



## Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen

**OVG: 1 B 137/10**

(VG: 4 V 105/10)

### Beschluss

#### In der Verwaltungsrechtssache

hat das Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen - 1. Senat - durch die Richter Göbel, Prof. Alexy und Dr. Bauer am 21.06.2010 beschlossen:

**Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts der Freien Hansestadt Bremen – 4. Kammer – vom 04.05.1010 wird zurückgewiesen.**

**Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.**

**Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 7.500,00 Euro festgesetzt.**

**Den Antragstellerinnen wird Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren bewilligt; ihnen wird Rechtsanwalt F. zur Vertretung beigeordnet.**

#### Gründe:

A.

Die Antragsteller sind bulgarische Staatsangehörige. Die Antragstellerin zu 1. nahm im Oktober 2007 ihren Wohnsitz in Bremen. Die Antragsstellerin zu 2., ihre 1995 geborene Tochter, folgte ihr im August 2009 und geht seitdem hier zur Schule. Die Antragstellerin zu 1. meldete im Nov. 2008 ein Gewerbe „Reinigung nach Hausfrauenart und Küchenhilfe“ an. Der Gewinn aus dieser Tätigkeit betrug im Durchschnitt der Monate Mai bis September 2009 234,27 Euro. Seit Mai 2009 bezieht die Antragstellerin zu 1., die eine Bedarfsgemeinschaft mit einem Landsmann und dessen Kindern bildet, ergänzende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II. Mit Verfügungen vom 08.12.2009 stellte die Antragsgegnerin u. a. fest, dass die Antragstellerinnen keine Freizügigkeit im Sinne des FreizügG/EU genossen, und drohte ihre Abschiebung nach Bulgarien für den Fall an, dass sie nicht bis zum 12.01.2010 freiwillig ausreisen; zugleich wurde die sofortige Vollziehung der Feststellung und der Androhung angeordnet. Zur Begründung wurde in den Verfügungen ausgeführt: Wegen der geringen Einkünfte aus ihrem Gewerbebetrieb falle die Antragstellerin zu 1. nicht in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit; auf die Freizügigkeit für nicht erwerbstätige Unionsbürger könne sie sich nicht mit Erfolg berufen, weil sie nicht über ausreichende Existenzmittel und ausreichenden Krankenversicherungsschutz verfüge. Das Freizügigkeitsrecht der Antragstellerin zu 2. sei von einem entsprechenden Recht der Antragstellerin zu 1. abhängig. Die sofortige Vollziehung werde „mit Rücksicht auf die Gebote der Rechtsstaatlichkeit und des sparsamen Umgangs mit öffentlichen Mitteln“ angeordnet; der Bezug von Sozialleistungen könne für die Dauer eines Rechtsbehelfsverfahrens, welches sich mitunter über Jahre hinziehen könne, nicht hingenommen werden.

Das Verwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung der Widersprüche der Antragstellerinnen gegen diese Verfügungen wiederhergestellt. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin zu 1. hat im Beschwerdeverfahren Unterlagen über die Entwicklung ihres Gewerbes vorgelegt. Danach hat sie im Januar 2010 357,00 Euro, im Februar 2010 357,05 Euro, im März 2010 461,75 Euro, im April 465,75 Euro Gewinn erzielt. Im Mai 2010 ging der Gewinn wegen einer zweiwöchigen Erkrankung auf 191,75 Euro zurück.

## B.

Die Beschwerde ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat die aufschiebende Wirkung der Widersprüche zu Recht wiederhergestellt. Die Darlegungen der Antragsgegnerin zur Begründung der Beschwerde, auf deren Überprüfung das Oberverwaltungsgericht nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen keine Abänderung der angefochtenen Entscheidungen. Die Verfügungen der Antragsgegnerin erweisen sich schon bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Würdigung als offensichtlich rechtswidrig.

### I.

Nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU kann der Verlust des Aufenthaltsrechts nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU festgestellt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Rechts innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthaltsrechts im Bundesgebiet entfallen sind. Die Vorschrift ist – zumindest entsprechend – auch dann anzuwenden, wenn die Voraussetzungen von Anfang an nicht bestanden haben (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 02.04.2009 – 7 A 11053/08 - <juris> m.w.Nwn.). Eine Feststellung nach dieser Vorschrift kann hier nicht getroffen werden, weil die Antragstellerinnen nach § 2 Abs. 1 FreizügG/EU freizügigkeitsberechtigt sind.

