

**Titel:**

**Nebenbestimmung zur Duldung (auflösende Bedingung)**

**Normenkette:**

AufenthG § 60a Abs. 2, Abs. 5 S. 2, S. 4, § 61 Abs. 1e S. 1, Abs. 1f

**Leitsatz:**

**Eine Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Bedingung iSd § 61 Abs. 1f AufenthG, die zum Erlöschen der Duldung führt, entspricht nur dann dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn sie geeignet und erforderlich ist, den mit ihr verfolgten Zweck zu fördern, den Ausländer schon vor Ablauf der regulären Dauer der Duldung abschieben zu können, wenn die Abschiebungshindernisse weggefallen sind. (Rn. 36) (redaktioneller Leitsatz)**

**Schlagworte:**

Aufhebung einer in der Duldung enthaltenen Nebenbestimmung (Erlöschen der Duldung mit Bekanntgabe des Abschiebungstermins), Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Erteilung einer Duldung unter Nebenbestimmungen, Prozesskostenhilfe, Duldung, Nebenbestimmung mit auflösender Bedingung, Ermessensentscheidung, Bekanntgabe des Abschiebetermins

**Rechtsmittelinstanz:**

VGH München, Beschluss vom 31.10.2023 – 10 C 23.1526

**Tenor**

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragsteller haben die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert für das Verfahren Au 6 S 23.1121 wird auf 3.750,00 Euro festgesetzt.
- IV. Die Anträge auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Antragsverfahren und für das Klageverfahren werden abgelehnt.

**Gründe**

**1**

Die Kläger und Antragsteller (im Folgenden: Kläger) begehren im Klageverfahren die Aufhebung der in ihrer Duldung enthaltenen Nebenbestimmungen „Die Duldung erlischt mit Bekanntgabe des Abschiebungstermins“ (teilweise Nr. 2 des Bescheids vom 16. Juni 2023) und „Der räumliche Aufenthalt wird auf den Freistaat Bayern beschränkt“ (Nr. 3 des Bescheids vom 16. Juni 2023) sowie im Antragsverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage und Prozesskostenhilfe für beide Verfahren.

I.

**2**

Die Kläger sind eine im Freistaat Bayern lebende Mutter mit ihren zwei in Deutschland geborenen Kindern. Alle drei sind nigerianische Staatsangehörige und nach erfolglosen Asylverfahren ausreisepflichtig; ihnen wurde jeweils die Abschiebung nach Nigeria bestandskräftig angedroht (Bundesamt für Migration und Flüchtlinge – im Folgenden: Bundesamt, Bescheid vom 3. November 2021 für die Klägerin zu 1, Bescheid vom 27. April 2021 für die Klägerin zu 2 in der Fassung des Urteils VG Augsburg, U.v. 8.10.2021 – Au 9 K 21.30496, Bescheid vom 14. März 2022 für den Kläger zu 3). Vater der Kläger zu 2 und zu 3 ist ein ebenfalls nach erfolglosem Asylverfahren ausreisepflichtiger nigerianischer Staatsangehöriger, der in Baden-Württemberg lebt. Nach Abschluss ihrer Asylverfahren wurden die Kläger vom Beklagten geduldet, zunächst wegen Passlosigkeit und seit Vorlage gültiger nigerianischer Reisepässe bis zur Durchführung ihrer Abschiebung. Sie leben von Leistungen nach dem Asylbewerberleistungsgesetz und in einer

Gemeinschaftsunterkunft. Der Kindsvater hat derzeit eine Ausbildungsduldung nach § 60c AufenthG inne und bewohnt eine privat angemietete eineinhalb Zimmer große Wohnung.

### 3

Umverteilungsanträge der Kläger nach Baden-Württemberg scheiterten bislang an der fehlenden Lebensunterhaltssicherung und dem Fehlen angemessenen Wohnraums, da die Wohnung des Kindsvaters deutlich zu klein sei.

### 4

Die Klägerin zu 1 hat seit dem 19. Januar 2022, die Kläger zu 2 und zu 3 haben – jeweils nach Abschluss ihrer Asylverfahren zeitlich versetzt – ebenfalls Duldungen inne, zuletzt gemeinsam mit streitgegenständlichem Bescheid des Beklagten vom 16. Juni 2023. Dieser lautet auszugsweise:

„Nr. 2. Die Duldung wird unter folgenden Nebenbestimmungen erteilt:

- Die Duldung erlischt mit Bekanntgabe des Abschiebungs- oder Ausreisetermins.
- Die Duldung wird auf die Dauer von drei Monaten befristet.

Nr. 3. Der räumliche Aufenthalt wird auf den Freistaat Bayern beschränkt.“

Zur Begründung wird ausgeführt, die Zulässigkeit der auflösenden Bedingung ergebe sich aus Art. 36 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 2 BayVwVfG i.V.m. § 61 Abs. 1f AufenthG; sie stehe im Ermessen der Behörde und solle gegenüber dem Duldungsinhaber verdeutlichen, dass die Duldung nur erteilt wurde, weil der Abschiebung derzeit noch Hindernisse entgegenstehen. Dies solle gewährleisten, dass die Abschiebung unmittelbar nach Wegfall des Abschiebungshindernisses ohne einen sonst erforderlichen Widerruf der Duldung und einen damit verbundenen zeitlichen Aufschub vollzogen werden könne. Zudem werde einem Duldungsinhaber hierdurch verdeutlicht, dass mit einer Duldung kein dauerhaftes Bleiberecht in der Bundesrepublik Deutschland verbunden sei. Die auflösende Bedingung sei ermessensgerecht, da es prognostisch gesehen zum Zeitpunkt ihrer Erteilung nicht als unwahrscheinlich oder gar ausgeschlossen eingeschätzt werde, dass innerhalb des konkreten Geltungszeitraums das Abschiebungshindernis beseitigt sei und auch eine Abschiebung durchgeführt werden könne.

