

beglaubigte Abschrift

VERWALTUNGSGERICHT DRESDEN

11.11.2016

112 4



## VERWALTUNGSGERICHT DRESDEN

### BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

Dresden

- Antragstellerin -

prozessbevollmächtigt:  
Rechtsanwälte Flöther & Wissing  
Hansering 1, 06108 Halle

gegen

die Landeshauptstadt Dresden  
vertreten durch den Oberbürgermeister  
Grunaer Str. 2, 01069 Dresden

- Antragsgegnerin -

wegen

Bestehen eines Freizügigkeitsrechts  
hier: Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO

hat die 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Dresden durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht Bendner, die Richterin am Verwaltungsgericht Auf der Straße und den Richter Schoßig

am 15. November 2016

**beschlossen:**

Der Antragstellerin wird Prozesskostenhilfe für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes unter Beiordnung ihres Prozessbevollmächtigten gewährt.

Es wird festgestellt, dass der Widerspruch der Antragstellerin vom 16.9.2016 gegen die Feststellung unter Ziff. 1 der Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 17.8.2016 aufschiebende Wirkung hat.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin

Der Streitwert wird auf 2.500,00 EUR festgesetzt.

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin begehrt vorläufigen Rechtsschutz gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 17.8.2016, mit der festgestellt wurde, dass sie nicht freizügigkeitsberechtigt ist, ihr Antrag vom 21.1.2016 auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG abgelehnt, sie zur Ausreise aus dem Bundesgebiet binnen 25 Tagen aufgefordert und ihr bei Nichteinhaltung dieser Frist die Abschiebung in ihr Heimatland angedroht wurde.

Die 1959 geborene Antragstellerin ist kosovarische Staatsangehörige und reiste eigenen Angaben zufolge am 3.11.2015 in die Bundesrepublik Deutschland ein. Am 4.11.2016 meldete sie ihren Wohnsitz in Dresden an. Zu diesem Zeitpunkt war sie im Besitz einer ihr im Oktober 2013 ausgestellten italienischen Aufenthaltserlaubnis, die bis zum 17.9.2016 gültig war. Im Januar 2016 beantragte sie über ihren Prozessbevollmächtigten bei der Antragsgegnerin die Ausstellung einer Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers nach § 5 Abs. 1 FreizügG/EU. Hilfsweise beantragte sie die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG. Zur Begründung wurde ausgeführt, sie habe vor ihrer Einreise in das Bundesgebiet mit ihrem italienischen Sohn und dessen Familie in Italien gelebt. Der Sohn, Herr ~~XXXXXXXXXX~~, lebe bereits mit seiner italienischen Ehefrau und dem gemeinsamen Kind in Dresden. Zudem sei sie seit 2013 mit dem kosovarischen Staatsangehörigen ~~XXXXXXXXXX~~ verheiratet, der im Besitz einer Niederlassungserlaubnis sei und ebenfalls in Dresden lebe. Weiterhin wurden gegenüber der Behörde unterschiedliche Angaben zu der Frage gemacht, ob der Sohn oder der Ehemann der Antragstellerin für deren Lebensunterhalt aufkommt. Zuletzt erklärte der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin, dass diese von ihrem Sohn einen regelmäßigen monatlichen Unterhalt in Höhe von 150,- EUR beziehe.

Am 29. März 2016 wurde der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zunächst eine bis zum 29.6.2016 gültige Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU ausgestellt, welche zuletzt bis zum 23.9.2016 verlängert wurde.

Mit der am 26.8.2016 zugestellten streitgegenständlichen Verfügung vom 17.8.2016 stellte die Antragsgegnerin fest, dass die Antragstellerin nicht freizügigkeitsberechtigt ist und lehnte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 30 AufenthG ab. Ihr wurde eine Ausreisefrist von 25 Tagen gesetzt und zugleich die Abschiebung in den Kosovo angedroht. Ihr stehe kein Freizügigkeitsrecht zu. Ihr Sohn sei schon aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse nicht in der Lage, ihr Unterhalt zu gewähren. Entsprechende monatliche Zahlungen in Höhe von 150

EUR, die ohnehin nicht zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten ausreichen, seien nicht nachgewiesen. Ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels unter dem Gesichtspunkt des Familiennachzugs zu ihrem Ehemann stehe der Antragstellerin ebenfalls nicht zu, da sie diverse Voraussetzungen nicht erfülle.

Gegen diese Verfügung legte die Antragstellerin über ihren Prozessbevollmächtigten mit Schreiben vom 16.9.2016 Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden wurde. Mit Schreiben vom 23.9.2016 übermittelte die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine Grenzübertrittsbescheinigung.

