



Bundesverwaltungsgericht

## **BESCHLUSS**

BVerwG 1 C 24.21  
A 4 K 3124/19

In der Verwaltungsstreitsache



ECLI:DE:BVerwG:2022:080622B1C24.21.0

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
am 8. Juni 2022  
durch den Richter am Bundesverwaltungsgericht Prof. Dr. Fleuß,  
die Richter am Bundesverwaltungsgericht Dollinger und Böhmann und  
die Richterinnen am Bundesverwaltungsgericht Dr. Wittkopp und Fenzl

beschlossen:

Das Verfahren wird ausgesetzt.

Es wird gemäß Art. 267 AEUV eine Vorabentscheidung des  
Gerichtshofs der Europäischen Union zu folgender Frage  
eingeholt:

Ist Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b RL 2008/115/EG dahin  
auszulegen, dass er der Rechtmäßigkeit einer gegen einen  
minderjährigen Drittstaatsangehörigen erlassenen Rück-  
kehrentscheidung, die zusammen mit der Ablehnung von  
dessen Antrag auf internationalen Schutz ergeht und die-  
sem eine Ausreisefrist von 30 Tagen ab Bestandskraft  
setzt, ausnahmslos entgegensteht, wenn aus rechtlichen  
Gründen auf unabsehbare Zeit kein Elternteil in ein in  
Art. 3 Nr. 3 RL 2008/115/EG bezeichnetes Land rückge-  
führt werden kann und damit auch dem Minderjährigen  
das Verlassen des Mitgliedstaats wegen seiner schutzwür-  
digen familiären Bindungen (Art. 7 und 24 Abs. 2 GRC,  
Art. 8 EMRK) nicht zugemutet werden kann, oder genügt  
es, dass das Wohl des Kindes und die familiären Bindun-  
gen im Sinne des Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b  
RL 2008/115/EG auf der Grundlage einer nationalen ge-  
setzlichen Regelung nach Erlass der Rückkehrentschei-  
dung durch eine Aussetzung der Abschiebung zu berück-  
sichtigen sind?

## G r ü n d e :

### I

- 1 Der Kläger wendet sich gegen eine zusammen mit der Ablehnung seines Asylantrags verfügte Abschiebungsandrohung.
- 2 Der im Dezember 2018 im Bundesgebiet geborene Kläger ist wie seine Eltern Staatsangehöriger der Bundesrepublik Nigeria. Zugunsten des Vaters und einer im Jahre 2014 geborenen Schwester des Klägers hatte das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (im Folgenden: Bundesamt) im März 2017 beziehungsweise im März 2018 ein Abschiebungsverbot nach § 60 Abs. 5 AufenthG i. V. m. Art. 3 EMRK festgestellt und dieses auf den Umstand gestützt, dass es dem Kindesvater nicht möglich sein werde, seine gegenüber dessen Eltern, seiner Frau und seinen Kindern bestehenden Unterhaltspflichten in Nigeria durch einfache Arbeit zu erfüllen. Dem Vater und der vorbezeichneten Schwester des Klägers wurden daraufhin erstmals im Februar 2018 beziehungsweise im April 2018 Aufenthaltserlaubnisse nach § 25 Abs. 3 AufenthG erteilt. Die Asylanträge der Mutter und einer weiteren im Jahre 2016 geborenen Schwester des Klägers wurden im März 2017 als offensichtlich unbegründet abgelehnt. Das insoweit bei dem Verwaltungsgericht anhängige Klageverfahren ist im Hinblick auf das streitgegenständliche Verfahren ruhend gestellt worden. Ein Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid anzuordnen, ist ohne Erfolg geblieben. Ihr Aufenthalt wird seither geduldet.
- 3 Mit Bescheid vom 13. Juni 2019 lehnte das Bundesamt es ab, dem Kläger die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen (Ziff. 1), ihn als Asylberechtigten anzuerkennen (Ziff. 2) und ihm den subsidiären Schutzstatus zuzuerkennen (Ziff. 3), stellte es das Nichtvorliegen von Abschiebungsverboten nach § 60 Abs. 5 und 7 Satz 1 AufenthG fest (Ziff. 4), drohte es ihm die Abschiebung primär nach Nigeria an (Ziff. 5) und befristete es das (seinerzeit noch) gesetzliche Einreise- und Aufenthaltsverbot nach § 11 Abs. 1 AufenthG a. F. auf 30 Monate ab dem Tag der Abschiebung (Ziff. 6).

