

# HAMBURGISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

3 Bs 179/11  
19 E 1378/11

## 3. Senat

### Beschluss vom 5. Januar 2012

---

VwGO § 123 Abs. 1

FreizügG/EU § 2 Abs. 2 Nr. 1, § 5 Abs. 1

Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie) Erwägungsgrund Nr. 14

1. Ein 81 Jahre alter EU-Bürger, der neben einer geringen Altersrente ein zusätzliches Einkommen von monatlich 525 Euro brutto für eine nicht nur kurzfristige und tatsächlich ausgeübte, abhängige Beschäftigung im Umfang von 16 Stunden pro Woche erzielt, ist als freizügigkeitsberechtigter Arbeitnehmer i.S. des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU anzusehen. Eine solche Beschäftigung ist nicht als für die Eigenschaft als Arbeitnehmer völlig untergeordnete und unwesentliche außer Betracht zu lassen. Das Alter von 81 Jahren allein steht der Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht entgegen.
2. Ein freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, sein Aufenthaltsrecht im Umgang mit Behörden und Personen des privaten Rechts des Aufenthaltsstaats durch Vorlage der europarechtlich hierfür vorgesehenen Bescheinigung nachweisen zu können und diese Bescheinigung alsbald von der zuständigen Behörde zu erhalten. Bestreitet die deutsche Ausländerbehörde mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Unrecht die Freizügigkeitsberechtigung eines Unionsbürgers, und begehrt er deshalb beim Verwaltungsgericht die Verpflichtung der Behörde zur Erteilung einer Bescheinigung

gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU im Wege der einstweiligen Anordnung, so ist es für das Vorliegen des Anordnungsgrundes im Sinne des § 123 Abs. 1 VwGO nicht erforderlich, dass die Ausländerbehörde beabsichtigt, seinen Aufenthalt in naher Zukunft zu beenden, oder dass ihm ähnlich gravierende Nachteile drohen. Einer vollständigen Vorwegnahme der Hauptsache kann dadurch begegnet werden, dass die Behörde dazu verpflichtet wird, dem Unionsbürger vorläufig eine nur befristete Bescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU zu erteilen.

---



## Hamburgisches Oberverwaltungsgericht

3 Bs 179/11  
19 E 1378/11

### **Beschluss**

In der Verwaltungsrechtssache

hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht, 3. Senat, durch die Richter Schulz, Jahnke und Niemeyer am 5. Januar 2012 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 31. August 2011 geändert. Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Antragstellern vorläufig eine bis zum 30. Juni 2012 geltende Bescheinigung gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU auszustellen.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,- Euro festgesetzt.

### **Gründe:**

Die Beschwerde hat nach Maßgabe des Beschlusstextes Erfolg.

1. Die Prüfung der mit der Beschwerde dargelegten Gründe ergibt, dass der angefochtene Beschluss mit der dort gegebenen Begründung keinen Bestand haben kann. Damit ist das Beschwerdegericht berechtigt und verpflichtet, ohne die Beschränkung des § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO über die Beschwerde in eigener Kompetenz zu entscheiden (zu dieser Folge vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 9.12.2003, 3 Bs 415/02).

a) Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragsteller auf Erlass der von ihnen erstrebten einstweiligen Anordnung mit der Begründung abgelehnt, dass eine solche Anordnung die Hauptsache vorwegnehme und der hierfür nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderliche Anordnungsgrund nicht gegeben sei. Den Antragstellern drohten seitens der

Antragsgegnerin keine aufenthaltsbeendenden Maßnahmen, und der Antragsteller zu 1) könne als portugiesischer Staatsbürger und Unionsbürger auch ohne die begehrte Freizügigkeitsbescheinigung als Arbeitnehmer tätig sein, indem er dem potentiellen Arbeitgeber seinen Personalausweis vorlege und diesen darauf hinweise, dass er als Unionsbürger keine Arbeitserlaubnis benötige.

b) Die Antragsteller machen demgegenüber u. a. geltend, dass die in § 5 Abs. 1 FreizügG/EU vorgesehene Ausstellung einer Freizügigkeitsbescheinigung es den freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern im Umgang mit den Behörden des Aufenthaltsstaates und dortigen Arbeitgebern gerade ermöglichen bzw. erleichtern solle, die eigene Rechtsposition glaubhaft zu machen und so vor unberechtigten Maßnahmen geschützt zu werden. Dies gelte gerade auch für den Antragsteller zu 1), der nur wenig Deutsch spreche und nicht rechtskundig sei.

