

Titel:

Kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Familiennachzug

Normenkette:

AufenthG § 5, § 32 Abs. 3, § 50 Abs. 1, § 51 Abs. 1

AufenthV § 39

GG Art. 6

Leitsatz:

Wer als Angehöriger eines Drittlandes, dessen Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, schon vor der Einreise zu vorgeblich touristischen Zwecken bzw. einem zeitlich beschränkten Besuch bei einem Elternteil in Wahrheit einen Daueraufenthalt beabsichtigt, bedarf für den Zweck des Zuzugs zu diesem Elternteil vorab eines Visums. (Rn. 35) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Familiennachzug, Einreise ohne Visum, Nachholung des Visumsverfahrens, Visum

Rechtsmittelinstanz:

VGH München, Beschluss vom 18.06.2021 – 10 CS 21.1076

Fundstelle:

BeckRS 2021, 20840

Tenor

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Der Streitwert wird auf 2.500,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Die am 19. Dezember 2004 geborene Antragstellerin ist serbische Staatsangehörige. Sie wendet sich gegen die vollziehbare Ausreisepflicht aufgrund der Ablehnung ihres Antrags auf Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung zum Familiennachzug.

2

Die Antragstellerin reiste am 20. September 2020 in das Bundesgebiet zu ihrem Vater in die Stadt V. (Landkreis Pfaffenhofen) ein. Dort meldete ihr Vater sie am 30. September 2020 mit Wohnsitz bei ihrem Vater an.

3

Mit Schriftsatz des Bevollmächtigten vom 16. Dezember 2020 beantragte sie ein Aufenthaltsrecht für die Bundesrepublik Deutschland mit Wohnadresse beim Vater. Grund für die Einreise sei, dass die Antragstellerin sich mit ihrer Mutter nicht mehr verstehe, zwischen beiden bestehe ein schweres Zerwürfnis. Die Mutter wolle die Antragstellerin nicht mehr aufnehmen. Die Antragstellerin solle bei ihrem Vater bleiben. Nach Aufforderung durch das Landratsamt wurden am 27. Januar 2021 eine Heiratsurkunde der Eltern, die Geburtsurkunde der Antragstellerin, eine Einverständniserklärung der Mutter der Antragstellerin zum Verbleib der Tochter in Deutschland, sowie Ausweisablichtungen der Mutter vorab per Mail vorgelegt, die Originale gingen dem Landratsamt am 29. Januar 2021 zu.

4

Nach vorheriger Anhörung lehnte das Landratsamt mit Bescheid vom 28. Januar 2021 den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis der Antragstellerin ab (Nr. 1 des Bescheids), verpflichtete die

Antragstellerin, die Bundesrepublik innerhalb von sieben Tagen nach Zustellung dieses Bescheids, im Fall der Anordnung der aufschiebenden Wirkung innerhalb von sieben Tagen nach Wiedereintritt der Vollziehbarkeit zu verlassen (Nr. 2), drohte ihr für den Fall der nicht fristgerechten Ausreise die Abschiebung nach Serbien oder einen anderen Staat, in den sie einreisen dürfe oder der zu ihrer Rückübernahme verpflichtet sei, an (Nr. 3) und untersagte die Wiedereinreise in die Bundesrepublik Deutschland für ein Jahr, soweit die Ausreise nicht innerhalb der genannten Frist erfolge (Nr. 4).

5

Zur Begründung wird ausgeführt, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis sei an die Erfüllung der allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 AufenthG gebunden. Dabei sei insbesondere erforderlich, dass der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist sei und die notwendigen Angaben im Visumsantrag gemacht habe. Die Antragstellerin sei nicht mit dem erforderlichen Visum eingereist. Als serbische Staatsangehörige habe sie sichtvermerkfrei zu Besuchszwecken einreisen und sich hier vorübergehend für bis zu 90 Tage aufhalten dürfen. Die Antragstellerin sei mutmaßlich am 20. September 2020 hier eingereist, was sich über einen Einreisestempel vom selben Tag nach Ungarn ergebe. Der Zeitraum von 90 Tagen ab Einreise habe somit am 18. Dezember 2020 geendet. Der visumsfreie Aufenthalt der Antragstellerin sei nicht rechtmäßig gewesen, da von Anfang an ein längerfristiger Aufenthalt beabsichtigt gewesen sei. Die Antragstellerin sei bereits unmittelbar nach der Einreise am 30. September 2020 bei der Meldebehörde mit alleinigem Wohnsitz angemeldet worden, obwohl es hierzu keine gesetzliche Verpflichtung gebe. Eine Anmeldung sei nur vorgesehen, wenn der gewöhnliche Aufenthaltsort längerfristig bzw. dauerhaft nach Deutschland verlegt werden solle. Bei lediglich vorübergehenden Besuchsaufenthalten im Bundesgebiet erfolge in der Regel keine Anmeldung bei der Wohnsitzgemeinde. Eine Anmeldung sei auch für eine Aufnahme in die Familienversicherung bei der Krankenkasse erforderlich, weshalb hier wohl von der Begünstigung einer Aufnahme in die Familienversicherung unter Zugrundelegung der Anmeldung profitiert werden sollte.