- 4 Mit Urteil vom 7. Juni 2021 hat das Verwaltungsgericht unter Abweisung der Klage im Übrigen Ziff. 5 und 6 des Bescheids vom 13. Juni 2019 aufgehoben. Die Abschiebungsandrohung sei rechtswidrig. Wegen des hinsichtlich des Vaters und einer Schwester des Klägers festgestellten nationalen Abschiebungsverbots nach § 60 Abs. 5 AufenthG bestehe in Bezug auf diese ein inlandsbezogenes Abschiebungsverbot aus Art. 6 GG und Art. 8 EMRK. Dem Kläger sei eine Trennung von seinem Vater wegen seines Alters nicht zuzumuten.
- 5 Zur Begründung ihrer Sprungrevision führt die Beklagte im Wesentlichen aus, Umstände, welche das nach Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a RL 2008/115/EG zu berücksichtigende Wohl des Kindes und die nach Art. 5 Halbs. 1 Buchst. b RL 2008/115/EG zu berücksichtigenden familiären Bindungen betreffen, seien grundsätzlich nicht im Verfahren betreffend die Abschiebungsandrohung des Bundesamts, sondern in einem gesonderten Verfahren gegenüber der für den Vollzug der Abschiebung zuständigen Ausländerbehörde geltend zu machen. Diese Aufteilung der Zuständigkeiten sei durch den dem nationalen Gesetzgeber verbliebenen Spielraum zur Ausgestaltung der Rechtsschutzverfahren gedeckt.

## II

- 6 Der Rechtsstreit ist auszusetzen. Gemäß Art. 267 AEUV ist eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden: Gerichtshof) zu der im Beschlusstenor formulierten Frage einzuholen. Die Frage betrifft die Auslegung von Art. 5 der Richtlinie 2008/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (ABl. L 348 S. 98; im Folgenden: RL 2008/115/EG).
- 7 1. Die rechtliche Beurteilung der Abschiebungsandrohung richtet sich im nationalen Recht nach dem Asylgesetz (AsylG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. September 2008 (BGBl. I S. 1798), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 9. Juli 2021 zur Weiterentwicklung des Ausländerzentralregisters (BGBl. I S. 2467 <2504>), sowie nach dem Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (AufenthG)

in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 9. Juli 2021 zur Weiterentwicklung des Ausländerzentralregisters (BGBl. I S. 2467 <2502>).

8 Den danach maßgeblichen rechtlichen Rahmen des Rechtsstreits bilden die folgenden Vorschriften des nationalen Rechts:

9 **Art. 6 GG**

(1) Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

(2) Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. (...)

(...)

10 **§ 34 AsylG - Abschiebungsandrohung**

(1) Das Bundesamt erlässt nach den §§ 59 und 60 Absatz 10 des Aufenthaltsgesetzes eine schriftliche Abschiebungsandrohung, wenn

1. der Ausländer nicht als Asylberechtigter anerkannt wird,

2. dem Ausländer nicht die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt wird,

2a. dem Ausländer kein subsidiärer Schutz gewährt wird,

3. die Voraussetzungen des § 60 Absatz 5 und 7 des Aufenthaltsgesetzes nicht vorliegen oder die Abschiebung ungeachtet des Vorliegens der Voraussetzungen des § 60 Absatz 7 Satz 1 des Aufenthaltsgesetzes ausnahmsweise zulässig ist und  
4. der Ausländer keinen Aufenthaltstitel besitzt.

Eine Anhörung des Ausländers vor Erlass der Abschiebungsandrohung ist nicht erforderlich. Im Übrigen bleibt die Ausländerbehörde für Entscheidungen nach § 59 Absatz 1 Satz 4 und Absatz 6 des Aufenthaltsgesetzes zuständig.

(2) Die Abschiebungsandrohung soll mit der Entscheidung über den Asylantrag verbunden werden. (...)

11 **§ 25 AufenthG - Aufenthalt aus humanitären Gründen**

(...)

