

1. Im Fall besonderer Eilbedürftigkeit ist die Beschwerde gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts im vorläufigen Rechtsschutzverfahren bereits dann eröffnet, wenn nur der Tenor der Entscheidung (formlos) bekannt gegeben worden ist. Die Beschwerde unterliegt dann nicht der Einschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO.

2. Zur Frage der Vereinbarkeit einer Androhung der Abschiebung aus der Haft ohne Setzen einer Frist zur freiwilligen Ausreise (§ 59 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 58 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG (juris: AufenthG 2004)) mit Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie) (juris: EGRL 115/2008).

(Amtliche Leitsätze)

11 S 1660/16

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg

Beschluss vom 30.08.2016

T e n o r

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 29. August 2016 - 12 K 5080/16 - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage (12 K 4453/16) gegen die Abschiebungsandrohung gemäß Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 5. Juli 2016 wird angeordnet.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 EUR festgesetzt.

G r ü n d e

Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig. Das Verwaltungsgericht hat zwar bislang lediglich den Tenor seines Beschlusses vom 29.08.2016 an die Beteiligten übermittelt. Für die Einlegung der Beschwerde ist im vorliegenden Fall besonderer Eilbedürftigkeit nicht erforderlich, dass ein mit Gründen abgefasster Beschluss vorliegt. Mit der Zustellung des Tenors ist der Beschluss existent und wirksam und kann mit der Beschwerde angefochten werden (Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfaut/von Albedyll, VwGO, 6. Aufl. 2014, § 80 Rn. 102 Happ, in: Eyer mann, VwGO, 14. Aufl. 2014, § 147 Rn. 3). Aufgrund der für heute vorgesehenen Abschiebung kann vom Antragsteller mangels eines begründeten Beschlusses des Verwaltungsgerichts auch nicht die Beachtung der Vorgaben des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO verlangt werden.

Die Beschwerde ist begründet. Der Antrag ist nach § 80 Abs. 5 VwGO statthaft und ist sachdienlich gerichtet gegen die Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 05.06.2016 (vgl. auch § 123 Abs. 5 VwGO). Der Senat misst im Rahmen der nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmenden Abwägung dem Interesse des Antragstellers, vorläufig im Bundesgebiet bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache verbleiben zu dürfen, höhere Bedeutung zu als dem öffentlichen Interesse an der Vollziehung der Verfügung. Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand bestehen schon erhebliche Bedenken, ob dem Antragsteller zum gegenwärtigen Zeitpunkt die Abschiebung in das Kosovo angedroht werden durfte (vgl. Ziffer 2 und 3 der

Verfügung), weil aufgrund des am 26.07.2010 - und damit rechtzeitig - gestellten Antrags auf Verlängerung der bis 28.08.2010 gültigen Aufenthaltserlaubnis nach § 32 Abs. 3 AufenthG eine noch heute wirksame Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG bestehen könnte (1.). Darüber hinaus bestehen erhebliche Zweifel, ob Ziffer 2 der Verfügung des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 05.07.2016, wonach dem Antragsteller die Abschiebung aus der Haft heraus in das Kosovo ohne Setzen einer Frist zur freiwilligen Ausreise angedroht wird, den Vorgaben des Art. 7 Abs. 4 der Richtlinie 2008/115/EG vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 348 vom 24.12.2008, S. 98) - RFRL - genügt (2.). Selbst wenn man grundsätzlich davon ausgehen würde, dass die Ausweisung zum Erlöschen der Fiktionswirkung geführt hat, bedarf die Ausweisung einer näheren Prüfung im Hauptsacheverfahren (3.).

1. Die Ausweisungsverfügung vom 05.07.2016, deren sofortige Vollziehung nicht angeordnet ist, geht davon aus, dass der Antragsteller seit mehreren Jahren nur noch im Besitz einer Duldung ist. Die Verfügung vom 05.07.2016 hat auch nicht die Ablehnung einer Verlängerung oder Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Gegenstand.