Durch die Anmeldung sollten Tatsachen geschaffen werden für einen dauerhaften Verbleib.

6

Der Vater der Antragstellerin habe sich bereits Anfang 2020 über das Visumsverfahren erkundigt, weil er seine Familie gerne nach Deutschland holen wolle. Es sei ihm von der Ausländerbehörde erklärt worden, dass für einen dauerhaften Aufenthalt das entsprechende Visum benötigt werde und ohne Beschreiten des Visumswegs ein Aufenthaltstitel im Bundesgebiet nicht beantragt werden könne. Zudem habe etwa Ende Oktober 2020 eine Bekannte des Vaters der Antragstellerin bei der Ausländerbehörde angerufen und mitgeteilt, dass sich die Antragstellerin in Deutschland befinde und hierbleiben möchte. Diese Bekannte habe auf Nachfrage mitgeteilt, dass die Antragstellerin ohne Visum eingereist sei. Sie könne auch nicht zurück, weil die Mutter dies verweigere. Auch der Bekannten sei die Auskunft gegeben worden, dass die Tochter ohne das erforderliche Visum keinen Aufenthaltstitel im Bundesgebiet beantragen könne.

7

Offensichtlich sei es noch in Serbien vor der Einreise nach Deutschland zu einem Zerwürfnis zwischen der Antragstellerin und ihrer Mutter gekommen. Bereits unmittelbar nach der Einreise sei die Antragstellerin hier angemeldet worden. Ihr dauerhafter Verbleib sei von Anfang an beabsichtigt gewesen. Ansonsten wäre sie nicht schon unmittelbar nach der Einreise bei der Meldebehörde und bei der Krankenversicherung des Vaters angemeldet worden. Dass ein längerfristiger Verbleib im Bundesgebiet ohne vorherige Einholung eines nationalen Visums nicht möglich sei, sei der Antragstellerin und ihrem Vater aufgrund der vorherigen Anfragen bekannt gewesen. Ebenso sei dem Vater bekannt gewesen, dass ein Visumsverfahren über die deutsche Botschaft in Serbien derzeit mit sehr langen Bearbeitungszeiten einhergehe. Aus Sicht der Ausländerbehörde sei aufgrund der Gesamtumstände davon auszugehen, dass es sich von Anfang an nicht um einen nur vorübergehenden Aufenthalt der Tochter gehandelt habe. Die zeitliche Abfolge lasse erkennen, dass der Zuzug von Anfang an vorsätzlich auf einen dauerhaften Verbleib ausgerichtet gewesen sei. Die Gesamtumstände ließen darauf schließen, dass es zu keinem plötzlichen, unvorhergesehenen Sinneswandel gekommen sei. Die Einreise ohne erforderliches Visum für einen längeren Aufenthalt sei damit rechtswidrig gewesen. Die Befreiung von der Visumpflicht gelte nur für einen Kurzaufenthalt, der 90 Tage je Zeitraum von 180 Tagen nicht überschreite. Wer als Positivstaater von vornherein einen 90 Tage übersteigenden Aufenthalt beabsichtige, reise ohne das erforderliche Visum und damit unerlaubt ein. Die nationale Visumpflicht diene einer vor der Einreise durchzuführenden umfassenden Vorabkontrolle des konkreten Aufenthaltsbegehrens.

8

Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ohne Beschreitung des Visumswegs sei nur im Rahmen einer Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG möglich. Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG könne von der Nachholung des Visumsverfahrens nur abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt seien oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls für die Antragstellerin nicht zumutbar sei, das Visumsverfahren nachzuholen; beide Varianten seien vorliegend nicht gegeben.

