

# VERWALTUNGSGERICHT OSNABRÜCK



Az.: 5 A 63/09

## BESCHLUSS

In der Verwaltungsrechtssache

des Herrn .....

....,

Staatsangehörigkeit: rumänisch,

Klägers, vertreten durch seinen Betreuer ...

Proz.-Bev.: Rechtsanwälte Neuhoff und Partner,  
Schloßwall 6, 49080 Osnabrück, ... -

gegen

den Landkreis Emsland Rechtsamt, vertreten durch den Landrat,  
Ordeniederung 1, 49716 Meppen, - 3092-131/09 -

Beklagter,

Streitgegenstand: Ausländerrecht

hat das Verwaltungsgericht Osnabrück - 5, Kammer - am 31. August 2009 beschlossen:

Dem Kläger wird für das Verfahren im ersten Rechtszug Prozesskostenhilfe bewilligt, soweit er sich gegen die Verlustfeststellung des Freizügigkeitsrechts und gegen die Ablehnung seines Antrages auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis wendet. Ihm wird insoweit Rechtsanwalt Neuhoff zur Vertretung in diesem Verfahren beigeordnet.

Soweit der Kläger die Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis begehrt, wird der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt.

### **Gründe**

Die Beteiligten streiten über die Feststellung des Nichtbestehens des Freizügigkeitsrechts und die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis.

Der 1954 geborene Kläger ist rumänischer Staatsangehöriger und reiste 1992 erstmals in die Bundesrepublik Deutschland ein. Mehrere Asyl(folge)verfahren blieben erfolglos (Bescheide des Bundesamtes für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge vom 22. März 1993, 02. November 1994, 10. Juli 1997, 06. Juni 2001 und 12. Februar 2004, Bescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge vom 25. Juli 2006 sowie Urteile des Verwaltungsgerichts Osnabrück vom 30. Juli 2002 [5 A 278/01] und 14. November 2006 [5 A 258/06]).

Im Jahre 1993 verlor der Kläger durch einen Verkehrsunfall seine Sehkraft fast vollständig. In der Folgezeit reiste er mehrmals nach Rumänien aus und mit Visa zum Zwecke medizinischer Behandlungen, zuletzt im April 2000, wieder in die Bundesrepublik Deutschland ein. Seit seiner Einreise nimmt der Kläger zur Bestreitung seines Lebensunterhalts öffentliche Mittel in Anspruch.

Mit Beschluss des Amtsgerichts Meppen vom 06. Februar 2004 wurde dem Kläger ein Betreuer auch für den Aufgabenkreis der Wahrnehmung von Gerichts- und Behördenangelegenheiten bestellt.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2006 beantragte der Kläger über seinen Betreuer die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen.

Das Niedersächsische Landesamt für Soziales, Jugend und Familie stellte durch Bescheid vom 25. Juni 2007 fest, dass der Kläger einen Grad der Behinderung von 100 vom Hundert besitze.

Mit Bescheid vom 05. Dezember 2007 stellte der Beklagte fest, dass der Kläger das Recht auf Freizügigkeit aus § 5 Abs. 5 FreizügG/EU verloren habe, lehnte den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab, setzte dem Kläger eine Ausreisefrist von einem Monat nach Bekanntgabe des Bescheides und drohte ihm die Abschiebung nach Rumänien oder einen anderen rückübernahmebereiten oder -verpflichteten Staat an. Zur Begründung führte der Beklagte aus, dass der Kläger kein Freizügigkeitsrecht besitze, weil er erwerbsunfähig sei und nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz sowie ausreichende Existenzmittel verfüge. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 11 Abs. 2 FreizügG/EU i.V.m. § 25 Abs. 5 AufenthG komme nicht in Betracht, da kein Ausreisehindernis gegeben sei. Der Kläger sei reisefähig und könne auch in Rumänien ausreichende Betreuungslösungen sowie finanzielle Unterstützung erhalten. Ein Rückgriff auf § 7 AufenthG sei ausgeschlossen, da Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen in Kapitel 2 Abschnitt 5 des AufenthG abschließend geregelt seien.

Auf die hiergegen zum Aktenzeichen - 5 A 63/09 - erhobene Klage hat die Kammer den Bescheid des Beklagten vom 5. Dezember 2007 aufgehoben, da es diesem an der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Prüfung der Verhältnismäßigkeit fehle.

