

VG Münster

Beschluss vom 22.10.2008

Tenor

Dem Antragsteller wird Prozesskostenhilfe für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erster Instanz – ohne Beiordnung eines Rechtsanwalts – bewilligt.

Es wird festgestellt, dass die Klage 8 K 1973/08 des Antragstellers gegen die Feststellung unter Ziffer 1 der Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 25. August 2008 aufschiebende Wirkung hat.

Die aufschiebende Wirkung der Klage 8 K 1973/08 des Antragstellers gegen Ziffer 3 der Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 25. August 2008 wird angeordnet.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 2500 Euro festgesetzt.

Gründe

Der Antrag des Antragstellers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg, weil der Antragsteller gem. § 166 VwGO i. V. m. § 114 f. ZPO nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage ist, die Verfahrenskosten selbst zu tragen und weil die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint, wie sich aus den nachstehenden Gründen ergibt. Die Beiordnung eines Rechtsanwalts ist hingegen in diesem – nicht dem Anwaltszwang unterliegenden – Verfahren gem. § 166 VwGO i. V. m. § 121 Abs. 2 ZPO nicht erforderlich. Der vom Antragsteller bezeichnete Rechtsanwalt war bisher im Verfahren nicht tätig, und das Gericht trifft mit dem vorliegenden Beschluss gleichzeitig eine die Instanz abschließende, für den Antragsteller positive Entscheidung in der Sache, so dass ein Tätigwerden des Rechtsanwalts im Bewilligungszeitraum der Prozesskostenhilfe (Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erster Instanz) nicht mehr erforderlich erscheint.

Der Antrag des Antragstellers auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg. Das Gericht hat den Antrag in Anbetracht der Tatsache, dass der Antragsteller nicht anwaltlich vertreten ist und seinen Antrag bei der Rechtsantragsstelle des Verwaltungsgerichts hat formulieren lassen, dergestalt ausgelegt, dass der Antragsteller beantragt,

1. festzustellen, dass seine Klage 8 K 1973/08 gegen die Feststellung unter Ziffer 1 der Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 25. August 2008 aufschiebende Wirkung hat, und
2. die aufschiebende Wirkung seiner Klage 8 K 1973/08 gegen Ziffer 3 der Ordnungsverfügung des Antragsgegners vom 25. August 2008 anzuordnen.

Der Antrag zu 1. ist zulässig. Der Antragsteller hat ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung. Denn aus dem „Hinweis“ am Ende der Ordnungsverfügung ist ersichtlich, dass der Antragsgegner davon ausgeht, dass eine Klage gegen Ziffer 1 seines Bescheids nach § 7 Abs. 1 FreizügG/EU keine aufschiebende Wirkung hat und der Antragsteller damit vollziehbar ausreisepflichtig ist.

Der Antrag zu 1. ist auch begründet. Der Klage des Antragstellers kommt gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu. Sie richtet sich gegen die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts, nämlich der (verbindlichen) Feststellung gem. § 7 Abs. 1 FreizügG/EU, dass ein Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Die aufschiebende Wirkung ist nicht nach § 80 Abs. 2 VwGO entfallen. Die Nummern 1 und 2 sowie Satz 2 der Vorschrift sind offensichtlich nicht einschlägig. Der Antragsgegner hat die sofortige Vollziehung auch nicht gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet.

Eine gesetzliche Anordnung des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung nach Nr. 3 der Vorschrift ist ebenfalls nicht gegeben. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO erfordert eine konkrete Regelung im Gesetz über den Wegfall der aufschiebenden Wirkung („in anderen durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebenen Fällen“).

Das FreizügG/EU trifft eine solche Regelung nicht. Ein Wegfall der aufschiebenden Wirkung ergibt sich nicht aus § 11 Abs. 2 FreizügG/EU i. V. m. § 84 Abs. 1 AufenthG. Nach § 11 Abs. 2 FreizügG/EU findet, soweit das Freizügigkeitsgesetz/EU keine besonderen Regelungen trifft, das Aufenthaltsgesetz Anwendung, wenn die Ausländerbehörde – wie hier – das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG kommt aber nicht zur Anwendung, weil diese Vorschrift auf die Versagung eines Aufenthaltstitels und das damit einhergehende Erlöschen einer Duldungs- oder Aufenthaltstitelfiktion nach § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG zugeschnitten ist. Eine Feststellung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ist damit nicht vergleichbar, da sie systematisch etwas anderes als die Ablehnung eines Aufenthaltstitels darstellt und eine – für das Aufenthaltsgesetz spezifische – Fiktionswirkung nicht auslösen kann.

vgl. Harms in: Storr/Wenger/Eberle/Albrecht/Harms, Kommentar zum Zuwanderungsrecht, Aufenthaltsgesetz und Freizügigkeitsgesetz/EU, 2. Aufl., Stuttgart 2008, § 7 FreizügG/EU, Rdnr. 5.