9

Ein besonderer Umstand sei hier ersichtlich nicht gegeben, es handle sich um keinen atypisch gelagerten Fall. Der vorliegende Sachverhalt gleiche einer Vielzahl anderer Fälle, bei denen Kinder von Elternteilen längerfristig getrennt lebten. Häufig bestünden auch vorübergehende Trennungen wie hier, bei dem ein Elternteil bereits in Deutschland zur Erwerbstätigkeit lebe, die restliche Familie aber erst zu einem späteren Zeitpunkt nachziehe. Auch seien Streitigkeiten von Heranwachsenden mit den Eltern keine Seltenheit. Insoweit lägen keine besonderen Umstände vor. Hilfsweise sei davon auszugehen, dass auch eine Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG nicht zugunsten der Antragstellerin erfolgen könne. Es handle sich insoweit um eine Ausnahmeregelung, die das grundsätzliche Interesse an der vorherigen Durchführung eines Visumsverfahrens für die Einreise unberührt lasse. Auch unter Berücksichtigung des Art. 6 GG sei die Nachholung des Visumsverfahrens zumutbar.

10

Auch die Vorschrift des § 39 Nr. 3 Aufenthaltsverordnung sei nicht einschlägig. Unter einem Anspruch im Sinne dieser Vorschrift sei nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen. Ein solcher liege nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt seien und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben habe. Ein strikter Anspruch sei zu verneinen. Die Einreise zum beabsichtigten Daueraufenthalt ohne das erforderliche Visum stelle eine vorsätzlich begangene Straftat dar, das Vorliegen dieses Ausweisungsgrunds schließe nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG in der Regel die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus. Zudem sei die mögliche Anspruchsnorm des § 32 Abs. 3 AufenthG als Sollvorschrift formuliert. Bei einer Sollregelung sei wie bei einer Ermessensentscheidung auf null kein strikter Rechtsanspruch gegeben. § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG sei prinzipiell eng auszulegen. Es solle generalpräventiv dem Anreiz entgegengewirkt werden, nach illegaler Einreise Bleibegründe zu schaffen, die mit einem Verzicht auf das vom Ausland aus durchzuführende Visumsverfahren honoriert würden. Als unzumutbar könne der Verweis auf das Visumsverfahren nur dann angesehen werden, wenn die Versäumnisse dem Ausländer nicht persönlich anzulasten seien, sein Verschulden nur gering gewesen sei oder die notwendigen Reisen aufgrund äußerer Umstände oder aus persönlichen Gründen besondere Schwierigkeiten bereiteten oder besonders aufwendig erschienen, beispielsweise bei der Durchreise durch mehrere andere Staaten, bei Reiseunfähigkeit, Krankheit oder der Sorge für einen pflegebedürftigen Angehörigen oder sehr kleine Kinder. Eine derartige Notsituation liege hier nicht vor. Die Rückkehr der Antragstellerin zur sorgeberechtigten Mutter sei möglich und zumutbar. Die in Serbien lebende Mutter habe weiterhin die elterliche Sorge. Familiäre Streitigkeiten seien nicht ungewöhnlich. Auch unter Umständen längere Bearbeitungszeiten bei der Antragstellung für ein entsprechendes Einreisevisum seien hinzunehmen und zwischen den Sorgeberechtigten abzustimmen. Vorliegend sei auch keine Gefährdung des Kindeswohls ersichtlich. Die Antragstellerin habe bis zu ihrer aktuellen Ausreise bei der sorgeberechtigten Mutter in ihrer Heimat gelebt. Es obliege den sorgeberechtigten Eltern, Entscheidungen über den Verbleib der Tochter in Serbien zu treffen. Entscheidungen der Eltern würden aber kein Nachzugsrecht schaffen. Letztlich habe der Vater der Antragstellerin auch die Möglichkeit, seinen Wohnsitz nach Serbien zu verlegen; er sei selbst erst im Mai 2019 in das Bundesgebiet eingereist. Die Rückreise der sechzehnjährigen Antragstellerin sei auch tatsächlich möglich und zumutbar. Nach Ansicht der zuständigen Mitarbeiterin des Jugendamts sei sie in der Lage selbstständig nach Serbien zurückzureisen. Sie sei auch alleine ins Bundesgebiet eingereist.

11

Wegen des fehlenden erforderlichen Aufenthaltstitels sei die Antragstellerin zur Ausreise aus dem Bundesgebiet verpflichtet, § 50 Abs. 1, § 51 Abs. 1 AufenthG. Nach § 58 Abs. 1 AufenthG seien Ausländer abzuschicken, wenn die Ausreisepflicht vollziehbar sei, eine Ausreisepflicht nicht gewährt worden sei oder diese abgelaufen sei und die freiwillige Erfüllung der Ausreisepflicht nicht gesichert sei oder aus Gründen der öffentlichen Ordnung eine Überwachung der Ausreise erforderlich erscheine. Es werde eine Frist von

