



## Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 1 A 116/09**  
(VG: 4 K 2504/07)

**verkündet am 28.09.2010**

**Im Namen des Volkes!  
Urteil  
In der Verwaltungsrechtssache**

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch Richter Göbel, Richter Prof. Alexy und Richterin Meyer sowie die ehrenamtlichen Richter H. Acar und U. Fehlberg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2010 für Recht erkannt:

**Das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 22.09.2008 wird aufgehoben.**

**Es wird festgestellt, dass der Kläger als Ehegatte einer erwerbstätigen Unionsbürgerin freizügigkeitsberechtigt im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. mit § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU ist.**

**Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Aufenthaltskarte zu erteilen.**

**Die Kosten des Verfahrens trägt die Beklagte.**

**Das Urteil ist hinsichtlich der Kostenentscheidung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des zu vollstreckenden Betrags abzuwenden, wenn nicht der Kläger zuvor Sicherheitsleistung in dieser Höhe leistet.**

**Die Revision wird nicht zugelassen.**

### Tatbestand:

Der 1960 geborene Kläger war bis zu seiner Ausbürgerung wegen Nichtableistung des Wehrdienstes im Jahre 2004 türkischer Staatsangehöriger. Er ist seit 1997 mit einer rumänischen Staatsangehörigen verheiratet. Aus der Ehe sind zwei 1997 und 2000 geborene Kinder hervorgegangen.

Der Kläger hielt sich – abgesehen von einer Unterbrechung zur Beendigung seiner Schulausbildung in der Türkei 1977/78 – seit 1972 in Deutschland auf. Seit 1985 war er im Besitz einer unbefristeten Aufenthaltserlaubnis. Nachdem er 1990 zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt worden war, wurde er 1992 ausgewiesen und 1994 in die Türkei abgeschoben. Die Wirkungen der Ausweisung und Abschiebung wurden im Juli 1999 mit sofortiger Wirkung befristet.

Nachdem der Kläger im Oktober 1999 erneut nach Deutschland eingereist war und vergeblich eine Aufenthaltserlaubnis beantragt hatte, wurde er am 22.12.1999 erneut in die Türkei abgeschoben. Die Kosten der Abschiebung wurden mit Bescheid vom 02.08.2007 auf 3475,14 Euro festgesetzt. Gegen diese Festsetzung hat der Kläger Widerspruch erhoben, der noch nicht beschieden worden ist.

Versuche des Klägers, in den Jahren 2000 und 2002 erneut nach Deutschland einzureisen, scheiterten.

Seine Ehefrau und seine beiden Kinder halten sich seit Dezember 2002 in Deutschland auf. Die Kinder besuchen die Schule, die Ehefrau hat gelegentlich eine Tätigkeit als Raumpflegerin ausgeübt. Nachdem sie am 04.04.2007 ihren Aufenthalt bei der Ausländerbehörde der Beklagten angezeigt hatten, erhielten sie Bescheinigungen nach § 5 FreizügG/EU.

Im 02.04.2007 reiste der Kläger mit einem von der Bundespolizei ausgestellten Visum über den Flughafen Hannover ein. In dem Visum, das bis zum 08.04.2007 befristet war, hieß es, der Kläger genieße als Familienangehöriger eines EU-Bürgers Freizügigkeit. Am 15.05.2007 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke der Familienzusammenführung.

Mit Bescheid vom 23.07.2008 lehnte die Beklagte die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis und die Befristung der Sperrwirkung der Abschiebung vom 22.12.1999 ab und drohte dem Kläger die Abschiebung in die Türkei für den Fall an, dass er seiner Ausreisepflicht nicht nachkomme. Zur Begründung wurde ausgeführt: Eine Aufenthaltserlaubnis könne wegen der Sperrwirkung der Abschiebung selbst dann nicht erteilt werden, wenn der Kläger ein Aufenthaltsrecht aufgrund seiner Ehe mit einer rumänischen Staatsangehörigen hätte. Auch der Ehefrau stehe aber kein Aufenthaltsrecht zu, weil sie nicht erwerbstätig und ihr Lebensunterhalt nicht gesichert sei. Die Befristung der Sperrwirkung werde abgelehnt, weil der Kläger durch seine Wiedereinreise in Kenntnis der Sperrwirkung zweifelsfrei deutlich gemacht habe, dass er nicht bereit sei, sich an die in Deutschland geltenden Rechtsvorschriften zu halten. Außerdem seien die Abschiebungskosten nicht beglichen; der Widerspruch gegen ihre Festsetzung verspreche wenig Aussicht auf Erfolg.

Bereits am 11.09.2007 hatte der Kläger Untätigkeitsklage beim Verwaltungsgericht erhoben. Nach Erlass des Bescheids vom 23.07.2008 hat der – anwaltlich nicht vertretene – Kläger beantragt, die Beklagte unter Aufhebung dieses Bescheids zu verpflichten, die Sperrwirkung der Abschiebung vom 22.12.1999 zu befristen und ihm eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen. Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit Urteil vom 22.09.2008 abgewiesen. Es ist dabei im Wesentlichen den Gründen des angefochtenen Bescheids gefolgt und hat außerdem die Voraussetzungen einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen (§ 25 Abs. 5 AufenthG) verneint.

