

**Sachgebiet** 1/3 Europarecht  
2/21 Einstweilige Anordnung  
5/1/2 Aufenthaltserlaubnis  
**Normen** AufenthG § 14 Abs. 1 Nr. 2  
AufenthG § 5 Abs. 2  
AufenthG § 104 Abs. 3  
VwGO § 123  
AAZuVO § 8

**Schlagworte** Visaverordnung  
Unerlaubte Einreise  
Visumpflicht  
Kindernachzug

**Leitsatz**

1. Ein Staatsangehöriger eines in der Liste in Anhang II der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 vom 15.03.2001 (EG-VisaVO) aufgeführten Drittlands, der von der Visumpflicht für einen Aufenthalt, der insgesamt drei Monate nicht übersteigt, befreit ist, reist unerlaubt ein, wenn er schon bei der Einreise über die Außengrenze der Europäischen Union die Absicht hat, länger als drei Monate im Geltungsbereich der Verordnung zu bleiben (hier: Kindernachzug).

2. Ist statt des beantragten vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO Eilrechtsschutz nur nach § 123 VwGO statthaft, weil der Antrag auf Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis gegenüber der Ausländerbehörde keine der Fiktionen im Sinne des § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG ausgelöst hat, so bleibt für das auf Aussetzung der Abschiebung zur Sicherung des Verfahrens auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gerichtete Begehren die untere Ausländerbehörde in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 71 Abs. 5 AsylVfG auch dann passiv legitimiert, wenn die Abschiebung von der Mittelbehörde eines anderen Rechtsträgers in eigener Zuständigkeit durchgeführt wird.

VGH Baden-Württemberg

Beschluss vom 14.09.2011 11 S 2438/11

**Vorinstanz** VG Stuttgart

(Az. 2 K 1894/11)

**Rechtskraft** ja

Vorblatt mit Leitsatz

VENZA-Blatt ohne Leitsatz



# VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

## B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache

1.

2.

3.

- Antragsteller -  
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:

- zu 1, 2, 3 -

gegen

Landeshauptstadt Stuttgart - Amt für öffentliche Ordnung -,  
vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Eberhardstraße 39, 70173 Stuttgart, Az: 32-41.3

- Antragsgegnerin -  
- Beschwerdegegnerin -

wegen Aufenthaltserlaubnis;  
hier: Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz

hat der 11. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Funke-Kaiser, den Richter am Verwaltungsgerichtshof Prof. Dr. Bergmann und die Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Bauer

am 14. September 2011

beschlossen:

Soweit der Antragsteller zu 1 seine Beschwerde gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 29. Juli 2011 - 2 K 1894/11 - zurückgenommen hat, wird das Beschwerdeverfahren eingestellt.

Die Beschwerden der Antragsteller zu 2 und 3 gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 29. Juli 2011 - 2 K 1894/11 - werden zurückgewiesen.

Die Antragsteller tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird - unter Abänderung der Streitwertfestsetzung des Verwaltungsgerichts - für beide Rechtszüge auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

### **Gründe**

I. Nachdem der Antragsteller zu 1 die Beschwerde zurückgenommen hat (vgl. die Schriftsätze vom 06.09.2011 und 14.09.2011), ist sein Beschwerdeverfahren einzustellen (§§ 126 Abs. 1 Satz 1, 92 Abs.1 Satz 1, Abs. 3 VwGO entsprechend).

II. Die Beschwerden der Antragsteller zu 2 und 3 gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 29.07.2011, mit dem ihre Anträge auf vorläufigen Abschiebungsschutz abgelehnt worden sind, sind zwar fristgerecht eingelegt (§ 147 Abs. 1 VwGO) und begründet worden (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) und auch sonst zulässig. Die Beschwerden haben jedoch keinen Erfolg. Die von den Antragstellern zu 2 und 3 vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung das Beschwerdeverfahren beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), gebieten keine andere Entscheidung.

