



Abschrift

Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

OVG: 1 B 57/11, 1 B 67/11
(VG: 4 V 1855/10)

EMBOGGANDE

11. April 2011

Erl.....

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

Antragstellers,

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Jan Sürig, Humboldtstraße 28, 28203 Bremen, Gz.: S/S-617/05,

g e g e n

die Stadtgemeinde Bremen, vertreten durch den Senator für Inneres und Sport,
Contrescarpe 22 - 24, 28203 Bremen,

Antragsgegnerin,

Prozessbevollmächtigte:

Frau Greve, Stadtamt, Ausländerbehörde, Stresemannstraße 48,
28207 Bremen, Gz.: 051-603-121335,

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die
Richter Göbel, Prof. Alexy und Traub am 29. 03.2011 beschlossen:

Die Verfahren über die Beschwerde der Antragsgegnerin und die Beschwerde des Antragstellers werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Die Beschwerden werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens tragen der Antragsteller zu 1/3 und die Antragsgegnerin zu 2/3; insoweit wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 16.02.2011 entsprechend abgeändert.

Der Streitwert wird auch für die Verfahren über die Beschwerden auf 3.750,00 Euro festgesetzt.

Dem Antragsteller wird Prozesskostenhilfe für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht bewilligt. Ihm wird Rechtsanwalt Sürig zur Vertretung beigeordnet.

Gründe:

A.

Der 1981 geborene Antragsteller, ein Rom aus dem Kosovo, lebt seit mehr als 11 Jahren in Deutschland. Er hat keinen Aufenthaltstitel und wird geduldet. Im Oktober 2007 beantragte er die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis. Das Verfahren, das zunächst wegen eines Strafverfahrens bis zum 24. Februar 2010 ausgesetzt war, ist noch nicht abgeschlossen. Das Strafverfahren endete mit einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer Geldstrafe von 50 Tagessätzen. Durch Entscheidung des beschließenden Senats vom 06.10.2010 (1 S 181/10) wurde dem Antragsteller Prozesskostenhilfe für die auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Abs. 1 AufenthG gerichtete Untätigkeitsklage bewilligt, weil die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat.

Dem Antragsteller ist zuletzt am 03.08.2010 eine Duldung bis zum 03.05.2011 erteilt worden. Die Duldung enthält die Nebenbestimmungen „Duldung erlischt bei Vorlage des Passes/Passersatzpapiers“, „Duldung erlischt mit Bekanntgabe des Rückführungstermins“ und „Beschäftigung gestattet“.

Unter dem Datum des 06.08.2010 erhob der Antragsteller Widerspruch gegen die beiden erstgenannten Nebenbestimmungen; „hilfsweise“ beantragte er die Streichung dieser Nebenbestimmungen und die „Ausstellung einer Duldung“ ohne diese Nebenbestimmungen. Am 11.11.2010 erhob der Kläger Untätigkeitsklage beim Verwaltungsgericht und beantragte zugleich, die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen die beiden Nebenbestimmungen über das Erlöschen der Duldung festzustellen,

hilfsweise die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die genannten Nebenbestimmungen aufzuheben, und die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, dem Antragsteller eine Duldung ohne diese Nebenbestimmungen auszustellen. Auf Anfrage des Verwaltungsgerichts teilte der Senator für Inneres und Sport mit, dass keine konkrete Aussage darüber getroffen werden könne, wann über den Widerspruch des Antragstellers entschieden werden könne.

Mit Beschluss vom 16.02.2011 hat das Verwaltungsgericht festgestellt, dass der Widerspruch gegen die beiden streitigen Nebenbestimmungen aufschiebende Wirkung hat, und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt. Gegen den Beschluss richten sich die Beschwerde der Antragsgegnerin (1 B 57/11), die sich auf die Nebenbestimmung „Duldung erlischt bei Bekanntgabe des Rückführungstermins“ beschränkt, und die Beschwerde des Antragstellers (1 B 67/11).

B.

Die Beschwerden, die in entsprechender Anwendung von § 93 Satz 1 VwGO zur gemeinsamen Entscheidung verbunden werden, sind nicht begründet. Die Darlegungen der Beschwerdeführer, auf deren Prüfung das Oberverwaltungsgericht beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigen nicht die Abänderung der ergangenen Entscheidung.

I.