Die Entscheidung zur räumlichen Beschränkung beruhe auf § 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Danach könne der räumliche Aufenthalt im Ermessen der Ausländerbehörde beschränkt werden, wenn konkrete aufenthaltsbeendende Maßnahmen bevorstünden. Dies sei der Fall. Für die Beschränkung spreche das öffentliche Interesse an der Durchführung aufenthaltsbeendender Maßnahmen, denn sei der Aufenthalt beschränkt, sei der Ausländer für die Ausländerbehörde leichter erreichbar, um weitere Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung durchzuführen. Zu Gunsten der Kläger sprechende Umstände, die dieses öffentliche Interesse überwiegen könnten, seien nicht ersichtlich. Mit der Beschränkung auf das Gebiet des Freistaates Bayern sei diese auch räumlich nicht zu eng gefasst (aber mit Blick auf die öffentlichen Interessen noch ausreichend), wodurch ein Ausgleich mit ihren Interessen gefördert werde. Ihr persönliches Interesse an einem Aufenthalt außerhalb des beschränkten Gebietes könne zudem durch die Erteilung einer Verlassensenerlaubnis berücksichtigt werden, sodass die Maßnahme auch nicht unzumutbar sei.

### 5

Gegen den am 23. Juni 2023 zugestellten Bescheid haben die Kläger am 17. Juli 2023 Klage erheben lassen (Au 6 K 23.1120), über die noch nicht entschieden ist, und neben Prozesskostenhilfe beantragt,

### 6

Die in Nr. 2 des Bescheides der Regierung von ... vom 16. Juni 2023 enthaltene Nebenbestimmung, dass die Duldung mit Bekanntgabe des Abschiebungs- oder Ausreisetermins erlösche, sowie Nr. 3 dieses Bescheides werden aufgehoben.

### 7

Weiter ließen sie im Wege eines Eilantrags (Au 6 E 23.1121) neben Prozesskostenhilfe beantragen,

### 8

Die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage wird angeordnet.

### 9

Zur Begründung ließen sie ausführen, die auflösende Bedingung sei ermessensfehlerhaft, denn es handle sich um eine von Art. 6 GG und Art. 8 EMRK geschützte Familie. Die familiäre Gemeinschaft werde gelebt. Insbesondere übe der Familienvater einen entsprechenden Umgang aus und mache derzeit bis voraussichtlich Ende August 2024 eine Ausbildung in .... An den Wochenenden von Freitagabend bis Sonntagabend halte er sich bei seiner Familie in Bayern auf und halte unter der Woche Kontakt per Telefon und vor allem wegen der Kinder per Videotelefonie. Eine Umverteilung der Kläger zum Familienvater sei bislang allein daran gescheitert, dass noch kein geeigneter Wohnraum gefunden werden konnte, der nun aber eine Wohnung mit 41 qm bewohne. Daher sei auch Nr. 3 des Bescheids aufzuheben.

Auch dem Eilantrag sei stattzugeben. Ein Eilbedürfnis bestehe hinsichtlich der räumlichen Aufenthaltsbeschränkung darin, dass die familiäre (räumliche) Einheit wegen Art. 6 GG und Art. 8 EMRK unverzüglich zu wahren sei. Besuche des Familienvaters seien nicht nur zeit-, sondern auch sehr – im Hinblick auf das überschaubare Ausbildungsgehalt – kostenintensiv. Die Kläger könnten die familiäre Einheit hingegen auch so wahren, dass sie sich für längere Zeiträume beim Familienvater aufhielten, der berufsbedingt weniger örtlich flexibel sei, was jedenfalls Fahrtkosten erspare. Ein Eilbedürfnis bestehe hinsichtlich der angefochtenen auflösenden Bedingung darin, dass die Kläger jederzeit mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen rechnen müssten.

Zudem habe der Kindsvater einen Antrag auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104c AufenthG gestellt und gute Erteilungschancen.

**10**

Der Beklagte beantragt,

**11**

die Klage abzuweisen und den Antrag abzulehnen.

