

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
Beschluss vom 27.06.2013

T e n o r

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragsteller tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens als Gesamtschuldner.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000,- Euro festgesetzt.

G r ü n d e

I.

Der Antragsteller zu 1 ist albanischer Staatsangehöriger. Seine am 12. Januar 2009 in Deutschland geborene Tochter, die Antragstellerin zu 2, ist rumänische Staatsangehörige und lebt mit ihrer Mutter, ebenfalls rumänische Staatsangehörige, in P.

Den Antrag des Antragstellers zu 1, ihm zum Nachzug zu seiner Tochter eine vorläufige Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU für mindestens drei Monate auszustellen, lehnte das Landratsamt B. mit Schreiben vom 27. Februar 2013 unter Hinweis auf das Visumerfordernis gemäß § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU ab.

Den Antrag der Antragsteller auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der der Landkreis B., hilfsweise der Freistaat Bayern (vertreten durch das Landratsamt B.) verpflichtet werden soll, dem Antragsteller zu 1 eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 2 und 6 FreizügG/EU auszustellen, hat das Bayerische Verwaltungsgericht Bayreuth mit Beschluss vom 28. März 2013 abgelehnt. Der gegen den Landkreis B. gerichtete Antrag der Antragsteller sei abzulehnen, weil richtiger Antragsgegner der Freistaat Bayern als Rechtsträger des hier als Staatsbehörde (Ausländerbehörde) gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 2 LKrO handelnden Landratsamts sei. Der gegen den Freistaat Bayern gerichtete Hilfsantrag sei unabhängig davon, ob die Antragstellerin zu 2 überhaupt antragsbefugt sei und nach der inzwischen erfolgten Ausreise des Antragstellers zu 1 noch ein Anordnungsgrund bestehe, jedenfalls deshalb abzulehnen, weil der erforderliche Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht worden sei. Der Antragsteller zu 1 sei kein freizügigkeitsberechtigter Familienangehöriger seiner Tochter im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU, weil er nicht unter die in Übereinstimmung mit Art. 2 Nr. 2 Richtlinie 2004/38/EG in § 3 Abs. 2 FreizügG/EU getroffene Legaldefinition der Familienangehörigen falle. Der geltend gemachte Anspruch ergebe sich auch nicht (unmittelbar) aus Art. 20 und Art. 21 AEUV. Zwar habe der Gerichtshof der Europäischen Union wiederholt entschieden, dass dem (unionsrechtlichen) Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen würde, wenn dem

Elternteil mit Staatsangehörigkeit eines Drittstaats, der für das Kind tatsächlich sorgt, nicht erlaubt würde, sich mit diesem Kind im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, und sich deshalb unter derartigen Umständen aus denselben Vorschriften ein Aufenthaltsrecht für diesen Elternteil ergebe (EuGH, U.v. 19.10.2004 – Zhu und Chen, C-200/02 – sowie U.v. 8.11.2012 – Iida, C-40/11 – jeweils juris). Die Antragstellerin zu 2 habe mit ihrer Mutter aber einen tatsächlich für sie sorgenden Elternteil, der selbst über ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht verfüge. Sie sei somit nicht auf die tatsächliche Sorge des Antragstellers zu 1, die sie bislang in keiner Weise erfahren habe, angewiesen.

Zur Begründung ihrer Beschwerde, mit der sie ihren in erster Instanz erfolglosen Eilantrag weiterverfolgen, machen die Antragsteller im Wesentlichen geltend, der Antragsteller zu 1 sei zwar nicht Familienangehöriger der Antragstellerin zu 2 im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Richtlinie 2004/38/EG. Ihm stehe jedoch ein von der Unionsbürgerschaft der Antragstellerin zu 2 abgeleitetes Recht darauf zu, sich mit seiner Tochter im Aufnahmemitgliedstaat Bundesrepublik Deutschland aufzuhalten. Insoweit berufe er sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Sache Zhu und Chen (U.v. 19.10.2004 – C-200/02). In derselben Situation befinde sich der Antragsteller zu 1. Durch sein Nachziehen soll die tatsächliche Sorge für das Kind hergestellt werden. Ohne den Beistand des Antragstellers zu 1 sei der Unterhalt des Kindes derzeit nicht gesichert. Zu diesem Zweck solle der gemeinsame Wohnsitz der Familie im Anschluss an den Nachzug nach D. verlegt werden, wo der Antragsteller zu 1 eine Beschäftigungsmöglichkeit gefunden habe. Unter tatsächlicher Sorge sei entsprechend der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und unter Berücksichtigung der UN-Kinderkonvention stets der Beistand beider Eltern, also des Vaters und der Mutter, zu verstehen. Die vom Verwaltungsgericht vertretene Rechtsauffassung, die tatsächliche Sorge allein durch die Mutter sei ausreichend, sei danach unhaltbar. Mit der Ausreise des Antragstellers zu 1 sei der Anordnungsgrund nicht weggefallen. Denn nach den maßgeblichen allgemeinen Verwaltungsvorschriften werde der Drittstaatsangehörige an der Grenze dann nicht zurückgewiesen, wenn er nachzugsberechtigt sei. Durch seine Ausreise habe der Antragsteller zu 1 nur eine Überschreitung des 90-tägigen visumfreien Aufenthalts vermeiden wollen.

