

spruch einer Verdachtskündigung nach §§ 626 Abs. 1 BGB und 54 Abs. 1 BAT verpflichtet ist, damit er alle Möglichkeiten, die Voraussetzungen für eine Tatkündigung zu schaffen, zuvor ausgeschöpft hat (vgl. BAG, Urt. vom 18. 11. 1999, aaO). Da es im vorliegenden Fall nicht nur um die Feststellung arbeitsvertraglicher Pflichtverletzungen, sondern auch etwaiger strafrechtlicher Verfehlungen (§ 185 ff. StGB) geht, hätte es nahe gelegen, dass der Antragsteller zur Aufklärung des Sachverhalts über die Anhörung des Beteiligten zu 2. hinaus frühzeitig staatliche Hilfe in Anspruch genommen hätte und durch rechtzeitige Anzeige bei den Strafverfolgungsbehörden (Polizei oder Staatsanwaltschaft) versucht hätte, ein strafprozessuales Ermittlungsverfahren (vgl. §§ 158, 160 ff. StPO) einzuleiten. Im Rahmen dieses Ermittlungsverfahrens wären die Strafverfolgungsbehörden gestützt auf die ihnen durch die § 160 ff. StPO eingeräumten Befugnisse in der Lage gewesen, mit überlegener Fachkompetenz und mit rechtsstaatlich zulässigen Methoden anstelle des Antragstellers den Sachverhalt zu erforschen (vgl. etwa OVG NW, Beschl. v. 11. 9. 1997, NWVBl 1998, 123 = PersR 1998, 249). Damit wäre die Möglichkeit geschaffen worden, eine vollständige Aufklärung des Sachverhalts durch fachkundige Ermittlungsbeamte zu erreichen oder zumindest zu versuchen. Über die Anwendung technisch möglicher und rechtlich zulässiger Ermittlungsmethoden hätte die Verfolgungsbehörde in eigener Verantwortung gegebenenfalls unter Zuhilfenahme richterlicher Anordnungen (vgl. §§ 81 a Abs. 2, 81 f StPO) entscheiden müssen (vgl. §§ 81 ff. StPO). Diesen Weg ist der Antragsteller nicht gegangen. Er hat sich statt dessen auf eigene Ermittlungen beschränkt, so dass die fachliche Kompetenz der Ermittlungsbehörden nicht ausgeschöpft wurde. Erst nach Durchführung der privaten Ermittlungen hat Herr W. am 2. 8. 1999 Anzeige bei der Staatsanwaltschaft S. erstattet, die aber in der Folgezeit zu keinen polizeilichen Ermittlungen geführt hat. Das darin liegende Defizit im Verhalten des Antragstellers erscheint dem Senat derart erheblich, dass die besonders strengen Anforderungen an eine Verdachtskündigung auch insoweit nicht erfüllt sind. Der Hauptantrag und der erste Hilfsantrag waren daher abzulehnen.

2. Mit dem VG, dessen Begründung sich der Senat nach Maßgabe der folgenden Ausführungen zu eigen macht (§ 86 Abs. 2 LPVG i.V.m. § 87 Abs. 2, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, § 543 Abs. 1 ZPO) hält der Senat auch den zweiten Hilfsantrag, den Beteiligten zu 2. aus dem Personalrat auszuschließen, für unbegründet. Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 LPVG kann das VG auf Antrag des Leiters der Dienststelle den Ausschluss eines Mitglieds aus dem Personalrat wegen grober Vernachlässigung seiner gesetzlichen Befugnisse oder wegen grober Verletzung seiner gesetzlichen Pflichten beschließen. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers vermag auch der Senat eine solche grobe Verletzung der aus dem Amt als Mitglied des Personalrats herrührenden Pflichten des Beteiligten zu 2. nicht festzustellen. Ebenso ist eine grobe Vernachlässigung seiner daraus herrührenden gesetzlichen Befugnisse nicht ersichtlich. Mit Recht hat das VG hervorgehoben, dass für einen Beschluss des VG nach § 28 Abs. 1 Satz 1 LPVG ein Verdacht des Vorliegens bestimmter Tatsachen, wie er für eine außerordentliche Verdachtskündigung genügen würde, nicht ausreicht. Erforderlich ist vielmehr ein Nachweis der groben Pflichtverletzung, den zu erbringen zunächst Sache des Antragstellers ist (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 24. 3. 1981 – 13 S 97/81 –, ZBR 1982, 219 = PersV 1983, 465). Zwar wäre der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit in der Dienststelle, wie er durch § 2 Abs. 1 LPVG normiert wird, verletzt, wenn der Beteiligte zu 2. der Verfasser und Verteiler der anonymen Schreiben gewesen wäre. Den dahingehenden Nachweis hat der Antragsteller aber nicht erbracht; es fehlt vielmehr bereits an einem hinreichend starken entsprechenden Verdacht, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergibt. Schließlich

hat der Antragsteller keinerlei Nachweise dafür vorgelegt, dass der Beteiligte zu 2. seine Schweigepflicht aus § 10 LPVG verletzt hat.