(5) Einem Ausländer, der vollziehbar ausreisepflichtig ist, kann eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden, wenn seine Ausreise aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich ist und mit dem Wegfall der Ausreisehindernisse in

absehbarer Zeit nicht zu rechnen ist. Die Aufenthaltserlaubnis soll erteilt werden, wenn die Abschiebung seit 18 Monaten ausgesetzt ist. Eine Aufenthaltserlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Ausländer unverschuldet an der Ausreise gehindert ist. Ein Verschulden des Ausländers liegt insbesondere vor, wenn er falsche Angaben macht oder über seine Identität oder Staatsangehörigkeit täuscht oder zumutbare Anforderungen zur Beseitigung der Ausreisehindernisse nicht erfüllt.

## 12 § 59 AufenthG - Androhung der Abschiebung

(1) Die Abschiebung ist unter Bestimmung einer angemessenen Frist zwischen sieben und 30 Tagen für die freiwillige Ausreise anzudrohen. (...) Nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise darf der Termin der Abschiebung dem Ausländer nicht angekündigt werden.

(2) In der Androhung soll der Staat bezeichnet werden, in den der Ausländer abgeschoben werden soll, und der Ausländer darauf hingewiesen werden, dass er auch in einen anderen Staat abgeschoben werden kann, in den er einreisen darf oder der zu seiner Übernahme verpflichtet ist. (...)

(3) Dem Erlass der Androhung steht das Vorliegen von Abschiebungsverboten und Gründen für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nicht entgegen. In der Androhung ist der Staat zu bezeichnen, in den der Ausländer nicht abgeschoben werden darf. Stellt das Verwaltungsgericht das Vorliegen eines Abschiebungsverbots fest, so bleibt die Rechtmäßigkeit der Androhung im Übrigen unberührt.

(4) Nach dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der Abschiebungsandrohung bleiben für weitere Entscheidungen der Ausländerbehörde über die Abschiebung oder die Aussetzung der Abschiebung Umstände unberücksichtigt, die einer Abschiebung in den in der Abschiebungsandrohung bezeichneten Staat entgegenstehen und die vor dem Eintritt der Unanfechtbarkeit der Abschiebungsandrohung eingetreten sind; sonstige von dem Ausländer geltend gemachte Umstände, die der Abschiebung oder der Abschiebung in diesen Staat entgegenstehen, können unberücksichtigt bleiben. Die Vorschriften, nach denen der Ausländer die im Satz 1 bezeichneten Umstände gerichtlich im Wege der Klage oder im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach der Verwaltungsgerichtsordnung geltend machen kann, bleiben unberührt.

(...)

13 **§ 60a AufenthG - Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung)**

(...)

(2) Die Abschiebung eines Ausländers ist auszusetzen, solange die Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist und keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. (...)

(...)

(3) Die Ausreisepflicht eines Ausländers, dessen Abschiebung ausgesetzt ist, bleibt unberührt.

(4) Über die Aussetzung der Abschiebung ist dem Ausländer eine Bescheinigung auszustellen.

(5) Die Aussetzung der Abschiebung erlischt mit der Ausreise des Ausländers. Sie wird widerrufen, wenn die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen. Der Ausländer wird unverzüglich nach dem Erlöschen ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben, es sei denn, die Aussetzung wird erneuert. Ist die Abschiebung länger als ein Jahr ausgesetzt, ist die durch Widerruf vorgesehene Abschiebung mindestens einen Monat vorher anzukündigen; die Ankündigung ist zu wiederholen, wenn die Aussetzung für mehr als ein Jahr erneuert wurde. Satz 4 findet keine Anwendung, wenn der Ausländer die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe durch vorsätzlich falsche Angaben oder durch eigene Täuschung über seine Identität oder Staatsangehörigkeit selbst herbeiführt oder zumutbare Anforderungen an die Mitwirkung bei der Beseitigung von Ausreisehindernissen nicht erfüllt.

14 **§ 123 VwGO**

(1) Auf Antrag kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, 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, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

(...)

