli 2009 meint - der Kläger Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage hätte erheben müssen, keine unbehebbar unzulässige Klage gegeben, sondern ein richterlicher Hinweis (vgl. § 86 Abs. 3 VwGO) auf die zutreffende Klageart angezeigt gewesen.

6 b) Es steht nicht mit der für eine Verneinung der Erfolgsaussicht erforderlichen Richtigkeitsgewähr fest, dass der Kläger die Beseitigung der rechtswidrigen Nebenbestimmung auf anderem Wege einfacher hätte erreichen können (zum Rechtsschutzbedürfnis vgl. Rennert in Eyermann a.a.O. RdNrn. 12 ff. vor § 40). Er hat zwar - annähernd gleichzeitig mit mindestens vier weiteren vom Bevollmächtigten des Klägers vertretenen geduldeten Ausländern, deren Beschwerdeverfahren dem Senat vorliegen - Klage erhoben, ohne vorher gegenüber der Behörde die Nebenbestimmung zu beanstanden. Vorliegend kommt den hierdurch aufgeworfenen Fragen jedoch keine Bedeutung zu, weil viel dafür spricht, dass ein an die Beklagte gerichteter Antrag nicht zur Abhilfe geführt hätte (maßgeblich ist der ex-ante-Standpunkt, vgl. Olbertz in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner a.a.O. RdNr. 9 zu § 156). Die Beklagte hat die streitgegenständliche auflösende Bedingung der Duldung beigefügt, obgleich die Nebenbestimmung in dieser Fassung nach der seit mehreren Jahren unveränderten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. Nr. 1) und nach der überwiegenden Literaturauffassung (vgl. Funke-Kaiser a.a.O. RdNrn. 93 ff. zu § 60a; Hailbronner, Ausländerrecht, RdNr. 21 zu § 61) rechtswidrig ist. In ihrer Klageerwidderung vom 8. Mai 2009 hat die Beklagte die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Nebenbestimmung allenfalls zögerlich eingeräumt und zwar ihre Abhilfeentscheidung mitgeteilt, gleichwohl aber aus (wenig überzeugenden, vgl. auch Nr. 2a) prozessualen und materiellen Gründen die Auffassung vertreten, die Klage hätte keinen Erfolg haben können.

7 3. Auch in der Sache kann der Klage die Erfolgsaussicht nicht abgesprochen werden. Die Rechtskraft der von der Beklagten eingewandten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen aus den Jahren 2003 und 2004 betreffend dem Kläger erteilte

Duldungen erstreckt sich nicht auf den vorliegenden Streitgegenstand. Die von der Beklagten weiter geäußerte Auffassung, der streitgegenständlichen Nebenbestimmung komme im Hinblick auf die Regelung des § 60a Abs. 5 Satz 4 AufenthG keine Bedeutung zu, ist zumindest zweifelhaft (zum Anwendungsbereich der Vorschrift vgl. Funke-Kaiser a.a.O. RdNrn. 91 f. sowie Hailbronner a.a.O. RdNrn. 91 bis 94, jeweils zu § 60a).

- 8 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, da das Kostenverzeichnis (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG) keinen Kostentitel bei Stattgabe einer Beschwerde im Verfahren über nicht besonders aufgeführte Beschwerden enthält. Eine Kostenerstattung findet im Beschwerdeverfahren nicht statt (§ 127 Abs. 4 ZPO). Aus den vorgenannten Gründen bedarf es auch keiner Festsetzung eines Streitwertes.
- 9 Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

Krodel

Herrmann

Häberlein