C 1652
VwGO § 123; AuslG §§ 55, 53 Abs. 6 Satz 1 (Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung; Abschiebungshindernis wegen nicht behandelbarer Krankheit; vorläufiger Rechtsschutz)

Der bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG bestehende Anspruch des Ausländers auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung über die Aussetzung der Abschiebung (Duldung) ist nach den vom Senat in seinem Beschluss vom 10. 3. 2000 – 13 S 1026/99 – (InfAuslR 2000, 378) dargelegten Grundsätzen durch einstweilige Anordnung sicherungsfähig.

VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 22. 12. 2000 – 13 S 2540/99
I. VG Stuttgart

Aus den Gründen:

Das VG hätte dem von ihm übersehenen (Hilfs-)Antrag der Antragsteller, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen eine Duldung zu erteilen, stattgeben müssen. Denn dieser – zulässige – Antrag ist begründet, da die Antragsteller einen Anordnungsgrund und einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht haben (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Der – beim VG hilfsweise gestellte – Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig. Insbesondere kommt insoweit ein Gesuch auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO nicht in Betracht, da die Antragsteller nicht die Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs, sondern die Verpflichtung der Antragsgegnerin zum Erlass einer Duldung erstreben; insoweit handelt es sich um ein Begehren, das im Hauptsacheverfahren ausschließlich mit der Verpflichtungsklage zu verfolgen ist, sodass als Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes lediglich dasjenige auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Betracht kommt (§ 123 Abs. 5 VwGO). Auch liegt, was für den Erlass einer von den Antragstellern begehrten Regelungsanordnung im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO erforderlich ist, ein Streitiges Rechtsverhältnis vor. Hierzu bedarf es grundsätzlich einer vorherigen, erfolglos gebliebenen Antragstellung bei der Behörde (vgl. u.a. Funke-Kaiser in: Bader/Funke-Kaiser/Kuntze/von Albedyll, VwGO, § 123 RdNr. 40 m.w.N.). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Denn die Antragsteller haben der Sache nach bereits im Rahmen ihrer Anhörung zum beabsichtigten Erlass einer Abschiebungsandrohung unter Vorlage eines Schreibens der Schule für körperbehinderte Kinder und Jugendliche in ... v. 10. 3. 1999 die (weitere) Verlängerung der ihnen jeweils erteilten Duldungen zumindest bis zur Beendigung der Grundschulzeit der Antragstellerin Ziff. 4 an dieser Schule beantragt. Die Antragsgegnerin hat diesen Antrag zwar noch nicht förmlich beschieden, im vorangegangenen Verwaltungsverfahren bezüglich der Abschiebungsandrohungen sowie im vorliegenden Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes aber zu erkennen gegeben, dass sie beabsichtigt, das entsprechende Begehren der Antragsteller abzulehnen. Dies reicht zur Begründung eines Streitigen Rechtsverhältnisses im Sinne des § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO aus (ebenso Funke-Kaiser a.a.O. m.w.N.).

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist auch begründet. Die Antragsteller haben zunächst einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Dieser ergibt sich daraus, dass die Antragsgegnerin – nachdem der Antrag der Antragsteller auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klagen gegen die Abschiebungsandrohungen der Antragsgegnerin v. 20. 8. 1998 in

