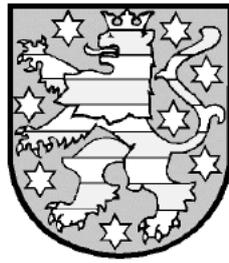

THÜRINGER OBERVERWALTUNGSGERICHT



- 3. Senat -

3 EO 387/02

Verwaltungsgericht Weimar

- 2. Kammer -

2 E 744/02.We

Beschluss

In dem Verwaltungsstreitverfahren

des Herrn [REDACTED]

Antragsteller und Beschwerdeführer

bevollmächtigt:

Rechtsanwalt Daniel Behsad Araschmid,
Herzberger Landstraße 45, 37085 Göttingen

gegen

den Landkreis Eichsfeld,
vertreten durch den Landrat,
Friedensplatz 8, 37308 Heilbad Heiligenstadt

Antragsgegner und Beschwerdegegner

wegen

Ausländerrechts,
hier: Beschwerde nach §§ 80, 80a VwGO

hat der 3. Senat des Thüringer Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Lindner, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Schwachheim und den an das Gericht abgeordneten Richter am Verwaltungsgericht Alexander

am 11. Februar 2003 **b e s c h l o s s e n :**

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Weimar vom 11. Juni 2002 - 2 E 744/02 - wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung abgeändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 27. Mai 2002 gegen die Abschiebungsandrohung im Bescheid des Antragsgegners vom 22. November 2001, dieser in der Fassung des Widerspruchsbescheides des Thüringer Landesverwaltungsamtes vom 14. Mai 2002, wird angeordnet.

Der Antragsgegner hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2000,00 Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Das einstweilige Rechtsschutzbegehren, das der Antragsteller in seinem Antrag wörtlich dahin gefasst hat: „die aufschiebende Wirkung (der) Klage gemäß § 80 V VwGO wird wiederhergestellt“, richtet sich nach der Begründung der Antragschrift gegen die sofortige Vollziehbarkeit der Ausreiseverfügung des Antragsgegners. Vorläufig vollziehbar ist im angefochtenen Bescheid allein die Abschiebungsandrohung unter Fristsetzung. Widerspruch und Klage gegen diese Vollstreckungsregelung entfalten entgegen dem allgemeinen Grundsatz des § 80 Abs. 1 VwGO auf Grund der Sondervorschrift des § 8 ThürAGVwGO, erlassen auf Grund der vor dem

6. VwGO-Änderungsgesetz geltenden Sondervorschrift des § 187 Abs. 3 VwGO, bzw. gemäß § 30 ThürVwZVG keine aufschiebende Wirkung. Soweit die Behörde die sofortige Vollziehung der Ausreiseverpflichtung unter Ziffer 2 des angefochtenen Bescheides vom 22. November 2001 gemäß § 80 Abs. 2 Ziffer 4 VwGO angeordnet hat, geht diese Vollzugsanordnung ins Leere, wie klarstellend festzustellen ist.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann eine ausländerrechtliche Ausreiseaufforderung, wie in Ziffer 1 des angefochtenen Bescheides geschehen, nicht als selbständige Regelung im Sinne von § 35 ThürVwVfG erlassen werden. Die Ausreiseaufforderung verlautbart vielmehr nur die gesetzlich bestehende Ausreisepflicht nach § 42 Abs. 1 AuslG. Einer Anordnung durch Verwaltungsakt ist sie nicht zugänglich. Schon unter der Geltung des § 12 AuslG 1965 konnte eine Ausreiseaufforderung nur die jeder Abschiebungsandrohung immanente Aufforderung, das Bundesgebiet zu verlassen, unterstreichen (vgl. nur BVerwG, Beschluss vom 20. Januar 1993 - 1 B 149/92 - zitiert nach juris). Ergeht eine Ausreiseaufforderung an den betroffenen Ausländer gleichwohl - wie vielfach üblich -, wird mit ihr hinsichtlich der Ausreisepflicht gemäß § 42 Abs. 1 AuslG nicht zusätzlich etwas auferlegt, sondern nur wiedergegeben, was ohnehin kraft Gesetzes gilt: Der Ausländer ist zur Ausreise verpflichtet, wenn er eine erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nicht oder nicht mehr besitzt. Die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht regelt sich nach den Maßgaben des Absatzes 2 der Vorschrift.