Der Antragsgegner zu 2 beantragt die Zurückweisung der Beschwerde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider Instanzen sowie der vorgelegten Behördenakten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde der Antragsteller hat in der Sache keinen Erfolg. Die zur Begründung der Beschwerde dargelegten Gründe, auf die der Verwaltungsgerichtshof nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO seine Prüfung zu beschränken hat, rechtfertigen nicht die Abänderung oder Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

Ungeachtet der schon vom Erstgericht offen gelassenen Fragen, ob die Antragstellerin zu 2 für das konkrete Eilrechtsschutzbegehren im Hinblick auf einen möglichen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch auf die Freizügigkeitsrechtsbescheinigung für den Antragsteller zu 1 entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt ist und ob nach der inzwischen erfolgten Ausreise des Antragstellers zu 1 noch eine Rechtsschutzbedürfnis für den Eilantrag besteht, ist das einstweilige Rechtsschutzbegehren sowohl im Haupt- (nachfolgend 1.) als auch im Hilfsantrag (nachfolgend 2.) jedenfalls unbegründet.

1. Der gegen den Landkreis B. gerichtete Hauptantrag ist unbegründet, weil der Landkreis nicht der richtige Antragsgegner gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO analog ist. Passiv legitimiert ist nach dieser Bestimmung der Rechtsträger der Behörde, die für den Erlass des in der Hauptsache begehrten Verwaltungsakts oder die sonstige begehrte hoheitliche Maßnahme zuständig ist. Sachlich zuständig für die Ausstellung der hier begehrten „Bescheinigung“ nach § 5 FreizügG/EU, einer aufenthaltsrechtlichen Maßnahme bzw. Entscheidung nach dem Freizügigkeitsgesetz/EU (zur Bedeutung einer Aufenthaltskarte nach § 5 Abs. 2 Satz 1 [jetzt: Abs. 1 Satz 1], einer Bescheinigung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 [jetzt: Abs. 1 Satz 2] sowie einer Daueraufenthaltskarte nach § 5 Abs. 6 Satz 2 [jetzt: Abs. 5 Satz 2] vgl. Dienelt in Renner, Ausländerrecht, Kommentar, 9. Aufl. 2011, 2. Teil, § 5 FreizügG/EU Rn. 18 ff. und 30 ff.), ist gemäß § 71 Abs. 1 AufenthG die (örtlich zuständige) Ausländerbehörde (vgl. BVerwG, U.v. 28.6.2011 – 1 C 18/10 – juris; s. auch § 5 Abs. 2 FreizügG/EU). Nach § 1 Satz 1 Nr. 1 und § 2 der Verordnung über die Zuständigkeiten zur Ausführung des Aufenthaltsgesetzes und ausländerrechtlicher Bestimmungen in anderen Gesetzen (ZustVAuslR) vom 14. Juli 2005 (GVBl S. 306) nehmen in Bayern vorbehaltlich besonderer Zuständigkeitsregelungen in §§ 3 und 4 ZustVAuslR die Kreisverwaltungsbehörden die Aufgabe der Ausländerbehörden im Sinne des § 71 Abs. 1 AufenthG und damit eine rein staatliche Aufgabe wahr. In dieser Funktion handelt das Landratsamt, wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nicht als Kreisbehörde, sondern gemäß Art. 37 Abs. 1 Satz 2 LkrO als (Verwaltungs-)Behörde des Freistaats Bayern. Richtiger Antragsgegner für das einstweilige Rechtsschutzbegehren der Antragsteller ist somit der Freistaat Bayern.

