

Verwaltungsgericht Hamburg

Urteil vom 04.05.2015

T e n o r

Es wird unter Aufhebung des Widerspruchsbescheids vom 15. Oktober 2013 festgestellt, dass die den Duldungen vom 6. November 2012, 6. Dezember 2012, 10. Januar 2013, 9. Juli 2013, 8. Oktober 2013 und 7. November 2013 beigefügte Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ rechtswidrig war.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Berufung wird zugelassen.

T a t b e s t a n d

Die Kläger begehren die Feststellung, dass die Nebenbestimmung der ihr erteilten Duldungen „Erlischt mit Flugtermin“ rechtswidrig war.

Der Kläger zu 1) wurde xxx, die Klägerin zu 2) wurde xxx in Mazedonien geboren. Beide sind verheiratet, mazedonische Staatsangehörige und Volksangehörige der Roma. Sie haben mittlerweile vier gemeinsame Kinder. Die drei älteren wurden in den Jahren 20xx, 20xx und 20xx noch in Mazedonien geboren, das jüngste Kind in Hamburg.

Die beiden Kläger kamen im Jahr 2010 nach Deutschland. Ein Asylantrag der Kläger und ihrer drei ältesten Kinder wurde mit zwei Bescheiden vom 5. Oktober 2010 als offensichtlich unbegründet abgelehnt, auch Abschiebungsschutz wurde nicht zuerkannt, und die Familie wurde unter Abschiebungsandrohung zur Ausreise aufgefordert. Ein Eilantrag bei Gericht (15 AE 428/10) blieb erfolglos, die parallelen Klagen (15 A 426/10 und 15 A 529/10) wurden zurückgenommen. Aufgrund von Passlosigkeit wurde der Aufenthalt der Kläger einstweilen geduldet. Sowohl am 4. Januar 2011 als auch am 20. Januar 2011 erhielten sie eine Duldung, der die Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ beigefügt war. Im Frühjahr 2011 reiste die Familie mit dem Bus zurück nach Mazedonien.

Im Herbst desselben Jahres, am 28. Oktober 2011, reiste die Familie wieder ein. Am 31. Oktober 2011 stellte sie beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einen Folgeantrag. Mit Bescheid vom 29. November 2011 lehnte das Bundesamt die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens sowie die Abänderung der Feststellungen zum Abschiebungsschutz nach § 60 Abs. 2 bis 7 AufenthG ab. Am 16. Januar 2012 erhoben die Kläger gegen den Bescheid Klage (15 A 30/12), über die noch nicht entschieden wurde.

Bereits am 6. Dezember 2011 wurde in der 34. Schwangerschaftswoche das Baby y geboren, das fortan unter verschiedenen gesundheitlichen Störungen litt und sich mehrmals in stationärer Behandlung befand.

Am 15. Dezember 2011 wurden die Kläger zu ihrer Ausreisepflicht angehört und gaben an, wiederum freiwillig ausreisen zu wollen.

Da die Kläger über keine Pässe mehr verfügten und für das Baby Y auch noch keiner ausgestellt worden war, wurde ihr Aufenthalt im Folgenden geduldet, und zwar mit Bescheiden vom 9. Januar 2012, 30. Januar 2012, 20. Februar 2012, 12. März 2012, 29. Mai 2012, 12. Juli 2012 und 9. Oktober 2012. Den Duldungen war jeweils die Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ beigefügt.

Bereits am 9. Juli 2012 war für das Baby Y ein Asylantrag gestellt worden. Mit Bescheid vom 16. August 2012 wurde dieser bestandskräftig als offensichtlich unbegründet abgelehnt und die Flüchtlingseigenschaft sowie Abschiebungsverbote wurden nicht zuerkannt. Das Kind wurde unter Abschiebungsandrohung zur Ausreise binnen einer Woche aufgefordert.