Eine entsprechende Anwendung des § 84 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auf die Feststellung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ist nicht möglich, weil § 11 Abs. 2 AufenthG gerade keine entsprechende, sondern eine direkte Anwendung des Aufenthaltsgesetzes vorsieht und für eine Analogie auch kein Bedürfnis besteht, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt.

Ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung ergibt sich nicht aus dem gesetzessystematischen Zusammenhang. Abgesehen davon, dass das Gesetz den Wegfall der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich und eindeutig vorsehen müsste,

vgl. BayVGH, Beschl. v. 29. Juli 1976 – Nr. 99 IX/76 –, NJW 1977, 166; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 15. Aufl., München 2007, § 80 VwGO, Rdnr. 65,

lässt er sich insbesondere nicht aus § 7 Abs. 1 FreizügG/EU ableiten. Wird ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt, darf zwar nach § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU die Abschiebung nicht erfolgen, bevor über den Antrag entschieden wurde. Dass in Satz 5 der Vorschrift ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO erwähnt ist, setzt aber nicht das Entfallen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO voraus. Satz 5 macht auch Sinn, wenn er sich allein auf den Fall bezieht, dass die Behörde die Feststellung über das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO verknüpft hat.

vgl. auch Hoppe in: HTK-AuslR, § 7 FreizügG/EU, zu Abs. 1 06/2008, Nr. 1.3 und 4.1; noch weitergehend Geyer in: Hofmann/Hoffmann, Ausländerrecht, Handkommentar, Baden-Baden 2008, § 7 FreizügG/EU, Rdnr. 7.

§ 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU soll Art. 31 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, umsetzen. Wird neben dem Rechtsbehelf gegen die die Ausreisepflicht begründende Entscheidung auch ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt, um die Vollstreckung dieser Entscheidung auszusetzen, so darf nach Art. 31 Abs. 2 der Richtlinie die Abschiebung aus dem Hoheitsgebiet nicht erfolgen, es sei denn, dass ein in der Vorschrift bezeichneter Ausnahmefall vorliegt. Die Richtlinie und damit auch § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU setzen aber die (nationalen) Regelungen zum vorläufigen Rechtsschutz voraus. Damit gelten im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU der Regelfall der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO und die im nationalen System der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen Ausnahmefälle des § 80 Abs. 2 VwGO; weder die Richtlinie noch § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU begründen darüber hinaus einen zusätzlichen Ausnahmefall.

Diese Auslegung passt in das System des durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007 geänderten § 7 FreizügG/EU. Die Änderung soll bezwecken, dass die Ausreisepflicht für Unionsbürger nicht erst – wie vor der Änderung – mit der Unanfechtbarkeit der Feststellungsentscheidung entsteht, sondern bereits mit der Feststellungsentscheidung selbst.

vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 211.

Damit wird aber nur die Ausreisepflicht vorverlagert, nicht jedoch deren Vollziehbarkeit. Für die Vollziehbarkeit einer Entscheidung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU hat sich durch das Richtlinienumsetzungsgesetz nichts geändert. Die Ausreisepflicht kann – mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – weiterhin nach allgemeinen verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Grundsätzen erst vollstreckt werden, wenn der sie begründende Verwaltungsakt – hier also die Nichtbestehensfeststellung – entweder bestandskräftig oder sofort vollziehbar kraft behördlicher Anordnung (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) ist. Dass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass die Entscheidung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU außer in den Fällen der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung aufschiebende Wirkung hat, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU. Dort führt er an, mit der Änderung (durch das Richtlinienumsetzungsgesetz) werde das Entstehen der Ausreisepflicht zeitlich vorverlagert. Die Ausreisepflicht könne dann sofort durchgesetzt werden, es sei denn, es würden Rechtsmittel eingelegt.

BT-Drs. 16/5065, S. 211.