- 15 2. Die Vorlagefrage ist entscheidungserheblich und bedarf einer Klärung durch den Gerichtshof.
- 16 2.1 Die Vorlagefrage ist entscheidungserheblich.
- 17 Nationales Recht steht der Rechtmäßigkeit einer gegen einen minderjährigen Drittstaatsangehörigen erlassenen Rückkehrentscheidung, die zusammen mit der Ablehnung von dessen Antrag auf internationalen Schutz ergeht und diesem eine Ausreisefrist von 30 Tagen nach dem unanfechtbaren Abschluss des Asylverfahrens setzt, grundsätzlich auch dann nicht entgegen, wenn aus rechtlichen Gründen auf absehbare Zeit kein Elternteil des Minderjährigen in ein in Art. 3 Nr. 3 RL 2008/115/EG bezeichnetes Land zurückgeführt und damit auch dem Minderjährigen das Verlassen des Mitgliedstaats im Lichte von Art. 7 und 24 Abs. 2 GRC und Art. 8 EMRK nicht zugemutet werden kann. Das Wohl des Kindes und die familiären Bindungen im Sinne des Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b RL 2008/115/EG sind vielmehr Gegenstand einer nach Erlass der asylrechtlichen Rückkehrentscheidung im ausländerbehördlichen Verfahren zu treffenden Entscheidung über die Aussetzung der Abschiebung des Drittstaatsangehörigen.
- 18 a) Rückkehrentscheidung im Sinne von Art. 3 Nr. 4, Art. 6 und Art. 7 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2008/115/EG ist im deutschen Asyl- und Ausländerrecht die auf der Grundlage des § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylG bzw. § 59 AufenthG zu erlassende Abschiebungsandrohung (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Februar 2022 - 1 C 6.21 - juris Rn. 41, 45 und 56 m. w. N.).
- 19 Um die Durchsetzung der Ausreisepflicht zu beschleunigen und zu vereinfachen, ergeht die Abschiebungsandrohung unabhängig davon, ob der Ausländerbehörde konkrete Anhaltspunkte dafür erkennbar geworden sind, dass der Ausländer seiner Ausreisepflicht möglicherweise nicht freiwillig nachkommen wird (BVerwG, Urteil vom 4. Oktober 1988 - 1 C 1.88 - Buchholz 402.24 § 7 AuslG 1965 Nr. 31 S. 34; ferner Hailbronner, in: Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: Oktober 2021, § 59 AufenthG Rn. 33). Den Zwecken der Beschleunigung und Vereinfachung der Durchsetzung der Ausreisepflicht dient auch die in § 34

Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 59 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 AufenthG getroffene Regelung, nach der dem Erlass der Abschiebungsandrohung das Vorliegen von Abschiebungsverboten und Gründen für die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung nicht entgegensteht (vgl. zu Ausnahmen OVG Magdeburg, Beschluss vom 22. November 2021 - 2 M 124/21 - juris Rn. 12 m. w. N.). Die Abschiebungsandrohung verfolgt das Ziel, den Ausländer zur freiwilligen Ausreise zu veranlassen, ohne dass dies nach Fristablauf zwangsläufig eine Abschiebung zur Folge hat (Hailbronner, in: Hailbronner, Ausländerrecht, Stand: Oktober 2021, § 59 AufenthG Rn. 32 f.). Inlandsbezogene Vollstreckungshindernisse, darunter auch solche Umstände, infolge derer die Abschiebung eines Ausländers mit Blick auf eine mit Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 7 und Art. 24 Abs. 2 GRC nicht vereinbare Trennung von Familienmitgliedern rechtlich unmöglich ist, sind nicht bei dem – im Asylverfahren in der Zuständigkeit des Bundesamts liegenden – Erlass der Abschiebungsandrohung und damit nicht beim Erlass der Rückkehrentscheidung, sondern bei der – von der Ausländerbehörde von Amts wegen, mithin auch ohne einen entsprechenden Antrag des Ausländers zu treffenden – Entscheidung über eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung (Duldung) zu beachten (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 4. Juli 2019 - 1 C 45.18 - BVerwGE 166, 113 Rn. 21 und Beschluss vom 10. Oktober 2012 - 10 B 39.12 - Buchholz 402.25 § 34 AsylVfG Nr. 11 Rn. 4). Auch ein aus dem legalen Aufenthalt von Familienangehörigen möglicherweise resultierender Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis steht dem Erlass der Abschiebungsandrohung nicht entgegen, sondern ist gesondert gegenüber der Ausländerbehörde geltend zu machen.