1. Die in den Beschwerdeverfahren gestellten Anträge auf Gewährung vorläufigen Abschiebungsschutzes nach § 123 VwGO sind zulässig.

a. Die Antragsteller zu 2 und 3 haben erstinstanzlich ausdrücklich nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO den Antrag gestellt, die aufschiebende Wirkung ihrer Widersprüche gegen die Verfügungen der Antragsgegnerin vom 18.04.2011 anzuordnen. Mit diesen Bescheiden hat die Antragsgegnerin die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt und ihnen die Abschiebung nach Kroatien angedroht. Soweit nunmehr stattdessen in der Beschwerde Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO begehrt wird, ist dies ausnahmsweise zulässig. Zwar ist aufgrund des „Auseinandersetzungsgebots“ des § 146 Abs. 4 Satz 3 VwGO im Beschwerdeverfahren eine Änderung oder Erweiterung des Streitgegenstands grundsätzlich nicht zulässig; eine Ausnahme ist aber dann zu machen, wenn - wie hier - bei identischem Sachverhalt nur deshalb von einem Antrag nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auf einen solchen nach § 123 Abs. 1 VwGO übergegangen wird, weil der ursprüngliche Antrag von vornherein bzw. als Ergebnis der Prüfung des Verwaltungsgerichts nicht statthaft gewesen ist. Ob vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 VwGO oder § 123 VwGO zu suchen ist, hängt im vorliegenden Fall allein davon ab, ob der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis gegenüber der Ausländerbehörde eine Rechtsfolge im Sinne des § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG ausgelöst hat. In den im Aufenthaltsrecht typischerweise vorkommenden Konstellationen, in denen nach Ablehnung des Antrags auf Erteilung oder Verlängerung eines Aufenthaltstitels rechtlich und / oder tatsächlich strittig ist, ob mit der Antragstellung die Fortbestandsfiktion (§ 81 Abs. 4 AufenthG), die Erlaubnisfiktion (§ 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG) oder die Duldungsfiktion (§ 81 Abs. 3 Satz 2 AufenthG) eingetreten ist, würde der Eilrechtsschutz unnötig erschwert, wenn man ungeachtet des unveränderten Streitstoffs eine Antragsänderung in der Beschwerdeinstanz für unzulässig erachten würde (vgl. näher Senatsbeschluss vom 04.08.2010 - 11 S 1376/10 - juris Rn 3; Quaas/Zuck, Prozesse in Verwaltungssachen, 2. Aufl. 2011, § 4 Rn 348; GK-AufenthG, § 81 Rn 60 ff.).

b. Im vorliegenden Verfahren richtet sich der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO, denn der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug der Antragsteller zu 2 und 3, die bisher nicht im Besitz eines Aufenthaltstitels gewesen sind, hat die Wirkungen nach § 81 Abs. 3 AufenthG nicht ausgelöst.

Das Verwaltungsgericht hat ausgehend von seinen tatsächlichen Annahmen ausgeführt, dass der am 10.01.2011 durch den früheren Prozessbevollmächtigten gestellte Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels zum Kindernachzug für den 18.07.2002 geborenen Antragsteller zu 2 und den am 12.12.2004 geborenen Antragsteller zu 3, die beide kroatische Staatsangehörige sind, nicht die Erlaubnisfiktion nach § 81 Abs. 3 AufenthG ausgelöst habe und vorläufiger Rechtsschutz daher nur im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO in Betracht komme. Auch im Rahmen der summarischen Prüfung im Eilverfahren sei die Behauptung des Antragstellers zu 1 widerlegt, man habe erst nach Einreise der Antragsteller zu 2 und 3 zu Besuchszwecken den Entschluss zum Daueraufenthalt gefasst. Sein Vorbringen, er habe die Kinder ohne die Kindesmutter Frau S. allein geholt, sei anhand der übereinstimmenden Aus- und Einreisestempel (06.09. und 08.09.2010) in seinem eigenen bosnischen Pass und dem kroatischen Reisepass von Frau S. entkräftet. Die Einreise der Kinder sei zwischen dem 08. und dem 09.09.2010 gemeinsam mit den Eltern erfolgt, da der Antragsteller zu 1 und Frau S. am 10.09.2010 die gemeinsame Sorgerechtsklärung in Deutschland abgegeben hätten. Demgegenüber scheide eine Einreise bereits im August 2010 nicht nur wegen fehlender dazu passender Stempel im Pass des Antragstellers zu 1 aus, sondern vor allem wegen der von ihm vorgelegten Schulbescheinigung einer serbischen Schule vom 06.09.2010, die dem Antragsteller zu 2 einen Schulbesuch bis 31.08.2010 bescheinige. Da der Antragsteller zu 1 seine Kinder jedoch bereits am 12.08.2010 - also vor der Einreise - mit ihrem Wohnsitz in S. angemeldet habe, sei offensichtlich, dass schon vor der Einreise die dauerhafte Übersiedlung nach Deutschland beabsichtigt gewesen und vorbereitet worden sei.