sieben Tagen zur freiwilligen Erfüllung der Ausreiseverpflichtung gesetzt. Die zwangsweise Abschiebung nach Serbien werde nach § 59 Abs. 1 AufenthG angedroht, sollte die Antragstellerin die Bundesrepublik nicht freiwillig verlassen. Für den Fall einer nicht fristgerechten Ausreise oder einer Abschiebung werde auch ein Wiedereinreise- und Aufenthaltsverbot erlassen, § 11 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 AufenthG. Aus generalpräventiven Gründen sei hier eine Einreisesperre von einem Jahr angemessen. Es sei angesichts einer Vielzahl gleich gelagerter Fälle angemessen, dass bei einer weiteren Verweigerung der Ausreise die gesetzte Wiedereinreisesperre generalpräventive Wirkung zeigen solle. Die Antragstellerin habe ihren Wohnsitz bei der Mutter in Serbien, bei der auch noch ein weiteres Kind der Familie lebe. Für den Vater bestehe jederzeit die Möglichkeit der legalen Einreise nach Serbien, um dort seiner elterlichen Sorge nachzukommen.

12

Die Antragstellerin hat am 3. Februar 2021 beim Verwaltungsgericht München beantragt,

13

Die aufschiebende Wirkung gegen die Anordnung im Bescheid vom 28. Januar 2021, Nr. 2, dass die Antragstellerin verpflichtet ist, die Bundesrepublik Deutschland innerhalb von sieben Tagen nach Zustellung dieses Bescheids zu verlassen, wird angeordnet.

14

Zur Begründung wird ausgeführt, die Antragstellerin habe sich mit ihrer Mutter "zerworfen". Dieses Zerwürfnis dauere an und bestehe weiter fort, sodass sich entwickelt habe, dass aus dem vorübergehenden Besuch des Vaters die Antragstellerin nicht mehr nach Serbien an die Wohnadresse der Mutter zurückkehren könne. Daraufhin habe der erziehungsberechtigte Vater seine Tochter unter seiner eigenen Adresse bei der zuständigen Meldebehörde angemeldet. Daraufhin habe der Bevollmächtigte der Antragstellerin beim Landratsamt die Erteilung einer Aufenthaltsgenehmigung beantragt und auf Anforderung des Landratsamts auch verschiedene Urkunden vorgelegt. Diese Urkunden seien gemäß Postnachsendungsverfolgung dem Ausländeramt am 29. Januar 2021 zugestellt worden. Das Ausländeramt habe zeitlich vor Eingang der angeforderten Unterlagen am 28. Januar 2021 entschieden.

15

Die Voraussetzungen zur Erteilung eines Aufenthaltsrechts für die Antragstellerin beim erziehungsberechtigten Vater lägen vor. Das Ausländeramt habe unter Beachtung des Art. 6 GG den Begriff der besonderen Umstände eines Einzelfalls und die Nichtzumutbarkeit falsch ausgelegt. Insbesondere behaupte das Ausländeramt, dass die Voraussetzungen nicht erst nach der Einreise entstanden seien. Es sei jedoch das Gegenteil davon. Die Gründe seien nach der Einreise entstanden und lägen darin, dass die Mutter die Antragstellerin nicht zu sich zurücknehme. Dies sei für den Vater nicht absehbar gewesen. Zwar sei die Antragstellerin aufgrund des Zerwürfnisses mit der Mutter zum Besuch des Vaters zu diesem in die Bundesrepublik eingereist, dies berechtigt und nur vorübergehend. Der Entschluss der Mutter, die Tochter nicht mehr aufzunehmen, stelle einen Sachgrund dar zur Antragstellung auf Gewährung eines Aufenthaltstitels, welcher nach der Einreise entstanden sei. Die Mutter habe eine entsprechende Einverständniserklärung zum Verbleib der Tochter beim Vater vorgelegt. Das Ausländeramt habe die sämtlichen Umstände des Einzelfalls nichtzutreffend abgewogen. Es haben nicht einmal abgewartet, bis die von ihr selbst angeforderten Unterlagen vorlagen, um diese Unterlagen in die Entscheidung einzubeziehen. Es sei zu beachten, dass es sich bei der Antragstellerin um ein minderjähriges Kind handle, welches in Verzweiflung eines Zerwürfnisses mit der eigenen Mutter ihren Vater besuchen habe wollen und es sich dann herausgestellt habe, dass die Mutter das minderjährige Kind nicht mehr zurücknehme.

16

Das Landratsamt beantragt,

17

den Antrag abzulehnen.