- 20 b) Ist die Durchsetzung der Ausreisepflicht mit den Mitteln des Verwaltungszwangs wegen inlandsbezogener Abschiebungsverbote unmöglich, so ist die Abschiebung des Ausländers gemäß § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG von Amts wegen auszusetzen (Röder, in: Decker/Bader/Kothe, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, Stand: 15. April 2022, § 60a AufenthG Rn. 21), solange die die rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung bewirkenden Gründe fortbestehen und dem Ausländer keine Aufenthaltserlaubnis – etwa nach § 25 Abs. 5 AufenthG – erteilt wird. Die Duldung ist ein den Ausländer begünstigender Verwaltungsakt (so bereits BVerwG, Beschluss vom 16. August 1980 - 1 B 809.80 - Buchholz

402.24 § 17 AuslG 1965 Nr. 3 S. 4; Dollinger, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl. 2020, § 60a AufenthG Rn. 18). Ihre Erteilung lässt die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht unberührt, sie ändert auch nichts am Lauf bzw. Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise. Der Ausländer hält sich weiterhin rechtswidrig im Bundesgebiet auf, macht sich indes, sofern er den kraft Gesetzes räumlich beschränkten Geltungsbereich der Duldung nicht verlässt, nicht strafbar. Es obliegt ihm, der Ausländerbehörde das Vorliegen der die rechtliche Unmöglichkeit der Abschiebung begründenden Tatsachen darzulegen. Die Ausländerbehörde ist verpflichtet, diesen Tatsachen nachzugehen, gleichwohl, ob sie vor oder nach Ergehen der Abschiebungsandrohung entstanden sind, und dem Ausländer bei Bestehen eines inlandsbezogenen Abschiebungsverbots eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung auszustellen. Die Geltungsdauer der Duldung bemisst sich nach der Art des Duldungsgrundes und dessen zu erwartender Dauer (vgl. Röder, in: Decker/Bader/Kothe, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, Stand: 15. April 2022, § 60a AufenthG Rn. 96). Erlischt die Duldung und ist sie wegen Fortfalls des Duldungsgrundes auch nicht zu verlängern, wird der Ausländer ohne erneute Androhung und Fristsetzung abgeschoben (§ 60a Abs. 5 Satz 3 AufenthG).

- 21 c) Hält die Ausländerbehörde Duldungsgründe nicht für gegeben, so ist sie allerdings nicht verpflichtet, die Versagung einer Duldung dem Ausländer vor der Abschiebung in der Form einer schriftlichen und mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Entscheidung (Art. 12 Abs. 1 RL 2008/115/EG) mitzuteilen. Denn die in Deutschland verfügte Rückkehrentscheidung im Sinne von Art. 6, Art. 12 Abs. 1 RL 2008/115/EG ist nicht die Versagung der Duldung nach § 60a AufenthG, sondern die Abschiebungsandrohung gemäß § 59 AufenthG. Der Ausländer, gegen den eine Abschiebungsandrohung ergangen ist, muss deshalb nach Ablauf der Frist zur freiwilligen Ausreise jederzeit mit seiner Abschiebung rechnen; der konkrete Termin der Abschiebung darf ihm nicht angekündigt werden (§ 59 Abs. 1 Satz 8 AufenthG). Effektiver Rechtsschutz ist gleichwohl gewährleistet, weil der Ausländer jederzeit die Möglichkeit hat, inlandsbezogene Abschiebungsverbote beim Verwaltungsgericht mit einem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz in Form der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO geltend zu machen und den Vollzug der Abschiebung damit vorläufig zu verhindern (BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2020 - 1 C 1.19 - BVerwGE 167, 366

Rn. 24). Ein Rechtsschutzbedürfnis und die Eilbedürftigkeit für einen solchen Antrag (sogenannter Anordnungsgrund) sind nach Ablauf der Ausreisefrist regelmäßig gegeben (BVerfG, Beschluss vom 8. November 2017 - 2 BvR 809/17 - NVwZ 2018, 254 Rn. 15). Kann der Ausländer glaubhaft machen, dass er einen Anspruch auf Aussetzung der Abschiebung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG hat, wird das Verwaltungsgericht die Ausländerbehörde verpflichten, die Abschiebung vorläufig bis zu einer Entscheidung in der (auf Verpflichtung zur Erteilung einer Duldung gerichteten) Hauptsache nicht zu vollziehen.