**12**

Unter Vertiefung der Bescheidsbegründung macht er geltend, zwar sei über den Antrag auf Umverteilung noch nicht entschieden, aber er habe beim Landesamt für Asyl und Rückführungen die Durchführung der Luftabschiebung der Kläger beantragt. Eine Abschiebung innerhalb der Gültigkeitsdauer der erteilten Duldung sei daher nicht ausgeschlossen. Eine staatlich anzuerkennende Ehe zwischen dem Kindsvater und der Klägerin zu 1 bestehe nicht. Die in Kopie vorgelegte nigerianische Registrierungsurkunde weise nicht einmal ein Eheschließungsdatum aus und zum Zeitpunkt der angeblichen Registrierung sei die Klägerin zu 1 jedenfalls nicht in Nigeria aufhältig gewesen. Aufgrund der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht des Kindsvaters bestünden nur für eine Duldung berücksichtigungswürdige familiäre Gründe, wenn die Familienangehörigen dringend aufeinander angewiesen seien. Das sei nicht der Fall. Auch ein Antrag nach § 104c AufenthG vermittele den Klägern keinen Verbleib im Bundesgebiet, denn der Antrag habe keine Fiktionswirkung und ein Familiennachzug zu Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104c AufenthG sei nach § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ausgeschlossen. Mangels häuslicher Gemeinschaft komme für die Kläger auch keine abgeleitete Aufenthaltserlaubnis nach § 104c Abs. 2 AufenthG in Betracht. Da alle vier Personen die gleiche Staatsangehörigkeit besäßen, könne eine familiäre Lebensgemeinschaft auch im Herkunftsland begründet werden.

Die räumliche Beschränkung auf den Freistaat stütze sich auf § 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG. Konkrete Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung stünden den Klägern wegen des Schubantrages bevor. Die räumliche Beschränkung diene dem öffentlichen Vollzugsinteresse, das sich aus den Asylentscheidungen und der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ergebe, und verhindere, dass sie sich dem behördlichen Zugriff entziehen. Etwaige sich aus den familiären Bezügen ergebenden privaten Interessen am Besuch beim Kindsvater könne durch die Erteilung von Verlassenserlaubnissen Rechnung getragen werden. Bereits von der zuvor zuständigen Ausländerbehörde sei eine solche räumliche Beschränkung erlassen worden; umgekehrt hätten die Kläger aber keine Verlassenserlaubnisse beantragt. Wie die in der Antragschrift aufgeführten Kontakte ohne Verstöße gegen die räumliche Beschränkung überhaupt möglich waren, erschließe sich nicht. Zudem könne der Kindsvater die Kläger an den Wochenenden besuchen, sodass sich keine Eilbedürftigkeit begründe.

**13**

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Gerichts- und die beigezogenen Behördenakten.

II.

**14**

Der zulässige Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die auflösende Bedingung und die räumliche Beschränkung zur Duldung anzuordnen, hat keinen Erfolg.

**15**

1. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist nur teilweise zulässig.

**16**

a) Der Antrag ist gegen die auflösende Bedingung in Nr. 2 des angefochtenen Bescheids statthaft.

**17**

Der Antrag ist gegen die auflösende Bedingung statthaft, denn die Duldung ist als Maßnahme der Zwangsvollstreckung nach Art. 21a VwZVG – Aufschub der Abschiebung und damit der Anwendung unmittelbaren Zwangs zum Verlassen des Bundesgebiets – sofort vollziehbar. Da eine auflösende Bedingung diesen Aufschub ex nunc entfallen lässt, wirkt sie sich unmittelbar auf die Durchführung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme aus und sperrt diese nicht mehr. Daher hat die auflösende Bedingung selbst Teil an der sofortigen Vollziehbarkeit der Duldung (im Ergebnis wie hier VG Göttingen, B.v. 31.1.2023 -1 B 240/22 – juris Rn. 1).

**18**

Selbst wenn dieser Auffassung nicht gefolgt würde, dürfte eine aufschiebende Wirkung der Klage gegen die auflösende Bedingung vom Ausschluss nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a AufenthG erfasst sein, der nachträglich eingefügt wurde, aber die Einführung des § 61 Abs. 1f AufenthG (mit Verschiebung der Befugnis zum Erlass von Bedingungen aus § 61 Abs. 1e AufenthG a.F. hierhin) nicht textlich nachvollzog (ausführlich BayVG, B.v. 9.5.2023 – 19 CS 23.535 – juris Rn. 7 m.w.N., Rn. 10; a.A. im Ergebnis noch VG Augsburg, B.v. 18.5.2022 – Au 6 S 22.457 – Rn. 16).

**19**

b) Der Antrag gegen die räumliche Beschränkung in Nr. 3 des angefochtenen Bescheids ist unstatthaft.

**20**

Im Umkehrschluss aus § 84 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, der gerade nicht die räumliche Beschränkung nach § 61 Abs. 1c AufenthG nennt, hat eine hiergegen gerichtete Anfechtungsklage grundsätzlich nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung (vgl. VG Augsburg, B.v. 10.3.2021 – Au 9 E 21.453 – juris Rn. 21; VG Augsburg, B.v. 8.11.2021 – Au 9 S 21.2170 – juris Rn. 40; auch OVG M-V, B.v. 31.8.2022 – 2 M 614/21 OVG – juris Rn. 10). Eine gegenläufige Anordnung des Sofortvollzugs nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO hat der Beklagte im angefochtenen Bescheid aber nicht getroffen, so dass die gesetzliche Regel der aufschiebenden Wirkung der Klage greift.

**21**

2. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist in seinem zulässigen Umfang unbegründet.