18

Neue Gesichtspunkte seien nicht vorgebracht worden. Die Anmeldung bei der Meldebehörde ganz kurz nach Einreise sei ein Indiz für den beabsichtigten längerfristigen Verbleib im Bundesgebiet. Die Antragstellerin habe mitgeteilt, dass der Grund für die Reise zum Vater der Streit mit der Mutter gewesen sei. Demnach habe der Einreisegrund schon vor dem 20. September 2020 bestanden. Dass es erst

während der Anwesenheit im Bundesgebiet einen plötzlichen Sinneswandel gegeben habe, werde nicht glaubhaft vorgetragen. Bei einem persönlichen Gespräch der Antragstellerin mit einer Mitarbeiterin des Jugendamts habe die Antragstellerin lediglich den Wunsch formuliert, bei ihrem Vater bleiben zu wollen. Von einem akuten Vorfall oder einem Sinneswandel habe die Antragstellerin nicht berichtet. Zudem sei es nicht überzeugend vorgetragen, dass die sorgeberechtigte Mutter sich einer Rücknahme der Tochter verweigern würde. Die Mutter habe zwar ihr Einverständnis mit dem Verbleib der Tochter beim Vater erklärt. Sie habe aber nicht geäußert, dass die Tochter nicht mehr nach Serbien zu ihr zurückkehren könne. Zudem sei zweifelhaft, ob die sorgeberechtigte Mutter die Aufnahme ihrer minderjährigen Tochter überhaupt verweigern könne. Dies wäre gegebenenfalls von den zuständigen Jugendschutzbehörden oder dem Familiengericht in Serbien zu klären. Die nachgeforderten Unterlagen seien der Ausländerbehörde vom Anwalt der Antragstellerin vorab per Mail übersandt worden, sodass bei Bescheiderlass am 28. Januar 2021 sämtliche relevanten Informationen vorgelegen hätten. Die erforderliche Ausreise sei den Betroffenen bereits im Oktober 2020 und zuletzt dem Bevollmächtigten am 23. Dezember 2020 mitgeteilt worden.

19

Die Antragstellerin hat am 11. Februar 2021 beim Verwaltungsgericht München Klage erhoben (M 10 K 21.766) und beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 28. Januar 2021 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

20

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten sowie die beigezogene Behördenakte Bezug genommen.

II.

21

1. Der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO ist zulässig.

22

1.1 Der Eilantrag ist entsprechend § 88 VwGO dahingehend zu verstehen, dass die aufschiebende Wirkung der - zunächst: noch zu erhebenden - Klage angeordnet wird. Zum Zeitpunkt der Antragstellung am 3. Februar 2021 war noch keine Klage erhoben worden. Nach § 80 Abs. 5 Satz 2 VwGO ist der Antrag aber schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig.

23

Die folgende Hauptsacheklage vom 11. Februar 2021 als Versagungsgegenklage wurde rechtzeitig in offener Klagefrist erhoben. Der angefochtene Bescheid des Landratsamts vom 28. Januar 2021 wurde ausweislich des Empfangsbekanntnisses dem Bevollmächtigten der Antragstellerin am 2. Februar 2021 zugestellt. Die am 11. Februar 2021 beim Verwaltungsgericht München erhobene Klage wahrt die einmonatige Klagefrist des § 74 Abs. 2 VwGO.

24

1.2 Der Antrag auf Anordnung der kraft Gesetzes entfallenden aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung der Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG) und gegen die Abschiebungsandrohung (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 2 VwGO i.V.m. Art. 21a VwZVG) ist statthaft. Der vorläufige Rechtsschutz nach der Ablehnung einer beantragten Aufenthaltserlaubnis bestimmt sich dann nach § 80 Abs. 5 VwGO, wenn zuvor eine gesetzliche Fiktion nach § 81 Abs. 3 AufenthG oder nach § 81 Abs. 4 AufenthG ausgelöst wurde (BayVGH, B.v. 31.8.2006 - 24 C 06.954 - juris; B.v. 12.10.2006 - 24 CS 06.2576 - juris). Nach dem vorliegend allein in Frage kommenden § 81 Abs. 3 Satz 1 AufenthG gilt der Aufenthalt eines Ausländers, der sich rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält, ohne einen Aufenthaltstitel zu besitzen, und die Erteilung eines Aufenthaltstitels beantragt, bis zur Entscheidung der Ausländerbehörde als erlaubt. Die Antragstellerin reiste im Rahmen des visumsfreien Touristenverkehrs in die Bundesrepublik Deutschland ein. Als serbische Staatsangehörige ist die Antragstellerin nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anlage II der Verordnung (EU) 2018/1806 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 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 (Visa-VO) für Kurzaufenthalte von bis zu 90 Tagen in einem Zeitraum von 180 Tagen vom Visumszwang befreit. Ist die Gesamtaufenthaltsdauer von 90 Tagen noch nicht erreicht, ist der Aufenthalt grundsätzlich rechtmäßig i.S.v.

