

BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

BESCHLUSS

BVerwG 1 B 79.03
VGH 12 UE 1893/02

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 1. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
am 26. März 2004
durch die Vizepräsidentin des Bundesverwaltungsgerichts **E c k e r t z - H ö f e r**
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht **H u n d** und **R i c h t e r**

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Beklagten wird das Urteil des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs vom 2. Dezember 2002 geändert. Auf die Berufung des Klägers wird die Beklagte verpflichtet, über den Antrag des Klägers auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 16 AuslG unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden; im Übrigen wird die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger trägt 1/4 (ein Viertel), die Beklagte 3/4 (drei Viertel) der Kosten des Verfahrens in allen Rechtszügen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Beschwerdeverfahren auf 4 000 € festgesetzt.

G r ü n d e :

Die Beschwerde der Beklagten ist nur insoweit begründet, als das Berufungsgericht die Beklagte verpflichtet hat, dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis als Wiederkehrer nach § 16 AuslG zu erteilen, und nicht lediglich dazu, über seinen Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Im Übrigen hat die Beschwerde keinen Erfolg.

1. Die Beklagte rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht durch den Erlass eines Verpflichtungsurteils Verfahrensrecht verletzt hat (Verfahrensmangel nach § 132 Abs. 2 Nr. 3 VwGO). Dabei kann offen bleiben, ob die vom Berufungsgericht angenommene Ermessensreduzierung auf Null bereits deshalb verfahrensfehlerhaft sein kann, weil das Berufungsgericht seine Kompetenz bei der Überprüfung einer Ermessensentscheidung nach § 113 Abs. 5, § 114 VwGO "überschritten hat", wie die Beklagte meint (Beschwerdebegründung unter II.). Ein Verfahrensfehler liegt jedenfalls darin, dass - worauf die Beschwerde ebenfalls Bezug nimmt - das Berufungsgericht das zurückverweisende Urteil vom 19. März 2002 - BVerwG 1 C 19.01 - (BVerwGE 116, 128 <143>) nicht hinreichend beachtet hat. Der Senat hat hierin ausgeführt, dass auch bei Vorliegen einer besonderen Härte nach § 16 Abs. 2 Satz 1 AuslG grundsätzlich Raum für eine Ermessensentscheidung der Behörde bleibt und eine Ermessensreduzierung auf Null nicht mit pauschalen Erwägungen des Berufungsgerichts begründet werden kann. An diese rechtliche Beurteilung des Revisionsgerichts war der Verwaltungsgerichtshof nach § 144 Abs. 6 VwGO bei seiner erneuten Entscheidung gebunden. Hiergegen hat das Berufungsgericht verstoßen, indem es wie-