Etwas anderes ergibt sich nicht aus der gesetzten Ausreisefrist in der Ausreiseaufforderung. Deren Festsetzung kann zwar nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in asylrechtlichen Streitigkeiten selbständiger Gegenstand eines Verwaltungsstreitverfahrens sein (vgl. BVerwG, Urteil vom 3. April 2001 - 9 C 22.00 - BVerwGE 114, 122 = DÖV 2001, 865 = DVBl. 2001, 1522; vgl. zur Fristbestimmung durch Verwaltungsakt auch: von der Weiden, in Gemeinschaftskommentar zum AuslG, Rn. 3 f zu § 42). Diese Rechtsprechung ist mehreren Bedenken ausgesetzt. In der zitierten Entscheidung wird bereits darauf verwiesen, dass nach der gesetzlichen Konzeption des § 50 Abs. 1 AuslG die verbleibende Abschiebungsandrohung unvollständig wird, sie behalte aber gleichwohl ihren Regelungsgehalt und sei erst vollziehbar, wenn die Behörde eine erneute Frist gesetzt habe und diese abgelaufen sei. Sollen indessen Abschiebungsandrohung und Festsetzung einer Ausreisefrist im Anfechtungsstreit

teilbar sein, wären sie jeweils selbständige Teil-Vollstreckungsregelungen; deren Vollziehbarkeit müsste jeweils gesonderten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 80 VwGO zugänglich sein. Die Untrennbarkeit des Vollstreckungsmittels - hier des unmittelbaren Zwangs - würde aufgegeben, die auch in dem allgemeinen Grundsatz, zum Ausdruck kommt: Hat der Pflichtige die mit einer Zwangsmittelandrohung verbundene Frist einstweilen wegen fehlender Bestandskraft des Grundverwaltungsaktes oder dessen fehlender Vollziehbarkeit nicht befolgen müssen, wird eine solche Fristsetzung, die nicht mehr eingehalten werden kann, gegenstandslos und erfasst damit auch das Vollstreckungsmittel selbst (vgl. nur Senatsurteil vom 28. September 2000 - 3 KO 700/99 - NVwZ-RR 2001, 307 = ThürVBl. 2001, 62 = NuR 2001, 107 m. w. N.).

Soweit für die frühere - durch das AsylVfG 1993 aufgehobene - asylrechtliche Regelung in § 28 AsylVfG 1982 strittig war, ob die dort geregelte Ausreiseaufforderung Grundlage für eine behördliche Entscheidung durch Verwaltungsakt bilden konnte, kommt es auf diesen Meinungsstreit nicht mehr an (vgl. Bayerischer VGH, Beschluss vom 23. Juli 1996 - 6 BA 9630.790 - BayVBl. 1997, 182 und VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 24. Februar 1983 - A 12 S 1043/82 - NVwZ 1983, 629; vgl. auch zur Vorgängerregelung in § 5 Satz 1 2. AsylBeschlG OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 26. Mai 1981 - 18 A 383/81 - NVwZ 1982, 326, Hessischer VGH Urteil vom 29. April 1982 - X OE 1292/81 - ESVGH 32, 221 und BVerwG, Urteil vom 29. April 1983 - 1 C 5/83 - NVwZ 1983, 742).

Da das Verwaltungsgericht im angefochtenen Beschluss die sofortige Vollziehung der Ausreiseaufforderung zum Verfahrensgegenstand erhoben hat, ist der Beschluss mithin aus Gründen der Klarstellung abzuändern. Indessen hat das Gericht nicht nur zur sofortigen Vollziehung der Ausreiseaufforderung entschieden, sondern den angefochtenen Bescheid auch im Übrigen in der Sache überprüft (BA S. 4 Abs. 2). In zutreffender Auslegung des Antrags kann deshalb der Antragsteller im Beschwerdeverfahren die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die kraft Gesetzes sofort vollziehbare Abschiebungsandrohung weiter verfolgen.

II.

Diese Beschwerde ist zulässig.

Die Beschwerdebegründung genügt dem Darlegungsgebot des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO (vgl. dazu näher Senatsbeschluss vom 14. Juni 2002 - 3 EO 372/02 - n. v.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 1. Juli 2002 - 11 S 1293/02 - NVwZ 2002, 1388; OVG Schleswig, Beschluss vom 31. Juli 2002 - 3 M 34/02 - NördÖR 2002, 423).