Im September 2012 stellte die Beklagte an die Republik Mazedonien ein Rücknahmeersuchen, dem unter dem 16. Oktober 2012 entsprochen wurde. Die Kläger wurden hierauf aufgefordert, Deutschland bis Ende Oktober zu verlassen. Am 30. Oktober 2012 versuchte die Familie, mit einem Linienbus nach Mazedonien zu gelangen. Da das Baby Y jedoch über keinen Nationalpass verfügte, wurde ihm die Einreise nach Kroatien verweigert. Die Familie saß drei Tage an der Grenze fest und wurde dann von einem Bekannten zurück nach Hamburg gebracht. Die Klägerin zu 2) erlitt aufgrund dieser Vorkommnisse einen Nervenzusammenbruch und befand sich deswegen nach ihrer Rückkehr einige Tage in stationärer Behandlung. Auf ärztliches Anraten begann sie hiernach eine ambulante Psychotherapie, da ihr eine posttraumatische Belastungsstörung und eine rezidivierende depressive Störung attestiert wurden.

Ihr Sohn Y befand sich wenig später wegen einer schweren Infektion im Krankenhaus. Am 19. Dezember 2012 wurde in Hinblick auf den schlechten gesundheitlichen Zustand des Kleinkindes ein Wiederaufgreifensantrag zur Gewährung subsidiären Schutzes gestellt.

Nach dem missglückten Ausreiseversuch wurde der Aufenthalt der Familie unter Hinweis auf die Passlosigkeit und das Nichtvorliegen eines Passersatzes fortwährend geduldet: Am 6. November 2012 wurde eine Duldung für einen Monat erteilt und am 6. Dezember 2012 eine Duldung für zwei Monate. Der ersten Duldung wurde als Vermerk hinzugefügt, dass eine freiwillige Ausreise nicht möglich gewesen sei. Jetzt werde für Y ein Passersatzpapier beschafft. Außerdem habe die Prozessbevollmächtigte angekündigt, beim Verwaltungsgericht einen Eilantrag zu stellen, um die Ausreisefrist bis über den Winter zu verlängern. Die Klägerin zu 2) solle sich in Ochsenzoll befinden. Zur Duldung vom 6. Dezember 2012 wurde vermerkt, dass die Duldung in Anbetracht der vorliegenden ärztlichen Bescheinigungen für zwei Monate verlängert werden solle. Ein

Eilantrag der Prozessbevollmächtigten sei in der Akte nicht zu finden. Aufgrund des Asylfolgeantrags von Y wurde die Duldung am 10. Januar 2013 vorzeitig für nunmehr sechs Monate verlängert. Am 9. Juli 2013 fand eine weitere Verlängerung für drei Monate statt, wiederum im Hinblick darauf, dass ein Folgeverfahren hinsichtlich des Kindes Y anhängig sei. Allen Duldungen, die jeweils nicht mit Rechtsbehelfsbelehrungen versehen waren, war wiederum die Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ beigefügt.

Erst mit Bescheid vom 16. Juli 2013 wurde vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge der Folgeantrag des Kindes Y abgelehnt, weil keine Wiederaufgreifensgründe ersichtlich seien. Am 6. August 2013 wurde hiergegen Klage erhoben (5 A 3075/13 = 15 A 629/15), über die noch nicht entschieden wurde.

Am 19. September 2013 legten die Kläger gegen die Duldungen Widerspruch ein, insoweit darin die auflösende Bedingung „Erlischt mit Flugtermin“ enthalten war: Bei der Fortschreibung der Duldung mit diesem Zusatz handele es sich um einen Dauerbescheid, so dass das Rechtsmittel sich einheitlich auf vergangene Duldungen bis zu einem Jahr und auf künftige Duldungen beziehe. Die hierzu ergangene Entscheidung des Hamburgischen Obergerichtes aus dem Jahr 2004 sei nicht einschlägig. Sie betreffe eine andere Fallkonstellation. Andere Verwaltungsgerichte hätten inzwischen entschieden, dass diese auflösende Bedingung willkürlich und deshalb rechtswidrig sei.

Am 8. Oktober 2013 wurde den Klägern wegen Passlosigkeit / fehlenden Passersatzes erneut für einen Monat eine Duldung erteilt. Vermerkt war hierbei, dass die Klägerin zu 2) nicht reisefähig sei und dem Arzt Dr. A vorgestellt werden müsse, dessen Gutachten erst in 4 bis 6 Wochen vorliegen werde. Wiederum war die Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ beigefügt. Am 7. November 2013 wurde die Duldung entsprechend für einen weiteren Monat verlängert mit dem Hinweis, dass immer noch kein Gutachten des Herr Dr. A vorliege und man um Verlängerung um einen Monat gebeten habe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 15. Oktober 2013 wies die Beklagte den Widerspruch zurück: Es entspreche der herrschenden Rechtsauffassung, dass eine Duldung unter einer hinreichend bestimmten auflösenden Bedingung erteilt werden dürfe. Hierzu gehöre auch die hier angegriffene Bedingung „Erlischt mit Flugtermin“.