Die Antragstellerin stellte am 26.9.2016 über ihren Prozessbevollmächtigten die vorliegenden Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes. Zur Begründung wird die bisherige Argumentation vertieft und u. a. ausgeführt, dass ihr Sohn neben der monatlichen finanziellen Unterstützung die Antragstellerin auch mit Mahlzeiten versorge. Diese verfüge über hinreichenden Krankenversicherungsschutz und ein gesichertes Wohnrecht. Der Sohn habe seit dem 1.10.2016 eine Beschäftigung mit einer wöchentlichen Arbeitsbelastung von 30 Stunden bei einer Bezahlung in Höhe von 8,75 EUR/ Stunde angetreten und sei daher auch in der Lage, die Antragstellerin zu unterstützen.

Die Antragsgegnerin ist dem Rechtsschutzbegehren entgegen getreten und macht u. a. geltend, dass der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs vom 16.9.2016 gegen die Feststellung in Ziff. 1 ihrer Verfügung vom 17.8.2016 bereits unzulässig sei, da der Antragstellerin das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Der Widerspruch habe bereits aufschiebende Wirkung. Gegenteilige Äußerungen seien von Seiten der Antragsgegnerin nicht gefallen.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin zuletzt mit Datum vom 13. Oktober 2016 eine „Bescheinigung über das Absehen aufenthaltsbeendender Maßnahmen“ bis „zur Entscheidung“ über den gestellten vorläufigen Rechtsschutzantrag erteilt.

## II.

Der zulässige Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes mit dem Antrag festzustellen, dass der Widerspruch der Antragstellerin vom 16.9.2016 gegen die Feststellung in Ziff. 1 des Bescheids der Antragsgegnerin vom 17.8.2016 aufschiebende Wirkung hat, hat Erfolg.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin fehlt es der Antragstellerin nicht am Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Feststellung. Im Fall der Gefahr einer faktischen Vollziehung eines (noch) nicht vollziehbaren Verwaltungsakts kommt grundsätzlich die Feststellung des Bestehens der aufschiebenden Wirkung durch das Gericht im Rahmen eines Antrags gemäß § 80 Abs. 5 VwGO in Betracht. Dies setzt voraus, dass tatsächlich Vollzugsmaßnahmen drohen, obwohl ein eingelegtes Rechtsmittel aufschiebende Wirkung entfaltet (Kopp/ Schenke, VwGO § 80 Rn. 181). Zwar hat die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren ausgeführt, dass sie von einer aufschiebenden Wirkung des eingelegten Widerspruchs ausgehe. Dies steht aber offensichtlich im Widerspruch zur Vorgehensweise ihrer Ausländerbehörde, die den Reisepass der Antragstellerin am 13. Oktober 2016 eingezogen und dieser lediglich eine Bescheinigung über die Aussetzung der Abschiebung für die Dauer des vorliegenden Verfahrens erteilt hat. Das Schriftstück enthält zudem den ausdrücklichen Hinweis, dass die Ausreisepflicht vollziehbar ist.

Der Antrag ist auch begründet. Dem Widerspruch der Antragstellerin kommt gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung zu. Dieser richtet sich gegen die Vollziehung eines belastenden Verwaltungsakts, nämlich der (verbindlichen) Feststellung gem. § 7 Abs. 1 FreizügG/EU, dass ein Recht auf Einreise und Aufenthalt nicht besteht. Die aufschiebende Wirkung ist nicht nach § 80 Abs. 2 VwGO entfallen. Die Nummern 1 und 2 sowie Satz 2 der Vorschrift sind offensichtlich nicht einschlägig. Die Antragsgegnerin hat die sofortige Vollziehung auch nicht gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO angeordnet.

Eine gesetzliche Anordnung des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung nach Nr. 3 der Vorschrift ist ebenfalls nicht gegeben. § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO erfordert eine konkrete Regelung im Gesetz über den Wegfall der aufschiebenden Wirkung ("in anderen durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebenen Fällen").

Das FreizügG/EU trifft eine solche Regelung nicht. Ein Wegfall der aufschiebenden Wirkung ergibt sich nicht aus § 11 Abs. 2 FreizügG/EU i. V. m. § 84 Abs. 1 AufenthG. Nach § 11 Abs. 2 FreizügG/EU findet, soweit dieses Gesetz keine besonderen Regelungen trifft, das Aufenthaltsgesetz Anwendung, wenn die Ausländerbehörde – wie hier – das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts festgestellt hat. § 84 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG kommt aber nicht zur Anwendung, weil diese Vorschrift auf die Versagung eines Aufenthaltstitels und das damit einhergehende Erlöschen einer Duldungs- oder Aufenthaltstitelfiktion nach § 81 Abs. 3 und 4 AufenthG zugeschnitten ist. Eine Feststellung im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ist damit nicht vergleichbar, da sie systematisch etwas anderes als die Ablehnung eines Auf-

enthaltstitels darstellt und eine – für das Aufenthaltsgesetz spezifische – Fiktionswirkung nicht auslösen kann.