der Gestalt des Widerspruchsbescheids des Regierungspräsidiums S. v. 21. 5. 1999 rechtskräftig abgelehnt worden ist – mitgeteilt hat (zuletzt mit Schreiben v. 27. 9. 2000), dass sie beabsichtige, aufenthaltsbeendende Maßnahmen zu ergreifen; der Durchführung der Abschiebung stehe nach Mitteilung des Regierungspräsidiums S. – Bezirksstelle für Asyl – nichts mehr entgegen. Der von den Antragstellern auch in der Hauptsache geltend gemachte Duldungsanspruch würde durch den Vollzug der Abschiebung vernichtet, was es mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes ausnahmsweise rechtfertigt, die Hauptsache – im vorliegenden Fall ohnehin nur vorläufig – vorwegzunehmen (vgl. hierzu den Senatsbeschluss v. 2. 5. 2000 – 13 S 2456/99 –, InfAuslR 2000, 395 sowie Eyer- mann/Happ, VwGO, 11. Aufl., § 123 RdNr. 63; Funke-Kaiser a.a.O. § 123 RdNr. 62 und Kopp/Schenke, VwGO, 12. Aufl., § 123 RdNr. 13, 14). Auf eine einstweilige Anordnung lediglich des Inhalts, die Antragsgegnerin zu verpflichten, von der Abschiebung einstweilen abzusehen, brauchen sich die Antragsteller nicht verweisen zu lassen (so aber Hess. VGH, Beschl. v. 18. 2. 1993, NVwZ-RR 1993, 666). Es kann dahinstehen, ob ein schlichtes Absehen von der Abschiebung eines vollziehbar ausreisepflichtigen Ausländers ohne förmliche (schriftliche) Erteilung einer Duldung nach § 55 AuslG überhaupt rechtlich in Betracht kommt (vgl. Hailbronner, AuslG, Kommentar A1, § 55 RdNr. 1 a); denn die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Erteilung einer Duldung im Wege der einstweiligen Anordnung erscheint auch deshalb nötig, weil die Antragsteller sich ohne Besitz einer Duldung nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG strafbar machen und mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden können. Das Risiko einer Strafverfolgung und Bestrafung nach dieser Vorschrift ist ihnen daher nicht zuzumuten (ständige Senatsrechtsprechung, vgl. die Senatsbeschlüsse v. 2. 5. 2000 a.a.O. und vom 3. 11. 1995 – 13 S 2185/95 –, NVwZ-RR 1996, 356).

Auch der für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung erforderliche Anordnungsanspruch ist glaubhaft gemacht. Er ergibt sich hinsichtlich der Antragstellerin Ziff. 4 aus § 53 Abs. 6 Satz 1 i. V. m. § 55 Abs. 2 3. Alt. AuslG. Das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG ist überwiegend wahrscheinlich (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2, 294 ZPO). Nach dieser Vorschrift steht es allerdings im Ermessen der Ausländerbehörde, ob sie die Abschiebung aussetzt oder nicht; eine Duldung nach § 55 Abs. 2 3. Alt. kann daher grundsätzlich erst dann beansprucht werden, wenn sich die Behörde erkennbar zur Aussetzung der Abschiebung entschlossen und eine positive Entscheidung nach § 55 Abs. 6 Satz 1 AuslG über die Aussetzung der Abschiebung getroffen hat; diese Entscheidung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen (vgl. BVerwG, Urteil vom 8. 4. 1997, BVerwGE 104, 210). Die Antragsgegnerin hat jedoch das ihr nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG zustehende Ermessen (bisher) nicht fehlerfrei ausgeübt, wie noch im Einzelnen darzulegen sein wird.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich das Ermessen der Antragsgegnerin – wofür angesichts der Schwere der der Antragstellerin Nr. 4 bei einer Abschiebung drohenden Gesundheitsgefahren bei Berücksichtigung des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG manches spricht (vgl. hierzu die folgenden Ausführungen) – „auf Null“ reduziert hat. Denn auch ein gegen die Antragsgegnerin gerichteter Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung ist grundsätzlich ein durch einstweilige Anordnung sicherungsfähiges Recht. Das Unterbleiben einer den Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung sichernden einstweiligen Anordnung würde in Fällen der vorliegenden Art zu einem mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbaren Rechtsschutzdefizit führen (vgl. hierzu den Senatsbeschluss v. 10. 3. 2000 – 13 S 1026/99 –, InfAuslR 2000, 378 sowie Schoch in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner,