**22**

Das Gericht trifft im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO eine eigene, originäre Entscheidung über die Aussetzung bzw. die Aufhebung der Vollziehung auf Grund der sich ihm im Zeitpunkt seiner Entscheidung darbietenden Sach- und Rechtslage. Das Gericht hat dabei die Interessen des Antragstellers und das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung gegeneinander abzuwägen. Besondere Bedeutung kommt dabei den Erfolgsaussichten in der Hauptsache zu, soweit sie im Rahmen der hier nur möglichen und gebotenen summarischen Prüfung bereits beurteilt werden können.

**23**

Vorliegend überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse an der Beifügung der auflösenden Bedingung das gegenläufige Verschonungsinteresse der Kläger. Insbesondere ist der streitgegenständliche Bescheid nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage insoweit formell und materiell rechtmäßig.

**24**

a) Die Kläger sind vollziehbar ausreisepflichtig im Sinne von § 61 Abs. 1e Satz 1 und Abs. 1f AufenthG.

**25**

Die Kläger sind aufgrund der bestandskräftigen Ablehnung ihrer Asylanträge sowie nach Ablauf der ihnen durch das Bundesamt gesetzten Ausreisefrist vollziehbar ausreisepflichtig nach § 50 Abs. 1 i.V.m. § 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG, weil sie einen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 AufenthG für den Aufenthalt im Bundesgebiet erforderlichen Aufenthaltstitel nicht besitzen.

## 26

b) Der Beklagte hat den den Klägern zuletzt erteilten Duldungen eine auflösende Bedingung nach § 61 Abs. 1f AufenthG beigefügt.

## 27

Nach § 61 Abs. 1f AufenthG (vgl. zur Vorgängervorschrift § 61 Abs. 1e AufenthG a.F. OVG Berlin-Bbg, B.v. 7.12.2015 – 12 S 77.15 – juris Rn. 4 m.w.N.; BayVGh, B.v. 18.2.2015 – 10 C 14.1117 u.a. – juris Rn. 25) können zu einer Duldung nach § 60a AufenthG weitere Bedingungen und Auflagen angeordnet werden; ihre Anordnung steht damit im Ermessen der Behörde. Zu diesen nach Art. 36 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 VwVfG möglichen Bedingungen gehört auch eine auflösende Bedingung, wonach die Duldung mit der Bekanntgabe des Abschiebungstermins erlischt, da diese auflösende Bedingung einen gesonderten Widerruf der Duldung nach § 60a Abs. 5 Satz 2 und Satz 4 AufenthG entbehrlich macht und dieselbe Hinweisfunktion gegenüber dem Betroffenen hat (vgl. OVG LSA, B.v. 17.8.2010 – 2 M 124/10 – juris Rn. 4; VGh BW, U.v. 24.2.2016 – 11 S 1626/15 – juris Rn. 30 f.). Hinzu kommt, dass nach § 59 Abs. 1 Satz 8 AufenthG sonst nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise wie hier der Abschiebungstermin nicht mehr angekündigt werden darf. Genau diese vorgesehene Ankündigung aber ist mit der Mitteilung des Abschiebungstermins verbunden und hat nicht die Rechtswidrigkeit der Nebenbestimmung zur Folge (vgl. BayVGh, B.v. 18.2.2015 – 10 C 14.1117 u.a. – juris Rn. 25).

## 28

aa) Die Beifügung ist formell nicht zu beanstanden, denn der Beklagte hat insbesondere die Anordnung schriftlich erlassen und begründet.

## 29

bb) Die Bedingung ist materiell nicht zu beanstanden, denn der Beklagte hat eine Ermessensentscheidung nach § 61 Abs. 1f AufenthG getroffen, die frei von nach § 114 VwGO gerichtlich überprüfbaren Ermessensfehlern ist. Wegen der Einzelheiten wird auf die zutreffende Begründung des Bescheids verwiesen (§ 117 Abs. 5 VwGO) und ergänzend ausgeführt:

## 30

Die Ermessensentscheidung ist im gerichtlichen Verfahren nur eingeschränkt überprüfbar. Die gerichtliche Prüfungsdichte bemisst sich nach der Regelung des § 114 VwGO, was im Wesentlichen zur Folge hat, dass die Entscheidung lediglich daraufhin zu überprüfen ist, ob überhaupt eine Ermessensentscheidung getroffen wurde, ob in diese alle maßgeblichen und keine unzulässigen Erwägungen Eingang gefunden haben und ob einzelne Belange entgegen ihrer objektiven Wertigkeit in die Abwägung eingestellt worden sind.

## 31

(1) Die Nebenbestimmung „Duldung erlischt mit Bekanntgabe des Abschiebetermins“ ist nicht unbestimmt.

## 32

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit einer Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Bedingung i.S.d. § 61 Abs. 1f AufenthG ist, dass das den Eintritt der Bedingung auslösende Ereignis sowohl der Sache nach als auch dem abstrakten Eintrittszeitpunkt nach so eindeutig und klar umschrieben ist, dass nicht bereits zum Zeitpunkt der Beifügung der Bedingung ein Streit zwischen den Beteiligten absehbar ist, ob die Bedingung eingetreten ist oder nicht (vgl. BayVGh, B.v. 18.2.2015 – 10 C 14.1117 u.a. – juris Rn. 26). Diesem Erfordernis genügt die Nebenbestimmung, wonach die Duldung mit Bekanntgabe des Abschiebungstermins erlischt. Der betroffene Ausländer kann ohne weiteres erkennen, dass in dem Zeitpunkt, in dem ihm der Zeitpunkt seiner Abschiebung bekannt gegeben wird, die Duldung erlischt (vgl. BayVGh, B.v. 18.2.2015 – 10 C 14.1117 u.a. – juris Rn. 26).

