

Az.: 3 B 256/22
3 L 267/22



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

des

- Antragsteller -
- Beschwerdeführer -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Landkreis Nordsachsen
vertreten durch den Landrat
Schloßstraße 27, 04860 Torgau

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Abschiebungsandrohung; Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz
hier: Beschwerde

hat der 3. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Freiherr von Welck und die Richterinnen am Obergerverwaltungsgericht Nagel und Wiesbaum

am 28. Oktober 2022

beschlossen:

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Leipzig vom 17. August 2022 - 3 L 267/22 - mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert. Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 6. April 2022 wird hinsichtlich Nrn. 1 und 2 des Bescheids wiederhergestellt und hinsichtlich Nr. 3 des Bescheids angeordnet.

Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen trägt der Antragsgegner.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Beschwerde des Antragstellers hat Erfolg. Die mit ihr dargelegten Gründe, auf deren Prüfung das Obergerverwaltungsgericht gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO beschränkt ist, ergeben, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 6. April 2022 wiederherzustellen (Nrn. 1 und 2 des Bescheids) und anzuordnen (Nr. 3 des Bescheids) ist.

- 2 1. Der ausweislich seines Reisepasses 1992 geborene Antragsteller ist indischer Staatsangehörigkeit. Er hielt sich zunächst in Zypern auf, wo er 2016 mit der rumänischen Staatsangehörigen C. die Ehe einging. 2017 meldeten sich beide Ehegatten mit gemeinsamen Wohnsitz in S. an. Am 14. März 2017 stellte der Landkreis Anhalt-Bitterfeld dem Antragsteller eine Aufenthaltskarte als Familienangehöriger einer Unionsbürgerin mit einer Gültigkeit bis zum 13. März 2022 aus. Nachdem eine Vor-Ort-Kontrolle ergeben hatte, dass sich weder der Antragsteller noch seine Ehefrau an der Meldeanschrift aufhielten, wurde der Antragsteller am 27. April 2017 von Amts wegen nach unbekannt abgemeldet. Seit dem 15. Juli 2019 ist er gemeinsam mit Frau S., die tschechische Staatsbürgerin ist, unter seiner jetzigen Wohnanschrift in E. gemeldet. Für die Wohnung ist eine monatliche Warmmiete von 335 € zu entrichten. 2019 wurde der Sohn J. des Antragstellers und der Frau M. in Tschechien geboren. Der Sohn besitzt die tschechische Staatsbürgerschaft und wohnt mit beiden Eltern in der gemeinsamen Wohnung in E.. Von Frau C. wurde der Antragsteller mit Beschluss des Familiengerichts Nikosia am... November 2018 geschieden. Eine Bescheinigung nach Art. 39 der VO EG Nr. 2201/2003 hat der Antragsteller nicht, da seinen Angaben nach aufgrund

des unbekannten Aufenthalts der Frau C. der Scheidungsbeschluss nicht zugestellt werden kann.

- 3 Ausweislich der im Verwaltungsverfahren vorgelegten Unterlagen war der Antragsteller seit dem... Dezember 2018 bei der Firma R. als Produktionsmitarbeiter beschäftigt. Er hat Verdienstbescheinigungen für April bis September 2020 und November 2021 vorgelegt. Des Weiteren hat er Verdienstbescheinigungen für die Monate April bis August 2020 und November 2021 für eine Tätigkeit im B. Restaurant in E. vorgelegt. Ausweislich des im gerichtlichen Verfahren vorgelegten Versicherungsverlaufs der Deutschen Rentenversicherung vom... Januar 2022 war er vom 1. Mai 2017 bis 31. August 2021 mit Ausnahme von 19 Tagen im August 2017, des Septembers 2017, Juli und August 2018 versicherungspflichtig und überwiegend nicht nur geringfügig beschäftigt. Mit Bescheid des Jobcenters Nordsachsen vom... August 2021 wurden der Bedarfsgemeinschaft des Antragstellers für die Zeit vom 1. August 2021 bis 31. Januar 2022 (ergänzende) Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II bewilligt.
- 4 Am 16. November 2020 hörte der Antragsgegner den Antragsteller zur beabsichtigten Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt sowie der Einziehung seiner Aufenthaltskarte an. Die Aufenthaltskarte sei nicht wegen der Vaterschaft für das Kind J., sondern wegen der Ehe mit Frau C. erteilt worden. Am 10. März 2022 beantragte der Antragsteller die Verlängerung seiner „Aufenthaltsgenehmigung“. Daraufhin wurde ihm am selben Tag eine Fiktionsbescheinigung mit einer Gültigkeit bis zum 13. April 2022 ausgestellt.
- 5 Mit Bescheid vom 6. April 2022 stellte der Antragsgegner den Verlust des Rechts des Antragstellers auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet fest (Nr. 1) und lehnte den Antrag auf Verlängerung der Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern ab (Nr. 2). Ferner drohte er dem Antragsteller die Abschiebung nach Indien oder in einen anderen Staat, in den er einreisen dürfe und der zu seiner Rückübernahme verpflichtet sei, an (Nr. 3) und ordnete den Sofortvollzug für die Nrn. 1 bis 3 seines Bescheids an (Nr. 4).
- 6 Gegen den ausweislich der Postzustellungsurkunde am 9. April 2022 zugestellten Bescheid legte die Bevollmächtigte des Antragstellers am 11. Mai 2022 zunächst mit einem als E-Mail-Anhang versandten, nicht unterzeichneten Schreiben Widerspruch ein und verwies darauf, dass sie diesen trotz vielfacher Versuche nicht habe per Telefax übermitteln können. Das unterzeichnete Original ging am 12. Mai 2022 beim Antragsgegner ein. Über den Widerspruch wurde - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden.