Den tragenden Ausführungen der Vorinstanz zur vollziehbaren Ausreisepflicht ist der Antragsteller mit folgender Begründung entgegengetreten: Er habe nach dem 30. Juni 1998 noch einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung durch seinen früheren Verfahrensbevollmächtigten gestellt, mithin sei die gegenläufige Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass die erforderliche Aufenthaltsgenehmigung nicht beantragt und die Antragsfrist versäumt sei, unzutreffend. Der Antragsteller hat damit zugleich an sein Vorbringen in der mit dem Eilantrag verbundenen Klage angeschlossen, dass bei einer Einreise vor dem 15. Januar 1997 gemäß der damals geltenden Übergangsregelung in der Durchführungsverordnung zum AuslG (DVAuslG) nur das Kind (der Antragsteller) bis zum 30. Juni 1998 habe angemeldet sein müssen, damit der Betroffene von Amts wegen eine Aufenthaltserlaubnis erhalte. Zugleich ist vom Bevollmächtigten zusätzlich darauf verwiesen worden, dass nach seiner Durchsicht der Ausländerakte sich für diesen Sachverhalt allerdings eine Bestätigung nicht finde. Angesichts der Kurzbegründung des angefochtenen Beschlusses, in dem nur festgestellt worden ist, die Behauptung des Antragstellers, er sei durch seinen Vater kurz nach der Einreise im Januar 1997 gegenüber der damaligen Ausländerbehörde angemeldet worden, sei durch nichts belegt oder glaubhaft gemacht, ist diese Beschwerdebegründung vor dem Hintergrund der fehlenden Beiziehung der Ausländerakte über den Vater des Antragstellers durch die Vorinstanz noch ausreichend.

Die Beschwerde ist auch begründet.

Die vom Senat zu treffende Abwägungsentscheidung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen die Abschiebungsandrohung unter Fristsetzung im angefochtenen Bescheid in der Fassung des Widerspruchsbescheides fällt zu Gunsten des Antragstellers aus. Die Vollstreckungsregelung wird wegen erheblicher Rechtmäßigkeitsbedenken keinen Bestand haben können. Nach dem derzeitigen Stand der tatsächlichen Feststellungen zur Sach- und Rechtslage zu dem für die Anfechtungsklage

maßgebenden Zeitpunkt des Widerspruchsbescheids spricht alles dafür, dass der Antragsteller die Voraussetzungen der Übergangsvorschrift des § 28 Abs. 4 DVAuslG i. d. F. der 8. Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes vom 2. April 1997 (BGBl. I S. 751) erfüllt. Er gehört wahrscheinlich zu dem Personenkreis, der wegen des rechtzeitigen Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung bis zur - im vorliegenden Fall immer noch ausstehenden - Entscheidung der örtlich zuständigen Ausländerbehörde keiner Aufenthaltsgenehmigung bedarf. Er konnte als türkischer Staatsangehöriger unter 16 Jahren aufgrund von § 2 Abs. 2 DVAuslG in der bis zum In Kraft treten der Verordnung vom 11. Januar 1997 (BGBl. I S. 4) geltenden Fassung ohne Aufenthaltsgenehmigung (Visum) einreisen, wenn er sich nicht länger als 3 Monate im Bundesgebiet hat aufhalten wollen oder solange ein Elternteil eine Aufenthaltsgenehmigung besitzt.

An den dazu erforderlichen tatsächlichen Feststellungen zu den aufenthaltsrechtlichen Tatsachen - insoweit vorläufig für das Eilverfahren - ist der Senat nicht durch § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO gehindert, wonach das Oberverwaltungsgericht in Beschwerdeverfahren nur die dargelegten Gründe prüft.

Der Wortlaut der Vorschrift legt nahe, dass der Gesetzgeber mit dieser durch das Gesetz zur Bereinigung des Rechtsmittelrechts im Verwaltungsprozess - RmBereinVpG - vom 20. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3987) in die VwGO eingefügten Vorschrift die eigenständige Sachprüfung durch das Beschwerdegericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren an den für die Begründetheit streitenden Gesichtspunkten im Beschwerdevorbringen ausgerichtet hat (vgl. Seibert, NVwZ 2002, 265, 268; Bader, VBIBW, 2002, 471, 474; Eyermann, VwGO, Nachtrag zur 11. Auflage, 2002, § 146 N 4, Kopp/Schenke, VwGO, Kommentar, 13. Auflage, 2003, § 146 Rn. 43). Die besondere Regelung in Satz 6 schließt systematisch an die die Zulässigkeit der Beschwerde regelnden Bestimmungen in § 146 Abs. 4 S. 1 bis 5 VwGO an. Indem der Prozessgesetzgeber zusätzlich das Prüfprogramm in § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO für die Reichweite der Begründetheitsprüfung vorgibt und die „dargelegten Gründe“ maßgebend werden lässt, verbindet er die dem Darlegungsgebot genügende Begründungspflicht nach S. 3 mit dem Umfang der Sachprüfung in der Beschwerdeinstanz. Den Regelungen ist immanent, dass ihre zusätzlichen Anforderungen an die Beschwerdebegründung das Eilverfahren beschleunigen und auf die wesentlichen Fragen konzentrieren soll. Enthält die