Die tatsächlichen Annahmen des Verwaltungsgerichts und seine Schlussfolgerung, dass die Antragsteller zu 2 und 3 unter Verstoß gegen § 6 Abs. 4 AufenthG eingereist seien, weil ihr Aufenthalt von Anfang an nicht Besuchszwecken, sondern einem Daueraufenthalt dienen sollte, werden durch das Beschwerdevorbringen nicht in Frage stellt. Auch mit Rücksicht darauf, dass Kroatien zu den im Anhang II der EG-VisaVO aufgeführten Staaten gehört,

deren Staatsangehörige bei Überschreiten der Außengrenzen der EU von der Visumpflicht für einen Aufenthalt, der insgesamt drei Monate nicht überschreitet, befreit sind (vgl. § 15 AufenthV), sind ihre Einreise und ihr weiterer Verbleib im Bundesgebiet zu keinem Zeitpunkt aufenthaltsrechtlich legal gewesen, so dass allein der Antrag nach § 123 VwGO statthaft ist.

Nach Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, vom 15.03.2001 in der zum Zeitpunkt der Einreise der Antragsteller zu 1 und 2 gültigen Fassung vom 30.11.2009 (ABl. Nr. L 336 vom 18.12.2009), sind Staatsangehörige der in der Liste in Anhang II aufgeführten Drittländer von der Visumpflicht nach Absatz 1 für einen Aufenthalt, der insgesamt drei Monate nicht überschreitet, befreit. Nach dem Wortlaut der Befreiungsvorschrift könnte selbst bei der schon bei Überschreitung der EU-Außengrenze bestehenden Absicht, länger als drei Monate im Geltungsbereich der Verordnung zu verbleiben, diesen insoweit überschießenden subjektiven Vorstellungen keine Bedeutung beizumessen sein mit der Folge, dass der Aufenthalt erst bei objektiver Überschreitung der Drei-Monatsgrenze illegal würde (im Sinne einer Bestimmung der Erforderlichkeit eines Visums zur Einreise in die EU nur anhand objektiver Kriterien vgl. etwa HTK-AuslR, § 14 zu Abs. 1 Nr. 2, 3/2009, Nr. 3.1; Hailbronner, AuslR, § 14 Rn 11 ff., 18 ff. Hofmann/Hoffmann, AuslR, 2008, § 14 Rn 8). Inhalt und Reichweite des Befreiungstatbestands werden jedoch nicht allein durch den Wortlaut, sondern vor allem durch den Kontext der Regelung, insbesondere die der Visa-Verordnung zugrunde liegende Normierungskompetenz bestimmt. Die Verordnung beruht auf Art. 62 Nr. 2 lit. b) Ziffer i) des zum 01.12.2009 außer Kraft getretenen Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (vgl. auch Erwägungsgrund (1) der Visa-Verordnung). Nach dieser - für die hier vorzunehmende Auslegung nach wie vor maßgeblichen - Ermächtigungsgrundlage kann der Rat die Vorschriften für Visa „für geplante Aufenthalte von bis zu drei Monaten“ beschließen. Das Visum ist in Art. 2 EG-VisaVO als Genehmigung für die Einreise zum Zwecke eines Aufenthalts, der drei Monate nicht überschreitet, definiert. Dieser Wort-

laut folgt aus der Begrenztheit der dem Rat hier (früher) zukommenden Regelungskompetenz, der dadurch gekennzeichnet ist, dass er nur den Einreiseprozess und diesen nur für einen zeitlich begrenzten Aufenthaltsweg umfasst (vgl. HessVGH, Beschluss vom 29.09.2003 - 12 TG 2339/03 - juris Rn 15). Die bei den Antragstellern zu 2 und 3 bzw. deren Eltern bereits bei der Einreise in die Europäische Union bestehende Absicht, zum Familiennachzug - und damit auf Dauer - in das Bundesgebiet zu kommen, lässt daher die Visumsfreiheit für die Einreise entfallen; sie sind nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und § 6 Abs. 4 AufenthG unerlaubt eingereist (GK-AufenthG, §14 Rn 10.1 ff.; Westphal/Stoppa, Ausländerrecht für die Polizei, 3. Aufl. 2007, S. 223; Renner/Dienelt, AuslR, 9. Aufl. 2011, § 14 Rn 14; ebenso Nr. 14.1.2.1.1.7.1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum AufenthG, abgedr. bei Renner, a.a.O. vor Rn 1 zu § 14).