- 7 Mit dem am 11. Mai 2022 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Eilantrag hat der Antragsteller sinngemäß die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs vom 11. bzw. 12. Mai 2022 beantragt. Zur Begründung hat er zusammengefasst darauf verwiesen, dass er mit der tschechischen Staatsangehörigen M. in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenlebe und am ... 2019 der gemeinsame Sohn geboren worden sei. Er sei seit seiner Einreise voll berufstätig und zu keinem Zeitpunkt im Leistungsbezug gewesen. Er versorge die Familie seit Anfang 2019 mit seinem Einkommen. Er kümmere sich liebevoll um das gemeinsame Kind. Er bringe es in die Kita, gehe mit ihm auf den Spielplatz oder übe andere Freizeitaktivitäten aus, koche gelegentlich für ihn und die Kindsmutter indisch und halte seinen Sohn und die Lebensgefährtin in Kontakt mit seiner in Indien lebenden Familie. Die Lebensgefährtin habe vom... Mai bis... November 2021 eine Ausbildung zur Altenpflegerin abgeschlossen. Seit dem 1. Mai 2022 habe sie einen festen Arbeitsplatz. Im Übrigen habe seine Prozessbevollmächtigte darauf verwiesen, dass sie selbst den Bescheid vom 6. April 2022 ihrem Briefkasten entnommen habe. Auf dem Umschlag sei der 11. April 2022 als Zustelldatum vermerkt. Sie sei daher davon ausgegangen, dass der Brief erst am Montag, dem 11. April 2022, und nicht schon am Samstag, dem 9. April 2022, eingeworfen worden sei. Sie habe beim Antragsgegner vorsorglich Wiedereinsetzung in die (versäumte) Widerspruchsfrist beantragt.
- 8 2. Das Verwaltungsgericht hat mit dem streitgegenständlichen Beschluss vom 17. August 2022 den Antrag abgelehnt und zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Antrag sei als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen den Bescheid vom 6. April 2022 statthaft, soweit er sich gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verlustfeststellung (Nr. 1) und der Ablehnung einer Verlängerung der Aufenthaltskarte (Nr. 2) richte, aber unbegründet. Soweit er sich gegen die Abschiebungsandrohung (Nr. 3) wende, sei er als Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung auszulegen. Die Anordnungen der sofortigen Vollziehung der Nrn. 1 und 2 des Bescheides seien formell rechtmäßig erlassen worden. Der Widerspruch werde voraussichtlich ohne Erfolg bleiben. Dies sei aber nicht bereits deshalb der Fall, weil dieser verfristet erhoben worden und die Erfolgsaussichten des Wiedereinsetzungsantrags zweifelhaft seien, denn der Widerspruchsbehörde stehe es frei, auch über einen verfristeten Widerspruch zu entscheiden. Im Übrigen erweise sich die Feststellung des Verlusts des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet als voraussichtlich rechtmäßig. Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU lägen vor, da die Voraussetzungen für ein Recht nach § 2 Abs. 1 Frei-

zügG/EU innerhalb von fünf Jahren angesichts der Rückkehr der rumänischen Staatsangehörigen C. in ihr Heimatland entfallen seien. Ein eigenständiges Aufenthaltsrecht nach Scheidung gemäß § 3 Abs. 4 Nr. 1 FreizügG/EU bestehe nicht.

- 9 Ein Recht nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU bestehe auch nicht aufgrund der Vaterschaft des Antragstellers gegenüber einem tschechischen Staatsangehörigen. Er sei kein Familienangehöriger i. S. des § 1 Abs. 2 Nr. 3d FreizügG/EU, da ihm sein Sohn zu keinem Zeitpunkt Unterhalt gewährt habe. Auch der Anwendungsbereich des Art. 21 Abs. 1 AEUV sei nicht eröffnet. Denn ausweislich der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 23. September 2020 - 1 C 27/19 -, juris) sei dafür Voraussetzung, dass der Drittstaatsangehörige mit dem Unionsbürger ein normales Familienleben führe und der Unionsbürger aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigt sei. Der Sohn verfüge aber nicht über die dafür gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG erforderlichen Existenzmittel. Zwar habe der Antragsteller von Dezember 2018 bis September 2020 für die Firma R. und seit Januar 2019 im Restaurant B. in E. gearbeitet, aber sei dann aus dringenden familiären Gründen in seine Heimat gereist. Er soll dann ab dem 17. März 2021 wieder für die Firma R. und ab September 2021 im Restaurant B. tätig gewesen sein. Am 27. Juli 2021 habe er aber Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts beantragt und für den Zeitraum von August 2021 bis Januar 2022 erhalten. Ausweislich seines Versicherungsverlaufs habe er auch zwischen Februar und Dezember 2021 Leistungen nach dem SGB II bezogen und im Zeitraum vom 27. Januar 2021 bis 31. August 2021 lediglich ein Entgelt in Höhe von 2.459 € erzielt. Auf die gerichtliche Bitte, seine Verdienstbescheinigungen für die vergangenen sechs Monate sowie die Verdienstbescheinigungen der Kindsmutter und einen Ausbildungsnachweis vorzulegen, habe er trotz Nachfrage nicht reagiert. Es sei völlig unklar, wie sich die Situation der Familie aktuell darstelle. Der bisherige Bezug von Sozialleistungen, die verweigerte Übersendung von Verdienstbescheinigungen und eines Ausbildungsnachweises ließen den Schluss zu, dass der Lebensunterhalt nicht mit eigenen Mitteln bestritten werde. Ein besonderes Vollzugsinteresse liege vor und auch die Abschiebungsandrohung sei voraussichtlich rechtmäßig.
- 10 3. Die hiergegen gerichtete Beschwerde, mit der der Antragsteller weiterhin die Wiederherstellung und Anordnung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 6. April 2022 begehrt, hat Erfolg.
- 11 Zur Begründung seiner Beschwerde, mit der er die Verpflichtung des Antragsgegners, ihm einen Aufenthaltstitel gemäß § 3a Abs. 1 Nr. 1b FreizügG/EU bzw. Art. 21