Durch den hier streitgegenständlichen Bescheid vom 5. Februar 2009 stellte der Beklagte fest, dass der Kläger das Recht auf Freizügigkeit aus § 5 Abs. 5 FreizügG/EU verloren habe, lehnte den Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ab, setzte dem Kläger eine Ausreisefrist von einem Monat nach Bekanntgabe des Bescheides und drohte ihm die Abschiebung nach Rumänien oder einen anderen rückübernahmebereiten oder -verpflichteten Staat an. Zur Begründung führte der

Beklagte aus, dass der Kläger kein Freizügigkeitsrecht besitze, weil er erwerbsunfähig sei und nicht über ausreichenden Krankenversicherungsschutz sowie ausreichende Existenzmittel verfüge. Im Rahmen der vorzunehmenden Ermessens- und Verhältnismäßigkeitsprüfung wurde ausgeführt, dass der Kläger nie in Deutschland erwerbstätig gewesen sei, er keinen Krankenversicherungsschutz habe und er sich des Öfteren in der Vergangenheit auch unproblematisch in Rumänien aufgehalten habe. Zudem verfüge der Kläger über in Rumänien lebende Verwandte in Person seiner beiden erwachsenen Kinder. Demgegenüber seien persönliche oder wirtschaftliche Bindungen des Klägers an das Bundesgebiet nicht ersichtlich, so dass die Abwägung auch in Anbetracht des schweren gesundheitlichen und persönlichen Schicksals des Klägers zu dessen Lasten ausgehe.

Hiergegen hat der Kläger unter dem 12. März 2009 Klage erhoben und um die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nachgesucht.

## II.

Der Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe nach § 166 VwGO in Verbindung mit § 114 Satz 1 ZPO hat zum überwiegenden Teil Erfolg, da die beabsichtigte Rechtsverfolgung des bedürftigen Klägers hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet. Die Verfügung des Beklagten vom 5. Februar 2009, mit dem der Beklagte festgestellt hat, dass der Kläger sein Freizügigkeitsrecht verloren hat, und mit dem der Beklagte den Antrag des Klägers vom 12. Dezember 2006 auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis abgelehnt hat, ist rechtswidrig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO (1.). Demgegenüber war Prozesskostenhilfe zu versagen, soweit der Kläger die Verpflichtung des Beklagten zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis begehrt (2.).

1, Die Verfügung des Beklagten ist insoweit rechtswidrig, als sie den Verlust des Freizügigkeitsrechts des Klägers feststellt.

a) Der Kläger kann sich jedoch nicht darauf berufen, Inhaber eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4 a FreizügG/EU zu sein, so dass aus diesem Grund die erfolgte Verlustfeststellung ins Leere gehe.

Diesbezüglich kann dahingestellt bleiben, ob der für den Erwerb eines Daueraufenthaltsrechts nach § 4 a Abs. 1 FreizügG/EU erforderliche fünfjährige rechtmäßige Aufenthalt im Bundesgebiet voraussetzt, dass der Unionsbürger während dieser Zeit gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt im Sinne des § 2 Abs. 2 Freizügigkeitsgesetz EU gewesen ist (ablehnend etwa OVG Brandenburg, Urteil vom 28. April 2009, - 2 B 22.07 -, Juris), oder ob auch sonstige Aufenthaltstitel geeignet sind, einen ständigen rechtmäßigen Aufenthalt zu vermitteln- Denn in der Vergangenheit wurde und derzeit wird der Kläger lediglich geduldet. Eine Duldung vermittelt indes keinen rechtmäßigen Aufenthalt im Sinne des § 4 a Abs. 1 FreizügG/EU (Epe, in: GK-AufenthG, § 4 a FreizügG/EU Rn. 14).

b) Rechtsgrundlage der von dem Beklagten verfügten Verlustfeststellung kann § 5 Abs. 5 des Gesetzes für die Freizügigkeit von Unionsbürgern (FreizügG/EU) sein. Danach kann der Verlust des Rechts nach § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz EU festgestellt werden, wenn die Voraussetzungen des Rechts nach § 2 Abs. 1 innerhalb von fünf Jahren nach Begründung des ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet entfallen sind. Nach § 2 Abs. 1 Freizügigkeitsgesetz EU haben freizügigkeitsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen das Recht auf Einreise und Aufenthalt nach Maßgabe dieses Gesetzes.