Beschwerde entsprechend S. 3 der Vorschrift keinen bestimmten Antrag, legt sie die Gründe nicht dar, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist und setzt sie sich mit der angefochtenen Entscheidung nicht auseinander, ist sie nach § 146 Abs. 4 S. 4 VwGO als unzulässig zu verwerfen. Eine Prüfung der Begründetheit soll dann nicht stattfinden. Ergänzt der Gesetzgeber zugleich die allgemeinen Vorschriften für den Beschwerdegegenstand in Verfahren nach §§ 80, 80a und 123 VwGO, die in § 146 Abs. 4 S. 1 VwGO in Bezug genommen werden, durch eine Sonderregelung in S. 6 zur Begründetheit, will er damit einen eigenständigen - am Prozessstoff des Darlegungsgebotes orientierten - allgemeinen Prüfungsrahmen vorgeben, der sich in die für den Gesetzgeber insgesamt maßgebend gewesenen Ziele der Neuordnung des Beschwerdeverfahrens einfügt.

Der Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zeigt die Hauptzwecke der Reform. Die beabsichtigte Beschleunigung und Verfahrenskonzentration sollte letztlich durch eine Verschärfung der Zulässigkeitsschranken und die eingeschränkte Begründetheitsprüfung erreicht werden. Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung war noch beabsichtigt, die Zulassungsbeschwerde ersatzlos entfallen zu lassen (vgl. BT-Drs. 14/6393, S. 7, 14). Der gesetzgeberische Kompromiss, der im Anschluss an die Stellungnahme des Bundesrates, der an der Zulassungsbeschwerde mit Modifikationen festhielt (vgl. BT-Drs. 14/6854, S. 5 f.), gefunden worden ist, verbindet die Aufhebung des Zulassungsverfahrens mit ausdrücklichen Anforderungen an die Zulässigkeit, wie sie für das Berufungsverfahren schon bisher galten (vgl. § 124a Abs. 3 VwGO). Die Fassung des § 146 Abs. 4 VwGO, die auf Grund der - nicht näher begründeten - Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses Gesetz geworden ist (vgl. BT-Drs. 14/7779, S. 2 und BR-Drs. 1063/01), erstreckt das gesetzgeberische Anliegen, bei Wegfall des Zulassungsverfahrens mit den Zulassungsgründen nach § 124 Abs. 2 VwGO, nämlich die begrenzenden Wirkungen des bisherigen Darlegungsgebotes nach § 146 Abs. 5 S. 2 VwGO a. F., auf den eigentlichen Verfahrensgegenstand, für den der Überprüfungsrahmen des Beschwerdegerichts in der Sache damit zugleich verengt wird.

Der Gesetzgeber hat damit eine generelle Vorgabe gesetzt, die angesichts der fehlenden Einordnung in das System des einstweiligen Rechtsschutzes der VwGO durch weitere Vorschriften erst durch die Rechtsprechung in einen tragfähigen

Anwendungszusammenhang durch Auslegung gebracht werden muss. Art und Umfang der den Gerichten aufgegebenen Sachprüfung sind bisher in der Rechtsprechung nicht hinreichend geklärt. Drei grundsätzlich unterschiedliche Auffassungen werden vertreten:

Nach der einen Auffassung soll § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO etwa dazu zwingen, dass das Beschwerdegericht weder zu Gunsten noch zu Lasten des Beschwerdeführers andere tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte prüfen, ermitteln und verwerten kann (so der Hessische VGH, Beschluss vom 5. Juli 2002 - 12 TG 959/02 - AuAS 2002, 234). Eine damit allein dem jeweiligen Rechtsmittelführer auferlegte, durchgängige Beibringungslast steht mit den grundlegenden Funktionen des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens nicht im Einklang. Die - dem Wortlaut verpflichtete - Beschränkung wird auch nicht durch die Vorläufigkeit der Regelungen im summarischen Verfahren getragen; sie ist auch nicht durch den Vertretungszwang im Beschwerdeverfahren gemäß § 67 VwGO zu rechtfertigen.