## 33

Dieses Ereignis setzt voraus, dass alle tatsächlichen und organisatorischen Hindernisse für die Abschiebung beseitigt sind, mithin der bisherige Duldungsgrund nicht mehr besteht. Ob ein anderer Duldungsgrund der Abschiebung in diesem künftigen Zeitpunkt entgegensteht wird oder nicht, kann und braucht im Zeitpunkt der Beifügung der Nebenbestimmung noch nicht abgesehen werden.

### 34

Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllbar, sobald das Landesamt für Asyl und Rückführungen dem Beklagten den Schubtermin bestätigt und letzterer ihn den Klägern mitgeteilt hat.

### 35

(2) Die Nebenbestimmung „Duldung erlischt mit Bekanntgabe des Abschiebetermins“ ist nicht unverhältnismäßig.

### 36

Eine Nebenbestimmung, die zum Erlöschen der Duldung führt, entspricht nur dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn sie geeignet und erforderlich ist, den mit ihr verfolgten Zweck zu fördern, den Ausländer schon vor Ablauf der regulären Dauer der Duldung abschieben zu können, wenn die Abschiebungshindernisse weggefallen sind (vgl. BayVGH, B.v. 18.2.2015 – 10 C 14.1117 u.a. – juris Rn. 26).

### 37

Die Nebenbestimmung ist grundsätzlich geeignet und erforderlich zur Verfolgung dieses Zwecks. Da der Beklagte beabsichtigt, die Ausreisepflicht der Kläger durchzusetzen und sie abzuschicken, sobald der Schubtermin feststeht, entfällt damit der beklagtenseitig zu Grunde gelegte Duldungsgrund und wird durch dessen Mitteilung an die Kläger ein gesonderter Widerruf der Duldung entbehrlich.

### 38

Die Nebenbestimmung ist auch verhältnismäßig im engeren Sinn, weil unter Abwägung des öffentlichen Interesses an einem vorzeitigen (vor Ablauf der aktuellen Duldung) Vollzug der im Asylverfahren erlassenen Abschiebungsandrohung mit dem privaten Interesse der Kläger, hiervon bis zum Ablauf der Duldungsdauer verschont zu bleiben, im vorliegenden Einzelfall das private Interesse nicht überwiegt. Der Beklagte kann die Kläger ohne Verstoß gegen den Schutz ihrer familiären Lebensgemeinschaft nach Art. 6 GG und Art. 8 EMRK auch vorzeitig abschieben.

Der Schutzbereich dieser Normen ist eröffnet, weil die Kläger – trotz räumlicher Trennung und mangels Umverteilung fehlender häuslicher Gemeinschaft – eine familiäre Lebensgemeinschaft und ihr Privatleben in Deutschland führen. Aber die Durchsetzung der Ausreisepflicht der nach dem Ergebnis ihrer Asylverfahren nicht schutzberechtigten, aber ausreisepflichtigen Kläger, die dieser Pflicht nicht nachkommen, dient dem unionsrechtlich anerkannten öffentlichen Belang der Zuwanderungssteuerung (vgl. EGMR, U.v. 9.7.2021 – 6697/18 – NVwZ-RR 2022, 877 ff. Rn. 132). Dieser stellt eine gesetzlich vorgesehene Beschränkung zu einem der in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele – hier der Rückführung ausreisepflichtiger Drittstaatsangehöriger in Vollzug von Art. 8 Abs. 1 RL 2008/115/EG – dar.

In der Abwägung beider Belange – Familienleben und Kindeswohl einerseits, Zuwanderungssteuerung andererseits – überwiegt der öffentliche Belang, denn die Kläger haben keinen Anspruch auf ein Zusammenleben mit dem Kindsvater im Bundesgebiet, da auch er nicht über einen erlaubten Aufenthalt verfügt. Ihr und sein Familien- und Privatleben ist zwar tatsächlich und rechtlich schutzwürdig, aber nicht in dem Maße, dass ihr jahrelanger gestatteter und geduldeter, aber nie erlaubter Aufenthalt zu einem rechtlichen Anspruch auf weiteren Aufenthalt im Bundesgebiet führte. Im Gegenteil sind die Kläger nur nach § 60a Abs. 2 AufenthG bis zur Mitteilung ihres Abschiebungsflugs geduldet und ist er nur bis zur voraussichtlichen Beendigung seiner Ausbildung nach § 60c AufenthG geduldet. Ein Aufenthaltsrecht nach § 4 Abs. 1 AufenthG resultiert daraus nicht. Auch fehlen die Voraussetzungen für einen Familiennachzug der Kläger zum Kindsvater nach § 29 Abs. 1 AufenthG (Aufenthaltsrecht des Stamberechtigten, Sicherung des Lebensunterhalts). Vielmehr ist dem Kindsvater rechtlich angesonnen, sich zwischen einer Fortsetzung seiner Ausbildung im Bundesgebiet unter Trennung von seiner Familie oder einer Fortsetzung der familiären Lebensgemeinschaft mit ihr im gemeinsamen Herkunftsstaat zu entscheiden, da ein Familiennachzug zum Inhaber einer Ausbildungsduldung ausgeschlossen ist (vgl. nur NdsOVG, B.v. 30.8.2018 – 13 ME 298/13 – NVwZ-RR 2019, 533 ff. Rn. 9, 15 = InfAusIR 2019, 69 ff.). Sowohl die Kläger als auch der Kindsvater sind ausreisepflichtig und im gemeinsamen Herkunftsstaat Nigeria einreise- und aufenthaltsberechtigt. Sie können also ihre familiäre Lebensgemeinschaft auch nach einer Abschiebung aus Deutschland im gemeinsamen Herkunftsstaat fortsetzen. Die den Klägern angedrohte und vom Beklagten vorbereitete Abschiebung ist somit das Ergebnis eines gerechten Ausgleichs zwischen den individuellen und besonderen Umständen der betroffenen Personen einschließlich ihrer Bindungen an den Konventionsstaat, der Perspektive einer Fortsetzung des Ehe- oder Familienlebens im Herkunftsstaat einerseits und dem