Dieses Argument vermag die Richtigkeit der vom Verwaltungsgericht gegebenen Begründung zu erschüttern. Es spricht in der Tat schon grundsätzlich etwas dafür, dass freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger durch die Ausstellung von Bescheinigungen über das Aufenthaltsrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 FreizügG/EU die Möglichkeit erhalten sollen, sich gegenüber Behörden des Aufenthaltsstaats und dortigen Privatpersonen als solche Unionsbürger darzustellen, die sich nicht bloß für einen kurzen, maximal dreimonatigen Zeitraum (vgl. § 2 Abs. 5 FreizügG/EU bzw. Art. 6 Abs. 1 der Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG vom 29.4.2004, ABI. Nr. L 158/77), sondern längerfristig in Ausübung eines hierfür bestehenden Freizügigkeitsrechts in dem betreffenden Unionsstaat aufhalten wollen und dürfen. Dies kann insbesondere im Umgang mit anderen nationalen Behörden als der Ausländerbehörde, aber auch im Umgang mit Privatpersonen wie potentiellen Arbeitgebern, Wohnungsvermietern oder Versicherungsgesellschaften von Bedeutung sein. Würde man den betreffenden Personenkreis trotz eines materiellrechtlich gegebenen Freizügigkeitsrechts für die Dauer eines möglicherweise jahrelangen verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens darauf verweisen, ohne jegliche behördliche Bescheinigung über ihr freizügigkeitsbedingtes Aufenthaltsrecht dazustehen und unter Vorlage ihres Personalausweises oder Passes selbst für die in der jeweiligen Situation nötigen Erklärungen und rechtlichen Hinweise Sorge zu tragen, könnte dies die Wahrnehmung ihres Freizügigkeitsrechts unangemessen erschweren (zur Bedeutung der Ausstellung der Bescheinigung für die

Vermeidung unangemessener Behinderungen bei der Ausübung des Freizügigkeitsrechts vgl. auch den Erwägungsgrund Nr. 14 zur Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG, a. a. O.). Dies gilt insbesondere dann, wenn der betreffende Unionsbürger die Sprache des Aufenthaltsstaates nicht oder nur wenig beherrscht (wozu er unionsrechtlich auch nicht verpflichtet ist), wie dies etwa der Antragsteller zu 1) hier geltend macht. Jedenfalls im vorliegenden Fall spricht im Hinblick auf die Situation des Antragstellers zu 1), der es, wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt, ohne eine solche Bescheinigung schon im Hinblick auf sein Alter (81 Jahre) schwer haben dürfte, die von ihm geltend gemachte Freizügigkeit als Arbeitnehmer gegenüber den deutschen Behörden und hiesigen Privatpersonen glaubhaft zu vermitteln, einiges dafür, dass die Ausstellung einer Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht für die Wahrnehmbarkeit des Freizügigkeitsrechts durch die Antragsteller von maßgeblicher Bedeutung ist.

Hinzu kommt, dass im vorliegenden Fall die mit der erstrebten und nach Maßgabe des vorliegenden Beschlusses erfolgten einstweiligen Anordnung verbundene Vorwegnahme der Hauptsache von vergleichsweise begrenzter Wirkung ist (vgl. dazu die nachstehenden Ausführungen unter „2 b“), was die Anforderungen an den Anordnungsgrund entsprechend mindert.

2. Die somit unbeschränkte Prüfung durch das Beschwerdegericht führt zum Erfolg der Beschwerde nach Maßgabe des Beschlusstextes. Der insoweit nach § 123 Abs. 1 VwGO erforderliche Anordnungsanspruch (a) und Anordnungsgrund (b) liegen vor.

a) Die Antragsteller dürften nach der derzeit erkennbaren Sach- und Rechtslage einen Anspruch auf Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU haben. Nach dieser Bestimmung wird freizügigkeitsberechtigten Unionsbürgern und ihren Familienangehörigen mit Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union (von Amts wegen) eine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt.