Aus der Ausländerakte der Stadt ... ist ersichtlich, dass über den wohl anfänglich nur mündlich gestellten Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis vom 26.07.2010 (von diesem Tag datiert die Fiktionsbescheinigung) zunächst nicht entschieden worden war, weil die Sicherung des Lebensunterhalts zweifelhaft gewesen und der Antragsteller bereits zu diesem Zeitpunkt strafrechtlich in Erscheinung getreten war. Die in einem „Aktenvermerk“ niedergeschriebene „Erklärung über den Verzicht der Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis für eine Bewährungswährungszeit von vorerst 1/2 Jahr und dem Erhalt einer Duldung“ vom 12.04.2012 ist der Sache nach die Zusicherung einer Duldung für eine Bewährungszeit von sechs Monaten und einer erneuten Erteilung einer befristeten Aufenthaltserlaubnis, wobei für die Titelerteilung nach Ablauf der Bewährungszeit weitere Voraussetzung formuliert werden, die der Antragsteller erfüllen muss. Hierzu gehören unter anderem, dass er nach Ablauf der Bewährungszeit keine weiteren Straftaten begangen hat, den Lebensunterhalt und Wohnraum sichert sowie im Besitz eines gültigen Passes ist (vgl. im Einzelnen den genauen Wortlaut der Erklärung). Die in Aussicht gestellte Duldung und spätere Titelerteilung knüpfen an eine vorher erklärte Rücknahme des Verlängerungsantrags an. Für die Erteilung einer Duldung nach § 60a Abs. 2 AufenthG an einen vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländer bzw. deren Zusicherung ist auch zum damaligen Zeitpunkt ausschließlich das Regierungspräsidium Karlsruhe zuständig gewesen (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 1 AAZuVO in der ab 01.01.2009 geltenden Fassung). Die Zusicherung durch eine unzuständige Behörde hat deren Nichtigkeit zur Folge (§ 38 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 LVwVfG; siehe auch Stuhlfauth, in: Obermayer/Funke-Kaiser, VwVfG, 4. Aufl., 2014, § 38 Rn. 21; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 16. Aufl. 2015, § 38 Rn. 28). Des Weiteren und ungeachtet dessen spricht nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand alles dafür, dass die Zusicherung zudem wegen Verletzung des Schriftformerfordernisses unwirksam ist. Das Schriftformerfordernis bezweckt, dass sich die Behörde - vor allem im Hinblick auf die sich aus einer Zusicherung ergebenden Bindungswirkung - über deren Inhalt und Umfang klar wird und keine übereilten

Zusagen erteilt; darüber hinaus dient das Erfordernis der Schriftform (vgl. insoweit § 37 Abs. 3 LVwVfG) der Rechtssicherheit (Stuhlfauth, a.a.O., § 38 Rn. 24 f.; Kopp/Ramsauer, a.a.O., Rn. 20). Die Erklärung vom 12.04.2012 ist vom damals 16 Jahre alten Antragsteller und einem Erziehungsberechtigten unterschrieben worden. Von Seiten der Stadt ... ist die Erklärung von einer Sachbearbeiterin gezeichnet worden, allerdings mit dem Zusatz „Belehrung durchgeführt“. Jedenfalls letzteres deutet darauf hin, dass sich die Unterschrift nur auf eine - nicht im Einzelnen dokumentierte - Belehrung bezogen hat und nicht die Zusage bestimmter Verwaltungsakte unterschrieben worden ist.

Sieht man die Zusicherung als nichtig an, so ist auch eine ggf. erklärte Rücknahme des Antrags auf Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis, die Teil der „Gesamtabmachung“ gewesen ist, voraussichtlich wirkungslos mit der Folge, dass dem Antrag vom 26.07.2010 über den 12.04.2012 hinaus die Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG zukommt.