VwGO, § 123 RdNr. 158 bis 162; Funke-Kaiser/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl., RdNr. 239 sowie RdNr. 242 ff.; Happ in: Eyer- mann a.a.O., § 123 VwGO, 11. Aufl., 49 und 66; Funke-Kaiser a.a.O., § 123 RdNr. 63 sowie in: ...). Auch unter dem Gesichtspunkt des oben bereits erörterten grundsätzlichen Verbots der (endgültigen) Vorwegnahme der Hauptsache bestehen in Fällen der vorliegenden Art keine Bedenken gegen die Sicherung eines (Neu-)Beschuldungsanspruchs durch eine auf (vorläufige) Duldung des Ausländers gerichtete einstweilige Anordnung. Denn das im Hauptsacheverfahren von der Ausländerbehörde nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG ausübende Ermessen bleibt unberührt. Die lediglich auf (vorläufige) Duldung gerichtete einstweilige Anordnung äußert somit keine auch im Hauptsacheverfahren irreversiblen Wirkungen für die Zukunft. Vielmehr kann die Ausländerbehörde mit einer – rechts- und ermessensfehlerfreien – Hauptsacheentscheidung den status quo ante wiederherstellen. Es liegt also an ihr, auf die einstweilige Anordnung mit einer ermessensfehlerfreien Entscheidung zu reagieren und – gegebenenfalls – im Anschluss daran eine Änderung oder Aufhebung der einstweiligen Anordnung in analoger Anwendung des § 80 Abs. 7 VwGO (zu dieser vgl. Schoch, a.a.O., § 123 RdNr. 177 f.; Happ a.a.O., § 123 RdNr. 78; Funke-Kaiser, a.a.O., § 123 RdNr. 66; Kopp/Schenke, a.a.O., § 123 RdNr. 35) zu beantragen (vgl. hierzu Senatsbeschluss v. 10. 3. 2000 a.a.O. sowie Schoch a.a.O., RdNr. 162; Happ a.a.O., RdNr. 66; Funke-Kaiser, a.a.O., RdNr. 163).

Voraussetzung für eine den Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung sichernde Anordnung ist in Fällen der vorliegenden Art im Rahmen der Prüfung des Anordnungsanspruchs die Glaubhaftmachung eines Ermessensfehlers bei Ablehnung (oder Unterlassung) der begehrten Behördenentscheidung und die gerichtliche Prognose anhand der bisher im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu Tage getretenen Umstände, dass die ermessensfehlerfreie (Neu-)Beschuldung durch die Behörde mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Erteilung der vom Antragsteller begehrten Duldung führen wird (vgl. Senatsbeschluss v. 10. 3. 2000 a.a.O. sowie VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 24. 11. 1995 – 9 S 3100/95 –, NVwZ-RR 1996, 262, 263 und Schoch, a.a.O., RdNr. 159, 160; weitergehend VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 26. 10. 1994 – 8 S 2763/94 –, NVwZ-RR 1995, 490/491 für den Fall des Antrags auf ein im Ermessen der Baurechtsbehörde stehendes Einschreiten gegen den Schwarzbauer – offener Verfahrensausgang soll ausreichen –; ebenso Funke-Kaiser, a.a.O., § 123 RdNr. 63). Beide Voraussetzungen sind hier gegeben.

Die Antragsgegnerin ist bisher – wie ihren Äußerungen im Verwaltungsverfahren bezüglich der gegen die Antragsteller erlassenen Abschiebungsandrohungen und im vorliegenden Verfahren zu entnehmen ist – davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen eines zielstaatsbezogenen Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG im Falle der Antragstellerin Nr. 4 nicht vorliegen. Die von ihr in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen vermögen aber diese Annahme nicht zu stützen. Vielmehr ist es überwiegend wahrscheinlich und daher im Sinne des § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. §§ 920 Abs. 2 und 294 ZPO glaubhaft gemacht, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG im Hinblick auf die Antragstellerin Nr. 4 vorliegen. Da die Antragsgegnerin – nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen Prüfung aufgrund präsenster Beweismittel – das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG zu Unrecht verneint hat, hat sie zugleich das ihr nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG zustehende Aussetzungsermessen fehlerhaft nicht ausgeübt.

Nach der Rechtsprechung des BVerwG (Urt. v. 25. 11. 1997, BVerwGE 105, 383) kann die Gefahr, dass sich die Krankheit eines ausreisepflichtigen Ausländers in seinem Heimatstaat verschlimmert, weil die Behandlungsmöglichkeiten dort unzurei-

chend sind, ein Abschiebungshindernis nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG begründen. Dabei ist eine entsprechende Gefahr als *erheblich* im Sinne dieser Bestimmung anzusehen, wenn sich der Gesundheitszustand im Zielstaat der Abschiebung wesentlich (oder gar lebensbedrohlich) verschlechtern würde. Konkret droht eine solche Gefahr nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG dann, wenn die wesentliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes alsbald nach der Rückkehr des Ausländers in sein Heimatland eintritt, weil er auf die dort unzureichenden Möglichkeiten zur Behandlung seines Leidens angewiesen wäre und auch anderswo wirksame Hilfe nicht in Anspruch nehmen könnte (BVerwG, Urt. v. 25. 11. 1997, a.a.O., 387).