Der Gesetzgeber hat durch die Neuordnung des einstweiligen Rechtsschutzes für die Beschwerdeinstanz die grundsätzliche Ausrichtung des öffentlich-rechtlichen Prozesses an der *Offizialmaxime* nicht aufgegeben. Die einstweiligen Verfahren nach §§ 80, 80a und 123 VwGO, für die die Novelle im Grundsatz den zweizügigen Instanzenzug wieder eröffnet hat, bleiben den Aufgaben des Verwaltungsprozesses verpflichtet, die in der Gewährung von Rechtsschutz, der Kontrolle der Verwaltung und der Befriedigung umstrittener Rechts- und Interessenlagen liegen (vgl. nur Schoch, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Vorb. § 80 Rn. 33 u. 34 sowie Einl. Rn. 164 f.) Neben dem Individualrechtsschutz stehen die Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Wahrung der öffentlichen Interessen, die als Gemeinwohlbelange beim Rechtsschutz nach §§ 80, 80a VwGO - in Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes der aufschiebenden Wirkung des § 80 Abs. 1 VwGO -, gegenüber der Aufgabe abzuwägen sind, die wirksame Durchsetzbarkeit subjektiver Rechte des Einzelnen für das Hauptsacheverfahren offen zu halten.

Die Prüfung muss deshalb nicht zuletzt mit Rücksicht auf die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG der Aufgabe verpflichtet bleiben, irreparable Folgen, die sonst durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme vor deren abschließender Entscheidung entstehen könnten, möglichst auszuschließen (vgl. nur BVerfG,

Beschluss vom 16. März 1999 - 2 BvR 2135/99 - NVwZ 1999, Beilage Nr. 6, 49 = InfAuslR 1999, 256 = DVBl. 1999, 1204). Auslegung und Anwendung der gesetzgeberisch eingeschränkten Prüfungspflicht haben deshalb dem Gebot effektiven Rechtsschutzes Rechnung zu tragen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 24. September 2002 - 2 BvR 857/02 - DVBl. 2002, 1633 m. w. N.; vgl. zu diesen verfassungsrechtlichen Maßgaben für die Auslegung der Vorschrift auch Hessischer VGH, Beschluss vom 23. Oktober 2002 - 9 TG 2712/02 - zitiert nach juris). Mithin ist eine einschränkende Auslegung und Anwendung der den Gerichten auferlegten Prüfungspflicht nach § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO geboten.

Auch die Beurteilungsmaßstäbe aus der bisher bekannt gewordenen Rechtsprechung des Bayerischen VGH erreichen diesen Ausgleich zwischen der gesetzgeberischen Maßgabe und den Erfordernissen eines funktionsfähigen einstweiligen Rechtsschutzes nicht. Nach seiner Auffassung ist die Befugnis der Gerichte zur umfassenden Interessenabwägung und zur vollständigen Prüfung der entscheidungserheblichen Tatsachen und Rechtsfragen durch die Neuregelung nicht berührt worden (vgl. Beschluss vom 23. Januar 2002 - 25 Cs 02/172 - BayVBl. 2002, 306). Danach würde das Anliegen des Gesetzgebers, soweit es Art und Umfang der Sachprüfung des Beschwerdegerichts betrifft, nicht umgesetzt, sondern die Rechtsprechung bliebe den bisherigen Grundsätzen der Sachprüfung insgesamt verpflichtet.

Eine dritte Auffassung geht dahin, dass dann, wenn die Beschwerde die erstinstanzliche Entscheidung fristgerecht mit zutreffenden Erwägungen in Frage gestellt habe, es im Übrigen bei den Prüfelementen bleibe, wie sie auch bei einer uneingeschränkten Beschwerdemöglichkeit anzuwenden sind (so OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 8. Mai 2002 - 1 B 241/02 - NVwZ-RR 2003, 50). Diese Auffassung des OVG Nordrhein-Westfalen findet inzwischen in der Rechtsprechung vermehrt Zustimmung. Danach soll sich die der Beschwerdeinstanz aufgegebenen Prüfung nach § 146 Abs. 4 S. 3 und 6 VwGO in zwei Stufen vollziehen. Ist die Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erfolgreich in Zweifel gezogen worden, könne das Oberverwaltungsgericht umfassend und über die Darlegungen in der Beschwerdebegründung hinaus die Erfolgsaussichten einer eigenen Sachprüfung unterziehen. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass der Zugang zur zweiten Instanz durch die Rechtsänderung nicht weiter habe geöffnet werden sollen als für

das Hauptsacheverfahren (vgl. Hessischer VGH, Beschlüsse vom 3. Dezember 2002 - 8 TG 2413/02 - und vom 23. Oktober 2002 - 9 TG 2712/02 - sowie ähnlich OVG Berlin, Beschluss vom 12. April 2002 - 8 S 41.02 - jeweils zitiert nach juris). Ob dem generell so zugestimmt werden kann, mag offen bleiben. Dem Anliegen des Gesetzgebers, wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung im Eilverfahren auch die Überprüfung im Beschwerdeverfahren zu begrenzen, würde jedenfalls auf der zweiten Stufe keine Bedeutung mehr zukommen.