Damit trennt der Gesetzgeber deutlich zwischen Entstehen der Ausreisepflicht und deren Vollziehbarkeit. Allein das Entstehen der Ausreisepflicht wird vorverlagert, nicht aber die Vollziehbarkeit. Dass bei Einlegung eines Rechtsmittels – hier der Klage des Antragstellers – die Ausreisepflicht nicht sofort durchgesetzt werden kann, macht nur Sinn, wenn dem Rechtsmittel im Regelfall aufschiebende Wirkung zukommt.

Das mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz in Bezug auf § 7 Abs. 1 FreizügG/EU verfolgte gesetzgeberische Ziel, die durch die frühere Anknüpfung an die Unanfechtbarkeit bedingte zeitliche Verzögerung für eine Aufenthaltsbeendigung zu beseitigen, wird durch das dargelegte Verständnis der Vorschrift weiterhin erreicht. Erst die Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ermöglicht es der Ausländerbehörde, durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht herzustellen; zuvor war ihr dies verwehrt, weil schon die Ausreisepflicht (und erst recht deren Vollziehbarkeit) zwingend an die Unanfechtbarkeit der Feststellung anknüpfte.

Dem steht nicht entgegen, dass gem. § 7 Abs. 1 Satz 3 FreizügG/EU bereits im Bescheid die Abschiebung angedroht werden soll. Die Abschiebungsandrohung setzt nach § 58 Abs. 2 AufenthG – anders als unter Geltung des Ausländergesetzes – nicht die Vollziehbarkeit des Grundverwaltungsakts voraus. Erst für die Vollstreckungsmaßnahme der Abschiebung muss die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht vorliegen. § 58 Abs. 2 AufenthG sieht nämlich eine Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht nur in dem Fall vor, dass eine nach § 50 Abs. 2 AufenthG gesetzte Ausreisefrist abgelaufen ist. Aus dem systematischen Kontext beider Vorschriften ist im Hinblick auf die Aussage des § 58 Abs. 2 AufenthG die Folge zu ziehen, dass eine Abschiebungsandrohung mit Fristsetzung schon dann erlassen werden kann, wenn der Ausländer (nur) ausreisepflichtig ist. Es erscheint nicht sinnvoll, wenn die Frist für eine freiwillige Ausreise erst in dem Zeitraum zu laufen beginnt, in dem die Ausreisepflicht bereits vollziehbar ist und mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden könnte.

vgl. VGH BW, Urt. v. 29. April 2003 – 11 S 1188/02 –; Hailbronner, Ausländerrecht, Kommentar, 59. Aktualisierung, Heidelberg August 2008, § 59 AufenthG, Rdnr. 13 ff.

m. w. N.; ausführlich Funke-Kaiser in: GK-AufenthG, 29. Aktualisierung, München August 2008, § 59 AufenthG, Rdnr. 25 ff.; Armbruster in: HTK-AuslR, § 59 AufenthG, Überblick 05/2008, Nr. 3; anders noch zu § 50 AuslG: BVerwG, Urt. v. 22. Dezember 1997 – 1 C 14.96 –, NVwZ-RR 1998, 681.

Insofern hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 1 Satz 3 FreizügG/EU die Konzeption der §§ 58 Abs. 2, 59 AufenthG entsprechend fortgeschrieben.

Der Antrag zu 2. ist zulässig. Der Kläger hat ein Rechtsschutzinteresse, weil seine Klage 8 K 1973/08 in bezug auf die Abschiebungsandrohung nicht offensichtlich unzulässig ist und gem. § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i. V. m. § 8 AGVwGO NRW keine aufschiebende Wirkung entfaltet.

Der Antrag zu 2. ist auch begründet. Die vom Gericht vorzunehmende Interessenabwägung fällt zugunsten des Antragstellers aus. Sein Interesse, vorerst von den Wirkungen der Regelung verschont zu bleiben, überwiegt ausnahmsweise das behördliche Vollzugsinteresse.

Zwar stellt sich nach der im vorliegenden Verfahren allein möglichen summarischen Prüfung heraus, dass die Abschiebungsandrohung offensichtlich rechtmäßig ist. Sie rechtfertigt sich aus § 7 Abs. 1 Satz 3 FreizügG/EU i. V. m. § 59 Abs. 2 und 3 AufenthG. Dennoch überwiegt das Aussetzungsinteresse des Antragstellers, weil seine Klage gegen die Feststellungsentscheidung – wie gezeigt – aufschiebende Wirkung entfaltet und die Abschiebungsandrohung – trotz ihrer Rechtmäßigkeit – damit nicht vollzogen werden kann. Dies rechtfertigt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 3 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.