

## Ausstellung einer Bescheinigung nach dem FreizügG/EU

1. § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU will diejenigen Fälle erfassen, in denen bereits feststeht, dass die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltskarte vorliegen, die Aufenthaltskarte aber aus verfahrenstechnischen Gründen noch nicht ausgestellt werden kann (Rn. 13).

2. Sie betrifft hingegen nicht diejenigen Fälle, in denen ein Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte fraglich ist (Rn. 13).

3. Für ein nachhaltiges Gebrauchmachen vom Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG/EU und § 12a FreizügG/EU genügt es nicht, wenn der deutsche Staatsangehörige und seine Ehefrau, die Drittstaatsangehörige ist, nur wenige Tage gemeinsam im Aufnahmestaat verbracht haben (Rn. 24)

4. Für das nachhaltige Gebrauchmachen vom Freizügigkeitsrecht sind Aufenthaltszeiten eines Deutschen und seiner Ehefrau in Großbritannien ab dem 1. Januar 2021 unbeachtlich (Rn. 25).

(Amtliche Leitsätze)

2 M 56/22

## Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss vom 19.09.2022

### T e n o r

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Halle - 1. Kammer - vom 18. Mai 2022 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500,00 € festgesetzt.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt.

### G r ü n d e

I.

1 Die Antragstellerin ist pakistanische Staatsangehörige und seit dem ... 2014 mit einem in Pakistan geborenen deutschen Staatsangehörigen verheiratet, der seit dem ... 2016 unter seiner derzeitigen Anschrift in ... gemeldet ist. Der Ehemann der Antragstellerin erhielt laut Mitteilung des britischen Home Office (Innenministerium) vom 16. November 2021 im Rahmen des EU Settlement Scheme den "Pre-Settled Status", ein auf fünf Jahre befristetes Aufenthaltsrecht im Vereinigten Königreich. Nachdem der Antragstellerin eine vom 15. November 2020 bis zum 15. Mai 2021 gültige "Entry Clearance" ausgestellt worden war, reiste sie am 21. Dezember 2020 nach Großbritannien ein. Am 29. April 2021 wurde ihr eine bis zum 30. April 2026 gültige Residence Card "EU Scheme Pre-Settlement" erteilt. Am 16. August 2021 reiste sie in Begleitung ihres Ehemannes über die Niederlande ohne Visum in das Bundesgebiet ein. Am 2. November 2021 beantragte sie beim Antragsgegner die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis zum Zwecke des Familiennachzugs. Dabei legte sie u.a. Verdienstbescheinigungen ihres Ehemannes aus einer Tätigkeit bei der Firma ...

in ... für die Monate April bis September 2021 vor. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. Dezember 2021 gab die Antragstellerin an, sie habe bereits einen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 AufenthG, hilfsweise einer Aufenthaltskarte-EU für Familienangehörige gestellt und wiederhole diesen Antrag vorsorglich. Dabei gab sie an, dass sich ihr Ehemann von ... 2020 bis ... 2021 gemeinsam mit ihr im Vereinigten Königreich aufgehalten habe, um dort eine Arbeit aufzunehmen. Aufgrund der Einschränkungen bzw. Auswirkungen der Corona-Pandemie und der zu dieser Zeit dort herrschenden Kurzarbeit habe er jedoch keine Anstellung finden können und sei mit ihr nach Deutschland zurückgekehrt. Ihr sei entweder eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG oder eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU zu erteilen. In einem weiteren Schriftsatz vom 13. Januar 2022 gab die Antragstellerin an, ihr Ehemann habe während seines Aufenthalts im Vereinigten Königreich seine aktuelle Beschäftigung (Firma ...), der er bereits seit ... 2017 nachgehe, während der Zeit seines Aufenthalts im Vereinigten Königreich nicht aufgegeben. Die dort entfalteten Tätigkeiten, eine Beschäftigung zu finden und aufzunehmen, seien parallel zu der Beschäftigung im Bundesgebiet erfolgt. Mit Schreiben vom 26. Januar 2021 gab sie unter Vorlage entsprechender Verdienstbescheinigungen an, ihr Ehemann sei von ... 2020 bis ... 2021 bei der Firma ... als Übersetzer tätig gewesen.

2 Mit Bescheid vom 10. Februar 2022 lehnte der Antragsgegner die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG und die Ausstellung einer Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU ab, forderte die Antragstellerin zur Ausreise innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Bescheides auf und drohte ihr für den Fall einer nicht fristgemäßen Ausreise die Abschiebung an. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus: § 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG/EU regle die Einreise u.a. von Familienangehörigen von Deutschen, die vom Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nachhaltig Gebrauch gemacht hätten. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 6 FreizügG/EU seien Familienangehörige unter den Voraussetzungen der §§ 3 und 4 FreizügG/EU unionsrechtlich freizügigkeitsberechtigt. Für den Ehemann der Antragstellerin als deutschen Staatsangehörigen erfordere das "nachhaltige Gebrauchmachen" eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat, die über die Dauer einer Kurzreise oder einer formalen Wohnsitznahme hinausgehe. Ob diese Voraussetzungen beim Ehemann der Antragstellerin vorliegen, könne unbewertet bleiben, weil das Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (nachfolgend: BrexitAbk) Anwendung finde und der Übergangs- und Durchführungszeitraum des Art. 126 des Abkommens am 31. Dezember 2020 geendet habe. Kehre ein Deutscher zusammen mit einem Drittstaatsangehörigen Familienangehörigen nach diesem Zeitpunkt aus dem Vereinigten Königreich nach Deutschland zurück, so stelle nach den Anwendungshinweisen des BMI der letzte Zeitraum des Aufenthalts des Deutschen im Vereinigten Königreich nicht mehr eine Ausübung des Freizügigkeitsrechts dar, sondern den Aufenthalt des Deutschen in einem Drittstaat. Die Antragstellerin sei mit ihrem Ehemann erst im August 2021 und somit geraume Zeit nach dem Auslaufen des Übergangszeitraums in die Bundesrepublik zurückgekehrt. Damit fänden die Regelungen des AufenthG zum Familiennachzug uneingeschränkt Anwendung. Eine Fiktionsbescheinigung nach § 11 Abs. 4 FreizügG/EU könne daher nicht ausgestellt werden. Auch die Ausstellung

einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG komme nicht in Betracht. Ein Fall des § 81 Abs. 3 AufenthG liege nicht vor, da die Antragstellerin ohne Visum und daher unerlaubt eingereist sei. Die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AufenthG scheidet aus, weil die Antragstellerin ohne das erforderliche Visum eingereist sei und auch die Voraussetzungen des § 39 AufenthV nicht vorlägen. Von dem Erfordernis der Durchführung eines Visumverfahrens könne auch nicht nach § 5 Abs. 2 Satz 2 AufenthG abgesehen werden. Einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis habe die Antragstellerin nicht, da aufgrund der unerlaubten Einreise ein Ausweisungsinteresse nach § 54 Abs. 2 Nr. 9 AufenthG bestehe und damit die Regelerteilungsvoraussetzung des § 5 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG nicht erfüllt sei. Besondere Umstände, die die Durchführung eines Visumverfahrens unzumutbar machten, seien ebenfalls nicht erkennbar.

3 Mit Schriftsatz vom 23. Februar 2022 hat die Antragstellerin hiergegen Widerspruch erhoben, über den noch nicht entschieden ist.

4 Den von der Antragstellerin bereits am 2. Februar 2022 gestellten Antrag, den Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihr eine Fiktionsbescheinigung nach § 11 Abs. 4 FreizügG/EU, hilfsweise eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 AufenthG zu erteilen, hat das Verwaltungsgericht mit dem angegriffenen Beschluss abgelehnt und zur Begründung ausgeführt:

5 Ein Anspruch auf Erteilung einer Fiktionsbescheinigung ergebe sich insbesondere nicht aus § 11 Abs. 4 FreizügG/EU, weil die Antragstellerin keine freizügigkeitsberechtigte Familienangehörige sei. Eine solche Berechtigung lasse sich nicht auf § 2 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 Satz 2, § 3 Abs. 1 FreizügG/EU stützen. Danach hätten Familienangehörige freizügigkeitsberechtigter Unionsbürger zwar grundsätzlich das Recht auf Einreise und Aufenthalt, wenn sie den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen. Gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU seien jedoch Unionsbürger in diesem Sinne grundsätzlich nur die Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die nicht - wie der Ehemann der Antragstellerin - Deutsche seien. Ein Nachzugsanspruch lasse sich auch nicht aus der Vorschrift des § 12a FreizügG/EU herleiten, die unter bestimmten Voraussetzungen das Nachzugsrecht auf Familienangehörige von Deutschen erstrecke. Insoweit fehle es an der zentralen Voraussetzung, dass der Deutsche von seinem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nachhaltig Gebrauch gemacht habe. Der Ehemann der Antragstellerin habe mit seiner Einreise nach Großbritannien grundsätzlich von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht. Das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland gelte nach Art. 126, 127 Abs. 1 BrexitAbk bis zum 31. Dezember 2020 als Mitgliedsstaat der EU. Indem sich der Ehemann der Antragstellerin erst arbeitssuchend und dann ab 1. Dezember 2020 in Anstellung als Dolmetscher dort aufgehalten habe, habe er sich in Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 Abs. 1 AEUV befunden. Mit dem Zuzug der Antragstellerin am 21. Dezember 2020 habe er sich auch gemeinsam mit ihr dort niedergelassen. Der Aufenthalt sei aber nicht nachhaltig gewesen. Das nachhaltige Gebrauchmachen erfordere eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat, die über die Dauer einer Kurzreise oder einer nur formalen Wohnsitznahme hinausgehe, was

in der Regel ab 3 Monaten der Fall sei. § 12a FreizügG/EU kodifiziere dabei die "Singh"-Rechtsprechung des EuGH zu den sogenannten Rückkehrerfällen im Rahmen von Art. 21 AEUV, wonach eine sonst grundsätzlich zulässige Inländerdiskriminierung dann nicht mehr mit dem Unionsrecht vereinbar sei, wenn sie geeignet sei, den Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates davon abzuhalten von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch zu machen, aus Sorge, nicht auch bei der Rückkehr zu gleichen Bedingungen wie in dem anderen Mitgliedsstaat seine Familienangehörigen mitnehmen zu können. In diesem Sinne sei auch die Dauer des Aufenthalts zu verstehen. Der Aufenthalt müsse also aufgrund seiner Dauer ein Familienleben sich entwickeln oder festigen lassen. Dafür genüge nach der Rechtsprechung des EuGH ein Aufenthalt nach Art. 6 der Richtlinie 2004/38/EG nicht, es bedürfe vielmehr grundsätzlich eines Aufenthalts nach Art. 7 oder 16 der Richtlinie von mindestens 3 Monaten.