Am 14. November 2013 haben die Kläger Anfechtungsklage erhoben: Die angefochtene auflösende Bedingung „Erlischt mit Flugtermin“ verstoße insbesondere gegen das Willkürverbot. Die den Duldungen hinzugefügte Nebenbestimmung und auch der Widerspruchsbescheid seien deshalb aufzuheben.

Die Kläger beantragen auf den Hinweis des Gerichts, dass sich die streitbefangenen Duldungen Kraft Zeitablaufs erledigt hätten, nunmehr

unter Aufhebung des Widerspruchsbescheids vom 5. Oktober 2013 festzustellen, dass die den Duldungen der Beklagten vom 6. November 2012, 6. Dezember 2012, 10. Januar 2013, 9. Juli 2013, 8. Oktober 2013 und vom 7. November 2013 beigefügte Nebenbestimmung „Die Duldung erlischt mit Flugtermin“ rechtswidrig war.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung bezieht sie sich auf ihren Widerspruchsbescheid.

Durch Beschluss vom 20. Januar 2014 (15 AE 3783/13) ordnete die erkennende Kammer an, dass das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge in Bezug auf die Klägerin zu 2) ihre Erklärung, dass die Abschiebung zulässig sei, gegenüber der Beklagten zu widerrufen und zu erklären habe, dass diese vorläufig nicht abgeschoben werden dürfen. Zur Begründung wurden die psychiatrische Erkrankung der Klägerin zu 2) und die diesbezüglich äußerst schlechte Gesundheitsversorgung in Mazedonien angeführt. Der Aufenthalt der gesamten Familie wird seither weiterhin geduldet.

Am 4. Mai 2015 ist in der Sache mündlich verhandelt worden. Insoweit hat die Beklagte u.a. vorgetragen, dass sie stets allen Duldungen die streitige Nebenbestimmung beifüge. Dies diene der Verwaltungsvereinfachung und habe die Beschleunigung der Abschiebung bei gewissen Verfahren zum Ziel. Im Übrigen wird auf das Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Die Sachakten der Beklagten sind zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden.

## E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

Die Klage ist im Wesentlichen als Feststellungsklage zulässig (§ 43 VwGO).

Nach § 43 VwGO kann durch Klage die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat. Die Feststellung kann allerdings nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können.

Die Frage, ob die angegriffene Nebenbestimmung konkret benannten Duldungen beigefügt werden durfte, betrifft feststellungsfähige Rechtsverhältnisse im vorgenannten Sinne. Die einer Duldung beigefügte Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ ist selbstständig anfechtbar und deshalb auch im Wege der Feststellungsklage isoliert überprüfbar, da die Duldung auch ohne die Bedingung sinnvoll erlassen werden konnte (vgl. z.B. OVG Bremen, Beschluss vom 29.3.2011, 1 B 57/11, 1 B 67/11, juris Rn. 6 ff.; anders noch

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22.9.2000, 13 S 2260/99, InfAuslR 2001, 158 f., juris Rn. 14). Insoweit ist allerdings jeder einzelne Duldungsbescheid separat zu betrachten, da eine Kette von Duldungen keinen Dauerverwaltungsakt darstellt, der die zeitliche Wirksamkeit der einzelnen Duldungen übersteigt.

Eine der Feststellungsklage vorrangige Anfechtungsklage mit dem Ziel, die beanstandeten Nebenbestimmungen aufzuheben, scheidet hier aus, da sich alle streitbefangenen Duldungen längst durch Zeitablauf erledigt haben (§ 43 Abs. 2 HmbVwVfG). Bei Einlegung des Widerspruchs am 19. September 2013 dauerte nur noch die Duldung vom 9. Juli 2013 an, die Duldungen vom 8. Oktober 2013 und vom 7. November 2013 wurden ohnehin erst später verfügt. Bei Klageerhebung am 14. November 2013 lief die letzte der streitbefangenen Duldungen vom 7. November 2013 noch gerade drei Wochen.