Zu Recht hat das Verwaltungsgericht in entsprechender Anwendung von § 80 Abs. 5 VwGO festgestellt, dass der Widerspruch des Antragstellers gegen die der Aussetzung seiner Abschiebung beigefügte Nebenbestimmung „Duldung erlischt mit Bekanntgabe des Rückführungstermins“ aufschiebende Wirkung hat. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist diese Nebenbestimmung selbständig mit dem Widerspruch anfechtbar.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, der der beschließende Senat folgt, sind gegen belastende Nebenbestimmungen eines begünstigenden Verwaltungsakts grundsätzlich die Rechtsmittel des Widerspruchs und der Anfechtungsklage gegeben. Ob diese Rechtsmittel zur Aufhebung der Nebenbestimmung führen, hängt davon ab, ob der begünstigende Verwaltungsakt ohne die Nebenbestimmung sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann. Das ist, sofern nicht eine isolierte Aufhebbarkeit von vornherein ausscheidet, eine Frage der Begründetheit und nicht der Zulässigkeit des Rechtsmittels (vgl. zuletzt BVerwG, Urt. v. 22. 11.2000 – 11 C 2.00 – BVerwGE 112, 221 <224> ; Urt. v. 21.06.2007 – 3 C.39.06 – NVwZ-RR 2007, 776 Rn 20; jeweils m.w.Nwn.).

Allein die Tatsache, dass es sich bei der hier in Streit stehenden Nebenbestimmung um eine auflösende Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 BremVwVfG) handelt, begründet noch nicht die Notwendigkeit, Rechtsschutz nur in Form einer auf den Erlass des unbedingten Verwaltungsakts gerichteten Verpflichtungsklage zu gewähren (vgl. zutreffend OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 23.09.1991 – 1 A 2744/88 - , NVwZ 1993, 488). Jedenfalls für die hier vorliegende auflösende Bedingung – die Bekanntgabe des Rückführungstermins führt zum Wegfall der Duldung – ist eine solche Notwendigkeit nicht erkennbar. Der Sache nach handelt es sich bei der auflösenden Bedingung nämlich um eine Vorwegnahme des in § 60a Abs. 5 Satz 2 AufenthG vorgesehenen Widerrufs der Duldung für den Fall, dass die der Abschiebung entgegenstehenden Gründe entfallen sind. Dieser Widerruf ist auch nach Auffassung der Antragsgegnerin selbständig anfechtbar. Gründe, warum für die Vorwegnahme des Widerrufs in Form einer auflösenden Bedingung etwas anderes gelten soll, legt die Beschwerde nicht dar.

Warum, wie die Antragsgegnerin meint, eine untrennbare Verbundenheit zwischen der Duldung und der hier streitigen Nebenbestimmung bestehen soll, ist nicht erkennbar. Nach dem erstinstanzlichen Vortrag der Antragsgegnerin ist die Abschiebung ausgesetzt worden, weil der Antragsteller nicht über den dafür erforderlichen Reisepass verfügt, die Abschiebung also aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist. In einem solchen Fall „ist“ die Abschiebung nach § 60a Abs. 2 Satz 1 AufenthG auszusetzen, die Duldung also zwingend und unabhängig davon zu erteilen, ob sie mit

einer auflösenden Bedingung versehen werden kann oder nicht. Die behauptete Untrennbarkeit besteht also nicht. Insoweit ist die einer Duldung beigefügte auflösende Bedingung nicht mit einer Nebenbestimmung vergleichbar, die der inhaltlichen Ausgestaltung einer Betretenserlaubnis nach § 11 Abs. 2 AufenthG dient und für die der beschließende Senat kürzlich die isolierte Anfechtbarkeit verneint hat (Beschluss vom 12.01.2011 – 1 B 14/11 -).