Ob die Fiktionswirkung durch die wirksame Ausweisung vom 05.07.2016 in entsprechender Anwendung des § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG erloschen ist, kann angesichts des Umstands, dass der Senat innerhalb weniger Stunden über die Beschwerde entscheiden muss und die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung hierzu uneinheitlich sind, nicht mit einer insoweit die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes rechtfertigenden Eindeutigkeit zu Lasten des Antragstellers beantwortet werden. Das in § 51 Abs. 1 Nr. 5 AufenthG gesetzlich angeordnete Erlöschen eines Aufenthaltstitels durch eine wirksame Ausweisung könnte im Wege eines „Erst-Recht-Schlusses“ auf die Fiktionswirkung nach § 81 Abs. 4 Satz 1 AufenthG übertragen werden (so Funke-Kaiser, GK-AufenthG, § 81 Rn. 99, 63, 67 <Stand 10/2015>; Hailbronner, AuslR, § 81 Rn. 24 <Stand 4/2014>; wohl auch HambOVG, Beschluss vom 18.01.1995 - Bs V 262/94 -, juris Rn. 3 - zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990 mwN). Die Gegenansicht verweist insbesondere darauf, die Regelung sei nicht analogiefähig (etwa Jakober/Welte, Aktuelles AuslR, § 81 Rn. 122 <Stand 12/2014>; SchlHolstOVG, Beschluss vom 09.02.1993 - 4 M 146/92 -, juris Rn. 26 ff. - zu § 44 Abs. 1 Nr. 1 AuslG 1990; VG Augsburg, Beschluss vom 15.02.2010 - Au 1 S 10.217 -, juris Rn. 31 ff.). Soweit man bei der im vorliegenden Eilverfahren an dieser Stellung gebotenen günstigeren Betrachtungsweise für den Antragsteller ein Erlöschen der Fiktionswirkung verneint, liegen auch die Voraussetzungen einer Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht nach § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AufenthG nicht vor.

2. Es bestehen auch aus einem weiteren Grund erhebliche Bedenken an der Rechtmäßigkeit der Ziffer 2 der Verfügung des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 05.07.2016, die durch die für heute geplante Abschiebung vollzogen werden soll, und mit der dem Antragsteller die Abschiebung aus der Haft heraus in das Kosovo auf seine Kosten ohne Setzen einer Frist zur freiwilligen Ausreise angedroht wird. Ob die unter Hinweis auf § 59 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 58 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG unterlassene Fristsetzung mit den unionsrechtlichen Anforderungen nach Art. 7 Abs. 4 RFRL für das Absehen von einer Frist zur freiwilligen Ausreise in Einklang steht, ist jedenfalls zweifelhaft.

Zwar hat das Regierungspräsidium Karlsruhe dem Antragsteller unter dem 18.08.2016 unter Bezugnahme auf die Ausweisungsverfügung des Regierungspräsidiums Stuttgart vom 05.07.2016 mitgeteilt, seine Rückführung sei am 30.08.2016 nach Pristina/Kosovo geplant. Hierin kann jedoch keine Ausreisefrist im Sinne des Art. 7 Abs. 1 RFRL gesehen werden. Nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 RFRL ist unbeschadet der Ausnahmen nach den Absätzen 2 und 4 eine angemessene Frist zwischen sieben und 30 Tagen für die freiwillige Ausreise in der Rückkehrentscheidung vorzusehen - und nicht an anderer Stelle. Die Ankündigung des Regierungspräsidiums Karlsruhe ist nicht Teil der Rückkehrentscheidung des Regierungspräsidiums Stuttgart. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats ist die Rückkehrentscheidung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 RFRL die Abschiebungsandrohung (vgl. etwa Urteile vom 10.02.2012 - 11 S 1361/11 -, NVwZ-RR 2012, 492 und vom 07.12.2011 - 11 S 897/11 -, NVwZ-RR 2012, 412; Beschluss vom 19.12.2012 - 1 S 2303/12 -, InfAuslR 2013, 98), die hier das Regierungspräsidium Stuttgart erlassen hat.

Besteht Fluchtgefahr oder ist der Antrag auf einen Aufenthaltstitel als offensichtlich unbegründet oder missbräuchlich abgelehnt worden oder stellt die betreffende Person eine Gefahr für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die nationale Sicherheit dar, so können die Mitgliedstaaten nach Art. 7 Abs. 4 RFRL davon absehen, eine Frist für die freiwillige Ausreise zu gewähren, oder sie können eine Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen einräumen.