Hinsichtlich aller streitbefangenen Verfügungen ist die Feststellungsklage nach § 43 VwGO zulässig, ohne dass es hier – wie bei der Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO – zuvor der Einlegung eines fristgemäßen Widerspruchs und der Erhebung einer fristgemäßen Klage bedurft hätte. Denn es handelt sich bei allen hier streitbefangenen Nebenbestimmungen zu Duldungen um Regelungen, die sich bereits vor Eintritt der Bestandskraft (durch Zeitablauf) erledigt haben. Weil Duldungen einschließlich ihrer Nebenbestimmungen regelmäßig keine Rechtsbehelfsbelehrungen beigefügt werden, kann die Unanfechtbarkeit erst nach Ablauf eines Jahres eintreten (§ 58 Abs. 2 VwGO). Diese formelle Bestandskraft erreichen sie aber gar nicht, weil sie vorher durch Zeitablauf erlöschen. Für solche Verwaltungsakte, die vor Eintritt der Bestandskraft unwirksam geworden sind, gilt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht die für eine Anfechtungsklage vorgesehene Frist des § 74 Abs. 1 VwGO oder, im Falle unzureichender Rechtsmittelbelehrung, des § 58 Abs. 2 VwGO. Insoweit kann ohne Fristbindung Feststellungsklage erhoben werden (vgl. insbesondere BVerwG, Urteil vom 14.7.1999, 6 C 7/98, BVerwGE 109, 203 ff., juris Rn. 19 ff.). Deshalb hat die Kammer keine Bedenken, auch die Bescheide vom 8. Oktober 2013 und vom 7. November 2013 in die Prüfung mit einzubeziehen, obwohl hinsichtlich dieser Bescheide kein Widerspruch eingelegt, sondern sofort Klage erhoben worden ist.

Die Kläger haben auch ein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Nebenbestimmung. Da diese bereits diverse Male den Duldungen der Kläger beigefügt wurde und die Beklagte zudem in der mündlichen Verhandlung ausführte, die auflösende Bedingung „Erlischt mit Flugtermin“ sogar allen Duldungen beizufügen, besteht Wiederholungsgefahr.

## II.

Soweit die Kläger auch den Widerspruchsbescheid vom 5. Oktober 2013 angefochten haben, ist eine Anfechtungsklage zulässig. Der Widerspruchsbescheid war auch aufzuheben (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO), da dieser wegen vorheriger Erledigung des Regelungsgegenstandes durch Zeitablauf im Wesentlichen keine gestaltende Wirkung mehr haben konnte, aber eine solche weiterhin vorzugeben scheint. Denn hinsichtlich der bereits durch Zeitablauf erledigten Verfügungen hätte das Widerspruchsverfahren eingestellt werden müssen.

Sofern der Widerspruchsbescheid stattdessen – was letztlich unklar bleibt – zur Klarstellung der Rechtslage die bloße Feststellung treffen sollte, dass die Beifügung der angegriffenen Nebenbestimmung rechtmäßig war, ist er als feststellender Verwaltungsakt in gleicher Weise aufzuheben, da diese Feststellung – siehe unten unter III. – nicht rechtmäßig ist.

### III.

Die Beifügung der auflösenden Bedingung „Erlischt mit Flugtermin“ zu allen streitbefangenen Duldungen der beiden Kläger war rechtswidrig.

1. Zwar begegnet es keinen Bedenken, dass diese Nebenbestimmung Duldungen beigefügt werden durfte, da § 61 Abs. 1 S. 2 AufenthG i.d.F. vom 25. Februar 2008 ausdrücklich vorsah, dass neben einer räumlichen Beschränkung weitere Bedingungen und Auflagen der Duldung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers beigefügt werden können. Auch zu Duldungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht, kann deshalb nach § 36 Abs. 1 HmbVwVfG eine solche Bedingung hinzugefügt werden (entspr. noch zu § 56 Abs. 3 S. 2 AuslG OVG Hamburg, Beschluss vom 16.11.2004, 3 Bs 503/04, juris Rn. 4, und VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22. September 2000, 13 S 2260/99, InfAuslR 2001, 158 f., juris Rn. 17; vgl. auch BayVGH, Beschluss vom 18.2.2015, 10 C 14.1117 u.a., juris Rn. 25; VG Oldenburg, Beschluss vom 23.1.2013, 11 A 4635/12, juris Rn. 6 und Urteil vom 15.5.2013, 11 A 3664/12, juris Rn. 14; VG Stuttgart, Urteil vom 9.2.2012, 11 K 2593/11, juris Rn. 17; a. A. VG Oldenburg, Urteil vom 15.5.2013, 11 A 3664/12, juris Rn. 17).