Mit der vom Oberverwaltungsgericht zugelassenen Berufung verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. In der Berufungsbegründung hat er beantragt, die Beklagte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils vom 22.09.2008 und des Bescheids vom 23.07.2008 zu verpflichten, ihm das Aufenthaltsrecht zu bescheinigen und hierfür – soweit als erforderlich erachtet – die Wirkung der Abschiebung zu befristen, hilfsweise ihm unter Befristung der Wirkung der Abschiebung eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

Der Kläger trägt vor:

Er sei als Familienangehöriger einer erwerbstätigen Unionsbürgerin freizügigkeitsberechtigt. Für seine Ehefrau gelte spätestens seit der Aufnahme einer unbefristeten abhängigen Beschäftigung im Umfang von 30 Wochenstunden zum 05.01.2009 die Arbeitnehmerfreizügigkeit. Für die Freizügigkeit des Klägers komme es nicht darauf an, mit welchem Visum er eingereist sei. Ihm könne auch die Sperrwirkung der Abschiebung nicht entgegengehalten werden; zumindest sei diese im Hinblick auf seinen Status als Ehegatte einer in Deutschland erwerbstätigen Unionsbürgerin zu befristen. Werde die Freizügigkeit verneint, sei ihm eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, weil seine Ausreise wegen des Schutzes von Ehe und Familie unmöglich sei.

Auf Aufforderung des Oberverwaltungsgerichts hat der Kläger vorgelegt:

- Schreiben der bisherigen Arbeitgeberin seiner Ehefrau vom 08.03.2010, mit dem das Arbeitsverhältnis zum 15.04.2010 gekündigt worden ist,
- Lohnsteuerbescheinigung seiner Ehefrau 2010,
- Bescheid der Bundesagentur für Arbeit über die Bewilligung von Arbeitslosengeld gem. § 117 SGB III an seine Ehefrau für 180 Tage seit dem 16.04.2010,
- Verdienstbescheinigungen seiner Ehefrau für April bis Juni 2010,
- Meldebescheinigung zur Sozialversicherung (Bundesknappschaft) für eine geringfügig entlohnte Beschäftigung seiner Ehefrau zum 01.07.2010 und
- Verdienstbescheinigung seiner Ehefrau für Juli 2010

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Verwaltungsgerichts Bremen vom 22.09.2008 aufzuheben und festzustellen, dass der Kläger als Ehegatte einer erwerbstätigen Unionsbürgerin freizügigkeitsberechtigt im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU ist,

hilfsweise die Beklagte zu verpflichten die Sperrwirkung der Abschiebung vom 22.12.1999 mit sofortiger Wirkung zu befristen und festzustellen, dass der Kläger als Ehegatte einer erwerbstätigen Unionsbürgerin freizügigkeitsberechtigt im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU ist,

weiter hilfsweise die Beklagte zu verpflichten, die Sperrwirkung der Abschiebung vom 22.12.1999 mit sofortiger Wirkung zu befristen und dem Kläger eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen.

2. die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger eine Aufenthaltskarte zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie trägt vor:

Zum Zeitpunkt der angefochtenen Entscheidungen sei die Ehefrau des Klägers noch nicht freizügigkeitsberechtigt gewesen. Unabhängig von einem eventuell bestehenden Freizügigkeitsrecht könne dem Kläger keine Bescheinigung über das Aufenthaltsrecht ausgestellt werden, weil er ohne das erforderliche Visum eingereist sei. Außerdem stehe die Sperrwirkung der Abschiebung entgegen. Diese müsse solange bestehen bleiben, wie der mit der Abschiebung erfolgte Zweck noch nicht erreicht sei; dabei seien die Straftat und Ausweisung des Klägers, seine mehrfachen Versuche einer unerlaubten Wiedereinreise und die Nichtbegleichung der Abschiebungskosten zu berücksichtigen. Vom Kläger gehe weiter eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung aus, weil er keine Einsicht in das von ihm verwirklichte straf- und ordnungsrechtliche Unrecht erkennen lasse. Schließlich erfülle er auch nicht die Passpflicht.

Dem Oberverwaltungsgericht haben die Ausländerakten der Beklagten über den Kläger (5 Bände) und über die Ehefrau des Klägers sowie die gemeinsamen Kinder vorgelegen; ihr Inhalt war, soweit das Urteil auf ihm beruht, Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

### E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Die Berufung des Klägers ist zulässig und begründet.

#### **A.**

Es ist festzustellen, dass der Kläger als Familienangehöriger einer unselbständig erwerbstätigen Unionsbürgerin freizügigkeitsberechtigt ist.