derum eine Ermessensreduzierung auf Null mit pauschalen Erwägungen dazu bejaht hat, dass die Beklagte im gesamten bisherigen Verfahren Ermessenserwägungen nicht angestellt habe und (rechtmäßige) Ermessenserwägungen "auch schwer denkbar, jedenfalls nicht erkennbar" seien. Damit verkennt das Berufungsgericht erneut und im Widerspruch zu dem Urteil des Senats vom 19. März 2002 die sich aus dem Gesetz ergebenden Beschränkungen der gerichtlichen Kontrolle bei Ermessensentscheidungen. Den Ausführungen und Feststellungen im berufsgerichtlichen Urteil lässt sich auch nicht entnehmen, dass als einzige rechtmäßige Entscheidung nur die Erteilung der beantragten Wiederkehrerlaubnis in Betracht kommt und von vornherein keine andere rechtmäßige Ermessensentscheidung der Beklagten möglich erscheint. Wie der Senat hierzu in seinem Urteil vom 19. März 2002 ebenfalls schon ausgeführt hat, hat sich das Ermessen allerdings unter Einbeziehung aller Umstände des Einzelfalls am Gesetzeszweck zu orientieren, dem Ausländer bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Wiederkehr zu ermöglichen, wobei jedoch - entgegen den Ausführungen im angefochtenen Berufungsurteil - auch die Umstände erneut berücksichtigt werden können, die bei der Entscheidung über die besondere Härte bereits herangezogen worden sind. Soweit das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil meint, die bisherigen "Ausführungen" der Beklagten bewegten sich insgesamt auf der Ebene der von ihr bestrittenen Tatbestandsvoraussetzungen des gewöhnlichen Aufenthalts und der außergewöhnlichen Härte und könnten deshalb "aus Rechtsgründen keinen Erfolg haben", scheint sie auch insoweit die zitierten Ausführungen im Urteil des Senats vom 19. März 2002 zu verkennen. Der Beklagten ist es nicht aus "Rechtsgründen" verwehrt, bei ihrer Ermessensentscheidung auch wertend auf diejenigen Umstände zurückzugreifen, die im Ergebnis zu einer Bejahung der Voraussetzungen eines Härtefalls durch den Verwaltungsgerichtshof geführt haben. Davon unberührt bleibt jedoch ihre Verpflichtung, ihre noch ausstehende Ermessensentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts zu treffen, die sich aus dem als Bescheidungsurteil rechtskräftig werdenden Urteil ergibt. Zur Vermeidung von Missverständnissen und weiterem Rechtsstreit bemerkt der Senat hierzu ergänzend, dass die Beklagte bei ihren Ermessenserwägungen die das Bescheidungsurteil tragenden Gründe - insbesondere zur Bejahung eines rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalts und einer besonderen Härte - uneingeschränkt zu beachten hat.

Wegen dieses Verfahrensmangels könnte der Senat nach § 133 Abs. 6 VwGO das angefochtene Berufungsurteil aufheben und die Sache nochmals an das Berufungsgericht zurückverweisen. Damit würde jedoch der Rechtsstreit nur verlängert und dem Berufungsgericht verbliebe in einem dritten Berufungsverfahren bei Beachtung des § 144 Abs. 6 VwGO praktisch nur noch die Möglichkeit, den Verpflichtungs- in einen Bescheidungsausspruch zu ändern. Eine solche Zurückverweisung würde den mit § 133 Abs. 6 VwGO verfolgten Zielen der Prozessökonomie und Verfahrensbeschleunigung widersprechen. Der Senat hält es deshalb in unmittelbarer oder entsprechender Anwendung des § 133 Abs. 6 VwGO (vgl. Beschlüsse vom 2. April 1996 - BVerwG 7 B 48.96 -, vom 7. Oktober 1998 - BVerwG 3 B 68.97 - und vom 13. März 2002 - BVerwG 3 B 19.02 - Buchholz 310 § 133 n.F. VwGO Nrn. 22, 33 und 65) für zulässig und geboten, die Entscheidung des Berufungsgerichts von einem Verpflichtungs- in ein Bescheidungsurteil zu ändern und so das gemäß § 144 Abs. 6 VwGO prozessrechtlich zwingende Verfahrensergebnis im Interesse der Verfahrensökonomie ohne Zurückverweisung selbst herzustellen.

2. Soweit die Beschwerde ferner die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) und weitere Verfahrensfehler durch Verletzung der Aufklärungspflicht und des rechtlichen Gehörs (§ 132 Abs. 2 Nr. 3, § 86 Abs. 1, § 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG) geltend macht, kann sie keinen Erfolg haben. Diese Zulassungsrügen sind schon nicht in einer den Anforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO genügenden Weise bezeichnet.

a) Die Beschwerde sieht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darin, dass ihr ein Schriftsatz des Klägers vom 25. November 2002 nebst Anlagen erst am Tag der mündlichen Verhandlung per Post zugegangen und bei der Durchführung der mündlichen Verhandlung nicht bekannt gewesen sei (Beschwerdebegründung unter I.). Entgegen den Ausführungen im Nichtabhilfebeschluss sei das Vorbringen aus diesem Schriftsatz weder in dem vom Berichterstatter zu Beginn der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Sachbericht enthalten noch Gegenstand der Erörterung in der mündlichen Verhandlung gewesen.