6 Dem Antragsgegner sei darin beizupflichten, dass ab dem 1. Januar 2021 Art. 21 AEUV nicht mehr die Einreise oder den Aufenthalt im Vereinigten Königreich schütze. Zwar heiße es in der Präambel des BrexitAbk, "dass es notwendig ist, einen beiderseitigen Schutz für Unionsbürger und britische Staatsangehörige vorzusehen, wenn sie vor einem in diesem Abkommen festgesetzten Tag ihre Freizügigkeitsrechte ausgeübt haben, und zu gewährleisten, dass ihre Rechte nach diesem Abkommen durchsetzbar sind und auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beruhen". Insofern schaffe dieses Abkommen aber von Art. 21 AEUV unabhängige neue Rechte. Ob und inwieweit dem Einzelnen Rechte auch nach dem Austritt und der Übergangszeit durch dieses Abkommen zugestanden werden, müsse daher konkret anhand der Regelungen geprüft werden. Für die Rückkehr ins eigene Heimatland seien hier aber keine besonderen Bestimmungen getroffen worden. Vorliegend habe der Aufenthalt der Antragstellerin und ihres Ehemannes im Vereinigten Königreich zwar bis August 2021 gedauert. Allerdings seien davon noch nicht einmal volle 2 Monate, November und Dezember 2020, in Ausübung des Freizügigkeitsrechts umfasst, weil dieses ab dem 1. Januar 2021 mit Ablauf der Übergangsphase im Vereinigten Königreich nicht mehr gegolten habe. Davon hätten die Antragstellerin und ihr Ehemann auch nur wenige Tage gemeinsam in einer Wohnung gelebt.

7 Selbst wenn man aber zugunsten der Antragstellerin davon ausginge, dass das Gebrauchmachen nachhaltig gewesen sei, scheitere der Anordnungsanspruch jedenfalls an dem fehlenden unionsrechtlichen Bezug der Rückreise aus dem Vereinigten Königreich in die Bundesrepublik Deutschland am 16. August 2021. Unter der Maßgabe der EuGH-Rechtsprechung sei auch die Fortdauer eines einmal erworbenen unionsrechtlichen Status zu betrachten. Im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung müsse ermittelt werden, ob die Rückkehr noch im Zusammenhang mit der Ausübung des Freizügigkeitsrechts stehe. Insoweit komme auch der Präambel des Austrittsabkommens Bedeutung zu. Durch den oben zitierten Ausschnitt werde ausgedrückt, dass es sich um eine Situation handele, die sich von dem Aufenthalt in anderen Drittstaaten unterscheide. Wer sich als Unionsbürger auch nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs und der Übergangsphase dort aufgehalten habe, übe zwar nicht mehr unmittelbar sein Recht auf Freizügigkeit aus. Allerdings halte er sich dort auch nur aufgrund seines einmal ausgeübten Rechts auf. Damit sei die Situation klar von einer Einreise aus einem sonstigen Drittland zu unterscheiden. Insofern sei auch den vom

Antragsgegner vorgebrachten Anwendungshinweisen des Bundesministeriums des Innern zu widersprechen, die hier eine Gleichsetzung vornähmen. So finde auch im Rahmen des auf Unionsrecht fußenden FreizügG/EU der "effet utile" nach Art. 4 Abs. 3 EUV im Sinne einer größtmöglichen praktischen Wirkung Anwendung. Es müsse dem Bürger auch möglich sein, bis zum 31. Dezember 2020 von seinem Freizügigkeitsrecht vollen Gebrauch zu machen. Andernfalls wäre er gezwungen, bereits am 31. Dezember 2020 selber das Vereinigte Königreich zu verlassen. Entgegen der Ausführungen des Antragsgegners entfalle somit nicht automatisch der unionsrechtliche Bezug, sobald die Ausreise aus dem Vereinigten Königreich nach Ablauf der Übergangszeit erfolge. Der Rückreise bleibe vielmehr immanent, dass sie Kehrseite der Einreise und Ausübung der Freizügigkeit vor Ort sei. Dieser Bezug könne allerdings entfallen, wenn der ursprüngliche Aufenthalt in Ausübung der Freizügigkeit gegenüber dem nachfolgenden Aufenthalt außerhalb der EU in den Hintergrund rücke. Das sei hier der Fall. Zur Beantwortung dieser Frage könnten die § 4a Abs. 6 und 7 FreizügG/EU Orientierung bieten, die auf Art. 16 Abs. 3 und 4 der Richtlinie 2004/38/EG fußen. Eine analoge Anwendung von § 4a Abs. 6 und 7 FreizügG/EU auf die vorliegende Konstellation scheidet mangels vergleichbarer Interessenlage zwar aus, allerdings könne ihnen eine gesetzgeberische Wertung in Bezug auf die Aufenthaltsdauer und Unterbrechungen entnommen werden. Diese Regelungen seien mit Blick auf das Daueraufenthaltsrecht aus § 4a Abs. 1 FreizügG/EU zu verstehen. So seien sowohl die Unterbrechungen nach Abs. 6 von 6 Monaten und nach Abs. 7 von 2 Jahren zu den 5 Jahren, die § 4a Abs. 1 FreizügG/EU für ein solches Aufenthaltsrecht verlange, in Beziehung zu setzen. Der anspruchsbegründende Zeitraum sei dabei um ein Vielfaches länger als die zulässigen Unterbrechungen. Im vorliegenden Fall habe der Ehemann der Antragstellerin wiederum aber für keine zwei Monate seine Freizügigkeitsrechte wahrgenommen und habe sich dann ab Januar 2021 für über sieben Monate bis zur erneuten Einreise über die Niederlande in die Bundesrepublik im August 2021 außerhalb der EU-Grenzen befunden. Zwar habe er sich nach wie vor aufgrund der ihm vor Ablauf der Übergangsfrist erteilten Aufenthaltserlaubnis vom 16. November 2020 im Vereinten Königreich aufgehalten. Allerdings ergebe sich bei einer Gesamtbetrachtung des Aufenthalts eindeutig ein Schwerpunkt zu der Zeit, als das Vereinigte Königreich nicht mehr EU-Mitglied gewesen sei. Die Rückreise sei insoweit vielmehr als Ausfluss des Aufenthalts nach dem 31. Dezember 2020 erfolgt.