Abs. 1 AEUV zu erteilen, beantragt hat, trägt er mit Schriftsatz vom 19. September 2022 vor: Es bestehe der Verdacht der Befangenheit gegenüber dem beschlussfassenden Richter. Dieser habe in der im Beschluss wiedergegebenen Sachverhaltszusammenfassung Angaben zu einem Verdacht gegen den Antragsteller wegen Eingehens einer Scheinehe mit Frau C. und dem Einschleusen von Ausländern aufgenommen und diese bei seiner Entscheidung scheinbar berücksichtigt, ohne dass dies für die Entscheidungsfindung erforderlich gewesen sei. Im Übrigen sei der Lebensunterhalt der Familie gesichert; er erfülle alle Tatbestandsvoraussetzungen des Aufenthaltsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV. Aus den zum Nachweis dieses Vortrags vorgelegten Einkommensnachweisen ist ersichtlich, dass der Antragsteller beim B. Restaurant in E. im Mai und Juni 2022 mit einem „Minijob“ monatlich 392,80 € brutto (378,66 € netto) an Einkommen erzielt hat und im Juli 2022 Einkommen aus „Lohn“ i. H. v. 209 € brutto (165,26 € netto). Für Frau M. wurde ein am... April 2022 mit der K. & Co. KG abgeschlossener Arbeitsvertrag vorgelegt, nach welchem sie ab dem 1. Mai 2022 als Altenpflegekraft eingestellt wurde. Gemäß Nr. 4 des Arbeitsvertrags beträgt die Probezeit sechs Monate. Ausweislich der vorgelegten Verdienstbescheinigungen hat sie beim vorgenannten Arbeitgeber im Juni 2022 ein Einkommen i. H. v. 1.695,51 € brutto (1.279,66 € netto), im Juli 2022 i. H. v. 1.687,98 € brutto (1.298,38 € netto) und im August 2022 i. H. v. 1.725,63 € brutto (1.316,53 € netto) erzielt. Zudem macht der Antragsteller geltend, dass er von seiner Familie aus der Heimat Gelder leihweise angefordert habe, um nicht in den Leistungsbezug zu fallen. Auch habe er Ersparnisse über ca. 10.000 €, um den Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme von Sozialleistungen sichern zu können. Es sei nicht nachvollziehbar, warum ein sehr kurzfristiger und sehr geringer ergänzender Leistungsbezug in der Vergangenheit in der Entscheidung des Verwaltungsgerichts berücksichtigt worden sei. Demgegenüber sei nicht berücksichtigt worden, dass das gemeinsame Kind 2019 geboren wurde, er fast ununterbrochen voll berufstätig gewesen sei, die Kindsmutter mit der Pflege ihres Neugeborenen eine Ausbildung zur Altenpflegerin absolviert habe und bereits seit Mai 2022 voll berufstätig sei, obwohl das Kind erst ca. drei Jahre alt sei.

- 12 Auch habe das Verwaltungsgericht keine Abwägung des öffentlichen Interesses an seiner Ausweisung mit seinen privaten Interessen vorgenommen. Es habe insbesondere nicht berücksichtigt, dass die Abschiebung für ihn die Trennung von seinem Kleinkind bedeute, welches er liebevoll umsorge und pflege, welches mit ihm in einem gemeinsamen Haushalt lebe und von ihm seelisch und finanziell abhängig sei. Auch könne die Kindsmutter entgegen der Meinung des Verwaltungsgerichts nicht darauf verwiesen

werden, mit dem Antragsteller in ihr Heimatland auszureisen, um dort die familiäre Lebensgemeinschaft fortzuführen. Dies stände im Widerspruch zu dem der Kindsmutter als Unionsbürgerin zustehenden Freizügigkeitsrecht. Auch fiel im Fall seiner Ausreise die Pflege und Sorge des gemeinsamen Kindes auf die Kindsmutter allein zurück, was ihr die Tätigkeit als Altenpflegerin im bisherigen Umfang auch angesichts ihres Schichtdienstes nicht mehr ermöglichen würde. Nicht in die Abwägung seien auch seine Voraufenthaltszeiten eingestellt worden. Entgegen des Vorwurfs des Antragsgegners habe er sich zu keinem Zeitpunkt einen Aufenthaltstitel erschlichen.