- 22 2.2 Das vorliegende Gericht hält für klärungsbedürftig, ob die vorbeschriebene nationale Rechtslage dem aus Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b RL 2008/115/EG folgenden Gebot, das Wohl des Kindes und die familiären Bindungen im Rückkehrverfahren gebührend zu berücksichtigen, hinreichend gerecht wird.
- 23 a) Der Gerichtshof hat mehrfach betont, dass die familiären Bindungen und das Wohl des Kindes vor Erlass einer Rückkehrentscheidung zu berücksichtigen sind: Art. 5 RL 2008/115/EG bezweckt unter anderem die Wahrung der in Art. 24 GRC verankerten Grundrechte minderjähriger Drittstaatsangehöriger im Rahmen des durch die Richtlinie eingeführten Rückkehrverfahrens. Im Lichte dieser Zwecksetzung verbietet sich eine enge Auslegung der Richtlinienbestimmung (EuGH, Urteil vom 11. März 2021 - C-112/20 [ECLI:EU:C:2021:197], M. A. - Rn. 35).
- 24 Das Wohl des Kindes und die familiären Bindungen sind in sämtlichen Stadien des Verfahrens gebührend zu berücksichtigen (EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 - C-441/19 [ECLI:EU:C:2021:9], TQ - Rn. 54). Die zuständige nationale Behörde hat daher das Wohl des Kindes und die familiären Bindungen auch dann gebührend zu berücksichtigen, wenn sie eine Rückkehrentscheidung zu erlassen beabsichtigt (EuGH, Urteile vom 11. Dezember 2014 - C-249/13 [ECLI:EU:C:2014:2431], Khaled Boudjlida - Rn. 49 und vom 11. März 2021 - C-112/20, M. A. - Rn. 41). Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b RL 2008/115/EG verwehrt es einem Mitgliedstaat, eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, ohne die relevanten Aspekte des Wohles des Kindes und der familiären Bindungen zu berücksichtigen, die der Drittstaatsangehörige geltend macht, um den Erlass einer solchen Entscheidung zu verhindern (EuGH, Urteil vom 8. Mai 2018 - C-82/16 [ECLI:

EU:C:2018:308], K. A. u. a. - Rn. 104). Der Mitgliedstaat ist daher aus Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b RL 2008/115/EG i. V. m. Art. 24 Abs. 2 GRC gehalten, vor Erlass einer Rückkehrentscheidung eine Beurteilung der Situation eines von der Entscheidung betroffenen Minderjährigen vorzunehmen (EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 - C-441/19, TQ - Rn. 60). In diesem Zusammenhang ist dem Drittstaatsangehörigen grundsätzlich die Möglichkeit einzuräumen, seinen Standpunkt zur Rechtswidrigkeit seines Aufenthalts sowie solche Gründe sachdienlich und wirksam vorzutragen, welche es nach dem nationalen Recht rechtfertigen könnten, dass die Behörde von dem Erlass einer Rückkehrentscheidung absieht (EuGH, Urteil vom 11. Dezember 2014 - C-249/13, Khaled Boudjlida - Rn. 55 und 63). Der Mitgliedstaat hat zudem zu gewährleisten, dass sich der Drittstaatsangehörige auf jede auch nach Erlass der Rückkehrentscheidung eingetretene Änderung der Umstände berufen kann, die im Hinblick auf die Richtlinie 2008/115/EG und insbesondere deren Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b erheblichen Einfluss auf die Beurteilung seiner Situation haben kann (EuGH, Urteil vom 19. Juni 2018 - C-181/16 [ECLI:EU:C:2018:465], Sadikan Gnandi - Rn. 64 und 67).

