

**Titel:**

**erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen Abschiebungsandrohung**

**Normenketten:**

VwGO § 80 Abs. 5, § 88, § 123

AsylG § 36 Abs. 3

AufenthG § 60 Abs. 5, Abs. 7 S. 1

GG Art. 19 Abs. 4

**Leitsatz:**

Wurde im Falle der Ablehnung des Asylantrags als offensichtlich unbegründet kein fristgerechter Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt und steht dem jeweiligen Antragsteller deshalb ein Antrag auf Abänderung des ergangenen Beschlusses nach § 80 Abs. 7 VwGO nicht zur Verfügung, gebietet es die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG, die Vorschrift des § 123 Abs. 5 VwGO einschränkend dahingehend auszulegen, dass sie dann keine Anwendung findet, wenn die Abschiebungsandrohung nicht bestandskräftig, sondern Gegenstand einer rechtzeitig erhobenen Klage ist und der Antragsteller seinen Antrag auf Tatsachen oder Mittel zur Glaubhaftmachung stützt, die er ohne Verschulden nicht innerhalb der Antragsfrist des § 36 Abs. 3 S. 1 AsylG geltend gemacht hat. (Rn. 19 – 20) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Eilverfahren, Nigeria, Auslegung des Antragsbegehrens, Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO verfristet, keine Sperrwirkung des § 123 Abs. 5 VwGO bei noch nicht bestandskräftiger Abschiebungsandrohung, Rechtsschutzlücke, Gewährung effektiven Rechtsschutzes, unverschuldet nicht innerhalb der Antragsfrist geltend gemachte Aspekte, Beweiserhebung nach mündlicher Verhandlung wegen psychischer Erkrankung, keine Abschiebung vor rechtskräftigem Abschluss des Klageverfahrens, Vollziehung einer Abschiebungsandrohung, zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot

**Tenor**

I. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen, dass eine Abschiebung des Antragstellers auf Grundlage der Abschiebungsandrohung in Nr. 5 des Bescheides des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 2. Januar 2020 vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens W 8 K 20.30078 nicht erfolgen darf.

Im Übrigen wird der Antrag abgelehnt.

II. Die Kosten des Verfahrens tragen der Antragsteller und die Antragsgegnerin zu je ½. Gerichtskosten werden nicht erhoben.

**Gründe**

I.

1

Der Antragsteller wehrt sich gegen die Vollziehung einer Abschiebungsandrohung während des noch laufenden Asylklageverfahrens.

2

Ein vom Antragsteller am 6. März 2018 gestellter Asylantrag wurde vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge mit Bescheid vom 2. Januar 2020 als offensichtlich unbegründet abgelehnt (Nr. 1 bis 3 des Bescheides). Es wurde festgestellt, dass Abschiebungsverbote nach § 60 Abs. 5 und 7 Satz 1 AufenthG nicht vorliegen (Nr. 4). Der Antragsteller wurde aufgefordert, die Bundesrepublik Deutschland innerhalb einer Woche nach Bekanntgabe der Entscheidung zu verlassen und ihm bei Nichteinhaltung der

Ausreisefrist die Abschiebung nach Nigeria oder in einen anderen Staat, in den der Antragsteller einreisen darf oder der zu seiner Rückübernahme verpflichtet ist, angedroht (Nr. 5).

**3**

Am 16. Januar 2020 ließ der Antragsteller gegen den Bescheid Klage erheben (W 8 K 20.30078). Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Abschiebungsandrohung wurde nicht gestellt. Aufgrund der mündlichen Verhandlung am 21. September 2020 erhob das Gericht mit Beschluss vom 23. September 2020 Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zum Vorliegen einer psychischen Erkrankung, insbesondere einer posttraumatischen Belastungsstörung beim Antragsteller und stellte das Verfahren mit Beschluss vom 6. Oktober 2020 ruhend. Das Gutachten wurde bislang nicht fertiggestellt und über die Klage noch nicht entschieden.

**4**

Dem Antragsteller wurde vom Landratsamt Dachau zuletzt eine bis 30. April 2021 gültige Duldung ausgestellt.

**5**

Am 23. April 2021 ließ der Antragsteller „im Wege der einstweiligen Anordnung“ beantragen,

Die Vollziehung der Nr. 5 des Bescheides des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 2. Januar 2020, Zeichen ... wird ausgesetzt.