Ein allgemeiner Maßstab, der dem Grundanliegen des Gesetzgebers Rechnung trägt, dass es im Regelfall für das Beschwerdeverfahren in Anwendung des § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO bei der Gegenüberstellung der dargelegten Gründe mit den tragenden Begründungselementen im angefochtenen Beschluss verbleibt, könnte etwa darin liegen, dass bei offenkundiger Unrichtigkeit, mithin greifbarer Gesetzwidrigkeit, eine weitergehende Prüfung in Anwendung der allgemeinen Grundsätze der Rechts- und Sachprüfung im Beschwerdeverfahren stattzufinden hat (vgl. etwa OVG Schleswig, Beschluss vom 31. Juli 2002 - 3 M 34/02 - NördÖR 2002, 423 und Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., Rn. 43 zu § 146). Dies wird indessen erst die Spruchpraxis zeigen müssen. Denkbar ist auch, dass nur für bestimmte Fallgruppen ein erweiterter Prüfungsrahmen im Hinblick auf die beschriebenen Aufgaben des einstweiligen Rechtsschutzes in Betracht zu ziehen ist.

So sollen etwa dann, wenn im Beschwerdeverfahren neue Fragen auftreten, diese zum Gegenstand des Beschwerdeverfahrens gemacht werden können (vgl. Geiger, BayVBl. 2003, 65, 76). Trägt die Begründung des Verwaltungsgerichts nicht und erweist sich nicht schon deshalb die Beschwerde als begründet, wird die Prüfung auf die Erfolgsaussichten im Hinblick auf den gestellten Antrag zu erweitern sein (vgl. dazu OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18. März 2002 - 7 B 315/02 - NVwZ 2002, 1390 und Hessischer VGH, Beschluss vom 23. Oktober 2002 - 9 TG 2712/02 - zitiert nach juris). So liegt es etwa auch, wenn der Antragsteller zwar die Begründung der erstinstanzlichen Ablehnung seines Rechtsschutzbegehrens mit Erfolg angreift, für das Beschwerdegericht aber bei summarischer Prüfung offensichtlich ist, dass das Begehren aus anderen Gründen, etwa auch wegen fehlender Zulässigkeit des Antrags, abzulehnen ist. Anderenfalls würde ein Antragsteller sehenden Auges zu Unrecht vorläufigen Rechtsschutz erhalten, obwohl weder das Verwaltungsgericht - weil es sich auf einen anderen

Gesichtspunkt gestützt hat - noch das Beschwerdegericht - weil es sich durch § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO gehindert sähe - den Antrag als begründet ansehen. Dies würde etwa in Fällen mit Drittbeteiligung (§ 80a VwGO) auch zu Konsequenzen führen, die mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar wären.

Ebenso kann die Einengung des Prüfungsrahmens nicht jedes Absehen von tatsächlichen Ermittlungen rechtfertigen, soweit sich die weitere Sachaufklärung für den erstrebten einstweiligen Rechtsschutz geradezu aufdrängt. Dies gilt auch mit Rücksicht darauf, dass nach der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte regelmäßig von weiterer Sachaufklärung im Eilverfahren nur zurückhaltend Gebrauch gemacht werden soll, wenngleich sie nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist. Anderenfalls liefe der in der Vorinstanz Unterlegene Gefahr, mit etwa vom Gericht nicht berücksichtigtem und nicht hinreichend geklärtem Vorbringen auch vor dem Obergericht nicht gehört zu werden, was schwerlich mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu vereinbaren wäre.

Die eingengte Prüfungspflicht des Beschwerdegerichts wird deshalb nach der Neuregelung nicht ausschließen können, dass tatsächlichen Fragen im gegebenen Fall nachgegangen werden kann, soweit die Darlegungen zum geltend gemachten Anspruch dies tragen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an Fallgestaltungen, wo nach dem bisherigen Sach- und Streitstand im Eilverfahren offen ist, ob die vom jeweiligen Beteiligten geltend gemachten Tatsachen zutreffen. Auch dann würde das Hauptsacheverfahren in der Berufungsinstanz durch Zulassung des Rechtsmittels dazu dienen, diesen offenen tatsächlichen Fragen nachzugehen (vgl. insoweit zum Streitstand für den Zulassungsgrund der tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO nur ThürOVG, Beschluss vom 17. August 2000 - 4 ZKO 1145/97 - NVwZ 2001, 448 = ThürVBl. 2001, 37 m. w. N.). Diesen erforderlichen Rechtsschutz hat auch das Eilverfahren zu gewährleisten.