- 25 Ein Drittstaatsangehöriger muss nach Art. 13 Abs. 1 und 2 RL 2008/115/EG über einen wirksamen Rechtsbehelf gegen eine gegen ihn ergangene Rückkehrentscheidung verfügen. Indes muss dieser Rechtsbehelf nicht notwendigerweise aufschiebende Wirkung haben (EuGH, Urteile vom 30. September 2020 - C-233/19 [ECLI:EU:C:2020:757], B. - Rn. 44 und - C-402/19 [ECLI:EU:C:2020:759], LM - Rn. 33 und Beschluss vom 5. Mai 2021 - C-641/20 [ECLI:EU:C:2021:374], VT - Rn. 22). Kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung muss der Rechtsbehelf gegen eine Rückkehrentscheidung indes für den Fall haben, dass die Vollstreckung dieser Entscheidung den Drittstaatsangehörigen tatsächlich der ernsthaften Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung geschützter Rechtsgüter aussetzen könnte (vgl. EuGH, Urteil vom 30. September 2020 - C-233/19, B. - Rn. 46 und 66). Die Verpflichtung, in einem solchen Fall einem Drittstaatsangehörigen einen kraft Gesetzes mit aufschiebender Wirkung ausgestatteten Rechtsbehelf gegen die ihn betreffende Rückkehrentscheidung zu gewährleisten, soll sicherstellen, dass diese Entscheidung nicht vollstreckt wird, bevor das zur Stützung dieses Rechtsbehelfs geltend gemachte Vorbringen von

einer zuständigen Behörde geprüft worden ist (EuGH, Urteil vom 30. September 2020 - C-402/19, LM - Rn. 38 unter Bezugnahme auf EuGH, Urteil vom 18. Dezember 2014 - C-562/13 [ECLI:EU:C:2014:2453], Moussa Abdida - Rn. 49 f.). Sie soll es der betroffenen Person ermöglichen, sich vorübergehend in dem Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, der gegen sie eine Rückkehrentscheidung erlassen hat, aufzuhalten (EuGH, Urteil vom 30. September 2020 - C-402/19, LM - Rn. 39). Würde die Vollstreckung einer solchen Rückkehrentscheidung zugelassen, bevor das auf die Lage des Drittstaatsangehörigen gestützte Vorbringen von einer zuständigen Behörde geprüft worden ist, so bestünde die Gefahr, dass diesem Drittstaatsangehörigen in der Praxis der Schutz entzogen würde, der ihm nach den Art. 5 und 13 RL 2008/115/EG i. V. m. Art. 19 Abs. 2 und Art. 47 GRC zu gewähren ist (EuGH, Urteil vom 30. September 2020 - C-402/19, LM - Rn. 41). Insoweit obliegt es in erster Linie dem nationalen Gesetzgeber, die zur Wahrung der schutzwürdigen Belange erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Dieser verfügt insoweit über einen gewissen Spielraum (EuGH, Urteil vom 30. September 2020 - C-233/19, B. - Rn. 48 f.; vgl. in anderem Zusammenhang auch BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2020 - 1 C 1.19 - BVerwGE 167, 366 Rn. 13). Gelangt ein innerstaatliches Gericht zu dem Ergebnis, dass die nationalen Rechtsvorschriften einem Drittstaatsangehörigen, der durch die Vollstreckung der Rückkehrentscheidung der Gefahr einer gegen Art. 19 Abs. 2 GRC verstoßenden Behandlung ausgesetzt sein könnte, keinen Rechtsbehelf gegen die Rückkehrentscheidung bieten, der genauen, klaren und vorhersehbaren Regeln folgt und kraft Gesetzes die Aussetzung dieser Entscheidung nach sich zieht, so hat es die aufschiebende Wirkung der von diesem Drittstaatsangehörigen zur Aufhebung und Aussetzung der gegen ihn ergangenen Rückkehrentscheidung erhobenen Klage festzustellen, indem es nötigenfalls die nationalen Rechtsvorschriften, die ausschließen, dass diesem Rechtsbehelf eine solche Wirkung zukommen kann, unangewendet lässt (EuGH, Urteil vom 30. September 2020 - C-233/19, B. - Rn. 57 und Beschluss vom 5. Mai 2021 - C-641/20, VT - Rn. 28).