**6**

Zur Begründung wird unter Bezugnahme auf die mündliche Verhandlung und den Beweisbeschluss des Gerichts ausgeführt: Ein Gutachten liege noch nicht vor. Seitens des Beklagten könne jederzeit die Abschiebung des Klägers vorgenommen werden, ohne eine Entscheidung abzuwarten. Des Weiteren ergebe sich, dass eine „Offensichtlichkeit“ nicht gegeben sei und der Bescheid allein aus diesem Grund rechtswidrig.

**7**

Mit Schriftsatz vom 30. April 2021 beantragte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge für die Antragsgegnerin, den Eilantrag nach § 123 VwGO abzuweisen.

**8**

Zur Begründung wird auf die Begründung des Bescheides vom 2. Januar 2020 Bezug genommen und ergänzend ausgeführt: Die Antragsgegnerin wisse bis heute nicht, ob der Antragsteller einen Termin zur Begutachtung wahrgenommen habe bzw. ein solcher überhaupt vereinbart worden sei. Falls das Ausbleiben einer Begutachtung an einer fehlenden Mitwirkung durch den Antragsteller liege, stelle sich für die Antragsgegnerin die Frage, wie lange dieser Zustand weiter andauern solle, was wiederum Fragen bezüglich des weiteren Aufenthalts in Deutschland aufwerfe. Zum derzeitigen Zeitpunkt habe die Antragsgegnerin jedenfalls keinerlei Kenntnis davon, dass eine mögliche Abschiebung durch die Ausländerbehörde geplant sei. Das Schreiben des Antragstellerbevollmächtigten lasse zudem keine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Bescheid vom 2. Januar 2020 erkennen.

**9**

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und die beigezogene Behördenakte (einschließlich der Akte der Ausländerbehörde) Bezug genommen.

II.

**10**

Bei verständiger Würdigung (§ 88 VwGO) des Begehrens des Antragstellers ist der Antrag dahingehend auszulegen, dass er die Anordnung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen die Abschiebungsandrohung in Nr. 5 des Bescheides des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 2. Januar 2020 begehrt sowie hilfsweise, dass der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben wird, der zuständigen Ausländerbehörde mitzuteilen, dass eine Abschiebung des Antragstellers nach Nigeria vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens W 8 K 20.30078 nicht erfolgen darf. Diese Auslegung in Haupt- und Hilfsantrag ergibt sich aus der eindeutigen Bezugnahme des anwaltlich vertretenen Antragstellers, der in seinem gestellten Antrag ausdrücklich auf die Abschiebungsandrohung in Nr. 5 des Bescheides des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 2. Januar 2020 Bezug nimmt. Einstweiliger Rechtsschutz diesbezüglich ist nach § 80 Abs. 5 VwGO

nachzusuchen (vgl. Pietzsch in BeckOK, Ausländerrecht, 28. Edition Stand: 1.10.2020, § 36 AsylG Rn. 14). Wenn der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers gleichwohl eine Entscheidung „im Wege der einstweiligen Anordnung“ beantragt, lässt er insoweit bei wohlwollender Auslegung ein hinreichendes Antragsbegehren in Bezug auf den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit oben näher bezeichnetem Inhalt erkennen.

#### 11

Der so verstandene Antrag ist im Hauptantrag unzulässig und im Hilfsantrag zulässig und begründet.

Im Einzelnen:

#### 12

1. Der Hauptantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Abschiebungsandrohung in Nr. 5 des Bescheides des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 2. Januar 2020 gemäß § 80 Abs. 5 VwGO ist unzulässig, da er nicht innerhalb der hierfür vorgesehenen Frist von einer Woche ab Bekanntgabe des Bescheides (§ 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG) erhoben wurde.

#### 13

Der Bescheid wurde ausweislich der Behördenakte (Bl. 344 der Bundesamtsakte) am 9. Januar 2020 als Einschreiben zur Post gegeben und gilt damit mangels entgegenstehender Anhaltspunkte spätestens am 12. Januar 2020 als zugestellt (§ 4 Abs. 2 Satz 2 VwZG). Die Einreichung des Antrags am 23. April 2021 war damit nicht fristgerecht. Gründe für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 60 VwGO sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, zumal seit Ablauf der versäumten Frist bereits über ein Jahr verstrichen ist (§ 60 Abs. 3 VwGO).

#### 14

2. Der Hilfsantrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ist zulässig und begründet.

#### 15

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO ist statthaft. Insbesondere steht der Statthaftigkeit § 123 Abs. 5 VwGO i.V.m. § 80 Abs. 5 VwGO i.V.m. § 36 Abs. 3 AsylG nicht entgegen.