Die insoweit streitigen Tatsachen bedürfen keiner weiteren Aufklärung. Für eine ordnungsgemäße Rüge der Verletzung rechtlichen Gehörs fehlt es nämlich an einem

Vortrag der Beschwerde dazu, was die Beklagte bei Gewährung des vermissten Gehörs mit Aussicht auf Erfolg noch vorgetragen hätte. Allein damit, dass der im Urteil verwertete Schriftsatz vom 25. November 2002 der Beklagten nicht rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung zugegangen ist und auch nicht zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht worden sein soll, lässt sich ein Gehörsverstoß nicht begründen. Der Hinweis der Beschwerde auf § 138 Nr. 3 VwGO rechtfertigt nach der ständigen Rechtsprechung zur Bezeichnung eines Gehörsverstoßes keine andere Beurteilung (vgl. etwa Neumann in Sodan/Ziekow, VwGO, § 138 Rn. 159 ff., 162 m.w.N.).

b) Die Beschwerde rügt weiter als verfahrensfehlerhaft, das Berufungsgericht habe gegen die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts (§ 86 Abs. 1 VwGO) verstoßen, weil es "zu den Umständen der Tätigkeit des Vaters des Klägers als Arzt nicht alle Erkenntnisquellen genutzt" habe, die zur Verfügung gestanden hätten (Beschwerdebegründung unter III.). Das Berufungsgericht hätte sowohl die Möglichkeit als auch die Pflicht gehabt, bei der Bezirksregierung Düsseldorf Auskünfte über den Vater des Klägers einzuholen. Die Notwendigkeit einer weiteren Sachverhaltsaufklärung hätte sich dem Berufungsgericht dabei spätestens in der mündlichen Verhandlung vom 2. Dezember 2002 aufdrängen müssen, als der Vertreter der Beklagten "mittels substantiierten Vortrags auf die von ihm eingeholten Auskünfte der Bezirksregierung Düsseldorf und die Vorschriften der Bundesärzteordnung hingewiesen" habe, "wonach der Vater des Klägers keinerlei Aussicht auf eine weitere Tätigkeit als Arzt in Deutschland" gehabt habe. Auf die Stellungnahme der Bezirksregierung Düsseldorf vom 10. Februar 2003 sowie auf die Stellungnahme des Hessischen Landesprüfungsamtes für Heilberufe vom 21. Februar 2003 werde hierzu ausdrücklich Bezug genommen. Die gebotene weitere Aufklärung hätte zu der Feststellung führen müssen, dass es sich aufgrund der Gesamtumstände des Voraufenthalts des Vaters des Klägers um keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von § 16 Abs. 1 AuslG gehandelt habe.

Mit diesem Vorbringen wird ein Verstoß gegen die Pflicht zur Aufklärung des Sachverhalts nicht den Anforderungen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO entsprechend bezeichnet (vgl. dazu etwa Beschluss vom 19. August 1997 - BVerwG 7 B 261.97 - Buchholz 310 § 133 n.F. VwGO Nr. 26 = NJW 1997, 3328). Die Beschwerde legt ins-

besondere nicht dar, dass die durch einen postulationsfähigen Beamten (vgl. § 67 Abs. 1 VwGO) vertretene Beklagte bereits in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auf die weitere Sachverhaltsaufklärung, deren Unterbleiben nunmehr als Verfahrensfehler gerügt wird, durch die Stellung eines entsprechenden Beweisantrags hingewirkt hat. Ebenso lässt der Beschwerdevortrag nicht erkennen, aus welchen Gründen im Einzelnen sich dem Berufungsgericht ohne einen solchen Beweisantrag im Hinblick auf den nicht näher erläuterten Vortrag des Vertreters der Beklagten in der Berufungsverhandlung die vermisste weitere Beweisaufnahme hätte aufdrängen müssen. Auf die nach der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht von der Beklagten selbst eingeholten weiteren Auskünfte und Stellungnahmen kann sich die Beklagte im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde grundsätzlich nicht berufen (vgl. § 137 Abs. 2 VwGO). Die Beschwerde macht im Übrigen auch nicht - wie nach § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO erforderlich - deutlich, inwiefern sich aus dem Ergebnis der unterlassenen weiteren Ermittlungen auch ein anderes Entscheidungsergebnis - aus der Sicht und unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts - ergeben hätte.

