

Az.: 3 B 507/13  
3 L 788/13



## **SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT**

### **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

1. der Frau  
2. des minderjährigen Kindes  
der Antragsteller zu 2. vertreten durch die Mutter, die Antragstellerin zu 1.  
beide wohnhaft:

- Antragsteller -  
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwalt

gegen

den Landkreis Görlitz  
vertreten durch den Landrat  
Bahnhofstraße 24, 02826 Görlitz

- Antragsgegner -  
- Beschwerdegegner -

wegen

Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt; Antrag nach § 80  
Abs. 5 VwGO  
hier: Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Drehwald und den Richter am Obergerverwaltungsgericht Groschupp

am 7. August 2014

### **beschlossen:**

Den Antragstellern wird für das Beschwerdeverfahren vor dem Obergerverwaltungsgericht mit Wirkung ab 31. März 2014 Prozesskostenhilfe unter Beordnung von Rechtsanwalt A....., E....., O....., bewilligt.

Auf die Beschwerden der Antragsteller wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 18. November 2013 - 3 L 788/13 -, soweit die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt wurde, geändert. Die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragsteller gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 23. August 2013 wird wiederhergestellt.

Der Antragsgegner trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000,00 € festgesetzt.

### **Gründe**

- 1 Die Anträge der Antragsteller auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe unter Beordnung ihres Prozessbevollmächtigten haben Erfolg. Nach § 166 VwGO i. V. m. § 114 Satz 1 ZPO erhält eine Partei, die nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht, nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann, auf Antrag Prozesskostenhilfe, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint. Diese Voraussetzungen liegen vor. Sie sind angesichts der ihnen zur Verfügung stehenden Einkünfte, nämlich des vom polnischen Kindesvater gezahlten Kindergelds in Höhe von 400,00 PLN (ca. 100,00 €) als bedürftig anzusehen. Ihre Beschwerde hat hinreichende Aussicht auf Erfolg, wie sich aus den nachstehenden Gründen ergibt. Den Antragstellern ist somit ab 31. März 2014, dem Zeitpunkt der Antragstellung, Prozesskostenhilfe zu bewilligen. Die Beordnung des Prozessbevollmächtigten der Antragsteller beruht auf § 166 VwGO i. V. m. § 121 Abs. 2 ZPO.

- 2 Die Beschwerden der Antragsteller haben Erfolg. Die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten Gründe, auf deren Prüfung der Senat im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, ergeben, dass es das Verwaltungsgericht zu Unrecht abgelehnt hat, die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragsteller gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 23. August 2013 wiederherzustellen, mit welchem ihnen unter Anordnung des Sofortvollzugs der Verlust ihres Rechts auf Einreise und ständigen Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland festgestellt wurde und sie unter Androhung ihrer Abschiebung aufgefordert wurden, das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu verlassen.
- 3 Das Verwaltungsgericht hat die Anträge mit der Begründung abgelehnt, der angefochtene Bescheid erweise sich bei summarischer Prüfung als rechtmäßig. Die Feststellung, dass die Antragsteller das Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU auf Einreise und Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland verloren haben, beruhe auf § 5 Abs. 4 FreizügG/EU. Danach könne eine entsprechende Feststellung getroffen werden, wenn die Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts - wie im Fall der Antragsteller - innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfielen. Den Antragstellern dürfte unter keinem Gesichtspunkt ein Freizügigkeitsrecht im Sinne der §§ 2 bis 4 FreizügG/EU zustehen. Das geltend gemachte Freizügigkeitsrecht nicht erwerbstätiger Unionsbürger nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU scheitere daran, dass die Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU nicht vorlägen. Es sei schon fraglich, ob sie über ausreichenden Krankenschutz verfügten. Ausweislich der Versicherungsbestätigung der Krankenkasse ikk classic vom 11. April 2013 sei die Antragstellerin zu 1 als Grenzgängerin versichert, was aber nicht den Tatsachen entspreche, da sie in Polen keine abhängige oder selbstständige Beschäftigung ausübe. Vielmehr habe sie angegeben, ihr Arbeitsverhältnis dort aufgegeben zu haben. Dessen ungeachtet verfüge sie auch nicht über ausreichende Existenzmittel. Die Antragsteller hätten zwar bislang unmittelbar keine Sozialleistungen in Anspruch genommen. Dies beruhe jedoch allein auf dem Bezug von Elterngeld in Höhe von 317,57 € monatlich seit 22. Dezember 2012, das der Antragstellerin zu 1 allerdings mangels Niederlassungserlaubnis oder anderweitigen Aufenthaltstitels (§ 1 Abs. 7 BEEG) nicht zustehe. Ohne das Elterngeld hätte sie auf jeden Fall Sozialleistungen in Anspruch

nehmen müssen. Denn von ihren sonstigen Einnahmen, die sich auf 100,00 € Unterhalt monatlich beschränken, könnten die Antragsteller ihren Lebensunterhalt nicht bestreiten, zumal die behaupteten Zahlungen von Unterkunftskosten durch den Lebensgefährten der Mutter der Antragstellerin zu 1 der Höhe nach weder beziffert noch sonst belegt seien. Die Ermessensausübung des Antragsgegners sei nicht zu beanstanden.