Die Voraussetzungen einer solchen Verlustfeststellung liegen indes nicht sämtlich vor. Der Kläger ist zwar weder als Arbeitnehmer (aa) noch als niedergelassener selbständiger Erwerbstätiger (bb) noch als nicht erwerbstätiger Unionsbürger (cc) gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt. Da jedoch seit seiner Einreise in das Bundesgebiet, dem 7. April 2000, schon mehr als fünf Jahre vergangen sind, in denen er hier seinen ständigen Aufenthalt hatte, kann die Verlustfeststellung nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU nicht mehr getroffen werden (dd). Dies führt zur Rechtswidrigkeit des Bescheides und zu einer subjektiven Rechtsverletzung des Klägers In Bezug auf die getroffene Verlustfeststellung. Besteht das Freizügigkeitsrecht des Klägers aus Art. 18 EGV fort, so ist das AufenthG gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auf den Kläger nicht anwendbar, so dass sich eine der Bestandskraft fähige Regelung, mit der ihm nach diesem Gesetz ein Aufenthaltstitel verweigert wird, als Belastung darstellt, die mangels gesetzlicher Grundlage ebenfalls durch einen kassatorischen Ausspruch zu beseitigen sein wird. Demgegenüber hat der Kläger keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach dem AufenthG (2.).

(aa) Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 FreizügG/EU Unionsbürger, die sich als Arbeitnehmer, zur Arbeitssuche oder zur Berufsausbildung im Bundesgebiet aufhalten wollen. Diese Arbeitnehmerfreizügigkeit wird durch Artikel 39 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) gewährleistet. Sie schließt die Arbeitssuche mit ein. Denn sie gibt den Arbeitnehmern das Recht, sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben und sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten frei zu bewegen (vgl Artikel 39 Abs. 3 a und b EGV).

Die praktische Wirksamkeit dieses Rechts ist dabei nur dann gewahrt, wenn dem Betroffenen ein angemessener Zeitraum eingeräumt wird, um im Aufenthaltsmitgliedstaat von Stellenangeboten, die seinen beruflichen Qualifikationen entsprechen, Kenntnis nehmen und sich gegebenenfalls auf diese Bewerber zu können. Das Gemeinschaftsrecht verwehrt es einem Mitgliedstaat nicht, den Aufenthalt eines Stellensuchenden aus einem anderen Mitgliedstaat zu begrenzen, wenn er nach sechs Monaten keine Stelle gefunden hat, sofern er nicht nachweist, dass er weiterhin begründete Aussicht auf Erfolg Arbeit sucht (EuGH, Urteil vom 26. Februar 1991, Rs, C-292/89 [The Queen gegen Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen], Slg. 1991, I-00745).

Der Kläger ist in diesem Sinne nicht als Arbeitnehmer freizügigkeitsberechtigt und hält sich auch nicht zur Arbeitssuche im Bundesgebiet auf. Dies folgt schon daraus, dass er aufgrund seiner Blindheit zu 100 % erwerbsgemindert ist. Für den Kläger bestand daher von Anfang an keine Arbeitnehmerfreizügigkeit. Auf den Umstand, dass Staatsangehörige Rumäniens derzeit zudem nur eine eingeschränkte Arbeitnehmerfreizügigkeit genießen, kommt es demnach nicht mehr an.

(bb) Gemeinschaftsrechtlich freizügigkeitsberechtigt sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 FreizügG/EU auch solche Unionsbürger, die zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit berechtigt sind (niedergelassene selbständige Erwerbstätige). Diese Freizügigkeit zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit folgt aus der durch Artikel 43 EGV gewerteten Niederlassungsfreiheit, hinsichtlich derer für Staatsangehörige Rumäniens Beschränkungen nicht ersichtlich sind. Auch hieran fehlt es offensichtlich bei dem zu 100 % erwerbsgeminderten Kläger.