2. Zudem hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht bereits im Jahr 2004 geklärt, dass die auflösende Bedingung „Erlischt mit Flugtermin“ noch hinreichend bestimmt im Sinne von § 37 Abs. 1 HmbVwVfG ist (OVG Hamburg, Beschluss vom 16.11.2004, 3 Bs 503/04, juris Rn. 6). Denn im Wege der Auslegung ergebe sich, dass das zum Erlöschen der Duldung führende Ereignis die Bekanntgabe des Flugtermins an den betroffenen Ausländer sei, während die interne Kenntniserlangung vom konkreten Flugtermin durch die Ausländerbehörde hierfür nicht genüge. Nicht beschäftigt hat sich die damalige Entscheidung allerdings mit der Frage, ob „mit Flugtermin“ sich nicht auch auf den Tag des geplanten Abfluges beziehen könne. Im normalen Sprachgebrauch und, wie die mündliche Verhandlung gezeigt hat, auch unter Juristen dürfte ein solches Verständnis durchaus verbreitet sein, so dass es der Klarheit der Nebenbestimmung sicherlich dienlich wäre, wenn diese als „Erlischt mit Bekanntgabe des Flugtermins“ gefasst würde.

3. Für alle streitbefangenen Duldungen mit Ausnahme der letzten vom 7. November 2013 stellt sich auch nicht die Frage, ob die Beifügung einer auflösenden Bedingung, die eine Abschiebung auch ohne Einhaltung der in § 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG im Widerrufsfall für längerfristig Geduldete vorgesehenen Ankündigungsfrist von einem Monat erlaubt, aufgrund dieser Spezialvorschrift ausgeschlossen ist (vgl. dazu insbesondere VG Oldenburg, Urteil vom 15.5.2013, 11 A 3664/12, juris Rn. 16 ff.; zur analogen Anwendung der Ankündigungspflicht VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 22. September 2000, 13 S 2260/99, InfAuslR 2001, 158 f., juris Rn. 21, OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.8.2010, 2 M 124/10, juris Rn. 4, und BayVGH, Beschluss

vom 18.2.2015, 10 C14.1117 u.a., juris Rn. 25). Denn die Kläger wären im Fall eines Widerrufs der Duldungen vom 6. November 2012 bis zum 8. Oktober 2013 nicht von § 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG begünstigt, da sie zu jener Zeit noch nicht für länger als ein Jahr ununterbrochen geduldet waren. Nach ihrem missglückten Rückreiseversuch Ende Oktober 2012 hatten sie erst wieder ab dem 6. November 2012 Duldungen erhalten.

Lediglich die letzte streitbefangene Duldung vom 7. November 2013 wurde zu einem Zeitpunkt verfügt, als die Familie sich bereits wiederum für ein Jahr und einen Tag in Deutschland geduldet aufgehalten hatte. Im Fall eines Widerrufs dieser Duldung hätte deshalb § 60a Abs. 5 S. 4 AufenthG gegriffen und eine Abschiebung hätte mindestens einen Monat zuvor angekündigt werden müssen. Welche Bedeutung dieser Umstand damals für die Beifügung der beanstandeten Nebenbestimmung haben könnte, bedarf aber keiner gerichtlichen Klärung, weil die Nebenbestimmung jener letzten Duldung aus anderen Gründen ohnehin nicht beigefügt werden durfte (siehe unten 4. c.).