- 4 Dagegen halten die Antragsteller in ihren Beschwerden daran fest, über ausreichende Existenzmittel und Krankenversicherungsschutz zu verfügen. Im Übrigen sei sie, die Antragstellerin zu 1, auch als Arbeitssuchende freizügigkeitsberechtigt nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 2 FreizügG/EU. Sie hätten zu keiner Zeit Sozialhilfeleistungen in Anspruch genommen. Hätte der Antragsgegner den angefochtenen rechtswidrigen Bescheid nicht erlassen, wäre sie, die Antragstellerin zu 1, weiterhin berechtigt, für den am 22. Dezember 2012 geborenen Antragsteller zu 2 Elterngeld zu beziehen. Unbeachtlich sei auch, dass ihnen durch eine Person Unterkunft gewährt werde, für welche die Unterkunftskosten wiederum über ALG II-Leistungen finanziert würden. Sie, die Antragstellerin zu 1, habe sich am 8. August 2013 bei der zuständigen Agentur für Arbeit im Übrigen als arbeitssuchend gemeldet und sei daher nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt. Sie bemühe sich seitdem kontinuierlich, in Görlitz und Umgebung eine Arbeitsstelle zu finden. Formell befinde sie sich immer noch in einem polnischen Arbeitsverhältnis mit der polnischen Firma P..... Da sie keine Sozialhilfeleistungen in Anspruch nehme und zudem auch arbeitssuchend sei, sei ihre Abschiebung unionsrechtlich unzulässig. Sie sei in Polen nicht mehr gemeldet und verfüge dort über keine Wohnanschrift mehr. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Antragsgegners sei „zu pauschal“. Es sei ihr nicht zumutbar, im Falle einer Rückführung wieder beim gewalttätigen Kindesvater einzuziehen.

- 5 Die Antragstellerin zu 1 legte auf die Aufforderung des Senats, ihre Bemühungen um eine Stelle seit dem 8. August 2013 glaubhaft zu machen, ein beispielhaftes Bewerbungsschreiben vom 4. Dezember 2013 an R... sowie diverse Antwortschreiben verschiedener Unternehmen vom 15. November 2013, 2. Dezember 2013 und 17. März 2014 vor, in denen sie jeweils eine Absage erhalten hatte. Außerdem legte sie eine bis zum 20. September 2014 gültige, mit der Bundesagentur für Arbeit

abgeschlossene Eingliederungsvereinbarung vom 21. März 2014 vor, die zum Zweck vereinbart wurde, der Antragstellerin zu 1 im Raum Görlitz eine sozialversicherungspflichtige Tätigkeit im Handel oder alternativ als Küchenhilfe zu vermitteln.

- 6 Das Beschwerdevorbringen der Antragsteller greift durch. Die Erfolgsaussichten der Widerspruchverfahren der Antragsteller stellen sich im Rahmen der gebotenen, im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO allein möglichen summarischen Prüfung als offen dar. Die vorzunehmende Interessenabwägung fällt zu Gunsten der Antragsteller aus.
- 7 Nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU kann der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Rechts innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen sind. Nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe des Freizügigkeitsgesetzes/EU. Familienangehörige - wie der Antragsteller zu 2 nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU - der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 FreizügG/EU genannten Unionsbürger haben dieses Recht, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen.
- 8 Die Antragstellerin zu 1 ist zwar nicht nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt, da sie derzeit nicht als arbeitssuchend i. S. d. Vorschrift gilt.
- 9 Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU sind Unionsbürger gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt, die sich zur Arbeitssuche in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten. Die Vorschrift vermittelt das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten auch nach Ablauf von drei Monaten (§ 2 Abs. 5 FreizügG/EU) frei zu bewegen. Starre Fristen, die den Zeitraum der Arbeitssuche beschränken, kennt das Unionsrecht nicht. Es gibt keinen Automatismus dergestalt, dass etwa nach Ablauf von drei Monaten eine Verlassenspflicht besteht, wenn bis dahin noch kein Arbeitsplatz gefunden wurde. Jedoch gewährt das Recht auf Zugang zum Arbeitsmarkt kein unbeschränktes Aufenthaltsrecht. Die Annahme eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts zur

Arbeitssuche über den in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als grundsätzlich ausreichend anzusehenden Zeitraum von sechs Monaten hinaus ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Unionsbürger nachweisen kann, dass er - was objektivierbar nach außen hin zum Ausdruck gebracht werden muss - weiterhin ernsthaft und mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (EuGH, Urt. v. 22. März 2004 - C-138/02 -, juris; Urt. v. 26. Februar 1991, InfAuslR 1991, 151; SächsOVG, Beschl. v. 20. August 2012 - 3 B 202/12 -, juris Rn. 10; BayVGH, Beschl. v. 11. Februar 2014 - 10 C 13.2241 -, juris; Epe, in: GK-AufenthG, Stand: Oktober 2010, § 2 Rn. 50 ff.; Dienelt, in: Renner/Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 10. Aufl. 2013, § 2 FreizügG/EU Rn. 62 ff.)