### 1.

Die Antragstellerin zu 1. genießt Freizügigkeit zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU. Diese Freizügigkeit kommt allen Personen zugute, die von ihrer Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV Gebrauch machen. Das Freizügigkeitsgesetz/EU dient nämlich der Umsetzung der Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG, die insoweit an die Stelle der Richtlinie 73/148 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs getreten ist. Zur Bestimmung des begünstigten Personenkreises ist deshalb auf den Schutzbereich dieser Grundfreiheit abzustellen.

Eine von Art. 49 AEUV geschützte Niederlassung liegt vor, wenn eine wirtschaftliche Tätigkeit auf unbestimmte Zeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat tatsächlich ausgeübt wird (EuGH, Urt. v. 25.07.1991 – Rs. 221/89 –, Factortame – Slg. 1991, I-3905, Rn 20). Streitig ist hier allein, ob die Antragstellerin zu 1. tatsächlich eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat, liegt eine wirtschaftliche Tätigkeit in diesem Sinne vor, wenn mit ihr zumindest auch ein Erwerbszweck verfolgt wird. Sie muss entgeltlich erbracht werden und eine Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellen. Unerheblich für die Eröffnung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit ist, ob die Tätigkeit einen bestimmten Gewinn abwirft, insbesondere, ob sie zur Deckung des Lebensunterhaltes ausreicht.

Die Sicherung des Lebensunterhaltes aus dem erzielten Gewinn ist nicht, wie die Beschwerde meint, Voraussetzung dafür, dass die wirtschaftliche Tätigkeit auch „tatsächlich“ ausgeübt wird.

Das Merkmal der tatsächlichen Ausübung der Tätigkeit bedeutet zunächst nur, dass die bloße Registrierung eines Gewerbes oder einer Betriebsstätte allein nicht ausreicht, um den Schutz der Niederlassungsfreiheit zu begründen (vgl. für die Eintragung eines Fischereifahrzeugs in das Schiffsregister das zitierte Urteil des EuGH vom 25.07.1991, a. a. O., und dazu *Randelzhofer/Forsthoff*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Rn 21 zu Art. 43 EGV <Stand: Mai 2001>).

Mit dem Verwaltungsgericht (ebenso OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 03.11.1995 – 18 B 815/94 – NVwZ-RR 1996,708) mag darüber hinaus in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen

Gerichtshofs zur Arbeitnehmerfreizügigkeit (jetzt Art. 45 AEUV) angenommen werden, dass solche Tätigkeiten außer Betracht bleiben können, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als „völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen“ (EuGH, stRspr seit Urt. v. 23.03.1982 – Rs 53/81 – Levin – Slg. 1982, 1035, Rn 17). Nach der Rechtsprechung des EuGH hat die begrenzte Höhe der Vergütung aber keine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Unionsrechts (z. B. Urt. v. 31.05.1989 – Rs. 344/87 – Bettray – Slg. 1989, 1621 Rn 15; Urt. v. 30.03.2006 – Rs. C-10/05 – Mattern u. a. –, Slg. 2006, I-3145 – Rn 22; Urt. v. 04.06.2009 – Rs. C-22/08 – Vatsouras u. a. – DVBI 2009, 972, Rn 27; Urt. 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. 39 EG (jetzt Art. 45 AEUV) anzusehen (EuGH, z. B. Urt. v. 23.03.1982 – Rs. 53/81 – Levin –, Slg. 1982, 1035, Rn 15f.; Urt. 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 Wohnortsmittgliedstaats gezahlte finanzielle Unterstützung zu ergänzen sucht (EuGH, stRspr seit Urt. v. 03.06.1986 – Rs. 139/85 – Kempf – Slg. 1986, 1741, Rn 14; zuletzt Urt. v. 04.06.2009 – C-22/08 – Vatsouras u. a. – DVBI 2009, 972, Rn 28; Urt. v. 04.02.2010 – C-14/09 – Genc – NVwZ 2010, 367, Rn 20). Zwar kann der Umstand, dass nur sehr wenige Arbeitsstunden geleistet werden, „ein Anhaltspunkt“ dafür sein, dass die ausgeübten Tätigkeiten nur untergeordnet und unwesentlich sind (EuGH, Urt. v. 26.02.1992 – C-357/89 – Raulin – Slg. 1992, I-1027, Rn 14), doch lässt es sich unabhängig von der begrenzten Höhe des aus einer Berufstätigkeit bezogenen Entgelts und des begrenzten Umfangs der insoweit aufgewendeten Arbeitszeit nicht ausschließen, dass diese Tätigkeit aufgrund einer Gesamtbewertung des betreffenden Arbeitsverhältnisses als tatsächlich und echt angesehen werden kann (EuGH, Urt. v. 04.02.2010 – C-14/09 – Genc – NVwZ 2010, 367, Rn 26).