#### 16

Grundsätzlich ist einstweiliger Rechtsschutz gegen eine Abschiebungsandrohung im Falle der Ablehnung eines Asylantrags als offensichtlich unbegründet im Wege eines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO nachzusuchen. In der Hauptsache ist insoweit eine Anfechtungsklage statthaft (vgl. Pietzsch in BeckOK, Ausländerrecht, 28. Edition Stand: 1.10.2020, § 36 AsylG Rn. 14). Soweit nachträglich eingetretene Tatsachen geltend gemacht werden, steht dem jeweiligen Antragsteller ein Antrag auf Abänderung des ergangenen Beschlusses nach § 80 Abs. 7 VwGO zur Verfügung.

#### 17

Dieser Weg ist dem Antragsteller gleichwohl vorliegend versperrt, da kein (fristgerechter) Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gestellt wurde und dementsprechend auch kein Beschluss ergangen ist, der einer Abänderung zugänglich wäre.

#### 18

Der Statthaftigkeit eines Antrags nach § 123 Abs. 1 VwGO stünde wegen § 123 Abs. 5 VwGO der Vorrang des Verfahrens nach § 80 VwGO entgegen, was zu dem Ergebnis führen würde, dass der Antragsteller im Falle der Versäumung der Frist zur Stellung eines Antrags nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen die Abschiebungsandrohung selbst beim Eintritt nachträglicher Änderungen, welche ohne sein Verschulden nicht innerhalb der Frist des § 36 Abs. 3 AsylG geltend gemacht wurden, rechtsschutzlos gestellt wäre, wenn die Abschiebungsandrohung aufgrund rechtzeitiger Klageerhebung noch nicht bestandskräftig geworden ist. Denn auch ein Antrag auf Wiederaufgreifen des Verfahrens nach § 51 Abs. 1 VwVfG beim Bundesamt und ein hiermit korrelierender Eilantrag ist in diesem Fall nicht statthaft, da das Hauptsacheverfahren (Erstverfahren) noch nicht rechtskräftig abgeschlossen und für ein Wiederaufgreifen kein Raum ist (vgl. Bergmann in Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Auflage 2020, § 71 AsylG Rn. 11). Ein Antrag auf einstweilige Aussetzung der Abschiebung gegenüber dem Rechtsträger der zuständigen Ausländerbehörde hilft dem Antragsteller nicht weiter, wenn er sich wie hier auf zielstaatsbezogene Aspekte

beruft, da die Ausländerbehörde zu deren Prüfung weder berechtigt noch verpflichtet ist (vgl. § 42 Abs. 1 AsylG; BayVGH, B.v. 30.7.2020 - 19 CE 20.1071; VG Würzburg, B.v. 9.11.2020 - W 8 E 20.1661; B.v. 21.4.2020 - W 8 E 20.533).

## 19

Dieses Ergebnis ist mit der Garantie auf effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar, weshalb in diesen Fällen ausnahmsweise die Vorschrift § 123 Abs. 5 VwGO einschränkend dahingehend auszulegen ist, dass sie dann keine Anwendung findet, wenn die Abschiebungsandrohung - wie hier - nicht bestandskräftig, sondern Gegenstand einer rechtzeitig erhobenen Klage ist und der Antragsteller seinen Antrag auf Tatsachen oder Mittel zur Glaubhaftmachung stützt, die er ohne Verschulden nicht innerhalb der Antragsfrist des § 36 Abs. 3 Satz 1 AsylG geltend gemacht hat (so auch: VG Düsseldorf, B.v. 19.6.2015 - 22 L 486/15.A - juris Rn. 13 ff.; Seeger in BeckOK, Ausländerrecht, 28. Edition Stand: 1.1.2021).

## 20

Der Antragsteller stützt sich vorliegend darauf, dass das Gericht Beweis zum Vorliegen, der Behandlungsbedürftigkeit und den Folgen einer psychischen Erkrankung des Antragstellers erhoben hat und das entsprechende Gutachten noch nicht vorliegt. Diese Umstände hat der Antragsteller ohne Verschulden nicht innerhalb der Frist von einer Woche ab Zustellung des von ihm angegriffenen Bescheid geltend gemacht, da der entsprechende Beweisbeschluss erst am 23. September 2020 und damit nach Ende der oben näher bezeichneten Antragsfrist ergangen ist.