§ 81 Abs. 3 AufenthG (vgl. Zimmerer in Decker/Bader/Kothe, BeckOK Migrations- und Integrationsrecht, 6. Edition, Stand: 1.10.2020, § 81 AufenthG Rn. 17).

25

Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Versagung des Aufenthaltstitels würde damit die Fiktion des erlaubten Aufenthalts fortbestehen und die Antragstellerin wäre nicht ausreisepflichtig.

26

2. Der Antrag ist jedoch unbegründet.

27

Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen der gesetzlich vorgesehenen sofortigen Vollziehbarkeit eines Verwaltungsakts auf Antrag die aufschiebende Wirkung der Klage anordnen. Dabei trifft es eine eigene Ermessensentscheidung, wobei es das private Interesse des jeweiligen Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines Rechtsbehelfs gegen das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheides abzuwägen hat. Bei dieser Abwägung sind als wesentliches, wenn auch nicht alleiniges Indiz auch die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens zu berücksichtigen. Ergibt die im Eilverfahren erforderliche, aber auch ausreichende summarische Prüfung der Erfolgsaussichten, dass die Klage voraussichtlich erfolglos bleiben wird, tritt das Interesse eines Antragstellers regelmäßig zurück.

28

Dies ist hier der Fall. Der angegriffene Bescheid des Antragsgegners vom 28. Januar 2021 ist rechtmäßig; die Antragstellerin hat im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung keinen Anspruch auf Erteilung der beantragten Aufenthaltserlaubnis, so dass die Klage nach derzeitigem Sach- und Streitstand ohne Erfolg bleiben wird (§ 113 Abs. 1, Abs. 5 Satz 1 VwGO).

29

Das Gericht folgt zunächst der Begründung des Antragsgegners in dem Bescheid vom 28. Januar 2021.

30

Ergänzend ist auszuführen, dass nach Aktenlage wohl ausschließlich § 32 Aufenthaltsgesetz für die Erteilung eines Aufenthaltstitels an die Antragstellerin in Betracht kommt.

31

Dabei liegen die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz nicht vor, wonach dem minderjährigen ledigen Kind eines Ausländers eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen ist, wenn beide Eltern oder der allein personensorgeberechtigte Elternteil einen der numerativ aufgeführten Aufenthaltstitel besitzt. Einen Aufenthaltstitel hat alleine der Vater der Antragstellerin, nicht aber die in Serbien lebende Mutter. Der Vater ist aber nicht alleine personensorgeberechtigt, vielmehr haben beide Eltern die gemeinsame Personensorge, was sich aus der Einverständniserklärung der Mutter vom 20. Januar 2021 (Blatt 65 und 66 der Behördenakte) ergibt.

32

Damit greift die Vorschrift des § 32 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz ein. Danach soll bei gemeinsamem Sorgerecht eine Aufenthaltserlaubnis unter anderem nach Absatz 1 auch zum Nachzug zu nur einem sorgeberechtigten Elternteil erteilt werden, wenn der andere Elternteil sein Einverständnis mit dem Aufenthalt des Kindes im Bundesgebiet erklärt hat oder eine entsprechende rechtsverbindliche Entscheidung einer zuständigen Stelle vorliegt. Die entsprechende Einverständniserklärung der Mutter wurde vorgelegt, sodass damit der Antragstellerin eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden soll.

33

Damit handelt es sich für die Erteilung einer Arbeitserlaubnis aber nicht um eine gebundene Entscheidung, wie es bei § 32 Abs. 1 Aufenthaltsgesetz der Fall wäre, vielmehr liegt eine Ermessensentscheidung (Soll-Vorschrift) für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis an die Antragstellerin vor.

34

2.1 Das Landratsamt weist zu Recht darauf hin, dass es aber an den allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen nach § 5 Aufenthaltsgesetz, hier insbesondere an dem Erfordernis des § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Aufenthaltsgesetz fehlt, wonach die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis voraussetzt, dass

der Ausländer mit dem erforderlichen Visum eingereist ist, wovon auch nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Aufenthaltsgesetz abgesehen werden kann.

35

Auch das Gericht geht nach den gesamten Umständen des Einzelfalls davon aus, dass die Antragstellerin schon vor der Einreise zu vorgeblich touristischen Zwecken bzw. einem zeitlich beschränkten Besuch ihres Vaters einen Daueraufenthalt beabsichtigte. Für den Zweck eines Zuzugs zum Vater hätte die Antragstellerin vorab eines Visums bedurft; im Visumsverfahren hätte sie diesen Daueraufenthaltszweck auch angeben müssen.