Eine entsprechende Anwendung des § 84 Abs. 1 Satz 1 AufenthG auf die Feststellung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ist nicht möglich, weil § 11 Abs. 2 FreizügG/EU gerade keine entsprechende, sondern eine direkte Anwendung des Aufenthaltsgesetzes vorsieht und für eine Analogie auch kein Bedürfnis besteht, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt.

Ein Entfallen der aufschiebenden Wirkung ergibt sich nicht aus dem gesetzessystematischen Zusammenhang. Abgesehen davon, dass das Gesetz den Wegfall der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich und eindeutig vorsehen müsste (vgl. BayVGH, Beschl. v. 29.7.1976 – 99 IX/76 – NJW 1977, 166; Kopp/ Schenke, VwGO § 80 Rn. 65), lässt er sich insbesondere nicht aus § 7 Abs. 1 FreizügG/EU ableiten. Wird ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO gestellt, darf zwar nach § 7 Abs. 5 Satz 5 FreizügG/EU die Abschiebung nicht erfolgen, bevor über den Antrag entschieden wurde. Dass in Satz 5 der Vorschrift ein Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO erwähnt ist, setzt aber nicht das Entfallen der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO voraus. Satz 5 macht auch Sinn, wenn er sich allein auf den Fall bezieht, dass die Behörde die Feststellung über das Nichtbestehen des Freizügigkeitsrechts mit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO verknüpft hat (vgl. auch VG Münster, Beschl. v. 22.10.2008 – 8 L 481/08 – juris).

§ 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU soll Art. 31 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen umsetzen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten. Wird neben dem Rechtsbehelf gegen die die Ausreisepflicht begründende Entscheidung auch ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz gestellt, um die Vollstreckung dieser Entscheidung auszusetzen, so darf nach Art. 31 Abs. 2 der Richtlinie die Abschiebung aus dem Hoheitsgebiet nicht erfolgen, es sei denn, dass ein in der Vorschrift bezeichneter Ausnahmefall vorliegt. Die Richtlinie und damit auch § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU setzen aber die (nationalen) Regelungen zum vorläufigen Rechtsschutz voraus. Damit gelten im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU der Regelfall der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gem. § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO und die im nationalen System der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen Ausnahmefälle des § 80 Abs. 2 VwGO; weder die Richtlinie noch § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU begründen darüber hinaus einen zusätzlichen Ausnahmefall.

Diese Auslegung passt in das System des durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 19. August 2007 geänderten § 7 FreizügG/EU. Die Änderung soll bezwecken, dass die Ausreisepflicht für Unionsbürger nicht erst – wie vor der Änderung – mit der Unanfechtbarkeit der Feststellungsentscheidung entsteht, sondern bereits mit der Feststellungsentscheidung selbst (vgl. BT-Drs. 16/5065, S. 211).

Damit wird aber nur die Ausreisepflicht vorverlagert, nicht jedoch deren Vollziehbarkeit. Für die Vollziehbarkeit einer Entscheidung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU hat sich durch das Richtlinienumsetzungsgesetz nichts geändert. Die Ausreisepflicht kann – mangels ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung – weiterhin nach allgemeinen verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Grundsätzen erst vollstreckt werden, wenn der sie begründende Verwaltungsakt – hier also die Nichtbestehensfeststellung entweder bestandskräftig oder kraft behördlicher Anordnung sofort vollziehbar ist (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO). Dass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass die Entscheidung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU außer in den Fällen der behördlichen Anordnung der sofortigen Vollziehung aufschiebende Wirkung hat, ergibt sich aus der Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 Satz 5 FreizügG/EU. Dort führt er an, mit der Änderung (durch das Richtlinienumsetzungsgesetz) werde das Entstehen der Ausreisepflicht zeitlich vorverlagert. Die Ausreisepflicht könne dann sofort durchgesetzt werden, es sei denn, es würden Rechtsmittel eingelegt (BT-Drs. 16/5065, S. 211).

Damit trennt der Gesetzgeber deutlich zwischen Entstehen der Ausreisepflicht und deren Vollziehbarkeit. Allein das Entstehen der Ausreisepflicht wird vorverlagert, nicht aber die Vollziehbarkeit. Dass bei Einlegung eines Rechtsmittels – hier des Widerspruchs der Antragstellerin – die Ausreisepflicht nicht sofort durchgesetzt werden kann, macht nur Sinn, wenn dem Rechtsmittel im Regelfall aufschiebende Wirkung zukommt.