8 Auch der mit dem Hilfsantrag geltend gemachte Anspruch auf Ausstellung einer Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG bestehe nicht.

II.

9 A. Die Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Die dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen nicht die Änderung der erstinstanzlichen Entscheidung.

10 1. Die Antragstellerin wendet ein, das Verwaltungsgericht habe die im einstweiligen Rechtschutzverfahren anzustellende Prüfungsdichte bei der Erteilung einer Fiktionsbescheinigung nach § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU nicht beachtet bzw. zu hohe Anforderungen gestellt. Widersprüche und Klagen gegen

ablehnende Entscheidungen nach dem FreizügG/EU entfalten grundsätzlich aufschiebende Wirkung, da die Vorschrift des § 84 Abs. 1 AufenthG keine Anwendung finde. Die beantragte Fiktionsbescheinigung sei bereits dann zu erteilen, wenn die von ihr begehrte Aufenthaltskarte-EU nicht vollkommen ausgeschlossen sei. Letzteres folge hier bereits aus der umfassenden Begründung des erstinstanzlichen Beschlusses. Damit vermag die Antragstellerin nicht durchzudringen.

11 a) Nach § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU in der seit dem 24. November 2020 geltenden Fassung vom 12. November 2020 (BGBl I S. 2416) ist eine Fiktionsbescheinigung nach § 81 Abs. 5 AufenthG auf Antrag auszustellen, wenn nach diesem Gesetz von Amts wegen eine Aufenthaltskarte, ein Aufenthaltsdokument-GB oder ein Aufenthaltsdokument für Grenzgänger-GB auszustellen ist und ein Dokument mit elektronischem Speicher- und Verarbeitungsmedium noch nicht zur Überlassung an den Inhaber bereitsteht. Nach § 11 Abs. 4 Satz 2 FreizügG/EU findet in Fällen, in denen ein Recht auf Einreise und Aufenthalt nach diesem Gesetz nur auf Antrag besteht, § 81 AufenthG entsprechende Anwendung.

12 In der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur aktuellen Anpassung des FreizügG/EU und weiterer Vorschriften an das Unionsrecht vom 19. August 2020 (BT-Drs. 19/21750, S. 45) heißt es, mit § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU werde geregelt, wie zu verfahren sei, wenn ein kraft Gesetzes bestehendes Aufenthaltsrecht nach diesem Gesetz in Anspruch genommen werde und ein entsprechender Behördenkontakt bestehe, die entsprechende Bescheinigung dieses Rechts in Kartenform aber noch nicht bereitstehe. Auch in dieser Zeit zwischen der Veranlassung der Herstellung der Karte (zentral bei der Bundesdruckerei) und ihrer Bereitstellung und Übergabe an den Inhaber könne das Bedürfnis entstehen, über Schengen-Außengrenzen zu reisen oder den Aufenthaltsstatus im Inland, etwa bei Arbeitgebern, nachzuweisen. Hierzu werde auf das bewährte System der Fiktionsbescheinigungen zurückgegriffen. Es sei vorgesehen, dass der entsprechende Trägervordruck durch eine mit gesonderter Verordnung erfolgende Änderung der Aufenthaltsverordnung dahingehend ergänzt werde, dass die Situation der Ausstellung zum Ausdruck gebracht werde, wonach die Voraussetzungen eines Aufenthaltsrechts nach dem FreizügG/EU vorliegen und vorläufig bescheinigt werden.

13 § 11 Abs. 4 Satz 1 FreizügG/EU will mithin diejenigen Fälle erfassen, in denen bereits feststeht, dass die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltskarte vorliegen, die Aufenthaltskarte aber aus verfahrenstechnischen Gründen noch nicht ausgestellt werden kann. Sie betrifft hingegen nicht diejenigen Fälle, in denen - wie hier - ein Anspruch auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte fraglich ist.