Diese Voraussetzungen sind bei der Antragstellerin Nr. 4 gegeben. Sie leidet an einer kontinuierlich behandlungsbedürftigen fokalen Epilepsie nach frühkindlichem Hirnschaden (vgl. hierzu das ärztliche Attest der Nervenärztin und Psychotherapeutin ... v. 9. 6. 1999 sowie die ärztliche Bescheinigung des Kinderarztes ... v. 8. 12. 1998). Hinzu kommt eine rechtsbetonte Tetraparese (Lähmung aller Extremitäten), die sich vordergründig als spastische Halbseitenlähmung zeigt; daraus resultieren erhebliche psychomotorische Entwicklungsrückstände sowie eine „expressive Sprachentwicklungsverzögerung“ (vgl. die Stellungnahme der Schule für Körperbehinderte v. 10. 3. 1999). Sie besucht seit dem Schuljahr 1998/99 die Schule für körperbehinderte Kinder und Jugendliche in ... Nach deren Stellungnahme v. 10. 3. 1999 würde „eine Abschiebung die gesamte Persönlichkeitsentwicklung des Mädchens jäh unterbrechen und beenden“ und die bisher erzielten Entwicklungs- und Förderungsschritte zunichte machen, da geeignete Sondereinrichtungen in Bosnien-Herzegowina (was die Antragsgegnerin nicht bestreitet) nicht vorhanden seien.

Soweit die Antragsgegnerin (wie auch das RP S. in seinem die Abschiebungsandrohungen betreffenden Widerspruchsbescheid v. 21. 5. 1999) meint, aus dieser Stellungnahme der Schule für Körperbehinderte ergebe sich nicht, dass sich die „Krankheit in Bosnien-Herzegowina verschlimmern“ würde; vielmehr würden lediglich schädliche „Auswirkungen der Krankheit auf die Persönlichkeitsentwicklung“ eintreten, vermag der Senat dem aufgrund einer Bewertung der o. g. fachärztlichen Atteste und der Stellungnahme der Schule für Körperbehinderte nicht zu folgen. Die Antragsgegnerin beschränkt sich auf eine isolierte Prüfung der Fragen, ob die fokale Epilepsie einerseits und die in der Stellungnahme der Schule v. 10. 3. 1999 beschriebenen erheblichen Körperbehinderungen der Antragstellerin Nr. 4 andererseits in Bosnien-Herzegowina medizinisch behandelbar sind. Dies bejaht sie unter Hinweis auf die Stellungnahme des Auswärtigen Amtes v. 29. 4. 1999 und die ihr beigelegte Liste (Stand 18. 3. 1999). Danach sind in der Tat die fokale Epilepsie sowie die aus der Tetraspastik mit psychomotorischer Retardierung herrührenden Beschwerden in Bosnien-Herzegowina grundsätzlich behandelbar (medikamentös mit Fokalepsin re~~u~~ Carbamazepin – sowie mit Ergotherapie, Krankengymnastik nach Bobath unter Einbeziehung der Vojta-Therapie und logopädischen Maßnahmen). Dabei sind allerdings Behandlungen nach Bobath/Vojta und logopädische Behandlungen nur in Sarajevo und Tuzla möglich und nach der Liste des Auswärtigen Amtes vom 18. 3. 1999 ist auch die „spastische Diplegie“, wie die Antragsgegnerin einräumt, in Tuzla und Sarajevo nur behandelbar, soweit „die Pflege durch Familienangehörige ständig überwacht wird“.

Mit dieser isolierten Bewertung der jeweils gegebenen Behandlungsmöglichkeiten berücksichtigt die Antragsgegnerin jedoch nicht hinreichend die schwer wiegende Mehrfachbehinderung der Antragstellerin Nr. 4. Selbst im Hinblick auf die gravierenden Körperbehinderungen hat die Schule in ihrer Stellungnahme v. 10. 3. 1999 – sachlich einleuchtend – darauf hingewiesen, dass eine erfolgreiche Behandlung der Antragstellerin Nr. 4 schulischer Rahmenbedingungen bedarf, unter denen gewährleistet ist, dass medizinisch indizierte Maßnahmen (Krankengymnastik/Ergotherapie/Logopädie) und pädagogische Förderung in einem Gesamtkonzept in spezifischer Weise aufeinander bezogen sind. Es liegt auf der Hand, dass dies die in Bosnien-Herzegowina verfügbaren Behandlungsmöglichkeiten, die ohnehin