4. Der Rechtmäßigkeit der beigefügten auflösenden Bedingung zu allen streitbefangenen Duldungen steht entgegen, dass es an jeglichen Ermessenserwägungen dafür fehlt, weshalb sie den Duldungen der Kläger beigefügt wurde. Insoweit liegt für den konkreten Einzelfall ein Ermessensnichtgebrauch vor, welcher die Beifügung der streitbefangenen Nebenbestimmung, die nach § 61 Abs. 1 S. 2 AufenthG damaliger Fassung zweifellos im Ermessen der Beklagten stand („kann“), ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig macht.

a. Der Annahme eines Ermessensnichtgebrauchs steht hier nicht entgegen, dass die Beklagte vermutlich nicht gänzlich verkannt hat, dass das AufenthG ihr insoweit ein Ermessen einräumt, dieses aber in der Weise ausübt, dass alle Duldungen mit der angegriffenen Nebenbestimmung versehen werden. Denn eine solche Ermessenspraxis ist vom Gesetzeszweck nicht gedeckt (§ 114 S. 1 VwGO). Wenn der Gesetzgeber beabsichtigt hätte, dass ausnahmslos allen Duldungen eine solche auflösende Bedingung beizufügen ist, hätte er dies selbst geregelt. Wenn er aber den Ausländerbehörden lediglich erlaubt, einer Duldung im Ermessenswege Bedingungen oder Auflagen beizufügen, weist er diesen auch die Aufgabe zu, ihr Ermessen zu betätigen (vgl. Jestaedt in Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, Rn. 61) und Kriterien dafür zu entwickeln, in welchen Fällen welche Nebenbestimmungen aus welchen Gründen beizufügen sind.

b. Hier liegt auch kein Fall eines intendierten Ermessens vor, in dem die Ermessensentscheidung sich grundsätzlich bereits aus dem Gesetz ergibt. Dem steht bereits entgegen, dass das Gesetz lediglich davon spricht, dass der Duldung eine Bedingung hinzugefügt werden kann, aber nicht sagt, dass eine Bedingung hinzugefügt werden soll (vgl. z.B. BVerwG, Beschluss vom 15.10.2001, 8 B 104/01, NVwZ-RR 2002, 150 ff., Rn. 5).

c. Ferner ist auch auszuschließen, dass das Ermessen der Beklagten hier im konkreten Einzelfall allein auf die Entscheidung reduziert war, die angegriffene Bedingung den Duldungen der Kläger beizufügen („Ermessensreduktion auf null“), so dass es keiner erkennbaren Ermessenserwägungen bedurft hätte. Vielmehr sprachen

hinsichtlich der meisten Duldungsverfügungen sogar gewichtige Gründe dafür, auf die Nebenbestimmung zu verzichten, da eine Abschiebung der Kläger im jeweiligen Duldungszeitraum objektiv unwahrscheinlich und zudem von der Beklagten auch nicht ernstlich beabsichtigt war.

Die Beifügung einer Nebenbestimmung nach §§ 61 Abs. 1 S. 2 AufenthG, 36 HmbVwVfG hat im pflichtgemäßen Ermessen zu erfolgen, wobei die besonderen Umstände des Einzelfalles zu beachten sind (vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 29.3.2011, 1 B 57/11, 1 B 67/11, juris Rn. 10; VG Stuttgart, Urteil vom 9.2.2012, 11 K 2593/11, juris Rn.17). Von Bedeutung ist dabei insbesondere, dass die Nebenbestimmung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein muss, um den mit ihr beabsichtigten gesetzeskonformen Zweck zu erfüllen. Denn zweifellos handelt es sich bei der auflösenden Bedingung um eine den Ausländer belastende Regelung: Auch wenn es sich bei lediglich geduldeten Ausländern um ausreisepflichtige Personen handelt, hinsichtlich derer lediglich die Abschiebung ausgesetzt wurde, so gibt es doch eine Vielzahl an Duldungsgründen, die ein schützenswertes Vertrauen des Ausländers dahingehend rechtfertigen, dass die ihnen erteilte Duldung bis zum Ablauf der Duldungsfrist Bestand hat. So werden Duldungen an körperlich oder psychisch Kranke erteilt oder aus dringenden familiären Gründen gegeben. Duldungen dienen auch der Sicherung des Aufenthalts in Phasen der Klärung eines Anspruchs auf Erteilung von Aufenthaltstiteln oder eines Anspruchs auf Anerkennung als Asylberechtigter. Nur ein Teil der Fälle geduldeter Ausländer mündet deshalb in eine Ausreise oder Abschiebung. Dem anderen Teil der Betroffenen gelingt es, ihren Aufenthalt zu verfestigen. Die jeweils gesetzte Duldungsfrist hat sich dabei am Zweck der Duldung auszurichten (vgl. BayVG, Beschluss vom 18.2.2015, 10 C14.1117 u.a., juris Rn. 20) und beschreibt deshalb einen Zeitraum, in dem bei regelmäßigem Verlauf der Sache keine Abschiebung erfolgen wird. Mit der Beifügung der Nebenbestimmung „Erlischt mit Flugtermin“ ist das Ende der Duldung jedoch völlig unbestimmt. Psychisch labilen Menschen wird hierdurch das letzte Maß an Sicherheit genommen, Personen, die innerhalb der Duldungsfrist sinnvolle Aufgaben (z. B. Rechtsangelegenheiten, medizinische Behandlungen) bewältigen wollen, wissen nicht, ob sie diese zum Abschluss bringen werden, und Arbeitgeber, die geduldeten und zur Erwerbstätigkeit berechtigten Ausländern eine Arbeitsgelegenheit bieten könnten, werden abgeschreckt.