Aus § 16 AufenthG i.V.m. der deutsch-kroatischen Vereinbarung über die Aufhebung der Visumpflicht (Bekanntmachung vom 27.05.1998, BGBl. 1998 II, S. 1388) folgt nichts anderes. Denn danach können kroatische Staatsangehörige nur dann ohne Visum in die Bundesrepublik Deutschland einreisen und sich dort aufhalten, wenn sie nicht beabsichtigen, sich länger als drei Monate im Bundesgebiet aufzuhalten oder dort eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Aufgrund der von Anfang an bestehenden Absicht, sich in Deutschland zukünftig auf Dauer aufzuhalten, greift diese Privilegierung im Fall der Antragsteller zu 2 und 3 nicht ein.

c. Dem nach § 123 Abs. 1 VwGO geltend gemachten Begehren der Antragsteller zu 2 und 3, sie einstweilen bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens bzw. eines sich anschließenden Klageverfahrens nicht abzuschieben, steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin für die Aussetzung der Abschiebung nicht originär zuständig ist, sondern diese in die Kompetenz des Landes fällt (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 1 AAZuVO). Auch wenn die Abschiebung von dem Regierungspräsidium in eigener Zuständigkeit und nicht im Wege der Amtshilfe (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG) vollstreckt wird, ändert das aber im Grundsatz nichts daran, dass in der vorliegenden Konstellation die einstweilige Anordnung der Sicherung des bei der unteren Auslän-

derbehörde geführten Verfahrens dient (vgl. hierzu auch Renner/Dienelt, AuslR, a.a.O., § 81 Rn 43 ff.; Quaas/Zuck, a.a.O., § 4 Rn 405) und diese in der Verantwortung steht. Insoweit ist die Ausgangslage eine andere als bei der unter Berufung auf Duldungsgründe nach § 60a AufenthG begehrten Aussetzung der Abschiebung und der Sicherung dieses Verfahrens zur Erteilung einer Duldung mittels eines Antrags nach § 123 VwGO, der sich nur gegen das Land Baden-Württemberg als dem Rechtsträger des hierfür zuständigen Regierungspräsidiums richten kann. Mit dem vorliegenden Eilantrag soll die weitere Anwesenheit der Antragsteller zu 2 und 3 für die Dauer des Verfahrens in der Hauptsache gesichert werden. Vor diesem Hintergrund ist diese aus der Verwaltungskompetenz fließende Verantwortung der unteren Ausländerbehörde konsequent fortzuführen und hier - modifiziert - das Sicherungsverfahren ihr gegenüber durchzuführen mit der Folge, dass eine Auswechslung auf Seiten des Antragsgegners nicht erforderlich ist. Für eine solche Sicherung ohne Beteiligtenwechsel sprechen auch pragmatische Gesichtspunkte. In den Fällen, in denen die Frage des Eintritts der Rechtsfolgen des § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG nicht ohne weiteres zu beantworten oder umstritten ist, entspricht es der Praxis der Verwaltungsgerichte, das Rechtsschutzbegehren selbst bei von Anfang an anwaltlich vertretenen Antragstellern inhaltlich sowohl nach § 80 Abs. 5 VwGO als auch nach § 123 VwGO zu prüfen. Würde man in jedem Fall, in dem die untere Ausländerbehörde nicht das Land Baden-Württemberg ist, eine Umstellung oder Erweiterung des Antrags auf das Land verlangen, würde hierdurch der gerichtliche Eilrechtsschutz unnötig verkompliziert, – zumal das Regierungspräsidium aufgrund des Verfahrensstands häufig mit dem dem ablehnenden Verwaltungsakt zugrunde liegenden Fall noch nicht vertraut sein kann.

Es bietet sich in diesem Zusammenhang an, eine „Anleihe“ beim Asylfolgeverfahren zu machen und den Rechtsgedanken des § 71 Abs. 5 AsylVfG aufzugreifen. Es ist in Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannt, dass im Falle einer negativen formlosen Mitteilung des Bundesamts an die in eigener Zuständigkeit vollstreckende Ausländerbehörde, dass kein weiteres Asylverfahren durchgeführt wird, der vorläufige Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO gegenüber dem Bundesamt zu suchen ist mit dem Antragsziel, dem

Bundesamt aufzugeben, der Ausländerbehörde mitzuteilen, dass vorläufig aufgrund der negativen Mitteilung nicht vollstreckt werden darf; entsprechendes gilt, wenn das Bundesamt bereits den Bescheid selbst übersandt hat, mit dem die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens abgelehnt worden ist (vgl. hierzu GK-AsylVfG, § 71 Rn 315 f.). Lediglich in zugespitzten Situationen, in denen effektiver Rechtsschutz gegenüber der unteren Ausländerbehörde nicht mehr zu erlangen ist, ist der Antrag ausnahmsweise wegen Art. 19 Abs. 4 GG gegenüber der abschiebenden Behörde statthaft.