Nach Art. 7 Abs. 4 RFRL darf daher von der Gewährung einer Frist zur freiwilligen Ausreise unter anderem nur dann abgesehen werden, wenn die betreffende Person eine Gefahr für die öffentliche Ordnung darstellt. Der Begriff der Gefahr für die öffentliche Ordnung, wie er in Art. 7 Abs. 4 RFRL vorgesehen ist, setzt jedenfalls voraus, dass außer der sozialen Störung, die jeder Gesetzesverstoß darstellt, eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (EuGH, Urteil vom 11.06.2015 - C-554/13 - Z.Zh.; I.O. -, NVwZ 2015, 1200, Rn. 60). Die Annahme dieser Voraussetzungen verlangt nach der ständigen und gefestigten Rechtsprechung des EuGH zwingend eine individuelle Prüfung des Einzelfalls und kann nicht - wie dies das nationale Recht in § 59 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 58 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG vorsieht - allein aus der Tatsache geschlossen werden, dass sich der Betreffende in (Straf-)haft befindet (EuGH, Urteil vom 11.06.2015, a.a.O., Rn.70 ff.; vgl. zur Notwendigkeit der Einzelfallprüfung auch Urteil vom 21.03.2013 - C-522/11 - Mbaye -, Rn. 31 f.; Lutz, in: Hailbronner/Thym, EU Migration and Asylum Law, 2nd Ed., 2016, Part C VII Art. 7 Rn. 14). Diese konkrete Einzelfallprüfung hat die zuständige Behörde bislang nicht vorgenommen. Demgemäß ist auch die nach Unionsrecht wohl erforderliche Ermessensentscheidung nicht getroffen worden.

Ob die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers in § 59 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. § 58 Abs. 3 Nr. 1 AufenthG den Schluss zulässt, dass jedenfalls in den Fällen des Strafvollzugs typisierend von einer Fluchtgefahr im Sinne des Art. 7 Abs. 4 RFRL ausgegangen werden darf, die ebenfalls ein Absehen von der Einräumung einer Frist zur freiwilligen Ausreise zulässt, dürfte mit Blick auf die Anforderungen an die Feststellung des Vorliegens der Fluchtgefahr im Sinne der Rückführungsrichtlinie (vgl. Art. 3 Nr. 7, Art. 15 Abs. 1 lit. a) RFRL sowie etwa

EuGH, Urteil vom 05.06.2014 - C-146/14 PPU - Mahdi; Mananashvili, in: Hailbronner/Thym, a.a.O., Art. 15 Rn. 32 ff.) äußerst zweifelhaft und angesichts der vielfältigen und höchst unterschiedlichen persönlichen Verhältnisse und Lebensumstände der jeweils Inhaftierten zu verneinen sei.

Jedenfalls bedarf es hier keiner abschließenden Erörterung, ob die Rückführungsrichtlinie - vor allem auch mit Blick auf den Zusammenhang zwischen Art. 7 Abs. 4 und Art 8 RFRL - verlangt, immer dann, wenn die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 4 RFRL für ein Absehen von jeglicher Fristsetzung nicht vorliegen, tatsächlich eine freiwillige Ausreise aus der Haft zu ermöglichen (vgl. auch den 10. Erwägungsgrund). Festzuhalten bleibt, dass die Voraussetzungen für die Annahme einer Fluchtgefahr und für die Bejahung einer Gefahr für die öffentliche Ordnung nicht identisch sind (vgl. Lutz, a.a.O., Art. 7 Rn. 14).

3. Selbst wenn man im Übrigen entgegen den Ausführungen oben unter 1. annehmen würde, dass die Ausweisung zum Erlöschen der durch den Verlängerungsantrag ausgelösten Fiktionswirkung geführt hätte, ist mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG einer sorgfältigen und umfassenden Prüfung der Rechtmäßigkeit der Ausweisungsentscheidung geboten (Funke-Kaiser, GK-AufenthG, § 84 Rn. 60 <Stand 10/2015>). Zum jetzigen Verfahrenszeitpunkt spricht zwar einiges dafür, dass das Regierungspräsidium Stuttgart im Ergebnis die Ausweisung zurecht verfügt haben könnte. Dies bedarf aber einer weiterer Aufklärung, die hier nur im Hauptsacheverfahren geleistet werden und ggfs. etwa die Beiziehung der Akten aus dem Vollzug und die persönliche Anhörung des Antragstellers erfordern kann.