nur unter Einschränkungen bestehen, nicht leisten können. Wenn die Schule für Körperbehinderte in ihrer Stellungnahme v. 10. 3. 1999 ausführt, die Abschiebung nach Bosnien-Herzegowina würde „die gesamte Persönlichkeitsentwicklung des Mädchens unterbrechen und beenden“, eine „Normalisierung“ in den Förderbereichen würde verhindert und als Folge davon müsste sie in großer persönlicher und *emotionaler* Abhängigkeit verbleiben, so handelt es sich damit entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht nur um Beeinträchtigungen ohne Krankheitswert, sondern um eine gravierende Verschlechterung des gesundheitlichen Zustandes der Antragstellerin Nr. 4 als Folge unzureichender Behandlungsmöglichkeiten in Bosnien-Herzegowina. Unter einer Leibesgefährdung im Sinne des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG sind auch Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit eines Ausländers ohne Verletzung der äußeren Integrität des Leibes zu verstehen (vgl. das Senatsurteil v. 22. 11. 2000 – A 13 S 348/97 – und GK-AuslR, § 53 RdNr. 235 f.). Hierzu gehören die von der Schule für Körperbehinderte beschriebenen tief greifenden negativen Folgen für die weitere Persönlichkeitsentwicklung der Antragstellerin Nr. 4, die sich zugleich als gravierende psychische Beeinträchtigungen mit Krankheitswert darstellen. Hinzu kommt, dass die im ersten Schulhalbjahr erreichte „emotionale Stabilisierung“ (vgl. hierzu die Stellungnahme der Schule für Körperbehinderte v. 1. 7. 1999) im Falle der Abschiebung verloren zu gehen droht und infolge dessen die Gefahr schädlicher Rückwirkungen auf das epileptische Anfallsleiden der Antragstellerin Nr. 4 besteht. Vor einer etwaigen Abschiebung wäre daher die Einholung eines nervenfachärztlichen Gutachtens geboten, um ausschließen zu können, dass derartige gravierende Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit als Folge der Abschiebung eintreten würden.

Nach dem Erkenntnisstand im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes war somit wegen Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG hinsichtlich der Antragstellerin Nr. 4 das Ermessen für die Ausländerbehörde im Hinblick darauf eröffnet, ob sie die Abschiebung aussetzt. Die Antragsgegnerin hat von diesem Ermessen – wie oben dargelegt – fehlerhaft keinen Gebrauch gemacht. Im vorliegenden summarischen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ist auch aufgrund der bisher in diesem Verfahren zutage getretenen Umstände – vorläufig – davon auszugehen, dass die ermessensfehlerfreie Bescheidung des Begehrens der Antragstellerin Nr. 4 durch die Antragsgegnerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Aussetzung der Abschiebung (Duldung) führen wird. Bei dieser Ermessensausübung im Rahmen des § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG sind der Wahrscheinlichkeitsgrad des Gefahreneintritts, das Ausmaß und die Schwere sowie die Dauer der drohenden Verletzung bzw. Beeinträchtigung der Gesundheit zu berücksichtigen. Insgesamt geht es um eine Abwägung des Interesses der Bundesrepublik Deutschland an einer Aufenthaltsbeendigung gegen das Interesse des Ausländers an Schutz vor einer drohenden Verletzung seiner von § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG erfassten Rechtsgüter (vgl. GK-AuslR, § 53 RdNr. 243). Bei Anwendung dieser Grundsätze überwiegt das Interesse der Antragstellerin Nr. 4 an der Aussetzung der Abschiebung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Beendigung eines – hier ursprünglich gewährten – bürgerkriegsbedingten Bleiberechts nach Bürgerkriegsende. Aus den obigen Ausführungen ergibt sich, dass die beschriebenen gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei einer Abschiebung nach Bosnien-Herzegowina mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eintreten würden und dass es sich um außerordentlich gravierende, schwerwiegende Beeinträchtigungen handelt. Liegt somit gegenüber den Regelfällen der Beendigung eines bürgerkriegsbedingten Aufenthalts nach dem Ende des Bürgerkriegs ein durch besondere Umstände geprägter Sonderfall vor, so verliert das entsprechende öffentliche Interesse an Gewicht. Besondere öffentliche Interessen, die der

Aussetzung der Abschiebung entgegenstehen könnten, hat die Antragsgegnerin auch bisher nicht geltend gemacht. Insbesondere kommt die Familie der Antragstellerin Nr. 4 aufgrund einer Erwerbstätigkeit des Antragstellers Nr. 2 für ihren eigenen Unterhalt auf und nimmt daher keine Sozialhilfe in Anspruch. Sollte sich im Übrigen herausstellen, dass die Antragstellerin Nr. 4 bereits nach Absolvierung von insgesamt drei Schuljahren in der Schule für Körperbehinderte ohne Gefahr des Eintritts gravierender psychischer und sonstiger Beeinträchtigungen mit Krankheitswert nach Bosnien-Herzegowina zurückkehren könnte, und sollte zu diesem Zeitpunkt das Hauptsacheverfahren noch nicht abgeschlossen sein, so kann die Antragsgegnerin dies mit einem Antrag auf Aufhebung der einstweiligen Anordnung in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 7 VwGO – wie oben dargelegt – geltend machen.