Ausgehend hiervon legt der Senat den mit Schriftsatz vom 06.09.2011 formulierten Antrag, der Antragsgegnerin einstweilen zu untersagen, die Antragsteller zu 2 und 3 bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens bzw. eines anschließenden Klageverfahrens abzuschieben, sachdienlich dahin aus, dass die Antragsteller zu 2 und 3 gegenüber der unteren Ausländerbehörde beantragen, dem Regierungspräsidium mitzuteilen, dass vorläufig eine Abschiebung auf der Grundlage der Verfügungen vom 18.04.2011 nicht durchgeführt werden darf. Soweit der Senat in der Vergangenheit in Fällen, in denen nach abgelehnter Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltserlaubnis mangels Eintritts einer der Fiktionswirkungen des § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG Rechtsschutz nur nach § 123 Abs. 1 VwGO statthaft und Rechtsträger der unteren Ausländerbehörde nicht das Land Baden-Württemberg gewesen ist, eine fehlende Passivlegitimation der Antragsgegnerin hinsichtlich einer begehrten Aussetzung der Abschiebung angenommen hat, hält er hieran nicht fest.

2. Die Antragsteller zu 2 und 3 haben keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht. Das Verwaltungsgericht hat im Einzelnen ausgeführt, weshalb die Voraussetzungen für einen Rechtsanspruch nach § 32 Abs. 1 bis 3 AufenthG nicht vorliegen und die Ablehnung nach § 32 Abs. 4 AufenthG ermessensfehlerfrei erfolgt ist. Mit ihrer Beschwerde rügen die in den Jahren 2002 und 2004 geborenen Antragsteller zu 2 und 3 ausschließlich, dass der Kinderzuschlag zu ihrem Vater, der seit dem Jahre 1998 im Besitz einer Aufenthaltserlaubnis sei, weder von der Antragsgegnerin noch vom Verwaltungsgericht

nach § 104 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 20 AuslG geprüft worden sei und der Kindernachzug zum Vater nach § 20 AuslG in Betracht komme.

Das Begehren der Antragsteller zu 2 und 3 auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 20 AuslG dürfte kein selbstständiger Streitgegenstand sein, sondern lediglich die Berufung auf eine weitere Rechtsgrundlage für ein einheitliches prozessuales Begehren (vgl. zu dieser Unterscheidung näher BVerwG, Urteil vom 01.11.2011 - 1 C 22.09 - juris Rn 20). Die Mutter der Antragsteller zu 2 und 3, die kroatische Staatsangehörige ist und über kein Aufenthaltsrecht im Bundesgebiet verfügt, und der nichteheliche Vater der Kinder haben durch ihren früheren Prozessbevollmächtigten am 10.01.2011 die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug beantragt und dies unter anderem damit begründet, dass es dem Kindeswohl am besten entspreche, wenn die Kinder zukünftig bei ihrem über eine Niederlassungserlaubnis verfügenden Vater im Bundesgebiet leben würden. Damit ist - ungeachtet dessen, dass der Antrag ausdrücklich (nur) § 32 AufenthG nennt - der Lebenssachverhalt „familienbedingte Aufenthaltserlaubnis zum Kindernachzug“ umfassend zur Entscheidung unterbreitet worden. Der Streitgegenstand eines Verfahrens auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wird bestimmt und begrenzt durch die Aufenthaltsw Zwecke, aus denen der Ausländer seinen Anspruch herleitet (vgl. zum Trennungsprinzip BVerwG, Urteil vom 22.06.2011 - 1 C 5.10 - juris Rn 10 und Urteil vom 04.09.2007 - 1 C 43.06 - juris Rn 12). Die Antragsteller zu 2 und 3 stützen ihr Begehren in tatsächlicher Hinsicht ausschließlich auf familiäre Gründe in Gestalt des Kindernachzugs. § 104 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 20 AuslG knüpft insoweit nicht an einen anderen Grund rechtlicher oder tatsächlicher Art an, sondern führt im Wege einer Übergangsregelung eine „Meistbegünstigung für Kindernachzug“ ein. Für Ausländer, die sich - wie der Vater der Antragsteller zu 2 und 3 - vor dem 01.01.2005 rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten haben, erklärt § 104 Abs. 3 AufenthG für den Nachzug der vor diesem Zeitpunkt geborenen Kinder die bisherige Regelung des § 20 AuslG 1990 in der zuletzt gültigen Fassung für weiterhin anwendbar, falls nicht das Aufenthaltsgesetz eine günstigere Regelung gewährt. Anlass für diese Sonderregelung beim Kindernachzug war das Bemühen, Ausländer durch die gesamte Rechtsänderung nicht schlechter