36

Die Antragstellerin machte im Antrag ihres Bevollmächtigten vom 16. Dezember 2020 geltend, dass Grund für die Einreise gewesen sei, dass sie sich mit ihrer Mutter nicht mehr verstehe; zwischen beiden liege ein schweres Zerwürfnis vor. Dem ist aber nicht zu entnehmen, dass die Antragstellerin sich erst während des Aufenthalts beim Vater zu einem Daueraufenthalt entschlossen habe bzw. dass während ihres Aufenthalts hier ein weitergehendes Zerwürfnis mit ihrer Mutter erfolgt sei. Sollte überhaupt ein Zerwürfnis mit der Mutter erfolgt sein, was bisher lediglich behauptet wird, würde dies nach allgemeiner Lebenserfahrung wohl gerade der Anlass zu der Ausreise der Antragstellerin zu ihrem Vater gewesen sein, sich also schon vor dem Besuch beim Vater ereignet haben.

37

Daneben kann offenbleiben, ob es als weiteres Indiz für einen beabsichtigten längeren bzw. Daueraufenthalt anzusehen ist, dass der Vater der Antragstellerin diese schon zehn Tage nach ihrer Einreise, am 30. September 2020, bei der Stadt V. als zuständiger Meldebehörde unter seiner Wohnanschrift angemeldet hatte. Es kann dahinstehen, ob die Antragstellerin bei einem reinen Besuchsaufenthalt bei ihrem Vater einer allgemeinen Meldepflicht nach dem Bundesmeldegesetz unterliegt. Nach § 17 Abs. 1 BMG hat, wer eine Wohnung bezieht, sich innerhalb von zwei Wochen nach dem Einzug bei der Meldebehörde anzumelden. Es ist nicht denkbare Voraussetzung von einem beabsichtigten unbefristeten Daueraufenthalt auszugehen, wenn der Vater der Antragstellerin ihre Meldung bei der Stadt V. vornahm, um damit nicht gegen die gesetzliche Meldeverpflichtung zu verstoßen; er musste möglicherweise davon ausgehen, dass die Tochter sich binnen 14 Tagen nach dem Einzug bei der Meldebehörde gemäß § 17 BMG melden müsse, auch wenn sie länger, aber nicht länger als 90 Tage bleiben wollte.

38

Weiter kann der Antragstellerin auch nicht vorgehalten werden, dass der Vater seine Tochter in die Krankenversicherung mit hat aufnehmen lassen. Denn dies ist wohl erst zeitlich später erfolgt, nachdem die Sozialpädagogin des Landratsamts bei ihrem Hausbesuch am 11. Januar 2021 geraten hatte, die Tochter mit zu versichern. Nach dem Vermerk Blatt 31 der Behördenakte fragte die Jugendamtsmitarbeiterin den Vater nach dem Vorliegen einer Krankenversicherung für die Tochter. Dies verneinte der Vater. Daraufhin forderte die Jugendamtsmitarbeiterin ihn auf, sich zeitnah an seine Krankenversicherung zu wenden, damit die Tochter mitversichert werden könne. Die offenbar dann erst erfolgte Mitversicherung auf Rat der Behörde kann nicht als Indiz für einen schon von Anfang an beabsichtigten Daueraufenthalt herangezogen werden.

39

Es widerspricht aber jeder Lebenserfahrung, dass sich erst nach Einreise der Antragstellerin ins Bundesgebiet ein noch weiterreichendes Zerwürfnis mit ihrer Mutter eingestellt hätte, wodurch sie erst hier in Deutschland zum Entschluss gekommen sein sollte, auf Dauer bei ihrem Vater bleiben zu wollen. In Folge der Trennung der Antragstellerin von ihrer Mutter durch die Reise nach Deutschland müssten sich die Wogen eher wieder beruhigt haben, soweit es zuvor zu Auseinandersetzungen gekommen sein sollte, wofür nichts weiter glaubhaft vorgetragen wurde. Ein Zerwürfnis unterstellt müsste dieses aber schon vor der Ausreise der Antragstellerin aus Serbien erfolgt sein, eben als Anlass für den Besuch beim Vater, wodurch aber schon von vornherein die Absicht eines längeren Aufenthalts über die 90 Tage hinaus ersichtlich ist.