Der Antragsteller hat schon im Alter von 13 Jahren begonnen - meist im Zusammenwirken mit anderen - gegen Strafrecht zu verstoßen. So gehörten vor allem Diebstähle und „Schwarzfahrten“ zu seinen „Einstiegsdelikten“. Seine kriminelle Karriere steigerte sich in der Folgezeit und führte zu weiteren Verurteilungen (vgl. im Einzelnen Bl. 4 der Ausweisungsverfügung sowie ausführlich zur strafrechtlichen Biographie das rechtskräftige Urteil des Landgerichts Stuttgart - 2. große Jugendkammer - vom 09.02.2016 - 2 Ns 45 Js 69100/15 Hw -). Es gibt aber Anhaltspunkte dafür, dass nunmehr durch die Verurteilung zu einer Einheitsjugendstrafe von einem Jahr und zehn Monaten und vor allem durch deren Vollzug (im Anschluss an die Untersuchungshaft ab 16.07.2015 in der JVA ..., ab 16.02.2016 in der JVA ...) die bisherigen Fehlentwicklungen des am ...1995 geborenen Antragstellers eine Korrektur erfahren haben (vgl. ausführlich zu den bislang gegebenen Defiziten, wie z.B. in der persönlichen Entwicklung und Tagesstruktur, das rechtskräftige Urteil des Landgerichts Stuttgart - 2. große Jugendkammer - vom 09.02.2016, a.a.O.). Unter dem Einfluss der erstmaligen Erfahrung der Verbüßung einer Jugendstrafe und der erzieherischen Wirkungen des Jugendstrafvollzugs (siehe etwa die Stellungnahme der JVA - Zugangsabteilung - zum Erziehungsplan vom 22.02.2016) hat sich der Antragsteller - wohl -positiv entwickelt. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Schreiben der JVA ... vom 03.06.2016 an das Regierungspräsidium Stuttgart, sondern auch aus der Stellungnahme der Hauskonferenz der JVA vom 18.07.2016 zur bedingten Entlassung. Danach wird dem Antragsteller eine positive Entwicklung während der bisherigen Inhaftierung bescheinigt und eine bedingte Entlassung trotz der noch ungeklärten ausländerrechtlichen Situation befürwortet, wenn die Nachweise über den Wohnsitz und

Arbeitsplatz/Ausbildungsplatz vorgelegt würden. Dass der Antrag des Antragstellers auf Aussetzung der Vollstreckung der restlichen Jugendstrafe zur Bewährung mit Beschluss des Amtsgerichts ... vom 17.08.2016 abgelehnt worden ist, beruht nach der Begründung des Beschlusses ausschließlich darauf, dass er ausgewiesen und vollziehbar zur Ausreise verpflichtet sowie durch das Amtsgericht ... zur Abschiebung freigegeben sei, weshalb es an einer legalen Perspektive in Deutschland fehle. Die Einschätzung der JVA ... zur Entwicklung des Antragstellers wird hierdurch nicht infrage gestellt.

Ob die dem Antragsteller von der JVA ... attestierte positive Entwicklung nachhaltig ist und es ggfs. gebieten könnte, die Frage, welcher Grad der Wiederholungsgefahr vom ihm ausgeht, abweichend vom Regierungspräsidium in der Ausweisungsverfügung vom 05.07.2016 zu beantworten, muss dem Hauptsacheverfahren überlassen bleiben.

Die Kostenentscheidung folge aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren findet ihre Grundlage in § 63 Abs. 2, § 47 sowie § 53 Abs. 2 Nr. 2 und § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Stuttgart, Beschluss vom 29. August 2016, Az: 12 K 5080/16