Allgemeininteresse unter Gesichtspunkten der Einwanderungskontrolle andererseits (vgl. EGMR, U.v. 9.7.2021 – 6697/18 – NVwZ-RR 2022, 877 ff. Rn. 132). Der Beklagte hat in seiner Ermessensentscheidung zwar die bezogen auf Art. 8 EMRK relevanten Gesichtspunkte (vgl. EGMR, U.v. 9.7.2021 – 6697/18 – NVwZ-RR 2022, 877 ff. Rn. 134 ff.) nicht näher ausgeführt, aber darauf verwiesen, dass die Duldung den Klägern gerade kein Aufenthaltsrecht vermittelt und der Abschiebung bis auf den noch offenen Flugtermin kein vor Ablauf der Duldungsfrist unausräumbares Hindernis mehr entgegensteht. Er hat die Gründe seiner Entscheidung in seiner Antrags- und Klageerwiderung noch vertieft und ausgeführt, aufgrund der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht des Kindsvaters bestünden nur für eine Duldung berücksichtigungswürdige familiäre Gründe, wenn die Familienangehörigen dringend aufeinander angewiesen seien. Das sei nicht der Fall. Auch ein Antrag nach § 104c AufenthG vermittele den Klägern keinen Verbleib im Bundesgebiet, denn der Antrag habe keine Fiktionswirkung und ein Familiennachzug zu Inhabern einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104c AufenthG sei nach § 29 Abs. 3 Satz 3 AufenthG ausgeschlossen. Mangels häuslicher Gemeinschaft komme für die Kläger auch keine abgeleitete Aufenthaltserlaubnis nach § 104c Abs. 2 AufenthG in Betracht. Da alle vier Personen die gleiche Staatsangehörigkeit besäßen, könne eine familiäre Lebensgemeinschaft auch im Herkunftsland begründet werden. Diese ergänzten Ermessenserwägungen folgen der o.g. Gewichtung der widerstreitenden Interessen (vgl. nur NdsOVG, B.v. 30.8.2018 – 13 ME 298/13 – NVwZ-RR 2019, 533 ff. Rn. 6 = InfAusIR 2019, 69 ff.) und tragen die Beifügung der auflösenden Bedingung. Dies gilt umso mehr, als die behauptet traditionelle Eheschließung in Nigeria in Abwesenheit beider Verlobter ihre fortdauernde Verbundenheit mit dem Herkunftsstaat belegt.

### **39**

Daher ist die auflösende Bedingung nach § 61 Abs. 1f AufenthG rechtmäßig und überwiegt das öffentliche Interesse an ihrem Sofortvollzug angesichts der bereits erfolgten Anmeldung zur Luftabschiebung das gegenläufige private Verschonungsinteresse der Kläger.

### **40**

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung für das Antragsverfahren folgt aus §§ 52 Abs. 2 und 53 Abs. 2 Nr. 2 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. Ziffern 1.5 und 8.3 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

III.

### **41**

Der Antrag auf Prozesskostenhilfe für das Antrags- und das Klageverfahren ist abzulehnen, weil dem Antrag aus den o.g. Gründen die hinreichenden Erfolgsaussichten fehlen und auch die Klage keine hinreichenden Aussichten auf Erfolg hat:

### **42**

Gemäß § 166 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Hinreichende Erfolgsaussicht ist etwa dann gegeben, wenn schwierige Rechtsfragen zu entscheiden sind, die im Hauptsacheverfahren geklärt werden müssen. Auch wenn eine Beweisaufnahme ernsthaft in Betracht kommt und keine konkreten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass diese mit großer Wahrscheinlichkeit zum Nachteil des Mittellosen ausgehen wird, ist vorab Prozesskostenhilfe zu gewähren (vgl. BVerfG, B.v. 14.4.2003 – 1 BvR 1998/02 – NJW 2003, 2976). Insgesamt dürfen die Anforderungen an die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Verfahrens nicht überspannt werden, eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Erfolges genügt (Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 166 Rn. 26). Die Beiordnung eines Rechtsanwalts ist im Verfahren ohne Vertretungszwang immer geboten, wenn es in einem Rechtsstreit um nicht einfach zu überschauende Tat- und Rechtsfragen geht (Eyermann, a.a.O., Rn. 38).