#### **I.**

Der gestellte Feststellungsantrag ist sachdienlich (§ 86 Abs. 3 VwGO). Er geht nicht über das ursprüngliche Begehren des Klägers hinaus, sondern fördert den mit ihm verfolgten Zweck und führt die zwischen den Beteiligten streitige Frage einer wirklichen Erledigung zu. Dem Kläger kam es von Anfang an darauf an, sich dauerhaft in Deutschland aufhalten zu können, ohne dass die Beklagte ihm dieses Recht streitig macht. Dem steht nicht entgegen, dass der – in erster Instanz nicht anwaltlich vertretene – Kläger vor dem Verwaltungsgericht beantragt hat, die Beklagte zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zu verpflichten. Er hat schon bei Klageerhebung darauf hingewiesen, dass seine

Ehefrau im Besitz einer Freizügigkeitsbescheinigung sei, und dementsprechend hat das Verwaltungsgericht auch zunächst inzidenter geprüft, ob der Kläger als Familienangehöriger einer Unionsbürgerin freizügigkeitsberechtigt sei.

Der auf Erteilung einer Bescheinigung gerichtete Verpflichtungsantrag ist nicht in gleicher Weise geeignet, das Aufenthaltsrecht des Klägers zu klären. Mit der Ausstellung der Bescheinigung wird keine verbindliche Aussage über das Bestehen des Freizügigkeitsrechts getroffen, weil die Bescheinigung nur deklaratorische Bedeutung hat.

Der Kläger hat ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung (§ 43 Abs. 1 VwGO). Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht zwar eingeräumt, dass der Kläger die Voraussetzungen für das Freizügigkeitsrecht als Ehegatte einer als Arbeitnehmerin tätigen Unionsbürgerin erfülle; sie hat sich aber gleichwohl nicht in der Lage gesehen, das Freizügigkeitsrecht des Klägers anzuerkennen. Der Kläger muss ohne die begehrte Feststellung deshalb auch in Zukunft damit rechnen, dass die Beklagte ihn nicht als freizügigkeitsberechtigt behandelt.

## II.

Der Feststellungsantrag ist begründet. Der Kläger hat ein Recht auf Einreise und Aufenthalt im Bundesgebiet, denn er ist freizügigkeitsberechtigt.

### 1.

Der Kläger ist Familienangehöriger einer Unionsbürgerin. Er ist zu seiner Ehefrau nachgezogen, die rumänische Staatsangehörige ist und sich als Arbeitnehmerin in Deutschland aufhält (§§ 2 Abs. 2 Nrn. 1 und 6, 3 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 AufenthG/EU). An der Arbeitnehmereigenschaft der Ehefrau des Klägers bestehen jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht keine Zweifel.

#### a)

Arbeitnehmer im Sinne des die Freizügigkeit begründenden Unionsrechts ist jede Person, die während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt und hierfür als Gegenleistung eine Vergütung erhält (EuGH, vgl. z. B. Urte. v. 26.02.1992 – Rs. C-357/89 –, Slg. 1992, I-1027 – Raulin –, Rn 10). Die begrenzte Höhe der Vergütung hat keine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft (stRspr des EuGH, z. B. Urte. v. 31.05.1989 – Rs. 344/87 – Bettray – Slg. 1989, 1621 Rn 15; Urte. v. 30.03.2006 – Rs. C-10/05 – Mattern u. a. –, Slg. 2006, I-3145 – Rn 22; Urte. v. 04.06.2009 – Rs. C-22/08 – Vatsouras u. a. – DVBl 2009, 972, Rn 27; Urte. v. 04.02.2010 – Rs. C-14/09 – Genc – NVwZ 2010, 367, Rn 20). Auch die Tatsache, dass die Bezahlung der Tätigkeit unter dem Existenzminimum liegt, hindert nicht, die Person, die diese Tätigkeit ausübt, als Arbeitnehmer im Sinne des Art. 45 AEUV (ex Art. 39 EG) anzusehen (EuGH, z. B. Urte. v. 23.03.1982 – Rs. 53/81 – Levin –, Slg. 1982, 1035, Rn 15f.; Urte. v. 14.12.1995 – C-317/93 – Nolte – Slg. 1995, I-4625, Rn 19), selbst wenn der Betroffene die Vergütung durch andere Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts wie eine aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht (EuGH, stRspr seit Urte. v. 03.06.1986 – Rs. 139/85 – Kempf – Slg. 1986, 1741, Rn 14; zuletzt Urte. v. 04.06.2009 – C-22/08 – Vatsouras u. a. – DVBl 2009, 972, Rn 28; Urte. v. 04.02.2010 – C-14/09 – Genc – NVwZ 2010, 367, Rn 20). Außer Betracht bleiben nur solche Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als „völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen“ (EuGH, stRspr seit Urte. v. 23.03.1982 – Rs 53/81 – Levin – Slg. 1982, 1035, Rn 17). Der Umstand, dass nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet werden, kann „ein Anhaltspunkt“ dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind (EuGH, Urte. v. 26.02.1992 – C-357/89 – Raulin – Slg. 1992, I-1027, Rn 14); unabhängig von der begrenzten Höhe des aus einer Berufstätigkeit bezogenen Entgelts und des begrenzten Umfangs der insoweit aufgewendeten Arbeitszeit lässt sich aber nicht ausschließen, dass diese Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung des betreffenden Arbeitsverhältnisses als tatsächlich und echt angesehen werden kann (EuGH, Urte. v. 04.02.2010 – C-14/09 – Genc – NVwZ 2010, 367, Rn 26).