zu stellen, die sich darauf in ihrer Lebensplanung nicht einstellen konnten (Renner/Dienelt, AuslR, a.a.O., § 104 Rn 12 ff.; GK-AufenthG, § 104 Rn. 9 ff.). § 104 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 20 AuslG entsprechen daher aus ihrer Funktion heraus dem Aufenthaltzweck, der § 32 AufenthG zugrunde liegt. Ist über den Streitgegenstand durch die Behörde nur unvollständig entschieden worden, kann der weitere Aufenthalt in der vorliegenden Konstellation, in der der Antrag nicht die Wirkungen nach § 81 Abs. 3 oder Abs. 4 AufenthG herbeigeführt hat, grundsätzlich durch § 123 VwGO gesichert werden; entsprechendes würde im übrigen auch dann gelten, wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen davon ausginge, die Antragsteller zu 2 und 3 hätten unterschiedliche Streitgegenstände im Verwaltungsverfahren unterbreitet (Renner/Dienelt, a.a.O., § 81 Rn 42 ff. und § 4 Rn 38 ff.).

Für den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist aber nicht ausreichend, dass die Antragsteller zu 2 und 3 sich lediglich darauf berufen, die Antragsgegnerin habe im Verwaltungsverfahren eine für ihr Begehren maßgebliche Rechtsgrundlage nicht geprüft. Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anordnungsanspruchs im Sinne des materiellen Rechts müssen glaubhaft gemacht werden (§ 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO); hieran fehlt es jedoch. Es ist auch nicht ersichtlich, dass sich das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Legalisierung des Aufenthalts nach § 104 Abs. 3 i.V.m. § 20 AuslG aufdrängen würde. Die Mutter der Kinder besitzt keinen Aufenthaltstitel für das Bundesgebiet, so dass ein Rechtsanspruch nach § 20 Abs. 2 AuslG von vornherein ausscheidet. Zwar kann bei noch nicht 16 Jahre alten Kindern nach § 20 Abs. 3 Satz 1 AuslG im Ermessenswege vom Erfordernis des Aufenthaltstitels auch des anderen Elternteils abgesehen werden, wenn die Eltern nicht verheiratet sind; es ist jedoch nicht offensichtlich, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 AuslG vorliegen. Das Verwaltungsgericht hat ausdrücklich die beschränkt erscheinenden Wohnverhältnisse sowie die Frage der Sicherung des Lebensunterhalts durch den selbstständig erwerbstätigen Vater der Kinder für klärungsbedürftig erachtet. Es hat diesen Aufklärungsbedarf zurecht angenommen. So ermöglichen die bislang vorgelegten Unterlagen zum Einkommen des Vaters keine verlässliche Aussage über die Sicherung des Lebensunterhalts. § 20 Abs. 3 Satz 2