2. Auch der gegen den Freistaat Bayern gerichtete Hilfsantrag der Antragsteller ist unbegründet.

2.1. Dabei kann offen bleiben, ob dem – wie in einem Hauptsacheverfahren – auf die „Ausstellung der Bescheinigung nach § 5 Abs. 2 und 6“ (jetzt: Abs. 1 und 5) FreizügG/EU gerichteten Antrag nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO schon deshalb nicht stattgegeben werden könnte, weil damit nicht nur eine vorläufige Regelung, sondern eine im konkreten Fall unzulässige (endgültige) Vorwegnahme der Hauptsache begehrt wird (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, Kommentar, 13. Aufl. 2010, Rn. 66a ff.).

2.2. Denn den für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderlichen Anordnungsanspruch haben die Antragsteller auch bei Berücksichtigung der zur Begründung der Beschwerde dargelegten Gründe nicht glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO),

weil sich aus ihnen nicht mit der für die Glaubhaftmachung erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit ergibt, dass der Antragsteller zu 1 als sorgeberechtigter Elternteil seiner minderjährigen Tochter, der Antragstellerin zu 2, aus deren Freizügigkeitsrecht als Unionsbürgerin gemäß Art. 20 und 21 AEUV ein unionsrechtliches Aufenthaltsrecht in der Bundesrepublik Deutschland als Aufnahmemitgliedstaat auch für sich selbst herleiten kann. Davon ist auch das Verwaltungsgericht zu Recht ausgegangen.

Zwar hat der Gerichtshof der Europäischen Union bereits entschieden, dass dem Aufenthaltsrecht eines Elternteils mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats oder eines Drittstaats, der für einen minderjährigen Unionsbürger tatsächlich sorgt, jede praktische Wirksamkeit genommen würde, wenn ihm nicht erlaubt würde, sich mit diesem Bürger im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, da der Genuss des Aufenthaltsrechts durch ein Kleinkind voraussetzt, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei diesem aufhalten darf und dass es ihr demgemäß ermöglicht wird, während dieses Aufenthalts mit dem Kind zusammen im Aufnahmemitgliedstaat zu wohnen (EuGH, U.v. 19.10.2004 – Zhu und Chen, C-200/02 – juris Rn. 45 sowie U.v. 8.11.2012 – Iida, C-40/11 – juris Rn. 68). Das die Sachverhalte u.a. dieser Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union kennzeichnende gemeinsame Element, auf das sich die Antragsteller auch für ihren Fall berufen, besteht darin, dass Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über das Einreise- und Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien 2003/109/EG und 2004/38/EG (sowie 2003/86/EG) doch in einem immanenten Zusammenhang mit der Freizügigkeit eines Unionsbürgers stehen, die beeinträchtigt würde, wenn den Drittstaatsangehörigen das Recht verweigert würde, in den Mitgliedstaat, in dem dieser Bürger wohnt, einzureisen und sich dort aufzuhalten, und die daher dieser Weigerung entgegensteht (EuGH, U.v. 8.11.2012 – Iida, C-40/11 – juris Rn. 72). In derartigen Fällen ist es Aufgabe des (nationalen) Gerichts festzustellen, ob dem Betroffenen Unionsbürger (hier: der Antragstellerin zu 2) durch die Ablehnung der auf der Grundlage der Familienzusammenführung gestellten Aufenthaltsanträge der Kernbestand der Rechte, die ihnen der Unionsbürgerstatus verleiht, verwehrt wird und insbesondere die Gefahr droht, das Gebiet des Mitgliedstaats und sogar das Gebiet der Union als Ganzes (rechtlich oder de facto) verlassen zu müssen (EuGH, U.v. 6.12.2012 – O., S. und L., C-356/11 u.a. – juris Rn. 48 ff.). Für die Prüfung, ob es dem betroffenen Unionsbürger de facto unmöglich wäre, den Kernbestand der Rechte, die ihm sein Unionsbürgerstatus verleiht, in Anspruch zu nehmen, ist unter anderem die Frage nach dem Sorgerecht (hier: des Antragstellers zu 1 für seine Tochter, die Antragstellerin zu 2) von Bedeutung. Allerdings rechtfertigt die bloße Tatsache, dass es aus wirtschaftlichen Gründen oder zur Aufrechterhaltung der Familiengemeinschaft im Gebiet der Union wünschenswert erscheinen könnte, dass sich Angehörige einer Familie, die aus Drittstaatsangehörigen und einem minderjährigen Unionsbürger besteht, zusammen mit diesem im Gebiet der Union in dem Mitgliedstaat aufhalten können, für sich genommen nicht die Annahme, dass der Unionsbürger gezwungen wäre, das Gebiet der Union zu verlassen, wenn ein solches Aufenthaltsrecht nicht gewährt wird. Demgemäß hat das (nationale) Gericht alle Umstände des Einzelfalls zu prüfen, um festzustellen, ob die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts bei dem Drittstaatsangehörigen tatsächlich dazu führen kann, die Unionsbürgerschaft