40

Im Übrigen ist auch die Überlegung des Landratsamts nicht von der Hand zu weisen, dass die Antragstellerin bzw. ihre Familie, obwohl sie durch eine vorherige Nachfrage beim Landratsamt davon wussten, ein Visumsverfahren in Serbien gerade nicht durchführen wollten, weil ihnen bekannt war, dass dies längere Zeit in Anspruch nehmen würde. Hierfür spricht, dass sich der Vater der Antragstellerin

offenbar bereits zu einem früheren Zeitpunkt beim Landratsamt wegen eines Nachzugs seiner Familie erkundigt hatte und dabei darauf hingewiesen wurde, dass dies nur mit einem von der diplomatischen Vertretung auszustellenden Visum, für welches der Aufenthaltswitzweck anzugeben wäre, möglich ist.

41

2.2 Die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Absehen vom Visumserfordernis nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Aufenthaltsgesetz liegen nicht vor. Jedenfalls wäre die Ermessensentscheidung, dass im Einzelfall vom Visumsverfahren nicht abgesehen wird, nicht zu beanstanden.

42

Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 Aufenthaltsgesetz kann vom Erfordernis des Visumsverfahrens abgesehen werden, wenn die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Erteilung erfüllt sind oder es aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls nicht zumutbar ist, das Visumsverfahren nachzuholen.

43

2.2.1 Unter einem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in diesem Sinne ist grundsätzlich nur ein strikter Rechtsanspruch zu verstehen. Ein solcher Rechtsanspruch liegt nur dann vor, wenn alle zwingenden und regelhaften Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind und die Behörde kein Ermessen mehr auszuüben hat. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Wie oben ausgeführt, soll nach § 32 Abs. 2 Aufenthaltsgesetz bei gemeinsamem Sorgerecht eine Aufenthaltserlaubnis zu nur einem sorgeberechtigten Elternteil erteilt werden, wenn der andere Elternteil sein Einverständnis erklärt hat. Hierbei handelt es sich also um eine Ermessensentscheidung, auch wenn das "soll" in der Vorschrift eine Bindung für den Regelfall bedeutet und Abweichungen nur in atypischen Fällen zulässt. Jedenfalls liegt kein zwingender Rechtsanspruch vor. Aber auch wenn man davon ausgeht, dass kein atypischer Fall vorliegt, wäre die dann für den Verzicht auf das Visumsverfahren zu treffende Ermessensentscheidung nicht zu beanstanden; die - hilfsweisen - Ermessensüberlegungen des Landratsamts, die beantragte Aufenthaltserlaubnis nicht zu erteilen, sondern die Antragstellerin auf das nachzuholende Visumsverfahren zu verweisen, sind rechtmäßig. Hierzu nimmt das Gericht Bezug auf die entsprechenden Ausführungen im Bescheid.

44

2.2.2 Gründe, die die Einhaltung des Visumsverfahrens unzumutbar machen und zu einer auf Null reduzierten Ermessensentscheidung und folglich dem Absehen vom Visumsverfahren führen, sind nicht gegeben.

45

Mit dem verfassungsrechtlichen Schutz von (Ehe und) Familie nach Art. 6 GG ist es grundsätzlich vereinbar, den Ausländer auf die Einholung eines erforderlichen Visums zu verweisen. Denn das Aufenthaltsgesetz trägt dem Gebot der Verhältnismäßigkeit Rechnung, indem es unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG im Einzelfall erlaubt, von den grundsätzlichen Erfordernissen einer Einreise mit dem erforderlichen Visum abzusehen. Der mit der Durchführung des Visumsverfahrens üblicherweise einhergehende Zeitablauf ist von demjenigen, der einen (dauerhaften) Aufenthalt zur Führung einer familiären Lebensgemeinschaft begehrt, regelmäßig hinzunehmen. Unzumutbar ist die Trennung vom Familienmitglied, hier dem Vater, nur, wenn die Ausreise aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls zwangsläufig zu einer dauerhaften bzw. einer nicht absehbaren Trennung führt (BayVGh, B.v. 2.12.2020 - 10 CE 20.2680 - juris Rn. 19). Es mag sein, dass derzeit ein Visumsverfahren bei der deutschen Botschaft in Serbien längere Zeit dauert; dafür, dass dies aber unzumutbar lange sein sollte, ist nichts vorgetragen. Durch seinen Aufenthalt im Bundesgebiet war der Vater der Antragstellerin ohnehin schon bisher längere Zeit von der Tochter und der Familie getrennt. Auch insoweit wird auf die weiteren Ausführungen im angefochtenen Bescheid Bezug genommen.

46

Auch nach § 39 Satz 1 Nr. 3 AufenthV kann nicht vom Visumserfordernis abgesehen werden, da der mögliche Anspruch auf Familiennachzug nicht erst nach der Einreise entstand.

47

Damit ist der Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO abzulehnen.

48

3. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 1 VwGO, die Streitwertfestsetzung beruht auf § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nrn. 1.5 und 8.1 Streitwertkatalog.