(cc) Gemeinschaftsrechtliche freizügigkeitsberechtigt sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 5 FreizügG/EU schließlich auch nicht erwerbstätige Unionsbürger unter den Voraussetzungen des § 4 FreizügG/EU. Hiernach haben nicht erwerbstätige Unionsbürger das Recht nach § 2 Abs. 1 - auf Einreise und Aufenthalt -, wenn sie über ausreichende Krankenversicherungsschutz und ausreichende Existenzmittel verfügen. Diese Freizügigkeitsberechtigung folgt aus Artikel 18 EGV il.V.m. Artikel 7 Abs. 1 b der Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004.

Die Voraussetzungen dieses Rechts liegen indes in der Person des Klägers nicht vor, da der Kläger über keinerlei seine Existenz ausreichend sichernde Mittel verfügt. Der Kläger hat nur Einnahmen aus dem Landesblindengeld und nach dem Asylbewerberleistungsgesetz, dabei aber einen aus seiner Behinderung resultierenden erhöhten Bedarf. Unzweifelhaft liegen daher ausreichende Existenzmittel - ebenso wie ein ausreichender Krankenversicherungsschutz - nicht vor.

(dd) Jedoch ist die Frist des § 5 Abs. 5 FreizügG/EU offensichtlich abgelaufen. Voraussetzung einer Verlustfeststellung ist nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 5 FreizügG/EU, dass die Verlustfeststellung innerhalb von fünf Jahren nach der Begründung eines ständigen Aufenthalts im Bundesgebiet erfolgt. Anders als § 4 a FreizügG/EU stellt § 5 Abs. 5 nicht auf einen fünfjährigen gemeinschaftsrechtlich rechtmäßigen Aufenthalt, für den das Beitrittsdatum des Herkunftslandes der frühestmögliche Zeitpunkt ist (Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 28. April 2009, - 2 B 22.07 -, Juris), sondern nur auf einen tatsächlichen Aufenthalt ab. Dieser ständige Aufenthalt wird in der Regel durch eine Wohnsitznahme im Bundesgebiet begründet (Epe, a.a.O., § 5 FreizügQ/EU Rn. 43). Eine derartige Wohnsitznahme rechtfertigt die Vermutung, der Betroffene beabsichtige, sich nicht nur kurzfristig und vorübergehend im Bundesgebiet aufzuhalten. Diese Frist begann angesichts der unstreitigen Einreise des Klägers im April 2000 jedenfalls nach Ablauf des ihm erteilten Visums zu laufen und war jedenfalls zum Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Bescheides im Februar 2009 abgelaufen.

Für dieses Ergebnis ist es unerheblich, dass Rumänien der Europäischen Union erst zum 1. Januar 2007 beigetreten ist. Insbesondere hat nicht erst mit dem Beitritt Rumäniens zur EU der Lauf der Fünfjahresfrist begonnen.

Hierfür lassen sich schon im Wortlaut der Norm keinerlei Anhaltspunkte finden. Eine von diesem Wortlaut abweichende Regelung speziell zu der Frage der Berechnung der Frist des § 5 Abs. 5 FreizügG/EU Im Falle des Beitritts eines Staates zu Europäischen Union enthält das FreizügG/EU nicht.

Auch das Gemeinschaftsrecht steht einer solchen Sichtweise entgegen. Nach Art. 18 Abs. 1 EGV hat jeder Unionsbürger das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedsstaaten vorbehaltlich der In diesem Vertrag und In den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Die Vorschrift begründet ein subjektiv-öffentliches Recht, das dem Unionsbürger unabhängig vom Zweck seiner Inanspruchnahme unmittelbar zusteht, und gewährleistet das Recht, aus einem Mitgliedsstaat auszureisen, in einen anderen Mitgliedsstaat einzureisen und sich dort ohne zeitliche und grundsätzlich ohne inhaltliche Begrenzung aufzuhalten (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. November 1999, -BVerwG 6 C 30.98-, BVerwGE 110, 40 [53]). Es handelt sich insoweit um eine "politische Grundfreiheit", welche das aus den wirtschaftlich motivierten Verkehrsfreiheiten folgende Aufenthaltsrecht überlagert (BVerwG, Urteil vom 10. November 1999, -BVerwG 6 C 30.98 -, BVerwGE 110, 40 [53]). Einem Angehörigen eines Mitgliedsstaats kann deshalb bereits aufgrund seiner Unionsbürgerschaft in unmittelbarer Anwendung von Art. 18 Abs. 1 EGV ein Aufenthaltsrecht zustehen (vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 2002, Rs. C-413/99 [Baumbast und R gegen Secretary of State for the Home Department], NJW 2002, 3610; EuGH, Urteil vom 7. September 2004, Rs. C-456/02 [Michel Trojani gegen Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)], InfAusIR 2004, 417; EuGH, Urteil vom 7. Juni 2007, Rs. C-50/06 [Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande], InfAusIR 2007, 266 [267]). Dies gilt auch für die am 1. Januar 2007 neu hinzugekommenen Mitgliedstaaten Bulgarien und Rumänien. Übergangsregelungen bestehen insoweit nicht, (vgl. Epe, in, GK-AufenthG, Stand: April 2008, RdNr. 4 und 57 zu § 13 FreizügigkeitsG/EU m.w.N.). Regelungen, die die Freizügigkeit der Unionsbürger betreffen, sind weiterhin diesen günstig weit auszulegen (EuGH, Urteil vom 7. Juni 2007, Rs. C-50/06 [Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Königreich der Niederlande], InfAusIR 2007, 266 [267]).