Grundsätzlich ist allerdings nicht zu beanstanden, dass eine Nebenbestimmung zu dem Zweck beigefügt wird, die beschleunigte Abschiebung eines ausreisepflichtigen Ausländers zu ermöglichen (vgl. insbesondere OVG Hamburg, Beschluss vom 16.11.2004, 3 Bs 503/04, juris Rn. 4). Wenn eine Abschiebung vor Ablauf der Geltungsdauer der verfügten Duldung aber nicht ernstlich beabsichtigt ist (OVG Bremen, Beschluss vom 29.3.2011, 1 B 57/11, 1 B 67/11, juris Rn. 10; VG Oldenburg, Beschluss vom 23.1.2013, 11 A 4635/12, juris Rn. 10 f.) oder derzeit als praktisch nicht möglich erscheint (vgl. VG Stuttgart, Urteil vom 9.2.2012, 11 K 2593/11, juris Rn. 24; Funke-Kaiser in GK-AufenthG § 60a Rn. 96.1), ist die streitbefangene Nebenbestimmung nicht erforderlich und darf deshalb nicht gleichsam automatisch und auf Vorrat den Duldungen beigefügt werden (vgl. OVG Bremen, Beschluss vom 29.3.2011, 1 B 57/11, 1 B 67/11, juris Rn. 10; VG Stuttgart, Urteil vom 9.2.2012, 11 K 2593/11, juris Rn. 17; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 17.8.2010, 2 M 124/10, juris Rn. 5).

Sollte sich in einem solchen Fall wider Erwarten plötzlich doch die Möglichkeit ergeben, den Ausländer vor Ablauf der regulären Duldungszeit abschieben zu können, kann die Behörde immer noch auf den hierfür ausdrücklich gesetzlich normierten Widerruf der Duldung zurückgreifen. Allein der fortwährende Versuch, durch Beifügung der beanstandeten Nebenbestimmung auf jeden Fall ein Widerrufsverfahren zu vermeiden, ist nicht vom Zweck der Duldungsvorschriften des AufenthG gedeckt. Das vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Widerrufsverfahren liefe hierdurch vollständig leer. Dass ein Widerrufsverfahren zu gewissen Verzögerungen führen kann und die dort weiterhin bestehende Ankündigungspflicht eine Abschiebung erschwert, hat der Gesetzgeber gesehen und auch nach der Rechtsänderung 2007 für den Widerrufsfall bewusst in Kauf genommen (Deutscher Bundestag, Drs. 16/5065 S. 188).

Eine solche Ermessensausübung stellt die Ausländerbehörden auch nicht vor unlösbare praktische Probleme. Durch geeignete Verwaltungsvorschriften kann das Ermessen für den Rechtsanwender handhabbar gemacht werden. Die Gruppe der Ausländer, die insbesondere durch plötzliches Untertauchen vor einem Abschiebungsversuch Anlass gegeben haben, eine erneute Abschiebung beschleunigt durchzuführen, ist gut ausscheidbar und ihre Abschiebung kann weiterhin effektiv durchgeführt werden. Auch bei Personen, die möglichst umgehend abgeschoben werden sollen, hinsichtlich derer aber insbesondere die baldige Ausstellung eines Passersatzpapiers ungewiss ist, kann weiterhin die angefochtene Nebenbestimmung Anwendung finden. Deren einzelfallbezogene Verwendung hat dann zugleich den Effekt, dass dann der betroffene Ausländer darum wissen muss, dass in seinem Fall jederzeit eine Abschiebung erfolgen kann.