Die Antragstellerin Ziff. 4 begehrt auch entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht etwa eine unzulässige Regelung eines Daueraufenthalts im Wege der Duldung. Liegt ein zwinzendes Abschiebungshinderniss vor, so ergibt sich daraus nach § 55 Abs. 2 AuslG so lange ein Duldungsanspruch, wie die Voraussetzungen dieses Abschiebungshindernisses gegeben sind. Ist dies auf Dauer der Fall, ist die Abschiebung auch auf Dauer rechtlich unmöglich im Sinne des § 55 Abs. 2 AuslG mit der Folge eines entsprechenden Duldungsanspruchs. Die Duldung ist daher in derartigen Fällen – wenn nicht, was vorrangig ins Auge zu fassen ist (BVerwG, Urt. v. 4. 6. 1997, BVerwGE 105, 35), die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltsbefugnis möglich ist – immer wieder zu erneuern (vgl. Senatsbeschluss v. 5. 7. 1999 – 13 S 1101/99 –). Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn bei Bestehen eines so genannten fakultativen Abschiebungshindernisses nach § 53 Abs. 6 Satz 1 AuslG eine fehlerfreie Ermessensausübung der Ausländerbehörde dazu führt, dass sie eine positive Entscheidung über die Aussetzung der Abschiebung trifft. Davon ist hier nach dem oben Ausgeführten auszugehen. Solange diese Ermessensentscheidung Bestand hat, bleibt auch der Duldungsanspruch nach § 55 Abs. 2 3. Alt. AuslG erhalten.

Für die Antragsteller Nr. 1 bis 3 sind die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung ebenfalls gegeben. Sie können sich auf ein – der Sache nach vom Recht der Antragstellerin Ziff. 4 abgeleitetes – Bleiberecht aufgrund von Art. 6 Abs. 1 GG berufen. Denn bei unzumutbarer Trennung einer familiären Lebensgemeinschaft in Form der Beistandsgemeinschaft besteht ein rechtliches Abschiebungshinderniss aus Art. 6 Abs. 1 GG, das einen Duldungsanspruch nach § 55 Abs. 2 AuslG begründet (vgl. hierzu den Senatsbeschluss v. 5. 7. 1999 a.a.O. unter Hinweis auf BVerwG, Urt. v. 9. 12. 1997, BVerwGE 106, 13). Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Zwischen den Antragstellern Nr. 1 und 2 – den Eltern – und ihren minderjährigen Kindern – den Antragstellern Nr. 3 und 4 – besteht eine familiäre Lebensgemeinschaft in Form der Beistandsgemeinschaft (vgl. hierzu den Senatsbeschluss v. 5. 7. 1999 a.a.O.). Da der Antragstellerin Nr. 4 aus den oben dargelegten Gründen ein Verlassen der Bundesrepublik nicht zumutbar ist, kann diese Beistandsgemeinschaft auch nur in der Bundesrepublik „gelebt“ werden. Sie würde durch eine Abschiebung der Antragsteller Nr. 1 bis 3 in einer mit Art. 6 Abs. 1 GG unvereinbaren Weise getrennt.

AsylVfG § 78 Abs. 3 Nr. 1; VwGO §§ 56 Abs. 2, 67 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 (Widerruf der Anwaltszulassung; Prozessvollmacht; Zustellung; Rechtsmittel)

1. Die Frage, welche Rechtswirkungen der Widerruf der Anwaltszulassung des Prozessbevollmächtigten in Bezug auf Zustellungen, Fristen und Ladungen hat, ist im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Antrags auf Berufungszulassung zu

beantworten. Sie stellt daher keine der grundsätzlichen Klärung im Berufungsverfahren bedürftige Frage dar (§ 78 Abs. 3 Nr. 1 AsylVfG).

2. Der Verlust der Anwaltszulassung des Prozessbevollmächtigten im erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren lässt die Prozessvollmacht unberührt (§ 67 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 VwGO).