- 13 Das Vorbringen führt die Beschwerde zum Erfolg. Aufgrund der erstmalig im Beschwerdeverfahren vorgelegten aktuellen Verdienstbescheinigungen ist bei summarischer Prüfung von einer gelingenden Existenzsicherung der Familie des Antragstellers auszugehen und damit davon, dass ihm ein aus Art. 21 Abs. 1 AEUV folgendes Aufenthaltsrecht zusteht. Damit erweist sich der Bescheid vom 6. April 2022 als voraussichtlich rechtswidrig, so dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen diesen wiederherzustellen und anzuordnen ist.
- 14 3.1 Der Senat geht wie das Verwaltungsgericht davon aus, dass auch das Beschwerdebegehren des Antragstellers darauf gerichtet ist, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen Nrn. 1 und 2 des Bescheids vom 6. April 2022 wiederherzustellen und soweit er sich gegen die in Nr. 3 des Bescheids enthaltene Abschiebungsandrohung wendet, diese anzuordnen. Zwar hat er mit Schriftsatz vom 31. August 2022 die Verpflichtung des Antragsgegners zur Erteilung eines Aufenthaltstitels gemäß § 3a Abs. 1 Nr. 1b FreizügG/EU oder nach Art. 21 Abs. 1 AEUV beantragt, aber der Senat legt das Beschwerdebegehren in entsprechender Anwendung von § 88 VwGO wie vorstehend dargestellt aus. Denn unabhängig von der Frage, ob mit einer entsprechenden Verpflichtung die Rechtswirkungen des Bescheids vom 6. April 2022 überhaupt vollständig beseitigt werden könnten und dem Umstand, dass ein solches Begehren eine wohl unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache darstellen würde, erwiese es sich - unabhängig davon, dass ein Aufenthaltstitel gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht vom Antragsgegner erteilt wird, sondern kraft Unionsrecht entsteht - auch als eine im Beschwerdeverfahren unzulässige Antragsänderung. Denn ein Verpflichtungsbegehren war nicht Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Das Beschwerdeverfahren nach § 146 Abs. 4 VwGO dient jedoch ausschließlich der Überprüfung der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5, § 80a und § 123 Abs. 1 VwGO ergangenen Beschlüsse des Verwaltungsgerichts auf ihre Richtigkeit. Dies ergibt sich aus den Darlegungsobliegenheiten des Beschwerdeführers und der

Beschränkung des Prüfungsinhalts und -umfangs des Beschwerdegerichts (§ 146 Abs. 4 Sätze 3, 4 und 6 VwGO). Aus diesem Grund ist eine erstmalige Antragstellung, eine Antragserweiterung oder eine sonstige Antragsänderung im Beschwerdeverfahren nach § 146 Abs. 4 VwGO nicht statthaft (SächsOVG, Beschl. v. 28. Oktober 2020 - 3 B 324/19 -, juris Rn. 15; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. vom 7. August 2020 - 4 S 22/20 -, juris Rn. 3 m. w. N.; Schenke, in: Kopp/Ders., VwGO, 28. Aufl. 2022, § 146 Rn. 33 m. w. N.).

- 15 3.2 Die Beschwerde ist aber nicht bereits deshalb erfolgreich, weil die erstinstanzliche Entscheidung durch einen wegen der Besorgnis der Befangenheit abzulehnenden Richter getroffen worden wäre. Unabhängig von der Frage, inwieweit Verfahrensfehler der ersten Instanz eine Beschwerde nach § 146 Abs. 1 VwGO überhaupt zum Erfolg führen können, weil das Beschwerdegericht das Vorbringen des Beschwerdeführers auch als weitere Tatsacheninstanz zu würdigen hat, und der Antragsteller auch nicht gemäß dem im Beschwerdeverfahren entsprechend anwendbaren § 130 Abs. 2 Nr. 1 VwGO eine Zurückverweisung der Sache an das Verwaltungsgericht beantragt hat, kann ein Richter nach Beendigung der Instanz auch nicht mehr wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden. Dies gilt auch dann, wenn sich - wie vom Antragsteller geltend gemacht - die Gründe für die Besorgnis der Befangenheit erst aus den Gründen der Entscheidung ergeben (Meissner/Schenk, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Stand: 42. EL, Februar 2022, § 54 Rn. 48a). Zwar kennt das Beschwerdeverfahren keine § 138 Nr. 2 VwGO entsprechende Regelung, aus der das Bundesverwaltungsgericht für Revisionsverfahren die vorstehenden Grundsätze herleitet (vgl. BVerwG, Beschl. v. 7. März 2017 - 6 B 53/16 - juris Rn. 19, und Beschl. v. 6. Oktober 1989 - 4 CB 23/89 -, juris Rn. 3), aber diese Grundsätze dürften hier entsprechend gelten. Denn schließlich kann nach vollständigem Abschluss einer Instanz die getroffene Entscheidung von dem Gericht, dem die im Anschluss daran abgelehnten Richter angehören, nicht mehr geändert werden (BGH, Beschl. v. 29. Mai 2013 - IX ZB 7/13 -, juris Rn. 3 m. w. N.). Letztlich bedürfen diese Fragen hier aber auch keiner abschließenden Würdigung, da die Beschwerde aus den nachfolgend aufgeführten materiellen Erwägungen Erfolg hat.

- 16 3.3 Das Beschwerdebegehren ist aus den vom Verwaltungsgericht zutreffend angeführten Erwägungen statthaft. Es ist auch in der Sache begründet.