Nicht zu überzeugen vermag auch der Hinweis der Beschwerde, die isolierte Anfechtbarkeit auflösender Bedingungen bei der Erteilung von Duldungen nötige die Antragsgegnerin zur Anordnung der sofortigen Vollziehung der Nebenbestimmungen sowie deren Begründung und provoziere damit zahlreiche Widerspruchs- und Eilverfahren. Dieser Hinweis verkennt die materielle Rechtslage. Es mag hier dahinstehen, ob eine auflösende Bedingung der hier streitigen Art durch die Widerrufsregelung in § 60a Abs. 5 Satz 2 AufenthG als *lex specialis* ausgeschlossen (Hk-AuslR/Bruns, 2008, Rn 35 zu § 60a AufenthG) oder nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG (Hailbronner, AuslR, Rn 21 zu § 61 <Stand Dez. 2008>; BayVGH, Beschl. v. 10.09.2008 – 19 C 08.2207 - <juris>) bzw. nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 BremVwVfG (Funke-Kaiser in GK-AufenthG, Rn 91 zu § 60a <Stand Mai 2010>) zulässig ist. Auch wenn die Verknüpfung der Duldung mit einer auflösenden Bedingung grundsätzlich als möglich angesehen wird, darf sie der Duldung nämlich nicht gleichsam automatisch in jedem Fall beigefügt werden. Der Erlass der Nebenbestimmung steht sowohl nach § 61 Abs. 1 Satz 2 AufenthG als auch nach § 36 Abs. 2 BremVwVfG im pflichtgemäßen Ermessen der Antragsgegnerin und 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. Diese Voraussetzungen bedürfen – insbesondere im Hinblick auf die Widerrufsregelung in § 60a Abs. 5 Satz 2 AufenthG – einer sorgfältigen Prüfung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls. Die auflösende Bedingung ist jedenfalls nicht erforderlich, wenn – wie hier nach dem erstinstanzlichen Vortrag der Antragsgegnerin – eine Abschiebung vor Ablauf der Geltungsdauer der Dauer überhaupt nicht beabsichtigt ist. In einem solchen Fall fehlt es nicht, wie die Antragsgegnerin gegenüber dem Verwaltungsgericht vorge-

6

tragen hat, an der Beschwer des Antragstellers durch die Nebenbestimmung, sondern an der Rechtfertigung für den Erlass der Nebenbestimmung.

II.

Zu Recht hat es das Verwaltungsgericht abgelehnt, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Eintragung der auflösenden Bedingungen aus der Duldungsbescheinigung zu entfernen.

Nebenbestimmungen dürfen gemäß § 78 Abs. 8 i. V. m. Abs. 6 Satz 2 und § 60a Abs. 4 AufenthG in die Duldungsbescheinigung aufgenommen werden. Das gilt unabhängig davon, ob die Nebenbestimmungen mit dem Widerspruch oder der Anfechtungsklage angefochten worden sind. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels gegen die Nebenbestimmungen hemmt zwar deren Vollziehbarkeit, beseitigt aber nicht deren Wirksamkeit (vgl. § 84 Abs. 2 Satz 1 AufenthG für Verwaltungsakte, die die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts beenden).

Ob von der Eintragung einer angefochtenen Nebenbestimmung in die Duldungsbescheinigung ausnahmsweise abgesehen werden kann, wenn sie den Betroffenen unzumutbar belastet, bedarf hier keiner Entscheidung. Eine entsprechende einstweilige Anordnung kann nämlich schon deshalb nicht ergehen, weil der Antragsteller nicht glaubhaft gemacht hat, dass eine solche vorläufige Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen (§ 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO) nötig erscheint. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, hätte es dazu der Darlegung und Glaubhaftmachung konkreter Nachteile, etwa bei der Suche nach einer Beschäftigung, bedurft. Einen entsprechenden Vortrag enthält auch die Beschwerde des Antragstellers nicht. Ihre Behauptung, der Antragsteller werde durch die Eintragung der Nebenbestimmungen diskriminiert, reicht dafür nicht aus, denn sie ist pauschal und unsubstantiiert.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 2, 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Das Oberverwaltungsgericht ist auch dann, wenn die Beschwerden – wie hier – in der Sache erfolglos bleiben, berechtigt, eine unrichtige Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts von Amts wegen zu ändern (vgl. Eyermann-Rennert, VwGO, 13. Aufl. 2010, Rn 8 vor § 154). Die Kostenentscheidung des Verwaltungsgerichts ist korrekturbedürftig, weil sie auf einer unzutreffenden Streitwertermittlung beruht. Zwar ist der festgesetzte Streitwert insgesamt nicht zu beanstanden und deshalb auch für die Beschwerdeinstanz festzusetzen (§§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG). Verfehlt ist aber die Gewichtung des Verwaltungsgerichts, für das Begehren auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs einen Teilwert von 1.250,00 Euro und für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung über die Ausstellung der Duldungsbescheinigung einen Teilwert von 2.500,00 Euro zugrunde zu legen. Diese Gewichtung verkennt, dass der Feststellungsantrag die (konstitutive) Rechtslage und der Anordnungsantrag lediglich deren (deklaratorische) Bescheinigung betrifft. Der Senat hält es deshalb für angezeigt, die vom Verwaltungsgericht vorgenommene Gewichtung umzukehren und die Kostenquoten entsprechend zu ändern.

C.

Die Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren vor dem Oberverwaltungsgericht beruht auf § 166 VwGO i. V. m. §§ 114, 119 Abs. 1 Satz 2, 121 Abs. 1 ZPO.

gez. Göbel

gez. Alexy

gez. Traub