AuslG kommt nicht zur Anwendung, weil die dortige Regelung nur für ein Kind gilt, das sich seit fünf Jahren rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Die ebenfalls im Ermessen der Ausländerbehörde stehende Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 Abs. 4 AuslG - sofern man sie überhaupt für unter 16 Jahre alte Kinder für anwendbar erachtet - setzt ebenfalls die Erfüllung der Anforderungen des § 17 AuslG voraus. Im Übrigen liegt die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 104 Abs. 3 AufenthG i.V.m. § 20 AuslG auch deshalb „nicht auf der Hand“, weil die Antragsteller zu 2 und 3 die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht erfüllen. Das Verwaltungsgericht hat es nicht beanstandet, dass die Antragsgegnerin hiervon nach § 5 Abs. 2 Satz 1 AufenthG nicht abgesehen hat. Es hat ausgeführt, es sei nicht ersichtlich, weshalb den Antragstellern zu 2 und 3 die Nachholung des Visumsverfahrens vom Ausland aus nicht zumutbar sei. Inzwischen sei das Schuljahr beendet, so dass auch für die Kinder nach nur einjähriger Abwesenheit eine Reintegration in das Schulsystem Serbiens oder Kroatiens möglich sei. Auf die im vergangenen Jahr erbrachten Integrationsleistungen könnten sie sich nicht berufen, da diese durch Täuschung ihrer Eltern ermöglicht worden sei, die sie sich zurechnen lassen müssten. Dem hält die Beschwerde lediglich entgegen, dass das Visumsverfahren zu einer Zeitverzögerung führen würde, so dass die im privaten und öffentlichen Interesse liegende ordnungsgemäße Einschulung der Kinder nicht möglich wäre. Damit ist jedoch die Unzumutbarkeit der Nachholung des Visumsverfahrens nicht dargelegt. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin in den angefochtenen Verfügungen mit Blick auf die bereits in der Vergangenheit erfolglos gebliebenen Bemühungen zum Nachzug der Kinder ausgeführt, dass Einreise- und Aufenthaltsvorschriften bewusst missachtet worden seien und daher § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nicht eingreife. Soll das Visumverfahren als wichtiges Steuerungsinstrument der Zuwanderung seine Funktion wirksam erfüllen können, sind derartige Erwägungen der Behörde nicht zu beanstanden (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 11.01.2011 - 1 C 23.09 - juris Rn 34). Selbst wenn man im Übrigen der Auffassung wäre, für den unter Berufung auf § 104 Abs. 3 AufenthG geltenden gemachten Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 20 AuslG wären nicht die Regelerteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG maßgebend sondern §§ 8, 9 AuslG 1990, ergäbe sich für

die Antragsteller zu 2 und 3 keine günstigere Entscheidung. Auch in diesem Fall würde der Visumsverstoß der Erteilung eines Aufenthaltstitels entgegenstehen (vgl. insoweit §§ 8 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 AuslG).

3. Soweit die Antragsteller zu 2 und 3 mit ihren Beschwerden auch beantragen, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihnen Duldungen bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens bzw. eines anschließenden Klageverfahrens zu erteilen, bleibt dies ebenfalls ohne Erfolg. Abgesehen davon, dass das Begehren auf vorläufige Sicherung ihres Aufenthalts erfolglos bleibt (vgl. vorstehend 2.) und auch nicht vorgetragen oder offensichtlich ist, dass den Antragstellern zu 2 und 3 Duldungsgründe nach § 60a Abs. 2 Satz 1 oder 3 AufenthG zur Seite stünden, ist die Antragsgegnerin für den geltenden gemachten Anspruch nicht passiv legitimiert (vgl. § 8 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 sowie § 10 AAZuVO).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 2, § 154 Abs. 2 und § 159 Satz 1 VwGO sowie § 100 Abs. 1 ZPO.

IV. Die Streitwertfestsetzung und -änderung finden ihre Grundlage in § 63 Abs. 2 und 3, § 47 sowie § 53 Abs. 2 und § 52 Abs. 1 sowie § 39 Abs. 1 GKG. Dass hier ein Fall subjektiver Antragshäufung vorliegt, hat nicht zur Folge, dass für das Begehren des Antragstellers zu 1 ein eigenständiger Wert im Sinne des § 52 Abs. 1 GKG i.V.m. § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG anzunehmen und dieser mit den für die Antragsteller zu 2 und 3 jeweils anzusetzenden 2.500 EUR zu addieren wäre. Der Antragsteller begehrt im Interesse der familiären Lebensgemeinschaft eine Aufenthaltserlaubnis für die Antragsteller zu 2 und 3. In einem solchen Fall ist von einem wirtschaftlich einheitlichen Streitgegenstand auszugehen, so dass sich die Antragstellung durch den Antragsteller zu 1 nicht streitwerterhöhend auswirkt (Kopp/Schenke, VwGO, 17. Aufl. 2011, Anhang § 164 Rn 11; vgl. auch Senatsbeschluss vom 14.12.2005 - 11 S 2791/04 - juris Rn 25).

Der Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs.1 VwGO.

Funke-Kaiser

Prof. Dr. Bergmann

Dr. Bauer