c) Die Beschwerde sieht schließlich als grundsätzlich bedeutsam die Frage an, "ob der Begriff des 'gewöhnlichen Aufenthalts' in § 16 Abs. 1 AuslG dahingehend auszulegen ist, dass der wiederkehrwillige junge Ausländer über ein Aufenthaltsrecht verfügt haben muss, das seiner Art nach zukunfts offen angelegt war und ihm eine geeignete Grundlage bot, seinen Willen, nicht nur vorübergehend in Deutschland zu bleiben, auch verwirklichen zu können" (Beschwerdebegründung unter IV., S. 5). Die aufgeworfene Rechtsfrage bedürfe der Klärung, um einen Rahmen für die Bewertung von Einzelfällen abzugeben, nachdem das Bundesverwaltungsgericht bisher keine genaueren Kriterien für die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von § 16 AuslG entwickelt habe.

Die Beschwerde greift damit der Sache nach den (nur teilweise wörtlich wiedergegebenen) Prüfungs- und Auslegungsmaßstab des Berufungsgerichts an, den dieses im Berufungsurteil entwickelt und seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat (UA S. 16). Der Beschwerde ist zuzugeben, dass insoweit ein über die rechtlichen Grundsätze für die Bestimmung eines rechtmäßigen gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne von § 16 Abs. 1 AuslG, die der Senat in seinem zurückverweisenden Urteil vom 19. März

2002, a.a.O., aufgestellt hat, hinausreichender Klärungsbedarf bestehen kann. Die Beschwerde legt aber mit ihren - in der Art einer Berufungsbegründung gehaltenen - weiteren Ausführungen (Beschwerdebegründung S. 5 ff.) nicht dar, welche fallübergreifenden Fragen sich hierzu konkret und im Einzelnen entscheidungserheblich stellen sollen, die in einem Revisionsverfahren in verallgemeinerungsfähiger Weise im Interesse der Rechtseinheit geklärt werden könnten.

Soweit die Beschwerde die Auffassung des Berufungsgerichts als unzutreffend angreift (Beschwerdebegründung S. 5 Abs. 3), "dass aufgrund der Rechtslage vor und nach In-Kraft-Treten des neuen Ausländergesetzes und der tatsächlichen Umstände des Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen in den 80er Jahren in Deutschland davon auszugehen ist, dass als Bestandteil eines gewöhnlichen Aufenthalts nicht die unmittelbar rechtlich durchsetzbare Anwartschaft auf einen Daueraufenthalt verstanden werden kann, weil nur wenige Ausländer über einen derartigen Aufenthaltsanspruch verfügen", lässt sich ihr nicht entnehmen, inwiefern sich dieser Auslegungsansatz für den vorliegenden Fall entscheidungserheblich ausgewirkt haben soll. Die Beschwerde setzt sich nicht damit auseinander, dass das Berufungsgericht einen gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers im Sinne von § 16 Abs. 1 AuslG nicht allein mit den angegriffenen Erwägungen zur Erreichbarkeit der aufenthaltsrechtlichen Genehmigung für einen auf Dauer angelegten Aufenthalt der Familie des Klägers (soweit dies nicht ohnehin nur einzelfallgeprägt, sondern in verallgemeinerungsfähiger Weise ausgeführt ist) begründet hat (UA S. 17 f.). Es hat vielmehr einen gewöhnlichen Aufenthalt des Klägers unabhängig hiervon auch aus einem gesicherten assoziationsrechtlichen Aufenthaltsrecht (UA S. 19 ff.) abgeleitet. Mit dieser zweiten Begründung hält sich das Berufungsgericht im rechtlichen Ansatz aber offensichtlich innerhalb des Prüfungsrahmens, den der Senat in seiner zurückverweisenden Entscheidung vom 19. März 2002 maßstabsbildend vorgegeben hat (vgl. BVerwGE 116, 128 <140>). Zu diesen das Berufungsurteil selbständig tragenden Erwägungen lässt sich der Beschwerde indessen keine erneut oder ergänzend klärungsbedürftige Frage des revisiblen Rechts im Sinne des § 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO entnehmen. Insoweit erschöpft sich die Beschwerde vielmehr in einer Kritik an den tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen des Berufungsgerichts zu Art. 6, 7 und 9 ARB 1/80 bei der Subsumtion im vorliegenden Einzelfall (Beschwerdebegründung S. 5 ff.).