14 b) Im Gegensatz dazu wird eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU, wie sie die Antragstellerin im Verwaltungsverfahren u.a. begehrt hat, ohne Rücksicht darauf ausgestellt, ob die materiellen Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltskarte vorliegen. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 FreizügG/EU wird freizügigkeitsberechtigten Familienangehörigen, die nicht 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. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU erhält der Familienangehörige unverzüglich eine Bescheinigung darüber, dass die erforderlichen Angaben gemacht worden sind.

15 Diese sog. Verfahrensbescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU dient allein als Nachweismittel für die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts des Familienangehörigen im Zeitraum zwischen der meldebehördlichen Anmeldung bzw. der Beantragung der Aufenthaltskarte und der Entscheidung über die Ausstellung der Aufenthaltskarte; sie wird unabhängig davon erteilt, ob die vorgelegten Unterlagen das Freizügigkeitsrecht des Familienangehörigen tatsächlich belegen (vgl. Kurzidem, in: BeckOK AuslR Kluth/Heusch, 33. Ed. 1.1.2021, FreizügG/EU § 5 Rn. 6). Mit dieser Vorschrift sollte Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG in nationales Recht umgesetzt werden (vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung aufenthalts- und asylrechtlicher Richtlinien der Europäischen Union vom 23. April 2007, BT-Drs. 16/5065, S. 210). Nach Art. 10 Abs. 1 Satz 1 dieser Richtlinie wird zum Nachweis des Aufenthaltsrechts der Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen, spätestens sechs Monate nach Einreichung des betreffenden Antrags eine "Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers" ausgestellt. Nach Satz 2 der Vorschrift wird eine Bescheinigung über die Einreichung des Antrags auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte unverzüglich ausgestellt. Voraussetzung einer solchen Bescheinigung ist damit lediglich, dass ein Antrag auf Ausstellung einer Aufenthaltskarte für Familienangehörige eines Unionsbürgers gestellt worden ist; demgegenüber ist es nicht erforderlich, dass der Antragsteller auch tatsächlich Familienangehöriger im Sinne von Art. 2 Nr. 2 oder 3 der Richtlinie 2004/38/EG bzw. § 2 Abs. 2 Nr. 3 FreizügG/EU ist, diese Frage ist vielmehr erst im Verfahren auf Ausstellung der Aufenthaltskarte zu klären (OVG NRW, Beschluss vom 11. März 2022 - 18 B 242/22 - juris Rn. 8). Die Bescheinigung nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2004/38/EG stellt damit eine bloße "Eingangsbestätigung" dar (OVG NRW, Beschluss vom 11. März 2022, a.a.O., Rn. 10). Da § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU von Art. 10 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie abweicht, dürfte eine richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU vorzunehmen sein (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 11. März 2022, a.a.O., Rn.11; Dienelt, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 13. Aufl., § 5 FreizügG/EU Rn. 20), und zwar entweder dahingehend, dass er auch die unionsrechtlich erforderliche Bescheinigung umfasst (so OVG NRW, Beschluss vom 11. März 2022, a.a.O., Rn. 11), oder dass mit der Anmeldung (oder Antragstellung) eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU auszustellen ist (so Dienelt, a.a.O.). In Betracht zu ziehen ist auch ein Anspruch auf Ausstellung der unionsrechtlichen Bescheinigung aus einer unmittelbaren Wirkung der Regelung der Richtlinie (OVG NRW, Beschluss vom 11. März 2022, a.a.O., Rn. 11). Allenfalls dann, wenn ein Freizügigkeitsrecht eines Familienangehörigen offensichtlich nicht besteht, kann die Ausstellung einer solchen Bescheinigung verweigert werden (OVG NRW, Beschluss vom 11. März 2022, a.a.O., Rn. 10).

16 Eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU oder nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 2004/38/EG ist aber nicht Gegenstand des einstweiligen Rechtsschutzantrages der Antragstellerin.

17 2. Die Antragstellerin macht geltend, entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts habe ihr Ehemann von dem ihm zustehenden Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nachhaltig Gebrauch gemacht. Hierzu reichten bereits die Begründung des Wohnsitzes, die zielgerichteten Anstrengungen zur Arbeitsplatzsuche im Vereinigten Königreich wie auch der Arbeitsantritt bei einem Unternehmen in Manchester ab dem 1. Dezember 2020 aus; es handele sich dabei allesamt um Tätigkeiten, die vor dem 31. Dezember 2020 erfolgt seien. Auch die Erteilung der entsprechenden aufenthaltsrechtlichen Dokumente für sie und ihren Ehemann durch die britischen Behörden sprächen dafür. Der Auffassung des Verwaltungsgerichts, dass es für ein nachhaltiges Gebrauchmachen des Freizügigkeitsrechts auf eine bestimmte längerfristige Verweildauer bzw. einen bestimmten längerfristigen Zeitraum ankomme, stehe die Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 12. März 2014 - C-456/12) entgegen. Damit vermag die Antragstellerin ebenfalls nicht durchzudringen.