**b)**

Die Ehefrau des Klägers ist spätestens seit der Aufnahme einer unbefristeten abhängigen Beschäftigung im Umfang von 30 Wochenstunden zum 05.01.2009 Arbeitnehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Ausweislich der vom Kläger vorgelegten Lohnsteuerbescheinigung 2010 hat sie in der Zeit vom 01.01. bis 15.04.2010 einen durchschnittlichen monatlichen Bruttoarbeitslohn von 866,52 Euro erzielt. Die geringe Höhe des Arbeitslohns steht, wie dargelegt, der Arbeitnehmereigenschaft nicht entgegen.

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit der Ehefrau des Klägers ist nicht dadurch entfallen, dass das Arbeitsverhältnis zum 15.04.2010 beendet worden ist. Gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FreizügG/EU bleibt nach mehr als einem Jahr Tätigkeit das Freizügigkeitsrecht bei unfreiwilliger durch die zuständige Bundesagentur für Arbeit bestätigter Arbeitslosigkeit unberührt. Die Bundesagentur für Arbeit hat die unfreiwillige Arbeitslosigkeit dadurch bestätigt, dass sie der Ehefrau des Klägers vom 16.04.2010 an, also ohne Verhängung einer Sperrzeit (vgl. § 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB III), Arbeitslosengeld nach § 117 SGB III bewilligt hat.

Unabhängig davon ergibt sich das Freizügigkeitsrecht der Klägerin als Arbeitnehmerin auch daraus, dass sie einer geringfügig entlohnten Beschäftigung nachgeht. Nach den vorgelegten Verdienstbescheinigungen ist sie im Mai und Juni 2010 mit je 154 Euro monatlich für eine Tätigkeit von 5 ½ Stunden wöchentlich entlohnt worden. Im Juli 2010 hat sie 252 Euro für eine Tätigkeit von 36 Stunden im Monat erhalten. Seit dem 01.07.2010 ist diese Beschäftigung bei der Bundesknappschaft gemeldet. Sie ist daher als tatsächliches und echtes Arbeitsverhältnis im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs anzusehen.

**c)**

Der Arbeitnehmerfreizügigkeit der Ehefrau des Klägers ist auch nicht aufgrund der Übergangsregelungen nach Maßgabe des Vertrags über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union eingeschränkt. Soweit solche Regelungen auf Arbeitnehmer anwendbar sind, findet das FreizügG/EU gemäß seinem § 13 Anwendung, wenn die Beschäftigung des rumänischen Arbeitnehmers nach § 284 Abs. 1 SGB III durch die Bundesagentur für Arbeit genehmigt wurde. Vom Vorliegen einer solchen Genehmigung für die Ehefrau des Klägers ist hier auszugehen, denn sie ist Anspruchsvoraussetzung für die Bewilligung von Arbeitslosengeld: Arbeitslosengeld erhält nur, wer den Vermittlungsbemühungen der Agentur für Arbeit zur Verfügung steht (§§ 118 Abs. 1 Nr. 1, 119 Abs. 1 Nr. 3 SGB III), und die Verfügbarkeit besteht nur, wenn der Versicherungspflichtige eine Beschäftigung ausüben darf (§ 119 Abs. 5 Nr. 1 SGB III); das wiederum setzt eine Arbeitsgenehmigung nach § 284 Abs. 1 SGB III voraus

**2.**

Das Freizügigkeitsrecht des Klägers entfällt nicht wegen seiner Abschiebung im Jahre 1999.

**a)**

Zwar bestimmt § 11 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, dass ein Ausländer, der abgeschoben worden ist, nicht erneut in das Bundesgebiet einreisen und sich darin aufhalten darf. Diese Sperrwirkung findet aber auf den Kläger als Familienangehörigen einer Unionsbürgerin keine Anwendung. Für Familienangehörige von Unionsbürgern gilt nämlich – sofern nicht etwas anderes bestimmt ist – nicht das im AufenthG geregelte allgemeine Ausländerrecht, sondern das FreizügG/EU (§ 1 FreizügG/EU, § 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG). § 7 Abs. 2 FreizügG/EU sieht eine Sperrwirkung nur für den Fall vor, dass die Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen ihr Freizügigkeitsrecht nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU verloren haben. Nach § 6 Abs. 1 FreizügG/EU kann der Verlust des Freizügigkeitsrechts „nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit (Art. 39 Abs. 3, Art. 46 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft)“ festgestellt werden. Eine solche Feststellung ist gegenüber dem Kläger nicht getroffen worden.