- 17 Gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO kann das Gericht auf Antrag die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn die Behörde gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten besonders angeordnet hat. Dies betrifft vorliegend Nrn. 1 und 2 des Bescheids vom 6. April 2022. Soweit der Widerspruch nach § 11 Satz 1 SächsVwVG bereits kraft Gesetzes keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO), kann das Gericht gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO auf Antrag die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen einen Verwaltungsakt anordnen. Erweist sich der zu vollziehende Verwaltungsakt nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen und allein möglichen summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage voraussichtlich als rechtswidrig, ist die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs jedenfalls anzuordnen und wiederherzustellen, da kein Vollzugsinteresse an der Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsakts bestehen kann. So liegt der Fall hier.
- 18 a) Soweit unter Nr. 1 des Bescheids vom 6. April 2022 der Verlust des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet gegenüber dem Antragsteller festgesellt wurde, erweist sich diese Regelung voraussichtlich als rechtswidrig.
- 19 Soweit der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren - ohne Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Verwaltungsgerichts - darauf verwiesen hat, dass der Antrag schon deswegen abzulehnen sei, weil der Bescheid vom 6. April 2022 aufgrund des „verfristeten Widerspruchs“ bestandskräftig sei, steht dies dem Erfolg der Beschwerde unabhängig von der Frage, ob es sich dabei überhaupt um gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO berücksichtigungsfähiges Vorbringen des Antragsgegners handelt, nicht entgegen. Denn das Verwaltungsgericht hat zutreffend darauf verwiesen, dass die Widerspruchsbehörde selbst über einen verfristeten Widerspruch - nicht drittbelastender Verwaltungsakte - in der Sache entscheiden kann (st. Rspr., u. a. BVerwG, Urt. v. 20. Juni 1988 - 6 C 24/87 -, juris Rn. 9).
- 20 Zum Entscheidungszeitpunkt des Senats erscheint es überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragsteller sein Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet nicht verloren hat.
- 21 Gemäß § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes. § 2 Abs. 2 FreizügG/EU benennt dabei die nach Unionsrecht freizügigkeitsbe-

berechtigten Personengruppen. Der Antragsteller macht mit seinem Beschwerdevorbringen aber selbst schon nicht geltend, dass er diesem Personenkreis unterfällt. Er beruft sich vielmehr auf ein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 21 AEUV, welches ihm nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 23. September 2020, a. a. O. Rn. 14), welcher der Senat folgt, ebenfalls eine Freizügigkeitsberechtigung im Sinn von § 2 Abs. 1 FreizügG/EU vermitteln kann. Zu den Voraussetzungen eines solchen Rechts hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem vorgenannten Urteil Folgendes ausgeführt (Rn. 19 ff.):

- 22 „Gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten (Freizügigkeitsrecht). Der EuGH hat in besonders gelagerten Fallkonstellationen anerkannt, dass drittstaatsangehörige Familienangehörige eines Unionsbürgers, die zwar aus der Richtlinie 2004/38/EG kein abgeleitetes Recht auf Aufenthalt in einem Mitgliedstaat herleiten können, dennoch auf der Grundlage von Art. 21 Abs. 1 AEUV die Anerkennung eines Rechts erreichen können (EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12 [ECLI:EU:C:2014:135], O. und B. - Rn. 44 ff., vom 10. Mai 2017 - C-133/15 [ECLI:EU:C:2017:354], Chavez-Vilchez u.a. - Rn. 54 und vom 27. Juni 2018 - C-230/17 [ECLI:EU:C:2018:497], Altiner u. Ravn - Rn. 27 m.w.N.). Ein unmittelbar aus Art. 21 Abs. 1 AEUV hergeleitetes Aufenthaltsrecht für Familienangehörige eines Unionsbürgers vermittelt nicht nur ein Recht auf Einreise, Aufenthalt und Wohnsitznahme, sondern ein Freizügigkeitsrecht im Sinne des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU. In Art. 21 Abs. 1 AEUV ist die Freizügigkeit der Unionsbürger primärrechtlich verankert, die auch das Recht umfasst, im Aufnahmemitgliedstaat ein normales Familienleben zu führen. Dieses Aufenthaltsrecht steht auf einer Stufe mit den Freizügigkeitsrechten aus der Richtlinie 2004/38/EG. In Fällen, in denen drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers zwar aus der Richtlinie 2004/38/EG kein Recht auf Aufenthalt zusteht, sie aber dennoch auf der Grundlage des Art. 21 Abs. 1 AEUV ‚ein solches Aufenthaltsrecht‘ herleiten können, darf dies in den Voraussetzungen für die Gewährung nicht strenger sein als das Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38/EG, die darauf anzuwenden ist (vgl. EuGH, Urteile vom 12. März 2014 - C-456/12, O. und B. - Rn. 50 und 61 und vom 14. November 2017 - C-165/16 [ECLI:EU:C:2017:862], Lounes - Rn. 45 und 61).
- 23 (1) Nach der Rechtsprechung des EuGH steht Verwandten, die mangels Unterhaltsgewährung in aufsteigender Linie nicht Familienangehörige im Sinne von Art. 2 Nr. 2 Buchst. d RL 2004/38/EG sind, dennoch aus Art. 21 AEUV und der Richtlinie 2004/38/EG ein Aufenthaltsrecht als drittstaatsangehöriger Elternteil zu, wenn sie tatsächlich für das Kind sorgen und dieses über ausreichende Existenzmittel im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG verfügt (vgl. EuGH, Urteile vom 10. Oktober 2013 - C-86/12 [ECLI:EU:C:2013:645], Alokpa - Rn. 29, vom 8. November 2012 - C-40/11 [ECLI:EU:C:2012:691], Iida - Rn. 68 f. und vom 19. Oktober 2004 - C-200/02 [ECLI:EU:C:2004:639], Zhu und Chen - Rn. 45). Begründet hat der EuGH dies damit, dass ansonsten dem Aufenthaltsrecht des Kindes jede praktische Wirksamkeit genommen werde. Denn der Genuss des Aufenthaltsrechts durch ein Kind im Kleinkindalter setze offenkundig voraus, dass sich die für das Kind tatsächlich sorgende Person bei diesem aufhalten dürfe (EuGH, Urteil vom 19. Oktober 2004 - C-200/02, Zhu und Chen - Rn. 45).