aa) Der Antragsteller zu 1) ist als portugiesischer Staatsbürger auch Unionsbürger (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 AEUV). Er dürfte zudem freizügigkeitsberechtigt sein als Arbeitnehmer, § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist der Begriff des Arbeitnehmers ein gemeinschafts- bzw. unionsrechtlicher Begriff, der nicht eng auszulegen ist. Arbeitnehmer ist danach jeder, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, die er während eines bestimmten Zeitraums nach den Weisungen eines anderen gegen Leistung einer Vergütung erbringt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen (ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, vgl. etwa EuGH, Urt. v. 7.9.2004, C-456/02, Fall Trojani, InfAusIR 2004, 417, 418). Der Gerichtshof hat keine genauen quantitativen Mindestanforderungen im Hinblick auf den zeitlichen Umfang und der zu erzielenden Vergütung gestellt, jedoch wiederholt entschieden, dass auch Teilzeitbeschäftigungen, die nach dem jeweiligen nationalen Recht als geringfügige Beschäftigung eingestuft werden und deren Vergütung nicht ausreicht, um das Existenzminimum nach dem Maßstab des Aufenthaltsstaates zu gewährleisten, genügen können, um die Eigenschaft als Arbeitnehmer zu begründen bzw. aufrechtzuerhalten (vgl. EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81, Fall Levin, InfAusIR 1983, 102, 104; Urt. v. 3.6.1986, C-139/85, Fall Kempf, juris; Urt. v. 26.2.1992, C-357/89, Fall Raulin, juris; Urt. v. 18.7.2007, C-213/05, Fall Geven, InfAusIR 2007, 371; in diesem Sinne auch Nr. 2.2.1.1 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung zum FreizügG/EU vom 26.10.2009, GMBI. S. 1270). Unerheblich für die Eigenschaft als Arbeitnehmer ist es, ob der Unionsbürger die Arbeit erst einige Jahre nach seiner Einreise in den Aufenthaltsstaat aufgenommen hat (Urt. v. 6.11.2003, C-413/01, Fall Ninni-Orasche, juris). „Belanglos“ in diesem Zusammenhang sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs die Absichten, die einen Arbeitnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat möglicherweise dazu veranlassen haben, in einem anderen Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, sofern jedenfalls er dort tatsächlich eine echte Tätigkeit ausübt oder ausüben will (vgl. EuGH, Urt. v. 23.3.1982, Rs. 53/81, Fall Levin, InfAusIR 1983, 102, 104).

Nach diesen Maßstäben dürfte der Antragsteller zu 1) mittlerweile als Arbeitnehmer im unionsrechtlichen Sinne einzustufen sein. Jedenfalls mit Beginn seines Arbeitsverhältnisses als Küchenhilfe im portugiesischen Restaurant „ „ am 15. Oktober 2011 dürfte er die unionsrechtlichen Voraussetzungen für die Eigenschaft als Arbeitnehmer erfüllen. Die Tätigkeit ist weisungsgebunden und wird vergütet; ihr zeitlicher Umfang von 16 Stunden pro Woche bei einer monatlichen Bruttovergütung von 525,- Euro

ist auch nicht etwa so geringfügig, dass sie als „völlig untergeordnet und unwesentlich“ zu bewerten wäre.

Der Umstand schließlich, dass der Antragsteller zu 1) bereits 81 Jahre alt ist und eine (geringe) Altersrente bezieht, steht seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer nicht entgegen. Rentnern ist es nicht verboten, weiter zu arbeiten; im Gegenteil sehen sie sich nicht selten wegen der Höhe ihrer Rente veranlasst, weiter erwerbstätig zu sein, um ihren Lebensunterhalt vollständig zu sichern. Auch ein Alter von 81 Jahren dürfte als solches die Arbeitnehmereigenschaft im unionsrechtlichen Sinne nicht ausschließen können, da dies wohl altersdiskriminierend wäre (zu Höchstaltersgrenzen im Hinblick auf den Zugang zu unselbstständiger Erwerbstätigkeit vgl. Art. 1, Art. 3 Abs. 1 Buchst. a) und Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) der Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000, Abl. L 303 vom 2.12.2000 S. 16, und die diesbezügliche deutsche Umsetzung durch §§ 1, 2 Abs. 1 Nr. 1 und § 10 Satz 3 Nr. 3 AGG). Im konkreten Einzelfall wiederum ist es, wie auch der vorliegende Fall zeigt, durchaus vorstellbar, dass Menschen dieses Alters je nach ihrer gesundheitlichen Verfassung (vor allem im Rahmen von eher geringfügigen Teilzeitbeschäftigungen) noch erwerbstätig sein können, etwa als Assistenzkräfte mit (körperlich) nicht allzu anstrengenden Aufgaben (die sie in früheren Generationen vielleicht unentgeltlich im Großfamilienverbund wahrgenommen hätten).

bb) Die Antragstellerin zu 2) ist als (fünfjährige) Tochter des Antragstellers zu 1) freizügigkeitsberechtigt gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU.

b) Auch der für den hier gefassten Beschluss erforderliche Anordnungsgrund ist gegeben. Wie vorstehend unter „1. b)“ bereits ausgeführt, haben die Antragsteller ein schutzwürdiges Interesse daran, nicht bis zum Ende des Widerspruchsverfahrens und eines ggf. folgenden längeren gerichtlichen Hauptsacheverfahrens ohne jegliche Bescheinigung der Antragsgegnerin über ihr freizügigkeitsbedingtes Aufenthaltsrecht dastehen zu müssen.