Zu Gunsten der Antragsgegnerin mag unterstellt werden, dass sich diese Rechtsprechung auch insoweit auf die Niederlassungsfreiheit übertragen lässt, als das Vorhandensein von nur sehr wenigen Aufträgen im Rahmen einer Gesamtbewertung ein Anhaltspunkt für eine nur untergeordnete und unwesentliche selbständige Erwerbstätigkeit sein kann. Bei der Frage der Unwesentlichkeit ist aber, wie das Verwaltungsgericht zu Recht hervorhebt, zu berücksichtigen, dass es bei der Niederlassung als selbständig Erwerbstätiger insbesondere dann, wenn ein Gewerbebetrieb nicht übernommen, sondern neu eröffnet wird, oftmals einer längeren Anlauf- und Aufbauphase bedarf, bis der Betrieb so viele Aufträge akquiriert hat, dass er sich trägt. Es ist deshalb schon zumindest fraglich, ob das aufgrund der Daten über Umsatz- und Gewinn vermutete Auftragsvolumen im Jahre 2009 geeignet ist, einen Anhaltspunkt dafür abzugeben, dass die Tätigkeit der Antragstellerin zu 1. nur als „unwesentlich“ einzustufen sein könnte. Das kann aber auf sich beruhen, denn der Betrieb der Antragstellerin zu 1. hat sich, wie die für 2010 vorgelegten Daten über Umsatz und Gewinn zeigen, offensichtlich stabilisiert und weiterentwickelt. Die inzwischen erreichten Betriebsergebnisse sprechen eher gegen als für die Annahme, die Tätigkeit sei „unwesentlich“. Weitere Gesichtspunkte, aus denen sich im Rahmen der erforderlichen Gesamtbewertung auf eine nur „unwesentlichen“ Tätigkeit schließen lassen könnte, hat die Antragsgegnerin nicht ermittelt. Auch Feststellungen, die dafür sprechen könnten, dass die Tätigkeit der Antragstellerin zu 1. einem anderen Aufenthaltzweck „untergeordnet“ sein könnte, hat die Antragsgegnerin nicht getroffen. Sie stützt sich allein auf die Betriebsergebnisse und die Mitteilung der BAglS, dass ergänzende Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts in nicht bezifferter Höhe bezogen würden. Das allein kann aber – wie dargestellt – nicht dazu führen, die Antragstellerin zu 1. vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit auszunehmen.

Der Bezug von ergänzenden Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts rechtfertigt auch nicht eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit. Die Auffassung der Beschwerde, die Niederlassungsfreiheit verfolge nicht den Zweck, einen Zuzug in die Sozialkassen der jeweiligen EU-Mitgliedstaaten zuzulassen oder gar zu fördern, reicht dafür nicht aus. Das geltende Recht – das Freizügigkeitsgesetz/EU ebenso wie die Unionsbürger-Richtlinie 2004/38/EG, deren Umsetzung das Gesetz dient – sieht eine Beschränkung der Freizügigkeit auf Personen, die über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen, für erwerbstätige Unionsbürger und deren Familienangehörige gerade nicht vor. Eine solche Beschränkung gilt vielmehr ausdrücklich nur für solche Unionsbürger, die nicht erwerbstätig sind, und deren Familienangehörige (§ 4 FreizügG/EU, Art. 7 Abs. 1 und 2 RL 2004/38/EG).

2.

Ist die Antragstellerin zu 1. freizügigkeitsberechtigt nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU, folgt daraus zugleich ein Freizügigkeitsrecht der Antragstellerin zu 2. als ihrer nachgezogenen minderjährigen Tochter aus § 2 Abs. 2 Nr. 6 i. V. m. § 3 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU. Auch dieses Recht besteht, wie sich im Umkehrschluss aus § 4 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU ergibt, unabhängig davon, ob die Antragstellerin zu 2. über ausreichenden Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügt.

II.

Hat die Antragsgegnerin zu Unrecht festgestellt, dass das Recht der Antragstellerinnen auf Freizügigkeit nicht besteht, entfällt auch deren Ausreisepflicht (§ 7 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU). Das hat zur Folge, dass auch die Abschiebungsandrohungen rechtswidrig sind (§ 58 Abs. 2 Satz 2 AufenthG).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 2 GKG.

C.

Die Entscheidung über die Prozesskostenhilfe ergibt sich aus § 166 VwGO i. V. m. §§ 114, 119 Abs. 1 Satz 2, 121 Abs. 1 ZPO.

gez. Göbel

gez. Alexy

gez. Dr. Bauer