**b)**

Die Fortgeltung der Sperrwirkungen der Abschiebung ergibt sich auch nicht aus der Übergangsvorschrift des § 102 Abs. 1 Satz 1 AufenthG. Danach bleiben die vor dem Inkrafttreten des FreizügG/EU am 1. Januar 2005 getroffenen ausländerrechtlichen Maßnahmen, insbesondere auch „Abschiebungen einschließlich ihrer Rechtsfolgen“ wirksam. Gemäß § 11 Abs. 1 FreizügG finden auf Unionsbürger und ihre Familienangehörigen, die nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU das Recht auf Einreise und Aufenthalt haben, nur die dort ausdrücklich genannten Vorschriften Anwendung. § 102 Abs. 1 Satz 1 AufenthG gehört nicht zu diesen Vorschriften. Die in § 11 Abs. 1 FreizügG/EU nicht genannten Vorschriften finden gemäß § 11 Abs. 2 FreizügG/EU nur Anwendung, wenn die Ausländerbehörde das Nichtbestehen und den Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt hat. Diese fehlt hier.

**c)**

Die Abschiebung des Klägers im Jahre 1999 kann auch nach ihrem Sinn und Zweck oder aus Gründen der Gleichbehandlung nicht als der Feststellung des Verlusts des Freizügigkeitsrechts vergleichbar verstanden werden. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Fortgeltung der Sperrwirkungen aufgrund von nach früherem Recht ausgesprochenen „Altausweisungen“ von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen (Urt. v. 04.09.2007 – 1 C 21.07 – BVerwGE 129, 243 = NVwZ 2008, 82) lässt sich, wie das Gericht selbst hervorhebt (Rn 14 a.E.), auf Abschiebungen nicht übertragen.

Die Vergleichbarkeit der „Altausweisungen“ von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen mit der Verlustfeststellung nach neuem Recht findet ihre Rechtfertigung darin, dass der Verlust des Freizügigkeitsrechts nach dem bis zum 31.12.2004 geltenden Recht durch eine – nur unter qualifizierten Bedingungen mögliche – Ausweisung bewirkt wurde (§ 12 AufenthG/EWG a. F.: „Einschränkungen der Freizügigkeit“). Die Rechtswirkungen beider Rechtsakte entsprechen sich; es würde deshalb zu einer „nicht gerechtfertigten intertemporalen Ungleichbehandlung“ (BVerwG, a. a. O., Rn 14) führen, wenn der durch die Ausweisung nach früherem Recht bewirkten Verlust des Freizügigkeitsrechts anders als die Feststellung des Verlusts der Freizügigkeit nach heutigem Recht zu behandeln wäre.

Die „Altabschiebung“ enthielt aber keine materielle Entscheidung über den Verlust eines Aufenthalts- oder Freizügigkeitsrechts. Es handelte sich um eine reine Vollstreckungsmaßnahme zur Durchsetzung einer – aus welchen Gründen auch immer bestehenden – Ausreisepflicht. Das gilt nach neuem Recht gleichermaßen (vgl. §§ 7 Abs. 1 Sätze 3 bis 5, 11 Abs. 2 FreizügG/EU i. V. m. § 58ff. AufenthG).

Eine Anwendung der Sperrwirkung auf „Altabschiebungen“ von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen würde zudem eine intertemporale Ungleichbehandlung nicht vermeiden, sondern erst begründen: Anders als im Fall der Fortgeltung der Sperrwirkung von „Altausweisungen“ würde eine durch „Altabschiebungen“ bewirkte Sperrwirkung die Anknüpfung die betroffenen Personen schlechter stellen als sie bei einer Abschiebung nach neuem Recht stünden, denn nach neuem Recht löst die Abschiebung von Unionsbürgern und deren Familienangehörigen keine Sperrwirkung aus.

Unabhängig davon ist die zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu den „Altausweisungen“ für den Fall des Klägers noch aus einem anderen Grunde nicht einschlägig. Sie gilt nur für „Altausweisungen“ von Ausländern, die zum für die damalige Ausweisung maßgeblichen Zeitpunkt als Unionsbürger oder deren Familienangehörige freizügigkeitsberechtigt waren. Erfolgte die Ausweisung des Staatsangehörigen eines (heutigen) Mitgliedstaates der Europäischen Union oder seines Familienangehörigen vor dem Beitritt dieses Mitgliedstaates zur Europäischen Union, enthielt diese Maßnahme keine Regelung über ein gemeinschaftsrechtlich begründetes Freizügigkeitsrecht. Dazu bestand kein Anlass, und dementsprechend wurde auch nicht geprüft, ob die gegenüber dem allgemeinen Ausweisungsrecht qualifizierten Voraussetzungen für den Verlust der Freizügigkeit vorlagen (wie hier: *Funke-Kaiser*, in: GK-AufenthG, Rn 4 zu § 102 <Stand Mai 2010>). Der Kläger ist erst seit dem 01.01.2007 Familienangehöriger einer Unionsbürgerin, denn seine Ehefrau ist erst durch den Beitritt Rumäniens zur Europäischen Union Unionsbürgerin geworden.

### 3.

Dem Freizügigkeitsrecht des Klägers steht auch nicht entgegen, dass er nicht mit einem vor der Einreise erteilten Visum für einen längeren Aufenthalt zum Zweck des Familiennachzugs eingereist ist.