Soweit die Beschwerde dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang vorwirft, es gehe zu Unrecht davon aus, dass die sich aus Art. 6 ARB 1/80 ergebenden aufenthaltsrechtlichen Positionen der Aufenthaltsrechtslage nach dem Ausländergesetz in den 1980er Jahren ungeachtet dessen vorgingen, "dass Bedeutung und Umfang der Beschäftigungs- und Aufenthaltsrechte aufgrund des ARB 1/80 erst später in der Rechtsprechung des EuGH herausgearbeitet und von der deutschen Rechtsprechung anerkannt" worden seien (Beschwerdebegründung S. 5 Abs. 3), ist auch dieser Vortrag nicht geeignet, auf eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu führen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist Art. 6 ARB 1/80 für vergangene Zeiträume nicht anders auszulegen als heute; darin liegt auch nicht etwa eine Art unzulässiger Rückwirkung (vgl. aber Beschwerdebegründung S. 12 unten). Zu der ferner noch angesprochenen Frage der "Anwendung der Stufenregelungen des Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80" (Beschwerdebegründung S. 5 Abs. 3) formuliert die Beschwerde weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung noch legt sie eine solche den Erfordernissen des § 133 Abs. 3 Satz 3 VwGO entsprechend dar; hierfür genügt es nicht, die rechtlichen Ausführungen und Schlussfolgerungen des Berufungsgerichts als unrichtig anzugreifen (zur Auslegung von Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 vgl. im Übrigen den Beschluss des Senats vom 18. März 2003 - BVerwG 1 C 2.02 - BVerwGE 118, 61).

Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 133 Abs. 5 Satz 2 Halbsatz 2 VwGO).

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO, die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren auf § 13 Abs. 1 Satz 2 GKG.

Eckertz-Höfer

Hund

Richter

Sachgebiet:

BVerwGE: nein

Ausländerrecht
Verwaltungsprozessrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

AusIG § 16
VwGO § 113, § 133 Abs. 6, § 144 Abs. 6

Stichworte:

Recht auf Wiederkehr; Ermessensreduzierung auf Null; Bindungswirkung zurückverweisender Entscheidungen; Änderung des Berufungsurteils durch Beschluss; Änderung Verpflichtungs- in Bescheidungsurteil.

Leitsatz:

Hat das Berufungsgericht unter Verstoß gegen seine Bindung an eine zurückverweisende Entscheidung erneut eine Ermessensreduzierung "auf Null" angenommen und deswegen ein Verpflichtungsurteil erlassen, so kann das verfahrensfehlerhafte Berufungsurteil auf die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch Beschluss nach § 133 Abs. 6 VwGO in ein Bescheidungsurteil geändert werden.

Beschluss des 1. Senats vom 26. März 2004 - BVerwG 1 B 79.03

I. VG Frankfurt am Main vom 14.11.2000 - Az.: VG 11 E 3889/98(2) -
II. VGH Kassel vom 02.12.2002 - Az.: VGH 12 UE 1893/02 -