### **43**

Die Klage ist im maßgeblichen Zeitpunkt der Bewilligungsreife – Vorlage der Klagebegründung, (Fristablauf für die) Vorlage der Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und Äußerung des Beklagten – voraussichtlich unbegründet, da die beigefügten Nebenbestimmungen zur Duldung rechtmäßig sind und die Kläger nicht in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

**44**

1. Die Klage ist zulässig, insbesondere als Anfechtungsklage statthaft.

**45**

a) Die Anfechtungsklage ist – auch ohne vorherigen Antrag der Kläger auf Streichung der Nebenbestimmungen beim Beklagten – zulässig, denn es handelt sich jeweils um eine belastende Nebenbestimmung, für welche der Beklagte wegen des Gesetzesvorbehalts nach Art. 20 Abs. 3 GG einer Rechtfertigung nach § 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 und § 61 Abs. 1f AufenthG bedarf und sie – unabhängig von einem Antrag auf Streichung – nur erlassen und in weiteren Duldungen beibehalten darf, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind.

**46**

b) Gegen belastende Nebenbestimmungen eines Verwaltungsakts ist die Anfechtungsklage statthaft, wenn geltend gemacht wird, eine konkrete Nebenbestimmung finde im Gesetz keine Grundlage.

**47**

Ob diese Klage zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann und deswegen die Anfechtungsklage statthaft ist, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Dies ist eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Anfechtungsbegehrens, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit offenkundig von vornherein ausscheidet (vgl. BVerwG, U.v. 6.11.2019 – 8 C 14.18 – juris Rn. 15 ff.). Dies ist hier nicht ersichtlich, da die Duldung auch ohne diese Nebenbestimmungen – auflösende Bedingung und räumliche Beschränkung – ihre regelnde Funktion für den illegalen Aufenthalt der nicht schutzbedürftigen und deswegen ausreisepflichtigen Kläger im Bundesgebiet erfüllen kann.

**48**

Die Klagebefugnis für die Anfechtungsklage folgt aus § 42 Abs. 2 VwGO i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG und der Adressatenstellung der Kläger.

**49**

2. Die Klage ist jedoch voraussichtlich unbegründet, da die beigefügten Nebenbestimmungen zur Duldung rechtmäßig sind und die Kläger nicht in ihren Rechten verletzen (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

**50**

Maßgeblich für die rechtliche Beurteilung des Anfechtungsbegehrens gegen die Nebenbestimmung zur Duldung ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Bescheidserlasses, soweit darin nicht – anders als hier – wegen Unabtrennbarkeit der angefochtenen Nebenbestimmungen ein Verpflichtungsbegehren auf Erteilung einer Duldung ohne diese Nebenbestimmungen liegt. Dieser Zeitpunkt wird im Verfahren auf Prozesskostenhilfe ggf. auf den Zeitpunkt der Bewilligungsreife vorverlagert (vgl. oben).

**51**

a) Hinsichtlich der auflösenden Bedingung nach § 61 Abs. 1f AufenthG gelten die o.g. Ausführungen zum Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO entsprechend. Sie ist selbständig anfechtbar, denn auch ohne ihre Beifügung hätte die Duldung noch rechtmäßig regelnde Funktion für den tatsächlichen Aufenthalt der Kläger, jeweils befristet bis zum Ablauf ihrer Erteilungsdauer.

**52**

b) Die Nebenbestimmung der räumlichen Beschränkung ist voraussichtlich rechtmäßig.

**53**

aa) Die erforderliche Rechtsgrundlage der räumlichen Beschränkung folgt aus § 61 Abs. 1c Satz 1 Nr. 3 AufenthG.

**54**

Sie erfordert die vollziehbare Ausreisepflicht des betroffenen Ausländers und das Bestehen konkreter Maßnahmen zur Aufenthaltsbeendigung. Beides ist bei den seit Eintritt der Bestandskraft der o.g. Abschiebungsandrohungen und fruchtlosem Ablauf der Ausreisefristen aus den Asylverfahren vollziehbar ausreisepflichtigen Klägern der Fall. Für sie hat der Beklagte einen Schubantrag gestellt, der nach der gesetzlichen Wertung des § 60c Abs. 2 Nr. 5 Buchst. c AufenthG als konkrete Maßnahme zur Aufenthaltsbeendigung ausreicht (vgl. BT-Drs.19/8286 S. 16).

**55**

bb) Die räumliche Beschränkung ist nicht unverhältnismäßig.

**56**

Die räumliche Beschränkung ist geeignet, den behördlichen Zugriff zu erleichtern. Der Beklagte hat hierzu ausgeführt, die räumliche Beschränkung diene dem öffentlichen Vollzugsinteresse, das sich aus den Asylentscheidungen und der Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht ergebe, und verhindere, dass sie sich dem behördlichen Zugriff entziehen.