Des Weiteren muss (Rn. 27) „die Referenzperson, von der er das Recht ableitet (hier das Kind), im Aufnahmemitgliedstaat aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigt sein; ein lediglich vom anderen Elternteil (hier der Mutter) abgeleitetes Freizügigkeitsrecht des Kindes reicht hierfür nicht. (...) Die Referenzperson muss insbesondere die Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG in eigener Person erfüllen (vgl. EuGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - C-86/12, Alokpa - Rn. 29).“

- 24 Ausgehend von diesen Grundsätzen spricht derzeit viel dafür, dass sich der Antragsteller auf ein Aufenthaltsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV berufen kann.
- 25 Zunächst besitzt sein Sohn neben der tschechischen nicht auch die deutsche Staatsangehörigkeit, so dass dieser im Sinn der Rechtsprechung des EuGH von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat (vgl. Darstellung unter Rn. 21 des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts a. a. O.), so dass der Anwendungsbereich des Art. 21 AEUV eröffnet ist.
- 26 Der Sohn des Antragstellers ist auch aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigt. Gemäß Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG, den § 4 Abs. 1 FreizügG/EU in nationales Recht umsetzt (vgl. Brinkmann, in: Huber/Mantel, Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz, 3. Aufl. 2021, § 4 FreizügG/EU Rn. 1), ist freizügigkeitsberechtigt, wer für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt, so dass er während seines Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in Anspruch nehmen muss, und er und seine Familienangehörigen über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen. Die Herkunft der Mittel ist dabei irrelevant, sie müssen insbesondere nicht vom Unionsbürger selbst stammen (EuGH, Urt. v. 19. Oktober 2004 - C-200/02 -, juris Rn. 30; BVerwG, a. a. O. Rn. 31). Gemäß Art. 8 Abs. 4 Satz 1 RL 2004/38/EG dürfen die Mitgliedstaaten keinen festen Betrag festlegen, den sie für die Existenzmittel als ausreichend betrachten, sondern müssen die persönliche Situation des Betroffenen berücksichtigen. Dabei darf der Betrag auf keinen Fall über dem Schwellenbetrag liegen, unter dem der Aufnahmemitgliedstaat seinen Staatsangehörigen Sozialhilfe gewährt (Art. 8 Abs. 4 Satz 2 RL 2004/38/EG). Ausgehend von diesen unionsrechtlichen Vorgaben indiziert die Nichtinanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen im Aufnahmemitgliedstaat grundsätzlich das Vorhandensein ausreichender Existenzmittel. Da weder der Sohn des Antragstellers noch dessen Familienangehörige derzeit Leistungen nach dem SGB II oder XII beziehen, ist bereits deshalb grundsätzlich von einer ausreichenden Existenzsicherung i. S. d. Art. 7 Abs. 1 Buchst. b RL 2004/38/EG auszugehen (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 7. August 2014 - 3 B 507/13 -, juris Rn. 13; BayVG, Beschl. v. 16. Januar

2009 - 19 C 08.3271 -, juris Rn. 17; Tewocht, in: Kluth/Heusch, BeckOK Ausländerrecht, 34. Ed., Stand: 1. Oktober 2021, § 4 Rn.11; Epe, in: Berlit [Hrsg.], GK Aufenthaltsgesetz, Stand: Juli 2013, § 4 FreizügG/EU Rn. 22). Soweit § 4 Abs. 1 FreizügG/EU möglicherweise weniger strenge Voraussetzungen aufstellt (vgl. Tewocht, a. a. O. Rn. 6), kommt es darauf vorliegend nicht streitentscheidend an. Denn selbst wenn man davon ausgehen würde, dass hier aufgrund des Bezugs von SGB II-Leistungen in der Vergangenheit besonderer Anlass zur Überprüfung der gelingenden Existenzsicherung besteht, ergäbe sich nichts Anderes. Auch wenn, wie ausgeführt, aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben grundsätzlich eine Einzelfallbetrachtung geboten ist, kann als Anhaltspunkt zunächst herangezogen werden, ob dem Unionsbürger und seinen Familienangehörigen eine Lebensunterhaltssicherung nach den Grundsätzen des SGB II gelingt. Gelingt dies, ist gemäß Art. 8 Abs. 4 Satz 2 RL 2004/38/EG jedenfalls von einer gelingenden Existenzsicherung auszugehen. Das ist vorliegend der Fall. Die Bedarfsgemeinschaft des Sohnes des Antragstellers hat einen Bedarf i. S. des SGB II von monatlich 1.428 €, den sie aus dem von der Bedarfsgemeinschaft erwirtschafteten Einkommen selbst decken kann.