Das mit dem Richtlinienumsetzungsgesetz in Bezug auf § 7 Abs. 1 FreizügG/EU verfolgte gesetzgeberische Ziel, die durch die frühere Anknüpfung an die Unanfechtbarkeit bedingte zeitliche Verzögerung für eine Aufenthaltsbeendigung zu beseitigen, wird durch das dargelegte Verständnis der Vorschrift weiterhin erreicht. Erst die Änderung des § 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ermöglicht es der Ausländerbehörde, durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung gem. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO die Vollziehbarkeit der Ausreisepflicht herzustellen. Zuvor war ihr dies verwehrt, weil schon die Ausreisepflicht (und erst recht deren Vollziehbarkeit) zwingend an die Unanfechtbarkeit der Feststellung anknüpfte.

Dem steht nicht entgegen, dass gem. § 7 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU bereits im Bescheid die Abschiebung angedroht werden soll. Da die in Ziffer 4 des angefochtenen Bescheids enthal-

tene – kraft Gesetzes sofort vollziehbare – Abschiebungsandrohung jedoch das Schicksal der Grundverfügung teilt und mangels vollziehbarer Ausreisepflicht der Antragstellerin derzeit nicht durchgesetzt werden kann, ist es entbehrlich, insoweit die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs anzuordnen. Ebenso erübrigen sich Ausführungen zu der Frage, ob der Antragstellerin im Hinblick auf den von ihr gestellten und ebenfalls von der Antragsgegnerin abgelehnten Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis vorläufiger Rechtsschutz im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO gewährt werden könnte.

Der Antrag der Antragstellerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg, weil sie gem. § 166 VwGO i. V. m. §§ 114 ff. ZPO nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen nicht in der Lage ist, die Verfahrenskosten selbst zu tragen und weil die Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet und nicht mutwillig erscheint, wie sich aus den vorstehenden Gründen ergibt.

Die Kosten des Verfahrens sind gemäß § 154 Abs. 1 VwGO der Antragsgegnerin als der unterlegenen Prozesspartei aufzuerlegen.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung von Nr. 8.1, 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (NVwZ 2013, Beilage zu Heft 23).

#### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Bewilligung der Prozesskostenhilfe ist für die Staatskasse nach Maßgabe der § 166 VwGO, § 127 Abs. 3 ZPO anfechtbar, ansonsten ist sie unanfechtbar (§ 166 VwGO, § 127 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

Im Übrigen steht den Beteiligten gegen diesen Beschluss – mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung – die Beschwerde an das Sächsische Obergericht zu.

Die Beschwerde ist beim Verwaltungsgericht Dresden innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über den elektronischen Rechtsverkehr, die elektronische Aktenführung, die elektronischen Register und das maschinelle Grundbuch in Sachsen (Sächsische E-Justizverordnung – SächsEJustizVO) vom 6. Juli 2010 (SächsGVBl. S. 190), zuletzt geändert durch Art. 1 der VO vom 5. März 2014 (SächsGVBl. S. 94) in der jeweils geltenden Fassung einzulegen. Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, beim Sächsischen Obergericht schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der SächsEJustizVO einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander zu setzen.

Vor dem Sächsischen Oberverwaltungsgericht müssen sich die Beteiligten – außer im Prozesskostenhilfverfahren – durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen (§ 67 Abs. 4 und 5 Verwaltungsgerichtsordnung, §§ 3 und 5 Einführungsgesetz zum Rechtsdienstleistungsgesetz). Dies gilt bereits für die Einlegung der Beschwerde beim Verwaltungsgericht Dresden.

Gegen die Streitwertfestsetzung steht den Beteiligten die Beschwerde zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,- Euro übersteigt oder das Gericht die Beschwerde zugelassen hat. Die Streitwertbeschwerde ist innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, bei dem Verwaltungsgericht Dresden schriftlich, in elektronischer Form nach Maßgabe der SächsEJustizVO oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen. Der Vertretung durch einen Prozessbevollmächtigten bedarf es bei der Streitwertbeschwerde nicht.

**Anschriften des Verwaltungsgerichts Dresden:**

Hausanschrift: Verwaltungsgericht Dresden, Hans-Oster-Straße 4, 01099 Dresden

Postanschrift: Verwaltungsgericht Dresden, Postfach 10 08 53, 01078 Dresden

**Anschriften des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts:**

Hausanschrift: Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Ortenburg 9, 02625 Bautzen

Postanschrift: Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Postfach 4443, 02634 Bautzen

gez.  
Bendner

Auf der Straße

Schoßig



*Die Übereinstimmung der Abschrift mit der  
Urschrift wird beglaubigt.  
Dresden, den 22. NOV. 2016  
Verwaltungsgericht Dresden*

*Küchler*

Küchler  
Justizhauptsekretärin