Nach der zum Zeitpunkt der Einreise des Klägers geltenden Fassung des § 2 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU vom 30.07.2004 bedurften Familienangehörige eines Unionsbürgers, die nicht selbst Unionsbürger waren, eines Visums für die Einreise nur dann, wenn dies in einer Rechtsvorschrift vorgesehen war. Eine solche Rechtsvorschrift gab es aber nicht. § 6 Abs. 4 Satz 1 AufenthG, der ein solches Erfordernis enthält, galt nicht für den Kläger, weil das Aufenthaltsgesetz auf die vom FreizügG/EU erfassten Ausländer nur insoweit anwendbar ist, als dies durch Gesetz ausdrücklich bestimmt ist (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG), und eine solche gesetzliche Bestimmung fehlte; auch eine entsprechende Anwendung nach § 11 Abs. 1 FreizügG/EU war nicht vorgesehen (vgl. *Epe*, in: GK-AufenthG <Stand April 2008>, Rn 130 zu § 2 FreizügG/EU). Die Verordnung (EG) Nr. 539/2001 des Rates vom 15. März 2001 zur Aufstellung der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige beim Überschreiten der Außengrenzen im Besitz eines Visums sein müssen, sowie der Liste der Drittländer, deren Staatsangehörige von dieser Visumpflicht befreit sind, enthielt nur Vorschriften über die Erteilung von Visa für Aufenthalte von unter drei Monaten (vgl. *Epe*, a. a. O., Rn 129; HK-AuslR/*Hoffmann*, 2008, Rn 35 zu § 2 FreizügG/EU). Ein solches Visum ist dem Kläger von der Bundespolizei erteilt worden. Der Kläger ist daher nicht unter Verstoß gegen Visabestimmungen eingereist.

Ein vor der Einreise erteiltes Visum zum Daueraufenthalt hätte vom Kläger auch im Hinblick auf Art. 5 Abs. 2 UA 1 Satz 1 der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38 nicht verlangt werden dürfen. Danach ist von Familienangehörigen, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats der Europäischen Union besitzen, lediglich ein Einreisevisum gemäß der VO (EG) Nr. 539/2001 oder eventuellen einzelstaatlichen Rechtsvorschriften zu verlangen. Nach Art. 5 Abs. 2 UA 2 Satz 1 RL 2004/38 treffen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen, um diesen Personen die Beschaffung der erforderlichen Visa zu erleichtern. Das bedeutet, wie der Europäische Gerichtshof für die entsprechenden Bestimmungen der zuvor geltenden Richtlinien (RL 1968/360 und 1973/148) entschieden hat, dass das Visum „unverzüglich und nach Möglichkeit an den Einreisestellen in das nationale Hoheitsgebiet“ zu erteilen ist (Urt. v. 25.07.2002 – Rs. C-459/99 – MRAX, Slg. 2002, I-6591 = InfAuslR 2002, 417, Rn 60). Das Erfordernis eines Aufenthaltsvisums zum Zweck der Familienzusammenführung als Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist deshalb nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urt. v. 14.04.2005 – Rs. C-157/03 – Kommission ./. Spanien –, Slg. 2005, I-2911 = InfAuslR 2005, 229, Rn 38) mit den genannten Richtlinien nicht vereinbar.

Dasselbe gilt für die Weigerung eines Mitgliedstaats, einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger eines Unionsbürgers ist, eine Aufenthaltserlaubnis zu erteilen, weil er zuvor ein Aufnahmevisum bei der zuständigen Auslandsvertretung hätte beantragen müssen (EuGH, Urt. v. 14.04.2005 – Rs. C-157/03 – Kommission ./. Spanien –, Slg. 2005, I-2911 = InfAuslR 2005, 229, Rn 38). Daran hat sich unter der Geltung der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38 nichts geändert. In seinem Urteil vom 25.07.2008 (Rs C-127/08 – Metock u. a., Slg. 2008, I-6241 = NVwZ 2008, 1097, Rn 99; ebenso Beschl. v. 19.12.2008 – Rs. C-551/07 – Sahin -, Slg. I-10453 = NVwZ 2009, 293, Rn 32) hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass sich ein Drittstaatsangehöriger, der als Ehegatte einem Unionsbürger nachzieht, der sich in einem Mitgliedstaat aufhält, dessen Staatsangehörigkeit er nicht besitzt, auf die Freizügigkeitsbestimmungen dieser Richtlinie unabhängig davon berufen kann, wie er in den Mitgliedstaat eingereist ist.

### 4.

Das Freizügigkeitsrecht des Klägers scheitert auch nicht daran, dass er über keinen gültigen Pass oder anerkannten Passersatz verfügt.

Nach § 8 Abs. 1 Nr. 2 FreizügG/EU sind Unionsbürger und ihre Familienangehörigen zwar verpflichtet, für die Dauer des Aufenthalts im Bundesgebiet den erforderlichen Pass oder Passersatz zu besitzen. Die Erfüllung dieser Pflicht hat aber rein ordnungsrechtlichen Charakter und ist nicht Voraussetzung für das Freizügigkeitsrecht.