In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass die mit der Ausstellung einer Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU verbundene Vorwegnahme der Hauptsache insofern begrenzt ist, als derartige Bescheinigungen keine rechtskonstitutive, sondern eine allein deklaratorische Bedeutung haben, da das Freizügigkeitsrecht ggf.

unmittelbar aus dem Unionsvertrag erwächst (vgl. den Erwägungsgrund Nr. 11 zur Unionsbürgerrichtlinie 2004/38/EG, a. a. O.) und nicht durch Entscheidungen nationaler Behörden begründet wird. Der Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU kommt daher keine Verwaltungsaktqualität zu (vgl. Hailbronner, AuslR, FreizügG/EU, § 5 Rn. 4, 5).

Vor allem aber wird die hier mit der Ausstellung der Bescheinigungen verbundene Vorwegnahme der Hauptsache dadurch begrenzt, dass deren Geltungsdauer auf den Zeitraum bis zum 30. Juni 2012 beschränkt ist. Das Beschwerdegericht geht davon aus, dass in diesem Zeitraum das anhängige Widerspruchsverfahren abgeschlossen wird und dass ggf. noch erforderliche Prüfungen des Freizügigkeitsrechts der Antragsteller bis dahin erfolgen können; sollte dies nicht der Fall und der sonstige Sachverhalt bis zum 30. Juni 2012 im Wesentlichen gleich geblieben sein, so bliebe es den Antragstellern unbenommen, erneut um die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachzusuchen. Die Beschränkung der Gültigkeitsdauer der Bescheinigungen verstößt auch nicht etwa gegen § 5 Abs. 1 FreizügG/EU. Danach sind derartige Bescheinigungen zwar an sich ohne Befristung auszustellen. Die infolge des vorliegenden Beschlusses zu erteilenden Bescheinigungen sollen aber nicht endgültigen Charakter haben (dann wäre eine solche Befristung in der Tat nicht möglich), sondern die Antragsteller im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes zur Überbrückung eines begrenzten Zeitraums dazu in die Lage versetzen, ihr voraussichtlich bestehendes Freizügigkeitsrecht ohne unangemessene Behinderungen wahrzunehmen. In einer solchen Situation ist es - auch zur Wahrung der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG - möglich, bis zur endgültigen Entscheidung und ggf. der Erteilung einer unbefristeten Bescheinigung die Antragsgegnerin im Rahmen einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 Abs. 1 VwGO zu verpflichten, zunächst eine zeitlich befristete Bescheinigung auszustellen, die die Interessenlage beider Seiten angemessen berücksichtigt.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Nach der Einschätzung des Beschwerdegerichts haben die Antragsteller mit dem vorliegenden Beschlusstenor vollständig obsiegt. Zwar hatten sie mit dem Beschwerdeantrag die Verpflichtung der Antragsgegnerin erstrebt, ihnen jeweils „eine Bescheinigung gem. § 5 Abs. 1 FreizügG/EU“ auszustellen, ohne insoweit eine zeitliche Gültigkeitsbegrenzung anzuführen. Das Beschwerdegericht versteht diesen Antrag, an dessen Wortlaut es gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 938 Abs. 1 ZPO nicht gebunden ist, allerdings

dahin, dass sie nicht unbedingt die Ausstellung unbefristeter Bescheinigungen begehrt haben (was in der Tat auf eine vollständige Vorwegnahme der Hauptsache hinausgelaufen wäre), sondern dass es ihnen darum gegangen ist, im Wege einer einstweiligen Anordnung überhaupt – ggf. auch befristete - Bescheinigungen über ein Aufenthaltsrecht im Sinne des § 5 Abs. 1 FreizügG/EU zu erhalten. Dem entspricht es, dass die Antragsgegnerin (vgl. die Antragsrwiderrung gegenüber dem Verwaltungsgericht vom 20.7.2011) und das Verwaltungsgericht nicht auf die Gültigkeitsdauer von Bescheinigungen gemäß § 5 Abs. 1 FreizügG/EU abgestellt, sondern das Freizügigkeitsrecht als solches bestritten bzw. generell das Vorliegen eines Anordnungsgrundes für die Ausstellung einer Bescheinigung verneint haben, und dass das Verwaltungsgericht den Streitwert für das dortige Eilverfahren nicht (wie dies beim Begehren einer vollständigen Vorwegnahme der Hauptsache konsequent gewesen wäre) in voller Höhe des für ein Hauptsacheverfahren angemessenen Streitwerts (dies wären 2 x 5.000,- = 10.000,- Euro gewesen) festgesetzt, sondern (BA S. 4) in Anwendung von Abschnitt 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2004, 1327) die Hälfte dieses Werts veranschlagt hat.

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren folgt aus §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 und 2 GKG.

Schulz

Jahnke

Niemeyer