Eine allein wortlautbezogene Auslegung des § 146 Abs. 4 S. 6 VwGO dahin gehend, dass die Prüfungspflicht sich allein auf den Prozessstoff verengt, wie er dargelegt worden ist, scheidet daher aus. Dies lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass gegebenenfalls eine Zurückverweisung in entsprechender Anwendung gemäß § 130 VwGO möglich sei, mag sie im Einzelfall auch in Betracht zu ziehen sein (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. Dezember 2002 - 11 S 1442/02 - zitiert nach juris, m. w. N.). Ein Abänderungsverfahren nach § 80 Abs. 7 VwGO bzw. ein

erneutes Verfahren gemäß § 123 VwGO sind abgesehen von der verfahrensverzögernden Wirkung als erneute Rechtsbehelfe an besondere weitere Voraussetzungen gebunden, was nicht näher zu erörtern ist, und daher ebenso als Ansatz für ein engeres Verständnis der Vorschrift zu vernachlässigen.

Bei Fallgestaltungen - wie hier -, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die wesentlichen tatsächlichen Behauptungen während des erstinstanzlichen Eilverfahrens strittig geblieben und die erforderlichen Unterlagen der Verwaltungsbehörden - zu Beweis Zwecken - nicht beigezogen worden sind, kann die Einengung des Prüfungsrahmens daher nicht dazu führen, dass das Beschwerdegericht von jedweden tatsächlichen Ermittlungen und Feststellungen (auch aus dem Akteninhalt) absieht, um Entscheidungsreife hinsichtlich des Ergebnisses des Verfahrens herzustellen, nämlich, ob die angefochtene Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich nach den Darlegungen im Beschwerdeverfahren - wie hier der Vortrag zum Eingreifen der Übergangsregelung in der DVAusIG - solche weiteren Ermittlungen aufdrängen.

Zu den Voraussetzungen für eine Aufenthaltsgenehmigung gemäß § 28 Abs. 4 DVAusIG zu Gunsten des Antragstellers bleibt folglich auszuführen:

- Gemäß § 2 Abs. 2 DVAusIG i. d. F. vom 18. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2983) bedurften u. a. türkische Staatsangehörige keiner Aufenthaltserlaubnis, 1. wenn sie sich nicht länger als drei Monate im Bundesgebiet aufhalten wollten oder 2. solange ein Elternteil eine Aufenthaltsgenehmigung besitzt; sie waren mithin vom Erfordernis der Aufenthaltsgenehmigung und der Visumpflicht befreit.
- Die rechtzeitige Einreise vor dem Inkrafttreten der Änderungsverordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes vom 11. Januar 1997 (BGBl. I S. 4) legt die rechtzeitige gemeinsame Ausreise mit dem Vater aus der Türkei am 29. Dezember 1996 nahe, die durch die identischen Ausreisestempel mit diesem Datum in den vorliegenden Kopien der Reisepässe belegt ist.
- Der Antragsteller gehörte auf Grund des Geburtsjahrgangs 1983 zum Kreis der minderjährigen noch nicht 16 Jahre alten türkischen Staatsangehörigen, für die der neu eingeführte § 28 Abs. 4 DVAusIG im Sinne einer Übergangsvorschrift das Verfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung regelt.
- Er verfügte über einen Nationalpass, dessen Gültigkeit das türkische Generalkonsulat in Nürnberg bis zum 24. September 2002 verlängert hat. Ob der Pass weiterhin gültig ist, erschließt sich nach Aktenlage nicht, jedenfalls ist die Passpflicht bis zum genannten Zeitpunkt durch den Antragsteller erfüllt worden.
- Der Vater des Klägers hat seit 9. August 1993 eine Aufenthaltserlaubnis, wie die vom Senat beigezogene Ausländerakte belegt. Seit dem 27. Februar 1997 ist er

im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis der Stadt Hildesheim - Ausländerstelle -. Im Bundesgebiet lebt damit ein Elternteil, das sich rechtmäßig bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt im Bundesgebiet aufgehalten hat.