Das zeigt schon ein Vergleich zu den Vorschriften des allgemeinen Ausländerrechts. Die dort vorgesehene Passpflicht (§ 3 Abs. 1 AufenthG) ist Regelvoraussetzung für die Erteilung eines

Aufenthaltstitels (§ 5 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG); der Aufenthaltstitel kann widerrufen werden, wenn der Ausländer keinen gültigen Pass oder Passersatz mehr besitzt (§ 52 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG). Vergleichbare Vorschriften enthält das FreizügG/EU nicht. Der Besitz eines gültigen Reisepasses gehört nicht zu den Voraussetzungen des Freizügigkeitsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU. § 6 Abs. 7 FreizügG/EU bestimmt ausdrücklich, dass die Beendigung des Aufenthalts nicht damit begründet werden kann, dass der Pass oder Passersatz ungültig wird.

Die rein ordnungsrechtliche Ausgestaltung der Passvorschriften trägt den Vorgaben des Unionsrechts Rechnung. Danach besteht, wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 31.07. 2009 (1 B 169/09 – NVwZ-RR 2010, 256 = InfAuslR 2009, 370) ausgeführt hat, das Recht auf Freizügigkeit unabhängig von dem Besitz eines gültigen Passes. Das Recht des Familienangehörigen auf Einreise und Aufenthalt folgt allein aus der familiären Beziehung zu dem freizügigkeitsberechtigten Unionsbürger (EuGH, Urt. v. 25.07.2002 – Rs. C-459/99 – MRAX, Slg. 2002, I-6591 = InfAuslR 2002, 417, Rn 59; vgl. auch Urt. v. 25.07.2008 – Rs. C-127/08 – Metock, Slg. 2008, I-6241 = NVwZ 2008, 1097, Rn 93). Das Erfordernis eines gültigen Nationalpasses dient in diesem Zusammenhang allein dem Nachweis seiner Identität als Familienangehöriger eines Unionsbürger; lassen sich diese auf andere Art und Weise nachweisen, bedarf es ihrer nicht (EuGH, Urt. v. 25.07.2002 – Rs. C- 459/99 – MRAX, Slg. 2002, I-6591 = InfAuslR 2002, 417, Rn 61f.; Urt. v. 17.02.2005 – Rs. C-215/03 – Oulane, Slg. 2005 I-1215 = NJW 2005, 1033, Rn 26). Das Erfordernis eines gültigen Passes oder anerkannten Passersatzes ist nicht Voraussetzung des Freizügigkeitsrechts, sondern erleichtert nur dessen Feststellung (EuGH, Urt. v. 17.02.2005, Rs. C-215/03 – Oulane, Slg. 2005 I-1215 = NJW 2005, 1033, Rn 22); es stellt „eine Verwaltungsformalität dar, die nur der Feststellung eines aus der Eigenschaft des Betroffenen unmittelbar fließenden Rechts durch die nationalen Behörden dient“ (a. a. O., Rn 24). Daran hat sich nach Inkrafttreten der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38 nichts geändert (a. a. O., Rn 20). Zwar sieht Art. 10 Abs. 2 lit. a) RL 2004/38 vor, dass die Mitgliedstaaten für die Ausstellung der Aufenthaltskarte an den Familienangehörigen eines Unionsbürgers, der nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, die Vorlage eines gültigen Reisepasses verlangen; nach Art 25 Abs. 1 RL 04/38 darf die Ausübung eines Aufenthaltsrechts aber unter keinen Umständen vom Besitz einer Aufenthaltskarte abhängig gemacht werden, wenn das Recht durch ein anderes Beweismittel nachgewiesen werden kann.

An der Identität des Klägers, seiner Eigenschaft als Ehemann einer Unionsbürgerin und seiner früheren türkischen Staatsangehörigkeit und der Ausbürgerung bestehen hier aber keine Zweifel. Der letzte türkische Reisepass des Klägers mit der Eintragung „haymatlos“ ist am 06.09.2007 von der Beklagten eingezogen und zur Behördenakte genommen worden (Band 5 Blatt 952).

## **B.**

Die Beklagte ist zur Erteilung einer Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern an den Kläger zu verpflichten.

### **I.**

Der Verpflichtungsantrag ist zulässig.

Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei dem Verpflichtungsantrag lediglich um eine Klarstellung des ursprünglichen Begehrens oder eine Erweiterung dieses Begehrens in Form einer zulässigen Klageänderung (§ 91 Abs. 1 VwGO) handelt. Er ist nämlich in jedem Fall sachdienlich.

Die beantragte Verpflichtung ist neben der begehrten Feststellung erforderlich. Das Rechtsschutzinteresse an der Verpflichtung entfällt nicht, wenn die Feststellung getroffen wird. Die Beklagte hat nämlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht erklärt, dass sie dem Kläger auch dann keine Aufenthaltskarte ausstellen werde, weil er seiner Passpflicht nicht genüge. Zur Beendigung des zwischen den Beteiligten bestehenden Streits bedarf es deshalb auch einer Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltskarte.



## II.

Der Antrag ist auch begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf die Ausstellung einer Aufenthaltskarte.