- 10 Ausgehend von diesem Maßstab hat die Antragstellerin zu 1 jedenfalls nicht glaubhaft gemacht, weiterhin mit begründeter Aussicht auf Erfolg Arbeit zu suchen. Zwar hat sie die Ernsthaftigkeit ihrer Arbeitssuche in objektivierbarer und nach außen hin erkennbarer Weise zum Ausdruck gebracht, indem sie im Beschwerdeverfahren zur Glaubhaftmachung eine am 21. März 2014 mit der Bundesagentur für Arbeit abgeschlossene Eingliederungsvereinbarung sowie Kopien diverser Bewerbungs- und Antwortschreiben vorgelegt hat. Jedoch haben diese Bemühungen der Antragstellerin zu 1, seit sie sich bei der Bundesagentur für Arbeit arbeitssuchend gemeldet hat, also über einen Zeitraum von nunmehr 12 Monaten, nicht zum Erfolg geführt. Alle nachgewiesenen Bewerbungen wurden bereits nach Sichtung der Bewerbungsunterlagen schriftlich abgelehnt. Unter den vorgelegten Absagen befindet sich keine einzige, in denen die Antragstellerin wenigstens zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden ist. Nach alledem ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin zumindest im Raum Görlitz schwer zu vermitteln ist und ihre Arbeitssuche somit keine realistische Aussicht auf Erfolg hat.
- 11 Ob das Verwaltungsgericht zutreffend festgestellt hat, dass den Antragstellern das im erstinstanzlichen Verfahren allein in Frage kommende Freizügigkeitsrecht nicht erwerbstätiger Unionsbürger nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU nicht zusteht, kann allerdings im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht abschließend festgestellt werden.

- 12 Nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU sind nicht erwerbstätige Unionsbürger nur unter den Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt. Dies gilt nach § 3 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU auch für den Antragsteller zu 2 als Familienangehörigen. Nach § 4 Satz 1 FreizügG/EU steht nicht erwerbstätigen Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen, das Freizügigkeitsrecht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU zu, wenn sie über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen.
- 13 Anders als das Verwaltungsgericht festgestellt hat, ist allerdings derzeit davon auszugehen, dass die Antragsteller über ausreichende Existenzmittel verfügen. Das Tatbestandsmerkmal „ausreichende Existenzmittel“ in § 4 Satz 1 FreizügG/EU kann nicht mit dem Tatbestandsmerkmal des gesicherten Lebensunterhalts in § 5 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG gleichgesetzt werden, sondern bedarf gemeinschaftsrechtlicher Auslegung. Freizügigkeitsrechtlich betrachtet verfügt derjenige über ausreichende Existenzmittel, der während seines Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen muss, wie aus § 7 Abs. 1 Buchstabe b Richtlinie 2004/38/EG - Freizügigkeitsrichtlinie - folgt. Werden also vom Unionsbürger während des Aufenthalts tatsächlich keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaates in Anspruch genommen, so streitet zu seinen Gunsten die Vermutung des § 7 Abs. 1 Buchstabe b Richtlinie 2004/38/EG dafür, dass er über ausreichende Existenzmittel verfügt (BayVGH, Beschl. v. 16. Januar 2009 - 19 C 08.3271 -, juris Rn. 18; Epe a. a. O. § 4 FreizügG/EU Rn. 22). Als Existenzmittel kommen alle gesetzlich zulässigen Einkommen und Vermögen in Geld oder Geldeswert oder sonstige eigene Mittel und insbesondere auch Unterhaltsleistungen von Familienangehörigen oder Dritten in Betracht (Epe a. a. O. § 4 FreizügG/EU Rn. 20; vgl. EuGH, Urt. v. 19. Oktober 2004 - C-200/02 -, InfAuslR 2004, 413). Der Betroffene muss daher im Regelfall nicht positiv nachweisen, über ausreichende finanzielle Mittel oder Einkünfte zu verfügen, und er muss nicht offenlegen, woher diese Mittel kommen.
- 14 Solche Nachweise können jedoch insbesondere dann angefordert werden, wenn der Betroffene einen Antrag auf Sozialhilfeleistungen stellt, weil er bereits durch Antragstellung zu erkennen gibt, nicht über ausreichende Existenzmittel zu verfügen.