- 27 Gemäß § 20 Abs. 1a, Abs. 2 Satz 2 Nrn. 1 und 2, Abs. 4 SGB II i. V. m. Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung 2022 vom 13. Oktober 2021 (BGBl. I, S. 4674) beträgt der Regelbedarf für den Antragsteller und Frau M. jeweils 404 € und für J. 285 €. Zudem sind Kosten der Unterkunft und Heizung in Höhe von 335 € zu berücksichtigen, so dass sich ein Gesamtbedarf von 1.428 € ergibt. Die Bedarfsgemeinschaft hat monatlich ein durchschnittliches Nettoeinkommen von 1.605,72 € zur Verfügung, was der Senat aus den für den Antragsteller und Frau M. im Beschwerdeverfahren vorgelegten Verdienstbescheinigungen ermittelt hat. Diese innerhalb der Beschwerdebegründungsfrist vorgetragenen und den Streitgegenstand nicht verändernden neuen Tatsachen in Form der vorgelegten Verdienstbescheinigungen sind im Beschwerdeverfahren auch berücksichtigungsfähig, obwohl diese bereits in erster Instanz hätten vorgebracht werden können und der Antragsteller durch das Verwaltungsgericht zu einem entsprechenden Vortrag aufgefordert worden war (vgl. BayVGH, Beschl. v. 30. Januar 2017 - 4 CE 16.2575 -, juris Rn. 6; OVG NRW, Beschl. v. 26. März 2004 - 21 B 2399/03 -, juris Rn. 23; VGH BW, Beschl. v. 2. Juni 2017 - NC 9 S 1244/17 -, juris Rn. 5 m. w. N.; Rudisile, in: Schoch/Schneider, a. a. O. § 146 Rn. 13c; Happ, in: Eyermann, VwGO, 16. Aufl. 2022, § 146 Rn. 22b; Schenke, a. a. O. § 146 Rn. 22; Stuhlfauth, in: Bader/Funke-Kaiser/Ders./von Albedyll, VwGO, 8. Aufl. 2021, § 146 Rn. 31; a. A.: VGH BW, Beschl. v. 8. November 2004 - 9 S 1536/04 -, juris Rn. 4; NdsOVG, Beschl. v. 20. Juli 2012 - 12 ME 75/12 -, juris Rn. 9). Zwar läuft es dem in § 146 Abs. 4 Satz 3

und 6 VwGO verankerten Beschleunigungszweck zuwider, wenn das Beschwerdegericht die bisher nicht vorgetragenen Tatsachen erstmals prüft, aber dem Gesetz - auch nicht dem materiellen Recht - ist keine Pflicht zum umfassenden und abschließenden Sachvortrag für die erste Instanz oder eine entsprechende Präklusionsvorschrift für das Beschwerdeverfahren zu entnehmen. Daher kann der Senat seiner Entscheidung ein durchschnittliches Nettoeinkommen von 1.605,72 € für den Antragsteller und Frau M. zugrunde legen. Zwar ergäbe sich unter Berücksichtigung der in § 11b SGB II genannten Absetzungsbeträge nur ein anrechnungsfähiges Einkommen von 1.129,41 €, bei dem auch unter Berücksichtigung eines Kindergeldbezugs für J. (vgl. dazu Epe, a. a. O. Rn. 20) ein ungedeckter monatlicher Bedarf von 80,20 € verbliebe, aber es erscheint bereits zweifelhaft, ob die in § 11b SGB II genannten Absetzungsbeträge bei einer unionsrechtlichen Auslegung des Begriffs der „Sozialhilfeleistungen“ überhaupt heranziehbar sind. Stellt man ohne diese nur auf das Nettoeinkommen von 1.605,72 € ab, wäre ohne jeden Zweifel von einer Bedarfsdeckung auszugehen. Für den Anwendungsbereich der Familienzusammenführungsrichtlinie hat das Bundesverwaltungsgericht auf Grundlage der Rechtsprechung des EuGH entschieden, dass die Freibeträge des SGB II bei der unionsrechtlichen Einkommensermittlung nicht heranzuziehen sind (BVerwG, Urt. v. 16. November 2010 - 1 C 20/09 -, juris Rn. 33). Der Freibetrag nach dem SGB II werde in erster Linie aus arbeitsmarkt- bzw. beschäftigungspolitischen Gründen gewährt und solle eine Anreizfunktion zur Aufnahme bzw. Beibehaltung einer Erwerbstätigkeit haben, aber keinen Mangel an ausreichenden festen und regelmäßigen Einkünften ausgleichen. Diese Überlegungen scheinen auf den ersten Blick auf die Unionsbürgerrichtlinie übertragbar (vgl. Oberhäuser, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 4 FreizügG/EU Rn. 7). Auch hat dies der Senat für einen Teilbereich der Unionsbürgerrichtlinie, wenn auch aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten, bereits anerkannt (SächsOVG, Beschl. v. 15. Dezember 2011 - 3 B 122/11 -, juris). Letztlich ist eine derart komplexe Rechtsfrage aber in einem Eilverfahren nicht abschließend zu beantworten. Dies erscheint derzeit angesichts der unionsrechtlich ohnehin gebotenen Einzelfallbetrachtung auch nicht veranlasst. Denn einerseits geht der Senat angesichts der bisherigen Erwerbsbiografie des Antragstellers in der Bundesrepublik davon aus, dass es ihm alsbald wieder gelingen wird, selbst mehr Erwerbseinkommen zu erzielen, so dass sich die geringfügige Unterdeckung dann schon nicht mehr ergäbe, und andererseits hat dieser - ohne dass dem der Antragsgegner entgegengetreten ist - dem Senat glaubhaft versichert, dass er zukünftig keine Leistungen nach dem SGB II mehr in Anspruch nehmen, sondern auf das ihm zur Verfügung stehende Vermögen zurückgreifen werde. Dies ist rechtlich auch unbedenklich, denn die in Art. 7 Abs. 1 Buchst. b