Der Anspruch beruht auf § 5 Abs. 2 Satz 1 FreizügG/EU. Danach wird freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, die nicht selbst Unionsbürger sind, von Amts wegen innerhalb von sechs Monaten, nachdem sie die erforderlichen Angaben gemacht haben, eine Aufenthaltskarte für Familienangehörige von Unionsbürgern ausgestellt, die fünf Jahre gültig sein soll.

Zwar darf die zuständige Behörde von dem Familienangehörigen für die Ausstellung der Aufenthaltskarte einen anerkannten oder sonst zugelassenen gültigen Pass oder Passersatz verlangen (§ 5a Abs. 2 FreizügG/EU). Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 31. 7. 2009 (1 B 169/09 – NVwZ-RR 2010, 256 = InfAuslR 2009, 370) ausgeführt hat, enthält die Vorschrift keine Verpflichtung, sondern lediglich eine Ermächtigung („darf“), die Vorlage eines Passes oder Passersatzes zu verlangen (zum Charakter der Vorschrift als Ermessensvorschrift vgl. HK-AuslR-Geyer, 2008, Rn 2 zu § 5a FreizügG/EU; siehe ferner Ziff. 5a.2 AVwV-FreizügG/EU: „verlangen *kannt*“). Ist die Identität des Familienangehörigen auf andere Weise nachgewiesen, wäre es nach der zitierten Rechtsprechung des Senats unverhältnismäßig, die Ausstellung der Aufenthaltskarte von der Vorlage eines gültigen Passes abhängig zu machen.

Das gilt in besonderem Maße, wenn – wie hier – der Familienangehörige staatenlos und die Ausländerbehörde für die Ausstellung eines Passersatzes zuständig und zu ihr verpflichtet, aber nicht bereit ist:

Die Beklagte hat die Ausstellung einer Aufenthaltskarte in der mündlichen Verhandlung vor dem Oberverwaltungsgericht davon abhängig gemacht, dass sich der Kläger entweder einen Reiseausweis für Staatenlose durch die türkischen Behörden oder ein vergleichbares Dokument ausstellen lasse oder aber mit Erfolg um seine Wiedereinbürgerung in die Türkei bemühe. Dabei übersieht die Beklagte, dass für die Ausstellung eines Reiseausweises für Staatenlose nicht der Heimatstaat, sondern der Aufenthaltsstaat zuständig ist. Nach Art. 28 des Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen (StLÜbk) vom 28. September 1954 (BGBl. 1976 II S. 474) werden die Reiseausweise nämlich von den Staaten, in denen sich die Staatenlosen aufhalten, ausgestellt. Der Kläger hat, weil er sich rechtmäßig in Deutschland aufhält, einen Anspruch auf Ausstellung eines solchen Ausweises gegen die Beklagte nach Art. 28 Satz 1 StLÜbk. Da der Beklagten – anders als in den Fällen des Art. 28 Satz 2 StLÜbk, in denen es an der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts fehlt – kein Ermessen zusteht, stellt sich die Frage nicht, ob sie den Kläger darauf verweisen darf, sich zunächst um seine Wiedereinbürgerung in den türkischen Staatsverband zu bemühen. Ein von deutschen Behörden ausgestellter Reiseausweis für Staatenlose gilt nach §§ 1 Abs. 4, § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 AufenthV als Passersatzpapier. Es liegt also in der Hand der Beklagten, dem Kläger den von ihr für erforderlich gehaltenen anerkannten Passersatz zu verschaffen. Solange sie dazu nicht bereit ist, obwohl sie zur Ausstellung des Passersatzes verpflichtet ist, kann sie sich jedenfalls nicht darauf berufen, der Kläger habe die Voraussetzungen für die Ausstellung einer Aufenthaltskarte nicht erfüllt, weil er keinen anerkannten Passersatz vorgelegt habe.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 132 Abs. 2 VwGO) liegen nicht vor.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Die Nichtzulassung der Revision kann durch Beschwerde angefochten werden.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Urteils beim Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, Am Wall 198, 28195 Bremen, einzulegen. Die Beschwerde muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Die Beschwerde ist innerhalb von zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils zu begründen. Die Begründung ist bei dem oben genannten Gericht einzureichen. In der

Begründung muss die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache dargelegt oder die Entscheidung, von der das Urteil abweicht, oder der Verfahrensmangel bezeichnet werden.

Für das Beschwerdeverfahren besteht Vertretungszwang; dies gilt auch für die Einlegung der Beschwerde und für die Begründung. Danach muss sich jeder Beteiligte durch einen Rechtsanwalt oder einen Rechtslehrer an einer deutschen Hochschule als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts und Behörden können sich auch durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt sowie Diplomjuristen im höheren Dienst vertreten lassen.

gez. Göbel

gez. Alexy

gez. Meyer

### **B e s c h l u s s**

Der Streitwert wird gemäß § 52 Abs. 1 und 2 GKG für das Berufungsverfahren auf 7.500,00 Euro festgesetzt.

Das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen, 1. Senat,  
Bremen, den 14.10.2010

gez. Göbel

gez. Alexy

gez. Dr. Grundmann