3. In der erleichterten Form der Übergabe eines Schriftstücks gegen Empfangsbekanntnis kann an den Prozessbevollmächtigten gemäß § 56 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 5 Abs. 2 VwZG nur zugestellt werden, wenn dieser am Zustellungstag noch Mitglied einer Rechtsanwaltskammer ist (§ 60 Abs. 1 BRAO) (wie BGHZ 111, 104 [106] zu § 212 a ZPO).

VGH Bad.-Württ., Beschl. v. 4. 12. 2000 – A 14 S 1646/00
I. VG Freiburg

Aus den Gründen:

Der Antrag ist zulässig (a), hat aber in der Sache keinen Erfolg (b).

a) Das angegriffene Urteil des VG ist am 22. 7. 2000 wirksam zugestellt worden. Innerhalb der damit in Gang gesetzten zweiwöchigen Frist für den Antrag auf Zulassung der Berufung und für die Begründung dieses Antrags (§ 78 Abs. 4 Satz 1 und Satz 4 AsylVfG) ist der Zulassungsantrag am 25. 7. 2000 gestellt und am 4. 8. 2000 begründet worden. Folglich bedarf es keiner Entscheidung über den gestellten Antrag auf Wiedereinsetzung.

Im Einzelnen ergibt sich dies aus Folgendem:

Das Urteil des VG war gemäß §§ 116 Abs. 1 Satz 2 und 67 Abs. 3 Satz 3 VwGO dem früheren Prozessbevollmächtigten des Klägers als dem „bestellten“ Prozessbevollmächtigten zuzustellen. Für die „Bestellung“ im Sinne dieser Vorschrift genügte es, dass dieser sich – als seinerzeit noch zugelassener Rechtsanwalt – für den Kläger mit der Klageschrift unter Hinweis auf seine Bevollmächtigung beim VG meldete und Klage erhob. Einer Vollmachtvorlage, die hier ausweislich der Akten des VG zwar von ihm angekündigt worden war, in der Folgezeit aber unterblieb, bedurfte es gemäß § 173 VwGO i. V. m. § 88 Abs. 2 ZPO nicht (vgl. BVerwG, Beschl. v. 31. 7. 1984 – 9 C 881.82 –, NVwZ 1985, 412 = NJW 1985, 1178; dazu, dass für eine Bestellung die durch ausdrückliche Erklärung oder schlüssige Verhaltensweise bewirkte anwaltliche Anzeige des Bestehens einer Prozessvollmacht gegenüber dem Gericht genügt: Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO-Kom., 58. Aufl. 2000, RdNr. 5 zu dem § 67 Abs. 3 Satz 3 VwGO entsprechenden § 176 ZPO).

An der Verpflichtung des VG, das Urteil an den früheren Prozessbevollmächtigten des Klägers als den bestellten Prozessbevollmächtigten gemäß § 67 Abs. 3 Satz 3 VwGO zuzustellen, änderte der Umstand nichts, dass dessen Anwaltszulassung mit Eintritt der Rechtskraft ihres Widerrufs am 3. 5. 2000, also bereits vor Ergehen des angegriffenen Urteils vom 29. 7. 2000, erloschen war. Damit war nämlich nicht zugleich auch ein Erlöschen der Prozessvollmacht verbunden, da im erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren kein Zwang zur Vertretung durch einen Rechtsanwalt besteht (§ 67 Abs. 1 VwGO) und deshalb der Prozessbevollmächtigte unabhängig von seiner Zulassung als Rechtsanwalt postulationsfähig war (§ 67 Abs. 2 Satz 2 VwGO).

Dahinstehen kann, ob in einem Verfahren mit Anwaltszwang etwas anderes gilt (vgl. dazu § 173 VwGO i. V. m. § 244 ZPO; für ein Fortbestehen der Prozessvollmacht auch bei Aufgabe bzw. Verlust der Anwaltszulassung im Anwaltsprozess: Stein/Jonas/Bork, ZPO-Kom., 21. Aufl. 1994, RdNr. 6 und 10 sowie Fußnote 25 zu § 86 ZPO und Musielak, ZPO-Kom., 1999, RdNr. 6 sowie Fußnote 23 zu § 86 ZPO; dagegen: Zöller/Vollkommer, ZPO-Kom., 21. Aufl. 1999, RdNr. 6 und 7 zu § 86 ZPO; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO-Kom., 58. Aufl., 2000, RdNr. 6 zu § 86 ZPO).