RL 2004/38/EG genannten Existenzmittel müssen nicht aus Erwerbseinkommen herühren (vgl. BVerwG, Urt. v. 23. September 2020 a. a. O. Rn. 32; Epe, a. a. O. Rn. 20). Schließlich steht auch der Umstand, dass sich die Lebensgefährtin des Antragstellers ausweislich ihres Arbeitsvertrags derzeit noch in der Probezeit befindet, der Annahme ausreichender Existenzmittel nicht entgegen. Der Senat hat keine Anhaltspunkte dafür, dass diese die Probezeit nicht bewältigen könnte. Außerdem ist diese als Altenpflegerin in einem stark nachgefragten Beruf tätig, so dass diese auch im unwahrscheinlichen Fall einer Kündigung des derzeitigen Arbeitsverhältnisses schnell eine Anschlussbeschäftigung finden können sollte.

- 28 Der Sohn des Antragstellers, er selbst und Frau M. verfügen auch über einen ausreichenden Krankenversicherungsschutz in der Bundesrepublik. Davon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn ein Versicherungsvertrag mit einer gesetzlichen Krankenversicherung besteht (Epe, a. a. O. Rn. 16). Ausweislich der vorgelegten Verdienstbescheinigungen ist sowohl der Antragsteller als auch Frau M. bei der Krankenkasse B. gesetzlich versichert. Bei lebensnaher Auslegung ist davon auszugehen, dass J. familienversichert ist und daher auch über einen ausreichenden Versicherungsschutz verfügt.
- 29 Nachdem somit überwiegend wahrscheinlich ist, dass J. aus eigenem Recht freizügigkeitsberechtigt ist, ist als weitere Voraussetzung für ein aus Art. 21 Abs. 1 AEUV folgendes Aufenthaltsrecht des Antragstellers auch überwiegend wahrscheinlich, dass der Antragsteller auch tatsächlich für das Unionsbürgerkind J. sorgt. Dem Vorbringen des Antragstellers, wonach er tatsächlich die elterliche Sorge für J. wahrnimmt, ist der Antragsgegner nicht entgegengetreten. Auch der Senat hat nach Aktenlage derzeit keinen Zweifel an der tatsächlichen Ausübung der elterlichen Sorge, zumal der Antragsteller mit seinem Sohn auch in einem gemeinsamen Haushalt lebt. Dass er diese gemeinsam mit der Unionsbürgerin Frau M. ausübt, steht dabei dem begehrten Aufenthaltsrecht nicht entgegen (vgl. BVerwG, a. a. O. Rn. 29 unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 17. September 2002 - C-413/99 -, juris Rn. 71 ff.)
- 30 b) Soweit unter Nr. 2 des Bescheids vom 6. April 2022 der Antrag des Antragstellers auf Verlängerung der Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern abgelehnt wurde, erweist sich auch diese Regelung voraussichtlich als rechtswidrig.
- 31 Da der Antragsteller, wie ausgeführt, ein aus Art. 21 Abs. 1 AEUV folgendes eigenständiges Freizügigkeitsrecht i. S. des § 2 Abs. 1 FreizügG/EU haben dürfte, wäre ihm wohl

zumindest in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 FreizügG/EU auch eine Aufenthaltskarte auszustellen (BVerwG, a. a. O. Rn. 14). Die Aufenthaltskarte begründet das Freizügigkeitsrecht nicht, sondern hat nur deklaratorische Bedeutung (BT-Drs. 17/10746, S. 11; vgl. EuGH, Urt. v. 12. März 2014 - C-456/12 -, juris Rn. 60). Sie ist somit immer dann auszustellen, wenn ein unionsrechtliches Freizügigkeitsrecht besteht und stellt schlicht hoheitliches Handeln dar (BVerwG a. a. O.).

- 32 c) Schließlich erweist sich auch die unter Nr. 3 des Bescheids vom 6. April 2022 festgestellte Ausreisepflicht sowie die Abschiebungsandrohung aus den vorgenannten Gründen als voraussichtlich rechtswidrig. Denn eine Ausreisepflicht besteht nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU nicht, wenn ein Recht auf Einreise und Aufenthalt besteht, was aus den dargelegten Gründen im Fall des Antragstellers derzeit überwiegend wahrscheinlich ist. Damit besteht auch keine Rechtsgrundlage für die gesetzte Ausreisefrist und die angedrohte Abschiebung.
- 33 3.4 Da der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO auf die Prüfung des Beschwerdevorbringens beschränkt ist, kann, unabhängig davon, dass der Beschwerde ohnehin schon aus den vorstehenden Gründen stattzugeben ist, dahingestellt bleiben, ob sich die Rechtswidrigkeit des streitgegenständlichen Bescheids auch deswegen ergibt, weil dem Antragsteller, sollten die Anspruchsvoraussetzungen von § 3a Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 4c FreizügG/EU aufgrund des Zusammenlebens mit Frau M. erfüllt sein, zumindest ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung auf Verleihung eines Rechts zur Einreise und zum Aufenthalt im Bundesgebiet zusteht.
- 34 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 35 Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 47, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung von Nr. 8.1 und 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31. Mai/1. Juni 2012 und am 18. Juli 2013 beschlossenen Änderungen und folgt der Festsetzung erster Instanz, gegen die keine Einwände erhoben wurden.
- 36 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
v. Welck

Nagel

Wiesbaum