



M5641

Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht

2 Bs 145/04
17 E 874/04

B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 2. Senat,
durch die Richter K. Schulz und Probst sowie die Richterin Sternal am 25. Mai 2004 be-
schlossen:

/Dre.

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 15. März 2004 geändert. Es wird festgestellt, dass die Klage (17 K 873/04) der Antragstellerin gegen die ihrer Duldung seit dem 1. Dezember 2003 beigefügte Auflage „Selbständige Erwerbstätigkeit und Arbeitsaufnahme nicht gestattet“ aufschiebende Wirkung hat.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 2.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und führt bei Prüfung der dargelegten Gründe (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) auch in der Sache zum Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO mit der Erwägung abgelehnt, dass die der Duldung der Antragstellerin seit dem 1. Dezember 2003 beigefügte Auflage „Selbständige Erwerbstätigkeit und Arbeitsaufnahme nicht gestattet“ nicht zu beanstanden sei. Zu Recht wendet die Antragstellerin hiergegen ein, dass es die Antragsgegnerin versäumt habe, die nach § 56 Abs. 3 Satz 3 AuslG in ihrem Ermessen stehende Nebenbestimmung schriftlich zu begründen. Das Fehlen jedweder Begründung ist nicht nur in formeller Hinsicht (§ 39 Abs. 1 HmbVwVfG) von Bedeutung, sondern hat im Streitfall überdies zur Folge, dass eine Ermessensausübung der Antragsgegnerin bei Erlass der Auflage und - in Ermangelung der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens - auch sonst nicht erkennbar ist. Dieser Ermessensausfall ist auch nicht gemäß § 114 Satz 2 VwGO durch die Einlassungen der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 9. März 2004 im erstinstanzlichen Klage- und Eilverfahren geheilt worden. Denn die Vorschrift schafft lediglich die prozessualen Voraussetzungen für eine Ergänzung defizitärer Ermessenserwägungen, nicht hingegen für eine erstmalige Ausübung des Ermessens (vgl. BVerwG, Beschl. v. 14.1.1999, NJW 1999, 2912 m.w.Nachw.). Die Auflage dürfte deshalb rechtswidrig (§ 114 Satz 1 VwGO) und im Klageverfahren aufzuheben sein.

Ist hiernach die Richtigkeit des angefochtenen Beschlusses des Verwaltungsgerichts grundlegend erschüttert, kann vorläufiger Rechtsschutz gleichwohl nicht durch Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage, sondern nur durch Feststellung ihrer aufschiebenden Wirkung (§ 80 Abs. 1 VwGO) in entsprechender Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO gewährt werden. Denn die Antragsgegnerin hat weder die sofortige Vollziehung der Auflage nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO angeordnet noch ist die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gemäß § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i.V.m. § 75 Abs. 1 Satz 1 und 2 HmbVwVG ausgeschlossen. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 19. Mai 2004 (2 Bs 131/04) ausgeführt hat, ist davon auszugehen, dass es sich bei Nebenbestimmungen der genannten Art nicht um Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung handelt (ebenso zum jew. Landesvollstreckungsrecht VGH Mannheim, Beschl. v. 6.4.2000, VBIBW 2000, 325, 326 und Beschl. v. 25.9.2003, InfAusIR 2004, 70; OVG Berlin, Beschl. v. 4.6.1998, NVwZ-Beilage 8/1998, 82; VGH München, Beschl. v. 9.9.1999, BayVBl. 2000, 154; a.A. VGH Kassel, InfAusIR 2001, 378, 379; OVG Münster, Beschl. v. 8.8.2003, AuAS 2003, 272, 273). Wie § 44 Abs. 6 AuslG zeigt, ist die genannte Nebenbestimmung unabhängig von der Duldung zu beurteilen. Kommt es mithin allein auf den Inhalt der Nebenbestimmung selbst an, so zeigt dieser, dass mit der Nebenbestimmung nicht eine andere Regelung vollstreckt werden soll oder kann, sondern die Nebenbestimmung vielmehr selbst eine der Vollstreckung fähige und bedürftige Regelung ist. Auch ergibt sich aus § 44 Abs. 6 AuslG, dass kein Unterschied darin besteht, ob die genannte Nebenbestimmung einer Duldung oder Aufenthaltsgenehmigung beigefügt ist. Bei letzterer ist es offenkundig, dass die Nebenbestimmung nicht der Vollstreckung dient. Schließlich spricht der Zweck des § 75 Abs. 1 Satz 1 und 2 HmbVwVG für das dargestellte Verständnis. Dieser ist im Kern darauf gerichtet, zu verhindern, dass ein Pflichtiger die Vollstreckung von vollziehbaren Verwaltungsakten mit Rechtsbehelfen in unzumutbarer Weise behindert. Hierzu kann es bei Rechtsbehelfen gegen eine Nebenbestimmung der genannten Art nicht kommen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 154 Abs. 1 VwGO, §§ 20 Abs. 3, 13 Abs. 1 GKG.

Schulz

Probst

Sternal