- 26 b) Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs ist zweifelhaft, ob die deutsche Rechtslage, nach der eine Rückkehrentscheidung ungeachtet möglicher inlandsbezogener Abschiebungsverbote ergeht und diese in einem

gesonderten Verfahren gegenüber der Ausländerbehörde geltend zu machen sind, mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

- 27 Teile der nationalen Rechtsprechung bejahen diese Vereinbarkeit, weil dem Gebot zur gebührenden Berücksichtigung des Kindeswohls und der familiären Bindungen bei Erlass der Rückkehrentscheidung dadurch hinreichend Rechnung getragen werde, dass gesetzlich geregelt ist und damit bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Rückkehrentscheidung abstrakt-generell feststeht, dass eine Abschiebung nicht erfolgt, sofern und solange diese mit Blick auf eine mit Art. 7 und Art. 24 Abs. 2 GRC sowie Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht vereinbare Trennung von Familienmitgliedern rechtlich unmöglich ist (in diesem Sinne VG Karlsruhe, Urteil vom 19. April 2021 - A 4 K 6798/19 - juris Rn. 37; VG Potsdam, Beschluss vom 29. September 2021 - 6 L 411/21.A - juris Rn. 34; im Ergebnis ebenso OVG Münster, Urteil vom 23. April 2021 - 19 A 810/16.A - juris Rn. 94 und 98; anderer Ansicht VG Karlsruhe, Urteil vom 12. Juli 2021 - A 19 K 9993/17 - juris Rn. 73 ff. und Beschluss vom 2. Juli 2021 - A 19 K 2100/21 - juris Rn. 25 ff.; VG Sigmaringen, Urteil vom 15. April 2021 - A 4 K 5966/17 - juris UA S. 21). Hiervon ist auch der Senat zuletzt im Februar 2020 noch ausgegangen. Er hat in diesem Zusammenhang Art. 6 Abs. 4 RL 2008/115/EG dahin verstanden, dass eine Rückkehrentscheidung auch bei Vorliegen inlandsbezogener Abschiebungsverbote ergehen kann, weil es danach ausreicht, die Rückkehrentscheidung "für die Gültigkeitsdauer des Aufenthaltstitels oder der sonstigen Aufenthaltsberechtigung auszusetzen" (vgl. BVerwG, Urteil vom 20. Februar 2020 - 1 C 1.19 - BVerwGE 167, 366 Rn. 24). Mit einer Duldung wird allerdings nur die Abschiebung ausgesetzt und nicht die Rückkehrentscheidung. Die Rückkehrentscheidung würde bei einer Abweisung der Klage im vorliegenden Verfahren gerade bestandskräftig. Die Ausreisefrist begänne dann zu laufen, obwohl dem Kläger auch eine freiwillige Ausreise nicht zuzumuten ist.
- 28 Aktuelle Entscheidungen des Gerichtshofs (vor allem die vorzitierten Urteile vom 14. Januar 2021 - C-441/19, TQ - und vom 11. März 2021 - C-112/20, M. A. -) verstärken indes die Zweifel an der Unionsrechtskonformität von § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylG i. V. m. § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG. Danach erscheint es denkbar, dass Art. 5 Halbs. 1 Buchst. a und b RL 2008/115/EG zwingend zu ei-

ner konkret-individuellen Untersuchung des Wohles des Kindes und der familiären Bindungen vor Erlass einer Rückkehrentscheidung verpflichtet. Zudem wird angedeutet, dass ein illegaler Aufenthalt, der zum Erlass einer Rückkehrentscheidung berechtigt, womöglich erst angenommen werden darf, wenn zuvor geprüft und festgestellt wurde, dass dem Ausländer kein Aufenthaltstitel (etwa zum Familiennachzug oder aus humanitären Gründen) erteilt werden kann (vgl. EuGH, Urteile vom 14. Januar 2021 - C-441/19 - Rn. 71 und vom 11. März 2021 - C-112/20 - Rn. 24 ff.). Von der Unionsrechtswidrigkeit des § 34 Abs. 1 Satz 1 AsylG i. V. m. § 59 Abs. 3 Satz 1 AufenthG wäre auch auszugehen, wenn es der Asylbehörde nicht freistünde, eine Rückkehrentscheidung zu erlassen, ohne hiernach vorbehaltlich der von Art. 9 Abs. 1 und 2 RL 2008/115/EG erfassten Situationen Abschiebungsmaßnahmen gegen den Drittstaatsangehörigen zu ergreifen (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Juni 2021 - C-546/19 [ECLI:EU:C:2021:432], BZ - Rn. 57 ff.; siehe auch Urteil vom 14. Januar 2021 - C-441/19 - Rn. 69 ff. zu unbegleiteten Minderjährigen).

Prof. Dr. Fleuß

Dollinger

Böhmman

Dr. Wittkopp

Fenzl