des betroffenen Unionsbürgers seiner praktischen Wirksamkeit zu berauben (EuGH, U.v. 6.12.2012 – O., S. und L., C-356/11 u.a. – juris Rn. 51 ff.).

Gemessen an diesen Grundsätzen hat das Verwaltungsgericht in der angefochtenen Entscheidung zu Recht festgestellt, dass das Freizügigkeitsrecht der Antragstellerin zu 2 nach dem Vorbringen der Antragsteller nicht mit der für die Glaubhaftmachung erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit in einer Weise betroffen wird, die der Unionsbürgerschaft der Antragstellerin zu 2 die praktische Wirksamkeit nehmen würde. Dies ergibt sich aus Folgendem: Der Antragsteller hat offensichtlich erst im Dezember 2009 aus der Haft heraus die Vaterschaft zu seiner am 12. Januar 2009 geborenen Tochter anerkannt und ausweislich der Akten erst am 10. Januar 2011 vor dem Jugendamt M. mit Zustimmung der Mutter eine Erklärung zum gemeinsamen Sorgerecht abgegeben. Er hat nach Aktenlage zudem bisher weder mit seiner Tochter und deren Mutter in familiärer Gemeinschaft gelebt noch finanziell oder in sonstiger Weise die elterliche Sorge für die Antragstellerin zu 2 tatsächlich ausgeübt. Ausweislich der von Antragstellerseite im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Leistungsbewilligungen nach dem SGB II für die Antragstellerin zu 2 und ihre Mutter leben diese vielmehr nach wie vor in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit einem Dritten, dem bosnischen Staatsangehörigen M. B., zusammen. Die auch im Beschwerdeverfahren nicht substantiierte Behauptung, der Antragsteller zu 1 wolle nunmehr „gemeinsam mit der Kindesmutter das Recht der elterlichen Sorge ausüben“, nach seinem „Nachzug“ ins Bundesgebiet mit beiden in D. den gemeinsamen Wohnsitz nehmen sowie für den Unterhalt der Antragstellerin zu 2 aufkommen, genügt demgegenüber nicht. Ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem minderjährigen Unionsbürger (Antragstellerin zu 2) und dem Drittstaatsangehörigen (Antragsteller zu 1), dem ein Aufenthaltsrecht verweigert wird, das die praktische Wirksamkeit der Unionsbürgerschaft beeinträchtigen kann, so dass sich der Unionsbürger als Folge einer solchen Verweigerung de facto gezwungen sähe, nicht nur das Gebiet des Mitgliedstaats zu verlassen, sondern auch das Gebiet der Union als Ganzes (EuGH, U.v. 6.12.2012 – O., S. und L., C-356/11 u.a. – juris Rn. 56), ist von den Antragstellern damit weder glaubhaft gemacht noch für den Senat sonst ersichtlich. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang im Übrigen auch darauf hingewiesen, dass aufgrund des unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts der Antragstellerin zu 2 und ihrer Mutter, die bisher die elterliche Sorge für die Antragstellerin zu 2 allein wahrgenommen hat, eine rechtliche Verpflichtung, das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland und insbesondere das Gebiet der Union als Ganzes zu verlassen, nicht besteht. Ob der Unterhalt des Kindes tatsächlich ohne „den Beistand des Vaters derzeit nicht gesichert“ ist, ist nach alledem vorliegend nicht mehr entscheidungserheblich.

Die Frage, ob und gegebenenfalls welche Folgerungen sich für ein eventuelles nationales Aufenthaltsrecht des Antragstellers zu 1 (z.B. nach § 25 Abs. 5 AufenthG) aus dem Recht der Antragsteller auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK oder Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sowie aus Art. 24 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergeben können, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Die Beschwerde war daher mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 2, § 159 Satz 2 VwGO zurückzuweisen.

Die Festsetzung des Streitwerts ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 39 Abs. 1, § 45 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).