## 21

Der Antrag ist auch begründet. Der Antragsteller hat sowohl einen Anordnungsanspruch mit dem aus dem Tenor ersichtlichen Inhalt als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht.

## 22

Nach § 123 Abs. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gefahr zu verhindern oder wenn es aus anderen Gründen nötig erscheint. Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung setzt nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2, § 294 ZPO voraus, dass der Antragsteller sowohl einen Anordnungsanspruch als auch einen Anordnungsgrund glaubhaft machen kann. Eine Glaubhaftmachung liegt vor, wenn das Vorliegen von Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch sich als überwiegend wahrscheinlich darstellt.

## 23

Im Hinblick auf die durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie effektiven Rechtsschutzes ist der Antrag dann begründet, wenn der geltend gemachte Anspruch hinreichend wahrscheinlich ist (Anordnungsanspruch) und es dem Antragsteller schlechthin unzumutbar ist, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten (Anordnungsgrund). Diese Voraussetzungen sind gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen.

## 24

Ein Anordnungsgrund ist vorliegend ohne weiteres gegeben, da der Antragsteller aufgrund der kraft Gesetz sofort vollziehbaren Abschiebungsandrohung aus dem Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 2. Januar 2020 jederzeit mit einer Abschiebung nach Nigeria rechnen muss, zumal den beigezogenen Behördenakten des Bundesamtes und der Ausländerbehörde weder zu entnehmen ist, dass seitens des Bundesamtes mitgeteilt wurde, dass eine Abschiebung erst nach rechtskräftigem Abschluss des Klageverfahrens erfolgen kann noch, dass eine Duldung durch die Ausländerbehörde bis zu diesem Zeitpunkt erteilt wurde. Da die Abschiebungsandrohung wie bereits dargestellt vollziehbar ist, kann der Antragsteller auch nicht darauf verwiesen werden, dass derzeit nach Kenntnis der Antragsgegnerin keine konkreten Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung durch die Ausländerbehörde geplant sind.

## 25

Der Antragsteller hat zudem einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Es bestehen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Abschiebungsandrohung (vgl. § 36 Abs. 4 Satz 1 AsylG entsprechend). Denn im Hinblick auf den vom Gericht erhobenen Beweis ist es jedenfalls hinreichend wahrscheinlich, dass beim

Antragsteller ein zielstaatsbezogenes Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 oder 7 Satz 1 AufenthG hinsichtlich Nigeria vorliegt. Hierfür liegen aufgrund der vorgelegten ärztlichen Atteste sowie maßgeblich auch des persönlich durch den erkennenden Einzelrichter vom Antragsteller in der mündlichen Verhandlung gewonnenen Eindrucks hinreichend konkrete Anhaltspunkte vor, die das Gericht dazu veranlassen haben, Beweis durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu erheben. Gerade auch unter Berücksichtigung der gravierenden und nur schwer wieder rückgängig zu machenden Folgen einer Abschiebung des Antragstellers in sein Heimatland ist diesem unabhängig vom letztendlichen Ausgang des Klageverfahrens jedenfalls bis zu dessen rechtskräftigen Abschluss und Klärung der zu Beweis gestellten Tatsachen ein Bleiberecht zuzubilligen.

## **26**

Das Gericht hat darüber hinaus keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich die Fertigstellung des angeforderten Gutachtens aufgrund fehlender Mitwirkung des Antragstellers oder sonstiger in seiner Sphäre liegender Gründe verzögert hat. Vielmehr scheint die Fertigstellung des Gutachtens bislang aufgrund der hohen Auslastung des beauftragten Sachverständigen unterblieben zu sein, worauf dessen Schreiben vom 3. November 2020, 15. Dezember 2020 und 1. März 2021 schließen lassen, welche die Antragstellerin im Übrigen alle erhalten hat, was die vorgelegte aktualisierte Bundesamtsakte belegt. Insbesondere aus dem Schreiben vom 15. Dezember 2020 (Bl. 419 der Bundesamtsakte) ergibt sich, dass seitens des Antragstellers Mitwirkungshandlungen gegenüber dem Sachverständigen erfolgt sind und Begutachtungstermine vereinbart wurden. Der Antragsgegnerin steht es darüber hinaus jederzeit frei in dem ruhend gestellten Klageverfahren Nachfragen zum derzeitigen Sachstand in Bezug auf die Erstellung des angeforderten Sachverständigengutachtens zu stellen.

## **27**

Nach alledem war dem Hilfsantrag vollumfänglich stattzugeben.

## **28**

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO, § 83b AsylG.