18 Nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 FreizügG/EU regelt dieses Gesetz auch die Einreise und den Aufenthalt von Familienangehörigen und nahestehenden Personen von Deutschen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nachhaltig Gebrauch gemacht haben. Gemäß § 12a FreizügG/EU finden auf Familienangehörige und nahestehende Personen von Deutschen, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit nach Art. 21 AEUV nachhaltig Gebrauch gemacht haben, die nach diesem Gesetz für Familienangehörige und für nahestehende Personen von Unionsbürgern geltenden Regelungen entsprechende Anwendung. Nach 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.

19 Die Regelungen in § 1 Abs. 1 Nr. 6 und § 12a FreizügG/EU über die entsprechende Geltung des FreizügG/EU auch für Familienangehörige Deutscher wurden mit Rücksicht auf die Rechtsprechung des EuGH eingeführt. In der Begründung zum Gesetzentwurf vom 19. August 2020 (BT-Drs. 19/21750, S. 35 f. und 48) heißt es:

20 "Eine Fallgruppe umfasst Familienangehörige und nahestehende Personen von Deutschen, die ein Freizügigkeitsrecht aus einem gemeinsamen Aufenthalt mit dem Deutschen in einem anderen Mitgliedstaat erworben haben, weil ein Deutscher, von dem sie ihr Recht auf Freizügigkeit ableiten, nach Art. 21 AEUV von seinem eigenen Freizügigkeitsrecht in dem anderen Mitgliedstaat nachhaltig Gebrauch gemacht hat oder von seinem Freizügigkeitsrecht durch einen Umzug nach Deutschland Gebrauch macht. Zu diesen Fällen hatte der Europäische Gerichtshof im Urteil vom 12. März 2014 (C-456/12) entschieden, dass die Aufenthaltsbedingungen für die Familienangehörigen im Heimatstaat des Unionsbürgers nicht schlechter ausgestaltet sein dürfen als nach der Richtlinie 2004/38/EG beim Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat. Das "nachhaltige Gebrauchmachen" erfordert dabei eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat, die über die Dauer einer Kurzreise oder einer nur formalen Wohnsitznahme hinausgeht. Zeitlich wird zwar mindestens ein Aufenthalt von drei Monaten

erforderlich sein. Die Niederlassung der Familie muss allerdings dergestalt sein, als dass sie der Festigung des Familienlebens förderlich ist. Ebenso muss die Eigenschaft des Familienangehörigen oder der nahestehenden Person bereits zum Zeitpunkt des gemeinsamen Aufenthaltes im anderen Mitgliedstaat bestanden haben und darf nicht erst nachträglich begründet worden sein."

21 Beizupflichten ist der Antragstellerin zunächst darin, dass in der dort zitierten und auch von ihr in Bezug genommenen Entscheidung des EuGH vom 12. März 2014 (C-456/12 - juris) eine konkrete Mindestdauer des Aufenthalts des Deutschen im Aufnahmestaat nicht benannt ist. Klargestellt wurde allerdings (Rn. 59), dass nur ein Aufenthalt, der die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 und 2 oder Art. 16 der Richtlinie 2004/38/EG erfüllt, ein aus Art. 21 AEUV abgeleitetes Aufenthaltsrecht begründen kann. Kurzaufenthalte wie Wochenenden oder Ferien in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, fallen - auch zusammen betrachtet - unter Art. 6 der Richtlinie 2004/38/EG und erfüllen nicht die genannten Voraussetzungen. Ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht für Drittstaatsangehörige, die Familienangehörige eines Unionsbürgers im Sinne von Art. 2 Nr. 2 der Richtlinie sind, sieht die Richtlinie 2004/38/EG nur für den Fall vor, dass der Unionsbürger sein Recht auf Freizügigkeit ausgeübt hat, indem er sich in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, niedergelassen hat (Rn. 39). Der Zweck und die Rechtfertigung eines solchen abgeleiteten Rechts beruht auf der Feststellung, dass seine Nichtanerkennung den Unionsbürger in seiner Freizügigkeit beeinträchtigen könnte, weil ihn dies davon abhalten könnte, von seinem Recht Gebrauch zu machen, in den Aufnahmemitgliedstaat einzureisen und sich dort aufzuhalten (Rn. 45). Das Hindernis für die Ausreise aus dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit etwa ein Arbeitnehmer besitzt, besteht darin, dass Drittstaatsangehörigen, die Familienangehörige des Arbeitnehmers sind, nachdem sich dieser mit ihnen auf der Grundlage und unter Beachtung des Unionsrechts im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, bei der Rückkehr des Arbeitnehmers in seinen Herkunftsmitgliedstaat ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht verwehrt wird (Rn. 47). Ein solches Hindernis wird allerdings nur bestehen, wenn der Aufenthalt des Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat von einer solchen Dauer ist, dass der Unionsbürger dort ein Familienleben entwickeln oder festigen kann; folglich gebietet Art. 21 Abs. 1 AEUV nicht, dass jeder Aufenthalt eines Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat zusammen mit einem Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger ist, unbedingt dazu führt, dass diesem Familienangehörigen ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht in dem Mitgliedstaat gewährt wird, dessen Staatsbürgerschaft der Unionsbürger zum Zeitpunkt seiner Rückkehr dorthin hat (Rn. 51). Ein Aufenthalt im Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage und unter Beachtung des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG deutet grundsätzlich auf ein sich Niederlassen des Unionsbürgers in diesem Mitgliedstaat und damit auf einen Aufenthalt von einer gewissen Dauer hin, womit die Entwicklung oder Festigung eines Familienlebens im Aufnahmemitgliedstaat einhergehen kann (Rn. 53). Hat sich bei einem solchen, eine gewisse Zeit andauernden Aufenthalt eines Unionsbürgers im Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage und unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/38 dort ein Familienleben entwickelt oder gefestigt, ist es aus Gründen der praktischen Wirksamkeit der Rechte des Unionsbürgers aus Art. 21 Abs. 1 AEUV geboten, dass das Familienleben, das der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat geführt hat, bei seiner Rückkehr in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er