Im Fall der Kläger war jedenfalls hinsichtlich der Duldungen vom 6. November 2012, 6. Dezember 2012, 8. Oktober 2013 und 7. November 2013 eine Abschiebung im streitbefangenen Zeitraum weder wahrscheinlich noch ernstlich beabsichtigt:

Für die beiden Duldungen vom 6. November und 6. Dezember 2012 war die Beifügung der beanstandeten Bedingung nicht erforderlich, denn die Duldungsfrist war nur kurz, der Beklagten war der schlechte Gesundheitszustand der Klägerin zu 2) und des Kleinkindes Y nach dem gescheiterten Ausreiseversuch bekannt, zudem fehlte es an einem Passersatzpapier für das Kind. Eine Abschiebung war deshalb für diesen Zeitraum kurz nach dem gescheiterten Ausreiseversuch weder ernstlich beabsichtigt, noch wird sie praktisch in Betracht gekommen sein.

Auch die beiden letzten Duldungen vom 8. Oktober 2013 und vom 7. November 2013 waren jeweils nur auf einen Monat befristet und erfolgten vor dem Hintergrund, dass auf die ärztliche Stellungnahme eines Herrn Dr. A gewartet wurde. Diese wurde zuerst in einem Zeitraum von vier bis sechs Wochen erwartet, verzögerte sich dann aber, so dass um Verlängerung um einen weiteren Monat gebeten worden war. Für diese beiden kurzen Duldungszeiträume war entsprechend keine Abschiebung beabsichtigt, so dass für die Beifügung der auflösenden Bedingung kein Anlass bestand.

Allein hinsichtlich der beiden mittleren Duldungen vom 10. Januar und 9. Juli 2013 erscheint es als möglich, dass die Beklagte in ermessensfehlerfreier Weise die angegriffene Nebenbestimmung hätte beifügen können. Diese Duldungen wurden erst für sechs Monate und anschließend für drei Monate ausgesprochen. Begründet wurde dies damit, dass für das Kind Y ein Folgeantrag mit dem Ziel der Gewährung subsidiären Schutzes gestellt worden sei. Es war damals schwer einschätzbar, wie lange dieses asylrechtliche Folgeverfahren dauern würde. Insoweit kamen sowohl ein ungünstiger Befund als auch eine spontane Besserung des Zustandes des viel zu früh geborenen und deshalb kränklichen Kindes in Betracht. Damit bestand eine gewisse Möglichkeit, dass sich das Folgeverfahren unter günstigen Umständen schnell abwickeln könnte, so dass eine Abschiebung der Familie noch innerhalb der jetzt lang gewählten Duldungszeiträume möglich gewesen wäre, zumal damals auch eine Erholung der Klägerin zu 2) und die kurzfristige Beschaffung eines Passersatzpapiers für das Kleinkind als möglich erscheinen mussten. Die Beifügung der angegriffenen Bedingung könnte deshalb für diesen Zeitraum sinnvoll und auch verhältnismäßig gewesen sein.

Das Gericht ist jedoch nicht befugt, nicht vorhandene Ermessenserwägungen der Beklagten durch eigene Überlegungen zu ersetzen, zumal dann nicht, wenn es sich um einen abgeschlossenen Vorgang handelt, der rückschauend auf seine Rechtmäßigkeit zu überprüfen ist. Jedenfalls haben vorstehende Erwägungen keinesfalls ein Gewicht, das die Beklagte im Wege der Ermessensreduktion dazu zwang, die streitbefangene Nebenbestimmung den Duldungen beizufügen.

IV.

Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwGO i.V.m. den §§ 708 Nr. 11, 711 Sätze 1 und 2, 709 S. 2 ZPO.

Die Zulassung der Berufung beruht auf § 124a Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO. Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung im Sinne letztgenannter Vorschrift.