Ein Anlass, solche Nachweise anzufordern, dürfte aber zum Beispiel auch bestehen, wenn die Einkünfte des Betroffenen möglicherweise auf einer illegalen Beschäftigung beruhen. Der vorliegende Fall weist jedoch keine vergleichbaren Besonderheiten auf, die eine Abweichung von der Vermutung ausreichende Existenzmittel rechtfertigen würden. Dass die Antragstellerin zu 1 entweder durch ihre polnische Mutter und deren deutschen Ehemann oder nun etwa durch ihren Lebensgefährten, zu dem sie mittlerweile innerhalb des Stadtgebiets umgezogen ist, finanziell unterstützt wird, lässt den Fall nicht atypisch erscheinen. Dies gilt auch für den Umstand, dass die Einkünfte der Antragstellerin auf monatliche Unterhaltsleistungen in Höhe von 100,00 € beschränkt sind.

- 15 Ob die Antragsteller hingegen, was nach § 4 Satz 1 FreizügG/EU weitere Voraussetzung ist, über ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfügen, ist indes der Klärung in der Hauptsache vorbehalten. Ausreichender Krankenversicherungsschutz ist gegeben, wenn ein Anspruch auf Versicherungsleistungen im Umfang des Versicherungsschutzes einer gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V besteht, der im Aufnahmemitgliedstaat sämtliche Behandlungs- und Kostenrisiken abdeckt (Epe a. a. O. § 4 FreizügG/EU Rn. 16; BayVGH a. a. O. Rn. 15).
- 16 Ob die vorgelegte Versicherungsbestätigung der ikk classic, wonach die Versicherungsleistungen darauf beruhen, dass die Antragstellerin zu 1 als Grenzgängerin behandelt wird, geeignet ist, einen solchen Versicherungsschutz für die beiden Antragsteller glaubhaft zu machen, ist zweifelhaft und muss in der Hauptsache geklärt werden. Zwar sollen die Antragsteller, wie der Antragsgegner dem Oberverwaltungsgericht mit Schreiben vom 26. Mai 2014 - nach einer telefonischen Anfrage bei der ikk classic vom selben Tage - mitgeteilt hat, weiterhin in Polen krankenversichert sein. Das Verwaltungsgericht hat jedoch zu Recht auf die Legaldefinition in Art. 1 Buchstabe f VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates hingewiesen, wonach „Grenzgänger“ Personen sind, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben und in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, in den sie in der Regel täglich, mindestens jedoch einmal wöchentlich zurückkehren. Es bestehen erhebliche Zweifel, ob die Antragstellerin zu 1 noch eine Beschäftigung ausübt, zumal sie hierzu im

Beschwerdeverfahren widersprüchliche Angaben gemacht hat. Während sie in ihrer Beschwerdebegründung vorträgt, um vor dem gewalttätigen Kindesvater zu fliehen, habe sie in Kauf nehmen müssen, eine für polnische Verhältnisse gut bezahlte Stelle aufzugeben, hat sie in ihrem an das Unternehmen R... gerichteten Bewerbungsschreiben vom 4. Dezember 2013 angegeben, sich „zurzeit in ungekündigter Stellung bei der P.....“ zu befinden. Sollte sie indes nicht Grenzgängerin sein, wäre aufzuklären, ob der polnische Versicherungsschutz gleichwohl ausreichend ist.

- 17 Die angesichts offener Erfolgsaussichten vom Senat vorzunehmende Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Beendigung des Aufenthalts der Antragsteller einerseits und dem privaten Interesse der Antragsteller an ihrem Verbleib im Bundesgebiet fällt zu deren Gunsten aus. Außer der Gefahr, dass die Antragsteller Sozialleistungen in Anspruch nehmen könnten, sind keine weiteren Gründe dafür erkennbar, den Aufenthalt der Antragsteller sofort zu beenden. Sollte dieser Fall eintreten, wäre der Antragsgegner nicht schutzlos gestellt, denn er könnte dann - gemäß den vorstehenden Ausführungen - wegen erwiesenermaßen fehlender ausreichender Existenzmittel der Antragsteller erneut den Verlust der Freizügigkeit feststellen. Somit überwiegt das Interesse der Antragsteller, zumal die Antragstellerin zu 1 mit ihrem Kleinkind in Görlitz anscheinend auf die Unterstützung ihrer Mutter setzen kann und sich inzwischen neu mit einem Lebenspartner gebunden hat.
- 18 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 19 Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 2 GKG.
- 20 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GG).

gez.:  
v. Welck

Drehwald

Groschupp

*Ausgefertigt:  
Bautzen, den  
Sächsisches Obergerverwaltungsgericht*