Diese Erwägungen sind sachgerecht: Sollten sie sich außerhalb des Zuständigkeitsbereichs der ihre Abschiebung verantwortenden Behörde aufhalten, kann diese innerhalb Bayerns andere Behörden ohne – einen bei länderübergreifender Amtshilfe etwa drohenden – Zeitverzug um Unterstützung bei der Durchführung der Abschiebung ersuchen. Damit ist die räumliche Beschränkung geeignet, den Zugriff des Beklagten auf die Kläger im Zeitpunkt ihrer Abschiebung zu fördern.

**57**

Die räumliche Beschränkung ist erforderlich, denn sie ist das mildeste erfolgversprechende Mittel, dem Beklagten den Zugriff auf die Kläger zu sichern. Wie der Beklagte ausführt, kann derzeit der Kindsvater die Kläger an den Wochenenden besuchen und umgekehrt könnten sie ihn nach Erteilung von Verlassenserlaubnissen besuchen, wobei ihr Aufenthaltsort dann dem Beklagten noch bekannt wäre.

**58**

Die räumliche Beschränkung ist nicht unverhältnismäßig im engeren Sinn. Unter Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einem zeitnahen Zugriff auf die Kläger im Zeitpunkt der Mitteilung des Flugtermins einerseits und dem privaten Interesse der Kläger an einer ungehinderten Bewegungsfreiheit im Bundesgebiet nach Art. 2 Abs. 1 GG überwiegt hier das öffentliche Interesse. Die Kläger sind alle ausreisepflichtig, nicht freizügigkeitsberechtigt im Bundesgebiet nach Art. 11 GG, sondern lediglich in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt. Der Schutzbereich wird durch die räumliche Beschränkung erheblich beeinträchtigt, weil ihr Aufenthalt auf das bayerische Staatsgebiet beschränkt wird. Diese Beschränkung wiederum rechtfertigt sich aus der o.g. Zuwanderungskontrolle, denn am weiteren Aufenthalt der ausreisepflichtigen und dauerhaft im Sozialhilfebezug stehenden Kläger besteht keinerlei öffentliches Interesse. Vielmehr gebietet dieses ihre Aufenthaltsbeendigung nach § 58 Abs. 1 Satz 1 AufenthG und Art. 8 Abs. 1 RL 2008/115/EG (vgl. EuGH, U.v. 11.3.2021 – C-112/20 – Rn. 30). Ihr privates Interesse am gemeinsamen Zusammenleben an einem Ort ist derzeit nicht zu verwirklichen: Der Kindsvater hat einen Ausbildungsplatz in Baden-Württemberg, bisher aber keinen ausreichenden Wohnraum und kann den Lebensunterhalt seiner Familie nicht ohne Inanspruchnahme von Sozialleistungen sichern. Umgekehrt haben die Kläger nur öffentlich zugewiesenen und finanzierten Wohnraum im Freistaat Bayern. Für ein Zusammenleben fehlen damit bereits die tatsächlichen Voraussetzungen (gemeinsamer ausreichender Wohnraum, Sicherung des Lebensunterhalts). Wollen die Kläger zusammenleben, hat der Kindsvater im Umkehrschluss aus § 60c Abs. 6 AufenthG die Möglichkeit, sich eine Ausbildungsstelle in der Nähe seiner Familie zu suchen und mit behördlicher Erlaubnis hierher umzuziehen, oder sie an den Wochenenden hier zu besuchen. Der Beklagte hat für den umgekehrten Fall des Besuchs der Kläger bei ihm die Erteilung von Verlassenserlaubnissen in Aussicht gestellt. Daher ist die räumliche Beschränkung nicht unverhältnismäßig.

**59**

Hinzu kommt, dass die Kläger und der Kindsvater dadurch auch in keiner Weise schlechter gestellt werden als andere Ausländer in vergleichbarer Situation: Würde er mit den Klägern nach Nigeria freiwillig ausreisen und von dort im Visumverfahren als Auszubildender nach § 16a Abs. 1 AufenthG einreisen oder wäre er nach Abschluss seiner Ausbildung im Bundesgebiet eine Fachkraft, müsste er wie zuwandernde Fachkräfte ebenfalls für eine Nachholung seiner Familie nach § 18a i.V.m. § 29 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 AufenthG erst ausreichenden Wohnraum zur Verfügung stellen und den Lebensunterhalt sichern. Beides kann er absehbar nicht. Erst recht kann er nicht mit den Klägern zusammen allein auf Grund der Tatsache eine Besserstellung verlangen, dass sie bereits tatsächlich im Bundesgebiet leben. Legal zuwandernden Ausländern wird eine Familientrennung angesonnen – illegal eingereisten und ausreisepflichtigen Ausländern kann sie daher umgekehrt nicht unzumutbar sein. Auch sein Antrag nach § 104c AufenthG führt zu keinem anderen Ergebnis, da selbst nach Erteilung einer Chancen-Aufenthaltserlaubnis an ihn ein Familiennachzug nach § 104c Abs. 3 Satz 3 AufenthG ausdrücklich ausgeschlossen und nur eine häusliche Gemeinschaft nach § 104c AufenthG besonders geschützt ist. Eine Familientrennung wäre daher in allen

Fällen absehbar, so dass die beabsichtigte Abschiebung hier auch mit Blick auf Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 8 EMRK nicht rechtswidrig wäre.

**60**

3. Auf die Bedürftigkeit der Kläger kommt es nach Vorstehendem nicht mehr an.