Auch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 11. Juli 2002, Rs. C-224/98 [Marie-Nathalie D'Hoop gegen Office national de l'emploi], Slg. 2002, I-16101,

der sich die Kammer anschließt, verleiht Artikel 8 EGV jedem den Status eines Unionsbürgers, der die Staatsangehörigkeit eines Mitglied Staats besitzt. Da der Kläger Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats - Rumänien - ist, steht ihm dieser Status zu. Dieser Unionsbürgerstatus soll bestimmungsgemäß der grundlegende Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, die, wenn sie sich in der gleichen Situation befinden, aufgrund dieses Status im sachlichen Geltungsbereich des EG-Vertrags vorbehaltlich der hiervon ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung haben (EuGH, Urteil vom 20. September 2001, Rs. C-184/99 [Rudy Grzelczyk gegen Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve], Slg. 2001, I-6193, Rdnr. 31).

In den Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen u. a. Situationen, in denen es um die Ausübung der im EG-Vertrag garantierten Grundfreiheiten, namentlich der in Artikel 18 EG verliehenen Freiheit geht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten zu bewegen und aufzuhalten (EuGH, Urteile vom 24. November 1998, Rs. C-274/96, [Strafverfahren gegen Horst Otto Bickel und Ulrich Franz], Slg. 1998, I-7637, Rdnrn. 15 und 16, sowie Grzelczyk, a.a.O., Rdnr. 33), Eine Differenzierung danach, ob die Begründung ständigen Aufenthalts noch zu solchen Zeiten erfolgte, in denen kein Unionsbürgerstatus bestand, ist daher nicht möglich, da sie den umfassenden Status der Staatsangehörigen bestimmter Mitgliedsstaaten relativieren würde,

Hierdurch werden Ausländerbehörden auch nicht unzumutbar benachteiligt. Dem Beklagten war während der gesamten Dauer des Aufenthalts des Klägers - auch nach dem Beitritt Rumäniens zur EU - positiv bewusst, dass der Kläger auf öffentliche Leistungen zur Sicherung seines Lebensunterhalts angewiesen war, ohne dass er das Verfahren nach § 5 Abs. 5 FreizügG/EU zeitnah betrieben hätte. Zudem bestand nach § 11 Abs. 1 Satz 4 FreizügG/EU in Verbindung mit § 87 Abs. 2 Nr. 3 AufenthG eine Miteilungsverpflichtung der Träger der Sozialleistungen an die Ausländerbehörde.

2. Besteht das Freizügigkeitsrecht des Klägers aus Art. 18 EGV fort, so ist das AufenthG gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG auf den Kläger nicht anwendbar, so dass sich eine der Bestandskraft fähige Regelung, mit der ihm nach diesem Gesetz ein Aufenthaltstitel verweigert wird, als Belastung darstellt, die mangels gesetzlicher Grundlage ebenfalls durch einen kassatorischen Ausspruch zu beseitigen sein wird. Mangels einer Anwendbarkeit

des AufenthG kommt jedoch andererseits ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nicht in Betracht, so dass insoweit Prozesskostenhilfe zu versagen war.