- Ebenso dürfte der rechtzeitigen Anzeige- und Meldepflicht des § 28 Abs. 4 DVAuslG genügt worden sein. Ausweislich der durch die früheren bevollmächtigten Rechtsanwälte Schröder u. a. im Beschwerdeverfahren dem Senat überlassenen Mitteilung der Stadt Hildesheim - Ausländerstelle - vom 29. September 1997 hat der Vater des Antragstellers erfolglos am 21. Februar 1997 bei dieser Behörde versucht, seinen Sohn anzumelden. Obwohl nach dem Inhalt des zitierten Schreibens Gegenstand der Vorsprache auch die Aufenthaltsgenehmigung für den Antragsteller gewesen sein soll, wurde das nach der Änderungsverordnung vom 11. Januar 1997 erforderliche Antragsverfahren nicht eingeleitet. Möglicherweise nahm man rechtsirrig an, wie der weitere Inhalt dieses Schreibens nahe legt, dass eine Aufenthaltsgenehmigung im Wege des Familiennachzugs nur über das Visumverfahren in Betracht komme. Die nunmehr in der Korrespondenz mit der Ausländerbehörde des Antragsgegners durch die Stadt Hildesheim vertretene Auffassung, die Angelegenheit habe wegen des fehlenden Sorgerechtsbeschlusses nicht sachgerecht überprüft werden können, ist vor dem Hintergrund der in der Ausländerakte vorliegenden Kopien der notariellen Einverständniserklärung beider Eltern vom 9. Dezember 1996 zum Aufenthalt des Antragstellers in Deutschland nicht ohne weiteres nachvollziehbar, zumal zusätzlich auch ein Auszug aus dem Familienbuch in türkischer Sprache vorliegt. Soweit dennoch daraus ein Hindernis hätte folgen sollen, wäre dem im behördlichen Verfahren nachzugehen gewesen. Im Einzelnen kommt es darauf nicht einmal an.
- Die damaligen Bevollmächtigten Rechtsanwälte Schröder u. a. haben gegenüber der Ausländerbehörde Hildesheim unter dem 7. August 1997 für den Antragsteller einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gestellt, so dass auch bei nicht erfüllter Meldepflicht wegen der jedenfalls vor dem Stichtag 30. Juni 1998 erfolgten Antragstellung gemäß § 28 Abs. 4 Satz 3 DVAuslG i. d. F. der 8. Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des Ausländergesetzes vom 2. April 1997 (BGBl. I S. 751) bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde keine Aufenthaltsgenehmigung erforderlich war.

Für den Senat lässt sich deshalb nicht feststellen, dass die Ausreisepflicht des Antragstellers im Sinne des § 42 Abs. 2 AuslG vollziehbar ist. Die Abschiebung eines ausreisepflichtigen Ausländers setzt aber gemäß § 49 Abs. 1 AuslG deren Vollziehbarkeit voraus.

Immer noch bestehende Unklarheiten, die sich aus der Unvollständigkeit der Behördenakte des Antragsgegners über den Antragsteller und deren nicht voll nachvollziehbare innere Ordnung (nachträgliche Folierung, zeitliche Abfolge, Anlässe für die Aufnahme von Schriftstücken etc.) sowie dem erst im Beschwerdeverfahren bekannt gewordenen Verwaltungsvorgang der Stadt Hildesheim - Ausländerstelle - ergeben, können auf sich beruhen. Soweit der Einreisezeitpunkt, die Meldung bei der

Ausländerbehörde und die etwa vor der Volljährigkeit des Antragstellers in der Vergangenheit nötige Personensorgeberechtigung betroffen ist, stellen diese Einzelheiten nicht in Frage, dass von dem vorläufigen Aufenthaltsrecht des Antragstellers im Bundesgebiet sehr wahrscheinlich auszugehen ist. Er hat Anspruch darauf, dass über seinen rechtzeitigen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung vom 7. August 1997 gegenüber der Stadt Hildesheim durch die zuständige Ausländerbehörde entschieden wird (vgl. dazu nur BVerwG, Urteil vom 24. Mai 1995 - 1 C 7/94 - BVerwGE, 98, 313 = NVwZ 1995, 1131). Einer Aufenthaltserlaubnis bedarf der Antragsteller bis dahin nicht, § 28 Abs. 4 S. 3 DVAusIG.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichts war daher abzuändern. Diese Änderung bezieht sich, worauf klarstellend hinzuweisen ist, auch auf den Beschluss, soweit von der Vorinstanz zum sofortigen Vollzug der Ausreiseaufforderung entschieden worden ist. Zugleich ist nunmehr die aufschiebende Wirkung der erhobenen Klage anzuordnen.

Der Antragsgegner hat gemäß § 154 Abs. 1 VwGO als Unterlegener die Kosten des gesamten Verfahrens zu tragen.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf § 25 Abs. 2 Satz 1 GKG i. V. m. § 20 Abs. 3 GKG und §§ 13, 14 GKG.

Hinweis:

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO, 25 Abs. 3 Satz 2 GKG).

Lindner

Dr. Schwachheim

Alexander