besitzt, fortgesetzt werden kann, indem dem betreffenden Drittstaatsangehörigen, der Familienangehöriger des Unionsbürgers ist, ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht gewährt wird. Sonst würde der Unionsbürger nämlich davon abgehalten, den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, zu verlassen, um sein Aufenthaltsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, weil er nicht die Gewissheit hat, mit seinen nahen Verwandten in seinem Herkunftsmitgliedstaat ein im Aufnahmemitgliedstaat entwickeltes oder gefestigtes Familienleben fortsetzen zu können (Rn. 54). Der durch eine gewisse Dauer gekennzeichnete Aufenthalt des Unionsbürgers und des Drittstaatsangehörigen, der sein Familienangehöriger ist, im Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage und unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 und 2 oder Art. 16 der Richtlinie 2004/38 eröffnet daher bei der Rückkehr des Unionsbürgers in den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt, dem Drittstaatsangehörigen, mit dem der Unionsbürger im Aufnahmemitgliedstaat ein Familienleben geführt hat, ein auf Art. 21 Abs. 1 AEUV beruhendes abgeleitetes Aufenthaltsrecht (Rn. 56).

22 Gemessen daran ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, dass der Ehemann der Antragstellerin von seinem Recht auf Freizügigkeit nicht nachhaltig Gebrauch gemacht hat.

23 Da gemäß Art. 127 Abs. 1 BrexitAbk das Unionsrecht bis zum Ende des in Art. 126 BrexitAbk genannten Übergangszeitraums vom 1. Februar 2020 bis 31. Dezember 2020 vorbehaltlich anderer Bestimmungen des Abkommens im Vereinigten Königreich galt, hat ein Unionsbürger, der die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt und sich in einen anderen Mitgliedstaat begeben hat, von seiner Freizügigkeit Gebrauch gemacht (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 - C-709/20 - juris Rn. 57, m.w.N.). Dies gilt auch dann, wenn er - wie hier der Ehemann der Antragstellerin - sein Aufenthaltsrecht aus dem innerstaatlichen Recht (Pre-Settled Status) ableitet (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021, a.a.O. Rn. 84).

24 Für ein nachhaltiges Gebrauchmachen vom Freizügigkeitsrecht genügt es aber entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht, dass ihr Ehemann in Großbritannien im November 2020 einen Wohnsitz begründet, dort Anstrengungen zur Arbeitsplatzsuche unternommen, im Dezember 2020 eine Arbeit aufgenommen und die entsprechenden aufenthaltsrechtlichen Dokumente erhalten hat. Vielmehr kommt es maßgeblich auch darauf an, ob sich bei dem auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EU begründeten, eine "gewisse Zeit" andauernden Aufenthalt in Großbritannien auf der Grundlage und unter Beachtung von Art. 7 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2004/38 ein Familienleben entwickelt oder gefestigt hat. Das Zusammenleben im Aufnahmestaat für zehn Tage - wie hier - reicht dafür nicht aus.

25 3. Zutreffend ist das Verwaltungsgericht auch davon ausgegangen, dass für das nachhaltige Gebrauchmachen vom Freizügigkeitsrecht die Aufenthaltszeiten der Antragstellerin und ihres Ehemannes in Großbritannien ab dem 1. Januar 2021 bis zur Ausreise am 16. August 2021 unbeachtlich sind. Entgegen der Rechtsauffassung der Antragstellerin gilt ein vor dem 1. Januar 2021 bestehendes Freizügigkeitsrecht eines Unionsbürgers nach dem FreizügG/EU nach dem Ablauf des in Art. 126 BrexitAbk genannten

Übergangszeitraums nicht fort. Zwar bestimmt Art. 13 Abs. 1 BrexitAbk, auf den sich die Antragstellerin im Zusammenhang mit ihren Angriffen gegen den vom Verwaltungsgericht angenommenen fehlenden unionsrechtlichen Bezug der Rückreise aus Großbritannien u.a. beruft, dass Unionsbürger und britische Staatsangehörige das Recht haben, sich mit den Beschränkungen und unter den Bedingungen, die in Art. 21, 45 oder 49 AEUV sowie in Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 Buchstabe a, b oder c, Art. 7 Abs. 3, Art. 14, Art. 16 Abs.1 oder Art. 17 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG vorgesehen sind, im Aufnahmestaat aufzuhalten. Der Senat geht zugunsten der Antragstellerin davon aus, dass ihr Ehemann in der Zeit vom 1. Januar 2021 bis zur Ausreise im August 2021 über ein solches Aufenthaltsrecht verfügte, auch wenn er bereits nach britischem Recht ein (nationales) Aufenthaltsrecht in Gestalt des "Pre-Settled Status" hatte. Nach Art. 13 Abs. 3 BrexitAbk haben auch Familienangehörige, die weder Unionsbürger noch britische Staatsangehörige sind, das Recht, sich nach Art. 21 AEUV sowie Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2, Art. 12 Abs. 2 oder 3, Art. 13 Abs. 2, Art. 14, Art. 16 Abs. 2, Art. 17 Abs. 3 oder 4 oder Art. 18 der Richtlinie 2004/38/EG vorbehaltlich der in diesen Bestimmungen vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen im Aufnahmestaat aufzuhalten. Art. 13 BrexitAbk schafft damit aber neue, wenn auch an das Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 AEUV anknüpfende Aufenthaltsrechte und verlängert nicht bis zum 31. Dezember 2020 bestehende Freizügigkeitsrechte nach Art. 21 AEUV. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus Nr. 3.1 der Anwendungshinweise des Bundesministeriums des Innern zum BrexitAbk oder dem 6. Erwägungsgrund des BrexitAbk. Die Ausführungen in Nr. 3 der Anwendungshinweise des BMI betreffen den persönlichen Anwendungsbereich des Austrittsabkommens für britische Staatsangehörige. Im Übrigen bestimmt Nr. 3.1.1 der Anwendungshinweise (lediglich), dass das Austrittsabkommen dem grundlegenden Konzept folge, dass die britischen Staatsangehörigen, die im Einklang mit dem Unionsrecht vor Ende des Übergangszeitraums in Deutschland gewohnt haben, weiterhin in Deutschland leben dürfen. Eine Fortgeltung des Freizügigkeitsrechts (für britische Staatsangehörige) lässt sich dem nicht entnehmen. Die Antragstellerin benennt auch keine anderen Unterpunkte der Nr. 3.1 oder andere Regelungen der Anwendungshinweise, die hierauf hindeuten könnten. Im 6. Erwägungsgrund zum BrexitAbk heißt es lediglich: "In der Erkenntnis, dass es notwendig ist, einen beiderseitigen Schutz für Unionsbürger und britische Staatsangehörige sowie ihre jeweiligen Familienangehörigen vorzusehen, wenn sie vor einem in diesem Abkommen festgesetzten Tag ihre Freizügigkeitsrechte ausgeübt haben, und zu gewährleisten, dass ihre Rechte nach diesem Abkommen durchsetzbar sind, und auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beruhen; ferner in der Erkenntnis, dass Rechte, die sich aus Sozialversicherungszeiten ergeben, geschützt werden sollten ...". Dass sich daraus ein Fortgelten des Freizügigkeitsrechts ergeben soll, vermag der Senat nicht zu erkennen.

26 Eine andere Beurteilung folgt auch nicht aus der Entscheidung des EuGH vom 21. Dezember 2011 (C-424, 425/10 - juris), nach der für die Zwecke des Erwerbs eines Daueraufenthaltsrechts gemäß Art. 16 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38/EG Aufenthaltszeiten eines Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedsstaat vor dem Beitritt dieses Drittstaats zur Europäischen Union in Ermangelung spezifischer Bestimmungen in der Beitrittsakte zu berücksichtigen sind, soweit sie im Einklang mit den Voraussetzungen des Art. 7 Abs. 1 dieser Richtlinie zurückgelegt wurden. Die Antragstellerin legt nicht dar, aus welchen vom EuGH darin

angestellten Erwägungen sich eine Fortgeltung des Freizügigkeitsrechts nach dem Austritt eines Mitgliedsstaats herleiten lassen soll. Vor diesem Hintergrund sieht der Senat auch keinen Anlass, die sich aus Sicht der Antragstellerin ergebende Zweifelsfrage dem EuGH zur Entscheidung vorzulegen; zumal ihr die Möglichkeit verbleibt, im Wege der einstweiligen Anordnung eine Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 FreizügG/EU zu erlangen, die - wie oben bereits dargelegt - nicht voraussetzt, dass die Voraussetzungen für ein Freizügigkeitsrecht vorliegen. Eine Vorlagepflicht besteht in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 14. Mai 2018 - 2 BvR 883/18 - juris Rn. 4, m.w.N.).

27 4. Ist nach alledem bereits davon auszugehen, dass der Ehemann der Antragstellerin von seinem Freizügigkeitsrecht nicht nachhaltig Gebrauch gemacht hat, kann offen bleiben, ob ein Nachzugsanspruch nach § 12a FreizügG/EU im Falle eines nachhaltigen Gebrauchmachens vom Freizügigkeitsrecht durch den deutschen Staatsangehörigen mit der Begründung verneint werden kann, es fehle an einem unionsrechtlichen Bezug der Rückreise aus dem Vereinigten Königreich, weil der ursprüngliche Aufenthalt in Ausübung der Freizügigkeit gegenüber dem nachfolgenden Aufenthalt außerhalb der EU in den Hintergrund rückt.

28 B. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

29 C. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47, 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG i.V.m. Nr. 1.5 und Nr. 8.3 des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.

30 D. Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das Beschwerdeverfahren wird abgelehnt, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung aus den oben dargelegten Gründen keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 166 VwGO i.V.m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

31 E. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Halle (Saale), Beschluss vom 18.05.2022, Az. 1 B 31/22 HAL